

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

3-4

(1974-75)

Il “Socialismo giuridico”
Ipotesi e letture

TOMO I



giuffrè editore milano

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1975) Tipografia MORI - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

I. 'Socialismo giuridico': da quando pròvvidi e felici interventi sono tornati a isolare dal folto della fitta letteratura giuridica ottocentesca una costellazione di personaggi più o meno raggruppabili sotto questa equivoca insegna e li hanno dissepoliti dal fondo della nostra labile memoria, di 'socialismo giuridico' si è parlato molto. Malauguratamente se ne è parlato a vuoto, appagandosi troppo spesso di adornare libri e saggi con le decorazioni appariscenti offerte da citazioni di Menger o di Renner, ma continuando un approccio generico che ha rischiato e rischia, almeno in Italia, di consolidare un vero e proprio luogo comune. Il che è culturalmente negativo e storiograficamente mortificante, se si pensa che il 'socialismo giuridico' — qualunque conclusione si voglia su di esso trarre — costituisce, di per sé e più ancora per i contraccolpi ad assestamenti successivi, un nodo rilevante nella storia del pensiero giuridico moderno.

Varia e di varia ispirazione ideologica, con matrici culturali diverse e spesso malferme, articolatissima e sparsamente diffusa, la sua riflessione impegna parecchi decenni tra gli ultimi dell'Ottocento e i primi del Novecento; a guardarlo retrospettivamente è più un mosaico mal connesso che una scuola dottrinale, più un insieme di istanze fondate su sensibilità individuali socialmente orientate che un programma comune, e giunge ad esser financo dubbia la validità d'una formula unitaria — peraltro di conio ottocentesco — che si rivela scarsamente interpretativa, e d'un accostamento tra personalità troppo dissimili.

II. Pur segnando *in limine* questa precisazione e, insieme, queste perplessità, non vorremmo spingere oltre le nostre preoc-

cupazioni. Preme a noi non tanto un'apposizione di termini netti e incontestabili, quanto l'occasione d'un discorso sulla straordinaria complessità della *scientia juris* di quel torno d'anni, nella quale il 'socialismo giuridico' fu vivace protagonista, avviando la redazione di un primo sommario e incompleto bilancio.

Forse anche per il carattere originario sopra descritto, i risultati immediati che la corrente raggiunse non appaiono decisivi. In un bilancio realistico, potremmo dire: modesti uomini e modesti risultati. Il suo merito sta altrove; sta nella consapevolezza nuova di cui quegli studiosi seppero farsi portatori all'interno della scienza giuridica, e positivo deve essere soprattutto valutato quel loro porsi in veste critica all'interno del sistema costituito.

Fu facile, allora, l'ironia dei marxisti per questo pseudo-socialismo pallido e innocuo; oggi, è doveroso coglierne però la rilevanza su di un piano rigorosamente storiografico. Il 'socialismo giuridico' non aveva vocazioni eversive, né volle elaborare un modello alternativo di società; mirò soltanto, con diversità di toni e di obiettivi a seconda delle voci, ad incrinare il monolito di un patrimonio giuridico borghese che, ingigantito dagli apporti giusnaturalistici, fortificato dai consolidamenti positivistici, sacralizzato dai suoi legami con la mitica Rivoluzione e con le istanze nazional-patriottarde, pareva, a fine Ottocento, più un oggetto di culto che di possibili discussione e revisione.

E l'incrinatura ci fu, forse non vistosa ma precisa, nella ferma coscienza giuridica di fine secolo, e fu un'incrinatura tanto più efficace perché proposta senza smentire le premesse di fondo della classe dirigente, e perciò redatta in termini 'leggibili' da parte della coscienza ufficiale e in qualche misura accettabili.

Nei tempi lunghi della storia della scienza giuridica occidentale tra Ottocento e Novecento la profondità della incrinatura si può adeguatamente cogliere e misurare. Cospicuo fu intanto il contributo a una visione marcatamente interdisciplinare del diritto; e non fu poco, in un momento di rigurgiti esegetici e di posizioni puriste sia sul terreno privatistico che su quello pubblicistico. E prese forma compiuta soprattutto in quel contesto culturale il tentativo di affrancazione di istanze autonome particolari dalla monocrazia civilistica: è palese il riferimento ai primordi di una riflessione giuslavoristica autonoma e al progressivo svincolo del

contratto di lavoro dai pesanti condizionamenti dello schema locativo.

Ma v'è di più: un merito oggettivo che si deve riconoscere almeno nelle avanguardie più consapevoli e lucide fu quello di voler esaminare in un angolo di osservazione prima inusitato principii e istituti che parevano identificarsi con la natura stessa delle cose e rappresentare un traguardo invalicabile del progresso umano. Esemplare l'analisi da parte di Menger e dei suoi coreuti d'uno degli idoli più venerati del tempio giuridico: la libertà contrattuale. Sembrava fatta apposta per tutelare l'individuo da poteri repressivi, ma, a vederla in controluce, con gli occhi talora irrobustiti dalla serrata polemica marxista, si mostrò troppo legata a un modello astratto di individuo per poter fungere da concreto strumento di libertà; e apparve invece speciosa ma vuota consolazione per il povero operatore quotidiano del diritto, più favola menzognera che ausilio effettivo.

III. La coscienza di questa sottile funzionalità storica e — contemporaneamente — l'esigenza di mutare un'immagine vaga e sfocata in un volto storicamente definito han provocato la nascita di questo volume dei 'Quaderni'; che non intende essere un epitaffio in memoria del 'socialismo giuridico', ma piuttosto una sollecitazione a deporre i giudizi troppo facili, le altrettanto facili ma rischiose apologie, le condanne pronunciate più da un piedistallo di adesioni ideologiche che di documentazione storiograficamente appagante; a studiarlo più da vicino e a studiarne soprattutto i vari protagonisti nelle loro diverse formazioni e vocazioni, alla stessa stregua di come si è cominciato a fare da qualche tempo in Germania (e ne son prova le pubblicazioni appena di ieri, varie e di vario valore, su Anton Menger).

Appare oggi, con un po' di ritardo, quello che nella mente dei redattori doveva costituire il terzo Quaderno per l'anno 1974 e che poi, per la complessità dell'organizzazione e per la ricchezza del materiale, ha dovuto estendersi per due anni di lavoro. Pur nella contemplazione dell'ampio materiale raccolto si deve con franchezza precisare che quel che qui si propone è soltanto un avvio alla lettura, un insieme di esplorazioni parziali, un tentativo di coordinare le manifestazioni del movimento di qua e di

là delle Alpi. Teniamo a ripetere che il volume non ha scopi esauritivi; è piuttosto una introduzione ai futuri studi sul 'socialismo giuridico' che una sorta di enciclopedia su di esso.

In siffatto modo si delineò il programma nella mente dei redattori, cui fu estranea ogni ingenua istanza di completezza, e tale si è confermato soprattutto quando, rispetto a quel programma (diffuso nel gennaio 1974), se si devono registrare incrementi graditi, si devono pur constatare assenze che pesano. Due in modo particolare: quella di Eugenio Garin, che aveva accettato il compito grave di delineare le matrici culturali del 'socialismo giuridico' italiano, e quella di Nicola Tranfaglia, cui spettava di studiare la complessa personalità di Enrico Ferri. Accidenti estrinseci hanno impedito ai due colleghi di affidarci oggi il loro ambito contributo, ed è stato obbiettivamente un danno grave per l'economia del Quaderno, che si vede privato di due apporti autorevoli e di due testimonianze di lavoro interdisciplinare senza anguste frontiere, cui il nostro foglio è per sua natura vocato. Vorremmo tuttavia, pur chiudendo questa pagina con una nota di sincero rammarico, partecipare all'amico lettore una certezza e una speranza: la certezza che il grosso materiale raccolto con intelligenza e passione da Tranfaglia non andrà perduto e si concreterà in un saggio autonomo che sarà accolto nella collana di volumi che affianca i Quaderni; la speranza che Garin, continuando nel suo fruttuoso e non occasionale colloquio con i giuristi, voglia e possa, liberato dall'affanno di termini innaturali, definire le preziose indagini cui si era con generosità accinto per corrispondere pienamente al nostro invito.

Modelli e dimensioni

JURISTENSOZIALISMUS IN DEUTSCHLAND

1. Der Begriff Juristensozialismus ist in Deutschland weder den Juristen noch den politisch Gebildeten bekannt. Nur der genaue Kenner des marxistischen Schrifttums weiß, daß es sich um den Titel eines Ende 1886 von Friedrich Engels konzipierten und gemeinsam mit Karl Kautsky verfassten Aufsatzes handelt ⁽¹⁾. Dieser Aufsatz richtet sich gegen das kurz zuvor erschienene Buch «Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag» ⁽²⁾. Sein Verfasser Anton Menger zählt zu den Autoren, die, nachdem sie beträchtliches Aufsehen erregt hatten, nach ihrem Tode (um Lessings bekanntes Wort über Klopstock zu zitieren) mehr gelobt als gelesen werden ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Er erschien 1887 in «Die Neue Zeit, Wochenschrift der deutschen Sozialdemokratie» 5. JGG, S. 49 ff., und ist wiederveröffentlicht in Marx-Engels-Werke (MEW) Bd. 21, S. 491 ff. (nach dieser letzteren Ausgabe wird zitiert), auszugsweise in NORBERT REICH (Hrsg.), *Marxistische und sozialistische Rechtstheorie*, 1972, S. 53.

ENGELS hat selbst mehrfach in Briefen an LAURA LAFARGUE, die ihn auf Menger's Buch aufmerksam gemacht hatte, darauf hingewiesen, daß KAUTSKY nach seinen Anweisungen arbeite, 2. und 24.11.1866, MEW Bd. 36, S. 565 u. 572. Von ihm stammen wohl die Einleitung (S. 491-494) und der Schluß (S. 509), sonst noch einige Formulierungen im Text.

⁽²⁾ Die Schrift hat mehrfache Neuauflagen erlebt: 2. Auflage 1891, 3. Aufl. 1904. Ein kritischer Vergleich der Ausgaben fehlt. Er wäre insofern wichtig, als er zeigt, inwieweit Menger stillschweigend die Kritik von ENGELS und KAUTSKY berücksichtigt hat.

⁽³⁾ Zur Wirkungsgeschichte ANTON MENGERS vgl. die neueren Schriften von KARL-HERMANN KÄSTNER, *Anton Menger (1841-1906) Leben und Werk*, 1974, und von ECKHARD MÜLLER, *Anton Mengers Rechts- und Gesellschaftssystem. Ein Beitrag zur Geschichte des sozialen Gedankens im Recht*, 1975.

In beiden Werken fehlt die wichtige Auseinandersetzung FRITZ von HIPPELS (*Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie*. Beiträge zu einem natür-

Sicherlich hat es sowohl im Kaiserreich als auch in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg hervorragende Juristen gegeben, die Sozialisten waren. Glanzvolle Namen von Mitgliedern der Sozialdemokratischen Partei: Karl Renner, Gustav Radbruch, Hugo Sinzheimer und Hermann Heller mögen für viele andere stehen. Doch haben sie sich weder als Juristensozialisten bezeichnet, noch ist dieser Begriff auf sie angewandt worden. Wer dies tut und allgemein unter Juristensozialismus jedes rechtswissenschaftliche oder rechtspolitische Eintreten für den Sozialismus versteht, entfernt sich freilich von Engels und Kautsky. Sie hatten diesen Begriff im negativen Sinn gebraucht: um einen Nichtmarxisten und potentiellen Konkurrenten abzuwerten, der Einfluß auf die sozialistische Bewegung hätte gewinnen können. Insofern gehört ihr Aufsatz in die lange Reihe polemischer Schriften, die die Vorherrschaft des historischen Materialismus gegen die «deutschen Ideologen», Proudhon, Bakunin, Lassalle, Dühring und Rodbertus verfochten.

Es ist nicht ganz einfach, den Begriffsinhalt aus dieser Kampfschrift herauszudestillieren. Engels Briefe, in denen er Menger einen Streber und Karrieristen, der es auf das Justizministerium abgesehen habe, und «unverschämter Kerl» nennt, machen deutlich, daß es ihm nicht auf eine sachliche Diskussion ankam, sondern daß der «Kerl erledigt» werden sollte ⁽⁴⁾. Die

lichen System des privaten Verkehrsrechts und der Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts 1936, S. 64 ff. u. 82 f.) mit Menger. Mengers «volkstümlicher Arbeitsstaat» wird dort als Antipode der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie aufgefaßt. Doch bestätigt Fritz von Hippel, der zusammen mit Walter Burkhardt (dem anscheinend Menger unbekannt geblieben ist) die von Menger eingeleitete prinzipielle Diskussion fortgesetzt hat, mit seiner Bemerkung, Menger sei ihm mit seiner neuen Staatslehre erst spät bekannt geworden (a.a.O., S. 64), nur dessen Outsider-Position in der deutschen Rechtswissenschaft.

In jüngster Zeit hat sich das Interesse an Menger neu belebt. Außer den bereits zuvor aufgeführten Schriften vgl. Norbert Reich, *Anton Menger und die demokratische Rechtstheorie, Recht und Politik*, 1972, S. 93 ff., und *Sozialismus und Zivilrecht. Eine rechtstheoretisch-rechtshistorische Studie zur Zivilrechtstheorie und Kodifikationspraxis im sowjetischen Gesellschafts- und Rechtssystem*, 1972, sowie G. Schöpfer, *Anton Mengers Staatslehre*, 1971, Dissertation in der Universität Graz Bd. 19, Wien 1973.

(4) Vgl. die Briefe an Laura Lafargue, a.a.O. (Anm. 1).

Atmosphäre der Auseinandersetzung war zudem von vornherein durch Mengers Vorwurf vergiftet, Marx habe Thompson plagiiert - seine Widerlegung bildet offensichtlich das Hauptanliegen von Engels und Kautsky ⁽⁵⁾. Dennoch wird klar, daß Juristensozialismus die Kurzfassung für Mengers Forderung darstellt, «die sozialistischen Ideen aus den endlosen volkswirtschaftlichen und philanthropischen Erörterungen loszuschälen und in nüchterne Rechtsbegriffe» zu verwandeln ⁽⁶⁾. Es ging um den Primat von Rechtswissenschaft oder Nationalökonomie und, wie andere Ausführungen zeigen, um den Gegensatz zwischen philosophischer und geschichtlicher ⁽⁷⁾ Betrachtungsweise: Engels und Kautsky bekämpften die «juristische Weltanschauung» ⁽⁸⁾.

In der Auseinandersetzung von 1886 waren sicherlich die Positionen überspitzt worden. Menger hatte zwar die monokausale Betrachtung des geschichtlichen Verlaufs und die strenge Ableitung des Überbaus der «Ideologie» aus dem ökonomischen Unterbau zu recht kritisiert. Doch war er seinerseits ins entgegengesetzte Extrem verfallen, die Bedeutung der Rechtswissenschaft überzubetonen. In seinem Hauptwerk, der «Neuen Staatslehre» (1904), korrigierte er dies und bezeichnete demgegenüber Religion, Staat und Volkswirtschaft als «ursprüngliche Ordnungen des menschlichen Handelns, die, wenn man den Durchschnitt der Zeiten und Völker nimmt, die gleiche Bedeutung besitzen und sich im wirklichen Leben fortwährend wechselseitig beeinflussen» ⁽⁹⁾. Umgekehrt hatte Friedrich Engels in Briefen aus seinen letzten Lebensjahren ⁽¹⁰⁾ die längst überfällige Kor-

(5) Zu diesem Vorwurf vgl. MÜLLER (Anm. 3), S. 33 ff.

(6) Vgl. *Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, S. III.

(7) Vgl. z.B. S. 495 f., S. 498 f. und S. 501.

(8) Dieses Wort fällt auf S. 492.

(9) *A.a.O.*, S. 225 f. (zit. wird nach der 4. unveränderten Aufl. von 1930).

(10) Vgl. ENGELS Briefe an BLOCH, 21.9.1890, MEW Bd. 37, 463; an SCHMIDT, 27.10.1890, MEW Bd. 37, 488; an MEHRING, 14.7.1893, MEW Bd. 39, 96; an BORGIUS (nicht STARKENBURG!) 25.1.1894, MEW Bd. 39, 205. Die Briefe an BLOCH SCHMIDT und MEHRING habe ich auszugsweise in *meiner* Einführung in das Privatrecht-Allgemeiner Teil des BGB, Bd. 1, 2. Aufl., 1974, L. 346 ff., wiederveröffentlicht.

rektur der Überspitzung der Überbaulehre in den Frühschriften von Marx vorgenommen und war, vielleicht *auch* unter dem Eindruck von Mengers Arbeiten, dazu gelangt, eine Wechselwirkung von Überbau und Unterbau im begrenzten Rahmen einer historischen Epoche zuzugestehen. Die gegenseitigen Standpunkte hatten sich somit erheblich einander genähert.

2. Diese Fortentwicklung des Marxismus, aber auch schon die 1886 als Selbstverständlichkeit hervorgehobene Tatsache, daß jede kämpfende Klasse ihre Ansprüche in der Gestalt von Rechtsforderungen in einem Programm formulieren müsse ⁽¹¹⁾, und schließlich der Reformismus Eduard Bernsteins ⁽¹²⁾ erklären es, weshalb Anton Menger die Schulbildung innerhalb der sozialdemokratischen Juristen versagt blieb. Wenn eine marxistische Rechtstheorie ausgebildet werden konnte, von der nur verlangt wurde, die Primärbestimmung des langfristigen geschichtlichen Ablaufs durch die Ökonomie zuzugestehen, dann bestand ein erheblicher Bereich wissenschaftlicher Entfaltungsfreiheit. Es mochte töricht erscheinen, wegen des Mehrs an Wissenschaftsfreiheit eine Partei, die ihre Einheit im weltanschaulichen Bereich gefunden hatte, zu verlassen und sich damit politisch zu isolieren.

Auch sonst hat Anton Menger keine Schule zu begründen vermocht. Dies hatte sicherlich Ursachen im persönlichen Bereich, deren wichtigste wohl die frühzeitige Aufgabe des Lehr-

⁽¹¹⁾ MEW Bd. 21, S. 509.

⁽¹²⁾ Die Entwicklung ist erheblich komplizierter, als sie NORBERT REICH, in *Einleitung zu seiner Anthologie* (Anm. 1), S. 9, zeichnet. Einmal muß der Stellenwert des Rechts in der marxistischen Theorie selbst untersucht werden. Insoweit hatte sich schon bei MARX in seinen letzten Lebensjahren unter dem Eindruck der englischen Sozialreform und der Pariser Kommune eine Wandlung angebahnt. ENGELS hat sie akzentuiert. Er hat wiederum E. BERNSTEIN beeinflusst, doch ist dessen Wandlung zum Reformismus auch durch die Beschäftigung mit FERDINAND LASSALLE (partei-offizielle Herausgabe seiner Werke 1892-93!) gefördert worden. In BERNSTEIN sind also zwei Strömungen zusammengetroffen.

Insgesamt muß bei der Entwicklungsgeschichte des Marxismus in Rechnung gestellt werden, daß diese (wie jede politische Bewegung) konkurrierende Theorien zwar zunächst zu erledigen sucht, sie aber dann, und auch dies stellt einen Teil ihrer Überwindung dar, sich partiell einverleibt.

amtes an der Wiener Universität gewesen ist. Doch war im Zeichen der historischen Rechtsschule und des Positivismus, sowie der traditionell überwiegend konservativen Einstellung der Juristen das Reservoir politisch interessierter und engagierter Juristen ohnehin gering. Für diese aber bestand die Chance, zusammen mit den Vertretern anderer Fächer in Sammelgruppierungen kathedersozialistischer Provenienz wie im « Verein für Sozialpolitik » und in der « Gesellschaft für soziale Reform » für Reformen zu wirken. Angesichts der Offenheit des Kaiserreichs für die soziale Frage lag es nahe, nicht durch ein Bekenntnis zur *Beseitigung* der bestehenden Ordnung den Weg zu deren *Änderung* zu versperren. Damit trat das *Dilemma des Juristensozialismus* hervor: Jede Reform der bestehenden Ordnung ist ambivalent. Sie kann diese schützen und absichern und sie kann durch Einfügung eines neuen Prinzips eine Etappe zum Endziel einer totalen Neuordnung bilden. Diese letztere Möglichkeit, Reformvorhaben revolutionär zu deuten, gefährdet aber ihre praktische Durchsetzung. Wer als Jurist von Berufs wegen praktisch orientiert ist und entscheidungsbezogen denkt, wird deshalb geneigt sein, die tatsächliche Veränderung nicht durch das offene Bekenntnis zum Endziel in Frage zu stellen, und wird daher das Endziel zum bloßen Motiv abwerten. Zu einer solchen prinzipiellen Sicht ist allerdings der deutsche Jurist des ausgehenden 19. Jahrhunderts nur in sehr seltenen Fällen vorgedrungen. Die deutsche Rechtsentwicklung dieses Jahrhunderts ist nicht von Revolutionen und die Rechtswissenschaft ist nicht vom Naturrecht bestimmt worden. Charakteristisch waren vielmehr die Reformen « von oben » und das Entwicklungsdenken, das in der historischen Rechtsschule seinen Ausdruck gefunden hat.

Dieser Haltung ist der Marxismus mit seiner Verdammung des Naturrechts und der partei-offiziellen Verurteilung der Diskussion über das Endstadium als « Utopismus » ⁽¹³⁾ durchaus entgegengekommen. Er hat Ziel der Entwicklung vorwiegend

⁽¹³⁾ Vgl. hierzu RAMM, *Die künftige Gesellschaftsordnung nach der Theorie von Marx und Engels*, Marxismus-Studien Bd. 2, 1957, S. 77. Dort wird zugleich nachgewiesen, daß MARX und ENGELS eine Ordnungsvorstellung besaßen, die aus Äußerungen in ihren verschiedenen Schriften zu rekonstruieren ist.

negativ umschrieben; nur vereinzelt finden sich erhellende Hinweise über die künftige Gesellschaftsordnung. Der Grund für diese Zurückhaltung ist keineswegs nur im theoretischen, sondern ebenso im politischen Bereich zu suchen: Der Streit der frühsozialistischen Schulen vor 1848 über die erstrebte «richtige Ordnung» war so heftig gewesen, daß darüber die Einigkeit gegenüber dem gemeinsamen politischen Gegner zurückgetreten war. Auch dieser Aspekt ist zur Deutung der französischen Februarrevolution heranzuziehen, der das Ende des Frühsozialismus als politische Bewegung bedeutet.

3. Als «utopistischer» Juristensozialist ist Menger allein geblieben. Doch auch Laskine's Versuch, den Begriff Juristensozialismus durch eine Verbindung mit dem «wissenschaftlichen Sozialismus» zu retten ⁽¹⁴⁾, hatte keinen Erfolg. Wird vom Anspruch auf alleinige Erkenntnis abgesehen, der in der Verwendung des Begriffs wissenschaftlich liegt ⁽¹⁵⁾, und statt seiner von Entwicklungsphilosophie ⁽¹⁶⁾ oder, noch enger, vom historischen Materialismus gesprochen, so stellt sich die Frage, worin die Besonderheit solcher juristischer Arbeiten liegt. Sicherlich reichen politische Zielsetzung oder die Parteizugehörigkeit als alleinige Kriterien nicht aus, da sie nur eine subjektive, zumindest außerhalb des Werks selbst liegende Zuordnung vornehmen ⁽¹⁷⁾. Denn nach der Wortbedeutung Juristensozialismus muß der unmittelbare objektive Bezug zum Sozialismus im Werk selbst zum Ausdruck gelangen.

