

**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

123

PHILIPP LOTMAR

**LA GIUSTIZIA
E ALTRI SCRITTI**

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOVENTITREESIMO

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA
fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9
www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOVENTITRESIMO

Per la storia del pensiero giuridico moderno

123

PHILIPP LOTMAR

LA GIUSTIZIA E ALTRI SCRITTI

a cura di IOLE FARGNOLI e LUCA NOGLER

ISBN 9788828828013

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2020
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da Galli Edizioni S.r.l. - Varese



Philipp Lotmar intorno al 1880 (© Gerold Lotmar, Zurigo)

A Esther, Jakob, Valeria e Francesco e al loro essere di casa tra più lingue

INTRODUZIONE
LA GIUSTIZIA TRA DIRITTO ROMANO
E DIRITTO DEL LAVORO

1. La presente antologia raccoglie, tradotti in lingua italiana, i saggi che riteniamo come i più significativi della produzione scientifica di *Philipp Lotmar* (1850-1922). Si è pensato al contempo di rendere fruibili al lettore italiano anche alcuni passaggi di quattro sue opere monografiche perché possono essere d'ausilio nella comprensione del pensiero dell'autore. L'ordine, cronologico, con cui sono stati ordinati gli scritti intende evidenziare il percorso dello studioso nella pluralità degli interessi scientifici con cui egli si è confrontato nel corso della sua vita.

Il volume contiene quindi, innanzitutto, la formulazione del metodo di ricerca dello storico del diritto, che *Lotmar* elaborò nella monografia *'Kritische Studien in Sachen der Contravindication'* (1878). Sono poi tradotte le sue due relazioni di teoria del diritto, tenute nello stesso anno, entrambe dal titolo evocativo: *'Vom Rechte, das mit uns geboren ist'* e *'Die Gerechtigkeit'* e poi pubblicate insieme nel 1892. Inoltre, vengono pubblicati, rispettivamente, un passaggio della sua monografia a cavallo tra esperienza romanistica e teoria del diritto: *'Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht'* (1896) e la sua prolusione rettorale a Berna: *'Die Freiheit der Berufswahl'* (1898). Infine, trovano spazio l'Introduzione al primo volume della sua monumentale opera *'Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches'* (vol. I, 1902 e vol. II, 1908) nonché l'Indice sommario, l'Introduzione e la Premessa al suo *opus magnum* romanistico *'Das römische Recht vom Error'*, pubblicato postumo nel 2019 a cura di *I. Fagnoli*. Della raccolta fa parte anche il suo primo contributo sui contratti collettivi: *'Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern'* (1900), tradotto in una versione leggermente ridotta da *Lorenzo Gaeta* e già edito in

Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 22 (1984), 313 ss.

2. *Lotmar* ha ormai dimostrato la resilienza tipica dei classici. Per chi legge il tedesco questa introduzione è, pertanto, superflua. Già dispone degli scavi di due storici del diritto del calibro di *Joachim Rückert* (1992) e di *Pio Caroni* (2002), testi che trova richiamati nella successiva *Nota bibliografica minima sull'opera di Philipp Lotmar* (così come in chiusura del volume si può consultare la lista completa delle pubblicazioni dell'autore). Fermo restando il rinvio alle opere di questi due storici del diritto, la nostra premessa intende esprimere solo alcune parole di spiegazione sulle ragioni della selezione dei già citati contributi di *Lotmar*, che vengono qui per la prima volta riuniti in un unico libretto.

In Italia *Lotmar* è noto quasi (se non) esclusivamente per i suoi studi di diritto del lavoro con i quali si sono confrontati grandi e riconosciuti maestri di questa materia, nata e cresciuta nel corso del Novecento. Scrive *Lorenzo Gaeta* — suo raffinato traduttore — che il « fondamentale saggio sul contratto collettivo (...) ha grande ripercussione in Italia » e che « la seconda edizione del Contratto di lavoro di Barassi dimostra, quindi, tangibilmente di risentire dell'uscita del libro di *Lotmar*, che viene citato più di trecento volte, spesso dissentendo dalle sue ricostruzioni, qualche volta utilizzando i toni aspri in uso nelle polemiche scientifiche di un tempo, ma seguendone comunque l'impostazione ricostruttiva di taglio pandettistico ». Dopo *Ludovico Barassi*, e probabilmente grazie a lui, si immerse nei due tomi sull'*Arbeitsvertrag*, il civilista trentino *Luigi Mengoni* e lo fece nel suo noto studio della metà degli anni cinquanta sulle obbligazioni di comportamento e di risultato. Questo saggio del 1954 inflù poi sul pensiero di *Gino Giugni*, al quale risale lo studio a tutt'oggi più importante sul cottimo in cui il padre riconosciuto del diritto sindacale italiano dimostra, a sua volta, la piena padronanza del pensiero giuslavoristico del nostro autore. Nella seconda generazione di giuslavoristi italiani, *Gaetano Vardaro* e *Marcello Pedrazzoli* ed il già citato *Gaeta* si sono, infine, mossi con altrettanta agilità nell'*opus magnum* del nostro giurista. E con ciò già siamo al più laconico tempo presente in cui purtroppo il tedesco ha cessato di far parte del corredo di conoscenze del giurista medio.

Qui risiede una delle ragioni di questa raccolta, che intende mettere a disposizione in traduzione italiana uno spettro tematicamente completo dello sforzo di ricerca di *Lotmar*, affinché il suo denso pensiero possa continuare ad essere oggetto di confronto da parte della nostra dottrina.

Per presentare in sintesi la componente più strettamente giuslavoristica del suo pensiero, giova iniziare con un dato biografico. Benché fu costretto per la sua *Haltung* all'esilio volontario in Svizzera, a Berna, e malgrado avesse la propensione ad occuparsi di temi che l'impero tedesco e i singoli stati avevano tenuto lontani dagli organi giurisdizionali conferendo loro rilevanza quasi esclusivamente quando assurgevano a questioni di ordine pubblico, il nostro autore ebbe la soddisfazione, l'anno prima di morire, di veder riconosciuto pubblicamente il suo contributo all'evoluzione della scienza giuslavoristica tedesca. Ciò avvenne per di più nella sua madre patria, in Germania, alla quale invero *Lotmar* rimase sempre idealmente legato, come dimostra anche la sua scelta di sostenerne finanziariamente lo sforzo bellico nella prima guerra mondiale; tra l'altro imprimendo gravi perdite al patrimonio familiare. Sta di fatto che la caduta dell'Impero ed il sopraggiungere della Repubblica di Weimar crearono, infine, la svolta storica che consentì alla neocostituita Università di Colonia di conferirgli, il 7 marzo del 1921, la laurea *honoris causa* in quanto «theoretischer Vorkämpfer des Arbeitsrechts». A tal proposito non deve sfuggire la ragione per cui un siffatto riconoscimento fu conferito proprio dall'Università di Colonia. Chiusa nel 1798 da Napoleone I e persa la possibilità di riaprire nel 1818 quando lo Stato prussiano preferì istituire l'Università di Bonn, l'Università di Colonia era stata appena rifondata, per la seconda volta nel 1919, con la *mission* di offrire percorsi innovativi che, per quanto riguarda gli studi giuridici, furono orientati alle nuove materie del diritto dell'economia, del lavoro e commerciale. In effetti, insieme a *Lotmar*, il titolo *honoris causa* fu conferito anche al *Professor Dr. Duisberg* (direttore generale e presidente del consiglio di amministrazione della *Farbenfabriken vorm. Friedr. Bayer & Co.*, un industriale del rango di *Walther Rathenau* e *Hugo Stinnes*) ed al Ministro del lavoro *Dr. Brauns*. Si volle, insomma, festeggiare la grande novità di fondo della Repubblica di Weimar e, quindi, il fatto che fosse fondata sul valore del

lavoro come titolo di cittadinanza e di uguaglianza tra i cittadini stessi.

La qualifica di *Vorkämpfer* sembra rimandare al famoso scritto *Der Kampf um's Recht* (1872) di *Rudolf von Jhering*, che *Lotmar* ebbe come maestro a Gottinga, dove completò gli studi iniziati ad Heidelberg, prima di approdare a Monaco di Baviera. Ma per l'effettività della disciplina protettiva della persona che lavora a fronte di una remunerazione, *Lotmar* esigeva condizioni molto più complesse della lotta giudiziale del singolo alla quale si indirizzava principalmente il noto scritto di *Jhering*.

Con ciò già richiamiamo l'attenzione sull'unico degli scritti qui pubblicati che era già stato tradotto in italiano, dallo specialista *Gaeta*, negli anni in cui, intorno alla rivista *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* e grazie alla presenza, oltre allo stesso *Gaeta*, di *Vardaro*, fu dato largo spazio al recupero della linea — cara a *Gino Giugni* — *Lotmar-Sinzheimer-Kahn Freund*, che ebbe il merito di individuare nell'effettività l'obiettivo principale perseguito dalla normazione autonoma o eteronoma dei rapporti di lavoro. Normazione autonoma che rinviene nel *Tarifvertrag* il suo principale strumento che proprio *Lotmar* ebbe lo straordinario merito di concettualizzare come composto, nella sua parte normativa, di regole dotate di efficacia immediata ed inderogabile. È una bipartizione concettuale che fu poi accolta, dapprima da *Sinzheimer*, il quale in più scoprì anche la parte obbligatoria del *Tarifvertrag*, e poi dalla *Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten* del 23 dicembre 1918. Entrata così a far parte dell'ordinamento tedesco, la bipartizione costruita dal nostro autore è poi sopravvissuta fino ad oggi; tempo in cui, anzi, caratterizza anche il nostro pensiero giussindacale in tema di contratto collettivo.

In realtà, il pionieristico saggio sul contratto collettivo confluisce poi nell'*opus magnum* di *Lotmar* e cioè nei due noti volumi sulla disciplina imperiale dell'*Arbeitsvertrag* del 1902 e del 1908, che indussero, come già detto, *Barassi* a ripensare il suo *Contratto di lavoro* e che catturarono subito anche l'attenzione di *Francesco Carnelutti*. Invero, *Lotmar* fu l'iniziatore di quel « sistema giuridico del lavoro » (*Sinzheimer*) che poi, con mutevoli dosaggi della dicotomizzazione, tra lavoro subordinato ed autonomo, avrebbe attra-

versato tutto il Novecento giungendo fino a giorni nostri in cui si discute se, ed eventualmente, come procedere oltre la subordinazione. Accostare i due tomi di *Lotmar* calandovi sopra il calco interpretativo di autore che precede storicamente il diritto del lavoro costruito sul concetto portante di subordinazione, che nacque con la dottrina weimariana, rischia peraltro di farne perdere la qualità più preziosa, vale a dire il modo in cui, nel primo tomo del 1902, *Lotmar* isolò i contratti di prestazione di fare come tipo autonomo rispetto alla locazione ed alla compravendita. *Lotmar* batté con accentuata intransigenza sul fatto che il primo, a differenza degli altri due tipi contrattuali, tocca l'essere del debitore. Non l'essere escatologico della dottrina di diritto canonico, alla quale si rivolgerà *Barassi*, ma quello dell'esistenza concreta, dell'esserci delle persone. Ecco perché il primo, a differenza del secondo, coglie la straordinaria importanza della contrattazione collettiva e della legislazione speciale. Comunque sia, quella di lavoro — chiarì lo studioso tedesco — rappresenta, in un sistema che guarda ai diritti innati nell'uomo, la « prestazione obbligatoria di maggior valore ». Nel giudicare poi il modo in cui *Lotmar*, nel secondo volume del 1908, si muove all'interno dei contratti di prestazione di fare occorre non perdere di vista il vincolo di diritto positivo che l'autore rispettò con estremo rigore e, come dimostra tutta la sua produzione scientifica, grande consapevolezza metodologica. Ne fa fede la seconda parte del titolo, *nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, che *Manfred Rehbinder*, nel curare la meritoria ripubblicazione dell'intera opera nel 2002, ha incomprensibilmente deciso di omettere. Nel tomo del 1908, dismesso l'abito del pandettista, *Lotmar* da navigato romanista riconduce la *Industriearbeit* al *Dienstvertrag* malgrado la retribuzione fosse a cottimo.

La raccolta qui pubblicata non contiene gli scritti minori che *Lotmar* dedicò alla disciplina dei rapporti di lavoro. Il primo studio del 1895 risale al contratto di servizi nel secondo protoprogetto del BGB. All'epoca l'autore lo considerò « il saggio di un dilettante » (*Amiraiana*, I, Lettera del 6.1.1895). Ben presto la società industriale che *Lotmar* vide crescere in Germania stimolò, con crescente intensità, la sua indole di giurista impegnato. Fu una fase storicamente importante per lo sviluppo del diritto privato. Anche in Svizzera si stava vivendo la delicata fase antecedente alla promulgazione con-

giunta del Codice delle obbligazioni e del Codice civile. Orbene, oggigiorno gli storici convengono che l'effettivo punto di partenza per la regolamentazione nel Codice delle obbligazioni svizzero fu la relazione che *Lotmar* tenne al convegno dei giuristi svizzeri nel 1902 sul contratto di lavoro. Basti qui ricordare che grazie al suo contributo le norme dedicate al contratto di lavoro nel codice svizzero lieuitarono da 12 a 44.

3. È noto che per la cultura giuridica tedesca, animata dall'intento di non ricadere nelle premesse positivistiche che resero possibile l'affermarsi dell'ideologia nazista, l'accento cade, anzitutto, sull'autentica disposizione d'animo etica (*Gesinnung*) che è richiesta al giurista. In una nota sentenza della Corte costituzionale tedesca (BetrfGE, 54, 277, 296) si richiama, quale esempio di possibile fonte d'ispirazione della scelta etica, il noto passo del Levitico (19, 15) in cui si afferma « non commetterete ingiustizia in giudizio; non tratterai con parzialità il povero, né userai preferenze verso il potente; ma giudicherai il tuo prossimo con giustizia ».

Ora, consultando gli archivi tributari della città di Monaco di Baviera, *Rückert* ha accertato che *Lotmar* era registrato come a-confessionale. Il pronipote *Gerold*, che custodisce l'archivio familiare, conferma che egli, non riconoscendosi in nessuna delle religioni esistenti, era un *Freidenker*, termine tedesco che si potrebbe tradurre con secolarista. È anche vero che *Lotmar* non ripudiò mai la sua appartenenza alla comunità ebraica, ma ciò avvenne con l'unico scopo di non ingenerare l'impressione di volerne trarre beneficio. Le sue opere dimostrano che all'etica della *Gemeinschaft* egli anteponeva quella della *Gesellschaft* universale. Della matrice familiare ebraica lo studioso tedesco conservò nel profondo, lungo il suo intero percorso intellettuale, un'istintiva empatia per i perseguitati, qualsiasi fosse la ragione, religiosa, ma anche sociale, del loro malessere. Non fu 'solo' una questione di sentimenti; *Lotmar* sentiva forte l'impegno nei confronti dell'ordine che innervava la società e questo suo impulso trova ripetute conferme, come vedremo più avanti, nella scelta dei temi di cui egli si occupò.

Per il momento prendiamo atto che la sua *Gesinnung* non può essere localizzata in ragioni escatologiche. *Lotmar* rifiutò di concepire la società come il regno di Dio in terra e, quindi, di dare

ingresso nel diritto a valutazioni tratte da fonti religiose perché — sono parole tratte dalla sua relazione sulla Giustizia che dà il titolo alla nostra raccolta — « E qui può addirittura accadere che l'assegnazione di ciò che è dovuto secondo la morale non appaia come giustizia. 'Il precetto di ripagare il male con il bene — un principio della morale cristiana — non è, come dice Mill, mai stato trattato come una richiesta di giustizia, ma piuttosto come un caso in cui le pretese della giustizia a che si obbedisca vengono abbandonate a vantaggio di altre considerazioni' » (§ 2.2).

Ma *Lotmar* non cadde neppure nella trappola che sedurrà *Hugo Sinzheimer* influenzandone i *Grundzüge des Arbeitsrechts*, che, scritti negli anni Venti dello scorso secolo, hanno poi circolato in tutto il mondo. L'autore dei *Grundzüge* condivideva, al contrario di *Lotmar*, l'opinione per cui il rapporto con Marx deve essere considerato « la vera pietra di paragone per ogni intellettuale che » riteneva « di prendere sul serio il chiarimento della propria concezione del mondo » (*Lukacs*). Benché ne condividesse il rifiuto nei confronti della filosofia della storia di *Hegel* e malgrado la sua comprovata simpatia per il partito socialdemocratico, *Lotmar* si espresse, invece, sempre anche nel senso che il pensiero del Capitale di *Marx* poteva essere utilizzato 'solo' per la critica politica, ma non al fine della costruzione giuridica. È significativo che *Lotmar* si senta obbligato ad esplicitare che le prime otto pagine della sua critica al progetto di BGB (1895), dove *Marx* viene più volte citato, non differenziavano « tra affermazioni giuridiche e politiche ». Vero è che per *Lotmar* l'individuazione dei problemi giuridici non poteva identificarsi in un'operazione meramente quantitativa, come finiva con il fare *Marx* nel Capitale, laddove postula che l'imprenditore s'appropri del plus-valore (monetario) della prestazione lavorativa dell'operaio (v. lettera ad Amira del 14.12.1890 in appendice II).

4. A questo punto, per acclarare in positivo dove *Lotmar* localizzò la sua *Gesinnung* occorre, a nostro parere, richiamarne brevemente alcune note biografiche. Nato l'8 settembre del 1850 a Francoforte sul Meno in una famiglia di commercianti e banchieri di origine ebrea e di tradizioni democratico-repubblicane, *Lotmar* passò i primi anni della sua vita a Parigi dove il padre si era trasferito dopo aver venduto la fabbrica di seta situata a Lione e che era stata

costruita dal nonno, il quale si era trasferito da Wetzlar, vicino a Francoforte, in Germania non solo per sfuggire alle restrizioni di vita imposte al ghetto tedesco, ma anche per usufruire delle libertà che la Francia garantì agli ebrei dopo la rivoluzione del 1791. All'età di sette anni egli tornò, insieme alla madre e alle tre sorelle, a Francoforte solo per via della morte del padre. Dopo l'approvazione della *Sozialistengesetz*, Lotmar decise nel 1878, per istintiva reazione, di iscriversi al partito socialdemocratico, anche a costo di pagarne le conseguenze sul piano della carriera accademica. A tal proposito occorre rammentare che Lotmar si era trasferito a Monaco nel 1871 e divenne allievo del grande pandettista Alois von Brinz (1820-1887), conseguendo nel 1875 il titolo di dottore di ricerca con una tesi su un tema tipicamente pandettistico: *Über causa im römischen Recht. Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften*; nell'anno 1876 seguì poi l'abilitazione, sempre all'Università di Monaco di Baviera, su un tema di carattere decisamente più storico, relativo alla prima forma di processo civile conosciuto dai Romani e cioè la *legis actio sacramento in rem*. Il lavoro fu pubblicato l'anno successivo innescando quel che oggi è purtroppo diventato impensabile, e cioè una sferzante critica del suo maestro (*Zur Contravindication in der Legis actio sacramento in rem*, in *Festgabe Leonhard von Spengel*, München 1877). L'allievo non schivò il confronto e replicò. Ma *Kritische Studien in Sachen der Contravindication* (München 1878) mostra quanto il confronto diretto, aperto e sincero — insomma scientifico — con il maestro, giovò a Lotmar, consentendogli di crescere, se così può dirsi, da pandettista che antepone il sistema al problema a giurista che vive il suo tempo e quindi pensa al sistema: « Tra storia e dogmatica non esiste un collegamento indipendente dal carattere delle fonti e della materia, sempre ugualmente necessario ed esteso. Da ciò deriva tuttavia che la funzione della storia del diritto non può assolutamente fondarsi sull'esigenza di rendere comprensibile il diritto vigente » (§ 1). È il profilo dello studioso di Lotmar che riteniamo abbia sedotto Pio Caroni: il giurista che rinuncia a collocare il proprio sistema sopra la realtà, ma che fa spazio alla storia, alle nuove fonti dei codici civili e della legislazione imperiale e statale.

Ma dopo la sua abilitazione a *Privatdozent*, sicuramente per le sue simpatie politiche e forse anche per l'appartenenza alla comunità

ebraica, *Lotmar* dovette attendere quasi dieci anni prima di conseguire nel 1888 una cattedra presso l'università di Berna. In precedenza partecipò a diverse procedure concorsuali, alle università di Friburgo, Kiel, Erlangen e Zurigo, ma, nonostante la sua solida formazione e il pregio delle sue pubblicazioni, non ottenne successo. Come già detto, tutto ciò si spiega solo in ragione della sua *Haltung* politica e delle sue origini familiari ebraiche. Per di più, nel periodo vissuto a Monaco si segnalò anche come conferenziere dalle idee radicali. Pur simpatizzando con il liberalismo di *Stuart Mill*, egli rimase, infatti, sempre fedele alle ragioni del socialismo, prestando il proprio sostegno come estensore di pareri in materia di lavoro alle organizzazioni collettive dei lavoratori e partecipando alle manifestazioni pubbliche in occasione del primo maggio. *Paul Klee*, che frequentava casa *Lotmar* a Berna per via della amicizia con il figlio Fritz, racconta nei suoi Diari della passione con la quale *Philipp Lotmar* seguiva le vicende della Rivoluzione russa e che fu lui a consigliargli di leggere il libro di *Oscar Wilde*, *The Soul of Man Under Socialism* (1891).

Già nel 1885 *Lotmar* aveva fatto domanda per l'università di Berna, ma gli fu preferito il più anziano e già affermato *Julius Baron*. Quest'ultimo lasciò però ben presto l'università svizzera per tornare in Germania, lasciando il posto vacante, di cui *Lotmar* fu proclamato vincitore. Nella giovane università, fondata nel 1834 in una città da poco scelta come sede del Consiglio Federale e del Parlamento svizzero, *Lotmar* rivestirà per quattro volte — negli a.a. 1889/1890, 1899/1900, 1905/1906, 1912/1913 — il ruolo di Preside e una volta — nell'a.a. 1897/1898 — quella di Rettore. A Berna *Lotmar* pone fine al periodo della sua vita di studioso e, per più di tre lustri, pubblicò solo recensioni a lavori altrui. Infatti, tra il 1874 e il 1891 redigette ben trentadue recensioni su argomenti molto diversi, affrontando anche temi non romanistici. Tra quelli romanistici è compresa anche una incisiva critica alla teoria interpolazionistica di *Otto Gradenwitz*, che fu invece, come è noto, lodato da *Otto Lenel*, *Contardo Ferrini*, *Vittorio Scialoja* e *Paul Krüger*. Sono, invero, anche gli anni in cui *Lotmar* è assorbito dall'aggiornamento e dalla continuazione del manuale di Pandette del suo maestro *von Brinz*, di cui pubblicò nel 1888, dopo la morte dello stesso *von Brinz*, il terzo volume della seconda edizione, e nel 1892 il quarto e ultimo volume.

In questi anni arrivò inoltre a pubblicare solo due saggi romanistici, di cui uno in materia di errore.

Ma con l'insediamento a Berna, i temi di studio prescelti da *Lotmar* virano nella direzione di una sorta di implicito approfondimento scientifico della sua *Gesinnung*. *Vom Rechte, das mit uns geboren ist* è il titolo di una conferenza del 1893, che prese spunto dalla famosa frase di *Mefistofele*, tratta dal *Faust* di *Goethe*, con la quale risponde allo studente che aveva sostenuto di non essere portato per gli studi giuridici: « non posso fargliene gran colpa, so come va con quella disciplina. Leggi e diritti si ereditano come un'eterna malattia. Si trascinano da una generazione all'altra, si propagano di luogo in luogo, piano piano. [...] Quanto al diritto che è nato con noi, purtroppo mai che se ne parli ». *Lotmar* giudica la frase di *Mefistofele*, con cui si identifica sempre più nelle pagine finali di questo saggio sui diritti umani, inconferente, ma giusta. Inconferente perché non tiene conto che il giurista deve occuparsi del « diritto positivo »; giusta perché fa raggiungere a *Mefistofele* l'obiettivo che si era prefisso. Se lo studente del *Faust*, dopo aver sentito *Mefistofele*, risponde: « la mia avversione, lei non fa che crescerla. Felice chi impara da lei! », il lettore dello scritto di *Lotmar*, una volta che ha compreso tutte le difficoltà che accompagnano l'affermarsi positivo dei diritti umani, deve riconoscergli il merito di aver giustamente criticato il sistema del diritto positivo denominando i *Rechte die mit uns geboren sind*, « diritti umani » e di averli considerati come « il fondamento della vita sociale e quindi diritti fondamentali ». Il saggio influenzò un suo collega, allora penalista, dell'Università di Basilea, *Lassa Oppenheim* (1858-1919), che diventerà l'autore di quello che è stato definito — da *Arthur Nussbaum* nel suo *A Concise History of the Law of Nations* del 1947 — « the most influential English textbook of international law » (p. 247). *Oppenheim* condivise la definizione dei diritti innati come un « psychological phenomenon and as a subconscious rhetorical device to suggest that people's demands against the state are just » (così *M. Schmoeckel*, *The Internationalist as a Scientist and Herald: Lassa Oppenheim*, in *European Journal of International Law*, 2000, p. 708).

Può dirsi allora che *Lotmar* fu un positivista? Se il giudizio è riferito alla sua attività di giurista allora è troppo sbrigativo. È quel che dimostra anche questa raccolta di scritti e lo attestano già gli

stessi temi prescelti dall'autore, che non scansarono certo l'autoanalisi metodologica. E questo vale dapprima per la monografia sul contratto contrario alla morale a partire dalle fonti romane, data alle stampe l'anno prima di assumere le funzioni di rettore (1896). *Lotmar* spostò la sua attenzione direttamente su una delle tre classiche clausole generali. Il presunto positivista dimostra, insomma, di essere, in realtà, in cerca di valvole di sfogo per dare ingresso a diritti fondamentali che, dovunque si giri, gli appaiono dover innervare il tessuto regolativo della società. E fu così anche per il tema scelto per la sua prolusione rettorale del 1897 che interpreta la libertà di scelta della professione, non solo come libertà personale, ma come una garanzia che presuppone la possibilità di accedere alla relativa formazione e che rende effettiva una concezione più evoluta di democrazia la quale pone al suo centro la dignità umana intesa come garanzia delle pari opportunità. *Lotmar* ammette la libera scelta della professione anche per la donna. Forse non fu un caso che ad argomentarlo fosse il rettore dell'università di una città liberale come Berna. Certo è però anche che si nota l'influenza di *Stuart Mill*, al quale il nostro autore è affine anche per un complessivo — e con ciò sveliamo finalmente l'arcano della *Gesinnung* lotmariana — positivismo della morale che si respira nei suoi scritti. Gli scritti giuslavoristici citati in apertura di questa introduzione, e specialmente i due densi tomi sull'*Arbeitsvertrag*, quando arrivano al nocciolo dell'argomentazione poggiano sulla *herrschende Rechts- und Moraltheorie*. Ma come poteva *Lotmar* dedurre la teoria morale dominante? Qui sembra entrare in azione in *Lotmar* una variante di quel metodo deduttivo inverso che tanta parte giocò negli studi di *Mill*, il quale, come è noto, dedusse conclusioni sociologiche da dati psicologici riguardanti la natura umana. *Lotmar* è insomma figlio del suo tempo, dell'impostazione "psicologista" della logica che però non era poi così distante dagli odierni studi sui concetti, i quali sempre più frequentemente congiungono gli esiti degli studi delle scienze cognitive con la filosofia del linguaggio. Non a caso *Lotmar* cita più volte l'etica di *Wundt*.

Date queste premesse non sorprende neppure che *Lotmar* si riconobbe quale discepolo di *Ludwig Knapp*, allievo a sua volta di *Feuerbach*, che rivendicò, come è noto, il carattere umano della storia e la finitudine dell'uomo e dei rapporti tra gli uomini. Ecco

che *Lotmar* individua la fonte suprema della Giustizia grazie all'etica del « grande Aristotele », che, come è noto, teorizzò che il diritto si prospetta « in quanto è in relazione ad altro ». Non si tratta — specifica *Lotmar* — di una relazione quantitativa (« la giustizia retributiva, che si preoccupa soltanto del rapporto aritmetico, cioè chiede solo l'uguaglianza delle differenze, spesso è ingiustizia stridente »), bensì di una relazione incentrata sulla pari considerazione delle persone e che, quindi, risponde alla logica della giustizia distributiva perché « Questa disuguaglianza di trattamento, che contrasta con il rapporto geometrico, là dove non è proporzionale, non ci vuole più apparire come giustizia. Possiamo sostenere ciò, perché è ancora da provare l'esperienza per cui la giustizia proporzionale o la parità di trattamento corrispondono, nell'opinione generale attuale, all'esigenza di giustizia » (§ 2.2).

5. Se a un romanista risale il merito storico di aver preparato il terreno allo sviluppo del diritto del lavoro contemporaneo, non stupisce che siano stati altri due romanisti a cogliere tra i primi la portata dell'innovazione metodologica che aveva richiesto questa impresa. Il 'vecchio' metodo giuridico di lavoro non avrebbe mai fatto emergere — notò, infatti, *Max Weber* nella sua recensione al primo dei due tomi sull'*Arbeitsvertrag* — il nuovo settore del diritto privato. Ma anche *Eugen Ehrlich*, il padre riconosciuto della sociologia del diritto, precisò che con *Lotmar* il contratto di lavoro diventò finalmente oggetto della scienza giuridica proprio grazie al fatto che il romanista tedesco abbandonò la prospettiva, all'epoca dominante, secondo la quale un problema veniva considerato come giuridico solo se esso era già stato oggetto di decisioni giurisprudenziali. *Lotmar* non era un giurista-sociologo né un giurista propenso al diritto libero, ma *Weber* ed *Ehrlich* avrebbero entrambi sottoscritto il passo della sua *Die Gerechtigkeit* in cui affermò che: « se si comprende innanzitutto che ci si aspetta la giustizia dalle decisioni delle corti, si comprende così subito dopo che l'aspirazione della giustizia non è limitata alle sentenze che vengono emesse nei processi o nelle cause giudiziarie di un tribunale statale, ma piuttosto ci si aspetta anche da altre sentenze che siano giuste » (§ 2.2).

Bisogna a tal proposito precisare che l'interesse di *Lotmar* per i contratti di lavoro maturò — oltre che quale conseguenza della

Gesinnung politica — grazie al suo, già più volte menzionato, “impegno” nell’attività pratica di elaborazione di pareri sui problemi giuridici collegati ai contratti di lavoro. È stato poi appurato che *Lotmar* aveva raccolto per il trattato sul contratto di prestazione di fare, grazie alla preziosa collaborazione della rivista *Monatsschrift des Verbandes Deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte*, un’ingente massa di dati ‘empirici’ formati da copie di contratti collettivi, ordinanze di servizio, statuti di cooperative, verbali dell’ispettorato e formulari di contratti individuali. *Lotmar* quasi ironizzava sui « giuristi teorici » e li invitò apertamente a confrontarsi con il « mondo dei fatti » (*Der Arbeitsvertrag*, I, p. 24) prima di mettere a fuoco l’« ordine privatistico », per cogliere il quale occorre guardare direttamente in faccia alla società.

6. Dopo l’uscita del secondo volume della sua monumentale opera giuslavoristica, *Lotmar* continuò in un primo momento a pubblicare una serie di saggi su varie tematiche del lavoro, ma decise poi di tornare al diritto romano. Diede alle stampe all’inizio contributi su diversi argomenti romanistici in diritto successorio, sul diritto delle persone e della famiglia, sul processo criminale, per poi farsi attrarre prima gradualmente e poi in via esclusiva dalla sua passione per l’errore. Della materia aveva invero già cominciato ad occuparsi nel 1883, appena trentatreenne, progettando un lavoro monografico che, pur tornandoci negli ultimi anni della sua vita, non riuscì mai a completare. Il suo manoscritto sull’errore, composto da trentacinque fascicoli contenenti circa duemila pagine, scritte a mano con il gotico corsivo, è stato pubblicato postumo nel 2019. *Lotmar* torna al diritto romano come storico nel senso pieno del termine e proprio per questo il suo è un corpo a corpo, non solo con il *Corpus iuris civilis*, ma anche con le fonti letterarie che parlano dell’*error*, che utilizza per risolvere problemi terminologici.

Il principale bersaglio polemico dell’ultimo *Lotmar* è naturalmente il metodo di *Savigny*, che aveva calato sulle fonti stesse un concetto preconfezionato di errore (« Non cercare il concetto di errore nelle fonti romane, ma portare alle fonti un concetto già pronto e operare con esso, un procedimento astorico, cui i seguaci di *Savigny* si sono attenuti », MS 33-203: <http://www.archivwissenschaft.ch/Lotmar.html>). *Lotmar*, che vede il drit-

to romano come un'esperienza storica da contestualizzare nella sua epoca, ripudia questo *modus operandi*; così come è lontanissimo dalla sua impostazione il voler ragionare sulla base di un *Menschenbild* ideale come si era ripetutamente fatto nei secoli precedenti su impulso della dottrina scolastica. *Lotmar* tiene a freno l'impulso a partire dal mondo delle idee, compresa la variante secolarizzata delle 'sintesi' kantiane. Semmai è il contrario. Lo dimostra il fatto che egli incluse tra i diritti umani « la tutela della persona umana nella sua individualità ».

Tutto ciò trova, infine, l'ultima conferma proprio nell'*opus magnum* romanistico pubblicato postumo. Senza teorizzarlo, il metodo di *Lotmar* scava nei passi che costituiscono soluzioni di casi concreti, anche grazie alla loro struttura linguistica, arrivando per tale via ad isolare tre gruppi: i passi che contengono i lemmi *error* ed *errare*; i passi in cui questi due lemmi vengono espressi con formule indirette ed i passi, infine, in cui si ricorre a parafrasi. Ciò gli consente di accostarsi, nel secondo tomo, al concetto giuridico di *error* con la presunzione di considerare già individuate le fattispecie tipiche (*Tatbestände*), fermo restando che « in nessun senso si parla di una dottrina dell'errore, neanche per settori ristretti come il diritto privato, il negozio, il testamento, il contratto. È accaduto finora? Solo i posteri possono ricostruire la dottrina romana dell'errore »: MS 33-197c: <http://www.archivwissenschaft.ch/Lotmar.html>. Purtroppo, i sette capitoli di questo secondo volume sono rimasti allo stato di schizzi e per questa ragione mancano nella pubblicazione postuma, restando peraltro accessibili grazie alla messa a disposizione online della copia del manoscritto.

7. Quasi tutti i contributi o le porzioni di contributi scelti sono seguiti, a chiusura, da una presenza singolare: una o più lettere, tratte dalla corrispondenza privata di *Lotmar* con *Karl von Amira* (1848-1930) e con *Hugo Daniel Sinzheimer* (1875-1945). Ogni epistola ha rilevanza in relazione al contributo tradotto, ora in rapporto al *milieu* in cui è maturato, ora in rapporto alle reazioni che provocò. La scelta editoriale si propone l'obiettivo di illuminare meglio la personalità di *Lotmar* e il clima culturale in cui i suoi lavori si inserirono.

Sono state selezionate primariamente alcune lettere della corri-

spondenza di *Lotmar* con *Karl von Amira*, l'amico e collega storico del diritto medioevale e moderno, che insegnò prima a *Friburgo* in *Bresgovia* e poi a Monaco. Del carteggio tra i due giuristi, ci sono in realtà pervenute solo le lettere di *Lotmar* ad *Amira* e non le gemelle, per un totale di milleduecento pagine circa di epistole scritte tra il 1875 e il 1922, conservate nella 'Bayerische Staatsbibliothek' a Monaco. Ciononostante le lettere rappresentano una straordinaria fonte sia sulla biografia sia sul lavoro di *Lotmar*, dato che i due storici, amici dai tempi dell'università, si scrivevano con frequenza persino settimanale.

Le altre epistole riportate nell'antologia in corrispondenza di singoli contributi sono invece tratte dalla corrispondenza di *Lotmar* con l'allora giovane giuslavorista tedesco, *Hugo Sinzheimer*. Le lettere coprono l'arco di tempo che va dal 1902, quando *Sinzheimer* era solo ventisettenne, al 1920, poco prima che lo studioso conseguisse la cattedra in diritto del lavoro a Francoforte. Oltre all'interesse per una disciplina scientifica allora agli albori, i due studiosi dividevano sia la fede socialdemocratica sia l'origine ebraica.

8. *Pio Caroni* ha affermato che lo stile di *Lotmar* era serafico, perché aveva le caratteristiche della cultura antica (*Philipp Lotmar und Eugen Huber zur sozialer Frage*, in *Forschungsband*, p. 193). Il suo era, infatti, un atteggiamento che non faceva concessioni e quindi scuoteva gli interlocutori, ma senza mai ferirli, perché dava loro costantemente l'impressione che le sue parole si limitassero a ricordare più antiche e profonde verità.

Quanto di questo stile sia sopravvissuto alla traduzione lo dovrà giudicare direttamente il lettore. Certo è che il compito non è stato per noi affatto facile e che molti dubbi permangono tuttora. Per quanto si sia cercato di rendere uniformi, nella terminologia e nello stile, le parti romanistiche, quelle di teoria generale del diritto e quelle giuslavoristiche, il risultato non risulta, inoltre, privo di qualche discontinuità ed oscillazione. La regola comune di traduzione si attiene comunque in modo strettissimo al testo originario, mantenendo il tipico lungo periodare tedesco ed attribuendo alla terminologia tedesca il significato che essa esprimeva all'epoca in cui *Lotmar* scrisse i saggi qui pubblicati (v., ad esempio, quanto è specificato *infra* nella *Nota di traduzione* dell'*Introduzione* a *Il*

contratto di prestazione di fare secondo il diritto privato dell'Impero Tedesco riguardo al termine *Arbeitsvertrag*).

Ognuno dei contributi tradotti è preceduto da una nota di traduzione, a cura di chi vi ha proceduto, i cui obiettivi consistono nella contestualizzazione del singolo contributo e nella rappresentazione, in relazione ad esso, delle scelte di traduzione più complesse, là dove è ben noto che chi traduce si trova spesso a prendere decisioni per quelle situazioni in cui termini o espressioni sono difficilmente trasponibili in un'altra lingua.

Nella traduzione si è optato per mantenere le evidenziazioni di parole o frasi che *Lotmar* ritenne opportuno mettere in rilievo rispetto al resto del testo. Tuttavia, comparando nelle diverse opere diversi caratteri utilizzati allo scopo, ora lo spaziato ora il sottolineato ora il grassetto, si è optato per uniformare tali ricorrenze e renderle tutte in carattere spaziato.

Le citazioni bibliografiche sono state non solo uniformate, ma anche completate, là dove — come capita di frequente — compariva qualche forma abbreviata o non comprensibile per il lettore moderno. Anche le citazioni dei passi del Digesto sono state modernizzate. Altre informazioni relative alla traduzione del singolo testo sono poi contenute nelle note di traduzione.

Con la dicitura 'n.d.t.' sono state inserite via via nel testo o nelle note precisazioni o glosse interpretative a cura del traduttore per rendere, là dove necessario, il testo di più immediata comprensione al lettore di lingua italiana. Tale dicitura non compare peraltro nelle note alla corrispondenza scelta tradotta, là dove le note sono per loro natura esplicative del testo dell'epistola.

Per il prezioso supporto dato in fase esecutiva e per la redazione dell'indice delle fonti, siamo grati alla Dr. *Linda De Maddalena*, ricercatrice a contratto presso l'Università di Berna e per la rilettura delle bozze ringraziamo la Dr. *Sabrina Lo Iacono*, assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Milano. Un grande grazie va ai colleghi *Paolo Cappellini* e *Giovanni Cazzetta* per avere accolto la pubblicazione nella prestigiosa collana della 'Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno'.

I curatori

1. STUDI CRITICI IN MATERIA DI *CONTRAVINDICATIO*
(1878): §§ 7-8 ⁽¹⁾

⁽¹⁾ P. LOTMAR, *Kritische Studien in Sachen der Contravindication*, München, 1878, Ackermann, (I-VI, 1-181), §§ 7-8, pp. 29-39.

Nota di traduzione (Iole Fagnoli)

Della ricerca monografica *'Kritische Studien in Sachen der Contravindication'* del 1878, pubblicata due anni dopo la sua abilitazione (*Habilitationsschrift*)⁽²⁾, si traducono qui solo i paragrafi che appaiono particolarmente significativi dal punto di vista metodologico. In tale opera Lotmar volle ribadire la sua tesi sul carattere solo eventuale della *contravindicatio nella legis actio sacramenti in rem*, esposta nella sua abilitazione. A suo parere, il convenuto del processo arcaico avrebbe potuto limitarsi a contestare altrimenti la *vindicatio dell'attore*, senza necessariamente ricorrere ad una *contravindicatio*. Tuttavia, questa tesi attirò dure critiche, persino da parte del suo maestro Alois von Brinz⁽³⁾. Lotmar decise quindi di tornare sul tema, replicando e fornendo nuovi argomenti a sostegno della sua tesi. In particolare, egli cercò di evidenziare che, siccome i giuristi romani non erano storici del diritto, non deve sorprendere che la descrizione del rito processuale di Gaio non sia del tutto attendibile. Proprio alla riflessione sul metodo di ricerca nella storia del diritto è dedicato l'incipit del volume — qui tradotto — *'Kritische Studien in Sachen der Contravindication'*, rappresentato da un capitolo di cinquantasette pagine intitolato *'Grundsätzliches'*⁽⁴⁾. In esso, e in particolare nelle pagine che qui si traducono, Lotmar, allora solo ventottenne, dimostra già una straordinaria lucidità e un grande equilibrio espositivo.

Nei casi in cui non è stato possibile rendere esattamente in italiano espressioni della lingua tedesca, si è riportato anche l'originale in nota, come accade con evidenza nel caso del gioco di parole *'ob sie ganz das sei, und ob sie das ganz sei'*, in cui *'ganz'* e *'das'* compaiono due volte, ma *'das'* ha diverso uso sintattico, una volta come pronome e una volta come articolo, con un conseguente significato differente⁽⁵⁾.

Per non appesantire la lettura, le citazioni che nel testo tedesco compaiono tra parentesi sono state collocate nella presente traduzione in nota a piè di pagina.

(2) P. LOTMAR, *Zur legis actio sacramento in rem*, München, 1876.

(3) A. VON BRINZ, *Zur Contravindication in der Legis actio sacramento in rem*, in *Festgabe Leonhard von Spengel*, München, 1877, pp. 93 ss.

(4) Al riguardo si vedano J. RÜCKERT, *Philipp Lotmars Konzeption von Freiheit und Wohlfahrt durch soziales Recht (1850-1922)*, in P. LOTMAR, *Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie*, a cura di J. RÜCKERT, Frankfurt am Main, 1992, pp. XXX ss.; P. CARONI, *Philipp Lotmar und Eugen Huber zur sozialen Frage*, in *Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922)*, a cura di P. CARONI, Frankfurt am Main, 2003, pp. 173 ss.; M. VARVARO, *Riflessioni sui rapporti fra dogmatica giuridica e storia nel diritto nel pensiero di Philipp Lotmar*, in *Philipp Lotmar - letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*, a cura di I. FARGNOLI, Frankfurt am Main, 2014, pp. 23 ss.

(5) Cfr. *infra* nt. 14.

7. *I giuristi romani non 'studiosi di storia del diritto'. Conseguenze per la ricerca della storia del diritto romano e rapporto fra storia del diritto e dogmatica. Determinazione del rango di una scienza giuridica.*

Anche se si voglia condividere — incuranti dell'opinione contraria di Stein (6) — l'idea che i giuristi romani non avessero una conoscenza perfetta né fossero ferrati sulla storia giuridica romana, occorre guardarsi dal rimproverarli per questo. Si è protetti contro questo rischio se si considera che quanto si è indotti a supporre su questo profilo della storia romana, nonché a giustificare con una propria spiegazione, costituisce soltanto una speciale ripetizione di quanto, in relazione ad altri aspetti della stessa storia, e soprattutto di quella politica, risulta generalmente condiviso. E l'opinione comune è solita, non soltanto disconoscere ai Romani il talento per questo tipo di attività intellettuale, [n.d.t. ma anche] ascrivere loro, in particolare, una mancanza di senso storico. Forse risponde ad una legge naturale della psiche (7) il fatto che popoli eminentemente pratici, popoli di cui il senso e l'aspirazione siano rivolti al presente, non abbiano senso storico e interesse per una ricerca storica oggettiva. I giuristi romani erano soprattutto giuristi e per questo concentrati sul diritto vigente. « Anche a Roma » afferma Feuerbach (8) « non c'erano teorici, e ancora meno storici del diritto nel senso di una [n.d.t. moderna] scuola tedesca, ma statisti e uomini d'affari che operavano in modo costruttivo, animati dal senso della filosofia, preparati ad un'acuta comprensione del mondo, nutriti dal senso dell'esperienza, rivolti all'esercizio della vita pratica ». E poche pagine più avanti nello stesso contributo, che costituisce una con-

(6) L. VON STEIN, *Gegenwart und Zukunft der Staats- und Rechtswissenschaft*, Stuttgart, 1876, pp. 83 s., ma [n.d.t. si tratta di affermazioni] campate per aria.

(7) Così si esprime, per esempio, A. SCHWEGLER, *Römische Geschichte: Römische Geschichte im Zeitalter der Könige*, I, Tübingen, 1853, p. 45.

(8) P.J.A.R. VON FEUERBACH, *Kleine Schriften*, Nürnberg, 1833, p. 136.

futazione geniale della parte pratico-positiva del saggio di Savigny ⁽⁹⁾, troviamo [n.d.t. scritto]: « il giurisperito romano sedeva, come è noto, non dietro ad antichi monumenti oppure manoscritti in qualità di ricercatore della storia e dell'antichità, ma al mercato o a casa tra i clienti o sulla sedia curule o nelle sue vicinanze; il suo sapere era la conoscenza [n.d.t. che scaturiva] dal libro della vita cittadina e aveva molto meno da leggere e da imparare rispetto a quanto aveva da osservare, pensare, giudicare e decidere ». Non [n.d.t. si occupava] di circostanze generali, ossia per un'esigenza scientifica generalmente riconosciuta, bensì di compiti particolari. In rapporto a ciò, Pomponio scriveva: *Necessarium itaque nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare*. L'opinione comune e generalmente seguita, tuttavia, si manifesta nelle parole con cui, senza obiezione dei suoi uditori, il giurista definisce la sua prestazione professionale in Gellio (16.10.8), non spettandogli di conoscere quanto è assopito: *studium scientiamque ego praestare debeo iuris et legum vocumque earum, quibus utimur*. Se i giuristi romani riuscirono a capire il loro diritto, a praticarlo e a svilupparlo senza operare profonde incursioni di ampio respiro sulla sua evoluzione e sul suo passato, non possono essere rimproverati, in quanto giuristi, di aver trascurato qualcosa.

Due sono peraltro le conseguenze da trarre da quanto è emerso finora. Se la forza dei giuristi romani non risiede, in pratica e concettualmente, nella storia, le loro indicazioni storiche e loro stessi, quando si presentano come storici, devono essere valutati con un altro metro di giudizio o un diverso criterio, in quanto appunto giuristi. Su questo profilo lontano dal loro essere dobbiamo evitare « di assoggettare lo spirito e il giudizio alla lettera scritta tramandata » (Niebuhr), allo stesso modo in cui ciò accade ormai comunemente per altre parti della storia romana.

Inoltre, i Romani ci mostrano che la rielaborazione e la conoscenza della storia di un diritto non è, in ogni caso e certamente non in egual misura in tutti i casi, premessa oppure semplicemente sussidio per la conoscenza e la pratica di un diritto. Tra storia e dogmatica non esiste un collegamento indipendente dal carattere

⁽⁹⁾ F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814.

delle fonti e della materia, sempre ugualmente necessario ed esteso. Da ciò deriva tuttavia che la funzione della storia del diritto non può assolutamente fondarsi sull'esigenza di rendere comprensibile il diritto vigente.

Il diritto tedesco comune di origine interna o esterna — con le sue fonti per la maggior parte provenienti dal passato, la cui natura e autorità erano spesso state conferite per la prima volta da giuristi o da coloro che non si ritenevano obbligati a ritenere che i teorici fossero a loro superiori — ha offerto occasione e ragione di ripercorrere il suo sviluppo il più lontano possibile nel tempo, soprattutto se si riteneva di dovere raggiungere soltanto con tale strumento la comprensione del futuro e la determinazione di quanto meritasse di essere applicato. Nel suo contributo 'Della professione' ⁽¹⁰⁾, Savigny sintetizzava il metodo storico con la massima: ripercorrere ogni argomento fino alle sue radici. Tuttavia, ai suoi occhi, già allora il ritorno ai giuristi delle Pandette svolgeva un compito storico, con l'abbandono della dottrina e della prassi dei secoli postgiustiniani e con l'introduzione del punto di vista dei classici si conduceva uno studio storico-giuridico. Quanto si sono estese da allora le esigenze e quanto di più è stato raggiunto! Senza pensare ai tentativi di ricostruire il diritto preistorico, la ricerca romanistica è risalita sino all'inizio dell'impero e ha saputo insediarsi perfino nelle oscure zone della repubblica e della monarchia, senza mai tralasciare del tutto i suoi obiettivi dogmatici. Con la distanza dal suo oggetto [n.d.t. di studio] cresce in noi il favore per il lavoro [n.d.t. di ricerca] e la sua considerazione scientifica si trova normalmente in un rapporto inversamente proporzionale alla sua utilità. Tuttavia, in rapporto allo zelo con cui questi studi vengono praticati a scuola e in letteratura, non dovrebbe mai essere dimenticato, là dove si respinge il motivo dell'utilità per il diritto vigente, che il sapere in sé non può costituire lo scopo della conoscenza e che il sostegno del benessere spirituale o corporale delle persone, in qualche modo oppure da qualche parte prevedibile, per lo meno in modo indiretto, caratterizza il valore di ogni lavoro umano; altrimenti valgono considerazioni come quella

(10) F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit*, cit.

di Kirchmann ⁽¹¹⁾: « È troppo allettante coltivare un campo cui la grande massa non può accedere; dove lo splendore della sapienza brilla alla massima potenza ». Da allora, la nostra scienza ha saputo guadagnarsi ancora di più quella denominazione di scienza storico-antiquaria che Feuerbach le ha attribuito, sebbene siano da notare alcuni nuovi approcci ad una direzione verso l'interno, in un certo qual modo filosofici. Possono venire qui del tutto sorvolate le conseguenze politiche di tale condotta. Tuttavia, si ricordi bene che in Germania si è spesso attribuita alla storia del diritto un'importanza non proporzionale a quella della scienza giuridica e che qualcuno, immemore dei Romani, si è abituato a determinare stato e rango di una scienza giuridica sulla base della precisione, della ricchezza e dell'affidabilità delle sue ricerche in storia del diritto. Da ciò ne deriva anche che, con riguardo a queste ultime, qualcuno crede che la giurisprudenza tedesca sia superiore a quella degli altri Paesi, mentre proprio la grandezza di una scienza giuridica deve estrinsecarsi, innanzitutto e principalmente, nell'amministrazione della giustizia, nella legalità o nella verità giuridica delle decisioni dei tribunali (la loro corrispondenza con il diritto positivo), inoltre in quella letteratura che impatta direttamente sulla giurisprudenza, ossia quella giurisprudenza casistica, ritenuta degna di essere presa a cuore e raccomandata da Brinz ⁽¹²⁾ e, infine, nelle prestazioni effettuate nell'interesse del futuro miglioramento del diritto, poiché è in primo luogo il giurista, il conoscitore della *lex lata*, ad essere chiamato a riflettere *de lege ferenda*. Con questo interesse [n.d.t. al futuro miglioramento del diritto], la ricerca della storia del diritto, non soltanto del diritto privato, si fa porre di nuovo in una relazione feconda; ad essere valorizzate sono non solo le conoscenze, ma anche le esperienze.

⁽¹¹⁾ J. H. VON KIRCHMANN, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, 1848, p. 12.

⁽¹²⁾ A. VON BRINZ, *Civilrecht. Einleitung*, in *Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, a cura di H.T. SCHLETTER, I, Erlangen, 1855, pp. 7 ss.

8. *Ricerca di storia del diritto. Ricerca storica. Uso storico e dogmatico delle fonti. Critica storica. Ruolo dello storico del diritto, ruolo del dogmatico del diritto.*

La visione storica del diritto, propria della scienza storico-giuridica, fornisce, come si è detto (§ 1 [n.d.t. dell'originale qui tradotto]), sì lo spunto per la storia del diritto, ma lascia libero [n.d.t. alla scienza storico-giuridica] un margine di condotta per la determinazione dello scopo e del fine. Parimenti nella scienza storico-giuridica non è determinato nulla sul modo in cui la storia del diritto sia da praticare, cioè da studiare, non è determinato nulla sulla via che la ricerca debba imboccare per ottenere conoscenze di storia del diritto, siano esse verità, probabilità oppure soltanto possibilità. Si può fare molto di più indipendentemente da ogni spunto e impulso, e indipendentemente da questa o da quella concezione del diritto, persino indipendentemente da un predeterminato scopo della storia del diritto, ma non si può, io credo, fare a meno di riconoscere il modo di procedere nella ricerca in storia del diritto e di servirsene, a prescindere da quale sia la *species*, la parte o il ramo della ricerca storica cui [n.d.t. la ricerca storico-giuridica] va ascritta. « Si deve trattare filosoficamente il diritto naturale » dice Hugo ⁽¹³⁾ « e storicamente la storia del diritto ». Tale modo di procedere si concreta soprattutto in un particolare modo di uso delle fonti. Lo stesso dipende dalla particolare posizione, ancora da determinare, che lo storico assume rispetto alle fonti di sua conoscenza o dal compito che [n.d.t. le fonti di sua conoscenza] devono aiutarlo a risolvere. Tra queste fonti bisogna intendere soltanto le fonti di cognizione che sono prodotto dell'uomo, perché bisogna pensare soltanto alla storia per antonomasia o alla storia degli uomini, non invece alla storia della terra (o delle piante) o al destino dell'uomo come segmento puro della natura.

Lo storico del diritto, in quanto tale, assume il ruolo dello storico. In tale ruolo non aspira soltanto a procurarsi la conoscenza offerta dalla fonte, cioè a capire la fonte, e non aspira soltanto ad accertarne l'autenticità, ossia ad accertare se e in che misura sia ciò per cui viene messa in circolazione oppure spacciata, quindi [n.d.t.

(13) G. HUGO, *Civilistischen Magazin*, I, Berlin, 1791, p. 8.

accertare] se sia interamente ciò che lo storico ritiene che sia e se sia intera ⁽¹⁴⁾ [n.d.t. nel senso di autentica] (corpo estraneo o lacuna). Più propriamente [n.d.t. lo storico del diritto aspira ad] accertare anche in seguito se e in che misura la conoscenza a disposizione — cioè il contenuto — sia autentica o corretta, ossia se e in che misura ciò che è stato conosciuto sia veramente accaduto, soprattutto se sia diventato effettivamente diritto. Entrambe le prime due funzioni o ricerche non sono proprie solo dello storico, ma sono comuni al dogmatico. Se anche il dogmatico, conformemente al suo ruolo di comprensione e di costruzione di un apparato sistematico, si occupa di ciò che è diritto, nell'usare le fonti — e solo in rapporto a tale attività viene qui paragonato allo storico — si interroga su che cosa gli offra la sua fonte e se la fonte sia autentica. Se l'ha compresa (attraverso l'interpretazione) e se questa è per lui divenuta conoscenza certa, la disposizione giuridica conosciuta è, per lui come dogmatico, utilizzabile e intaccabile. Allo storico del diritto in quanto tale spetta ancora invece, dopo queste due verifiche, la *critica storica*.

L'interrogativo se qualcosa sia divenuto diritto e perciò sia eventualmente anche diritto, è molto lontano dal dogmatico, che, in quanto tale, deve rielaborare e utilizzare ciò che è diritto. Dopo la risposta affermativa data dallo storico, può essere innanzitutto svolta l'attività del dogmatico. Nell'ambito di questa supposizione nessuno può confondersi e credere che la stessa persona che è chiamata a occuparsi del diritto vigente possa giungere alla condizione di ricercare, appena prima dell'inizio di questa sua attività, se qualcosa costituisca diritto esistente, ossia se qualcosa sia diritto per antonomasia e così procedere ad una verifica sul piano storico. Un funzionario del fisco, che deve tassare campi di trifogli, non è ancora un funzionario del fisco fintanto che pone e risponde all'interrogativo se un certo campo rivestito di piante sia un campo di trifoglio; finché risponde a questo interrogativo, è un botanico o [n.d.t. comunque]

⁽¹⁴⁾ N.d.t.: come accennato già nella nota di traduzione, non si riesce qui a rendere pienamente in lingua italiana l'abile ed elegante gioco di parole con il diverso uso sintattico di 'das' in rapporto a 'ganz' nel diverso ruolo di pronome e articolo, con una conseguente divergenza di significato, per cui si riporta qui la frase originale in lingua tedesca: « ob sie ganz das sei, und ob sie das ganz sei ».

opera come tale. Anche chi vuole pensare al diritto vigente nella sua applicazione pratica o letteraria, se ha appreso da Müller e Schulze ciò che, secondo loro, costituisce diritto consuetudinario e ha verificato che la fonte sia autentica, cioè come Müller e Schulze, per cui [n.d.t. determinate situazioni] vengono fatte passare quali appartenenti all'ambito in cui tale consuetudine presumibilmente ricorre: costui, se la conoscenza raggiunta ha un'utilità dogmatica, deve ancora precedentemente accertare se l'informazione a lui pervenuta sia vera, deve quindi ricercare se ciò che ha conosciuto sia veramente *diventato* diritto. Tuttavia, là dove conduce questa ricerca, è uno storico del diritto.

D'altra parte, contro la menzionata principale differenza fra uso dogmatico e storico delle fonti si può anche sollevare l'obiezione, rivolta dalla critica storica, per cui la distinzione sia in determinate circostanze priva di contenuto. Supponiamo che quei giuristi, che fra cinquecento anni si occuperanno di storia del diritto, abbiano ad occuparsi del nostro 'Codice penale per il regno tedesco' in qualità di fonte. Se il suo contenuto è riconosciuto e la sua autenticità è fuori dubbio, risulta risolto (o ha già ricevuto una risposta o non è più da porsi) l'interrogativo sulla sua verità, quindi su se quanto riconosciuto sia diventato e sia stato effettivamente diritto. Questo non contraddice il fatto che tale interrogativo si rivolge sostanzialmente allo storico del diritto e gli compete, altrimenti ne deriva che, nell'esempio fornito (come in alcuni altri casi), l'autore della fonte, che si è individuato attraverso la ricerca sull'autenticità (non s'intenda lo scrittore oppure il tipografo), prova senz'altro la verità storica del suo contenuto. E ricorre sempre questo caso se l'autore della fonte è al contempo l'ideatore della soluzione giuridica da essa attestata.

Certamente anche Amira, là dove afferma che « il giurista, indagando e descrivendo il sistema del diritto vigente, è sostanzialmente uno storico »⁽¹⁵⁾, non vuole contestare né sottovalutare la differenza significativa, in rapporto alle fonti, tra lo storico e il dogmatico nella posizione e nel modo di procedere. Amira giunge a tale opinione, considerando tutto ciò che sia finito ed umano, ossia

⁽¹⁵⁾ K. VON AMIRA, *Ueber Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgesch. Akademische Antrittsrede* (15. Dezember 1875), München, 1876, p. 12.

anche il diritto, come qualcosa di divenuto e, di conseguenza, come un qualcosa di storico. Tutto ciò che è risulta innegabilmente divenuto. Se allo storico fosse sufficiente occuparsi di ciò che è divenuto, allora tutti gli studiosi sarebbero storici, quasi ogni attività scientifica sarebbe storica. Anche l'astronomo, ricercando nell'universo, indaga sulla dimensione, sulle caratteristiche e sulle orbite dei soli e dei pianeti, lavora sul terreno del divenuto, [n.d.t. dunque] la scoperta di Copernico sarebbe una scoperta storica. Anche il tifo, del quale N soffre e che il medico B cura, è qualcosa di divenuto. Non è uno storico il medico che cerca di riconoscere lo stato attuale della malattia e riflette sul rimedio per la sua guarigione. Lo è soltanto quando si occupa di ciò che è accaduto, di ciò che si chiama storia della malattia.

Lo storico si occupa del divenire, il dogmatico dell'essere. Si può indagare il divenire soltanto indagando e collegandosi con ciò che è divenuto. Tuttavia, fa lo storico chi si occupa del divenuto in qualità di divenuto — all'inizio indifferentemente se sia ancora esistente oppure se sia già stato —, quindi che ricerca la verità oppure l'effettività, il tempo, la causa e la modalità dell'essere divenuto. La storia si dedica soltanto al passato: l'essere divenuto è passato. Di per sé il divenuto non ha bisogno di avere cessato ciò che è diventato, non deve anche essere stato. Chi non restringe i confini della storia, deve reagire quando Feuerbach afferma: «Ciò che appartiene alla storia, è già scomparso dalla vita». Nella misura in cui per esempio Wuttke ⁽¹⁶⁾ descrive soltanto il presente vivente, non scrive la storia, fornisce una statistica che diventa una fonte storica. Tuttavia, là dove egli proponga come questa sia divenuta presente ancora vivente, scrive di storia. Si può, di conseguenza, parlare a buon diritto di una 'storia del presente' come rappresentazione del processo del divenire dell'oggi confluyente nella descrizione del presente.

Una contrapposizione all'essere non è costituita dal solo divenire, ma anche dall'essere stato. L'essendo non può venir considerato solo come una condizione raggiunta, come un qualcosa di fermo, ma può essere considerato anche come presente. Non rileva

⁽¹⁶⁾ H. WUTTKE, *Die deutschen Zeitschriften und die Entstehung der öffentlichen Meinung*, Hamburg, 1866.

soltanto il che cosa, ma anche il quando; il rapporto temporale è diventato decisivo per la determinazione del compito della storia. Se si ascrive lo storico al campo dell'essere e dell'essendo, è generalmente diventato comune attribuire subito a lui, propriamente, la trattazione di ciò che è stato, addirittura limitarlo a questo. Quest'opinione si basa sul citato pensiero di Feuerbach. In conseguenza di essa, ciò che oggi è materiale statistico, diventa col passare del tempo fonte storica. In imbarazzo di fronte ad essa, Riehl⁽¹⁷⁾ ha creduto di dovere qualificare, a stretto rigore di logica, una 'storia del presente' quale una contraddizione in sé stessa. Tale 'storia del presente' compare nell'uso linguistico dei giuristi quando quei dati, che non hanno più un'importanza pratica, vengono per questo motivo considerati appartenenti alla storia; e tale si può ritenere anche la possibilità di un sistema del diritto privato romano alla fine della Repubblica, che avrebbe rappresentato unicamente il livello allora raggiunto: in tale realizzazione l'opinione dominante e incontestabile non vedrebbe null'altro che un'opera storica. Questa considerazione porta infine con sé che, sulla base della constatazione dello storico che qualcosa sia diventato diritto, il dogmatico è soltanto chiamato [n.d.t. ad intervenire] se la storia del diritto non fornisce alcun dato che un qualcosa ha unito al passato o al presente.

Sarebbe, da una parte, per lo meno linguisticamente scorretto, non fare valere il diritto che fu in quanto tale come 'diritto', poiché riconosciamo quale 'arte del tempo passato' anche i prodotti di un gusto artistico superato che ai nostri occhi appaiono disarmonici e grossolani. Ma dobbiamo riconoscere nel lavoro di colui che si dedica al diritto del passato e in quello che si dedica a ciò che è diventato diritto, ma che è ancora diritto vigente, una differenza abbastanza consistente da non considerare il giurista che ricerca e descrive il sistema del diritto vigente 'in sostanza' come uno storico. Da un altro punto di vista, ossia da quello secondo cui l'essere divenuto del diritto è determinante, il lavoro sul diritto vigente si fa

(17) W.H. RIEHL a cura di, *Premessa a Historisches Taschenbuch, begründet von F. von Raumer*, XII, Leipzig, 1877./ W.H. RIEHL, *Premessa*, in F. VON RAUMER, *Historisches Taschenbuch*, a cura di W.H. RIEHL, XII, Leipzig, 1877.

interpretare come un lavoro storico. Chi, come Lasalle ⁽¹⁸⁾, scorge nelle categorie giuridiche « categorie dello spirito storico », piuttosto che « categorie logiche, eterne », potrebbe considerare tutta l'attività scientifica rivolta a questa materia di diritto positivo come attività storica. Rispetto a tale materia, l'attualità di quelle categorie giuridiche, che sono alla base e che condizionano storicamente lo stato delle cose, sarebbe teoricamente di importanza secondaria, se egli ritiene che queste [n.d.t. categorie], colte in un invisibile divenire, non gli sembrano ancora appartenere ad un passato visibile, solo perché egli stesso vive proprio in quel momento.

⁽¹⁸⁾ F. LASALLE, *Das System der erworbenen Rechte: eine Versöhnung des positiven Rechts und der Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1861.

2. DEL DIRITTO CHE È NATO CON NOI E LA GIUSTIZIA (1892) ⁽¹⁾

⁽¹⁾ P. LOTMAR, *Vom Rechte, das mit uns geboren ist und die Gerechtigkeit*, Bern, 1893, Verlag von Schmid, Francke & Co, pp. 5-46, 47-95.

Nota di traduzione (Iole Fagnoli)

Lotmar decise di pubblicare insieme le due conferenze tradotte anche qui unitamente, esplicitando, nella premessa del volumetto, quale è il collegamento esterno che le caratterizza e cioè il fatto che, in entrambi i casi, si tratti di « esplosione di concetti fondamentali ideali ⁽²⁾ ». In effetti, ambedue i saggi toccano elementi universali del diritto e si collocano trasversalmente ai vari settori giuridici.

Nel primo denso saggio sorprende la modernità del riferimento ai diritti umani, un concetto che, solo circa cinquant'anni dopo, diventerà uno dei cardini della scienza giuridica con la promulgazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nel 1948 ⁽³⁾. Partendo dal noto passaggio di Wolfgang Johannes Goethe, Lotmar riesce a dimostrare che il grande poeta tedesco voleva essenzialmente scuotere il lettore, evocandogli quelli che sono i diritti nati con l'uomo e quindi i diritti fondamentali della persona.

Si segnala al lettore che alcune delle tematiche trattate nel saggio sono state approfondite da Lotmar anche in lavori successivi, come quella dello svolgimento dell'attività professionale, del lavoro retribuito e del lavoro delle donne, che lo occuperanno nei successivi contributi, in particolare in 'La libertà di scelta dell'attività professionale' (§ 4) e 'Il contratto di prestazione di fare secondo il diritto privato dell'impero tedesco, I' (§ 6).

Per non appesantire il saggio, i passaggi citati nelle note non sono sempre stati riportati per intero. Ci si è limitati a farlo quando gli stessi risultavano indispensabili per la comprensione delle citazioni stesse. Per le altre basti quindi il rinvio all'opera e alla pagina citata da Lotmar. Nella traduzione 'Del diritto che è nato con noi' è stata inserita una divisione in quattro paragrafi, assente nel saggio di Lotmar, che peraltro dovrebbe rendere la lettura più agevole.

⁽²⁾ Cfr. *qui infra*.

⁽³⁾ Per la storia dei diritti umani, si vedano A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007; S. MOYN, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Harvard, 2010, pp. 44 ss. Per l'interrogativo relativo ai termini in cui il pensiero giuridico romano si sia già posto il problema dei diritti umani, si rinvia soprattutto a J. GAUDEMONT, *Des droits de l'Homme ont-ils été reconnus dans l'Empire Romain?*, in *Labeo*, 33, 1987, pp. 7 ss. e IDEM, *Le Monde antique e les droits de l'homme. Quelques observations*, in *Le monde antique et les droits de l'homme: actes de la 50e session de la société internationale Fernande de Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité, Bruxelles 16-19 septembre 1996*, a cura di H. JONES, Bruxelles, 1998, pp. 175 ss; A. POLACEK, *Human Rights. The secret legacy of antiquity*, in *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, a cura di J. ROSET ESTEVE, II, Madrid, 1988, pp. 1009 ss.

Premessa

Ho tenuto pubblicamente queste due relazioni [n.d.t. Del diritto che è nato con noi e La giustizia] negli inverni passati, più o meno nella presente versione. La trascrizione e la pubblicazione è stata auspicata da molti che le hanno ascoltate e da molti che non le hanno ascoltate. Si esaudisce così questo desiderio risultante dall'interesse [n.d.t. manifestato] per la tematica. Il collegamento esteriore di entrambi i contributi è dovuto ad una loro affinità interna, essendo entrambi indirizzati in senso filosofico-giuridico — secondo Ludwig Knapp — all'« esplosione di concetti fondamentali ideali ». Al testo sono state aggiunte alcune note che non lo integrano e non lo interrompono, destinate a servire un eventuale interesse bibliografico.

Berna, 26 ottobre 1892

2.1. DEL DIRITTO CHE È NATO CON NOI

1. Gentili signore e signori!

Nella scena del *Faust* di Goethe, dopo la ripetuta esortazione di Mefistofele a scegliere una facoltà, lo studente afferma:

« Allo studio del diritto non mi ci posso adattare » ⁽¹⁾,

per cui Mefistofele [n.d.t. replica]:

« Ed io tutto il torto non ve lo do. So come stanno le cose a codesto proposito. Le leggi e i diritti si ereditano come una malattia eterna. Si trascinano di generazione in generazione, passano piano piano da paese a paese. E intanto, la ragione diventa assurda e il beneficio tormento. Guai a te d'esser figlio dei tuoi padri! Del diritto che nasce con noi, sciaguratamente, non c'è mai verso che si discuta » ⁽²⁾.

Tutto ciò che provenga da Goethe necessita di essere considerato più da vicino. Se noi riflettiamo su ciò che il poeta intende con l'espressione « il diritto che è nato con noi » e trattiamo di conseguenza il tema da lui indicato, possiamo allora anche attenerci a ciò che egli stesso afferma sulla questione e adattarvi di conseguenza la discussione. Egli afferma: del diritto, che è nato con noi, non si discute mai, pur troppo. Se è così, allora ciò che ci si accinge a fare, ossia indagare più precisamente questo diritto nato con noi, non può risultare né antiquato né deplorabile. Non ho perfino bisogno di provare che, nonostante l'estensione del suo contenuto, la famosa espressione sia compatibile con una trattazione di un'ora, se riporto il giudizio dell'esteta Vischer, che così recita ⁽³⁾: « Il

⁽¹⁾ Traduzione di G. MANACORDA, *Johann Wolfgang Goethe, Faust*, Milano, 2005, p. 141 (Scena Studio II, vv. 1969-1999).

⁽²⁾ *Ibidem*.

⁽³⁾ F.T. VISCHER, *Faust. Der Tragödie Dritter Theil, Treu im Geiste des zweiten Theils des Goethe'schen Faust gedichtet*, Tübingen, 1862, p. 345.

contenuto di montagne intere di scritti è riassunto in modo illuminante in alcune righe, in un paio di motti ». E poi, per ciò che riguarda la via che deve essere disegnata per una più facile visione d'insieme, bisognerebbe per prima cosa chiedersi: che cosa è il diritto che è nato con noi?; secondo: non se ne parla mai?; terzo: perché non se ne parla mai?

2. Il diritto che è nato con noi — se aspiriamo per prima cosa a determinare il suo essere — è, come esplicita l'espressione, un tipo di diritto. Si differenzia da tutto il resto del diritto per diverse circostanze che costituiscono insieme la sua natura e la sua essenza. Si diversifica soprattutto *temporalmente* dal diritto che è nato prima e dopo di noi.

Come si sa, per ogni persona con la nascita non inizia una nuova disciplina giuridica, piuttosto ognuno nascerà all'interno di una disciplina giuridica generale già esistente in quel momento. Essa costituisce quella parte della civilizzazione, preesistente al nato, che accoglie chi arriva dalle mani della natura e lo arricchisce con i suoi regali oppure glieli nega, senza suo merito oppure sua colpa. Con parole vivide Socrate condannato, sebbene su consiglio dei suoi amici potrebbe sottrarsi alla morte con la fuga dalla prigione, va incontro alle leggi della propria patria e si lamenta di quanto egli sia diventato loro debitore per quanto esse hanno provveduto a lui prima e a partire dalla sua nascita ⁽⁴⁾. E Cicerone afferma in una delle sue orazioni in cui esalta i vantaggi della certezza del diritto: « Credetemi, vi è pervenuta, in termini di diritto e leggi, un'eredità più grande di quella che vi è stata lasciata in termini di beni » ⁽⁵⁾.

La disciplina giuridica, questa componente della civilizzazione, non è, come l'arte e la scienza, un qualcosa a cui ognuno può dedicarsi a piacere oppure da cui può tenersi lontano. No, piuttosto è un dono che non può essere rifiutato. Rendere l'uomo consapevole di questa disciplina giuridica, renderlo capace e ben disposto a

⁽⁴⁾ Plat., Critone, 50.51.

⁽⁵⁾ *Mibi credite: maior hereditas venit unicuique vestrum in iisdem bonis a iure et a legibus, quam ab iis, a quibus illa ipsa bona relicta sunt. Nam ut perveniat ad me fundus, testamento alicuius fieri potest: ut retineam quod meum factum sit, sine iure civili non potest [...] Quapropter non minus diligenter ea, quae a maioribus accepistis, publica patrimonia iuris, quam privatae rei vestrae retinere debetis...*; Cic. pro Caecina, cap. 26.

sottomettersi ad essa, costituisce uno dei più importanti compiti e risultati dell'educazione consapevole e inconsapevole della persona (6). Questo inquadramento (o subordinazione) nell'ambito del diritto preesistente o già nato si compie talvolta facilmente, talvolta con resistenze e conflitti, talvolta nemmeno del tutto, e, in questo ultimo caso, dipende dal risultato se lo sconfitto sarà trattato da delinquente oppure se da vincitore trasformerà l'ordinamento giuridico secondo il suo desiderio.

L'adattamento alla disciplina giuridica preesistente alla propria nascita, al diritto già nato, si compie naturalmente tanto più facilmente quanto più viene incontro ai desideri della persona e quanto maggiori sono i vantaggi che le presenta fin dalla culla. Così si spiega il fatto che, alle voci che considerano le leggi generalmente come un'opera buona, si oppongono altre che rilevano la limitatezza della loro bontà. Rousseau va ancora oltre quando dice nel suo 'Contratto sociale': « In realtà le leggi sono sempre utili a coloro che hanno beni e sempre dannosi per coloro che non hanno nulla » (7). Si può forse considerare questa un'esagerazione, oppure una limitazione, ma non ci si aspetterà che l'essere umano valuti il bene sociale del diritto innato senza riguardo ai vantaggi che questo gli assicura oppure gli nega (8). Perciò anche Shakespeare, grande conoscitore dell'animo umano, fa parlare Romeo con il farmacista, che si rifiuta di vendergli il veleno, perché la legge di Mantova punisce ciò con la morte:

« E tu, tu hai paura di morire,
miserabile e nudo come sei? »

(6) L'altra faccia della medaglia in M. STIRNER, *Der Einzige und sein Eigentum*, Leipzig, 1845, p. 294.

(7) J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique*, in *Collection complète des œuvres*, Genève, 1780-1789, nota alla fine del primo libro: « Dans le fait, les lois sont toujours utiles à ceux qui possèdent, et nuisibles à ceux qui n'ont rien ». V. inoltre J.J. ROUSSEAU, *Emile, ou de l'éducation*, IV (*Oeuvres complètes. Nouvelle édition classée par ordre des matières, et ornée de quatre-vingt dix gravures*, XI, Paris, 1791, p. 222): « L'esprit universel des lois de tous les pays est de favoriser toujours le fort contre le faible et celui qui a contre celui qui n'a rien: cet inconvénient est inévitable et il est sans exception ». V. anche l'insegnamento del sofista greco Callicle in M. VOIGT, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, I, Leipzig, 1856, p. 96.

(8) Ciò va a vantaggio del 'diseredato', di cui parla F.A. LANGE, *Die Arbeiterfrage. Ihre Bedeutung für Gegenwart und Zukunft*, Duisburg, 1865, nel VI capitolo.

Sulle tue guance si legge la fame,
 negli occhi t'agonizza la miseria
 ed il bisogno; porti appesi al collo
 visibilmente il disprezzo del prossimo
 e la più misera pezzenteria;
 il mondo non t'è amico,
 né ti fu mai amica la sua legge;
 il mondo non ha legge
 che faccia ricco uno come te.
 Allora, perché vuoi restare povero?
 Infrangila, la legge, e prendi questo! »

Ereditiamo non soltanto perché qualcun altro muore, ma già per il fatto che noi stessi nasciamo. Conosce una tale tradizione non soltanto la teologia, in riferimento al peccato originale, ma anche la psicologia e la patologia in relazioni a priorità e acciacchi e su tale tradizione basano le conclusioni di maggior portata ⁽⁹⁾. Un tale passaggio è conosciuto anche in ampia misura dalla vita sociale e dalla scienza sociale, cosa che qui non c'è bisogno di dimostrare. Basterà ricordare l'opinione proverbiale, e quindi attinta dall'esperienza quotidiana, che qualcuno di noi nascerà con un cucchiaino d'oro nella bocca e molti altri con una sella sulla schiena e sarà chiaro che il diritto che nasce prima di noi, il diritto innato (in questo senso), è preparato per i nascituri già prima della loro nascita e, nel bene e nel male, spetta non a un nascituro qualsiasi ma a colui che nascerà da quei genitori, con quella provenienza, in quel luogo, in quello Stato, in quella classe ⁽¹⁰⁾.

Il diritto che è nato con noi si differenzia temporalmente anche

⁽⁹⁾ Si pensa al Darwinismo. Molteplici esempi e rinvii alla letteratura in L. FELIX, *Entwicklungsgeschichte des Eigentums unter kulturgeschichtlichem und wirtschaftlichem Gesichtspunkt*, I, Leipzig, 1883, pp. 130-145.

⁽¹⁰⁾ Cfr. N. DE CONDORCET, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain, Neuvième époque*, Paris, 1822, pp. 235 s.: « On chercherait en vain, dans les pays appelés libres, cette liberté qui ne blesse aucun des droits naturels de l'homme, qui non seulement lui en réserve la propriété, mais lui en conserve l'exercice. Celle qu'on y trouve, fondée sur le droit positif inégalement réparti, accorde plus ou moins de prérogatives à un homme, suivant qu'il a telle ou telle fortune, qu'il exerce telle ou telle profession »; J. PLATTER, *Das Recht auf Existenz: Academische Antrittsrede*, Jena, 1880, p. 4.

da quello nato dopo di noi, cioè dal diritto sorto dopo la nostra venuta al mondo. Bisogna ricomprendere per prima cosa in questo concetto tutto ciò che è nuovo ai nostri occhi, il diritto che viene ad esistere con o senza la nostra personale collaborazione, specialmente le leggi e le disposizioni di cui il cittadino diventa destinatario anno per anno e, inoltre, tutto il diritto oppure i diritti che noi stessi acquisiamo durante la nostra vita in forza delle leggi esistenti, i diritti acquisiti in contrasto con quelli precedentemente indicati come ‘opportunamente nati’ ⁽¹¹⁾.

Il diritto nato con noi si differenzia, però, non soltanto temporalmente innanzitutto da tutto quel diritto che è sorto prima e dopo di noi, ma si diversifica anche, in secondo luogo, *c o n t e n u t i s t i c a m e n t e*, il che vuol dire per gli effetti cui esso aspira, per ciò che con esso viene trattato, rifiutato oppure assicurato. Ciò si può comprendere dal contesto solo se si sono prima richiamati alla mente, in quanto diritto nato con noi, i diversi elementi del diritto che è nato con noi. Se ascoltiamo allora le opinioni un po’ confuse della storia e della letteratura, sotto i termini ancora da spiegare di ‘diritto nato con noi’, di ‘diritti naturali’, di ‘diritti della persona’, di ‘diritti fondamentali’ oppure ‘del popolo’, si ricomprende una varia quantità di diritti che si possono classificare in due gruppi.

Nel *p r i m o g r u p p o* sembra che si guardi di più al soggetto legittimato come cittadino, tanto più che l’appartenenza allo Stato è collegata normalmente con l’essere umano cui si pensa quando si parla di diritti umani. In questo gruppo compare, innanzitutto, quale diritto nato con noi, il diritto all’espressione del pensiero. Se si considera tale espressione nella sua accezione più ampia, che ricomprende ogni manifestazione del pensiero a prescindere dal mezzo, dal contenuto, dallo scopo, dal luogo e dalla circostanza, ricade sotto il diritto alla libertà di espressione la libertà di confessione e di culto, ossia il diritto di espressione religiosa, il diritto a ricorrere e a pretendere la libertà di stampa, di insegnamento e di apprendimento — perché la libertà di esprimere il pensiero è lesa nel caso in cui sia l’impartizione sia l’accoglimento dell’insegnamento siano limitati —, infine, ancora il diritto di riunione e di associa-

⁽¹¹⁾ L. FEUERBACH, *Spiritualismus und Sensualismus in seinem Briefwechsel und Nachlass*, II, Leipzig/Heidelberg, 1874, p. 97.

zione, poiché oratori e persone riunite, presidenti e soci di un'associazione lavorano ampiamente con parole e opere alla libertà di espressione e non possono svolgere il proprio servizio senza la comunicazione del pensiero. Inoltre, sarebbe da aggiungersi il diritto all'onore, ossia il diritto a non subire punizioni infamanti, quindi il diritto ad accedere ad attività professionali o ad affari, all'ingresso in tutti i mercati, all'uscita dal territorio comunale e statale. Tutto questo e molto altro può essere descritto con le parole 'libertà di scelta dell'attività professionale' ⁽¹²⁾, 'liberalità', 'libertà di commercio', 'di soggiorno', 'di residenza', 'di circolazione' e 'di emigrazione' ed essere ritenuto da Uhland [n.d.t. Ludwig Uhland (1787-1862)] in rapporto al diritto « che a ognuno lascia aperto il cammino in tutto il mondo ». Ancora più precisamente a rinviare alla vita nello Stato sono il diritto di ogni cittadino a partecipare alla legislazione, il diritto di autodeterminazione in questo senso, in particolare il diritto di colui che è soggetto alle imposte di determinare il prelievo fiscale e l'utilizzazione delle imposte che è tenuto a pagare e, inoltre, il diritto del popolo di modificare in ogni momento la propria costituzione, così che nessuna generazione sia in condizioni di assoggettare la generazione successiva alle proprie leggi. Parimenti troviamo, per esempio, nella Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo ancora il diritto di opporsi ad atti violenti illegittimi, specialmente a perquisizioni, sequestri e arresti arbitrari, soprattutto contro l'oppressione, e infine il diritto alla rivoluzione, tutti [n.d.t. diritti] che possono essere considerati come manifestazioni del diritto alla legittima difesa e, in particolare, tra questi, il diritto ad opporre resistenza può vantare una letteratura molto abbondante ⁽¹³⁾. Si passa all'altro sottogruppo di diritti naturali con il diritto alla parità di tutti i cittadini dinanzi al giudice e alla legge per quanto concerne i diritti e i doveri pubblici, per esempio la parità dell'obbligo al servizio

⁽¹²⁾ [N.d.t. Emerge già qui l'interesse di Lotmar per la tematica del lavoro, di cui nei suoi successivi lavori e, in particolare, in 'La libertà di scelta dell'attività professionale' (§ 4) e in 'Il contratto di prestazione di fare secondo il diritto privato tedesco' (§ 6)].

⁽¹³⁾ Si vedano solo le indicazioni in O. GIERKE, *Johannes Althusius (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte*, a cura di O. GIERKE, VII, Breslau, 1880.

militare e del diritto al servizio militare, che deve condurre all'inoservanza ossia alla revoca dei privilegi di ricchezza e di nascita e che deve essere ripetutamente connesso con questa pretesa.

Molto più ampie e profonde sono le pretese che si manifestano nel secondo gruppo di diritti innati, poiché in questo caso ci si riferisce alla maggioranza delle persone senza considerarne la preesistente cittadinanza, cioè: non si tratta per loro direttamente della tutela dell'essere umano nella propria individualità, ma soltanto indirettamente della tutela della propria presenza sociale o cittadina e della tutela della sua efficacia sugli altri, come avviene per il diritto alla manifestazione del pensiero e alla legislazione. Incontriamo qui, in primo luogo, il più volte nominato diritto alla vita, il diritto all'esistenza e all'integrità fisica come diritto al vedere impedita ogni lesione o diminuzione della vita e dell'incolumità, alla sicurezza in questo senso. Questo conduce quindi all'esclusione di ogni potere altrui di disposizione sul proprio corpo, alla libertà in contrapposizione all'essere schiavo, [n.d.t. all'eliminazione] della servitù della gleba e della schiavitù, che, come si è spiegato, non devono potere neanche essere ammesse per volontà di chi vi si sottopone. Ancora nell'anno 1848 Jakob Grimm voleva vedere posto in cima ai diritti fondamentali tedeschi: « Tutti i tedeschi sono liberi e il suolo tedesco non tollera alcuna forma di schiavitù. Stranieri non liberi, che si trattengono su questo suolo, sono resi liberi »⁽¹⁴⁾. Il bambino appena nato può mostrare, nella sua impotenza, come l'individuo sia imperfettamente provvisto del diritto ad esistere nel senso negativo descritto di rimanere lontano da ogni possibile lesione vitale. Qui, dove già l'omissione agisce come ostacolo alla vita e in modo letale, non bisogna rinunciare ad una pretesa positiva a conservare l'esistenza stessa. In questa precisa situazione di bisogno di aiuto si possono trovare anche gli adulti. Perciò la società è obbligata soprattutto nei confronti dei cittadini sfortunati secondo la Dichiarazione francese, nel senso di dover assicurare la loro sussistenza attraverso la creazione di lavoro e, se non sono in grado di lavorare, attraverso la garanzia dell'alimentazione minima. Il

⁽¹⁴⁾ *Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der deutschen konstituierenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main*, a cura di F. WIGARD, I, 32, 1848, Frankfurt am Main, p. 729.

ragionevole Montesquieu era già andato molto oltre, quando affermò: « A prescindere dal tipo di elemosina che si fa per le strade ai poveri senza abiti, queste non adempiono le obbligazioni dello Stato, che è debitore verso tutti i suoi cittadini di un sostentamento sicuro, di alimentazione, di abiti adatti e di uno stile di vita sano » (15). Naturalmente si contrappone alle suddette obbligazioni il diritto al sostentamento menzionato, che dovrebbe riguardare non soltanto l'infelice, ma tutti. Altri pensavano di potere formulare il diritto all'esistenza nel senso positivo indicato già attraverso il fatto che questi proclamavano il diritto al lavoro inteso non nel senso di diritto a un'occupazione in generale, ma al lavoro remunerato o al salario (16). Con ciò dovrebbe contemporaneamente essere garantito un altro diritto della persona, il diritto a mantenersi indipendente dal volere altrui. Allo stesso scopo serve anche il diritto alla proprietà, senza il cui riconoscimento, come molti sostenitori del diritto all'esistenza hanno evidenziato, quest'ultimo non è pensabile. Conformemente a ciò troviamo sempre costantemente predicato che la terra con tutte le sue ricchezze — è il suolo coltivabile che si ha principalmente in mente — appartiene per natura a tutti gli uomini, che ogni uomo ha una proprietà originaria sui beni disponibili per natura (17). Coloro che qualificano il diritto alla proprietà come nato con noi, si differenziano tra loro soltanto sulla base delle forme con cui pensano alla proprietà, restando alcuni nella proprietà privata o individuale, mentre altri la sostituiscono attraverso quella comunista o collettiva. In ogni caso il diritto all'esistenza, di cui si è detto, riguarda soltanto la c.d. esistenza

(15) « Quelques aumônes que l'on fait à un homme nu dans les rues, ne remplissent point les obligations de l'état, qui doit à tous les citoyens une subsistance assurée la nourriture, un vêtement convenable, et un genre de vie qui ne soit point contraire à la santé »: C.L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Genève, 1748, 23 cap. 29.

(16) Per una più precisa definizione del diritto al lavoro e per indicazioni in merito al suo riconoscimento letterario, oratorio e pratico, in A. MENGER, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, Stuttgart, 1886, pp. 11-26. [N.d.t. Si vede anche qui profilarsi l'interesse di Lotmar per la tematica del lavoro, di cui nei suoi successivi lavori e soprattutto in 'Il contratto di prestazione di fare secondo il diritto privato tedesco' (§ 6)].

(17) Tra i tanti, per esempio, Adolf Gubitz nella prefazione a K. CHR. PLANCK, *Halbes und ganzes Recht*, Tübingen, 1885, XXII.

materiale del singolo e lascia così molto spazio libero ad altri diritti che dovrebbero essere nati con noi, come il diritto alla vita familiare e il diritto all'educazione. Poiché allora il collettivo raggiungimento e godimento di questi ultimi presuppone una certa pace nella lotta naturale per i generi alimentari, è già previsto il diritto al tempo libero ⁽¹⁸⁾ o, come lo si ha nominato, più paradossalmente e in modo più immediatamente comprensibile, il diritto alla pigrizia, con cui è intesa la possibilità che solleva l'uomo dalle macchine e gli permette di dedicarsi al libero gioco delle proprie forze al servizio delle Muse oppure anche semplicemente a rilassarsi. Poiché infine i diritti ricordati sono tutti dedicati alla felicità individuale della persona, allora si può ben parlare, in ricordo della 'Lettera con pieni poteri per la buona sorte' di Schiller, di un diritto innato alla felicità che ricomprende tutti gli altri finora ricordati oppure, se la felicità dell'uomo consiste nell'essere sé stesso, allora si potrebbe racchiudere il sistema dei diritti innati nel diritto della persona ad una condizione tale che possa sviluppare esclusivamente la sua propria natura e così vivere.

Se questa rapida panoramica sul contenuto del diritto che è nato con noi ha già mostrato la sua molteplicità, anche ciò rafforzerà l'aspettativa, da nutrire in ogni caso, che la sua situazione non è sempre e ovunque la stessa. In realtà essa è diversa per spazio e tempo e individualità ed è inoltre assoggettata al cambiamento. Ciò che si dirà dell'idea stessa di diritto innato, che può crescere solo in presenza di determinati presupposti storici, vale anche per le sue singole utilizzazioni o manifestazioni. Esse trovano ingresso, in determinate circostanze, nella consapevolezza di un popolo o di singole classi sociali e da qui deriva l'espressione che le rende visibili all'osservatore. Certamente l'immagine dell'essere umano, su cui vengono modellati i diritti umani, si dipinge diversamente nella mente di un cinese rispetto a quella di un europeo, come è differente nella mente di un contadino piuttosto che in quella di John Milton. Il diritto che è nato con noi porta nuove richieste se, anziché essere pensato da uomini solo per altri uomini, ricomprende anche i diritti

(18) J. HUBER, *Die Philosophie der Socialdemokratie*, München, 1887, p. 22.

delle donne ⁽¹⁹⁾. Incontriamo ovunque ideali terrestri, anche quelli politici dei quali parliamo, influenzati da idee soprannaturali, poiché essi devono orientarsi, per esempio, su tale esigenza di tolleranza e assistenza pubblica. Tuttavia, gli orientamenti politici e giuridici della società, e il suo modo di pensare relativo ad essi, dipendono soprattutto dal meccanismo economico della collettività in questione ⁽²⁰⁾. Per esempio, la rappresentazione e il desiderio di una regolamentazione del lavoro sono presupposti nella nostra società civile basata sul lavoro salariato e non emergono invece in una società basata sulla schiavitù. Soltanto là dove i mezzi di produzione sono monopolizzati, l'idea del diritto all'utilizzazione, ossia al lavoro, può giungere a coloro che ne sono esclusi ⁽²¹⁾. Il diritto naturale alla proprietà sul terreno non si risveglierà in una società stazionaria (comunione domestica), dove ogni partecipante ha nelle proprie mani la parte di terreno che soddisfa i suoi bisogni. Si farà valere, invece, là dove l'uomo e la natura si incontrano per la prima volta su vasti territori inesplorati e questa gli è incontestabilmente affidata oppure, viceversa, quando la massa si crede esclusa dalle comuni fonti nutritive originarie, attribuitele per il mantenimento della sua esistenza umana tramite accesso alla terra ⁽²²⁾. E, infine, il più

⁽¹⁹⁾ Per L. BRIDEL, *La femme et le droit: étude historique sur la condition des femmes*, Paris, 1884, p. 118, Dupont ha affermato nell'assemblea costituente in occasione della disamina della bozza del Codice penale del 1791 « qu'il n'y arrait ni humanité, ni générosité, ni justice, à s'occuper des droits de l'homme et à ne pas songer à ceur des femmes ». E. ACOLLAS, *La Déclaration des droits de l'homme de 1793 commentée par Emile Acollas*, Paris, 1885 osserva a p. 252: « C'est à Condorcet qu'il faut rapporter l'honneur d'avoir le premier compris qu'il existait un droit de la femme, non séparable du droit général de l'homme. Les Saint-Simoniens ont suivi Condorcet dans cette voie ». [N.d.t. Qui Lotmar accenna al tema dei diritti delle donne, all'epoca assolutamente discriminate rispetto all'uomo nella scelta della professione, che svilupperà nel contributo 'Die Freiheit der Berufswahl' (§ 4)].

⁽²⁰⁾ Secondo la cosiddetta concezione materialistica della storia, questo è l'unico fattore, non soltanto quello principale.

⁽²¹⁾ A. MENGER, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, cit., pp. 29 s., trova in generale che « l'insegnamento del diritto nato con noi è perlopiù costruito dal punto di vista delle classi benestanti ».

⁽²²⁾ Un altro esempio storico deriva dal diritto vigente sopra menzionato del soggetto obbligato a decidere sul pagamento dei tributi da lui dovuti. « Anche nel momento più elevato del suo sviluppo » afferma B.G. NIEBUHR, *Römische Geschichte*, II,

recente e onesto commentatore della Dichiarazione francese del 1793, lo studioso Emile Acolas, ha fatto notare che alcune disposizioni della stessa hanno soltanto carattere derogatorio, quindi devono solo dimostrare fermamente la nullità, conforme ai diritti umani, di alcune istituzioni dell'Ancien Regime, proprio come è stato detto in un saggio: « la necessità di fissare questo diritto presuppone la presenza o il fresco ricordo del dispotismo »⁽²³⁾. Così si conferma nuovamente che il contenuto del codice dei diritti umani ha una sua storia⁽²⁴⁾.

La appena menzionata versatilità del contenuto del diritto che è nato con noi non impedisce però di riconoscere la caratteristica che dovunque gli è propria, relativa appunto al contenuto, e che lo distingue dal diritto rimanente. Il rango che Goethe gli attribuisce con le parole « il poeta è tenuto al più nobile diritto, il diritto umano, che la natura gli ha assegnato » è forse tale non a causa del suo contenuto, ma di quello che generalmente gli è riconosciuto. È su questo sovrastante significato che si basa il rimprovero di Mefistofele alla scienza giuridica, cui egli rimprovera non tanto l'aver puramente omesso la materia della stessa importanza, quanto l'aver trascurato quella non egualmente importante. A chi lo sostiene e vi aspira e all'osservatore che vi prende parte, il diritto innato sembra per il suo contenuto, sostanzialmente, il fondamento della vita sociale. Le sue pretese valgono come più importanti delle altre, le condizioni da questo garantite sono per ogni persona particolarmente desiderabili ed è utile all'umanità più di ogni altro diritto. Il termine 'diritti fondamentali' esprime propriamente questo significato basilare e se l'uomo, come è più volte accennato in Faust, non sempre è o può essere un essere umano, « qui sono un essere umano, qui lo posso essere », i diritti umani potrebbero essere quelli che lo rendono tale oppure lo

Berlin, 1836⁴, pp. 454, 456 « la democrazia non ha mai preteso di condonare i tributi [...] I Romani erano lontani dal concedere al popolo di decidere sulla tassazione e di considerare la decisione al riguardo come una grande occasione di libertà ... ».

⁽²³⁾ ACOLLAS, *La Déclaration*, cit., pp. 185, 239.

⁽²⁴⁾ Così anche il diritto naturale: « il diritto naturale stesso è un diritto storico, è una categoria di natura e sviluppo storici e deve essere così, perché lo spirito stesso è solo un divenire nella storia », così F. LASSALLE, *System der erworbenen Rechte*, I, Leipzig, 1861, p. 59.

restituiscono libero dalla pressione della natura e della società e gli rendono possibile la vita da persona, quindi gli assicurano la più piena umanità e gli fanno sperare che il diritto svolga il suo ruolo nel migliore dei modi.

E la storia conferma ciò che i termini indicano. Questo diritto, che è nato con noi, non si contrappone ai giuristi e deve restare anche da questi incontestato, ma in periodi storicamente non troppo lontani ha impegnato e mantenuto col fiato sospeso i politici più di ogni altro diritto. E non soltanto i teorici della politica che riflettevano su come dovevano orientare la teoria o renderla coerente con i tribunali, ma ancora di più i pratici della politica, le classi e le categorie, i partiti e i popoli che per questo hanno combattuto e sofferto. In verità, quanto la storia giuridica degli altri diritti si svolge perlopiù in modo effettivamente soave e pacifico, se c o m p a r a t a alla storia di questo diritto che si dice essere nato con l'umanità! Se si vede qui, di tanto in tanto, secondo la descrizione di Mefistofele, il diritto trascinarsi e spostarsi cauto, di luogo in luogo — cosa che può essere riprodotto in un degno spettacolo teatrale, se anche non straordinario —, invece, le tracce dei diritti innati si trovano descritte attraverso fiumi di lacrime e sangue e il filantropo non può seguire i loro passi, se non con amarezza. Una volta, uno dei più significativi giuristi tedeschi ha descritto la questione se diritti e obbligazioni possano esistere senza soggetto come una delle questioni più accese del presente ⁽²⁵⁾, sebbene i suoi stessi più vicini colleghi non si siano infiammati per questo, e anche gli altri interrogativi relativi al nostro diritto civile, penale, statale e processuale sono soliti suscitare movimento solo nelle sale universitarie e parlamentari e nelle pagine di libri e giornali. Invece, il diritto, per esempio, alla manifestazione del pensiero, in particolare alla libertà religiosa, il diritto all'indipendenza fisica e di autoregolamentazione del popolo hanno dovuto passare sopra centinaia di cadaveri. Per il loro contenuto che, nel bene o nel male, tocca numerose persone e crea le basi della società, questi diritti umani sono stati obiettivi di così tante battaglie che riecheggiano nella storia e coloro che abbiano avuto la peggio sotto

⁽²⁵⁾ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Stuttgart, 1879², p. 49, nota 3. Nella VI edizione (1887) definisce la questione « (solo) non ancora dipanata ».

il profilo giuridico effettivo o anche solo abbiano dovuto subire la colossale ingiustizia hanno spesso cercato e trovato sollievo nella fiducia nutrita per il diritto che è nato con loro ⁽²⁶⁾.

Di questa seconda differenza di cui si è trattato è ancora più significativa la terza caratteristica che distingue il diritto innato dal restante. Da questo si differenzia, infatti, sostanzialmente per il fatto che, in gran parte, non è né positivo né effettivo.

Da una parte, non è positivo nella misura in cui difetta del riconoscimento dello Stato o del potere dello Stato, di colui che è, di volta in volta, più in alto nella società, di chi amministra il più forte strumento di potere che sia anche conforme alla morale e cioè la coercizione giuridica statale, sia che questo riconoscimento non sia stato mai richiesto sia che sia stato richiesto, ma poi negato. Gli Stati moderni sono sì descritti come volti alla cura del benessere del popolo, ma sono anche molto lontani dal riconoscere diritti umani, come quelli prima trattati, diritti all'esistenza in senso positivo, alla proprietà o al tempo libero di tutti i loro consociati. Tuttavia, come già accennato, una parte del diritto che è nato con noi ha già conquistato il riconoscimento statale ed è stato dichiarato, garantito per iscritto e suggellato in documenti ufficiali. Nella nebbia mattutina della storia, sebbene emergente dopo il diritto non positivo della giustizia privata e della vendetta di sangue, il riconoscimento statale del diritto delle persone all'esistenza si riduce sicuramente nel senso più stretto di diritto ad essere preservati da una riduzione o un indebolimento della vita per intervento umano, mentre nella più chiara luce del mezzogiorno è riconoscibile la garanzia di una certa libertà di confessione religiosa. Tuttavia — e questo è da puntualizzare —, il diritto che è nato con noi non smette di essere tale se diventa positivo o riconosciuto dallo Stato, perché non già a causa di questa mancata accettazione — sebbene sia ad essa in gran parte legato in modo caratteristico — è il diritto che è nato con noi. E difficilmente qualcuno penserà che tutte le richieste e gli interessi, per esempio agricoli e artigianali, che ronzano nell'aria politica e

⁽²⁶⁾ « Se l'oppresso non riesce a trovare diritto da nessuna parte, se il peso diventa insopportabile, si arrampica lassù nel cielo con fiducioso coraggio e porta giù i suoi diritti eterni, quelli lassù pendono inalienabili e infrangibili, come le stelle stesse »: Stauffacher nella scena di Rütli nel Guglielmo Tell di Schiller.

cercano di ottenere da opposte direzioni il riconoscimento statale come diritto, appartengano, già a causa di questa loro non positività, al diritto che è nato con noi.

Ad esso, però, manca allora in gran parte non soltanto il riconoscimento statale, ma anche persino un qualsiasi potere non statale compiuto. E fintanto che gli manca questa coercitività, non è un vero diritto, è solo un diritto pensato. Parzialmente esso si è certamente conquistato, con certi sacrifici indicibili dei suoi sostenitori, positività, così come anche realtà durevole, ma comunque non è poi sempre riuscito a raggiungere il pieno sviluppo della sua entità, così che è rimasto in parte allo stadio del pensiero per alcune pretese e deve indietreggiare dinanzi al vero diritto, a lui contrapposto. Tutto questo non ha bisogno di essere spiegato per il diritto umano alla manifestazione del pensiero, ma soltanto accennato; invece, si può richiamare alla mente come il diritto all'esistenza oppure alla sicurezza della vita sia sì assicurato e difeso stalmente in tempi di pace, ma venga sospeso dopo la dichiarazione di guerra, quando il vero diritto statale richiede addirittura l'abbandono dell'esistenza per il fine bellico e ottiene con la forza che, come si è detto, il diritto alla vita venga soppiantato dal dovere di morire⁽²⁷⁾.

Nella misura in cui il diritto che è nato con noi non abbia conquistato tale durevole riconoscimento e — come il diritto al lavoro⁽²⁸⁾ — non abbia neanche rivendicato negli scrosci febbrili delle rivoluzioni una temporanea realtà, sembra essere costretto a vivere nelle menti e negli scritti e proprio per questa impossibilità di essere protetto viene sottovalutato dal diritto vigente ed escluso del tutto dal rango di diritto. Tuttavia, dà segni anche più forti di vita. Perché il diritto pensato, che è nato con noi, ha l'inclinazione a tradursi in realtà e, là dove alle sue richieste si contrappongono quelle del diritto effettivo, si sprigionano le battaglie, spesso infocate e sanguinose, attestate nella letteratura e nella

(27) J. PEPPER, *Das Recht zu leben und die Pflicht zu sterben. Socialphilosophische Betrachtungen, anknüpfend an die Bedeutung Voltaire's für die neuere Zeit*, Dresden/Leipzig, 1878.

(28) [N.d.t. Anche qui Lotmar anticipa il suo interesse per la dimensione lavorativa, su cui si concentrerà nei successivi lavori, ampliando le sue competenze; si vedano *infra* §§ 4, 5 e 6].

storia. Anche se quelle richieste non giungono fino al riconoscimento influenzano — come noi stessi abbiamo vissuto e viviamo — la costruzione giuridica e non possono perciò essere ignorate dallo storico del diritto. La considerazione che lo storico del diritto Justus Möser ci ha regalato, l'autore delle 'Fantasie patriottiche', era quella di una vivace opposizione, contro la quale non dobbiamo tuttavia difenderci, poiché qui si tratta soltanto della loro entità e non ci si adopera per il loro accoglimento. L'opposizione di Möser si basava però soltanto sul fatto che nessuno potesse essere ricompreso nella distribuzione dei beni tramite il richiamo, attuale e storicamente crescente, all'umanità; perché se un non possidente « fosse voluto comparire nel paese e dire: sono una persona e per questo lasciatemi pascolare un capo di bestiame, così gli avrebbe risposto l'ascoltatore: tu sei un pazzo; le persone non ricevono nel nostro paese nulla più di ciò che noi vogliamo dare loro per bontà d'animo ». E allo stesso modo Möser individua i rapporti esistenti come punto di riferimento, là dove definisce quale altamente irragionevole e atroce l'ipotesi in cui, secondo il diritto dell'umanità, « si volesse costringere un sarto a prestare servizio con il duca in una fila non stipendiata e (dichiara) che tutti i diritti dell'umanità non soddisferanno la fame del primo (del sarto) se egli deve combattere anziché cucire ». Möser non vuole negare il fatto che uno Stato, come egli afferma, « possa essere fondato sulla pura umanità », ma soltanto, come dice, che ciò possa costituire « la prassi comune » (29).

Quando altri osteggiarono nuovamente i diritti innati soltanto pensati, provando a mostrare la loro incapacità alla realizzazione, non ne troncarono così la vita. Perché chi si è una volta pervaso del convincimento dei suoi diritti umani, può con ciò spostare le montagne che una critica forse prevenuta innalza di fronte a lui e,

(29) J. MÖSER, *Patriotische Phantasien*, II, Leipzig, 1871, pp. 90-97, ancora qualcosa alle pp. 82-89. Il 'buffone' di Möser trova il suo mondo soltanto nella Boston dell'anno 2000, dove alla domanda di West, come il lavoratore giustifichi la sua pretesa ad una parte dei beni, il Dr. Leete replica: « Il suo titolo giuridico è il suo essere uomo. La sua pretesa deriva dal fatto che Lei è un uomo »: E. BELLAMY, *Ein Rückblick aus dem Jahre 2000 auf das Jahr 1887*, Leipzig, 1890, p. 74.

poiché quei diritti valgono per lui come imprescrittibili, non smettono di essere ciò che erano, nonostante il riconoscimento resti loro negato.

Tuttavia, a causa del fatto di essere solo pensati, là dove non giunge in aiuto alcuna coercizione esterna, non è possibile qualificare il diritto che è nato con noi soltanto come morale, di cui anche i suoi sostenitori non sarebbero soddisfatti. Poiché — è da replicare — le sue pretese non sono proiettate verso l'interno e non sono orientate soltanto al sacrificio. No, esse si proiettano verso l'esterno, sono dirette ad altri, all'occorrenza attraverso la sottomissione di chi è riluttante alle richieste da realizzare. E mentre la morale fa in modo che la coscienza domini l'impulso che ad essa si contrappone, la rappresentazione di una coercizione, imposta dall'esterno in nome dell'appartenenza ad una specie, è inscindibilmente collegata con il concetto di diritto che è nato con noi, proprio perché si tratta di diritto, benché di diritto solo in forma di pensiero e *in fieri*.

Invero, come l'opera architettonica in potenza è costituita da un disegno — quindi appartiene ad un altro ambito dell'arte — così il diritto in potenza può *v a l e r e* come morale e colui che si contrappone al diritto di proprietà e al diritto agli alimenti può forse rinunciare, sul piano morale, a beni di cui non vorrebbe privarsi per vie giuridiche.

Come l'effettiva validità, dove raggiunta, non toglie al diritto che è *n a t o* con noi questa sua qualifica, perché questa ha radici nella sua origine astratta, così, anche al contrario, il diritto irreali o astratto diventerà non già per quest'astrattezza diritto che è nato con noi. Ci si può *i m m a g i n a r e* un altro diritto ereditario rispetto a quello vigente, per esempio, secondo cui la trasmissione ereditaria nei confronti di coloro cui essa spetta ha luogo soltanto a condizione che gli stessi siano bisognosi al momento della successione nel patrimonio ereditario. O si può immaginare, per il tempo in cui i palloni aerostatici saranno un mezzo di trasporto corrente, un diritto relativo a questa circolazione in tutti i particolari, come i principi sulla segnalazione oppure sulla protezione contro collisioni oppure sulla sopportazione del rischio di trasporto etc. Così si avrebbe senza dubbio un diritto non effettivo, ma solo pensato e non positivo, che mai sarebbe diritto che è nato con noi. Come questo vuoto diritto del futuro, così il diritto del passato, al quale è stata tolta la vigenza

con l'abrogazione, per questo motivo è sì diventato un diritto semplicemente astratto, ma non innato. E, quindi, al fine della completa comprensione della sua entità dovremo considerare il quarto e ultimo segno distintivo, che fonda la sua differenza dagli altri diritti, la circostanza cioè che vale come *nato con noi*, ossia la distinzione riguardante l'origine. Infatti, ciò che distingue questo diritto in qualsiasi momento è l'origine che lo accompagna, ossia, in realtà, la sua mancanza di origine, la sua originarietà in questo senso. In questa fantasiosa rinuncia di dimostrazione storica e di causa naturale, che non può essere richiesta all'uomo che cerchi le origini, in questa *generatio aequivoca* etica, in questa creazione dal nulla si nasconde il mistero delle sue forze. Se si riuscisse a spiegare e a evidenziare l'illusione che qui è in gioco, questo diritto che è nato con noi non perderebbe nulla del suo valore contenutistico, dovrebbe soltanto cercare di ottenere il riconoscimento con la sua tangibile utilità, anziché con la sua origine non intellegibile.

Se fra fratelli o di fronte al tribunale viene avanzata come esistente una pretesa giuridica, viene ritenuta dovuta una somma di denaro oppure una pena detentiva, la coercizione giuridica inevitabilmente presuppone due fattispecie puramente umane, prodotte dall'uomo: una condotta o un'omissione e una norma, e l'intervento del diritto dipende sempre e comunque dalla conoscenza di queste fattispecie che appartengono puramente e chiaramente alla storia dell'uomo. E inoltre: chi fa una proposta giuridica dovrà dimostrare la sua sostenibilità per il bene della società oppure semplicemente insistere sulla sua superiorità, se deve farla elevare a precetto giuridico. Invero, non procede in nessuno di questi due modi chi richiama il diritto che è nato con lui e chi fa valere una pretesa come un suo diritto umano. Non comincia neanche a dimostrare l'utilità della sua pretesa oppure a imporre un divieto, perché nei suoi occhi ciò che esige è già imposto.

E se egli, sollevando una pretesa, si richiama ai *precetti* del diritto che con lui è nato, non dice che, in qualche tempo e da qualche parte, questi precetti sono stati formulati da persone, soprattutto da un sovrano, ma piuttosto li presenta come concessi con il genere umano, come attributi della persona, di ogni persona. La

fantasiosa falsa conclusione ⁽³⁰⁾ sta allora nel fatto che qui, contro la realtà dei fatti e abusando dei suoi dati, un diritto è pensato non come un prodotto umano, ma come un diritto nato con noi e derivato dall'uomo, anziché come diritto nato a d o p e r a nostra.

Non sono pensabili precetti senza un soggetto che li imponga ⁽³¹⁾. Perciò la forza religiosa dell'immaginazione, in periodi attuali e passati, quando si volle arrivare a un diritto non di origine umana e perciò privo di tutta la contestazione dell'uomo, si indusse a ritenerne un dio nel cielo come l'autore e definì il diritto da lui promanato come divino. Così ancora Samuel Pufendorf duecento anni fa si trovò costretto a servirsi di un legislatore divino per poter considerare i diritti naturali come tali ⁽³²⁾. La fantasia speculativa porta però a maggiori risultati rispetto a quella religiosa. Perché fa derivare – cosa che non è possibile né per la ragione dei ragionevoli né per l'ingenuità dell'animo infantile – direttamente e senza difficoltà dal concetto di essere umano il diritto, il suo diritto umano, e rende così la questione dell'utilità provata o da provare arbitrariamente una faccenda di necessità di pensiero.

Poiché tutti i diritti esistono per le persone e non per gli animali o le cose ⁽³³⁾, allora potrebbero chiamarsi tutti diritti umani. Secondo un consolidato uso linguistico hanno però assunto questa denominazione soltanto quelle pretese che spettano, in quanto tali, alla

⁽³⁰⁾ È completamente dipanata in J.C. BLUNTSCHLI, *Allgemeines Staatsrecht*, II, München, 1863³, p. 523.

⁽³¹⁾ L. KNAPP, *System der Rechtsphilosophie*, Erlangen, 1857, p. 29, nt. 41.

⁽³²⁾ S.L.B. DE PUFENDORF, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, I, Lipsiae, 1721, cap. 3, §§ 3-11. V. anche O. GIERKE, *Jobannes Althusius*, cit., pp. 66 ss. In J.C. BLUNTSCHLI, *Allgemeines Staatsrecht*, cit., p. 505, si trova l'associazione per cui la libertà di espressione del pensiero dovrebbe essere riconosciuta dallo Stato come « un diritto naturale » perché « conseguenza della libertà di pensiero donata da Dio all'uomo ».

⁽³³⁾ *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*, afferma Ermogeniano nelle Pandette di Giustiniano: I. 5.2. Anche le « pene e i processi agli animali », quale che sia il ruolo sempre attribuito alla parte passiva, all'animale — per la più ampia raccolta di materiale, la sua sistemazione e valutazione verso nuove conclusioni, cfr. K. VON AMIRA, *Tierstrafen und Tierprozesse*, Innsbruck, 1891 — vengono infine inflitti e intrapresi solo a causa dell'azione degli uomini. « Non si può assolutamente parlare di un diritto animale, se il diritto è dell'uomo e per l'uomo »: A. VON BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Erlangen, 1873, p. 22.

persona. L'opinione, quindi, secondo la quale senza l'intervento umano nasce di per sé un diritto nel momento in cui nasce la persona, non tiene conto della storia e neanche della logica e può risultare soltanto dalla fantasia che mette insieme cose tra loro slegate. Poiché i diritti in questione si deducono dall'essenza oppure dalla natura dell'uomo, si definiscono diritti naturali dell'uomo e i precetti che li garantiscono costituiscono una forma di diritto naturale ⁽³⁴⁾. Poiché poi il diritto nato con l'uomo deve essere più vecchio di tutto quello sviluppato dall'uomo nel corso dei secoli, potrebbe essere definito come 'diritto antichissimo', perché sorge e svanisce con il genere umano, come fosse (un diritto) eterno e, poiché non è riconducibile a fatti storici, potrebbe essere contrapposto al diritto storico. Poiché questo diritto appartiene già 'di per sé' al genere umano e vi è insito, non poteva essere solo conferito dai detentori del potere — popoli o principi —, ma proprio dichiarato e garantito, assicurato contro limitazioni e violazioni. Poiché questo diritto è intimamente connaturato all'uomo, è da questo anche indivisibile e vale perciò come incedibile, imprescrittibile, intoccabile e indistruttibile e perciò anche come divino. Se si riflette infine sulla sua concettuale indipendenza da tempo e spazio, ossia sulla generale validità del fantasioso processo che si è descritto, si capisce come esso poteva pretendere di essere un diritto assoluto. È già stato poco fa reso noto, poiché si parlava del contenuto del diritto innato, che si accompagna a questa uniformità di concetto una varietà mutevole di contenuto. Se allora si cerca una spiegazione psicologica della subordinazione fantasiosa di un diritto che è nato con l'uomo — senza la quale la visione della sua entità non può essere completa — bisogna valutare innanzitutto dove può portare quella stessa idea e, inoltre, la grande importanza, prima illustrata, del suo contenuto, propria del diritto in questione. Quin-

⁽³⁴⁾ Questa logica conclusione sulla base della natura dell'uomo e, allo stesso modo, la personificazione della natura insieme con l'elevazione della stessa a legislatore del diritto e della morale è chiaramente differente dall'utilizzazione che essa trova nella derivazione non spirituale dall'etica, per esempio nelle parole: «L'intero sviluppo spirituale del mondo moderno spinge a concepire le norme morali come condizioni naturali della comunità di uomini e di giustificarle nel contesto del singolo con il tutto»: F. JODL, *Moral, Religion und Schule*, Stuttgart, 1892 (inserto dell'«Allgemeine Zeitung» n. 50, p. 3; 1892, 29 febbraio).

di, si tratta sempre e soltanto di precetti di primissimo livello e di pretese presumibilmente non superflue, che vengono immaginate come nate con l'uomo. Se queste hanno allora già riconoscimento da parte dello Stato e se hanno in concreto esecuzione, allora non hanno più bisogno di essere giustificate, ma sono evidentemente molto più sicure della loro validità durevole se possono richiamarsi ad una base che si trova al di sopra del pensiero e dell'opera umana e all'interno dell'uomo stesso. Se le pretese non sono ancora riconosciute e realizzate, e quindi costituiscono in sostanza puri desideri giuridici, il contrasto tra essi e il diritto esistente, percepito come intimo e doloroso, condurrà facilmente all'elevazione degli stessi a diritti naturali, perché a chi è oppresso può risultare più facile pensare di averci rimesso nella realizzazione dei propri diritti, anziché in quelli che gli sono stati concessi ⁽³⁵⁾. E, inoltre, quelle pretese non hanno soltanto un sostegno che le rafforza nella loro legittimità naturale ideata, nella loro spiegata appartenenza al diritto umano, ma spesso anche una spinta che le trascina nell'area della vigenza. Allora, per esempio, cosa deve fare la pretesa a difendersi dalla fame, la pretesa alla proprietà, la pretesa alla libertà di coscienza, se bussa alla porta del diritto vigente? Ricercare accoglienza? Se essa non può aprirsi l'ingresso con la forza, non le sembra rimanga più nulla se non convincere coloro che sono già all'interno con parole o fatti [n.d.t. sostenendo] come, attraverso la sua soddisfazione, alla fine si giovi anche al loro bene, al bene di tutti. Se tuttavia i suoi sostenitori vivono fantasticando nella convinzione e sono pronti a morire fanatici, certi che ciò che essi chiedono giunga senz'altro loro, quali persone, per vie giuridiche, non si tratta più soltanto di desideri, che nutrono ed esprimono, ma di diritti che proclamano e fanno valere e la loro causa riceve un potente rafforzamento presso tutti coloro che sono capaci della stessa devozione. Perché è più difficile contravvenire ai diritti, anziché lasciare desideri irrealizzati. Non sono soltanto naturalmente i riformatori e i

⁽³⁵⁾ In modo conforme, per esempio, la frase finale di un appello di un sottofunzionario postale ai suoi colleghi, recentemente pubblicato in una rivista, recita: « Colleghi! Una classe non ha mai migliorato in modo durevole la sua condizione con richieste da sottomessi; noi esigiamo là dove abbiamo un diritto da esigere come esseri umani ».

rivoluzionari che, per vedere riconosciuti i loro desideri come diritti, affermano che essi s o n o diritti naturali, ma anche quelli che stanno sul terreno del diritto vigente chiamano in aiuto il diritto che è nato con noi, se la percezione della difficoltà li avvicina lentamente a dovere giustificare razionalmente il loro ordinamento giuridico ⁽³⁶⁾. Quindi, ciò che non è soltanto un ordinamento f a t t o da uomini è anche più rispettabile e resistente contro le bramosie di distruzione e rivolta.

E così la necessità pratica conduce qui, come altrove, a uno strumento informativo speculativo.

Quindi, il diritto innato sembra essere così impotente di fronte ai suoi fratelli terreni se questi l'hanno privato con il loro potere del suo preteso diritto di primogenitura, ma essi tremano talvolta quando questo alza la sua voce, lamentandosi o minacciando, e allora mostra la sua forza imperitura e ricorda loro la propria fugacità.

Come tuttavia l'attribuzione alla divinità della richiesta di una disciplina giuridica non riesce a smuovere coloro che non sono sensibili ad un tale mito, così anche la convinzione diffusa dell'infondatezza della base del diritto nato con noi ha come conseguenza che esso non possa più giocare un ruolo d e c i s i v o c o m e t a l e in discussioni razionali.

3. Dobbiamo richiamare alla memoria i presupposti storici della sua comparsa in connessione alla nostra s e c o n d a domanda.

Allora se ci dobbiamo chiedere se veramente, come Mefistofele dice, non si discuta m a i del diritto che è nato con noi, risulterà che alla costruzione e all'impiego di questo concetto appartengono situazioni che non sono presenti sin dall'inizio e che non invadono in ogni momento la coscienza con la stessa forza. Solo così si può spiegare che il nostro fantasma ha trovato la sua prima dimora nelle menti dei filosofi e dei filantropi che riuscirono a non badare alla verità e a levarsi col pensiero su di essa, e che esso soltanto nei periodi di maggior sviluppo storico, come sono stati definiti i periodi

⁽³⁶⁾ R. STAMMLER menziona il richiamo al diritto naturale da parte dell'area conservativa e ultramontana, *Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, in Festgabe zu Bernhard Windscheids fünfzigjährigem Doktorjubiläum: zwei Abhandlungen*, Halle an der Saale, 1889, p. 42.

rivoluzionari ⁽³⁷⁾, quando l'entusiasmo per ampie astrazioni si manifesta ⁽³⁸⁾, quando le catene del diritto sembrano ⁽³⁹⁾ essere rotte più con il diritto che semplicemente con il potere, ha raggiunto popolarità ed è comparso sul mercato. Allora per arrivare ad un diritto che è nato con l'uomo, non con questo o con quell'individuo, ma con l'individuo in quanto tale, quindi [n.d.t. ad un diritto] che appartiene ad ogni uomo, bisogna pensare all'uomo in quanto tale, perciò riuscire a prescindere da tutte le disuguaglianze che, nonostante le grandi affinità all'inizio e alla fine, alla nascita e alla morte, distinguono le persone in parte per opera della natura in parte per opera dell'uomo ⁽⁴⁰⁾. Come si può però avere questa idea presso popoli in cui sono esclusi dalla comunità del diritto non soltanto intere masse di nativi, gli schiavi, ma anche gli stranieri, a causa della loro estraneità? Un'esclusione dell'ultimo tipo è tuttavia originariamente esistita presso ogni popolo mentre altri muri di separazione sono stati solo più tardi sollevati e in parte abbassati. Non è qui necessario indagare su quali circostanze abbiano agito da cause delle numerose trasformazioni verso il privilegio o verso l'equiparazione, perché è facilmente comprensibile già sulla base di questi accenni che non soltanto il contenuto del diritto che è nato con noi, ma anche la sua stessa idea ha la sua storia. E come mostrano il contenuto storicamente mutevole e il rispettivo grado di civiltà, cioè di concezione della vita, sviluppo sociale e concezione dello Stato, anche il nascere dell'idea e il grado della sua diffusione dà testimonianza che e in che misura si sia esteso il sentimento di dignità umana e la consapevolezza di un'umanità o di una cittadinanza del mondo.

⁽³⁷⁾ F. LASSALLE, *System*, cit., p. 29.

⁽³⁸⁾ Descrive l'impatto, in maniera tanto calzante quanto bello, J.W. GOETHE, *Hermann und Dorothea*, VI, 6-10: « Perché chi nega che il suo cuore si sia sollevato, che il petto più libero sia stato percorso con battiti più puri, quando la prima lucentezza del nuovo sole si alzò, quando si senti parlare di diritti umani, che sono comuni a tutti, dell'entusiasmante libertà e della lodevole uguaglianza ».

⁽³⁹⁾ Per W. VON HUMBOLDT, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, Breslau, 1851, p. 4, ciò è « la vista, bella e che solleva lo spirito, di un popolo che frantuma le sue catene nel pieno sentore dei suoi diritti di uomo e cittadino ».

⁽⁴⁰⁾ La sintesi storica sullo svolgimento degli eventi in F. ENGELS, *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft*, Leipzig, 1878, pp. 81-85.

Se si considera, inoltre, riguardo al concetto di diritto innato, che esso viene ritenuto insito all'uomo e non conferitogli da un dio, questo distacco del diritto naturale dal cielo, che non sembra essere stato familiare al pensiero greco, ben presuppone un'autonomia di pensiero che d'altra parte non è sempre presente. Così, per esempio, si esprimono i nordamericani nella loro Dichiarazione d'Indipendenza del 4 giugno 1776: « che tutti gli uomini sono uguali; che sono dotati dal loro creatore di determinati diritti inalienabili », mentre il nobile Condorcet, uno dei padri della Dichiarazione francese parla di « diritti naturali, innati al genere umano ».

Sebbene quindi il dogma del diritto che è nato con noi non possa prevalere sulla critica filosofica, è però — a prescindere dall'incalcolabile valore di ogni singola richiesta — attraente e degno di rispetto non soltanto per i suoi contributi pratici, ma anche come conquista della cultura oppure proprio come monumento della sua storia. Ripercorrere qui tutte le sue tracce nei libri, tutti i suoi effetti nella vita non è possibile a causa del poco tempo a disposizione e, inoltre, neanche necessario, perché qui interessa soltanto la prova del principio secondo cui del diritto che è nato con noi non si discute mai.

Al di fuori del c o n t e s t o in cui si colloca, l'affermazione deve essere allora criticata. Perché non soltanto in questo secolo e nel precedente, specialmente nel 1848 ⁽⁴¹⁾ e molto recentemente da parte degli Irlandesi ⁽⁴²⁾, ma già nel movimento di Thomas Münzer

⁽⁴¹⁾ Già nel primo degli incontri per la fondazione di un parlamento tedesco, il 31 marzo 1848 a Francoforte sul Meno, un deputato fece udire queste parole: « Fratelli tedeschi a est e a ovest, noi vi chiediamo di sostenerci nell'iniziativa, di procurarvi diritti umani eterni (?) e inalienabili. », p. 4), [n.d.t. Il punto interrogativo fa qui riferimento alla vicinanza di suono tra i due termini 'einigen' e 'ewigen' che differiscono l'uno dall'altro per poche lettere, per cui Lotmar fu verosimilmente incerto se la grafia del verbale fosse da leggere come 'einigen' e quindi 'alcuni' o addirittura, con maggiore consapevolezza del deputato sull'immortalità dei diritti umani, come 'ewigen' e quindi 'eterni'.] Che queste parole incontrarono plauso, è dimostrato dal dibattito successivo, nel quale si fece riferimento ripetutamente ai nordamericani e ai francesi, e dal successivo riconoscimento dei diritti fondamentali del popolo tedesco.

⁽⁴²⁾ Così secondo l'«Allgemeine Zeitung» del 19 maggio 1888, una circolare diffusa fra gli irlandesi d'America nella primavera del 1888 e corredata da molte firme contiene

nella defezione dei Paesi Bassi e durante la rivoluzione inglese, sono state avanzate per iscritto o a voce pretese che si è soliti ricondurre ai diritti umani e il fatto che allo stesso tempo sono comparse come diritti umani è pacifico per tutti almeno al tempo della rivoluzione francese. Poiché già dagli albori della filosofia greca esiste la convinzione, soltanto raramente rifiutata e differentemente elaborata⁽⁴³⁾, di un ordine giuridico naturale oppure divino, che viene più o meno messo in atto dallo Stato, ma che non può essere da questo modificato e che come ogni ideale non può essere completamente realizzato a causa delle debolezze umane, allora si può anche in questo caso dire: del diritto naturale si discuteva e se ne discute ancora.

4. Poiché tuttavia l'affermazione contraria di Mefistofele deve essere letta nel suo c o n t e s t o , vuole così solo significare che, nella scienza giuridica, non si tratta di quel diritto. E questo devono far emergere i giuristi — sebbene prima molti e oggi ancora alcuni lo abbiano inteso diversamente per la propria persona — premurosamente, ma non devono vergognarsene né pentirsene. Quindi, il fatto che il rammarico oppure il rimprovero per la non considerazione del diritto innato — 's c i a g u r a t a m e n t e , non c'è mai verso che si discuta' — non riguardi la giurisprudenza e non sia da lei meritato, deve risultare dalla risposta alla terza e ultima domanda: p e r c h é nella scienza giuridica non si tratta mai del diritto nato con noi?

le parole: « Dichiariamo davanti al mondo intero che utilizzeremo tutti gli strumenti per riconquistare i diritti umani innati che la scienza o persino la disperazione ci indicano ».

⁽⁴³⁾ Si trova una qualche espressione poetica in queste parole di Antigone dirette a Creonte:

« e i t u o i b a n d i
io non credei che tanta forza avessero
da far sì che le leggi dei Celesti,
non scritte, ed incrollabili, potesse
soverchiare un mortal: ché non adesso
furon sancite, o ieri; eterne vivono
esse; e niuno conosce il di' che nacquero ».

Sofocle, *Antigone*, 451-455. Traduzione in versi italiani di E. ROMAGNOLI, *Sofocle. Le Tragedie, II: Edipo re, Edipo a Colono, Antigone*, Bologna, 1926.

La scienza giuridica — la cui essenza non è mai stata colta da nessuno meglio che dal geniale Ludwig Knapp ⁽⁴⁴⁾ — non è colpevole del fatto che debba occuparsi molto del diritto che è tramandato di generazione in generazione, che ostacola e tormenta il presente, ‘il nipote’, e perciò non provoca di per sé alcun danno, ancora meno di quanto fa la scienza artistica, quando si occupa delle opere deteriorate. Si dia alla giurisprudenza frammenti nuovi anziché quelli ereditati ed essa riporrà i vecchi nella sua raccolta antiquaria. (Anche qualche giurista, come qualche negoziante, si considera ‘nipote’ di coloro che non avevano un codice tedesco generale del commercio). Se invece si mantiene il vecchio, c’è bisogno di esperti del diritto per mantenere attuale la sua comprensione e per facilitare la sua applicazione. Il diritto non è qualcosa che è stato loro assegnato perché lo si modificasse; come non hanno trasmesso il materiale per la costruzione del diritto, così non devono neanche decidere sulla sua demolizione. Quando [n.d.t. i giuristi] parlano della sua conservazione, anche se lamentele a tale riguardo raggiungono le loro orecchie, ciò non costituisce un precetto della loro scienza, ma probabilmente una cattiva conseguenza della loro attività ⁽⁴⁵⁾.

Che il diritto invecchia deriva solo dalla circostanza che la vita

⁽⁴⁴⁾ L. KNAPP, *System*, cit. Questo libro, superato solo in poche parti, e cioè in quelle economiche, attuale nelle altre e solido di un’efficacia duratura, costituisce, come qui è reso noto con un sincero ringraziamento, una parte considerevole del fondamento dei presenti saggi e, per di più, molti singolari assetti di questa quasi inesauribile fonte sono stati omessi. L’autore e la sua opera, nonostante gli sforzi eccellenti di Ludwig Feuerbach, Albert Rau, Friedrich Jodl e Wilhelm Bolin, non hanno ancora trovato il riconoscimento autonomo, accurato e completo a loro dovuto, che solo uno studioso del diritto, ma uno che è molto più di ciò, sarebbe in grado di trasmettere. Quanto all’autore, si cercherà inutilmente nella Walhalla letteraria, nella ‘biografia tedesca universale’, il suo busto; ma egli ha un riconoscimento, come ora si esprime E.I. BEKKER, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, Leipzig, 1892, p. 179, che: « non ha mai superato il privato docente di Heidelberg ». Le maggiori e più rilevanti indicazioni sono date da A. RAU, *L. Feuerbachs Philosophie: die Naturforschung und die philosophische Kritik der Gegenwart*, Leipzig, 1882, pp. 68-78 e p. 55. A interessanti contributi perviene J.M. PROELSS con la sua ‘Scheffel-Biographie’, appartenendo Knapp alla cerchia degli amici di Scheffel (v. soprattutto *Scheffels Leben und Dichten*, Berlin, 1887, pp. 214-219, accanto alla poesia alle pp. 117, 188 della raccolta proveniente dall’eredità di Scheffel).

⁽⁴⁵⁾ Sembra infatti essere in relazione con quella ritenuta da Knapp essere l’« alienazione contenutistica del diritto », da lui descritta nei §§ 162 e 163. Questa è stata già evidenziata prima (1848), e a volte in modo molto simile, da J.H. VON KIRCHMANN, *Die*

prosegue ⁽⁴⁶⁾ e la giurisprudenza non può fermare la vita. Se essa si volesse quindi dedicare al diritto che è nato con noi, oltrepas-
serebbe allora la sua competenza. Non si occupa del
diritto secondo la sua origine, ma secondo la sua validità e, come
tratta il diritto innato giunto ad essere vigente non a causa di questa
presunta origine, così non ha alcun compito di porre il diritto non
vigente a oggetto delle sue indagini a causa della sua origine innata.
La trascuratezza generale del diritto nato con noi, ossia delle
richieste politiche ed economiche che si presentano sotto questo
nome, sarebbe — se mai possibile — del resto da rimpro-
verare, perché promuove un tacitamento della critica del diritto
vigente in merito al suo contenuto e un allentamento delle aspira-
zioni al suo sviluppo ⁽⁴⁷⁾. Infatti, il diritto che è nato con noi rimane
per sempre giovane, perché è nato con ogni uomo e si rigenera con
ogni generazione, e può così servire al ringiovanimento del diritto
attuale. Perciò, anche l'introduzione della Dichiarazione dei diritti
dell'uomo del 1793 prevede: « Nella convinzione che la dimentican-
za e la mancata osservanza dei diritti umani naturali siano le sole
cause della sofferenza nel mondo, il popolo francese ha deciso di
enunciare questi diritti sacri e inalienabili in una dichiarazione
solenne ». Già di per sé la critica e la riforma del diritto vigente non
sono compito della giurisprudenza. Quindi è per la giurispruden-
za completamente indifferente se il suo diritto sia 'raziocinio' oppure
'assurdità', 'benedizione' oppure 'tormento', crudele per chi soffre,
mite per chi sta bene oppure utile per chi vi fa affidamento, dannoso
per chi è al sicuro, in breve, comunque possa essere il suo con-
tento, deve soltanto preoccuparsi che, in ogni momento, si sappia

Wertlosigkeit der Jurisprudenz, cit., pp. 41-44, solo che egli, al contrario di Knapp e
dell'opinione riportata nella successiva nota [n.d.t. ivi, nel saggio tradotto] 69, distingue
la giurisprudenza da ciò, cioè « che la politica si elimina da sé ».

⁽⁴⁶⁾ B.G. NIEBUHR, *Römische Geschichte*, II, Berlin, 1812¹, pp. 690 s.

⁽⁴⁷⁾ F.A. TRENDELENBURG, *Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, Leipzig, 1868, p.
198.

che cosa è giusto o, come dice Kant, « il loro (cioè dei giuristi) compito non consiste di per sé nel ragionare sulla legislazione, bensì nel mettere in atto i precetti attuali del diritto locale » (48).

L'importanza di questo compito che non chiama in causa tutta l'umanità, ma soltanto i giuristi si lega propriamente ad una caratteristica che, come abbiamo visto, è solita mancare al diritto che è nato con noi. Nella misura in cui esso è soltanto un diritto astratto e non positivo è « soltanto bozza o tentativo per un diritto effettivo, un diritto quasi finito » e perciò non costituisce oggetto della giurisprudenza. Soltanto il diritto compiutamente elaborato, infatti, ha la spada, è dotato di pieno potere. L'importanza pratica ora di un puntuale potere esecutivo, la pericolosità di uno che sia insufficiente o eccessivo rendono urgentemente necessario che i requisiti della sua applicazione siano fissati chiaramente, cioè che sia reso certo il senso delle disposizioni o l'ambito di potere del diritto, affinché si sappia sempre, dove e fino a che punto, il braccio della giustizia deve estendersi. Soddisfare questa urgente necessità è il compito e l'unico compito professionale dell'esperto di diritto. Tuttavia, nel diritto che è nato con noi, fintanto che è solamente pensato, questa necessità non si manifesta oppure si manifesta non appena si tratta dell'introduzione di tale diritto e anche i giuristi poi la richiedono, ma soltanto a causa della sua ormai prossima concretizzazione.

Se quindi Mefistofele rimprovera acidamente alla dottrina giuridica di non considerare, oltre al diritto ereditato, il diritto che è nato con noi, questo rimprovero non è qui al posto giusto — perché, come giustamente Knapp afferma: « il giurista non deve pretendere dalla sua scienza che sia qualcosa che non è, e nessuno può rimproverarle di non piantare ciò che non cresce in essa ». Questo non può però impedire di riconoscere che l'osservazione di Mefistofele sia vera. Se così grandi studiosi del diritto, quali Savigny e Puchta, non hanno voluto concordare con ciò ed entrambi hanno ascritto all'osservazione soltanto un senso che si allontana da quello attribuite da Goethe, che non si addice al discorso fra Mefistofele

(48) I. KANT, *Zum ewigen Frieden*, Leipzig, 1881, p. 41. Cfr. A. VON BRINZ, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, IXX, München, 1877, p. 401.

e lo studente ⁽⁴⁹⁾ ed è, inoltre, del tutto misero, ciò può ben discendere dal fatto che supponevano che la giurisprudenza, e quindi la sua attività, fossero colpite dalle invettive di Mefistofele. E se Puchta provò anche a replicare a queste invettive smentendone il presupposto, affermando: « Un autore tedesco deve fare sempre dire anche al diavolo la verità » ⁽⁵⁰⁾, il commentatore del Faust von Loeper non avrebbe dovuto replicare così: « Mefistofele è tuttavia solo una maschera interposta: dietro ad essa parla Goethe stesso ». Allora, ciò non vorrebbe dire esorcizzare il diavolo con Belzebù, cioè spacciare la diatriba s a t a n i c a per la vera, completa e corretta opinione del poeta che sta sopra la trama ⁽⁵¹⁾? Le parole vanno tuttora bene e calzano meravigliosamente con il carattere del personaggio del dramma; toglierle a questo e metterle al contempo nella bocca dell'autore, significherebbe identificarli e infine sbagliarsi.

Nelle parole in questione, secondo Friedrich Vischer ⁽⁵²⁾: « Im-

⁽⁴⁹⁾ Secondo F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, p. 42, le parole di Goethe devono riferirsi alla resistenza della lettera scritta nei confronti dell'intima evoluzione giuridica che è in divenire, in linea con le esigenze (a quali esigenze si riferisce?), e che ha un'efficacia generale. Goethe non avrebbe pensato chiaramente a questo nesso, ma, con talento visionario, lo avrebbe direttamente riconosciuto. Savigny rifiuta il legame della fonte con la contrapposizione fra 'diritto positivo' e 'diritto naturale'. Secondo G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, I, Leipzig, 1841, p. 19, infine, la fonte si riferisce allo sviluppo o al movimento del diritto e significa che chi non si sente membro del popolo, ma si contrappone ad esso e fa valere i suoi interessi isolati, considera l'evolversi, in realtà ininterrotto, del diritto per una condizione statica e lo accusa, perché non cede ai suoi interessi individuali. Secondo C.L. MICHELET, *Naturrecht oder Rechtsphilosophie*, I, Berlin, 1866, p. 11, viene espresso nella fonte una « inimicizia fra filosofia e diritto dato », perché la prima presenta il secondo come un qualcosa di finito, contrario alla ragione e da gettare. Solo che, con l'espressione 'diritto che è nato con noi', non va intesa la filosofia.

⁽⁵⁰⁾ Così si imputa al poeta la stupidità di rendere Satana il maestro della saggezza. F. PUCHTA, *Cursus*, cit., nt. B, e anche C.L. MICHELET, *Naturrecht oder Rechtsphilosophie*, cit.

⁽⁵¹⁾ J.W. GOETHE, *Faust*, I, Berlin, 1879, p. LVI, continua: « La maschera serve solo a giustificare l'aspetto cinico ». La forma di per sé non è cinica, ad essere drastica è solo la rappresentazione. Il cinismo si mostra in Mefistofele soltanto in seguito, dove determina lo « spirito della medicina ». Inoltre, si è prefissato « di giocare di nuovo al diavolo », con cui non viene detto che sia stato, nella critica precedente delle altre facoltà, al di fuori del suo ruolo.

⁽⁵²⁾ F.T. VISCHER, *Faust. Der Tragödie Dritter Theil*, cit., p. 345.

provvisamente, con bella e audace incoerenza, dal diabolico ironico emerge il più alto spirito del secolo della rivoluzione, balza fuori da Voltaire e Rousseau ». Tuttavia, l'incoerenza è da individuare in un personaggio drammatico solo eccezionalmente e raramente e, a favore di una tale ipotesi, nel nostro caso mancano gli appigli. L'evocazione del diritto innato è certamente sempre rivoluzionaria, quando il diritto vigente lo contesta, ma con ciò non è detto che qui « lo spirito che nega costantemente », « lo spirito della contraddizione » parli nel puro spirito del secolo della rivoluzione ⁽⁵³⁾. Mefistofele, come in piacevole ostentazione del suo carattere critico, mostra allo studente avido di apprendere, giocando con la sua immaturità, soltanto le zone d'ombra della sapienza giuridica, così, contrapponendo il diritto nato con noi a quello tramandato e biasimando ingiustamente la scienza giuridica a causa della non considerazione del diritto nato con noi, non vuole in alcun modo essere Rousseau o Condorcet ed esprimersi e gli stessi a favore dei diritti umani, ma piuttosto, in modo perfettamente coerente e come 'compagno che stimola ed è efficace', soltanto provocare il suo ascoltatore e screditare completamente la sapienza giuridica dallo stesso già rifiutata, uno scopo che egli naturalmente anche raggiunge. Allora, sposando completamente l'idea del suo nuovo mentore, lo studente risponde così alle sue parole citate all'inizio di questa relazione:

« Il mio disgusto viene da voi aumentato.
così fortunato è colui che voi istruite ».

⁽⁵³⁾ Il concetto storico dei diritti innati, per il prof. Luigi Miraglia, L. MIRAGLIA, *Il concetto storico dei diritti innati*, in *Atti della Accademia di Scienze Morali e Politiche*, XVII, 1883, contiene, oltre a resoconti su opinioni altrui, soprattutto la difesa della teoria secondo cui i diritti innati (alla vita, alla libertà, all'uguaglianza, alla proprietà) non sono un qualcosa di originario e si tratterebbe di anacronismo e di disconoscimento dello sviluppo collocarli nello stato naturale e assegnarli all'individuo, perché questi si sono formati nella società soltanto nell'arco di un lungo periodo, e cioè prima quali diritti che il singolo deve acquisire e a poco a poco quali diritti spettanti originariamente a tutti.

APPENDICE I:
LETTERA DI PHILIPP LOTMAR A KARL VON AMIRA DEL
13.7.1886 DA MONACO

Nota di traduzione (Iole Fagnoli)

La lettera qui tradotta attesta la genesi della pubblicazione della sua relazione 'Del diritto che è nato con noi' già nel 1886 e quindi 4 anni prima dell'uscita della raccolta, di cui fa parte anche il saggio 'La giustizia' (§ 2.2). È qui infatti che Lotmar preannuncia all'amico Amira di volere avere un parere sul suo contributo, anche in vista di un'uscita alle stampe.

Dallo scritto emerge anche la fase difficile che Lotmar stava attraversando dal punto di vista accademico. Abilitato già da otto anni e ormai trentaseienne, Lotmar era, infatti, alla ricerca di una posizione accademica stabile che egli otterrà solo due anni dopo con la chiamata a professore ordinario presso l'Università di Berna.

Compare, nel testo della lettera, anche un riferimento alla sua fitta e acrobatica attività di recensore, svolta tra il 1874 e il 1891, in cui Lotmar arrivò a redigere ben 32 recensioni, pubblicate nelle riviste tedesche 'Literarisches Centralblatt für Deutschland' e 'Kritische Vierteljahrschrift' ⁽¹⁾.

Interessante è, infine, la menzione della sua monografia sull'errore (§ 6) cui già allora lavorava e cui si dedicò, salvo alcune interruzioni, tutta la vita, senza peraltro arrivare a pubblicarla.

⁽¹⁾ Su questa fase critica della vita professionale di Lotmar, si veda, I. FAGNOLI, *Poche ombre sugli entusiasmi coevi. Letture critiche della teoria interpolazionistica di Otto Gradenwitz tra Germania e Italia*, in *Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik*, a cura di M. AVENARIUS, C. BALDUS, F. LAMBERTI, M. VARVARO, Tübingen, 2018, pp. 249 ss.

Caro Amira!

Come da tua esortazione, giuntami tramite Loewenfeld ⁽²⁾, ti comunico innanzitutto che la tua cara lettera del 23 del mese scorso, in busta sigillata e, per quanto mi risulta, integra, è giunta in mio possesso. Il timbro non era impresso chiaramente, ma certamente era così già dall'inizio. Dimostrerò che desidero venire da te a Horben con il fatto che soggiornerò lì da te. Non è sicuro se ci sia la mia famiglia, perché mia moglie sembra volere rimanere più vicina a Monaco. Ad ogni modo, sarei desideroso di sapere fino a quando tu abbia intenzione di rimanere a Horben e se tu sia anche propenso, in occasione del tuo viaggio di ritorno, a organizzare un incontro in un luogo più vicino a noi. Devo riconoscere che la mia capacità di decisione risulta alquanto sconquassata dalla pendenza che si è generata per l'espletazione imminente [n.d.t. della procedura] relativa alla mia domanda per una posizione di professore straordinario, dato che questa influisce enormemente sul mio futuro. Sarà questo il motivo per il quale oggi non sono in grado di dire ancora nulla di preciso sui miei piani di vacanza. Nel frattempo tale domanda per una posizione di professore è stata selezionata per proseguire [n.d.t. nella procedura], dato che Brinz, come mi ha fatto sapere, ha da riferire al riguardo. Per questo motivo mi ha richiesto un elenco di 'tutte le mie opere' e, come sono venuto a sapere, si è impegnato nel sostituire Hellman. Sarebbe per me molto interessante, già solo da un punto di vista letterario, conoscere un giudizio redatto in seguito ad una preparazione così accurata!

A suo tempo, ho comunicato a Hellmann — perché si trovava per otto giorni a Francoforte — il passaggio della tua lettera nel quale fai riferimento al suo processo civile, tuttavia non credo che abbia già dato seguito alla faccenda. Al contrario, egli è stato costretto da un'offesa privata e cattiva del più volte nominato sig.

(2) Si tratta dell'amico Theodor Loewenfeld (1849-1919), v. *infra* la nota successiva.

von Kirchenheim ad una lettera a specchio — *a non lucendo* — [n.d.t. da lui scritta] al sig. von Kirchenheim, della quale lui stesso dovrebbe parlarti.

Mi rallegro molto che tu abbia dedicato così tanta attenzione alle mie recensioni [n.d.t. pubblicate] nella rivista *Centralblatt*. Dal momento che in queste attività mi impegno veramente molto, è per me estremamente prezioso venire a sapere che non siano del tutto ignorate. Dato che lo spazio a disposizione è circoscritto, penso di dovermi orientare, nella valutazione, preferibilmente *in melius*, là dove mi allontanano dalla linea dell'equità. Infatti, si dovrebbe formulare una critica soltanto là dove si ha lo spazio per motivarla. Penso di non collocare il sig. Poss più in alto di come fai tu, nonostante abbia letto solo una piccola parte dei suoi scritti. Poiché per esempio risulta verboso, vorrei alludere al fatto che lascio parlare quasi interamente solo lui. Forse posso compensare la mia riservatezza da recensore, arrivando addirittura all'estremo opposto, riferendo che, al momento, nell'ufficio di redazione del *Centralblatt* si trovano le recensioni da me redatte a: Hartmann, *Römische Gerichtsverfassung*; Langfeld, *Retentionsrecht*; Kniep, *Vacua possessio I*; Felix, *Entwicklungsgeschichte des Eigenthums II*. Così ho posato la penna critica fino alla fine dell'autunno e giro intorno all'errore [n.d.t. al mio lavoro 'L'errore in diritto romano'] nel tempo libero dalla preparazione delle lezioni. Secondo il piano che ho finora elaborato, la cosa andrà così avanti che, almeno in termini di tempo, non è possibile vederne la fine, e ciò mi dispiace per altri volumi da scrivere su altri argomenti. Tra l'altro, dal momento che tu sei stato così bravo ad accettare un manoscritto di Cato [n.d.t. Theodor Loewenfeld ⁽³⁾], ti chiederò prossimamente se posso mostrartene

(³) Con il nome del famoso censore romano Lotmar era solito chiamare l'amico Theodor Loewenfeld. Dopo una dissertazione e un'abilitazione in diritto romano, Loewenfeld pubblicò nel 1889 un contributo innovativo e originale sulla prima bozza del 'Bürgerliches Gesetzbuch' (T. LOEWENFELD, *Über den Dienst-, Werk- und Auftragsvertrag nach dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuches. Mit besonderer Rücksicht auf die Verhältnisse der Rechtsanwaltschaft, der medizinischen Praxis und anderen wissenschaftlichen Berufen*, in *Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1890, pp. 858 ss.). Come per Lotmar, l'iscrizione di Loewenfeld al partito democratico non ne favorì la carriera, così come gli fu di ostacolo la sua origine ebrea: lo studioso non conseguì una cattedra universitaria e si

uno di una delle mie conferenze in precedenza menzionate, per esempio [n.d.t. quella intitolata] ‘Del diritto che è nato con noi’, in parte perché tu possa esprimere un’opinione, in parte per un parere in vista di una eventuale pubblicazione.

Ti ringrazio di cuore per l’invio annunciatomi della dissertazione. Sono impaziente [n.d.t. di leggere] quella di Behr. Nonostante la valutazione di lui da parte dei miei colleghi Zitelmann e Stammler, con cavalleria Brinz ha omesso tale valutazione nel suo *Obligationsrecht I* ⁽⁴⁾ e mi ha chiesto di pazientare fino al volume successivo delle sue *Pandette*. Il tema della causa, il mio primo amore, sembra appartenere alla storia, cosa di cui non si dovrebbe fare esperienza. Pertanto posso accogliere le considerazioni di Behr più con l’interesse di chi è un sodale della storia piuttosto che con la sensibilità di un appassionato.

Al termine di questa lettera ho la sensazione, di cui mi vergogno, di avere soltanto parlato di me. Poiché però alcuni studiosi pensano che fare ciò abbia stile, non solo lo ammetto, ma ti invito a fare altrettanto. Che, nel frattempo, tu sia calorosamente salutato dal tuo devoto,

Lotmar

Monaco, 13 luglio 1886

dedicò con successo alla professione di avvocato; si veda J. RÜCKERT, *Loewenfeld*, in *Neue Deutsche Biographie*, XV, 1987, p. 91 e I. FARGNOLI, *Tra error e locatio conductio. Il percorso scientifico di Philipp Lotmar (1850-1922)*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015, pp. 1182 s.

⁽⁴⁾ Il riferimento è alla prima parte del secondo volume del ‘Manuale delle *Pandette*’, di cui in quel periodo Brinz lavorava alla seconda edizione: A. VON BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II/1, Erlangen, 1860¹, 1879².

2.2. LA GIUSTIZIA

Nota di traduzione (Iole Fagnoli)

Nel secondo saggio del volume che raccoglie questa conferenza, insieme a quella intitolata 'Del diritto nato con noi' (§ 2.1), Lotmar affronta uno dei temi più elevati in assoluto nella materia giuridica e cioè quello della giustizia, declinandolo in materia molto ampia sia sul piano diacronico sia su quello sincronico, auspicandosi anche l'uguaglianza di genere (cfr. anche § 4).

La conferenza, come emerge nitidamente dalla lettera di Lotmar ad Amira riportata in calce alla traduzione del saggio, suscitò importanti reazioni di critica. È interessante notare che lo scritto di Lotmar suscitò contraddizioni di massimo grado in uno dei padri riconosciuti del diritto internazionale pubblico, Lassa Francis Lawrence Oppenheim (v. Introduzione dei curatori), che lo fece oggetto di una specifica lectio tenuta presso l'Università di Basilea nel 1894 ⁽¹⁾, criticandone peraltro il determinismo senza compromessi nonché l'identificazione della giustizia con l'utilità sociale.

Il saggio ha posto a chi traduce, tra altri, il difficile compito di differenziare in italiano 'Gerechtigkeit' e 'Justiz', là dove la lingua italiana non contempla due distinti termini, ma solo il sostantivo 'giustizia'. Si è scelto di tradurre il termine 'Gerechtigkeit' con 'giustizia' e 'Justiz' con 'potere giudiziario' o 'giustizia applicata', a seconda del contesto di riferimento.

⁽¹⁾ L. OPPENHEIM, *Gerechtigkeit und Gesetz*, Basel, 1895, pp. 6 e 12 ss.

Gentili Signore e Signori!

Colui che ha promesso di tenere un discorso sulla giustizia si trova nella gravosa situazione di avere suscitato delle aspettative che non è in grado di soddisfare. Infatti, alcuni di quelli che avranno notizia di questo titolo chiederanno immediatamente che cosa ci sia di nuovo da dire su un tema che è familiare ad ogni persona e il cui termine è un luogo comune molto utilizzato, con o senza devozione (2). E chi in conseguenza di ciò non avrà l'aspettativa che il relatore abbia qualcosa di nuovo da dire sulla giustizia e cerchi l'occasione di portarlo davanti ad un pubblico? Se il relatore pensa che i suoi ascoltatori siano quindi preparati e incuriositi deve, come detto, essere in imbarazzo, perché è posto di fronte alla scelta di confrontarsi con l'aspettativa di offrire veramente qualcosa di nuovo oppure di opporsi al presupposto menzionato con l'affermazione audace che il suo tema, in definitiva, non appartenga a quelli generalmente e sufficientemente conosciuti.

Certamente la giustizia è in generale altamente stimata e sembra che ciò non sia mai stato diverso. Verità, bellezza, giustizia! Che triade onnicomprensiva e lieta! Verità della conoscenza, bellezza del sentimento, giustizia della condotta, chi non loda queste idee e non si rallegra dove queste si manifestano! Anche l'ateniese che non conosceva Aristide 'il giusto' e tuttavia favorì la sua cacciata in esilio non era un nemico della giustizia, lo fece soltanto perché — come lui disse — non gli piacque che Aristide avesse voluto distinguersi dagli altri con l'appellativo di giusto (3).

No, dalla più lontana antichità sino al presente, in Oriente come in Occidente, la giustizia costituisce un bene splendido, che la

(2) J.S. MILL, *Utilitarianism*, London, 1879, p. 173 e G. SCHMOLLER, *Die Gerechtigkeit in der Volkswirtschaft*, in *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, V, 1881, p. 20.

(3) *Se ignorare Aristidem, sed sibi non placere, quod tam cupide elaborasset, ut praeter ceteros Justus appellaretur.* Corn. Nep., Aristides, I.4.

maggior parte delle persone rivendica per sé oppure cerca di ottenere. E anche chi è modesto, chi non vuole vantarsi di vivere sempre secondo la giustizia o di essere soltanto un 'giusto produttore di pettini', vorrebbe comunque essere amico della giustizia, avere un senso di giustizia e partecipare al sentimento di giustizia. Questo sentimento reagisce contro l'ingiustizia con intensità diversa, dal dubbio silenzioso e dalla disapprovazione sino all'indignazione e allo sdegno, però si manifesta con forza soprattutto là dove resta durevolmente provocato e viene lesa dall'ingiustizia subita da altri, così come là dove fosse subita dallo stesso portatore del sentimento. Per colui che è veramente giusto sarà qui anche indifferente se deve temere per la sua persona una simile ingiustizia oppure se ne è viceversa protetto.

In ogni morale — perlomeno presso i popoli civili, per quanto in modo anche differenziato — la giustizia viene elogiata come virtù e la sua applicazione viene urgentemente raccomandata (4). Essa costituisce, secondo un famoso detto, il fondamento degli Stati, che vacillano e crollano là dove la giustizia patisce, mentre essi sono nella migliore situazione là dove la giustizia opera (5). La sua messa in atto dovrebbe essere il compito sostanziale dello Stato (6) come la condizione di un effettivo progresso dell'umanità (7). E la giustizia appariva a politeisti e a monoteisti come una così bella e sublime qualità da ascriverla innanzitutto ai loro dei. Quello che gli uomini considerano al pari degli dei dovrebbe essere posto per eccellenza al di sopra dell'immagine umana idealizzata (8).

In Omero, poi in Plauto e in Aristotele, nella poesia ebraica, nel

(4) « Come ho visto, la giustizia è qualcosa di così buono che è necessaria anche tra i manigoldi »: Sancho Panza nel *Don Chisciotte*, libro 10, cap. 8.

(5) Demetrio in F. SCHILLER, *Demetrius*, I atto. In conformità a ciò Tiberius, un successore di Giustiniano sul trono bizantino, promulga un provvedimento con le parole: « Non esiste nulla di più grande di Dio e della giustizia ». Novella 164, *praefatio*.

(6) A. SPIR, *Recht und Unrecht: eine Erörterung der Principien*, Leipzig, 1879, p. 49.

(7) H. GEORGE, *Fortschritt und Armut*, traduzione tedesca di C.D.F. GÜTSCHOW, Berlin, 1881, pp. 449 s. G. SCHMOLLER, *Die Gerechtigkeit*, cit., p. 62, su alcune domande fondamentali del diritto e dell'economia nazionale: « Il progresso sociale consiste essenzialmente nel fatto che il principio di giustizia diventi signore sulla violenza brutta ».

(8) « Egli, l'unico giusto, vuole il giusto per ognuno »: J.W. GOETHE, *Divano Occidentale-Orientale*.

Nuovo e nell'Antico Testamento e presso i padri della chiesa troviamo la giustizia in un senso ancora molto più ampio rispetto a quello che noi siamo soliti attribuirle. Lì il giusto è la virtù e la giustizia sembra l'incarnazione di tutte le virtù. « Nella giustizia è compresa ogni virtù » afferma un poeta greco antico. E così pensa anche il salmista quando recita (1,6): « Il Signore conosce il cammino dei giusti, ma colui che è senza Dio trasgredisce il cammino ». E le parole di Gesù hanno lo stesso significato ampio: « Beati sono coloro che sono affamati e assetati di giustizia » e « Beati sono coloro che sono perseguitati a causa della giustizia ». Allo stesso modo il virtuoso per eccellenza è il giusto, di cui viene lodato il sonno e che ha pietà anche del suo bestiame. È appena necessario menzionare che qui non dobbiamo occuparci di questa giustizia come virtù universale ⁽⁹⁾. Da dove sia derivata l'estensione del concetto sarebbe facile da dimostrare; intanto depone per l'alto valore che si è assegnato alla giustizia nel nostro senso ristretto il fatto che tale termine ha potuto trasformarsi in uno comprensivo dell'intera serie di virtù.

L'alta considerazione generale, di cui gode la giustizia, priva colui che ha deciso di occuparsene della necessità, in primo luogo a favore dei suoi ascoltatori, di farle propaganda o persino di difenderla contro eventuali svalutazioni. Di fronte a difensori della giustizia non è necessario intraprendere un elogio della stessa. E non può trattarsi qui neanche di una paternale, ma soltanto di trovare e chiarire la vera essenza del nostro tema.

Il termine 'giustizia' ricorda soprattutto il diritto, mentre il termine 'potere giudiziario', che deriva da *justitia* o giustizia, ha il compito, secondo l'opinione comune, di fare funzionare la giustizia attraverso la messa in atto del diritto, di fare in modo che la giustizia funzioni. Anche Themis, la dea della giustizia, è patrona e protettrice dell'ordine giudiziario. Se si comprende innanzitutto che ci si aspetta la giustizia dalle decisioni delle corti, si comprende così subito

⁽⁹⁾ Nell'etica di A. SCHOPENHAUER, *Preisschrift über die Grundlage der Moral*, Hamburg, 1979, p. 217, la giustizia e la filantropia sono chiamate « virtù cardinali », « perché da esse derivano tutte le altre e le fa derivare teoricamente ». Similmente un imperatore bizantino ha definito la giustizia e la filantropia i supremi beni fra gli uomini (Novella 163, *praef.*).

dopo che l'aspirazione della giustizia non è limitata alle sentenze che vengono emesse nei processi o nelle cause giudiziarie di un tribunale statale, ma piuttosto ci si aspetta anche da altre sentenze che siano giuste. Certamente al testimone e al perito non viene richiesta giustizia, ma soltanto verità. Tuttavia, la sentenza dell'arbitro privato non deve risultare meno giusta di quella del giudice statale. Anche l'esaminatore e il recensore, così come ogni critico e presidente, devono seguire i precetti della giustizia quando giudicano e decidono ⁽¹⁰⁾ e anche al poeta, cui spetta una licenza particolare, il pubblico richiede che faccia conoscere ai suoi personaggi la giustizia. Anche in questo caso restiamo ancora nei dintorni della giustizia se pensiamo a come il poeta si ponga a tribunale sulle sue creature, le faccia vincere o le punisca, ponga loro ghirlande o corone di spine sulla testa. E nello stesso modo gli uomini si rappresentano Dio, che lodano come generalmente giusto, come il supremo giudice, che « con giuste e ponderate mani » premia oppure condanna. Tuttavia, quanto siamo già lontani dal nostro punto di partenza se parliamo di rimproveri giusti, di richieste giuste e di lamentele giuste, se un'opposizione, una guerra viene descritta come giusta, se le imposte vengono dichiarate ingiuste o se ascoltiamo lamentele sul fatto che il lavoro necessario per il sostentamento della società o i vantaggi della vita statale o i beni culturali o il reddito nazionale o i beni che ci appartengono e il potere dello Stato siano ingiustamente suddivisi. La giustizia qui mancante è evidentemente diversa da quella che l'ordine giudiziario deve dimostrare e possiamo qui per il momento accettare che la giustizia non sia soltanto di casa nell'ordine giudiziario e nel giudicare, non si riferisca soltanto al diritto, ma piuttosto che il suo concetto possieda un ulteriore ambito applicativo.

Se essa fuoriesce così dal diritto, ci si dovrebbe perciò aspettare che il suo dominio sia assicurato del tutto sul terreno del diritto, ossia, quand'anche non sempre dove si tratta della giustizia si tratta del diritto, la giustizia deve — si dovrebbe pensare — festeggiare la vittoria, là dove il diritto giunge a valere. Ma no, l'esperienza

⁽¹⁰⁾ R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, I, Leipzig, 1886², p. 365 in nota.

comune ci insegna qualcos'altro e può condurci al riconoscimento che la giustizia applicata e proprio la legittima amministrazione del diritto non coincidano sempre con l'esercizio della giustizia.

Se un giudice, poiché corrotto o per una lacunosa conoscenza del diritto, dà ragione alla parte che si trova in torto, noi consideriamo la sua sentenza *ingiusta*. E siamo di quest'opinione, senza considerare del tutto il luogo e il momento della giurisdizione, nel momento in cui rimproveriamo a una sentenza di essere ingiusta anche quando è contraria ad un diritto al cui dominio noi stessi non siamo assoggettati, che vale altrove o il cui potere appartiene completamente al passato. Le decisioni della corte di giustizia di Tolosa sulla famiglia di Calas appaiono, come Voltaire le ha bollate, ancora in questo momento come ingiuste ⁽¹¹⁾.

Se sentiamo parlare di ingiusto dove a qualcuno viene negato il suo diritto, allora siamo forse d'accordo a scorgere l'essenza della giustizia nella *legittimità* delle azioni e specialmente delle sentenze dei giudici ⁽¹²⁾. Qui si potrebbe richiamare il giurista Ulpiano, che più di milleseicento anni fa affermava: « La giustizia è la tenace e costante volontà — ovviamente quella che ha effetto sulla condotta — di attribuire a ciascuno il suo diritto » ⁽¹³⁾. La giustizia sarebbe quindi presente là dove qualcuno accordi incessantemente a ciascuno il diritto a lui spettante oppure essa perseveri sul percorso del diritto vigente. Spinoza, che è della stessa opinione, ne deduce che la giustizia dipende soltanto dalla direttiva dei poteri più alti che impongono il diritto, quindi può essere giusto soltanto chi vive secondo le direttive di quei poteri ⁽¹⁴⁾. Ma noi siamo di fronte alla domanda se quella definizione, che non ci vincola, corrisponda alla nostra idea e soddisfi le nostre esigenze.

⁽¹¹⁾ Così come quelle del giudice d'appello Coleridge che, con nobile, durevole zelo, Buckle ha pubblicamente ascritto all'ingiustizia. H.T. BUCKLE, *Essays*, traduzione tedesca di D. ASCHER, Leipzig, 1867, pp. 92-102 e ancora di più A.H. HUTH, *H.Th. Buckles Leben und Wirken*, in parte rielaborato da L. KATSCHER, Leipzig, 1881, pp. 87-105.

⁽¹²⁾ J.S. MILL, *Utilitarismus*, cit., p. 180.

⁽¹³⁾ *Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*: Ulp. nel Digesto di Giustiniano 1.1.10 *pr.* L'essenza di questa definizione concettuale, che non rinvia soltanto ad Ulpiano, ritorna ancora in un'altra novella di Giustiniano: Nov. 69 *praef.* dell'anno 539.

⁽¹⁴⁾ B. DE SPINOZA, *Tractatus Theologico-Politicus*, Amsterdam, 1670, cap. XX.

Se il giudice ha giudicato secondo il diritto vigente, un essere umano ha assolutamente realizzato ciò che il diritto gli richiede; è là che, secondo la prospettiva di Ulpiano, deve avere esercitato la giustizia e, al contrario, chi ha agito contro il diritto vigente, deve aver commesso, secondo questa opinione, un'ingiustizia. Allora, tuttavia, a ciascuno di noi sono ben noti, in primo luogo, casi in cui si è completamente deciso e agito secondo il diritto vigente, senza che fosse giusto. Per i casi estremi di questo tipo vale l'amara massima: *fiat justitia, pereat mundus*, sia fatta giustizia e perisca pure il mondo (15). Dalla serie degli esempi moderati si dia rilievo qui soltanto al destino di Galileo. A causa della sua difesa del sistema copernicano, ossia a causa dell'adesione e della diffusione di opinioni allora eretiche, è stato giudicato da parte della sacra congregazione dell'Inquisizione secondo il diritto di quel tribunale. Già poco dopo fu denunciato un arcivescovo amico di Galilei per aver detto che Galilei era stato ingiustamente condannato (16).

D'altra parte ognuno di noi ha letto oppure vissuto esempi in cui una sentenza o in generale una condotta contraddicevano il diritto vigente e, nonostante questo, venivano considerati corrispondenti alle richieste di giustizia. Quando per esempio, alla fine del secolo precedente, il regime inglese aveva promulgato, per paura della rivoluzione francese, una serie di leggi che, come Buckle dice (17), dovevano porre un obiettivo alla libera discussione delle questioni politiche e reprimere lo spirito della ricerca, che diventava ogni anno più attivo, i giurati si opposero a queste leggi nemiche del popolo, assolvendo illegalmente gli imputati. I giurati seguirono così la voce della giustizia, quale era stata intesa da loro e dall'opinione pubblica.

La considerazione di entrambe le possibilità, di una legittimità senza giustizia e di una giustizia senza legittimità, deve allora por-

(15) I. KANT, *Zum ewigen Frieden*, cit., p. 47 fa dire alla frase latina: « Regni la giustizia, dovessero anche per essa perire tutti assieme gli scellerati che esistono nel mondo ». Solo che le scelleratezze del mondo e il mondo non hanno lo stesso significato.

(16) F.H. REUSCH, *Der Galileische Prozess*, in *Sybel's historische Zeitschrift*, XXXIV, 1875, pp. 133, 138.

(17) H.T. BUCKLE, *Geschichte der Civilisation in England*, traduzione tedesca di A. RUGE, I, Leipzig/Heidelberg, 1865, p. 420.

tarci a prendere posizione contro l'idea che la giustizia coincida con la legittimità e con l'amministrazione del diritto. Questa incongruenza deriva facilmente dal fatto che esiste il diritto ingiusto, leggi ingiuste, leggi che sempre oppure in singoli casi non corrispondono alle esigenze della giustizia. « È opinione comune, come J. St. Mill afferma, che possano esistere leggi ingiuste e che, quindi, la legge non è l'ultimo criterio della giustizia, può sì beneficiare una persona con un vantaggio oppure causare danno ad un'altra, entrambi riprovati dalla giustizia » (18).

Non appena pensiamo che il diritto non regola affatto tutti i punti su cui il giudice deve esprimersi, la menzionata definizione del giurista romano ci sembrerà oggi molto più insufficiente rispetto a quanto non lo sembri dopo quanto detto finora. Se il giudice esercita la giustizia nella misura in cui adotta la legge come linea di demarcazione, in base a che cosa decide se ha esercitato la giustizia nelle questioni su cui la legge non dispone nulla e la cui soluzione è lasciata alla sua discrezionalità? Secondo il Codice penale tedesco la persona che ha rubato deve essere incarcerata per un periodo che può durare da un giorno fino a 1826 giorni. Al di là di questi due limiti, non ci sono tuttavia né previsioni legislative né prescrizioni vincolanti per determinare la durata della detenzione per colui che ha rubato. Il giudice che condanna qualcuno alla pena detentiva agisce dunque sulla base del nostro diritto. Vogliamo tuttavia considerare la sua sentenza giusta anche senza considerare la *durata* della detenzione inflitta al ladro, quando sono state rispettate soltanto quelle limitazioni? Il condannato aveva rubato un braccialetto d'oro per fare fronte, con il ricavato, ai suoi bisogni economici oppure a quelli dei suoi cari. Il giudice ha qui esercitato giustizia se

(18) Anche secondo molti altri, per esempio C.L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, cit., liv. I, ch. I; P.J.A.R. VON FEUERBACH, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, Landshut, 1804, p. 30; E. DE LAVELEYE, *Das Ureigentum* (edizione e traduzione di K. BÜCHER), Leipzig, 1879, p. 524, la giustizia non è un qualcosa senz'altro realizzato dalla legislazione, e quindi dalla formulazione del diritto, ma un qualcosa che preesiste, e quindi che sta al di sopra o accanto a questa fissazione, alla cui luce può essere valutata la formulazione del diritto. Al contrario, secondo J.F. KIERULFF, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, Altona, 1839, p. 17, « il concetto di giustizia rientra nella legge », così che il giudizio in merito alla giustizia non coincide con la legge stessa.

ha riconosciuto una detenzione di quattro anni? Oppure ciò era ingiusto e corrispondeva piuttosto a giustizia assegnare una pena detentiva di due mesi? La teoria che la giustizia si trovi nell'applicazione del diritto fallisce qui in modo eclatante e fallirà sempre, se manca una norma giuridica che deve essere osservata perché il diritto venga applicato. Ancora meno esaustiva sembrerà la definizione di Ulpiano se la confrontiamo con il grande numero di casi che non riguardano assolutamente qualcuno che abbia un diritto, un diritto giuridico, tale per cui anche la concessione di quel diritto non possa essere discutibile.

Se il padrone dispone un legato per il suo domestico che lo ha per molti anni servito e curato con spirito di sacrificio e fedeltà, qualcuno dirà che il padrone ha esercitato giustizia nei confronti del suo servitore. Ma chi penserà qui che il padrone ha attribuito al domestico il suo diritto? Giobbe, se si lamenta, di fronte ai suoi amici, dell'ingiustizia del suo Dio, pensa qui che in qualche modo verrà punito o che i suoi familiari e i suoi averi debbano restare incolumi? Se non consideriamo la storia universale come il giudizio universale, bensì gli storici come giudici della storia, allora siamo soliti richiedere ai loro giudizi giustizia sulle persone e sugli avvenimenti.

Dove è tuttavia il codice giuridico che vincola tutti e che li esorta a esprimere un giudizio di dannazione su conquistatori o oppressi? E se il critico d'arte oppure il giudice di un lavoro erudito comunica al suo autore una giusta lode oppure una giusta critica, nessuno vede certamente la giustizia nella circostanza che all'artista o all'erudito sia stato attribuito ciò che per vie giuridiche egli è legittimato a richiedere oppure è tenuto a subire. E quando infine qualcuno si lamenta che i piaceri che rendono la vita degna di essere vissuta gli siano preclusi a causa della sua povertà, quando qualifica la sua esclusione come ingiusta per mancanza di mezzi, egli non pensa così, in alcun modo, che a lui venga impedito l'esercizio di un diritto riconosciuto dallo Stato.

Da tutti questi esempi, dove viene richiesta giustizia divina, storica, letteraria, sociale — o come altre tipologie di giustizia altrimenti si chiamano — risulta a sufficienza che la giustizia comprende più dell'osservanza del diritto positivo, ossia del diritto riconosciuto dal potere statale.

Bisognerebbe giungere a una determinazione più estesa del concetto, tralasciando la caratteristica di cui finora si è trattato. Giustizia è quella condotta, diremmo noi, rispetto alla quale a ciascuno non viene assegnato il suo diritto, *ius suum cuique*, ma a ciascuno il suo, *suum cuique*, ossia viene assegnato quanto gli spetta, in senso buono e cattivo. Con questa definizione, che si trova già presso i Greci antichi così come presso i Romani ⁽¹⁹⁾ e, in seguito, più spesso per esempio in Rousseau, anche Ulpiano si potrebbe trovare d'accordo, dato che considerava il diritto, della cui assegnazione parlava, nella più ampia accezione pensabile. Noi parliamo perlomeno di diritto e di dovere, anche quando la coercizione statale, quale è propria del diritto vero e positivo, non ha proprio luogo ⁽²⁰⁾, perfino già in casi in cui solo la morale, il decoro, l'uso e simili forze sostengono e proteggono un certo ordine sociale.

Fino a che punto il giurista romano ci abbia pensato, potremmo lasciarlo in sospenso, in quanto alla nuova definizione si contrappongono ostacoli significativi. Assegnazione a qualcuno di ciò che gli è dovuto, di ciò che gli spetta, di ciò che ha meritato, sono concetti così vasti da minacciare di offrire spazio a tutte le virtù e di non lasciare così alcuno spazio rimanente alla giustizia. Perché non sono, per esempio la gratitudine, la verità o l'onestà a dare a ciascuno ciò che spetta?

Il secondo ostacolo è ancora più forte, perfino insuperabile. Chi scorge nel *suum cuique* l'essenza della giustizia non vuole semplicemente così sapere attribuito ciò che la moralità in questione richiede: perché così la giustizia sarebbe posta a servizio del diritto vigente e della morale dominante e nella condizione di non poter da parte sua confutare nessuno dei due ⁽²¹⁾. Ma chi considera l'assegnazione del *suum cuique* come il giusto pensa che quest'ultimo sia indipendente da una data moralità e si riserva di decidere se il diritto vigente e la morale vigente realizzino il *suum cuique*, « a ciascuno il suo ».

⁽¹⁹⁾ Numerosi riferimenti in M. VOIGT, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, III, Leipzig, 1876, ntt. 1254 e 1255.

⁽²⁰⁾ La precedente relazione contiene molti esempi [n.d.t. Il riferimento è a 'Del diritto che è nato con noi' (§ 2.1)].

⁽²¹⁾ Qui emerge la tematica della morale cui si dedicherà in modo approfondito nella monografia sul contratto contrario alla morale (§ 3).

Allora dobbiamo minare questo ulteriore concetto di giustizia con la domanda: possiamo affermare — a prescindere da determinate disposizioni giuridiche o morali (quindi senza che queste diventino presupposti) — che a ciascuno spetti qualcosa per la sua azione oppure omissione?

A questa domanda si risponde spesso affermativamente, si è spesso pensato che si possa dire, prescindendo da date disposizioni giuridiche o morali — a priori, nel modo in cui si esprimono gli eruditi — che spetta a ciascuno qualcosa, la cui attribuzione è prescritta solo in un secondo momento dal diritto e dalla morale. Si è sempre ritenuto che sia attribuita una pena a chi ha commesso un delitto, per esempio un omicidio, che si debba assegnargli un male, che abbia meritato un tale male. E poiché si vedeva nell'assegnazione di ciò che spetta o che si è meritato l'essenza della giustizia, si poteva anche dire che l'irrogazione di una sanzione al criminale sia esercizio di giustizia, conseguenza o esigenza di giustizia. La prescrizione giuridica della punizione è applicata solo in conseguenza, poiché è compito del diritto servire la giustizia.

La prova di questa dottrina necessita di uno sguardo sull'origine delle nostre condotte. Sembrerà piuttosto ovvio, anziché un paradosso, il fatto che le condotte dell'uomo, per esempio il passeggiare, oppure l'assassinio, non derivino senza alcun motivo dall'uomo, ma che vengano piuttosto determinate da un fatto concreto. Il movimento del corpo è di per sé soltanto la decisione dell'uomo tradotta nell'azione, che appare come azione, del quale è movimento: quel movimento è la parte esteriore, mentre la decisione è la parte interiore di un'unica cosa, dell'azione. Tuttavia dietro alla decisione deve ben esserci qualcosa, che l'ha provocata, altrimenti non avrebbe potuto sorgere e manifestarsi. Se la decisione, che si rende visibile nel movimento del corpo, non fosse stata provocata da una causa non potrebbe originarsi, poiché tutto ciò che provoca qualcos'altro è la sua causa. È peraltro assolutamente impensabile, non è comprensibile che un'azione non sia provocata da una causa e quindi non sia provocata da nulla. Non si può negare il fatto che i nostri movimenti corporei volontari, le nostre azioni hanno le loro cause, come i movimenti della banderuola sul tetto oppure della nave sull'acqua. Anche l'esperienza quotidiana dimostra come ciascuno si informi sulla ragione di una condotta che lo interessa e perciò p r e-

supponga come certi l'esistenza e gli effetti di una causa di movimento. Che le cause di movimento per le nostre azioni non balzino a noi e agli altri così dinanzi agli occhi, come le cause che muovono la banderuola oppure la nave, deriva soltanto dal fatto che queste cause di movimento si nascondono nel nostro interno, dove persino alcune possono sfuggire alla nostra consapevolezza. Soltanto se la neuropsicologia dovesse riuscire a dimostrare l'origine del pensiero e del sentimento ⁽²²⁾, diventerebbe per tutti tangibile l'originaria nascita delle condotte e il nesso causale che pervade il mondo che all'osservatore superficiale appare da separare dalla mente dell'uomo, per ricominciare di nuovo in quella; tutto ciò non sarebbe più da negare in buona fede.

Non appena noi, per il momento su altri percorsi, siamo giunti alla convinzione che le nostre azioni non sorgono senza causa, abbiamo anche già ammesso che sono provocate necessariamente dalle loro cause. Tuttavia possiamo fare ciò che vogliamo — se ciò è fattibile con i nostri mezzi e nulla dall'esterno ce ne impedisce la realizzazione —, questo non lo contesta nessuno. Pertanto noi siamo certamente (cosa che è tautologica) gli autori delle nostre azioni. Tuttavia, dobbiamo comportarci in un determinato modo non appena si presenta un motivo sufficiente, una potenza superiore. Questo vale per le azioni che trovano l'approvazione, così come per quelle che trovano la disapprovazione degli uomini. Posso, trovandomi a un incrocio, andare verso destra se voglio e posso andare verso sinistra se voglio. La domanda è però se non viene determinato da nulla e del tutto casualmente che io voglia andare verso destra oppure verso sinistra e, con altre parole, se non ci sia alcuna circostanza che determina che io mi debba decidere per la via di sinistra oppure di destra oppure se io a causa di una determinata circostanza, per esempio la rappresentazione del mio scopo di raggiungere soltanto la via di sinistra, venga così tanto spinto che non posso fare a meno di andare a sinistra. E a quest'ultima

(22) L. KNAPP, *System*, cit., p. 68; A. MOSSO, *Die Furcht* (traduzione dall'italiano di W. FINGER), Leipzig, 1889, p. 79. L'ipotesi nel testo non deve essere né « spiegazione » né « indicazione di una scienza immaginaria del futuro »: W. WUNDT, *Ethik. Eine Untersuchung der Tatsachen und Gesetze des sittlichen Lebens*, Stuttgart, 1892², p. 466.

domanda è da rispondere con un'affermazione. Se compare un motivo, che spinge ad una condotta, può comparire un altro di fronte a questo che spinge all'omissione o ad un'altra condotta. L'uomo non può fare niente al riguardo e a partire da ciò e non può fare nulla per evitarlo ⁽²³⁾.

Non si può pensare quindi che l'uomo, loro padrone oppure detentore, stia a guardare disinteressato la lotta dei motivi e degli stimoli e propenda infine, per affinità elettiva, per un combattente o per un altro sulla base del suo libero giudizio. La questione non si presenta, in realtà, così come nella ballata di Bürger ⁽²⁴⁾ viene presentata poeticamente dal violento cacciatore, dove l'uomo di destra e di sinistra cercano di convincere il conte, ma lui stesso « *d i s d e g n a* sempre l'avvertimento di destra e si lascia ammaliare da quello di sinistra ». Gli stimoli che lottano fra di loro non stanno al di fuori della volontà, ma sono loro stessi moti della volontà, la vittoria consiste nello sviluppo del più forte fino alle decisioni, ossia fino al pensiero che stimola i muscoli, che si manifesta come condotta.

Non soltanto il fantasticare teorico, ma anche la prassi quotidiana ci insegnano questo rapporto della condotta con le cause del movimento.

Come fa ciascuno di noi nella vita privata, così lo Stato parte dal presupposto che le condotte degli uomini siano mosse dalle cause del movimento. Se lo Stato stabilisce una pena per un'omissione, per esempio per il mancato pagamento delle tasse oppure della vaccinazione, attribuisce una relazione *o r i g i n a r i a* o necessaria tra la condotta da lui voluta e la sua minaccia di pena e conta sul fatto che i cittadini paghino le tasse o si facciano vaccinare in ragione dell'avversione nei confronti della pena. Se invece lo Stato considerasse gli uomini quali non determinabili oppure misurabili, ma per così dire quali autodeterminabili, allora non avrebbe senso minacciarli con le pene. Lo Stato dovrebbe stare a guardare le condotte e le omissioni dei suoi cittadini, come si sopportano gli sfizi

⁽²³⁾ Si trova questa pertinente espressione in versi in W. JORDAN, *Durchs Obr*, Frankfurt am Main, 1870, Atto I, Scena V.

⁽²⁴⁾ [N.d.t. Ballata del poeta tedesco Gottfried Augus Bürger (1747-1794), *Der wilde Jäger*, 1786].

del tempo che non si possono governare. Ancora meno sensato sarebbe da parte sua realizzare la minaccia della pena, poiché la pena non potrebbe rendere inesistente ciò che è successo e prevenire ciò che accadrà in futuro.

Non di meno anche c i a s c u n o d i n o i , che ha bisogno di un altro per realizzare i suoi obiettivi, per esempio del consenso del proprietario di merci per la conclusione di un contratto di vendita, conta sul fatto che l'altro venga determinato necessariamente da certi moventi, per esempio la promessa di un alto prezzo di compra, per accettare. L'intero movimento civico, l'onesto come quello disonesto, l'educazione e l'amministrazione dello Stato, si fondano sulla convinzione consapevole o inconsapevole che l'uomo, quando gli è offerto un motivo sufficiente, deve intraprendere una determinata condotta ⁽²⁵⁾.

La base, così tratteggiata, della discussione che seguirà — che cioè le condotte umane, senza eccezione e interamente inquadrata nelle catene causali, sottostanno alla comune necessità — è stata apertamente riconosciuta da secoli da pensatori delle più diverse parti e direzioni. La teoria è sostenuta da teologi, cattolici o protestanti, da studiosi della natura, nonché da idealisti e materialisti. Il fatto che il numero dei suoi sostenitori consapevoli non sia tanto grande quanto bisogna auspicare per la più illuminante e, al contempo, più umana verità — perché avvicina così poco l'uomo all'uomo che non può più essere né *homini deus* né *homini lupus* —, deriva principalmente dal fatto che ad essa si oppone un'illusione spiegabile o un'autoillusione ⁽²⁶⁾ e che le sue conseguenze non

⁽²⁵⁾ B. GRACIÁN, *Handorakel und Kunst der Weltklugheit. Aus dessen Werken gezogen von D.V.J. de Lastanosa und aus dem spanischen Original treu und sorgfältig übersetzt* (traduzione di A. SCHOPENHAUER), Leipzig, 1871, n. 26; L. FEUERBACH, *Spiritualismus und Sensualismus*, cit., p. 327.

⁽²⁶⁾ Spiegazione e soluzione in A. SCHOPENHAUER, *Über die Freiheit des menschlichen Willens*, in *Die beiden Grundprobleme der Ethik, behandelt in zwei akademischen Preisschriften*, Leipzig, 1860², n. II, « der Wille vor dem Selbstbewusstsein » e una parte del capoverso successivo (pp. 43-46 della prima edizione). Inoltre, più approfonditamente in L. KNAPP, *System*, cit., §§ 51, 53. Più chiaramente si trova spiegato il sentimento della libertà nei passi indicati da F. JODL, *Geschichte der Ethik in der neueren Philosophie*, II, Stuttgart, 1889, p. 556, nt. 70, v. specialmente la lettera in *Nachlass II*, p. 34. V. anche l'opera di JODL, *Moral*, cit., p. 282. W. WUNDT, *Ethik*, cit., p. 463.

sembrano sostenibili a molti. Perciò, coloro che abbandonano o lasciano la strada, non appena le conseguenze vengono prodotte, portano alla comprensione e alla più brillante rappresentazione della stessa verità, come già Joseph Priestley ⁽²⁷⁾, uno dei più eloquenti sostenitori di quella verità, ha riconosciuto e come si può vedere principalmente in Schopenhauer ⁽²⁸⁾.

Questo lo avete ben già desunto da soli. Se — come abbiamo visto — tutte le condotte degli uomini sono risultati necessari, se un uomo secondo la sua essenza, data dalla natura oppure cambiata anche attraverso le sue azioni e sofferenze fin qui vissute e date le circostanze, non poteva comportarsi diversamente da come si è comportato, non gli può essere dovuto nulla per queste sue condotte, né qualcosa di buono né qualcosa di cattivo. Noi possiamo ammirare o detestare l'azione, trovarne il carattere bello o odioso, rallegrarci del motivo oppure desiderare che ci stia lontano, ma non possiamo dire che l'autore dell'azione abbia meritato qualcosa per la condotta per lui necessaria, che a lui quindi spettò o gli pervenga qualcosa. Come l'albero che produce buoni frutti e l'albero che produce cattivi frutti non per questo guadagnano qualcosa, poiché fanno entrambi ciò che è conforme alla loro natura interna e alle circostanze esterne che su questa agiscono e che, conformemente a questa, deve venire alla luce, allo stesso modo non guadagna una lode l'uomo che con un'azione è stato utile e non guadagna biasimo o punizione colui che con un'azione ha arrecato danno. Lode e biasimo, ammirazione e disgusto possono essere intesi solo come constatazione dello stato di fatto piacevole o spiacevole.

⁽²⁷⁾ J. PRESTLEY, *The theological and miscellaneous works of Joseph Priestley*, a cura e con note di J.T. RUTT, III, London, 1818, p. 454.

⁽²⁸⁾ Nel capovero finale della sua trattazione nominata [n.d.t. A. SCHOPENHAUER, *Über die Freiheit des menschlichen Willens*, in *Die beiden Grundprobleme der Ethik, behandelt in zwei akademischen Preisschriften*, Leipzig, 1860²], dove egli cerca di convincerci ad accettare la « vera libertà morale », diventa, per sua stessa ammissione, trascendentale e misterioso, chiama in aiuto l'ipotesi kantiana di un carattere intelligibile e presenta il senso soggettivo di responsabilità come testimone per la suddetta libertà in contrasto con il suo metodo seguito in precedenza, senza sfiorare la possibilità che questo sentimento sia un qualcosa di secondario, vale a dire portato da una responsabilizzazione esterna. Critica pertinente di questa teoria di Schopenhauer in F. LABAN, *Die Schopenhauer-Literatur*, Leipzig, 1880, pp. 18-20, con citazione di un testo di Nietzsche.

Se si vede allora la giustizia nel fatto che a ciascuno viene attribuito ciò che gli spetta, oppure che ha meritato, allora — astraiano ancora dalle prescrizioni giuridiche e morali vigenti —, poiché a nessuno spetta qualcosa per le sue per lui inevitabili condotte, nessuno può aver meritato qualcosa a causa di queste: la giustizia in questo senso non ha proprio luogo. Uno dei primi e più forti sostenitori della chiesa cristiana, Clemente di Alessandria, aveva ben in mente la seconda definizione di giustizia, giudicata inutilizzabile, quando disse: « né le parole di lode né quelle di biasimo, né gli onori né le punizioni sono giuste perché l'anima non ha la libertà di azione e di rifiuto, ma la cattiveria è involontaria » (29).

Dalla circostanza che le condotte umane, alla pari dei rimanenti procedimenti naturali, sono parti di catene causali conseguive, per l'osservatore non prevenuto, che sostanzialmente non si può parlare né di colpa né di merito di un uomo, poiché in questo caso si presuppone la possibilità che abbia fatto qualcosa di diverso (30). Non era però né di fronte al rifiuto del merito, né al rifiuto di un'originaria, ossia di una non soltanto dall'uomo stabilita, responsabilità che i più, che si erano completamente professati per la necessità delle condotte, indietreggiavano, benché anche quella negazione sia logica e non faccia male a nessuno (31). Ci si è spezzata la propria testa e si è spezzata quella degli altri per dimostrare per quale ragione l'uomo è tuttavia responsabile per azioni che non poteva non compiere nelle date circostanze. Si

(29) Il passo è citato nella versione greca originale nella premiata opera di Schopenhauer nella sezione « Predecessori ». Fra questi predecessori Schopenhauer non ha nominato il poeta e filosofo Shelley, cosa che rappresenta una grande lacuna, poiché la sua osservazione ad un brano della sua 'Königin Mab' (pp. 104-109 traduzione di A. STRODTMANN) appartiene a quanto di più significativo possa essere detto su questa questione e sovrasta anche Schopenhauer, nella misura in cui egli nelle conseguenze non apre alcuna scappatoia alla metafisica.

(30) Cfr. il fisiologo A. MOSSO, *Die Furcht*, cit., p. 58.

(31) E cioè dice giustamente L. HALLER, *Überzeugungstreue*, Hannover 1879 (rielaborazione autorizzata del saggio 'On Compromise' di John Morley) LXXVI: soltanto chi vuole diffondere una verità le spiana la strada, se vuole assicurarsi che la sua adesione non ponga i sostenitori in una condizione di svantaggio. Infatti, per esperienza, la spinta verso la verità non è l'aspirazione dominante.

ritorna sempre sull'interrogativo, poiché passa per risolvibile e irrisolto, e la questione gioca nel campo dell'etica addirittura lo stesso ruolo di quello della quadratura del cerchio nella matematica o dell'esecuzione del moto perpetuo nella meccanica.

Solo dal fatto che tutte le condotte umane in ogni caso vengono in esistenza con la necessità deriva proprio che i vantaggi o gli svantaggi, che all'autore delle stesse come tale vengono accordati oppure recati, non possono essere fondati sul *suum cuique* o sulla giustizia come attribuzione di quanto spetta. Il fatto che invece non siano per nulla giustificati, non è con ciò lontanamente affermato. Diritto e morale o la moralità (come andamento dei fatti) non è necessità logica — perché, per esempio, dal concetto di furto non deriva in alcun modo la punizione —, non sono neanche una pura necessità naturale, ossia una necessità che si compie senza l'intervento dell'uomo, come pensa il frate cappuccino ne 'Il campo di Wallenstein' ⁽³²⁾, quando afferma: « All'ingiusto segue il male, come il pianto dalle cipolle acerbe » — non è neanche necessità matematica, come il fatto che, in opposizione al più grande angolo, nel triangolo si trova il lato più lungo — è semplicemente necessità pratica o a d e g u a t e z z a .

L'obbligo giuridico è, in particolare, necessario soltanto a condizione che venga fissato un determinato scopo, che deve essere raggiunto e l'obbligo giuridico è la cosa più adatta a facilitare il suo raggiungimento. Il fatto, per esempio, che l'assassino sia punito non risponde ad una pretesa di giustizia. Tuttavia, se una società civile vuole allontanare gli assassini, oppure diminuirne il numero, e ritiene che questo risultato possa essere al meglio raggiunto attraverso la punizione degli assassini, allora la punizione è, per adeguatezza, consigliata o praticamente necessaria. Il fatto che — per fornire un esempio anche in diritto privato — il mutuatario paghi al mutuante gli interessi non è allo stesso modo una pretesa di giustizia, poiché non si può dire che al mutuante spetti qualcosa in ragione della sua condotta, per lui necessaria alle condizioni date, insieme con il suo effetto, ossia con la privazione del capitale. Tuttavia, l'obbligo giuridico al pagamento degli interessi che si fa valere

⁽³²⁾ [N.d.t. Si tratta della prima opera della trilogia, capolavoro teatrale di Friedrich Schiller 'Wallenstein' (1798-1799)].

contro il mutuatario è giustificato dal punto di vista dell'opportunità se si dovesse mostrare che, senza quest'obbligo, i proprietari di denaro non lo darebbero a mutuo e che la concessione dello stesso ad altri è ambita dalla società civile.

Continuando a riflettere partendo da questi esempi, si riconosce che diritto e morale, anche quando non esistono come conseguenze della giustizia e non sono considerati come incarnazioni di un fantasma, di ciò che è dovuto a priori, non si librano in alcun modo nell'aria. La plurimillennaria lotta dell'umanità contro le pulsioni dei suoi membri, nemiche del suo benessere, e l'elevazione di sbarramenti di protezione nella coscienza e sulle tavole della legge era qualcosa che doveva accadere secondo la natura dell'uomo, e così anche la produzione di diritto e morale era una necessità in previsione di obiettivi pratici.

Alla luce di quanto precede, risulta che anche la seconda definizione di giustizia non è soddisfacente. L'assegnazione di ciò che spetta a ciascuno non può individuare perciò l'essenza della giustizia, perché una tale assegnazione non esiste. Ciò che spetta a ciascuno deriva piuttosto, in primo luogo, dalle disposizioni giuridiche e morali. E qui può addirittura accadere che l'assegnazione di ciò che è dovuto secondo la morale non appaia come giustizia. « Il precetto di ripagare il male con il bene — un principio della morale cristiana — non è, come dice Mill, mai stato trattato come una richiesta di giustizia, ma piuttosto come un caso in cui le pretese della giustizia a che si obbedisca vengono abbandonate a vantaggio di altre considerazioni ».

Nonostante la pretesa che a ciascuno venga attribuito ciò che gli spetti possa essere di per sé senza fondamento, ciò non impedisce alla singola persona, che mai si è lasciata distogliere, come la storia insegna, di definire avvenimenti e condizioni giusti o ingiusti a prescindere dalle disposizioni giuridiche e morali vigenti e di pretendere dei cambiamenti in nome della giustizia. Con ciò nel concetto di giustizia si comprende costantemente l'attribuzione di ciò che spetta. Per esempio, spesso si trova qualificato come giusto che il campo appartenga a colui che lo ha coltivato o rivendicato, come

giusto che il lavoratore riceva l'utile del suo lavoro ⁽³³⁾. In tutti questi casi le persone, che trovano oppure percepiscono la mancanza di giustizia nel presente oppure nel passato, oppure richiedono giustizia per il futuro, non sono necessariamente guidate dall'opinione che ciò che bramano oppure desiderano giunga per vie giuridiche o morali. Ci sono persone che possono anche essere soltanto erroneamente dell'idea che qualcosa venga oggettivamente avvertito come mancante, ossia di per sé riconosciuto, oppure rivendicato da loro come spettante oppure non spettante; piuttosto, con la loro critica e con la loro richiesta, danno sostanzialmente espressione soltanto a ciò che è dovuto ai loro occhi.

Normalmente il giudizio su [n.d.t. che cosa sia] il suo *in suum cuique* è di conseguenza soggettivo, perché gli manca un fondamento oggettivo, ossia è diverso a seconda di chi giudica. Inoltre, il giudizio è assoggettato al cambiamento del tempo, come è dimostrato dalla storia della cultura, in particolare dalla storia del diritto.

Soltanto quando un'opinione è portata, ora attraverso la convinzione ora attraverso la sopraffazione, a diventare dominante, quando quindi ciò che è desiderato come giusto o, rispettivamente, allontanato come ingiusto corrisponde o contrasta con un principio morale divenuto dominante, o è diventato persino un precetto o un divieto di una norma giuridica, soltanto allora sarà nuovamente data una norma universale oggettiva. La giustizia esisterebbe nuovamente nell'attribuzione di ciò che è dovuto sulla base del precetto morale o giuridico divenuto vigente. Così oggi vale come un'irrinunciabile esigenza di giustizia, adottata dal diritto e dalla morale, il fatto che nessun incolpevole debba subire una punizione al posto del delinquente oppure accanto a questo, mentre presso gli ebrei Geova minacciò con la sua vendetta ancora la terza e la quarta generazione, Apollo decimò l'esercito greco con la peste, perché al suo sacerdote Crise Agamennone aveva rapito la figlia, gli imperatori Arcadio e Onorio all'inizio del quarto secolo vollero rendere penosa la vita dei figli di alti traditori e rendere per

⁽³³⁾ Cfr., per esempio, K. RODBERTUS-JAGETZOW, *Das Kapital. Vierter sozialer Brief an von Kirchmann*, Berlin, 1884, p. 202 [n.d.t. Qui emerge già la tematica lavorativa cui si dedicherà negli anni successivi: cfr., in particolare, *infra* §§ 4-6].

loro la morte come un conforto, nonché i papi medievali interdissero la terra e le persone, quando anche soltanto il loro signore avesse sbagliato nei confronti della chiesa ⁽³⁴⁾.

Se la giustizia come attribuzione a ciascuno di ciò che gli spetta non ci ha soddisfatto, perché ciò che qui deve spettare non esiste, la giustizia come attribuzione di ciò che sembra spettare a questo o a quello è altrettanto insoddisfacente, perché così viene indicato qualcosa di infruttuoso, una pura spiegazione di parole.

Resta, dopo tutto questo, per la valutazione etica, la necessità di trovare una caratteristica in presenza della quale possa essere riconosciuta in ogni caso la giustizia, un principio sulla cui base, guardando al passato, si può selezionare il giusto dall'ingiusto, sul quale si possono fondare per il presente e per il futuro le decisioni corrispondenti alla giustizia. Qual è l'esigenza costante della giustizia? Così recita la domanda.

Su ciò ha già risposto 2.200 anni fa il grande Aristotele nella sua *Etica Nicomachea* (libro 5). Lì troviamo l'uguaglianza, l'uguaglianza proporzionale spiegata come l'essenza della giustizia, con cui ancora oggi possiamo ampiamente concordare e arrivare qui all'obiettivo.

Aristotele separa la giustizia in distributiva e retributiva, come specie diverse per il loro ambito di applicazione e il tipo di misurazione dell'uguaglianza. La giustizia distributiva trova posto nell'ambito della guida dello Stato e riguarda soprattutto le partecipazioni al governo, alla proprietà e agli onori che devono essere accordati ai singoli cittadini. Queste partecipazioni devono essere sì uguali, ma non semplicemente, piuttosto devono essere proporzionali secondo una proporzione geometrica. Come il cittadino A si rapporta al cittadino B, così la partecipazione di A deve rapportarsi a quella di B. Se viene, al contrario, accordato ad A troppo oppure le parti sono troppo poco proporzionalmente uguali, la suddivisione è ingiusta. Ciò che però determina la condotta di un cittadino rispetto ad un altro, ciò che lo pone al di sopra oppure al di sotto

⁽³⁴⁾ Si veda E. DE LAVELEYE, *Das Ureigentum*, cit., p. 42 e W. BAGEHOT, *Der Ursprung der Nationen*, Leipzig, 1874, pp. 117-119, 161, 182; H. MAINE, *Ancient law*, London, 1861¹, p. 127; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt am Main, 1882⁵, § 59, nt. 8. Si tratta della famigerata *Lex Quisquis* in C. 9.8.5.

dell'altro, così che questi da un trattamento proporzionalmente eguale deve ricevere di più o di meno, è il valore del cittadino secondo Aristotele. Questo valore viene però determinato diversamente nelle diverse costituzioni statuali, a volte secondo la ricchezza, a volte secondo la nobiltà, a volte secondo la virtù, e così la giustizia distributiva fornisce risultati diversi a seconda di quale sia la costituzione statale.

Diversa è la situazione per la giustizia retributiva. È sì indirizzata anche alla realizzazione dell'uguaglianza, ma questa deve essere misurata non secondo una proporzione geometrica bensì aritmetica. Viene applicata dal giudice, parte — al contrario della distributiva — dall'uguaglianza degli uomini e aspira alla stessa quando è stata lesa nei rapporti cittadini, senza ristabilire la considerazione della persona. Chi ha commesso del male nei confronti di un altro — sia che non abbia mantenuto la parola data, sia che lo abbia truffato, picchiato o danneggiato — ha così ridotto e, nella stessa misura, aggiunto qualcosa e questa aggiunta non costituirebbe nulla di più se non la soddisfazione della sua passione. Tuttavia, il giudice, pensa il nostro Aristotele, ricostruisce l'uguaglianza, lesa tramite l'illecito, come quando, con una linea suddivisa in due parti disuguali, toglie a colui che ha la parte più grande ciò che supera la metà e aggiunge parti a quella più piccola. Questa ricostruzione dell'uguaglianza potrebbe in realtà consistere, per esempio, nel fatto che al delinquente venga di per sé inflitto un male, una pena. Chi professa questa giustizia equilibrante sarà forse tentato di spiegare la punizione come un'esigenza della giustizia retributiva e quindi di inficiare il nostro precedente risultato, per cui la punizione non è in alcun modo richiesta dalla giustizia. Peraltro, a questo ragionamento aristotelico dovremmo rispondere: con il delitto viene perpetrata una disuguaglianza non soltanto fra la vittima e il colpevole, ma tra la vittima e t u t t i gli altri che non ne sono colpiti. Di conseguenza, la giustizia retributiva non può fare abbastanza, se trattiene soltanto qualcosa al reo. Infatti, la giustizia, dove non può risarcire alla vittima ciò che ci ha rimesso, come per esempio quando è stato picchiato, lì deve, per fare una vera equiparazione, trattenere qualcosa non soltanto al colpevole, ma anche a tutti gli altri. Tuttavia, un tale procedimento nel quale una moltitudine di non coinvolti deve accettare una perdita, perché un altro ha inflitto a un terzo una sofferenza ci apparirà come ingiustizia e non come giustizia.

Possiamo però andare ancora avanti e giudicare che la giustizia retributiva, che si preoccupa soltanto del rapporto aritmetico, cioè chiede solo l'uguaglianza delle differenze, spesso è ingiustizia stridente. Pensate al caso in cui A abbia sottratto a B 100 franchi. Se anche ad A vengono sottratti 100 franchi certamente la differenza tra il suo attuale stato e il suo precedente è uguale alla differenza fra la situazione precedente e attuale di B e così si è fatto abbastanza per la giustizia equilibrante. Ma se B aveva all'inizio 200 franchi e A di contro 100.000, a B quindi è stata sottratta la metà e ad A invece soltanto un centesimo. Questa disuguaglianza di trattamento, che contrasta con il rapporto geometrico, là dove non è proporzionale, non ci vuole più apparire come giustizia. Possiamo sostenere ciò, perché è ancora da provare l'esperienza per cui la giustizia proporzionale o la parità di trattamento corrispondono, nell'opinione generale attuale, all'esigenza di giustizia ⁽³⁵⁾.

Già per Aristotele si trovava in ciò che è giusto, come egli afferma, l'uguaglianza di valore, ossia secondo la proporzione aritmetica in prima linea e in un punto cardine della sua opera afferma, in generale, ciò a proposito della giustizia: « La giustizia è la virtù secondo cui viene qualificato giusto colui che per sua scelta fa ciò che è giusto e nella distribuzione fra sé e un altro, come fra un altro e un terzo, non procede assegnando a sé stesso la parte maggiore di ciò che è desiderabile e quella minore al suo vicino, e il contrario per ciò che non è desiderabile, ma piuttosto in parti uguali a seconda del rapporto, ossia secondo proporzione geometrica, e così altrettanto anche ad un altro nei confronti di un terzo ». Ingiustizia invece non è soltanto il disuguale trattamento dell'uguale, ma anche l'uguale trattamento del disuguale. L'esercizio della giustizia non coincide con l'egualitarismo, deriso e detestato, non si oppone di per sé all'ammonimento: « Nulla si confà a tutti » e non aspira neanche a fare, come si dice, di tutta l'erba un fascio. Senza dubbio, il padre della chiesa Lattanzio, che riconduceva la giustizia all'uguaglianza e questa al fatto che tutti gli uomini sono figli di un padre celeste, vedeva l'essenza della giustizia semplicemente nel fatto che questa

⁽³⁵⁾ L. KNAPP, *System*, cit., p. 208.

rende tutti gli uomini uguali ⁽³⁶⁾. La giustizia aristotelica non rende senz'altro uguale ciò che non lo è, ma piuttosto p e s a con la stessa misura, tratta ugualmente le cose uguali e, in modo diverso, le diseguali.

Questa determinazione concettuale va più avanti di quella del giurista romano, della conformità al diritto e non fissa niente d'impossibile, l'assegnazione di ciò che, in sé e per sé, è dovuto. Non permette tuttavia, nell'attribuzione dei predicati giusto e ingiusto, di andare così lontano come riuscirebbe a fare chi descrive come giusta, a suo soggettivo giudizio, l'assegnazione del dovuto. Chi si tranquillizzasse su questo non direbbe in realtà nient'altro se non che è giusto ciò che ciascuno ritiene tale. Se, invece, venisse formulata l'esigenza in sé valida dell'uguaglianza p r o p o r z i o n a l e, verrebbe con ciò dato un criterio oggettivo, da dedurre dalle cose. La giustizia non decide sul s e e sul c o s a dell'assegnazione, ma soltanto sul q u a n t o, se il s e e il c o s a deve essere assegnato sono già fissati, [n.d.t. la giustizia] non è produttiva, ma normativa, costituisce quindi non una fonte, un motore del diritto o della morale, ma una regola, un criterio ⁽³⁷⁾, una bilancia. Anche qui si può trattare del *suum cuique*, ma soltanto nella misura in cui ciò che spetta a ciascuno non sia maggiore o minore di ciò che i suoi pari ricevono ⁽³⁸⁾.

La pretesa dell'uguaglianza di trattamento è forse rivendicata anche dalla ragione, alla quale la parità delle parti sembra essere la cosa più vicina, se a questa non vengono mostrate cause di opportunità di disuguaglianza ⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ LACTANTIUS, *Divinae institutiones*, V (*de justitia*).

⁽³⁷⁾ « Temis stessa guida le danze, e con il giusto bastone misura i diritti di tutti »: F. SCHILLER, *Das Eleusische Fest*, 1798.

⁽³⁸⁾ Troviamo con il giurista romano Trifonino nelle Pandette di Giustiniano D. 16.3.31.1 la citazione di un terzo nel *suum cuique*, senza che con ciò abbia luogo una chiara subordinazione alla parità di trattamento aristotelica: *Et probo hanc esse iustitiam, qua suum cuique ita tribuit, ut non distrabatur ab ullius personae iustiore repetitione*.

⁽³⁹⁾ « La pretesa di uguaglianza sembra avere la sua ragione ultima in una brutta caratteristica del cuore umano, nel risentimento e nell'invidia. A nessuno deve andare meglio o meno male di me; se io sono infelice, allora lo devono essere anche gli altri! »: R. VON JHERING, *Der Zweck*, cit., p. 309. Non si può invece — in omaggio al cuore umano — risalire al desiderio di chi è coinvolto, che a lui non vada peggio degli altri?

In ogni caso la disuguaglianza non viene percepita come ingiustizia o quando tali cause vengono riconosciute o quando lo scopo e l'oggetto dell'assegnazione sembrano portare con sé la disuguaglianza della stessa. Così da coloro che vogliono che un esercito venga guidato da un generale, uno Stato da un capo, la necessaria disuguaglianza della distribuzione del potere non verrà, per questi scopi, percepita come ingiustizia. Raramente si costruisce una divergenza di opinione se le quote risultano diseguali, se a qualcuno è pervenuto meglio e meno male rispetto ad un altro. La lotta delle diverse convinzioni e visioni, ossia dei diversi interessi, si concentra sulla proporzionalità, ossia sulla giustificazione della riconosciuta disuguaglianza dei componenti. Questa giustificazione può consistere soltanto nella dimostrazione che anche tra le persone riceventi o che soffrono si trova una disuguaglianza e, in particolare, una tale che corrisponde alla disuguaglianza dei componenti ⁽⁴⁰⁾.

La giustizia, costantemente difficile da applicare, deve considerare gli uomini, i beni e i mali che assegna, non può perciò essere cieca come la fortuna, ma chiudere, secondo le parole del poeta: « gli occhi a ogni vana illusione » ⁽⁴¹⁾. E qui vana illusione è ogni circostanza cui non spetta alcun influsso sulla distribuzione.

Anche nella determinazione concettuale aristotelica, dunque, le visioni possono divergere nel caso particolare, essendo l'uno dell'idea che vi sia parità e l'altro dell'idea che vi sia disparità, così che il primo considera un pari trattamento e il secondo un dispari trattamento come adeguato e possono ugualmente, d'accordo sul punto precedente, essere ancora di diversa opinione su che cosa nel loro caso debba valere come trattamento uguale o diseguale desiderato da entrambe le parti. Ciò che è giusto del caso dato e ciò che è ingiusto non si fa accertare né logicamente né sperimentalmente. Ma

⁽⁴⁰⁾ G. SCHMOLLER, *Die Gerechtigkeit*, cit., p. 27.