⁽¹⁴⁾ Die Entwicklung des juristischen Sozialismus, Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung (Grünberg-Archiv), Bd. 3 (1913), S. 17. Dort nennt L. als Hauptvertreter eines wissenschaftlichen juristischen Sozialismus JEAN JAURÈS und E. LÉVY.

⁽¹⁵⁾ Diese Verabsolutierung ist auch von den «Utopisten» in Anspruch genommen worden, die ihre Vorläufer als Utopisten abtaten, vgl. hierzu RAMM, *Die großen Sozialisten als Rechts- und Sozialphilosophen*, Bd. 1 (1955), S. 18 (dasselbst auch über die seit 1900 einsetzende Rehabilitierung des Utopismus selbst im marxistischen Lager).

⁽¹⁶⁾ In diesem Falle werden auch LASSALLE und ROBERTUS eingeschlossen.

⁽¹⁷⁾ Dennoch wäre es höchst interessant und verdienstvoll, die Rolle der Juristen innerhalb der Sozialdemokratischen Partei zu untersuchen.

Wer unter diesem Aspekt die Theoretiker mustert, die als Juristensozialisten bezeichnet worden sind ⁽¹⁸⁾, wird enttäuscht sein. Selbst Ferdinand Lassalle, der, obschon kein Jurist, sich als orthodoxer Hegelianer der praktischen Politik zugewandt und die Bedeutung des Einsatzes rechtlicher und staatlicher Machtmittel erkannt hatte, läßt sich nur nach einer Gesamtwürdigung seiner Persönlichkeit ⁽¹⁹⁾ dem Juristensozialismus zu-rechnen. In der Vorrede zu seinem Hauptwerk, dem « System der erworbenen Rechte » (1861), hatte er zwar an die politische Wurzel auch des Privatrechts erinnert und in einer genialen Skizze den tiefgreifenden Wandel der Eigentumsregelungen und damit ihre Geschichtlichkeit aufgezeigt ⁽²⁰⁾. Doch hat er damit etwas anderes getan, als jedem Vertreter der historischen Schule möglich gewesen wäre? Wer konnte Einwände gegen sein Programm erheben, Rechtsphilosophie und positive Rechtswissenschaft wieder zu versöhnen? War seine Forderung nach einer « totalen Reformation » der Hegelschen Philosophie eine Generation nach dem Tode des Meisters nicht berechtigt? Im « System der erworbenen Rechte » wie auch in seinen späteren Reden und Schriften vermied Lassalle das offene Bekenntnis zum Sozialismus. Es gehörte zu seiner politischen Taktik, das Endziel im Hintergrund zu lassen. Nur so konnte er hoffen, die Arbeiterbewegung um die radikalen Liberalen und Demokraten verstärken zu können.

Vierzig Jahre nach Lassalle's Tod (1904) erschien Karl Renner's Buch « Die soziale Funktion der Rechtsinstitute, besonders des Eigentums » ⁽²¹⁾. Als Renner es 1928 umarbeitete ⁽²²⁾, ging er über die ursprüngliche Fragestellung

⁽¹⁸⁾ Vgl. hierzu REICH, *a.a.O.* (Anm. 1) u. *a.a.O.* (Anm. 3), allerdings ohne begrifflichen Abgrenzungsversuch.

⁽¹⁹⁾ Vgl. hierzu eingehend RAMM, *Ferdinand Lassalle als Rechts- und Sozialphilosoph*, 2. Aufl., 1956.

⁽²⁰⁾ Beide sind wiederabgedruckt in FERDINAND LASSALLE, *Ausgewählte Texte* hrsg. u. eingel. v. TH. RAMM, 1962, S. 3 u. 16. Die Vorrede hat auch REICH, *a.a.O.* (Anm. 1), in gekürzter Form veröffentlicht.

⁽²¹⁾ Unter dem Pseudonym JOSEF KARNER.

⁽²²⁾ Die zweite völlig umgearbeitete Auflage erschien dann unter seinem Namen. Sie trug den Titel « Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale

hinaus, ob « wirtschaftliche Entwicklung ohne gleichzeitige adäquate Gesetzesänderung, bei erstarrtem Recht, möglich » sei. Nunmehr bezog er auch die Rechtserneuerung ein und erklärte: « Wir leben mitten im Umschlag des bürgerlichen in das soziale Recht » ⁽²³⁾.

Gustav Radbruch ⁽²⁴⁾ und Hugo Sinzheimer ⁽²⁵⁾ teilten diese Auffassung. Wie Renner mochten auch sie von dem Gefühl beseelt gewesen sein, als Politiker maßgeblich zu dieser Entwicklung beigetragen zu haben ⁽²⁶⁾. Doch blieb bei ihnen allen das Ziel unbestimmt: Gemeinschaft und Kritik der abstrakten Gleichheit - dies sind ihre inhaltlichen Aussagen über das Endziel ⁽²⁷⁾. Die Zugehörigkeit zur Sozialdemokratischen Partei bedeutete für sie keine Festlegung auf den Marxismus. Radbruch bekannte, nicht dieser wissenschaftliche Sozialismus, sondern die Forderung nach sozialer Gerechtigkeit hätte ihn dazu veranlaßt, dieser Partei beizutreten ⁽²⁸⁾. Sinzheimer stand den religiösen Sozialisten nahe ⁽²⁹⁾, und

Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts ». Mit ihr stimmt die 3. Aufl. von 1965 überein.

Diese enthält OTTO KAHN-FREUND's Einleitung und Anmerkungen (in denen er die Parallelentwicklung in Großbritannien nachweist). Zu seiner 1949 erschienenen englischen Ausgabe von RENNERS Schrift. Nach der 3. Aufl. wird zitiert.

⁽²³⁾ S. 47 u. S. 48.

⁽²⁴⁾ Seine Position ist am deutlichsten in der « Kulturlehre des Sozialismus » (1922, neu bearb. 1927, 3. Aufl. 1949, 4. Aufl. 1970 Hrsg. von ARTHUR KAUFMANN) und in den drei ersten Aufsätzen des Sammelbandes « Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts » Hrsg. von FRITZ VON HIPPEL 1957 zum Ausdruck gelangt.

⁽²⁵⁾ Vgl. besonders *Das Problem des Menschen im Recht*, 1933. Eine Sammlung seiner Schriften zum Arbeitsrecht und zur Rechtssoziologie ist im Erscheinen begriffen (Europäische Verlagsanstalt Köln).

⁽²⁶⁾ RENNER war 1918-19 österreichischer Staatskanzler, RADBRUCH Reichsjustizminister (1921-22 u. 1923), SINZHEIMER gehörte dem Verfassungsausschuß an und war Berichterstatter für den Abschnitt Wirtschaftsleben (1919).

⁽²⁷⁾ Vgl. für RADBRUCH WOLF PAUL, *Gustav Radbruchs Konzeption des sozialen Rechts und die marxistische Rechtstheorie*, in Radbruch-Gedächtnisschrift (hrsg. von ARTHUR KAUFMANN mit einem Geleitwort von HEINEMANN, 1968), S. 107.

⁽²⁸⁾ Nachwort von 1949 zur Kulturlehre des Sozialismus (Anm. 24), S. 80.

⁽²⁹⁾ Vgl. seine Eröffnung und seine Schlußwort zu Sozialismus aus dem Glau-

Renner war ein maßgebender Vertreter des Austromarxismus, der den Reformismus Bernsteins fortentwickelt hat ⁽³⁰⁾.

Radbruch, Renner und Sinzheimer stehen für eine Generation, deren Wirkungen und Zielsetzungen noch vom Kaiserreich geprägt waren. Sie verkörpern den *einen* Inhalt der Epoche nach dem Ersten Weltkrieg: Damals sind vorher steckengebliebene Reformen durchgesetzt und begonnene Reformen weitergeführt worden. Die Gemeinsamkeit dieser früheren Anliegen erhielt noch die Verbindung zu den «Kathedersozialisten», zu jener breitgestreuten Reformbewegung von 1914. Eugen Ehrlich hat in seinem schönen Nachruf auf Anton Menger ⁽³¹⁾ aus dem Jahre 1906 zu Recht darauf hingewiesen, daß damals der Begriff Sozialist nichtssagend gewesen sei, jeder habe sich Sozialist nennen dürfen, der eine wesentliche Umgestaltung der Gesellschaft durch sehr einschneidende Maßnahmen für möglich oder wünschenswert halte. Auch wenn das politische Bekenntnis zur Sozialdemokratie und die Tätigkeit für sie Gräben aufrissen, alle drei im Rahmen der im 19. Jahrhundert nicht seltenen Verbindung von wissenschaftlicher und politischer Betätigung. Sie waren keineswegs wissenschaftlich isoliert, sondern haben der rechtswissenschaftlichen Entwicklung wesentliche Impulse gegeben.

4. Seit der Revolution von 1918 war eine neue Situation entstanden, die es schwieriger erscheinen läßt, das Phänomen des Juristensozialismus zu erfassen. Es war eine neue Rechtsordnung geschaffen worden, die — so der programmatische Teil der Weimarer Reichsverfassung — auch die Brücke zur Zukunft schlug. Erhaltung und Ausbau dieser Rechtsordnung bildeten die nächsten konkreten politischen Anliegen. In diesen Rahmen ist das Werk Hermann Hellers ⁽³²⁾, aber auch Franz Neu-

ben. Verhandlungen der sozialistischen Tagung in Heppenheim 1928, S. 9 u. S. 240.

⁽³⁰⁾ Vgl. hierzu die Einleitung von SANDKÜLER und DE LA VEGA zu Austromarxismus, Texte zu «Ideologie und Klassenkampf» von OTTO BAUER, MAX ADLER, KARL RENNER, SIGMUND KUNFY, BELA FOGARASI und JULIUS LENGYEL 1970.

⁽³¹⁾ *Süddeutsche Monatshefte*, 3. Jg. Bd. II (1906), S. 285 ff. (292).

m a n n ' s Schrift « Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, die Stellung der Gewerkschaften im Verfassungssystem » (1932) einzuordnen. Sie setzen damit zugleich aber auch die traditionelle juristische Arbeit fort - wenngleich auf der Grundlage einer anderen Ordnung ⁽³³⁾.

Solange der Positivismus als Methode vorherrschte, bildete er die Basis der Verständigung der Juristen untereinander, ohne Unterschied ihrer politischen Ansichten. Selbst die radikale Kritik an den Richtern der Weimarer Republik, die sich vor allem auf das Reichsarbeitsgericht konzentrierte, konnte daher akzeptiert werden. Denn die Ideologiekritik und der Vorwurf der Klassenjustiz der Sinzheimer - Schüler Otto Kahn-Freund ⁽³⁴⁾, Ernst Fraenkel ⁽³⁵⁾ und Franz Neumann ⁽³⁶⁾ war *auch* eine Kritik an der Überschreitung der Grenze zwischen Rechtsanwendung und Rechtspolitik.

Allerdings ist damit nur ein Teil der juristischen politischen Auseinandersetzung der Weimarer Republik geschildert. Der andere läßt sich am besten durch eine Kontroverse zwischen Otto Kirchheimer und Franz Neumann ausdrücken. Kirchheimer's Schrift « Weimar und was dann? » ⁽³⁷⁾ setzte Franz Neumann zwar als Antwort entgegen « Erst

⁽³²⁾ Gesammelte Schriften 3 Bde hrsg. von DRAHT, STAMMER, NIEMEYER und BURINSKY, 1971.

⁽³³⁾ Es kann daher die Frage aufgeworfen werden, inwieweit nicht das leidenschaftliche Eintreten eines HANS Kelsen für den Positivismus nicht auch ein Eintreten für die neue politische Ordnung gewesen ist.

⁽³⁴⁾ OTTO KAHN-FREUND, *Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts* (1931) und *Der Funktionswandel des Arbeitsrechts*, « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », Bd. 67 (1932), S. 164; wiederveröffentlicht in RAMM (Hrsg.), *Arbeitsrecht und Politik*, 1966, S. 149, S. 211.

⁽³⁵⁾ ERNST FRAENKEL, *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, 1927; wieder abgedruckt in den Sammelbänden, *Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931-1932*, 1968 und *Reformismus und Pluralismus*, Materialien zu einer ungeschriebenen politischen Autobiographie, zusammengestellt und hrsg. von ESCHÉ und GROBE, 1973.

⁽³⁶⁾ FRANZ NEUMANN, *Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung*, 1929; wiederveröffentlicht in RAMM, a.a.O. (Anm. 34), S. 113; vgl. auch Anm. 38 u. 44.

⁽³⁷⁾ 1930 erschienen, wiederveröffentlicht in Sammelband Politik und Verfassung 1964.

einmal Weimar »⁽³⁸⁾. Doch kennzeichnet selbst diese positive Antwort die allgemeine Ansicht: Die Weimarer Republik erschien im Lager der Sozialisten nur als ein Übergang. Die politische Auseinandersetzung zwischen Mehrheitssozialisten, der Unabhängigen Sozialdemokratischen Partei und den Kommunisten hat auch ihre juristische Widerspiegelung gefunden. Von der radikalen Linken gehören die Namen von Paul Levi⁽³⁹⁾ und Karl Korsch⁽⁴⁰⁾ hierher - beide sind indessen im Bereich des rein Politischen geblieben.

In Zeiten der politischen Gestaltung fehlt die Basis für die Theorienbildung. Doch hatte sich auch die Situation für einen Juristensozialismus grundlegend verändert, wie ihn Anton Menger vertreten hatte. Seit der russischen Oktoberrevolution von 1917 war die juristische Theorie des Sozialismus zwangsläufig mit der Analyse der sowjetrussischen Rechtsentwicklung verbunden. Alle Veränderungen des Rechts vor der Neuen ökonomischen Periode bis zum Kommunismus in einem Lande, der rücksichtslose Gebrauch politischer Macht bis zur Liquidation aller wirklich oder auch nur potentiell Andersdenkenden, die bewußte Zerstörung des Rechtsstaats durch Scheinprozesse - all diese Phänomene zu erklären und mit der sozialistischen Theorie zu vereinbaren, gehört seitdem zu den unabdingbaren Aufgaben des « Juristensozialisten ». Den Ansatzpunkt zu einer solchen Auseinandersetzung hatte schon Anton Menger geliefert. In seinem « Volkstümlichen Arbeitsstaat » hatte er dargetan, daß das Recht im Sozialismus notwendig Zwangscharakter haben müsse⁽⁴¹⁾. Engels hatte früher diese « Polizeistaats »-theorie

⁽³⁸⁾ Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung, Die Arbeit 1930, 569 (582).

⁽³⁹⁾ Vgl. den Sammelband seiner Schriften, Aufsätze, Reden und Briefe « Zwischen Spartakus und Sozialdemokratie », hrsg. und eingeleitet von CHARLOTTE BERADT, 1969. Die letztere hat auch 1969 eine Biographie veröffentlicht.

⁽⁴⁰⁾ Arbeitsrecht für Betriebsräte 1922, der erste Teil ist 1968 wiederveröffentlicht worden, hrsg. und mit einem Vorwort von GERLACH, eingeleitet von DIETER SCHNEIDER; Schriften zur Sozialisierung, hrsg. und eingeleitet von ERICH GERLACH 1969 und Politische Aufsätze, hrsg. von SEIFERT 1974; vgl. auch seine Jenenser Antrittsvorlesung « Jus belli ac paces im Arbeitsrecht », Kritische Justiz 1972, S. 142.

⁽⁴¹⁾ Vgl. Anm. 9.

abgetan und sie Deutschland und Österreich als zurückgebliebenen Ländern zugerechnet ⁽⁴²⁾. Aus «Zeitgründen» hatte er damals Menger nicht widerlegt, doch hat sich auch später niemand dieser Aufgabe angenommen.

5. Die Situation der Bundesrepublik ist in wesentlichen Punkten anders als die der Weimarer Republik. Fast 25 Jahre lang hat sich die Zäsur ausgewirkt, die die politischen Morde und der Zwang zur Emigration während der Zeit nationalsozialistischer Herrschaft hatten entstehen lassen. Dies hat vor allem das Arbeitsrecht betroffen ⁽⁴³⁾, das Rechtsgebiet, das am stärksten von der sozialen und politischen Auseinandersetzung berührt wird. Doch haben auch Nationalsozialismus und Emigration auch frühere Perspektiven verändert. Weder Franz Neumann ⁽⁴⁴⁾ noch Ernst Fraenkel noch Kahn-Freund haben an ihre frühere Position wieder angeknüpft. Fraenkel ist der prominenteste Theoretiker der pluralistischen Demokratie geworden ⁽⁴⁵⁾. Kahn-Freund nimmt in der Geschichte des britischen Arbeitsrechts die Stellung ein, die Hugo Sinzheimer für das deutsche Arbeitsrecht innegehabt hat. Wenn diese spätere Entwicklung der scharfsinnigsten Kritiker der Juristenideologie nicht, wie dies heute selbstverständlich ist, einfach ignoriert wird, dann ist zu fragen, ob ihre frühere Kritik nicht

⁽⁴²⁾ Brief an KAUTSKY, 5.3.1892, MEW Bd. 38, 287: «Menger ist und bleibt ein Esel. Seine ganze Kritik des bürgerlichen Rechts ist nichts als eine Apologie des 'Polizeistaats' gegenüber dem 'Rechtsstaat'. Das Recht ist allerdings schärfer und strenger, besonders das bürgerliche, als die Polizeiwillkür, die ja manchmal auch human tun kann, eben weil sie Willkür ist. Hätte ich Zeit, ich würde dieser nur in zurückgebliebenen Ländern wie Deutschland und Österreich möglichen Rederei bald ein Ende machen».

⁽⁴³⁾ Vgl. hierzu WENZEL, 75 Jahre deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit, JZ, 1965, 697 u. 749 (752 f.) u. WAHSNER, Das Arbeitsrechtskartell. Die Restauration des kapitalistischen Arbeitsrechts in Westdeutschland nach 1945, «Kritische Justiz», 1974, 369.

⁽⁴⁴⁾ Dieser Werdegang FRANZ NEUMANNs, der schon 1954 verstorben ist, spiegelt die Anthologie «Demokratischer und autoritärer Staat. Studien zur politischen Theorie» hrsg. v. H. MARCUSE mit einem Vorwort von HELGE PROSS, 1967 wider.

⁽⁴⁵⁾ Über seine Entwicklung unterrichtet der in Anm. 35 aufgeführte Sammelband.

auch als Zeichen dafür anzusehen ist, wie theorielastig die traditionelle und besonders die damalige deutsche Diskussion gewesen ist.

Die Wiederentdeckung des Marxismus ist mit der studentischen Protestbewegung der 60er Jahre verknüpft. Sie hat im wesentlichen nur dazu geführt, daß die Ideologiekritik der 20er Jahre wiederaufgenommen worden ist ⁽⁴⁶⁾. Die Erklärung dieses Phänomens mag hier dahingestellt bleiben, ob dies der einfachste Zugang zu einer neuen Theorie darstellt und erster Ausdruck eines Selbstverständigungsprozesses ist. Das Ergebnis ist jedenfalls über den bereits in der Weimarer Republik erreichten Stand nicht hinausgegangen.

Immerhin ist eine « linke » Schulbildung nunmehr möglich geworden und offensichtlich auch im Gange, wie an der Neugründung juristischer Fakultäten in Bremen und Hannover zu beobachten ist. Diese Neugründungen sind nicht auf marxistische Juristen beschränkt, sondern dienen auch als Sammelbecken für « kritische Juristen » jeder Provenienz ⁽⁴⁷⁾.

Weitergehende Ansätze sind nur vereinzelt anzutreffen. Wolfgang Abendroth, auf den die Wiederentdeckung des Marxismus mit zurückzuführen ist, hat als Politologe die Juristen nicht unmittelbar zu erreichen vermocht ⁽⁴⁸⁾. Eine wichtige Erweiterung des Diskussionsbereichs ist Norbert Reich durch die Entwicklung der sowjetrussischen Rechtstheorie zu verdanken ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁶⁾ Soweit sie marxistischen Ursprung ist, ist sie im wesentlichen in der « Kritischen Justiz » enthalten, die in ihrem Namen an « Die Justiz » der Weimarer Republik, das Organ des Republikanischen Richterbundes (1925-1933) anknüpft. Doch ist die Justizkritik keineswegs auf den Neomarxismus beschränkt (vgl. etwa RASEHORN [unter dem Pseudonym XAVER BERADT], *Zum Paragraphenturm. Eine Streitschrift zur Entideologisierung der Justiz*, 1966 und KAUPEN, *Die Hüter von Recht und Ordnung*, 1969). Sie ist inzwischen « gängig » geworden.

⁽⁴⁷⁾ Zu ihnen gehören vor allem die Schüler WIETHÖLTERS (zu diesen weiter unten im Text).

⁽⁴⁸⁾ Vgl. als Spektrum den Sammelband Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie. Aufsätze zur politischen Soziologie 1967 mit Bibliographie S. 541 ff.

⁽⁴⁹⁾ Hauptschriften: *Der Streik im öffentlichen Dienst*, 1970, 2. Aufl., 1971; *Das Grundrecht auf Mitbestimmung und eine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten*, 1973.

⁽⁵⁰⁾ Vgl. Anm. 3.

Im politischen Bereich ist an die glänzende Erscheinung **A d o l f A r n d t s** zu erinnern, des « Kronjuristen » der sozialdemokratischen Bundestagsfraktion, der den in Deutschland so seltenen Typus des politisch engagierten Anwalts mit feinem rechtstheoretischen Gespür verkörpert hat ⁽⁵¹⁾.

Übergreifende theoretische Konzeptionen, die als Juristensozialismus im Sinne **A n t o n M e n g e r s** angesehen werden könnten, fehlen in der Bundesrepublik. Das Wort Sozialismus wird peinlich vermieden, statt dessen werden andere Bezeichnungen wie « kritische » oder « demokratische » Juristen ⁽⁵²⁾ gewählt. Es kennzeichnet die Situation, daß **W i e t h ö l t e r s** scharfe Kritik des jetzigen Rechts und der jetzigen Rechtswissenschaft ⁽⁵³⁾ größtes Echo gefunden hat, das Eintreten für positive Zielsetzungen indessen fehlt.

Dies ist nur allzu erklärlich. Jedem Juristensozialisten würde die Gretchenfrage nach der sowjetrussischen Rechtsentwicklung gestellt - nach der Vereinbarkeit zwischen Rechtsstaat und Sozialismus. Sicherlich hat auch das Bürgertum eine Übergangsdiktatur gekannt. Doch bedeutete die Hinrichtung **R o b e s p i e r e s** die nachträgliche Verurteilung der « Schreckensherrschaft ». In der Rechtsgeschichte der sozialistischen Staaten, vor allem in der Sowjetrusslands mit ihrem Jahrzehnte währenden Terror, fehlt hingegen ein solcher radikaler Bruch mit der Vergangenheit, die unwiderrufliche Absage an die Schreckensherrschaft. Das Erlebnis des Nationalsozialismus hat ein sehr viel lebendigeres Verhältnis des deutschen Juristen zum Rechtsstaat begründet, als es früher bestanden hat. Vor allem aber ist die Auseinandersetzung um eine neue Gesellschaftsordnung in den nationalen Bereich gerückt und hat eine neue Dimension erhalten: Der zweite deutsche Teilstaat, die Deutsche Demokratische Republik, ist kein industriell zurückgebliebenes Land. Damit aber entfällt die **E n g e l'** sche Erklärung polizeistaatlicher Praktiken. Doch auch andere Probleme harren der marxistischen Deu-

⁽⁵¹⁾ Vgl. den Nachruf von **LEWALD**, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, S. 487.