⁽⁴¹⁾ Torquato Tasso: « Porta una benda la giustizia ancora, con che ne chiude all'illusione il guardo ». Goethe, Tasso, atto II, scena III: « Quando una bella donna viene e ti chiede giustizia chiudi i tuoi occhi di fronte alle sue lacrime e le tue orecchie di fronte ai suoi sospiri e considera il contenuto della sua richiesta da lontano, se non vuoi che la tua ragione si distrugga nelle sue lacrime e la tua virtù nei suoi sospiri ». Così recita una delle tante belle raccomandazioni che Don Chisciotte rivolge a Sancho Panza quale futuro governatore della città, libro 9, cap. 9.

in quelle controversie si mostra da sé che i litiganti si sono concordati sullo stesso principio che si trova al di fuori del loro gusto personale, che entrambi vogliono il trattamento uguale di ciò che è uguale e vedono in questo la giustizia. In principio, sul principio sono d'accordo, sulla sua applicazione sono in disaccordo. Anche tra chi giudica, pur appartenendo ad uno s t e s s o periodo, i giudizi in periodi diversi sull'unità del concetto possono essere in disaccordo. Dove il presente vede uguaglianza e perciò richiede uno stesso trattamento, il passato ha scorto differenze, sulla cui base ha fatto sopraggiungere differenze di trattamento. Chi uccide uno straniero, non viene oggi punito più lievemente di chi uccide un connazionale, mentre allora il guidrigildo in alcuni diritti era diverso a seconda della provenienza degli uccisi, senza che questa differenza fosse avvertita, in generale, come ingiusta ⁽⁴²⁾.

Tuttavia, come per esempio l'essenza della moralità oppure della religione si lascia intendere e fissare completamente in maniera impeccabile e, nonostante questo, ciò che a un popolo può apparire immorale e irreligioso a un altro può sembrare morale e religioso ⁽⁴³⁾, così anche la definizione aristotelica di giustizia non è scossa dalle suddette divergenze di opinione della prassi, non è del tutto messa in crisi. La sua validità duratura ⁽⁴⁴⁾ è da riconoscere, in

⁽⁴²⁾ G. SCHMOLLER, *Die Gerechtigkeit*, cit., p. 39.

⁽⁴³⁾ L. KNAPP, *System*, cit., § 110, cui rinvio anche per esempi e spiegazioni.

⁽⁴⁴⁾ H. VON TREITSCHKE, *Die gerechte Verteilung der Güter*, in *Preussische Jahrbücher*, XXXV, 1875, p. 430. Sicuramente non riguarda la questione qui esaminata, il relativo concetto. Riconosce la definizione aristotelica, tacitamente, A. SPIR, *Recht und Unrecht*, cit., p. 44; W. WUNDT, *Ethik*, cit., p. 582. Anche G. SCHMOLLER, *Die Gerechtigkeit*, cit., p. 23, conferma la sua validità, nonostante ci si ancori non senza eccezioni, per esempio dove cerca di prospettare la « giustizia » delle rendite di capitali. Ancora di più gli manca la giustizia da distribuire quando dice (p. 31, cfr. p. 42): « I pensieri di cui si tratta culminano tutti in un concetto fondamentale: a ciascuno il suo », poiché così infatti il singolo si contrappone alla propria prestazione, non viene paragonato agli altri; oppure quando nega del tutto (p. 43) il diritto « emerso dall'idea della giustizia » e, p. 46, nega la massima: « La forma del giusto è il mezzo, ma la giustizia è lo scopo del giusto ». Questa insicurezza porta con sé il fatto che il « proteggere ogni membro del popolo dalla morte per denutrizione » venga definito quale « inconfutabile esigenza della giustizia ». Una configurazione altrettanto debole è la giustizia in R. VON JHERING, *Der Zweck*, cit., essendo questa per esempio alle pp. 134, 140 « null'altro che ciò che va bene a tutti, con cui tutti possono convivere », a p. 184, dovendo la retribuzione e la pena

generale, nel fatto che l'imparzialità viene interpretata come esigenza essenziale della giustizia. Dà espressione al proverbio giuridico tedesco: « si ascolti anche l'altra parte ». Più popolare e di più ampia portata è la giusta richiesta di uguale trattamento espressa nelle parole: « Ciò che per qualcuno è giusto è per l'altro conveniente » (45). E si credeva certamente di servire la giustizia quando nei documenti costituzionali si dichiaravano i cittadini uguali dinanzi alla legge. Tuttavia, questa dichiarazione non ha molto significato se già per legge esiste tra i cittadini molta disuguaglianza e se essa non deve regolare la futura legislazione, ma soltanto la protezione giuridica nei confronti del tribunale. « La giustizia dell'esigenza che ai diritti di tutti spetti la stessa tutela — come dice Mill — viene sostenuta anche da coloro che vogliono mantenere salda la più stridente disuguaglianza nel godimento dei diritti » (46). Ha guadagnato più significato per la giustizia quel principio costituzionale, con l'abolizione dichiarata contemporaneamente di tutti i

« null'altro se non realizzare l'idea della giustizia » e a p. 230 « la simmetria, offerta e misurata con l'interesse della società, tra l'atto e le sue conseguenze per l'autore ». Infine, alle pp. 367, 375 è uno scopo pratico della giustizia l'istituzione dell'uguaglianza e cioè sia « l'equilibrio fra guadagno e retribuzione, fra pena e colpevolezza » con il « motto: *suum cuique* » che « l'uniformità nell'applicazione a tutti i casi della norma stabilita una volta ». Questa spetta solo al giudice, quello al legislatore. Per quello non c'è quindi una parità tra la norma da formulare e il bilanciamento, che deve essere raggiunto, non ha nulla a che fare con la giustizia da distribuire. Infatti Jhering, d'altra parte, definisce ingiusta la legge « che, confronta aristotelicamente il povero e il ricco, le loro abilità produttive e differenza o distribuisce a seconda di ciò gli oneri, non misura l'attitudine del povero di per sé ad essere caricato [n.d.t. di oneri], al fine di individuare così l'« equilibrio ».

(45) « Ciò che è giusto per uno, è giusto per tutti.

Ciò che è giusto per uno, non è ingiusto per l'altro.

Ciò che è giusto per uno, l'altro lo rispetta equamente.

I giudici devono sentire in modo uguale da ognuna delle orecchie ». E. GRAF-M. DIETHERR, *Deutsche Rechtssprichwörter*, Nördlingen, 1864, p. 3; R. VON JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1884, p. 408, e, a causa dei Romani (*Idem Atti, quod Titi*), M. VOIGT, *Das Jus naturale*, I, cit., nt. 1258. « Prozessualische Gerechtigkeit », in R. VON JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, cit., p. 196 e ID., *Der Zweck*, cit., p. 396.

(46) J.S. MILL, *Utilitarismus*, cit., p. 178.

privilegi di stato. Perché ogni presenza di privilegi, *status*, classi e caste, nella misura in cui trova un riconoscimento formale e legale, ripugna alle idee dominanti di giustizia.

In particolare, la validità e la sostenibilità del principio di giustizia sopra accolto possono essere dimostrate soltanto quando lo si applica alle singole leggi o istituti giuridici; ciò si può vedere alla luce di alcuni esempi.

Dalla giustizia non deriva mai, per esempio, la costrizione giuridica. La punizione non è quindi specialmente un'esigenza della giustizia⁽⁴⁷⁾, ma questa richiede, quando la punizione dovesse essere giusta, che l'uguale non venga punito in modo disuguale, cioè più duramente o lievemente, ma piuttosto che venga punito nello stesso modo e, al contrario, che il disuguale venga punito in modo diverso⁽⁴⁸⁾. Le pene devono essere determinate anche in considerazione delle persone. Perché le stesse pene per le stesse condotte possono essere pene diseguali in rapporto alle persone. Ciò accadrà in un certo grado sempre e nella stessa misura la giustizia nella punizione non sarà possibile. Ugualmente la giustizia esige che, quando una determinata condotta comporti una pena, una condotta dello stesso tipo non rimanga impunita, che quindi non venga misurata con due diverse unità di misura. Con il proverbio: « Si

⁽⁴⁷⁾ Sul tema L. KNAPP, *System*, cit., p. 208. Conformemente a ciò l'obbligatorietà dei contratti non ha nulla a che fare con la giustizia, mentre S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, pp. 13, 51, chiama in causa qui la giustizia.

⁽⁴⁸⁾ « Ingiusta è la legge che infligge la stessa pena al reato di lieve e di grave entità, poiché ignora la giusta proporzione fra reato e punizione » (R. VON JHERING, *Der Zweck*, cit., p. 373); no, piuttosto ignora l'ineguaglianza dei crimini, perciò è ingiusta. Di recente sulla possibilità di quella simmetria: J. PEPPER, *Das Recht zu leben*, cit., pp. 97-103; C.L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, cit., lib. VI, il cap. 16 è intitolato: 'De la juste proportion des peines avec les crimes', ma l'eventualità menzionata non compare. G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821¹, § 214, parlando della « legge solo positiva », nota: « Non si può ragionevolmente determinare, né decidere applicando una certezza derivante dal piano teorico, se per un reato sia giusta una pena corporale di 40 colpi oppure di 40 meno uno, né se (se sia giusta) una pena pecuniaria di 5 talleri oppure di 4 talleri e 23 e così via o (se sia giusta una pena detentiva) di 1 anno e 1, 2 o 3 giorni. Infatti, già un colpo di troppo, un tallero o un centesimo, una settimana, un giorno di reclusione in più o in meno è un'ingiustizia ».

impiccano i piccoli ladri e si lasciano scappare quelli grandi » il linguaggio popolare non descrive un'esigenza della giustizia, ma una ingiustizia conforme all'esperienza ⁽⁴⁹⁾.

Tutte queste esigenze di giustizia vengono poste al legislatore non meno che al giudice.

Ma cosa succede, quando il legislatore prescrive di punire i ladri con gli occhi castani con la casa di correzione e, al contrario, quelli con gli occhi azzurri con il carcere oppure di non punirli del tutto? Non assegnerebbe così qualcosa di diverso a ciò che non è uguale, e quindi non resterebbe all'interno della giustizia? Di certo non nel caso in cui il colore degli occhi non ha nulla a che fare con l'atto di rubare. In questo caso la disparità di trattamento non sarebbe proporzionale. Il legislatore definirebbe gli uomini diseguali sotto un certo punto di vista, e quindi prescriverebbe di trattarli in maniera diversa, a causa di una caratteristica che, con la condotta per cui si commina la pena, non ha alcuna relazione.

Se invece il legislatore o il giudice dovesse punire più duramente colui che sottrae l'unica pecora del povero vicino rispetto a colui che ruba una pecora dal gregge del vicino, così troverebbero tutti che ciò che differenzia entrambe le condotte in realtà si trova in relazione a loro e, in particolare, riguarda l'effetto delle condotte; la differenza di trattamento fondata dal legislatore o dal giudice su ciò difficilmente indignerà qualcuno perché avvertita come ingiusta, come sarebbe invece se venisse preso in considerazione il colore degli occhi.

La giustizia, inoltre, non prescrive in alcun modo che e in quale misura i cittadini debbano essere tassati per sostenere le spese statali. Piuttosto, decide qui soltanto l'utilità. Lo scopo di guidare la vita di uno Stato non è raggiungibile senza il contributo dei cittadini. Inoltre, la giustizia fornisce un criterio per la distribuzione degli oneri statali finanziari. Da coloro che non sono uguali non deve essere preteso e prelevato lo stesso. La disuguaglianza dei cittadini consiste, dove si tratta di sopportare carichi patrimoniali, nella differenza della loro portata, ossia del loro patrimonio e del loro

⁽⁴⁹⁾ Cato in Gellius, *Noctes Atticae* 11.18.18: *Fures privatorum furtorum in nervo atque in compedibus aetatem agunt, fures publici in auro atque purpura*. Cfr. G. SCHMOLLER, *Die Gerechtigkeit*, cit., p. 44.

reddito ⁽⁵⁰⁾. La tassa indiretta, in particolare quella posta sui generi alimentari, poiché grava di meno chi ha di più, non tiene conto di questa disuguaglianza dei cittadini statali. Le tasse indirette sono perciò ingiuste. Il fatto che ciononostante vengano contemplate è una testimonianza della validità duratura del concetto aristotelico di giustizia. Non si potrebbero tutelare dal rimprovero dell'ingiustizia le tasse indirette neanche attraverso l'affermazione che tutti i cittadini hanno lo stesso interesse all'esistenza e all'agire dello Stato, che lo Stato fornisce a tutti lo stesso, che perciò tutti, dove possibile, dovrebbero pagare lo stesso contributo per il suo sostentamento. Lo Stato sarebbe equiparato nello stesso tempo a un commerciante che mette in conto a tutti i suoi clienti per le stesse merci lo stesso prezzo, quindi che non mette in relazione il prezzo con i mezzi di pagamento degli acquirenti. Sulla base del concetto di giustizia adottato, la disuguaglianza per cui gli appartenenti al sesso femminile siano esclusi dal servizio militare non può tuttavia essere considerata come un'ingiustizia. Perché il qui presente vantaggio oppure svantaggio delle donne, il fatto cioè che una metà dei cittadini dello Stato venga trattato diversamente dagli altri, può essere visto come adattamento alla disuguaglianza delle condizioni, alla disuguaglianza delle forze fisiche necessarie per il mestiere di soldato. A questa disuguaglianza non corrisponde l'altra, per cui da noi e nella maggior parte degli Stati le donne sono escluse dal diritto di voto politico, anche laddove questo viene definito un diritto uguale e comune ⁽⁵¹⁾. Poiché anche le cariche di governo sono accessibili soltanto agli uomini, le donne vengono p o l i t i c a m e n t e dominate in modo totale da questi. Questa disuguaglianza condotta il più lontano possibile non corrisponde, come detto, in alcun modo alla disuguaglianza delle forze fisiche dei due sessi, poiché il diritto politico di voto e la partecipazione al governo sulla base dei nostri concetti non ha alcun collegamento con la forza

⁽⁵⁰⁾ K. BÜCHER, *Basels Staatseinnahmen und Steuerverteilung 1878-1887*, Basel, 1888, p. 60.

⁽⁵¹⁾ Cfr., invece, J.G. FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, II, Jena/Leipzig, 1797, p. 217. Una più serrata e ampia critica della giustizia della legge elettorale tedesca e affini in G. MARXEN, *Das deutsche Wahlsystem vom Standpunkte der Verfassung*, Leipzig, 1882.

fisica. Infatti, poiché si lascia difficilmente individuare un'altra differenza fra i sessi, alla quale corrisponderebbe quella sottomissione delle donne nella vita statale, la stessa apparterrà a quel grande numero di odiosi privilegi con i quali gli uomini hanno contrassegnato le donne nel corso della storia e che si sono iniziati a riconoscere in questo secolo qua e là sotto il nome dell'oppressione e asservimento delle donne.

All'osservatore delle condizioni umane che riflette sulla giustizia deve farsi altrettanto notare, accanto alla disuguaglianza della condizione giuridica ed economica di uomo e donna, l'esistente e crescente disuguaglianza della distribuzione della proprietà terriera e pecuniaria presso i popoli di cultura. Questa disuguaglianza economica ha come conseguenza, al di fuori di diversi rapporti di schiavitù, una serie di altre disuguaglianze non stimabili qui *en passant*, ossia quella dell'istruzione, della salute, del carico di lavoro, della moralità⁽⁵²⁾, della durata della vita, della gioia di vivere.

Qui si chiede soltanto se questa disuguaglianza economica, ricca e gravida di conseguenze ed esistente grazie agli strumenti giuridici sia giusta o ingiusta.

Da lontano e a un primo sguardo qualcuno potrebbe provare a spiegare questa disuguaglianza come corrispondente alla disuguaglianza dei bisogni e delle necessità e perciò giusta. Di per sé, a prescindere da altro, qui vengono confuse causa e conseguenza. Per natura la disuguaglianza nel bisogno, come si può imparare dagli uomini primitivi selvaggi e mansueti, è molto piccola. Con i m e z z i nascono nuovi bisogni e aumentano quelli vecchi. La disuguaglianza dei bisogni non ha avuto come conseguenza la disuguaglianza nella proprietà, ma la disuguaglianza nella proprietà ha avuto come conseguenza quella dei bisogni.

Inoltre, e altrettanto in modo speculare, qualcuno, in rapporto alla disuguaglianza economica imponente e crescente, potrebbe fare riferimento alla differenza dominante fra gli uomini di forze, di

⁽⁵²⁾ Viene ancora ammesso in generale, piuttosto che quando si decide il caso singolo in base a ciò, che « i mezzi per vivere sono anche i mezzi per essere virtuosi »: L. FEUERBACH, *Ludwig Feuerbach in seinem Briefwechsel und Nachlass: Bd. Ludwig Feuerbach's Philosophische Charakterentwicklung. Sein Briefwechsel und Nachlass*, pp. 285, 286. Aristoteles, Eth. Nic. 1.8.15.

ragione, di coscienza e di felicità, e potrebbe definire la disuguaglianza economica come corrispondente a queste ultime differenze e perciò considerarla giusta.

Al momento occorre però non dimenticare che alle differenze umane, sia a quelle indicate che alle altre, non è moralmente o giuridicamente correlata in alcun modo la disuguaglianza economica. Non esiste infatti, come abbiamo visto, alcun nesso causale aprioristico conforme al buon costume. Nessuno può prendere in considerazione ciò che da lui è stato acquisito con diligenza oppure abilità — non meno ciò che si è ereditato, dove lo si comprende soltanto più velocemente — di per sé stesso come di sua spettanza, come un qualcosa che gli è dovuto, poiché, con l'aumento della sua diligenza oppure abilità ha fatto solo ciò che non poteva evitare e quei talenti non sono un suo guadagno, come [n.d.t. non lo è] la qualifica di erede. Per questo di nessuno si può anche dire che a questo di per sé (per esempio a causa di una diligenza più o meno grande) spetti una parte più grande oppure più piccola. Piuttosto, le regole giuridiche sono così formate che certe differenze personali, specialmente della costanza e di altre attitudini e in primo luogo la provenienza da classi ricche oppure da povere, conducono per via legale a delle differenze economiche.

Peraltro, e ciò è più importante, quel tentativo speculare non bada poi a stabilire una corrispondenza fra la disuguaglianza economica e politica e così a dimostrare la prima come giusta, così che oggi in merito alla questione sollevata non si può trattare di individui, ma soltanto di classi. La differenziazione economica si mostra a noi presso i popoli civili come una classificazione. E, rispetto a questa considerazione rivolta alla realtà, siamo completamente incapaci di trovare la detta corrispondenza di disuguaglianza economica e politica, mentre rispetto a questa considerazione il fattore della provenienza oppure il diritto ereditario naturalmente sono fuori discussione, poiché non possono valere per la classe. Può essere che rispetto alla comparazione di individui le loro diverse condizioni economiche e le loro caratteristiche personali risultino corrispondenti, ma rispetto alla comparazione fra classi — e queste perdurano anche a fronte del cambiamento dei loro componenti — non si potrà mai dire che, per esempio, la classe di coloro che non hanno nulla sia così tanto inferiore per forza, intelletto, diligenza oppure abilità a

quella dei possidenti di terre oppure di denaro né [n.d.t. si potrà mai dire] che a questa disuguaglianza corrisponda quella economica ⁽⁵³⁾.

Se la disuguaglianza economica in questione, come sembra da entrambi i tentativi sventati, non dovesse allora corrispondere proporzionalmente a nessun'altra, allora il giudizio sulla giustizia di questa disuguaglianza — facendo affidamento su quanto prima scoperto — deve dipendere dal fatto che si trovino motivi di opportunità per essa oppure che lo scopo e l'oggetto della ripartizione richiedano la disuguaglianza della stessa. Poiché nessuno penserà quest'ultima cosa, la disputa può girare attorno soltanto all'opportunità di quella disuguaglianza, quindi sulla questione se lo scopo possa essere meglio raggiunto attraverso la disuguaglianza esistente. La soluzione della controversia presuppone che i litiganti siano d'accordo sullo scopo stesso. Chi vede in quello scopo il benessere di tutti gli uomini — come qui può essere soltanto ipotizzato — troverà quella disuguaglianza non opportuna e, dopo tutto ciò che si è detto, dovrà spiegarla come ingiusta ⁽⁵⁴⁾.

Così si è tentato di spiegare, con alcuni esempi, il concetto aristotelico di giustizia. La serie di esempi potrebbe ancora continuare a lungo, in particolare se si sottoponessero anche gli istituti

⁽⁵³⁾ Si veda H. VON TREITSCHKE, *Die gerechte Verteilung*, cit., p. 434. Più che le parole a favore di poveri parlano in modo più incisivo i seguenti rapporti numerici: l'aumento della tassa prussiana riformata sul reddito ha recentemente dimostrato che di 23,3 milioni di lavoratori autonomi: hanno un reddito fino a 900 marchi: 20,9 milioni, da 900-3000 marchi: 2,1 milioni e hanno un reddito superiore a 3000 marchi: 316,889 persone.

⁽⁵⁴⁾ Non solo sul piano ipotetico, per esempio R. VON JHERING, *Der Zweck*, cit., p. 533 in fondo, ma piuttosto deciso, tuttavia valutato in modo completamente diverso W.H. RIEHL, *Die bürgerliche Gesellschaft*, Stuttgart, 1866⁶, p. 468. Se Karl Marx (1875) afferma a proposito dell'attuale distribuzione dei prodotti « E non è forse in realtà l'unica distribuzione 'giusta' sulla base dell'odierna modalità di produzione? » intende con 'giusto' solo 'legittimo' oppure 'giuridicamente corrispondente'. Infatti, scrive: « La distribuzione che si verifica ogni volta dei beni di consumo è soltanto una conseguenza della distribuzione delle stesse condizioni di produzione. La modalità di produzione capitalistica, per esempio, si basa sul fatto che le condizioni materiali di produzione sono assegnate ai non lavoratori sotto forma di capitale e di proprietà fondiaria, mentre la massa è solo proprietaria delle condizioni produttive personali, ossia della forza lavoro. Se gli elementi della produzione vengono distribuiti in questo modo, viene da sé l'odierna distribuzione dei beni di consumo ». La stessa questione può quindi sempre essere ancora ingiusta nella prospettiva indicata dal testo.

sanzionati dal buon costume alla suddetta prova. Tuttavia, le prove fornite possono bastare non soltanto per dimostrare la determinazione concettuale indicata per ultima, che non promette molto, ma che comprende tutto, bensì anche per istruire al suo impiego ⁽⁵⁵⁾.

Qui possiamo tralasciare come venga definita la giustizia presso i popoli non ancora civilizzati e viventi nello stato naturale tanto elogiato. Sulla lontana isola dell'utopia, però, domina un'uguaglianza proporzionale e si è realizzata la giustizia in senso ampio. Tommaso Moro voleva tuttavia soltanto affermare, quando delineava la sua 'Utopia' e la presentava come il solo Stato giusto, che queste condizioni, come da lui raffigurate e celebrate, non si trovano da nessuna parte, non che non possano trovarsi da nessuna parte.

⁽⁵⁵⁾ Contiene contributi preziosi alla critica della giustizia del diritto privato: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen, 1890. È autore di una lucida critica dell'ordinamento professionale tedesco: T. Loewenfeld, *Kontraktbruch und Koalitionsrecht im Hinblick auf die Reform der deutschen Gewerbe-gesetzgebung*, in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, a cura di H. Braun, III, 1890, pp. 396, 397, 432, anche 447, 456 ss., 480, 481, 488.

APPENDICE II:
LETTERA DI PHILIPP LOTMAR A KARL VON AMIRA DEL
14.12.1890 DA BERNA

Nota di traduzione (Iole Fagnoli)

Si pubblica di seguito la traduzione di una lettera di Lotmar che risulta di particolare interesse, perché testimonia come la sua relazione sulla giustizia, tenuta a Berna, sollevò, all'epoca, forti reazioni polemiche. Lotmar racconta infatti ad Amira che furono persino appesi manifesti per la città e diffuse sulla stampa tedesca accuse sul suo orientamento politico socialdemocratico. Il fatto che Lotmar abbia pubblicato la relazione nonostante le critiche pubbliche, da lui non condivise, testimonia la sua forte coerenza. In particolare, l'ultima frase del contributo, che pare essere quella maggiormente 'incriminata', ha mantenuto la sua posizione e, così, la sua incisività. Dalle righe del testo emerge altresì la profonda conoscenza, da parte di Lotmar, del pensiero di Marx ⁽¹⁾, nonché il suo grande interesse per la politica sociale che lo avrebbe portato di lì a poco ad esprimersi sui lavori preparatori del Codice civile tedesco in merito al contratto di servizi, dando così inizio, a partire dal 1895, alla sua produzione scientifica in tema di diritto del lavoro. Si tenga, infine, conto che, se è vero che Lotmar conosceva bene gli scritti all'epoca noti di Marx, egli teneva ben distinto il metodo giuridico da quello dell'economia politica, come ben emerge dall'Introduzione ai due tomi su 'Il contratto di prestazione di fare' (§ 6).

Di rilievo sulla vita professionale di Lotmar è poi il riferimento alle lezioni che teneva presso l'Università di Berna e, in particolare, alla passione per l'attività didattica. Dalla lettera traspaiono anche profili della vita personale e cioè la sua preoccupazione per le condizioni di salute della moglie, Paula Bacher (1855-1915), che sarebbero, di lì a poco, peggiorate fino al ricovero permanente in un istituto di cura a Monaco.

⁽¹⁾ Cfr., al riguardo, l'Introduzione dei curatori, § 3.

Caro Amira!

Prima di tutto mi auguro che quando riceverai queste righe ti sia già da tempo liberato dalla preoccupazione che avevi quando ti ho sentito l'ultima volta e che lo stato di salute della tua cara mamma sia tornato del tutto soddisfacente. Spero che l'inverno non sia da voi così rigido e senza sole come lo è stato qui nelle ultime tre settimane, altrimenti ciò costituirebbe un ostacolo alla guarigione desiderata. All'inverno attribuisco anche in parte il malessere di mia moglie che consiste in mal di testa piuttosto persistenti e in un umore depressivo. Se non fosse così, avremmo una vita migliore. Una buona giornata di tanto in tanto fa rivivere la speranza di un miglioramento duraturo. Ieri sera abbiamo assistito insieme ad un concerto, mentre mia moglie ha smesso da tre settimane di suonare pianoforte e anche oggi non ha potuto accompagnare il nostro vicino bavarese che si esercitava per produrre canzoni. Il medico le ha fatto iniziare oggi una cura a base di 'Kephir' e puoi immaginarti quanto questo trattamento ci abbia vividamente ricordato la casa di Amira.

I miei occhi — perché proprio ora sono assistito sanitarimente — si sentono molto sollevati da quando, su consiglio dell'oculista, vengono sostenuti nella lettura e nella scrittura da un paio di occhiali adatti per le loro esigenze. Non mi è stata raccomandata nessun'altra cura o dieta, così che posso immergermi senza limitazioni anche nel *Corpus iuris*. Se ciò ancora non avviene nella misura [n.d.t. da me] desiderata per il lavoro all'edizione di Brinz e all'errore, è per colpa dei corsi di lezioni, dei quali è vero che le Pandette, ridotte questa volta a dieci ore, richiedono sì meno tempo di preparazione rispetto a prima, ma ancora così tanto che per le attività rimanenti da svolgere non ne resta molto libero. Questo corso è questa volta sì meno frequentato, peraltro con la presenza di un appartenente al sesso debole ⁽²⁾, ma mi

⁽²⁾ L'Università di Berna era all'epoca all'avanguardia per la componente femminile tra gli studenti. Nel 1898 si abilitò infatti proprio a Berna Anna Tumarkin, la prima donna in Europa a raggiungere questo risultato. La circostanza che Lotmar evidenziasse

dà soddisfazione. Invece l'esercitazione di due ore ha, con circa venticinque partecipanti, una frequenza da me mai raggiunta a Monaco e, poiché la stragrande maggioranza di questi studenti consegna lavori scritti, devo passare un intero giorno a correggerli.

Il 20 del mese scorso, nell'ambito di una serie di conferenze divulgative che si tengono qui in ambito universitario ogni inverno, ne ho tenuta una sulla giustizia, in sostanza la stessa che dieci anni fa, a Monaco, ha ascoltato l'associazione degli impiegati nel commercio. A Berna mi è venuta meno bene. Il determinismo senza compromessi e una fugace applicazione del concetto aristotelico di giustizia all'odierna distribuzione dei beni hanno generato fastidio fra i conservatori, tanto più che la stampa liberale, che è presumibilmente curata da un giornalista socialista, ha continuato a dare un risalto oltremisura alla conferenza. Un manifesto che, ancora otto giorni dopo, era appiccicato agli angoli delle strade — e che suppongo provenisse dagli avversari — richiedeva, con incoerenti attacchi alla polizia politica, la pubblicazione della conferenza. Di questo accadimento qualcuno ha comunicato via telegrafo al [n.d.t. quotidiano] 'Münchner Neueste Nachrichten', diffondendo la menzogna che, in tale conferenza, io avrei « reso omaggio alle opinioni socialdemocratiche ». Questa notizia completamente falsa, ma da me non smentita, è stata riportata più volte sulla stampa tedesca. Non ho ancora deciso in relazione alla pubblicazione, auspicata da diverse parti, nonostante si sia presentata una proposta editoriale per questa e per la conferenza dello scorso anno ⁽³⁾. Sono esitante per quanto riguarda 'La giustizia', perché, come si dice, ha solo un circoscritto valore scientifico, mentre la rielaborazione del materiale, che ho raccolto per anni, richiederebbe un mese o più che non posso dedicare a tali stupidaggini. Per favore, dammi un consiglio a questo proposito.

Con soddisfazione ho ritrovato a suo tempo, nella tua lettera, parola per parola, le stesse esternazioni contro l'aggressore al quadrato del nostro Cato, con le quali giorni prima, in presenza di mia

quest'unica presenza femminile è indicativa della sua sensibilità in rapporto a ciò, che emerge sia in 'La giustizia' (§ 2.2) sia in 'La libertà di scelta dell'attività professionale' (§ 4).

⁽³⁾ 'Del diritto che è nato con noi' (§ 2.1).

moglie, mi ero pronunciato contro quel meschino. Ho anche condiviso prontamente la tua opinione che ad un aggressore con tali difetti morali e intellettuali si possa rispondere solo con il silenzio. In questa occasione si è di nuovo chiaramente toccato con mano che cloaca sia [n.d.t. il quotidiano] 'Allgemeine Zeitung'.

Al contrario, non riesco a condividere le tue 'visioni politico-sociali', espresse in occasione del lavoro di Cato. Dopo aver studiato 'Il Capitale' di Karl Marx, non riesco ad individuare il colpevole principale nella 'cattiva volontà' dei datori di lavoro. Marx, questo grande conoscitore e critico dei rapporti in questione, spiega già nella premessa: « Il mio punto di vista, che concepisce lo sviluppo della formazione economica della società come processo di storia naturale, può meno che mai rendere il singolo responsabile di rapporti dei quali esso rimane socialmente creatura, per quanto soggettivamente possa elevarsi al di sopra di essi ». Inoltre, la socialdemocrazia non è affatto una 'rivoluzione', contro o a favore della quale si potrebbe stare, ma, come dimostrano gli scritti di Engels e Marx, i fondatori del socialismo scientifico, consiste piuttosto, in primo luogo, in uno 'sconvolgimento' economico che è pienamente in atto ed è irrefrenabile, che attualmente consiste nell'intensificazione della modalità di produzione capitalistica, e, in secondo luogo, nella preparazione illuminante delle masse del proletariato, che devono essere rese consapevoli della loro condizione sociale. Parliamone di più alla prossima occasione di incontro, se possibile in tre o quattro.

Questa settimana la nostra Assemblea Federale deciderà sulla sede del Museo Nazionale. Secondo la dichiarazione della commissione di esperti (tra cui Essenwein e i direttori di Clugny e South Kensington) Berna ha gli oggetti più preziosi — oltre a un'esposizione *ad hoc* dell'argenteria Rotschild delle corporazioni —, ma probabilmente le motivazioni politiche saranno decisive per Zurigo. Non ho potuto seguire le tue osservazioni sulla Cappella Sistina, perché non la vedo da diciotto anni e mi manca una chiara rappresentazione dei suoi colori.

Ho gioito entusiasticamente per la tua decisione di andare a Vienna, facendo tacitamente conto di vederti qui o altrove durante le vacanze pasquali. Dovresti senza dubbio occuparti del diritto degli animali. Oltre che per il motivo da te indicato, soprattutto

perché questo è il soggetto più originale da trovare, in modo che non solo chi insegna, ma anche ciò che viene insegnato portino ai viennesi il fascino della novità. Anche la preparazione, poiché genera idee e mette in movimento repertori, ti renderebbe più felice di quanto lo farebbe il camminare su percorsi già intrapresi. Gli animali possono concorrere fiduciosi al [n.d.t. tuo] *curriculum*.

Con i nostri migliori saluti ai tuoi, sono sempre il tuo devoto,

Lotmar

Berna, 14 dicembre 1890

3. IL CONTRATTO CONTRARIO ALLA MORALE, IN PARTICOLARE IN DIRITTO COMUNE (1896) ⁽¹⁾: PREMESSA E §§ 1-2

⁽¹⁾ P. LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht*, Leipzig, 1896, Duncker & Humblot, (I-X, 1-198), pp. VII, 1-13.

Nota di traduzione (Iole Fagnoli)

Il lavoro monografico prende le mosse, come precisa Lotmar nella sua premessa, dalla conferenza da lui tenuta presso l'Università di Vienna nel marzo del 1896 ⁽²⁾. L'opera rappresenta un momento di passaggio importante di quel percorso che avrebbe tenuto Lotmar lontano, per alcuni decenni, dallo studio del *Corpus Iuris Civilis* ⁽³⁾, sollecitato dalle tematiche giuridiche della contemporaneità. Qui è, infatti, evidente fin dalla premessa che Lotmar intraprende uno studio storico-giuridico per meglio comprendere l'istituto giuridico del presente. Interessante è che la sollecitazione nella direzione del diritto vigente gli provenne da problematiche giuridiche che si intrecciano con il tessuto sociale, come è quella del destino giuridico del contratto contrario alla morale. Proprio su questa via sarebbe poi approdato agli studi sul contratto di prestazione di fare.

Un esemplare della monografia, appositamente inframezzato da due pagine completamente bianche ogni due pagine stampate per l'inserimento di appunti e rilievi a mano, è stata affidato, in un primo momento, dalla nipote Paula Lotmar a Manfred Rebbinder e da quest'ultimo poi ad Andreas Wacke. Sono profondamente grata ad Andreas Wacke per avermi donato la preziosa copia autografa. Le innumerevoli e ordinatissime notazioni a mano di Lotmar sulle pagine bianche, soprattutto riferimenti bibliografici, nonché i fogli sparsi di appunti contenuti nel volume fanno verosimilmente intuire un'intenzione dell'autore, poi non realizzatasi, di pubblicare una seconda edizione del lavoro.

Per la traduzione del titolo e delle ricorrenze nel testo del termine 'immoral' si è optato, in luogo di immorale, per la locuzione 'contrario alla morale', che pare meglio rendere in italiano la complessità delle condotte di violazione che Lotmar, basandosi sulle fonti romane, intende esaminare.

Dato che il contributo, rispetto al testo di una conferenza, è apparso alle stampe ampiamente lievitato, si è scelto qui di pubblicare, in traduzione italiana, solo la premessa e i primi due paragrafi. Non tutte le citazioni di passaggi del pensiero di altri autori nelle note sono state riportate nella traduzione, ma solo quelle indispensabili per la comprensione delle note stesse. Per le altre basti il rinvio all'opera e alla pagina citata da Lotmar.

(2) Del viaggio a Vienna, passando per Monaco e poi da lì con il treno 'Orientzug' fino all'affascinante capitale dell'impero austro-ungarico, che avrebbe intrapreso qualche giorno dopo, Lotmar raccontò nel dettaglio ad Amira nella sua lettera del 13.03.1896.

(3) L'espressione si deriva, in più lettere della sua corrispondenza a Karl von Amira (del 22.06.1889, del 14.12.1890 e del 30.04.1893), dalla frequente qualificazione della sua attività scientifica come 'studio del *Corpus iuris*' o 'doveri del *Corpus iuris*'.

Al mio amico Theodor Loewenfeld (4)

Premessa

Il presente contributo nasce da una conferenza che ho tenuto su tale tema presso la 'Società giuridica viennese' in primavera. La mia opinione è che, a questo argomento, non sia stata ancora dedicata in letteratura una trattazione a ciò specificamente dedicata. Tale argomento merita questa trattazione per la sua importanza pratica e perché, trovandosi nell'area di confine del diritto, può attirare l'interesse della filosofia del diritto. Dovrebbe anche risvegliare l'interesse dei moralisti per il fatto che dà conto della morale che si incrocia con il diritto e del rischio che essa sia rinnegata dal suo alleato. La presente pubblicazione spera di stimolare la partecipazione dei giuristi allo studio di questo vasto tema, non esauribile in un solo contributo, e di stimolare l'ulteriore approfondimento dei problemi che esso comporta. Mentre il nuovo Codice civile definisce nullo il negozio giuridico contrario alla morale, la dottrina civilistica si vede di fronte al compito di interpretare una regola di così vasta portata nella maniera più soddisfacente possibile. Questo compito riguarda principalmente il nostro contratto contrario alla morale. Nella relativa trattazione che seguirà si è perciò tentato anche di dare un contributo all'interpretazione del Codice civile.

Berna, il 26 ottobre 1896

L'autore

(4) [N.d.t. L'opera viene dedicata da Lotmar a Theodor Loewenfeld, cui era legato da una ferrea amicizia che perdurò per tutta la vita, oltre che una comunanza di interessi culturali, scientifici e politici (v. *supra* nt. 3 Appendice I)].

1. *Rapporto tra morale e diritto sulla base dei contenuti. L'ipotesi di una differenza fondamentale. Obiezione sulla base dell'essenza del diritto. Obiezione sulla base della coincidenza del loro contenuto. Obiezione sulla base del precetto morale dell'osservanza delle norme giuridiche. Divergenza fra conformità al diritto e alla morale. La conformità alla morale come condizione di efficacia del diritto privato. Fatti conformi al contratto in contrasto con la morale. Principio giuridico dell'invalidità del negozio contrario alla morale. Il contenuto morale rilevante per il diritto.*

È ancora opinione sempre diffusa che il diritto e la morale, entrambi costituiti da precetti di fare o di non fare ⁽⁵⁾, si differenziano anche sulla base del c o n t e n u t o degli stessi. E precisamente questa differenziazione non deve valere per quel determinato diritto e per quella determinata morale, avendo quello un altro contenuto rispetto a questa, ma il possibile contenuto del precetto deve essere per sua natura così differente da potere essere solo il contenuto di precetti giuridici o solo di precetti morali. Diritto e morale, entrambi territori dove governa il buon costume, tratterebbero, quindi, una volta per tutte temi separati, sarebbero concettualmente sostanze differenti, ma materialmente concetti determinati.

Partendo da quest'opinione si potrebbe giungere ad affermare che, presso un determinato popolo o in un determinato periodo o rispetto ad un determinato livello di cultura, due cose che si distinguono l'una dall'altra fin dall'inizio per contenuto, sono unite o mescolate tra di loro, quando per esempio ciò che rientra nella natura, secondo i principi morali, è sottoposto all'obbligo giuridico *contra naturam* o viceversa. Pertanto, in una tale unione o mescolanza si coglie un basso grado di formazione.

E, d'altra parte, si apprezza il fatto che una società, per esempio

(5) W. WUNDT, *Ethik*, cit., pp. 571-573, v. però anche pp. 543 s., si oppone alla « teoria della natura moralmente negativa del diritto », ossia contro la teoria che separa negativamente il diritto dalla morale, definendo il diritto « come quell'ordine sociale che ha come obiettivo il rifiuto di quanto è contrario alla morale dalla società che sia una comunità morale ».

il popolo romano del periodo imperiale, abbia separato diritto e morale nel senso indicato e isolato la decisione giuridica dal giudizio morale.

L'opinione menzionata con i relativi sostenitori è talmente condivisa che non è necessario qui discutere sulla letteratura che la sostiene ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Per M. VOIGT, *Das Jus naturale*, I, cit., p. 344: « Cfr. per esempio D. 18.48.19: *cogitationis poenam nemo patitur*; D. 47.2.1.1: *sola cogitatio furti faciendi non facit furem* ». Con questa connotazione ed esaltazione della giurisprudenza romana il diritto e la morale vengono presupposti quali complessi di regole sostanzialmente diversi e muniti di un contenuto determinato *a priori*. Inoltre, questo contributo intende dimostrare che i giuristi romani hanno 'trascinato' la morale all'interno del diritto, assegnandole allo stesso tempo una posizione che fosse il meno possibile 'subordinata', piuttosto che rendere la corrispondenza con la morale un presupposto per la validità degli atti giuridici. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II/1, Leipzig 1852, § 26 (e nt. 34) evidenzia che la tutela della morale fosse rimessa, nei tempi antichi, ai censori. Tuttavia, è dubbio se il censorio *juridicum de moribus* (Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, II, Leipzig, 1858], p. 372 nt. 1) possa essere separato dall'ambito giuridico. Si obietta non che la notazione censoria si colleghi anche a illeciti (come la corruzione) deprecati dalla legge, ma piuttosto il fatto che i censori infligessero pene in senso stretto, mali necessari al malfattore in nome della società — come l'esclusione dal senato o dal ceto equestre o dal diritto di voto o la quadruplicazione della somma stimata corrispondente ad una pena pecuniaria (cfr. T. MOMMSEN, *Staatsrecht*, cit., p. 379 nota 6.7) — nelle stesse forme previste dal diritto penale. Vgl. A.H.J., GREENIDGE, *Infamia: its Place in Roman Public and Private Law*, Oxford, 1894, p. 29; R. VON JHERING, *Der Zweck*, cit., p. 506 riconosce che il censore « potesse prevedere una conseguenza di diritto pubblico » al pensiero di escludere un componente dalla comunità. Il carattere giuridico delle note censorie non è escluso dal fatto che sono giuridicamente limitate al periodo di carica del censore stesso, così come la natura di una conseguenza privatistica non esclude un'azione, perché quest'ultima è *temporalis*. Al carattere giuridico delle note censorie non nuoce il fatto di non essere legali e di non essere sempre previste dall'editto. T. MOMMSEN, *Staatsrecht*, cit., p. 360 nota 5. Il censore le infligge secondo la provenienza, il suo editto e forse anche la *formula census* o *lex censui censendo dicta*. Spettandogli un giudizio molto più libero rispetto ai giurati e ai tribunali del popolo, ciò che veniva esercitato non era un arbitrio dispotico riguardo alla provenienza, alla regolamentazione del procedimento conformemente al processo e alla necessità del consenso del collega, ma un obbligo giuridico di un funzionario competente. Il fatto che l'efficacia non veniva considerata *res iudicata* si spiega con la sua limitazione temporale. Anche la coercizione magistratuale (T. MOMMSEN, *Staatsrecht*, cit., pp. 133-153) non risultava come *res iudicata* ed era un obbligo giuridico regolato dal diritto pubblico. R. VON JHERING, *Der Zweck*, cit., p. 297 traccia la differenza fra diritto e morale non secondo il contenuto, ma secondo la forma.

Non si può neanche confutare questa opinione, facendo innanzitutto riferimento all'essenza del diritto, perché su questo punto non si è ancora raggiunta piena unanimità. Non si è riuscito nemmeno a raggiungere consenso su di un concetto formale [n.d.t. di diritto] da utilizzarsi sempre e dovunque, che come tale non abbia

Se considera la possibilità che il contenuto appartenente al diritto per sua natura « storicamente prende la forma delle consuetudini », se secondo Jhering per i *negotia bonae fidei* prima del « loro contenuto in effetti di natura giuridica, se anche mancava loro la forma giuridica », allora la natura propria del contenuto giuridico deve essere qui senza dubbio o meramente presupposta o desunta dagli avvenimenti storici, e cioè dal fatto che spesso un certo contenuto compare nella forma di norma giuridica. Quindi il contenuto non è un qualcosa che dall'origine differenzia il diritto dalla morale, come è di regola il caso relativo alla forma della regolamentazione. Cfr. W. WUNDT, *Ethik*, cit., p. 99 (analogamente F. DAHN, *Über den Begriff des Rechts*, Leipzig, 1895, p. 11 e molti altri). Di fusione e mescolanza si può parlare solo se si attribuisce agli ordinamenti mescolati o aprioristicamente un contenuto al di sopra del tempo e dello spazio oppure anacronisticamente il contenuto a loro assegnato in seguito, per esempio oggi. Questa caratterizzazione si può soltanto basare sul fatto che questi ultimi cinque precetti hanno un contenuto che ritroviamo in molti statuti riconosciuti nel periodo successivo come diritto. Invece, secondo un'opinione quasi generalmente accolta, l'obbligo sociale precipuo del diritto non è incluso nei cinque precetti. Se venissero recepiti con l'idea che per la loro conservazione sia impiegato proprio il potere soprannaturale dell'arbitro e non lo Stato o la società, non sarebbero, nonostante la loro congruenza di contenuto con il diritto attuale, 'norme giuridiche proprie', ma statuti religiosi. V. J.H. VON KIRCHMANN, *Grundbegriffe des Rechts und der Moral*, Berlin, 1873, p. 105. Se ciò non dovesse anche significare che alle origini, ci fosse solo diritto oppure solo morale, allora si presuppone con questo assunto di unità che precetti da assegnare al diritto e alla morale secondo il loro contenuto fossero collegati ad un tutto, trascurandone questa eterogeneità. Ciò dimostra quindi che i confini concettuali non sono tracciati secondo il contenuto di diritto e morale e che 'la storia' può insegnare la loro non separazione soltanto se già ci si avvicina a loro con il presupposto di un certo contenuto disgiuntivo. A. MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, Berlin, 1885, § 70 « distinguendo il diritto dai suoi fratelli etici », ne paragona il contenuto con la morale. Tuttavia, a differenza degli autori sopra menzionati, la differenziazione contenutistica fra diritto e morale non è una distinzione diretta del contenuto, ma una che deriva indirettamente dagli strumenti del diritto e della morale. Completamente libero dalla « visione sostanziale vincolata » è anche L. KNAPP, *System*, cit. Se si rigetta con lui l'idea che il diritto e la morale differiscano sostanzialmente anche per il contenuto dei loro precetti, ciò è completamente conciliabile con la pretesa di assegnare i precetti a un determinato livello culturale, a seconda del loro contenuto, alla coercizione morale o di sottoporli all'obbligo giuridico; L. KNAPP, *System*, cit., p. 191. Vd. anche J. KOHLER, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, XXV, 1886, pp. 2-3.

nulla a che fare anche con il diritto naturale, poiché di questo è proprio un certo contenuto, naturalmente non incondizionato. In particolare, alcuni credono ancora, in merito alle definizioni giuridiche che non prescindono dal contenuto del diritto, che non ci si possa accontentare di una pura determinazione formale del contenuto (7). Tuttavia, è strano che giuristi, che proprio hanno a che fare con così tanti concetti formali come quelli di contratto, servitù, legato, delitto, pena, vogliano che il loro concetto più alto, quello di diritto in senso oggettivo, valga solo sostanzialmente e non formalmente. Tuttavia, finché ciò accadrà, l'opposizione all'idea che diritto e morale si differenzino a priori sulla base del loro contenuto, non ha a che fare con il riferimento all'essenza del diritto.

Considerando maggiormente l'effetto, è possibile (in secondo luogo) obiettare a questa opinione che esistono non poche norme giuridiche che sono, contemporaneamente, anche norme morali; si pensi per esempio all'obbligo di restituire una cosa altrui presa in consegna al fine di custodirla (8).

Almeno una volta i sostenitori della differenza sostanziale fra diritto e morale potrebbero replicare che, in quei casi in cui diritto e morale coincidono nel contenuto, si tratta soltanto di singoli episodi, di eccezioni alla regola della distinzione. Poi vorrebbero dire che, d'altra parte, esistono anche non poche norme che costituiscono puri precetti morali, come quello della fedeltà tra amici (9), e non poche norme che costituiscono puri precetti giuridici, come

(7) Ciò non vale per R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht*, nota 171, dove è sottolineata l'indipendenza del concetto di diritto dalle peculiarità di contenuto; v. anche pp. 495, 496, 550.

(8) W. WUNDT, *Ethik*, cit., p. 526 sembra generalmente ammetterlo con riferimento alle norme di diritto penale. Non è tuttavia frequente considerare il rifiuto del pagamento del canone di locazione come atto illecito. Molte norme giuridiche che vietano il duello non sono considerate, da chi è a favore del duello, anche come norme morali.

(9) Cfr. R. VON JHERING, *Der Zweck*, cit., p. 290. La stessa condotta può anche essere esercitata, al contempo, moralmente rispetto a qualcosa e giuridicamente rispetto a qualcos'altro: E. HÖLDER, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, N.F. Rom. Abt. XVI p. 268. Che questa concorrenza non sia indispensabile, è insegnato da fonti quali D. 24.1.5.15; D. 36.1.70; D. 42.8.19; Paul. Sent. 4.3.4.

per esempio quello dell'istituzione di erede dei figli che si sono resi colpevoli di una grossa mancanza di rispetto, ma non di un motivo di diseredazione previsto dalla legge ⁽¹⁰⁾.

E, inoltre, gli oppositori potrebbero replicare che i casi della suddetta coincidenza dei due differenti precetti sono in parte esattamente quelli in cui il principale confine tematico fra diritto e morale, da loro supposto, viene *s o r p a s s a t o*, in particolare un precetto morale o giuridico viene *e r r o n e a m e n t e* esteso oltre il suo ambito e viene trascinato in un terreno a lui sconosciuto, come per esempio nel caso dell'obbligo giuridico agli alimenti in alcuni rapporti familiari.

Infine (in terzo luogo), non si potrebbe neanche obiettare ai fautori della peculiarità materiale del diritto rispetto alla morale che, al di là di ogni norma giuridica, si trova una norma morale e precisamente non quel *p a r t i c o l a r e* precetto morale che ha in comune con la disposizione giuridica il contenuto, ma piuttosto il generale precetto morale che compone la prima parte della massima: « Agisci correttamente e non temere nessuno ». « Agisci correttamente », cioè fai il giusto, è ciò che è richiesto dal diritto.

Chi segue questa norma morale generale, come tale, riduce effettivamente il diritto, nel suo complesso, a una fetta della morale, la cui area comprenderebbe così il diritto e, inoltre avrebbe ancora un proprio territorio. Tuttavia, essendo il 'fare secondo diritto', conformemente a tale norma, forse semplice opinione e considerato come attuazione del 'giusto', già conforme alla morale, è tolta alla morale la possibilità di rimproverare una condotta conforme al diritto e un ordinamento giuridico come contrario alla morale o privo di ragione.

Tuttavia, questa situazione di fatto è certamente condivisa soltanto da pochi. La maggior parte della letteratura non intende rinunciare a criticare l'agire secondo le disposizioni giuridiche an-

⁽¹⁰⁾ Non si può perciò dire che « l'illecito è al contempo contrario alla morale »: F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, p. 191. Diversamente V.J.H. KIRCHMANN, *Grundbegriffe*, cit., p. 105/106.

cora da un punto di vista morale e potranno fare riferimento all'enunciato del diritto romano secondo cui *non omne quod licet honestum est* ⁽¹¹⁾.

Ciò non depona nel senso di questa opinione maggioritaria più del fatto che il diritto stesso — che certamente non pretende di essere anche morale, in quanto è diritto, e piuttosto s'inchina di fronte alla morale — renda condizione della sua propria efficacia il riconoscimento della morale stessa. Se tutto ciò che è conforme al diritto non è per tale ragione morale, allora, viceversa, tutto ciò che è contrario alla morale potrebbe, per tale ragione, non essere conforme al diritto.

Ora, si sa certamente subito — se si pensa già solo a un moderno diritto penale — che, per esempio, il tradimento dell'amico o il rinnegamento di una convinzione sono contrari alla morale, senza che allo stesso tempo siano perciò contrari al diritto.

In molti diritti privati ci imbattiamo nella disposizione secondo cui un negozio, in particolare un contratto, contrario al buon costume e quindi contrario alla morale, non è riconosciuto neanche dal diritto, ossia viene rifiutato.

Questa affermazione, di grande portata e probabilmente ancora non verificata ⁽¹²⁾, assume, alla luce di quanto detto sopra, un duplice significato.

In primo luogo, essa, nella misura in cui impedisce il valido perfezionamento dei negozi, e in particolare dei contratti contrari alla morale, dispone infatti una subordinazione del diritto a quest'ultima. In un certo modo viene con ciò vietata una protezione giuridica alla pretesa contraria alla morale e la contrarietà alla morale, che si serve della forma giuridica del contratto, impedisce così che la forma di contratto scelta venga rispettata come forma giuridica.

Con ciò non si è ovviamente ancora ottenuto che tutto ciò che è accaduto in conformità al contratto proceda in accordo con la morale, tanto meno che garantisca il pieno dominio della morale sul terreno del diritto privato.

⁽¹¹⁾ D. 50.17.144 pr.; L. KNAPP, *System*, cit., p. 190.

⁽¹²⁾ Forse non è superfluo far notare che, qui e in seguito, non si tratta del valore della morale, che non è né affermato né presupposto, ma soltanto della pretesa della morale di non venire contrastata e superata dal diritto.

Allora, il negozio contrario alla morale può liberamente essere adempiuto e la contrarietà alla morale, con ciò pienamente compiuta, può o non può più essere sostanzialmente indirizzabile o, sulla base di elementi che verranno in seguito indicati, non più giuridicamente rescindibile. In tali casi proseguirebbe lo svolgimento giuridico conforme al contratto in contrasto con la morale, senza che il diritto si opponga a ciò.

E, inoltre, un contratto può, al momento della sua conclusione, essere conforme alla morale e trovare legittimazione nel diritto, mentre poi la sua esecuzione può opporsi alla prima e violarla⁽¹³⁾. Il fatto che l'esercizio di un diritto acquisito attraverso un contratto possa assolutamente consistere in una condotta contraria alla morale del titolare, si lascia immaginare senza molta fantasia⁽¹⁴⁾; si pensi solo alla richiesta del mutuo di una vedova in difficoltà economiche oppure alla riduzione del salario per il povero lavoratore cui è capitato un errore sul lavoro⁽¹⁵⁾. Da alcuni viene addirittura riconosciuto il principio giuridico per cui l'esercizio del diritto che non porta alcun vantaggio al titolare e che danneggia o può danneggiare soltanto un'altra persona non sia giuridicamente ammissibile⁽¹⁶⁾.

In secondo luogo, il precetto dell'invalidità dei negozi

⁽¹³⁾ Cfr. Cic. De off. 3, 25, 95: *Facere promissa, stare conventis, reddere deposita commutata utilitate fiunt non honesta.*

⁽¹⁴⁾ A. RAVIT, *Zur Lehre von den unsittlichen Bedingungen und unsittlichen Verträgen*, in *Archiv für civilistische Praxis*, LVIII, p. 3; J.G. FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, I, Jena/Leipzig, 1796, p. 52. V. anche J. KOHLER, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, Würzburg, 1883, p. 78 s.

⁽¹⁵⁾ Cfr. P. LOTMAR, *Der Dienstvertrag des zweiten Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, in H. BRAUN, *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, VIII, 1895, p. 25; atti della commissione per statistica del lavoro, processo n. 10 (confezioni di indumenti), pp. 46, 51, 59, 81.

⁽¹⁶⁾ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, cit., §121 nt. 3; F. REGEL-SBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, 1893, p. 230 e l'approfondita spiegazione delle testimonianze romane in A. PERNICE, *Labeo: römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II, Halle, 1900², pp. 57-66. Sul punto D. 43.30.1.5 in fine. Il *male enim nostro iure uti non debemus* in Gai. 1, 53 (e poi similmente in I. 1.8.2) è un precetto morale che deve motivare una norma giuridica. L'esercizio contrario alla morale di una pretesa poteva essere contrastato dal diritto romano quale violazione della buona fede, là dove si verificava. Il BGB tedesco nei §§ 1353, 1354, 1357, 1358, 1666 disciplina l'«abuso» dei diritti familiari.

contrari alla morale comprende una confutazione dell'opinione, dalla quale siamo partiti, che diritto e morale non abbiano contentutisticamente nulla in comune e che l'intromissione di argomentazioni morali nella decisione giuridica costituisca uno stravolgimento delle loro pietre di confine e un offuscamento dei concetti puri ⁽¹⁷⁾.

La stragrande maggioranza dei diritti privati che vengono esercitati e, dove ciò incontra opposizione, vengono valutati giudiziariamente, riconosciuti ed eseguiti, proviene da negozi giuridici, in particolare da contratti. L'essere o il non essere di quei diritti privati dipende dalla validità di questi negozi. Se tuttavia un diritto prescrive il rifiuto di quella validità, nel caso in cui il negozio sia contrario alla morale, allora accanto alla valutazione giuridica deve anche considerarsi uno spazio morale e lo spazio giuridico deve essere influenzato da quello morale. Il diritto non solo tollera la morale, ma piuttosto la esige. Il diritto rende così proprie le norme morali, non nel senso di mettere a disposizione della morale i suoi strumenti di potere allo scopo di propagazione, ma piuttosto nel senso di rifiutare l'uso dei suoi strumenti di potere, là dove questo venga richiesto sulla base di un qualcosa che la morale disapprova. Fin qui si può dire che un tale diritto si appropria della materia e del contenuto della morale. Infatti, per volontà del diritto, il giudice di un contratto può essere tenuto a conformarsi anche alle norme della morale. Senza questa prescrizione giuridica, tuttavia, il giudice non dovrebbe, nella fattispecie giuridica, considerare la morale. Egli dovrebbe contribuire alla realizzazione degli effetti giuridici del contratto voluti dalle parti al momento della sua conclusione, anche se tale potere del diritto si imponesse soltanto travalicando l'ingiusto e travisando la morale.

2. *Il principio giuridico dell'invalidità del negozio contrario alla morale nel diritto romano. Imitazioni moderne. Ascendente negativo della morale sul diritto. Ascendente positivo. Sulla terminologia in tema di morale nelle fonti giuridiche romane.*

Mentre cerchiamo allora di dimostrare, di interpretare e di determinare più precisamente il confine che il diritto stesso si pone

⁽¹⁷⁾ Sul diritto romano vd. le parole di M. VOIGT, *Das Jus naturale*, I, cit., alla nota 2 e R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, II, cit., § 26 alla nota 41.

rispetto alla morale, volgiamo lo sguardo innanzitutto al diritto romano. Infatti, esso ha mantenuto il carattere internazionale per il quale si è sviluppato intorno al mar Mediterraneo un millennio e mezzo fa e poi nel Medioevo è sorto di nuovo, fino ad oggi conservato perlomeno nell'insegnamento e nella ricerca, così che esso può valere come patria spirituale comune degli studiosi del diritto ed è particolarmente idoneo quale strumento di visione giuridica e di comprensione.

Pertanto, il diritto romano offre la più dettagliata e incisiva trattazione del problema, non accontentandosi — e in questo consiste la maggior parte della sua forza di attrazione — di esporre i precetti giuridici in modo astratto, ma piuttosto mostrandone la loro applicazione. Con ciò non solo tali precetti vengono illustrati sulla base del senso e della effettività, ma si offrono inoltre alla casistica gli appigli per la conquista della corretta astrazione attraverso la limitazione o l'ampiamento [n.d.t. degli stessi precetti], quando la formulazione indicata oltrepassa o non raggiunge l'applicazione.

Infine, accanto a così tanti altri tratti consegnati ai suoi 'diritti-figli', questo 'diritto-madre' ha trasmesso loro quelli del negozio contrario alla morale. Così prevede il Codice civile prussiano: « Tramite dichiarazioni di volontà nessuno si può obbligare a condotte proibite dalle leggi o può avere il diritto di esercitarle. E anche condotte che ledono l'onorabilità ». Il Codice civile francese stabilisce: « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. Le cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ». Il Codice civile austriaco stabilisce chiaramente: « ciò che non può essere oggetto di prestazione, ciò che è assolutamente impossibile o v i e t a t o , non può essere l'oggetto di un contratto valido ». Il Codice delle obbligazioni svizzero sancisce: « Oggetto del contratto può essere solo una prestazione, che è possibile e non contraria al diritto o alla morale ». Infine, nel Codice civile tedesco si trova la disposizione: « Un negozio giuridico, che viola il buon costume, è nullo » (18).

(18) Codex Maximilianeus Bavaricus civilis v. 1756 I, cap. 1 §16; Diritto territoriale per gli stati prussiani T. I, 4 §§ 6.7; cfr. T. I, 3 § 35 e I, 5 § 68; Codice civile francese: art. 1131 e art. 1133; vd. anche art. 1108: « Quatre conditions sont essentielles pour la

Anziché considerare le evidenti differenze di queste redazioni e le conseguenze di queste distinzioni, vogliamo temporaneamente dedicarci al diritto romano stesso, dunque alla radice, non alle sue propaggini, tanto più che la conoscenza anche della più recente, del BGB, a causa della sua derivazione, è condizionata dalla conoscenza del diritto romano⁽¹⁹⁾. Non ci si faccia nessuna grossolana idea circa l'immenso ruolo che l'onestà e la disonestà giocano nel diritto romano e dell'ampio spazio che il sempre ripetuto riferimento alla moralità e la costante aspirazione a rimanere in armonia con la morale occupano nelle discussioni e nelle decisioni degli ideatori e dei promotori del diritto romano. Ci si deve fare piacere perciò che, qui di seguito, venga illustrata perlomeno la maggior parte dei

validité d'une convention [...] Une cause licite dans l'obligation»; art. 1132: «La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée»; Diritto territoriale per il Baden paragrafi 1131 e 1133; Codice civile austriaco § 878. A ciò che, ai sensi di questo, è « non consentito » e, perciò, non può essere oggetto di un valido contratto, appartiene secondo J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, I, Leipzig, 1859³, § 58 p. 490 (cfr. di diverso avviso II³ p. 43), anche ciò che contrasta il buon costume (*contra bonos mores*). V. invece la decisione della Corte Suprema di Vienna, secondo J.A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, vol. 46 n. 89. Codice civile per il regno di Sassonia § 90, § 793; Codice civile del Regno d'Italia § 1119: «L'obbligazione senza causa o fondata sopra una causa falsa od illecita non può avere alcun effetto»; § 1122: «La causa è illecita quando è contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico». Codice svizzero delle obbligazioni: § 17, cfr. § 181. Codice civile tedesco § 138 comma 1. Si vedano anche i rinvii dei motivi alla prima bozza del Codice civile tedesco, vol. I. p. 21. Anche nel diritto privato inglese si ammette l'invalidità di molti contratti a causa della loro illiceità. Questi, in senso lato 'unlawful agreements', vengono trattati da F. POLLOCK, *Principles of Contract*, Philadelphia, 1890⁴, pp. 232-249 secondo tre categorie: 'illegal' (che violano il diritto positivo), 'immoral' (e cioè «contrary to positive morality recognized as such by law») e 'against public policy' (che violano il bene comune; in una certa misura «contro l'ordine pubblico», come recita la prima bozza del BGB §106). La seconda categoria è meno comprensiva se la si paragona con gli altri diritti moderni e con quello romano, perché a pagina 261 è scritto: «As a matter of fact sexual immortality [...] is the only or almost the only kind of immortality of which the common law takes notice as such». D'altra parte, la terza categoria comprende contratti che per noi rientrano fra i contratti contrari alla morale. Anche il diritto indiano (Indian Contract Act on Unlawful Agreements, vd. 23, in F. POLLOCK, *Principles*, cit., p. 686) conosce l'invalidità dei contratti contrari alla morale.

(19) Cfr. O. LENEL, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und das Studium des römischen Rechts*, Strassburg, 1896, pp. 9 s., 17-19 e qui più avanti pp. 51, 65, 79 s.

contenuti delle fonti, nonostante una parte [n.d.t. di tali fonti] sia soltanto in collegamento indiretto con il contratto contrario alla morale. Da questo quadro restano, peraltro, escluse a ragione le testimonianze che appartengono al diritto pubblico, e in particolare al diritto penale, e anche quelle di diritto privato necessitano ancora di un'analisi.

Quindi, visto che la morale nel diritto non costituisce il nostro tema, non dobbiamo considerare ogni volta l'efficacia della morale nell'area del diritto. Così s'impone la necessità di un successivo limite, più facile da comprendere e da approvare nel suo complesso che da rispettare nel caso specifico, nonostante lo si ricavi tramite l'osservazione dei dettagli. Si tenta infatti di limitare la riflessione qui di seguito ai casi in cui si riconosce un ascendente della morale sul diritto romano diventato vigente e si manifesta un rifiuto della contrarietà alla morale nella riduzione o disapprovazione di conseguenze giuridiche normali. Qui si tratta quindi solo dei casi nei quali la *lex lata* arriva con la morale ad una collisione, in cui, se il diritto rimanesse nel suo territorio, la morale subirebbe un danno, e perciò il diritto si oppone alla contrarietà alla morale, la combatte con questo o quell'altro mezzo: tutto ciò si può denominare come ascendente negativo della morale sul diritto. Resta invece aperta la questione dell'osservazione storica dell'origine del diritto dalla morale, ossia la dimostrazione di elementi del diritto in origine puramente morali, della ricerca di quando e in che misura postulati riconosciuti, in un primo momento, come pretese morali siano stati posti sotto la protezione del diritto, cosa che si può chiamare recezione della morale attraverso il diritto o meglio ascendente positivo della morale sul diritto ⁽²⁰⁾.

Sarebbe nello stesso tempo principalmente da mostrare in che senso certe pretese vigenti come morali e contemporaneamente

⁽²⁰⁾ Cfr. « i motori con cui il diritto si fa determinare e guidare nei suoi passaggi »: A. VON BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, cit., § 13. V. UNGER, *System des österreichischen*, I, cit., § 68 nt. 16. Diversamente W. WUNDT, *Ethik*, cit., p. 125. Secondo E. HUBER, *Deutsches Privatrecht*, in G. SCHMOLLER, *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich (Schmollers Jahrbuch)*, XX, Leipzig, 1896, p. 103: « il popolo tedesco ha ritenuto di ricomprendere le sue visioni etiche nell'ordinamento », come spiega alle pp. 115-132; ciò non costituiva un qualcosa di peculiare del popolo tedesco.

vigenti come positive, come quella della buona fede, della sincerità, dell'onestà e del mantenimento della parola data, siano state tradotte in una sanzione di diritto privato, cioè si siano elevate a pretese di diritto e, in particolare, siano state sottoposte nel diritto romano all'attenzione generale attraverso i giurisperiti. Per il diritto romano si tratterebbe qui del regno della *fides*, delle direzioni che la *fides bona* ha preso e delle sfere in cui la *bona fides* si è fatta valere; si pensi precisamente all'articolata storia dei *bonae fidei negotia* fino al riconoscimento del principio *bona fides exigit, ut quod convenit fiat* (D. 19.2.21) e inoltre alla predisposizione di formule già esistenti con la *clausola ex fide bona*, che rende doveroso per il giudice la considerazione della morale nel rapporto fra le parti e ancora al modo in cui la *bona fides* penetri nella disciplina nell'usucapione; e, ancora, si pensi alla storia dei fedecommissi, che fornisce una prova storica del rivestimento di una richiesta morale con l'obbligo giuridico, per cui ciò che, all'inizio, era rimesso soltanto alla coscienza venne sempre più equiparato al legato giuridicamente tutelato (21).

(21) V., per esempio, M. VOIGT, *Das Jus naturale*, III, cit., spec. §§ 36 e 53 dove si tratta dei negozi solenni che si muovono al di fuori del diritto, nella sfera dei *mores*, fondati sulla *fides*, in un certo momento confluenti nella sfera giuridica, inoltre i §§ 38-42, 86-90, 101, 109-115, 126-129. E.I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, Berlin, 1873, p. 162 (accoglimento del carattere di buona fede attraverso azioni già esistenti). Di altra opinione A. VON BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, cit., § 319 nt. 22 e ss., § 325 nt. 12 (la *fides* persa « nelle sue situazioni originarie che ancora non producevano obbligazioni ») e soprattutto § 225, cfr. anche § 239 nt. 12 e p. 95 in alto e per la *bona fides* nell'usucapione vol. I² p. 629. A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, Erlangen, 1876, cap. 10 'Die bona fides', in particolare pp. 619, 621, 627 s., così come vol. II, p. 290 nt. 1, mentre A. PERNICE, *Labeo*, II, cit., p. 172, che mette in primo piano la norma che determina l'atteggiamento interiore, cfr. A. BECHMANN, *Der Kauf*, I, cit., p. 671, poi pp. 642 ss. A. PERNICE, *Labeo: römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, pp. 408-416, II², cit., pp. 157-197, 163, 173. Risultati alle pp. 194-197, poi il quarto capitolo, in particolare pp. 310-312 e pp. 459-505. Relativamente ai fedecommissi può bastare I. 1.2.23: *Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat... et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. Postea...aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur et popolare erat, paulatim conversum est in adsiduam iusidictionem*. Cfr. K.L. ARNDT, *Band 46-49*, in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld ein Commentar*, Erlangen, 1869, pp. 43 s.; R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, III, cit.,

Dal successivo quadro di fonti separeremo così gli innumerevoli testi che trattano principalmente del centrale concetto romano-etico della *fides* con i suoi postulati, conseguenze e diramazioni nel diritto privato; così si suggerisce anche di fissare ancora un terzo limite — accanto al diritto privato e all'ascendente negativo della morale —, vale a dire di riflettere solo sulle fonti che menzionano espressamente la morale, e cioè qui la contrarietà alla morale, come forza che devia. Ci sono non pochi casi di una riprovazione giuridica, motivati attraverso la contrarietà alla morale diversamente operante, come per esempio il rifiuto o l'estinzione di un credito a causa del *concursum duarum causarum lucratarum*; ma là dove questa motivazione non è fornita direttamente dagli stessi Romani, può essere soltanto congetturata ⁽²²⁾. E noi vogliamo evitare queste congetture.

Quanto è contrario alla morale, la cui effettiva indicazione è un criterio attendibile e nel prosieguo determinante, nelle fonti giuridiche romane viene espresso, alternativamente e con l'attribuzione dello stesso significato, con i termini *turpe*, *contra bonos mores*,

nt. 146; A. PERNICE, *Labeo*, I, cit., p. 413; F.X. BRUCKNER, *Zur Geschichte des Fideicommisses*, München, 1893, pp. 5, 9-11, 28-41, 48 s., 51-54. Si vedano infine i doveri vigenti fra certe persone radicati nella morale popolare, che sono stati soltanto « in un secondo momento tradotti nel giuridico »: A. VON BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, cit., p. 235, II § 222, III § 455 ntt. 15-33. Sull'ascendente positivo della morale sul diritto si possono anche tenere in conto le considerazioni di Brinz, giuridicamente necessarie per l'interpretazione del contratto e per l'applicazione del diritto, per esempio in relazione a D. 35.2.102; BGB § 153. Cfr. sulle ragioni evolutive: A. VON BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, cit., § 359.

⁽²²⁾ A. VON BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, cit., § 292, p. 466, nt. 26; A. PERNICE, *Labeo*, II, cit., p. 193. Ulteriore esempio è D. 44.5.1.5: *quae onerandae libertatis causa stipulatus sum, a liberto exigere non possum*. Non è indicato un motivo; si può supporre che la morale si opponga alla limitazione di libertà che è stata generata attraverso la costante paura dell'esazione. Cfr. D. 44.5.2.2 (*ut libertus eum timeat et obtemperet ei*) e A. VON TUHR, *Der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg, 1888, pp. 12-13. In D. 44.5.2.1: *Si in alea rem vendam, ut ludam, et evicta re conveniar, exceptione summovebitur emptor*, l'esclusione della garanzia per evizione può fondarsi sulla morale disapprovazione del negozio di vendita, ma ciò non viene espressamente detto. Secondo O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Lipsia, 1883, § 278, si tratta, in entrambi i casi, di precedenti di eccezioni edittali che corrispondono a denegazioni pretorie. La motivazione morale mancante potrebbe dunque essere soltanto una di quelle degli editti stessi. V. in seguito D. 18.1.34.3.

inbonestum e loro affini (*turpiter*, *turpitude*, *malo more* etc.), così come per esempio attraverso *probum*, *improbis* e, per casi particolari, con *contra bonam fidem*, *dolus ingratus* etc., come emerge da testimonianze più tarde.

Tramite il linguaggio etico riceve una conferma notevole anche la nostra temporanea ipotesi della riprovazione giuridica di quanto è contrario alla morale. Può considerarsi ovvio che un diritto combatta in qualsiasi modo ciò che si pone direttamente in contrasto con esso stesso, vale a dire l'illegalità. Non è ugualmente così scontato, e non appare come indispensabile, che quanto è contrario alla morale venga trattato nello stesso modo e che perciò, nel linguaggio, contrarietà al diritto e alla morale siano associati alla contrarietà al buon costume⁽²³⁾, e denominazioni, che normalmente valgono solo in relazione ad un aspetto, siano utilizzate per entrambi.

Così *delictum*, *maleficium* e *flagitium* comprendono talvolta anche la sola condotta contraria alla morale⁽²⁴⁾ e vengono viceversa utilizzati termini che si occupano di descrivere violazioni dell'ordine morale per delineare violazioni dell'ordine giuridico, cioè trasgressione in senso giuridico. Così istigazione a un delitto, omicidio, corruzione, adulterio, rapimento, sono certamente illeciti nell'ordinamento giuridico romano, ma vengono attestati, anche non raramente, con espressioni di contrarietà alla morale⁽²⁵⁾. Ciò che è vietato giuridicamente, per esempio per divieti del senato o dell'imperatore, si presenta a noi come *contra bonos mores*⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, 1851, p. 383 nt. f; A. VON BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, cit., p. 122.

⁽²⁴⁾ *Cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare conditionem et in delicto pari potiore esse possessorem*: D. 12.7.5 pr. *Nec enim minus in hoc nepote is, qui de inofficioso cogniturus est, quam merita nepotis patris eius delicta perpendet*: D. 37.4.3.5; *hoc esse verum, si honestae et licitae rei societas coita sit: ceterum si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem. Generaliter enim traditur rerum inbonestarum nullam esse societatem*: D. 17.2.57. *Nec sine flagitio amittuntur: arma enim postliminio reverti negatur, quod turpiter amittantur*: D. 49.15.2.2. Cfr. anche *nec societas aut mandatum flagitiosae rei ulla vires habet*: D. 18.1.35.2 da una parte con *flagitiosae rei societas coita nullam vim habet*: D. 46.1.70 in fine, in riferimento al *furtum*, dall'altra con *rei turpis nullum mandatum est*: D. 17.1.6.3.

⁽²⁵⁾ Per esempio, *si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem; veluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut injuriam facias*: Gai. 3, 157. *Est constitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur*: D. 3.6.5

Sarebbe precipitoso trarre da questa indifferenziazione della terminologia etica la conclusione che i Romani non siano riusciti a separare i precetti giuridici da quelli morali in generale e in particolare e non li abbiano quindi distinti ⁽²⁷⁾. In quei casi che attestano il menzionato linguaggio, era indifferente che la violazione indicata venisse precisamente qualificata come giuridica o morale. Inoltre, esistono molte fonti in cui il contrasto con il diritto viene espressamente differenziato da quello con la morale e in cui essi vengono o coordinati o persino opposti l'uno all'altro. Mentre le fonti dell'ultimo tipo dimostrano che i Romani erano perfettamente consapevoli del dualismo nella moralità [n.d.t. e nel diritto], le altre fonti dimostrano, in particolare quelle che pongono sullo stesso piano la contrarietà al diritto e alla morale, che il diritto romano si mostra, in larga parte, nei confronti della contrarietà alla morale tanto sfavorevole quanto lo è nei confronti della contrarietà al diritto.

Presentano la menzionata contrapposizione quelle fonti che differenziano ciò che è vietato da ciò che è onesto o che esprimono l'illiceità giuridica in contrasto con la contrarietà alla morale o rimproverano a qualcuno che si è sì comportato in modo disonore-

pr. Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur: D. 12.5.3. Qui aedem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum mandatum suscipiat, nihil mandati iudicio consequi potest propter turpitudinem mandati: D. 17.1.22.6. Turpes stipulationes nullius esse momenti: veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat: D. 45.1.26-27. Si in ipsa turpitudine filiam de adulterio deprehendat: D. 48.5.24 pr. Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis. Utpote furtum adulterium natura turpe est: D. 50.16.42. Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat: I. 3.19.24.

⁽²⁶⁾ *Sub condicione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmit patris, ac si condicio non esset in eius potestate: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere non posse credendum est: D. 28.7.15. In D. 4.2.3.1, la vis quae adversus bonos mores fit comprende quella commessa da un magistrato per iniuriam oppure non iure licito.*

⁽²⁷⁾ Già Cicerone, de off. 3, 17, 69 distingue chiaramente: *Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est.*

vole, ma che non ha commesso alcuna appropriazione indebita ⁽²⁸⁾. Ancora più spesso ciò che è vietato giuridicamente e ciò che è riprovato moralmente si trovano combinati sì come un qualcosa di diverso, ma con la stessa valenza giuridica ⁽²⁹⁾, parlando per esempio di un guadagno conseguito attraverso un delitto o *turpiter* o di condizioni che sono in contrasto con disposizioni imperiali, leggi o buon costume, di disposizioni testamentarie *contra ius vel contra bonos mores*, di contratti *contra leges* e *contra bonos mores*, le cui conseguenze sono trattate nello stesso modo.

⁽²⁸⁾ Per esempio, *semper in coniunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit*: D. 23.2.42 pr. *Non omne quod licet honestum est*: D. 50.17.144 pr. *Recte defendi non turpem causam in proposito quam nullam fuisse, cum pecunia quae daretur in dotem converti nequiret: non enim stupri sed matrimonii gratia datam esse*: D. 12.7.5 pr. *Quod si in dando aes subiecisset, turpiter fecisse, non furem esse*: D. 13.7.36 pr. *Cum aes pignori datur, etiamsi aurum esse dicitur, turpiter fit, furtum non fit*: D. 47.2.20 pr.

⁽²⁹⁾ *Quod turpiter vel scelere quaesitum est*: D. 4.2.16.2. *Qui propter nequitiam malosque mores flagitiumve aliquod admissum*: D. 21.1.43.4. *Condicionibus contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vicem optinent scriptae vel quae contra bonos mores*: D. 28.7.14. *Quod contra ius est vel bonos mores [...] contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid*: D. 30.112.3. *Illicite vel probrose datum est*: D. 34.6.1 pr. *Quoniam adversus bonos mores et ius gentium festinasset*: D. 39.5.29.2. *Contra leges consitutionesque vel contra bonos mores*: C. 2.3.6. *Vel legibus interdictum vel alias probrosam*: C. 6.41.1.1 e I. 2.20.36 in fine *Condicionibus contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae*: Paul. Sent. 3.4^b.2. *Neque contra leges neque contra bonos mores pacisci possumus*: Consult. 4.7.7.4.

APPENDICE III:
LETTERA DI PHILIPP LOTMAR A KARL VON AMIRA DEL
9.12.1896 DA BERNA

Nota di traduzione (Iole Fagnoli)

La lettera di seguito pubblicata esplicita le convinzioni di Lotmar in tema di contratto contro la morale nel momento in cui il lavoro sta per essere concluso. Di rilievo è la sua discussione sul concetto di contrarietà alla morale sul quale Amira aveva una diversa opinione.

Emerge dallo scritto anche un profilo di carattere personale e cioè il costante timore di Lotmar di perdere il contatto con la sua madre patria. Non a caso entrambi i figli frequentarono l'università in Germania.

Caro Amira!

Voglio subito ringraziarti per la tua tanto attesa lettera, arrivata questo pomeriggio, in modo da non esitare più nel ringraziarti per l'affettuosa accoglienza che il nostro Heinz ha avuto a casa tua ⁽¹⁾. Finora Heinz aveva continuamente così tanto da raccontarmi di sua madre che non mi ha riferito dettagliatamente sulla famiglia di Amira. Dovrà perciò raccontare qualcosa di più e in ogni caso non posso affatto fare a meno del carteggio diretto con te a causa della sua corrispondenza. Quanto mi scrivi del suo aspetto non mi ha naturalmente fatto piacere. Ma la tua supposizione che io lo dissuada dal bere birra è contraria alla realtà. Mentre era qui beveva regolarmente birra ai pasti, finché il dottore non gliel'ha proibito per la comparsa ripetuta di foruncoli. Poiché questo malessere sembrava però superato in autunno e mi era sembrato molto magro, l'ho più volte ammonito a sfruttare ampiamente l'opportunità che gli si offre a Monaco di bere qualcosa di nutriente, nonostante io non sia convinto che un tale stile di vita abbia un effetto rinforzante. Se il suo aspetto malaticcio dovesse dipendere dalla mancanza di birra, non sarebbe quindi certamente responsabile il mio 'modello educativo teorico'.

Ho saputo da Heinz che lo stato di salute di tua madre per un po' di tempo ha lasciato a desiderare. Che i prossimi mesi invernali non vi siano di fastidio. I catarri, che tu solitamente rievochi, devono ben essere trattati come doni del clima di Monaco. Sulla base delle notizie che Heinz mi dà di sua madre e dalle sue stesse lettere [n.d.t. a me inviate], posso sperare di potermi riunire presto a lei. Il suo desiderio di tornare da noi non sarà frenato neanche dal maggiore conforto del suo attuale soggiorno, non appena, con lo scomparire degli ultimi resti della malattia, tornerà la sua normale vita emotiva. Quando rientrerà definitivamente a casa, avrò anche la felicità di rivedere te e la tua famiglia.

(1) Si tratta del primogenito di Lotmar, Heinrich, detto Heinz (1877-1930).

‘Quanto è contrario a morale’ è finalmente finito e di conseguenza farà il suo servizio. Per quanto riguarda la questione della dedica, siamo d’accordo sul principio, così come sul fatto che ‘questo principio non deve essere guidato alle sue estreme conseguenze’. Il fatto che io sia di questa idea lo dimostro con la mia dedica ⁽²⁾. Ho indicato un motivo per questa deviazione. Che tu abbia invece voluto allontanarti dal principio non in mio favore può avere diverse ragioni, forse quella che tu non vuoi essere dedicatario, ma dedicante oppure non il dedicatario di un romanista così oscuro! Non ho potuto fare mia la tua opinione sull’irrelevanza, per il contratto, della contrarietà alla morale nel diritto germanico e sul motivo di questa irrilevanza, a tal punto da volerla sostenere. Questo può essere compensato nella seconda edizione che per questa ragione ci vogliamo augurare! A p. 161 del ‘tuo compendio di diritto germanico’ comparivano eccezionalmente prove empiriche. «Un diritto processuale», dici tu oggi, «che presenta come prove solo fattispecie visibili e udibili (più precisamente: solo viste e sentite) non può conoscere nessuna prova della moralità di un’azione», cui si deve rispondere: 1) L’abominio del popolo è un atto visibile e udibile bollato come contrario alla morale); 2) Il fatto che nessuna prova della contrarietà alla morale dell’azione possa essere e venga fornita non è una ragione per contestare il fatto che i giudici possano lasciarsi determinare al rifiuto giuridico di un contratto dalla sua riprovazione morale (senza provare la contrarietà alla morale che anche oggi difficilmente avviene). Se tu, per esempio, durante le vacanze natalizie trovi il tempo di leggere la conferenza viennese ampliata, la tua riluttanza nei confronti della mia renitenza germanica si porrà in modo tale da poter attaccare di nuovo la mia produzione con normale imparzialità. Dal momento che non hai guardato in maniera incoraggiante neppure la forma breve, [n.d.t. il contributo] attende con impazienza il tuo giudizio, nonostante nel frattempo sia lievitato.

Ridarò presto un’occhiata a ‘La psicologia’ di Jodl. Di recente qualcuno mi ha parlato di un libro di Grosse, ‘Le forme della famiglia’. Lo conosci già?

(2) La dedica è appunto a Theodor Loewenfeld, con cui Lotmar condivideva verosimilmente le sue idee in argomento, cfr. *supra* nt. 3, Appendice I.

Posso eventualmente — cioè se hai così tanto tempo a disposizione — importunarti con un'incombenza? Si tratta del riconoscimento tedesco del diploma di maturità di Fritz per gli esami tedeschi di medicina e del servizio militare annuale. Su consiglio del legato tedesco locale (come due anni fa con Heinz, con successo), qualche settimana fa ho contattato il Ministero della cultura bavarese e ho ricevuto quindi la seguente replica: « In risposta alla domanda del 20 dello scorso mese (cioè di novembre) ai sensi dei §§ 27 e 1 del bando del Consiglio Federale del 2 giugno 1883/25 aprile 1887 in merito all'esame di medicina, Le verrà richiesto di indicare di fronte a quale commissione d'esame suo figlio intenda sostenere gli esami in medicina. Il Ministero dell'interno per gli affari ecclesiastici e scolastici risulterebbe responsabile in merito all'ulteriore elaborazione della domanda di dispensa presentata solo se prevedesse di sostenere gli esami di medicina di fronte ad una commissione d'esame presso un'università bavarese ». Firmato da Landmann in sostituzione del segretario generale Dr. Brunn.

1) I bandi del Consiglio federale non mi sono qui accessibili.

2) L'intenzione di sostenere gli esami presso un'università bavarese potrebbe ad esempio non essere espressa in maniera vincolante, nel senso che altrimenti si dovrebbe rinunciare alla libertà di scegliere un'altra università, poiché tale scelta dipende da circostanze (ad esempio dalla capacità attrattiva dei docenti) che non possono essere valutate anni prima.

3) Vogliamo fare tutto il possibile per fare riconoscere il diploma di maturità bernese con l'effetto che esso costituisca un documento riconosciuto su tutto il territorio dell'impero tedesco, che si possano sostenere gli esami e che venga svolto il servizio militare. Se per il raggiungimento di questo obiettivo, la competenza del Ministero per la cultura non fosse sufficiente, allora ci si dovrebbe forse rivolgere al Ministero dell'interno.

Il documento qui sopra copiato porta il numero 18937 ed è del 2 dicembre 1896. Potresti quindi, per esempio, chiedere al sottoscritto Dr. B. o in qualsiasi altro modo fidato e senza pressioni — questo naturalmente nel caso in cui si rimanga vincolati all'indicazione bavarese — ricercare qualcosa che mi dia informazioni sui punti 1-3, alla luce dei quali io possa decidere il modo di procedere?

Uno o due giorni in più non importa. Se vuoi occupartene, prenditi il tuo tempo. Nel frattempo ti saluto affettuosamente, anche da parte di Fritz.

Tuo devoto Lotmar
Berna, 9 dicembre 1896

4. LA LIBERTÀ DI SCELTA DELL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE. PROLUZIONE RETTORALE PRONUNCIATA IL 4 DICEMBRE 1897 (1898) ⁽¹⁾

⁽¹⁾ P. LOTMAR, *Die Freiheit der Berufswahl. Rektoratsrede gehalten am 4. Dezember 1897*, Leipzig, 1898, Duncker & Humblot, pp. 1-47.

Nota di traduzione (Luca Nogler)

Fin dal titolo, il saggio pone il problema della traduzione del termine Beruf. Il corrispondente italiano 'professione' ha assunto con il tempo la sfumatura più specifica di 'attività intellettuale-liberale', mentre Lotmar vi ricomprendeva tutti i tipi di mestiere. Per questo, su consiglio, di Tiziana Fattini ho deciso di tradurre Beruf con attività professionale. Per il resto si rimanda il lettore alla lettura della nota di traduzione a 'Il contratto di prestazione di fare secondo il diritto privato dell'impero tedesco' (§ 6).

Si segnala, inoltre, al lettore che in Philipp Lotmar, Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie, cit., a cura di Joachim Rückert, pp. 680-682 sono riportate venti annotazioni apposte con scrittura a mano da Lotmar al testo stampato della sua prolusione.

Stimatissima assemblea!

Nel giorno che viene festeggiato come quello della fondazione della nostra Università, non dovrebbe apparire inopportuno soffermarsi su un profilo della formazione superiore che differenzia quest'ultima da qualsiasi altro insegnamento impartito dagli istituti scolastici pubblici.

A distinguere le nostre università dalle scuole medie superiori e dalle scuole di primo grado, non sono solo i contenuti ed i metodi d'insegnamento, [n.d.t. diversità] che già sono immediatamente intuibili. Una differenza di non minor spessore deriva dal fatto che gli studenti universitari hanno già compiuto, almeno a grandi linee, la scelta dell'attività professionale e si preparano per lo svolgimento della professione prescelta, mentre gli studenti delle scuole medie superiori, così come delle scuole primarie, [n.d.t. in virtù dell'insegnamento che viene loro impartito] non vengono posti nella condizione di esercitare una professione già scelta, ma piuttosto di compiere quest'ultima. Mentre perciò le scolaresche delle scuole medie superiori e primarie sono suddivise, anzitutto, in ragione della loro età, la comunità studentesca universitaria viene primariamente ripartita, in modo più o meno netto, in connessione ai vari tipi di attività professionali.

Con l'accesso all'università si compie più o meno chiaramente una scelta dell'attività professionale. In considerazione di questa particolarità non andremo fuori tema se nella prossima ora affronteremo la questione di quali siano i fattori che influenzano la scelta dell'attività professionale, del senso in cui si può parlare di scelta dell'attività professionale e della misura in cui tale libertà può dirsi realmente sussistente. Questi chiarimenti possono inoltre aiutarci a riflettere sulla posizione che la nostra attività professionale occupa nel contesto complessivo del lavoro prestato dal popolo.

Di scelta dell'attività professionale — sul cui significato concettuale dobbiamo preliminarmente chiarirci — si può parlare solo in presenza di mestieri, dove cioè la società sia strutturata in modo tale

che le attività lavorative, che sono necessarie per il mantenimento e l'incentivazione del singolo, dei gruppi o dell'intero corpo sociale, siano suddivise tra i componenti della società. Se inquadrriamo tale moltitudine differenziata di lavori manuali e intellettuali come lavoro della società oppure del popolo, allora l'istituzione di mestieri costituisce una ripartizione di questo lavoro ⁽²⁾. Questo stato di fatto non fu originariamente la conseguenza di un intervento mirato, allo stesso modo in cui si [n.d.t. si può affermare che] vengono ripartiti tra loro i ruoli nella rappresentazione di un dramma teatrale. La distinzione originaria si collega piuttosto alle differenze di età, di sesso e delle condizioni di sopravvivenza dettate dalla natura. La formazione necessaria per svolgere mestieri più raffinati, come quelli del cantante, dei sacerdoti, dei medici e dei fabbri, che sono il risultato di consapevoli evoluzioni modificative di adeguamento alle esigenze pratiche, risale [n.d.t. invece] ad uno stadio successivo dello sviluppo.

La storia insegna ulteriormente che la suddivisione del lavoro nella società non deve necessariamente restare invariata perché, da un lato, profili che sono stati suddivisi possono essere nuovamente riuniti tra loro ⁽³⁾ e, dall'altro lato, in ambiti unitari può affermarsi un processo di specializzazione e, quindi, l'ambito stesso può scomporsi in più attività professionali. Al concetto di attività professionale risulta piuttosto essenziale che non tutte le attività necessarie per vivere ed abbellire la vita stessa debbano essere interamente svolte da ognuno di noi, che il singolo si trovi nella condizione di poter utilizzare la sua forza lavoro prevalentemente in una direzione, sicché i suoi bisogni che in tal modo resterebbero insoddisfatti

⁽²⁾ Per l'origine e la formazione delle professioni, si veda per esempio K. MARX, *Das Kapital*, I, Hamburg, 1883³, pp. 352-362. K. BÜCHER, *Entstehung der Volkswirtschaft*, Tübingen, 1898², pp. 283-288 e, d'altra parte, pp. 294-297. W. WUNDT, *Ethik*, cit., pp. 158-161. E. MEYER, *Die wirtschaftliche Entwicklung des Altertums. Ein Vortrag*, Jena, 1895, pp. 16 s. Secondo K. BÜCHER, *Arbeit und Rhythmus*, Leipzig, 1896, pp. 100, 113 s. neppure il lavoro economico dovrebbe essere considerato in modo distinto, bensì nel contesto dell'arte e dello sport.

⁽³⁾ Ad esempio, l'imprenditore edile include il lavoro di architetti, muratori e carpentieri. Cfr. G. SIMMEL, *Über soziale Differenzierung. Sociologische und psychologische Untersuchungen*, Leipzig, 1890, pp. 108 s.

devono essere coperti dal lavoro professionale altrui ⁽⁴⁾. Nella civiltà incentrata sulla produzione delle merci questa suddivisione di mestieri si è spinta fino al punto che migliaia di persone non soddisfino con la loro attività alcun bisogno personale — si pensi, ad esempio, al tagliatore di diamanti oppure al fabbricatore di guanti glacé — e siano perciò costretti a rivolgersi alle attività professionali altrui per soddisfare tutti i loro bisogni personali.

Il mestiere rappresenta in tal senso l'ambito nel quale il singolo dispiega in modo preponderante la propria forza lavorativa. Essa costituisce, per così dire, la residenza della forza lavorativa, lo spazio in cui essa si trova a casa. L'esercizio di un mestiere costituisce attività umana quando in relazione ad essa tutte le altre attività diventano secondarie, rappresentano delle sciocchezze, delle attività dilettantistiche oppure dei momenti di riposo, anche di passione, ma giammai una professione ⁽⁵⁾.

Il mestiere come campo lavorativo principale, si differenzia non soltanto dal ceto ⁽⁶⁾, dal rango, dalla classe sociale e dalla vocazione interiore oppure dalla brama per un'intrapresa, come per esempio Socrate che s'ispirò alla volontà divina oppure la vergine di Orléans quando era ancora asservita a svolgere il mestiere di pastorella ⁽⁷⁾.

Esso si differenzia anche dall'attività professionale alla quale si allude allorché si parla di mestieri storici o naturalistici come compiti che devono essere assolti da singoli gruppi o dagli Stati ⁽⁸⁾. Non costituisce in tal senso attività professionale ciò che altri si aspettano, desiderano o temono che qualcuno ponga in essere — in

⁽⁴⁾ Cfr. H. SPENCER, *Einleitung in das Studium der Sociologie*, II, Leipzig, 1875, pp. 165 s.

⁽⁵⁾ In questa definizione c'è spazio per la suddivisione del lavoro in principale e secondario.

⁽⁶⁾ Cfr. W.H. RIEHL, *Die bürgerliche Gesellschaft*, cit., pp. 292 ss., 257-258.

⁽⁷⁾ R. VON JHERING, *Der Zweck*, cit., p. 140 differenzia il lavoro in senso sociale, o oggettivo, dal lavoro in senso individuale, o soggettivo.

⁽⁸⁾ Per esempio, W.H. RIEHL, *Die bürgerliche Gesellschaft*, cit., pp. 154, 166-168, 195 parla di predestinazioni politiche e sociali della nobiltà, dell'aristocrazia.

virtù della sua natura, della sua provenienza e dei suoi strumenti di potere — e designano come suo compito naturale o storico, la sua missione o vocazione o ciò a cui quel qualcuno è predestinato ⁽⁹⁾.

Invero, una persona non esprime sempre la sua vocazione con l'esercizio della sua attività professionale intesa nel senso che abbiamo fin qui precisato e taluno svolge mestieri per i quali non è assolutamente portato.

Specialmente in riferimento alle donne, si sente spesso parlare di un mestiere 'naturale' delle stesse, pensando alle funzioni che le stesse svolgono come donne di casa, domestiche oppure madri. Certamente per molte donne queste prestazioni esprimono indubbiamente una vera e propria vocazione di vita. Dalla frequenza con cui le donne esercitano tali attività — su ciò richiamò l'attenzione già Platone — oppure dal fatto che questo mestiere non possa essere eseguito con ugual profitto dagli uomini, non si può però in alcun modo inferire che tutti gli altri mestieri siano inadatti o in contrasto con la natura femminile. Risulta, inoltre, denso di implicazioni anche il fatto che questa professione 'naturale' delle donne si distingua da altre per il fatto che essa, secondo il costume europeo, presuppone di regola il matrimonio, così che la donna può scegliere ed esercitare la sua 'professione naturale' soltanto dopo che è diventata moglie; e lei può, almeno secondo la morale dominante, far ricorso solo a mezzi di efficacia limitata per estorcere e per influenzare tale scelta, che spetta all'uomo ⁽¹⁰⁾.

Per attingere al concetto puro di attività professionale è necessario inoltre distinguere da quelli di settore di guadagno o di fonte

⁽⁹⁾ Per esempio, « una tendenza accentuata a voler rivestire un certo ceto non equivale a possederlo ed è significativo che abbia perseverato nell'errore per molti anni ancora prima di aver riconosciuto quale fosse la sua reale vocazione professionale ». H. GOLDAMMER, *Friedrich Fröbel, der Begründer der Kindergarten-Erziehung. Sein Leben und Wirken*, Berlin, 1880, p. 5. « La mia vocazione di umorista la doveti qui anzitutto accantonare, non esercito questo mestiere perché al momento esso non viene considerato come tale e ci si accontenta di fare l'umorista in cambio della semplice fama. Esistono però poeti che non lo fanno per professione ma solo per fama — sicché mi ritiro dal commercio ». Il guardiano notturno di Bonaventura (Schelling) nella biblioteca tedesca Curiosa (1877) II e III pp. 9 s.

⁽¹⁰⁾ F. HOLTZENDORFF, *Die Verbesserungen in der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Stellung der Frauen*, Berlin, 1867, p. 42 parla « di scelta passiva del matrimonio ».

di reddito. Certamente spesso [n.d.t. questi due concetti] coincidono. Che il mestiere abbia ed assolva effettivamente al compito di nutrire l'uomo che lo esercita e, attraverso costui, altri [n.d.t. soggetti], se non addirittura di arricchirlo, rappresenta una circostanza che pesa quando si sceglie l'attività professionale stessa e che risulta determinante anche per la redazione delle statistiche sulle professioni ⁽¹¹⁾. Basti, da un lato, rilevare che esistono mestieri che non garantiscono un reddito né sono finalizzati a farlo come ad es. i mestieri casalinghi o di crescita dei figli che professionalmente vengono svolti dalle stesse mogli ⁽¹²⁾. E, d'altra parte, ci sono fonti costanti di reddito che non costituiscono in alcun modo un mestiere, come, per esempio, l'affittacamere oppure la percezione di una pensione. Non appartiene perciò all'essenza di un'attività professionale il fatto che la stessa rappresenti una fonte di guadagno. Questa coincidenza è in molti casi fruttuosa perché sprona l'impegno, ma tutto sommato si deve presumere che, per il singolo così come per l'umanità intera, sarebbe meglio se l'attività professionale non venisse scelta ed esercitata per brama di guadagno. Perché « ogni mestiere raggiunge il risultato che gli è proprio in maniera più genuina e sicura quando lo sguardo del lavoratore si concentra fermamente, in modo imperturbato da altri obiettivi, solo sul risultato specifico [n.d.t. che vi è professionalmente connesso] » ⁽¹³⁾. Si parla con disapprovazione di arte che non dà da vivere e ciò nonostante non si ritiene desiderabile che l'arte stessa evolva secondo le esigenze dettate dalle leggi della sopravvivenza.

Al concetto di attività professionale si connettono quelli ulte-

⁽¹¹⁾ « La statistica professionale. cioè la comprova sulla ripartizione dell'intera popolazione sulla base dei singoli mestieri che garantiscono le fonti di sostentamento »: G. VON MAYR, *Die Gesetzmässigkeit im Gesellschaftsleben*, München, 1877, p. 184. Perciò, non vengono conteggiati in questa statistica come detentori di un mestiere coloro che hanno appena iniziato la preparazione per l'esercizio di un mestiere, per il quale quindi l'attività professionale non costituisce ancora una fonte di sostentamento.

⁽¹²⁾ Si pensi, inoltre, alla professione di deputato Reichstag tedesco: Costituzione dell'impero tedesco, art. 30 (« nell'esercizio del suo mestiere ») e art. 32 (« Nessuna retribuzione o indennità »).

⁽¹³⁾ T. LOEWENFELD, *Inästimmbarkeit und Honorierung der artes liberales nach röm. Recht*, in *Festgabe für J.W. Planck*, München, 1887, p. 467. Diverso è il discorso in relazione « all'attitudine all'equilibrio dei costumi »: W. WUNDT, *Ethik*, cit., p. 599.

riori della varietà di attività professionali, della molteplicità delle stesse nonché della possibilità della scelta dell'attività professionale. Quest'ultima deve talvolta precedere di molto l'esercizio della professione stessa. L'esercizio di molte attività professionali presuppone l'apprendimento di una certa abilità. Già l'intraprendere una certa formazione equivale più o meno allo scegliere un mestiere nella misura in cui tale passo orienti l'apprendista o lo studente verso un determinato mestiere o anche solo lo tenga lontano da altri. Per queste ragioni la libertà di scegliere l'attività professionale include anche quella di intraprendere i passi necessari per poterla esercitare.

Dato che l'interesse per la libertà di scelta dell'attività professionale risulta essere intimamente legato al significato che essa assume, dobbiamo ora addentrarci in quest'ultimo. Va, anzitutto, considerato che l'impadronirsi dell'una o dell'altra attività professionale può per il singolo assumere importanza da molteplici punti di vista. Nelle società borghesi i vari tipi di attività professionali sono già di per sé stessi, e cioè indipendentemente dal grado di talento personale, più o meno profittevoli e garantiscono perciò in diversa misura la possibilità di godersi la vita. Giacché la remuneratività economica di un'attività professionale dipende dai frutti che essa è in grado di dare, la stessa dipende anche dal fatto che sussista lo spazio per esercitarla e cioè che i suoi servizi vengano richiesti sul mercato.

La probabilità che, per mancanza di quest'ultima, sopravvenga un'involontaria interruzione dell'esecuzione della stessa, è maggiore per un mestiere rispetto ad un altro. Il lavoratore della filanda oppure dell'alto forno è perciò posto economicamente in una posizione peggiore rispetto per esempio al funzionario statale stipendiato, poiché i primi possono dover interrompere il loro mestiere per l'insorgere di una crisi della fabbrica oppure di una flessione del mercato.

La remuneratività di un mestiere dipende inoltre dal tempo di vita delle forze richieste per l'esercizio della relativa attività lavorativa. Alcuni mestieri possono essere svolti fino a tarda età. Al contrario una grande parte dei lavoratori manuali « già a metà dei

venti anni raggiunge il massimo salario per loro possibile; più invecchia il lavoratore, più diminuisce la sua capacità di prestazione, più basso è il suo guadagno e più insicura la sua esistenza » (14).

Il fatto che qualcuno intraprenda questo piuttosto che quell'altro mestiere, ossia quale che sia la sua scelta d'attività professionale, assume inoltre un ruolo decisivo per il tipo di matrimonio, la stima, lo status sociale che lo caratterizzeranno ed in tal modo, in un certo senso, anche per la sua felicità. È sufficientemente risaputo — e non necessita quindi di spiegazioni (15) — che certi tipi di mestieri godono, in un modo che muta a seconda del paese e dell'epoca, di una considerazione sociale più alta di altri e garantiscono a colui che li ha scelti una maggiore autorevolezza e stima, anche quando la sua capacità lavorativa oppure onorabilità non siano neppure comparabili con quelle proprie di chi svolge mestieri più umili. La professione può quindi dipendere solo dall'abito di una persona e se, di regola, è l'uomo che fa l'impiego non di rado succede che è l'impiego che fa l'uomo.

Ancora più decisiva della distinzione incentrata sulla remuneratività e sulla rispettabilità è quella basata sui tipi in sé di lavori che richiedono di essere svolti. Non c'è bisogno di ulteriori argomentazioni per corroborare [n.d.t. il giudizio] che assumono rilievo le circostanze esteriori e l'assiduità che i vari mestieri richiedono all'una o all'altra parte della forza lavoro.

Ci si può agevolmente immaginare, quanta importanza assuma il quando, il dove ed il come deve essere svolto un mestiere, se esso viene svolto con tanto o poco impegno, di giorno o di notte, in un

(14) I. ZADEK, *Die Arbeiterversicherung. Eine social-hygienische Kritik*, Jena, 1895, p. 4; E. STEINBACH, *Erwerb und Beruf: Vortrag gehalten in der Wiener juristischen Gesellschaft am 11. März 1896*, Manz, 1896, p. 38: « in sé non ci sarebbe nulla di terribile nel progredire di una vita lavorativa se non fosse per le conseguenze, derivanti dall'applicazione del rapporto fra offerta e domanda nell'abituale organizzazione dell'occupazione, della diminuzione e della definitiva cessazione del guadagno che accompagnano la diminuzione e il venir meno della forza lavoro ». Per il riscontro di quella [n.d.t. organizzazione dell'occupazione] vigente nell'impero tedesco, v. I. ZADEK, *Die Arbeiterversicherung*, cit., pp. 45-50.