⁽⁵²⁾ Seit 1974 erscheint die Zeitschrift « Demokratie und Recht », die u.a. von **ABENDROTH**, **RIDDER** usw. herausgegeben wird.

⁽⁵³⁾ Rechtswissenschaft 1968.

tung: die Erklärung der russischen Hegemonie oder die Auseinandersetzung mit den Phänomenen verschiedener nationaler Wege zum Sozialismus. Nicht einmal der Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus kann ausgewichen werden, denn die Übernahme der Produktionslenkung durch den Staat bei sonstiger Erhaltung des Eigentums an den Produktionsmitteln ist schließlich durch den *Saint-Simonismus* vertreten worden ⁽⁵⁴⁾.

Mit der Umsetzung der sozialistischen Zukunftsvorstellung in positives Recht hat sich somit die Diskussionsgrundlage geändert. Theoretischer Gestaltungswille und andersartige Rechtswirklichkeit stehen sich nicht mehr gegenüber, Theorie kann nun mit Theorie und Praxis kann mit Praxis verglichen werden. Die Rechtsvergleichung innerhalb der sozialistischen Länder und mit diesen gehört aber bereits zu den Aufgaben des Juristen als Rechtsvergleicher. Der Systemvergleich zwischen Bundesrepublik und DDR hat längst begonnen ⁽⁵⁵⁾.

In dieser Situation erscheint die Renaissance eines Juristensozialismus, der eine politische Gesamtaussage versucht, wenig wahrscheinlich - dafür lasten die Hypotheken bestehender sozialistischer Ordnungen zu schwer. Dies gilt auch bis zu einem gewissen Grad für den demokratischen Sozialismus — soweit dieser nur die Übergangsdiktatur durch die Gewinnung der Mehrheit ersetzt, aber die endgültige Gestaltung der Gesellschaft offen läßt.

Dennoch erzwingt die politische Situation in der Bundesrepublik die Wiederbegründung eines Juristensozialismus durch die Konkurrenz, in der sich zwangsläufig beide Teilstaaten zueinander befinden. Dies gilt in besonderem Maße für die Sozialdemokratische Partei Deutschlands, die in ihrem Godesberger Programm von 1959 ⁽⁵⁶⁾ den Kommunisten die « Verfälschung des sozialistischen Glaubensguts » vorgeworfen hat. Die Umwandlung der deutschen sozialdemokratischen Partei von einer Weltanschauungs-

⁽⁵⁴⁾ Vgl. RAMM, *a.a.O.* (Anm. 15), S 288 ff.

⁽⁵⁵⁾ In den von der Bundesregierung erstatteten Berichten zur Lage der Nation. Außerdem gibt die Friedrich Ebert Stiftung Hefte heraus, in denen einzelne Institutionen miteinander verglichen werden.

⁽⁵⁶⁾ Vielfach veröffentlicht, u.a. im *Programm der deutschen Sozialdemokratie*, 1963, S. 183 ff.

partei in «eine Gemeinschaft von Menschen, die aus verschiedenen Glaubens- und Denkrichtungen kommen», zwingt dazu, die Basis dieser Gemeinschaft zu bestimmen. Das «Godesberger Programm» hat nur von einer Übereinstimmung in «gemeinsamen sittlichen Grundwerten und gleichen politischen Zielen» gesprochen. Es bleibt die Frage, wie die erstrebte «Lebensordnung», wie die «Grundforderungen für eine menschliche Gesellschaft», wie die erstrebte neue Wirtschafts- und Sozialordnung, beschaffen seien.

R a d b r u c h hatte 1949 dazu geraten, sich mit Aktionsprogrammen und kurzfristigen Wahlparolen zu begnügen, sonst werde eine Möglichkeit zur Selbstkorrektur abgeschnitten. Ein totales Programm sei das Kenzeichen für eine Einheitspartei ⁽⁵⁷⁾. Die Ausarbeitung eines «Langzeitprogramms» und daran anschließend eines «Orientierungsrahmens 1895» machen indessen deutlich, daß ein Bedürfnis nach einer zumindest längerfristigen Konzeption vorhanden ist, mit der innerparteilich einer den Zusammenhang mit politischen Realitäten entbehrenden Theoriediskussion entgegengetreten werden kann. Auch die Rechtsentwicklung selbst zeigt, daß der Fortsetzung der bisherigen Politik isolierter, häufig nicht aufeinander abgestimmter und nicht auf ihre Fernwirkung überdachter Reformen eine natürliche Grenze gesetzt ist. Die Interdependenzen der Einzelregelungen, die Auswirkung der Reform in einem Gebiete auf ein anderes, sind nunmehr unübersehbar geworden. Eine schwer überschaubare Praxis zwingt zur Theorienbildung. Doch liefert sie hierzu bereits selbst die Elemente.

6. A n t o n M e n g e r s weitreichendes theoretisches Anliegen gehört heute schon der unmittelbaren Rechtspolitik an und noch mehr: Es ist teilweise schon in den Bereich der Rechtsanwendung geraten. Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 hatte schon soziale Grundrechte enthalten. An sie haben die nach 1945 entstandenen deutschen Länderverfassungen angeknüpft. Das Bonner Grundgesetz hat auf ihre Aufnahme verzichtet, doch bleibt die Frage, inwieweit sie nicht zur Konkretisierung des Sozial-

⁽⁵⁷⁾ *Nachwort zur Kulturlehre*, S. 81.

staatsbegriffs des Grundgesetzes heranzuziehen sind. Auf jeden Fall aber hat die Ratifizierung der Europäischen Sozialcharta, die ebenfalls soziale Grundrechte enthält, den deutschen Juristen mit der Frage nach ihrer positivrechtlichen Geltung konfrontiert.

Anton Menger's Position von 1886 ist insoweit von der Rechtsentwicklung eingeholt worden. Das theoretische Anliegen des Juristensozialismus ist zur praktischen Aufgabe der Rechtsanwendung geworden, es ist nunmehr Gegenstand des positiven Rechts.

Dem Juristen wird damit eine umfassende Aufgabe zugewiesen. Denn mit Hilfe der sozialen Grundrechte kann eine in Einzelgebiete zerfallende, unübersichtlich gewordene, aus den Fugen geratene Rechtsordnung wieder inhaltlich strukturiert werden. Allerdings zwingen sie auch zu der politischen Entscheidung, ob die bestehende staatliche und gesellschaftliche Ordnung gewollt ist und bejaht wird. Die Existenz eines demokratischen Staates ist, dies lehrt das Beispiel der Weimarer Republik, dann gefährdet, wenn er von dem Bürger nur geduldet, wenn er nur hingenommen wird. Er bedarf auch der Anerkennung, daß er die Gerechtigkeit realisiert, er bedarf einer naturrechtlichen Legitimität. Das Bonner Grundgesetz erhebt einen solchen Anspruch, doch muß dieser von den Bürgern bejaht werden. Insoweit schlägt letzthin die juristische Aufgabe doch wieder in die politische Entscheidung um.

Ist die Neustrukturierung des Rechts, die Konkretisierung des Selbstverständnisses des Grundgesetzes als der Verfassung des freiheitlichen demokratischen sozialen Rechtsstaats noch Rechtsanwendung? Die Rechtsentwicklung hat dazu geführt, daß die Vertreter aller Richtungen und Gruppen im Kampf gegen den Positivismus wetteifern. Sie zerstören damit die Ebene, auf der bislang noch Konsense unter den Juristen hergestellt werden konnten. Sie brechen die Brücken zu einer Verständigung ab. Die Aufhebung der traditionellen Trennung zwischen Rechtsanwendung und Rechtspolitik beschwört die Gefahr, daß bereits vollzogene Umwandlungen des Rechts erneut in Frage gestellt werden. Die Positivierung des Juristensozialismus kann in dieser Situation wieder durch ein politisch-weltanschauliches Gruppenbekenntnis abgelöst werden. Dann aber erfolgt fast zwangsläufig ein Rückfall auf die von Menger eingenommene Position.

NICOLE ET ANDRÉ-JEAN ARNAUD

LE SOCIALISME JURIDIQUE À LA 'BELLE ÉPOQUE': VISAGES D'UNE ABERRATION

« Social, socialiser, socialisation sont des mots dont on use beaucoup, qui se prêtent à bien des acceptions » (*).

Parler de 'socialisme juridique', c'est se référer à une expression équivoque, qui peut viser mainte construction juridique anti-individualiste, fût-elle bien éloignée du 'socialisme'. Mais quel socialisme?

La locution 'socialisme juridique' se rencontrant, en langue française, dans les années 1900, come intitulé d'un article paru en 1904 dans les colonnes de la *Revue socialiste*, c'est à cette époque-là que nous devons nous placer pour rechercher dans quels milieux socio-politiques fut utilisée la formule, quelle signification lui fut attribuée, et de quelle faveur elle jouit, étant entendu que, de l'autre côté des Alpes et du Rhin, Anton Menger, Karl Renner et quelques autres l'avaient rendue célèbre en lui conférant un sens précis.

En France, il est vrai, la conjoncture n'était guère favorable, alors, à l'éclosion d'un socialisme juridique, autant en raison de la situation très particulière créée par la sanglante répression de la Commune, que par le défaut d'intérêt (sinon l'opposition franche) de la quasi-totalité des juristes à l'endroit d'une transformation « socialiste » du droit.

Et tout d'abord, « il n'existe pas, en France, de mouvement socialiste véritable avant les dernières années du Second Em-

(*) V. HAUSER, *Des différents sens de l'adjectif 'social'*, dans *Revue internationale de l'Enseignement*, 1902, t. I, p. 23.

pire » (1). Le mot 'socialisme' lui-même, presque inusité avant 1830, avait fait rapidement fortune. Absent en 1835 du *Dictionnaire de l'Académie française*, 'socialisme' s'y trouvait défini dans le *Complément* comme « doctrine qui prétend à la régénération de la société », avant de devenir, dans l'édition de 1877, la « doctrine des hommes qui prétendent changer l'état de la société, et la réformer sur un plan tout-à-fait nouveau ».

Et puisque nous en sommes au vocabulaire, J. Dubois nous apprend que, en 1842, sont considérés comme socialistes tous ceux qui, « regardant comme indignes de leurs efforts des réformes partielles soit dans l'ordre politique, soit dans l'ordre industriel, ne voient de salut ici-bas, que dans la reconstruction complète de l'ordre social » (2). Déjà, il est un socialisme qui se distingue de l'anti-individualisme strict par l'accent qu'il met sur l'économique. Mais ce dernier ne se confond pas avec le communisme, qui désigne, à proprement parler, une tendance particulière fondée sur les principes d'égalitarisme et de collectivisme, mais dont l'emploi se fait le plus souvent concurremment avec celui du mot socialisme, ce dernier l'emportant cependant en fréquence chaque fois que l'utilisation précise de chaque terme ne trouve pas un intérêt fondamental, et aussi longtemps qu'il pourra en être ainsi, c'est-à-dire jusqu'en 1917.

Entre temps, « dans une Europe occidentale où se déroule le conflit de 1870, on peut dire que le socialisme est d'abord le grand absent du débat *officiel*. Absence apparente: tout le monde y pense, personne n'en parle, ou seulement en terme d'exorcisme » (3). Littré, porte-parole officiel de la philosophie républicaine contre l'anarchie révolutionnaire et l'offensive monarchiste, définit le socialisme 'indéterminé', « tout système socialiste qui s'occupe particulièrement de régler l'ordre temporel et laisse de côté l'or-

(1) G. LEFRANC, *Le mouvement socialiste sous la IIIe République (1875-1940)*, Paris (Payot), 1963, p. 14.

(2) J. DUBOIS, *Le vocabulaire politique et social en France de 1869 à 1872*, Paris (Larousse), 1962, p. 125.

(3) S. PÉRIGNON, *Note sur la sociologie positiviste et le 'socialisme philosophique', au XIXe siècle*, dans *L'Homme et la Société*, n° 14, oct.-déc. 1969, p. 178.

dre spirituel » ⁽⁴⁾. Il y a là essentiellement une offensive positiviste contre Auguste Comte qui, selon lui, prônait un socialisme « catholico-féodal ». Plus intéressante encore l'opposition que faisait, dès 1871, le même Littré, entre ' socialisme positiviste ' et ' socialisme des classes ouvrières ', déniait à ce dernier toute consistance philosophique. Un clivage est opéré, mais ne rendra pas facile la délimitation d'un socialisme juridique, qui contiendra sa propre contradiction d'être par nature rattaché au premier tout en devant, par essence, servir le second.

Dans les faits, la Ie Internationale date de 1864, en plein Second Empire. Une section, constituée en France, regroupe quelques dizaines de milliers d'adhérents (relativement stables) ⁽⁵⁾. Mais quelques années plus tard, c'est la Commune. Déjà très touchée par la répression antérieure, puis par la guerre de 1870, enfin par l'écrasement de la Commune, la section se trouve ligotée par la loi du 14 mars 1872, utilisée contre ses membres, et qui autorise les poursuites contre « toute association internationale qui ... tendra à abolir le droit de propriété, la famille ... » ⁽⁶⁾: loi sur mesure.

Le socialisme, s'il est considéré comme autre chose qu'une simple aspiration à la justice sociale, met donc fort longtemps à pénétrer en France. Encore, sous cette dénomination, même entendue strictement, faut-il compter aussi bien les guesdistes (Parti ouvrier français, Le Havre, 1880) que les adhérents de la Fédération des travailleurs socialistes (dont le programme, dit « de Saint-Étienne », fut élaboré en 1883), ceux du Parti ouvrier socialiste révolutionnaire (1890), et les blanquistes.

Plus tardive encore, la pénétration du socialisme dans les rangs des juristes. Le premier nom que l'on rencontre est, semble-t-il, celui d'Émile Acollas (1826-1891). Secrétaire du Comité démocrate socialiste de l'Indre à Paris, en 1849, il se retrouve professeur de droit à Berne après avoir été désigné comme président du Comité parisien du Congrès de Genève, et condamné à une peine

⁽⁴⁾ Cité par S. PÉRIGNON, *op. cit.*, p. 180.

⁽⁵⁾ M. REBÉRIOUX, *Socialisme. Les Internationales*, dans *Encyclopaedia Universalis*, vol. 15, p. 13.

⁽⁶⁾ SIREY, *Lois annotées*, 1872, p. 191-193.

d'emprisonnement pour avoir félicité Garibaldi de son entrée dans les États du pape. C'est en Suisse que lui parvient la nouvelle de sa désignation, par la Commune, comme doyen de la Faculté de Droit de Paris. Empêché de rejoindre son poste, il se déclare complice moral des insurgés ⁽⁷⁾.

Lorsqu'il parvient à rentrer en France, il est répétiteur à la Faculté de Droit de Paris. Là, il fréquente le Café Soufflet, où, sous le pseudonyme de Gerbier, vient également le futur célèbre romaniste P. F. Girard ⁽⁸⁾. Un cercle de jeunes gens y découvre alors le marxisme. C'est ce groupe qui présenta, en 1875, aux élections législatives, la candidature d'Acollas contre celle du colonel Denfert-Rochereau. Ce dernier l'ayant emporté, Accollas se retira de la vie politique.

Il avait préconisé une refonte de la législation civile, l'égalité des sexes, le remaniement des lois sur la propriété, afin de la ramener à sa seule source légitime, le travail; il avait inscrit, en outre, dans son programme électoral, la réforme de l'impôt, l'abolition de tous les monopoles, et l'organisation du crédit et de l'assurance. Nous sommes là en présence d'un « socialisme où se mêlent les reminiscences mutualistes et blanquistes » ⁽⁹⁾. S'il ne fut pas marxiste, du moins ne faut-il pas accorder foi au jugement d'un fils qui, soucieux de prendre avant tout ses distances par rapport aux actes de son père, écrit de lui que son socialisme n'est qu'une « aspiration vers l'épanouissement le plus complet de la sociabilité humaine et, en particulier, au point de vue économique, du principe d'association ... (qui), libre initiative des individus, ... abolira le salariat, sujétion de l'homme par l'homme » ⁽¹⁰⁾.

Mais, dans cette fin du XIX^e siècle, Accollas est un « cas ». Et si d'autres socialistes s'occupent alors de droit, on ne rencontre pas d'autre juriste « socialiste ». C'est que le droit est aux mains des bourgeois, qui dominent, par leurs codes et par leurs juges, la société individualiste qu'ils ont établie au début du siècle.

⁽⁷⁾ É. ACCOLLAS, *Ma participation à l'insurrection de Paris*, Berne, 1871.

⁽⁸⁾ M. DOMMANGET, *L'introduction du marxisme en France*, Lausanne, 1969, p. 125.

⁽⁹⁾ G. LEFRANC, *op. cit.*, p. 26.

⁽¹⁰⁾ Dans *Bulletin de la Société historique de la III^e République*, 29 avril 1938.

Où donc entendrons-nous parler de « socialisme juridique » ? Le champ se resserre. En premier lieu, n'est pas socialiste ce courant de pensée « réaliste » qui se développe en France contre la toute-puissance dogmatique de l'École de l'Exégèse, et l'emporte à partir de 1880. Il s'agit d'un réalisme que l'on a pu qualifier de « social », mais qui n'est nullement « socialisme ». Géný fut l'un des maîtres à penser de la génération qui cueillit les fruits de cette victoire contre l'Exégèse; qui donc irait prétendre qu'il fut tenté par les idées socialistes ? Il n'y a pas lieu, non plus, d'analyser ici les rapports existant entre socialisme et sociologie, bien que ce soit tentant. En effet, si l'on note une certaine confusion entre les deux termes — « malgré tout, la sociologie, comme disent les savants, le socialisme, comme dit simplement le peuple, donnera le bien-être à tous » ⁽¹¹⁾ — cette ambiguïté ne se prolongera pas au-delà des années 1870-1875. Pour la période postérieure, qui connaît le grand épanouissement de la sociologie, il n'est pas prudent d'entrer de plein pied dans un sujet aussi vaste, et dont il faudrait commencer par prouver qu'il se rattache directement à une étude juridique, ce qui ne serait nullement impossible, mais nous entraînerait inévitablement hors des bornes qui nous sont assignées, tant par la précision du sujet que par les dimensions qu'on a souhaité donner à l'étude.

Il n'est pas question non plus — car nous serions alors hors du sujet — d'étudier ici les juristes socialistes (ce qui fait, par exemple, qu'on ne trouvera pas le nom de Léon Blum), et pas davantage les travaux des socialistes qui ont pu s'intéresser aux matières juridiques. Il convient, néanmoins, de dire un mot d'un homme comme Benoît Malon, auteur du *Socialisme intégral*, de *La morale sociale*, mais surtout fondateur de la *Revue socialiste* (1880-1914) où étaient appelés à collaborer « tous les chercheurs actuels du socialisme, qu'ils soient modérés ou violents, autonomistes ou autoritaires, pacifiques ou révolutionnaires, mutuellistes ou communistes, positivistes ou collectivistes » ⁽¹²⁾. C'est dans les colonnes de cette revue, rappelons-le, qu'allait paraître l'article d'André Mater sur « le socialisme juridique ». Benoît Malon fut aussi le

⁽¹¹⁾ *Le Vengeur*, 4 février 1871, cité par J. DUBOIS, *op. cit.*, p. 424.

⁽¹²⁾ Cité par G. LEFRANC, *op. cit.*, p. 84.

créateur de l'éphémère Société d'économie socialiste (1885-1888) dont les membres se proposaient de mettre à l'étude cinq questions:

- la législation internationale du travail;
- les lois de protection sociale;
- les monopoles;
- la réforme de l'impôt;
- la crise métallique (or et argent).

Mais il faut surtout parler de Charles Andler (1866-1933), qui, « proche d'Albert Thomas et de la nouvelle droite du parti » ⁽¹³⁾ (S.F.I.O.), assura la direction de fait de l'École socialiste française. Cette dernière fut créée en 1909 à l'initiative du groupe des Étudiants collectivistes. On y trouvait des enseignements consacrés à l'étude du milieu socio-économique, à la culture socialiste, aux formes d'organisation ouvrière. Le public était constitué essentiellement par des étudiants parisiens intéressés par les questions sociales.

La présence d'Andler parmi les responsables de la S.F.I.O. eut une signification précise: « l'attaque spectaculaire, à la fin de 1912, du germaniste Andler contre l'impérialisme latent de la social-démocratie », écrit Madeleine Rebérioux ⁽¹⁴⁾, « prouve qu'à la droite du parti la défiance la plus ferme subsistait. En reproduisant les articles d'Andler, *La Vie ouvrière* rendit ses arguments accessibles aux syndicalistes révolutionnaires. Malgré la réponse vigoureuse de *L'Humanité*, l'insistance de Jaurès à faire discuter l'appel à la grève générale prouve qu'il n'était pas entièrement rassuré ». Et cet ensemble de remarques est fort important pour nous. C'est par les *germanistes* que fut connu en France Menger, dont Andler préfaçait la traduction française du *droit au produit intégral du travail* ⁽¹⁵⁾, et aussi Otto Effertz, qu'Andler présentait, dans la *Revue de Métaphysique et de Morale* comme le découvreur d'un système nouveau de socialisme scientifique. C'est encore Andler qui préface, en 1903, *L'affirmation du droit collectif* du juriste

⁽¹³⁾ M. REBÉRIOUX, *Le socialisme français de 1871 à 1914*, dans *Histoire générale du socialisme*, sous la dir. de J. DROZ, vol. II, *De 1875 à 1918*, Paris (P.U.F.), 1974, p. 211. Cfr. aussi E. TONNELAT, *Ch. Andler. Sa vie et son oeuvre*, Paris, 1937.

⁽¹⁴⁾ *Op. cit.*, p. 228.

⁽¹⁵⁾ Paris, 1900.

lyonnais Emmanuel Lévy ⁽¹⁶⁾. C'est lui qu'on cite, enfin, lorsqu'on traite du « socialisme juridique » ⁽¹⁷⁾.

Il est fondamental d'avoir bien présent à l'esprit la distance qui sépare Andler de Jaurès. Tandis que ce dernier est absorbé par des problèmes de majorité gouvernementale et la lutte contre la guerre qui approche, le premier continue son effort de définition du socialisme, s'en prend à Guesde et critique Marx. Face à Jaurès qui montrait le socialisme sortant de la démocratie, Andler dit que l'un et l'autre sont de nature différente; la démocratie aurait préparé les voies au socialisme, mais celui-ci constituerait un fait entièrement nouveau; la démocratie serait une défense de l'individu quel qu'il soit, et le socialisme, une reconstruction, une mise en commun de toutes les ressources, un sentiment vivant de la solidarité ⁽¹⁸⁾.

Avec le terme ' solidarité ', on touche au lieu commun. Plus qu'aujourd'hui, encore, s'il est possible, le mot est alors sous toutes les plumes, et l'on ne peut conclure, de sa seule présence, à une pensée socialiste. Inversement, il n'est pas possible de déduire de son usage, que l'on se trouve devant une oeuvre qui ne se rattacherait pas au socialisme. Bien mieux: en France, Menger est parfois qualifié de solidariste. Par conséquent, évoquer la solidarité amène à dire un mot du *solidarisme*. Ce sera toutefois pour l'écarter de notre propos. Car les solidaristes français eux-mêmes prennent soin de distinguer clairement le solidarisme du socialisme. C'est même là une de leurs préoccupations les plus constantes, car ils entendent bien proposer une reconstruction de la société sur un ordre juridique à fondement solidariste, qui supprime le

⁽¹⁶⁾ Emmanuel Lévy avait fait partie, rue d'Ulm, en 1894, de la 'turne Utopie', où l'on trouvait Weurlesse, Mathiez, Péguy, des historiens et des philosophes qui étaient ou se disaient socialistes. Agrégé des Facultés de Droit puis professeur à l'Université de Lyon, il eut, dans cette ville, des responsabilités politiques et municipales. Il donna notamment, en 1896, une thèse de doctorat sur la *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*. Membre du parti S.F.I.O., il est considéré comme s'étant situé à la droite du parti.

⁽¹⁷⁾ A. MATER, *Le Socialisme juridique*, dans *Revue Socialiste*, vol. 40 (juillet 1904), dès la p. 2 et *passim*.

⁽¹⁸⁾ Cf. G. LEFRANC, *op. cit.*, p. 180-184 et 189-190.

socialisme en prétendant répondre aux mêmes aspirations de justice sociale, et, mieux encore, par des voies moins brutales.

C'est en 1907 que Bouglé, professeur de philosophie sociale à l'Université de Toulouse, et chef de file des solidaristes, donne son livre sur *le solidarisme*, en écho à une communication que Brunot avait faite un peu auparavant, à l'Académie des Sciences morales et politiques, sur « La solidarité sociale comme principe des lois » ⁽¹⁹⁾. Bouglé reproche au socialisme d'admettre la prééminence de l'économique, et d'absorber en conséquence tout le droit privé dans le droit public. Si l'on en croit J. Charmont, alors professeur à la Faculté de Droit de Montpellier, les juristes ont vu dans le solidarisme une « thèse intermédiaire entre le socialisme et l'individualisme » ⁽²⁰⁾: raison majeure pour que nous ne nous attardions pas là dessus.

Le petit nombre des juristes étonne, quand il s'agit du 'socialisme juridique'. On serait tenté de rassembler quelques autres noms. Le centenaire du Code civil nous a livré, par exemple, ceux d'Albert Tissier, qui rédigea, pour le *Livre du Centenaire*, un article sur « Le Code civil et les classes ouvrières », de Josserand, qui traitait, au même endroit, de « La propriété collective » ⁽²¹⁾, et de M. Leroy, théoricien du droit syndical et du pouvoir professionnel, qui publia, la même année, un ouvrage sur *Le Code civil et le Droit nouveau*. Il y aurait aussi Duguit, à la rigueur Charmont, qui donna lui aussi son avis sur la « socialisation du droit » ⁽²²⁾. Mais il ne s'agit pas là de 'socialisme juridique' au sens strict. Nous ne voyons guère que Charles Andler, Emmanuel Lévy et André Mater, qui s'en sont d'ailleurs réclamé, qui ressortissent de notre aire de recherche. Leurs oeuvres sont, nous le verrons, amplement suffisantes à une connaissance des grandes thèses du

⁽¹⁹⁾ T. LX (1903), pp. 304-364, des C.R. de l'Académie.

⁽²⁰⁾ J. CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, Montpellier, 1910, p. 152. Comp. BOUGLÉ, *Le Solidarisme*, Paris, 1907, p. 196. C'est par J. DROZ (*Les partis socialistes de type allemand avant la première guerre mondiale*, dans *Hist. génér. du socialisme*, op. cit., p. 117) que Menger est qualifié de solidariste.

⁽²¹⁾ *Le Code civil (1804-1904). Livre du Centenaire*, Paris, 1904, t. I, respectivement pp. 71-94 et 357-379.

⁽²²⁾ Dans *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1903, pp. 380-405.

'socialisme juridique' français, et à une compréhension de son originalité, ce qui permettra de le juger.

I. *Les grands thèmes du socialisme juridique français.*

Andler propose, pour image du socialisme juridique français, celle d'Emmanuel Lévy ⁽²³⁾, dont Mater lui-même écrivait qu'il a « donné du socialisme une formule juridique si précieuse ..., que toute la production d'Anton Menger n'en offre pas une seule équivalente » ⁽²⁴⁾.

Emmanuel Lévy, homme d'action, n'a pas démesurément écrit. Ses idées se trouvent exposées principalement dans sa thèse de doctorat, soutenue en 1896 ⁽²⁵⁾, dans le texte d'une conférence, paru en 1903 sous le titre: *L'affirmation du droit collectif*, repris avec d'autres travaux dans un livre intitulé *Les fondements du droit*, qui prolongent un recueil de ses principaux articles, publié grâce à Édouard Lambert ⁽²⁶⁾.

Le postulat de base correspond à une idée chère à Menger, que « l'homme d'État ne peut tenir compte que des revendications formulées en termes de droit » ⁽²⁷⁾. Aussi, bien que le Droit soit en crise, il faut avoir confiance en son pouvoir réformateur. De la lutte des classes elle-même, Emmanuel Lévy va tenter de donner une formulation juridique, pour montrer que le conflit peut recevoir une solution de Droit, « tout naturellement, et par le jeu des institutions juridiques que la bourgeoisie s'est elle-même données » ⁽²⁸⁾. L'intervention du droit dans le discours socialiste permet d'éviter l'usage de la force, de « commencer le travail d'organisation sans l'intermède chaotique d'une révolution » ⁽²⁹⁾. C'est

⁽²³⁾ CH. ANDLER, *Préface à E. LÉVY, L'affirmation du droit collectif*, Paris, 1903, p. 3.

⁽²⁴⁾ A. MATER, *op. cit.*, p. 8.

⁽²⁵⁾ E. LÉVY, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, Paris, 1896.

⁽²⁶⁾ E. LÉVY, *La vision socialiste du droit*, Paris, 1926; *id.*, *Les fondements du droit*, Paris, 1933. La liste des écrits d'Emmanuel Lévy peut être trouvée dans F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, vol. II, n° 82.

⁽²⁷⁾ Cité par ANDLER, *Préface à E. LÉVY, op. cit.*, p. 9.

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, p. 3.

⁽²⁹⁾ *Ibid.*, p. 5.

d'ailleurs une idée chère à Andler, que « parce que la révolution sociale est certaine, inévitable, il la faut pacifique » ⁽³⁰⁾. C'est lui encore qui disait: « le socialisme suppose des hommes d'énergie moyenne. Il les veut préoccupés de culture et de dignité. Il les veut *gentlemen* » ⁽³¹⁾.

Nous sommes ici renvoyés à une tradition socialiste qui remonte à Lassalle et Proudhon, et « fut d'essence juridique ». C'est d'ailleurs à Lassalle qu'Emmanuel Lévy emprunte le premier élément de son argumentation, renouant par là avec « la tradition du droit socialiste démocratique », comme l'avait déjà tenté Jaurès dans les *Études socialistes* ⁽³²⁾: « le droit est d'essence relative. Il change avec la croyance sociale, expression elle-même du besoin » ⁽³³⁾. Le droit n'existe pas *en soi*, mais seulement dans la mesure où il est conféré par la société. Même les plus élémentaires des droits supposent le consentement tacite de tous. On est ainsi forcé d'admettre que les droits cessent de la même manière qu'ils sont nés, par l'action de la volonté collective: cette conséquence logique, Lassalle ne l'avait pas déduite. Et cependant, elle va jouer un rôle considérable lorsqu'aura été admise la thèse qui constitue l'apport propre d'Emmanuel Lévy: le droit de propriété actuel consiste en un « échafaudage » de créances. Il est d'ordre fiduciaire.

Cette théorie, que « la croyance crée le droit », Emmanuel Lévy l'a soutenue depuis l'époque de sa thèse et jusque dans ses derniers travaux. « Les droits », écrivait-il dans *La vision socialiste du droit*, « sont les croyances mesurées (en justice tout se chiffre), ou créances, que l'État protège. Ils sont les croyances, dans la raison, le quantitatif, selon l'esprit de mesure, de qualité. Toute question litigieuse est: sur quoi puis-je compter? (foi due au titre, au droit, à la loi) ou, corrélativement, dans quelle mesure suis-je obligé?

⁽³⁰⁾ ANDLER, *Préface à Menger, L'État socialiste, op. cit.*, p. XL.

⁽³¹⁾ ANDLER, *Études critiques. Un système nouveau de socialisme scientifique: M. Otto Effertz*, dans *Rev. Métaph. Morale*, 1906, p. 615. Mais s'agit-il encore de socialisme? Andler lui-même ajoute que le socialisme d'Effertz rejoint la pensée des grands individualistes de l'époque, tel Ibsen.

⁽³²⁾ Cfr. ANDLER, *Préface à E. Lévy, op. cit.*, p. 6.

⁽³³⁾ *Eod. loc.*

La propriété est le droit réel essentiel, la créance réalisée, la personne qui possède. Les droits sont l'aspect successif de la personne, qui est le crédit (ou autorité, ou pouvoir) de chacun sur soi et les autres, l'aptitude à dire et à appliquer la loi, la liberté » ⁽³⁴⁾.

Appliquant ces principes à l'analyse du capitalisme, Emmanuel Lévy parle d'une double créance collective, celle des capitalistes et celle du travail. « Le capital, dans la phase industrielle d'aujourd'hui, est beaucoup plus un capital de sociétés que d'individus... Dans les sociétés anonymes on trouve des obligataires... ils sont certainement des créanciers... Mais il y a plus: dans une société anonyme on ne trouve que des créanciers... (Les actions:) un patrimoine avec des créanciers, mais sans propriétaire » ⁽³⁵⁾. Or la société anonyme est le type même de la société appelée à se développer dans le régime capitaliste, à s'étendre et à se multiplier jusqu'à se grouper sous forme de trusts. Et face à cette créance collective du travail, il y a un fait nouveau: le groupement des ouvriers. « Le travail, dans le contrat collectif, acquiert un droit de créance tendant à monter jusqu'à un maximum correspondant à sa part dans la production » ⁽³⁶⁾.

Le capitaliste s'arrange pour n'avoir que des droits, pour n'être personnellement jamais responsable, jamais obligé, pour ne perdre — au cas où il y aurait perte — que la 'mise' initiale. Or, pour arriver à ce résultat, il a laissé le capital devenir « le passif social » face à l'actif véritable, qui est le travail. Dès lors, il n'est pas difficile de prévoir que le capital « sera mangé » par le travail, « que la créance collective de travail absorbe(ra) celle du capital » tout naturellement ⁽³⁷⁾. En effet, « le capital est menacé de toutes parts. Il est menacé par l'impôt, les monopoles, il est menacé par l'irrégulation. Partout, c'est la chasse au capitaliste qui veut fuir, se dissimuler, qui fait semblant de ne pas posséder... » ⁽³⁸⁾.

⁽³⁴⁾ E. LÉVY, *La mesure*, dans *La vision socialiste du droit*, *op. cit.*, p. 177. Comp. avec *Construction sociale du droit*, dans *Les fondements du droit*, *op. cit.*, p. 152.

⁽³⁵⁾ E. LÉVY, *L'affirmation du droit collectif*, *op. cit.*, p. 16.

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, p. 18.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, p. 28.

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, p. 30. Comp. avec M. LEROY, *Le Code civil et le droit nouveau*, Paris, 1904 (Bibliothèque socialiste, n° 22).

La grande poussée des lois ouvrières et le pas accompli par la jurisprudence sous la poussée des faits ont une part décisive à cette absorption de la créance du capital dans celle du travail: condamnation du propriétaire à des dommages-intérêts quand il cause « un préjudice à d'autres qu'à des propriétaires, et par exemple à des ouvriers; ... responsabilité pour renvoi sans motif légitime d'un ouvrier engagé à durée indéterminée... responsabilité du capital en cas d'accident du travail », droit à la retraite que l'ouvrier n'a pas à payer davantage que son salaire ⁽³⁹⁾.

C'est donc en utilisant et en hâtant le groupement syndical, qui se sert des moyens juridiques forgés par le capitalisme lui-même pour assurer sa propre domination, que l'on parviendra à transformer la société en une société socialiste. Cette révolution sera pacifique, puisqu'elle se fera par le droit. On comprend alors la conclusion d'Emmanuel Lévy: « Le socialisme est la lutte sociale pour le droit, la politique imposée par le capital pour que, dans le contrat, on ne compte pas que d'un côté. Il lui faut un langage juridique, direct, dépouillé, pauvre, exact » ⁽⁴⁰⁾.

De ce « socialisme juridique » français, André Mater a tenté de donner davantage qu'une formulation: il lui a trouvé une ossature. Et d'indiquer les quatre règles du 'socialisme juridique'. « Le socialisme juridique a pour maxime fondamentale la règle de toujours raisonner à partir du droit établi » ⁽⁴¹⁾. Mater estime qu'il y a une grande différence entre 'conserver' le régime capitaliste, et 'imposer un sens socialiste' au droit bourgeois. Par une interprétation « volontairement tendencieuse » du droit en vigueur, les socialistes peuvent transformer progressivement le droit; la révolution sociale apparaîtra comme une *création*, non comme une violation ou une réforme de la législation: « Le socialisme juridique consiste essentiellement (non) pas à se passer de la législation pour opérer la Révolution, mais à faire comme si on ne pouvait pas y compter » ⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, p. 29.

⁽⁴⁰⁾ *La mesure, op. cit.*, p. 179. Comp. avec *Construction sociale du droit, op. cit.*, p. 153.

⁽⁴¹⁾ MATER, *op. cit.*, p. 2.

⁽⁴²⁾ *Ibid.*, p. 3.

« La deuxième règle du socialisme juridique est de choisir, comme fins à poursuivre d'abord, les points du programme socialiste dont la réalisation s'annonce déjà dans les transformations ou déformations du Droit » (43). Mater déclare que c'est faire preuve d'un grand défaut de discernement, que de nier que le socialisme correspond au sens de l'évolution des faits, tels qu'ils se déroulent sous les yeux de ses contemporains. Il invoque ici Menger, qui doit être loué d'avoir conçu « une science sociale qui ne prétendrait pas régenter le mouvement social, mais qui se saurait issue de lui, et qui serait la centralisation seulement des informations que recueille elle-même la démocratie mouvante, et comme le service de renseignements de cette armée en marche ». Cette phrase est de Charles Andler, dont Mater admire la clarté, et qu'il cite volontiers (44). Le socialisme juridique français est ici tout-à-fait dans la ligne de pensée de Menger: « La mission principale de la science sociale juridique », écrivait ce dernier, comme le rappelle Mater, « sera de déterminer le contraste existant entre l'état de droit qui s'est établi dans le cours de l'histoire, et les rapports sociaux de notre temps, et de préparer les changements que devra subir en conséquence l'ordre juridique » (45).

« La troisième règle du socialisme juridique consiste à formuler juridiquement les revendications socialistes, parce que la revendication est proprement « l'action par laquelle on réclame une chose dont on se prétend propriétaire », et que les plus révolutionnaires des socialistes considèrent le régime futur comme un droit ou une nécessité, mais non pas comme une usurpation » (46). Cette formulation permet de critiquer le droit en vigueur pour faire apparaître la contradiction existant entre l'état du droit et la réalité sociale. Mais l'intérêt se trouve au-delà de cette critique, dans une utilisation dynamique de la formulation juridique des revendications socialistes en vue d'effectuer « comme un montage du socialisme sur le cadre juridique » (47). L'important, aux

(43) *Ibid.*, p. 4.

(44) ANDLER, *Préf. à Menger, L'État socialiste, op. cit.*, p. III. MATER le cite dans son article, p. 4.

(45) Cité par MATER, *op. cit.*, p. 5.

(46) MATER, *op. cit.*, p. 7.

(47) *Ibid.*, *eod. loc.*

yeux de Mater, est, comme l'écrivait Menger, de « sort(ir) des discussions économiques et philanthropiques sans fin qui forment l'objet principal de la littérature socialiste » ⁽⁴⁸⁾. On notera le 'coup de patte' envoyé, au passage, à Marx et Engels. Mais il est fondamental de relever ici la correspondance de vues qui existe entre le socialisme juridique français et Anton Menger, sur la nature juridique du droit socialiste. On sait que, sur les moyens d'y parvenir, en ce qui concerne la construction pratique du droit socialiste, le socialisme juridique français reproche précisément à Menger d'être resté un doctrinaire.

« La quatrième règle du socialisme juridique... consiste à interpréter le Droit en vigueur dans le sens des revendications formulées..., de manière à légitimer toutes les pratiques conformes à ces revendications » ⁽⁴⁹⁾. Il s'agit, bien entendu, de l'interprétation de la législation par le pouvoir judiciaire, non pas de cette sorte d'interprétation 'initiale' qui crée le droit. Or Mater, par une argumentation personnelle, va transformer cette interprétation réservée aux magistrats en une véritable interprétation 'initiale'. En effet, cette interprétation permettrait, écrit-il, « non pas de remplacer le Droit bourgeois, mais de le retourner de manière à y faire pousser du collectivisme, et même le seul collectivisme » ⁽⁵⁰⁾. Il y avait, dans ces propos, de quoi faire trembler les gardiens traditionnels de l'ordre juridique établi. Bonnecase, grand 'penseur' juriste de l'époque, ne manque pas d'alarmer ses lecteurs: « L'idée générale du socialisme juridique... autorise le juge à faire en quelque sorte fi de la loi pour instaurer, par voie de soi-disant interprétation, un système juridique socialiste... (A la limite, c'est) du socialisme révolutionnaire autorisant les magistrats à se mettre en révolte contre le pouvoir législatif et même le pouvoir exécutif, autrement dit contre l'ordre social » ⁽⁵¹⁾.

Révolutionnaire, en effet, se veut la théorie de Mater, « bien qu'à première vue le mépris absolu des marxistes pour le droit

⁽⁴⁸⁾ Cité par MATER, *eod. loc.*

⁽⁴⁹⁾ MATER, *op. cit.*, p. 9.

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.*, *eod. loc.*

⁽⁵¹⁾ J. BONNECASE, *La pensée juridique française, de 1804 à l'heure présente*, Paris, 1932, t. II, n° 390.

permette d'en douter » ⁽⁵²⁾. Et Mater tente de démontrer que cette tradition, qui tient à l'opposition mise en lumière par Marx et Engels entre l'économique et le juridique, ce dernier constituant l'arme maîtresse des bourgeois, doit être délaissée, qu'il faut rompre avec elle. L'utilisation de l'arme juridique est, selon lui, indispensable; non qu'il faille « tendre à réaliser un idéal puisé dans le droit bourgeois, mais à exploiter le droit bourgeois au profit d'un idéal puisé dans la connaissance de l'évolution économique » ⁽⁵³⁾. Si le droit est devenu un droit de classe, c'est par une *déformation*; mais, comme Emmanuel Lévy le dit de son côté, il s'est enclenché un mécanisme qui fait que « chaque progrès de la concentration et de la domination capitaliste, chaque effort du capitalisme pour empêcher, pour retarder l'éveil du prolétariat, aboutit à une méconnaissance du droit capitaliste, à une fêlure de l'appareil juridique fait pour appliquer ce droit, à la création d'un mécanisme nouveau pour le violer » ⁽⁵⁴⁾. Les juristes, juges, avocats, tous praticiens et auxiliaires de justice, qui sont faits pour faire respecter l'ordre bourgeois au moyen du droit, se trouvent plongés dans une contradiction. « Ils ont un tel respect pour la loi qu'ils ne veulent jamais paraître la violer ou tourner; quand ils la violent ou la tournent, ils se donnent l'air de l'appliquer, finissent par se persuader qu'ils l'appliquent en effet, et dès lors peuvent la désorganiser hardiment » ⁽⁵⁵⁾. Il n'y a qu'à attendre: « La classe ouvrière aura bientôt, si elle y tient, ses juristes socialistes qui interpréteront le droit bourgeois au profit d'une minorité, et qui exploiteront le droit contre l'ordre légal » ⁽⁵⁶⁾.

Cette vocation du droit à transformer la société écarte tout usage de la force. Il suffit de violenter le droit; mais encore faut-il que la classe ouvrière s'engage « dans une pareille campagne de dictature juridique » seulement après s'être dotée d'une « forte organisation électorale, syndicale et financière » ⁽⁵⁷⁾. Et pour mieux

⁽⁵²⁾ MATER, *op. cit.*, p. 12.

⁽⁵³⁾ *Ibid.*, p. 13.

⁽⁵⁴⁾ *Ibid.*, p. 17.

⁽⁵⁵⁾ *Ibid.*, *eod. loc.*

⁽⁵⁶⁾ *Ibid.*, *eod. loc.*

⁽⁵⁷⁾ *Ibid.*, p. 21.

assurer une heureuse transformation du droit, Mater propose de se mettre à l'écoute du droit administratif, qui permet des utilisations nombreuses contre les institutions du droit privé, spécifiques du droit bourgeois. A la limite, il faudra même envisager de fonder le droit privé tout entier dans le droit public. En quoi il se distingue totalement des solidaristes.

Encore ce système n'est-il conçu que comme une « méthode purement transitoire, faite pour faciliter et hâter l'établissement d'un nouveau régime économique, d'un milieu où (Mater) espère que les juristes ne subsisteront pas plus que les pontifes et les guerriers » ⁽⁵⁸⁾. Et de conclure, modestement, qu'il n'a pas entendu élaborer un droit socialiste, la première tâche devant consister à socialiser la production « avant de savoir comment s'organiseront les relations juridiques et même s'il subsistera beaucoup de ces relations » ⁽⁵⁹⁾. Cette remarque permet de concevoir la portée exacte du système élaboré par les tenants du 'socialisme juridique' français. C'est en vue de socialiser la production que les juristes socialistes doivent utiliser la méthode juridique préconisée.

2. *L'originalité du 'socialisme juridique' français.*

Le 'socialisme juridique' français se démarque tout à la fois du marxisme, du solidarisme et même des thèses de Menger.

Charles Andler se montre même très dur à l'endroit du marxisme. Suivant en ce domaine les critiques que Menger adresse au marxisme, Charles Andler, par exemple, ne manque pas une occasion de mettre en doute le primat accordé à l'économie par Marx et Engels ⁽⁶⁰⁾, et leur répugnance à l'égard de la chose juridique ⁽⁶¹⁾. Et s'il loue Menger, c'est pour avoir « mis en évidence, avec une clarté sans égale, que le socialisme, même dans ce qu'il a de

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.*, p. 27.

⁽⁵⁹⁾ *Ibid.*, *eod. loc.*

⁽⁶⁰⁾ CH. ANDLER, *Préface* à A. MENGER, *L'État socialiste*, trad. fr., Paris, 1904, pp. VI et X.

⁽⁶¹⁾ *Id.*, *Préface* à É. LÉVY, *L'affirmation du droit collectif*, Paris, 1903, pp. 5-6. Cf. aussi A. MATER, *op. cit.*, p. 12, et ANDLER, *Préface* à A. MENGER, *Le droit au produit intégral du travail*, Paris, 1900, p. XXXIX.

scientifique, n'est pas l'oeuvre de Marx et de Rodbertus. Les origines en sont françaises et anglaises » ⁽⁶²⁾.

Par rapport au marxisme contemporain, Andler prend également ses distances. Dans une chronique qu'il faisait, en 1897, des *Essais sur la conception matérialiste de l'histoire* d'Antonio Labriola, paru en France cette année-là avec une préface de G. Sorel, il parle du marxisme de Labriola comme de « variations importantes d'une orthodoxie sur son déclin » ⁽⁶³⁾.