(15) Una spiegazione, ad esempio, in L. FELIX, *Entwicklungsgeschichte des Eigentums unter kulturgeschichtlichem und wirtschaftlichem Gesichtspunkt*, II, Leipzig, 1886, pp. 218-225.

turno lungo o corto, all'aperto, nel bosco o nei campi, al mare oppure sottoterra, in locali ben arieggiati e riscaldati, in uffici luminosi, teatri, scuole e studi, oppure su impalcature vacillanti e tetti scoscesi, in laboratori polverosi, in umide caverne e cave, di fronte a piatti roventi e macchine costantemente in funzione o assordanti, che colpiscono gli occhi e i polmoni con residui di materia, schegge, scintille e granelli di polvere ⁽¹⁶⁾.

Queste, e altre consimili particolarità del lavoro influenzano soprattutto la radice più importante della felicità: la salute. Il fatto che esistano malattie professionali ed una 'patologia industriale' è risaputo anche al di fuori della cerchia degli addetti ai lavori.

I gas e le esalazioni velenose, il frequente mutamento di temperatura, l'umidità e la posizione innaturale del corpo, che ostacola la respirazione, la digestione e la circolazione del sangue, sono cause di disturbi acuti o di malattie croniche e annientano le forze. A tali conseguenze tipiche dell'attività professionale si sommano poi gli infortuni per lo più casuali, ossia quelli che mutilano il corpo, del cui spaventoso numero riferiscono, da quando esistono, in maniera affidabile i resoconti statistici dei rapporti ispettivi in fabbrica e delle assicurazioni contro gli infortuni ⁽¹⁷⁾. Subire in conseguenza dell'esecuzione del lavoro una setticemia, una ferita, perdere gli arti oppure cadere vittima del lavoro, può accadere in alcuni ma non in tutti i mestieri. Possono dipendere dal tipo di attività lavorativa non soltanto disturbi fisici ma anche non meno gravi disturbi psichici. Il singolo può deprimersi e penare, non meno duramente di quel che avviene in mancanza di reddito, di considerazione sociale oppure

⁽¹⁶⁾ Cfr. per esempio K. MARX, *Das Kapital*, I, cit., pp. 435-437. F. THURNEYSSEN, *Das Münchener Schreinergerwebe: eine wirtschaftliche und soziale Studie*, Stuttgart, 1897, p. 150.

⁽¹⁷⁾ Nell'anno 1895 in Germania 75.527 lavoratori si infortunarono così gravemente nell'esercizio della professione che dovette essere riconosciuta loro una pensione di invalidità. Nello stesso anno persero la vita per incidenti sul lavoro 6448 lavoratori e 41052 divennero invalidi permanenti per le stesse cause. In particolare, per l'edilizia si riporta: « Circa un milione di lavoratori edili nell'intera Germania nello spazio di dieci anni subirono non meno di 210.000 lesioni, delle quali fino a circa 50.000, quindi un quarto, erano lesioni gravi »: *Missstände im Baugewerbe. Eine Arbeiterdarstellung herausgegeben von der Generalkommission der Gewerkschaften Deutschlands*, Hamburg, 1897, p. 60.

per lo sforzo e il pericolo del lavoro, in ragione dello svolgimento di un'attività professionale che è in contrasto con la sua natura. Un'errata scelta dell'attività professionale, se risulta poi impossibile cambiarla, comporta in molti casi una vita sbagliata. Giacché un mestiere, il quale non consente l'utilizzo delle principali attitudini e inclinazioni, oppure che richiede di agire nella direzione opposta, che per esempio impedisce d'interagire come si vuole con gli altri oppure di sostenere la propria opinione oppure ci ponga in stato di dipendenza al posto di assecondare il nostro bisogno d'indipendenza, un mestiere siffatto può costituire una fonte inesauribile di scontento. È difficile dire se questo tormento sia molto diffuso fra i benestanti. Chi però dedica la sua attenzione, anche solo di sfuggita, alla condizione del proletariato manifatturiero si accorgerà che qui questo tormento trova un terreno fertile. « Se », afferma uno dei primi narratori di questo settore, « l'attività produttiva volontaria è il maggior piacere che conosciamo, il lavoro forzato rappresenta il tormento più duro e degradante. Niente è più terribile di dover fare tutti i giorni dalla mattina alla sera qualcosa che ci disgusta. E tanto maggiore è la sensibilità umana che prova l'operaio tanto più egli deve odiare il suo lavoro perché egli prova per se stesso la costrizione e l'inutilità che risiedono in essa » (18).

Il tipo di lavoro differenzia le attività professionali non soltanto in ragione della loro penosità, pericolosità, scomodità e ciò che viene percepito dagli interessati, ma decide anche la direzione in cui l'individuo si sviluppa, senza che costui debba essere necessariamente consapevole della unilateralità, che lo affligge. In tanto in quanto il lavoro è suddiviso all'interno della società in attività professionali che perdurano per tutta una vita, lo sviluppo armonico rappresenta una rara eccezione. Il mestiere che favorisce il ricorso soltanto ad alcune doti può contribuire ad aumentarle perché questo è strumen-

(18) F. ENGELS, *Die Lage der arbeitenden Klasse in England*, Stuttgart, 1892², pp. 121 s., 179. Questi rinvii si riferiscono al lavoro in fabbrica. Anche su questo punto esistono varie graduazioni; si veda, per esempio, P. GÖHRE, *Drei Monaten Fabrikarbeiter und Handwerksbursche: Eine praktische Studie*, Leipzig, 1891, p. 45. Secondo K. BÜCHER, *Arbeit und Rhythmus*, cit., p. 106, « proprio l'uniformità del lavoro genererebbe il più alto benessere per l'uomo fintantoché egli autodetermina il tempo dei suoi movimenti corporei e può smettere quando vuole ». Entrambe queste possibilità sono a lui tolte dai macchinari, v. pp. 113, 115.

tale alla qualità ed alla stessa dimensione delle relative prestazioni, ma ciò avviene a discapito di bisogni ed aspettative pari-ordinate che rimangono insoddisfatte o trascurate. Dal tipo di scelta dell'attività professionale dipende l'insorgenza o meno delle atrofizzazioni della muscolatura oppure dell'apparato sensitivo oppure dell'organo pensante.

Questo deperimento non può essere più illustrato in modo più efficace di quanto sia riuscito a fare Adam Smith in riferimento al lavoratore manuale ⁽¹⁹⁾.

Si è, in genere, dell'opinione che in conseguenza della parità sociale e giuridica che connota chi svolge il lavoro intellettuale a livello universitario ⁽²⁰⁾, nulla di ciò che ho appena descritto possa accadere in quest'ultimo ambito e che in questo caso la scelta dell'attività professionale determini la provincia del sapere di cui la persona farà conoscenza, lasciando però intatto tutto il resto [n.d.t. della personalità del lavoratore]. Sul punto posso come giurista permettermi di ricordare l'osservazione di un filosofo, che era di casa in più di una disciplina. « Tutte le scienze astratte », disse Ludwig Feuerbach « ammutoliscono l'uomo; la scienza naturale è l'unica che lo restituisce *in integrum*, che si serve interamente dell'uomo, di tutte le sue forze e conoscenze » ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ A. SMITH, *Wealth of Nations*, III, London 1783, pp. 182 s.). La spaventosa descrizione si chiude comunque con le parole: « Ma in ogni società avanzata e civilizzata questa è la situazione nella quale la povertà lavorante, ossia la maggior parte delle persone, deve necessariamente ricadere, a meno che il governo non si impegni a prevenire il tutto ». Nell'edizione (II, p. 365) curata da Rogers si accenna a nuovi correttivi. K. MARX, *Das Kapital*, I, cit., p. 356: come essa (la manifattura) « s'impadronisce, oltre che della sfera economica, di ogni altra sfera della società ponendo dappertutto le basi di quel perfezionamento delle specializzazioni e di un frazionamento dell'uomo che fece prorompere a suo tempo già A. Ferguson il maestro di A. Smith, nell'esclamazione: « Noi facciamo una nazione di iloti, e non ci sono uomini liberi fra di noi »; p. 366: « un certo rattrappimento intellettuale e fisico è inseparabile perfino dalla divisione dell'insieme della società in generale » [n.d.t. la traduzione è ripresa da K. MARX, *Das Kapital*, I, cit., traduzione di D. CANTIMORI, IX, Roma, 1980, pp. 397 e 406]. V. anche F. ENGELS, *Herrn Eugen Dührings*, cit., p. 243.

⁽²⁰⁾ Del suo ordine gerarchico interno parla a suo modo I. KANT, *Der Streit der Fakultäten*, pp. 36, 43.

⁽²¹⁾ O. WIEGAND, *Ludwig Feuerbach's sämtliche Werke*, II, Leipzig, 1846, p. 403. Tuttavia, dipenderà anche dal contenuto e dal tipo di attività. Si veda inoltre L. KNAPP,

La scelta dell'attività professionale resta molto importante, e la relativa libertà è degna di venire rivendicata, anche quando da essa dipendesse il solo destino del singolo e la società se ne disinteressasse. Se quest'ultima [n.d.t. società] necessita, invece, per la sua sussistenza, e il suo progresso, di una certa quantità costante di specifiche prestazioni, allora deve sperare che queste ultime non cessino e che neppure, di conseguenza, manchino coloro le eseguono. Ugualmente deve essere di suo interesse che non vengano messe a disposizione della società stessa più forze di quelle che le sono necessarie.

Può accadere che, per rendere possibile la selezione, una specifica attività professionale debba essere intrapresa da un numero maggiore di persone, rispetto a quello che sarebbe necessario per la copertura del fabbisogno, ma si tratta di un espediente al quale non consegue sempre l'effetto di migliorare la qualità complessiva. L'esito preferibile coincide con l'assenza di sovraoccupazione professionale. Secondo il censimento della Confederazione del 1° dicembre 1888, 397 delle 1000 persone appartenenti ad un noto ramo professionale di raffinazione dei prodotti naturali e lavorati dovevano essere grosso modo da ascrivere all'industria, mentre 79 di essi ricadevano nel commercio; nel censimento tedesco dell'industria e del commercio del 14 giugno 1895 sono state ascritte alla popolazione attiva (unitamente a coloro che sono in una situazione di semi-servitù o in stato affine) nell'industria mineraria, metallurgica, metalmeccanica ed edilizia 20 e 1/4 di milioni di persone, mentre nel commercio e nel trasporto la cifra arriva vicino ai 6 milioni. Un ribaltamento — non impossibile — di questi rapporti significherebbe un duplice pregiudizio dell'interesse quantitativo, che la società ha alla scelta dell'attività professionale.

L'interesse della società non si limita però al numero dei lavoratori, si estende anche al tipo di professionalità che viene loro richiesta. Se la società prende sul serio il benessere che la dovrebbe contraddistinguere, essa deve sperare che le varie attività professio-

System, cit., p. 240: « vero è che il riconoscere materialmente quasi sempre l'inclinazione al pensiero giuridico e l'assimilazione del pensiero giuridico esclude la capacità di penetrarlo materialmente ». In generale, ancora G. SIMMEL, *Über soziale Differenzierung*, cit., p. 128.

nali siano intraprese dalle persone più idonee allo scopo e che ogni consociato svolga il mestiere che gli è più confacente. Se, al contrario, una persona che è inadatta per svolgere un certo mestiere, ma che sarebbe idonea a svolgerne un altro, sceglie il primo, la società subisce un doppio pregiudizio perché, da una parte, beneficia in misura minore di quanto pure sarebbe possibile dell'attività professionale e, dall'altra parte, resta inutilizzata una forza [n.d.t. lavoro] che viene pertanto sprecata. Nel nostro sentire comune contemporaneo l'interesse qualitativo testé evocato viene preso in considerazione solo eccezionalmente. L'abilità fisica viene generalmente verificata prima dell'assunzione del mestiere del soldato, talvolta tra giovani in occasione della concessione dell'autorizzazione all'esercizio del lavoro di minatore oppure di fornaio. Nelle restanti ipotesi, lo stato moderno non è solito preoccuparsi dell'attitudine fisica al lavoro, normalmente lascia al singolo la decisione se egli possieda o no le forze fisiche necessarie, per esempio dei polmoni resistenti, per l'esercizio del mestiere prescelto. Al contrario, abilità tecnica, esperienza scientifica, affidabilità morale oppure sufficiente capacità economica sottostanno, rispetto a un'altra serie di attività professionali, a previe verifiche statali.

In considerazione dell'enorme significato, fino a qui evocato, che riveste la scelta dell'attività professionale, l'importanza della garanzia della libertà di scelta dell'attività professionale non necessita di essere né argomentata, né tanto meno dimostrata. È intuitivo che tale scelta abbia una grande incidenza sulla distribuzione delle forze professionali e che l'interesse che, sia il singolo che il popolo, ripongono in tale scelta dell'attività, dipendono dalla misura e dal fatto se effettivamente sussista la libertà di scelta dell'attività professionale.

Nel lessico contemporaneo esistono raramente parole dal significato più comprensivo ed indeterminato di 'libertà'. Essa esprime, infatti, un significato essenzialmente negativo e cioè all'assenza di catene oppure di ostacoli (22). Di che tipo di catene e ostacoli si tratti può essere espresso solo in relazione al singolo ambito concreto in cui si parla di libertà oppure diventa chiaro se si guarda al relativo

(22) Meno diretta, ma più precisa è la definizione di L. KNAPP, *System*, cit., p. 198: « Dove la caratteristica dell'essere libero da qualsiasi cosa viene ascrivita ad una cosa

contesto. Nessuno che parla della libertà di scelta dell'attività professionale, sottintende una libertà di volere di tipo mistico, ossia nessuno che la sostiene vuole con ciò contestare che dietro alla scelta di una specifica attività professionale vi sia lo stesso grado costrittività che caratterizza qualsiasi altra scelta, ognuno è convinto che la scelta dell'attività professionale rappresenti un'evenienza impregiudicata allo stesso modo in cui lo è la scelta di un appartamento, di un vestito o di una destinazione di viaggio. Ma con [n.d.t. l'espressione] 'libertà di scelta dell'attività professionale' non si rimanda neppure all'assenza di ostacoli naturali, ossia di ostacoli che risiedono nella natura di chi deve operare la scelta. Alcuni mestieri possono essere svolti e quindi per prima cosa intrapresi soltanto da coloro che sono muniti di determinate doti fisiche e spirituali e altri presuppongono una predisposizione naturale almeno di medie proporzioni.

Non so se corrisponda al vero, come pure viene sostenuto ⁽²³⁾, che l'attitudine per le abilità meccaniche è molto più diffusa rispetto a quella [n.d.t. necessaria] per i lavori di tipo intellettuale e se Adam Smith abbia o no ragione quando afferma ⁽²⁴⁾ che è indubbio che un uomo giovane, che si affida ad un calzolaio per apprendere, imparerà a fare un paio di scarpe mentre la probabilità si riducono di un ventesimo che lo stesso giovane possa trarre dallo studio della giurisprudenza i mezzi per vivere della sua attività professionale. In ogni caso anche il lavoro manuale più primitivo e semplice abbisogna di organi complicati e se passiamo in rassegna l'intera serie di attività professionali, ci imbattiamo in svariati strumenti naturali di lavoro che devono essere disponibili per esercitarle. Si può quindi concludere che ove essi manchino completamente oppure non siano disponibili nella misura necessaria, si rimpicciolisca la cerchia delle attività professionali che possono essere scelte.

Si può convenire che a qualcuno per insufficiente predisposizione sia impedito intraprendere l'attività professionale del musicista

oppure ad una situazione, è con ciò sempre intesa la situazione che una serie causale si svolga separata, quindi indipendentemente dall'altra ». Sul reale utilizzo del concetto di libertà e su come esprimerlo v. L. KNAPP, *System*, cit., pp. 196-202.

⁽²³⁾ L. FELIX, *Entwicklungsgeschichte des Eigentums*, I, cit., p. 113, cfr. pp. 106 ss.

⁽²⁴⁾ A. SMITH, *Wealth of Nations*, I, London 1793, p. 161.

oppure del carpentiere, dell'attore oppure del macchinista, che così la sua scelta dell'attività professionale sia limitata — e quindi si converrà qui di considerare la sua libertà come ridotta. I limiti alla capacità di svolgere la prestazione non sono limiti della libertà. Un limite siffatto [n.d.t. della libertà stessa] sussiste solo quando esso è localizzato al di fuori di colui la cui libertà di scelta è messa in discussione. La nostra libertà di scelta dell'attività professionale è parte della libertà politica e sociale, volendo con ciò esprimere che la mancanza di presupposti naturali di lavoro, come forza, abilità, buona salute, profondità di pensiero e talento, perché questi presupposti sono sempre indispensabili, non può essere considerata come un ostacolo a quella libertà. I limiti alla libertà di scelta dell'attività professionale, essendo la stessa un fenomeno politico o sociale, possono essere solo di natura politica e sociale e, quindi, essi non sono fissati una volta per tutte.

Anche la decisione in merito alla scelta dell'attività professionale, che secondo il diritto privato spetta ai genitori oppure a loro rappresentanti, non ha nulla a che vedere con la nostra libertà. La scelta dell'attività professionale viene nella maggior parte dei casi compiuta in un periodo in cui il diretto interessato non è ancora autonomo; per questo motivo si attribuisce o impone ai suoi genitori, tutori minorili o curatori di compiere la scelta per conto suo. Il fatto che il diritto privato lo privi o gli neghi la libertà di scegliere l'attività professionale non rappresenta una limitazione della stessa. Perché con 'libertà di scelta dell'attività professionale' s'intende la libertà di colui che prende la decisione, indipendentemente dal fatto che colui che compie la scelta deve poi svolgere egli stesso la professione oppure soltanto decidere per un altro. Poiché quest' 'altro' può percepire tale scelta presa in suo nome talvolta anche come una limitazione della sua libertà — fu il caso del diciassettenne Heinrich Zschokke come emerge dall'eccellente illustrazione della sua vita per mano di Ludwig Hirzel ⁽²⁵⁾ — non dobbiamo essere indotti ad intravedere in questa condotta qualcosa che attenga alla comune libertà di scelta dell'attività professionale.

Quando si parla di libertà in relazione alla scelta dell'attività

⁽²⁵⁾ Schweizerische Rundschau 1894 Juliheft.

professionale si tende immediatamente a pensare a vincoli di natura politica o giuridica che pregiudichino la libertà stessa. Questo tipo di restrizione può assumere diversi tipi di dimensione.

Può per prima cosa accadere che lo stato prescriva ai singoli componenti della collettività quale sia l'attività professionale che ognuno di essi deve intraprendere e svolgere. Questa costrizione positiva esclude la possibilità di scelta nel senso che non si può intraprendere un'attività professionale diversa da quella prescritta. Una tale situazione è stata più volte immaginata dai filosofi sociali, in particolare da Platone, e sviluppata per contesti diversi dal nostro. Comunque sia, si tratta di un'evenienza che è realmente emersa nel corso della storia in modo solo sporadico e ciò principalmente nell'antico regno Inca del Perù prima dell'invasione degli Spagnoli. Secondo l'«organizzazione del lavoro» locale, tutte le persone erano obbligate a svolgere lavoro agricolo e a nessuno era consentito rimanere inoperoso. « Poiché si conosceva molto bene il vantaggio insito nella suddivisione del lavoro, ognuno, dopo la coltivazione del suo campo, era obbligato, in base alle sue capacità e per il bene complessivo, a svolgere volontariato »⁽²⁶⁾. Al fine di evitare sovraccarichi sproporzionati, i lavoratori che svolgevano la medesima attività professionale venivano suddivisi in diversi turni in modo tale che gli uni potessero subentrare agli altri. Il percorso di vita di ogni peruviano era segnato una volta per tutte dalla nascita; se era un Inca allora viveva del sudore degli altri; se era un suddito allora la sua vita era segnata dalla fatica e dal lavoro. Il luogo di soggiorno e gli abiti, la sua attività professionale e la scelta della compagna di vita, l'intera estensione dei suoi doveri e piaceri — tutto era deciso per lui dal regime »⁽²⁷⁾.

Possiamo constatare che in altri contesti la costrizione giuridica

⁽²⁶⁾ [N.d.t. Corrispondente tedesco della parola 'corvée', il cui significato, nel vocabolario Treccani, viene così descritto: « nel diritto feudale, serie di prestazioni personali dovute al signore, generalmente consistenti in alcune giornate di lavoro; s'è conservata fino alla fine del Diciottesimo secolo e, in alcuni Stati italiani, fino all'inizio del Diciannovesimo »; si usa anche per significare il lavoro faticoso].

⁽²⁷⁾ K. BÜCHER nella sua redazione tedesca di E. DE LAVELEYE, *Das Ureigentum*, cit., pp. 309-314. Qui incontriamo il giudizio: « Si valutano in modo errato gli avvenimenti storici, se si ascrive la forza di per sé creatrice di cultura all'individualismo sociale ed economico, incentrato sul sistema romano della proprietà ».

al lavoro sia stata sviluppata solo in modo più parziale. Così nel decadente Impero romano un certo numero di mestieri venivano svolti in via ereditaria, dovendo il figlio dedicarsi per legge al lavoro paterno. Questo riguardava il decurionato, ossia la professione del consigliere cittadino, l'artigianato, il servizio militare e l'economia rurale, nella misura in cui essa era esercitata da coloni (28). In tempi più recenti si aggiunse la coercizione esercitata da alcune madrepatrie nei confronti delle colonie per la coltura di certe materie prime (come il cotone o la seta), che dovevano essere rielaborate nelle manifatture della madrepatria stessa.

La coercizione di cui parliamo oggi rappresenta un'evenienza di carattere eccezionale. Essa ha luogo quando la libertà è annullata totalmente, nelle prigioni e nelle case di lavoro, i cui occupanti devono professionalmente sottoporsi a certi lavori. Inoltre, l'intraprendere il mestiere del soldato, di giurato e di giuria è sì obbligatorio per gli uomini adulti, ma questa costrizione vale solo per compiti professionali di durata limitata nel tempo. In alcuni cantoni più piccoli c'è sulla base del rapporto Osenbrüggen l'obbligo d'ufficio', potendo qualcuno essere punito a causa dell'obiezione all'esercizio dell'ufficio', ossia per il rifiuto della carica per la quale è stato votato (29).

Se si prescinde da questi, e consimili particolarità, si concorda che la libertà di scelta dell'attività professionale sussiste nella misura in cui lo Stato non abbia come obiettivo la ripartizione sociale del lavoro e rimetta ai singoli la scelta del loro ramo d'attività professionale. E esso [n.d.t. s'intende lo Stato] confida nel fatto che anche in assenza di quest'ultima [ripartizione sociale] verranno scelte le attività professionali [n.d.t. complessivamente] necessarie o deside-

(28) O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1885, pp. 894, 899 ss., 914 ss., 918 ss. Per l'obbligo di lavoro agricolo del nuovo tempo, una conseguenza della dipendenza ereditaria di un contadino dal padrone, v. G.F. KNAPP, *Die Landarbeiter in Knechtschaft und Freiheit: Vier Vorträge*, Leipzig, 1891, pp. 56 s., 68 s.

(29) E. OSENBRÜGGEN, *Wanderstudien aus der Schweiz*, V, Schaffhausen, 1876, pp. 163 ss. Differente da ciò, benché attiguo, è l'obbligo giuridico all'esercizio di una professione liberamente scelta. E. STEINBACH, *Erwerb und Beruf*, cit., pp. 9 s.; J. BIERMANN, *Rechtswang zum Kontrabieren*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, XXXII, 1893, pp. 267 ss. O. OPET, *Deutsches Theaterrecht*, Berlin, 1897, pp. 252-268.

rabili per tipo e quantità) o desiderabile per tipo e quantità. Esso si sentirà tradito in questa sua fiducia allorché vi sarà la sensazione che manchino sottufficiali, parroci, maestri elementari e agricoltori. A causa di esperienze siffatte, e per altri motivi, lo Stato oppure chi detiene i remi dello Stato s'impegna a sostenere con aiuti finanziari, e altri strumenti, la nascita, lo sviluppo e la dotazione di rami professionali dei quali auspica lo sviluppo. Debbono essere ricondotti a tale aspirazione in parte i titoli e gli ordini, che sono promessi in modo allettante agli autori di certe professioni, il pensionamento di scrittori, la dotazione di posti da insegnante, la fondazione di istituti tecnici, l'educazione finanziata in via pubblica e, non da ultimo, i divieti di importazione ed esportazione, la concessione di premi per l'esportazione, l'istituzione di dazi protettivi e similia. Né abbiamo qui il tempo, né questa è l'occasione per continuare a trattare e a criticare ⁽³⁰⁾ tali profili, poiché le regole richiamate e quelle ad esse affini sulla dotazione complessiva delle attività ricadono sì sotto la sfera d'influsso statale della scelta dell'attività professionale, ma non possono valere come limitazione della sua [n.d.t. s'intende della scelta dell'attività professionale) libertà.

Sempre in connessione alle limitazioni giuridiche, espresse in forma di ordini e di disposizioni, dobbiamo, in secondo luogo, soffermarci su quelle che individuano un impedimento e un'esclusione. Se gli appartenenti ad una collettività non devono intraprendere determinate vie professionali, queste ultime possono venir loro precluse giuridicamente. Anche in questo caso viene limitata la libertà di scelta dell'attività professionale. In epoche passate furono adottate moltissime di queste limitazioni e barriere che sono state in seguito abbandonate dal liberalismo, specialmente durante la rivoluzione francese, e dal capitalismo che si stava diffondendo in seguito a quest'ultima. Nella Costituzione dell'impero germanico del 1849 si leggeva: « Ciascuno è libero di scegliere la propria attività professionale e di formarsi in vista del suo esercizio, dove e come vuole ». E oggi vediamo in generale riconosciute ed efficaci la libertà di attività manifatturiera, la libertà di circolazione e la parità di trattamento dinnanzi alla legge. L'esercizio di un'attività manifattu-

⁽³⁰⁾ Da leggere è la critica che H.T. BUCKLE, *Geschichte der Civilisation*, I, cit., pp. 163 ss., muove al pensionamento di scrittori.

riera, così come l'esercizio contemporaneo di più attività manifatturiere, è normalmente concesso a tutti. Commercio e artigianato non sono più così rigidamente separati, corporazioni e gilde commerciali non hanno più un diritto ad escludere altri dall'esercizio di una attività manifatturiera. Sesso, stato personale, religione, cittadinanza e appartenenza ad uno Stato non fanno più alcuna differenza per i mestieri del commerciante, dell'agricoltore, di colui che esercita un'attività manifatturiera. L'esercizio dell'avvocatura e dell'arte medica, come la carriera nell'impiego pubblico sono stati liberati da molte catene.

Al contrario in tempi passati, ma, a dire il vero, fin non molto tempo addietro, i nobili erano esclusi qui e là dall'attività manifatturiera ed i civili dall'accesso alle alte cariche ecclesiastiche e militari. In alcuni luoghi l'acquisto di proprietà terriera e così l'esercizio del mestiere di agricoltore erano preclusi quasi totalmente ai cattolici e agli ebrei. Altri si trovavano invece in proprietà di monopoli, di diritti di coercizione e di esilio, potevano proibire l'esercizio di un'azienda in maniera assoluta oppure in considerazione del luogo, oppure della materia o della forma dei prodotti.

Rispetto a questi impedimenti antichi di ampia portata gli impedimenti giuridici ancor'oggi esistenti giocano un ruolo molto minore. Il fatto che, per esempio, il rilascio di un brevetto possa giocare un effetto limitativo sulla scelta dell'attività professionale, ha in questo contesto poco peso. Piuttosto [n.d.t. ha in questo contesto peso] il fatto che attraverso condanne penali alcune persone possono essere dichiarate interdette dall'esercizio del servizio militare, di marina, di ferroviere o di telegrafista oppure [n.d.t. interdette] a ricoprire cariche pubbliche. Una limitazione giuridica che riguarda tutti, ma che è subita solo da una minoranza, risiede nell'esclusione dall'attività professionale di mendicante e di delinquente. Certamente non è scritto da nessuna parte che queste attività professionali non possano essere scelte e non si può dire che lo Stato ponga in essere efficaci politiche di prevenzione del loro esercizio; poiché, tuttavia, esso cerca comunque di impedirne energicamente l'esercizio, allora si può anche qui parlare di una limitazione giuridica della scelta dell'attività professionale, sebbene essa sia di tipo particolare.

Ci appaiono come molto più familiari le limitazioni giuridiche della libertà che sono incentrate sul sesso. Non è neppure necessario

specificare che il sesso trattato ingiustamente è quello femminile. Sicuramente non è impedito alle donne di svolgere le attività professionali che comportano lavoro solo manuale, agricolo o industriale, e lo stesso vale per la professione di commerciante. E proprio in queste professioni non raramente vengono preferite [n.d.t. proprio le donne], perché dove la paga viene calcolata con il metodo del cottimo a misura pur a fronte della medesima prestazione degli uomini esse vengono compensate con un salario minore⁽³¹⁾. Sono piuttosto principalmente le funzioni sociali più elevate e le attività comunemente meno logoranti, al cui esercizio professionale le donne in molti paesi non possono giuridicamente accedere. A questa limitazione si riconnette, tra l'altro, la conseguenza indiretta dell'affluenza eccessiva nelle attività professionali ad accesso libero. Inoltre, l'esclusione delle donne da molte attività professionali non viene espressa direttamente ma è indirettamente provocata dal fatto che esse non vengono messe nella condizione di poter soddisfare le condizioni giuridicamente richieste per l'intraprendere quelle attività professionali⁽³²⁾.

La previsione di siffatte condizioni rimanda alla terza modalità di limitazione giuridica della libertà di scelta dell'attività professionale. L'esercizio di molte attività professionali presuppone il rimborso delle spese per gli annunci, l'osservanza di permessi, concessioni, approvazioni, la consegna di garanzie reali e personali, di cauzioni, di attestazioni di bisogni o di capacità, soprattutto lo svolgimento di prove attitudinali. Tuttavia, già chi svolge queste prestazioni essendo giuridicamente libero di farlo sceglie la sua attività professionale. Ma la sua scelta può dirsi compiuta solo allorché il suo esercizio non incontrerà più alcun impedimento giuridico. Siccome questo accade soltanto dopo aver soddisfatto quei presupposti, questi ultimi possono essere considerati come limitazioni giuridiche della libertà. Che queste ultime siano giustifi-

(31) V., per esempio, i rapporti di lavoro e sociali delle lavoratrici salariate viennesi: *Die Arbeits- und Lebensverhältnisse der Wiener Lohnarbeiterinnen. Ergebnisse und stenographisches Protokolle der Enquete über Frauenarbeit abgehalten in Wien vom 1. März bis 21. April 1896* (Wien 1897), pp. 25, 32.

(32) V. soprattutto G. VON GIZYCKI, *Vorlesungen über soziale Ethik*, Berlin, 1895, pp. 68-74.

cate dal benessere comune e di certi ambiti, dalla finalità d'arginare la concorrenza oppure di favorire un miglioramento della qualità della prestazione lavorativa, non incide sul fatto di considerarle limiti alla libertà di scelta.

Se ora ripercorriamo ancora una volta con uno sguardo complessivo le limitazioni giuridiche alla scelta dell'attività professionale — pensiamo a come le limitazioni considerate da ultimo non chiudano ma si limitino solo ad aggravare l'accesso, all'ampiezza solo limitata che assume la ripartizione nelle attività professionali e quindi il primo tipo di limitazione, e a come siano stati superati quasi tutti gli ostacoli del secondo tipo — si potrebbe consequenzialmente essere tentati di considerare e valutare la libertà di scelta dell'attività professionale come qualcosa di effettivo.

È comprensibile che il giovane entusiasta Camille Desmoulins alla luce della viva impressione della famosa Notte di Agosto (1789) considerasse distrutte per sempre le barriere, che impedivano l'accesso agli onori e occupazioni, e che ritenesse che tra i francesi non sussistessero altre differenze se non quelle dovute alla virtù ed al talento ⁽³³⁾. Ma ancora ottanta anni più tardi uno scrittore così competente come Mill poteva constatare, nella sua brillante arringa per le mogli e le donne, che in generale oggi agli uomini resta aperta ogni carriera per via legale. A prescindere dal mestiere del monarca, egli pensa che tutte le posizioni ed i vantaggi sociali siano ugualmente accessibili a tutto il genere umano maschile. È vero che molte sono raggiungibili soltanto con il ricorso al patrimonio, ma chiunque può aspirare ad avere quest'ultimo ed esso viene in effetti acquisito da molte persone che provengono dagli strati più bassi. Le difficoltà, continua [n.d.t. Mill], non sono però di certo superabili dalla maggior parte [n.d.t. delle persone] senza l'aiuto della fortuna; ma nessun essere di sesso maschile incorre in un divieto legale; né il diritto né l'opinione pubblica aggiungono per lui ostacoli artificiali a quelli naturali ⁽³⁴⁾. Ciò che Mill qui considera la libertà di scelta dell'attività professionale. e ciò che egli sa evidenziare con eloquenza in molti punti, è soltanto l'illimitatezza giuridica della scelta dell'at-

⁽³³⁾ C. DESMOULINS, *Discours de la lanterne aux Parisiens*, Paris, 1789, p. 14.

⁽³⁴⁾ J.S. MILL, *The Subjection of Women*, London, 1869, pp. 35 s.

tività professionale. Con quest'ultima egli identifica la libertà di scelta dell'attività professionale e con ciò egli si fa accecare dall'uguaglianza dinanzi alla legge.

Si può agevolmente convenire, e non di rado ciò è stato evidenziato ⁽³⁵⁾, che esistono limitazioni esterne alla scelta dell'attività professionale che hanno la medesima forza che promana dal potere della legge. E la loro efficacia possiede una tenacia tale che il motto napoleonico: «Ogni soldato francese porta nel suo taschino il bastone di maresciallo» non è traslabile in generale alla scelta dell'attività professionale. Stando così le cose, allora la libertà di scelta dell'attività professionale non è qualcosa di cui già possiamo godere, ma essa vive soltanto nel regno delle idee. E impareremo a non sopravvalutare l'oggetto del nostro possesso [n.d.t. al più tardi] quando, visto che possediamo solo la libertà giuridica, gli interessi pubblici e privati connessi alla scelta dell'attività professionale che abbiamo precedentemente considerati non dovessero essere assecondati.

Come abbiamo visto, per il singolo le attività professionali si differenziano soprattutto per la loro remuneratività, la loro considerazione sociale, la faticosità o pericolosità del relativo lavoro e per il loro rapporto rispetto alle attitudini e alle inclinazioni [n.d.t. del singolo stesso]. Chi ha il diritto di intraprendere ogni tipo di attività professionale, può perciò sceglierla liberamente: cosa impedisce quindi l'inizio di questa o quella attività professionale, quella redditizia anziché quella non redditizia, quella disprezzata al posto di quella gradita e di quella faticosa anziché di quella estenuante? Perché quest'uomo [n.d.t. che possiede il diritto di intraprendere ogni tipo di attività professionale] è arrivato a esporsi ai tormenti e ai pericoli dell'industria mineraria oppure dell'edilizia, dato che aveva il diritto di diventare parroco? Perché questo lavoratore non diventò fabbricante come il suo datore di lavoro, che fin dall'inizio ha intrapreso il lavoro da fabbricante? Perché quell'artigiano non ha

⁽³⁵⁾ Per esempio, M. BLOCK, *Handbuch der Statistik* (edizione tedesca a cura di H. von Scheel), Leipzig, 1879, pp. 274 s.: «Il mestiere si fonda sì formalmente sulla scelta libera nell'età più avanzata, però esso anche oggi, nell'era della spensieratezza e della libertà economica dell'individuo, è condizionato in larga misura dalla posizione dei genitori, dalle opportunità e dai mezzi a disposizione e da ulteriori relazioni...».

scelto l'attività professionale dell'avvocato o del professore invece di tirare la cinghia con un reddito misero? Che cosa ha impedito a quella serva oppure cameriera di diventare governante oppure commerciante? E cosa impedisce a questa confezionatrice di abiti di dedicarsi, seguendo la sua inclinazione ed il suo talento, all'arte figurativa invece di sedersi dal mattino alla sera di anno in anno di fronte alla macchina da cucire per guadagnare ciò che le permetterà di sopravvivere nei tempi peggiori ⁽³⁶⁾?

Bastano già questi interrogativi terra a terra — non c'è bisogno di entrare nei particolari della miseria senza fine che rivelano le inchieste e le statistiche sociali che affluiscono da tutte le parti — per chiarire che quelle giuridiche non esauriscono le limitazioni alla scelta dell'attività professionale e che dietro a queste ultime non si delinea ancora la scelta dell'attività professionale.

Forse che qualcuno controbatta a questa o quella delle nostre domande: queste persone rinunciarono volontariamente all'attività professionale meno faticosa e socialmente più considerata, non la scelsero perché volevano evitare un eccesso di occupazione che avrebbe portato alla mancanza di lavoro e di guadagno. In altre parole, esse si rifiutarono di scegliere questa attività professionale non perché non prometteva un guadagno, mentre l'occupazione prescelta lo faceva [n.d.t. invece] sperare. Essere soltanto fonte di reddito non appartiene all'essenza dell'attività professionale. Se immaginassimo che quelle persone non fossero dipendenti dal guadagno che viene percepito con l'esercizio di un'attività professionale, allora non avremmo dubbi che la loro scelta abbia avuto luogo indipendentemente dalla redditività della professione. Non era quindi la sua natura in sé stessa ciò che li ha trattenuti dallo scegliere quell'attività professionale malgrado la loro scelta fosse libera; piuttosto ciò che ha loro impedito di intraprendere quella professione che non prometteva frutti sufficienti, fu la loro specifica condizione economica che era tale che essi necessitavano di guadagni.

Ma esistono migliaia di casi nei quali una considerazione come quella testé ipotizzata neppure si pone e migliaia di altri casi nei

⁽³⁶⁾ Molti esempi nelle stampe della commissione per la statistica sul lavoro. Dibattimento n. 10 (1896). V. anche O. WEIGERT, in *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, V, 1896, col. 815-816.

quali se posta la stessa non condurrebbe al rifiuto dell'attività professionale che altrimenti [n.d.t. s'intende: in presenza delle altre circostanze] verrebbe accettata. Il povero minatore e suo figlio possono dirsi tra loro, indipendentemente dal fatto che ciò sia errato o no, che la professione del farmacista, dell'architetto oppure dell'agente di borsa procurerà al figlio che la sceglierà il sostentamento necessario, oppure possono anche non fare alcuna considerazione sulla redditività di questi mestieri meno pericolosi: non resta comunque vero che il figlio del minatore è escluso dalla scelta di queste attività professionali a causa della sua situazione di nullatenente?

Il fatto che la mancanza di averi e l'insufficienza dei mezzi impediscono di intraprendere molti tipi di attività professionali risulta troppo ed in modo eccessivamente frequente perché debba essere oggetto di dimostrazione. E questa insufficienza dispiega la sua efficacia impeditiva in più di una direzione. Per prima cosa impedisce innumerevoli volte il compimento dei passi preliminari all'esercizio della professione oppure richiede per farli di diventare le peggiori vittime della mancanza di benessere. Inoltre, molte professioni non possono essere esercitate neppure da chi ha la necessaria formazione se costui non dispone di una ricchezza perché per esempio richiedono specifici mezzi aziendali. Se questa mancanza impedisce di intraprendere professioni che sarebbero altrimenti state scelte, può in altri casi succedere che essa induca a perseverare nell'attività prescelta senza che intervenga il cambio di lavoro che sarebbe necessario per la salute ⁽³⁷⁾. Al contrario non di rado [n.d.t. la situazione di nullatenente] costringe a scegliere una nuova attività professionale al posto di quella finora esercitata, perché quest'ultima non garantisce più l'essenziale per sopravvivere, obbliga cioè a un

⁽³⁷⁾ « Quanto spesso (il medico) dà al compositore tipografico, al pittore, al lattoniere, che superarono una oppure ripetute crisi di coliche (da piombo), all'operaio elettrico (galvanizzatore), al lucidatore di mobili, all'operaio chimico, che sono stati più volte per settimane o mesi incapaci di lavorare a causa di eczemi da lavoro, all'arrotino, allo scalpellista, al tornitore, che si affidano alle sue cure con un'iniziale emottisi, al sarto, al calzolaio, al sellaio, che non possono più soffrire il fatto di stare sempre seduti, il consiglio urgente di cambiare lavoro. Quasi mai le condizioni economiche permettono all'operaio di seguire questo consiglio »: I. ZADEK, *Die Arbeiterversicherung*, cit., p. 34.

cambio di mestiere che altrimenti non si verificherebbe ⁽³⁸⁾. E infine rende necessario intraprendere un'attività professionale anche in situazioni dove altrimenti la disoccupazione avrebbe un effetto salutare; questo vale per esempio per i 215.000 bambini al di sotto dei 14 anni, che secondo il censimento tedesco del lavoro del 14 giugno 1895 erano impegnati in un'attività lavorativa principale oppure appartenevano ai servitori agricoli di pertinenza del signore ⁽³⁹⁾.

Più grande è la mancanza di mezzi, più forte sarà la pressione esercitata da quest'ultima sulla scelta dell'attività professionale e questa può, come insegna l'esperienza, diventare così forte che essa oscura tutti gli altri motivi che altrimenti determinano la scelta della professione e costringe, senza considerazione per il disprezzo, il fastidio, l'avversità e la pericolosità, talvolta anche senza considerare il diritto o la morale, a intraprendere l'attività professionale che garantisce più velocemente la fonte di sostentamento. Quest'ultima è solitamente molto misera sicché coloro che per via della loro povertà devono desiderare di intraprendere un'attività professionale redditizia devono proprio in ragione della povertà rinunciarvi ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Di 450 operai appena entrati nello stabilimento Krupp di Essen nell'anno 1887 ne vennero assunti soltanto 34 che provenivano dalla medesima corporazione professionale e 41 da professioni simili, i rimanenti (5/6) comprendono calzolai, macellai, panettieri, tessitori, braccianti agricoli ecc.; I. ZADEK, *Die Arbeiterversicherung*, cit., p. 24. Il tirar su apprendisti, attività che non pochi maestri, di ambiti artigianali che stanno perdendo importanza, lasciano stare provoca la conseguenza « che molti apprendisti devono dedicarsi ad un altro mestiere in qualità di artigiano qualificato (Geselle) ». Tuttavia, il dedicarsi a questa attività non raggiunge sempre lo scopo. P. VOIGT, *Die Hauptergebnisse der neuesten deutschen Handwerkerstatistiken von 1895*, in G. SCHMOLLER, *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich (Schmollers Jahrbuch)*, XXI, 1897, Leipzig, pp. 250-253.

⁽³⁹⁾ *Vierteljahrshefte zur Statistik des Deutschen Reichs*, edito da Kaiserliches Statistisches Amt, Berlin, 1897, suppl. n. 2, p. 14. Cfr. *Gewerbeordnung* § 135, secondo cui i bambini al di sotto dei tredici anni non devono essere impiegati nelle fabbriche.

⁽⁴⁰⁾ « Poiché tutte le nozioni della giustizia e dell'umanità sono invertite, là dove c'è più facilità di arricchirsi si ha meno bisogno di diventare ricchi e là dove si può appena scappare dalla miseria si è più miserabili »: L. BLANC, *Organisation du travail*, Paris, 1839, p. 18. Nell'originale in francese: « Car toutes les notions de la justice et de l'humanité sont interverties, là où l'on a d'autant plus facilités pour s'enrichir qu'on a moins besoin de devenir riche, et où l'on peut d'autant moins échapper à la misère qu'on est plus misérable »; « I mestieri veramente logoranti e sgradevoli, invece di essere

I vincoli giuridici ed economici della scelta dell'attività professionale non sono gli unici. La relativa libertà viene ridotta anche attraverso limiti che si possono definire sociali o convenzionali. Essi si differenziano da quelli giuridici fin qui richiamati per il fatto che non sono accompagnati dalla comune coercibilità statale e da quelli economici per il fatto che non riguardano soltanto colui che è privo di mezzi. È loro caratteristico il fatto che impediscono a qualcuno di fare la scelta, che sarebbe giuridicamente libera ed economicamente possibile, di un'attività professionale perché la dignità della persona e la dignità dell'attività professionale lavoro non appaiono coincidere tra loro ⁽⁴¹⁾. Il gradino, che uno riveste nella scala sociale, vale qui, rispetto a certe attività professionali, come troppo alto oppure basso, al punto che egli, per raggiungerli, dovrebbe scendere oppure alzarsi di livello. Il confronto decisivo o viene fatto dal singolo stesso che come reazione interiore rinuncia al mestiere del livello più alto o viceversa si tira indietro per paura di umiliarsi. Oppure sono le altre persone che si trovano allo stesso oppure al livello più alto, che con i mezzi coercitivi del diritto non positivo — come lo scherno, il discredito, l'isolamento, la disapprovazione — tengono in basso colui che aspira di andare verso l'alto e nella loro cerchia colui che tenderebbe alla propria retrocessione. In ogni caso vengono in gioco limiti esterni cui egli si sottomette di buona volontà o che sono resi a lui tangibili. Quelli che si oppongono alla discesa sono tanto più inefficaci tanto più mancano loro i mezzi per vivere, potendo lo stato di necessità estorcere il sacrificio della dignità; e all'opposto in alcune società anche una grossa ricchezza non può aprire al borghese le porte per l'accesso a delle professioni che il nobile, anche se magari non in diritto, rivendica esclusivamente per i suoi pari. D'altra parte, l'aristocratico benestante, che non vuole allontanarsi

meglio pagati degli altri, vengono regolarmente pagati peggio perché sono svolti da coloro che non hanno nessun'altra scelta»: J.S. MILL, *Grundsätze der politischen Ökonomie, nebst einigen Anwendungen auf die Gesellschaftswissenschaft*, traduzione tedesca di A. SOETBEER, II, p. 48.

⁽⁴¹⁾ K. MARLO, *Untersuchungen über die Organisation der Arbeit*, IV, Kassel, 1886, p. 260: « La maggior parte dei produttori sono obbligati a svolgere un'occupazione che non corrisponde alla loro forza lavorativa [...] in parte per il fatto che ognuno risponde alla diminuzione di rango che subiscono svariati settori professionali facendo scelte professionali al ribasso ».

dai suoi pari, ha in molti paesi un margine d'azione molto stretto nella scelta dell'attività professionale. « Il figliolo di una madre benestante » così si lamentava già Justus Möser ⁽⁴²⁾, « si vergogna di mettere una mano su una lima o una pinza ». La figlia 'di buona famiglia' non può dedicarsi, senza essere respinta, al mestiere di ballerina, anche se la spingono il desiderio e la predisposizione. E il figlio del grande banchiere o del consigliere segreto ha la stessa possibilità di intraprendere il mestiere di barbiere o di vetturino di quella che avrebbe se il diritto positivo glielo proibisse.

I vincoli economici e sociali non sono indistruttibili. Ma quanto poco sia probabile questa evenienza emerge con evidenza dal dato di realtà che in tutti i dibattiti sulla 'ineluttabile' legge sulle retribuzioni è tacitamente presupposto, ossia è dato per scontato, che i figli dell'operaio diventeranno anch'essi operai ⁽⁴³⁾. Tuttavia, di regola solo una mente fuori dal normale è in grado di trasgredire a significativi vincoli sociali e il superamento di limiti economici viene raramente raggiunto senza l'aiuto di imprevedibili colpi di fortuna esterni. Ma per il nostro punto di vista tardo europeo condizioni insolite si possono ritrovare nei paesi d'oltremare ⁽⁴⁴⁾. Nelle aree colonizzate dell'America e dell'Australia, [n.d.t. che sono caratterizzate] da nuovi sostrati sociali sussiste una grande libertà di scelta dell'attività professionale ⁽⁴⁵⁾: « America, tu sei migliore del nostro vecchio continente, non hai castelli diroccati e basalti. Non ti disturba all'interno, nel tempo presente, il ricordo inutile ed improduttivi litigi ».

Il fatto che anche dalle nostre parti i limiti alla scelta dell'attività

⁽⁴²⁾ J. MÖSER, *Patriotische Phantasien*, I, Leipzig, 1871, p. 27.

⁽⁴³⁾ Cfr. K. BÜCHER, *Entstehung der Volkswirtschaft*, cit., p. 337. Nell'assemblea dei minatori tenuta nella frazione Bildstock della città di Friedrichsthal il 15 maggio 1889 venne, fra le altre cose, richiesto: « L'impiego dei figli dei minatori deve accadere secondo l'ordine d'iscrizione » (Memoriale d'analisi delle condizioni degli operai e di fabbrica nelle aree di carbon fossile, Berlino, 1890 p. 63, cfr. 65).

⁽⁴⁴⁾ Anche sul terreno democratico della Svizzera i limiti sociali della scelta dell'attività professionale sono minori oppure più deboli rispetto, per esempio, alla Germania.

⁽⁴⁵⁾ « Un nobile decaduto può in America diventare addirittura borghese oppure contadino, li può allontanare da sé il peso del suo nome e della sua nascita »: W.H. RIEHL, *Die bürgerliche Gesellschaft*, cit., p. 379.

professionale possano in fasi eccezionali essere più facilmente superati, lo testimoniano le nuove trasformazioni statali. « In questo periodo » afferma, per esempio, Buckle in riferimento alla rivoluzione inglese, « le promozioni dipendevano totalmente dal merito, e se qualcuno aveva un talento, sicuramente saliva ai livelli più alti, qualunque fosse stato il suo precedente impiego. Cromwell stesso era un birraio e Oberst Jones, suo cognato, era stato al servizio di un privato ». « Il sarto e il tiratore di carri erano a quel tempo influenti abbastanza per dare agli affari pubblici la loro direzione e guadagnarsi un prominente incarico nello Stato ». « Altre professioni erano altrettanto fortunate: infatti gli onori più alti erano tutti accessibili, se solo di dimostrava di posseder le capacità richieste ». E così al tempo divennero statisti e militari di successo persone che prima erano state manovali, bottegai, venditori ambulanti, domestici ⁽⁴⁶⁾.

Il fatto che la libertà di scelta dell'attività professionale, per quanto esigui siano diventati gli ostacoli giuridici, non si sia diffusa in modo ampio lo possiamo dare per acclarato dopo aver trattato degli ostacoli economico-sociali. Soltanto una piccola parte del popolo gode di questa libertà: la grande maggioranza non è in grado di scegliere l'attività professione solo in base al proprio talento e la sua predisposizione ⁽⁴⁷⁾. Da cosa dipende, verrebbe da chiedersi, che non risonino lamenti più forti per questa mancanza di libertà. Già la ben nota lamentela sulla sgradevolezza della condizione di classe comprende anche questa lagnanza; la forte richiesta di aiuto contro la miseria del mestiere prescelto prevale sul lamento contro la mancanza di libertà che accompagnò la sua scelta; e per molti infine la tradizione e l'abitudine producono una rilassatezza, arrendevolezza e ottundimento che impediscono il porsi interrogativi di fondo.

In un contesto in cui prevale l'assenza di libertà di scelta dell'attività professionale non ci si può attendere che la scelta stessa avvenga in modo aderente alle circostanze e cioè in modo coerente agli interessi del singolo e a quelli generali. Non è facile a dirsi

⁽⁴⁶⁾ H.T. BUCKLE, *Geschichte der Civilisation*, I, cit., pp. 137-141.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. G. VON MAYR, *Die Gesetzmässigkeit*, cit., p. 186. K. BÜCHER, *Entstehung der Volkswirtschaft*, cit., p. 337: « La molto esaltata 'libertà di scelta dell'attività professionale' esiste quindi solo in confini molto ristretti ».

quanto la lesione di siffatti interessi a suo tempo rammentati sia da ricondurre a questa mancanza di libertà. Certo è solo che la predisposizione ad esercitare un mestiere estorta dalla pressione economica e sociale, non pregiudica soltanto il benessere del singolo, il quale soffre del conflitto bipolare tra l'essere e il fare ⁽⁴⁸⁾, ma anche quello dell'intero corpo sociale. Con tutta probabilità vengono così tolte alla società delle forze che avrebbero potuto recarle vantaggio. Ciò viene ancora contestato da taluni ⁽⁴⁹⁾ ricorrendo alla indimostrata ed indimostrabile supposizione che non è possibile soffocare i talenti, che ogni genio si fa strada. Questo dannoso pregiudizio si basa semplicemente su episodi isolati ed è quindi tanto poco sostenibile quanto l'opinione che le idee non possano essere represses e che le teorie non possano essere distrutte attraverso la persecuzione o l'eliminazione dei loro sostenitori. Il fatto che però questo oppure quel genio, nonostante indicibili ostacoli, si sia fatto strada non fornisce alcuna prova che in ogni caso le difficoltà sono invincibili, non permette perciò in alcun modo di costruire una legge sulla irresistibilità delle attitudini personali. Si deve piuttosto dire che il numero dei talenti che vengono indeboliti con condizioni sfavorevoli oppure sviluppati in maniera pregiudizievole non è assolutamente calcolabile. In Alton Locke, Kingsley fa dire al suo eroe, al sarto ⁽⁵⁰⁾: « Esistono però innumerevoli storie di grandi inglesi, che sono cresciuti nelle classi più basse ». « A dire il vero » viene a lui risposto « dove sono le storie di coloro che non sono riusciti a salire [n.d.t. le classi]? Soprattutto di quei nobili geni, che sono finiti nella disperazione, nel bere, nella fame e nel suicidio, perché nessuno si è preoccupato di sollevarli affinché potessero seguire la strada che la natura aveva loro destinato? I morti non spifferano e la vecchia tomba nascosta, e cioè la società, non si vanterà di questo. »

⁽⁴⁸⁾ Non c'è nulla dopo la malattia, l'indigenza e la colpa, così fatale per il piacevole godimento della vita della mancanza di una degna valvola di sfogo per le proprie facoltà attive: J.S. MILL, *The Subjection of Women*, cit., p. 189 [n.d.t. Nel testo originale, il passo di Mill è riportato in inglese: « There is nothing after disease, indigence, and guilt, so fatal to the pleasurable enjoyment of life as the want of a worthy outlet for the active faculties »].

⁽⁴⁹⁾ Per esempio, R. VON JHERING, *Der Zweck*, cit., pp. 91, 155 s.

⁽⁵⁰⁾ C. KINGSLEY, *Alton Locke, Schneider und Dichter* (traduzione tedesca di P. SPANGENBERG, M. VON HARBOU, Leipzig 1891), I, Leipzig, 1891, pp. 70 s.

A prescindere dai risvolti negativi concreti che si potrebbero ulteriormente addebitare alla mancanza di libertà di scelta dell'attività professionale, rimarrebbe pur sempre l'ingiustizia sottesa a tale mancanza. La limitazione della scelta del mestiere, che non riguarda tutti, viene percepita come ingiusta. Non sarà così solo per coloro che considerano la mancanza di libertà come lodevole perché costringe coloro che sono economicamente deboli ad intraprendere quei mestieri che richiedono un'attività ripugnante o estenuante ma necessaria per tutti. Sennonché resterebbe comunque aperta la domanda se una tale costrizione sia assolutamente necessaria, ossia se queste prestazioni necessarie per l'esistenza e il buon andamento della collettività possano essere garantite anche in una società in cui i contributi alla vita della comunità sono ripartiti in modo uguale tenuto conto della forza di ciascuno.

E proprio sul piano di questa uniformità il problema della scelta dell'attività professionale è stato trattato dagli utopisti che da Thomas Morus sino a Bellamy in virtù della loro capacità di immaginazione hanno progettato lo stato giusto e hanno disegnato un'organizzazione del lavoro in esso operante immune da tutti i mali che affliggono la nostra scelta dell'attività professionale ⁽⁵¹⁾. Illustrazioni siffatte rappresentano qualcosa di più di [n.d.t. semplici] prodotti narrativi solo se individuano contemporaneamente modelli riproducibili. Questo vale solo per coloro che tengono ferma, in sé o come principio, la suddivisione sociale del lavoro e che non esigano dalla civiltà di rinunciare a conquiste millenarie che aspirano a evitare gli inconvenienti della nostra scelta dell'attività professionale attraverso due mezzi. Come prima cosa imputando la scelta dell'attività professionale, essendo essa dal punto di vista dell'interesse di rilevanza generale, anche realmente all'assistenza sociale generale e cioè all'assistenza della società senza con questo scadere nell'iscrizione [n.d.t. forzata] della professione, come avviene nel regno Inca. In secondo luogo attraverso il fatto che essi spogliano le attività professionali, tutte oppure soltanto quelle che sono più importanti per la società, della loro caratteristica di lavori a vita in modo tale che i

⁽⁵¹⁾ T. MORUS, *Utopia*, a cura di V. MICHELS, T. ZIEGLER, Berlin, 1895, pp. 45 s., 50 s., 54, 68, 112. E. BELLAMY, *Ein Rückblick*, cit., capp. 6, 7, 14, 15 e osservazioni alla fine del capitolo 12.

relativi oneri devono essere sopportati solo temporaneamente o comunque possano essere periodicamente redistribuiti. In questo modo eventuali mancanze dell'assistenza centrale dovrebbero essere migliorate, i mestieri sarebbero rivestiti della dignità di uffici prestati alla società e tutti i consociati dovrebbero essere protetti dal fatto di vedere la propria vita legata a un mestiere che viene vissuto come una catena. Gli autori di questi piani sanno prevenire le più evidenti osservazioni critiche col fatto che presentano la loro organizzazione del lavoro non come un'innovazione isolata, ma come conseguenza di una previa profonda rimodulazione sociale. Essi presuppongono una distribuzione dei beni completamente nuova rispetto a quella loro preesistente, non ritengono che sussista la proprietà privata sui mezzi di produzione e contano di conseguenza sulla formazione di un modo di pensare fraterno e rivolto al bene comune che renda e promuova quella organizzazione del lavoro come volontaria.

La scienza non si occuperà di piani di questo tipo finché essi sono il frutto della pura filantropia e poggiano unicamente su desideri e speranze e cerchino di essere fondati sull'esperienza al solo fine di apparire più plausibili. Essa [n.d.t. s'intende: la scienza] non sente quindi la necessità di difenderli contro le critiche di quegli amici della libertà che, trovandosi con i loro pari a godere della libertà della scelta dell'attività professionale, denunciano ogni organizzazione che si estende su tutti gli aspetti della vita come una minaccia della libertà⁽⁵²⁾, e ciò neppure quando tale regolamentazione ambisca a contribuire a diminuire la pressione che pesa sulla stragrande maggioranza e a valorizzare le individualità⁽⁵³⁾. È inoltre superfluo rilevare come sia esposto al rischio di cadere in un'auto-illusione chi esercita un'attività professionale per lui soddisfacente nel momento in cui dimentica che ha maturato o rafforzato l'amore per la professione in gran parte solo dopo averla scelta ed esercitata. Egli avrà certamente difficoltà a tornare col pensiero idealmente alla situazione originaria di maggiore indifferenza, dalla quale si deve partire, se si vuole valutare in maniera imparziale un progetto di regolamentazione sociale della questione delle attività professionali.

⁽⁵²⁾ Cfr. K. MARX, *Das Kapital*, I, cit., pp. 358 s., 434.

⁽⁵³⁾ Sul rapporto fra crescita dell'individuale e aumento della socializzazione, v. G. SIMMEL, *Über soziale Differenzierung*, cit., pp. 45-69, v. anche p. 99.

Il metodo scientifico impone di fondare solo su sé stessa le costruzioni speculative, le loro luci e ombre ⁽⁵⁴⁾, così come il quesito sulla loro realizzabilità, e di determinare solo sulla base dell'esperienza e della storia l'evoluzione che ci si deve attendere per la scelta dell'attività professionale. Se la storia ci mostra come le professioni nascono e scompaiono, si suddividono e si fondono tra loro, allora non è neppure possibile considerare lo stato attuale come permanente. La dimensione e l'ampiezza delle professioni influisce però sulla libertà di scelta delle attività professionali. Inoltre, la storia ci mostra la trasformazione delle professioni in corrispondenza alla loro remuneratività e stima, fatica e pericolosità, importanza e fascino, dal che nuovamente dipende la loro scelta. Disponiamo poi di innumerevoli esempi di interventi statali nella scelta dell'attività professionale, restringimenti e ampliamenti giuridici della sua libertà. E a tutto questo si aggiunge infine la storicamente crescente costrizione economica e sociale che attribuisce al singolo il mestiere che gli spetta. In considerazione di questi cambiamenti di massa, che la storia della scelta della professione e della sua libertà mostra, è impossibile credere che il livello che esse hanno attualmente raggiunto nei popoli acculturati costituisca quello definitivo.

Possiamo solo tentare di individuare la direzione nella quale probabilmente si compirà lo sviluppo. Nel nostro presente, in cui la massa dei nullatenenti è esposta alla massima mancanza di libertà di scelta dell'attività professionale, s'intravedono in azione movimenti che si ripromettono di indebolire considerevolmente le conseguenze di questa mancanza di libertà. Se immaginiamo che le numerose regole di massa che sono state elaborate sotto l'etichetta della tutela della salute degli operai siano completamente applicate ed estese a tutti, compatibilmente con le relative particolarità, al lavoro agricolo così come a quello manifatturiero, non assisteremo ad un ampliamento del raggio d'azione della scelta dell'attività professionale da parte dei nullatenenti tuttavia i mestieri che essi sono costretti a svolgere saranno alleggeriti del loro male ed in tal modo la mancata libertà di scelta sarà divenuta sopportabile. Senza parlare dell'eliminazione della pericolosità e della dannosità di molti mestieri che ne

⁽⁵⁴⁾ V. per esempio K. MARLO, *Untersuchungen über die Organisation der Arbeit*, II, Kassel, 1853, p. 453.

conseguirà — basti richiamare alla mente la considerevole portata, che è insita nella introduzione della giornata lavorativa di otto ore, che trasforma la metà del tempo insonne in libero dal lavoro. È vero che non sarà già raggiunto l'obiettivo degli utopisti di eliminare le attività professionali svolte a vita, ma per il singolo la scelta dell'attività professionale perderà così una grossa parte del significato di cui si è parlato in precedenza.

Nessuno può garantire che tutti siffatti interventi, e gli altri che qui non possono essere menzionati in tutta la loro portata, avranno luogo nelle due successive generazioni dell'umanità, ma è altrettanto vero che nessuno può escludere che la loro realizzazione sia fuori dall'ambito del possibile. L'unica, certamente enorme, precondizione, ossia che proprio coloro che più soffrono della mancanza della libertà nella scelta dell'attività professionale combattano per ottenere un'influenza sulla legislazione e sull'amministrazione pari al loro numero e all'importanza del loro lavoro, dopo che sarà riconosciuta l'uguaglianza di fronte alla legge — questa premessa sembra così poco irraggiungibile che proprio i suoi oppositori si aspettano la sua realizzazione.

Nel frattempo, sul fronte della proprietà privata dei mezzi di produzione lo sviluppo economico segue il proprio corso in maniera inarrestabile e silenziosa. Le sue necessità determinano l'espansione o il restringimento della libertà di scelta dell'attività professionale. Esso [n.d.t. s'intende: lo sviluppo economico] ha spezzato le catene giuridiche che imbrigliavano la scelta dell'attività professionale e rafforzato invece quelle economiche. I padroni dei mezzi di produzione decidono sulla scelta della professione di migliaia di persone. Da loro dipende se il terreno procura lavoro professionale a molti agricoltori oppure a pochi pastori o a nessuno. È nelle loro mani che il capitale sprigiona il suo invisibile impulso ad essere valorizzato grazie al quale vengono in vita giornali o ferrovie, teatri o impianti elettrici e con questo i nuovi posti di lavoro. Essi trasformano una zona agricola in industriale, trascinano gli uomini dall'aratro al macchinario e le donne dal focolare domestico al circuito della produzione e distribuzione. Lo sviluppo delle tecniche fisica e chimica livella il lavoro umano e trasferisce la poliedricità che caratterizzava quest'ultima ai macchinari sorvegliati dagli uomini.

ni ⁽⁵⁵⁾. Allo stesso tempo il numero delle attività industriali regredisce costantemente, mentre cresce la loro dimensione, e la quantità delle persone spostate in posizioni professionali parimenti subordinate cresce ⁽⁵⁶⁾. I padroni di imprese dello stesso tipo si uniscono in giganteschi cartelli per la regolamentazione della produzione, aumentano oppure riducono secondo il proprio interesse l'opportunità di lavoro. Essi dimostrano alla società con i fatti quale effetto sono diventati in grado di esercitare sulla scelta dell'attività professionale, dopo che la grande azienda ha raggiunto un certo livello e le riunite forze produttive possono essere soggette ad una consapevole direzione [n.d.t. unitaria] ⁽⁵⁷⁾.

Come la società valorizzerà la conoscenza e lo sviluppo di ciò allorché coloro i quali si trovano ai margini dello sviluppo economico saranno dotati di un influsso proporzionato sullo Stato — a questo si può rispondere al più formulando semplici supposizioni.

In questo contesto complessivo, gli apprendisti ed i maestri dei mestieri scientifici che ho di fronte possono dedicarsi tranquillamente alla conservazione ed all'aumento dei preziosi beni che vengono loro affidati. Se il loro servizio di muse non rappresenta un compito segreto, se nella loro ricerca non avranno davanti agli occhi solo i loro colleghi di materia, se prenderanno sul serio la conservazione e

⁽⁵⁵⁾ K. MARX, *Das Kapital*, I, cit., pp. 430-433, 499-504. F. ENGELS, *Herrn Eugen Dühring*, cit., pp. 245-247.

⁽⁵⁶⁾ P. VOIGT, *Das deutsche Handwerk nach den Berufsählungen von 1882 und 1895*, in *Untersuchungen über die Lage des Handwerks in Deutschland*, IX, 1897, pp. 629-670. Lo stesso risultato principale della nuova statistica sull'artigianato del 1895 in *Schmollers Jahrbuch*, XXI, 1897, cit., pp. 221 ss. e pp. 265 ss.: le ricerche promosse dall'associazione per la politica sociale sulla situazione dell'artigianato in Germania. K. BÜCHER, *Entstehung der Volkswirtschaft*, cit., p. 179: « Il processo di concentrazione nel campo manifatturiero [...] che è il motivo per cui l'artigianato ampiamente soccombe ». Le componenti oppure i passaggi di questo processo pp. 180-189.

⁽⁵⁷⁾ « La ripartizione dell'attuale generazione tra le diverse attività professionali può forse essere oggetto di una previsione pianificata soltanto quando avremo a disposizione una statistica costruita in modo molto diverso; una tale (statistica) nel futuro rimetterà molto di ciò che oggi è lasciato al caso alla consapevole direzione previdente, sia essa dei singoli oppure dello Stato »: G. SCHMOLLER, *Über einige Grundfragen des Rechts und der Volkswirtschaft*, Jena, 1875, p. 101. Per la statistica sulle attività professionali v. G. VON MAYR, *Statistik und Gesellschaftslehre. Bevölkerungsstatistik*, II, Mohr, 1897, pp. 132-142.

la crescita della cultura, se non collegheranno alla loro professione una qualche forma di egoismo, allora essi devono, curvi sui libri, microscopi o ampolle, aver già una volta percepito il lamento di Prometeo incatenato — la natura soggiogata in migliaia di suoi simili. E in questo attimo ben potrebbero essere presi dal pensiero che devono ringraziare la libertà di scelta dell'attività professionale perché possono esercitare la professione senza avere l'assillo del guadagno preoccupandosi solo di acquisire conoscenze, essi godono di una libertà di scelta dell'attività professionale che li eleva sopra la maggior parte dei loro concittadini e si avvantaggiano per ragioni che non dipendono da loro. Chi prova angoscia e sente il peso di tali pensieri, percepirà ogni mitigazione delle catene altrui come propria e chi si è consacrato alla scienza ben accoglierà uno sviluppo che, impedendo l'incremento della schiavitù, renda liberi tempo e forze per la promozione della scienza stessa.

5. I CONTRATTI DI TARIFFA TRA DATORI E PRESTATORI DI LAVORO (1900) ⁽¹⁾

⁽¹⁾ P. LOTMAR, *Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*, in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, XV, 1900, pp. 1-122. Traduzione parziale di L. GAETA, frutto di una riduzione del testo di circa 33 pagine rispetto alle 122 dell'originale, già edita in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, XXII, 1984, edizioni Franco Angeli, pp. 313 ss.

I. *Introduzione*

I contratti di tariffa (*Tarifverträge*), gli accordi e le intese tariffarie tra datori e prestatori di lavoro costituiscono un tema che ha, per più di un motivo, urgente bisogno di una trattazione giuridica.

Questo fenomeno del mondo del lavoro merita l'attenzione che qui gli si accorda, non fosse altro che per la frequenza con cui si presenta. Esso ha fatto la sua prima, timida apparizione in Inghilterra già nel secolo scorso ⁽²⁾, e si è diffuso successivamente, in misura sempre crescente, in tutti gli altri paesi, soprattutto in Germania, dove, in quasi tutti i settori produttivi, le stipulazioni di contratti di tariffa o i tentativi diretti a questo fine si sono così infittiti da costituire ormai un fatto all'ordine del giorno. Chiunque osservi i dati relativi alle agitazioni salariali in corso, confrontandoli con quelli relativi alle agitazioni passate, come emergono dai rapporti degli ispettori di fabbrica, o dalle grandi riviste che si occupano del movimento operaio, non può far altro che condividere quest'impressione. Ad ulteriore conferma può essere portato ad esempio il fatto che in appena un anno i soli lavoratori della pietra tedeschi hanno condotto trattative per la stipulazione di un contratto di tariffa in ben 23 località ⁽³⁾; i muratori tedeschi hanno intrapreso analoghe trattative contrattuali coi loro datori di lavoro in 124 località nel 1897 e in 189 nel 1898, portandole in buona parte a conclusione positiva ⁽⁴⁾.

Ma quello che rende il contratto di tariffa meritevole di considerazione scientifica non è, naturalmente, la semplice frequenza con cui ad esso si fa ricorso, ma il significato pratico che vi è connesso.

⁽²⁾ L. BRENTANO, *Die Arbeitergilden der Gegenwart*, II, Leipzig, 1872, p. 267.

⁽³⁾ Cfr. *Statistische Erhebungen über Lohn- und Arbeitsverhältnisse der Steinarbeiter Deutschlands vom 1. Oktober 1896 bis 30. September 1897*, Berlin, 1898, p. 13.

⁽⁴⁾ *Protokoll des 5. ordentlichen Verbandstages des Zentralverbandes der Maurer und verwandter Berufsgenossen Deutschlands*, Hamburg, 1899, pp. 41-65.

Per essere più precisi, non ci troviamo davanti a dei semplici effetti diffusi, che incidono sulle condizioni personali o professionali di un numero maggiore o minore di datori o di prestatori di lavoro, quanto piuttosto a delle manifestazioni di massa, solitamente viste come disturbo della pace sociale o, comunque, come ostacolo al mercato del lavoro e delle merci: infatti, non certo sempre, ma almeno nel maggior numero dei casi, è un contratto di tariffa che spinge ad intraprendere o a cessare uno sciopero, una serrata o un blocco, dando così origine a tutti quegli strumenti usati per il sostegno di queste azioni di lotta. Molto spesso si arriva ad una sospensione del lavoro, perché, ad esempio, il datore di lavoro si rifiuta di entrare in trattativa per un contratto di tariffa, o rifiuta una proposta contrattuale che gli sia stata avanzata, o non aderisce ad un contratto di tariffa già concluso, o non rispetta un contratto di tariffa che sia per lui vincolante; e, dall'altro lato, la conclusione di un contratto di tariffa significa in molti casi la ripresa del lavoro e la riassunzione dei lavoratori licenziati o sospesi. L'appariscenza di queste manifestazioni di massa inganna l'osservatore esterno, facendogli perdere di vista il reale obiettivo, sicuramente meno vistoso, delle azioni di lotta, che il più delle volte è un contratto di tariffa già concluso o da concludere.

Infine, l'esperienza insegna che la conclusione di un contratto di tariffa non si limita soltanto ad esercitare un'efficacia diretta, cioè un'efficacia nei confronti degli stipulanti e per un certo periodo di tempo; esso, piuttosto, rafforza innanzitutto il principio della stipulazione contrattuale collettiva, creando un precedente, un modello, e dimostrando l'efficienza di questo procedimento. In tal modo il contratto di tariffa finisce con l'aver effetti ben più ampi di quelli diretti: comincia ad istituzionalizzarsene l'uso.

Un fenomeno di tale frequenza e di tale portata merita sicuramente una trattazione scientifica. Eppure, non risulta che ne sia stato finora mai compiuto un esame giuridico, condotto cioè con le finalità e gli strumenti del giurista. Del contratto di tariffa si è occupato lo studioso, teorico o pratico, di economia politica e di politica sociale, ma, ovviamente, limitandosi ad esaminare i vantaggi che esso, in un sistema economico di libera concorrenza, è in grado di offrire alle parti del contratto di lavoro, e in particolare ai lavoratori. Quasi trent'anni fa Brentano richiamò l'attenzione proprio su quest'ultimo

punto ⁽⁵⁾, e da allora ha sempre propugnato con grosso fervore l'idea del contratto di tariffa, raccomandandone l'utilizzazione. Di recente i Webb si sono occupati approfonditamente del tema, esponendo con chiarezza il procedimento e l'efficacia di quella che hanno chiamato stipulazione collettiva del contratto ⁽⁶⁾. I contratti di tariffa compaiono, però, nelle trattazioni di Brentano e dei Webb, solo in relazione all'attività delle associazioni sindacali e delle camere del lavoro o di conciliazione; e i fatti che essi adducono, prendono in considerazione e pongono a base delle loro conclusioni e delle loro opinioni sono tutti ripresi dalla prassi delle relazioni industriali britanniche, che è diversa rispetto a quella tedesca. Tale stipulazione collettiva del contratto viene descritta come il punto centrale della politica delle associazioni sindacali inglesi. Con queste associazioni, sul territorio tedesco, può forse per ora reggere il confronto — riguardo a mezzi, esperienza e capacità — soltanto la lega tedesca dei tipografi. Quando, perciò, Brentano parla del contratto di tariffa nell'esperienza tedesca, si riferisce alle vicende dell'industria tipografica ⁽⁷⁾. Esclusa questa categoria, per incontrare dei contratti di tariffa tedeschi che abbiano destato una qualche attenzione scientifica, si deve scendere in un ambito locale più ristretto; e, comunque, in questi studi il contratto di tariffa riveste un ruolo decisamente secondario rispetto alle azioni di lotta che ne hanno accompagnato la formazione ⁽⁸⁾.

Ma è naturale che, quando un economista o un esperto del movimento operaio ⁽⁹⁾ esamina il contratto di tariffa, le sue conclusioni, per quanto pregevoli, non sono in grado di soddisfare le

⁽⁵⁾ L. BRENTANO, *Die Arbeitergilden der Gegenwart*, cit., pp. 22-25.

⁽⁶⁾ S. WEBB-B. WEBB, *Industrial Democracy*, London, 1897 (traduzione italiana *Democrazia industriale*, Torino, 1912).

⁽⁷⁾ Cfr. soprattutto F. ZAHN, *Die Organisation der Principale und der Gehülfen im deutschen Buchdruckgewerbe*, in *Schriften des Vereins für Socialpolitik (SVSP)*, XLV, Leipzig, 1890, pp. 329-470.

⁽⁸⁾ Ad esempio, H. BÜRGER, *Die Hamburger Gewerkschaften und deren Kämpfe von 1865-1890*, Hamburg, 1899.

⁽⁹⁾ *Protokoll der Verhandlungen des 3. Kongresses der Gewerkschaften Deutschlands*, Hamburg, 1899, pp. 150-161; *Protokoll des 5. ordentlichen Verbandstages des Zentralverbandes der Maurer und verwandter Berufsgenossen Deutschlands*, cit., pp. 142-147.

esigenze del giurista. La definizione precisa di una materia che appare per sua natura assegnata al diritto, senza però esservi completamente assorbita, è un'esigenza spesso avvertita soltanto dal giurista, che è peraltro l'unico in grado di appagarla. Spetta a lui liberare la materia da tutte quelle connessioni che non le sono essenziali, trattando cioè il contratto di tariffa non semplicemente alla stregua di un'espressione delle associazioni sindacali, o come un prodotto delle camere di conciliazione, o infine come motivo di uno sciopero o della sua cessazione. Portando in tal modo il contratto di tariffa in primo piano, appariranno più chiaramente anche quegli elementi che lo caratterizzano agli occhi del giurista, e che allo stesso tempo sono alla base della sua importanza socio-politica: il contenuto, la conclusione, l'efficacia. Poiché un esame di questi elementi può però condursi solo con riferimento ad un determinato diritto positivo, si rende imprescindibile l'uso del metodo giuridico, indispensabile per individuare ed applicare le regole del diritto. Queste regole saranno ricavate dal diritto civile tedesco, così come i fatti saranno ripresi dall'esperienza del movimento operaio tedesco.

Non vogliamo, comunque, sottacere in alcun modo, in questo primo tentativo di trattazione civilistica del contratto di tariffa, i limiti connessi ad un approccio di questo tipo. Il diritto vigente non detta praticamente alcuna norma particolare sul contratto di tariffa, nonostante il notevole peso della materia, ed anche la giurisprudenza dei tribunali industriali, nei rari casi in cui ha dovuto prendere in considerazione un contratto di tariffa, non gli ha certo attribuito l'importanza che gli compete. Perciò, anche se si riuscisse ad individuare la disciplina giuridica applicabile al contratto di tariffa, nei suoi confronti si continuerà ad avvertire in maniera particolarmente sensibile, l'insufficienza del diritto privato, insufficienza che a questo diritto è già connaturata con riferimento al rapporto di lavoro industriale. Occupandoci della stipulazione, della proroga, della determinazione del contenuto e dell'esecuzione del contratto di tariffa, non scenderemo assolutamente nell'esame degli strumenti di autotutela utilizzabili sia nei confronti della controparte che dei propri compagni. In una trattazione completa del contratto di tariffa dovrebbero essere presi in considerazione anche tali mezzi di pressione. Ma un'esigenza del genere non si pone per una trattazione come la nostra, limitata all'aspetto privatistico: essa può dedicarsi a

questo tema come se l'ordinamento privatistico fosse esauriente ed efficiente; e, procedendo entro i termini e con gli strumenti di questo ordinamento, può sperare di delineare tanto nitidamente i contorni del tema, da riuscire ad evidenziare anche quelle lacune che richiedono l'intervento del legislatore.

II. *Delimitazione del tema*

(*omissis*)

III. *Contenuto*

I. Per contenuto del contratto di tariffa si intendono le materie oggetto dell'accordo. Talvolta si tratta di un unico oggetto — l'ammontare del salario —, dal quale sembra appunto sia derivato il nome di 'contratto di tariffa'. La maggior parte dei contratti di tariffa ha però, come insegna l'esperienza, un contenuto assai più ricco, che incontra il suo unico limite giuridico nell'impossibilità di violare il buon costume o di contravvenire a norme imperative.

In generale, il contenuto — cioè la materia che è compresa nel contratto ed i termini in cui viene disciplinata — viene stabilito in ragione degli interessi dei contraenti, che concludono il contratto di tariffa in qualità di parti attuali o future di un rapporto di lavoro; si parla solo, naturalmente, di quegli interessi che riescono ad imporsi nella lotta tra le parti.

Brentano ritiene invece che esista un contenuto predeterminato del contratto di tariffa, sottratto alla disponibilità delle parti ⁽¹⁰⁾. A suo parere, la direzione dell'azienda avrebbe tre tipi di compiti: « 1) stabilire cosa produrre, ovvero i beni da offrire ai consumatori; 2) stabilire come produrre, ovvero con quali materiali, processi tecnici e manodopera realizzare tali beni; 3) stabilire le condizioni di impiego del fattore umano della produzione, come la temperatura, l'atmosfera, le misure igieniche della fabbrica, l'intensità e la durata del lavoro, il salario da corrispondere come compenso ».

⁽¹⁰⁾ Cfr. *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VIII, 1899, pp. 1335 s.; L. BRENTANO, *Reaktion oder Reform? Gegen die Zuchthausvorlage*, Berlin-Schöneberg, 1899, pp. 47 s.

Partendo da questa tripartizione, Brentano sostiene, poi, che « se il lavoratore è libero e l'imprenditore si procura la disponibilità della manodopera occorrente mediante un contratto di lavoro concluso con persone libere » (come avviene, cioè, nel nostro attuale assetto produttivo), « si devono distinguere le decisioni che il datore di lavoro deve prendere da solo rispetto a quelle cui possono legittimamente partecipare anche i lavoratori ».

Ma, secondo noi, non si può parlare di una 'legittimazione a partecipare', perché la legge, a tal proposito, tace; essa si limita, in realtà, a non vietare tale partecipazione, non limitando, cioè, in alcun modo la libertà dei lavoratori di determinare il contenuto delle loro rivendicazioni contrattuali. L'equilibrio tra le parti di un contratto di lavoro, oppure la prevalenza di una di esse, è soltanto la conseguenza di circostanze contingenti. Se le decisioni di cui al n. 1) si ritengono « di competenza esclusiva dell'imprenditore », esse sono tali non certo di diritto, ma, nella massima parte dei casi, solo di fatto. E l'imprenditore non cesserebbe certo di essere tale se, a seguito di un accordo coi lavoratori, producesse e mettesse in vendita merci diverse rispetto a prima (ad esempio, vestiti da uomo invece di soprabiti da donna). I profitti gli spetterebbero ugualmente, e i rischi ricadrebbero sempre su di lui.

Il ragionamento che stiamo contestando, determinando, oltre alla materia estranea al contratto di tariffa, anche quella che invece gli è propria, concorre a definire il contenuto del contratto di tariffa non soltanto da un punto di vista negativo, ma anche da uno positivo. Ma, in conformità all'aprioristico punto di partenza, Brentano si trova costretto ad ammettere che tra le decisioni di cui al n. 2) — che principalmente egli espunge dal contratto di tariffa — e quelle di cui al n. 3) si verifica un « passaggio impercettibile », dal momento che le prime sarebbero in grado « di influenzare le condizioni di vita dei lavoratori altrettanto seriamente » che le seconde. L'influenza di queste decisioni sulle condizioni di vita di determinati soggetti rende di sicuro proficua e utile, per l'imprenditore che non vi è direttamente interessato, la loro collaborazione.

Ma questa circostanza non ha assolutamente niente a che vedere col diritto positivo.

Il principio su cui Brentano basa la sua tripartizione, così come non offre alcun ausilio per operare una chiara distinzione tra n. 2) e

n. 3), non regge neppure nei confronti del n. 1): le condizioni di vita dei lavoratori non potrebbero essere influenzate anche dalle decisioni sul « cosa produrre »? Si pensi infatti al caso in cui il prodotto non trovi alcun consumatore, con conseguente cessazione della produzione, o all'eventualità che la legge sulla stampa renda responsabile il tipografo del contenuto dell'articolo, o al caso in cui il tipografo componga un giornale che combatta contro le sue condizioni di vita, forgiando così le armi da usare contro se stesso. I lavoratori non dovrebbero, perciò, essere esclusi neanche dalle decisioni di cui al n. 1.

La suddivisione da noi criticata ha anche il difetto di far credere che il contratto di tariffa tuteli solo gli interessi individuali dei datori o dei prestatori di lavoro; questi interessi costituiscono, in realtà, il contenuto tipico di contratti individuali, mentre invece — come vedremo — il contratto di tariffa può contenere delle disposizioni — che sono le prime a rientrare nel suo contenuto tipico — non certo in grado (quanto meno non direttamente) di influenzare le condizioni di vita dei singoli.

La tripartizione di Brentano si basa non tanto su quello che è, quanto piuttosto su quello che, a suo parere, dovrebbe essere, e sfocia perciò in postulati di cui è impossibile dimostrare la validità ⁽¹¹⁾. Per quanto ci riguarda, non intendiamo indagare ulteriormente su ciò che un contratto di tariffa dovrebbe o potrebbe contenere secondo il diritto o l'equità, ma su ciò che di solito contiene effettivamente; si ricaveranno in tal modo considerazioni assai utili.

II. Le disposizioni che costituiscono il contenuto dei contratti di tariffa, di cui ci accingiamo a parlare, sono solo quelle che si rinvencono nei contratti; se si volessero richiamare anche quelle presenti nelle proposte contrattuali, spesso ripresentate ma mai o quasi mai accolte (ad esempio, la predisposizione di laboratori per

⁽¹¹⁾ Brentano ricomprenderebbe al n. 3) (intensità e durata del lavoro) la determinazione dell'estensione temporale dell'attività produttiva. Invece, Bueck vede nella decisione, presa da un sindacato inglese, di limitare l'attività produttiva a cinque giorni settimanali, « un chiaro abuso da parte del sindacato, perché la limitazione dell'attività produttiva è compito del datore di lavoro »: F. ZAHN, *Die Organisation*, cit., p. 142; cfr. anche pp. 189 e 196.

quei sarti, calzolai etc., che lavorano a domicilio)⁽¹²⁾, dovremmo menzionare molte altre disposizioni. Non è, comunque, nostro compito quello di classificare con completezza tali disposizioni, dal momento, poi, che non tutte le disposizioni contrattuali compaiono, ovviamente, in tutti i contratti di tariffa. Le disposizioni fissate più di frequente si possono classificare nei seguenti gruppi:

1) disposizioni relative al salario. Esse riguardano:

a) il suo ammontare. Ora si prevede, genericamente, quello attualmente assicurato, ora si specifica che le tariffe attuali continuano a restare in vigore. Ma, nella maggior parte dei casi, il contratto di tariffa concede un aumento, che viene espresso o in percentuale rispetto al vecchio importo, o con l'introduzione di nuove tariffe salariali. (*omissis*)

b) la forma del salario; non poche disposizioni si riferiscono alla differenza tra salario a tempo e a cottimo, particolarmente il cottimo a pezzo, e soprattutto quella disposizione che vieta la retribuzione a cottimo; (*omissis*)

e) l'oggetto del salario; (*omissis*)

f) il luogo di corresponsione del salario; (*omissis*)

g) il momento del pagamento del salario; (*omissis*)

2) disposizioni relative all'orario di lavoro; (*omissis*)

3) disposizioni relative ai processi lavorativi in senso ampio, comprese le pause. Si tratta di disposizioni sull'impiego o sull'esclusione di determinati macchinari, sostanze, metodi⁽¹³⁾, sulla predisposizione di spogliatoi, baracche e, in generale, di misure igieniche; e di disposizioni che assicurano un trattamento umano, fra cui quella che vieta di dare del tu (ai lavoratori, naturalmente);

4) disposizioni relative alla stipulazione, all'osservanza e all'estinzione del contratto di lavoro. Vi fanno parte disposizioni sull'uso di una determinata procedura di collocamento, sulla ripresa del lavoro, sull'assunzione e il licenziamento di determinati lavoratori;

⁽¹²⁾ « Nelle assemblee sindacali è stata richiesta in molti casi anche la predisposizione di laboratori. Talvolta questa richiesta è stata anche accolta »: *Jahresbericht der badischen Fabrikinspektion für 1896*, p. 88.

⁽¹³⁾ Ad esempio, il contratto di tariffa di una filanda boema dispone che ogni tessitore debba occuparsi solo di due telai, e non più di tre o quattro: *Vorwärts*, 19 settembre 1899.

ed anche, ad esempio, quelle che prevedono, a richiesta, l'impiego di addetti, anche se essi vengono da uno sciopero ⁽¹⁴⁾. Inoltre, disposizioni sul numero degli apprendisti ammessi in un'azienda, sul preavviso di licenziamento (durata, esclusione), sui motivi di quest'ultimo, sulla costituzione di commissioni operaie, sul contenuto di un nuovo regolamento interno ⁽¹⁵⁾, sulla devoluzione ad un collegio arbitrale delle controversie relative all'esecuzione del contratto di lavoro: il contratto di tariffa dei muratori di Berlino del giugno 1899 prevede ad es. per le « liti tra datori e prestatori di lavoro in un cantiere » un procedimento con tre gradi successivi ⁽¹⁶⁾;

5) disposizioni relative a circostanze esterne al rapporto di lavoro. Sono disposizioni con le quali si riconoscono le organizzazioni operaie o si promette di non ostacolare l'appartenenza ad esse ⁽¹⁷⁾; disposizioni con le quali i lavoratori si impegnano a non diffamare quei compagni di lavoro che non abbiano aderito allo sciopero proclamato in vista della conclusione del contratto di tariffa; disposizioni sull'adozione di sanzioni pecuniarie, sulla funzione degli enti assistenziali, sulla scelta della cassa di assicurazione;

⁽¹⁴⁾ Cfr. anche, ad esempio, i nn. 3 e 4 del contratto di tariffa per le fabbriche tessili di Kottbus del 19 aprile 1896: « Anche se una parte degli ex-lavoratori può rimanere esclusa dalla riassunzione presso ogni singola fabbrica, non si dovrà, comunque, diffondere alcuna 'lista nera' valida per il caso di una ripresa del lavoro in tempi brevi ». « Fin quando non si avvertirà una carenza sensibile di forza-lavoro, non impiegheremo operai esterni »: *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VI, 1896, p. 855. Analogamente dispone il n. 3 del contratto di tariffa dei modellatori di Berlino (ottobre 1897): *Das Gewerbegericht*, 1898, p. 4.

⁽¹⁵⁾ *Verwaltungsbericht des Magistrats zu Berlin 1897-98*, p. 9. Nel contratto di tariffa dei lamieristi di Stoccarda dell'11 agosto 1899, il n. 7 recita: « Sarà redatto, di comune accordo, un regolamento interno valido per tutti i lavori di stagnatura e di installazione da effettuarsi in questo luogo »: *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VIII, 1899, p. 1254.

⁽¹⁶⁾ Almeno a giudicare dal testo pubblicato in *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VIII, 1899, p. 1071; cfr. inoltre il § 47 della tariffa dell'industria tipografica tedesca.

⁽¹⁷⁾ Contratto di tariffa dei lavoratori delle fabbriche di birra di Stoccarda: « È riconosciuto ad entrambe le parti il più pieno diritto di coalizzarsi liberamente »: *Vorwärts*, 23 marzo 1898. In un contratto di tariffa concluso nel luglio 1899 per i cantieri edili dello Yorkshire, i principali si obbligano, se l'associazione sindacale dimostra loro che degli operai le devono dei contributi, a sollecitare il pagamento di tali contributi o addirittura a licenziare gli operai che si rifiutassero di farlo!

6) disposizioni relative allo stesso contratto di tariffa, che attengono, cioè, al momento iniziale e finale della sua validità (vi appartiene, ad esempio, l'impegno dei lavoratori « a non avanzare nei prossimi due anni alcuna richiesta salariale »), alla sua disdetta e alla sua proroga, agli organi (ad esempio, commissioni di controllo, comitati di tariffa, uffici di tariffa, uffici di conciliazione) e alle modalità della sua interpretazione, estensione, attuazione e modifica ⁽¹⁸⁾. (*omissis*)

III. Il quadro che si è finora tracciato lascia emergere un'estrema varietà del contenuto del contratto di tariffa. È una varietà che deriva dalla molteplicità degli interessi che il contratto di tariffa deve tutelare. (*omissis*)

1) Tra le disposizioni (costituenti la maggioranza) che si riferiscono direttamente al rapporto di lavoro attuale o futuro, spiccano innanzitutto quelle che hanno ad oggetto lo stesso contratto di tariffa o un altro accordo generale della stessa natura. Sono le disposizioni che abbiamo poc'anzi classificato al n. 6), ed anche quelle che prevedono futuri accordi di determinazione in dettaglio delle tariffe salariali o sul regolamento d'azienda ⁽¹⁹⁾. Queste disposizioni del contratto di tariffa regolano semplicemente il rapporto contrattuale collettivo; non esercitano perciò un'influenza diretta sui diritti e doveri del datore e del prestatore di lavoro, se non nella misura in cui il contratto di tariffa contiene disposizioni che andranno a costituire il contenuto stesso di successive tariffe speciali o regolamenti d'azienda, o contiene, comunque, altre disposizioni sostanziali.

⁽¹⁸⁾ Cfr., ad esempio, F. ZAHN, *Die Organisation*, cit., pp. 401-403; §§ 39-53 della tariffa dell'industria tipografica tedesca; n. 4 del contratto di tariffa dei conciatori di Berlino (ottobre 1896): *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, IX, 1900, p. 130.

⁽¹⁹⁾ Cfr. il contratto di tariffa dei muratori di Berlino (giugno 1899): « Nell'autunno di ogni anno la commissione di cui al n. III deve riunirsi e fissare le condizioni salariali e lavorative valide per l'annata successiva ». Il contratto di tariffa dei falegnami di Kiel prevede: « Sarà costituita quanto prima una commissione paritetica, composta da tre rappresentanti ciascuno dei datori e dei prestatori di lavoro, a) per dibattere e predisporre le tariffe di cottimo, b) per fissare il compenso del lavoro esterno, e) per determinare l'orario di lavoro, d) come organo permanente di risoluzione delle controversie ». *Das Gewerbegericht*, 1897, p. 126.

2) Tra le disposizioni di un contratto di tariffa, la maggior parte ha un valore permanente, altre invece hanno valore soltanto transitorio. Queste ultime sono dettate in relazione a circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto di tariffa, ma non destinate a durare nel tempo: ci riferiamo a quelle azioni, tipiche del conflitto industriale, intraprese in vista della stipulazione di un contratto di tariffa e destinate perciò a cessare una volta raggiunto l'obiettivo. Vi appartengono disposizioni sulla ripresa del lavoro, sulla cessazione di un blocco, di un boicottaggio, di una serrata, sulla revoca dei licenziamenti, sulla riassunzione dei lavoratori, sul licenziamento di collaboratori, capisquadra, capireparto malvisti etc. Una disposizione transitoria assai frequente, anche se talvolta imprecisa, è quella che vieta di comminare, in tali casi, sanzioni disciplinari ⁽²⁰⁾.

3) Tra le disposizioni non transitorie, ce ne sono; da un lato, alcune che attribuiscono all'autonomia contrattuale le materie lasciate completamente scoperte da ogni altro tipo di regolamentazione, specie legislativa, come, ad esempio, il collocamento, la difesa della libertà di coalizione, e in particolare l'ammontare dei salari: la legge, infatti, rimette per intero all'autonomia privata il compito di determinare il parametro di calcolo della retribuzione, e, in ogni caso, i minimi e i massimi salariali, e l'eventuale ammontare della maggiorazione per il lavoro straordinario. L'unico limite posto dalla legge ai massimi e minimi salariali consiste nel divieto di sfruttare lo stato di necessità, l'ingenuità o l'inesperienza. Anche questi limiti, però, spesso è come se non esistessero, visto che in molte industrie domestiche permangono, assolutamente incontestati, salari da fame, che integrerebbero in pieno la fattispecie punita dalla legge. A queste disposizioni, che ricadono in un campo in cui la legge non interviene, se ne affiancano altre che intervengono in ambiti già disciplinati dalla legge. È il caso in cui esse sostituiscono una norma

⁽²⁰⁾ Transitoria è anche la seguente disposizione, benché sia stata emanata a causa di circostanze esistenti, al momento della conclusione del contratto, non tra i paciscenti, ma tra i loro colleghi: essa compare nel contratto di tariffa che pose fine allo sciopero dei carpentieri di Barmen (agosto 1899) e recita: « I principali si impegnano, fin quando durerà lo sciopero dei carpentieri di Elberfeld, a non intraprendere alcun lavoro per conto dei principali di quel luogo, e a non inviare in prestito alcun lavoratore ad Elberfeld »: *Vorwärts*, 24 agosto 1899.

dispositiva (ad esempio, disciplinando il licenziamento in modo diverso dalla legge), ovvero occupano lo spazio lasciato libero dalla legge, nel caso in cui questa detti soltanto i principi generali o rinvii ad un'autorità di competenza inferiore — il comune, il *Bundesrat*, l'autorità centrale della regione, la camera dell'artigianato, la corporazione — (ad esempio, fissando il momento del pagamento, la limitazione del numero degli apprendisti, la durata, l'inizio, la fine e le pause della giornata lavorativa) ⁽²¹⁾. Molte di tali disposizioni contrattuali sono attuative di provvedimenti legislativi o sostitutive di provvedimenti amministrativi: si confronti, ad esempio, il § 31 del contratto di tariffa dell'industria tipografica tedesca, che fissa la giornata lavorativa in nove ore, con la disposizione del *Bundesrat* per le panetterie e pasticcerie, che stabilisce turni di lavoro di dodici ore.

4) Il contenuto del contratto di tariffa si può confrontare non solo — come si è appena fatto — col contenuto di disposizioni di legge o di provvedimenti amministrativi, ma anche col contenuto di accordi individuali. Nel contratto individuale, cioè nel contratto di lavoro, ogni contraente cerca di affermare il proprio interesse individuale, cerca, cioè, di modellare il rapporto di lavoro nel modo più vantaggioso, in relazione alla sua posizione di datore o di prestatore di lavoro (riguardo, ad esempio, all'importo del salario, all'orario di lavoro, alla durata del contratto). Tutti questi punti possono essere regolati anche con un contratto collettivo; essi possono, cioè, formare il contenuto di un contratto di tariffa, e questa disciplina collettiva ha, tra l'altro, il particolare valore di portare a livello collettivo quell'interesse individuale che il singolo, in quanto tale, difficilmente potrebbe far valere.

A questo livello c'è spazio, però, non soltanto per quegli aspetti che potrebbero costituire oggetto anche di un contratto individuale, ma anche per altri aspetti del tutto estranei ad un accordò tra singoli, che trovano la loro sede naturale in una regolamentazione collettiva, l'unica in grado di esprimere e realizzare al tempo stesso sia gli interessi propri di una collettività sia gli interessi dei suoi singoli membri. Nel contenuto del contratto di tariffa trovano sistemazione interessi che, travalicando interessi individuali, di mestiere o di

⁽²¹⁾ Cfr. §§ 119a co. 2 n. 1, 128 co. 2, 130, 120 e co. 3 GewO.

classe, sono estranei, più o meno completamente, al contenuto del singolo contratto individuale di lavoro. Alcune disposizioni, che sarebbe impensabile ottenere attraverso un contratto individuale, possono invece trovare posto in un contratto di tariffa, anche grazie al peso collettivo esercitato da parte dei lavoratori — e talvolta anche da parte dei datori di lavoro — nella conclusione di un. tale tipo di contratto. Questo peso collettivo provoca nella controparte non solo quell'impressione immediata prodotta da ogni gruppo compatto di persone, ma anche la consapevolezza che sarà più difficile trovare qualche datore di lavoro o lavoratore, disposto a stipulare un contratto individuale di lavoro a condizioni più favorevoli per la controparte.

Nel complesso, è naturale che il contratto di tariffa, che ha la sua peculiarità nella natura collettiva dei contraenti, presenti anche un contenuto altrettanto peculiare, basato — come si è detto — sull'interesse comune e sul peso esercitato dalla collettività. Chiariamolo con alcuni esempi.

Tutte le disposizioni relative allo stesso contratto di tariffa — durata, proroga, modifica, mezzi di conservazione etc. — possono inserirsi solo in un contratto di tariffa e non in un contratto individuale, cioè in un contratto di lavoro. L'interesse alla stabilità del contratto di tariffa è un interesse che prevale chiaramente su quello del singolo lavoratore e, nel caso essi siano più d'uno, del singolo datore di lavoro. Sarebbe, ad esempio, assurdo, una volta concluso un contratto di tariffa, stabilire la sua durata nel contratto individuale di lavoro. La validità del contratto di tariffa, pur stipulato da tutti, cesserebbe in momenti diversi per ogni singolo datore o prestatore di lavoro. E questo vale per tutte le altre disposizioni relative allo stesso contratto di tariffa, tanto che la loro semplice lettura basta a far capire che si tratta di forme tipiche della contrattazione collettiva e non di quella individuale ⁽²²⁾.

Il riconoscimento di un'organizzazione operaia — e, conseguen-

⁽²²⁾ Cfr. p. 168 n. 6 [n.d.t. dell'originale qui tradotto], e il contratto di tariffa dei conciatori di Berlino: « Le parti, da tre mesi prima della scadenza del contratto, possono liberamente entrare in trattativa per la modifica delle condizioni lavorative. Datori e prestatori di lavoro si obbligano espressamente, nel caso in cui non si sia raggiunto un nuovo accordo al momento della scadenza del contratto, ad adire entrambi l'ufficio di

temente, l'impegno a non ostacolare la partecipazione ad essa, a non operare licenziamenti motivati da tale partecipazione, a trattare, eventualmente, con i suoi dirigenti — travalica l'interesse individuale del singolo lavoratore. Il lavoratore che, pur dichiarandosi appartenente ad un'organizzazione operaia, ha in ogni caso un datore di lavoro disposto a dargli lavoro, non avrebbe nessun interesse, come persona o come lavoratore, ad una tale disposizione contrattuale: la cui inclusione nel suo contratto di lavoro non produrrebbe alcuna conseguenza sul suo rapporto di lavoro. L'interesse di una collettività, che viene in luce in questo caso, rappresenta una caratteristica del contratto di tariffa, cioè, di un contratto stipulato collettivamente da più soggetti. Ma anche ammettendo, nel nostro caso, la sussistenza di un interesse individuale del lavoratore (che potrebbe consistere negli eventuali ostacoli che, una volta cessato il suo attuale rapporto di lavoro, gli fossero frapposti da un altro datore di lavoro, questa volta ostile all'organizzazione operaia), egli non potrebbe mai soddisfare questo interesse con il suo contratto di lavoro, ma solo mediante un contratto collettivo, stipulato da una collettività di lavoratori con una collettività di datori di lavoro.

Può, poi, risultare indifferente al singolo datore o prestatore di lavoro che conclude un contratto di lavoro una disposizione che regoli la predisposizione di un apposito ufficio di collocamento e la sua composizione (misto, neutrale o a maggioranza operaia o datoriale). Non avendovi i singoli contraenti alcun interesse individuale, una disposizione sul collocamento non si adatta affatto ad un contratto di lavoro; andrà bene, invece, in un contratto di tariffa, in grado di far valere interessi delle due parti che travalichino quelli dei singoli contraenti del contratto di lavoro.

Anche la limitazione del numero degli apprendisti è materia che può essere affrontata solo da un contratto di tariffa ⁽²³⁾. Potrebbe pensarsi che al singolo garzone, che conclude un contratto di lavoro o che sia già occupato, sia indifferente quanti apprendisti voglia

conciliazione del tribunale industriale per il componimento del disaccordo. Fino al momento della decisione dell'ufficio di conciliazione, non può aver luogo né uno sciopero né una serrata ».

⁽²³⁾ Tutto ciò che si dice sui garzoni e sugli apprendisti vale anche, in alcuni settori (ad esempio, quello della birra), per i lavoratori specializzati e per gli 'aiutanti'.

assumere il suo — o un altro — datore di lavoro; le sue prestazioni contrattuali non sarebbero, comunque, pregiudicate. Eppure, un fatto del genere minaccia ugualmente l'interesse individuale del garzone: intanto, il suo datore di lavoro potrebbe trovare più conveniente sostituirlo con un apprendista più anziano e che perciò termina prima il suo periodo di tirocinio; e poi, gli potrebbe riuscire difficile trovare un altro impiego, perché tutti i posti di garzone sono occupati da questi lavoratori anziani. Col contratto di lavoro si potrebbe forse scongiurare il primo pericolo, senza tuttavia limitare il numero degli apprendisti ⁽²⁴⁾. Ma contro il secondo pericolo, una volta che il garzone ha, per un qualsiasi motivo, perduto il suo posto di lavoro, il contratto individuale di lavoro non gli potrà fornire più alcun aiuto. Un contratto individuale non è assolutamente in grado di tutelare questo interesse, che il lavoratore non ha nei confronti di un singolo datore di lavoro, ma nei confronti di tutti gli imprenditori della categoria professionale cui appartiene; ed esso può essere recepito soltanto in un contratto collettivo che vincoli i datori di lavoro. Il contratto individuale è chiaramente del tutto inidoneo a tutelare l'interesse di mestiere o di classe a mantenere basso il numero degli apprendisti. Un interesse generale non può essere tutelato da un contratto individuale, mentre invece un interesse individuale può essere tutelato da un contratto collettivo; solo un tale contratto è in grado, nell'interesse generale, di mantenere bassa l'offerta di manodopera ⁽²⁵⁾.

5) Per le disposizioni del contratto di tariffa possono poi proporsi anche delle distinzioni di tipo giuridico, che — come si dimostrerà in seguito — rilevano ai fini dell'efficacia giuridica del contratto di tariffa. Si possono distinguere:

a) disposizioni che disciplinano il loro oggetto in modo stabile e completo, ed altre che invece lasciano dei margini di autonomia, dettano soltanto un principio generale, stabiliscono dei limiti minimi

⁽²⁴⁾ F. TIEDEMANN, *Die neuere Entwicklung der Arbeitsverhältnisse und der gewerkschaftlichen Organisation im Buchdruckgewerbe*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* (ZgSW), LIII, 1897.