Les thèses capitales du système interprété par Labriola sont les suivantes. En premier lieu, il ne faut pas confondre matérialisme historique et interprétation économique de l'histoire. La méthode de cette dernière consiste à isoler des faits, tandis que le premier suppose qu'on aille jusqu'aux « causes des motifs ». Par ailleurs, l'infrastructure d'une forme sociale n'apparaît que dans la réduction de tous les besoins dérivés en un besoin primitif qui, inconsciemment, survit dans les autres. Il s'agit de la « conservation vitale ». Et c'est par la technologie que l'homme écarte de lui les influences naturelles, se séparant par là de l'homme primitif. Troisièmement, le droit et l'État sont d'immédiats reflets de la manière de produire. Ensuite, la lutte des classes se présente comme le dernier « contenu » de l'histoire. Cinquième proposition: religion, morale, science, art vivent de nos procédés de travail sur lesquels reposent l'État et le droit. En conséquence, il faut dénier une valeur quelconque aux systèmes, valeur par laquelle on les proclamerait vrais, beaux ou justes. Enfin, le matérialisme historique se veut la négation de toute idéologie, refusant rationalisme et volontarisme, et se présentant plutôt comme un déterminisme qui n'est cependant pas un « automatisme ». L'intelligence n'est alors que le nom donné à l'activité qui les affranchit des résistances naturelles ou des entraves sociales.

Ayant ainsi présenté le système de Labriola « dans toute sa force, et dans sa réelle beauté métaphysique » ⁽⁶⁴⁾, Charles Andler en vient à l'essentiel de son propos, qui consiste à critiquer cette

⁽⁶²⁾ *Id.*, Préface à Menger, *Le droit au produit ...*, *op. cit.*, p. XXI.

⁽⁶³⁾ Ch. ANDLER, *La conception matérialiste de l'histoire d'après M. Antonio Labriola*, dans *Rev. Métaphys. Morale*, 1897, p. 644.

⁽⁶⁴⁾ *Ibid.*, p. 650.

vision qui, selon lui, ne correspond pas à la réalité. Le monisme historique, sans lequel le système de Labriola s'évanouit, demeure chez lui, selon Andler, un postulat. La méthode matérialiste envisage l'homme dans son rapport avec son milieu. « Ce qui existe, ce n'est pas l'homme, mais un ensemble de relations entre les hommes » ⁽⁶⁵⁾. Or, si Labriola adhère à l'argumentation sociale de Marx, on ne peut soutenir qu'il en soit de même pour ce qui touche à la théorie de la connaissance marxienne, qui, pourtant, la fonde. En effet, Marx n'a pas fait appel à un inconscient que son temps ignorait et que sa théorie de la connaissance ne réclamait pas. Son marxisme est toujours demeuré rationaliste et clair.

En ce qui concerne l'étude des « procédés technologiques », on peut accorder qu'elle jette un jour inopiné sur l'histoire de la civilisation. Chez Labriola, ni le progrès de l'intelligence, ni le rôle assigné à la technique n'apparaissent comme inévitables. Le cas général a toujours été que les procédés techniques ont été importés du dehors. Là même où il y a eu autonomie des intelligences, ce n'est pas seulement du besoin économique qu'est né le changement technique: l'histoire économique, à laquelle le marxisme réduit l'histoire sociale, manque elle-même de son principe explicatif.

Non seulement le marxisme n'explique pas l'infrastructure sociale, mais il omet, en outre, de définir la relation de cette assise à ce qu'elle supporte. Andler trouve qu'il est « énorme » d'affirmer, comme le fait Marx, que les hommes, en changeant la manière de gagner leur vie, changent tous leurs rapports sociaux. On notera, en passant, la singulière résonance de ces propos après mai 68. Et Andler d'ajouter que l'on ne peut rapprocher mode de production et mode de répartition; la division juridique en classes n'est pas causée par la division du travail: elle est, dès l'origine, un fait politique. Et de donner raison à Dühring contre Marx et Engels, en soutenant que l'exploitation serait bien due à la force. La lutte des classes, sans être un dogme, est donc une vue exacte des choses, et une nécessité historique provisoire.

Quant aux régimes sociaux, ils ne naissent pas avec Marx, comme le croit Labriola. Mais ils ne périssent pas non plus de la manière préconisée par l'auteur, qui, sur ce point, se sépare de

⁽⁶⁵⁾ *Ibid.*, p. 651.

Marx. La formulation commune est qu'une rébellion des forces productives ruine le régime social, quand elles ont cessé de s'y adapter. Toutefois, l'un et l'autre divergent quand il s'agit de définir ces forces et le pourquoi de leur soulèvement. Pour Labriola, la forme de production engendre d'elle-même et en elle-même la rébellion des forces productives contre les rapports juridiques et politiques de la production: c'est la force vivante du travailleur, non la machine. C'est ici, aux dires d'Andler, que Labriola commettait le contresens le plus grave sur la doctrine de Marx. Mais ce n'est pas pour autant qu'il rejoint les vues de Marx, considérant que, si le prolétariat l'emporte, c'est qu'il aura vaincu par la force; à la limite, une victoire du prolétariat suivie de l'établissement de sa dictature donnerait tort au marxisme, car la technologie aurait été de peu de poids dans sa victoire.

Échouant dans son explication matérielle du régime social, le marxisme est impropre à démontrer la genèse des « modes sentimentaux et intellectuels » de l'activité humaine.

Sur le déterminisme, enfin, Andler aimerait conclure avec Sorel qu'il n'y en a pas; mais il se trouve dans Marx. Et s'il a été judicieusement discerné par Labriola, ce dernier l'a transformé en quiétisme, ce qui n'est peut-être pas dans la pensée marxienne. Tandis que, pour Labriola, un inconscient dirigerait la conscient vouloir, la métaphysique de Marx laissait une place à l'autonomie de la volonté, car elle posait à l'origine l'idéation comme un pouvoir d'orientation, et, peut-être, de choix. Marx échappait ainsi au quiétisme, parce que, si tout se déduisait de la technologie, du moins, dans l'invention du procédé technique siégeait peut-être la contingence.

En conclusion, Andler dénie à une théorie historique, et à plus forte raison à une « doctrine de propagande », un intérêt quelconque « à prendre position dans le débat métaphysique sur le libre-arbitre et la nécessité » ⁽⁶⁶⁾. Le défaut capital du matérialisme historique serait de se faire des illusions sur la portée de la science de l'histoire: cette dernière est une science idéologique, parce qu'elle n'a jamais affaire à la réalité, nous révélant « l'homme général », celui-là-même que contestent les marxistes. La possi-

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.* p. 658.

bilité de l'histoire donnerait tort au matérialisme historique. Alors, reprenant un leitmotiv de la critique anti-marxiste, le socialiste Andler écrit de cette « doctrine vieillie » : « Des fragments en demeurent, mais le système se désagrège. Il nous donne pour de la science une série d'hypothèses indémontrables. Les hypothèses, par où des disciples ingénieux tentent d'étayer le système croulant, le compromettent davantage. Pour comble, ces disciples, en s'écartant de Marx, ne s'entendent pas entre eux, et ce n'est pas un des moindres symptômes de la *décomposition* du marxisme » (67).

A vrai dire, Charles Andler ne représente pas le 'socialisme juridique' français en son entier. Il y a, par exemple, la vue plus nuancée d'André Mater, qui estime, pour sa part, « qu'on pourrait sans paradoxe présenter le socialisme juridique comme une application de cette méthode marxiste, qui, fondée sur la matérialisme historique, consiste à déterminer le sens des changements futurs d'après le sens des changements présents ... » (68). Mais le socialisme juridique français *n'est pas* du marxisme.

Se rapproche-t-il du solidarisme?

Par rapport au solidarisme, le socialisme, nous l'avons évoqué, met au premier plan de sa réflexion le rôle de l'économique et celui de l'État. En effet, si le solidarisme entend effacer la distinction existant entre droit public et droit privé, c'est au bénéfice de ce dernier. Pour Léon Bourgeois, philosophe du solidarisme, il existerait trois quasi-contrats emboîtés l'un dans l'autre, celui des particuliers entre eux, celui des gouvernés avec les gouvernants, celui des vivants avec les générations à venir, qui constituent toute la règle de la vie sociale. Toutes les relations qui existent dans le droit public se trouvent ainsi ramenées à une relation qui existe dans le droit privé, et qui est le quasi-contrat.

Cette doctrine ne connaît donc pas d'être impersonnel, État ou société, dont les droits seraient opposables ou supérieurs aux droits des hommes qui reconnaissent librement leur dette. Charles Andler estime que ce « socialisme d'une certaine nuance ... est en cela d'accord avec cette doctrine de 1789, économiquement inconséquente, mais vivante en politique, qui s'appelle le libéra-

(67) *Ibid.*, *eod. loc.*

(68) A. MATER, *op. cit.*, p. 13.

lisme ». Et de conclure: « nous proposons à la doctrine ainsi définie le nom de ' socialisme libéral ' » ⁽⁶⁹⁾. Et cependant, il ne faut pas se laisser abuser par cette formule, non plus que par le jugement de Charmont, par exemple, qui, évoquant les différences entre socialisme et solidarisme, déclarait que « l'impression que laisse cette comparaison ... c'est que la limite est incertaine » ⁽⁷⁰⁾. Si Charmont craint l'interventionnisme qui, selon lui, est de l'essence de la doctrine solidariste, du moins n'y a-t-il rien de commun, au fond, entre la théorie du quasi-contrat social et le socialisme ⁽⁷¹⁾. Ce ne peut être qu'une grande peur du premier qui le fit assimiler au second, à moins que ce ne soit la timidité des propos tenus par Andler et toute une fraction des socialistes — et notamment les tenants du ' socialisme juridique ' français — qui ait incité à une certaine assimilation.

Si le ' socialisme juridique ' français n'est ni marxiste ni solidariste, peut-on lui trouver une attache avec celui de Menger, dont Andler préfaçait les deux ouvrages fondamentaux? Il est bien certain qu'Andler voit dans l'oeuvre de Menger un remarquable point de départ pour la construction d'une doctrine socialiste telle qu'il l'entend. Néanmoins, il ne manque pas de lui adresser des reproches qui sont loin de toucher au détail, et font, en conséquence, que le ' socialisme français ' tend à s'écarter sensiblement du point de vue de Menger lui-même.

C'est, par exemple, une critique fondamentale qu'il lui adresse en déclarant que « l'indifférence en matière de forme politique n'est pas en réalité dans la tradition socialiste » ⁽⁷²⁾ que « Menger semble abuser un peu de la comparaison qu'il fait de la centralisation à venir avec la centralisation judiciaire, administrative, politique

⁽⁶⁹⁾ Ch. ANDLER, *Du quasi-contrat social et de M. Léon Bourgeois*, dans *Rev. Métaphys. Morale*, 1897, p. 530.

⁽⁷⁰⁾ *Renaissance du droit naturel*, *op. cit.*, p. 154. Dans *La solidarité comme principe des lois* (*C.R. Acad. Sc. Morales et Polit.*, 1903, p. 305). Brunot répondait à d'Eichtal, qui défendait la liberté individuelle contre les oppressions à craindre d'une solidarité sociale « qui lui paraissait grosse de collectivisme ».

⁽⁷¹⁾ Confirmation dans ANDLER, Préface à MENER, *L'État socialiste*, *op. cit.*, pp. XIII e XXI. Cfr. ARNAUD, *Une doctrine de l'État tranquillisante: le socialisme juridique*, à paraître dans *Arch. Philo. Dr.*, 1976.

⁽⁷²⁾ *Ibid.*, p. XVIII.

et militaire qui a fait la force des grands États modernes » (73); qu'il est étonnant qu'il « songe à limiter les attributions de contrôle qu'il revendique pour les assemblées législatives » (74). Quant au produit intégral du travail, Charles Andler reproche à Menger de n'être pas dégagé de ce préjugé, qu'il partage avec les systèmes socialistes du XIXe siècle qui ont en majorité gardé si pieusement cette tradition erronée (75). Menger n'a pas suffisamment « clarifié les principes de (son) économie ... ayant gardé de l'économie marxiste précisément ses fondements contestables » (76). Enfin, dit encore Andler, un « historisme » excessif a donné à la théorie de Menger son caractère trop purement étatiste. Cet historisme « pour n'avoir pas tenu assez de compte de ce mouvement (coopératif et syndical moderne), se trouverait donc avoir négligé des faits d'une portée très grande, et avoir méconnu pour cette raison des possibilités de solution que suggèrent d'autres besoins, politiques et sociaux »: « son livre pose ainsi plus de problèmes qu'il n'en résoud d'une manière convaincante » (77).

Mais la critique fondamentale demeure celle d'une croyance en le droit au produit intégral du travail, à laquelle, précisément, ne se rallie pas Otto Effertz, dont, quelques années plus tard, Andler donnait une critique de l'ouvrage sur les antagonismes économiques (78). Mais la formation de son opinion sur ce point était bien antérieure, car il s'agit, en réalité, d'un compendium du cours qu'il avait professé au Collège libre des sciences sociales en 1896-97. Le système d'Effertz lui apparaît comme l'effort le plus rigoureux pour constituer une économie politique pure, c'est-à-dire la science des conditions économiques qui subsistent indépendamment de l'état social, préoccupation qui était aussi celle de Rodbertus et, dans un autre domaine, celle de l'École psychologique d'économie politique. Mais ce qui est gênant, c'est que Andler

(73) *Ibid.*, p. XXVIII.

(74) *Ibid.*, p. XXXVII.

(75) *Id.*, *Préface* à MENER, *Le droit au produit ...*, *op. cit.*, pp. XXX-XXXI.

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

(77) *Id.*, *préf.* à *L'État socialiste*, p. XLV.

(78) Ch. ANDLER, *Études critiques. Un système nouveau de socialisme scientifique*: M. Otto Effertz, dans *Rev. Métaph. Morale*, 1906, p. 598-616; comp. avec ce que dit Andler dans A. MENER, *op. cit.*, *préface* au *Produit intégral*, p. XXX.

ajoute: « Otto Effertz est aujourd'hui socialiste. Il ne l'a pas toujours été. Il pourrait ne pas l'être ». Les raisons du choix entre une économie bourgeoise et une économie socialiste « sont de sentiment, ou encore elles tiennent à la marche de l'histoire ». Une valeur pure — qui ne serait pas la valeur d'échange — permettrait de repenser le matérialisme historique, précisant par là-même les limites de cette explication qu'il donne des civilisations, par leur infrastructure économique.

Par ailleurs, la théorie des antagonismes sociaux de Effertz donne une explication de la lutte des classes. On ne peut que *réduire* le conflit du patronat et du prolétariat, non le faire disparaître. Partant de Rodbertus, Effertz définit ce conflit comme une opposition entre productivité, qui tient à la technique, et rentabilité, qui est la conséquence du régime social de répartition. Or le marxisme n'avait pas précisé la nature de l'antagonisme; et la bourgeoisie, niant la lutte des classes, ne voulait connaître que la concurrence. Effertz formule une distinction entre les antagonismes de domination (on opprime et exploite sans détruire) et les antagonismes de concurrence (on chasse du sol l'adversaire qui ne peut plus travailler: la grande industrie supplante ainsi la petite).

Dans la reconstruction que tente Effertz d'un système cohérent, se dessine l'image d'une société socialiste « où l'intérêt de la collectivité (sera) sauvegardé toujours, où la productivité sera maximale, et ne sera jamais compromise par un système de rentabilité favorable à une minorité, mais nuisible à la plupart, ... (où) le régime de droit (sera) un régime de liberté entière et d'égalité parfaite dans la dignité » ⁽⁷⁹⁾. Et de critiquer, à ce propos, les anciens projets de réforme présentés par les socialistes, et le système de Menger lui-même.

Mais la critique la plus précise adressée à la pensée de Menger par le socialisme juridique français, émane de la plume de Mater. Ce dernier, dans son article sur *le socialisme juridique*, rappelait que Menger semblait avoir pensé que le socialisme juridique consistait essentiellement à agir comme si l'on ne pouvait se passer de la législation pour opérer la révolution, puisqu'il affirmait que « les germes des nouvelles institutions se trouvent recélés dans les

⁽⁷⁹⁾ *Ibid.*, p. 610.

formes juridiques actuelles » ou encore qu'un « gouvernement socialiste intelligent n'a pas besoin, pour l'établissement de l'état populaire du travail, de s'écarter beaucoup des traditions, soit en ce qui concerne les formes juridiques, soit pour ce qui est des moyens d'exécution »⁽⁸⁰⁾. Mater déclare que Menger se contredit, car il écrit aussi que « la transformation de l'état bourgeois en état socialiste produira un ' antagonisme aigu ', exigera une ' rénovation véritable ', un effort législatif ... En quoi Menger se montre peut-être trop juriste, puisqu'il n'a pas l'air d'admettre une transformation du régime légal autrement que par la loi, mais aussi trop peu juriste, puisqu'il n'a pas l'air de savoir que la jurisprudence peut substituer aux lois des règles qui les annulent »⁸¹.

En deuxième lieu, Mater reproche à Menger de ne pas donner de moyen juridique de mener à bien son programme de réalisation du socialisme dans le cadre communal. « Comme justification juridique, il aurait fallu montrer dans les lois et la jurisprudence d'un pays ou de chaque pays, des textes ou des règles que l'on puisse combiner de manière à rendre strictement inattaquables devant les juridictions des mesures de municipalisation. Et comme procédés juridiques, il aurait fallu, au lieu de proposer une expropriation d'ensemble par l'État, chercher par quels artifices de raisonnement on pourrait appliquer les modes actuels d'administration, exploitation et jouissance communales, à tous les biens et à tous les services qu'on voudrait municipaliser ... Cette méthode seule mériterait le nom de juridique »⁽⁸²⁾. En somme, Menger, lorsqu'il décrit l'État socialiste, a le tort d'essayer de « remplacer les ' principes ' au lieu de les adapter au socialisme », et de « revivifier l'ancien droit naturel sur une base conforme à ce qu'enseigne l'expérience »; mais il est vrai qu'il faut voir, dans son ouvrage, « une déclaration des droits pour une construction du droit », que Menger « opère à la manière philosophique ou sociologique, et non pas à la manière juridique »⁽⁸³⁾.

⁽⁸⁰⁾ A. MATER, *op. cit.*, p. 3.

⁽⁸¹⁾ *Ibid.*, p. 4.

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, p. 5.

⁽⁸³⁾ *Ibid.*, pp. 7-8.

Par conséquent, le 'socialisme juridique' français mérite le nom de 'socialisme juridique' par référence à l'oeuvre de Menger, puisque les auteurs, très critiques à l'égard de Marx, loin des maigres théories solidaristes, trouvent néanmoins dans la pensée de Menger un aliment de premier choix pour leur propre réflexion. Mais ils annoncent aussitôt quelles seront les limites de l'emprunt: leur 'socialisme' veut être plus réellement 'juridique'. Que vaut cette prise de position?

3. *Un socialisme illusoire.*

Illusoire, le socialisme tel qu'il était conçu par les juristes français dont nous avons évoqué la pensée, à un double titre: en tant que système et en tant que praxis.

S'agissant du système, la meilleure critique est sans conteste celle qu'en a fait Gurvitch, lorsqu'il rendait compte, en 1934, d'une édition de deux livres d'Emmanuel Lévy⁽⁸⁴⁾. Il s'agit de *La vision socialiste du droit*, dont nous avons vu que c'était un recueil d'articles très antérieurs de date, et de *Les fondements du droit*, qui en constituait une suite, reprenant également des textes d'E. Lévy très anciens (l'un, de 1903).

Gurvitch loue l'effort méthodologique d'Emmanuel Lévy pour fonder toute construction et toute considération de Droit sur l'expérience juridique immédiate et sur la réflexion au sujet de cette expérience. Par ailleurs, le soubassement émotionnel de cette expérience juridique, qui est présentée comme un élan de croyances mesurées par la pensée, suppose un retour aux données immédiates « du flux du vécu juridique »; par là, E. Lévy s'apparente à F. Rauh et à la phénoménologie allemande. Sa thèse, on s'en souvient, réduit en effet toute la réalité du droit à un élan de croyances vivantes: « Il n'y a en droit que des pratiques, par rapport auxquelles les principes ne sont que des étiquettes plus ou moins exactes. J'ai voulu saisir directement les croyances »⁽⁸⁵⁾. Et il faut noter que cette recherche des croyances prénotionelles, précédant

⁽⁸⁴⁾ GURVITCH, *Les fondements et l'évolution du droit d'après E. Lévy*, dans *Rev. philos.*, 1934, I, p. 105-138.

⁽⁸⁵⁾ E. LÉVY. *L'attente*, dans *Les fondements du droit*, *op. cit.*, p. 76.

toute catégorie juridique, n'est pas sans analogie avec l'opposition du ' donné ' et du ' construit ' dans le droit, qui est attachée au nom de GénY.

Il faut retenir également, comme acquis incontestables, la théorie de Lévy sur la naissance perpétuelle des droits, sa négation de la possibilité de leur transmission, idée déjà contenue dans sa thèse de doctorat où il démontrait que le propriétaire détient sa chose parce qu'il la possède de bonne foi. La bonne foi et la confiance légitime sont le fondement de toute propriété et de toute responsabilité, cette dernière n'étant que l'effet de la confiance légitime trompée. La notion de *légitime* correspond aux croyances collectives. D'où, également, le caractère éminemment relatif des droits acquis.

Gurvitch retient encore la description très fine que donne Lévy de la transformation du droit de propriété dans la société capitaliste moderne en un droit de créance, c'est-à-dire un droit aux valeurs instables. Dans le même ordre d'idées, son analyse de la structure juridique du contrat collectif de travail et de la grève est tout-à-fait valable.

Mais ces éléments suffisent-ils à fonder une théorie générale du droit, et à proposer une explication juridique du socialisme, ce qui est le but avoué de l'auteur? Gurvitch ne le pense pas. Dans sa méthode, Emmanuel Lévy semble s'être arrêté à mi-chemin. Il n'a pas, en effet, retrouvé nettement ces ' croyances ' sur lesquelles est fondé le système tout entier. Il n'a pas, non plus, précisé la spécificité de l'expérience, telle qu'il la préconise. Tandis que Rauh et l'École allemande ont retrouvé par la réflexion des données pures, objectives, des à-priori individualisés mais indépendants des actes subjectifs dans lesquels ils sont saisis; tandis que Petrazicky, s'il s'est cantonné dans le domaine subjectif, a néanmoins décrit les actes spécifiques correspondant à la sphère juridique (les émotions normatives, impératives, attributives, par exemple), E. Lévy, au contraire, s'est borné à indiquer la sphère générale où il faut effectuer des recherches. Et nous avons vu que ni Andler, ni Mater n'ont donné, sur ce point, de précisions.

E. Lévy parle de croyances collectives mesurées. Mais s'agit-il là, déjà, de droit? Ou bien plutôt ne s'agit-il pas de croyances collectives en la justice, et des « mesures » impliquant l'idée de

sécurité et d'ordre, l'exigence de la positivité du droit, de son établissement par une autorité qualifiée, par le « fait normatif »? De peur de tomber dans le dogmatisme, dans la rigidité des notions scolaires, E. Lévy, estime Gurvitch avec raison, tend à rapprocher trop simplement religion, morale et droit, à identifier droit positif et droit naturel. C'est que, pour définir la mesure dans le droit, il recourt à l'idée de justice commutative, c'est-à-dire à l'aspect le plus *individualiste* de la justice.