⁽²⁵⁾ F. TIEDEMANN, *Die neuere Entwicklung*, cit., pp. 50 s.; F. ZAHN, *Die Organisation*, cit., p. 344.

o massimi ⁽²⁶⁾. L'adempimento (o la violazione) delle prime è sempre integrale, mentre nelle seconde può avvenire in modi diversi, purché non si derogano i principi generali. Alle disposizioni del primo tipo appartengono anche i casi in cui il contratto di tariffa formula tariffe salariali diverse — ma tutte prefissate — a seconda delle mansioni, dell'età, dell'anzianità di servizio, del luogo; in questo caso, infatti, nessuno spazio è lasciato alla regolamentazione individuale. Esistono, però, anche disposizioni elastiche, che, per il salario, stabiliscono soltanto un valore di media ⁽²⁷⁾ o un limite minimo o massimo ⁽²⁸⁾, o fissano per lo stesso settore produttivo due tipi di tariffe ⁽²⁹⁾, o affermano che il lavoro notturno o domenicale deve essere svolto « solo in casi di assoluta necessità ».

b) disposizioni che obbligano l'una o l'altra parte — che altrimenti non vi sarebbero tenute — ad una condotta, un fare o un sopportare, e disposizioni che non prevedono obblighi di questo genere. Alle prime appartengono quelle che riguardano la ripresa del lavoro, la riassunzione di lavoratori licenziati, la non irrogazione di sanzioni disciplinari, il licenziamento di determinati lavoratori o capireparto, l'affissione della tariffa sul luogo di lavoro, l'allestimento di apposite baracche nei cantieri edili, il non superamento di un certo numero di apprendisti, l'uso di un preciso sistema di colloca-

⁽²⁶⁾ A nessuno dei due tipi appartengono quelle disposizioni che manifestano un'astensione della regolamentazione collettiva: ad esempio, « i salari di cottimo sono lasciati al libero accordo delle parti »; « il salario da corrispondere a chi abbia perso parte della sua capacità di lavoro a causa di infortunio, vecchiaia o invalidità, è lasciato al libero accordo delle parti »; « la composizione di caratteri dell'alfabeto ebraico (o di un altro alfabeto orientale) e di note musicali viene regolata da un accordo speciale ».

⁽²⁷⁾ Il contratto di tariffa dei carpentieri di Brema (agosto 1899) dispone: « Il salario medio è di 46 pfennig all'ora. Ma questa somma può variare, in alto o in basso, a seconda del rendimento ».

⁽²⁸⁾ « Il salario orario, a partire dal 1° agosto, può variare da 28 a 36 pfennig a seconda del rendimento »: contratto di tariffa dei carpentieri di Pforzheim, in *Das Gewerbegericht*, 1897, p. 126. « Per il salnitro, il guano e i cereali [...] si paga un salario giornaliero da 4,20 a 5 marchi »: tariffa salariale dei portuali di Amburgo, in *Protokolle der Senatskommission für die Prüfung der Arbeitsverhältnisse im Hamburger Hafen*, Hamburg, 1898, p. 349.

⁽²⁹⁾ Il contratto di tariffa dei sarti di Königsberg (marzo 1899) stabilisce che è il tribunale industriale a decidere le controversie sull'applicabilità della prima o della seconda tariffa.

mento, l'impegno a costituire un apposito ufficio di collocamento e a predisporre determinate tariffe speciali. Disposizioni che, invece, non obbligano direttamente ad una condotta sono, ad esempio, quelle che fissano i termini di validità del contratto di tariffa e quelle nominate per prime sub. c.

c) da un lato, disposizioni che regolano i futuri contratti di lavoro, che ne diventano parte integrante, e che, perciò, acquistano efficacia solo se viene stipulato un contratto di lavoro; e, dall'altro, tutte le rimanenti disposizioni. Le prime — che possono essere chiamate condizioni salariali e lavorative in senso stretto ⁽³⁰⁾ — costituiscono la base del contratto di tariffa, ne rappresentano il contenuto essenziale; esse regolano le reciproche prestazioni delle parti del contratto di lavoro, e si riferiscono sia al salario, in tutti gli aspetti di cui si è detto in precedenza, sia al lavoro. Sono essenzialmente volte a determinare misura, forma, oggetto, luogo e tempo del salario, e orario di lavoro. Vi appartengono, inoltre le disposizioni sulla durata del contratto, in particolar modo sul recesso. Si contrappongono a questo vasto gruppo quelle disposizioni che non regolano, neppure indirettamente, i singoli contratti di lavoro, ma che invece influenzano i rapporti delle parti del contratto di tariffa in un modo diverso, o imponendo all'uno o all'altro una determinata condotta (p. 174, b) o intervenendo sullo stesso contratto di tariffa (p. 168, 1).

IV. *Stipulazione*

I. È emerso, finora, che i contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro sono contratti che determinano le condizioni salariali e lavorative in senso stretto, valide per i contratti di lavoro che intercorreranno successivamente tra le parti (sub. c), e che possono contenere eventualmente anche disposizioni di altro tipo.

Un contratto del genere presuppone l'esistenza di una collettività dal lato dei lavoratori, dal lato, cioè, di quei soggetti che nei futuri contratti di lavoro rivestiranno la posizione di lavoratori. Un

⁽³⁰⁾ L'espressione « condizioni salariali e lavorative » comprende, in un'accezione più ampia, l'intero contenuto del contratto di tariffa. In realtà, anche il salario, che è il corrispettivo del lavoro, farebbe parte delle condizioni lavorative.

contratto contenente le condizioni salariali e lavorative, concluso da una collettività di lavoratori con un imprenditore, non è un contratto di tariffa se detta queste condizioni a beneficio dei contratti già vigenti. Ad esempio, il contratto di un imprenditore edile con cinquanta muratori italiani, di un proprietario terriero con cento mietitori lituani, di un produttore di zucchero di barbabietola con cinquanta operai polacchi, non è un contratto di tariffa se non detta condizioni valide per i futuri contratti di lavoro; siamo piuttosto in presenza di una pluralità di contratti di lavoro, tanti quanti sono i singoli lavoratori. Alla pluralità dei lavoratori corrisponde in questo caso una pluralità di contratti di lavoro, riuniti in un unico atto o in un unico documento per una semplice esigenza di brevità ⁽³¹⁾; ma nulla avrebbe vietato di stipulare per esteso un singolo contratto per ogni lavoratore.

Il contratto di tariffa, invece, costituisce un unico contratto, nonostante che alla sua conclusione concorra una collettività di lavoratori. E questa unitarietà non è meramente apparente, non è la conseguenza della somma di più contratti, ma si fonda sul contenuto sostanziale — e perciò sull'essenza stessa — del contratto di tariffa. Esso stabilisce le condizioni valide per i contratti di lavoro di una collettività di lavoratori: perciò non può essere concluso da un singolo lavoratore, ma solo da una collettività di lavoratori.

La presenza di una collettività è indispensabile solo dalla parte dei lavoratori, non anche da quella dei datori di lavoro, poiché il contratto di tariffa potrebbe anche non stabilire le condizioni valide per i contratti di lavoro stipulati da una collettività di datori. Un contratto di tariffa può quindi — e il fatto non è raro ⁽³²⁾ — essere concluso anche da un solo titolare di fabbrica, da un solo imprenditore edile, da un solo proprietario di miniera. Ma il contratto di tariffa concluso con una collettività di datori di lavoro ha naturalmente un ambito di efficacia maggiore rispetto a quello concluso con un singolo. Così come l'indispensabile presenza di una collettività di

⁽³¹⁾ *Die Verhältnisse der Landarbeiter in Deutschland*, in *Schriften des Vereins für Sozialpolitik (SVSP)*, LIV, Leipzig, 1892, pp. 577, 582, 585.

⁽³²⁾ Cfr., ad esempio, *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, V, 1896, p. 24; *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VI, 1897, p. 105; *Das Gewerbegericht*, 1897, p. 24.

lavoratori non impedisce la considerazione unitaria del contratto di tariffa, così anche la presenza di una pluralità di datori di lavoro non ci deve indurre a ritenere di essere in presenza di una pluralità di contratti di tariffa.

Se la proposta di concludere un contratto di tariffa è avanzata dalla parte operaia, questa parte deve essere necessariamente costituita da una collettività, che dovrà considerarsi l'autore collettivo della proposta. Se la proposta proviene dalla parte datoriale, essa può essere indifferentemente presentata sia da più datori di lavoro che da uno solo di essi, ben potendo anche un singolo datore di lavoro concludere un contratto di tariffa.

Se la proposta è fatta alla parte operaia, essa deve essere indirizzata ad una collettività e predisposta per essa.

Ma si può pensare che la proposta non incontri una collettività già formata, e che all'inizio la necessaria collettività si formi gradualmente, attraverso l'accettazione della proposta da parte dei singoli lavoratori, uno dopo l'altro; in questo caso, potrà ritenersi concluso un contratto di tariffa solo se in tal modo, poco alla volta, si sia realmente formata una collettività.

Se la proposta è fatta invece alla parte datoriale, essa non ha bisogno di essere rivolta ad una collettività e predisposta per essa, potendo il contratto di tariffa essere concluso anche da un singolo datore di lavoro. Ma anche quando i lavoratori vogliono concludere un contratto di tariffa con una pluralità di datori di lavoro, e si rivolgono, invece che a tutti insieme, ad ognuno di essi, uno dopo l'altro ⁽³³⁾, il contratto di tariffa può già considerarsi concluso quando il singolo datore di lavoro abbia accettato la proposta. La successiva accettazione degli altri datori non influirà sull'esistenza del contratto di tariffa, ma solo sul suo ambito di efficacia. La loro è un'adesione ad un contratto già perfezionato. Un'adesione successiva — come vedremo in seguito — può avvenire anche dalla parte

⁽³³⁾ Nel giugno 1898, i garzoni delle panetterie di Lipsia indirizzarono la proposta di contratto di tariffa ad ogni singolo panettiere, che manifestava la sua accettazione apponendovi la propria firma: *Vorwärts*, 29 giugno 1898. Cfr. inoltre *Bäckerstreik und Brotboycott in Hamburg, Altona und Wandsbeck im Jahre 1898* (a cura della direzione delle corporazioni dei panificatori di Amburgo, Altona e Wandsbeck), Hamburg, 1899, p. 30.

operaia, incrementando così la collettività originaria. Ma questo tipo di adesione — da qualunque parte essa provenga — non incide mai sulla natura giuridica del contratto di tariffa.

Il fatto che il contratto di tariffa detti le condizioni valide per i contratti di lavoro di una collettività di lavoratori e non di datori di lavoro (che, quand'anche sussistesse, non sarebbe comunque indispensabile) e che, abitualmente, l'ineliminabile collettività di lavoratori sia presente al momento della conclusione del contratto di tariffa, si spiega anche alla luce dell'attuale assetto produttivo: infatti, nella maggior parte delle aziende ad un unico datore di lavoro si contrappongono più lavoratori, per cui la pluralità dei contratti di lavoro — stipulati in attuazione del contratto di tariffa — deriva dalla presenza di una pluralità di lavoratori, e non certo di datori di lavoro.

Per i contratti di tariffa di livello inferiore, per quelli, cioè, che danno vita a tariffe aziendali o di fabbrica, è sufficiente l'esistenza della collettività dei lavoratori presenti in quell'azienda o in quella fabbrica. Per fissare, invece, una tariffa valida per un'intera zona o per un intero settore produttivo, sarà necessaria la presenza anche di una parte datoriale collettiva; e per di più, in questo caso di contratto di tariffa di più vasta portata, la composizione collettiva di ambedue le parti si estrinsecherà in una struttura articolata e complessa.

All'unitarietà del contenuto — caratteristica del contratto di tariffa — corrisponde un'unitarietà di categoria professionale dei soggetti che costituiscono la parte collettiva. Solo lavoratori che stipulano contratti di lavoro identici tra loro in ragione della stessa attività esercitata, possono essere parti di un contratto di tariffa destinato a regolare tali contratti: muratori e mugnai non possono prender parte ad un unico contratto di tariffa, anche se, in virtù di un interesse economico comune, un gruppo può sostenere l'altro nella conclusione di un contratto di tariffa, e, insieme, possono probabilmente dar vita ad un cartello sindacale. Allo stesso modo, soltanto datori di lavoro che stipulano contratti di lavoro identici tra loro in ragione della stessa attività esercitata, possono essere parte di uno stesso contratto di tariffa: i datori di lavoro, come tali, possono riunirsi in un'associazione imprenditoriale e aiutarsi reciprocamente per la realizzazione dei propri interessi, ma tra essi, però, solo gli

appartenenti ad una stessa categoria produttiva possono prender parte ad un contratto di tariffa destinato a regolare i contratti di lavoro di quella categoria ⁽³⁴⁾.

II. Il contratto di tariffa presenta una serie di difficoltà che non è dato riscontrare quando si stipula un qualsiasi altro contratto. Il contratto di tariffa non è, infatti, soltanto l'accordo di due contraenti i cui interessi contrattuali non coincidono, ma anche l'accordo interno di ognuna delle parti contrattuali plurisoggettive (da parte operaia: sempre, da parte datoriale: spesso). La proposta potrà, perciò, essere avanzata o accettata solo quando la collettività dei lavoratori avrà raggiunto un accordo in ordine ad essa. La formazione dell'accordo all'interno di una parte contrattuale costituita da più persone legate dall'appartenenza alla stessa categoria professionale, è tanto più difficile quanto più alto è il loro numero e quanto più basso è il numero di chi si era dedicato alla tutela degli interessi di categoria ancor prima che si prospettasse l'eventualità di stipulare un contratto di tariffa. Talvolta, in verità, l'accordo si forma con poco sforzo e in brevissimo tempo, se le condizioni salariali e lavorative vigenti appaiono a tutti chiaramente inadeguate rispetto ad una loro riformulazione; il più delle volte, però, c'è bisogno di un lungo dibattito all'interno di piccoli gruppi, che esprimono poi degli uomini di fiducia, per portare in una o più pubbliche assemblee le richieste destinate a dar corpo ad una proposta contrattuale in grado di essere portata all'esterno ⁽³⁵⁾. Il raggiungimento di questo risultato parziale (ma che, ciononostante, costituisce la premessa indispensabile per concludere un contratto di tariffa) può essere ostacolato da una sorta di atteggiamento apatico che spesso hanno nei

⁽³⁴⁾ Settori produttivi affini possono comunque fissare delle disposizioni di comune accordo. Ad esempio, a Jena, nel marzo 1898, le commissioni salariali unite dei carpentieri, dei muratori, degli edili, degli sterratori e dei manovali hanno stabilito, coi rappresentanti dei rispettivi datori di lavoro, una disciplina comune dell'orario di lavoro: *Vorwärts*, 30 marzo 1898. Cfr. inoltre le trattative, condotte a Lipsia nel marzo 1897, fra una commissione di muratori e carpentieri e una commissione dei rispettivi datori di lavoro: *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VI, 1897, p. 613.

⁽³⁵⁾ Cfr., ad esempio, F. TÖNNIES, *Das Verbrechen als soziale Erscheinung*, in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, cit., VIII, 1895, pp. 685 ss.

confronti delle agitazioni salariali molti lavoratori che dovrebbero invece vedere nel contratto di tariffa lo strumento più idoneo per uscire dalla loro posizione di sfavore ⁽³⁶⁾.

Un accordo all'interno della parte datoriale si rende necessario solo se il contratto di tariffa deve essere stipulato contemporaneamente da più datori di lavoro. Si tratta di un accordo facilmente raggiungibile, dal momento che è coinvolto un numero assai più ristretto di persone, il cui collegamento, poi, comporta ben poca fatica. C'è però da dire che gli imprenditori hanno spesso interessi divergenti e la loro solidarietà può essere compromessa dalla presenza di condizioni economiche spesso assai divergenti ⁽³⁷⁾.

Una volta superate queste difficoltà materiali che possono sorgere nel raggiungimento dell'accordo interno delle due parti, rimangono ancora, talvolta, delle difficoltà formali che possono nascere al momento delle trattative; difficoltà derivanti sempre dalla composizione plurisoggettiva della parte, e forse anche dal fatto che alcuni di questi soggetti potrebbero non avere la necessaria capacità a condurre tali trattative.

Si affaccia, quindi, il pericolo che l'accordo interno, faticosamente raggiunto, possa dissolversi nel momento dell'incontro con la controparte, se questa opponesse qualche resistenza. Non è, infatti, sufficiente, per stipulare un contratto di tariffa, che la parte operaia avanzi una proposta contrattuale unitaria; essa, infatti, deve saper conservare o riproporre questo atteggiamento unitario anche quando la controparte accetta la proposta solo parzialmente. Un tale tipo di accettazione equivale all'avanzamento di una controproposta. Ora, sia che questa controproposta sia accettata, sia che venga riprospettata la proposta originaria, sia che ne venga avanzata una nuova, i lavoratori debbono sempre presentarsi come una collettività unitaria; e costituire, salvaguardare o rifondare una collettività unitaria di lavoratori è cosa sicuramente difficile, che rende perciò altrettanto difficile la conclusione di un contratto di tariffa.

⁽³⁶⁾ Lo stesso effetto può nascere anche da una causa opposta, cioè da una posizione privilegiata del lavoratore, ad esempio dalla proprietà di un piccolo pezzo di terreno: *Jahresbericht der badischen Fabrikinspektion für 1896*, p. 86.

⁽³⁷⁾ Cfr. F. ZAHN, *Die Organisation*, cit., p. 398.

III. Alle difficoltà di cui si è finora parlato, relative alla pluralità dei soggetti interessati, se ne aggiunge un'altra, relativa invece alla differenza di classe sociale tra le parti contraenti. Una parte del contratto di tariffa è costituita da appartenenti alla classe operaia, mentre l'altra parte comprende membri della classe imprenditoriale, che è parte della classe dei proprietari.

La prima affermazione può essere sostenuta senza eccezioni, poiché nessun membro della parte operaia del contratto di tariffa ha la proprietà dei mezzi primari di produzione ⁽³⁸⁾, e dipende dall'uso di mezzi di produzione che sono di proprietà altrui. In verità, talvolta, la parte operaia del contratto di tariffa potrebbe essere costituita anche da soggetti che sono imprenditori dal punto di vista economico (e quindi hanno la proprietà dei mezzi di produzione), ma che stipulano il contratto di tariffa in qualità di lavoratori, come gli spedizionieri nei confronti dei commercianti o gli stivatori nei confronti degli armatori ⁽³⁹⁾. Ma questi contratti di tariffa spesso non hanno pubblicità esterna, e coinvolgono un interesse collettivo assai ridotto, poiché, rispetto ad un contratto di tariffa stipulato da parti provenienti da differenti classi sociali, il numero dei partecipanti è più esiguo, l'intervento di un ufficio di conciliazione è precluso, e l'accordo interviene in modo molto più facile.

L'affermazione che la parte datoriale è costituita da appartenenti alla classe imprenditoriale, che è 'parte della classe dei proprietari, può essere invece sostenuta con una sola riserva, che non è relativa a differenze di dimensione dell'azienda o di forza economica, ben potendo stare insieme il piccolo fabbricante di birra con il grande, il falegname col mobiliere, l'imprenditore individuale con la società per azioni o con il pubblico erario ⁽⁴⁰⁾: differenze di questo tipo non pregiudicano l'assunzione di una posizione economica unitaria nei confronti della parte operaia ⁽⁴¹⁾. L'eccezione risiede nel fatto che alla parte datoriale del contratto di tariffa possono appartenere

⁽³⁸⁾ Al contrario della proprietà di determinati materiali e strumenti di lavoro.

⁽³⁹⁾ Cfr. F. TÖNNIES, *Das Verbrechen*, cit., p. 685; *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VI, 1897, p. 250.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. *Das Gewerbegericht*, 1897, p. 16; *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VI, 1897, pp. 105 s.

⁽⁴¹⁾ A meno che l'azienda sia microscopica e i suoi profitti minimi.

anche datori di lavoro che non hanno la proprietà dei mezzi primari di produzione, ma che fanno eseguire il lavoro con mezzi di produzione di proprietà altrui, più precisamente di proprietà di un soggetto che, a sua volta, è il loro datore di lavoro. Nelle aziende di abbigliamento, in quelle calzaturiere, nelle falegnamerie edili, nelle industrie di laterizi ed in alcuni altri settori, questi datori di lavoro assumono il nome di capomastro, cottimista, intermediario etc. Alla conclusione del contratto di tariffa del settore delle confezioni per uomo, stipulato a Berlino nel 1896, hanno preso parte, in qualità di datori e prestatori di lavoro, questi cosiddetti *Zwischenmeister* (42). In tali circostanze — è appena il caso di segnalarlo — esistono diverse sfumature: un capomastro che, grazie al possesso di capitali, è in grado di mantenere una fabbrica nella quale organizza il lavoro o retribuisce i suoi dipendenti con mezzi propri, deve essere annoverato, in qualità di datore di lavoro, nella classe imprenditoriale e, quindi, nella classe dei proprietari. La differenza economica tra classi sociali, che nel campo del diritto privato coincide, all'atto della stipulazione di un contratto di tariffa, con la contrapposizione tra datori e prestatori di lavoro, provoca, in relazione a tale stipulazione, ostacoli che l'esperienza permette di classificare in quattro categorie.

1) In primo luogo, la differenza di classe rende difficile l'accordo, perché, da un lato, gli imprenditori non comprendono certamente i reali bisogni dei lavoratori e non considerano perciò con imparzialità le loro proposte (43), mentre, dall'altro lato, i lavoratori possono avere una visione incompleta dei rapporti di mercato e delle condizioni aziendali, e una minore comprensione per le esigenze imprenditoriali di profitto (44).

2) In secondo luogo, esistono non pochi datori di lavoro convinti che trattare — o concludere — coi lavoratori un contratto di

(42) O. WEIGERT, in *Soziale Praxis*, V, 1896, cit., pp. 626-630; cfr. anche *Das Gewerbegericht*, 1896, pp. 44 e 85.

(43) Sarebbe altrimenti inspiegabile perché delle esigenze ovvie per ogni persona civile (come, ad esempio, le baracche dei cantieri edili e i gabinetti) debbano essere prospettate di continuo nelle proposte di contratto di tariffa dei muratori.

(44) Cfr. F. ZAHN, *Die Organisation*, cit., p. 431. O. WEIGERT, in occasione della stipulazione, avvenuta l'anno prima, di un contratto di tariffa per i muratori di Berlino, riconosce ai lavoratori stipulanti « che essi comprendono anche le esigenze dei datori di lavoro »: in *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VIII, 1899, cit., p. 1072.

tariffa implichi una rinuncia a parte delle loro prerogative di imprenditori ⁽⁴⁵⁾. Questi stessi imprenditori (come, d'altronde, tutti gli altri) stipulano, però, ogni anno dei contratti di lavoro coi loro dipendenti — collocandosi, quindi, su un piano privatistico di uguaglianza giuridica rispetto ad essi — e si assoggettano a tribunali formati anche da lavoratori ⁽⁴⁶⁾, senza che tutto ciò menomi in qualche modo il loro prestigio di imprenditori. La repulsione che molti imprenditori provano nei confronti del contratto di tariffa deve allora consistere in qualcos'altro che non sia un generale timore a vincolarsi secondo le regole del diritto privato, accordandosi contrattualmente coi lavoratori. E in effetti si possono indicare due cause che alimentano realmente tale avversione, e cioè l'eco di un assetto produttivo ormai scomparso, ed altri argomenti, più moderni ma ugualmente errati.

Questa eco è il diritto al lavoro. Esso, inteso come diritto al lavoro proprio, come diritto a lavorare, ha sempre avuto, come è noto, un rilievo modesto. La sua attuazione pratica è stata sempre meramente sporadica e transitoria, al contrario della sua proposizione teorica, che vanta invece una storia lunga, ininterrotta e gloriosa. Il diritto al lavoro inteso invece come diritto al lavoro altrui, come diritto a far lavorare — di cui parleremo in questa sede — ha

⁽⁴⁵⁾ Cfr. L. BRENTANO, *Das Arbeitsverhältnis gemäss dem heutigen Recht*, Leipzig, 1877, p. 289; ID., *Die Arbeitergilden der Gegenwart*, cit., p. 25., « Egli [n.d.t. il datore di lavoro] crede spesso di rinunciare a qualcosa quando dà il suo assenso all'avvio di trattative di composizione »: *Das Gewerbegericht*, 1897, p. 9. F. TIEDEMANN, *Die neuere Entwicklung*, cit., pp. 57 e 67, parla di « i pregiudizi di classe ». « Per esperienza, questa pace [n.d.t. tra datori e prestatori di lavoro] è tanto più salda, quanto meno spesso i datori di lavoro si rifiutano di entrare in trattativa con le rappresentanze dei lavoratori »: *Jahresbericht der bayerischen Fabrikinspektion für 1898*, p. XX. Si incontra un rifiuto del genere soprattutto quando i lavoratori coi quali si deve trattare si trovano in sciopero, in una circostanza, quindi, che rende particolarmente desiderabile una trattativa. L'associazione dei proprietari di fabbriche di stoffa di Aquisgrana e Burtscheid ha deciso nel febbraio 1895: « I membri dell'associazione si obbligano a non entrare in trattativa con lavoratori in sciopero »: C. LEGIEN, *Das Koalitionsrecht der deutschen Arbeiter in Theorie und Praxis*, Hamburg, 1899, p. 123. Cfr., inoltre, T. LOEWENFELD, *Koalitionsrecht und Strafrecht*, in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, cit., XIV, 1899, p. 501.

⁽⁴⁶⁾ Cfr., comunque, anche *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, IX, 1900, p. 215: « Questi datori di lavoro si ritengono troppo importanti per assoggettarsi ad un tribunale composto anche da operai ».

svolto per secoli un ruolo di primo piano in un assetto produttivo di tipo patriarcale. Il diritto al lavoro (altrui), nell'odierno diritto positivo, può avere la sua fonte solo in un contratto col lavoratore, cioè in un fatto temporaneo, e non più in una qualità permanente della persona, lo *status*. E, tuttavia, il fatto che l'imprenditore, in quanto proprietario dei mezzi di produzione, abbia un diritto al lavoro dell'operaio disoccupato⁽⁴⁷⁾, ha un enorme valore di fatto, vale cioè come diritto non scritto (ovvero non riconosciuto dall'autorità statale⁽⁴⁸⁾ e perciò non tutelabile davanti ai giudici statali).

L'esistenza di questo diritto non scritto affiora, ad esempio, dal modo in cui gli imprenditori e gli studiosi filopadronali inquadrano lo sciopero, trattato alla stregua di un illecito⁽⁴⁹⁾, anche quando non comporti la violazione del contratto; la configurazione dello sciopero — da cui pure non derivi alcuna violazione al contratto — alla stregua di un fatto illecito viene fatta, perciò, in ossequio a regole di un diritto non scritto⁽⁵⁰⁾. Il lavoratore, per il diritto positivo, è infatti obbligato a lavorare solo in forza di un contratto; perciò, la sua astensione dal lavoro, che si verifichi al termine del periodo contrattuale, potrà essere considerata un'insubordinazione e un illecito solo presupponendo l'esistenza di un diritto dell'imprenditore — indipendente dal contratto — al lavoro dell'operaio⁽⁵¹⁾. Senza questa presupposizione anche la contemporanea astensione

(47) Cfr. *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, cit., VI, 1893, p. 70; e F. ENGELS, *Die Lage der arbeitenden Klasse in England. Nach eigener Anschauung und authentischen Quellen*, Leipzig, 1845 [traduzione italiana *La condizione della classe operaia in Inghilterra. Secondo un'inchiesta diretta e fonti autentiche*, Mongini, Roma, 1899], p. 82: « Egli [n.d.t. l'operaio] non è certo lo schiavo di un singolo individuo, ma dell'intera classe dei proprietari ».

(48) L. KNAPP, *System*, cit., § 140.

(49) Cfr. T. LOEWENFELD, *Koalitionsrecht und Strafrecht*, cit., XIV, 1899, p. 494 nt. 1, p. 527 nt. 1, p. 569 nt. 2, p. 572.

(50) Il § 40 dello statuto dell'associazione tedesca dei proprietari di fabbriche di tappezzeria dispone: « Se, presso l'azienda di un membro dell'associazione, ha luogo uno sciopero dei lavoratori che si propone la disdetta concertata (anche se legittima) del contratto di lavoro e la richiesta di aumenti salariali o la revoca di certe misure, nessun altro appartenente all'associazione può, entro i primi tre mesi, offrire lavoro ad uno scioperante ».

(51) I datori di lavoro dei selciatori di Berlino hanno giustificato il loro rifiuto a trattare coi lavoratori in sciopero prima della ripresa del lavoro col fatto « che una

dal lavoro di più lavoratori in accordo tra loro non potrà mai essere considerata un illecito civile. Questa presupposizione — dell'esistenza cioè di un diritto al lavoro altrui — spiega perché si cerchi di rendere più difficile l'esercizio dello sciopero con strumenti giuridici; perché si inaspriscano le sanzioni per gli illeciti commessi in occasione dello sciopero; perché si accordino agevolazioni — pratiche e giuridiche — ai cosiddetti 'amanti del lavoro', per far sì che essi adempiano al loro dovere di lavorare, correlativo al diritto (dell'imprenditore) al loro lavoro. E questa presupposizione spiega, infine, perché l'imprenditore, che è convinto di avere in diritto al lavoro altrui, si attribuisca perciò la facoltà di determinare unilateralmente il corrispettivo, la durata e tutte le altre condizioni di lavoro, ovvero di individuare unilateralmente egli stesso i confini entro cui intende esercitare il suo diritto.

Chi, però, ritiene di essere autorizzato a dettare le condizioni lavorative, non sarà certo portato a pattuire tali condizioni, vedendosi in tal modo menomato nel suo presunto diritto. Perciò, nel contratto individuale di lavoro che l'imprenditore conclude col singolo lavoratore, se si prescinde da circostanze eccezionali che impongono l'assunzione di un lavoratore ben determinato, le condizioni del contratto non vengono, in sostanza, pattuite, ma il lavoratore deve, in realtà, accettare le condizioni che il datore di lavoro gli offre⁽⁵²⁾. Ovviamente, tali condizioni, che il lavoratore non deve far altro che accettare, non sono delle condizioni dettate dal caso o dal buon cuore del datore di lavoro, ma dipendono dalla rispettiva forza economica dei contraenti. Il datore di lavoro che invece stipula un contratto di tariffa rinuncia, per tutto il periodo di vigenza di quest'ultimo, a questa sua posizione di supremazia, che gli

sospensione del lavoro, quand'anche fosse giuridicamente legittima, rappresenterebbe comunque un rifiuto di obbedienza»: *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VIII, 1899, p. 1034.

⁽⁵²⁾ Si tratta di un punto talmente approfondito dalla dottrina, da non esserci bisogno di alcuna prova. In una sentenza del tribunale industriale di Berlino leggiamo: « Si deve tener conto della circostanza che il lavoratore non è in genere in condizione di imporre al datore di lavoro le condizioni lavorative; egli ha, in particolare nella grande azienda che richiede una direzione e una disciplina unitarie, solo la scelta tra il lavorare alle condizioni fissate dal datore di lavoro e il non lavorare affatto»: E. UNGER, *Entscheidungen des Gewerbegerichts Berlin*, Berlin, 1898, pp. 169 s.

consente di dettare autoritativamente le condizioni dei singoli contratti di lavoro, demandando ad una vera e propria pattuizione la fissazione delle condizioni valide per tutti i successivi contratti di lavoro. I datori di lavoro che non intendono rinunciare, contrattando le condizioni lavorative, alla loro posizione di supremazia, ma che anzi « si riservano ogni potere di disposizione sui rapporti di lavoro »⁽⁵³⁾, fanno perciò valere il loro diritto di decidere da soli, e quindi, forse anche inconsapevolmente, il loro « diritto al lavoro altrui ».

Questo punto di vista, nel suo anacronismo, risulta comunque assai chiaro, al contrario, invece, dell'oscurità di quei nuovi argomenti — altrettanto errati — di cui si parlava poc'anzi. Ci sono imprenditori che non accettano la negoziazione di un contratto di tariffa perché — per usare una loro espressione — intendono rimanere « padroni in casa propria ». In realtà, un argomento del genere potrebbe andar bene solo per quegli imprenditori che organizzano il lavoro in strutture di loro proprietà (case, officine, miniere, poderi, navi) e non, ad esempio, per un imprenditore che costruisse case di proprietà altrui su terreni di proprietà altrui, o che si servisse di lavoranti a domicilio. Ma, a prescindere da questa obiezione, è la stessa idea dell'esistenza, in tali casi, di un diritto reale a dimostrarsi completamente errata, e che non può neanche considerarsi come un corollario del concetto romanistico di proprietà⁽⁵⁴⁾. Tutto il mondo sa che nessun « padrone in casa propria » può, in quanto tale, commettere impunemente un reato o un illecito. Le leggi a tutela del lavoro non esonerano certo da responsabilità il « padrone in casa propria »: questi, anche se la fabbrica è di sua proprietà, non potrà mai impiegare fanciulli al di sotto dei tredici

⁽⁵³⁾ *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VI, 1897, p. 277. Le corporazioni dei panificatori di Amburgo, Altona e Wandsbeck definiscono la disposizione contrattuale — a loro proposta —, che abolisce la fornitura di vitto e alloggio, un « semplice atto di forza » e un « progetto violento »: *Bäckerstreik und Brotboycott*, cit., pp. 14 e 23.

⁽⁵⁴⁾ « Il diritto di autodeterminazione del proprietario di fabbrica, e quindi il concetto di proprietà in assoluto, sarebbe sensibilmente pregiudicato da tali provvedimenti, come anche da collegi arbitrali obbligatori, uffici di conciliazione, uffici di collocamento e simili »: così si esprime l'associazione tedesca dei costruttori di macchine utensili in un'istanza al ministero dell'interno: *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VIII, 1899, p. 934.

anni, e non potrà mai far lavorare donne adulte per più di undici ore al giorno. In base a quale logica può, poi, temersi un pregiudizio alla signoria sulla propria casa obbligandosi contrattualmente a non far lavorare uomini adulti per più di undici ore al giorno, o a pagare 30 pfennig all'ora invece di 25? Ma l'argomento della signoria sulla propria casa rivela alla fine la sua vera natura, perché, se lo si volesse applicare con coerenza e portarlo alle estreme conseguenze, si dovrebbe allora concludere che gli imprenditori non possono neanche obbligarsi, mediante contratti con altri imprenditori, a vendere le merci ad un determinato commerciante o ad un prezzo prefissato, oppure ad assumere o licenziare determinati lavoratori; l'imprenditore, inoltre, dovrebbe rispettare la signoria che anche i lavoratori hanno sulla propria casa, e non potrebbe perciò arrogarsi il diritto di determinare il luogo di prestazione del lavoro esterno e il modo in cui i lavoratori debbano tutelare i propri interessi, tutte ingerenze incompatibili col principio della signoria sulla propria casa.

3) Il terzo degli impedimenti derivanti dalla differenza di classe sociale dei contraenti, che rendono difficile la conclusione dei contratti di tariffa, consiste nel fatto che spesso i datori di lavoro, pur essendo disponibili a trattare, si rifiutano però di farlo con determinate persone ⁽⁵⁵⁾. (*omissis*)

4) Un ultimo ostacolo, che non è comunque il meno importante, alla conclusione di un contratto di tariffa, derivante sempre dalla differenza di classi sociali tra i contraenti, deriva dal fatto che l'imprenditore riunisce in sé due persone o funzioni, quella del datore di lavoro e quella del venditore di merci. I pericoli della concorrenza, mentre inducono i lavoratori a stipulare un contratto di tariffa, con ogni probabilità trattengono il datore di lavoro dal fare una cosa simile. Facilmente, quest'ultimo entrerà in trattativa solo se ritiene probabile che i suoi concorrenti si troveranno nella stessa situazione ⁽⁵⁶⁾. In tal modo il contratto di tariffa, come vedremo in seguito, può portare alla formazione di una coalizione datoriale.

⁽⁵⁵⁾ F. ZAHN, *Die Organisation*, cit., p. 381; L. BRENTANO, in *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, cit., VIII, 1899, p. 1363; *Jahresbericht der badischen Fabrikinspektion für 1896*, p. 73; *Bäckerstreik und Brotboycott*, cit., p. 18.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. L. BRENTANO, *Die Arbeitergilden der Gegenwart*, cit., p. 24. In un'inchiesta dell'ufficio di conciliazione di Berlino sul settore delle confezioni per uomo e bambino (1896), un imprenditore affermò che avrebbe « immediatamente aderito ad una qualsiasi

V. *Mediazione*

Insieme alle difficoltà che si incontrano nella conclusione dei contratti di tariffa — esaminate nel precedente paragrafo — si sono andati già delineando gli strumenti, usati fin dai primi contratti di tariffa, che possono servire ad attenuare o ad eliminare tali difficoltà.

Essi sono la mediazione e l'organizzazione, e, nell'ambito di questa, in particolare la coalizione e la rappresentanza. (*omissis*)

VI. *Coalizione*

I. Il secondo strumento in grado di superare le difficoltà che si frappongono alla conclusione di un contratto di tariffa è l'organizzazione, e, più precisamente, la coalizione e la rappresentanza.

Parliamo prima della coalizione. Con questo termine non intendiamo un'assemblea, un'intesa, un'associazione o una lega diretta ad uno scopo qualsiasi, ma solo quell'unione indirizzata al conseguimento di favorevoli condizioni salariali e lavorative (ciò che costituisce lo scopo di coalizione).

Un'intesa o un'unione — comunque si chiami o venga chiamata — che abbia come scopo il conseguimento di favorevoli condizioni di vendita o di produzione ⁽⁵⁷⁾, la formazione professionale, il collocamento, la statistica delle professioni, non è una coalizione, come non lo è un'associazione che si prefigga uno scopo ricreativo, di addestramento o di assistenza ai malati.

transazione a prescindere dagli aumenti di prezzo, se l'ufficio di conciliazione si fosse preoccupato di far aderire, senza eccezioni, tutti gli imprenditori di altre città, come Breslavia, Stettino, Aschaffenburg ecc.»: *Das Gewerbegericht*, 1896, p. 85. Durante un'agitazione salariale dei lamieristi di Breslavia, la corporazione si dichiarò disposta a trattare con la commissione salariale, ma a condizione che questa trattasse anche con i datori estranei alla corporazione e con quelli che impiegavano garzoni lamieristi: *Vorwärts*, 6 febbraio 1897. In occasione di un'agitazione salariale dei piastrellisti di Berlino, si consigliò innanzitutto di far pressione perché fossero le ditte più grosse a firmare, in modo che poi anche tutte le altre dessero la loro adesione: *Vorwärts*, 6 luglio 1899. Concludendo il contratto di tariffa dei sarti di Königsberg, i datori di lavoro si dichiararono vincolati alla tariffa nella misura in cui i lavoratori non avessero accettato un lavoro a condizioni inferiori alla tariffa: *Vorwärts*, 22 marzo 1899.

⁽⁵⁷⁾ Escluse le condizioni salariali e lavorative, che sono anche condizioni di produzione.

La coalizione è l'unione di datori o prestatori di lavoro, di regola non anche l'unione, insieme, di datori e prestatori di lavoro. Poiché, infatti, datori e prestatori di lavoro sono parti del contratto di lavoro, formato appunto da condizioni salariali e lavorative, ed hanno, quindi, per lo più interessi contrapposti, non può di regola verificarsi l'ipotesi di un'unione tra datori e prestatori di lavoro per il conseguimento di favorevoli condizioni salariali e lavorative. In particolare i contratti di tariffa non danno luogo ad una coalizione: non soltanto perché essi vengono conclusi dalle parti contrapposte, ma anche perché essi non mirano al conseguimento di più favorevoli condizioni salariali e lavorative ⁽⁵⁸⁾, bensì le fissano direttamente.

Un'eccezione solo apparente alla regola si può riscontrare laddove i datori di lavoro sono anche lavoratori, e si associano a persone che sono solo lavoratori; oppure laddove i lavoratori sono anche datori di lavoro e si associano a persone che sono solo datori di lavoro: si pensi, ad esempio, agli intermediari nel settore delle confezioni ⁽⁵⁹⁾. Un altro caso si ha quando un imprenditore, subordinando la concessione di aumenti salariali ad analoghi aumenti da parte delle aziende concorrenti, finanzia i propri dipendenti perché premano, nei confronti di queste aziende, per ottenere un miglioramento dei salari.

La dimostrazione più chiara che la coalizione è una coalizione o tra datori o tra prestatori di lavoro, cioè una unione tra parti contrattuali (essa comprende, infatti, solo gli appartenenti all'una o all'altra parte di un contratto di lavoro), è data dall'esistenza di coalizioni costituite da persone che svolgono attività diverse tra loro, primo passo per la formazione di coalizioni potenziate, cioè coalizioni di coalizioni. Nel momento in cui, infatti, i datori di lavoro di settori diversi si coalizzano (ad esempio, l'imprenditore di una vetreria, di un cantiere edile, di una fonderia, di un'acciaieria, di un laminatoio, di una stamperia su cotone, di uno zuccherificio etc.), oppure una coalizione di datori di lavoro dello stesso settore si

⁽⁵⁸⁾ Perciò — come ha stabilito un giudice di Amburgo — la diffamazione, da parte dei lavoratori, di un imprenditore che non ha aderito ad un contratto di tariffa, non integra la condotta, punibile *ex* § 153 GewO, della partecipazione a una coalizione.

⁽⁵⁹⁾ Cfr., inoltre, in occasione dello sciopero dei portuali (1896-97), la coalizione degli armatori di Amburgo coi loro lavoratori, gli stivatori, considerati datori di lavoro dei portuali: F. TÖNNIES, *Das Verbrechen*, cit., VIII, 1895, p. 690.

coalizza con singoli datori di lavoro o con coalizioni datoriali di altri settori ⁽⁶⁰⁾, è chiaro che la posizione del singolo membro viene protetta non in quanto operante in un certo settore (cioè, per il conseguimento di favorevoli condizioni lavorative per i contratti di lavoro da stipulare in quel settore), ma in quanto datore di lavoro *tout court*. Allo stesso modo, un cartello sindacale, cioè una coalizione di coalizioni operaie di settori diversi, non si propone il conseguimento di favorevoli condizioni lavorative per i falegnami, per i muratori o per i calzolai, ma per i lavoratori come parte del contratto di lavoro. Se si coalizzano persone che non possono avere alcun interesse alla formazione di particolari condizioni lavorative (al calzolaio, in quanto tale, è infatti indifferente se il muratore riceva 50 o 70 pfennig l'ora, così come al fabbricante di scarpe è indifferente se il costruttore edile debba pagare 70 o 50 pfennig l'ora), e se essi ciononostante si uniscono per sostenersi a vicenda nel conseguire condizioni favorevoli (individuando, anzi, proprio nella coalizione lo strumento più idoneo a questo scopo), un fatto del genere può avvenire solo per il rafforzamento della posizione dei datori o dei prestatori di lavoro, parti del contratto di lavoro.

Il conseguimento di favorevoli condizioni salariali e lavorative, che trasforma questa unione di datori o prestatori di lavoro in una coalizione, può essere raggiunto solo con un'attività offensiva: chi mira a raggiungere condizioni favorevoli deve muoversi, attaccare. Solo dopo questa attività diretta al miglioramento delle condizioni esistenti, è possibile anche lo svolgimento di un'attività diretta a scongiurare il loro peggioramento, un'attività difensiva. Infatti, una collettività di datori o prestatori di lavoro che mira alla salvaguardia delle condizioni esistenti, tende anche ad ottenere più favorevoli condizioni salariali e lavorative, poiché si propone di raggiungere queste condizioni più favorevoli dopo il superamento degli ostacoli che al momento si frappongono ⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ Ad esempio, l'associazione centrale degli industriali tedeschi, la lega degli industriali, l'associazione dei datori di lavoro di Amburgo-Altona etc. È appena il caso di dire che tali associazioni non sono delle semplici coalizioni, perché perseguono anche scopi diversi da quello di coalizione.

⁽⁶¹⁾ In questo senso si è espressa anche la corte del Reich con la sentenza 11 marzo 1899.

Il giudizio sul carattere favorevole delle condizioni salariali e lavorative deve operare in concreto in relazione al punto di vista di ognuna delle parti, e non rispetto a quello, neutrale, dell'economia nazionale o mondiale, della produttività o dell'igiene. Tuttavia, non viene escluso che una condizione favorevole per una parte possa risultarlo anche per l'altra: si pensi all'eliminazione del lavoro a cottimo⁽⁶²⁾ o alla riduzione dell'orario di lavoro⁽⁶³⁾. Il carattere favorevole delle condizioni salariali e lavorative va individuato in relazione all'interesse dei coalizzati, e non del singolo. L'abolizione del lavoro a cottimo, pur potendo risultare in concreto sfavorevole per un singolo lavoratore particolarmente produttivo, ben può, tuttavia, costituire uno scopo di coalizione per i suoi compagni di lavoro⁽⁶⁴⁾.

Le condizioni salariali e lavorative alle quali mira la coalizione sono le condizioni salariali e lavorative in senso stretto, cioè tutte quelle condizioni essenziali, per il rapporto di lavoro, che possono perciò costituire il contenuto di un contratto di tariffa, e non semplicemente di un contratto di lavoro⁽⁶⁵⁾. Avviene tuttavia non di rado che degli imprenditori si accordino tra di loro per l'osservanza di un salario minimo, perseguendo chi, non associandosi o non attenendosi all'accordo, paga ai suoi dipendenti un salario inferiore⁽⁶⁶⁾. Un tale patto è visibilmente diretto ad escludere un'offerta di beni a minor prezzo, resa possibile dal pagamento di salari più bassi. Un accordo imprenditoriale che si prefiggesse lo scopo opposto finirebbe col tutelare condizioni sfavorevoli per i datori di lavoro in quanto tali: e deve sicuramente ritenersi inammissibile una coalizione di datori di lavoro diretta al conseguimento di condizioni favorevoli per i lavoratori. Se questi accordi imprenditoriali debbono essere considerati coalizioni, ricadenti nella previsione dei §§ 152 e 153 GewO, si deve allora ammettere che le « intese ed unioni volte al conseguimento di favorevoli

⁽⁶²⁾ Che può avere come conseguenza la tutela della salute dei lavoratori e la tutela di materiali e strumenti di lavoro.

⁽⁶³⁾ Cfr. L. BRENTANO, *Über das Verhältnis von Arbeitslohn und Arbeitszeit zur Arbeitsleistung*, Leipzig, 1893.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. *Jahresberichte der Gewerbeaufsichtsbeamten in Württemberg für 1898*, p. 125.

⁽⁶⁵⁾ Ad esempio, contenimento del numero degli apprendisti, collocamento al lavoro, appartenenza all'organizzazione, durata del contratto di tariffa.

⁽⁶⁶⁾ *Das Gewerbegericht*, 1896, p. 88; *Handschuhmacher*, 9 luglio 1897, p. 114.

condizioni salariali e lavorative » comprendono anche quelle dirette a conseguire favorevoli condizioni di profitto, nella misura in cui il profitto dipende dalle condizioni del rapporto di lavoro. In questo caso l'interesse dei datori e quello dei prestatori di lavoro apparentemente coincidono. I datori di lavoro non hanno interesse a concedere ai lavoratori favorevoli condizioni salariali e lavorative, ma ciò dipende dal fatto che nessun datore di lavoro goda di condizioni di produzione più favorevoli. (*omissis*)

II. (*omissis*)

III. La coalizione presenta più di un aspetto significativo per il contratto di tariffa. La coalizione è un'unione di datori o di prestatori di lavoro volta al conseguimento di favorevoli condizioni salariali e lavorative, il contratto di tariffa è un contratto che fissa tali condizioni a beneficio dei futuri contratti di lavoro. L'azione collettiva di una pluralità di datori o prestatori di lavoro per la conclusione di un contratto di tariffa è perciò un momento dell'attività della coalizione. Il contratto di tariffa è un importante mezzo per la realizzazione dello scopo di coalizione, e la coalizione un importante mezzo per rendere e mantenere vitale il contratto di tariffa ⁽⁶⁷⁾.

La coalizione è un'esigenza ineliminabile per le parti plurisoggettive del contratto di tariffa, che possono stipulare un unico contratto solo se, coalizzandosi, esprimono una volontà unitaria (pp. 176-180).

Anche nei casi in cui è possibile stipulare un contratto di tariffa facendo a meno delle coalizioni, la loro assenza può comunque costituire un ostacolo se, ad esempio, il datore di lavoro rifiuta la stipulazione del contratto perché teme la concorrenza dei colleghi

⁽⁶⁷⁾ Cfr. *Jahresberichte der Gewerbeaufsichtsbeamten in Württemberg für 1898*, p. 25; e quanto ha detto un partecipante ad un'assemblea di muratori a Berlino: « Il presupposto per raggiungere un accordo con gli imprenditori e la garanzia che questo accordo venga attuato risiedono nel fatto che almeno i 7/8 dei muratori di Berlino e dintorni sono organizzati e che appena un migliaio di essi è estraneo all'organizzazione »: *Vorwärts*, 14 ottobre 1898. In un'assemblea dei carpentieri di Berlino, un oratore disse che le trattative coi datori di lavoro promettevano di essere fruttuose, perché questi ultimi erano ben organizzati, e nessuno poteva perciò restare fuori dall'accordo: *Vorwärts*, 12 gennaio 1899.

con lui non coalizzati (p. 187). E, viceversa, la proposta di contratto di tariffa proveniente dalla coalizione operaia comporta facilmente la conseguenza di far coalizzare i datori di lavoro ⁽⁶⁸⁾.

La coalizione è, poi, utile alla stipulazione di un contratto di tariffa perché mette in mano alla parte che vuole concludere il contratto di tariffa degli strumenti di pressione che essa altrimenti non possederebbe mai: sciopero, boicottaggio, licenziamento e serrata. La coalizione può però anche ostacolare la conclusione di un contratto di tariffa, nel momento in cui minaccia o infligge sanzioni ai colleghi di parte che vogliono concludere un contratto di tariffa ⁽⁶⁹⁾, nel momento in cui favorisce con la sua resistenza la parte che si rifiuta all'accordo o la risarcisce dei danni che ad essa derivano dal resistere ⁽⁷⁰⁾. (*omissis*)

IV. La coalizione (di qualsiasi categoria di datori o prestatori di lavoro) non è, nel diritto vigente, né vietata né punita. In particolare, il § 152 GewO ha liberato le coalizioni degli esercenti un'attività industriale, degli addetti ad un'attività industriale, dei garzoni e degli operai di fabbrica, da ogni divieto, anche penale ⁽⁷¹⁾.

Di fronte a questo atteggiamento astensionistico della legge, che

⁽⁶⁸⁾ « Allo stesso modo di come era accaduto in occasione dello sciopero dei metallurgici dell'anno scorso, il coalizzarsi dei lavoratori portò come conseguenza il coalizzarsi dei datori di lavoro: si costituì l'associazione dei costruttori edili della Germania meridionale, con i cui rappresentanti la commissione salariale dei lavoratori in sciopero fissò le nuove condizioni lavorative »: *Jahresberichte der Gewerbeaufsichtsbeamten in Württemberg für 1898*, p. 24.

⁽⁶⁹⁾ Ad esempio, blocco di materie prime, sanzioni convenzionali. Sul primo, cfr. C. LEGIEN, *Das Koalitionsrecht*, cit., pp. 120 s.; O. WEIGERT, in *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, cit., VIII, 1899, p. 1069; T. LOEWENFELD, *Koalitionsrecht und Strafrecht*, cit., XIV, 1899, pp. 494 e 517.

⁽⁷⁰⁾ La « associazione di assicurazione contro gli scioperi per il distretto minerario di Dortmund » ha pagato, nel 1891, 230.000 marchi a titolo di risarcimento e, poiché una miniera iscritta all'associazione aveva accolto le richieste degli operai, ha introdotto nel suo statuto questa disposizione: « La richiesta del risarcimento dei danni da parte di una miniera colpita da uno sciopero non è valida se la cessazione dello sciopero è provocata dall'accettazione, da parte della miniera, di quelle richieste delle maestranze, il cui rifiuto era stato causa dello sciopero »: *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, cit., I, p. 12.

⁽⁷¹⁾ « Tutti i divieti e le disposizioni penali contro gli esercenti un'attività industriale, gli addetti ad un'attività industriale, i garzoni e gli operai di fabbrica che concludano intese ed unioni volte al conseguimento di favorevoli condizioni salariali e lavorative [...] sono abrogati ».

non vieta né punisce le coalizioni, si può parlare di una mera libertà di coalizione, soprattutto se si pensa ai pesanti divieti penali contenuti nel sistema previgente.

Si può però parlare di un vero e proprio diritto di coalizione (in senso soggettivo) solo quando la legge assume anche un atteggiamento positivo nei confronti delle coalizioni, apprestando, cioè, dei mezzi per la loro difesa.

In base a questo criterio, si deve concludere che i datori e i prestatori di lavoro cui si riferisce il § 152 GewO non hanno affatto un diritto di coalizione.

L'inesistenza di un diritto di coalizione non va addebitata al fatto che le unioni dei datori e dei prestatori di lavoro volte al conseguimento di favorevoli condizioni salariali e lavorative non sono finora ancora riuscite a conquistargli un riconoscimento giuridico o consuetudinario. Essa va addebitata piuttosto all'inesistenza, nel diritto speciale, di disposizioni che riconoscano alla coalizione la vincolatività giuridica e quindi ne riconoscano l'efficacia e l'esistenza sul piano giuridico; la legge nega questo riconoscimento senza riguardo alle persone cui può essere diretta l'attività di coalizione e agli strumenti per il raggiungimento dello scopo di coalizione. Perciò, è proprio lo scopo della coalizione, quel *quid* che trasforma una qualsiasi associazione in una coalizione, il motivo per cui la GewO colloca queste coalizioni al di fuori del diritto, non riuscendovi a intravedere alcuna differenza rispetto ad una tavolata abituale di amici o ad una riunione per il tè. (*omissis*)

Il § 152 GewO nega il diritto di coalizione alle categorie prima menzionate, perché nega alla coalizione la possibilità di agire o resistere in giudizio: « Ogni membro è libero di recedere da tali unioni o intese, e queste non possono proporre né azioni né eccezioni » (co. 2).

La libertà di recesso sarebbe compatibile col riconoscimento giuridico, potendosi liberamente recedere in ogni momento da una qualsiasi società giuridicamente riconosciuta ⁽⁷²⁾.

⁽⁷²⁾ § 723 BGB: « Se la società non è stata costituita a tempo determinato, ogni socio può recedere in qualsiasi momento ». Ai sensi del § 737, il contratto di società può prevedere che, in caso di recesso di un socio, la società continui ad esistere tra i restanti soci.

Negare, invece, la possibilità di proporre azioni ed eccezioni significa negare a queste coalizioni ogni riconoscimento giuridico; situazione che non può certo essere ribaltata dal riconoscimento, indiretto e parziale, che il GewGG opera nei loro confronti.

Questa mancanza di riconoscimento è cosa che il giurista non può fare a meno di segnalare. La coalizione, infatti, presenta tutti gli elementi di un contratto obbligatorio, e cioè il consenso ad assumere reciproche responsabilità, il consenso sull'oggetto di tale responsabilità (la prestazione), e l'interesse economico nei confronti di quest'oggetto. Il contratto di coalizione non è, poi, diretto ad una prestazione impossibile, né si pone in contrasto con una norma imperativa (il co. 1, anzi, abolisce tutti i divieti di coalizione) o col buon costume; altrimenti neppure le coalizioni dei datori e dei prestatori di lavoro non ricompresi nella previsione del § 152 (ad esempio, gli armatori, gli agricoltori, i marinai, i contadini, i ferrovieri, i lavoranti a domicilio, i domestici, gli aiutanti di studio di avvocati e notai etc.) potrebbero essere giuridicamente rilevanti.

Il mancato riconoscimento delle coalizioni costituite tra le persone nominate dal § 152 GewO costituisce, quindi, qualcosa di eccezionale: per dirla con Brentano, un'« anomalia giuridica ». A suo giudizio, il § 152 co. 2 GewO contiene « il *πρώτον ψεύδος* », la fonte di tutti gli inconvenienti esistenti nel campo delle coalizioni. Fin quando esisterà questa norma, non si potrà mai pensare alla completa eliminazione di tali inconvenienti » (73). Ma intanto, questa disposizione è riprodotta ancora nella « proposta socialdemocratica di legge sulla tutela del diritto di coalizione », presentata il 22 novembre 1899; e la cosa è degna di nota anche perché la disposizione in parola è stata « violentemente » osteggiata proprio da parte socialdemocratica come una « stridente ingiustizia » (74). Ed è qui il caso di sorvolare sugli argomenti proposti in dottrina a giustificazione di quella disposizione (75).

Vorremmo invece segnalare il fatto che, pur nella loro diversità,

(73) L. BRENTANO, *Reaktion oder Reform? Gegen die Zuchthausvorlage*, cit., p. 30.

(74) Cfr. E. LOENING, in *Schriften des Vereins für Socialpolitik (SVSP)*, LXVII, Leipzig, 1897, pp. 272-274.

(75) *Ivi*, p. 273; E. STEINBACH, *Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung*, Wien, 1898, pp. 49, 54 s.

sia la morale datoriale che quella operaia disapprovano allo stesso modo l'inadempimento degli obblighi assunti nei confronti della coalizione ⁽⁷⁶⁾. Di fronte ad un giudizio morale così deciso, non si può fare a meno di parlare di un dovere morale di comportarsi in modo conforme alla coalizione. (*omissis*)

La GewO non si accontenta di negare alle coalizioni un'identità di diritto privato, impedendo loro azioni ed eccezioni, ma si serve, al § 153, anche degli strumenti del diritto penale per esprimere il suo atteggiamento negativo. Essa, infatti, sanziona determinate condotte, tendenti a favorire l'adesione o la permanenza in una di quelle coalizioni, o tendenti ad ottenere l'adempimento degli obblighi che ne derivano, con pene che non sarebbero comminate — o lo sarebbero in misura ridotta — se le stesse condotte fossero posti in essere per un interesse diverso da quello di coalizione.

Per far aderire qualcuno ad una coalizione o per fargli mantenere gli impegni, l'unico strumento esente da pena rimane solo il discorso amichevole. (*omissis*)

Se la coalizione non può essere considerata, ai sensi del § 152 GewO, un'entità giuridica, il § 153 finisce, di fatto, col sopprimerla e col renderne facile lo scioglimento. La riprovazione civilistica della coalizione è corroborata dalle disposizioni penali della GewO, che sbarrano la strada anche ai surrogati del riconoscimento giuridico.

Queste coalizioni, trascurate dal loro stesso diritto speciale, non trovano certo appoggio nel diritto penale generale. Infatti, chi impedisce ad una persona di aderire ad una coalizione con violenza fisica, minacce, atti lesivi dell'onore, diffamazione, oppure la trattiene dall'adempimento dei doveri di coalizione, non è soggetto ad alcuna sanzione.

La coalizione — e parliamo ora di ogni coalizione — non costituisce per il diritto penale generale un bene meritevole di tutela.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. P. LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag*, cit., p. 96; cfr., ad esempio, una sentenza del tribunale popolare di Zehdenick, che, in riferimento agli attori, che erano datori di lavoro inadempienti, afferma: « Per la determinazione della pena si è considerato che l'accusa di una condotta disonorevole era, nei fatti, fondata, perché gli attori hanno violato il contratto, contravvenendo così alla loro parola d'onore. A contrario avviso non può condurre neanche il § 152 GewO, poiché l'ammissibilità giusprivatistica di tale violazione contrattuale lascia impregiudicata la sua riprovevolezza morale »: *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, IX, 1900, pp. 149 s.

Poiché, quindi, le coalizioni dei datori e dei prestatori di lavoro ricompresi nella previsione del § 152 GewO non sono riconosciute dal diritto civile e non sono tutelate dal diritto penale, non si riesce a comprendere come qualcuno possa attribuire a quei datori e prestatori di lavoro un « diritto » di coalizione. E tuttavia si legge innumerevoli volte di un « diritto di coalizione garantito per legge », o di « abuso del diritto di coalizione », come se si potesse abusare di qualcosa che non esiste. Allo stesso modo, non può assolutamente esistere un « attacco al diritto di coalizione » o una sua « violazione ». Né i datori né i prestatori di lavoro che ostacolano un collega o gli avversari nell'adesione alla coalizione, commettono, alla stregua del diritto positivo, un illecito. La libertà di coalizione garantita dalla legge consiste solo nell'assenza di divieti e di sanzioni. La coalizione è libera come è libero un fuorilegge, e il diritto di coalizione è una cosa ancora tutta da realizzare.

V. Le intese ed unioni dei datori e dei prestatori di lavoro di cui al § 152 GewO sono prive di riconoscimento giuridico solo nella misura in cui esse si propongono il conseguimento di favorevoli condizioni salariali e lavorative. Se esse perseguono altri scopi, e non sono perciò definibili come coalizioni, sottostanno alle disposizioni generali in tema di società: i §§ 705-740 BGB. Il § 705 dispone: « Con il contratto di società i soci si obbligano reciprocamente a perseguire nei modi stabiliti dal contratto il raggiungimento di uno scopo comune, e in particolare a eseguire i conferimenti pattuiti ». Se lo scopo comune consiste in uno scopo di coalizione, i contraenti (che ricadano nella previsione del § 152 GewO) non hanno alcun obbligo. Ma un contratto di società può essere stipulato in vista di più scopi comuni. Se tra questi, accanto allo scopo di coalizione, si trovano altri scopi (come l'assistenza ai malati, l'addestramento, la sovvenzione di un giornale della categoria, la rappresentanza degli interessi di politica doganale dei soci), il contratto di società è valido. Lo scopo di coalizione, nascosto dagli altri scopi, non intralcia tale validità. I conferimenti dei soci, invece, se destinati in modo inequivocabile allo scopo di coalizione, non sono esigibili in via giudiziaria, sia che si tratti di conferimenti in denaro che in natura. Il membro di un'associazione datoriale che, non appena scoppiò uno sciopero presso l'azienda di un qualsiasi membro dell'associazione, non

adempiam all'obbligo, derivantegli dal contratto di società, di chiudere l'azienda e di mettere in libertà i suoi dipendenti, non potrebbe essere citato in giudizio. La richiesta — che il lavoratore rivolge al sindacato cui aderisce — di un contributo per un viaggio o una malattia, non può essere oggetto di compensazione rispetto all'analogia richiesta — fatta dal sindacato ai suoi membri — di un contributo per costituire un fondo di sciopero: quest'ultima, infatti, non è azionabile, perché si tratta di un'eccezione fondata sullo scopo di coalizione ⁽⁷⁷⁾.

Una lega di datori o di prestatori di lavoro che ha intenzione di perseguire in maniera non episodica lo scopo di coalizione, può essere definita come associazione (Verein). Un'associazione che persegue solo lo scopo di coalizione, o anche altri scopi che non siano quelli della gestione economica dell'azienda (ad esempio, l'associazione centrale degli industriali tedeschi, o la lega dei tipografi tedeschi, o il sindacato dei falegnami, o il cartello sindacale di una città), ottiene la personalità giuridica con l'iscrizione nel registro delle associazioni presso la pretura competente (§ 21 BGB). È quasi superfluo sottolineare l'importanza, per un'associazione, del possesso della personalità giuridica: essa può perseguire il suo scopo di coalizione in modo più energico, più semplice, più regolato, soprattutto stipulando contratti di tariffa. « Alle associazioni che non hanno personalità giuridica si applicano le disposizioni in tema di società » (§ 54 BGB).

L'iscrizione, cui è condizionato l'acquisto della capacità giuridica, presuppone che il presidente ne faccia domanda. Se questa viene ammessa, perché immune da vizi di forma, la pretura deve trasmetterla all'autorità amministrativa competente. E qui l'iscrizione può andare a monte a causa dello scopo di coalizione, perché il § 61 BGB prescrive che « l'autorità amministrativa può porre il veto se l'associazione, ai sensi del diritto pubblico delle associazioni, non è permessa, o può essere vietata, o persegue fini politici, socio-politici o religiosi ». L'uso del termine 'socio-politico' non individua qualcosa di ben definito, ma è così elastico che facilmente qualcuno potrà definire tale lo scopo di coalizione. In realtà è politico, e perciò

(77) § 390 BGB: « Una richiesta a cui viene opposta un'eccezione non può essere oggetto di compensazione ».

anche socio-politico, solo uno scopo che consista nel sovvertimento dell'ordinamento giuridico. Chi mira a favorevoli condizioni salariali e lavorative, non mira per questo — come si è visto — a sovvertire l'ordinamento giuridico ma, molto più semplicemente, a stipulare un contratto.

L'apposizione del veto è lasciata alla discrezionalità dell'autorità amministrativa competente. Essa, quando un'associazione con scopi di coalizione propone la domanda, può perciò discriminare tra associazioni datoriali e associazioni operaie. L'autorità amministrativa sarebbe, in realtà, legittimata ad operare un trattamento differenziato, se il legislatore usasse un riguardo maggiore nei confronti delle organizzazioni professionali imprenditoriali rispetto alle organizzazioni professionali operaie, il che non è certo vero: basta ricordare, oltre alle camere di commercio e dell'industria, le libere corporazioni, le corporazioni coattive, le commissioni corporative, le camere dell'artigianato e le leghe corporative (titolo VI della GewO), le quali possono ottenere la personalità giuridica o automaticamente o da parte del *Bundesrat* ⁽⁷⁸⁾. Poiché le corporazioni sono legittimate, ai sensi del § 81 b GewO, ad estendere la loro attività, oltre che ai compiti indicati al § 81 a, anche « ad altri interessi professionali comuni ai membri della corporazione », esse possono tendere anche al conseguimento di condizioni salariali e lavorative favorevoli, cioè possono perseguire lo scopo di coalizione, ed essere quindi delle coalizioni datoriali. Come tali esse sono spesso presenti alla conclusione di contratti di tariffa.

Nell'interesse del nostro tema, che è il contratto di tariffa, abbiamo preferito privilegiare l'esame del rapporto tra le coalizioni e il diritto privato, trascurando volutamente la trattazione dei rapporti con gli specifici diritti (pubblici) di associazione e di riunione,

⁽⁷⁸⁾ §§ 86, 100 c, 101 co. 3, 103 n co. 1, 104 g GewO. Nel testo si è fatto a meno di ricordare che alle corporazioni possono appartenere anche determinate categorie di prestatori di lavoro, come i capireparto delle grandi aziende. I dipendenti occupati presso membri della corporazione non possono essere membri della corporazione, ma possono partecipare, se lo prevede la legge o lo statuto, allo svolgimento dei compiti della corporazione e alla sua gestione.

e con la prassi amministrativa ⁽⁷⁹⁾. Poiché, poi, assai spesso si identifica la non punibilità della coalizione, o addirittura la non punibilità dello sciopero, col diritto di coalizione — opinione del tutto destituita di fondamento — ci è sembrato utile approfondire l'esame della disciplina giuridica vigente. Essa si risolve, almeno per le coalizioni che cadono sotto la previsione del § 152 GewO, in un atteggiamento contrario ed ostile. Queste coalizioni, perciò, a voler prescindere da quelle società o associazioni che, accanto allo scopo di coalizione, si prefiggono anche altri scopi, sono tenute unite solo dal tenue vincolo che promana dalla coscienza del singolo, da un vincolo, quindi, derivante dal diritto non scritto.

Il vincolo morale ha la stessa forza, ma non certo la stessa efficacia, del vincolo giuridico, e gli strumenti del diritto non scritto, non coercitivo, sono assai deboli, essendo vietato proprio il più semplice e il più idoneo, la sanzione. Eppure, nonostante tutti gli intralci posti dalla legge, queste coalizioni di fatto continuano a svilupparsi: ciò può spiegarsi solo con l'esistenza di una forte spinta di natura economica, indotta dall'attuale assetto della struttura produttiva. Solo un impulso scaturente dal basso è in grado di vincere la trascuratezza legislativa e gli intralci amministrativi. Non è, perciò, arrischiato supporre che il riconoscimento, la regolamentazione e la protezione di tutte le coalizioni da parte del diritto positivo — privato e penale — accrescerebbe notevolmente il loro numero, la loro forza e la loro efficienza, tornerebbe utile anche a quelle associazioni operaie che perseguono scopi diversi da quello di coalizione, e conferirebbe infine all'attività di coalizione, che attualmente si configura come un illecito non punibile, il prezioso carattere dell'esercizio di un diritto.

Ricordando ancora una volta i molteplici e strettissimi rapporti che intercorrono tra coalizione e contratto di tariffa, ci si renderà conto che il riconoscimento, la regolamentazione e la protezione giuridica di tutte le coalizioni, significherebbero uno sviluppo enor-

⁽⁷⁹⁾ Cfr., ad esempio, T. LOEWENFELD, *Koalitionsrecht und Strafrecht*, cit., XIV, 1899, pp. 482 ss.

me — ancora non valutabile a pieno — del contratto di tariffa, che avrebbe maggiori possibilità di essere stipulato, maggiore ambito di efficacia e maggiore stabilità ⁽⁸⁰⁾.

Spesso, quando si parla delle coalizioni, si pensa subito agli strumenti coercitivi che i coalizzati possono usare tra di loro, nei confronti dei recedenti e nei confronti della controparte: ma questi strumenti saranno tanto più efficaci per il raggiungimento dello scopo di coalizione e, perciò, tanto più raramente adoperati, quanto più forti e rappresentative saranno le coalizioni, e, perciò, quanto più appianata e sicura sarà la strada da percorrere per arrivare ad un accordo contrattuale.

VII. *Rappresentanza*

I. La rappresentanza è, al pari della coalizione e della mediazione, uno strumento di sostegno alla conclusione di contratti di tariffa, poiché riesce a mitigare o ad eliminare alcune delle difficoltà che ad essa si frappongono.

Per quanto riguarda il rapporto tra rappresentanza e coalizione, può dirsi che entrambe sono manifestazioni dell'organizzazione. I datori e i prestatori di lavoro sono considerati organizzati sia se coalizzati, sia se rappresentati. La coalizione, da parte sua, porta di regola, anche se non necessariamente, alla rappresentanza, poiché buona parte dell'attività di coalizione non può essere intrapresa senza rappresentanza. Normalmente, la coalizione costituisce anche il presupposto della rappresentanza. Si ha bisogno della coalizione in tutti i casi di parte contrattuale plurisoggettiva, e, naturalmente, non si può parlare di coalizione se la parte è costituita da una sola persona. La rappresentanza, invece, può aver luogo anche in quest'ultimo caso se si tratta di un datore di lavoro; e, dall'altra parte,

⁽⁸⁰⁾ Cfr. F. ZAHN, *Die Organisation*, cit., p. 381: « Il presupposto per una disciplina dell'industria tipografica che riguardi tutti i soggetti interessati consiste nel fatto che entrambe le parti interessate sono organizzate allo stesso modo e possono contare, per spingere la controparte a considerare i loro interessi, nell'azione collettiva di tutti i componenti la parte ». Cfr. anche *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VIII, 1899, p. 947: « Una proficua azione collettiva dei datori e dei prestatori di lavoro è possibile solo se entrambi si giovano di una buona organizzazione ».

può mancare anche nel caso di parte plurisoggettiva, potendo agire ciascuno in nome proprio. Ad esempio, una coalizione operaia può presentare la sua proposta di contratto di tariffa ad ognuno dei membri della controparte datoriale (v. nt. 33), e la proposta può essere accettata o respinta da ogni singolo datore di lavoro in nome proprio: in questo caso, nonostante la plurisoggettività, non ha luogo alcuna rappresentanza datoriale. Allo stesso modo, una pluralità di lavoratori coalizzati può consegnare al datore di lavoro la propria proposta contrattuale contenuta in un unico documento, approvato e sottoscritto da tutti: anche in questo caso, nonostante la plurisoggettività, non ha luogo alcuna rappresentanza operaia. Se invece un'assemblea di lavoratori si accorda su una proposta contrattuale, e decide di presentarla (anche in un unico documento) come proposta — emanante dalla coalizione — che ogni lavoratore dovrà presentare al suo datore di lavoro, allora c'è rappresentanza, poiché ogni gruppo di lavoratori rappresenta l'intera coalizione, cioè tutti i suoi membri. (*omissis*)

II. La rappresentanza può essere permanente o utilizzata *ad hoc*; il primo è il caso del rappresentante che non agisce solo per quel determinato contratto di tariffa, ma, in generale, per la conclusione di contratti di tariffa. Ad esempio, una coalizione o un sindacato, una lega o un'associazione, possono esprimere un consiglio direttivo, un comitato di agitazione, una commissione tariffaria etc., che deve occuparsi di tutte le attività di coalizione — e, presumibilmente, anche di altri affari comuni — e deve rappresentare la coalizione nella conclusione di un contratto di tariffa ⁽⁸¹⁾. In certi casi, si può costituire una rappresentanza appositamente per la stipulazione di

⁽⁸¹⁾ La « commissione tariffaria dei tipografi tedeschi » è, ai sensi del § 41 della tariffa, un organo permanente per la fissazione della tariffa e la sua attività, in conformità al § 43, si estende, tra l'altro, « alla discussione e alla fissazione della tariffa ». Il contratto di tariffa dei muratori di Berlino (24 giugno 1899) prevede la costituzione di una commissione permanente composta da 9 datori di lavoro e 9 lavoratori: questa « commissione dei diciotto » deve riunirsi nell'autunno di ogni anno e « fissare le condizioni salariali e lavorative valide per l'annata successiva ». Una rappresentanza permanente è anche la corporazione. Se essa però agisce per una determinata categoria, la corporazione che conclude un contratto di tariffa è soltanto rappresentante dei propri membri (i datori di lavoro).

un singolo contratto di tariffa ⁽⁸²⁾. Ma la temporaneità della rappresentanza non ha alcun riflesso sulla stabilità del contratto di tariffa concluso per il suo tramite. Anche il successivo scioglimento della rappresentanza permanente (ad esempio, la corporazione) non intacca minimamente la stabilità del contratto di tariffa da essa concluso.

La rappresentanza può fondarsi sia sull'azione di uno soltanto dei contraenti del contratto di tariffa, e cioè su una decisione unilaterale (ad esempio, la coalizione che dà vita ad una rappresentanza), sia sull'accordo dei contraenti, se questi hanno convenuto che una o entrambe le parti si servano di una rappresentanza, e ne abbiano poi regolato la costituzione e il funzionamento. Un accordo di questo tipo può aprire le trattative per il contratto di tariffa, oppure costituire parte integrante del contratto di tariffa già stipulato, nell'eventualità che si rendessero necessarie nuove trattative. Di quest'ultimo tipo sono, ad esempio, le disposizioni della tariffa dell'industria tipografica tedesca del 1° luglio 1896 disciplinanti la « commissione tariffaria dei tipografi tedeschi » ⁽⁸³⁾, che configurano una rappresentanza dei « principali » e una degli « addetti ». Queste rappresentanze dei contraenti, regolate dallo stesso contratto di tariffa, hanno il compito di dibattere e di determinare la tariffa ⁽⁸⁴⁾, compito assegnato loro perché possano proporre modifiche all'esistente contratto quando venga intavolata una nuova trattativa.

La rappresentanza unilaterale e quella concordata si differenziano tra di loro sostanzialmente per il fatto che la prima, quando entra in opera, può non essere riconosciuta dalla controparte — il che costituisce un ostacolo alla conclusione del contratto ⁽⁸⁵⁾ —,

⁽⁸²⁾ Chiamata, per lo più, « commissione salariale ».

⁽⁸³⁾ §§ 40-43 e 49-53.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. anche nt. 19.

⁽⁸⁵⁾ In due petizioni alla camera dei deputati prussiana e al *Reichstag* (28 marzo 1897), 6.000 minatori della Ruhr affermarono che un'istanza della presidenza del sindacato dei minatori cristiani del distretto minerario di Dortmund, che richiedeva degli aumenti salariali, era stata respinta dalla presidenza dell'associazione degli industriali minerari della Ruhr « con la giustificazione che il sindacato non poteva considerarsi legittimato a dibattere problemi salariali ». « Come oggi nel caso del sindacato, allo stesso modo, negli anni 1890-94, la presidenza dell'associazione tedesca dei minatori e dei metallurgici è stata ripetutamente respinta come rappresentante non legittimato dei

mentre nella rappresentanza concordata la contestazione della legittimazione può riguardare solo l'inosservanza delle regole (concordate) di costituzione e di funzionamento della stessa.

La legge non disciplina nessun tipo di rappresentanza per la conclusione di contratti di tariffa. Alle rappresentanze riconosciute dal § 134 h GewO come « commissioni operaie permanenti », la legge non affida la conclusione di contratti di tariffa, ma compiti molto più limitati (§ 134 b co. 3 parte 2 \ § 134 d co. 2 GewO). Le previsioni del § 62 GewGG sul numero e la qualifica dei rappresentanti non si riferiscono a tutti i casi di stipulazione di un contratto di tariffa, ma solo a quelli che avvengono con la mediazione del tribunale industriale in funzione di ufficio di conciliazione. Nel momento in cui la legge disciplina tutte le formalità di questo modo di conclusione del contratto di tariffa, è naturale che disciplini anche la qualità e il numero dei rappresentanti da ammettere. Quando essa, però, dispone che « l'ufficio di conciliazione decide, con libera discrezionalità, se deve ritenersi che i rappresentanti abbiano sufficiente legittimazione », questa disposizione si potrebbe così parafrasare: l'ufficio di conciliazione decide, con libera discrezionalità, se esso stesso ritiene che i rappresentanti abbiano sufficiente legittimazione. La decisione dell'ufficio di conciliazione in ordine all'esistenza della legittimazione non è però vincolante. Il contraente che contesta la legittimazione dei rappresentanti avversari può, nonostante la « decisione » affermativa dell'ufficio di conciliazione, desistere dal comparirvi insieme ad un rappresentante che non ritiene legittimato, interrompendo così la trattativa, anche nel caso in cui fosse stato egli stesso ad invocare l'intervento dell'ufficio di conciliazione. Se egli, invece, decide comunque di continuare la trattativa, e l'accordo viene posto in essere, questo non sarà oppugnabile per difetto di legittimazione dei rappresentanti. D'altra parte, la decisione dell'ufficio di conciliazione sta a significare che questo può, e deve, rifiutare la propria assistenza nel momento in cui non giudica

lavoratori ». Si richiede perciò « il riconoscimento legislativo dei rappresentanti dei lavoratori come rappresentanti legittimati a trattare coi datori di lavoro »: *Glückauf. Deutsche Bergarbeiterzeitung*, 15 maggio 1897.

sufficientemente legittimati i rappresentanti di una parte, anche nell'ipotesi in cui la stessa parte avversaria ne abbia riconosciuto la legittimazione.

III. La legittimazione dei rappresentanti consiste nel possesso dei poteri di rappresentanza. Il rappresentante può possedere solo questi poteri, e prendere quindi parte alla conclusione del contratto solo come rappresentante, o può possedere anche la qualità di contraente, se cioè appartiene alla categoria che sarà assoggettata agli effetti del contratto di tariffa. Il § 62 GewGG chiama « interessato » (*Beteiligter*) quest'ultimo soggetto, e dispone che soltanto un « interessato » possa essere nominato rappresentante. Si può presupporre che tali persone, in quanto interessate direttamente all'esito della trattativa, la condurranno perciò con il massimo impegno, e non rinunceranno facilmente alla realizzazione dell'accordo per un eccesso di zelo ⁽⁸⁶⁾. Si può poi pensare che essi abbiano acquistato tanta esperienza nel loro settore, da poter apprezzare in pieno, sia una ad una sia nel loro insieme, il significato delle condizioni salariali e lavorative che si vogliono introdurre nel contratto di tariffa.

D'altra parte, però, il rappresentante « interessato », soprattutto se lavoratore, può rivelarsi inadeguato per i seguenti motivi ⁽⁸⁷⁾.

Egli è esperto come lavoratore e non come negoziatore; il talento necessario per quest'ultima attività lo possiede solo casualmente, e difficilmente lo possiederà nella stessa misura di un rappresentante di professione, che ha acquisito e messo alla prova le sue qualità in tutta una serie di trattative. Il possesso di queste doti e di questa esperienza lo si apprezza ancora di più, se si pensa che il lavoratore dovrà trattare con un datore di lavoro; infatti, non solo datori e prestatori di lavoro si fronteggiano come parti contrattuali, ma è un vero e proprio abisso che li divide, poiché la diversità di formazione culturale e di condizioni economiche conferisce al datore di lavoro una schiacciante preponderanza per quanto riguarda l'abilità ed il prestigio personale.

Una seconda fonte della relativa debolezza di un rappresentante interessato che sia lavoratore è la stretta dipendenza nei confronti

⁽⁸⁶⁾ Cfr. tuttavia *Das Gewerbegericht*, 1898, p. 132.

⁽⁸⁷⁾ Ad esempio, *Das Gewerbegericht*, 1897, p. 77.

della controparte. Il lavoratore — sia se attualmente legato da un rapporto di lavoro, sia se in procinto di essere riassunto — teme di dover pagare di persona per tutto quanto gli sia riuscito di strappare in sede di contrattazione. Anche se non viene inflitta una vera e propria sanzione disciplinare, e il rappresentante conserva o riottiene il suo posto di lavoro automaticamente o a seguito di una clausola del contratto (p. 169), al datore di lavoro non mancano mai gli strumenti e le occasioni per far pagare al lavoratore il successo da lui riportato, come rappresentante, nei confronti della sua parte.

In terzo luogo, va detto che esistono non poche aziende o settori in cui i processi produttivi sono talmente complessi che il lavoratore, pratico solo di una parte di essi, non è in condizione di valutare a pieno l'intero processo produttivo, e soprattutto non è in grado di avere immediatamente presenti tutti i fattori che possono incidere sulla formazione di una tariffa di cottimo molto articolata. Su tutte queste circostanze si basa l'esperienza, fatta dai sindacati inglesi, che il rappresentante 'dilettante' non è assolutamente in grado di curare gli interessi della sua parte come un rappresentante di professione⁽⁸⁸⁾. Quest'ultimo, grazie alle doti diplomatiche acquisite col suo lavoro e alle vaste conoscenze di tutti i fattori determinanti, è sullo stesso piano dei dirigenti d'azienda che gli stanno di fronte. Alcuni sindacati inglesi hanno preso così a cuore l'esigenza di una preparazione globale ai difficili compiti di rappresentanza, da non accontentarsi di una esperienza qualsiasi fatta in fabbrica o al tavolo delle trattative, prevedendo invece precisi programmi di preparazione, e conferendo la qualifica di mediatore solo dopo un vero e proprio esame. Il libro dei coniugi Webb fornisce a questo proposito delle informazioni molto interessanti⁽⁸⁹⁾. Un tale sistema corrisponde alla serietà delle trattative contrattuali e al valore che acquista un contratto di tariffa ben ponderato. Esso, poi, consente di evitare quegli effetti — che impropriamente si fanno derivare dalla stipulazione di

(88) « Particolarmente nelle industrie dove si applica il salario a cottimo, si appalesa nel modo più chiaro l'incapacità del rappresentante dilettante »: S. WEBB- B. WEBB, *Industrial Democracy*, cit., p. 161. « Le industrie dove si svolge lavoro a cottimo sono state costrette a riconoscere l'importanza di poter disporre dell'opera di esperti retribuiti che conducessero le trattative relative a complicate liste salariali »: *ivi*, p. 182.

(89) S. WEBB- B. WEBB, *Industrial Democracy*, cit., pp. 161, 174-177, 181 s.

un contratto di tariffa — criticati a suo tempo (pp. 182-187); sempreché da parte datoriale si rinunci a certe teorie sul diritto al lavoro altrui. Una rappresentanza efficiente può comunque essere espressa anche da coalizioni forti (cioè ricche, solide o rappresentative) in quanto riconosciute giuridicamente. La rappresentanza mutua molto dalla coalizione (p. 201): ciò è confermato dalla prassi del tribunale industriale di Berlino, in funzione di ufficio di conciliazione (che tuttavia si riferisce solo alle attuali coalizioni, giuridicamente non riconosciute): « Da parte operaia non c'è alcuna difficoltà: è sempre presente. una rappresentanza riconosciuta dei lavoratori — sotto forma di commissioni di agitazione, salariali o di sciopero — alla quale ci si può rivolgere. In ciò si manifesta l'utilità delle organizzazioni operaie di autotutela come indispensabile strumento di salvaguardia della pace sociale. Non è invece quasi mai presente una rappresentanza datoriale riconosciuta, nei casi di controversie più grosse, concernenti un intero settore »⁽⁹⁰⁾.

Un rafforzamento interno della rappresentanza operaia può avvenire già con l'ingresso di un rappresentante di professione al posto del rappresentante « interessato ». L'esperienza di un rappresentante di professione può essere poi utilizzata nella conclusione di un contratto di tariffa davanti all'ufficio di conciliazione: questo, infatti, è « integrato » da uomini di fiducia dei datori e dei prestatori di lavoro, che non possono essere degli « interessati »⁽⁹¹⁾.

IV. I rappresentanti di professione — e i rappresentanti in genere che non appartengono alle categorie destinatarie del contratto di tariffa — non vengono interessati dai suoi effetti giuridici. Si tratta di una conseguenza della qualità di rappresentante. I rappresentanti che sono destinatari del contratto di tariffa (p. 205, III) sono invece assoggettati ai suoi effetti giuridici, perché, oltre ad essere rappresentanti, sono anche membri della parte contraente. Ma gli effetti giuridici del contratto di tariffa li riguardano solo nella misura in cui si estendono ai soggetti da loro rappresentati; il rappresentante, infatti, non agisce per se stesso e, conseguentemente, per i

⁽⁹⁰⁾ W. CUNO, in *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, V, 1896, pp. 623 s.; O. WEIGERT, *ivi*, p. 626.

⁽⁹¹⁾ § 63 GewGG. Cfr. *Das Gewerbegericht*, 1897, pp. 75 s.

rappresentati, ma agisce per la parte datoriale o operaia e, conseguentemente, anche per se stesso. Perciò, se un effetto giuridico non nasce in capo alla parte — per mancanza di procura o di ratifica — non nasce neppure in capo al rappresentante.

La rappresentanza va vista non solo da un punto di vista negativo, nel senso che gli effetti giuridici del negozio non ricadono sul rappresentante, ma anche da un punto di vista positivo, nel senso che questi effetti giuridici ricadono sui rappresentati (§ 164 BGB). Questa efficacia positiva presuppone, però, che il rappresentato imputi a sé gli effetti negoziali mediante una manifestazione di volontà, che può consistere in una procura o in una ratifica (§ 177 BGB). La procura precede l'attività del rappresentante, la ratifica la segue. La procura dà impulso all'attività di rappresentanza, partecipa alla formazione della fattispecie: chi conferisce la procura, conferisce al negozio da concludere un contenuto determinato⁽⁹²⁾. Chi ratifica non esercita alcuna influenza sulla formazione della fattispecie, accetta un negozio concluso senza la sua attività, non fa altro che attribuirsi gli effetti giuridici. Procura e ratifica si possono riferire allo stesso negozio, poiché la ratifica può non solo sostituire integralmente la procura (nel caso in cui questa manchi) ma anche integrarla: può cioè esserci una procura e, nei limiti in cui essa non sia sufficiente, anche una ratifica. Diritti e doveri del rappresentato derivano, in questo caso, in parte dalla sua procura e in parte dalla sua ratifica.

Il rappresentante, se non è munito di procura, non può far ricadere gli effetti giuridici del negozio da lui concluso nella sfera del rappresentato. Egli può, da un lato, consapevole della mancanza — o dei vizi — della procura, fidare nella ratifica del rappresentato; dall'altro, sospendere la sua attività, in tutto o in parte, finché il rappresentato non gli conferisca la procura.

Talvolta i rappresentanti sono muniti di procura generale, così che gli effetti giuridici del contratto di tariffa hanno efficacia imme-

⁽⁹²⁾ Per il diritto è indifferente che, nei contratti di tariffa, i rappresentanti a cui i lavoratori conferiscono la procura (ad esempio, la commissione salariale) spesso formulano essi stessi ai loro mandanti il testo della proposta contrattuale, e quindi il contenuto della procura che dovrà essere loro conferita.

diata ⁽⁹³⁾. In questi casi, l'approvazione del contratto fatta (come spesso avviene) dalle assemblee dei lavoratori, che si riuniscono appunto per esaminare l'attività dei loro rappresentanti, non ha assolutamente valore costitutivo di tali effetti giuridici ⁽⁹⁴⁾. Altre volte, invece, ai rappresentanti viene conferita una procura più ridotta, consistente nel concordare con la controparte una bozza contrattuale completa, che diventerà contratto definitivo — sarà cioè ratificata — solo dopo l'accettazione votata dai rappresentati ⁽⁹⁵⁾. Non di rado avviene, inoltre, che la procura conferita ai rappresentanti si riveli insufficiente nel corso delle trattative, perché, pur riguardando tutti i punti che saranno oggetto del contratto di tariffa, non lascia alcun margine di autonomia ai rappresentanti (o ne lascia uno troppo ristretto), cosicché questi finiscono col trovarsi, una volta che le loro proposte siano state respinte, nella condizione di accettare quelle della controparte. Questa proposta può, comunque, essere accettata solo con la riserva della ratifica dei rappresentati, o può essere oggetto di un *referendum* che ne autorizzi l'accettazione ⁽⁹⁶⁾.

Il contratto di tariffa, in quanto contratto collettivo, può essere ratificato in due modi; e la differenza è importante.

Il rappresentante senza procura non può porre in essere alcun contratto di tariffa. Il contratto da lui concluso diventa un contratto di tariffa efficace solo con la ratifica del rappresentato. Questa ratifica conferisce efficacia al contratto, il quale senza di essa non sarebbe un contratto di tariffa. Da questa ratifica « iniziale », che trasforma il contratto in contratto di tariffa, deve distinguersi la ratifica che riguarda un contratto di tariffa già operante, fatta da persone che, pur essendo rappresentate, non hanno però né conferito una procura né operato una ratifica iniziale del contratto concluso senza il loro intervento, ma intendono semplicemente far

⁽⁹³⁾ Cfr., ad esempio, *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, IX, 1900, p. 130.

⁽⁹⁴⁾ Può anche accadere che i rappresentanti non facciano alcun uso della loro procura, intendendo rimettere ai rappresentati l'accettazione della proposta: cfr. *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VI, 1897, p. 282.

⁽⁹⁵⁾ Cfr., ad esempio, F. ZAHN, *Die Organisation*, cit., pp. 415 e 418 e *Das Gewerbegericht*, 1898, p. 107.

⁽⁹⁶⁾ Contro tale limitazione della procura, cfr. O. WEIGERT, *Das Gewerbegericht*, 1898, pp. 5 e 62.

ricadere anche su di sé gli effetti giuridici del contratto di tariffa già operante: in altre parole, essi vi aderiscono (pp. 177-178). Questa adesione ad un contratto di tariffa già operante (anche dal punto di vista dell'efficacia giuridica) può definirsi una ratifica: essa, infatti, conferisce ad un contratto, concluso nel nome ma senza l'intervento dei ratificanti, efficacia giuridica nei confronti di questi ultimi. Poiché, però, questa ratifica interviene quando il contratto di tariffa già possiede efficacia giuridica, la si può definire, per distinguerla da quella iniziale, ratifica « successiva ». Poiché ogni ratifica è, in realtà, successiva rispetto all'esecuzione del negozio ratificato, la « ratifica successiva » di cui parliamo è tipica del contratto di tariffa.

V. Il conferimento della procura per la conclusione di contratti di tariffa, come pure la ratifica iniziale, presentano una particolarità per quanto riguarda la parte operaia ⁽⁹⁷⁾. La parte datoriale, infatti, anche se plurisoggettiva, è pur sempre composta da un numero ristretto di persone (quanto meno in rapporto al numero dei lavoratori) che si conoscono e sono in rapporto tra loro: i rappresentanti dei datori di lavoro rappresentano quindi dei mandati ben determinati. Numerosi episodi suffragano questo assunto: ovunque viene concluso un contratto di tariffa a mezzo di rappresentanti (con o senza mediazione), il mandante, dalla parte datoriale, è una (o più) ditta ben determinata, o una ben individuata lega imprenditoriale (ad esempio, l'associazione tipografica tedesca), corporazione, lega corporativa etc.; la qualità di membro di una di queste istituzioni, risultando da precisi elenchi, rappresenta qualcosa di noto e di certo. Per la parte datoriale, si può perciò parlare di mandanti ben determinati.

Non è così, invece, per la parte operaia. Il numero delle persone da rappresentare è qui, per sua natura, incomparabilmente più grande; se già i lavoratori di un'unica azienda sono in grado di mobilitarsi per un contratto di tariffa, tanto più potranno farlo i lavoratori di più aziende dello stesso settore o i lavoratori di tutte le aziende dello stesso settore di un distretto o di un'intera nazione (ad

⁽⁹⁷⁾ Per quanto riguarda questa particolarità, ciò che in seguito si dirà riferendolo, per motivi di brevità, alla sola procura, è da intendersi riferito *mutatis mutandis* anche alla ratifica iniziale.

esempio, i bottai di Dresda, i lamieristi di Stoccarda, i muratori di Berlino e dintorni, o i tipografi di tutta la Germania). In questo caso, il numero dei membri non solo è molto elevato (ed essi, fra l'altro, non sempre si conoscono o sono in rapporto tra loro), ma è, addirittura, assai difficilmente determinabile. In verità, esiste, per la maggior parte dei lavoratori, una possibilità di raggruppamento, anche se consistente nella semplice appartenenza ad una stessa azienda, cantiere, officina, miniera etc. Nei sindacati e nelle leghe che vi si riferiscono, confluisce comunque un numero di lavoratori abbastanza esiguo; e, per quanto il sindacato sia rappresentativo, non comprenderà mai tutti i lavoratori di quell'azienda. Per giunta, il numero dei membri del sindacato sarebbe comunque oscillante, dipendendo dal numero degli operai di un'azienda, soggetto a continue variazioni a seguito di assunzioni e di licenziamenti. Inoltre, i membri ammalati o infortunati sarebbero ostacolati nella loro partecipazione. Basta pensare, d'altronde, al modo abituale col quale i lavoratori conferiscono la procura a concludere contratti di tariffa.

Nella maggior parte dei casi la procura viene conferita in pubbliche assemblee nelle quali si scelgono i rappresentanti e si impartiscono le direttive ⁽⁹⁸⁾ (spesso su suggerimento degli stessi rappresentanti. I capi di una lega operaia — o di un suo ramo locale — della categoria destinataria del futuro contratto di tariffa non possono ritenersi automaticamente muniti di procura, perché essi rappresentano solo i membri di quella lega — o di quel ramo locale —, il cui numero non esaurisce certo il numero dei destinatari del contratto di tariffa. Si scelgono perciò persone che dovranno rappresentare sia gli organizzati che i non organizzati.

La scelta dei rappresentanti e il conferimento di procura fatti in una pubblica assemblea presentano il vantaggio di rendere pubblica la legittimazione e la procura del rappresentante. Se il numero dei

⁽⁹⁸⁾ Per la scelta dei rappresentanti dei tipografi che avrebbero poi sottoscritto la tariffa del 1° luglio 1896 si osservò una procedura diversa: i lavoratori scelsero i loro rappresentanti mediante schede elettorali. Le elezioni furono dirette dal tribunale industriale di Lipsia in funzione di ufficio di conciliazione. Arrivarono più di 23.000 schede: cfr. *Das Gewerbegericht*, 1896. pp. 17 s.; *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, V, 1896, pp. 855 s.

futuri rappresentati è cospicuo, difficilmente basterà una sola assemblea, ma ce ne vorrà più d'una, da tenersi contemporaneamente o successivamente. La procura viene conferita in queste assemblee, e da queste assemblee. Ma quali persone possono parteciparvi? Le assemblee sono pubbliche, aperte a tutti, e non offrono alcuna garanzia che vi partecipino solo le persone appartenenti alla categoria interessata. La scelta dei rappresentanti e il conferimento della procura spesso non vengono decisi contestualmente, poiché in una prima assemblea ci si accorda sulla formulazione della proposta contrattuale, ed in una successiva si scelgono i rappresentanti che la dovranno esternare. Chi partecipa alla seconda votazione fa propria anche la decisione della prima assemblea, essendo già state fissate, prima ancora della loro elezione, le direttive cui dovranno attenersi i rappresentanti. C'è però chi partecipa alla prima assemblea e non alla seconda, e viceversa. Il numero dei mandanti è fluttuante sia in occasione del primo conferimento di procura, sia in occasione di un eventuale conferimento successivo, nel caso i rappresentanti non siano riusciti a far approvare tutte le proposte contrattuali ed abbiano bisogno di una nuova procura per l'accettazione delle controproposte avversarie. Non è affatto certo, però, che l'assemblea, o le assemblee, che conferiscono le nuove procure siano composte dalle stesse persone che hanno preso le decisioni precedenti. Se poi si tiene presente che la trattativa per un contratto di tariffa viene svolta, in numerosi casi, durante uno sciopero o una serrata, si deve constatare ancora più chiaramente, da parte operaia, l'indeterminatezza del mandante: infatti, da una sospensione del lavoro deriva non soltanto un'erosione del tempo necessario per partecipare alle assemblee che scelgono i rappresentanti e impartiscono loro le direttive, ma anche una maggiore oscillazione del numero dei lavoratori.

Inoltre, si può agevolmente supporre che, per intuibili motivi, alle assemblee che designano i rappresentanti e conferiscono loro la procura non parteciperanno mai tutti i lavoratori interessati. Ma, anche se fossero presenti tutti i muratori, gli intonacatori, i falegnami, i modellatori, i sarti etc., del distretto al quale si applicherà il futuro contratto di tariffa, le operazioni inerenti alla rappresentanza non dovranno mai comunque prendersi all'unanimità. Poiché però l'investitura dei rappresentanti non proviene da tutti gli appartenenti

alla categoria e neanche da tutti i partecipanti all'assemblea, dovrà ritenersi che essi abbiano la procura dei soli soggetti che hanno votato per loro, e impartito loro le direttive. Pur costituendo questi la maggioranza, la loro decisione non può, a termini di legge, valere come decisione di tutti: ciò sarebbe possibile solo se essi fossero membri di un'entità distinta rispetto a loro, nel qual caso la decisione della maggioranza varrebbe come decisione dell'entità, della persona giuridica, e perciò vincolerebbe anche la minoranza. Una situazione del genere è riscontrabile in campo datoriale, quando, ad esempio, una corporazione vuole concludere un contratto di tariffa, sia per « un'attività commerciale comune » (§ 81 b n. 5 GewO) che per le attività commerciali dei singoli membri ⁽⁹⁹⁾, e conferisce perciò la rappresentanza al presidente di questi ultimi. Invece, tra i lavoratori, la cui assemblea non è l'assemblea dei membri di una persona giuridica ⁽¹⁰⁰⁾, la decisione della maggioranza (di conferire la procura) potrebbe vincolare tutti i membri dell'assemblea solo se essi si fossero preventivamente accordati in tal senso; circostanza che di solito non si verifica. Perciò, la minoranza non conferisce alcuna procura ⁽¹⁰¹⁾. Ma anche nella divisione tra maggioranza e minoranza — così come nella conclusione del contratto di tariffa, nella scelta dei rappresentanti e nella proposizione delle direttive — non entrano in gioco considerazioni individuali. La maggioranza porta a conclusione il contratto di tariffa.

Bisogna perciò dare per presupposto che gli appartenenti alla minoranza che non ha conferito la procura o emanato la ratifica

⁽⁹⁹⁾ Ad esempio, *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VIII, 1899, p. 1053 (corporazione dei selciatori di Berlino).

⁽¹⁰⁰⁾ Una organizzazione di lavoratori non è una persona giuridica. Pertanto, dal punto di vista giuridico, un contratto di tariffa non può considerarsi concluso da una tale organizzazione: così dispone il lodo arbitrale del 14 dicembre 1899 dell'ufficio di conciliazione di Berlino: *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, IX, 1900, p. 332.

⁽¹⁰¹⁾ Due dei molti esempi di tali decisioni a maggioranza all'atto della ratifica iniziale, che — come si è detto (pp. 208-209) — equivale al conferimento della procura, possono leggersi in *Das Gewerbegericht*, 1898, p. 107 (che riporta anche un raro caso in cui fu deciso che la minoranza dovesse assoggettarsi al voto della maggioranza). Un'assemblea di lavoratori del marmo e del granito, dopo un ampio dibattito, approva con 49 voti favorevoli contro 36 contrari questa risoluzione: « L'assemblea definisce buoni gli accordi stipulati tra i rappresentanti dei lavoratori e degli imprenditori »: *Vorwärts*, 10 settembre 1899.

iniziale, non sono assoggettati agli effetti del contratto di tariffa, anche nell'ipotesi in cui i rappresentanti abbiano agito non in nome della maggioranza, ma, *tout court*, in nome di tutti i lavoratori interessati. Il contratto di tariffa sarà inefficace anche per chi si sia astenuto nella votazione, o non abbia partecipato all'assemblea, o non vi abbia potuto partecipare perché entrato solo successivamente a far parte della categoria professionale o dell'ambito territoriale per cui vige il contratto di tariffa.

Ma il contratto di tariffa può, ciononostante, spiegare i suoi effetti giuridici anche nei confronti di tutte queste persone indeterminate, dalle quali non promana alcuna procura o ratifica iniziale, a patto che il contratto sia stato concluso anche in nome loro e sia stato successivamente ratificato, appunto con una ratifica « successiva » (p. 358). Esaminiamo queste due condizioni.

VI. L'essenza della contrattazione collettiva (così può essere definita la contrattazione di tariffa) si fonda sul raggiungimento di uguali condizioni salariali e lavorative, uguaglianza che non esclude, comunque, delle graduazioni (ad esempio, nel salario, nell'orario di lavoro). Ciò vale sia per i datori che per i prestatori di lavoro. Il fatto che le condizioni dei singoli contratti di lavoro sono accettate da tutti i membri della propria parte significa, per entrambi i contraenti del contratto di tariffa, una vantaggiosa regolamentazione della concorrenza. Il loro interesse è diretto al risultato concreto del livellamento di queste condizioni. Al momento della conclusione del contratto di tariffa, perciò, la determinazione precisa delle singole persone interessate assume un valore secondario, naturalmente più fra i lavoratori che fra i datori di lavoro.

Quando i lavoratori conferiscono la procura a determinate persone, o ne ratificano (inizialmente) la trattativa, questi non rappresentano soggetti individualmente determinati. Essi agiscono anzi in nome di tutti i lavoratori di uno stesso settore (derivante dall'appartenenza a una determinata azienda, a un determinato mestiere, a un determinato ambito territoriale), un settore i cui membri variano di continuo. Lo stesso contratto di tariffa aziendale deve riguardare non soltanto i lavoratori presenti al tempo della sua conclusione, ma anche quelli che subentreranno in un secondo tempo.

Ma anche se i lavoratori concludono il contratto direttamente, senza cioè l'ausilio di rappresentanti, agiscono non soltanto in nome proprio, ma anche in nome dei compagni di lavoro — appartenenti alla categoria destinataria del contratto di tariffa — che un giorno li sostituiranno o li affiancheranno ⁽¹⁰²⁾; allo stesso modo, se i lavoratori votano su una proposta contrattuale datoriale, e la maggioranza la accetta, si deve ritenere che questa maggioranza vuole tutelare col suo voto l'interesse di tutti i partecipanti, e che perciò vuole accettare non solo in nome proprio, ma anche in nome della minoranza.

Esistono perciò dal lato dei lavoratori (a prescindere da possibili limitazioni esplicite) altri soggetti del contratto di tariffa, da considerare sullo stesso piano di chi conferisce la procura, ratifica o agisce in nome proprio; e si tratta di soggetti che non hanno partecipato in nessun modo alla formazione della fattispecie.

La stessa cosa può avvenire da parte datoriale. Certo, se la proposta contrattuale proviene da un solo datore di lavoro, o viene fatta ad un solo datore di lavoro, si deve supporre che questi agisca esclusivamente in nome proprio. Allo stesso modo, se la proposta contrattuale è stata fatta separatamente a più datori di lavoro e rifiutata da alcuni di essi, i datori di lavoro che hanno accettato non possono essere considerati rappresentanti di quelli che hanno rifiutato ⁽¹⁰³⁾. Ma se invece tutti i datori di lavoro coalizzati, o la loro maggioranza — sia di persona che a mezzo di rappresentanti — hanno accettato la proposta contrattuale presentata loro collettiva-

⁽¹⁰²⁾ Se la proposta contrattuale, su decisione dell'assemblea di settore, viene fatta dai lavoratori di ogni stabilimento al proprio datore di lavoro, essi non solo agiscono in nome proprio, ma rappresentano anche i loro colleghi, sempre che però sia stata loro conferita la procura.

⁽¹⁰³⁾ I lavoratori di Gmünd hanno presentato ai loro datori di lavoro determinate proposte per un contratto di tariffa: *Vorwärts*, 8 ottobre 1899. Le loro richieste principali furono però respinte da tutti i datori di lavoro. I lavoratori hanno perciò dato inizio a uno sciopero. « Successivamente un datore di lavoro ha accettato ». Questi può aver agito perciò solo in nome proprio. Su un'agitazione salariale dei lavoratori della corda di Breslavia, che trattò con tutti i datori di lavoro, si riporta: « La maggior parte dei datori di lavoro si obbligò al pagamento del salario minimo richiesto, uno di essi accettò anche la richiesta di introdurre l'orario lavorativo di dieci ore »: *Jahresbericht des Gewerkschaftskartells für Breslau für 1898*, p. 18. Questi datori di lavoro hanno agito esclusivamente in nome proprio.

mente, in questo caso, pur trovandoci in presenza di un numero relativamente basso di mandanti, ratificanti o contraenti in nome proprio, si dovrà tuttavia ritenere che questi hanno voluto concludere il contratto di tariffa (in vista del raggiungimento di uguali condizioni salariali e lavorative) non semplicemente per se stessi, ma anche in nome dei propri colleghi, dei propri concorrenti. I rappresentanti datoriali, e anche i singoli datori di lavoro che agiscono in nome proprio, fungono perciò contemporaneamente da rappresentanti di tutti i datori di lavoro dello stesso settore. Queste persone — magari ancora sconosciute — che non partecipano alla formazione della fattispecie, devono almeno essere difese consentendo loro un'equiparazione successiva ai contraenti del contratto di tariffa ⁽¹⁰⁴⁾.

Questa estensione della sfera personale di efficacia di un contratto di tariffa, sia da parte datoriale sia da parte operaia, avviene di regola senza che il rappresentante o il contraente in nome proprio ne sia consapevole: è un fatto ovvio che questi accetta implicitamente, a meno che non vi opponga il suo espresso rifiuto ⁽¹⁰⁵⁾. Ma l'allargamento della sfera soggettiva del contratto di tariffa non può dirsi giuridicamente realizzato con questa semplice operazione di fatto. Occorre ancora qualcosa: la realizzazione della seconda delle condizioni cui si accennava poc'anzi. Infatti: « Se qualcuno conclude un contratto a nome di un altro senza averne i poteri, l'efficacia del contratto nei confronti del rappresentato dipenderà dalla sua ratifica » (§ 177 BGB).

Si è visto in precedenza che un contratto di tariffa (salvo eccezioni) viene concluso, per sua natura, anche in nome di quei datori e prestatori di lavoro che non hanno conferito alcuna procura, né posto in essere una ratifica iniziale. L'efficacia del contratto di

⁽¹⁰⁴⁾ In una trattativa contrattuale dei calzolari di Brema (aprile 1897), i rappresentanti dei datori di lavoro dichiararono che « essi rappresentavano solo la corporazione con circa 126 datori di lavoro, di cui però non tutti hanno degli addetti alle dipendenze »: *Das Gewerbegericht*, 1897, p. 75. Questi ultimi vengono rappresentati in vista dell'eventualità che in futuro assumano degli addetti.

⁽¹⁰⁵⁾ L'ovvietà risiede nel fatto che, come si è dimostrato, « le circostanze mostrano » che si è agito in nome degli interessati: cfr. § 164 co. 1 BGB.

tariffa nei confronti di queste persone dipende perciò dalla loro ratifica; più precisamente, dalla loro ratifica successiva, poiché si tratta di un contratto già in vigore (p. 209).

Questa ratifica successiva può essere espressa o tacita. Quella espressa consiste nella dichiarazione di voler aderire al contratto di tariffa ⁽¹⁰⁶⁾. Quella tacita avviene o con l'adesione alla coalizione — datoriale o operaia — che ha posto in essere il contratto di tariffa, o con la conclusione di un contratto di lavoro che non contenga condizioni derogatorie rispetto a quelle del contratto di tariffa. Chi stipula un tale contratto di lavoro — senza cioè accordarsi diversamente sui punti che la legge lascia all'autonomia privata — manifesta con ciò la volontà di assoggettarsi alla stessa disciplina valida per gli altri colleghi di categoria. Questa disciplina comune può essere costituita da norme dispositive o da un contratto di tariffa. Perciò, chi conclude un contratto di lavoro senza disposizioni individuali derogatorie è assoggettato — conformemente alla sua volontà — alle stesse norme dispositive o allo stesso contratto di tariffa validi per i colleghi di categoria. Come è noto, la conoscenza della norma dispositiva è ininfluente; ma è ininfluente anche la conoscenza del contratto di tariffa, essendone l'esistenza e il contenuto conoscibili in ogni momento ⁽¹⁰⁷⁾. Il contratto di tariffa concluso con la mediazione del tribunale industriale è reso pubblico dal tribunale stesso. L'esistenza e il contenuto del contratto di tariffa non potevano, perciò, essere sconosciuti agli 894 operai tessili di Kottbus che votarono contro la proposta padronale, accettata invece da 1711 loro compagni di lavoro (cosa che portò alla cessazione dello sciopero). Il contratto di tariffa è stato concluso a nome di tutti gli operai tessili di Kottbus, e se gli operai messi in minoranza concludono dei contratti individuali di lavoro non contenenti disposizioni derogatorie, facendo così ratificano il contratto di tariffa concluso anche in

⁽¹⁰⁶⁾ Alla tariffa dell'industria tipografica tedesca è allegato un breve formulario di questa dichiarazione. I membri datoriali e operai della commissione tariffaria hanno ripetutamente esortato i datori di lavoro ad aderire alla tariffa dell'industria tipografica tedesca: cfr. *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, IX, 1900, p. 93.

⁽¹⁰⁷⁾ Così come sono conoscibili, per chi si serve del trasporto delle merci per ferrovia, le condizioni di trasporto da questa rete pubbliche.

loro nome ⁽¹⁰⁸⁾. Il compositore che viene assunto per la prima volta, senza riserve, da una tipografia che applica la tariffa dell'industria tipografica tedesca, ratifica così tacitamente tale contratto di tariffa ⁽¹⁰⁹⁾.

Chi ratifica « successivamente » un contratto di tariffa viene equiparato a chi ha conferito la procura per la sua conclusione e a chi lo ha ratificato « inizialmente ». La ratifica tacita mediante la conclusione di un contratto di lavoro è, come ogni ratifica, spontanea. Il rappresentato può, cioè, non concludere il contratto di lavoro alle stesse condizioni del contratto di tariffa. In ciò egli si differenzia da chi, col conferimento della procura o con la ratifica iniziale, ha partecipato alla conclusione del contratto di tariffa. Questi — come si chiarirà successivamente — è vincolato al contratto di tariffa allo stesso modo di chi ha agito in nome proprio: non può cioè concludere un contratto di lavoro derogatorio rispetto ad esso.

Considerando questa differenziazione, è importante sapere se una persona ha partecipato alla conclusione di un contratto di tariffa o vi è stato semplicemente rappresentato (senza procura). Per i datori di lavoro è facile stabilirlo, perché chi conferisce la procura è di solito ben individuabile. In campo datoriale, comunque, l'ipotesi più frequente è quella della ratifica espressa per adesione ⁽¹¹⁰⁾. Diverso è il caso dei lavoratori: il loro numero è molto più grande e la posizione dei singoli, in ordine al contratto di tariffa da concludere, è individuabile meno chiaramente. Ma i lavoratori sono anche meno disposti, stipulando un contratto di lavoro, a derogare al contratto di tariffa. Se essi poi non trovano giusto un contratto di tariffa, si adoperano per eliminarlo o per emendarlo.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, V, 1896, p. 855.

⁽¹⁰⁹⁾ In un contratto di tariffa dei carpentieri di Berna dell'estate 1899 si trova questa disposizione: « L'accordo va considerato alla stregua di un uso locale, e resta in vigore fino alla fine del 1903 ».

⁽¹¹⁰⁾ Ma anche la ratifica tacita mediante l'esecuzione del contratto di tariffa non è rara, soprattutto nelle tipografie. Un altro esempio può trovarsi in *Das Gewerbegericht*, 1897, p. 14. Il tribunale osserva giustamente che le parti del contratto di lavoro, all'atto della conclusione del contratto di tariffa, « né appaiono come parti contraenti né hanno conferito una qualche procura a chi conclude le trattative ». Il tribunale è però in errore quando ritiene di poter giustificare l'estraneità del datore di lavoro al contratto di tariffa con il fatto che questi, all'atto della sua conclusione, « non si è obbligato di persona, ma ha semplicemente dato esecuzione ad un regolamento provvisorio concordato da altri ».

La nostra idea di una rappresentanza senza procura accompagnata da una ratifica successiva si fonda sulla prassi, e non è affatto in contrasto con le teorie privatistiche ⁽¹¹¹⁾: le offerte contrattuali *in incertam personam* sono familiari al giurista (vediamo, ad esempio, i casi di asta pubblica). Per i contratti di tariffa si tratta, però, non di offerte, ma di accordi che devono estendersi a *incertae personae*. Quest'obiettivo — se non si vuole esorbitare dai confini del diritto privato e trattare il contratto di tariffa alla stregua di una *lex publica* — è raggiungibile solo configurando una rappresentanza senza procura accompagnata da una ratifica successiva ⁽¹¹²⁾. L'estensione del contratto di tariffa a soggetti che non lo hanno posto in essere è di uso comune in Inghilterra, la patria del contratto di tariffa. Questo uso soddisfa un bisogno pratico, senza preoccuparsi eccessivamente di appigli teorici: « Quando l'associazione imprenditoriale di un settore produttivo conclude un contratto con un sindacato, di solito gli imprenditori estendono spontaneamente le sue disposizioni a tutti gli operai delle loro fabbriche, facciano o meno parte del sindacato ». E questo uso è stato ufficialmente approvato dal segretario permanente del ministero del commercio, quando questi, in un lodo arbitrale, stabilì « che le decisioni delle camere di conciliazione locali, a meno che non dispongano delle espresse limitazioni al

⁽¹¹¹⁾ Quando la « commissione dei diciotto », prevista dal contratto di tariffa dei muratori di Berlino del 24 giugno 1899, determina l'ambito territoriale di applicazione di questo contratto di tariffa, enumerando i luoghi nei quali esso deve applicarsi, presuppone in tal modo che ogni prestatore o datore di lavoro che conclude in quell'ambito un contratto di lavoro edile lo conclude alle condizioni del contratto di tariffa, anche se non ha preso parte personalmente alla sua stipulazione. L'estensione soggettiva di un contratto di tariffa non ne muta affatto la natura giuridica (p. 330), così come un'associazione rimane tale anche dopo l'adesione di nuovi membri.

⁽¹¹²⁾ Scavalca i precetti del diritto privato il lodo arbitrale dell'ufficio di conciliazione di Berlino (*Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, IX, 1900, pp. 330-334), quando considera il contratto di tariffa dei muratori del 24 giugno 1899 « concluso da tutti i datori di lavoro edili di Berlino, e dintorni, indipendentemente dalla loro appartenenza all'associazione datoriale ». Tutti questi datori di lavoro, anche se non hanno partecipato di persona alla contrattazione, vi erano comunque rappresentati. I datori di lavoro non rappresentati non potevano più diventare parti del contratto di tariffa con l'adesione: se tutti i datori di lavoro avessero stipulato il contratto di tariffa, non si sarebbe potuto infatti parlare di adesione dell'uno o dell'altro.

riguardo, siano applicate allo stesso modo agli iscritti e ai non iscritti al sindacato, quand'anche questi ultimi non siano parte contrattuale »⁽¹¹³⁾.

La nostra idea, però, non si basa sulla prassi soltanto, per cui l'estensione del contratto di tariffa debba venire accettata senza riguardo alla sua utilità. Essa, anzi, favorisce sensibilmente la stipulazione di contratti di tariffa: come già si è sottolineato quando si è parlato delle coalizioni, la stabilità e l'efficacia di un contratto di tariffa dipendono dal suo ambito soggettivo di applicazione; che, naturalmente, si allarga nel momento in cui la rappresentanza senza procura accompagnata dalla ratifica successiva riesce ad aggiungere al contratto di tariffa nuovi soggetti interessati.

VIII. *Efficacia giuridica*

I. I problemi della natura e dell'efficacia giuridica del contratto di tariffa sono stati già sfiorati in precedenza, nell'esame del suo contenuto e della sua stipulazione, in particolare, parlando della rappresentanza, si è richiamata l'attenzione sul fatto che gli effetti giuridici di tale contratto interessavano soggetti che non avevano preso parte alla sua stipulazione; fatto che presupponeva l'estensione della sua efficacia giuridica. L'esame particolareggiato — che ci accingiamo a compiere — della natura e dell'efficacia giuridica del contratto di tariffa costituisce il nucleo del dibattito giuridico su questo tema, essendovi chiaramente subordinate tutte le discussioni sul suo contenuto e sul suo perfezionamento. Se al contratto di tariffa non si riconoscesse la minima produzione di effetti giuridici, la delimitazione della fattispecie e le modalità della sua realizzazione non sarebbero, allora, degli argomenti degni di trattazione scientifica, ma sarebbero argomenti più politico-economici che giuridici.

Brentano si è più volte collocato da questo punto di vista, nel momento in cui, supponendo che i contratti di tariffa attualmente non siano vincolanti ha fatto proposte *de jure condendo* per elimi-

(113) S. WEBB- B. WEBB, *Industrial Democracy*, cit., p.186.

nare questa situazione e regolamentare i contratti di tariffa ⁽¹¹⁴⁾. Innanzitutto, egli propone l'abrogazione del § 152 co. 2 GewO, perché esso « rende impossibile l'obbligazione contrattuale di rispettare le condizioni lavorative concordate tra le organizzazioni dei datori e dei prestatori di lavoro ». Ma le coalizioni disapprovate dal § 152 co. 2 GewO costituiscono contratti stipulati dai lavoratori tra di loro, o dai datori di lavoro tra di loro, mentre i contratti di tariffa sono contratti tra lavoratori e datori di lavoro. La circostanza che una coalizione che ha concluso un contratto di tariffa non abbia la legittimazione ad agire, se impedisce ai coalizzati di ricorrere in giudizio contro i colleghi colpevoli di inadempimento contrattuale, non impedisce certo un'azione da parte avversaria. Quando si affronta il problema dell'efficacia giuridica del contratto di tariffa, si pensa sempre all'efficacia tra le parti, che è possibile anche se la collettività — in cui si sostanzia la parte contraente — non è costituita come ente riconosciuto dal diritto, né tantomeno come persona giuridica.

Brentano propone inoltre che al § 105 GewO venga aggiunto questo 2° comma: « Questo accordo può essere concluso, in modo giuridicamente vincolante, non solo tra singoli esercenti un'attività industriale e singoli operai, ma anche tra singoli esercenti un'attività industriale e loro corporazioni, e corporazioni operaie ». Ma già il testo attuale del § 105 GewO non esclude affatto che il contratto di tariffa abbia efficacia giuridica, e l'aggiunta proposta potrebbe anzi limitare quest'efficacia già oggi riconosciuta, se stabilisse la validità dei soli contratti di tariffa ai quali abbia partecipato una « corporazione ». Si possono poi muovere obiezioni anche contro l'altra proposta, che vorrebbe aggiungere al § 105 questo 3° comma: « Ogni volta che una corporazione datoriale o operaia concorda le condizioni lavorative per i propri membri, l'adempimento di queste condizioni da parte di ogni singolo membro è garantito dal patrimonio della corporazione ». È inutile infatti chiamare a risponderne il patrimonio della corporazione, quando essa può anche non avere stipulato il contratto: infatti, per stipulare un contratto di tariffa non

⁽¹¹⁴⁾ L. BRENTANO, in *Schriften des Vereins für Socialpolitik (SVSP)*, XLV, Leipzig, 1890, p. 129; ID., in *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, cit., VIII, 1899, p. 1368; ID., *Reaktion oder Reform? Gegen die Zuchthausvorlage*, cit., p. 60.

è affatto essenziale la presenza di una corporazione. Esistono poi importanti disposizioni di contratti di tariffa (in particolare, quelle sull'orario di lavoro) la cui osservanza può essere garantita assai difficilmente dal patrimonio della corporazione; a meno che non si voglia intendere tale responsabilità come assicurazione di una pena convenzionale.

II. La natura giuridica del contratto di tariffa è senza dubbio determinata dai suoi effetti giuridici. Intanto, prima ancora di scendere ad un più dettagliato esame dal punto di vista del diritto positivo, se ne può già tentare un primo approccio, sia alla luce di situazioni di fatto che ci offre l'esperienza quotidiana, sia col raffronto con altre fattispecie la cui natura giuridica è nota.

Può dirsi in generale che la natura giuridica del contratto di tariffa sia quella di un contratto di diritto privato. Esso ricade sotto la definizione di contratto data dal più illustre civilista del XIX secolo, Savigny: « Contratto è l'accordo di più soggetti su una comune manifestazione di volontà per la regolazione dei loro rapporti giuridici »⁽¹¹⁵⁾. Che il contratto di tariffa sia un accordo di più soggetti su una comune manifestazione di volontà, lo dimostrano a sufficienza gli esempi di contratti di tariffa fin qui citati. E che tale manifestazione di volontà sia destinata a regolare i rapporti giuridici dei loro autori, emerge da quanto si è detto, al paragrafo 3, sul contenuto del contratto di tariffa. Si verificherà successivamente se e come la fattispecie del contratto si attaglia realmente al contratto di tariffa. Per il momento vorremmo segnalare che sono gli stessi contraenti, convinti che il loro contratto di tariffa li vincoli giuridicamente⁽¹¹⁶⁾ e non solo moralmente, ad attribuirgli efficacia giuridica. Il contratto di tariffa soggiace perciò alle regole dettate dai §§ 145-155 e 157 BGB in tema di contratti.

⁽¹¹⁵⁾ F.C. VON SAVIGNY, *System*, III, cit., p. 309.

⁽¹¹⁶⁾ A prescindere, naturalmente, dalla riserva mentale, che il tribunale industriale di Berlino attribuisce « ad una grande maggioranza di industriali dell'abbigliamento » che hanno violato il contratto di tariffa del 16 febbraio 1896, nel momento in cui sostiene che le loro concessioni ai prestatori di lavoro « furono fatte solo per giungere al componimento di uno sciopero assai dannoso per loro nell'alta stagione, ma essi non avevano affatto intenzione di attenersi a questo accordo anche dopo tale periodo »: *Das Gewerbebericht*, 1896, p. 78.

La presenza della convinzione di essere obbligati giuridicamente si ricava dal concorso di alcuni indizi.

Quando datori e prestatori di lavoro sono in trattativa per concludere un contratto di tariffa, viene verificata attentamente la legittimazione dell'altro contraente, che deve essere lo stesso soggetto interessato oppure un suo rappresentante (da lui autorizzato ad agire, o la cui attività egli ratifica). Se si trattasse di un mero obbligo morale, il cui adempimento dipendesse dalla coscienza del singolo, non si darebbe tanto peso alla legittimazione della controparte ⁽¹¹⁷⁾.

Inoltre, si dedica all'autenticazione del contratto di tariffa la cura che si è soliti dedicare ai contratti vincolanti di diritto comune, nel momento in cui ci si preoccupa della sua forma scritta, dell'apposizione della firma, e così via ⁽¹¹⁸⁾. La fissazione delle disposizioni contrattuali in un documento non obbedisce a meri fini « storici » di memorizzazione, ma garantisce un vero e proprio valore impegnativo alle disposizioni, la cui esecuzione potrebbe essere sollecitata in ogni momento, proprio sulla base del documento scritto e sottoscritto ⁽¹¹⁹⁾. Allo stesso scopo è rivolta l'affissione in fabbrica del contratto di tariffa, prevista talvolta dallo stesso contratto. Anche il

⁽¹¹⁷⁾ In occasione di un'agitazione salariale degli intonicatori di Berlino, le richieste degli operai furono respinte dall'associazione dei datori di lavoro. Alcuni dei suoi membri trasferirono il lavoro ad un cosiddetto « mastro intonacatore » (p. 333), con l'ordine di accettare quelle richieste. Gli intonicatori rifiutarono però il lavoro, perché avevano deciso di riconoscere solo la firma dell'impresario edile o del capomastro. Essi volevano stipulare il contratto di tariffa solo con questi datori di lavoro, per assicurarsi la validità del contratto anche per i casi futuri: *Vorwärts*, 20 settembre 1899.

⁽¹¹⁸⁾ Commissioni dei vasai berlinesi e dei loro garzoni comparvero davanti al tribunale industriale « per vincolare formalmente davanti al presidente la tariffa da essi stipulata »: M. VON SCHULZ, in *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, IX, 1900, p. 214.

⁽¹¹⁹⁾ Perciò nelle assemblee operaie si riferisce che i datori di lavoro sono disposti ad accettare le richieste, ma non a firmare; si decide che si deve premere per ottenere l'apposizione della firma; si combatte la tesi per cui le disposizioni formalmente fissate da entrambe le commissioni offrano garanzie maggiori rispetto alla firma di un singolo imprenditore: *Vorwärts*, 7 e 13 settembre 1899. Anche i datori di lavoro danno molto peso alla firma dei lavoratori. Nelle trattative contrattuali tra l'associazione degli importatori inglesi di carbone e i portuali di Amburgo, si stabilì che i lavoratori dovessero firmare un documento di garanzia. A giustificazione di questa richiesta, il rappresentante dei datori di lavoro dichiarò: « Un accordo con una qualsiasi commis-

documento affisso non fa richiamo ad un generico senso morale, ma, all'interno della fabbrica, conferisce al suo contenuto un'apparenza di valore giuridico vincolante, proprio come avviene con l'affissione (obbligatoria) in fabbrica del regolamento interno (§§ 134a co. 1, 134e co. 1, 134e co. 2 GewO).

Alla convinzione dei contraenti di obbligarsi giuridicamente corrisponde, inoltre, la fissazione di un limite temporale di validità del contratto di tariffa (p. 168). La durata del contratto costituisce un punto importante della trattativa: una concessione può portare al conseguimento di migliori condizioni salariali, mentre un fermo dissenso può portare alla rottura delle trattative ⁽¹²⁰⁾. Alla delimitazione temporale si accompagnano dettagliate disposizioni circa la disdetta, la revisione e la proroga del contratto di tariffa. Tutte le disposizioni.

Sulla durata del rapporto contrattuale avrebbero poco senso se i suoi autori non si considerassero sottoposti ad un vincolo giuridico. E suffragano questo punto di vista anche quegli operai che sono ostili ai contratti di tariffa perché vedono nella lunghezza del vincolo un ostacolo al possibile sfruttamento di una situazione favorevole che si presentasse prima della scadenza.

Tutto questo complesso di cose è spiegabile solo presupponendo che le parti del contratto di tariffa siano convinte di assoggettarsi ad un vincolo giuridico, mentre risulterebbe difficile da chiarire se si dovesse contare solo sulla reciproca coscienziosità delle parti. Il riconoscimento di questo convincimento delle parti non trova ostacoli né nella forma né nel contenuto del contratto di tariffa, ed è in sintonia col volere delle parti. Quand'anche la supposizione dell'efficacia giuridica del contratto di tariffa fosse stata originariamente infondata, vi si è fatto tuttavia ricorso, da quando esistono i contratti di tariffa, talmente tante volte (ovvero, sono stati stipulati talmente tanti contratti di lavoro sulla base di contratti di tariffa di cui si è

sione salariale può non garantire la stessa sicurezza, poiché i lavorati dopo un po' di tempo non si riterrebbero più vincolati alle decisioni di questa commissione»: *Protokolle der Senatskommission*, pp. 114-118.

⁽¹²⁰⁾ Per il primo caso, cfr. la trattativa contrattuale dei conciatori di Berlino (*Vorwärts*, 29 ottobre 1899); per il secondo, cfr. quella dei carpentieri di Elberfeld e di Barmen (*Vorwärts*, 11 luglio 1899).

ritenuta obbligatoria l'esecuzione), che l'efficacia giuridica del contratto di tariffa dovrebbe essere riconosciuta quanto meno come figura del diritto consuetudinario. È anche vero che non sono stati pochi neanche i casi in cui un contratto di tariffa è stato disatteso o violato, senza che intervenisse alcuna reazione da parte del diritto positivo ⁽¹²¹⁾. Ma casi del genere, per quanto numerosi possano essere, costituiscono pur sempre, in proporzione, una percentuale assai ridotta, poiché altrimenti non si continuerebbe a trattare o a stipulare nuovi contratti di tariffa. Ci sono, infine, sufficienti prove che la violazione di un contratto di tariffa viene sentita dalla parte danneggiata come una violazione di legge, un illecito.

III. L'opinione che il contratto di tariffa sia un contratto a tutti gli effetti (di legge) deve però essere basata non semplicemente su queste circostanze soggettive od oggettive, ma anche sulla natura giuridica dei suoi effetti, che occorrerà perciò esaminare nei dettagli. A questo scopo, il contratto di tariffa, che sappiamo ormai rientrare appieno nella categoria del contratto, dovrà essere confrontato con tipi contrattuali già conosciuti, per farne emergere le particolarità.

In primo luogo, è facile rendersi conto che il contratto di tariffa non è un contratto di lavoro, per quanto essi vengano spesso confusi.

Per contratto di lavoro ⁽¹²²⁾ si intende generalmente un contratto col quale un soggetto si impegna a prestare un'attività lavorativa a favore di un altro soggetto, il quale si impegna a sua volta a pagare un corrispettivo. Può però certamente accadere — e accade non di rado —, quando i contraenti di un contratto di tariffa sono operai in sciopero, che il contratto di tariffa contenga anche la disposizione che gli scioperanti dovranno riprendere il lavoro a cominciare da una certa data; una disposizione, cioè, con la quale i soggetti si impegnano a prestare la loro attività lavorativa. Ma una disposizione del genere non è affatto essenziale al contratto di tariffa, può tranquillamente mancare, spesso anzi manca, e manca poi sempre

⁽¹²¹⁾ Ad esempio, *Bäckerstreik und Brotboykott*, cit., pp. 46 e 68.

⁽¹²²⁾ L'espressione « contratto di lavoro » (*Arbeitsvertrag*) non è estranea alla legge, come dimostrano i §§ 123 co. 1 nn. 1 e 3, 124 n. 5, 134 b co. 1 n. 5, 134 e co. 2 GewO e il § 113 co. 1 n. 2 dell'«Invalidenversicherungsgesetz» (Legge sull'assicurazione degli invalidi). In questa sede non è possibile preoccuparsi di fornire una definizione più precisa.

quando chi contrae non è in sciopero; e poi (e questa è la cosa più importante) una disposizione del genere è transitoria, si riferisce soltanto al presente, alle contingenze del momento e a lavoratori ben determinati. Il contratto di tariffa, per la natura permanente del suo contenuto essenziale, non è un contratto di lavoro, perché per il suo tramite nessuno si obbliga a prestare un'attività lavorativa o a pagare un salario. Nessun lavoratore che lo stipula (e tanto meno quello che vi viene rappresentato senza procura) è obbligato dal contratto di tariffa a prestare un'attività lavorativa, così come nessun datore di lavoro è obbligato dal contratto di tariffa a pagare un salario ⁽¹²³⁾. I contratti di tariffa vengono conclusi molto spesso da una collettività di lavoratori con una collettività di datori di lavoro: se con questo dovesse ritenersi concluso un contratto di lavoro, il contratto di tariffa dovrebbe contenere l'indicazione precisa del luogo e del destinatario della prestazione di ogni singolo lavoratore, come pure l'indicazione precisa dei lavoratori alla cui prestazione ha diritto il singolo datore di lavoro.

Ma basta esaminare un qualsiasi contratto di tariffa per rendersi subito conto che non si tratta di un contratto di lavoro. Ad esempio, nel contratto di tariffa dei muratori concluso nell'agosto 1898 davanti all'ufficio di conciliazione di Francoforte sul Meno ⁽¹²⁴⁾ troviamo fissati l'orario normale di lavoro, la misura del salario orario, la limitazione e la retribuzione dello straordinario, l'abolizione del cottimo, la fornitura di determinati attrezzi da parte del datore di lavoro, il momento del pagamento, l'esclusione del lavoro nelle domeniche e nei giorni festivi, il licenziamento, l'esclusione di

⁽¹²³⁾ Il contratto di tariffa non è un contratto di lavoro né ha valore di contratto di lavoro, sia in assoluto che per il singolo caso. Non è corretta l'opposta opinione di un tribunale industriale della Germania meridionale: « Per ogni singolo caso, la tariffa [n.d.t. dei tipografi] ha però soltanto valore di contratto di lavoro »: *Das Gewerbegericht*, 1899, p. 50. È inconcepibile come una cosa che non è un contratto di lavoro possa avere il valore di un contratto di lavoro. In riferimento ai contratti di tariffa, L. BRENTANO, in *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VIII, 1899, p. 1367, chiede che il diritto riconosca « ciò che si verifica nella realtà, e cioè l'esistenza di organizzazioni di entrambe le parti interessate, che stipulano il contratto di lavoro per i loro membri ». Ma, in realtà, il contratto di lavoro, attraverso il quale il contraente si obbliga a lavorare o a pagare il salario, lo stipula ogni singolo membro in nome proprio.

⁽¹²⁴⁾ *Das Gewerbegericht*, 1899, p. 28.

sanzioni disciplinari e l'accordo per una trattativa futura sul collocamento al lavoro. Si vede senz'altro che un accordo del genere non è un contratto di lavoro: per il suo tramite il lavoratore A non è obbligato, come lo sarebbe in base a un contratto di lavoro, a recarsi in un giorno e ad un'ora ben determinati dal datore di lavoro B presso il suo cantiere N, per prestarvi l'attività di muratore.

Il contratto di tariffa, che non è un contratto di lavoro, non è neanche un contratto di lavoro 'corporativo' o 'collettivo', quantunque talvolta venga chiamato in questo modo ⁽¹²⁵⁾. Con l'espressione 'contratto di lavoro collettivo' si potrebbe definire la pluralità di contratti di lavoro che, nello stesso momento, vengono conclusi da più lavoratori con un solo datore di lavoro ⁽¹²⁶⁾ oppure da più datori di lavoro con un solo lavoratore ⁽¹²⁷⁾. Ma se il contratto di tariffa non è un contratto di lavoro, non potrà allora neanche identificarsi con una fattispecie che rappresenta una pluralità di contratti di lavoro.

Il contratto di tariffa, poi, non è un contratto preliminare ad uno o più contratti di lavoro; anzi, non è affatto un contratto preliminare nell'accezione comunemente accolta. Mediante il contratto preliminare, uno o entrambi i contraenti si obbligano alla stipulazione del contratto principale, che nel nostro caso sarebbe un contratto di lavoro. Ora, può certo accadere che, nel corso delle trattative per il contratto di tariffa, dei lavoratori vengano licenziati, e che perciò venga inclusa nel contratto di tariffa una disposizione che imponga la riassunzione dei licenziati; disposizione che costituisce un contratto preliminare ai contratti di lavoro di tali soggetti. Ma una disposizione del genere è di natura meramente transitoria (p. 169), riguarda unicamente determinati lavoratori, non ha niente a che vedere col contenuto essenziale del contratto di tariffa, non regola le condizioni di futuri contratti di lavoro. A prescindere da tali disposizioni accidentali, il contratto di tariffa non fonda per nessun contraente un obbligo a stipulare contratti di lavoro. Il datore di lavoro che stipula un contratto di tariffa è, giuridicamente, del tutto

⁽¹²⁵⁾ Ad esempio, *Zeitschrift für das gesamte Sachverständigenwesen*, II, pp. 256 s..

⁽¹²⁶⁾ Ad esempio, un agricoltore assume, tutti in una volta, 50 mietitori; un albergatore ingaggia 30 musicisti che formano un'orchestra.

⁽¹²⁷⁾ Ad esempio, 6 giovani commercianti ingaggiano un insegnante di contabilità o di italiano, 10 ragazze ingaggiano un maestro di danza.

libero: non è obbligato ad assumere né i lavoratori stipulanti né altri lavoratori assoggettati al contratto di tariffa, e non ha, d'altronde, nessun motivo per farlo se non sussistono possibilità di occupazione. Allo stesso modo, anche i lavoratori che stipulano un contratto di tariffa sono giuridicamente del tutto liberi di mettere a disposizione le loro energie lavorative a favore del datore di lavoro stipulante, di un terzo o di nessuno. Nessuna delle parti ha concluso, col contratto di tariffa, un contratto preliminare a contratti di lavoro: il 'se' della stipulazione di contratti di lavoro resta rimesso alla libera scelta dei singoli. La somiglianza tra il contratto di tariffa ed il contratto preliminare consiste solo nel fatto che entrambi si riferiscono a futuri contratti di lavoro ⁽¹²⁸⁾.

Infine, il contratto di tariffa non è una transazione, quantunque non di rado venga chiamato in questo modo, soprattutto quando è concluso sotto la mediazione dell'ufficio di conciliazione. Ma chiamarlo in questo modo serve solo a ingenerare confusione. B la legge a dare la nozione di transazione e, quindi, a stabilire quale fattispecie può correttamente chiamarsi in questo modo. Il § 779 BGB recita: « Un contratto col quale si elimina, mediante reciproche concessioni, il conflitto o l'incertezza tra le parti in ordine a un rapporto giuridico (transazione)... ». La transazione ha perciò in comune col contratto di tariffa il fatto di essere un contratto e il fatto che anche il contratto di tariffa può presentare quelle « reciproche concessioni » tra le parti che sono elemento essenziale della transazione. Esse, però, non sono elementi essenziali del contratto di tariffa, che può essere concluso senza reciproche concessioni, o perché la proposta contrattuale fatta da una parte viene accettata senza riserve dall'altra, o perché quest'ultima fa una controproposta che viene subito accettata dalla prima (senza che si possa cioè parlare di una concessione da parte di quest'ultima). Inoltre, le reciproche concessioni formano parte costitutiva della transazione: le parti concludono una transazione.

(128) Si è del tutto fuori pista, quando il tribunale industriale di Berlino scorge in un contratto di tariffa « soltanto un'offerta dei datori di lavoro ai lavoratori, per poter successivamente, e fino a nuovo ordine, stipulare contratti di lavoro sulla base delle disposizioni contenute nell'offerta ». Il tribunale parla di un contratto di tariffa « stipulato da molti rappresentanti dei datori di lavoro, dei lavoratori e degli intermediari » davanti all'ufficio di conciliazione, *Das Gewerbegericht*, 1897, p. 14.

zione nel momento stesso in cui si fanno concessioni reciproche; mentre una concessione che avviene in un contratto di tariffa non costituisce parte costitutiva dello stesso, ma soltanto un presupposto di fatto della sua realizzazione; così come nel contratto di compravendita o di affitto possono avvenire delle reciproche concessioni, senza che con questo si sia realizzata una transazione. Il contratto di tariffa si differenzia ancora dalla transazione per il fatto che quest'ultima elimina il conflitto o l'incertezza tra le parti in ordine a un rapporto giuridico»; cosa che non può dirsi a proposito del contratto di tariffa. Un conflitto o un'incertezza, per poter essere eliminati, devono sussistere. Un contratto di tariffa può però essere concluso senza che ci sia né conflitto né incertezza; può essere concluso nella concordia più piena e nella certezza più assoluta. Inoltre, il conflitto o l'incertezza tra le parti si riferiscono ad un rapporto giuridico già esistente, di cui sono controversi o incerti l'essenza, l'inizio, l'ambito, la durata, gli effetti. Non è questo il caso del contratto di tariffa, se naturalmente si prescinde da disposizioni transitorie e accidentali, e si concentra l'attenzione sul suo contenuto essenziale, normale, permanente: in questo caso i contraenti hanno a che fare non con un rapporto giuridico già esistente, ma con rapporti ancora da realizzare, con i rapporti, cioè, che nasceranno dai futuri contratti di lavoro. Sia la transazione che il contratto di tariffa realizzano un rapporto giuridico tra i contraenti: mentre però nel caso della transazione questo rapporto giuridico subentra al posto di un rapporto controverso o incerto, il contratto di tariffa può non essere preceduto da un rapporto controverso o incerto.

IV. Abbiamo esaminato fin qui solo il lato negativo, ovvero abbiamo visto che il contratto di tariffa non può essere ritenuto né un contratto di lavoro, né un contratto preliminare, né una transazione. Sarebbe facile definirne in positivo la natura giuridica, se la maggior parte dei contratti di tariffa non presentasse un contenuto piuttosto complesso. Difficoltà di questo genere sono però superabili grazie a quella distinzione — da noi operata all'inizio — tra le possibili disposizioni del contratto di tariffa. Si vide allora (pp. 174-175) che la maggior parte delle disposizioni di un contratto di tariffa — che sono poi le più importanti per i datori e i prestatori di lavoro — attengono alle condizioni salariali e lavorative in senso

stretto. Il nome di contratto di tariffa gli deriva appunto da alcune di queste condizioni, che, tutte insieme, ne costituiscono il contenuto essenziale. Vi si contrappongono quelle condizioni che, pur rinvenendosi spesso nei contratti di tariffa, possono tranquillamente mancarvi. Ma, poiché esse vengono recepite nel contratto di tariffa solo perché non potrebbero certamente figurare in un contratto individuale di lavoro, e non presentano poi un'efficacia giuridica generale, non possono essere determinanti per definire la natura giuridica del contratto di tariffa, quand'anche se ne riconoscesse l'inderogabilità.

La natura giuridica del contratto di tariffa consiste esclusivamente nel fatto che le condizioni salariali e lavorative (in senso stretto), essenziali al contratto di tariffa come al contratto di lavoro, vengono fissate dal primo in via generale. Queste condizioni potrebbero essere fissate in un contratto di lavoro da parte di ogni datore e prestatore di lavoro che abbia stipulato il contratto di tariffa o lo abbia ratificato, come se il contratto di tariffa non esistesse. Ma il fatto che queste condizioni siano fissate in un contratto di tariffa ha per conseguenza che — e questo è un primo effetto giuridico del contratto di tariffa —, quand'anche esse non siano riproposte nel contratto di lavoro, entrano comunque a far parte del suo contenuto; e che esse, anzi, non hanno bisogno di essere recepite nel contratto di lavoro, perché, in forza del contratto di tariffa, obbligatorio tra le parti, costituiscono automaticamente parte integrante del contratto di lavoro. Nella stipulazione di un contratto di lavoro agiscono un singolo datore e un singolo prestatore di lavoro, che però non hanno bisogno di disciplinare il loro rapporto di lavoro (riguardo alle condizioni salariali e lavorative), perché tale rapporto di lavoro possiede, senza la loro attività, una sua disciplina fissata dal contratto di tariffa, cioè una disciplina che è stata già concordata tra una collettività di lavoratori e (probabilmente) una collettività di datori di lavoro.

Il contratto di tariffa risulta, in primo luogo, uno strumento per facilitare o abbreviare la conclusione di contratti di lavoro, perché risparmia alle parti la determinazione di una disciplina già concordata in anticipo, per tutti i futuri contratti di lavoro dei soggetti interessati; in secondo luogo, uno strumento per livellare tra loro i vari contratti di lavoro, perché, senza che i singoli contraenti se ne

debbano preoccupare, vi ricomprende identiche condizioni salariali e lavorative; in terzo luogo, uno strumento per estendere al contratto di lavoro di due persone singole la disciplina sulla quale è intervenuto l'accordo dei loro colleghi di categoria, in modo quindi che i contraenti individuali possano essere sicuri di sintonizzarsi con gli interessi rappresentati all'atto della stipulazione del contratto di tariffa (interessi di una parte nei confronti dell'altra, e interessi comuni della singola parte).

Questo primo effetto giuridico del contratto di tariffa, di cui si è finora parlato, è riconosciuto comunemente. Il contenuto delle condizioni salariali in senso stretto, cioè l'ammontare del salario o del compenso, è previsto, per i contratti d'opera, di appalto e di agenzia, dai §§ 612, 633 e 653 BGB: « Se l'ammontare del compenso non è determinato, deve ritenersi fissato, esistendo un tariffario, nel compenso (salario) da questo stabilito ». L'espressione « non è determinato » equivale a dire: non è stato determinato dalle parti nel contratto. Il « tariffario » può provenire anche da soggetti privati e dal loro accordo: può cioè essere un contratto di tariffa tra datori e prestatori di lavoro.

L'efficacia giuridica di cui si è finora parlato fa apparire il contratto di tariffa come un contratto *sui generis*. Ma la particolarità della sua efficacia non risiede tanto nel fatto di non obbligare i contraenti ad un fare (cosa che avviene anche in altri contratti: ad esempio, in alcune transazioni, nel trasferimento di proprietà, nel contratto di remissione), quanto piuttosto nel fatto che la sua efficacia non può estrinsecarsi automaticamente, ma solo sul presupposto della stipulazione di un altro contratto, e cioè di un contratto di lavoro.

V. Il contratto di tariffa produce però anche un secondo effetto giuridico, che lo accosta ad altri contratti. Concludendo o ratificando un contratto di tariffa, i prestatori e i datori di lavoro ad esso assoggettati si impegnano reciprocamente a non stipulare, nell'ambito di vigenza del contratto di tariffa, nessun contratto di lavoro che contenga condizioni diverse rispetto a quelle del contratto di tariffa. Quest'impegno legittimo e obbliga le parti a stipulare, durante la vigenza del contratto di tariffa, solo contratti di lavoro conformi alla tariffa. Ciò, tuttavia, vale in maniera assoluta solo nel caso in cui il

contratto di lavoro sia stipulato da un datore e da un prestatore di lavoro assoggettati entrambi al contratto di tariffa. Ma il lavoratore assoggettato non ha alcun diritto all'osservanza del contratto di tariffa nei confronti del datore di lavoro non assoggettato, come pure non ha alcun obbligo di vincolarsi a quel datore di lavoro alle condizioni fissate nel contratto di tariffa; egli potrà però stipulare un contratto di lavoro derogatorio solo se non è in grado di ottenere le condizioni fissate dal contratto di tariffa. La stessa cosa vale anche per il datore di lavoro assoggettato al contratto di tariffa nei confronti di un lavoratore non assoggettato.

All'adempimento di questo impegno — al fatto, cioè, che siano stipulati solo contratti di lavoro conformi alla tariffa — è interessata sia una parte nei confronti dell'altra (altrimenti esse non avrebbero stipulato insieme il contratto di tariffa) sia ogni singolo soggetto nei confronti dei propri colleghi di parte (altrimenti essi non si sarebbero uniti per la conclusione collettiva di un contratto che prospettasse condizioni uguali per tutti). I membri di ciascuna parte stipulante hanno interesse all'adempimento dell'impegno da parte dei loro colleghi, perché l'inadempimento può deteriorare la loro posizione individuale ⁽¹²⁹⁾. Si può quindi affermare che l'impegno che, nel contratto di tariffa, una parte assume nei confronti dell'altra, vale anche nei riguardi dei membri della propria parte.

Con il reciproco impegno a non stipulare un contratto di lavoro derogatorio rispetto al contratto di tariffa, si cerca di scongiurare situazioni pregiudizievoli per la controparte o per i membri della propria parte. Ci si chiede, però, quali strumenti giuridici possano soccorrere questo obiettivo, come sia possibile, cioè, riconoscere l'obbligatorietà giuridica di un impegno del genere, e come sia tutelabile il duplice interesse che vi è connesso.

VI. Veniamo con ciò al punto più importante di una ricerca giuridica sul contratto di tariffa: la sua violazione e il modo in cui la legge vi reagisce. Non ci dobbiamo occupare, in questa sede, di

⁽¹²⁹⁾ Si pensi, ad esempio, al datore di lavoro che paga salari inferiori alla tariffa, stroncando in tal modo la concorrenza degli altri datori di lavoro sul mercato delle merci; o ai lavoratori che lavorano per un orario superiore a quello fissato dalla tariffa, rendendo in tal modo inutile l'assunzione di altri lavoratori.

quelle misure predisposte dalle stesse parti per il caso di violazione del contratto di tariffa, per quanto queste si possano rivelare utili alla sua salvaguardia ⁽¹³⁰⁾. La nostra trattazione dovrà però tener conto anche di quelle disposizioni del contratto di tariffa non consistenti in condizioni salariali o lavorative in senso stretto.

Si può parlare di violazione del contratto di tariffa solo se avviene un'azione o un'omissione contrastante con una sua disposizione. E qui mostrano la loro importanza le differenziazioni operate alle pp. 173-174. Infatti, se il contratto di tariffa lascia liberi dei margini di libertà d'azione, una condotta che si muova nell'ambito di questi margini non può integrare una violazione di contratto di tariffa, allo stesso modo di una condotta non regolata affatto dal contratto di tariffa o lasciato ad un accordo particolare ⁽¹³¹⁾. Ad esempio, per quanto riguarda lo straordinario, i contratti di tariffa si accontentano talvolta di prevederne la soppressione « per quanto più possibile ». Il § 34 della tariffa dell'industria tipografica tedesca vieta ogni trattenuta sul salario per i giorni festivi, ma lascia la determinazione dei giorni da ritenersi festivi, « in caso di dubbio; alla collettività dei principali e degli addetti o ad una commissione paritetica ». Molti contratti di tariffa non determinano in maniera precisa l'ammontare del salario, ma lo racchiudono entro certi margini, per lo più fissandone un minimo; in quest'ultimo caso, il minimo può essere aumentato a piacere nel contratto individuale di lavoro ⁽¹³²⁾. Il § 33 della tariffa dell'industria tipografica tedesca fissa

⁽¹³⁰⁾ Ad esempio, intervento di una commissione o dell'ufficio di conciliazione, sanzioni convenzionali, cessazione del rapporto di lavoro. Il contratto di tariffa concluso al termine dello sciopero dei tessitori di Krefeld (1898) dispone: « Se quest'accordo non dovesse essere osservato integralmente da una delle parti, anche l'altra parte non potrà più ritenersi vincolata »: *Jahresbericht der Handelskammer zu Krefeld für 1898*, p. 13. Si prescinde qui dalle reazioni (contro la violazione della tariffa) non concordate, che una parte esercita nei confronti dell'altra o dei colleghi di parte, come minaccia di licenziamento, sciopero, serrata, rifiuto di fornire sussidi in caso di sciopero ecc.

⁽¹³¹⁾ Ad esempio, la tariffa salariale dei carbonai di Amburgo e Altona del 15 luglio 1896 stabilisce alla fine: « Per i casi non disciplinati, come la stivatura e lo scarico di carbone dalla nave, la presenza di qualità diverse di carbone nella stiva, la presenza di acqua nella stiva ecc., il lavoratore deve accordarsi col datore di lavoro »: *Protokolle der Senatskommission*, pp. 380 s.

⁽¹³²⁾ La semplice indicazione di una tariffa salariale è da intendersi, in caso di dubbio, come salario minimo. Nel contratto di tariffa dei muratori di Berlino del 24

«il minimo del salario garantito», prevedendo però casi in cui questo può essere abbassato. Con la concessione di margini d'azione all'autonomia individuale, diminuisce la possibilità di una violazione del contratto di tariffa, anche se ciò può finire col pregiudicare il vantaggio della conclusione collettiva del contratto ⁽¹³³⁾.

Per determinare la reazione della legge nei confronti della violazione di un contratto di tariffa, non è importante solo l'effettiva sussistenza della violazione, ma anche il modo in cui essa si è realizzata. Prima però di addentrarci in quest'argomento, vorremmo accennare ad una serie di violazioni contrattuali che costituiscono solo in apparenza delle violazioni di un contratto di tariffa. Accade non di rado che il contratto di lavoro, stipulato in conformità al contratto di tariffa, non venga poi eseguito in modo altrettanto conforme. Ciò può avvenire unicamente per le condizioni salariali e lavorative in senso stretto, che entrano a far parte *ipso iure* dei contratti di lavoro delle persone assoggettate al contratto di tariffa. In questo caso, la non osservanza di tali condizioni salariali e lavorative, che costituisce violazione del contratto di lavoro, integra solo in apparenza una contemporanea violazione indiretta del contratto di tariffa. Se così fosse, i numerosi strumenti giuridici utilizzabili per il caso di violazione del contratto di lavoro potrebbero servire anche a difesa del contratto di tariffa. Ma il giurista non può far coincidere la violazione del contratto di lavoro con quella del contratto di tariffa e, anche se il profano può dire, senza fare distinzioni, che un datore di lavoro «non paga la tariffa», egli deve invece distinguere tra il rifiuto a promettere, e poi a garantire, il

giugno 1899, il salario orario ammonta, fino al 31 dicembre 1899, a 60 pfennig. In una lettera dell'associazione dei datori di lavoro alla commissione salariale dei muratori, viene espressa la lamentela che «1725 muratori percepiscono salari più alti di quelli fissati nel contratto con i datori di lavoro»: *Vorwärts*, 8 dicembre 1899. La lamentela sarebbe fondata se la tariffa salariale fosse stata prevista come salario massimo. Cfr. anche *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, IX, 1900, p. 332. Se esistono, come nel settore delle confezioni, lavorazioni a cottimo di diversa qualità, e sono tariffate solo quelle di qualità inferiore, non è comunque giuridicamente escluso che il salario per le qualità superiori superi solo di poco il minimo o non lo superi affatto: *Das Gewerbegericht*, 1897, p. 16; *Das Gewerbegericht*, 1896, pp. 78 s.

⁽¹³³⁾ *Jahresberichte der Gewerbeaufsichtsbeamten in Württemberg für 1898*, pp. 125

salario conforme alla tariffa, ed il rifiuto a pagare il salario fissato in un contratto di lavoro conforme alla tariffa ⁽¹³⁴⁾. Il contratto di tariffa può ritenersi eseguito non appena un contratto di lavoro è stato concluso alle condizioni salariali e lavorative previste (cosa che può avvenire anche senza un esplicito riferimento al contratto di tariffa). L'esecuzione del contratto di tariffa, nella misura in cui esso contiene condizioni salariali e lavorative, consiste nella semplice conclusione di contratti di lavoro, ai quali esso trasmette un contenuto ben determinato. E un contratto di tariffa già eseguito non può certo essere più violato.

Fissando nel contratto di tariffa le condizioni salariali e lavorative, i contraenti hanno certamente come scopo anche la concreta attuazione di tali condizioni. Essa deve però avvenire con la stipulazione di contratti di lavoro (di cui queste condizioni siano parte costitutiva). La loro mancata attuazione, una volta che esse sono diventate condizioni di un contratto di lavoro, può essere imputata solo ad uno dei contraenti di quest'ultimo, e può quindi configurare solo una violazione del contratto di lavoro, tutelabile in giudizio in quanto tale ⁽¹³⁵⁾.

Si deve ammettere che tali violazioni del contratto di lavoro, se si ripetono con frequenza, minacciano la stabilità del contratto di tariffa, poiché un contratto di tariffa le cui condizioni salariali e lavorative, pur recepite in un contratto di lavoro, non vengono rispettate, continua ad esistere solo in teoria. Ma questa considerazione non può far accogliere la tesi che vede, in questo caso, una violazione indiretta del contratto di tariffa.

⁽¹³⁴⁾ Ad esempio, nel contratto di tariffa dei muratori di Berlino del 24 giugno 1899, il salario orario — prescindendo dalle eccezioni — ammonta, per il periodo dal 10 gennaio al 30 settembre 1900, a 62 pfennig e mezzo. Un datore di lavoro assume un muratore (non rientrante tra le eccezioni), dicendogli che gli darà 60 pfennig all'ora, e non gli paga niente di più. Oppure assume questo muratore senza dirgli niente riguardo al salario e gli paga 60 pfennig all'ora.

⁽¹³⁵⁾ In questo caso, perciò, ai colleghi di parte non spetta alcuna legittimazione ad agire in giudizio, poiché essi sono parte del solo contratto di tariffa, non anche del contratto di lavoro. Solo quando la coalizione può agire in giudizio, i coalizzati possono perseguire la violazione del contratto di lavoro alla stregua di una rottura della coalizione.

VII. La violazione reale, e non semplicemente apparente, del contratto di tariffa può avvenire in tre modi, che passiamo ad esaminare.

Il primo consiste nell'inadempimento di una delle disposizioni del contratto di tariffa che non possono essere recepite nel contratto di lavoro, che perciò possono essere annoverate solo in senso più ampio tra le condizioni salariali e lavorative, e che, dal punto di vista giuridico, non costituiscono elemento essenziale del contratto di tariffa (pp. 174-175). Se, ad esempio, i lavoratori si impegnano nel contratto di tariffa a riprendere il lavoro (p. 225) e, senza valido motivo, non mantengono la parola, violano in tal modo il contratto di tariffa. Essi possono essere citati in giudizio da parte del datore di lavoro, come nel caso di inadempimento di un contratto di lavoro: §§ 286 e 326 BGB. Se, analogamente, un datore di lavoro si è impegnato nel contratto di tariffa ad assumere dei lavoratori (ad esempio, a riassumere i lavoratori puniti con il licenziamento) e, senza valido motivo, non mantiene la parola, viola in tal modo il contratto di tariffa. Egli può essere citato in giudizio per ottenere l'adempimento del suo impegno, promesso e accettato in un contratto di tariffa, che viene così trattato come un contratto preliminare ad un contratto di lavoro (p. 227). La circostanza che in tutti e due i casi ci si trova in presenza di una violazione del contratto di tariffa e non di una semplice violazione di un contratto di lavoro o di un contratto preliminare ad esso, si basa sul fatto che tutti i membri della parte operaia, nel primo caso, si sono impegnati a riprendere il lavoro e, nel secondo caso, hanno ricevuto l'impegno della riassunzione. Con il primo impegno, tutti i contraenti della parte operaia si sono obbligati a riprendere il lavoro oppure a rispondere solidalmente, ognuno per la propria parte, dei danni cagionati all'altro contraente dall'illegittimo inadempimento. Con il secondo impegno, il datore di lavoro si è obbligato nei confronti di tutti i lavoratori coi quali ha stipulato il contratto di tariffa a procedere alle riassunzioni oppure a risarcire i danni derivanti dal suo illegittimo rifiuto. In conformità a ciò, nel primo caso può essere chiamato a rispondere della violazione del contratto di tariffa non solo chi se ne sia reso materialmente colpevole, ma ogni lavoratore che ha concluso il contratto di tariffa, e allo stesso modo, nel secondo caso può agire contro il datore di lavoro che rifiuta la

riassunzione non solo il lavoratore interessato da questo provvedimento, ma anche ogni altro lavoratore che, come contraente del contratto di tariffa, ha ricevuto l'impegno della riassunzione. Questa estensione e ripartizione della responsabilità e dei diritti corrisponde all'opinione comune per la quale i lavoratori, col contratto di tariffa, hanno rimesso diritti e doveri del singolo alla cura e alla responsabilità di tutti i membri. Essa ha luogo anche nei casi in cui è presente una pluralità di datori di lavoro, che curano i loro interessi imprenditoriali partecipando ad un unico contratto di tariffa. Essa, poi, non è minimamente ostacolata dalla carenza, in capo alla coalizione, della legittimazione ad agire (§ 152 GewO). Si basa solo sul rapporto con la controparte, nascente dal contratto di tariffa.

Gli altri casi di violazione del contratto di tariffa appartenenti a questo primo tipo devono essere trattati allo stesso modo dei due che abbiamo finora esaminato. Se, ad esempio, un datore di lavoro, contravvenendo ad un impegno assunto nel contratto di tariffa, evita di ricorrere ad un determinato procedimento di collocamento, o assume più apprendisti del consentito, potrebbe essere citato per ottenere l'osservanza delle disposizioni violate. Ogni lavoratore che ha partecipato al contratto di tariffa sarebbe legittimato a proporre una tale azione. La circostanza che questo lavoratore sia già occupato, e quindi non venga danneggiato personalmente dal fatto che il datore di lavoro non utilizzi determinate fonti di assunzione della manodopera o realizzi un risparmio dei costi occupando un apprendista piuttosto che un lavoratore anziano, non gli impedisce comunque di tutelare l'interesse di tutti i contraenti, consacrato nel contratto di tariffa.

Se la parte datoriale è plurisoggettiva, anche in questo caso ognuno ha il diritto di perseguire una violazione del contratto di tariffa di questo primo tipo, commessa dalla controparte; e questa violazione può anche non essere avvenuta nella propria sfera di interessi, cioè nella propria azienda. Al contrario, un datore di lavoro non potrebbe agire contro un suo collega che ha scavalcato la limitazione del numero degli apprendisti, chiedendo il licenziamento degli apprendisti in soprannumero.

D'altra parte, né ad un lavoratore né ad un datore di lavoro può essere richiesta in giudizio una prestazione, relativa al contratto di

tariffa, che si presenta per lui impossibile, al contrario della prestazione del risarcimento dei danni che è sempre possibile per tutti e due i contraenti ⁽¹³⁶⁾.

VIII. Il secondo tipo di violazione del contratto di tariffa consiste nella conclusione di contratti di lavoro derogatori rispetto alle sue disposizioni. Tale violazione del contratto di tariffa è più frequente e più importante di quelle del primo tipo che abbiamo appena finito di esaminare: la violazione colpisce l'essenza stessa del contratto di tariffa, interessando proprio i suoi elementi essenziali, le condizioni salariali e lavorative in senso stretto. Queste condizioni, secondo l'intenzione dei soggetti che hanno posto in essere il contratto di tariffa o lo hanno successivamente ratificato, entrano automaticamente a far parte dei contratti di lavoro delle persone ad esso assoggettate. Perciò, gli effetti del contratto di tariffa, in sintonia con gli interessi della collettività che vi ha preso parte (p. 228), consistono nel rendere superflua la fissazione individuale di queste condizioni salariali e lavorative, nel livellare tutti i contratti di lavoro per quanto attiene a questo punto essenziale; la conclusione di contratti di lavoro contenenti condizioni non conformi alla tariffa frustra questi effetti e contravviene poi anche all'impegno — reciprocamente assunto dalle parti del contratto di tariffa — di non fissare nei contratti di lavoro, a svantaggio della controparte o dei propri colleghi, condizioni lavorative non conformi alla tariffa (p. 229).

Un contratto di lavoro contenente condizioni non conformi alla tariffa viola il contratto di tariffa solo se posto in essere da persone ad esso assoggettate, e sempre che si travalichino quei margini che lo stesso contratto di tariffa aveva lasciato alla disponibilità dei singoli (p. 230). La violazione, in questo caso, può consistere, ad esempio, nella pattuizione di un salario — a tempo o a cottimo — più alto o più basso, di un orario di lavoro più lungo o più corto, di un periodo di preavviso maggiore o minore, rispetto al massimo o al minimo fissato nel contratto di tariffa.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. i casi alle pp. 381-382 [n.d.t. dell'originale qui tradotto]: se, sulla base di quel contratto preliminare, si chiede in giudizio non il risarcimento dei danni (§§ 286 e 326 BGB), ma l'esecuzione — cioè la riassunzione —, solo il datore di lavoro, che, in base al contratto di tariffa, deve riassumere, può rivestire il ruolo di convenuto.

La reazione della legge di fronte alla violazione del contratto di tariffa attuata mediante la stipulazione di un contratto di lavoro contenente condizioni salariali e lavorative non conformi alla tariffa, è, allo stesso tempo, semplice, esaustiva e corrispondente alla *ratio* della conclusione collettiva del contratto: la stipulazione di un simile contratto di lavoro è illecita, il contratto è invalido. Un contratto collettivo non può essere derogato da un contratto individuale.

Ciò, comunque, non significa che il contratto di lavoro non conforme alla tariffa sia del tutto inesistente, e che la sua eventuale esecuzione si sottragga perciò alle regole del diritto dei contratti. I diritti e i doveri che hanno le parti che concludono un contratto di tariffa alla sua osservanza nei contratti di lavoro vengono anzi difesi e realizzati rendendo tutti i contratti di lavoro conformi alla tariffa, anche se qualcuno di essi vi abbia derogato. Le condizioni salariali e lavorative fissate nel contratto collettivo non possono essere escluse dalle parti del contratto individuale. Ogni parte del contratto di lavoro assoggettata al contratto di tariffa può perciò agire in giudizio per chiedere l'attuazione delle condizioni previste dal contratto di tariffa, anche nell'ipotesi in cui essa stessa abbia stipulato un contratto di lavoro derogatorio rispetto a tali condizioni, e perciò invalido.

Questa opinione non è, a quanto pare, condivisa dai tribunali industriali, che comunque non motivano la loro opinione opposta. Il tribunale industriale di Stoccarda si accontenta di affermare che la tariffa non è «vincolante fino al punto che si possano ignorare pattuizioni diverse», e che essa «si applica a condizione che non venga esplicitamente esclusa»⁽¹³⁷⁾. Ma il tribunale non si chiede proprio se una simile esclusione sia possibile. La risposta affermativa, data da questo tribunale della Germania meridionale, si fonda su quella insostenibile idea del contratto di tariffa riportata alla nt. 123⁽¹³⁸⁾. Incomprensibile è poi anche l'opinione, riferita alla nt. 128, del tribunale industriale di Berlino, per cui il contratto di tariffa

⁽¹³⁷⁾ *Das Gewerbegericht*, 1896, p. 36.

⁽¹³⁸⁾ *Das Gewerbegericht*, 1899, p. 50: «Per ogni singolo caso, la tariffa ha però soltanto valore di contratto di lavoro, di modo che essa, pur non potendo essere annullata unilateralmente, ben lo può essere, invece, mediante un accordo bilaterale».

non sarebbe un contratto, ma una semplice offerta, con la conseguenza che non ci sarebbe neanche bisogno di un accordo per escludere le sue disposizioni, ben potendo un'offerta essere revocata unilateralmente.

L'inderogabilità delle condizioni salariali e lavorative del contratto di tariffa, che entrano a far parte del contratto di lavoro anche in presenza di pattuizioni contrarie, non può essere contestata dal richiamo al § 612 BGB. Esso dispone (come abbiamo visto a p. 229) che, esistendo un tariffario, l'ammontare del compenso, nel caso in cui esso non sia determinato dalle parti, deve intendersi fissato nel compenso stabilito da tale tariffario. La legge, facendo subentrare il salario conforme al tariffario, in mancanza di una determinazione fatta dalle parti del contratto di lavoro, dispone sicuramente per il caso in cui manchi del tutto la determinazione del salario; ma non prevede, tuttavia, che questo sia l'unico caso in cui il salario conforme al tariffario possa subentrare: la legge non esclude certo che esso possa subentrare nel caso in cui le parti si siano accordate in senso derogatorio. Il § 93 della *Gebührenordnung für Rechtsanwälte* (ordinanza sulla tariffa professionale degli avvocati) prevede che «l'ammontare dell'onorario può essere contrattualmente derogato rispetto alle previsioni di questa legge», ma solo nel caso in cui «l'avvocato non assiste la parte per la tutela dei suoi diritti o non è nominato difensore». Se ci si trova invece in uno di questi casi, e l'avvocato e il cliente fissano contrattualmente un onorario differente rispetto a quello della legge, quest'ultimo vi subentra automaticamente, anche in presenza di una pattuizione contraria. Quello che vale per una tariffa legislativa, vale anche per una tariffa contrattuale, senza che ci sia contrasto col § 612 BGB.

Ritenere inderogabile il contratto di tariffa nelle sue disposizioni essenziali, significa attribuirgli il carattere cogente della legge. Questo parallelo tra contratto di tariffa e legge, legittimato da tutto quanto si è detto finora, è poi suffragato anche da altre due circostanze. Infatti, sia la legge che il contratto di tariffa producono efficacia solo a condizione che venga posto in essere in concreto un contratto, cioè solo a condizione che A e B stipulino un contratto di lavoro in un tempo e in un luogo precisi. E poi, sia la legge che il contratto di tariffa (quanto meno, quest'ultimo, per i lavoratori) sono indirizzati a soggetti non individuali (p. 215).

Il contratto di tariffa, se — come riteniamo — impedisce la stipula di un contratto di lavoro derogatorio al punto che la deroga risulta nulla, si atteggia perciò come una legge munita di sanzione, una *lex perfecta*. Questa natura del contratto non è eccezionale. Già il diritto romano la conosce: chi, ad esempio, ha contrattualmente rinunciato ad alienare un diritto, ed invece lo fa comunque, ha stipulato — secondo l'opinione dei più — un contratto di alienazione nullo. Si potrà obiettare che in questo caso l'alienante agisce con un terzo, cosa che non avviene nel nostro caso, e che ai contraenti del contratto di tariffa deve essere consentito recedere da una disciplina proveniente dalla loro stessa autonomia contrattuale, modificandola col contratto di lavoro. Ma è proprio questo presupposto, e cioè che i soggetti del contratto di tariffa coincidono con i soggetti del contratto di lavoro, che va recisamente negata.

Fin qui abbiamo respinto le possibili obiezioni; vorremmo però ora fondare in positivo l'opinione per cui le persone che sono assoggettate al contratto di tariffa possono stipulare i loro contratti di lavoro solo alle condizioni salariali e lavorative conformi alla tariffa.

Queste condizioni salariali e lavorative non vengono fissate, nel contratto di tariffa, per assolvere ad una mera funzione ausiliaria, né tantomeno per risparmiare alle parti del contratto di lavoro la regolamentazione individuale del loro rapporto. Le parti del contratto di tariffa intendono invece fissare in via generale il contenuto essenziale del contratto di lavoro; intendono registrare lo spazio di una pattuizione individuale: quest'ultima deve trovare già prestabilite le condizioni salariali e lavorative, e vedersi perciò preclusa la possibilità di concedere, a seconda dei bisogni individuali, qualcosa di più o di meno rispetto a quanto nel contratto di tariffa è stato fissato (da chi lo ha stipulato o ratificato) nell'interesse dell'attività produttiva.

Ne consegue, inoltre, che i contraenti del contratto di tariffa non coincidono affatto con i contraenti dei contratti di lavoro stipulati in sua attuazione; più precisamente, le condizioni salariali e lavorative per il contratto che dovranno stipulare il lavoratore B col datore di lavoro A, non vengono affatto pattuite nel contratto di tariffa soltanto tra A e B, ma anche tra A e C, D, E etc.; perciò non si può dire: se A e B stabiliscono nuove condizioni, recedono da una disciplina che essi stessi si sono data e che è valida soltanto nei loro

confronti; essi intervengono, invece, nella disciplina che a suo tempo A ha pattuito anche con C, D, E etc., disciplina valida anche per il contratto che si dovrà concludere tra A e B.

Un contratto stipulato con più soggetti ⁽¹³⁹⁾, che hanno un interesse comune alla sua osservanza, non può essere, mediante un accordo separato con un singolo, messo nel nulla nei confronti di questo soggetto e, perciò, nei confronti di tutti. Un tale contratto di lavoro derogatorio costituirebbe in realtà — nel rapporto tra un contraente (ad esempio, il datore di lavoro) e i colleghi della controparte (ad esempio, gli altri lavoratori) — un recesso unilaterale dal contratto di tariffa, che non può certo avvenire liberamente.

Stipulando il contratto di tariffa, i contraenti non solo si sono impegnati a non stipulare contratti di lavoro non conformi alla tariffa, ma hanno anzi inteso esplicitamente escludere la stessa possibilità giuridica di questa stipulazione, e inteso limitare, su questo punto, la loro autonomia contrattuale. E che essi (sia i datori che i prestatori di lavoro) si prefiggano questo scopo, è dimostrato dal fatto che nel contratto di tariffa si cerca di coinvolgere, per quanto possibile, tutti i potenziali concorrenti, intravedendovi l'unico strumento capace di scongiurare contratti di lavoro non conformi alla tariffa. Se perciò le parti del contratto di tariffa si sono proposte di escludere questa possibilità giuridica, nel rispetto delle loro intenzioni si dovrebbe allora dichiarare invalido il contratto di tariffa se si ritiene valido il contratto di lavoro che lo deroga.

L'opinione, da noi sostenuta, sul rapporto tra contratto di tariffa e contratti di lavoro trova riscontro nel rapporto tra regolamento interno e contratti di lavoro (quanto meno, determinati contratti di lavoro). Il regolamento interno, e precisamente quello obbligatorio della GewO (§§ 134, a-I, 154 co. 2), è simile per molti versi al contratto di tariffa. Entrambi dettano una disciplina generale per il contratto di lavoro, determinando le condizioni salariali e lavorative valide per una pluralità indistinta di contratti; ed entrambi possono farlo in maniera più o meno assoluta, lasciando cioè uno spazio più o meno ampio all'autonomia individuale. Il contenuto che, ai sensi del § 134b, deve avere il regolamento interno, può riscontrarsi anche

⁽¹³⁹⁾ Il contratto di tariffa, nonostante la pluralità (di una o di entrambe le parti), costituisce un solo contratto: cfr. p. 176.

in molti contratti di tariffa; inoltre, sia il regolamento interno che il contratto di tariffa sono validi nei confronti di lavoratori non determinati individualmente; e, infine, entrambi acquistano efficacia nei confronti del singolo lavoratore quando questi stipula un contratto di lavoro, e le loro disposizioni sono valide anche in mancanza di una recezione esplicita nel contratto di lavoro. È disposto:

a) § 134e co. 2, parte 1 a: « In un contratto di lavoro non possono essere fissati motivi di licenziamento e di dimissioni diversi da quelli previsti dal regolamento interno o dai §§ 123 e 124 ». Ciò significa che un accordo derogatorio del regolamento interno non è valido e, malgrado la sua esistenza, vi subentra la disciplina prevista dal regolamento interno.

b) § 134e co. 2, parte 2a: « Al lavoratore non possono essere comminate sanzioni diverse da quelle previste dal regolamento interno ». Esso, ai sensi del § 134b n. 4, deve determinare specificamente queste sanzioni. Ogni sanzione che deroghi tale determinazione è perciò una sanzione « diversa ». E se al lavoratore non può essere comminata una sanzione diversa da quelle previste dal regolamento interno, ciò significa anche che questa sanzione non può essere validamente fissata nel contratto di lavoro. La sua determinazione di una sanzione, se derogatoria, non è perciò valida, e vi subentra quella del regolamento interno.

Solitamente si ritiene ⁽¹⁴⁰⁾ che il rapporto intercorrente tra contratto di lavoro e regolamento interno per il licenziamento e le sanzioni, non valga più quando si tratta di altre disposizioni dei contratti di lavoro, che potrebbero quindi derogare liberamente analoghe disposizioni del regolamento interno. Non prenderemo posizione su questo punto: per rispondere affermativamente, si potrebbe sostenere che il § 134e co. 2 GewO esclude soltanto due tipi specifici di deroga; per rispondere negativamente, si potrebbe invece rilevare che una deroga diversa da quelle codificate, per essere valida, deve provenire da contratti di lavoro stipulati con tutti i lavoratori, eventualità esclusa dal § 134 al co. 3 ⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ Ad esempio, E. UNGER, *Entscheidungen des Gewerbegerichts Berlin*, cit., n. 152; *Das Gewerbegericht*, 1900, p. 25.

⁽¹⁴¹⁾ § 134 a co. 3: « Deroghe a questo contenuto possono avvenire soltanto ad opera di un'appendice supplementare o mediante l'emanazione di un nuovo regolamen-

La GewO insegna che, quanto meno in certi casi, il contratto (individuale) di lavoro non può derogare il regolamento (generale) interno. Se ciò è vero per il regolamento interno, lo è a maggior ragione per il contratto di tariffa. Infatti, il contratto di tariffa è un contratto, il regolamento interno — secondo l'opinione maggioritaria e più autorevole — una disposizione unilaterale. Se l'autore di una disposizione unilaterale non sempre vi può derogare, l'impossibilità sarà ancora più evidente nel caso di una regolamentazione bilaterale. E quand'anche il regolamento interno derivasse da un accordo bilaterale, sarebbe sempre ben lungi dall'integrare un contratto collettivo, quale è il contratto di tariffa. Da questa sua caratteristica deriva appunto che il contratto di lavoro (stipulato da una persona assoggettata al contratto di tariffa) non può mai avere il sopravvento sul contratto di tariffa, posto in essere da una pluralità di soggetti in vista di un interesse comune.

IX. Il contratto di tariffa, infine, è esposto ad un terzo tipo di violazione: può cioè essere violato da un regolamento interno, il cui contenuto deroghi quello del contratto di tariffa. Questa violazione del contratto di tariffa, naturalmente, può essere commessa solo da un datore di lavoro, l'unico a poter emanare un regolamento interno. Si deve pensare, perciò, ad un datore di lavoro che, da solo o con altri datori della stessa categoria, ha stipulato un contratto di tariffa contenente precise disposizioni sull'inizio e la fine della giornata lavorativa, sul momento e sulle modalità del pagamento del salario e della liquidazione, sul licenziamento, e che, ciononostante, emana un regolamento interno derogatorio di tale accordo (§ 134 b GewO).

Tra gli strumenti che la legge appronta contro questa violazione del contratto di tariffa, si potrebbe far ricorso alla possibilità di chiamare in giudizio il datore di lavoro per ottenere la modifica del regolamento interno, da effettuarsi emanandone uno nuovo, questa volta conforme alla tariffa. Ma in un caso del genere si suppone che il regolamento interno, nonostante la sua non conformità alla tariffa, sia ugualmente valido: si ritiene, cioè, che nella scala gerarchica il

to interno che sostituisca il precedente ». Cfr. anche E. UNGER, *Entscheidungen des Gewerbegerichts Berlin*, cit., n. 154: la decisione ha per conseguenza l'invalidità del contratto di lavoro derogatorio del regolamento interno.

regolamento interno preceda il contratto di tariffa. Questa subordinazione del contratto di tariffa è stata ribadita anche in una sentenza del tribunale industriale di Berlino, per un motivo che però non ci pare convincente ⁽¹⁴²⁾. Il contratto di tariffa — dice il tribunale — avrebbe « sempre soltanto valore di diritto privato » e non potrebbe essere considerato « sullo stesso piano di divergenti disposizioni di diritto pubblico ». Ma il fatto che la GewO detti disposizioni imperative sull'emanazione di regolamenti interni e sul loro contenuto, non è certo un motivo per ritenere che le disposizioni del regolamento interno abbiano un'efficacia di diritto pubblico. E poi, con questa pretestuosa argomentazione, potrebbero tranquillamente essere ritenuti di natura pubblicistica anche quei contratti di tariffa conclusi, ai sensi del GewGG, con la mediazione dell'ufficio di conciliazione.

Il problema del rapporto gerarchico tra contratto di tariffa e regolamento interno non trova una soluzione soddisfacente neanche nella GewO. Il § 134e co. 1 dice: « Il contenuto di un regolamento interno, purché non contravenga alla legge, è giuridicamente vincolante per i datori e i prestatori di lavoro ». Argomentando *a contrario*, si potrebbe sostenere che, se il contenuto del regolamento interno è giuridicamente vincolante purché non contravenga alla legge, basta quindi che esso non deroghi una legge, non certo un contratto di tariffa. Questa argomentazione potrebbe confutarsi sostenendo che il legislatore può aver pensato alla conformità alla legge solo come alla condizione più importante per conseguire l'obbligatorietà giuridica, non escludendo quindi anche la correlativa conformità al contratto di tariffa. Ma l'opinione che un regolamento interno può non essere giuridicamente vincolante pur non contravvenendo alla legge, anche se è del tutto logica, non può ritenersi storicamente probabile. Quando fu emanata la disposizione in questione, che costituisce parte integrante del cosiddetto *Arbeiterschutzgesetz* (legge di tutela dei lavoratori) del 1° giugno 1891, il contratto di tariffa non faceva ancora parte della realtà quotidiana tedesca, e comunque non aveva ancora meritato l'attenzione e la considerazione che da allora gli si è cominciato ad attribuire.

⁽¹⁴²⁾ E. UNGER, *Entscheidungen des Gewerbegerichts Berlin*, cit., n. 153.

L'opinione che la condizione posta dal § 134 e non sia esclusiva, essendo anche richiesta, sia pure implicitamente, la conformità ai contratti di tariffa, è così poco ovvia da non potersi accogliere come soluzione.

Ci troviamo, allora, davanti alla conclusione che il datore di lavoro che ha stipulato, da solo o insieme a colleghi di categoria, un contratto di tariffa può subito dopo annullarlo liberamente, a svantaggio dei propri colleghi e dei lavoratori, emanando un regolamento interno. Riguardo a questo aspetto, il contratto di tariffa appare uno strumento assai precario: la sua subordinazione al regolamento interno potrebbe essere vinta solo da un intervento del legislatore. I lavoratori colpiti dalla violazione del contratto di tariffa potrebbero, anche a prescindere da tale circostanza, chiedere giudizialmente la revoca del regolamento interno derogatorio (p. 244). Ma, se il contratto di tariffa fosse rimosso, ad opera della legge, dalla sua posizione di subordinazione, acquisterebbe un valore assai più incisivo: il contratto di tariffa può infatti affidare alla tutela della legge delle istanze più significative di quelle rappresentabili in un regolamento interno, poiché, al contrario di quest'ultimo, è in grado di dar vita ad una regolamentazione valida non per una sola azienda, ma per molte aziende, anzi per tutte le aziende di un distretto. Il suo contenuto corrisponde, complessivamente, agli interessi fatti valere da entrambe le parti nel corso delle trattative, sempre che le richieste non siano state sacrificate a vantaggio della conclusione stessa del contratto. Il contenuto del regolamento interno è invece dettato esclusivamente dal datore di lavoro, non costituendo certo una garanzia di bilateralità la possibilità, offerta ai lavoratori maggiorenni, di esprimere il proprio parere (§ 134 GewO).

Nell'esame dell'efficacia giuridica — punto nodale di un'indagine giuridica del contratto di tariffa — ci siamo imbattuti, proprio alla fine, in una lacuna del diritto vigente. Ma se, in conclusione, richiamiamo alla mente i risultati della nostra ricerca, vediamo che questa lacuna passa del tutto in secondo piano rispetto alla residua efficacia giuridica del contratto di tariffa. È infatti risultato che:

— il contratto di tariffa, obbligando le parti a reciproche prestazioni (che derivano da disposizioni non facenti parte del suo contenuto essenziale), è efficace ed azionabile al pari di ogni altro contratto, anzi, in certa misura ancora di più, poiché la pluralità dei

contraenti (sempre presente da parte operaia ed eventualmente anche da parte datoriale) può produrre una moltiplicazione delle azioni relative allo stesso contratto;

— il contratto di tariffa, fissando in via generale le condizioni salariali e lavorative in senso stretto (che costituiscono il suo contenuto essenziale), fa sì che tali condizioni entrino automaticamente a far parte dei contratti di lavoro delle singole persone assoggettate ad esso; il contratto di tariffa ha perciò la stessa efficacia di altre determinazioni generali di condizioni contrattuali, quali ad esempio le tariffe fissate dalle autorità pubbliche;

— la natura propria del contratto di tariffa lo rende valido anche se vengono stipulati contratti di lavoro derogatori, poiché l'impegno assunto (o ricevuto) collettivamente dalla parte plurisoggettiva si oppone a questi tentativi di deroga individuali frustrandoli e sostituendovi automaticamente le condizioni salariali e lavorative collettive.

Questa supremazia del contratto di tariffa sul contratto di lavoro, che costituisce l'essenza della sua efficacia di diritto privato, non contrasta coi principi generali, e trova riscontro nel rapporto tra il regolamento interno conforme al contratto di tariffa e la totalità (o quanto meno una parte) dei contratti di lavoro.

Queste conclusioni giustificano il disaccordo — espresso all'inizio di questo paragrafo — con chi nega l'obbligatorietà giuridica del contratto di tariffa, e dovrebbero invece giungere gradite ai suoi fautori, se dimostrano che già ora, ancor prima che il sole della legge lo abbia illuminato, il contratto di tariffa non è poi un istituto così fragile o trascurato dalla legge come pensano finanche i suoi sostenitori.

IX. *Al legislatore*

Si è visto, nel paragrafo precedente, che il diritto positivo, se usato appropriatamente, è in grado di offrire adeguata protezione giuridica al contratto di tariffa, tranne che per la prevalenza accordata al regolamento interno. Ma, se quest'ultima è una lacuna evidente del sistema, non può però certo dirsi che esso appresti per il contratto di tariffa una tutela esauriente e compiuta. (*omissis*)

Si sono, così, appena abbozzate le linee generali di una riforma del diritto del contratto di tariffa: una volta perfezionate e utilizzate dal legislatore, sarà legittimo attendersene dei frutti che la legislazione ordinaria in materia di rapporto di lavoro non sarebbe certamente in grado di offrire in tempi brevi. Infatti, le condizioni salariali e lavorative fissate nel contratto di tariffa, se sono simili a quelle dettate dalla legge per il fatto di essere indirizzate ad una serie indeterminata di contratti di lavoro, si fanno preferire a queste per due ordini di motivi. Intanto, esse promanano sempre e direttamente da persone esperte della materia ed interessate alla vicenda: i datori e i prestatori di lavoro che, all'unico scopo di migliorare la loro posizione, e grazie ad un'esperienza autonomamente acquisita, predispongono una disciplina valida per sé e per i propri colleghi; mentre il legislatore non si trova a contatto diretto con la materia da disciplinare, e la voce del lavoratore, confusa in mezzo a tante altre, gli arriva debole e distorta. Inoltre, la regolamentazione collettiva, forse perché redatta da soggetti interessati, conserva un contenuto ed un grado di specializzazione che la legge potrebbe garantire, al più, in maniera piuttosto approssimativa. Mentre infatti il contratto di tariffa già ora contiene disposizioni sul salario minimo con moltissime differenziazioni, tariffe di cottimo assai articolate, orari massimi di lavoro (per gli operai adulti) per vari settori, assai difficilmente il legislatore potrà predisporre in tempi brevi una disciplina altrettanto precisa di queste e di altre condizioni salariali e lavorative. E, comunque, l'esperienza insegna che materie simili possono essere regolate solo dal contratto di tariffa. Di quanto aumenterebbe, perciò, questa sua attitudine, una volta che il legislatore dedicasse attenzione alla materia! Emergerebbe ancora di più la capacità del contratto di tariffa di sostituire in gran parte il diritto privato per quanto concerne la disciplina del contratto di lavoro, aprendo anzi la strada ad un tale intervento: la futura legislazione sul contratto di lavoro dovrà attingere a piene mani dal contratto di tariffa.

E un intervento per la via indiretta (tutelata dalla legge) del contratto di tariffa deve anzi essere preferito alla predisposizione di una disciplina legislativa. Quest'ultima infatti, rispetto al contratto di tariffa, non solo si presenta più lenta, ma anche meno idonea ad adattarsi ai bisogni mutevoli (in relazione al periodo e al luogo) dei datori e dei prestatori di lavoro.

6. IL CONTRATTO DI PRESTAZIONE DI FARE SECONDO
IL DIRITTO PRIVATO DELL'IMPERO TEDESCO, I (1902):
INTRODUZIONE ⁽¹⁾

(1) P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, I, Leipzig, 1902, Duncker & Humblot, pp. 1-31.

Nota di traduzione (Luca Nogler)

La traduzione si attiene in modo fedele al testo originario. Anche per questo ho ritenuto opportuno conservare il tipico (lungo) periodare tedesco e poi soprattutto attribuire alla terminologia utilizzata il significato che essa esprimeva all'epoca in cui Lotmar scrisse l'Introduzione. Questa scelta, che dovrebbe facilitare la comprensione del testo lotmariano, richiede una premessa un po' più ampia rispetto alle altre note del traduttore che compaiono in questa antologia.

È solo a partire dalla legislazione giuslavoristica weimariana che il termine Arbeitsvertrag, che appare nello stesso titolo del testo qui tradotto, iniziò a connotare, cosa che avviene tutt'oggi, il solo 'contratto di lavoro subordinato'. Al riguardo rimando ai lavori dello storico del diritto Joachim Rückert che ha indagato a fondo, nel senso koselleckiano della storia dei concetti, sia sulle origini del lemma Arbeitsvertrag sia più in generale su tutto il lessico di parole giuridiche che sono composte con Arbeit o i suoi derivati (v. in lingua italiana 'Libero' e 'sociale': concezioni del contratto di lavoro fra Otto e Novecento in Germania, in I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento, a cura di R. Gherardi, G. Gozzi, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 269 ss.). In positivo Lotmar attribuiva all'espressione Arbeitsvertrag un significato molto più ampio. L'autore lo chiarisce, tra l'altro, allorché ipotizza che il 'prestatore di fare' (Arbeitnehmer) deve apportare una somma di capitale per poter eseguire la relativa prestazione. Arbeit connotava per Lotmar tutte le attività poietiche o produttive, insomma il facere in senso latino mentre rimaneva, coerentemente, fuori del campo semantico del lemma Arbeit il mero agere e cioè l'attività che, pur intervenendo anch'essa in talune prestazioni obbligatorie, ha un carattere eminentemente ed esclusivamente pratico nel senso che, pur mettendo in gioco l'essente, resta però razionalmente distinguibile dalla res.

Mi è, quindi, parso di capire che tradurre Arbeitsvertrag con 'contratto di prestazione di fare' consenta di dare al lettore fin da subito il veicolo linguistico più corretto per entrare nella complessa macchina di riordino delle categorie contrattuali operata da Lotmar. Sono consapevole che contrasta con il modo usuale di operare della dottrina italiana (compresi gli storici del diritto). Invero, se non mi inganno, la stessa dottrina giuslavoristica contemporanea non avverte lo scacco che si autoimpone attribuendo alla parola lotmariana Arbeitsvertrag il significato che l'espressione ha assunto nella contemporaneità. Vengono così attribuite a Lotmar scarti o mancate corrispondenze che sono in realtà imputabili in toto al lettore. Siccome poi non corrisponde al vero che Lotmar stesso non si fosse accorto che alcuni contratti di prestazione di fare si svolgono sotto la etero-organizzazione del creditore di lavoro, può capitare che abbia tradotto l'Arbeitsvertrag dell'operaio o quello svolto in una manifattura (Gewerbe) con 'contratto di lavoro' (intendendolo in tal caso come specie del contratto di prestazione di fare). Ma questa

eccezione non fa che confermare la regola aggiungendovi semmai una sfumatura ulteriore che meriterebbe, invero, di essere focalizzata in un autonomo scavo.

Per coerenza, e cioè per non perdere in partenza la sfumatura di senso espressa dall'autore, ho anche ritenuto opportuno tradurre il termine Arbeitgeber, seppure abbia dato origine al calco italiano 'datore di lavoro', con l'espressione 'creditore della prestazione di fare' oppure semplicemente come 'creditore di lavoro'. Infine, Arbeitnehmer ha trovato il suo corrispondente nell'espressione 'prestatore di fare o di lavoro' (e non nel più diffuso 'lavoratore subordinato').

Per il lettore che fosse interessato a verificare sin da subito la correttezza di tali scelte terminologiche — che, a dire il vero, investono la stessa espressione Arbeitsrecht richiedendone una traduzione nei termini di 'diritto delle prestazioni obbligatorie di fare' — si segnala come le stesse risultino coerenti con il fatto che a p. 20 dell'Introduzione, lo stesso Lotmar espliciti la sua volontà di elaborare « una teoria giuridica che ricomprenda tutte le forme di Arbeitsvertrag » nel senso, non revocabile in dubbio, che corrisponde al lemma 'contratti di fare'. Il termine utilizzato appare quindi giustificato, benché costituisca, come già detto, una scelta diversa rispetto a quella operata dagli autori italiani che più a fondo si sono confrontati con i due tomi dell'Arbeitsvertrag di Lotmar e cioè tre veri e propri giganti del pensiero giuslavoristico italiano: Barassi, Mengoni e Giugni. Sarebbe opportuno, a tale proposito, tenere a mente anche l'ulteriore dato che il BGB non conosce, neppure nella sua ultima e più recente versione, la nostra distinzione tra contratto d'opera e contratto d'appalto. Questi due nostri contratti confluiscono, infatti, entrambi in quello che nel Codice civile tedesco viene denominato come Werkvertrag. Se quest'ultimo concetto viene qui tradotto come 'contratto d'opera', e cioè in senso letterale è solo perché esso compare in genere in coppia con Dienstvertrag, che ho tradotto, sempre alla lettera, come contratto di servizio. Non dovrebbe, insomma, sussistere il pericolo di indurre il lettore a ritenere che il Werkvertrag tedesco rappresenti un omologo del contratto d'opera italiano. Quest'ultimo, potendo avere ad oggetto un'opera o un servizio (art. 2222 c.c.), è da noi regolato in guise tali da ricomprendere sia il Werkvertrag che quella parte del Dienstvertrag che non viene svolto alle dipendenze altrui (ecco il moderno Arbeitsvertrag che è stato oggetto di definizione legislativa nel § 611a BGB introdotto nel 2017: v. tradotto in Giorn. dir. lav. rel. ind. 2017, p. 227). In relazione al contratto di servizio (Dienstvertrag) occorre, infine, tener conto che il BGB, a differenza del Codice civile italiano del 1942, non regola il contratto di somministrazione.

Utile al fine della mia traduzione, è risultata la nota introduttiva che Furio Ferraresi e Sandro Mezzadra hanno premesso alla loro traduzione in italiano del testo di Max Weber, Dalla terra alla fabbrica. Scritti sui lavoratori

agricoli e lo Stato nazionale (1892-1897) ⁽²⁾. Da lì ho ripreso la traduzione di *Instleute con 'lavoratori fissi residenti nel fondo'* (*Instverhältnis andrebbe reso con 'rapporto incentrato sui diritti di partecipazione'*), di *Gutsherr con 'padrone della tenuta'*, di *Deputant con 'lavoratore percettore di emolumenti fissi'*, di *Tageslöhner con 'salariati a giornata'* e di *Lohngärtner con 'orticoltore salariato'*.

Del noto studio di Gino Giugni su *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici*. La retribuzione a cottimo (*Napoli, Morano, s.d.*) ho accolto la traduzione di *Stücklohnvertrag con cottimo a misura*. Lo studio di Giugni risulta a tutt'oggi l'unico grazie al quale il lettore italiano che, non è in grado di leggere il tedesco, può ciò nonostante comprendere nella sua lingua la teoria lotmariana sull'*Arbeitsvertrag* (e, si dovrebbe aggiungere, come la diversa posizione espressa da Barassi sulla teoria di Lotmar poggi invece chiaramente su premesse 'antistoriche': v. p. 25 nt. 76 e non sia quindi di grande utilità). In estrema sintesi, Lotmar « conclude che mentre il *Werkvertrag* è sempre *Akkord* e il salario a tempo caratterizza sempre il *Dienstvertrag*, l'*Akkord* può rientrare anche nella disciplina del *Dienstvertrag*: ciò avviene sempre nel lavoro che è prestato *geschäftsmässig*, e cioè in quello svolto nell'interesse dell'attività commerciale (in senso lato) di un terzo, ed in esso è compreso anche il lavoro a domicilio » (G. Giugni, op. cit., p. 26 che peraltro traduce *Akkord* con cottimo). Stante questa distinzione concettuale, tradurre *Akkord* con cottimo potrebbe ingenerare nel lettore contemporaneo una certa difficoltà di comprensione perché l'attuale diritto del lavoro positivo respinge l'assimilazione al cottimo delle ipotesi in cui « la retribuzione non è a misura di quantità del lavoro erogato bensì in ragione di un risultato che dipende anche dal lavoro, e il più delle volte principalmente da questo, ma non solo da esso » (G. Giugni, op. cit., p. 7). Quando sussistono i presupposti di quest'ultima ipotesi, si parla oggi giorno di forme partecipative di retribuzione. Forme in cui viene in considerazione non il risultato quantitativo del lavoro bensì il risultato del risultato. Non è un caso dunque che proprio Lotmar sia uno dei grandi ispiratori del noto saggio di Lotmar Mengoni, *Obbligazioni 'di mezzi' e obbligazioni 'di risultato'* (*Studio critico*), *RDComm.*, I. 1954, p. 185 ss., p. 280 ss., p. 366 ss. Ma non è questa la sede per svolgere una compiuta *Begriffsgeschichte*. Quanto riportato serve solo per concludere che in Lotmar, *Akkord* significa « corrispettivo commisurato ad un risultato che può dipendere — solo oppure anche — dall'attività del lavoratore », mentre al tempo d'oggi si denomina come cottimo solo la retribuzione commisurata alla quantità di lavoro che dipende unicamente dal lavoratore. Per questa profonda ragione ritengo opportuno tradurre *Akkord* con retribuzione a risultato ».

⁽²⁾ Bari, Laterza, 2005, pp. L-LI. Da questo testo, a p. 10, è stato ripreso anche la traduzione del passo weberiano citato da Lotmar alla nt. 2 dell'originale qui tradotto.

Furio Ferraresi e Sandro Mezzadra propongono poi di tradurre — ecco un altro termine del quale è difficile restituire il senso al lettore italiano — Gesinde con 'lavoratore sottoposto a prestazioni obbligatorie di diritto signorile' o, più sbrigativamente, con 'servitore agricolo'. Si tratta di espressioni più opportune dell'usuale 'plebe'. Tradurre Gesindeordnungen come 'ordinamento della servitù' come fanno Ferraresi e Mezzadra può essere una soluzione accettabile, non senza però fornire al lettore, anche su quest'altro punto critico, qualche chiarimento ulteriore (che riprendo in gran parte da T. Pierson, *Das Gesinde und die Herausbildung moderner Privatrechtsprinzipien*, Klostermann, F. a.M., 2016 al quale rimando chi volesse approfondire l'intrigante l'argomento). Orbene, l'espressione Gesinde nasce per denotare un istituto proprio del diritto delle persone che comprende uomini (variamente denominati come Knecht, Kutscher, Hirte, Gutshandwerker etc.) o donne (Mädchen, Hausmädchen etc.) accomunate dal fatto di svolgere mansioni socialmente svalutate a favore di un Hausverband. Queste persone, entrando a far parte della comunità familiare, si sottomettevano alla potestà del signore della casa al quale si legavano con un obbligo unilaterale di obbedienza. Il signore stesso provvedeva a sua volta alle loro esigenze vitali ed alla necessaria assistenza. Nel corso dell'Ottocento le Gesindeordnungen riportarono l'istituto nell'ambito del diritto contrattuale ma esse mantennero ferma la titolarità da parte di colui il quale godeva del servizio svolto dai Gesinde di un diritto reale nei confronti del lavoratore/trice che Kant nella *Metafisica dei costumi* qualificava come *ius realiter personale*. Savigny precisò poi nel suo *System* che tale *ius* non si poteva estendere a tutta la persona ma solo su determinate attività della stessa che pertanto subivano un processo di cosificazione. Sta di fatto che, se la riconduzione della materia al diritto contrattuale, consentì ai pratici di applicare le norme del BGB sul Dienstvertrag, tra le quali anzitutto i §§ 616-619. In capo ai Gesinde restarono però sempre, al contempo, in vigore obblighi di natura pubblicistica che davano luogo all'applicazione di disposizioni penali, per lo più con il perfezionamento del mancato adempimento. Lo stesso castigo corporale fu abolito solo a partire dal primo gennaio del 1900 e anche dopo l'entrata in vigore del BGB i nuovi diritti di cui §§ 616-619 rimasero privi di meccanismi che ne imponessero l'effettiva attuazione pratica. Vero è, infine, che l'istituto perse di rilevanza economica, nel senso che anche per il c.d. Dienstherr risultò via via più conveniente passare al sistema delle assicurazioni sociali e del libero contratto salariale (così anche M. Weber, *op. cit.*, p. 138 che a p. 137 parla di passaggio da « una brutale dominazione personale » allo « sfruttamento affaristico »).

Comunque sia, in tutto il periodo imperiale non si giunse mai ad una regolamentazione unica per tutto il territorio dell'impero della materia del Gesinderecht che restò sostanzialmente di competenza degli Stati se non, addirittura, all'interno degli stessi, di unità normative minori. Le numerose Gesindeordnungen furono in massima parte abrogate solo con il primo atto del consiglio dei rappresentanti del popolo (Rat der Volksbeauftragten) del 12 novembre 1918 per poi essere archiviate definitivamente nella storia con

l'approvazione dei principi accolti dalla Costituzione di Weimar. Si calcola che nell'anno d'inizio della prima guerra mondiale i Gesinde fossero ancora cinque milioni di persone e che nel 1918 esistessero ancora ben 44 (di cui 19 solo in Prussia) Gesindeordnungen soprattutto in conseguenza del cospicuo potere politico dei latifondisti presenti ad est del fiume Elba (i c.d. Junker).

Va spesa ancora qualche parola sulla scelta di tradurre Landrecht con diritto statale, Land con Stato e via di seguito. Ritengo, al riguardo, che tradurre Landrecht — come avviene di frequente nella prassi anche in relazione al periodo imperiale — con 'diritto regionale' possa ingenerare nel lettore italiano l'impressione (fuorviante) che i Länder in cui è divisa la Germania, al tempo d'oggi così come lo era all'epoca di Lotmar, siano assimilabili al nostro concetto di 'regione'. Non è un caso che, proprio per evitare tale equivoco, si eviti diffusamente di tradurre il termine in questione. Tuttavia, nel presente contesto si è voluta privilegiare, nei limiti del possibile, la scorrevolezza del testo e, quindi, operare una scelta nel senso già indicato (starà poi al lettore distinguere il significato che Stato e statale possono avere in una struttura federale piuttosto che in una come la nostra che è priva di tale caratterizzazione). Coerentemente, Landesgesetzliche Vorschriften ha trovato il suo corrispondente nell'espressione 'disposizioni legislative statali'.

Molto alto ci sarebbe, invero, da aggiungere. Al traduttore di un testo giuridico non è richiesto estro e decisione, bensì capacità di cogliere precise sfumature concettuali, specie dinnanzi a parole che di per sé possono essere dotate di più sensi a seconda del contesto in cui vengono utilizzate. Faccio un esempio banale ma che può rendere bene l'idea di che cosa intendo dire. Non diversamente da quanto può accadere con il nostro termine 'contratto', anche 'Vertrag' o 'Kontrakt' rappresentano termini tecnici bisensiti: si è, quindi, provveduto a tradurre il lemma, a seconda del contesto, con le espressioni 'accordo contrattuale', 'contratto' o, infine, 'regolamento contrattuale'.

Già in altre note introduttive di questa antologia è capitato di evocare scritti di Marx. Dalla Einleitung si capisce che, pur avendo Lotmar attentamente letto il primo libro del Capitale di Marx, questo testo non rappresentava per l'autore « la vera scienza nuova della sua epoca » attraverso la quale anche il giurista doveva filtrare l'acquisizione delle situazioni reali da valutare giuridicamente (tendenza alla quale si piegò, piuttosto, Sinzheimer specie nel suo periodo weimariano e nei suoi Grundzüge des Arbeitsrechts pubblicati nella versione che ha poi fatto il giro del mondo, anche grazie ad una traduzione in giapponese che l'ha resa leggibile a molti giuslavoristi cinesi colti, nel 1927). Ne accenno perché alla luce di questo dettaglio ritengo che il lemma marxiano Arbeitskraft vada tradotto in Lotmar con forza lavorativa piuttosto che con forza-lavoro come avviene in genere, invero non senza ripensamenti che nascono dalla distinzione sessantottina tra Marx e la tradizione marxista, nelle traduzioni in italiano dell'opera di Marx. Geld è stato tradotto con denaro e non con moneta.

Di seguito si forniscono ulteriori indicazioni sulle scelte di traduzione effettuate con riguardo alle espressioni tedesche più ricorrenti nel testo tradotto:

Arbeiter = *operaio*
 Arbeitslohn = *salario*
 Art der Arbeit = *tipi di lavoro*
 Berufe = *attività professionali*
 Einführungsgesetz zum BGB = *preleggi al BGB*
 Erbunterthanen = *asserviti per diritto ereditario*
 Gehülfe = *aiutante*
 Gewerbetreibende = *manifatturieri*
 Landesarbeiter = *operaio agricolo*
 Landwirte = *agricoltori*
 Lohnarbeit = *lavoro salariato*
 Junkerthum = *aristocrazia campagnuola*
 Handwerk = *mestiere artigiano*
 Hausgesinde = *domestici*
 Haushaltung = *economia domestica*
 Hoftagelöhner = *salariati giornalieri nella masseria*
 Hofgänger = *lavoratori che migrano da una masseria all'altra*
 Höringen = *servi*
 Kaufleute = *commercianti*
 Kulturvölker = *civiltà*
 Pachtgut = *immobile in affitto*
 Politische Oekonomie = *economia politica*
 Praxis = *prassi applicativa*
 Rheder = *armatore*
 Reichsrecht = *diritto imperiale*
 Tarifvertrag = *contratto di tariffa*
 Verkehrsverhältnisse = *rapporti o relazioni di scambio*
 Wanderarbeiter = *operai o lavoratori migranti*
 Ware = *merce*
 Werkstatt = *officina*

I. *Compito che si prefigge l'indagine. Campo di applicazione del contratto di prestazione di fare. Lo svolgimento di 'lavoro' al di fuori di tale campo d'applicazione. Frequenza statistica in confronto con altri contratti*

Il presente contributo si prefigge di fornire una trattazione gius-privatistica del diritto delle prestazioni di fare (*Arbeitsrecht*) con riguardo alla legislazione imperiale tedesca che tenga presente al contempo il relativo retroterra economico. Lo studio si giustifica in virtù della rilevanza che il contratto di prestazione di fare ha ormai storicamente assunto; una rilevanza che è incentrata sull'impressionante ampiezza e molteplicità di settori in cui si ricorre a tale contratto nonché alle sue peculiarità rispetto agli altri contratti.

Che il contratto di prestazione di fare abbia assunto i connotati di un fenomeno di massa — ogni giorno esso viene concluso, eseguito, risolto, rimpiazzato da nuovi accordi innumerevoli volte — è di evidente limpidezza fin da una, anche solo sommaria, incursione nella vita reale. Sennonché quando la frequenza del contratto di prestazione di fare viene indagata per impadronirsi [n.d.t. anche solo] di una delle radici della sua importanza, tale incursione si appalesa come tutt'altro che priva di complicazioni. Il raggio di osservazione che occorre avere in mente al riguardo è quella di un contratto di fare di particolare ampiezza in quanto esso non deve essere circoscritto al solo lavoro manuale, deve prescindere dalle differenze di *status* delle persone coinvolte e deve essere tale da include le ipotesi in cui il lavoro accettato non viene prestato direttamente dal promittente ma da un suo aiutante. Il dato di fatto che viene locato un immobile ad uso abitativo o un cavallo oppure che viene venduta una cosa propria o altrui, assume senz'altro una valenza differenziale ed innesca, dal punto di vista giuridico, rilevanti distinzioni, ma se l'interrogativo consiste nel decidere se sussista una locazione o una vendita dobbiamo evitare di occuparci di consimili distinzioni. Orbene, il nostro contratto di prestazione di

fare si colloca a quest'ultimo livello di astrazione: si tratta di un contratto di fare di natura corrispettiva e nel quale viene promesso lavoro contro retribuzione. Tale fattispecie contenutistica si realizza incomparabilmente più spesso di quanto possa essere indotto a pensare il lettore di un quotidiano, che tende ad associare all'espressione *Arbeitsvertrag* il solo 'mercato del lavoro' o la ricerca di una prestazione di servizi o di un lavoro. Non disponiamo ovviamente del dato statistico circa la frequenza pratica con cui si fa ricorso al contratto di prestazione di fare. Tuttavia, possono contribuire a farsi un'idea di massima su quale sia l'ambito, differenziale entro il quale si affermata la tendenza a ricorrere al contratto di prestazione di fare piuttosto che ad altri contratti, i dati statistici indiretti e una serie di esperienze che costituiscono fatti notori perché particolarmente diffusi. Nel proseguo ci occuperemo di questi due profili del discorso.

L'immane quantità di lavoro di tutti i tipi che viene prestato, non solo di giorno in giorno, ma altresì in modo ininterrotto di giorno e di notte, per mantenere in vita una civiltà e per soddisfare i suoi più rilevanti bisogni, viene in parte prestato fuori dal contratto di prestazione di fare. Si tratta, anzitutto, del lavoro che da un punto di vista giuridico neppure può dirsi prestato a favore di altri, giacché esso viene svolto volontariamente. Lo studioso o l'artista che dipinge al fine di vendere l'opera, il commerciante che fa i conti in ufficio, il contadino che coltiva il suo terreno così come l'artigiano che fabbrica scarpe o vasi e che pretende di presentarsi sul mercato con questi prodotti, a ben vedere non danno esecuzione ad un contratto di prestazione di fare né prestano lavoro a favore di un creditore. Un secondo rilevante ambito di prestazioni di fare in cui non entra in gioco un contratto di prestazione di fare riguarda poi la famiglia e il lavoro in essa vicendevolmente prestato dai suoi componenti. Il lavoro di straordinario valore, essenziale per la specie umana, che viene svolto da una madre che cresce i discendenti rappresenta senza dubbio adempimento di un obbligo di diritto privato, ma non può dirsi generato da un contratto di prestazione di fare. Anche il lavoro reciproco che viene prestato al fine di rafforzare le relazioni di vicinato oppure per ragioni di amicizia, non costituisce esecuzione di un contratto di prestazione di fare e, se proprio si volesse far riferimento ad un contratto, si dovrebbe pensare al mandato il quale

peraltro, in ragione della sua gratuità, non sarebbe riconducibile al contratto di prestazione di fare. Infine, anche il lavoro svolto dall'esercito di funzionari pubblici, statali o comunali ed il lavoro svolto in tempo di pace dal vero e proprio esercito di terra e di mare, non può essere inquadrato come prestazione tipica di un contratto di fare e ciò, ancora una volta, non per le sue caratteristiche esteriori — l'insegnamento ginnico o di tiro, l'elaborazione di un progetto di legge oppure il porre fine ad un conflitto d'interessi possono rappresentare oggetti di un contratto di prestazione di fare allo stesso modo della cura materna prestata da una balia — ma perché l'attribuzione di un ufficio pubblico, l'assunzione nell'esercito o il conferimento di una carica non equivalgono alla conclusione di un contratto di prestazione di fare.