Et voilà le coeur de la critique du système: E. Lévy, quand il veut définir le droit, s'inspire de la philosophie individualiste la plus classique, et des données du droit qui, historiquement, nous a été légué comme étant le plus individualiste — qui, au cours des siècles, a permis de forger les règles les plus individualistes qui soient — : le droit romain. Lorsqu'il définit le droit dans sa structure comme étant « la liberté de l'individu limitée par la liberté de son prochain »⁽⁸⁶⁾, comment ne pas songer à Kant? Et là se trouve la faille majeure: que E. Lévy, au lieu de retrouver les définitions de la justice et du droit par l'analyse de l'expérience juridique, accepte simplement les catégories classiques de l'individualisme juridique, qu'il avait premièrement repoussées de crainte d'user de concepts rigides.

Il allait de soi en conséquence, qu'après avoir affirmé l'existence du droit collectif, il serait amené à réduire son système au droit de créance, l'une des formes les plus individualistes du droit. Or, comme l'affirme Gurvitch, là encore, nous nous trouvons en présence de la tradition romaine, d'un droit de créance négatif, délimitatif, de séparation ... bien loin, en tout cas, d'un droit collectif.

Ainsi, par exemple, Ripert parvenait-il à retourner contre la thèse d'E. Lévy la plupart des propres arguments de l'auteur: car l'erreur de Lévy a été de croire en la valeur d'une argumentation juridique fondée sur les principes d'un Droit forgé pour et par une civilisation non socialiste, pour faire du socialisme une réalité⁽⁸⁷⁾.

(86) Excellente contradiction, opéré par Gurvitch, d'un passage de *L'affirmation du droit collectif* (cf. p. ex. dans *Les fondements ...*, op. cit., p. 27).

(87) Cf. G. RIPERT, *Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy*, dans *Rev. Crit. Législ. Jurispr.*, 1928, p. 21 (repris dans *Les fondements du droit*, op. cit., p. 103).

E. Lévy figure parfaitement le « socialisme juridique » français. Son socialisme est démocratique et libéral. Mais, malgré d'indéniables efforts, aucun critère juridique ne fut élaboré, qui permît, par exemple, de distinguer les corporations fascistes des corporations libres, les syndicats forcés des syndicats indépendants. S'il est vrai que l'opposition des créances collectives de travail aux créances collectives du capital, et la tendance des premières à absorber les dernières, décrit très finement un des aspects juridiques de la lutte des classes, cette construction, néanmoins, ne donne aucun fondement positif au droit socialiste futur. Après la disparition des patrons, les créances perdent tout sens, et doivent disparaître: le droit socialiste ne peut être un droit de créance, puisqu'il n'est pas un droit individualiste.

Au fond, c'est l'attachement viscéral à l'individualisme, qui ruine les efforts, la bonne volonté et jusqu'aux convictions des tenants du « socialisme juridique », en France. On serait tenté, à leur sujet, de parler d'un véritable *reniement*. Ch. Andler ne se référerait-il pas ouvertement à Ibsen? E. Lévy à Kant? Mais, a y regarder de plus près, ce n'est pas d'un reniement qu'il s'agit. Nous sommes en présence d'hommes indiscutablement honnêtes, et qui croient profondément au caractère réformateur, non philanthropique et non réformiste de leur système. Ils font écho à ce qu'écrivait Paul Louis, que l'on « oppose communément de nos jours le socialisme réformiste et le socialisme révolutionnaire (alors qu'il) n'y a point de socialisme réformiste, car par essence et par définition, le socialisme est révolutionnaire » ⁽⁸⁸⁾.

Il est vrai, nous l'avons vu, qu'ils admettent, à priori, la thèse collectiviste et la nécessité de socialiser la production ⁽⁸⁹⁾; que le ' bon ' juge Magnaud, s'il est considéré par eux de façon bienveillante, introduit un risque d'instauration de jugements en équité ⁽⁹⁰⁾; que la participation au gouvernement est envisagée non pour réformer le Droit existant, mais pour ' faire passer ' les principaux points du programme socialiste ⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁸⁾ P. LOUIS, *Les Étapes du socialisme*, Paris, 1903, p. 348.

⁽⁸⁹⁾ P. ex. MATER, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁽⁹⁰⁾ *Ibid.*, p. 10.

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*, p. 11.

Mais alors, s'il n'y a pas reniement, il y a *aberration*, telle qu'elle est définie: état d'une image qui s'écarte de la réalité. C'est Mater qui prétendait que les bourgeois, privés de leurs Codes, courberaient l'échine. Il commettait l'erreur de croire que le système bourgeois n'était pas capable de trouver un autre instrument de domination si celui-là se trouvait perturbé, quitte à récupérer le nouveau visage de cet instrument, une fois la crise passée. En un mot, la résignation n'est pas du tout de l'essence du capitalisme. A vouloir jouer le jeu selon les règles bourgeoises, le socialisme court le risque de s'y faire battre, et par des coups non prévus par la loi: le Chili.

On doit noter également que, faire du droit le pivot d'un système « qui transforme la réalité dans le sens socialiste par le simple jeu d'une interprétation juridique » ⁽⁹²⁾, c'est envisager l'existence d'une nouvelle élite, celle qui *interprètera*, et guidera le peuple — parce que son origine bourgeoise lui aura donné les moyens d'effectuer cette tâche. Par là même, les tenants du « socialisme juridique » français renoncent à se mettre à l'écoute du peuple: summum de l'aberration en la matière ⁽⁹³⁾.

En fin de compte, le « socialisme juridique » n'a pas tardé à être pris très exactement pour ce qu'il était, à être considéré sur le même plan que le solidarisme, et ramené à un socialisme de mots: « En suivant le sentier frayé par les solidaristes, le socialisme juridique fera jaillir petit à petit un droit nouveau »; et plus loin, le critique d'ajouter que sa tâche peut être définie par ce qu'écrivait Charmont, que « socialiser le Droit, c'est le rendre plus compréhensif, plus large qu'il était, l'étendre du riche au pauvre, du

⁽⁹²⁾ BARRASCH, *Le socialisme juridique et son influence sur l'évolution du Droit civil en France à la fin du XIXe siècle et au XXe siècle*, thèse Droit, Paris, 1923, p. 34. Cf. aussi SARRAZ-BOURNET, *Une évolution nouvelle du socialisme doctrinal. Le socialisme juridique*, Paris, 1912.

⁽⁹³⁾ Nous sommes largement, sur ce point, en accord avec les propres conclusions de G. Ripert, qui, remarquant que *La vision socialiste du droit* était publiée dans la « collection des juristes populaires », usait de cette formule: « bien que son oeuvre n'ait rien de populaire et ne soit socialiste que par accident ». Sur la contribution d'Emmanuel Lévy au socialisme, M. Mauss parvenait à des conclusions assez voisines de celles de Ripert (cf. dans la *Vie socialiste*, du 13 novembre 1926). Cf. aussi ce que disait G. SOREL, *Le prétendu socialisme juridique*, dans *Mouvement socialiste*, 1907, p. 345.

possédant au salarié, de l'homme à la femme, du père à l'enfant... ». Des mots encore que cette conclusion du même auteur, que le socialisme juridique doit être « une nouvelle méthode d'interprétation du Droit, tendant à donner au juge le pouvoir de sanctionner tous les rapports de la vie suivant les seules exigences de la justice sociale » ⁽⁹⁴⁾: suprême aberration, que de transformer le socialisme, en le voulant « juridique », en une simple méthode de remise à jour du Droit à un moment où le Code, centenaire, est unanimement remis en question.

⁽⁹⁴⁾ BARRASCH, *op. cit.*, p. 35.

VALENTINO GERRATANA

ANTONIO LABRIOLA DI FRONTE
AL SOCIALISMO GIURIDICO

1. Di Labriola, come filosofo marxista, è abbastanza nota la sarcastica frecciata diretta contro il « socialismo giuridico » in una noticina del primo dei suoi saggi sulla concezione materialistica della storia (1895): « Fiorirono in questi ultimi anni molti giuristi, i quali cercarono nelle correzioni al *Codice Civile* i mezzi pratici per elevare la condizione del proletariato. Ma perché non chiedono al papa che si faccia capo della lega dei liberi pensatori? Ameno più degli altri è il caso di quello scrittore italiano, che, occupandosi di recente della *lotta di classe*, chiede che, accanto al codice che garantisce i diritti del capitale, ne sorga un altro a garanzia dei diritti del lavoro! » (1). Una condanna così sbrigativa potrebbe tuttavia prestarsi ad equivoci fuorvianti se venisse isolata e distratta dal retroterra culturale che la spiega e dalla matrice teorica che la giustifica.

Tra i socialisti italiani Antonio Labriola non era stato il primo a mostrare il viso dell'arme di fronte alle nuove tendenze del pensiero giuridico che, in polemica con la tradizione romanistica del diritto civile, si adoperavano per la fondazione di una nuova scienza del diritto privato in cui l'individualismo del vecchio codice civile fosse integrato e corretto dalle nuove istanze del

(1) Cfr. A. LABRIOLA, *Saggi sul materialismo storico*, a cura di V. Gerratana e A. Guerra, Roma, 1964, p. 26. Lo scrittore italiano, a cui qui si allude, senza nominarlo, come « caso ameno », non è facile da individuare, perché l'idea di una codificazione dei « diritti del lavoro » era in quegli anni, com'è noto, abbastanza diffusa. Cfr. a questo proposito l'utile rassegna di Paolo Ungari, *In memoria del socialismo giuridico*, in « Politica del diritto », A. I, n. 2, ottobre 1970, pp. 241-268, e n. 3, dicembre 1970, pp. 387-403.

« diritto sociale ». Già nel 1894, sulle colonne della « Critica sociale », in occasione della traduzione italiana di un'opera di Anton Menger ⁽²⁾, Claudio Treves aveva tentato un primo bilancio delle nuove tendenze, esprimendo su di esse un severo giudizio ⁽³⁾. Si trattava — scriveva lo scrittore socialista — di una tempesta « più fragorosa che ruinosa », giacché « l'agitazione per un rivolgimento del diritto civile in senso ampiamente sociale non può che riuscire sterile fin dalle sue origini ». I nomi fatti dal Treves erano indicativi, né erano contrassegnati da note di disistima (« in Italia il Cimbali, il Vadalà-Papale, il D'Aguanno, il Chironi, il Gianturco, il Salvioi; in Germania il Gierke, l'Ehrlich, il Fleischmann; in Austria il Menger »: non ad essi poteva riferirsi la qualifica di « rompicolli, indegni dei truffati diplomi giurisprudenziali », intonanti « sinfonie quasi socialiste »); il torto che veniva loro rimproverato era uno solo: quello di essere *giuristi*. In base al giusto presupposto che « il socialismo non può venire che per l'opera degli interessati », Treves sembrava respingere, in nome di un curioso orgoglio di classe, qualsiasi concorso estraneo: « In conclusione noi attendiamo la riforma del diritto privato da questo rigoglioso movimento di organizzazione operaia, che sale augusto ed imponente dalle grandi assise internazionali del proletariato, domandando tutela per le donne e i fanciulli lavoratori nelle fabbriche, ridotta a termini normali ed umani la fatica, assistito il lavoratore in quel duello dispari che è il contratto di lavoro, frenata la concorrenza, ecc. *A tutto questo l'opera dei giuristi non può aggiungere quasi nulla* ».

Solo apparentemente, e in ogni caso del tutto in superficie, l'atteggiamento di Labriola può essere assimilato a questa precedente presa di posizione di Claudio Treves. Nonostante il tono settario, nell'articolo citato di « Critica sociale » il contenuto delle rivendicazioni poste dal movimento organizzato dei lavoratori non differiva sostanzialmente dai contenuti moderati delle riforme proposte dai giuristi. Il « socialismo » si riduceva in tal modo a

⁽²⁾ *Il diritto civile e il proletariato*, Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico, di ANTONIO MENDER, Bocca, Torino, 1894.

⁽³⁾ Cfr. C. TREVES, *Socialismo e diritto civile*, in « Critica sociale », A. IV, n. 20, 16 ottobre 1894, pp. 313-317.

un movimento atto a sollevare la sorte dei diseredati e a difendere i loro interessi contro l'egoismo delle « classi abbienti ». Ma è proprio in virtù di questa esile nozione di socialismo (certo la più diffusa allora in Italia) che Achille Loria aveva potuto proporre la formula del « socialismo giuridico » ⁽⁴⁾. La formula in realtà non era stata accolta senza riserve ed esitazioni, ed anche uno dei direttori che aveva ospitato il « manifesto » lorian, Giuseppe D'Aguanno, aveva sentito il bisogno di precisare: « questa espressione può essere solo accettata qualora vogliano includersi tra i fautori dell'odierno socialismo tutti coloro che ammettono l'intervento diretto e positivo dello Stato nella vita sociale » (e non se s'intende per socialismo la « socializzazione della proprietà fondiaria, dei capitali, e degli altri mezzi di produzione ») ⁽⁵⁾. In effetti, come s'è visto, con il suo « socialismo giuridico » Loria non aveva preteso di forzare la mano nemmeno ai più timidi dei giuristi riformatori; ma bisogna dire che questa idea di un socialismo come *statalismo filantropico* trovava allora pieno diritto di cittadinanza anche sulle colonne della « Critica sociale » (che pur si definiva nel sottotitolo « rivista quindicinale del socialismo scientifico »). Poteva capitare pure di leggervi, in questa direzione, le teorizzazioni più spericolate, come quella che riduceva il socialismo ad una categoria antropologica, contrapposta alla categoria dell'eterno anarchismo (in cui si faceva rientrare anche il liberalismo): « Due grandi tendenze dividono gli uomini in tutti

⁽⁴⁾ Cfr. A. LORIA, *Socialismo giuridico*, in « La scienza del diritto privato », A. I, fasc. IX, settembre 1893, pp. 419-527: « È sorta da vari anni, e va acquistando autorevoli e valorosi aderenti, una scuola di giuristi, che potrebbe senza grave errore definirsi come la scuola del socialismo giuridico. Invero son diverse le gradazioni dei vari scrittori che la compongono, sono diversamente accentuate le loro censure e i loro disegni di riforma; ma a tutti però è comune l'intento di assoggettare il diritto vigente ad una critica rigorosa, ispirandosi al criterio della politica sociale, alla necessità di elevare le sorti delle classi lavoratrici (...). Tutti, dal più ardito al più timido, questi scienziati si propongono di ottenere cogli scritti e coll'opera una modificazione del diritto, la quale faccia ragione alle esigenze legittime dei volghi poveri e li tragga a meno sconsolati destini ».

⁽⁵⁾ G. D'AGUANNO, *Ancora sul socialismo giuridico del prof. Loria*, in « La scienza del diritto privato », A. I, fasc. XI, novembre 1893, p. 641. Nello stesso senso si era già espresso, nel fascicolo precedente, E. Vidari, *Sul socialismo giuridico del prof. Loria*, in riv. cit., A. I, fasc. 8, ottobre 1893, pp. 577-582.

i momenti storici. Possiamo dire, abbracciando grandi varietà di elementi in due gruppi nettamente distinti, che il mondo si divide in socialisti ed anarchici. In fondo è una distinzione antropologica netta. Fra i socialisti v'è la gente normale, sana, ragionatrice, con un buon numero di impiegati-nati, che all'indomani della rivoluzione piglieranno in mano le amministrazioni e faranno funzionare ammirabilmente i nuovi meccanismi burocratici rimediando alla sregolatezza di oggidì. Gli anarchici sono un'accozzaglia varia, multiforme, incolore; tutti gli artisti, molti temperamenti atavici, tutti i sentimentali, incapaci di adattamento, con una minoranza di veramente forti e socialmente superiori per i quali l'adattamento rappresenterebbe una vera rinculata. *In complesso il mondo è sempre stato, e sarà, dei socialisti, che hanno l'attitudine politica e amministrativa.* Quanto agli anarchici, essi rappresentano, pur nella loro incompletezza e nella loro impraticità, una forza grandissima di opposizione persistente e latente, mettendo radice nei più profondi strati del sentimento umano. Bisognerà tenerne conto » (6). Cioè, in sostanza, nell'anarchia è l'eterna poesia della vita, nel socialismo la razionale efficienza burocratica.

Si sa dell'irritazione che posizioni di questo genere provocavano in un marxista come Labriola. In realtà di queste mediocri speculazioni egli preferiva non occuparsi direttamente; ma solo perché sapeva che erano estreme propaggini provinciali di orientamenti sorti altrove, in un tessuto politico e dottrinale più ricco ma non meno illusorio. Per questo, individuata la tendenza, non si attardava in analisi ripetitive e si affidava invece alle risorse sintetiche del sarcasmo. Così, per l'identificazione del socialismo con lo statalismo, poteva limitarsi ad osservare nel secondo saggio: « Nasceva allora, specie in Prussia, la illusione di un *monarcato sociale*, che passando sopra all'epoca liberale, armonicamente risolvesse la cosiddetta questione sociale. Questa fisima si riprodusse poi in seguito, in infinite varietà di socialismo cattedratico e di

(6) Cfr. A. MORANDOTTI, *La paura dello Stato*, in « Critica sociale », A. III, n. 8, 16 aprile 1893. pp. 122-123. È significativo il fatto che questo articolo del Morandotti (che si proclamava ammiratore e seguace delle teorie del Loria) seguisse, nello stesso numero della rivista, un articolo di Giuseppe Salvioli, giurista e storico di ben altra levatura intellettuale.

stato. Alle varie forme di utopismo ideologico e religioso se n'è aggiunta così una nuova: l'utopia burocratica e fiscale; ossia l'*utopia dei cretini* » (7).

2. Alle fonti di questa ironia sprezzante vi è una precisa esperienza intellettuale, legata al processo di maturazione del pensiero di Labriola. Prima di approdare, intorno al 1890, a una visione rigorosamente marxista del socialismo scientifico, il socialismo era stato per lui oggetto di lunghe e tormentose riflessioni. Il primo approccio era avvenuto probabilmente sul terreno del *Kathedersozialismus*, i cui maggiori rappresentanti, Schmoller e Brentano, venivano ricordati con particolare attenzione in una sua recensione del 1883 (mentre, nella stessa occasione, il nome di Marx era citato, per la prima volta, solo di sfuggita tra i rappresentanti di « un *partito* sovversivo, le cui vedute, attinenti a preconcetti dommatici, mirano alla distruzione dello Stato ») (8). Non che si possa parlare di una qualsiasi adesione di Labriola alle posizioni dei « socialisti della cattedra »: che del resto erano state sempre piuttosto eterogenee e in ogni caso apparivano già estenuate, nel 1883, anche in Germania. Ciò che in tale orienta-

(7) A. LABRIOLA, *Saggi sul materialismo storico*, cit., pp. 58-59.

(8) La recensione (pubblicata sulla « Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali », A. I, fasc. 3, marzo 1883) riguarda il libro di Friedrich von Bärenbach, *Die Socialwissenschaften. Zur Orientierung in den socialwissenschaftlichen Schulen und System der Gegenwart*, Leipzig, 1882. L'opera del Bärenbach (pseudonimo in realtà del filosofo ungherese F. Medveczky) si limitava a riecheggiare e ad esporre, senza pretese di originalità, tesi e punti di vista dei più noti autori del « socialismo della cattedra ». È possibile che di alcuni di questi autori il recensore italiano avesse solo notizie indirette, ma non sembra che ciò possa dirsi per Schmoller e Brentano, sui lavori dei quali poteva esprimere un giudizio personale. Del resto di un altro « socialista della cattedra » qui citato, Adolph Wagner, Labriola aveva già avuto occasione di occuparsi nel suo saggio del 1873, *Della libertà morale*: cfr. A. LABRIOLA, *Opere*, a cura di L. Dal Pane, vol. III, *Ricerche sul problema della libertà e altri scritti di filosofia e di pedagogia (1870-1883)*, Milano, Feltrinelli, 1962, p. 36. Nello stesso volume, pp. 332-335, è riprodotta anche la recensione di Labriola al libro di Bärenbach. È da notare che né in questo libro né nella recensione labrioliana ricorre il termine di « socialismo della cattedra », che gli interessati non accettavano perché coniato, in senso dispregiativo, dagli avversari liberal-manchesteriani: cfr. H. B. OPPENHEIM, *Der Kathedersozialismus*, Berlin, 1872.

mento lo aveva maggiormente interessato erano i problemi, il nuovo terreno di ricerca, e non le soluzioni ⁽⁹⁾. Sembrava cioè disposto a riconoscere nel *Kathedersozialismus* un'utile fase di *transizione*, come dirà qualche anno dopo ⁽¹⁰⁾, e non un solido punto di arrivo.

Unico punto fermo poteva apparire allora, al non ancora marxista Labriola, il riconoscimento di un nuovo compito dello Stato: « Dunque lo Stato ha innanzi a sé tutto un nuovo campo d'azione: contemperare, cioè, l'individualismo col socialismo, nella misura che occorre perché la proprietà non divenga privilegio, la libertà abuso, la partecipazione di tutti alla vita politica una mera derisione, la cultura un'apparenza, il diritto un impedimento, l'ordine pubblico una perpetua violenza. Qui sono le ragioni di un'*etica sociale*; materia nuova di studio, novello fine e limite novello dell'azione dello Stato » ⁽¹¹⁾. Tuttavia, dal punto di vista teorico-formale non vi era qui nessuna reale novità, niente che si discostasse da quella concezione « giuridica » dello Stato come « gran tutore e curatore degli interessi di tutti » alla quale Labriola si era da tempo ancorato ⁽¹²⁾. Si trattava ora di vedere in primo

⁽⁹⁾ Esplicita in questo senso è la conclusione della recensione citata: « Il libro risponde bene all'intento di illuminare, di chiarire, di eccitare. Parrà insufficiente solo a quelli i quali credono ci sia poco o nessun guadagno a conoscere i termini di un problema, quando la soluzione non si presenti sicura, istantanea ed infallibile » (A. LABRIOLA, *Opere*, vol. III, cit., p. 335).

⁽¹⁰⁾ Si veda lo schema di lezioni sul socialismo, del 1887, pubblicato in Appendice al volume di L. DAL PANE, *Antonio Labriola. La vita e il pensiero*, Roma, 1935 (ristampa anastatica, Bologna, 1968), pp. 510-513; cfr. in particolare p. 511: « Transizioni. Socialismo della cattedra. Politica sociale e socialismo di stato (secondo l'idea attuale. Aiuti ma non soluzione) ».

⁽¹¹⁾ A. LABRIOLA, *Opere*, vol. III, cit., p. 335.

⁽¹²⁾ Cfr. A. LABRIOLA, *Della libertà morale* (1873), in *Opere*, vol. III, cit., p. 9; dove si avverte l'influenza della concezione kantiana dello Stato e del diritto: « L'egoismo fa il suo ufficio di suggerirci quello che ci torni utile; e l'onestà è ancor essa utile: e l'egoismo altrui, limitando il nostro, ci assegna i confini della nostra attività, dalla quale se usciamo c'è chi ci tiene a segno: perché l'interesse di tutti reclama che nessuno offenda quello degli altri. Lo stato è appunto questo gran tutore e curatore degli interessi di tutti: e lo stato non è che una istituzione, o un complesso di istituzioni giuridiche. Se gli uomini desiderano, vogliono, aspirano ad altro se lo veggano da sé: hanno la loro propria coscienza, la quale ha modo di manifestarsi in altre forme — la scienza, la religione, la specula-

luogo se entro questo quadro teorico potesse trovare spazio il nuovo campo d'azione dello Stato di cui i « socialisti della cattedra » avevano indicato la necessità, e inoltre se in questo modo fosse possibile arricchire, con nuove e più specifiche determinazioni, lo stesso quadro teorico. In quest'ultima direzione qualcosa sembrava che avessero da offrire i teorici della nuova tendenza del cosiddetto « socialismo giuridico » con la rivendicazione delle nuove forme di « diritto sociale » atte a integrare il vecchio « diritto civile » correggendone abusi e difetti. All'influenza di questa nuova tendenza la formazione di Labriola rimase tutt'altro che estranea, e si può dire anzi che nel lungo viaggio del filosofo italiano verso il marxismo ultima tappa prima dell'approdo fu proprio quella del socialismo giuridico.

Sebbene sotterranea, questa influenza è ancor più chiaramente riconoscibile di quella già segnalata a proposito del *Kathedersozialismus*. È possibile anche individuare l'autore e il testo che mediano in Labriola per alcuni anni, tra il 1886 e il 1889, l'influsso del socialismo giuridico. Si tratta dell'opera di Anton Menger, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, pubblicata nel 1886. È un'opera che il marxista Labriola avrà ben presente nel primo dei suoi saggi sulla concezione materialistica della storia (*In memoria del Manifesto dei comunisti*, 1895), anche se non vi è citata esplicitamente: ma due precisi riferimenti a Menger non lasciano dubbi sull'opera del giurista austriaco a cui si allude. Il primo dice: « Non sono alieno dal riconoscere con Anton Menger, che Saint-Simon non fu veramente utopista, come furono in forma spiccata, tipica e classica, Fourier e Owen » (13). Questo giudizio su Saint-Simon è appunto rintracciabile nel libro di Menger del 1886. Ancor più significativo il secondo riferimento, in cui — dopo aver osservato che « posta cotesta immediata antitesi tra produzione e distribuzione, si seguirono in Inghilterra, da Thompson a Bray, molti scrittori di un socialismo che non può dirsi strettamente utopistico, ma deve dirsi unilaterale, perché mirante a correggere i rivelati e denunziati

zione — e di acquistare in qualcuna di esse una attuazione esterna, pratica, più rispondente a quei più intimi bisogni che essi per avventura possono sentire ».

(13) Cfr. A. LABRIOLA, *Saggi sul materialismo storico*, cit., p. 29.

vizi della società con uno o più rimedi » — Labriola aggiungeva in nota: « Son quelli che parve anni fa ad Anton Menger li avesse scoperti lui, come autori del socialismo scientifico, e come autori poi plagiati! » (14). Ed è proprio in *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag* che Menger aveva presentato Thompson come « hervorragende Begründer des wissenschaftlichen Sozialismus », precursore tra l'altro di una scoperta come quella del « plusvalore », che Marx avrebbe soltanto « riscoperto » (15).

È da ricordare anche che per difendere Marx da questa accusa di « plagio », e per polemizzare contro la riduzione mengeriana del socialismo a « juristische Weltanschauung », era sceso in campo lo stesso Engels in un articolo redazionale della « Neue Zeit », scritto in collaborazione con Kautsky e pubblicato nel 1887 (16). È probabile che questo articolo fosse stato visto da Labriola quando nel 1895 scriveva *In memoria del Manifesto dei comunisti*; è difficile invece che lo conoscesse tra il 1887 e il 1889, quando le principali tesi teoriche del libro di Menger (e in particolare l'assunzione, come base del socialismo, dei tre « diritti fondamentali »: *das Recht auf Arbeit*, *das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, *das Recht auf die Existenz*) venivano recepite da lui direttamente. Come sempre, in Labriola, non si trattava neanche questa volta di una ricezione acritica. Se in un testo del 1887, per la natura schematica dello scritto (un semplice appunto per una serie di lezioni), il filosofo italiano sembrava limitarsi a qualche dubbio sull'ordine gerarchico in cui i « tre diritti » venivano a trovarsi (17), nella conferenza del 1889, *Del socialismo*, non solo un nuovo di-

(14) *Ibid.*, p. 57.

(15) Cfr. A. MENER, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, Cotta, Stuttgart, 1886, p. 49 e sgg.

(16) Questo articolo, dal titolo significativo *Juristen-Sozialismus*, era apparso non firmato nel n. 2 del 1887 della rivista « Die Neue Zeit ». Poiché non è stato possibile stabilire quale parte sia stata scritta da Engels e quale da Kautsky, è stata ora ristampata in Appendice in K. MARX - F. ENGELS, *Werke*, Bd. 21, Dietz, Berlin, 1962, pp. 491-509.

(17) Cfr. DAL PANE, *op. cit.*, p. 511; in questo schema di lezioni sul socialismo, già citato, si legge al punto 3 della lezione dedicata a « La dottrina »: « Il diritto sociale. Il diritto al lavoro, il diritto al profitto totale, il diritto all'esistenza. Climax o riduzione? ». Evidentemente il termine « profitto » è qui traduzione approssimativa e imprecisa di *Arbeitsertrag*.

ritto, tipicamente labrioliano (il « diritto alla cultura ») era aggiunto alla triade di Menger ⁽¹⁸⁾, ma anche le motivazioni che giustificavano la difesa di questi principi fondamentali del socialismo non sempre coincidevano con gli argomenti del giurista austriaco. In particolare si avvertiva, tra le maglie di un residuo dottrinarismo, l'accentuazione di un forte bisogno di impegno politico militante.

Tuttavia, sebbene l'influenza del marxismo si facesse già sentire in questo testo del 1889, il quadro teorico del socialismo giuridico vi rimaneva ancora un limite insuperato. La concezione dei principi del socialismo come « complemento economico e coronamento morale delle libertà politiche » ⁽¹⁹⁾ non poteva che rinviare al presupposto di un « diritto di natura » che finalmente ben compreso doveva essere interamente calato nel mondo della storia, con il concorso determinante degli interpreti illuminati del « nuovo diritto »: « appunto gli assoluti principi del diritto e della morale si mira da noi socialisti di tradurre in pratica, e per ciò si fa violenta ed aspra critica di ogni formula di legge, che difenda gli interessi di pochi contro l'interesse di tutti, per ciò si combatte *in nome del diritto sociale* il diritto privato, per ciò si vuole, che giuristi, avvocati e giudici, siano interpreti, tutori e difensori del popolo, non egoistica emanazione di classe » ⁽²⁰⁾.

D'altra parte, il nucleo vitale di questa conferenza del 1889 era altrove, nella prospettiva di un movimento reale che non poteva che organizzarsi dal basso, come movimento di massa, e per

⁽¹⁸⁾ Cfr. A. LABRIOLA, *Scritti politici (1886-1904)*, a cura di V. Gerratana, Laterza, Bari, 1970, p. 180: « ... non si tratta già di dar nel vuoto con inutili rivolte e vani lamenti, non si tratta già di rinnovare di sana pianta la natura umana, ma d'intendere al trionfo preciso e pratico di determinati principi. Eccoli! *diritto all'esistenza; diritto alla coltura; diritto al lavoro; diritto al completo compenso del lavoro prodotto* ».

⁽¹⁹⁾ A. LABRIOLA, *op. cit.*, p. 183.

⁽²⁰⁾ *Ibid.*, p. 176. Nel passo che segue, il richiamo al « socialismo scientifico » (« cotesta critica dei vecchi sistemi è per ora il maggior trionfo del *socialismo scientifico*, che sicuro di sé come teoria misura a secoli la *trasformazione* ») è quindi da intendere nel senso dato all'espressione nell'opera del Menger, come già segnalato, e non nella specifica accezione engelsiana. Si veda del resto, in una pagina precedente della stessa conferenza (p. 173), un esplicito richiamo al « diritto di natura ».

lo sviluppo di tale prospettiva il socialismo giuridico doveva rivelarsi, anche agli occhi di Labriola, come una camicia di Nesso. E di ciò il filosofo dovrà rendersi conto ben presto — dal 1890 in poi — sulla base, in primo luogo, di una concreta esperienza politica che gli dimostra, ad esempio, come il « diritto al lavoro », questo principio fondamentale della « dottrina » del socialismo, possa trasformarsi facilmente in una « sofisticazione piccolo-borghese », in una « falsa forma di socialismo di Stato », in un insidioso « strumento di cesarismo », cioè in definitiva in una sostanziale mistificazione dottrinarica ⁽²¹⁾. Tutto ciò certo era visto in rapporto con la particolarità della situazione economico-politica italiana nell'ultimo decennio del secolo scorso, dove troppo angusti dovevano apparire i margini di manovra di una borghesia illuminata, disposta ad allargare in senso progressivo i confini del regime democratico; ma da questa esperienza Labriola era tratto anche a ricavare conclusioni più generali di prospettiva storica: « Fra politica borghese e socialismo (due periodi distanti

⁽²¹⁾ Sulla polemica di Labriola — particolarmente insistente tra il 1890 e il 1895 — contro la rivendicazione del « diritto al lavoro » rinviamo ai testi segnalati nello scritto seguente: V. GERRATANA, *Realtà e compiti del movimento socialista in Italia nel pensiero di Antonio Labriola*, in « Annali dell'Istituto Giangiacomo Feltrinelli », A. XV, 1973, Milano 1974, cfr. in particolare pp. 592-596. Tutti i principali motivi di questa polemica sono del resto sinteticamente compendati in un passo del saggio del 1895, *In memoria del Manifesto dei comunisti*: « Fin dal primo momento in cui apparve, questa nuova dottrina del comunismo fu la critica implicita di ogni forma di *socialismo di stato*, da Louis Blanc a Lassalle. Il socialismo di stato, per quanto commisto allora a tendenze rivoluzionarie, si concentrava tutto nella favola, nell'Hokus Pokus, del *diritto al lavoro*. Questo è termine insidioso, se implica domanda che si rivolga ad un governo, sia pure di borghesi rivoluzionari. Questo è assurdo economico, se si ha in mente di sopprimere la variabile disoccupazione, che influisce sul variare dei salari, ossia su le condizioni della concorrenza. Questo può essere artificio di politicanti, se è ripiego per sedare la turbolenza di una massa agitantesi di proletarii non organizzati. Questa è una superfluità teoretica, per chi concepisca nettamente il corso di una rivoluzione vittoriosa del proletariato; la quale non può non avviare alla socializzazione dei mezzi di produzione, mediante la presa di possesso di questi: ossia non può non avviare alla forma economica, in cui non c'è né merce né salariato, e nella quale il diritto al lavoro e il dovere di lavorare fanno uno nella necessità comune a tutti che tutti lavorino » (A. LABRIOLA, *Saggi sul materialismo storico*, cit., p. 31).

della storia!) c'è tale deciso distacco, che nessuna arte di uomini d'ingegno verrà a trarre l'una cosa dall'altra, come per magia di provvedimenti legislativi » ⁽²²⁾.

3. Lasciandosi alle spalle le illusioni del socialismo giuridico che per alcuni anni lo avevano influenzato, Labriola aveva la sicura coscienza, come egli stesso diceva, che ciò non significava « contraddirsi, ma svolgersi » ⁽²³⁾. Il che implicava per lui l'impegno a sviluppare anche un'alternativa teorica che sostituisse positivamente le prospettive superate. Doveva trattarsi, come si vedrà, di una prospettiva globale; che non si limitava cioè a investire i particolari quadri teorici del socialismo giuridico ma risaliva alle loro radici più profonde per contrapporre ad esse un impianto più solido, omogeneo a quella concezione materialistica della storia che era stata per Labriola un non facile punto d'approdo. Questo spiega perché alle teorizzazioni del socialismo giuridico non sentisse il bisogno di dedicare un esame specifico, mentre non poteva trattenersi, come s'è visto, da marginali commenti sarcastici nei confronti degli epigoni italiani di un *Juristen-Sozialismus* dilagante in ritardo. Nessuna asprezza si nota invece nei richiami già citati nel saggio del 1895 a Menger, dal quale a suo tempo aveva ricevuto utili stimoli culturali, anche se ora non poteva che ripensare alla sua opera con inevitabile distacco ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Cfr. A. LABRIOLA, *Proletariato e radicali* (1890), ora in *Scritti politici*, cit., p. 223.

⁽²³⁾ *Ibid.*, p. 224.

⁽²⁴⁾ È significativo, ad esempio, che nessun riferimento si trovi nei saggi labrioliani al lavoro di Menger del 1890, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, diffuso anche nella citata traduzione italiana (*Il diritto civile e il proletariato*). L'unico lavoro mengeriano di cui Labriola sembra tener conto è la citata opera del 1886, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*. È probabile che Labriola abbia anche conosciuto personalmente Menger, durante un viaggio di quest'ultimo a Roma; così almeno si può arguire da un accenno di una lettera di Labriola ad Engels, del 7 maggio 1895: « Qui di maggio capitano a dozzine i professori tedeschi, compreso Antonio Menger, e tutti domandano di un qualche Loria » (cfr. *La corrispondenza di Marx ed Engels con italiani*, a cura di Giuseppe Del Bo, Milano, 1964, p. 602). Più tardi lo stesso Labriola si era rivolto a Menger — la cui biblioteca a Vienna era allora la più fornita d'Europa per la letteratura socialista — per avere in prestito la rarissima collezione della « Neue Rheinische Zeitung » (cfr. la lettera di Labriola a Kautsky del 9 gennaio 1896. in *Antonio*

Dalla critica radicale della «ideologia giuridica», contenuta nel secondo dei saggi labrioliani sulla concezione materialistica della storia (1896), risulta chiaramente l'impianto teorico che rende superflua per Labriola una critica supplementare delle particolari forme in cui si rinnovano di volta in volta le illusioni dell'ideologia giuridica. Come è noto, motivo dominante di tutto il saggio è la critica della teoria dei cosiddetti «fattori storici» come soggetti indipendenti della storia. Nell'ottavo capitolo entrano in campo i due fattori-principi, connessi secondo la tradizione in alterna gerarchia: lo *Stato* e il *diritto*. Nella critica della letteratura marxista è il primo di questi due «fattori» che ha ricevuto di solito la maggiore attenzione per le sue implicazioni immediatamente incidenti nella lotta politica, e ciò che Labriola ha da dire a questo proposito s'inserisce in una linea d'intransigenza teorica che diventerà poi, nella successiva tradizione, un segno di displuvio politico; ma non è questa probabilmente la parte più originale del capitolo ⁽²⁵⁾. Dove si affronta invece il

Labriola e la revisione del marxismo attraverso l'epistolario con Bernstein e con Kautsky, a cura di Giuliano Procacci, in «Annali dell'Istituto Giangiacomo Feltrinelli», A. III, 1960, Milano, 1961, p. 290).

⁽²⁵⁾ È da rilevare tuttavia la realistica sobrietà con cui Labriola aderisce alla tesi engelsiana della «estinzione dello Stato». Senza indulgere a utopistiche progettazioni, viene precisata l'unica ipotesi alternativa che rimane valida quando, con la scomparsa delle classi, venga meno la possibilità dello Stato «come dominio dell'uomo sull'uomo»: «Il governo tecnico e pedagogico dell'intelligenza sarebbe l'unico ordine della società». «Per cotale via — continua Labriola — il socialismo scientifico, *per ora idealmente almeno*, ha superato lo Stato; e superandolo lo ha inteso a fondo, così nel suo modo di origine, come nelle ragioni di sua naturale sparizione. E lo ha inteso appunto perché non gli si leva contro in modo unilaterale e soggettivo, come fecero già più volte in altri tempi cinici, e stoici ed epicurei d'ogni maniera, e poi settarii religiosi, e cenobiti visionarii, e utopisti da conventicola, e da ultimo anarchisti d'ogni tinta e colore. Anzi, più che levarglisi da sé contro, il socialismo scientifico ha mirato a mostrare, come lo Stato si sollevi di continuo da sé contro se stesso, creando nei mezzi di cui non può fare a meno, p.e. colossale finanza, militarismo, suffragio universale, estensione della coltura, e così via, le condizioni della sua propria rovina. La società che lo ha prodotto lo riassorbirà: ossia, come la società, in quanto forma di produzione, eliminerà le antitesi di capitale e lavoro, così con la sparizione dei proletarii, e cessando le condizioni che rendono possibile il proletariato, sparirà ogni dipendenza dell'uomo dall'uomo, in qualunque forma di gerarchia» (A. LABRIOLA, *Saggi sul materialismo storico*, cit., pp. 130-131).

problema del diritto l'argomentazione diventa tanto più incalzante quanto meno appare scontata, anche dal punto di vista marxista.

Forma classica della «ideologia giuridica» è, per Labriola, l'ideologia del diritto naturale (rispetto alla quale il socialismo giuridico appare solo come una delle forme ideologiche derivate, atipiche e labili). Asse portante della critica dell'ideologia giuridica deve essere quindi la critica del diritto di natura ⁽²⁶⁾. Ma anche qui Labriola si attiene al principio che non può esservi critica valida scientificamente che non sia al tempo stesso comprensione dei modi di formazione e di sviluppo, e quindi della funzione storica di ogni ideologia. Nello sviluppo dell'ideologia del diritto naturale ha la sua parte anche il diritto romano, tornato in onore col declinare delle istituzioni medievali. «Di fronte al particolarismo dei diritti, che erano, o consuetudini di popoli barbari, o privilegi di un corpo, o concessioni papali ed imperiali, quel diritto appariva (...) come una forza rivoluzionaria, e come tale era un gran progresso»: «cotesto diritto così universale, che dava i mezzi per sconvolgere e rovesciare i diritti barbarici, era certamente un diritto più rispondente alla natura umana nei suoi rapporti generici; e nella sua opposizione ai diritti particolari e di privilegio appariva come un diritto di natura» ⁽²⁷⁾. Tuttavia, né questa fonte più diretta, né la più antica componente dottrinarica che si intreccia con essa, il razionalismo cosmopolitico della filosofia greca del periodo ellenistico, in particolare della filosofia stoica, sarebbero bastate da sole a dare vita a quella ideologia «che è servita da arma di critica e da strumento per dare forme giuridiche all'ordinamento economico della società moderna» e che riflette quindi, come tale, «il periodo rivoluzionario dell'intelletto borghese» ⁽²⁸⁾. Il carattere di novità della nuova «ideologia giuridica» è dato soprattutto dal suo carattere di *sistema*-

⁽²⁶⁾ Cfr. la lettera di Labriola a Kautsky del 23 ottobre 1896: «Bernstein schreibt mir er denke die Besprechung meiner Schrift mit der des Stammlerschen Buches zu vereinigen. In der that kritisire ich im VIII Kapitel die juristische Ideologie, ohne Stammler zu nennen. Ich habe die Klassische Naturrechtslehre von den Augen gehabt» (*Antonio Labriola e la revisione del marxismo attraverso l'epistolario con Bernstein e con Kautsky*, cit., p. 300).

⁽²⁷⁾ A. LABRIOLA, *Saggi sul materialismo storico*, cit., pp. 131-132.

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, p. 132-133.

ticità, dal suo partire sempre da enunciati generali, ed è proprio ciò che le permette di essere «battagliera e polemica», cioè di combattere «per le libertà, che ora costituiscono i fondamenti della società moderna». Ma è anche nell'ambito di tale ideologia che nasce «per la prima volta, in forma tipica e decisiva» l'idea del diritto di natura come *diritto razionale*, cioè di «*un diritto che è una cosa sola con la ragione*». L'idea di una codificazione legislativa non è che un corollario di questo «diritto razionale»: «Di qui la persuasione, che la società tutta debba essere come investita da un solo diritto, eguale per tutti, sistematico, logico, conseguente, di qui la convinzione, che un diritto il quale garantisca a tutti l'eguaglianza giuridica, che è la facoltà del contrattare, garantisca anche a tutti la libertà. E già tutto il resto! Col trionfo del vero diritto trionfa la ragione, e la società regolata dal diritto eguale per tutti è la società perfetta» ⁽²⁹⁾.

A questo punto la critica del diritto naturale deve passare ad esaminare come questa ideologia giuridica — che scinde il diritto dalle cause sociali che lo producono — sia entrata in crisi nel momento stesso in cui veniva condotta a perfezione con la codificazione liberale. Teoricamente, com'è noto, questa critica non si identifica con la critica marxista: non nasce con essa, né con essa si esaurisce. Labriola non manca di rilevarlo: «*Per diverse vie* si è giunti in questo modo a ridurre il diritto, da cosa razionale in cosa di fatto; e perciò in cosa corrispettiva a determinate condizioni sociali» ⁽³⁰⁾. Che alcune di queste vie fossero chiaramente reazionarie, e che ad esempio non si possa confondere la critica del razionalismo propria della scuola storica del diritto con la critica marxista, non è certo ignorato da Labriola; il quale però in questa occasione si preoccupa soltanto di mettere in rilievo come l'allargamento e l'approfondimento dell'interesse storico davanti il comune dissolvente teorico delle illusioni del razionalismo giuridico. È quindi sul terreno della storia che nasce la nuova scienza del diritto (anche se poi, di fronte alla politica del diritto, le strade continuano a tornare divergenti) ⁽³¹⁾. Dallo studio della

⁽²⁹⁾ *Ibid.*, p. 133.

⁽³⁰⁾ *Ibid.*, p. 134.

⁽³¹⁾ Nell'ottavo capitolo del III Saggio (*Discorrendo di socialismo e di filo-*

storia del diritto romano — che non è solo quello codificato nella sua forma moderna — alle indagini del diritto comparato, tutto porta anzi a convalidare le recise affermazioni di Labriola: che « scienza vera del diritto » non poteva essere « se non la storia genetica del diritto stesso », e che « all'ideologia bisognava sostituire la storia delle istituzioni giuridiche » ⁽³²⁾.

Le virtù taumaturgiche del legislatore trovano però la loro implacabile smentita, ancor più che in questo generale orientamento scientifico che si contrappone alle illusioni del razionalismo giuridico, nella pratica stessa del diritto moderno, di cui quell'orientamento è solo il riflesso intellettuale. È in primo luogo nei parlamenti, osserva Labriola, che « la ragione imperante nella ideologia giuridica è stata detronizzata »: qui « le antitesi dell'interessi di classe hanno assunto la forma di partiti; e i partiti si schierano pro e contro a determinati diritti; onde tutto il diritto apparisce, come un semplice fatto, o come cosa che sia utile o non utile di fare » ⁽³³⁾. Da quando il proletariato si è levato « i codici borghesi ne sono rimasti sbugiardati »; cioè si è dimostrata l'impotenza della ragione scritta, che sancisce l'uguaglianza dei diritti, a difendere gli interessi di quei membri della società che hanno in astratto gli stessi diritti di tutti, ma solo per subirne le conseguenze senza ricavarne nessun vantaggio.

Si è visto quale risposta sia venuta, in questa situazione, dal cosiddetto socialismo giuridico: correggere i difetti del codice civile con una nuova codificazione dei « diritti sociali ». Il che equivale a riconsacrare quel « diritto » che la stessa pratica giuridica aveva profanizzato, cioè a restaurare le illusioni dell'ideologia giuridica, modificandone e allargandone i contenuti, con un ritorno a quel

sofia), tornando sul principio dell'uguaglianza di fronte alla legge, « che contraddice il più delle volte a sé stesso », in quanto « insito ad una società, in cui il postulato della eguaglianza deve smentire di continuo se stesso », Labriola sente il bisogno di precisare: « Ma noi socialisti cotesto principio in sé contraddittorio non vogliamo abbandonarlo, per andare poi a braccetto dei reazionari, che per altre ragioni lo combattono, e per altre vie vorrebbero eliminarlo: anzi noi lo accettiamo come la negatività immanente alla società borghese, ossia come il suo storico corrosivo » (*Ibid.*, p. 243).