Certo è che se riflettiamo sulle quattro testé citate classi sociali, il contributo lavorativo che viene prestato senza contratto di prestazione di fare — ma non al di fuori del diritto — appare di portata molto significativa ma, in ogni caso, decisamente inferiore, per numero di prestatori, per ampiezza dei suoi risultati così come per le avversità che contribuisce a superare, a quello che viene svolto in esecuzione di un contratto di prestazione di fare. Quest'ultimo occupa a tal punto la scena che spesso, nel connotare la moderna società capitalistica, non si può prescindere da esso e si dichiara che la società stessa viene mantenuta dal lavoro salariato, espressione con la quale peraltro s'intende esprimere, non l'antitesi al lavoro testé considerato, bensì l'opposto rispetto al lavoro svolto dagli schiavi, dai servi o dagli asserviti per diritto ereditario. Infatti, con l'espressione 'lavoro salariato' s'intende il lavoro prestato attraverso la stipulazione di un libero contratto di prestazione di fare. Può inoltre dirsi che quest'ultimo rappresenta la nutrice della società moderna perché esso contribuisce alla produzione di gran parte dei mezzi di vita e, in particolare, alla produzione degli alimenti, del vestiario e dei materiali e dei beni che compongono le abitazioni, inoltre è quasi esclusivamente il lavoro salariato a garantire il trasporto delle persone e delle merci e con ciò la circolazione e la distribuzione.

Al lavoro che produce e che risulta prodromico al godimento di milioni di beni utilizzabili e consumabili, ci si accosta in genere mossi da interessi psicologici, tecnologici oppure economici. Nel

presente contesto, risulta invece imprescindibile esplicitare la ragione che è alla base della predisposizione e dell'offerta di migliaia di accordi contrattuali di prestazione di fare. Il latte e lo zucchero, l'abito e la scarpa, il sigaro ed i giornali con i quali un uomo acculturato e di sesso maschile entra quotidianamente in contatto potrebbero raccontare di molti contratti di prestazione di fare grazie alla cui esecuzione tali oggetti sono venuti in esistenza e sono giunti fino al luogo dove si trova l'uomo stesso. Il passaggio da una fase all'altra della produzione può aver luogo grazie a contratti di compravendita e, comunque sia, una volta ultimata la produzione consegue in ogni caso una compravendita che traspone il bene nel campo del consumo. Alla somma straordinaria di contratti di prestazione di fare che portano vantaggio al consumatore in via indiretta perché danno, per così dire, veste giuridica alla produzione nonché alla distribuzione, s'affianca però un numero imprecisabile di contratti di prestazione di fare in virtù dei quali il consumatore si colloca direttamente nel suo ruolo mentre nell'ipotesi fatta in precedenza egli doveva a tal fine concludere un contratto di compravendita. Facciamo riferimento ai contratti di prestazione di fare che lo stesso consumatore deve concludere per essere servito, per ricevere assistenza, per essere trasportato, per ricevere insegnamenti o al fine di mantenere una persona o una cosa, per raggiungere un determinato posto, per conservare e migliorare dei beni, attraverso, ad esempio, l'attività di un avvocato, di un intermediario, di un lavoratore domestico, di un infermiere, di un insegnante oppure di un imprenditore teatrale o dell'imprenditore che organizza l'emigrazione.

Se spostiamo l'attenzione dalle valutazioni soggettive indotte dalle esperienze quotidiane — come la vista, ad esempio, di un porto, delle ciminiere fumanti di una fabbrica oppure del traffico delle metropoli — e dalle riflessioni di breve respiro, alle fonti che portano ad obiettive, sebbene solo indirette, risultanze statistiche, allora la serie di contratti di prestazione di fare che dobbiamo ipotizzare, anche solo per il lasso temporale di un anno, aumenta in modo gigantesco. Si pensi all'enorme numero di contratti siffatti che dobbiamo supporre alla luce delle statistiche professionali, di quelle sull'immigrazione e sull'emigrazione oppure ancora delle statistiche sulla produzione. Se guardiamo una statistica relativa al settore

minerario, il nostro pensiero corre subito alle migliaia di minatori che hanno estratto e scavato la massa, indicata nelle statistiche stesse, di carbone e di metalli. Le statistiche sui raccolti richiamano la nostra attenzione sulla quantità di frumento che è stata senz'altro prodotta anche senza il ricorso a contratti di prestazione di fare, ma di cui una quantità molto maggiore è stata ricavata proprio grazie al lavoro prestato da servi e serve e da lavoratori giornalieri migranti i quali adempiono per tale via all'obbligo che grava su di loro in virtù di una specifica forma di contratto di prestazione di fare. Le statistiche sull'immigrazione e sull'emigrazione ci pongono dinnanzi agli occhi una legione di persone fisiche e giuridiche, che sono state coinvolte in qualità, rispettivamente, di spedizionieri, di trasportatori, di armatori, di capitani, di marinai, di piloti, di caricatori, di guardiani etc. i quali tutti hanno eseguito contratti di prestazione di fare. Infine, una statistica incentrata sui pagamenti professionali ed industriali coinvolge circa duecento tipi differenti di attività professionali, alcune delle quali vengono svolte da migliaia di persone ed il cui esercizio risiede, in tutto o in parte, nella conclusione e nell'esecuzione di contratti di prestazione di fare.

Questi accenni ad elaborazioni statistiche e valutazioni personali non segnalano solamente l'enorme ambito entro il quale si ricorre al contratto di prestazione di fare, ma rendono anche plausibile la supposizione che la frequenza di tale ricorso sia, raffrontata a quella di altri contratti, di mole straordinaria. Tra le tipologie contrattuali esso distanzia di molto il mutuo, il comodato, la donazione, il deposito gratuito, il mandato e la società. Non è, infatti, arduo immaginare vite nel corso delle quali una persona non abbia mai concluso uno di questi ultimi contratti, mentre occorrerebbe ipotizzare circostanze di vita tra le più sorprendenti per rendere plausibile che una persona non abbia mai, nel tratto di vita che va dalla culla al sepolcro, concluso come creditore di lavoro o come prestatore di fare un contratto di prestazione di fare. Possiamo persino assumere che la frequenza dei contratti di prestazione di fare sia superiore a quella delle locazioni. Certamente, in quanto contratto che garantisce un tetto o la disponibilità di un posto in cui dormire e che pertanto soddisfa un bisogno elementare, la locazione rappresenta un fenomeno d'intensità quotidiana malgrado le molte situazioni esistenti in cui una persona soddisfa uno di tali bisogni sotto il

proprio o altrui tetto senza ricorrere ad una locazione, come avviene, ad esempio, per i domestici o l'equipaggio di una nave. Ciò che attribuisce al contratto di prestazione di fare un vantaggio statistico rispetto alla locazione è il fatto che esso viene utilizzato in modo massiccio nell'ambito della produzione e della distribuzione e che, a ben vedere, esso rappresenta lo scheletro giuridico dell'organizzazione di tali fenomeni, mentre la locazione, laddove non venga utilizzata per procurarsi la disponibilità dei locali (ad esempio, l'officina, il negozio o l'immobile in affitto) e degli strumenti di lavoro, da un lato, resta esterna a tale sfera che è sempre più ampia, e, dall'altro, viene in esistenza solo per locare un immobile ad uso abitativo direttamente ad un consumatore. Rimane così da considerare, tra quelli più più frequenti, il solo contratto di compravendita. Si tratta, infatti, dell'unico contratto la cui frequenza raggiunge un ordine di grandezza che può concorrere con quello proprio del contratto di prestazione di fare. Esistono probabilmente persone alle quali non capita mai durante la loro vita di concludere, né come compratori né come acquirenti, un contratto di compravendita — e ciò può aver luogo per via del fatto che i loro possedimenti sono tali da soddisfare le loro necessità oppure perché sono nullatenenti sicché non possono acquistare alcunché —; tuttavia, per quanto possano essere ancora numerose siffatte situazioni, esse sono destinate in futuro all'estinzione in una società la cui cifra essenziale consiste nella produzione di merci e, pertanto, nella produzione finalizzata alla vendita. Tale struttura dell'economia richiede che sussistano svariate catene reticolari di contratti di compravendita che congiungono tra loro le unità produttive ed i negozi per la vendita al pubblico ed il cui anello finale spesso non coincide neppure con la conclusione di un contratto di compravendita, e cioè con un consumatore che si procura la merce per goderne dell'uso giacché dopo tale consumo alcune merci vivono una storia aggiuntiva dal momento che esse circolano in virtù di ulteriori contratti di compravendita nei mercati dell'usato oppure, semplicemente, come materiale per le stufe, le cartiere o le ceste, riunite a merci della stessa specie, che vengono immesse in un processo di trasformazione della materia al fine di far assumere loro una nuova veste al fine probabilmente di essere utilizzate per la produzione di merci totalmente differenti. A ciò si aggiungono masse di merci, in gran parte

prodotti naturali, che vengono immessi direttamente sul mercato per essere vendute senza che sia stata necessaria la conclusione di contratto di prestazione di fare. Si consideri, inoltre, che il contratto di compravendita è strutturato in modo tale che il rapporto giuridico che esso instaura richiede un tempo minimale perché cessa con l'adempimento istantaneo del contratto stesso, sicché la medesima persona può nell'arco di tempo di un giorno concludere dozzine di contratti di compravendita. Siffatta moltiplicazione risulta generalmente preclusa al contratto di prestazione di fare perché l'adempimento del singolo contratto di prestazione di fare può richiedere così tanto tempo al prestatore di fare ma anche al committente, che gli stessi debbono astenersi dal concludere ulteriori contratti di prestazione di fare. Per converso può anche accadere che vengano eseguiti contemporaneamente più contratti di prestazione di fare come avviene allorché l'armatore o il gestore della ferrovia trasportino in un sol colpo migliaia di emigranti o passeggeri oppure il direttore di un teatro o di un circo diletta contemporaneamente migliaia di spettatori.

Se teniamo conto di quanto testé detto, non appare errato affermare che quello di compravendita è il contratto più frequente e dobbiamo, invece, assegnare al contratto di prestazione di fare il secondo posto. È peraltro plausibile affermare che abbiamo comunque assolto all'obiettivo, che ci eravamo prefissi, quello di dimostrare la rilevanza pratica di quest'ultimo per il sol fatto che siamo comunque giunti fino al punto di argomentare la comparabilità, dal punto di vista della frequenza statistica, tra il contratto di prestazione di fare e quello di compravendita e abbiamo al contempo dimostrato che esso distanzia, e di molto, altri pur ricorrenti contratti.

II. *Le caratteristiche differenziali del contratto di prestazione di fare rispetto al contratto di locazione e di quello di compravendita. La rilevanza giuridica di tale differenziazione*

L'altra faccia della rilevanza [n.d.t. del contratto di prestazione di fare] si connette alla sua natura, che lo differenzia dagli altri contratti corrispettivi. Tale specificità rappresenta al contempo una delle ragioni della sua, già discussa, diffusione; tuttavia la stessa

dovrà ora essere analizzata indipendentemente da siffatta conseguenza. Ai contratti ai quali si contrappone il contratto di prestazione di fare vanno ascritti: la compravendita, compreso il baratto, la locazione, compreso l'affitto, ma anche la società. Ciò perché l'elemento che differenzia il contratto di prestazione di fare da quello di società, non coincide con un profilo che accomuni quest'ultimo agli altri due contratti dal momento che, tutto al contrario, la prestazione di lavoro che caratterizza il contratto di prestazione di fare rispetto alla compravendita ed alla locazione può costituire anche nel contratto di società la prestazione principale. Ciò che distingue il contratto di prestazione di fare dalla compravendita non è, insomma, specifico del contratto di prestazione di fare stesso e non deve essere, quindi, oggetto di approfondimento in questo specifico contesto. Qui rileva che la particolarità del contratto di società — e cioè lo 'scopo comune' — lo differenzia [n.d.t. oltre che dal contratto di prestazione di fare] anche dalla compravendita e dalla locazione.

La specificità del contratto di prestazione di fare, ciò che gli è essenziale rispetto agli altri contratti ed a cui lo stesso contratto deve il suo nome, è la prestazione di fare e, più specificatamente, il fatto che il suo contenuto debba coincidere con lo scambio tra lavoro e corrispettivo. Tale fattispecie essenziale per la sua sussistenza ne differenzia specificatamente il concetto da quello della compravendita e della locazione. Non v'è ombra di dubbio che possano venire in essere contratti di compravendita o di locazione nei quali il venditore o il locatore s'impegnano a svolgere un lavoro. Ma tale prestazione risulta, dal punto di vista giuridico, sotto-ordinata, è di carattere solo accessorio, non fa parte del concetto di compravendita e di locazione, e non riguarda, inoltre, la grandissima parte dei casi in cui nella pratica si ricorre a questi due contratti.

D'altra parte, la prestazione principale del venditore o del locatore possiede una caratteristica essenziale che non risulta conaturata alla prestazione di fare, benché possa affiancarsi ad essa. Nella compravendita e nella locazione la prestazione onerosa non risulta possibile senza ricorrere al patrimonio, individuando essa una forma di impiego del patrimonio stesso. Nella realtà delle cose molti venditori o locatori non possono eseguire i loro contratti senza generare una certa massa di energia; ci si riferisce alle ipotesi in cui

l'accordo contrattuale non attribuisce al compratore o al conduttore la facoltà di impossessarsi dell'oggetto. Tuttavia, l'energia che entra in azione non è ciò che in queste fattispecie deve essere compensato, perché tale aspetto, al contrario, coincide con l'impiego del proprio patrimonio. Il venditore o il locatore deve dare qualcosa del proprio patrimonio che al momento della conclusione dell'accordo contrattuale può o essere già presente nel patrimonio stesso oppure essere comunque concepita come presente nel patrimonio stesso oppure ancora entrare a farvi parte solo successivamente; qualsiasi sia l'ipotesi realmente sussistente, la finalità di questi contratti consiste comunque nel far uscire qualcosa da un patrimonio. Essi si considerano, pertanto, adempiuti, dal venditore o dal locatore, nel momento in cui ha luogo la mutazione dell'imputazione economica del bene indipendentemente dal fatto che quest'ultima sia duratura e definitiva oppure, invece, solo momentanea e coincidente con il tempo necessario per la realizzazione dell'utilizzo.

Per la sussistenza del contratto di prestazione di fare non risulta, invece, essenziale il realizzarsi di un siffatto mutamento d'imputazione economica e l'esecuzione dello stesso non coincide, pertanto, con un subentro nella titolarità economica. Non appartiene, infatti, all'essenza del contratto di prestazione di fare che il lavoratore rinunci e trasferisca qualcosa che appartiene al suo patrimonio, bensì che presti lavoro. Quest'ultimo non coincide con qualcosa che gli appartenga dal momento della conclusione dell'accettazione del lavoro in avanti o che avrà come disponibile al momento dell'adempimento, qualcosa che possa essere oggetto dell'aver della persona perché il lavoro scaturisce piuttosto dal suo essere. Infatti, la prestazione di fare costituisce con un'attività che nasce dalla persona del lavoratore e per la cui realizzazione egli non deve ricorrere a nulla che abbia a che fare con il suo patrimonio. Può bensì aver luogo un utilizzo del patrimonio stesso precedentemente allo svolgimento della prestazione di prestazione di fare al fine di conseguire le necessarie abilità oppure perché ciò è correlato a spese (per i materiali, gli attrezzi, l'aiuto) che siano connessi al fare stesso. La fattispecie essenziale denominata contratto di prestazione di fare (*Arbeitsvertrag*) non implica, dal lato del lavoratore, un ricorso al suo patrimonio bensì alla sua persona e ciò avviene sia nell'ipotesi in cui il fare che deve essere prestato abbia luogo utilizzando le proprie

energie personali che, al contrario, nei casi in cui, grazie all'impulso del debitore di lavoro, il fare venga svolto da altri; sia, insomma, che il prestatore metta in azione la sua persona sia che, al contrario, azioni quella del suo aiutante grazie al quale egli adempie al suo obbligo di prestazione di fare.

Non si obietti che la responsabilità del debitore costituisce in tutti i rapporti obbligatori — nella compravendita e nella locazione non diversamente che nel contratto di fare — qualcosa di personale e che il prestatore è un debitore allo stesso modo in cui lo sono il venditore o il locatore. Infatti, la comunanza che in tal modo s'invoca coincide con l'unitaria conseguenza giuridica che però, rispetto al problema trattato, non assume rilevanza e assume un ruolo solo allorché venga invocata la responsabilità per il mancato svolgimento della prestazione obbligatoria. Si tratta sul punto piuttosto di operare un confronto tra fattispecie e, quindi, tra ciò che è stato contrattato in tema di prestazione. Dobbiamo qui, pertanto, riferirci alle prestazioni in quanto vengano adempiute e, più precisamente, a come esse vengano pensate e progettate al momento della conclusione del contratto. E qui s'annida il citato elemento differenziatore per il quale, mentre nella vendita e nella locazione viene prevista una prestazione che ha ad oggetto una cosa, nel contratto di prestazione di fare ci si accorda su una prestazione personale; tale differenziazione prescinde dal fatto che la prestazione di fare, la prestazione personale (*persönliche Leistung*) venga svolta interamente dal debitore della prestazione di fare oppure da terzi che entrino in azione per conto suo. Avendo richiamato tale differenziazione può già dirsi individuata la caratteristica connotativa della natura del contratto di prestazione di fare e cioè quella che abbiamo preannunciato come l'altra faccia della sua rilevanza. Più precisamente, la suddetta rilevanza si collega alla natura fin qui trattata da due diversi punti di vista.

Nella misura in cui — secondo la teoria morale e giuridica attualmente dominante — l'uomo si deve sentire più affine ad un altro uomo che ad una cosa, egli deve rispettare più intensamente il coinvolgimento della persona rispetto ad una prestazione che abbia ad oggetto una cosa. Anche se dal punto di vista economico egli consideri la prestazione di prestazione di fare come di minor valore rispetto a quella che ha ad oggetto una cosa, poiché alla prima

conseguire un minor incremento del suo patrimonio, resta vero che, dal punto di vista della specie, egli deve collocare la prestazione di fare ad un livello valoriale più alto rispetto a quella patrimoniale del venditore o del locatore. E l'ordinamento giuridico, quale prodotto e strumento della società umana, deve adeguarsi a tale graduazione facendo sì che la prestazione di fare rappresenti la prestazione obbligatoria di maggior valore e che il contratto di prestazione di fare, in cui essa viene promessa in cambio di denaro, venga considerata come l'oggetto più raffinato della disciplina contenuta nel diritto contrattuale.

Nella prestazione di fare il debitore è coinvolto personalmente o nella persona del suo rappresentante dall'inizio alla fine; essa costituisce una parte della sua vita e ciò tanto intensamente che ogni disposizione sulla prestazione di fare che gli viene prescritta dall'ordinamento oppure che possa essere pattuita tra le parti — indipendentemente dal fatto che la prestazione di fare stessa abbia luogo di giorno o di notte, in acqua o sulla terra ferma, a domicilio o in fabbrica, con le mani o in virtù di una macchina, in modo collettivo o singolarmente — tocca direttamente il prestatore stesso. La sua persona o quella del suo aiutante risulta coinvolta nell'adempimento del contratto ed è perciò esposta a sforzi, ingiurie o a rischi che sono, invece, estranei ad una prestazione che abbia ad oggetto una cosa.

Dacché in nessun altro contratto la persona del debitore che svolge la prestazione assume la medesima rilevanza che essa raggiunge nel contratto di prestazione di fare, le caratteristiche delle persone assumono in quest'ultimo tipo di contratto un ruolo incomparabilmente più intenso che nelle altre ipotesi, sia in sede di adempimento che già in fase di conclusione del contratto stesso. Rispetto alla compravendita ed alla locazione, l'età, il sesso, la perseveranza, la forza, l'abilità ed il talento del venditore o del locatore risultano tutto sommato irrilevanti; infatti, atti di disposizione o di trasferimento del godimento solo di rado assegnano rilevanza all'autore degli stessi e sono solo marginalmente influenzati da quest'ultimo. Al contrario, nella prestazione dovuta in virtù del contratto di fare, e cioè quella di lavoro, le qualità della persona assumono una notevole importanza perché in questa ipotesi la prestazione ha luogo grazie al ricorso alla persona e consiste in un'attività. Nella conclusione della compravendita o della locazione, la capacità di svolgere l'attività

dipende bensì in una certa misura dallo status familiare e dall'età; nel contratto di prestazione di fare a queste due ultime caratteristiche si sommano però altre differenze personali attinenti al sesso, alla provenienza ed alla salute in relazione alle quali si determina la liceità stessa, o no, della conclusione di certi tipi di contratti di prestazione di fare nei quali l'adempimento investe le stesse caratteristiche [n.d.t. personali del debitore di lavoro].

La compravendita e la locazione possono differenziarsi tra loro in ragione delle diversità che attengono agli oggetti delle stesse; tuttavia sul piano giuridico sono sopravvissute ben poche differenziazioni profonde ed esse si possono contare con le dita di una mano: si possono distinguere tra loro le cose corporali da quelle incorporeali e all'interno di questi due generi si possono operare ancora un altro paio di sotto-distinzioni — ad esempio, tra cose mobili ed immobili, tra cose determinate o no nel genere, [n.d.t. distinguere tra] navi, crediti, eredità, animali, titoli — mentre tutto il resto risulta giuridicamente irrilevante. Al contrario l'infinita varietà di tipologie di prestazione di fare non comporta un'altrettanto ampia varietà di contratti [di prestazione di fare]: esistono, tuttavia, in questo campo si debbono operare tali e tante differenze collegate al prestatore del fare o al committente dello stesso che un numero di distinzioni così esiguo come quello che caratterizza la compravendita o la locazione sarebbe senz'altro insufficiente per operare una sistemazione che ambisse a rispecchiare in qualche modo l'ordinamento giuridico. La sistemazione stessa, se aspira a rispecchiare le differenziazioni che sono incentrate sulla tipologia di lavoro (*Arbeitsart*), deve comporsi di regole che siano in specifico adeguate al prestazione di fare, ad esempio, del lavoratore marittimo, del trasportatore sulla terra ferma, sull'acqua e sul mare, dello spedizioniere, del trasportatore, dell'agente in affari civili e commerciali, del commissionario, del depositario e del magazziniere, dell'avvocato, dell'agente di commercio e dell'ausiliario commerciale, dell'apprendista commerciale e di quello manifatturiero, dell'operaio industriale e deve, inoltre, saper conferire specialità al bracciante agricolo in stato di semi-servitù, all'operaio, al dirigente, nonché attribuire la giusta rilevanza al fare del panettiere, del fabbricatore di sigari, di confezionamento dei vestiti o della biancheria, del lavoro alla fornace, di quello in una fabbrica di fiammiferi o di colori per piombi e con ciò rinunciamo

comunque ad accennare a molte altre differenziazioni. La legislazione non può accontentarsi di queste pur numerose distinzioni. La crescente individuazione di caratteristiche differenziali tra un lavoro e l'altro e la scoperta di nuove tipologie di fare deve, infatti, stimolare l'elaborazione di una più ricca e raffinata articolazione del sistema regolativo; l'accresciuta sensibilità in ordine alla protezione della sfera sociale del contratto di prestazione di fare deve rispecchiarsi in un'accresciuta differenziazione interna all'ordinamento giuridico grazie alla quale evolva la stessa cultura giuridica. Allo stesso modo devono per tale via trovare soddisfazione le giuste aspettative regolative secondo cui, da un lato, ciò che è diverso deve essere trattato in modo differente e, dall'altro, devono essere abbandonate le regole speciali — quali quelle relative ai servitori (*Gesinde*) — che non appaiono più giustificate alla luce della prestazione di fare al quale esse si riferiscono.

III. *Suo ruolo di strumento di garanzia dei mezzi di sussistenza*

Per altro verso (p. 8), la rilevanza del contratto di prestazione di fare che risulta collegata alla sua natura fa sì che al prestatore di lavoro non possa essere accollata nessuna altra prestazione oltre a quella di prestazione di fare e che non siano esigibili da parte sua, oltre a tale prestazione, atti di disposizione del suo patrimonio. Con ciò viene in considerazione la ragione della sua [n.d.t. e cioè della prestazione di fare] ampia accessibilità. Grazie a questa sua specificità essa individua un mezzo giuridico per garantire la sussistenza vitale a tutti coloro che non sono in grado di compiere atti di disposizione di un patrimonio oppure di impiegare capitale per partecipare alla vita attiva. Il fatto che a questi lavoratori si offra la possibilità di concludere un contratto di prestazione di fare assume una rilevanza del tutto particolare da due diversi punti di vista: anzitutto, in connessione al fatto stesso che essi possano concluderlo, nel senso che i lavoratori non siano ostacolati nel far ciò né dal punto di vista giuridico né da quello economico ed, in secondo luogo, perché essi lo devono concludere se aspirano a vivere del loro ed in modo indipendente dal momento che per gli stessi non è percorribile la via del guadagno illecito o di quello che è interdetto moralmente. La situazione di costrizione economica che costringe a

concludere un contratto di prestazione di fare può essere di varia intensità: essa può essere continuativa oppure solo temporanea, periodica, preesistente, di tipo assoluto in quanto la vita del prestatore e della sua famiglia è, in senso stretto, economicamente condizionata oppure quest'ultimo può essere indotto a concludere [n.d.t. un contratto di prestazione di fare] perché aspira a soddisfare esigenze di vita che si collocano ad uno standard che sia superiore a quello della semplice sussistenza.

In questa condizione, di nullatenenti, spinti alla conclusione di contratti di prestazione di fare non si trovano notoriamente solo singole persone ma milioni di esse. Per milioni di persone il contratto di prestazione di fare assume, infatti, il significato di luogo di rifugio che non viene garantito dal diritto bensì reso possibile dallo stesso nella misura in cui entro i suoi confini può essere condotta, legalmente e con mezzi accessibili, la quotidiana battaglia per la sussistenza. Questa natura del contratto di prestazione di fare rappresenta una delle ragioni della sua diffusione e, pertanto, anche della sua rilevanza. Corrisponde senz'altro al vero che in molti contratti con prestazioni di fare il lavoratore può essere designato come capitalista, e non può svolgere la prestazione se non con strumenti esosi e ingombranti, come accade, ad esempio, con riguardo ai mezzi di trasporto. Tuttavia, risultano molto più numerosi i contratti di prestazione di fare in cui il lavoratore è sguarnito di strumenti di lavoro e dipende dalla retribuzione che gli viene garantita dal contratto di prestazione di fare stesso che egli può concludere unicamente perché dispone di una certa forza lavorativa. Giacché in queste ipotesi la sua esistenza dipende dal fatto che riceva un corrispettivo, risulta contemporaneamente di suo primario interesse non vedersi trattenuto o pignorato, in tutto o in parte, tale corrispettivo. E dal momento che la sua forza lavorativa rappresenta per lui, in quanto parte della sua forza vitale, scopo e mezzo allo stesso tempo, egli ha un interesse primario a non essere improduttivo, a non sprecarla e a non metterla in pericolo. Entrambi questi interessi sono per lui in gioco nell'esecuzione della prestazione e per la loro garanzia l'ordinamento può giocare un ruolo molto importante.

L'enorme numero di coloro che dipendono, nel senso rammentato, dal contratto di prestazione di fare influisce sulla sua diffusione

e si riflette sul suo contenuto. Tali soggetti risultano inoltre in concorrenza in riguardo ai contratti di prestazione di fare che offre colui che possiede i mezzi di lavoro. Fintantoché essi non si coalizzano tra di loro al fine di evitare di scendere al di sotto di un certo livello di condizioni di lavoro, sono tutti quanti esposti al rischio di essere sconfitti al ribasso da uno dei concorrenti. Gli accordi contrattuali dei quali sono parti, dal lato del lavoratore, nullatenenti incapaci di tenere a freno il loro senso di concorrenza offre al committente la possibilità di realizzare i propri interessi grazie ai co-concorrenti. Lo spazio di azione che viene offerto da un ricorso siffatto al contratto di prestazione di fare e, d'altra parte, gli svariati ostacoli frapposti dal legislatore e, per altro verso, dall'autonomia di determinazione del contratto di tariffa offrono all'analisi giuridica materiali tanto numerosi quanto significativi.

È infine possibile incontrare il contratto di prestazione di fare anche in territori che si trovano, per così dire, al di sotto del confine giuridico. Territori in cui la superiorità di potere del creditore di lavoro s'incrocia con la fragilità personale del lavoratore, fragilità che può dipendere dall'età ancora infantile, dalla debolezza fisica, dalla lingua straniera parlata o dalla mancanza di educazione e, quando a tutto ciò si accompagna la circostanza che il rapporto di lavoro si svolge in un luogo poco accessibile, diventa praticamente impossibile maturare la convinzione di essere in presenza di rapporti giuridici in cui ciò che è mio e ciò che è tuo vengono decisi, anche per le articolazioni più misere della società, tenendo presenti parametri sociali. Dalle sfere che abbiamo dinnanzi agli occhi emergono solo esigue tracce di consapevolezza giuridica, la consapevolezza, da un lato, che al creditore non spettano diritti illimitati, che il lavoratore non può essere totalmente sottomesso da quest'ultimo, che il lavoratore non è tenuto a soddisfare qualsiasi tipo di pretesa, che non è tenuto a sopportare stando in silenzio ogni tipo di vessazione o limitazione [n.d.t. personale] e, dall'altro lato, la consapevolezza che il prestatore di lavoro deve anche eseguire e mantenere in vita il contratto che ha concluso; nella nostra sfera domina l'assolutismo che può essere contrastato solo risolvendo il vincolo contrattuale. Questi accadimenti che trovano luogo non solo nelle industrie domestiche paesane ma anche nelle grandi città, nelle fornaci e nelle zone rurali toccano la sensibilità del giurista moderno come poteva

accadere ad un artista rinascimentale di rimanere impressionato dalle opere d'arte delle tribù indiane. È indubbio che ci troviamo in questi casi in presenza di evenienze che appaiono, più ancora che primitive, primordiali. Si tratta, comunque sia, sempre di fenomeni che sono destinati a scomparire quando si diffonderà e si radicherà intorno ad essi il sentimento giuridico che ovviamente non consegue a semplici considerazioni. Per il momento essi testimoniano che il diritto vigente non regna dovunque e tali fenomeni rammentano al giurista quanto deboli siano gli strumenti del diritto privato e dello stesso diritto penale in presenza di contraenti che si fronteggiano tra loro in una situazione di estrema diseguaglianza di potere come avviene quando si conclude un contratto di prestazione di fare ⁽³⁾.

La rilevanza di un contratto di prestazione di fare — volendo riassumere quanto fin qui esposto — dipende dalla molteplicità di ipotesi in cui si ricorre ad esso, una circostanza che ne fa il volano della moderna macchina giuridica ed, inoltre, nel fatto che, in

⁽³⁾ Cfr., da un lato, F. GROSSMANN, *Verhältnisse der Landesarbeiter in Deutschland*, II, in *Schriften des Vereins für Socialpolitik (SVSP)*, LIV, Leipzig, 1892, pp. 498 s.: « Insieme delle condizioni che contraddistinguono il contesto nel quale il salariato giornaliero deve prestare la sua attività sono non di rado formulate in un contratto scritto. Taluno non dà peraltro alcun valore a siffatti accordi contrattuali e comunica perciò solo in via orale le condizioni di lavoro dei salariati stessi ed anzi non considera l'operaio [...] neppure come vincolato contrattualmente. Essi sostengono che il contratto vincola solo il creditore di lavoro perché è meglio lasciare che un operaio che non ha voglia si possa allontanare piuttosto che costringerlo a svolgere il lavoro. In molti posti sono, invece, i lavoratori che si rifiutano di sottoscrivere un accordo contrattuale... ». M. FIEBELKORN, *Die Arbeitervermittlung in der Ziegelindustrie*, Berlin, 1899, p. 24: « l'assenza di garanzie giuridiche garantite dai creditori di lavoro ai lavoratori assume un rilievo particolare nell'industria dei mattoni ». D'altra parte, M. WEBER, *Verhältnisse der Landesarbeiter in Deutschland*, III, in *Schriften des Vereins für Socialpolitik (SVSP)*, LV, Leipzig, 1892, p. 774: « Risulta anche evidente che nessuna forma di risoluzione delle controversie su tutta questa materia è meno adatta a ottenere risultati concreti del ricorso alle corti. La regolazione per diritto amministrativo di ciò che è dovuto al lavoratore in base alle consuetudini [...] era essenzialmente più adeguata alle basi storiche del rapporto di lavoro agricolo. Dove una tale regolazione non è più possibile in seguito alla disgregazione delle antiche organizzazioni, decide di volta in volta la situazione di potere e le forme del diritto privato per la grande massa della popolazione rurale non proprietaria sono indifferenti e decisamente di scarso rilievo pratico [...]. Anche questa posizione d'indifferenza verso il diritto privato è un tratto tipico nella condizione del moderno proletariato ».

ragione della prestazione che lo connota, ossia la prestazione di fare, la quale richiede il coinvolgimento della stessa persona del prestatore, [tale contratto] pone al diritto un compito arduo e sfaccettato la cui difficoltà risulta accresciuta dal fatto che il lavoro dedotto viene massicciamente svolto da persone che non possono offrire nessun altro tipo di prestazione per ottenere un corrispettivo e che non sono comunque adeguatamente equipaggiate nel caso in cui vengono coinvolte in controversie [n.d.t. che sono legate al contratto che hanno concluso].

IV. *La mancanza di trattazioni sull'intero campo di applicazione. La spiegazione risiede nel carattere frammentario delle fonti. Regolamentazione generale e speciale, lacunoso criterio di differenziazione degli ambiti di dominio signorile (lavoratori agricoli), diseguaglianza tra i trattamenti regolativi speciali, trascuratezza dell'analisi dei contratti di prestazione di fare proletari*

In coerenza con l'enorme rilevanza testé tratteggiata che il contratto di prestazione di fare assume per il singolo, così come per la vita comunitaria, e coerentemente alla quantità e profondità dei compiti che lo stesso pone alla scienza giuridica, ci si potrebbe attendere che esso costituisca un oggetto privilegiato della giurisprudenza e che quest'ultima si sia impossessata dei suoi singoli profili così come che essa abbia più volte ricostruito il suo retroterra. Quest'ultima aspettativa rimane però delusa tant'è che non esiste nella letteratura giuridica tedesca una monografia che sia dedicata all'intero campo giusprivatistico che è occupato dal contratto di prestazione di fare. Ma siccome tale constatazione non è solo significativa di per sé stessa, ma rappresenta anche la ragione del presente libro, del quale ha influenzato la struttura che sarà di seguito illustrata, dobbiamo dapprima affinare ulteriormente la citata diagnosi e le sue cause.

Una realtà negativa come quella alla quale abbiamo accennato non può poggiare solo su prove indirette, ma necessita [n.d.t. per lo meno] di prove testimoniali. E probabilmente ciò risulta tanto più necessario perché attribuiamo al concetto di *Arbeitsvertrag* un'ampiezza assolutamente inedita che prescinde dalle differenze [n.d.t. di *status* personale] tra le persone che lo concludono e dalla tipologia

di prestazione di fare che viene pattuita. Un'astrazione di siffatto grado non si offre come dato scontato ad una trattazione del tema e deve essere in questa sede, anzitutto, messa a punto e circoscritta benché risieda nella natura delle cose e venga utilizzata in altri settori della scienza nonché malgrado essa sia d'indubbia utilità dal momento che non appartiene al contesto giurisprudenziale che ci è noto.

La trattazione del tema è stata suggerita, all'esito di una retrospettiva storica, da W. Endemann che ha concepito l'oggetto del suo scritto (1896) *'Behandlung der Arbeit im Privatrecht'* con un'ampiezza paragonabile a quella che viene qui sostenuta. Egli non rinuncia in tale occasione a richiedere alla scienza giuridica di ricorrere agli esiti ai quali giunge la scienza della politica economica giacché « la prima è ancora refrattaria, in tutto o in parte, e comunque lo fa in modo solo timido, ad individuare la base di fondo dell'ordine dei traffici giuridici nei fatti e concetti economici ». Tale retrospettiva storica si estende sia alla disciplina che è stata prevista per il lavoro da alcune civiltà umane che alla rielaborazione che di tale disciplina è stata operata da parte della letteratura giuridica. Da ciò consegue non solo una stortura rispetto al tempo contemporaneo, ed in specifico per il nostro settore del diritto precisamente per via della forte sproporzione tra l'estensione e la gravità, dello stato delle cose e, d'altra parte, la poca attenzione e sforzo che sono state ad esso dedicate dalla ricerca, ma contemporaneamente anche la conferma del negativo riscontro nella letteratura dal quale abbiamo preso le mosse poco sopra. Il tutto risulta essere ulteriormente avvalorato dagli autori che non sentono la mancanza di teorie giuridiche sul contratto di prestazione di fare manifatturiero ⁽⁴⁾ o dello stesso

⁽⁴⁾ V. ad esempio *Das Gewerbegericht (Mitteilungen, dall'ottobre 1899 Monatschrift des Verbandes deutscher Gewerbegerichte)*, II, pp. 70 s. (« riguardo all'ambito della scienza giuridica tanto trascurato del contratto di lavoro manifatturiero »); E. UNGER, *Entscheidungen des Gewerbegerichts Berlin*, cit., p. III; W. CUNO, *Anzeige des Ungerschen Buches: Gewerbegericht*, III, p. 84; J. JASTROW, *Zur Selbsteinschätzung in Preussen*, in *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, LVII/5, 1891, pp. 730 ss. E, in modo più esauritivo, K. FLESCHE, *Lotmars 'Arbeitsvertrag' und die Gewerbegerichte*, in *Das Gewerbegericht*, 1902, pp. 69-73. Da quando i tribunali industriali hanno dato luogo ad una giurisprudenza formalmente unitaria per il contratto di lavoro industriale, singoli profili di tale ramo del diritto sono stati oggetto di analisi. Tra queste ultime deve qui

contratto di prestazione di fare ⁽⁵⁾. Nel frattempo anche quest'ultima spiegazione pare poter essere intesa solo nel senso più stretto che è stato enunciato in precedenza e riferirsi, pertanto, al solo contratto di lavoro manifatturiero. Che le sentenze e gli atti di citazione vadano in tale direzione dipende in parte dal fatto che agli autori delle stesse risulta più familiare il contratto di lavoro manifatturiero che, ad esempio, quelli agricolo o marittimo e, d'altra parte, al fatto che siano stati istituiti i tribunali industriali; è, infatti, indubbio che in tal modo sia stata facilitata la rivendicazione delle conseguenze giuridiche e, per tale via, sollecitata la necessità di una trattazione scientifica della materia. È probabile poi che alcuni giuristi siano stati indotti a approfondire maggior attenzione in ragione dell'impegno e dell'energia che i relativi lavoratori hanno dedicato nel rivendicare una disciplina legale del loro contratto di prestazione di fare, in aderenza peraltro alla critica che la scienza economica ha riservato a tale tipologia contrattuale. Taluno è, addirittura, incorso nell'equivoco di ritenere che solo al crescente movimento dei lavoratori manifatturieri stesse a cuore la rivendicazione di una riforma legale del contratto di prestazione di fare.

Dal momento che il contratto di lavoro manifatturiero copre, comunque sia, un ambito rilevante dell'intero territorio del contratto di prestazione di fare risulta a questo punto indubbio che sussista in dottrina la citata lacuna così come che si senta la mancanza di una trattazione sistematica di questo ambito [n.d.t. di ricerca]. Sono

essere citato A. STADTHAGEN, *Das Arbeiterrecht*, Berlin, 1895, che, secondo W. CUNO, in *Das Gewerbegericht*, V, 1902, pp. 227 s., « contiene la trattazione più completa che esiste nella letteratura sul contratto di lavoro industriale ». Da allora è stato pubblicato F. BURCHARDT, *Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter*, Berlin, 1901¹, un riassunto molto ben concepito; l'autore non ritiene ovviamente possibile servire la verità giuridica omettendo di prendere in considerazione la prassi applicativa.

⁽⁵⁾ Ad esempio J. OFNER, *Über das Rechtsprinzip des Arbeitslohnes nach herrschendem Systeme*, Wien, 1884, pp. 4 s.; T. LOEWENFELD, *Kontraktbruch und Koalitionsrecht*, cit., III, 1890, pp. 387 s.; J. KOHLER, in C.S. GRÜNHUT, *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, XXIII, 1896, p. 221. Secondo D. JACOBI, *Die Lehre vom Dienstvertrag im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, in *Archiv für bürgerliches Recht*, IV, 1890, p. 137, la dottrina sul contratto di servizio « fino ad ora non è stata particolarmente accurata ». A quanto pare, il contratto di servizio interessa più del contratto di lavoro industriale; non è questo il momento per acclarare se esso includa o no *in toto* quest'ultimo.

rimasti senza seguito i lodevoli saggi con i quali Dankwardt, nel 1874 e nel 1875, « tentò finalmente di analizzare in modo più comprensivo i negozi che hanno ad oggetto prestazioni di lavoro » (6). Con ciò non si intende revocare in dubbio che singoli e significativi tipi o modalità del contratto di prestazione di fare siano stati oggetto di un approfondimento scientifico comparabile con quello che è stato raggiunto in altri settori del diritto privato o in commentari sulla fonte della loro disciplina o in compendi della stessa oppure, altre volte, anche a livello monografico; alcuni di questi sforzi di ricerca saranno di seguito occasionalmente richiamati. A maggior ragione ci si deve però allora interrogare sul motivo che ha impedito una trattazione teorica omnicomprensiva e che può fornire una spiegazione di questa diversità d'attenzione o della trascuratezza di alcuni ambiti del settore che stiamo prendendo in considerazione in questa sede.

Sull'insoddisfacente stato della letteratura sul contratto di prestazione di fare incide, anzitutto, la qualità delle relative fonti giuridiche la cui causa è storico-economica. Quest'ultima è, in parte, caratterizzata da frammentazione e frammentarietà e, in altra parte, da ampiezze diversificate della disciplina che è stata garantita alle diverse tipologie di contratti di prestazione di fare e, in ulteriore parte, dal fatto che, nell'epoca più ravvicinata dell'umanità la disciplina legislativa ha talvolta subito improvvise modificazioni, il che non facilita l'approfondimento delle fonti stesse. La frammentazione e frammentarietà non si riferisce a profili esteriori, al fatto che la disciplina dei contratti di prestazione di fare non sia stata raccolta in un unico libro, bensì al rilevante dato che nel territorio corrispondente all'impero tedesco tali contratti sono regolati sia dal diritto comune che da quello particolare, sia dal diritto generale che da quello speciale. La padronanza di una materia così complicata richiede, pertanto, una continua attenzione agli ambiti di applicazione di tali diversi complessi regolativi.

Una regolamentazione comune e generale risulta ora contenuta nei titoli che il BGB dedica al contratto di servizio e al contratto

(6) W. ENDEMANN, *Behandlung der Arbeit im Privatrecht*, Jena, 1896, pp. 64, 69: « sebbene la trattazione dankwardteriana lasciasse ampio margine, da allora nessun'altra monografia si è occupata dell'*Arbeitsvertrag* ».

d'opera, generale perché non conferisce rilevanza né alla personalità delle parti né al tipo di lavoro. Al contempo la rilevanza pratica [n.d.t. di tale regolamentazione] risulta diminuita dal fatto che numerosi contratti di prestazione di fare sono di diritto speciale. Solo i restanti contratti [n.d.t. s'intende: quelli che non sono oggetto di diritto speciale] ricadono totalmente nell'ambito di applicazione delle suddette regole generali. Può inoltre accadere che un certo tipo di contratto di prestazione di fare sia destinatario, nella misura in cui non risulti interamente coperto dalla regolamentazione di diritto speciale, dalle disposizioni sul contratto di servizio o del contratto d'opera. Al fine dell'integrazione non rileva il fatto che il diritto speciale che è oggetto dell'integrazione stessa costituisca diritto di natura, rispettivamente, imperiale (ad es. la disciplina della manifattura) o statale (ad es. la disciplina dei servitori agricoli).

Alla citata limitazione dell'ambito di applicazione della regolamentazione di valenza generale si accompagna una certa dose d'incertezza sui suoi confini giacché in relazione a molti contratti di prestazione di fare non viene stabilito se si debba prioritariamente applicare tale regolamentazione generale oppure, al contrario, il diritto speciale. È possibile chiarire questo punto con un esempio di grande portata che viene fornito dall'art. 95 delle preleggi del BGB (7). In virtù di quest'ultimo restano invariate le disposizioni legislative statali. Tali disposizioni regolano il contratto di lavoro dei servitori agricoli in stato di semi-servitù; quest'ultimo è soggetto al diritto speciale sia in ragione delle caratteristiche personali del lavoratore che lo presta sia per la natura e le circostanze che connotano il relativo lavoro. Tra le disposizioni generali del BGB sul contratto di prestazione di fare, di cui si discute, trovano incondizionata applicazione, in virtù del citato art. 95, solo i §§ 617-619, 624; a differenza di tutte le restanti disposizioni, che non trovano applicazione, si deve far ricorso a quelle citate se manca una disciplina di diritto speciale. Se però, il contratto di lavoro dei

(7) Il fatto che l'art. 95 delle preleggi al BGB preveda che 'trovino applicazione' alcuni paragrafi del BGB stesso al rapporto dei servitori agricoli non significa che possano trovare applicazione anche altre disposizioni dello stesso BGB, bensì che la legislazione statale non possa escludere l'applicazione dei paragrafi richiamati dall'art. 95 stesso.

servitori agricoli, indipendentemente dalle citate disposizioni del BGB, risulta sottoposto ad un diritto speciale, e deve quindi essere sottratto al BGB, appare cruciale poter sapere con certezza quando sussiste effettivamente un contratto di lavoro dei servitori stessi ed a tal fine dovrebbe essere indicato quando siamo in presenza di un bracciante agricolo. Ciò s'impone anche per il fatto che tale diritto — mi riferisco a quello dei servitori agricoli — resta in vigore in quanto diritto statale e perché in questa materia possono essere adottate nuove leggi statali. Dal momento che né il BGB né alcuna ulteriore legge imperiale hanno fissato il concetto di bracciante agricolo e neppure lo ha fatto la dottrina ⁽⁸⁾ — si può affermare con certezza solo che alcune tipologie di persone vi appartengono ed altre no — le leggi statali possono specificarlo in modo differenziato sicché il BGB viene applicato in modo diverso a seconda del territorio [n.d.t. in cui l'applicazione stessa ha luogo] ⁽⁹⁾.

Può a ciò aggiungersi che la singola legislazione statale può mutare la definizione nel corso del tempo rendendo mobile il confine tra il diritto civile e il diritto delle prestazioni di fare. Ma anche a prescindere dalla variabilità spaziale o temporale del concetto di bracciante si dovrebbe considerare come minaccia alla

⁽⁸⁾ W. KÄHLER, *Gesindewesen und Gesinderecht*, Halle an der Saale, 1896, pp. 128-131.

⁽⁹⁾ Concetti differenziati dei servitori agricoli esistevano già prima dell'entrata in vigore del BGB in virtù delle discipline vigenti a quel tempo nei vari Stati (W. KÄHLER, *Gesindewesen und Gesinderecht*, cit., pp. 131-135) e si trovano anche nelle leggi [n.d.t. statali] come riformulate alla luce del BGB. Per la sussistenza di un contratto di servitore agricolo speciale è necessario, secondo alcune leggi, che l'accordo contrattuale sia fissato a tempo o ininterrotto per un, più o meno lungo, periodo; altre leggi consentono anche la pattuizione a tempo indeterminato. Alcune leggi richiedono che il creditore di lavoro garantisca il vitto, altre non lo prevedono. Ai servitori agricoli appartengono secondo la legge sul *Gesinde* di Lubeca anche le bambinaie che vengono invece escluse dalla legge bavarese. H. JASTROW, in *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, VI, 1896, p. 1255, richiama all'attenzione che l'attuazione delle disposizioni protettive del § 618 BGB applicabili ai servitori stessi in caso di recesso a tempo indeterminato viene però impedita dalle discipline statali sui servitori agricoli, che non consentono l'adozione di tale recesso quando quest'ultima rappresenta l'unica via d'uscita per il lavoratore sottoprotetto: « l'Impero ha adottato disposizioni protettive per il servitore agricolo. Le leggi statali possono però prevedere che quando le disposizioni protettive non vengono rispettate, il servitore agricolo debba rimanere comunque in servizio ».

sicurezza giuridica imperiale il fatto che l'ambito di applicazione del BGB non sia stabilito dallo stesso e che, al contrario, una legge statale possa, non solo disciplinare il contratto di prestazione di fare del bracciante, ma anche stabilire chi appartiene alla categoria dei servitori stessi al fine di sottoporre il relativo rapporto di lavoro al più restrittivo e severo diritto particolare, o, al contrario, al più bonario diritto imperiale ⁽¹⁰⁾.

Tutto ciò assume un significato immenso anzitutto per gli operai agricoli. A questi ultimi appartiene, per opinione comune, il bracciante indipendentemente dal fatto che il suo lavoro sia prestato al committente per ragioni produttive oppure per la sua economia domestica. Resta il fatto che se non viene fornito un criterio generale e congruo non risulta possibile differenziare all'interno della manovalanza agricola i servitori. Gli esperti del settore sostengono che risulta arduo se non impossibile distinguere nella pratica tra loro le varie categorie di operai agricoli elaborate nelle teorie dottrinali ⁽¹¹⁾. Se i lavoratori migranti difficilmente possono essere annoverati tra i

⁽¹⁰⁾ A. MENGER, *Das bürgerliche Recht*, cit., p. 105 ritiene che « nessun settore del diritto privato è rimasto tanto antiquato e ricorda così da vicino la servitù della gleba o consimili rapporti di dominio quanto il *Gesinde* ». Questo giudizio vale anche dopo le più recenti revisioni di quest'ultimo. Cfr. L. FULD, *Das Bürgerliche Recht und das Gesinde*, in *Archiv für das öffentliche Recht*, XIV, 1899, pp. 94, 111. Un peggioramento particolarmente significativo del trattamento dei servitori da parte del diritto statale rispetto a quello imperiale degli altri prestatori di fare è rappresentato dal fatto che il divieto di compensazione è stato accolto dal BGB, mentre le leggi attuative prussiana e bavarese considerano valida la compensazione in relazione alle rivendicazioni del servitore.

⁽¹¹⁾ Ad esempio, H.E. FIEDLER, *Die Arbeiterfrage auf dem Lande*, Leipzig, 1895, p. 18: « una precisa distinzione tra le singole classi di operai agricoli risulta impossibile perché nella prassi sussistono infinite situazioni che si situano a cavallo [n.d.t. tra l'una e l'altra classe] così come situazioni graduate ». Non viene indicato in positivo alcun elemento differenziatore all'interno della figura del servitore che non possa applicarsi anche ad altre classi di operai agricoli e, per converso, alcuni operai annoverati tra i servitori sono sprovvisti dell'uno o dell'altro carattere tipico dei servitori stessi. Il criterio più utile è quello negativo, che esclude la sussistenza della figura del servitore in presenza di una paga giornaliera (in denaro). Cfr. su questo punto T. VON DER GOLZ, *Landwirtschaftliche Arbeiter*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, V, Jena, 1900², pp. 467 ss. Qui vengono, anzitutto, distinti tra loro i servitori e i salariati giornalieri; a quest'ultima categoria non appartengono, d'altro lato, solo lavoratori a salario giornaliero.

servitori, non possono essere distinti dai servitori neppure gli operai vincolati contrattualmente, i salariati giornalieri nelle masserie, gli orticoltori salariati a giornata, i lavoratori fissi residenti nel fondo o comunque si chiamino, compresi coloro che vengono remunerati in natura, dacché la situazione in cui si trovano i c.d. servitori agricoli, i servi, le domestiche, i pastori, i cocchieri, i fattori, i camerieri, i maggiordomi e via di seguito può variare molto da caso a caso ed essere spesso collegata con il vitto o l'alloggio⁽¹²⁾, ed in alcune province prussiane si rende possibile l'applicazione della disciplina dei servitori ai lavoratori fissi residenti nel fondo in relazione al tipo particolare di servaggio cui essi sono obbligati⁽¹³⁾. Vero è che, se in virtù di queste considerazioni la situazione giusprivatistica degli operai agricoli si rende indipendente dal concetto ibrido di bracciante, si può concludere che l'art. 95 delle preleggi ha esposto gli operai agricoli all'applicazione del diritto statale sui servitori.

La disciplina di diritto comune del contratto di prestazione di fare offerta dal BGB non solo viene circoscritta dall'esterno in virtù dell'ampiezza e delle determinazioni del suo ambito di applicazione, ma la stessa non risulta neppure considerata per sé, per il suo contenuto, strutturata nel modo che sarebbe auspicabile in connessione ai contratti che sono regolati dal solo BGB stesso. Possiamo, ancora una volta, ricorrere all'esempio degli operai agricoli. I loro contratti di prestazione di fare, nella misura in cui essi non rientrano nell'ambito di applicazione delle discipline particolari dei servitori, sono regolati dalle disposizioni del BGB sui contratti di servizio o

(12) Cfr., ad esempio, W. KÄHLER, *Gesindewesen und Gesinderecht*, cit., pp. 2, 134; P. ASMUSSEN, *Naturallöhne und Heimstätten für Landarbeiter*, in *Der Arbeiterfreund, Zeitschrift für die Arbeiterfrage*, XXXVIII, Berlin, 1900, p. 19; M. WEBER, *Verhältnisse der Landesarbeiter in Deutschland*, III, cit., pp. 508, 546. K. FRANKENSTEIN, *Die Arbeiterfrage in der deutschen Landwirtschaft. Mit besonderer Berücksichtigung der Erhebungen des Vereins für Sozialpolitik über die Lage der Landarbeiter*, Berlin, 1893, p. 20. H.E. FIEDLER, *Die Arbeiterfrage auf dem Lande*, cit., p. 18 (« quando il servitore viene nutrito fuori dalla masseria, nell'abitazione di un operaio e fino all'inizio del nuovo servizio di stalliere non abita neppure nella masseria »).

(13) M. WEBER, *Verhältnisse der Landesarbeiter in Deutschland*, III, cit., 18, nt. 1. Coloro che migrano da una masseria all'altra vengono annoverati dal § 61 dell'ordinamento sulla servitù del Mecklenburgo tra i servitori, malgrado appartengano in realtà alla categoria dei salariati giornalieri in ragione del lavoro che devono prestare a chi dispone del terreno e non appartengano di per sé ai servitori stessi.

d'opera giacché non sono destinatari di alcun tipo di diritto speciale imperiale. Il BGB non si occupa delle particolarità del lavoro agricolo. In questo settore possono quindi essere considerati leciti comportamenti — come l'incondizionata trattenuta sul salario — che sono invece interdetti dalla disciplina particolare del lavoro manifatturiero. Non risulta possibile in questa sede soffermarsi su altre particolarità ed insufficienze della disciplina generale del contratto di prestazione di fare. Il nostro intento consisteva solo nell'accennare alle manchevolezze che ostacolano, con riguardo alle fonti giuridiche di carattere generale che sono ad esso applicabili, l'elaborazione di una teoria giuridica ricomprensiva di tutte le forme di contratti di prestazione di fare.

La disciplina di diritto speciale dei contratti di prestazione di fare — le regolamentazioni che assecondano le particolarità del lavoro o di chi lo presta — non è, se ci riferiamo al diritto imperiale, contenuta in un'unica fonte bensì in una molteplicità di leggi e regolamenti tra le quali debbono essere, anzitutto, richiamati il BGB, il codice di diritto commerciale (HGB), la legge sull'ordinamento manifatturiero (GewO), la legge sulla navigazione interna e quella sulle zattere, l'ordinamento marittimo e la legge sulla professione di avvocato. La frammentazione delle fonti giuridiche ha esercitato un influsso negativo sul discorso teorico perché non lo ha sollecitato a ricercare ciò che è comune. Più importante, e ricco di conseguenze, sia per i diretti interessati che [n.d.t. in generale] per il diritto, è la circostanza, registrabile in tali fonti, in ordine all'esistenza di una disegualianza di trattamento di diritto speciale tra i vari tipi di contratti di prestazione di fare. Non risulta revocabile in dubbio che il contratto di prestazione di fare, per la cui attuazione il prestatore di lavoro deve possedere una certa quantità di capitale — che possa, pertanto, essere concluso solo da lavoratori dotati di una certa forza economica di resistenza — sia destinatario di una disciplina molto più dettagliata. Ciò non dipende da un'inconsapevole maggior valorizzazione degli interessi dei lavoratori da parte del legislatore, bensì dall'influsso che tale tipologia di prestatori di fare è in grado di esercitare nei confronti del legislatore sia direttamente sia, come accade, nello specifico, in materia di diritto commerciale, in virtù delle applicazioni giurisprudenziali che vengono consolidate dal legislatore. Laddove, invece, sono in gioco contratti di presta-

zione di fare svolte da lavoratori che si vincolano senza, o con un limitato, apporto di capitale, oppure contratti di prestazione di fare conclusi da persone nullatenenti, la disciplina legislativa risulta essere di gran lunga meno dettagliata. Si può prendere contentezza delle distinzioni accennate non appena si confronta la regolamentazione sui negozi di commissione, di spedizione oppure di noleggio per il trasporto via terra, via acqua e via mare che è confluita nel codice di diritto commerciale (HGB) e nella legge sulla navigazione interna, con quella sul contratto di lavoro manifatturiero oppure sul contratto di noleggio che è contenuta negli ordinamenti, rispettivamente, manifatturiero, sui marinai e nella legge sulla navigazione interna. Non si controbatta che i rapporti appartenenti a quest'ultima classe possono convivere con una disciplina più grave a causa della loro maggiore semplicità perché mille esperienze dimostrano piuttosto che il contratto di lavoro manifatturiero può condurre a complicazioni giuridiche che, per numero e difficoltà, non sono inferiori a quelle collegate al trasporto marittimo. Si tratta di dilemmi indotti proprio dal fatto che le leggi speciali, come si vedrà meglio in seguito, hanno totalmente omesso di occuparsi di una serie di profili. Pertanto, la loro soluzione risulta sussidiariamente rimandata al diritto civile generale; ma spesso quest'ultimo non garantisce tale aiuto in quanto si occupa del contratto di prestazione di fare solo per grandi linee e le sue disposizioni generali sui rapporti obbligatori sono formulate a misura della prestazione di cosa. Se, dunque, l'esperienza insegna che non si deve ascrivere alla poca importanza del bisogno giuridico la postergazione di una serie di contratti di prestazione di fare, il nesso ipotizzato in precedenza offre una esauriente spiegazione del suddetto difetto; laddove i lavoratori di taluni contratti di prestazione di fare appartengono alle classi nullatenenti l'influsso di questi ultimi sui contratti regolati giuridicamente dalla legislazione finalizzata ad evitare l'insicurezza giuridica ed a limitare l'arbitrarietà deve essere tanto più debole quanto più potente sono i creditori di lavoro che li fronteggiano; infatti, la ritrosia legislativa avvantaggia questi ultimi.

Tale concezione risulta pienamente compatibile con due fenomeni che solo *prima facie* sembrano contraddirla.

La c.d. legge sulla emigrazione regola molto in dettaglio la prestazione del contratto di trasporto in cui l'emigrato riveste il

ruolo di creditore di lavoro. Tali committenti possono però dirsi tutt'altro che ricchi di capitale e di potere d'influenza ed in connessione ad entrambi tali profili i rispettivi prestatori di prestazione di fare risultano essere molto più dotati di loro. Non si tratta invero del [n.d.t. solo] fatto che nelle rammentate regolazioni non vengono presi in considerazione gli interessi dei prestatori di lavoro collidenti con quelli dei creditori di lavoro — come nella categoria dei contratti di prestazione di fare testé evocati, come ad es. il contratto di trasporto —, bensì di un inconveniente di pubblica rilevanza, dell'assistenza di persone indifese, incapaci di tutelare i loro interessi che sono state allontanate dalla loro patria e catapultate in un rapporto temporaneo a loro sconosciuto. Ciò che fa la legge per questi contratti di prestazione di fare, per la loro conclusione e per la loro esecuzione, può essere, in un certo senso, considerato come una forma estrema di aiuto che la patria offre a chi l'abbandona. Il secondo fenomeno consiste negli interventi legislativi con i quali, negli ultimi due decenni, si è provveduto a disciplinare il contratto di lavoro manifatturiero e i contratti di prestazione di fare di altri lavoratori economicamente deboli come gli ausiliari commerciali, i trasportatori fluviali ed i traghettatori mentre la riforma dell'ordinamento dei marittimi dovrebbe essere imminente ⁽¹⁴⁾. Siccome agli occhi del legislatore i nuovi raggruppamenti qui formati vanno evidentemente di pari passo con l'accresciuta importanza dei lavoratori che li compongono — anche nelle ipotesi, come quella contemplata nel § 124b dell'ordinamento manifatturiero (GewO), in cui si può parlare di contrasto gius-privatistico degli stessi —, gli interventi progettati confermano il nesso precedentemente evocato. La stessa realtà giuridica rappresentata dalla frammentazione della disciplina speciale del contratto di prestazione di fare e la constatazione che ciò va a detrimento dei contratti di lavoro (se così si possono chiamare) dei proletari, rimane inalterata dopo le aggiunte e le modifiche postume.

La trascuratezza legislativa di diritto privato dei contratti di prestazione di fare che vengono conclusi dai lavoratori nullatenenti emerge, infine, ancora una volta dal dato che la legislazione impe-

⁽¹⁴⁾ Cfr. *Bericht des Arbeitgeber-Verbandes Hamburg-Altona über das Jahr 1900*, pp. 2-9.

riale di diritto speciale risulta o assente oppure garantita solo con una singola disposizione che riguarda intere categorie di tali contratti di prestazione di fare, cosicché essi non possono dirsi né regolati dal diritto civile né in modo esaustivo dal diritto speciale. Di conseguenza, numerosi contratti di prestazione di fare dei lavoratori a domicilio non vengono toccati dall'ordinamento manifatturiero e, benché le relative controversie siano soggette alla legge sui tribunali industriali, le soluzioni di diritto sostanziale devono essere ricercate soprattutto nel diritto civile generale. Inoltre, sono esentati dall'applicazione dell'ordinamento manifatturiero i prestatori di fare che vengono impiegati negli studi legali, in quelli notarili così come nelle aziende industriali delle ferrovie, incluse le tranvie. Rispetto ai settori della produzione primordiale, e cioè la pesca, le miniere, l'agricoltura, ciò ha luogo naturalmente in modo quasi esaustivo. Al contratto di prestazione di fare del minatore si applicano solo sparute disposizioni dell'ordinamento manifatturiero; tra l'altro si rimanda per la sua disciplina a quella agricola nella quale è fatta salva la normativa sulle miniere. I contratti di prestazione di fare dei lavoratori obbligati a prestare lavoro agricolo rappresentano fattispecie problematiche dal punto di vista giusprivatistico. Infatti, come è emerso in relazione ad un altro contesto [n.d.t. per decidere se essi sono o no servitori agricoli] in questa ipotesi si deve far riferimento alle soluzioni di diritto statale. Se la risposta risulta positiva essi sono soggetti, soprattutto, al diritto speciale, ed in specifico ad uno di diritto particolare [n.d.t. statale], mentre se essa è negativa la disciplina del contratto di prestazione di fare di tipo agricolo si limita a quella prevista dal BGB.

Il giudizio di frammentarietà delle fonti giuridiche del contratto di prestazione di fare che è stato enunciato in precedenza troverà alcune ulteriori conferme nel prosieguo del discorso. Per lo scopo qui perseguito esso risulta però, allo stato, sufficientemente corroborato. Infatti, se riflettiamo sulle particolarità già fin qui esposte non si può revocare in dubbio né la suddetta frammentarietà né la dispersione e neppure la disegualianza interna alla disciplina del contratto di prestazione di fare. Non solo taluno ha sostenuto che lo stato delle fonti dell'oggetto qui indagato non giova alla sua trattazione dottrinale, ma risulta, al contempo e più in generale, evidente che non ci dobbiamo soffermare ulteriormente sul punto; tanto più

la teoria non può far conto sulla disciplina di una materia, tanto più arduo si prospetta il suo compito. Basti qui il riferimento ad una citazione sul contratto di lavoro manifatturiero, che pure risulta quello che più è indagato scientificamente: « le leggi sulla manifattura forniscono solo pochi riferimenti per la trattazione scientifica dei problemi e per l'affinamento e la costruzione dei concetti giuridici », dal momento che le relative disposizioni « non risultano essere adatte ad uno sviluppo teorico giacché non sono riconducibili a principi giuridici generali » al punto che « la dottrina relativa a tali leggi non può considerarsi in senso stretto di carattere scientifico » (15).

Non possiamo però aderire a tale opinione in relazione alla disciplina dei contratti di prestazione di fare che è prevista nella 'legislazione sulla manifattura' e riteniamo di poter dimostrare in concreto come tali leggi siano idonee a contribuire alla determinazione concettuale e alla costruzione giuridica. La citata insufficienza delle fonti rappresenta, comunque, sia una con-causa del suo isolamento scientifico, sia un ostacolo al richiamo analogico delle restanti fonti sul contratto di prestazione di fare per il chiarimento scientifico della 'legislazione sulla manifattura' stessa.

V. *Necessità dell'analisi dei dati di fatto, esempi. L'utile funzione della giurisprudenza*

Un'ulteriore ragione d'insoddisfazione che caratterizza la dottrina scientifica sul contratto di prestazione di fare attiene alla necessità di addentrarsi nelle circostanze di fatto e nei presupposti che circondano il contratto stesso e che ne accompagnano l'esecuzione. Senza la conoscenza del relativo retroterra fattuale non può essere compresa, infatti, nessuna forma contrattuale. Ma se la trattazione del contratto di prestazione di fare deve estendersi a tutto il suo ambito [n.d.t. applicativo], allora tale proposito deve comprendere terreni talmente estranei ad una persona che non è stata parte del contratto stesso, che la stessa è costretta a compiere ulteriori sforzi di conoscenza specialistica aggiuntiva. Per la trattazione giu-

(15) P. LABAND, *Die neuere Litteratur über die Gewerbeordnung*, in *Deutsche Juristenzeitung*, IV, Berlin, 1899, p. 254.

ridica della proprietà o del possesso, del mutuo o del mandato, della prescrizione o della parentela, è sufficiente il grado di conoscenza fattuale che viene garantita dalla formazione giuridica e dall'ulteriore esperienza sulla vita circostante che si acquisisce facendo uso della propria normale capacità di osservazione. Per il contratto di prestazione di fare inteso nell'ampiezza qui prospettata, siffatta preparazione, che è per lo più casuale, non risulta sufficiente e ciò corrisponde tanto più al vero quanto più la sua disciplina legislativa è astratta ed incolore e tanto meno il materiale empirico che la stessa dovrebbe regolare si confà ad essa. Così, per fare qualche esempio, gioca un ruolo enorme, sia quanto ai numeri che ai casi in cui essa ha luogo, nonché per il significato economico che la stessa assume nel singolo caso concreto, la retribuzione in natura, che è il contrario di quella in denaro, sia che la stessa sia composta di prodotti naturali che invece di possibilità di guadagno.

A questo istituto — che per il creditore assume lo stesso interesse che esso ha per il debitore di lavoro — risultano collegati non pochi interrogativi che caratterizzano il contratto di prestazione di fare. Ciò nonostante non risulta possibile ricavare alcunché sulla sua relazione con il contratto stesso osservando le leggi che lo regolano dal momento che solo di rado tali leggi lo tirano in ballo. Solo in pochi casi le controversie relative alla retribuzione in natura sono giunte all'attenzione degli organi giudiziari. Il materiale per procedere alla ricostruzione giuridica deve, quindi, essere oggetto di una specifica ricerca e le regole che disciplinano il corrispettivo in denaro devono essere adattate alla fattispecie [n.d.t. della retribuzione in natura]. Un ulteriore esempio è rappresentato dagli accordi sul lavoro a domicilio allorché essi devono essere qualificati come contratto di servizio. Per accordi siffatti, che danno invero origine alle controversie che hanno trovato risposta con il contratto d'opera, non è stata predisposto alcun tipo di precauzione. Si può arrivare a capo di tale vuoto solo se si appurano le origini concrete [n.d.t. del problema]. Chi pretendesse d'intraprendere un'analisi giuridica del contratto di prestazione di fare facendo riferimento alle sole leggi e pronunce giurisprudenziali ometterebbe di prendere in considerazione fenomeni e problemi rilevanti. Tale esito si evince in modo evidente con riguardo ai contratti di tariffa, ovvero l'accordo contrattuale che viene concluso da uno o più imprenditori con la

maggioranza degli operai e che esercita effetti sui futuri contratti individuali di prestazione di fare. Tale costrutto, che si riflette su un numero indeterminato di contratti di prestazione di fare e di controversie che scaturiscono da questi ultimi, viene a tal punto ascritto al [n.d.t. tema del] contratto di prestazione di fare che talvolta lo si qualifica in modo errato come contratto di prestazione di fare oppure come contratto di fare collettivo (*kollektiver Arbeitsvertrag*). Le stesse fonti omettono di fare riferimento a tale fenomeno e la giurisprudenza non se ne è ancora occupata. Solo le commissioni di predisposizione dei progetti di legge, che negli ultimi anni si sono moltiplicate a dismisura ed i cui progetti non si rinvencono nelle raccolte di legge, o isolate pronunce forniscono informazioni su tale fattispecie e le relative prestazioni.

La conoscenza del materiale empirico che serve in sede di elaborazione della disciplina del contratto di prestazione di fare, senza il quale non si può avere piena contezza circa la misura e il contenuto della sua portata giuridica, non può essere rimpiazzata dalle pre-comprensioni o dalle leggi. La necessità, che ne consegue, di riservare una specifica attenzione ai dati fattuali vale in massima misura per i contratti di prestazione di fare dei lavoratori nullatenenti. La ragione risiede nel fatto che vengono in gioco, in tali specifiche ipotesi, interessi incomprensibili al giurista teorico per il tipo di educazione che egli ha ricevuto e che appartengono, per così dire, ad 'un altro pianeta'.

Il teorico che intraprende un'opera siffatta deve potersi avvantaggiare, consultando bibliografia pertinente o ricorrendo ad altri canali di conoscenza, del contributo che viene garantito al giudice industriale da chi gli siede a latere. Risulta plausibile che le difficoltà connesse a quest'ultimo punto abbiano influito sul livello superficiale che caratterizza, nella scienza giuridica, parti rilevanti del settore di ricerca di cui qui si discute ⁽¹⁶⁾.

Occuparsi del contesto del mercato del lavoro significa per il giurista, non solo [n.d.t. sobbarcarsi] un'imprescindibile formazione preliminare di tipo metodologico, ma anche, in modo incomparabi-

⁽¹⁶⁾ L'accennata difficoltà viene aggravata dal fatto che l'opera di constatazione ed illustrazione del materiale empirico non assolve alle esigenze di chiarimento dei fatti giuridicamente rilevanti.

le, risvegliare il suo interesse nonché la sua fiducia nell'applicabilità dello stesso metodo giuridico. È vero che in tal modo egli s'avventura in sfere in cui il peso dei suoi imperativi di diritto privato soccombe rispetto all'impeto proprio dei fatti economici. Ma egli non può per ciò solo abbandonare il suo compito. Egli dovrà piuttosto avanzare fino al punto in cui gli sarà necessario riconoscere che spetta alla politica fornire ogni ulteriore indicazione sulla direzione da intraprendere. Dal giurista non si può esigere l'indicazione di altri mezzi che non siano quelli propri del diritto; e quindi quando, nell'ambito applicativo del contratto di prestazione di fare, s'incontrano dei 'vizi fondamentali' ai quali non si « può far fronte neppure con le regole giuridiche o con provvedimenti amministrativi »⁽¹⁷⁾, occorre rispettare i confini che sono stati impressi al rimedio giuridico.

D'altra parte, esistono non pochi accordi contrattuali di prestazione di fare e specificità nei contratti di fare stessi che non sono ancora stati valorizzati nell'ordinamento giusprivatistico vigente, dimodoché in questa sede dovrà essere verificata la loro stessa praticabilità; tale sperimentazione può essere preparata dal modo in cui viene costruita l'illustrazione teorica di tale ordinamento. Se anche solo si riuscisse a mettere in rilievo a livello teorico l'una o l'altra parte giuridica, non ancora focalizzata dalla giurisprudenza e azionata giudizialmente dagli interessati, questo sol fatto non mancherebbe di esercitare un suo influsso. Vero è che una parte dell'ingiustizia non sopravvive alla perdita dell'incognito.

Fino ad oggi il giurista pratico non si è fatto guidare dalla massima *minima praetor non curat*; il giurista teorico dovrebbe congedarsi se la massima potesse essere riferita anche alla sua attività. Ma non si può assumere che l'assoluta pochezza dei valori e degli importi che sono in gioco in connessione ad intere classi di contratti di prestazione di fare abbiano indotto il giurista ad occuparsi di costrutti che già da molto tempo hanno richiamato l'attenzione degli esperti di politica economica. Il coinvolgimento umano si giustifica ampiamente per il fatto che il pingue valore della controversia può risultare ingente per la parte nullatenente e, ulteriormen-

⁽¹⁷⁾ *Drucksachen der Kommission für Arbeiterstatistik. Verhandlungen*, n. 9, 1896, p. 3.

te, per la circostanza che la differenza giuridica pur se di valore [n.d.t. economico] minimo può costituire un fenomeno di massa e, perciò, la costruzione o decisione teoriche possono dare frutti infiniti.

VI. *Programma dell'indagine*

In coerenza con la constatazione dottrinale che il contratto di prestazione di fare risulta ancora privo di un'analisi giuridica che corrisponda all'ampiezza del relativo oggetto ed alla sua, testé illustrata, rilevanza [n.d.t. pratica], la trattazione che segue si sforzerà di fornire un contributo alla soluzione dei compiti che la scienza del diritto privato è attualmente chiamata ad affrontare.

Non saranno incluse tra le fonti considerate quelle d'origine statale che saranno chiamate in causa solo nei punti in cui ciò apparirà utile alla trattazione. Deliberatamente non sarà pertanto approfondita la disciplina dei servitori agricoli o dei minatori, anche se questi ultimi non saranno neppure esclusi pregiudizialmente dalla trattazione stessa.

Non si è evitato, inoltre, il diritto romano — non intendiamo partecipare al movimento [n.d.t. denominato] del 'distacco da Roma' —. Per essere precisi, il diritto romano giocherà un ruolo solo secondario e sarà comunque al servizio del compito contemporaneo così da essere evocato solo eccezionalmente per portare in luce anche l'inquadramento giusromanistico della materia.

In prima linea sarà collocata la regolamentazione giuridica imperiale. Nell'illustrarla si partirà dal presupposto che la stessa sia esaustiva laddove ciò apparirà vantaggioso e cioè laddove le fonti del diritto imperiale consentono di formulare conclusioni in relazione all'essenza, alla terminologia, alla natura, alla tipologia o alle conseguenze del contratto di prestazione di fare.

Sarà omessa la trattazione di interrogativi contigui al tema stesso che emergano oppure possano essere risolti, non in connessione al contratto di prestazione di fare, bensì al contratto in generale se non, addirittura, al negozio giuridico. Occuparsene comporterebbe un allargamento dell'analisi che non viene richiesto dal contratto di prestazione di fare, come avverrebbe [n.d.t. ad esempio] in ipotesi di alterazioni per errore, dolo o violenza della normale dichiarazione di

volontà, alterazione alla quale si sia aderito in assenza o a causa del rappresentante giacché le regole della ‘parte generale’ che verrebbero in tale ipotesi in considerazione non sono declinate in modo specifico quando vengano applicate al contratto di prestazione di fare. Ciò che vale la pena d’includere nel discorso relativamente ai contratti in generale o ai negozi giuridici è ciò che trova applicazione privilegiata ai contratti di prestazione di fare oppure quando tale applicazione palesi [n.d.t. in tale ultima ipotesi] delle specificità.

Un’importante caratteristica della trattazione che seguirà è rappresentata dal fatto che essa sarà circoscritta, dal punto di vista sistematico, alla categoria del ‘contratto di prestazione di fare’ (*Arbeitsvertrag*). Ciò non significa che la stessa non terrà conto delle differenziazioni tipologiche presenti nelle fonti perché ciò già consegue al fatto che si seguirà la prescrizione scientifica del costante rispetto delle fonti. La disciplina del contratto di prestazione di fare contenuta nelle fonti non riguarda, infatti, il *genus* [n.d.t. ma sempre la singola specie].

Al contratto di prestazione di fare risulta piuttosto possibile risalire per il fatto che la legge preconstituisce una serie di tipi tra i quali il contratto di servizio e quello di opera che non sono tipizzabili secondo il criterio dominante ed escono, in parte, dai suoi confini. Anzi, siccome, come sarà dimostrato nel secondo volume, la legislazione li distingue tra loro, non in connessione alla loro fattispecie, bensì con riguardo alle conseguenze giuridiche — e non a caso i successivi tentativi dottrinali di individuare criteri distintivi fanno leva sulle conseguenze giuridiche —, risulta impossibile elevare questi due [n.d.t. tipi contrattuali] al livello [n.d.t. di astrazione che corrisponde] del *genus* ‘contratto di prestazione di fare’ e collocare entro questi due territori, quali ambiti più ristretti, tutte le tipologie di contratti di prestazione di fare. Non resta, pertanto, altra scelta che includere nello studio i contratti di servizio e di opera in ragione del fatto che essi costituiscono due, certamente eccellenti, tipi di contratti di prestazione di fare. Il fatto di arrestare la trattazione al *genus* ‘contratto di prestazione di fare’ significa che non si accennerà nel senso di assegnarli uno spazio particolare di analisi all’una o all’altra tipologia, come ad esempio il contratto di impiego degli ausiliari commerciali, quello di arruolamento dei marinai, quello per assistere ad uno spettacolo teatrale, oppure al

contratto di trasporto e, tanto meno, che si procederà all'analisi completa di tutte le possibili tipologie. Una copertura siffatta di tutto il campo occupato dal contratto di prestazione di fare viene qui evitato perché ciò comporterebbe, in sede di trattazione delle tipologie miste di contratti di prestazione di fare, innumerevoli ripetizioni. Il modo prescelto di analisi comporta che verranno bensì evocati tutti i tipi di contratti di prestazione di fare, ma che non gli stessi e la relativa disciplina legislativa non saranno trattati *ex professo*. Le loro regolamentazioni costituiscono piuttosto i mattoni grazie ai quali viene costruito un tipo che sovrasta il tutto. Tale modalità di procedere presenta il vantaggio di dare maggiore rilievo a tipologie, fino ad oggi meno considerate, come, ad esempio, il contratto di lavoro manifatturiero e di confrontarle con ciò su cui è fino ad oggi maggiormente caduto l'accento nonché di analizzare le tipologie stesse con pari dignità.

Per quanto attiene al contratto di prestazione di fare sarà doveroso stabilire nella prima parte la sua caratteristica essenziale delimitandone i confini rispetto agli altri contratti e analizzarne le singole componenti. La successiva panoramica dei tipi legislativi rappresenta, giacché la loro differenziazione si collega direttamente alle [n.d.t. corrispondenti] fonti, una delle conseguenze della scelta di svolgere una trattazione che sia fedele alle fonti medesime e rispecchi l'esposizione della classificazione della materia che consegue dalla trattazione del contratto di prestazione di fare. Si tratta della distinzione tra le due forme basiche di contratti di prestazione di fare: l'accordo contrattuale con retribuzione a tempo e l'accordo con retribuzione a risultato (rispetto al quale il contratto a misura, costituisce una specie). Siccome questa differenza consequenziale più importante, all'interno del contratto di prestazione di fare, deriva dai fatti e non dalla legislazione e da una trattazione del contratto di prestazione di fare concentrata sulla stessa, le deve essere assegnato il governo della materia. Adottare tale distinzione basica rappresenta sia un postulato pratico fornito dai fatti sia un postulato teorico perché consente, non solo la raccolta e la razionalizzazione della maggior parte possibile di particolarità, ma anche l'astrazione più esaustiva possibile. Essa si colloca sopra i confini dei tipi legali — giacché ognuno di tali tipi deve essere ascritto, interamente o in parte, all'una o all'altra delle forme basilari stesse — e

costituisce perciò una distinzione di livello superiore. Essa corrisponde più da vicino al contratto di prestazione di fare perché il passaggio logico successivo al criterio della contrapposizione tra lavoro e corrispettivo risiede nel fatto che il corrispettivo sia commisurato alla durata del lavoro (contratto corrispettivo a tempo) oppure no. Tale distinzione deve, come risulta di immediata chiarezza, corrispondere ad un'ampia differenziazione delle conseguenze giuridiche. Vero è che laddove il corrispettivo sia legato al tempo di lavoro, il risultato del lavoro stesso viene relegato in secondo piano. Le due forme basilari di contratto di prestazione di fare — l'accordo contrattuale con corrispettivo a tempo e l'accordo con retribuzione a risultato — così come alcune entità miste saranno illustrate nel secondo volume. In quella sede si tratterà, oltre che dei concetti, delle svariate forme vitali e delle complicazioni che sono legate a queste due forme base, del loro inquadramento giuridico e cioè di come esse si collochino rispetto ai tipi designati dal BGB come contratti di servizio e d'opera. Dal momento che — per fare un esempio — solo il prestatore di lavoro del contratto di servizio e non, invece, quello corrispondente al contratto d'opera possono subire il recesso per motivo importante, si deve decidere se un accordo a tempo indeterminato con corrispettivo a tempo o a risultato, che non sia riconducibile a nessun altro tipo particolare di contratto previsto dalla legge, sia regolato dalla disciplina del contratto di servizio o a quella del contratto d'opera. Assume massima importanza a tal fine la qualificazione finalizzata alle conseguenze giuridiche. Essa costituisce uno dei problemi più ardui della dottrina sul contratto di prestazione di fare.

Quello che nell'ambito della presente trattazione costituisce il primo volume è dedicato, dopo una prima parte relativa sull'elemento essenziale del contratto di prestazione di fare, ai tipi legali ascrivibili a quest'ultimo ed alle relative differenziazioni; nelle successive cinque parti [n.d.t. vengono illustrate] le distinzioni che assumono rilievo (al di là delle suddette differenziazioni). Il tempo del pagamento, l'orario di lavoro e la durata (parti II-IV) illustrano disposizioni sul contratto di prestazione di fare che giocano un ruolo nell'accordo contrattuale sia con corrispettivo a tempo sia a risultato e che possono confluire, pertanto, nella misura in cui non siano influenzate da tale ultima distinzione, nell'oggetto del primo volume.

Lo stesso vale per la parte che riguarda la retribuzione in natura che può essere considerata un *excursus* relativo al capitolo dedicato al corrispettivo. Anche l'ultima parte — relativa al contratto di tariffa, come comprova l'esempio tedesco più conosciuto del contratto di tariffa sulle stamperie — può riguardare sia l'accordo contrattuale con corrispettivo a tempo che quello a risultato. Il contratto di tariffa rappresenta un fratello minore del più conosciuto regolamento interno che influisce in misura ancora più grande di esso sul regolamento contrattuale anche se occorre considerare che il primo in futuro assumerà un'importanza maggiore. Se è vero che al momento la sua rilevanza pratica risulta circoscritta al settore manifatturiero e a quello marittimo, è altrettanto comprovato che la sua connessione con tali due, così ampi, settori di contratti di prestazione di fare risulta talmente stretta che senza [n.d.t. la trattazione dello] stesso non si potrebbe spiegare il contratto di prestazione di fare. Giacché l'attenzione giuridica è stata orientata, oltre che su questo, solo di rado su tale interessante fenomeno, e ciò avviene con minor frequenza di quello che accade con riguardo al regolamento interno, gli dovrà essere in questa sede riservata una trattazione specifica. Quest'ultima si presenta apparentemente, sia per taluni dei temi trattati — che per i molti riferimenti ai punti analizzati in precedenza — una conclusione interna al primo volume.

APPENDICE IV:
LETTERE DI PHILIPP LOTMAR A HUGO DANIEL SINZHEI-
MER (1902-1920) DA BERNA

Nota di traduzione (Luca Nogler)

Le dieci lettere scritte da Philipp Lotmar a Hugo Sinzheimer che vengono di seguito pubblicate in traduzione italiana mi furono inviate con lettera del 10 febbraio 2005, da Satoshi Nishitani all'epoca professore presso la Facoltà di giurisprudenza della Osaka City University al quale le avevo richieste su indicazione del mio mentore, nonché carissimo amico, Prof. Ulrich Zacher che era reduce da una serie di conferenze tenute in Giappone. Nella lettera di accompagnamento Nishitani mi spiegava di averle ricevute nel 1982 dal prof. Franz Mestitz, insieme ad una preziosissima trascrizione del loro contenuto con la macchina da scrivere; almeno per il sottoscritto, esse non sarebbero state altrimenti di agevole lettura. Nel 1987, Mestitz decise di pubblicarne due (quelle del 1905 e del 1907), accompagnandole con una serie di suoi interessanti commenti e glosse, sulla Zeitschrift für Neue Rechtsgeschichte, p. 36 ss. Il tutto, magistralmente tradotto da Lorenzo Gaeta, fu poi pubblicato su Lavoro e diritto, 1989, p. 101 ss. Dalla nt. 2 di questa pubblicazione sappiamo che Mestitz aveva trovato le dieci lettere nel fondo che si trovava « in possesso della signora Gertrud Mainzer (1914), figlia maggiore di Hugo Sinzheimer, a New York » che, aggiungo ora, in vista della sua morte le consegnò al Leo Baeck Institute, Center for Jewish History di New York.

La traduzione delle lettere che fu svolta a suo tempo da Lorenzo Gaeta non è stata qui alterata se si prescinde dall'unica eccezione di tradurre Herr Doktor con 'Signor dottore di ricerca' (Sinzheimer si era addottorato all'Università di Heidelberg nel 1898). Sono, inoltre, state mantenute le note esplicative, sia quelle di Mestitz che quelle di Gaeta. Le note qui apposte alle restanti otto lettere sono state, invece, inserite dal sottoscritto.

I. *Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 13.4.1902 da Berna*

Illustre signor dottore di ricerca,

voglia ricevere il mio più cordiale ringraziamento per l'amichevole invio del Suo interessante e utile scritto ⁽¹⁸⁾. Il mio consenso non mancherà se in questa pubblicazione ha tenuto ferme alle opinioni da Lei già espresse su *Gewerbegericht V* ⁽¹⁹⁾. Mi dispiace di non poter utilizzare il Suo lavoro per una mia previa pubblicazione sull'*Arbeitsvertrag* ⁽²⁰⁾. Spero di potere corrispondere in un tempo non troppo lontano al Suo desiderio d'esprimere una opinione sui principali esiti da lei raggiunti. Nel frattempo Suo devotissimo,

Ph. Lotmar

Berna, 13 aprile 1902

II. *Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 4.9.1905 da Berna*

Illustre signor dottore di ricerca,

voglia ricevere il mio più cordiale ringraziamento per la Sua amichevole lettera e per l'invio della Sua relazione preliminare ⁽²¹⁾. Può ben immaginare come e perché io l'abbia letta con vivo

⁽¹⁸⁾ Si tratta della tesi di dottorato di H. SINZHEIMER, *Lohn und Aufrechnung. Ein Beitrag zur Lehre vom gewerblichen Arbeitsvertrag auf reichsrechtlicher Grundlage*, Berlin, 1902.

⁽¹⁹⁾ H. SINZHEIMER, *Das Zurückbehaltungsrecht gegen Lohnforderungen*, in *Das Gewerbegericht*, 1900, 6, col. 137 ss.

⁽²⁰⁾ Sull'interpretazione di questo termine v. la nota di traduzione che segue la traduzione dell'Introduzione ai due tomi sull'*Arbeitsvertrag* del 1902 e del 1908 (§ 6).

⁽²¹⁾ Si tratta di una relazione preliminare a quella che Sinzheimer avrebbe tenuto, sul tema del contratto di tariffa, al convegno dell'associazione dei giudici dei tribunali industriali nel 1905 a Würzburg (cfr. *Gewerbe- und Kaufmannsgericht*, 1904-1905, col. 374-384).

interesse e con grande gioia: che cosa, infatti, potrebbe soddisfare uno di noi più che il riconoscimento e l'adesione di una persona che egli ha in grande stima? E, con una sorta di orgoglio paterno, noto che quanto io da anni ho fatto affinché il sistema giuridico si arricchisse dei contratti di tariffa ed i contratti di tariffa del sistema giuridico, è utile in misura così ragguardevole a chi voglia continuare ad occuparsi del tema. Particolarmente interessanti mi sono sembrate le Sue argomentazioni sulla possibilità di attuazione giuridica. Il fatto che Lei, dopo un iniziale dissenso ed una lunga resistenza, mi dia ragione sulla questione principale, appare ai miei occhi come la migliore riprova dell'esattezza di tale opinione. È positivo il fatto che, proprio sullo stesso numero della rivista nel quale io attacco, a colonna 386, una cattiva lettura dottrinale di quella opinione ⁽²²⁾, quest'ultima trovi nella Sua persona un ulteriore e facondo difensore. Tornando al tema di fondo, è certamente necessario, come Lei sostenga, che le parti operino 'congiuntamente' secondo la normativa sull'indisponibilità del patrimonio ⁽²³⁾ il che corrisponde appieno alla mia opinione, anche se questa parola la uso incidentalmente 'solo' nel mio *Arbeitsvertrag I*, 786, rigo 11 ⁽²⁴⁾; cfr. anche Loewenfeld, nel Commentario del *BGB* di *Staudinger*, 2. ed., 1902. Probabilmente Le interesserà sapere che un attento osservatore della dottrina straniera, il quale condivide la nostra teoria, mi ha recentemente comunicato che essa ha sostenitori anche in Italia, Olanda e Francia. Se Lei, come presumo, avrà occasione a Würzburg di

⁽²²⁾ P. LOTMAR, *Unabdingbarkeit der Tarifverträge (Anmerkung gegen G. Baum)*, in *Gewerbe- und Kaufmannsgericht Wandsbek*, 10, 1904-1905, supplemento al n. 12 del 01.09.1905, col. 326 ss.

⁽²³⁾ Ci si riferisce al § 719 BGB, il quale dispone: « (1) Un socio non può disporre della propria quota del patrimonio sociale né dei singoli beni che appartengono ad esso; egli non è legittimato a richiedere una divisione. (2) Un debitore non può compensare un suo debito nei confronti del patrimonio sociale con un credito che egli vanta nei confronti di un singolo socio ».

⁽²⁴⁾ P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, I, Leipzig, 1902, p. 786: « Mentre i falegnami berlinesi il 9 dicembre 1901, pur in presenza di un contratto di tariffa stipulato il 20 marzo 1900, rivendicavano il diritto di fissare coi contratti individuali l'ammontare dei salari dei propri dipendenti, in relazione alle condizioni del settore e all'offerta di manodopera, l'ufficio di conciliazione di Berlino stabiliva che, nel corso della vigenza del contratto di tariffa, eventuali modifiche salariali potevano intervenire solo se le parti collettive avessero operato congiuntamente ».

insistere su questo punto dinnanzi ai giudici dei tribunali industriali, potrebbero esserLe utili dei ragguagli sulla giurisprudenza francese, che adotta il nostro punto di vista. In tal caso potrei, se è d'accordo, inviarLe un libro sul contratto di tariffa nel diritto privato francese, che ho, benché uscirà solo il prossimo mese, già ricevuto grazie alla cortesia del suo autore ⁽²⁵⁾. Richiamo in modo particolare la Sua attenzione sulle pagine 81-95, e non menziono ancora l'autore, poiché ritengo di aver bisogno della sua autorizzazione. Se posso permettermi in conclusione alcuni rilievi di dettaglio, noterei, nella prima fase della Sua relazione preliminare, che la definizione stessa dovrebbe anche chiarire « con chi » la collettività dei lavoratori stipula l'accordo, dal momento che un accordo di soli lavoratori può certo essere un contratto, e un contratto che ha per oggetto una tariffa, ma non può essere un 'contratto di tariffa'. Inoltre, dopo aver correttamente operato la distinzione tra contratto di tariffa e contratto di lavoro, non farei concessioni di sorta all'opinione contraria parlando di contratto individuale di lavoro invece che di contratto di lavoro *tout court*. A colonna 376: qui vorrei ricordare che il contratto di tariffa è uno strumento utilizzato da tempo per la gente di mare, benché a tale settore non si attagli certo la definizione di industria contenuta nella *Gewerbeordnung*. Nel secondo capoverso avrei gradito che fosse fatto cenno all'esistenza di una parte del contenuto del contratto che, sopravanzando gli interessi individuali perseguiti con il contratto di lavoro ed esprimendo interessi di una collettività, può essere realizzato solo mediante un contratto di tariffa (cfr. il mio saggio nell'*Archiv* di Braun, XV, 24 ss. ⁽²⁶⁾). Ho delle perplessità riguardo a quanto dice a colonna 377 sulla « risoluzione del contratto di tariffa per i singoli datori di lavoro »: un singolo datore di lavoro non potrebbe quindi stipulare per sé un nuovo contratto di tariffa, indipendentemente dai suoi colleghi? Per la giurisprudenza di cui a colonna 380, vorrei segnalare *Le Gewerbegericht* VII, 131, n. 3 e *Sociale Praxis* XII, 461 e XIV, 756. A colonna 381 secondo

⁽²⁵⁾ Si tratta probabilmente di S. RUNDSTEIN, *Die Tarifverträge im französischen Privatrecht*, Leipzig, 1905.

⁽²⁶⁾ P. LOTMAR, *Die Tarifverträge*, cit., pp. 1 ss.

capoverso: § 159 BGB è un errore di stampa? A colonna 384 n. 2, cfr. *Reichsarbeitsblatt* II, 433, a cavallo tra la colonna di sinistra e quella di destra ⁽²⁷⁾.

Auguro il miglior successo possibile alla Sua relazione di Würzburg; del resto, la relazione preliminare testimonia la profondità del Suo studio. Assai volentieri sarei venuto ad ascoltarLa, ma la preparazione del secondo volume del mio lavoro ⁽²⁸⁾, del quale Lei cortesemente mi chiede notizia, mi impedisce per ora di viaggiare. Vorrei che il libro fosse pronto nel corso del prossimo anno; allo stato attuale del manoscritto, mi sembra che la sua conclusione avverrà probabilmente in estate o comunque nell'autunno prossimo.

Sul libro di Rümelin ⁽²⁹⁾ anch'io ho avuto la Sua stessa impressione. Ne conosco, per la verità, solo una parte, ma ciononostante non me la sento di affermare che il libro mi sia stato di aiuto: ha semplicemente rafforzato la mia opinione che l'almanaccare fuori dal mondo, lo scetticismo esitante e il voler risolvere tutto nella (irricostruibile) volontà delle parti non serve certo ad avanzare sul tema, ma solo ad ostacolare la marcia. Altre cose mi auguro di poterLe dire a voce. Spero ad ottobre di poter venire per un giorno a Francoforte e di farLe visita. Nel frattempo, La ringrazio di nuovo e La saluto.

Ph. Lotmar

Berna, 4 settembre 1905

⁽²⁷⁾ A col. 384 n. 2 diceva: « Il rapporto tra contratto di tariffa e regolamento interno deve risolversi a vantaggio del primo. Il contratto di tariffa deve avere precedenza assoluta nei confronti delle disposizioni del regolamento interno ». Perciò, in conformità all'opinione di Lotmar, il § 134 andrebbe modificato. Lotmar richiama sul punto *Reichsarbeitsblatt*, 1904, col. 433: « Pertanto, la disposizione del regolamento interno richiamata dal ricorrente, secondo la quale « non va corrisposta alcuna retribuzione in caso di lavoro difettoso e inutilizzabile », pur essendo di per sé giuridicamente vincolante, è da intendersi non operante per il rapporto di lavoro in questione ».

⁽²⁸⁾ P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, II, Leipzig, 1908.

⁽²⁹⁾ G. RÜMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen, 1905.

III. *Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 2.12.1907 da Berna*

Illustre signor dottore di ricerca,

La ringrazio di cuore del gentile omaggio della prima parte del Suo lavoro sul contratto di tariffa ⁽³⁰⁾ e delle cortesie righe di accompagnamento. Al contempo mi congratulo con Lei poiché, nonostante i suoi gravosi impegni ufficiali, la Sua perseveranza ha reso possibile la pubblicazione di una prima parte dei frutti dei Suoi lunghi e diligenti studi (e la parte rimanente è annunciata come prossima). Questa pubblicazione arriva in un momento per me non felice, come Lei può vedere sulla quarta di copertina del Suo libro ⁽³¹⁾, sono ancor oggi occupato a tal punto che mi vedo costretto a rinviare la lettura del Suo volume. Ho comunque potuto vedere, scorrendo il terzo capitolo, che le nostre posizioni sostanzialmente coincidono, cosa che mi fa molto piacere e che d'altronde non mi sorprende, dopo la Sua relazione di Würzburg; a pagina 101 Lei sembra prendere le distanze da me ⁽³²⁾, ma non so ancora se la divergenza sia reale o di assai scarso rilievo, visto quanto poi scrive a pagina 109 rigo 8 ⁽³³⁾. Mi sorprende, invece, la nuova terminologia che Lei utilizza. Già mi dispiace (anche perché si tratta di uno spreco di energie) il fatto in sé che ci si rifiuti di adoperare determinate espressioni che sono ormai in procinto di stabilizzarsi, come dimo-

⁽³⁰⁾ H. SINZHEIMER, *Der Korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung*, I, Leipzig, 1907.

⁽³¹⁾ Sulla « quarta di copertina » era annunciata la pubblicazione di P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, II, cit.

⁽³²⁾ H. SINZHEIMER, *Der Korporative Arbeitsnormenvertrag*, I, cit., p. 101 nt. 10: « Poiché Lotmar non fa emergere il carattere associativo della collettività esistente da parte datoriale, non possiamo prendere a fondamento la sua definizione ».

⁽³³⁾ H. SINZHEIMER, *Der Korporative Arbeitsnormenvertrag*, I, cit., p. 109: « [rigo 7] Il grande merito di Lotmar è quello di avere per primo [rigo 8] dimostrato che il rigido confine tra il contratto normativo di lavoro come [rigo 9] contratto di lavoro collettivo è giuridicamente errato ». Per la verità, manca qualche rigo alla citazione di Sinzheimer, che, più comprensibilmente, dice: « (rigo 7) Il grande merito di Lotmar è quello di avere per primo (rigo 8) mostrato il rigido confine esistente tra il contratto normativo di lavoro e tali contratti, (rigo 9) e di aver dimostrato che la visione socio-politica finora dominante, (rigo 10) che intende il contratto normativo di lavoro come un (rigo 11) contratto di lavoro collettivo, è giuridicamente errata ».

strano le pubblicazioni ufficiali ⁽³⁴⁾. A ciò vorrei aggiungere che non mi pare convincente quanto Lei adduce a pagina 100 ⁽³⁵⁾. Non è possibile che Lei non riconosca che il regolamento delle ricamatrici e la disposizione sul § 616 BGB rappresentano entrambe disposizioni relative al salario. Il primo indica l'oggetto del salario, che verrà commisurato al numero di punti di richiamo pattuiti; allo stesso modo l'esclusione dell'applicazione del § 616, stabilisce ovviamente una disposizione relativa al salario. Quando io lo notai, nove anni fa, ritenni la cosa così evidente che considerai superfluo fornirne la spiegazione ⁽³⁶⁾. Che peccato, però, che Lei si sia impegnato in questioni terminologiche! Forse mi si presenterà presto l'occasione di dirLe a voce altre cose che non sono così importanti da dover essere messe per iscritto. Potrei ancora fornirLe alcune indicazioni di dottrina, raccolte di contratti di tariffa e progetti di legge; ma non so se attualmente questo Le possa essere di aiuto. Per il momento voglia gradire i miei migliori ringraziamenti, con l'augurio di portare in breve tempo a felice conclusione il Suo proficuo lavoro.

Un saluto amichevole

Ph. Lotmar

Berna, 2 dicembre 1907

⁽³⁴⁾ Le « pubblicazioni ufficiali » sono i *Beiträge für Arbeiterstatistik*, 1906.

⁽³⁵⁾ H. SINZHEIMER, *Der Korporative Arbeitsnormenvertrag*, I, cit., p. 100: « La definizione di contratto di tariffa non deve condurre all'errata conclusione dottrinale che solo le disposizioni relative al salario siano essenziali per il contratto: le sue disposizioni sono invece tutte norme in materia di lavoro. Ma il contratto normativo di lavoro può anche non avere necessariamente a che fare con il salario. Esso, infatti, continua a sussistere anche quando non c'è alcuna disposizione relativa al salario, e solo norme in materia di lavoro. Contratti di questo tipo esistono certamente nella realtà: ad esempio, un regolamento stipulato a Plauen, avente ad oggetto la determinazione dei punti di ricamo, disciplina solo la prestazione lavorativa; in altri casi, nel contratto si dispone unicamente l'applicabilità o meno del § 616 BGB. Contratti del genere dovrebbero a rigore essere esclusi, da parte della dottrina, dal novero dei contratti di tariffa se tale ultima nozione viene intesa nel senso che la terminologia imporrebbe. Ma una simile limitazione non si accorda affatto con le esigenze di una sistematica possibilmente rispondente alla realtà delle cose. Invece, la nozione di 'contratto normativo di lavoro' è completa, corrisponde in pieno al contenuto essenziale del contratto, ed è anche ampia al punto di ricomprendere in modo corretto tutte le manifestazioni concrete riscontrabili nella realtà ».

⁽³⁶⁾ Non sono stato in grado di capire a quale scritto faccia qui riferimento Lotmar.

IV. *Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 19.6.1908 da Berna*

Illustre signor dottore di ricerca!

Molte grazie per la sua amichevole lettera del 14 giugno e calorose congratulazioni per l'ultimazione dell'opera sul *Tarifwesen*, della quale sono contento di essere stato messo a conoscenza. Posso immaginarmi che si rallegri per aver portato a termine questo lavoro pluriennale specie se penso a quanto sia fastidioso durante il periodo in cui ci si occupa dell'argomento essere continuamente disturbati dal continuo sopravvenire di nuove pubblicazioni sull'argomento stesso, in particolarmente quando le stesse sono state formulate da dilettanti.

Con grande piacere apprendo che presto si occuperà della lettura e della recensione del mio secondo tomo. Non so se la recensione possa essere pubblicata sull'*Archiv f. bürger R.* giacché Oertmann è ospite fisso o addirittura oste della rivista e, quindi, potrebbe recensire il libro di persona.

Se desiderasse averlo immediatamente, potrei inviarLe il parere-Krupp ⁽³⁷⁾ redatto con la macchina da scrivere. Altrimenti Le

⁽³⁷⁾ Si tratta di un parere, informa Mestitz, che fu chiesto a sostegno della richiesta di ricevere indietro i contributi pagati alla cassa pensionistica Krupp da parte di operai che avevano cessato il lavoro. Anche Theodor Loewenfeld scrisse un parere commissionato dagli operai, mentre per la società per azioni Friedrich Krupp scrissero pareri Josef Kohler e Viktor Ehrenberg. Un ampio racconto della vicenda si deve al figlio di Loewenfeld, Philipp che in *Recht und Politik in Bayern zwischen Prinzregentenzeit und Nationalismus. Die Erinnerungen von Philipp Loewenfeld*, a cura di P. LANDAU- R. RIEß, Ebelsbach am Main, 2004, pp. 98 ss., si sofferma sulla vicenda che riguardava il tema della sua tesi di dottorato presentata l'11 dicembre 1911 all'Università di Würzburg e intitolata *Pensionskassen und Arbeitsvertrag*. Philipp Loewenfeld parla di uno scambio epistolare di più mesi sul tema stesso in cui quest'ultimo « prese posizione nel modo più completo sulle singole particolarità del mio lavoro estendendosi il confronto anche su molti altri interrogativi di carattere limtrofo che non venivano affrontati nella tesi stessa ». In sostanza, si era diffusamente dell'opinione che i fondi pensionistici aziendali creassero un legame tra l'azienda ed il lavoratore; che la prima sfruttava il secondo minacciandolo che, in caso di sostegno alle organizzazioni sindacali, sarebbe stato licenziato e avrebbe perso quindi la contribuzione del fondo che non era portabile. Lotmar dimostrò nella tesi che la positiva patrimonializzazione di molti di questi fondi era da ricondurre all'alto numero di lavoratori che avevano cessato la loro attività presso l'azienda senza recuperare i contributi versati.

consiglio di attendere ancora per breve tempo. La sede amministrativa di Essen dell'associazione operaia cristiana ⁽³⁸⁾, che lo ha commissionato, lo sta facendo stampare insieme ad altri atti del processo e tra breve pubblicherà il tutto in un unico fascicolo ⁽³⁹⁾. Quest'ultimo conterrà anche il parere di Ehrenberg che fu scritto con così tanta aggressività che dovetti rispondere all'autore ⁽⁴⁰⁾ e pure questa risposta si potrà leggere nel fascicolo.

Qualora dovesse avere l'opportunità pubblica di riflettere sui noti progetti di legge ⁽⁴¹⁾, la prego di considerarli come frutto di una pluralità differenziata di soggetti che hanno poi provveduto a pubblicarli.

⁽³⁸⁾ L'associazione operaia cristiana fu costituita nel 1899 e restò in vita fino all'avvento al potere del nazismo. Essa operò principalmente nei territori cattolici industrializzati delle province del Reno e di Westfalia.

⁽³⁹⁾ In realtà i pareri sono contenuti in una pluralità di pubblicazioni. Lotmar si riferisce a quella del 1908 edita ad Essen. L'opera più importante risale a H. GOETZE, *Die Rechtsverhältnisse der Fabrickpensions- und Unterstützungskasse*, Berlin, 1910, dove, alle pp. 87 ss., vengono discussi i citati pareri. Gli operai persero in entrambi i gradi di giudizio. Lotmar tentò di argomentare la nullità delle clausole sulla mancata restituzione dei contributi con la contrarietà a due disposizioni morali: la prima, che il colpevole non può essere trattato allo stesso modo dell'innocente e, quindi, in caso di licenziamento non dipendente dalla colpa del lavoratore, la mancata restituzione dei contributi sarebbe illecita; la seconda disposizione attiene al fatto che nel caso di specie il danno patrimoniale del lavoratore aumenta con l'aumentare della sua fedeltà al creditore di lavoro e ciò rappresenta, afferma Lotmar, « un'assurdità etica ».

⁽⁴⁰⁾ Nel commento Mestitz riporta questo passo della replica: « quando lo sviluppo economico portò alla formazione del libero *Arbeitsvertrag*, provvide anche a ridurre il naturale sovra-potere degli imprenditori. Con piccoli, ma molteplici passi la legislazione delle ultime due generazioni dell'umanità si è avvicinata a tale meta. Restano però in capo all'imprenditore vari strumenti che gli consentono di aumentare la sua libertà limitando quella degli operai. Gli esperti di politica sociale indipendenti annoverano tra questi ultimi anche l'istituzione di enti welfaristici. Se, infatti, molti di questi ultimi presentano vantaggi per gli operai, essi, rafforzando in fondo tutti, rafforzano anche la posizione dell'imprenditore, là dove vincolano il lavoratore. Nessuna persona ragionevole prenderà spunto da ciò per esprimere un rimprovero personale all'imprenditore. Ma i suoi tentativi [n.d.t. di legare il lavoratore] trovano un limite nella tutela giuridica della fonte giuridica della loro esistenza che lo Stato ha messo a disposizione degli operai ».

⁽⁴¹⁾ Riferisce Mestitz che si tratta di due progetti di legge svizzeri in tema di contratto di tariffa; all'elaborazione di uno di questi due progetti (vedilo in *Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik*, XI, 1902, col. 349 ss.) aveva partecipato Philipp Lotmar stesso.

La ringrazio per i suoi saluti da Monaco. Spero che nel frattempo si sia ripreso dal raffreddore.

È possibile che andrò al *Juristentag* di Freiburg; se infine deciderò di farlo sarà, non da ultimo, per il fatto di avere la possibilità di riverderLa.

Con i migliori saluti, Suo devoto,

Ph. Lotmar

Berna, 19 giugno 1908

V. *Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 13.2.1910 da Berna*

Illustre signor dottore di ricerca,

l'altro ieri ho ricevuto con grande piacere la sua lettera del 10 insieme ai due esemplari del suo saggio sul mio *Arbeitsvertrag* ⁽⁴²⁾. Per questo la ringrazio di cuore. Sono stato molto felice di apprendere dalla Sua lettera che il fatto di essersi occupato del libro l'abbia soddisfatta e stimolata in misura tale che non mi resta che sperare che molti altri seguano il suo esempio. Non può che contribuire in tale direzione il fatto che lei faccia esplicito riferimento alla cosa. Inoltre, l'abile e compendiosa panoramica che lei fornisce del contenuto può indurre qualcuno tra coloro che non è esperto del tema a farsi comunque coinvolgere dal voluminoso libro che ho tentato di rendere accessibile grazie ad un indice contenutistico, titoli per colonna e molti rimandi contenuti in un registro. Mi avrebbe allietato molto se avesse trovato il modo di citare il registro per materie elaborato da mio figlio ⁽⁴³⁾. Le devo un ringraziamento particolare per la difesa svolta a p. 296⁴, contro la diffamazione che ho subito da alcuni spiriti subalterni; ha già preso spontaneamente le mie difese Boethke sulla rivista *Gruchots* (1904) ⁽⁴⁴⁾. Chissà che i tribunali industriali e commerciali prima o dopo non capiranno che

(42) L'autore si riferisce a P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, I e II, cit. Sul modo in cui Lotmar intende questa espressione si rimanda alla nota di traduzione che segue l'Introduzione pubblicata nelle pagine precedenti. Lo stesso vale per le espressioni *Arbeitsrecht*, *Arbeitgeber* e *Arbeitnehmer*.

(43) Fritz Lotmar psichiatra.

(44) *Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*.

se tentano di allargare ed approfondire la loro conoscenza dell'*Arbeitsrecht* con la lettura del mio libro⁽⁴⁵⁾ questo non danneggia certo la loro professionalità. Lei ha già sottolineato che alla riga 15 da sopra di pagina 313 [n.d.t. nel suo scritto] si è insinuato un errore che impedisce di cogliere il senso giacché dovrebbe esserci scritto 'nomi' al posto di 'norme'. Forse la redazione della rivista le offre la possibilità di correggere l'errore nella pagina in cui pubblica l'indice del tomo oppure in un altro congruo posto. Dal momento che non amo essere lodato senza essermelo meritato, vorrei sottolineare in relazione all'intera p. 295 che per la teoria che vi è esposta mi sono riconosciuto e mi riconosco quale allievo di Ludwig Knapp⁽⁴⁶⁾. Per altro verso non ricevo neppure volentieri biasimi immeritati anche se espressi in tono così mite come avviene alle pp. 318-320 dove si accenna all' 'inadeguatezza' della mia teoria. In specifico in relazione a p. 318: *a*) lei ipotizza la qualificazione come contratto con corrispettivo a tempo laddove potrebbe sussistere invece un'ipotesi come quella rammentata nel mio tomo II, p. 36 in cui l'apparente misurazione a tempo della retribuzione serve solo come giustificazione dell'importo della retribuzione che è a cottimo; la sua illustrazione della fattispecie lascia infatti a desiderare, *b*) se fossimo in presenza di un contratto con corrispettivo a tempo diventerebbe dubbio se anche il maestro artigiano abbia concordato di dover prestare il lavoro oppure se, al contrario, il lavoro debba essere prestato dal suo aiutante (sul punto sezione VII, cap. 1, n. VIII); in tale ultimo caso la mancata prestazione di lavoro da parte del maestro artigiano non ha riflessi sul corrispettivo nella misura in cui essa non influisce sul lavoro del suo aiutante, nel primo caso invece sembra che Lei consideri assurdo — mentre potrebbe evincere alla luce della centinaia di esempi della mia sezione VII (contratto con corrispettivo a tempo) che si tratta di un'evenienza quotidiana che anche i lavoratori di origine proletaria di un contratto con corrispettivo a tempo vengono retribuiti nel caso in cui sono stati incolpevolmente impos-

(45) Questo venne auspicato anche da K. FLESCH, *Lotmars 'Arbeitsvertrag' und die Gewerbeberichte*, in *Das Gewerbegericht*, 1902, p. 34.

(46) Ludwig Knapp filosofo del diritto; v. anche P. LOTMAR, *Vom Rechte*, cit., § 2.1, dove Lotmar afferma che nessuno meglio del « geniale Knapp » ha illustrato « i caratteri essenziali della scienza del diritto ».

sibilitati dal prestare lavoro —. c) Lei dà per scontato senza fornire spiegazioni che il suo contratto con il maestro imbianchino sia un contratto d'opera (*Werkvertrag*). Lei polemizza contro la mia argomentazione incentrata sul § 649 e afferma che «l'importo del corrispettivo pattuito si calcola infine in base alle ore lavorate». In tal modo si nega la natura stessa del contratto con corrispettivo a tempo. Il corrispettivo a tempo di quest'ultimo include sia il corrispettivo calcolato in base al tempo che è previsto che si debba prendere in considerazione per ricavare la misura del corrispettivo stesso (indice retributivo = *Lohnsatz*) sia il corrispettivo calcolato moltiplicando l'indice retributivo per il numero di intervalli (riconducibili a quelli previsti contrattualmente) di tempo (p. 94). Retribuzione pattuita non è dunque quella che si sarebbe guadagnata con lo scorrere di un certo numero di intervalli di tempo-base del calcolo della retribuzione. Se invece lei ipotizza, per stare sul punto, un contratto con corrispettivo a tempo nel quale è stato pattuito un certo numero di intervalli di tempo-base del calcolo della retribuzione (quelli in specifico necessari per svolgere un certo compito) allora quello da lei suggerito individuerebbe un contratto con corrispettivo a tempo che fa eccezione rispetto alla regola. Dovrà allora ammettere che è possibile revocare in dubbio ciò che quotidianamente avviene milioni di volte con una forma eccezionale di contratto con corrispettivo a tempo. Non ritengo ammissibile tale modo di procedere (respinto a p. 865 in alto nel secondo volume) malgrado lei lo applichi più volte. Quando a p. 319 in alto Lei ritiene di poter contrastare « nello stesso modo tutti gli altri argomenti di Lotmar » [n.d.t. tenga presente che l'espressione] 'tale modo' non possiede una forza probatoria. Al contrario la Sua affermazione di p. 319: « non esiste alcuna disposizione in tutto il diritto del contratto d'opera etc. » è semplicemente contraddetta dal fatto che tutti gli autori identificano cottimo e contratto d'opera. Queste persone non sono ispirate dal ricordo che la *locatio operis* non rappresentava un contratto con corrispettivo a tempo bensì un cottimo, ma per lo meno anche dalla sensazione che nel titolo sul contratto d'opera del BGB ci si trova al di fuori del contratto con corrispettivo a tempo. Dell'osservazione con la quale lei conclude la sua controargomentazione ho dato conto alle pp. 864-865; i suoi interrogativi retorici devono quindi essere rimossi dagli strumenti di attacco. Nel

passo di Javoleno viene in considerazione la natura della *locatio conductio operis* come cottimo giacché la *locatio operis* viene deformata con la previsione del corrispettivo a tempo. Con Javoleno ho fatto pace, lei non può schierarlo in campo come Suo compagno.

Arriviamo ora alla sua battaglia contro la regola elaborata per distinguere il cottimo del contratto di servizio da quello del contratto d'opera, allora dobbiamo anzitutto tener fermo che a p. 320 Lei procede contrapponendo tra loro il proprietario della stalla per cavalli da corsa e il piccolo artigiano quando invece ciascuno delle due ipotesi dovrebbe essere confrontata con sé stessa (a seconda che sia regolata in modo conforme o no al negozio). Con questo semplice accorgimento logico si sarebbe potuto mostrare che il proprietario della stalla da cavalli da corsa che lascia cavalcare il fantino e vuole vincere i premi svolge tali attività in quanto proprietario della stalla da corsa, in altre parole: egli conclude i cottimi per la sua attività sicché siamo in presenza di un soggetto legittimato a ricevere il servizio e non ad un committente. Ancora più grave appare la parte successiva. Per contraddire la praticabilità dei criteri distintivi da me argomentati, lei non fa ricorso al miglior caso disponibile in senso oppositivo, bensì si inventa un direttore di fabbrica che incarica un operaio dapprima di riparare nella fabbrica un motore e poi di riparare il campanello di casa sua e qui cade sulla scala che era stata appena oleata. Lei si dichiara « convinto che si possono assommare altri interrogativi e dubbi di tal fatta ». Per quel che mi riguarda sono convinto che anche dopo riflessioni di molte ore non riuscirebbe ad assommare molti di questi casi ibridi. Almeno io dopo dieci anni che mi sono occupato del tema non ne ho incontrati. E mentre il mio criterio spiega non solo singoli ed isolati casi ed ipotesi secondarie di *Arbeitsverträge*, ma qualifica rispetto all'alternativa delle discipline del contratto di servizio e di quello d'opera, modalità di corrispettivo a cottimo che vengono quotidianamente in considerazione migliaia di volte, ad es. in relazione al lavoro dell'operaio, lei tenta di screditare tale criterio e di escludere la sua praticabilità richiamando un caso [n.d.t. artefatto] dal quale dovrebbe emergere la sua inadeguatezza. Un caso che per di più è pensato *ad hoc* e non esiste nella vita sociale in migliaia di esemplari. Come ciò sia compatibile con il 'metodo empirico' al quale lei aderisce a p. 320, oppure con il 'metodo sociologico' che lei ha fatto

suo in modo così zelante ⁽⁴⁷⁾, lei stesso afferma a p. 320 che il compito della futura attività scientifica non consiste nel fatto di ‘accostare’ alle mie argomentazioni ‘dubbi mirati’ — che è, invece, esattamente ciò che lei ha fatto — « bensì di sostituirla con un’altra

(47) Lotmar si riferisce probabilmente allo scritto di H. SINZHEIMER, *Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft*, München, 1909, che rappresenta il testo di una relazione presentata presso la Juristische Gesellschaft di Vienna. Sinzheimer tornò poi sul punto affermando che il metodo sociologico giuridico « parte dal presupposto che la conoscenza del diritto si ricava non solo dalle sue disposizioni giuridiche, ma anche dalle forme giuridiche della vita sociale. [...] Se esiste un settore nel quale è stata dimostrata la necessità di tale metodologia, questo è proprio il diritto del lavoro. Il diritto del lavoro non è stato elevato a disciplina autonoma dalla trattazione giuridico-dogmatica, come ritiene modestamente Kaskel, bensì prima, in virtù della rottura, più o meno, esplicita, del suo dominio. L’opera fondamentale della moderna scienza del diritto del lavoro è rappresentata dall’*Arbeitsvertrag* di Lotmar, il cui primo tomo fu pubblicato nel 1902. Fino a quel momento esisteva a mala pena un’attività di ricerca; attività che non poteva peraltro svilupparsi visto che era esclusa dalla trattazione giuridico-dogmatica allora dominante. [...] La rilevanza dell’opera di Lotmar consiste nel fatto che egli prese le mosse non solo dal contenuto delle leggi, ma anche sistematicamente delle fattispecie della vita. [...] La legge conosceva a mala pena il contratto a cottimo. Pertanto, in una prospettiva esclusivamente dogmatico-giuridica, il contratto di cottimo non esisteva. Il fatto che esso sia potuto divenire, ad opera di Lotmar, oggetto della scienza giuridica è stato reso possibile grazie all’abbandono da parte sua della strada, fino ad allora dominante, della trattazione solo dogmatico-giuridica e al fatto che egli analizzò, con un impegno degno di ammirazione, anche le forme giuridiche concrete. Lo stesso vale per la retribuzione in natura e soprattutto per i contratti collettivi. Per la scienza antecedente a Lotmar non esisteva neppure il contratto collettivo, malgrado fosse già allora al centro di molti conflitti di lavoro. Ciò era senz’altro scontato. Non esistevano infatti disposizioni giuridiche sul contratto collettivo. La sua fattispecie (*Tatbestand*) non veniva formulata da nessuna parte. Anche per tale istituto lo sviluppo scientifico diverrà possibile solo allorché venne analizzata l’essenza concreta del contratto collettivo e attraverso la stessa venne desunta, all’interno dell’ordinamento giuridico generale, la sua essenza giuridica. Può anche in parte darsi che, per le materie considerate, tale metodo di ricerca non sia oggi più necessario a tutti i costi, o che comunque non lo sia più nella misura allora richiesta, dopo che il legislatore ha in particolare regolamentato, almeno parzialmente, l’essenza del contratto collettivo. Ma ciò che era necessario allora per esse, lo è sempre di nuovo, oggi come in futuro. Nuove forme giuridiche concrete si formano all’interno dell’ordinamento giuridico del lavoro esistente, vecchie forme giuridiche si trasformano contentutisticamente oppure muoiono malgrado la legge continui a prevederle. Se la scienza giuridica si limitasse al fondamento da cui discende, nella sua essenza, il metodo dogmatico-giuridico, allora tutto ciò sarebbe precluso alla ricerca giuridica » (H. SINZHEIMER, *Über soziologische und dogmatische Methode in der Arbeitsrechtswissenschaft*, in *Arbeitsrecht*, 1922, pp. 189 s.).

se la si considera come insostenibile ». Evidentemente lei si ripropone tale compito dal momento che è dell'opinione che le mie argomentazioni non siano praticamente adottabili. A tal fine avrebbero però anche dovuto controargomentare rispetto alla mia conclusione analogica. Perché lei si ricorda sicuramente che non traggio il mio criterio con un gioco di prestigio dalle mie dita; bensì che l'ho ricavato alle pp. 896-903 per analogia dalle disposizioni legislative. Il suo riferimento alla legislazione [n.d.t. quale strumento da utilizzare] per la soluzione del dilemma (p. 321) mi era venuto incontro nel tomo I, p. 343, ma ritengo che sia un progresso di ricavare il criterio dalle disposizioni imperiali vigenti perché non riesco ad immaginare quale debba essere il criterio, adeguato per tutti i casi che accontenti tutti e che escluda tutti i dubbi, al quale dovrebbe ricorrere il legislatore (cfr. pp. 907 s.).

Lei scuserà di certo la mia relativa pignoleria e durezza se solo considera quale particolare valore rivesta per me l'esatto inquadramento del cottimo, quanto mi dispiaccia vedere che le mie opinioni non sono da Lei condivise benché Lei abbia preso così intensamente preso parte all'oggetto e avuto comprensione per le mie fatiche.

Lei può immaginarsi quanto le sue notizie riguardo alla rivista ⁽⁴⁸⁾ mi abbiano interessato e ben volentieri riceverò ulteriori informazioni. Per il momento ricevo ancora una volta molte grazie così come cari saluti dal Suo devoto,

Ph. Lotmar

Berna, 13 febbraio 1910

VI. *Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 22.12.1911 da Berna*

Illustre signor dottore di ricerca,

⁽⁴⁸⁾ Lotmar si riferisce alla rivista *Arbeitsrecht*, che fu fondata nel 1914 da Sinzheimer e Heinz Potthoff. La rivista fu costretta a cessare la propria attività nel luglio del 1933. L'ultimo numero risale, infatti, proprio al luglio del 1933, ma Sinzheimer già non vi compariva più, né come fondatore né come collaboratore. La strabiliante motivazione addotta per la chiusura della rivista fu che il diritto del lavoro non rappresentava una disciplina che rivestiva un'importanza particolare nel *Dritten Reich* e che, quindi, tutte le pubblicazioni potevano essere riunite in un'unica rivista.

non voglio far passare il vecchio anno senza averLa ringraziata per la sua lettera esaustiva del 14 settembre e incoraggiarLa ulteriormente a portare in vita un *Jahrbuch des Arbeitsrecht*. Certo non riesco a controbattere con nulla di valido al persistente rilievo dell'editore sull'ancora lieve interesse per l'oggetto giacché anzi questa insufficienza corrispondere in un certo modo alla mia personale esperienza come autore. Non di rado vengo confrontato nella letteratura ed in specifico sulla rivista *Das Gewerbegericht* con trattazioni, anche estese, di problemi che vengono in un modo o nell'altro trattati nei miei libri senza che gli autori ne prendano anche solo contentezza. Trovo questo comportamento sorprendente ed esso mi induce a riflettere: « vogliamo essere meno lodati ed essere invece letti con maggior impegno ». In questo contesto potrebbe ben avvenire che l'interesse dei giuristi — coltivo poche aspettative sugli esperti di politica economica, pensano di non aver nulla da imparare da noi giuristi — venga sollecitato da un *Jahrbuch* che esce regolarmente e sia ricco di contenuti. Per questo motivo vedrei di buon occhio se Lei desse seguito ai suoi sforzi nella direzione da Lei intrapresa benché comprenda le difficoltà della trattativa durante la quale occorre prospettare all'editore l'intrapresa come desiderabile ma non come urgente e redditizia. Le informazioni che mi fornisce in relazione al *Correspondentenblatt* della *Generalcommission* (?) mi hanno molto interessato e volentieri, se possibile, vorrei saperne di più. Nel frattempo, Le invio gli auguri di buon anno nuovo e mi congedo con amichevoli saluti, Suo devoto,

Ph. Lotmar

Berna, 22 dicembre 1911

VII. *Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 10.7.1912 da Berna*

Illustre signor dottore di ricerca!

Ringrazio vivamente per la lettera del 2 di questo mese e apprendo con piacere che non lascia cadere il progetto del *Jahrbuch* e che intende occuparsi, oltre che della redazione, anche della curatela dello stesso. Lei sa che da parte mia non sussiste alcuna rivendicazione di apparire nella pagina del titolo; non rifiuto in linea

di principio di apparire come collaboratore nella curatela come da Lei proposto, il mio assenso dipenderà da chi saranno l'editore e gli altri partecipanti.

Per il colloquio con l'editore previsto per la fine di luglio a Monaco mi metterò in contatto con lo stesso fin dalla giornata odierna.

Se non riceve mie notizie contrarie entro sabato 27 di questo mese (incluso), allora resta fermo che ci incontriamo al più tardi il 28 all'Hotel Marienbad dove per il colloquio sarà presente anche il signor Geibel (Theresienhöhe 3c). La aspetteremo. Potrebbe esserle utile preparare qualcosa di scritto.

Con i migliori auguri devotissimo,

Prof. Lotmar

Berna, 10 luglio 1912

VIII. *Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 13.3.1914 da Berna*

Illustre signor dottore di ricerca!

Saprà senz'altro che quando si riceve in omaggio uno scritto manca spesso il tempo per approfondirne il contenuto e sarà, oltre a questo, tanto indulgente nei miei confronti da non volermene per aver ricevuto in ritardo la mia conferma [di aver ricevuto lo scritto] e il mio ringraziamento. Invero solo oggi mi è stato possibile leggere anche e completamente il suo scritto sulle *Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts* ⁽⁴⁹⁾, lettura che ho svolto con grande interesse. Oggi posso a ragion veduta ringraziarLa molto per il Suo invio e per ciò che ho imparato grazie allo stesso. Grazie all'articolazione prescelta e agli esempi Lei ha provveduto che la maggior parte dei lettori non rimangano all'oscuro sulle Sue opinioni e intenzioni. Non era necessario che Lei si soffermasse sulle aspettative di realizzazione del Suo piano. Sarà il lettore a pensarci dopo che il problema è stato sviscerato da così tanti autori e — da

⁽⁴⁹⁾ H. SINZHEIMER, *Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechtes für Deutschland*, in *Schriften des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte*, I, Berlin, 1914.

parte Sua e del dottore di ricerca Potthoff — con tanta vivacità. Dei singoli profili della sua trattazione, riguardo ai quali avrei punti interrogativi o contro-osservazioni, mi permetta di porne in evidenza solo uno. A pp. 12-13 Lei parla di ‘contratto di cottimo’, con la qual espressione intende certamente il cottimo manifatturiero, sostenendo che « esso non è sostanzialmente oggetto di una regolamentazione legislativa ». Si tratta di una molto diffusa ma grave esagerazione. Questo cottimo deve probabilmente essere ricondotto in via sussidiaria alla disciplina del BGB sul contratto di servizio. Si applicano ad esso, al di là dei § 105-125, § 133g-139aa *GewO*, tutti i paragrafi sul contratto di servizio salvo il 621 e il 622. E questo andrebbe inteso come « sostanzialmente nessuna regolamentazione legislativa »? Sul punto Lei si è lasciato trascinare dalla *communis opinio* degli incompetenti.

Ho letto con piacere le sue pagine introduttive al nuovo *Jahrbuch ‘Arbeitsrecht’* e mi congratulo per l’inizio della Sua curatela. La rivista ha una veste diversa da quella che avevamo progettato anni addietro speriamo che evolva in quella direzione. Per il momento non offre spazio per estese trattazioni giuslavoristiche. Dubito anche che il contributo che pensavo di destinare alla rivista sia conforme alle regole d’accettazione. Nella lista dei collaboratori sento la mancanza di A. Stadthagen che avevamo a suo tempo incluso. Se non è ancora stato invitato a collaborare, mi sembrerebbe giusto provvedervi.

Un saluto amichevole dal Suo devoto,

Ph. Lotmar

Berna, 13 marzo 1914

IX. Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 19.10.1916 da Berna

Illustre dottore di ricerca!

Pochi giorni or sono grazie alla Sua benevolenza l’editore mi ha inviato la sua nuova opera ‘*Ein Arbeitstarifgesetz*’. Quando Le feci visita alla fine dello scorso anno mi aveva raccontato dell’ultimazione dell’opera stessa ma tenuto conto dell’intensità della sua attività professionale, non mi sarei atteso che uscisse così presto.

Riceva i più sentiti auguri per questa nuova riprova della Sua forza lavorativa così come per l'incoronazione delle sue fatiche letterarie e da conferenziere riguardo al contratto di tariffa e La ringrazio di cuore per la copia inviata. Invero, ho per il momento preso conoscenza solo di una piccola parte dello stesso e devo desistere, per impegni pregressi, di approfondirne in tempi ravvicinati e in un solo colpo il contenuto. Per il mento mi sia consentito di relazionarLe che il Suo ampio fondato affinamento dei problemi finalizzato ad una compiuta proposta legislativa è molto meritevole e che la sua discussione sulla necessità, sul contenuto e sulla forma dell'intervento legislativo appaiono molto opportune.

Con soddisfazione ho anche già notato la Sua sottolineatura della unicità del contratto di tariffa che collega solo al suo primo amore: l'inderogabilità del contratto di tariffa stesso. Per quando deciderà di pubblicare una nuova edizione del suo libro mi permetto di esprimere il desiderio che venga considerato, al posto del progetto Sulzesche, in relazione al quale giocai un ruolo marginale, quello che pubblicai, in occasione della revisione del diritto svizzero delle obbligazioni del 1908, nel contesto delle proposte di riforma del partito socialdemocratico svizzero del quale le avevo a suo tempo detto.

Sarò contento di una futura occasione per rivederci, per la quale mi preparerò studiando l'opera, mi congedo con un caro saluto, il Suo devoto,

Ph. Lotmar

Berna, 19 ottobre 1916

X. *Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 6.1.1920 da Berna*

Illustre signor dottore di ricerca,
per interesse all'argomento e all'autore ho letto immediatamente il Suo scritto sul sistema consiliare ⁽⁵⁰⁾, che mi ha inviato pochi giorni fa accompagnandolo con parole amichevoli, la lettura mi ha

⁽⁵⁰⁾ H. SINZHEIMER, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie: gesammelte Aufsätze und Reden*, Europäische Verlagsanstalt, I, Frankfurt am Main, 1976, p. 325.

dato soddisfazione perché ho acquisito dimestichezza con l'argomento e penso di capire meglio le disposizioni della Costituzione della Repubblica. Qualche passaggio contenuto nelle sue frasi mi risulta troppo astratto ed aulico, ma ciò dipenderà sicuramente in massima parte da me e dalla mia insufficiente preparazione; ma ho compreso che la regolamentazione da Lei proposta è stata preferita a quella di Kaliski ed io stesso avrei votato a favore della sua proposta. Ricevo il più vivo ringraziamento per l'insegnamento che mi ha impartito e per il ricordo testimoniato dal suo invio.

Nei quattro anni trascorsi dal nostro ultimo incontro a Francoforte, non solo il mondo intero è radicalmente mutato, ma anche Lei è entrato a far parte della scena pubblica, assumendo un ruolo di primo piano. Con una certa dose di soddisfazione vedo che Lei ha aderito al partito al quale io appartengo da più di quaranta anni. Dal momento che Lei ha partecipato alla rivoluzione e anche dopo si è attivamente occupato di politica, avrà certamente molto da raccontare ad un vecchio compagno di partito ormai, per così dire, esiliato. Non mancherò quando sarà nuovamente possibile un soggiorno di più giorni nella città paterna di venirla a trovare, così posso anche venire a sapere qualcosa sullo stato del progetto di codice del lavoro, al quale non ho il piacere di partecipare. Per intanto Le invio molti ringraziamenti per il suo omaggio e amichevoli saluti dal Suo devoto,

Ph. Lotmar

Berna, 6 gennaio 1920

7. L'ERRORE IN DIRITTO ROMANO (2019): INDICE SOM-
MARIO, INTRODUZIONE E PREMESSA ⁽¹⁾

⁽¹⁾ P. LOTMAR, *Das römische Recht vom Error*, a cura di I. FARGNOLI, Frankfurt am Main, 2019, Vittorio Klostermann, pp. 1-14.

Nota di traduzione (Iole Fargnoli)

Della monografia sull'errore, mai pubblicata da Lotmar e data alle stampe postuma a distanza di circa cent'anni (2), si è scelto di tradurre in italiano la parte iniziale e cioè l'introduzione all'opera e la premessa. Quest'ultima fu redatta solo in forma di bozza (3).

Alle due parti iniziali si è deciso inoltre di premettere l'indice sommario del volume, che l'autore non realizzò personalmente, ma che fu ricostruito dal figlio Fritz all'indomani della morte del padre. Tale impegno del figlio medico testimonia l'importanza che l'opera rappresentò per il padre, che aveva cominciato a lavorarci a 33 anni, venendo verosimilmente stimolato dal tema durante le due recensioni a Rudolf Leonhard: «L'errore come causa dei contratti nulli», nel 1883 e nel 1884 (4), ed essendosi soffermato su un argomento specifico in questo ambito con un contributo di qualche anno dopo (5).

L'indice sommario riguarda l'intera opera, il primo e il secondo volume, e quindi anche gli ultimi fascicoli dal 24 al 35 che, in quanto rimasti allo stato di bozza, non sono stati ricompresi nella pubblicazione postuma. La traduzione dell'indice si propone lo scopo di rappresentare compiutamente al lettore italiano uno degli elementi caratteristici dell'opera e cioè l'intento di partire dalle fonti per evitare aprioristiche sovrastrutture che alterassero il pensiero giuridico a vantaggio delle categorie moderne (6). Con criteri nuovi, ora basati sul dettato testuale ora sul contenuto descritto nel passo giurispru-

(2) P. LOTMAR, *Das römische Recht vom Error*, cit.

(3) I. FARGNOLI, *Einführung. Die posthume Publikation eines romanistischen Meisterwerks von Philipp Lotmar*, in P. LOTMAR, *Das römische Recht vom Error*, cit., pp. VII-XXXII; EADEM, *L'inedito di Philipp Lotmar pubblicato nel XXI secolo*, in LR online, 2020.

(4) P. LOTMAR, *Rec. a R. Leonhard, Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte*, I, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 25, 1883, pp. 368-431; ID., *Rec. a R. Leonhard, Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte*, II, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 26, 1884, pp. 220-277. Di poco precedente fu, in quegli anni sul tema, l'opera di E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879.

(5) P. LOTMAR, *Über plus est in re, quam in existimatione und Plus est in opinione, quam in veritate, in Festgabe zum Doctor-Jubiläum des Herrn Geheimen Raths und Professors Dr. Job. Jul. Wilb. v. Planck*, München, pp. 57-115.

(6) P. LOTMAR, *Das römische Recht vom Error*, cit., p. 9. In questo modo Lotmar intendeva mettere in crisi la bipartizione dell'errore, fatta da Friedrich Carl von Savigny, in errore effettivo ed errore non effettivo (F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit*, cit., pp. 27 ss.), sul punto I. FARGNOLI, *L'errore*, cit., pp. 308 ss.

denziale o nella costituzione imperiale, Lotmar arrivò ad estrarre un fitto inventario di fonti romane su cui si sofferma allo scopo di desumere una dottrina dell'errore trasversale ai diversi settori del diritto.

Il lavoro pone, già a partire dal titolo, il problema della traduzione del termine *Error*. Lotmar, infatti, utilizza già nel titolo la germanizzazione del termine latino 'error', indicandolo con la lettera iniziale maiuscola come esige la lingua tedesca, per distinguerlo da 'Irrtum', che in tedesco, come lo studioso stesso evidenzia, include anche l'errore su eventi futuri, ma non comprende il dissenso inconsapevole, che invece rientra nel termine latino 'error' (7). In lingua italiana non si è potuto differenziare tra 'error', 'Error' e 'Irrtum', essendo possibile la traduzione solo con 'errore', termine che peraltro non è solo graficamente, ma anche concettualmente simile alla parola latina. Per fedeltà al testo si è peraltro riprodotto il lemma latino, anche nella traduzione italiana, quando compariva il termine 'error' con la lettera minuscola e si è aggiunto tra parentesi quadre 'Irrtum' in quei casi in cui il riferimento dell'autore è specificamente all'accezione del termine tedesco.

Per non appesantire la lettura, le citazioni che nel testo tedesco compaiono tra parentesi sono state collocate nella presente traduzione in nota a piè di pagina.

(7) Sul punto si veda I. FARGNOLI, *Das verpasste Vermächtnis von Philipp Lotmar im Schweizer Irrtumsrecht*, in *Anschauungen römischer Juristen und deren Fortwirken bis in das geltende schweizerische Recht*, a cura di I. FARGNOLI-U. FASEL, Bern, 2018, pp. 19 ss.

INDICE SOMMARIO DEL I VOLUME, FASCICOLI 1-22
E DEL II, FASCICOLI 23-30

Fascicolo	Pag.manoscritto	
1	1	Introduzione Premessa
	10	Primo volume: i casi di errore 1. Capitolo: I passi con error ed errare 1. Sezione: I passi con error § 1 Error in funzione sostantivata e riferito ad un elemento esterno
2	100	§ 2 Error in funzione sostantivata e riferito ad un elemento interno
3	187	§ 3 Error in funzione sostantivata e riferito ad un elemento interno ed esterno
4	207	§ 4 Error in funzione avverbiale, e precisamente modale 2. Sezione: I passi con errare
5	337	§ 5 Errare riferito ad un elemento esterno § 6 Errare riferito ad un elemento interno
	457	§ 7 Errare riferito ad un elemento interno ed esterno
	488	2. Capitolo: I passi con sostituzione
6	491	1. Sezione: Sostituzione completa § 1 Con l'errore esterno A. Avverbi B. Aggettivi
	492	C. Sostantivi
	509	D. Verbi
	511	§ 2 Con l'errore interno
	528	§ 3 Con l'errore esterno ed interno
	582	2. Sezione: Sostituzione parziale
7	597	1. Parte: Sostituzione con indicazione dell'elemento costitutivo oggettivo § 1 Con l'errore esterno A. Avverbi ed espressioni avverbiali
	598	B. Aggettivi
	[664-668 mancanti]	C. Sostantivi
8	703	D. Verbi
9	750	§ 2 Con l'errore interno
10	783	A. Avverbi
11	796 719	B. Aggettivi
	797 720	

	803 726	C. Sostantivi
	809 732	D. Verbi
	733	
	[812-951 mancanti]	2. Parte: Sostituzione con indicazione dell'elemento costitutivo soggettivo
12	952	A. Sostituzione diretta di error ed errare con indicazione della fattispecie soggettiva
		I. Introduzione, ripartizione, in rapporto all'errore esterno ed interno
		II. Passaggio, ripartizione del prosieguo
	959	IIIa. Primo gruppo: vicinanza a error (ignorantia accanto a error)
	960	
	964	IIIb. Secondo gruppo: sostituzione nell'indicazione della fattispecie oggettiva
	965	IV. Terzo gruppo: perifrasi di error nell'indicazione della fattispecie oggettiva
	978	V. Tramite perifrasi della fattispecie oggettiva sostituzione sovrastante di quella soggettiva con imprudentia e imprudens
	989a	VI. Tramite perifrasi della fattispecie oggettiva sostituzione sovrastante di quella soggettiva con bona fides
		VII. Bona fides, continuazione
		VIII. Possesso erroneo (bona fide)
	993c	IX. Servire (erroneamente) bona fide
	1005	X. Dichiarazione erronea, vendita, costituzione della dos bona fide
	1016	
	1021	XI. Bona fides come sostituzione della fattispecie soggettiva dell'errore
	1032	B. Sostituzione indiretta di error ed errare nell'indicazione della fattispecie soggettiva
13	1039	B.1. Primo gruppo: con indicazione di un singolo termine (della fattispecie) che esprime l'inconsapevolezza dello sbaglio
		B.1.a. Primo sottogruppo: quel singolo termine viene indicato espressamente
14	1142	B.1.b. Secondo sottogruppo: quel singolo termine viene indicato tacitamente, ossia deve riconoscersi solo dal contesto
15	1213	B.2. Secondo gruppo: con indicazione di una ignoranza generale (o astratta), che viene dichiarata da chi sbaglia
		3. Capitolo: I passi con sostituzione
	[1270-1306 mancanti]	I. Introduzione
		II. Omissioni erronee
16	1307	III. Condotta erronea in base all'esistenza

		1314	IV. Condotta erronea in base alla qualità (condotte quantitativamente erronee): plus o minus
		1340	1. Prestazioni in eccesso o in difetto
17		1368	2. Promettere in eccesso o in difetto
		1369	3. Comportamento pubblico, specialmente processuale del giudice o della parte
		1396	V. Condotta erronea in base alla persona che agisce o che riceve: condotta erronea riguardo alla persona
		1428	VI. Dichiarazione erronea riguardo alla persona etc. per mezzo oppure verso un supposto erede
18		1441	VII. Condotta erronea riguardo alla persona attraverso l'assegnazione del dominio su di una cosa ritenuta altrui ad una persona sbagliata
		1493	VIII. Condotte erronee riguardo alla persona per mezzo oppure verso un supposto tutore
19		1499	IX. Condotte erronee riguardo alla persona per mezzo oppure verso servi o liberi
		1503	X. Condotte erronee riguardo alla persona per mezzo oppure verso libertini o ingenui
		1525	XI. Condotta erronea riguardo alla persona: errore sulla cittadinanza, sullo status di appartenenza, competenza
		1530	XII. Condotta erronea riguardo alla persona: errore sull'appartenenza di famiglia
		1534	XIII. Condotta erronea riguardo alla persona: errore sulla capacità d'agire, gravidanza
		1549	XIV. Condotta erronea riguardo alla persona: errore sull'identità
		1564	XV. Condotta erronea riguardo alla persona: errore sull'esistenza (morte o vita)
		1568	XVI. Condotta erronea riguardo alla cosa (proprietà ed estraneità di una cosa): cosa altrui trattata come propria
20		1584	XVII. Condotta erronea riguardo alla cosa (proprietà ed estraneità di una cosa): cosa propria trattata come altrui
		1658	XVIII. L'attribuzione oggettivamente erronea del diritto di pegno o di servitù
21		1678	XIX. L'attribuzione oggettivamente erronea dell'esistenza, commerciabilità o identità di una cosa
		1684	XX. L'attribuzione oggettivamente erronea di una qualità fattuale ad una species
		1725	XXI. Riconoscimento erroneo riguardo alla cosa o alla persona di un titolo, titolo erroneo di acquisto o di alienazione
22		1737	XXII. <i>Variae figurae</i>

		Secondo volume: il concetto di errore
	1765	1. Capitolo: introduzione, compito e struttura del concetto, schema
23		2. Capitolo: elemento costitutivo oggettivo
	1779	3. Capitolo: elemento costitutivo soggettivo
		4. Capitolo: errore in generale
24		5. Capitolo: generi e tipi di errore
		6. Capitolo: origine, prova e annullamento dell'errore
	1805	I. Origine
25	[-1893]	II. Prova
		III. Annullamento
		7. Capitolo: il concetto di errore nella letteratura romanistica

Introduzione

Del 'mondo dell'errore', come afferma il Cancelliere nel Faust II senza esagerazione, l'errore affrontato nel diritto romano rappresenta una piccolissima, ma anche un'importante parte. Tuttavia, nonostante nella lunga storia degli studi giuridici romanistici siano innumerevoli i contributi della letteratura, questo errore non è stato studiato in maniera esauriente.

Già da un centinaio di anni si osserva, in merito all'errore, che l'impatto giuridico degli errori non è « stato ancora elaborato da nessuno in modo completo »⁽⁸⁾. Con ciò che vent'anni dopo (1840) è stato proposto da Savigny nel terzo volume del suo sistema di diritto romano attuale — nonostante qui i passi vengano molto ampiamente consultati ed esaminati in modo innovativo —, è noto che il materiale tradito non sia stato né completamente utilizzato né valutato senza pregiudizio. Come a priori pensano gli odierni romanisti, la dottrina giuridica dell'errore non è diventata meno oscura per il fatto che (a volte già nei passi giuridici antichi) si siano inframmezzati casi che sostanzialmente si trovano fuori da questo settore⁽⁹⁾. Il perimetro dell'errore dovrebbe essere determinato già prima [n.d.t. da chi oggi si occupa del tema] e non dai Romani, se ad essi deve essere rimproverato di avere superato i confini e di avere con questo oscurato la dottrina giuridica.

Dopo ciò che con Savigny accade in maniera non confessata, e a volte anche inconsapevole, constatiamo, quarant'anni dopo, con Zitelmann⁽¹⁰⁾, *ex professo* e con l'intero armamento filosofico del suo tempo, l'applicazione di premesse dogmatiche e psicologiche. Infatti, la nebulosità o la insufficienza della dottrina romanistica

(8) C.F. MÜHLENBRUCH, *Über juris und facti ignorantia und deren Einfluss auf Rechtsverhältnisse*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, II, 1819, p. 375.

(9) F.C. VON SAVIGNY, *System*, III, cit., p. 440.

(10) E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, cit.

sull'errore dipende a suo avviso dal fatto che non sono ancora fissati il suo fondamento né quello che egli considera « l'analisi psicologica del processo della condotta »⁽¹¹⁾. Zitelmann, non appena fornì, con l'aiuto della moderna psicologia, questo fondamento fino a quel momento mancante, si dedicò ai passi giuridici romani per porli in relazione con quel fondamento, per ordinare i casi e le decisioni romane secondo i suoi postulati fondamentali, per spiegarli e metterli in discussione. In realtà notevoli aree dell'ambito dell'errore in diritto romano rimangono non discusse, in quanto, con quest'originale e approfondito modo di procedere, il concetto di errore viene sì spiegato in generale e senza limitazione, ma viene trattato intenzionalmente solo l'errore che compare nella condotta giuridica (con l'inclusione del delitto) e in modo eccellente nel negozio giuridico (un'immagine moderna).

Questa incompletezza sistematica e i percorsi intrapresi nella trattazione vorrebbero avere risvegliato in uno studioso orientato alla riflessione storica il desiderio di ricevere « una rappresentazione obiettiva del diritto romano puro, senza una visione collaterale », « una completa e obiettiva elaborazione dell'intero materiale »⁽¹²⁾. Poiché questo suo desiderio, che conteneva un'esortazione, non era stato esaudito nel decennio seguente, Bekker nel suo 'Pandektensystem'⁽¹³⁾ ne ha smesso di parlare e l'esistenza della lacuna viene riconosciuta da altri autori⁽¹⁴⁾ anche più recenti.

Questa riservatezza è singolare anche per il fatto che la discus-

⁽¹¹⁾ F.C. SAVIGNY, *System*, III, cit., pp. 15, 23 e principalmente p. 418.

⁽¹²⁾ E.I. BEKKER, *Rec. a E. Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung*, in *Kritische Vierteljahrschrift*, 22, 1880, pp. 48-54.

⁽¹³⁾ E.I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar, 1889, p. 27, sotto la lettera B, 64.

⁽¹⁴⁾ A. PERNICE, *Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften*, in *Zeitschrift für Handelsrecht*, 25, 1880, p. 128. P. LOTMAR, *Rec a R. Leonhard*, II, cit., p. 277. E. PFERSCHKE, *Die Irrthumslehre des österreichischen Privatrechts. Mit Berücksichtigung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Graz, 1891, p. 7. F. VASSALLI, *Iuris et facti ignorantia*, in *Studi Senesi*, 30, 1914, p. 4. In *Pauly-Wissowa (Pauly's Realencyklopädie der classischen Altertumswissenschaft)*, Stuttgart, 1893-1980, il *dolus* è considerato dal punto di vista delle sue personificazioni da O. WASER, come termine giuridico invece espressamente da G. KLEINFELLER che rimanda alla voce 'errore'. Già questa voce redatta da WASER tratta soltanto delle personificazioni, mentre il concetto

sione, cominciata già negli anni Settanta del secolo precedente, sulla teoria della volontà e della dichiarazione ha spinto non pochi giuristi a occuparsi dell'errore (15).

Il problema dell'errore in diritto romano, quindi, posto dalla letteratura e dalla storia del diritto, deve essere qui affrontato e bisogna provare a risolverlo. È vero che i concetti denominati attraverso le parole errore [n.d.t. *Irrtum*] e *error* non sono congruenti, essendo, come verrà mostrato, l'*error* in parte qualcosa in meno, in parte qualcosa in più dell'errore [n.d.t. *Irrtum*], ma i concetti per la maggior parte coincidono (16). Per questo è possibile definire di regola il nostro oggetto con la parola straniera 'Error' recepita [n.d.t. nella lingua tedesca] e questo conviene in coerenza con il fatto che la ricerca abbia esclusivamente ad oggetto qualcosa che si riferisce a quell'epoca. Fondamento della disciplina di diritto romano sull'errore sono tutte le fonti giuridiche romane in senso stretto, principalmente i responsi dei giuristi e i provvedimenti imperiali, mentre le testimonianze letterarie, fonti profane, vengono utilizzate solo se selezionate e in prevalenza per questioni relative alla terminologia.

Dato che, per il carattere storico del compito, il suo contesto è determinato attraverso quello delle fonti, non ci sarà mai qui nessuna limitazione (17), soprattutto quella che potrebbe derivare dai punti di vista moderni. Non verranno tralasciati passi per il fatto che

giuridico manca nonostante quel rinvio. *Bona fides* e *consensus* hanno una propria voce, 'Irrtum' no. Il *Dictionnaire des antiquités de Daremberg et Sogliò* non dedica alcuna voce a 'erreur' o 'error'.

(15) Per esempio, L. SCHEIFF, *Die Divergenz zwischen Wille und Erklärung*, Bonn, 1879; R. LEONHARD, *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte*, I-II, Berlin, 1882-1883, 1907². Si veda H. VON HOLLANDER, *Zur Lehre vom error nach römischem Recht*, Halle, 1898, pp. 11 s., 145 s. R. HENLE, *Vorstellungs- und Willenstheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung*, Leipzig, 1910, p. 24 nt. 15, p. 386 nt. 2. Al contrario, J. BINDER, *Wille und Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäftes*, in *Archiv für Sozial- und Wirtschaftsphilosophie*, 5 (1912), pp. 414 ss.

(16) Con lo stesso significato di 'Irrtum', ma meno utilizzabile sono [n.d.t. nella lingua tedesca] 'Irrsal' e 'Irre'.

(17) Per un numero limitato di fonti, si veda H. VON HOLLANDER, *Zur Lehre vom error nach römischem Recht*, cit., p. 10: « le eccessive dimensioni della materia possono portare a rendere difficoltosa la visione d'insieme dell'intero e di frenare l'evoluzione ». Tuttavia, non è riconoscibile se tale autore ci abbia provato. Per quanto mi riguarda, ho ritenuto la completezza necessaria e la ritengo soltanto utile.

non costituiscono un contributo per la conoscenza dell'essenza dell'errore oppure perché essi non offrono un interesse giuridico diretto. E, ancora, molto meno si avrà una selezione di fonti nel senso di annotare solo le testimonianze che contengono un errore rilevante per il diritto privato o per il diritto penale o per un altro ramo del diritto. Di questo tipo di differenze bisogna certamente tenere conto nella spiegazione dell'efficacia giuridica dell'errore. Così arriviamo a parlare della principale suddivisione dell'opera.

Dopo l'inventario dei passi in tema di errore tramite il loro impiego, cioè tramite la loro sequenza, si è per esempio sentita la necessità non soltanto di distinguere, dove possibile, una fattispecie e le conseguenze giuridiche, ma, per evitare incertezze e ripetizioni, di sintetizzare quanto inerisce alla fattispecie in sé: soltanto attraverso la messa in parallelo dei passi relativi alla stessa fattispecie e la suddivisione sulla base di differenze relative alla fattispecie, si può riconoscere la fattispecie dell'errore e in seguito il suo concetto, che in nessun modo è una misura già conosciuta. Questa conoscenza verrebbe però pregiudicata se detto passo venisse allo stesso tempo anche esaminato in merito all'effetto giuridico dell'errore e, con questo, venisse interrotta la continuità della fattispecie dell'errore: anche nella caccia nell'ambito della ricerca scientifica non è dato inseguire, contemporaneamente e con successo, due lepri. Il fatto che qui la fattispecie e l'effetto giuridico dell'errore saranno sempre rappresentati sistematicamente separati accade perché mancava una definizione dell'errore basata su tutti i casi di errore delle testimonianze e il compito di fornirla si mostrava così ampio e gravoso che la sua pura realizzazione sarebbe stata ingarbugliata, resa oscura e ritardata, se si fosse collegata ad essa anche l'esposizione delle conseguenze giuridiche; perché efficacia e inefficacia giuridica, tenendosi conto della molteplicità dei tipi e del carattere oscillante della terminologia⁽¹⁸⁾, sono temi che di per sé necessitano di una propria ricerca, che non può essere condotta incidentalmente, ma solo dopo il compendio valido per le fattispecie. Con un'unione di entrambe le ricerche, adeguata per tematiche più piccole, la conoscenza dell'una e dell'altra metà dell'ambito dell'errore ne avrebbe

⁽¹⁸⁾ L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, I, Leipzig, 1908, pp. 237-240.

sofferto. È per questo che alla seconda prospettiva, cioè all'effetto giuridico dell'errore, è stata dedicata la seconda parte dell'opera. Il fatto che la prima parte, dedicata alla fattispecie e al concetto, abbia coperto l'intera estensione del presente volume, deriva in parte dalla vastità della materia e in parte dal fatto che, per così dire, doveva iniziare *ab ovo*. Il secondo volume potrà risultare significativamente più piccolo, perché non deve trattare testimonianze giuridicamente irrilevanti e non deve ripetere i testi delle fonti e può trattare le fattispecie come già note.

Lo schema del presente volume consiste, innanzitutto, nel fatto che, nel suo primo libro, vengono citati i casi di errore, ossia i casi che costituiscono o contengono un errore e, nel secondo libro, viene esposto il *concetto* di errore da ciò derivante, viene confrontato con figure affini o contrastanti e studiato, tenendo conto delle sue caratteristiche e dell'origine. Un confronto dei risultati del primo e del secondo volume con la letteratura romanistica sull'errore costituirà la parte finale.

Questo secondo volume si basa sui casi di errore che compongono il primo volume. Dipende perciò dall'attendibilità del criterio con cui i casi di errore vengono definiti come tali. Per prima cosa è incontestabilmente ammesso e vincolante il fatto che le parole *error* e *errare* siano gli strumenti abituali per esprimere la presenza di un errore. I passi che contengono questi termini formeranno per questo motivo il *primo* gruppo principale delle testimonianze sull'errore; come questo stesso si scomponga successivamente, verrà discusso un po' all'inizio, un po' nel prosieguo della trattazione.

Il *secondo* gruppo principale comprende le *sostituzioni* oppure i passi con sostituzione, cioè quelle testimonianze che utilizzano per descrivere l'errore non '*error*' o '*errare*', ma espressioni con lo stesso significato, quindi sostituti di quei termini antichi, ammessi dalla lingua. Questi sostituti sono espressioni tecniche di secondo ordine. Si suddividono poi a seconda che sostituiscano quel termine completamente oppure soltanto parzialmente.

Il *terzo* e ultimo gruppo principale si compone di quelle testimonianze sull'errore che indicano l'errore non con un'espressione tecnica, ma lo descrivono soltanto in altro modo. Verranno qui chiamate con il termine passi con *perifrasi*. Poiché in queste

testimonianze l'errore non è riconoscibile con un'espressione tecnica, l'appartenenza a questo gruppo principale può avvenire solo secondo criteri fattuali.

Se per il primo gruppo principale viene fornito il criterio della presenza del termine 'errore' in via diretta, per gli altri due il criterio deve essere fornito dalle testimonianze di passaggio, cioè quelle fonti che si dimostrano essere passi in tema di errore per vicinanza linguistica ora al primo (e al secondo) ora al primo o al secondo gruppo principale (e al terzo). Attraverso queste testimonianze di passaggio la relazione fattuale dei tre gruppi principali è mantenuta o costruita correttamente per mezzo della lingua e così è guadagnato un sistema dei passi e dei casi tramandati sull'errore, se possibile completo, in parte linguisticamente, in parte fondato su dati di fatto.

Il concetto di errore, quindi, si svincola da questo materiale di partenza e dal menzionato contenuto più distante del secondo libro, all'inizio del quale verrà fornito un quadro d'insieme del contenuto di quel libro.

Premessa

Con passione ho redatto questo libro, per appassionare gli altri l'ho pubblicato. È redatto con passione, perché cercavo attraverso la sua elaborazione di fare chiarezza sulle questioni che vi sono trattate. Con la redazione credo di aver raggiunto questo scopo. È pubblicato per appassionare gli altri, perché ho pensato di potere in questo modo offrire loro un contributo. Se sono riuscito nello scopo, può emergere solo nel corso degli anni. Poiché non si pretende da nessuno che il libro venga acquistato o anche soltanto letto, così nessuno, cui capiti sott'occhio, può adirarsi con l'autore a causa della sua pubblicazione.

Dato che ci si assumeva un compito di carattere storico che andava risolto con metodo storico, si è dovuto trattare il tema nella dimensione determinata dalla letteratura giuridica romana, e cioè dalle fonti giuridiche romane. Non poteva perciò avere luogo una limitazione determinata da concetti moderni (ad esempio il negozio giuridico).

Non si possono servire contemporaneamente due padroni: la necessità pratica e la verità storica. Da ciò deriva lo stato della letteratura sull'errore durante il periodo del dominio delle Pandette. Nonostante l'abbondante e vasta letteratura, l'errore è ancora una terra in gran parte sconosciuta.

Lo studio dell'errore in diritto romano può giovare alla conoscenza del significato dell'errore nei diritti odierni e nella moderna vita del diritto. Ricerca storica che può giovare anche al presente. « Si tratta di un ritorno ai punti di partenza della ricerca con l'approfondita e più articolata comprensione che proprio la ricerca condotta nel passato ci ha mostrato » (19).

La premessa contiene spesso istruzioni per l'uso e tali istruzioni si trovano nella premessa nel posto giusto. Tuttavia, malgrado tali istruzioni, la maggioranza dei lettori procede a propria discrezione o secondo la propria necessità nell'impiego del libro.

Che sia vero o meno che, nella trattazione dell'intera disciplina dell'errore, fino ad ora solo sporadicamente considerata, non si sia mai proseguito e non si sia conquistato alcun risultato scientifico.

Se non è vero, allora la presente ricerca può colmare una lacuna della scienza romanistica e anche della filosofia, perlomeno può rendere un piccolo servizio alla psicologia.

Se, invece, è vero, allora quello che fino ad ora si è soltanto sostenuto, ma non è stato dimostrato, verrà dimostrato attraverso l'infruttuosità della ricerca qui proposta: un risultato che è sì più scarso rispetto a quello precedentemente menzionato, ma non del tutto privo di valore. Assumendo il punto di vista di Kierulff (20), con la descrizione della dottrina dell'errore secondo le fonti giuridiche romane posso avere l'intenzione di mettere in luce un diritto non immediatamente pratico, vigente e da applicare nelle aree del diritto comune. Tuttavia, desidero piuttosto prescindere dalla questione della vigenza e dal fatto che in alcuni Paesi si amministra la giustizia secondo il *Corpus iuris civilis* e fare emergere la disciplina dall'errore in diritto romano. Ma perché limitarsi al *Corpus iuris civilis*? Non accada!

(19) E. MACH, *Erkenntnis und Irrtum. Skizzen zur Psychologie der Forschung*, Leipzig, 1917³, pp. 16 s.

(20) J.F. KIERULFF, *Theorie des gemeinen Civilrechts*, cit., pp. 19 s.

Il fatto che l'errore abbia qualcosa che inficia la normale fattispecie, che l'allontana e la deruba della normale efficacia, non lo si può dire dell'errore nella fattispecie dell'usucapione (*condicio usucapionis*). Si può soltanto spiegare l'usucapione stesso come un qualcosa che si allontana dal normale corso delle cose, che principalmente consiste in un erroneo possesso, possesso della cosa altrui senza consapevolezza dell'anomalia o dell'alterità, che contiene così l'errore come componente essenziale.

Al contrario della seconda parte, che non è ancora stata scritta e che tratta delle conseguenze giuridiche e perciò concerne solo i giuristi, o al massimo anche gli economisti nazionali, l'oggetto di questo volume, nello specifico la fattispecie dell'errore, non appartiene soltanto alla giurisprudenza, perché la costruzione dell'errore appartiene anche agli ambiti e alla cerchia d'interessi della filosofia, in particolare della logica e della psicologia (anche della linguistica latina). Pertanto, l'errore è ora completamente, ora parzialmente il contrario della verità, della realtà o dell'ordine (della norma) ed è inoltre un fenomeno dell'inconscio. Una discussione su questo tema, in pratica immensamente diffuso e in teoria avvincente per la sua composizione, poiché questa discussione si nutre fondamentalmente di quella materia che costituisce la meraviglia del diritto romano, dovrebbe incontrare anche l'interesse del filosofo e non soltanto del filosofo del diritto.

APPENDICE V:
LETTERA DI PHILIPP LOTMAR A KARL VON AMIRA DEL
24.4.1922 DA BERNA

Nota di traduzione (Iole Fagnoli)

Si è scelto di pubblicare la lettera che segue, perché è l'ultima in assoluto del lungo carteggio di Lotmar con Amira, snodatosi per un arco temporale di quasi cinquant'anni. Alcune settimane dopo, il 29 maggio 1922, infatti Lotmar si spense.

La lettera è importante, inoltre, perché prova in modo lampante la passione di Lotmar per il tema dell'errore e la sua determinazione, fino alla fine, pur in una condizione fisica compromessa, a completare l'opera e darla alle stampe.

Caro Amira!

Già da lungo tempo ci tengo a ringraziarti calorosamente per la tua lettera del 9 marzo che mi ha rallegrato molto con la sua minuziosità, nonostante gli avvenimenti che racconta siano perlopiù tutt'altro che allegri. In particolare mi ha rattristato molto il tuo racconto sull'incidente che ti è capitato all'inizio di febbraio. Certamente hai superato con la solita forza di spirito i colpi che ti sono stati incolpevolmente assegnati dal destino. Ma quello che hai dovuto sopportare — a prescindere dal coinvolgimento di tua moglie — è certamente così terribile che dovresti fare di tutto per evitare che si ripeta. Per prima cosa non dovresti esporti di nuovo al rischio di scivolare sul terreno ghiacciato. Non potresti rimandare le tue lezioni invernali a ore della giornata in cui, se non con il calore del sole, almeno con l'insabbiatura della strada la scivolosità del terreno è ridotta? Certamente è una tua vecchia abitudine svolgere l'attività didattica la mattina presto, ma quando questo, come si è dimostrato, può essere molto pericoloso, devi essere cauto a non trascurare il 'rischio professionale'. Un altro rimedio sarebbe quello di farti portare sul posto di lavoro da una vettura durante le settimane pericolose: ciò determinerebbe esborsi, quali vengono sostenuti anche dagli altri appartenenti al 'popolo lavorativo'. Per la mancanza di movimento all'aperto a causa dall'incidente, si trovano facilmente soluzioni alternative. Poiché, come tu scrivi, quel male ti dà del filo da torcere da mesi, riflettendo sull'eliminazione del rischio, troverai certamente un metodo che ti aggrada.

Quando nella tua lettera, dopo la descrizione del brutto incidente e la lamentela sul vostro bisogno ossessionante di un inseriente domestico, si giunge al resoconto sulle pene di morte ci si conforta. Mi congratulo con te che ora hai già trenta bozze di un formato insolitamente grande di fronte a te e che la metà di esse sembra essere stata completata. Questo è di nuovo un lavoro che sarebbe un risultato impressionante anche se scritto da un triumvirato di autori. Il fatto che in libreria costerà così tanto da non poter essere facilmente acquistato dai privati, non può sminuire in alcun

modo la gioia per la tua produzione. Anche il fatto che la stampa sia più lenta di quanto potessi supporre non dovrebbe mai farti arrabbiare o affliggerti: quando arriverà il momento in cui non potrai più fare nessun lavoro, desidererai ardentemente quello precedente. A meno che tu, senza preoccuparti della sua messa alle stampe, non ti butti sul secondo volume dell'opera 'Lo specchio sassone'. Il fatto che il 'progetto del dizionario' si sia fermato è certamente increscioso, in particolare, per uno dei suoi padri o per il suo padre principale. Tuttavia, questa è solo una delle mille cattive conseguenze della lunga guerra e della sconfitta. Chi non ci ha rimesso un figlio dovrebbe considerarsi fortunato.

Tu invidi, come scrivi, il coraggio con cui lavoro di nuovo all'errore. Non hai in realtà alcun motivo per invidiare qualcuno sul terreno scientifico. Non posso neanche io dire che il mio comportamento richieda coraggio, perché non vedo nessun rischio; certamente la mia impresa richiede rassegnazione e passione. Il fatto che abbia abbandonato per ora il diritto del lavoro, è dovuto alla convinzione che devo, per prima cosa, coltivare la mia antica passione. Se riuscissi in ciò a raggiungere lo scopo e se mi rimanesse ancora energia per il contratto di prestazione di fare ⁽¹⁾, ciò sarebbe così insperato e positivo che accetterei l'assenza temporanea. Solo che la natura spietata non farà maturare tutti questi progetti. In entrambi i primi mesi di quest'anno un'influenza intestinale mi ha tormentato e reso difficile il lavoro e ultimamente compaiono disturbi cardiaci che hanno spinto il mio medico a prescrivermi di non tenere l'insegnamento in questo semestre. Se prescindiamo dal profilo economico, ciò naturalmente giova all'errore, senza nuocermi!

I miei stanno bene. Mi hanno molto interessato le notizie sulla signorina Annele: semplicemente non dovrebbe stancarsi troppo. Avrò certamente alcuni giorni di ferie e li trascorrerò a casa. Saluti a tua moglie e alla signorina Tilla, fammi sapere quando ti sarai rimesso e ancora grazie il tuo devoto,

Lotmar

Berna, 24 aprile 1922

⁽¹⁾ Il riferimento è genericamente alla sua produzione scientifica in diritto del lavoro (§§ 5-6).

ELENCO DEGLI SCRITTI DI PHILIPP LOTMAR

1874

- Rec. a G.M. von Kujawa, Tabellen zur Rechtsgeschichte, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 16, 1874, pp. 419-421;

1875

- Rec. a T. Loewenfeld, *Actio de in rem verso*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 17, 1875, pp. 550-555;
- *Über causa im römischen Recht. Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften (Diss. iur.)*, München, 1875, pp. VIII-179.

1876

- *Zur legis actio sacramento in rem*, München, 1876, pp. VI-145.

1878

- *Kritische Studien in Sachen der Contravindication (Habilitationsschrift)*, München, 1878, pp. IV-181.

1881

- Rec. a L.A. von Arnesberg, *Lehrbuch der Pandekten*, X ed., in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 23, 1881, pp. 194-196.

1883

- Rec. a R. Leonhard, *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte*, I, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 25, 1883, pp. 368-431.

1884

- Rec. a R. Leonhard, *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte*, II, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 26, 1884, pp. 220-277;
- Rec. a A.S. Schultze, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 26 suppl., 1884, pp. 637-711.

1885

- Rec. a J. Baron, Geschichte des römischen Rechts, I, in Göttingische Gelehrte Anzeigen, 13-14, 1885, pp. 580-584;
- Rec. a H. George, Soziale Probleme, traduzione F. Stöpel, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 7 del 07.02.1885, coll. 209 s.;
- Rec. a F. Reitzenstein, E. Nasse, Agrarische Zustände in Frankreich und England, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 11 del 07.03.1885, coll. 350 s.;
- Rec. a G. Gross, K. Marx, Eine Studie, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 14 del 28.03.1885, col. 468;
- Rec. a K.J. Seitz, Grundlagen einer Geschichte der römischen possessio, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 29 del 11.07.1885, coll. 971-973;
- Rec. a F. Kahn, Römisches Frauen-Erbrecht, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 29 del 11.07.1885, coll. 973 s.;
- Rec. a F. Hofmann, Kritische Studien im römischen Rechte, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 40 del 26.09.1885, coll. 1385-1387;
- Rec. a L. Pninski, Der Thatbestand des Sachbesitzererwbs nach gem. Recht, I, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 41 del 03.10.1885, coll. 1419-1421;
- Rec. a V. Puntchart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 49 del 28.11.1885, coll. 1673-1675.

1886

- Rec. a L. Bridel, La femme et le droit, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 6 del 30.01.1886, coll. 191 s.;
- Rec. a E. Strohal, Succession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 14 del 27.03.1886, coll. 468 s.;
- Rec. a J. Voigt, Vom Besitz des Sequesters nach dem römischen Recht zur Zeit der classischen Jurisprudenz, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 24 del 05.06.1886, coll. 829 s.;
- Rec. a F. Kniep, Vacua possessio, I, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 35 del 21.08.1886, coll. 1086 ss.;
- Rec. a A. Langfeld, Die Lehre vom Retentionsrecht nach gemeinem Recht, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 35 del 21.08.1886, coll. 1199 s.;
- Rec. a E. Danz, Die Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung und die Verträge zu Gunsten Dritter nach gemeinem Recht, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 44, del 23.10.1886, coll. 1528-1530;
- Rec. a L. Felix, Entwicklungsgeschichte des Eigenthums unter culturgeschichtlichem und wirtschaftlichem Standpuncte, II, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 46 del 06.11.1886., coll. 1590-1592;
- Rec. a H.A. Post, Ethnologische Jurisprudenz, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 25 del 12.06.1886, coll. 858 ss.;

- Rec. a L. Mitteis, Die Individualisierung der Obligation, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 52 del 18.12.1886, coll. 1786 s.;
- Rec. a O.E. Hartmann, Der Ordo Judiciorum und die Judicia extraordinaria der Römer I: Über die römische Gerichtsverfassung, parte 2, completato ed edito da A. Ubbelohde, in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 28, 1886, pp. 313-341.

1887

- Rec. a A. Scheurl, Zur Lehre vom römischen Besitzrecht, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 7 del 12.02.1887, coll. 212 s.;
- Rec. a J.E. Kuntze, Die Obligationen im römischen und heutigen Recht und das Ius extraordinarium der römischen Kaiserzeit. Zwei Abhandlungen, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 21 del 21.05.1887, coll. 712-714;
- Rec. a E. Pfersche, Privatrechtliche Abhandlungen, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 26 del 25.06.1887, coll. 879-881;
- Rec. a C.G. Bruns, Fontes iuris romani antiqui, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 38 del 17.09.1887, coll. 1305 s.;
- Rec. a M. Voigt, Über die staatsrechtliche possessio und den ager compascuus der römischen Republik, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 48 del 26.11.1887, coll. 1626 s.;
- Rec. a O. Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 45 del 05.11.1887, coll. 1531 s.;
- Über Plus est in re, quam in existimatione und Plus est in opinione, quam in veritate, in Festgabe zum Doctor-Jubiläum des Herrn Geheimen Raths und Professors Dr. Joh. Jul. Wilh. v. Planck, München, 1887, pp. 57-115.

1888

- Rec. a F. Endemann, Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Rechte, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 38 del 15.09.1888, coll. 1309 s.;
- Rec. a E. Hruza, Über das Lege agere pro tutela, in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 30, 1888, pp. 183-188;
- Rec. a T. Engelmann, Die custodiae praestatio nach römischem Recht, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 4 del 21.01.1888, coll. 117 s.;
- Rec. a O. Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 29 del 14.07.1888, coll. 979-981;
- Rec. a K. von Czychlarz, Die Eigentumserwerbsarten des Pandektentitels de acquirendo rerum dominio, 41, 1, in Literarisches Centralblatt für Deutschland, n. 35 del 25.08.1888, coll. 1192 s.

1889-1894

- Curatela e integrazione di A. von Brinz, Lehrbuch der Pandekten, voll. 3 e 4, II ed., Erlangen, 1889/1892/1894.

1889

- Rec. a L. Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, I, in *Literarisches Centralblatt für Deutschland*, n. 2 del 05.01.1889, coll. 55 s.;
- Rec. a M. Wlassak, Römische Prozeßgesetze, I, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 31, 1889, pp. 481-489;
- *Curatela e integrazione di A. von Brinz, Lehrbuch der Pandekten*, vol. 3, II parte: Die Familienrechte und die Vormundschaften, II ed., Erlangen/Leipzig, 1889, pp. XIV-587-896.

1890

- Rec. a O. Wendt, Lehrbuch der Pandekten, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 32, 1890, pp. 517-530.

1892-1894

- *Curatela e integrazione di A. von Brinz, Lehrbuch der Pandekten*, vol. 4: Die Handlungen, II ed., Erlangen/Leipzig, 1892/1894, pp. VI-549.

1892

- Rec. a H. Pflüger, Die sogenannten Besitzklagen des römischen Rechts, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 34, 1892, pp. 35-45.

1893

- Vom Rechte, das mit uns geboren ist. Die Gerechtigkeit. Zwei Vorträge (gehalten in Bern 1891), Bern, 1893, 95 p. (I: pp. 7-46, II: pp. 49-95);
- Rec. a M. Wlassak, Römische Prozessgesetze, II, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 35, 1893, pp. 161-175.

1894

- Die Verteilung der Dosfrüchte nach Auflösung der Ehe, in *Jherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 33, 1894, pp. 225-298.

1895

- Der Dienstvertrag des zweiten Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, 8, 1895, pp. 1-74.

1896

- Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht, Leipzig, 1896, pp. X-198.

1898

- Die Freiheit der Berufswahl. Rektoratsrede gehalten am 4. Dezember 1897, Leipzig, 1898, pp. 1-47.

1900

- Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, in Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, 15, 1900, pp. 1-122 (traduzione italiana parziale di L. Gaeta, I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, XXII, 1984, pp. 313 ss.).

1902

- Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches I, Leipzig, 1902, pp. XXII-827;
- Referat und Diskussion zum Dienstvertrag, in Zeitschrift für schweiz. Recht, 21, 1902, pp. 607-642; [Ristampa in P. Lotmar, Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht. Forderungen an den Gesetzgeber. Gesammelte Schriften, curato da M. Rehbinder, Bern, 1991, pp. 87-117];
- Versuch einer gesetzlichen Regelung des Tarifvertrages, in Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik, 11, 1901-1902, n. 14 del 02.01.1902, coll. 349-351. Cfr. anche, non sotto il nome di Lotmar, Bericht über den Entwurf Sulzer/Lotmar im Schweizerischen Grütliverein;
- Der Dienstvertrag im künftigen schweizerischen Civilrecht (Referat für die 40. Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins in Sarnen), in Zeitschrift für schweizerisches Recht, 43, 1902, pp. 507-556. [Ristampa in P. Lotmar, Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht. Forderungen an den Gesetzgeber. Gesammelte Schriften, curato da M. Rehbinder, Bern, 1991, pp. 43-83].

1903

- Brinz, Alois (v.), in Allgemeine Deutsche Biographie, 47, 1903, pp. 241-259;
- Dienstvertrag, in Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung, curato da N. Reichesberg, vol. I, Bern, 1903, pp. 773-782. [Ristampa in P. Lotmar, Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht. Forderungen an den Gesetzgeber. Gesammelte Schriften, curato da M. Rehbinder, Bern, 1991, pp. 29-42].

1905

- Der Dienstvertrag im Entwurf des Zivilgesetzbuches. Ein Gutachten, in Schweizerische Blätter für Wirtschafts- und Sozialpolitik, curato da N. Reichesberg, 13.1, Bern, 1905, pp. 257-282. [Ristampa in P. Lotmar, Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht. Forderungen an den Gesetzgeber. Gesammelte Schriften, curato da M. Rehbinder, Bern, 1991, pp. 119-147];

- Unabdingbarkeit der Tarifverträge (Anmerkung gegen G. Baum), in Gewerbe- und Kaufmannsgericht Wandsbek, 10, 1904-1905, supplemento al n. 12 del 01.09.1905, col. 386.

1908

- Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, II, Leipzig, 1908, pp. XVII-1049;
- Die Mai-Aussperrung, in Gewerbe und Kaufmannsgericht Wandsbek, 13, 1907/1908, n. 10 del 01.07.1908, coll. 225-232;
- Empfiehlt sich die gesetzliche Regelung des gewerblichen Tarifvertrages?, in Deutsche Juristenzeitung, 13, 1908, nn. 16-17 del 01.09.1908, coll. 902-909.

1909

- Die Verrufserklärung vertragsbrüchiger Arbeiter durch den Zechenverband. Ein Gutachten, in Soziale Praxis. Zentralblatt für Sozialpolitik, 18, 1908-1909, n. 5 del 29 ottobre 1908, pp. 108-112.

1910

- Zur Geschichte des *interdictum quod legatorum*, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung, 31, 1910, pp. 89-158.

1912

- Lex Julia de adulteriis und incestum, in Mélanges P.F. Girard. Etudes de droit romain, II, Paris, pp. 119-143;
- Marc Aurels Erlass über die Freilassungsaufgabe, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung, 33, 1912, pp. 304-382;
- Das neue Schweizerische Obligationenrecht und der Arbeitsvertrag, in Gewerbe und Kaufmannsgericht Wandsbek, 17, 1911-1912, n. 7 del 01.04.1912, coll. 145-154;
- Die Werkspensionskassen und das Reichsgericht, in Correspondenzblatt der Generalkommission der Gewerkschaften Deutschlands 1912, Beilage Arbeitsrecht, n. 3 del 09.03.1912, pp. 22-23.

1913

- Die Idee eines einheitlichen Arbeitsrechts, in Gewerbe und Kaufmannsgericht Wandsbek, 18, 1912-1913, n. 11 del 01.08.1913, coll. 277-284;
- Lohnabzüge für Wohlfahrtseinrichtungen, in Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 36, 1913, pp. 735-757;
- Lohnabzug wegen vorzeitiger Aufhebung eines gewerblichen Akkordes. Ein Gutachten, in Archiv für bürgerlichen Recht, 38, 1913, pp. 282-309.

1914

- Ist Zugehörigkeit zu einem feindlichen Staate ein Entlassungsgrund, in *Gewerbe und Kaufmannsgericht Wandsbek*, 20, 1914-1915, n. 2 del 01.01.1914, coll. 41-46.

1915

- Streikbruch und Streikarbeit. Ein Kapitel aus dem Privatrecht des Streikes (nach einem Vortrag vor der Wiener Juristischen Gesellschaft im Januar 1914), in *Arbeitsrecht. Jahrbuch für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten*, II, 1914-1915, 3-4 1915, pp. 265-288;
- Streikarbeit, in *Jahrbuch der Angestelltenbewegung*, vol. 2, pp. 83-93.

1918

- Die Litiskontestation im römischen Akkusationsprozess, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 31, 1918, pp. 249-279.

Edizioni postume

1991

- *Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht. Forderungen an den Gesetzgeber. Gesammelte Schriften*, a cura di M. Rehbinder, Bern, pp. 1-160.

1992

- *Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie*, a cura di J. Rückert, Frankfurt am Main, pp. LXXXVI-689.

2019

- *Das römische Recht vom Error*, a cura di I. Fagnoli, Frankfurt am Main, pp. XXXII-1123.

NOTA BIBLIOGRAFICA MINIMA
SULL'OPERA DI PHILIPP LOTMAR

1. Tra i contributi più risalenti di carattere generale sul nostro autore cfr. quello dell'allievo GMÜR (s.n.), *Professor Philipp Lotmar*, in *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 1922, pp. 263 ss.; vedi inoltre P. LOEWENFELD, *Lotmar*, in *Soziale Monatshefte*, 1921, pp. 49 ss.; H. TITZE, *Philipp Lotmar*, in *Deutsches Biographisches Jahrbuch*, 4, 1929, pp. 174 ss. Per utili notizie familiari cfr. W. FUCHS, *Paul und Fritz. Zur Freundschaft von Paul Klee mit dem Nervenarzt Fritz Lotmar*, in *Zwitscher-Maschine*, 2016, n. 2 (estate 2016), pp. 55 ss. (<https://www.zwitscher-maschine.org/archive/2016/9/11/fuchsklee-und-die-freundschaft-mit-fritz-lotmar>, abgerufen am 6.6.2019). Anche l'introduzione di M. REHBINDER a P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, Berlin, 2001² è ricca di notizie inedite perché si avvale, tra gli altri, di documenti e ricerche negli archivi familiari. Il maggior studioso contemporaneo del pensiero di Lotmar è Joachim Rückert, del quale cfr. *Philipp Lotmars Konzeption von Freiheit und Wohlfahrt durch 'soziales' Recht (1850-1922)*, in P. LOTMAR, *Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1992; ID., *Philipp Lotmar*, in *Neue Deutsche Biographie*, 15, 1987, pp. 241 ss.; ID., *Philipp Lotmar (1850-1922). Römisches Recht, Rechtsphilosophie und Arbeitsrecht im Geiste von Freiheit und Sozialismus*, in *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, a cura di H. HEINRICH, H. FRANZKI, K. SCHMALZ, M. STOLLEIS, München, 1993, pp. 331 ss.; ID., *Lotmar, Philipp*, in *Neue Deutsche Biographie*, 15, 1987, pp. 241 ss. (online-Version: <https://www.deutschebiographie.de/pnd119096722.html#ndbcontent>); ID., *Philipp Lotmar - ein Rechtsphilosoph von Rang*, in *Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922)*, a cura di P. CARONI, Frankfurt am Main, 2003, pp. 152 ss.; ID., *Koalitionsrecht, Koalitionen und ihr Prinzip in Deutschland*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 50, 2019, pp. 515 ss. Ricchi di materiali sono i tre volumi che raccolgono gli atti di altrettanti convegni che si sono tenuto all'Università di Berna: *Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922)*, a cura di P. CARONI, Frankfurt am Main, 2003; *Philipp Lotmar - letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*, a cura di I. FARGNOLI, Frankfurt am Main, 2014; *Das römische Recht vom Error. Philipp Lotmars opus magnum. Forschungsband zum Kolloquium 2019 an der Universität Bern*, a cura di I. FARGNOLI-U. FASEL, Bern, 2020. Di I. FARGNOLI v. anche *Zwischen Begeisterung und Bitterkeit. Eugen Huber im Spiegel von Philipp Lotmars Briefen*, in *Die Macht der Tradition im Dienstbarkeitsrecht und Eugen Huber*, a cura di I. FARGNOLI-U. FASEL, Bern, 2016, pp. 15 ss.

2. Nella letteratura in lingua italiana si rimanda, anzitutto, a I. FARGNOLI, *Tra 'error' e 'locatio conductio'. Il percorso scientifico di Philipp Lotmar (1850-1922)*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, II, Milano, 2015, pp. 1173 ss. e L. NOGLER, *Philipp Lotmar (1850-1922)*, in *Lavoro e Diritto*, 11, 1997, pp. 205 ss. Circa il rapporto tra dogmatica e storia, M. VARVARO, *Riflessioni sui rapporti fra dogmatica giuridica e storia nel diritto nel pensiero di Philipp Lotmar*, in *Philipp Lotmar - letzter Pandektist*, cit., pp. 23 ss. I. FARGNOLI, *L'errore in diritto romano di Philipp Lotmar (1850-1922) tra storia e dogmatica*, in *Antologia romanistica ed antiquaria*, a cura di L. GAGLIARDI, II, Milano, 2018, pp. 293 ss. Sulla pubblicazione dell'inedito si vedano I. FARGNOLI, *L'inedito di Philipp Lotmar pubblicato nel XXI secolo*, in *LR online*, 2020, <https://europeanlegalroots.weebly.com/>; S. LO IACONO, *L'errore nella cancellazione delle tabulae e la dottrina di Philipp Lotmar*, in *LR online*, 2020, <https://europeanlegalroots.weebly.com/>. Sul rifiuto di Lotmar della teoria interpolazionistica v. I. FARGNOLI, *Poche ombre sugli entusiasmi coevi. Letture critiche della teoria interpolazionistica di Otto Gradenwitz tra Germania e Italia*, in *Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik. Gradenwitz, Riccobono e gli sviluppi della critica interpolazionistica*, a cura di M. AVENARIUS, C. BALDUS, F. LAMBERTI, M. VARVARO, Tübingen, 2018, pp. 239-254.

3. Su Lotmar e il diritto svizzero, cfr. l'introduzione a *Schweizerisches Arbeitsvertragsrecht. Forderungen an den Gesetzgeber. Gesammelte Schriften*, a cura di M. REHBINDER, Bern, 1991; E. EICHHOLZER, *Philipp Lotmar, in Gewerkschaftliche Rundschau*, 46, 1954, pp. 61 ss.; Id., *Ein Professor des altrömischen Rechts, Philipp Lotmar, als Förderer des modernen schweizerischen Arbeitsvertragsrechts*, ivi, 1974, pp. 145 ss.; C. GASSER, *Philipp Lotmar 1850-1922, Professor der Universität Bern*, Frankfurt am Main, 1997; I. FARGNOLI, *Philipp Lotmar und der Schweizerische Juristentag*, in *Berner Gedanken zum Recht. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014*, a cura di P.V. KUNZ, J. WEBER, A. LIENHARD, I. FARGNOLI, J. KREN KOSTKIEWICZ, Bern, 2014, pp. 531 ss.; I. FARGNOLI, *Das verpasste Vermächtnis von Philipp Lotmar im Schweizer Irrtumsrecht, in Anschauungen römischer Juristen und deren Fortwirken bis in das geltende schweizerische Recht*, a cura di I. FARGNOLI-U. FASEL, Bern, 2018, pp. 19 ss.

4. Nell'ambito della ricca letteratura sul pensiero giuslavoristico di Lotmar cfr. R. FLESCH, *Lotmars 'Arbeitsvertrag' und die Gewerbegerichte*, in *Das Gewerbegericht*, 1902, pp. 34 ss.; H. SINZHEIMER, *Ein Rechtssystem der Arbeit*, in *Archiv für Bürgerliches Recht*, 1910, pp. 315 ss.; M. WEBER, *Besprechung von Ph. Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. Erster Band*, in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, 17, 1902, p. 723. (traduzione in francese di R. MELOT con il titolo *Le contrat de travail de Philipp Lotmar: note critique de Max Weber*, in *Revue canadienne droit et société/Canadian Journal of Law and Society*, 24,

autunno 2009, pp. 147 ss.; E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, a cura di M. REHBINDER, Berlin, 1989⁴; H. SINZHEIMER, *Philipp Lotmar und die deutsche Arbeitsrechtswissenschaft*, in *Arbeitsrecht*, 1922, pp. 589 ss.; ID., *Philipp Lotmar*, in *Jüdische Klassiker der Deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1953², pp. 207 ss.; H.G. ISELE, *Philipp Lotmar und Hugo Sinzheimers Bedeutung für das moderne Tarifvertragsrecht*, in *Festschr. L. Barassi*, Milano, 1965, pp. 245 ss.; T. RAMM, *Philipp Lotmar und die Geschichte der Arbeitsverfassungen*, in *Zs. f. Arbeitsrecht*, 35, 2004, pp. 183 ss.; U. ZACHERT, *Philipp Lotmar, Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern*, in *Kritische Justiz*, vol. 40.4, 2007, pp. 428 ss.; M. REHBINDER, *Über die Geburt des Arbeitsrechts aus dem Geiste der Rechtssoziologie. Die Pionierarbeit von Philipp Lotmar*, in *Arbeit und Recht*, 2002, pp. 505 ss.; E. DORNDORF, *Markt und Moral in der Rechtfertigung des Arbeitsrechts bei Sinzheimer und Lotmar*, in *Die Entstehung d. Arbeitsrechts in Deutschland 1998*, a cura di H.G. NUTZINGER, pp. 231 ss.; E. DORNDORF, *Lotmars Arbeitsvertrag*, in *Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922)*, cit., p. 81; L. NOGLER, *Lotmars Aufklärung der Arbeitsverträge: manches Unrecht kann den Verlust seines Inkognitos nicht überleben*, in *Philipp Lotmar - letzter Pandektist*, cit., pp. 101-110; E. PICKER, *Arbeitsrecht als Privatrecht. Zur Leitidee der frühen Arbeitsrechtsdogmatik bei Lotmar und Jakobi*, in *Festschrift für Richardi zum 70. Geburtstag*, a cura di G. ANNUß, E. PICKER, H. WISMANN, München, 2007, pp. 141 ss.; T. GEISER, *Philipp Lotmar und seine Bedeutung für das schweizerische Arbeitsrecht*, in *Philipp Lotmar - letzter Pandektist*, cit., p. 111 ss.; F. HARTMANN, *Der Einfluss Philipp Lotmars auf die Entwicklung des deutschen Arbeitsrechts*, in *Philipp Lotmar - letzter Pandektist*, cit., pp. 127 ss.; L. NOGLER, *Philipp Lotmar: letzter Pandektist und erster Arbeitsrechtler*, in *Das römische Recht*, cit., pp. 123 ss.; M. COUTOU, *La naissance du contrat de travail comme concept juridique: Max Weber et Hugo Sinzheimer, critiques de Philipp Lotmar*, in *Canadian Journal of Law and Society/La Revue Canadienne Droit et Société*, 24, 2 August 2009, pp. 159 ss.

5. Molto più ricca è la letteratura in lingua italiana sul pensiero giuslavoristico di Lotmar. Tra i primi, G. MESSINA, *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, I, p. 458; A. GALIZIA, *Il contratto collettivo di lavoro*, Napoli, 1908; F. CARNELUTTI, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1913, I, pp. 354 ss.; L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*², Milano, I (1915), II, (1917); L. MENGONI, *L'oggetto della obbligazione*, in *JUS*, 1952, pp. 182 ss.; ID., *Obbligazioni 'di mezzi' e obbligazioni 'di risultato'*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, I, pp. 185 ss., 280 ss. e 366 ss.; G. GIUGNI, *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, Napoli, s.d.; ID., *Appunti per un profilo storico su "impresa e diritto del lavoro"*, in *Annali di storia dell'impresa*, Milano, 1985, pp. 375 ss.; G. VARDARO, *L'inderogabilità del contratto collettivo e le origini del pensiero giuridico-sindacale*, in *Gior-*

nale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 1979, p. 537; C. VANO, *Riflessione giuridica e relazioni industriali fra Ottocento e Novecento: alle origini del contratto collettivo di lavoro*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. MAZZACANE, Napoli, 1986; T. RAMM, 'I contratti di tariffa' di Philipp Lotmar: introduzione, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1984, pp. 303 ss.; P. MARCHETTI, *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale*, Milano, 2006; M. PEDRAZZOLI, *Philipp Lotmar e il nostro giuslavorismo: un secolo di influssi e suggestioni*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Bari, 2015, pp. 733 ss., pubblicato anche in *Philipp Lotmar - Letzter Pandektist*, cit., pp. 148 ss.; L. GAETA, *Lodovico Barassi, Philipp Lotmar e la cultura giuridica tedesca*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2001, p. 165; ID., *L'influenza delle culture giuridiche straniere sul diritto del lavoro italiano*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2015/6, pp. 205-232; L. NOGLER, *Philipp Lotmar e la scoperta del sistema dei contratti di lavoro ("più sono le libertà riconosciute dal diritto più grande è il contenuto della libertà dell'individuo)*, in *Estudios de Dereito do Trabalho. Em Homanagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, a cura di B. DA GAMA LOBO XAVIER e altri, Lisboa, 2017, pp. 45 ss.

INDICE DELLE FONTI

FONTI NON GIURIDICHE

ARISTOTELES

Ethica Nicomachea (ἠθικὰ Νικομάχεια)

1.8.15 85 nt. 52

CICERO

De officiis

3.17.69 112 nt. 27

3.25.95 104 nt. 13

Pro Caecina

26 20 nt. 5

CORNELIUS NEPOS

Aristides

1.4 57 nt. 3

GELLIUS

Noctes Atticae

11.18.18 83 nt. 49

LACTANTIUS

Divinae institutiones

5 78 nt. 36

PLATO

Critone (Κρίτων)

50.51 20 nt. 4

FONTI GIURIDICHE

I. FONTI PREGIUSTINIANEE

Consultatio

4.7.7.4 113 nt. 29

Gai Institutiones

1.53 104 nt. 16

3.157 111 nt. 25

Pauli Sententiae

3.4b.2 113 nt. 29

4.3.4 101 nt. 9

II. FONTI GIUSTINIANEE

Institutiones

1.2.23 109 nt. 21

1.8.2 104 nt. 16

2.20.36 113 nt. 29

3.19.24 112 nt. 25

5.2 36 nt. 33

Digesta

1.1.10 pr. 61 nt. 13

3.6.5 pr. 111 nt. 25

4.2.3.1 112 nt. 26

4.2.16.2 113 nt. 29

12.5.3 112 nt. 25

12.7.5 pr. 111 nt. 24, 113 nt. 28

13.7.36 pr. 113 nt. 28

16.3.31.1	78 nt. 38
17.1.6.3	111 nt. 24
17.1.22.6	112 nt. 25
17.2.57	111 nt. 24
18.1.34.3	110 nt. 22
18.1.35.2	111 nt. 24
18.48.19	99 nt. 6
19.2.21	109
21.1.43.4	113 nt. 29
23.2.42 pr.	113 nt. 28
24.1.5.15	101 nt. 9
28.7.14	113 nt. 29
28.7.15	112 nt. 26
30.112.3	113 nt. 29
34.6.1 pr.	113 nt. 29
35.2.102	109 nt. 21
36.1.70	101 nt. 9
37.4.3.5	111 nt. 24
39.5.29.2	113 nt. 29
43.30.1.5	104 nt. 16
42.8.19	101 nt. 9
44.5.1.5	110 nt. 22
44.5.2.1	110 nt. 22
44.5.2.2	110 nt. 22
45.1.26-27	112 nt. 25
46.1.70	111 nt. 24
47.2.1.1	99 nt. 6
47.2.20 pr.	113 nt. 28
48.5.24 pr.	112 nt. 25
49.15.2.2	111 nt. 24
50.16.42	112 nt. 25
50.17.144 pr.	103 nt. 11, 113 nt. 28

Codex

2.3.6	113 nt. 29
-------	------------

6.41.1.1	113 nt. 29
9.8.5	75 nt. 34

Novellae

69, praefatio	61 nt. 13
164, praefatio	58 nt. 5
163, praefatio	59 nt. 9

III. DIRITTO MODERNO E VIGENTE

Diritto territoriale per gli Stati prussiani (Landrecht für die Preussischen Staaten – ALR) 1794

T. I, 4 §§ 6,7	106 nt. 18
T. I, 3 § 35	106 nt. 18
T. I, 5 § 68	106 nt. 18

Codex Maximilianeus Bavaricus civilis (Bayerisches Landrecht), 1756

v. 1756 I, cap. 1 § 16	106 nt. 18
------------------------	------------

Codice civile francese (Code civil) 1804

Art. 1108	106 nt. 18
Art. 1131	106 nt. 18
Art. 1132	107 nt. 18
Art. 1133	106 nt. 18

Diritto territoriale per il Baden (Badisches Landrecht) 1810

Art. 1131	107 nt. 18
Art. 1133	107 nt. 18

Codice civile austriaco (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB) 1811

§ 878	107 nt. 18
-------	------------

Costituzione dell'impero tedesco (Verfassung des Deutschen Reiches) 1871

Art. 30	127 nt. 12
Art. 32	127 nt. 12

Codice civile per il regno di Sassonia (Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen) 1865

§ 90	107 nt. 18
§ 793	107 nt. 18

Codice civile del Regno d'Italia, 1865

§ 1119	107 nt. 18
§ 1122	107 nt. 18

Codice svizzero delle obbligazioni (Schweizerisches Obligationenrecht) 1883, 1911

§ 17	107 nt. 18
§ 181	107 nt. 18

Codice civile italiano (1942)

Art. 2222	251
-----------	-----

Preleggi al BGB

Art. 95	277, 277 nt. 7, 280
---------	---------------------

Codice civile tedesco (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) 1896

§ 134	300 nt. 27
§ 138 comma 1	107 nt. 18
§§ 145-155	222
§ 153	110 nt. 21
§ 157	222
§ 159	300

§ 164	208
§ 164 co. 1	216 nt. 105
§ 177	208, 216
§ 286	236, 238 nt. 136
§ 326	236, 238 nt. 136
§ 390	198 nt. 77
§ 611a (del 2017)	251
§ 612	231, 240
§ 616	302, 302 nt. 35
§§ 616-619	253, 277
§§ 617-619	277
§ 624	277
§ 633	231
§ 653	231
§ 719	298 nt. 23
§ 723	194 nt. 72
§ 737	194 nt. 72
§ 779	228
§ 1353	104 nt. 16
§ 1354	104 nt. 16
§ 1357	104 nt. 16
§ 1358	104 nt. 16
§ 1666	104 nt. 16

Codice civile tedesco, I bozza (Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, erster Entwurf, 1887)

§ 106	107 nt. 18
-------	------------

Ordinamento in materia di mestieri e professioni (Gewerbe Ordnung aus Deutschland – GewO) 1869

§ 81 a-b	199
§ 81 b n. 5	213
§ 86	199 nt. 78
§ 100 c	199 nt. 78
§ 101 co. 3	199 nt. 78

§ 103 n co. 1	199 nt. 78
§ 104 g	199 nt. 78
§ 105	221
§§ 105-125	313
§ 119a co. 2 n. 1	170 nt. 21
§ 120 e co. 3	170 nt. 21
§§ 123-124	243
§ 123 co. 1 nn. 1/3	225 nt. 122
§ 124b	283
§124 n. 5,	225 nt. 122
§ 128 co. 2	170 nt. 21
§ 130	170 nt. 21
§§ 133g-139aa	313
§ 134	246
§ 134 a co. 1	224
§§ 134, a-I	242
§ 134e co.1	224, 245
§ 134e co.2,	parte 1 a 243
§ 134e co.2	224, 225 nt. 122, 243
§ 134e co.2,	parte 2 a 243
§ 134 a co.3	243, 243 nt. 141
§ 134 b	242, 244
§ 134b n. 4	243
§ 134 b co. 1 n. 5	225 nt. 122
§ 134 b co. 3 parte 2	204
§ 134 d co. 2	204
§ 134 h	204
§ 135	146 nt. 39
§ 152	191, 193, 194, 195, 196, 196 nt. 76, 197, 200, 237
§ 152 co.2	195, 221
§ 153	189 nt. 58, 191, 196
§ 154	co. 2 242
§ 159	300

Legge sui tribunali in materia di mestieri e professioni (Gewerbegerichtsgesetz – GewGG) 1890

§ 62	204
§ 63	207 nt. 91

Legge sull'assicurazione degli invalidi (Invalidenversicherungsgesetz) 1899

§ 113 co. 1 n. 2	225 nt. 122
------------------	-------------

Statuto dell'associazione tedesca dei proprietari di fabbriche di tappezzeria (Statut des Vereins deutscher Tapetenfabrikanten) 1889

§ 40	184 nt. 50
------	------------

Disposizioni della tariffa dell'industria tipografica tedesca (Tarifausschuss der deutschen Buchdrucker) 1896

§§ 33-34	233
§ 41	202 nt. 81
§ 43	202 nt. 81
§§ 40-43	203 nt. 83
§ 47	167 nt. 16
§§ 49-53	203 nt. 83

Ordinanza sulla tariffa professionale degli avvocati (Gebührenordnung für Rechtsanwälte) 1879

§ 93	240
------	-----

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione. La giustizia tra diritto romano e diritto del lavoro.</i>	vii
1. Studi critici in materia di <i>contravindicatio</i> (1878): §§ 7-8	1
2. Del diritto che è nato con noi e la giustizia (1892).	13
2.1. Del diritto che è nato con noi	17
Appendice I:	
Lettera di Philipp Lotmar a Karl von Amira del 13.7.1886 da Monaco.	49
2.2. La giustizia	55
Appendice II:	
Lettera di Philipp Lotmar a Karl von Amira del 14.12.1890 da Berna.	89
3. Il contratto contrario alla morale, in particolare in diritto comune (1896): Premessa e §§ 1-2	95
Appendice III:	
Lettera di Philipp Lotmar a Karl von Amira del 9.12.1896 da Berna .	115
4. La libertà di scelta dell'attività professionale. Prolusione rettorale pronunciata il 4 dicembre 1897 (1898)	121
5. I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro (1900).	157
6. Il contratto di prestazione di fare secondo il diritto privato dell'impero tedesco, I (1902): Introduzione	249
Appendice IV:	
I. Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 13.4.1902 da Berna	297
II. Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 4.9.1905 da Berna	297
III. Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 2.12.1907 da Berna	301
IV. Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 19.6.1908 da Berna	303
V. Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 13.2.1910 da Berna	305
VI. Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 22.12.1911 da Berna	310
VII. Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 10.7.1912 da Berna	311
VIII. Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 13.3.1914 da Berna	312

IX. Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 19.10.1916 da Berna	313
X. Lettera di Philipp Lotmar a Hugo Daniel Sinzheimer del 6.1.1920 da Berna	314
7. L'errore in diritto romano (2019): Indice sommario, Introduzione e Premessa	417
Appendice V: Lettera di Philipp Lotmar a Karl von Amira del 24.4.1922 da Berna .	333
<i>Elenco degli scritti di Philipp Lotmar</i>	337
<i>Nota bibliografica minima sull'opera di Philipp Lotmar</i>	345
<i>Indice delle fonti</i>	349

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

- Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174
- Vol. 41 (2012), 8°, p. 940
- Vol. 42 (2013), 8°, p. 804
- Vol. 43 (2014) - Autonomia - Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1144
- Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262
- Vol. 45 (2016), 8°, p. 778
- Vol. 46 (2017) - Giuristi e Stato sociale, due tomi in 8°, p. 1060
- Vol. 47 (2018), 8°, p. 816
- Vol. 48 (2019), 8°, p. 840
- Vol. 49 (2020), 8°, p. 914

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465

- 10 Gioele Solari, **SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO**
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 **CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO**
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 **LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE**
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, **LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124
- 15 Emanuele Castrucci, **TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »**
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, **I SOGGETTI E LE NORME**
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, **UNO STATO PER ROMAGNOSI**
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, **SYSTEMA IURIS**
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, **GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE**
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, **LO STATO IMMAGINARIO**
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 **STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO**
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, **STILE FIORENTINO**
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, **UNO STATO PER ROMAGNOSI**
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254

- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO
LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87
- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536

- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO
DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474

- 53 Giovanni Cazzetta, *PRÆSUMITUR SEDUCTA*
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, *POTENZA E RAGIONE*
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, *LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO*
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden
(1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, *LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO*
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, *LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO*
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 Raffaele Volante, *IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO*
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 *CODICI*
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, *IURISDICTION*
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, *TRA LEGGE E CONTRATTO*
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, *LETTERE A MARIO FALCO*
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, *NEL SEGNO DEI TEMPI*
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, *PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)*
(2006), 8°, p. XII-374

- 68 Franco Cipriani, *SCRITTI IN ONORE DEI PATRES*
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, *INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO*
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, *SOCIETÀ, DIRITTO, STATO*
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, *L'ORDINE CORPORATIVO*
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, *RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE*
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)*
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, *SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI*
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, *IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"*
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, *CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA*
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, *ANTES LEYES QUE REYES*
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, *DIRITTO D'OLTREMARE*
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, *STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA*
I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, *NOBILTÀ DEL DIRITTO*
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, *LA RAGIONE DEL DIRITTO*
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, *GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007*
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268

- 83 Paolo Grossi, **TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE**
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, **COSTRUIRE LO STATO**
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 **DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, **LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO**
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, **UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I**
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, **STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA**
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, **IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE**
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 **DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, **CENSORI E GIURISTI**
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 **ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA**
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, **IL GIUDICE E LA LEGGE**
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo
Novecento
(2012), 8°, p. X-342

- 97 Rodrigo Míguez Núñez, **TERRA DI SCONTRI**
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360
- 98 Enrico Finzi, **“L’OFFICINA DELLE COSE”**
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, **L’INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA**
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, **SCRITTI CANONISTICI**
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, **PARTE TOTALE**
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440
- 102 Emanuele Somma, **JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO FRANCESE (1790-1795)**
(2013), 8°, p. VI-166
- 103 **DALLA COSTITUZIONE “INATTUATA” ALLA COSTITUZIONE “INATTUALE”?**
Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana
Materiali dall’incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 **STORIA E DIRITTO**
Esperienze a confronto
Atti dell’incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, **STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA**
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell’amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766
- 106 Paolo Grossi, **NOBILTÀ DEL DIRITTO**
Profili di giuristi - II
(2014), 8°, p. XII-334
- 107 Irene Stolzi, **LE INCHIESTE PARLAMENTARI**
Un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)
(2015), 8°, p. XXVIII-328
- 108 **GIUSTIZIA PENALE E POLITICA IN ITALIA TRA OTTO E NOVECENTO**
Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto
a cura di Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti
(2015), 8°, p. X-536
- 109 Giulio Abbate, **«UN DISPOTISMO ILLUMINATO E PATERNO»**
Riforme e codificazione nell’India britannica (1772-1883)
(2015), 8°, p. VIII-312

- 110 Piero Bellini, SUGLI USITATI PARADIGMI DELLA CANONISTICA OSSERVANTE
Considerazioni dissenzienti d'un canonista trasgressivo
(2016), 8°, p. VIII-284
- 111 Ferdinando Mazzeola, UN DIRITTO PER L'EUROPA INDUSTRIALE
Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra
(2016), 8°, p. X-346
- 112 ATTUALITÀ E STORIA DELLE CIRCOSTANZE DEL REATO
Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità
a cura di Roberto Bartoli e Michele Pifferi
(2016), 8°, p. VI-334
- 113 Maria Sole Testuzza, "IUS CORPORIS, QUASI IUS DE CORPORE DISPONENDI"
Il *tractatus de potestate in se ipsum* di Baltasar Gómez de Amescúa
(2016), 8°, p. IV-370
- 114 Alberto Spinosa, "CIVILI IN DIVERSISSIMO MODO"
Modello napoleonico e tradizioni giuridiche nazionali nell'Italia dell'Ottocento
(2017), 8°, p. XVIII-278
- 115 Raffaele Volante, LA SOSTITUZIONE DEGLI EFFETTI NEGOZIALI NEL DIRITTO COMUNE CLASSICO
(2017), 8°, p. VI-192
- 116 Federico Bambi, SCRIVERE IN LATINO, LEGGERE IN VOLGARE
Glossario dei testi notarili bilingui tra Due e Trecento
(2018), 8°, p. IV-370
- 117 Valerio Torreggiani, STATO E CULTURE CORPORATIVE NEL REGNO UNITO
Progetti per una rappresentanza degli interessi economici nella riflessione inglese della prima metà del XX secolo
(2018), 8°, p. IV-282
- 118 Maurizio Fioravanti, LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo
(2018), 8°, p. VIII-494
- 119 Francesco Saverio Nisio, LUCIEN LÉVY-BRUHL
Filosofia, scienze sociali, giustizia
(2019), 8°, p. VIII-796
- 120 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE DI WEIMAR
Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti
(2019), 8°, p. XXII-110
- 121 SINDACATI E DIRITTO DEL LAVORO TRA DITTATURE E DEMOCRAZIE NELL'EUROPA MEDITERRANEA E LATINA DEL XX SECOLO
a cura di Irene Stolzi
(2019), 8°, p. VI-312
- 122 Paolo Passaniti, IL DIRITTO CANGIANTE
Il lungo Novecento giuridico del paesaggio italiano
(2019), 8°, p. XVI-246
- 123 Philipp Lotmar, LA GIUSTIZIA E ALTRI SCRITTI
a cura di Iole Fagnoli e Luca Nogler
(2020), 8°, p. XXII-358

€ 38,00

024211527

ISBN 978-88-28-82801-3



9 788828 828013