⁽³²⁾ *Ibid.*, pp. 134-135.

⁽³³⁾ *Ibid.*, p. 135.

razionalismo che la critica storica era stata costretta a dissolvere. Appaiono però ora chiari i motivi che impediscono a Labriola di indulgere a quest'arte dei ripieghi a cui in passato, come s'è visto, non era rimasto insensibile. La sua formulazione incisiva, secondo cui i proletari « sono la negazione del giusto, nel regno del diritto; ossia sono l'irrazionale nel preteso regno della ragione », deriva dalla nuova consapevolezza acquisita, con gli strumenti dell'analisi marxista, che le condizioni economiche del proletariato non sono una semplice variabile nella vita giuridica della società borghese, ma piuttosto il fondamento della sua stessa ragion d'essere, l'irrazionale che serve di base a qualsiasi edificio che possa essere costruito dal preteso razionalismo giuridico, vecchio o nuovo che esso sia. Mantenendosi invece sul terreno della scienza era facile per Labriola prevedere l'impossibilità di superare con una nuova codificazione quelle oscillazioni legislative o giudiziarie (o anche semplicemente consuetudinarie) attraverso cui la lotta di classe si traduce nella concreta pratica giuridica. Da ciò la cruda definizione con cui si conclude questo ottavo capitolo del secondo saggio: « il diritto non è se non l'espressione autoritaria di quelli che han trionfato » ⁽³⁴⁾.

4. Una definizione certo non esaustiva, come lo stesso Labriola era pronto a riconoscere ⁽³⁵⁾. Proprio perché alla ideologia giuridica non intendeva sostituire un'altra ideologia, preferiva limitarsi a indicare « lo stile e il metodo della ricerca ». Ma in quella definizione si può cogliere anche il valore di un avvertimento. Si pensi che contro il movimento del socialismo giuridico vi erano già state delle reazioni, già ricordate, che non solo mettevano in guardia dalle illusioni della ideologia giuridica ma sembravano in definitiva considerare illusione ogni diritto, superflua l'opera dei giuristi e quindi inutile ogni innovazione legislativa, da rifiutare per gli stessi motivi che portavano a respingere la

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, p. 136.

⁽³⁵⁾ « Con tali enunciazioni non si giunge certo a spiegare ogni singolo diritto, che sia apparso nella storia, per via della immediata visione del rispettivo interesse. Le cose storiche sono assai complicate; ma queste enunciazioni generali bastano ad indicare lo stile e il metodo della ricerca, che si è oramai sostituita all'ideologia giuridica » (*Ibid.*, p. 136).

pretesa di una *codificazione* razionalistica del nuovo « diritto sociale ». Non era questa la posizione di Labriola: nella sua definizione del diritto come « espressione autoritaria di quelli che han trionfato » era implicita l'avvertenza che nessuna vittoria politica della classe operaia era possibile che non trovasse espressione nell'autorità di quel « fatto » che è il diritto. Proprio perché respingeva l'idea astratta della codificazione sistematica e definitiva, considerava tanto più urgenti quelle riforme legislative che i concreti rapporti di forza rendevano possibili.

Tale avvertenza diventa del tutto esplicita quando nei primi anni del secolo ha inizio la politica riformista del partito socialista italiano e si apre la prima polemica tra « ministeriali » e « anti-ministeriali ». Schierandosi con i « ministeriali », Labriola critica al tempo stesso quella forma di riformismo subalterno che si accontenta di appoggiare un governo che *promette* future riforme e si limita per il momento a concedere spazi indeterminati di tolleranza per l'organizzazione autonoma della classe operaia. Il parere di Labriola sulla « ministerialità dei socialisti » è ben diversamente argomentato: « Si tratta di condurre per certe vie l'azione legislativa di quel medesimo ministero che, con la sola interpretazione delle leggi esistenti, si è mostrato così incline a lasciare i lavoratori arbitri del riunirsi, del deliberare e dello scioperare. Quale momento più favorevole di questo, *per assodare nel diritto esplicito le libertà appena tollerate*, e quale momento più adatto per consolidare nei lavoratori il sentimento della loro forza, *mediante quelle istituzioni che dessero corpo, stabilità, consistenza, e forme di legale difesa alle loro aspirazioni?* » ⁽³⁶⁾.

Un discorso così chiaro non pare che trovasse allora molta udienza, se Labriola era costretto poco dopo a tornarci sopra, in una lettera all'« Avanti! », aggiungendo una esplicita riserva che suonava in sostanza come una pungente dichiarazione di sfiducia: « Io ho scritto e parlato più volte di recente della necessità di premere sul governo *liberale*, su l'opinione pubblica, sul parlamento, proprio ora, e prossimamente molto, per arrivare a ciò che in altri paesi chiamasi *politica sociale*, o, per dire la cosa in termini più spicci, per giungere ad ottenere delle leggi che

⁽³⁶⁾ Cfr. A. LABRIOLA, *Scritti politici*, cit., p. 477.

diano stabilità ai diritti di riunione, di sciopero, di resistenza, e carattere di permanenza a quelle nuove istituzioni spontanee che sono le Leghe, le Camere di lavoro, ecc. (...). Ma perché i circoli, i deputati, i giornali nostri tacciono di ciò? È sfiducia latente nella capacità organizzatrice e legislativa di quello stesso ministero di cui si decanta il liberalismo; il quale così inteso si ridurrebbe poi ad un semplice procedimento negativo? (...). O è questa la prova di una certa tal quale immaturità intellettuale del nostro partito, che sa di non poter preordinare gli studi e gl'indirizzi delle leggi da fare, e non ne trova nemmeno le generiche predisposizioni nelle inclinazioni o tendenze del proletariato? O che il nostro partito abbia troppo in sé sempre dell'*anarcoide*, e non fidando gran che in ciò che nel movimento operaio può essere ridotto a stabilità legale e istituzionale, finisce per rimettersene al giuoco degli eventi futuri perché rechino consiglio a chi per ora non ne ha troppo? » ⁽³⁷⁾.

Non per stare a questo giuoco Labriola aveva abbandonato le generose illusioni del socialismo giuridico: non per subire la politica del giorno per giorno, che rinuncia alla lotta per il diritto.

È vero che questa sua azione di pungolo politico doveva per il momento passare quasi del tutto inosservata, ma il quadro teorico che vi era sotteso, già tracciato nei *Saggi*, rimarrà ancora a lungo fonte non esaurita per l'elaborazione di più complesse strategie politiche e per ulteriori sviluppi teorici.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, pp. 482-483.

KURT SEELMANN

ZUR MARXINTERPRETATION BEI ANTON MENDER, GUSTAV RADBRUCH UND KARL RENNER

Durch die hier beabsichtigte gemeinsame Behandlung der drei Autoren Anton Menger, Gustav Radbruch und Karl Renner soll keineswegs eine vorweggenommene Rubrizierung in die Darstellung eingehen, etwa, daß es sich hier um drei « Juristensozialisten » handle. Mit dieser ursprünglich in einem Aufsatz ⁽¹⁾ von Engels und Kautsky auf Menger gezielten Bezeichnung wird neuerdings recht großzügig umgegangen ⁽²⁾ so wie man andererseits jeden dieser drei Autoren mit den verschiedensten Beiwörtern bedenkt ⁽³⁾. Menger, Radbruch und Renner wurden hier ausgewählt gerade weil sie verschiedenen geistigen Strömungen angehören. Anton Menger (1841-1906), ein Wiener Zivilrechtsprofessor, war in seinen Arbeiten über den Sozialismus eher ein theoretischer Einzelgänger und ist auch zeitlebens nie einer Partei beigetreten. Gustav Radbruch (1878-1949), ein Strafrechtsprofessor und besonders als Strafrechtsreformer bekannt geworden, zeigte sich als Rechtsphilosoph durch den südwestdeutschen Neu-

⁽¹⁾ ENGELS-KAUTASKY, *Juristensozialismus*, MEW, 21, 491 ff.

⁽²⁾ NORBERT REICH (Einleitung zu STUČKA, *Die revolutionäre Rolle von Recht und Staat*, Frankfurt/M, 1969, S. 40 f.) nennt Menger und Renner Juristensozialisten; außerdem sind beide für ihn « Austromarxisten », eine Bezeichnung, die in der Literatur sonst auf den Kreis um Otto Bauer, Max Adler und Karl Renner festgelegt ist.

⁽³⁾ Informativ hierzu eine Sammlung von Bezeichnungen, die für Menger schon gebraucht wurden, bei ECKHART MÜLLER, *Anton Mengers Rechts- und Gesellschaftssystem - ein Beitrag zur Geschichte des sozialen Gedankens im Recht*, Berlin, 1975, S. 1 f.

kantianismus beeinflusst. Als Sozialdemokrat war er während der Weimarer Republik zweimal Reichsjustizminister. Karl Renner (1870-1950) wird allgemein dem Kreis des « Austromarxismus » zugerechnet und war als Sozialdemokrat zuletzt österreichischer Bundespräsident. Gemeinsam ist den dreien zunächst nur, daß sie Juristen sind und sich gerade auch als solche mit Problemen des Übergangs zu einer sozialistischen Gesellschaftsordnung befassen. Ihre Theorien zum Sozialismus können hier nicht annähernd ausgeschöpft werden, nur am Leitfaden eines Spezialaspekts — ihrer jeweiligen Marxinterpretation — sollen einige Punkte ihrer Lehren kurz angesprochen werden.

Aufgabe dieses Aufsatzes ist es nicht, die drei Marxinterpretationen daraufhin zu untersuchen, in welchem sozialgeschichtlichen Zusammenhang sie überhaupt entstehen konnten. Es erscheint vordringlich, erst einmal das Material zu sichten und Unterschiede wie Gemeinsamkeiten beim Vorgehen der genannten Autoren herauszuarbeiten. Dies soll unter drei Gesichtspunkten geschehen: dem der Interpretation der allgemeinen Forschungsmethode bei Marx, dem der rechtssoziologischen Marxinterpretationen und schließlich dem der Rolle des Rechts beim Übergang zum Sozialismus. In einem vierten Punkt werden einige Schlußfolgerungen gezogen.

1. Interpretationen einer allgemeinen Forschungsmethode bei Marx.

a) Anton Mengers dem Umfang nach gewichtigste Ausführungen zum Thema Karl Marx finden sich in seiner Schrift « Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag » ⁽⁴⁾. Menger, der sich sonst für seine eigenen Überlegungen fast immer nur auf französische und englische Sozialisten beruft, kann an jener Stelle an Marx nicht vorbeigehen, da er sich die Aufgabe gestellt hat, die bisherigen Sozialisten daraufhin zu überprüfen, ob sie das « Recht auf den vollen Arbeitsertrag » gefordert haben. Natürlich wird er diesbezüglich bei Marx nicht fündig und er setzt sich auch nicht weiter mit den Gründen

⁽⁴⁾ MENDER, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung* (im folgenden: *Arbeitsertrag*). 4. Aufl. Stuttgart u. Bln. 1910. Die 1. Aufl. erschien 1886.

dafür auseinander ⁽⁵⁾. Er nimmt die Gelegenheit aber zum Anlaß, Marx des Plagiats — er habe seine Mehrwertlehre von dem englischen Sozialisten Thompson abgeschrieben ⁽⁶⁾ — und einer unsauberen Zitierweise zu beschuldigen ⁽⁷⁾. Im übrigen ist auf den Seiten 95-110 der genannten Schrift, die eigentlich Karl Marx gelten sollten, mehr von Sozialdemokraten und anderen Sozialisten die Rede als von Marx selbst. Dies zeigt schon ein wenig sein sehr gespanntes Verhältnis zu Marx, den er im übrigen — trotz des ansonsten umfangreichen Quellenapparats — weitgehend durch Mißachtung straft. Dennoch finden sich an einigen Stellen Ansätze zu einer allgemein gehaltenen Kritik, so etwa in der «Neuen Staatslehre»:

«Nichts tut deshalb den Tatsachen mehr Gewalt an, als dies innerlich so ungleichartige geistige Leben und seine Umgestaltungen auf eine einzige Ursache, etwa auf die wirtschaftlichen und technologischen Verhältnisse (Marx) zurückzuführen» ⁽⁸⁾.

Ähnlich hatte er schon sieben Jahre vorher in seiner Inaugurationsrede zur Übernahme des Rektorats der Wiener Universität gesagt:

«Anderseits wäre es aber gänzlich verfehlt, die wirtschaftlichen Verhältnisse etwa mit Marx und Engels als das für den geschichtlichen Verlauf allein maßgebende Moment zu betrachten, von welchem sich Staat, Recht und Religion als bloße Folgeerscheinungen darstellen» ⁽⁹⁾.

Unter Anspielung auf Marx schreibt er schließlich weiter in der «Neuen Staatslehre»:

«Nichts wäre irriger, als wenn sie (die besitzlosen Volksklassen K. S.) sich im Sinne der materialistischen Geschichtsauffassung einem gewissen ökonomischen Fatalismus ergeben wollten, der die neue Ge-

⁽⁵⁾ Vgl. hierzu MARX, *Kritik am Gothaer Program*, MEW, 19, 11 ff. (18 f.).

⁽⁶⁾ Hierauf gehen ENGELS-KAUTSKY in dem Artikel *Juristensozialismus*, 1. cit. (bes. S. 504) ein.

⁽⁷⁾ MENDER, 1. cit., 95 ff.

⁽⁸⁾ MENDER, *Neue Staatslehre*, 2. Aufl., Jena, 1904, 224. Die 1. Aufl. erschien 1903.

⁽⁹⁾ MENDER, *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft* (im folgenden: *Soziale Aufgaben*). Inaugurationsrede vom 24. Okt. 1895, 2. Aufl. Wien u. Leipzig, 1905, 25.

sellschaftsordnung von selbst zeitigen wird, sobald die richtige Stunde geschlagen hat » ⁽¹⁰⁾.

Dieser dritte Vorwurf gegenüber Marx bewegt sich auf einer anderen Argumentationsebene als die beiden ersten. Im ersten und zweiten Fall wird Marx eine falsche Einschätzung des Kausalverlaufs unterstellt: er habe die Gewichtung einzelner Kausal-determinanten falsch gesetzt, habe eine Ursache als allein bestimmend angesehen, wo es doch deren mehrere gebe. Ganz anders der dritte Vorwurf, den wir zunächst genauer betrachten wollen: hier ist die Kausalargumentation scheinbar als solche Gegenstand der Kritik; Menger scheint die kausale Betrachtungsweise für falsch zu halten oder ihr doch wenigstens etwas anderes an die Seite stellen zu wollen. Scheinbar, denn Menger läßt gar keinen Zweifel an seinem strengen Determinismus aufkommen:

« Was nun das menschliche Wollen und Handeln betrifft, so sei hier zuvörderst hervorgehoben, daß die menschliche Tätigkeit, ähnlich wie andere Naturvorgänge... streng von dem Kausalgesetze beherrscht wird ... » ⁽¹¹⁾.

Entsprechend ist dann auch seine später erschienene « Sittenlehre » keine Ethik im philosophischen Sinn, sondern eine bloße Beschreibung der Sitten, und er kann sich dort eine « Verbesse-

⁽¹⁰⁾ *Arbeitsertrag*, 231.

Die Marxinterpretation Mengers, wie sie in diesen drei Zitaten zum Ausdruck kommt, wird in der Sekundärliteratur zu Menger weitgehend unkritisch übernommen. Auch das in letzter Zeit neben E. MÜLLER, *op. cit.*, ausführlichste Werk über MENER, *Karl - Hermann Kästner, Anton Menger (1841-1906)*, Leben und Werk, (Tübingen 1974) sieht darin überhaupt kein Problem (S. 54 ff.) und kann als Mangel bei Menger deshalb nur behaupten, daß er die Marx zugeschriebene rein wirtschaftliche Betrachtung nicht wenigstens *auch* zum Ansatzpunkt genommen hat (*l. cit.*, 64).

⁽¹¹⁾ *l. cit.*, 224. Etwas vorsichtiger in der kurz vor seinem Tod erschienen *Neuen Sittenlehre* (Jena, 1905): « Da also der Augenschein lehrt, daß die sozialen Machtverhältnisse die einzelnen in ihren Handlungen gleich den Marionetten auf einem Puppentheater bewegen, so kann dem Problem der menschlichen Willensfreiheit nicht die ihm oft zugeschriebene Bedeutung beigelegt werden ... Für die großen praktischen Fragen erscheint der Mensch... an die sozialen Machtverhältnisse gebunden, gleichviel ob man ihn vom theoretischen Standpunkte für frei oder für unfrei erklären mag. » (S. 2).

« der praktischen Sittlichkeit » nur durch eine « Umgestaltung der sozialen Machtverhältnisse » vorstellen ⁽¹²⁾. Den so vorhandenen Widerspruch zwischen seiner Warnung vor dem Fatalismus und dem eigenen Determinismus löst Menger nirgends auf.

Er macht nicht einmal den Versuch, wie es Jhering getan hatte, dem Dilemma von Kausalität und Teleologie entweder durch einen obersten Zwecksetzer (« Gesellschaft als Zwecksobjekt ») oder durch die Beschreibung eines individuellen Zwecks als bloßem Motiv in letzter Instanz aus dem Weg zu gehen ⁽¹³⁾, sondern er läßt es schlicht stehen. Dennoch zeigt er aber in aller Naivität den Einfluß eines solchen Zeitgeistes auf, wenn er die reale Entwicklung ohne zu zaudern auch als die seinsollende angibt: Er tut dies in seiner Forderung nach einer « sozialen Rechtswissenschaft » in seiner Wiener Rektoratsrede. Hauptaufgabe dieser legislativpolitischen Jurisprudenz soll es nämlich sein,

« den Gegensatz zwischen dem geschichtlich gewordenen Rechtszustande und den Machtverhältnissen der Gegenwart festzustellen und die daraus sich ergebenden Änderungen der Rechtsordnung vorzubereiten » ⁽¹⁴⁾.

Dabei ist ihm — ein deutliches Zeichen für die Unbekümmertheit mit Methodenproblemen — das Vorgehen einer solchen « sozialen Rechtswissenschaft » recht gleichgültig; es soll nur neben Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte noch ein dritter, zukunftsorientierter Zweig entstehen:

« Der Name, welchen man diesem dritten Zweige der Rechtswissenschaft beilegen will, ist natürlich gleichgültig; man kann versuchen, das alte Naturrecht auf erfahrungsmäßiger Grundlage wieder zu beleben, man kann jene Aufgabe der vergleichenden Rechtswissenschaft zuweisen oder die Prüfung der bestehenden Rechtszustände mit ihrer dogmatischen und geschichtlichen Darstellung verbinden » ⁽¹⁵⁾.

b) Ganz im Sinne dieser Forderungen und unter ähnlichem Einfluß durch Jhering hat einige Jahre später Franz v. Liszt die

⁽¹²⁾ MENDER, *Neue Sittenlehre*, Jena, 1905, 70.

⁽¹³⁾ Vgl. JHERING, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1916 (5. Aufl.), 360 ff., dazu z. B. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967 (2. Aufl.), 567.

⁽¹⁴⁾ MENDER, *Soziale Aufgaben*, 24.

⁽¹⁵⁾ *l. cit.*, 19 f.

Theorie entwickelt, rechtsvergleichende Arbeiten könnten Aufschluß über das Recht der Zukunft geben. Das Problem von Kausalität und Teleologie wird von ihm zwar explizit formuliert, aber derselben Lösung zugeführt wie bei Menger:

« Indem wir das Seiende als das geschichtlich Gewordene betrachten und danach das Werdende bestimmen, erkennen wir das Seinsollende. Werdendes und Seinsollendes sind insofern identische Begriffe » ⁽¹⁶⁾.

Mit diesen deutlichen Worten hatte Liszt seine rechtsvergleichenden Arbeiten gegen einen Aufsatz seines Schülers Radbruch verteidigt, den dieser, gerade ein Jahr in Heidelberg und dort mit der neukantianischen Philosophie insbesondere Lasks in Berührung gekommen, 1905 veröffentlicht hatte. Hier wird schon der Grundgedanke von Radbruchs späterer Rechtsphilosophie deutlich:

« Das Sein-Sollende läßt sich nimmermehr aus dem Seienden ableiten, die Betrachtung noch so vieler geltender Rechte vermag uns über das richtige Recht nicht zu belehren, es ergibt sich nicht empirisch sondern apriorisch, es ist Sache der wissenschaftlich undiskutierbaren persönlichen Überzeugung » ⁽¹⁷⁾.

Für unser Problem ist nun aufschlußreich, daß Radbruch in eben diesem Aufsatz auf den Marxismus eingeht:

« Insbesondere darf man nicht in den marxistischen Irrtum verfallen, zu glauben, durch den Nachweis, daß die Rechtsentwicklung, wenn sie in ihrer bisherigen Richtung fortschreitet, eine bestimmte Rechtsgestaltung herbeiführen werde, daß ihre 'Entwicklungstendenz' auf diese Rechtsgestaltung hingehe, diese nun auch als richtig und erstrebenswert erwiesen zu haben » ⁽¹⁸⁾.

Damit wird Marx von Radbruch seiner Kritik an Liszt unterstellt, ein Verständnis des Marxismus, das Radbruch bis zuletzt beibehalten hat. Marx hat nach Radbruchs Ansicht wie Liszt aus der historischen Entwicklung Prophezeiungen entwickelt

⁽¹⁶⁾ LISTZ, *Das «richtige Recht» in der Strafgesetzgebung*, ZStW Bd., 26 (1906), 553 ff. (556).

⁽¹⁷⁾ RADBRUCH, *Über die Methode der Rechtsvergleichung*, in *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, Bd. II (1905-6), 422 ff. (432).

⁽¹⁸⁾ *l. cit.*, 424.

und diese prophezeite Entwicklung dann auch noch für positiv gehalten.

Radbruchs Marxkritik hat insofern denselben Ausgangspunkt wie die Interpretation Mengers. Marx wird als Fatalist, als Vertreter einer Lehre der Naturnotwendigkeit gesellschaftlicher Veränderungen interpretiert. Der Marxismus

« enthält ... eine politische Prognose: die ökonomische Entwicklung werde mit Naturnotwendigkeit zu einer sozialistischen Wirtschafts- und somit Rechtsordnung führen » ⁽¹⁹⁾.

Als gegenläufige Bewegung, die er sehr begrüßt, sieht er aber in der Sozialdemokratie,

« eine neue Gesinnung, ... die durch das Wort vom sozialistischen Menschen, durch den Gemeinschafts- und Führergedanken, durch den Willen zur Arbeitsfreude, zu sozialistischer Kultur, die Bejahung von Religion und Nation gekennzeichnet wird » ⁽²⁰⁾.

Was aber Radbruchs Marxinterpretation ganz wesentlich von Mengers Kritik unterscheidet, das ist der Versuch, nicht bei einer lediglich emotionalen Ablehnung des « Fatalismus » stehenzubleiben. Radbruch verwickelt sich nicht unmittelbar in die Widersprüchlichkeiten Mengers, sondern legt eine erkenntnistheoretische Begründung für seine Sicht der Dinge vor, den neukantianischen Methodendualismus. Im Anschluß an die Marburger und insbesondere die Heidelberger neukantianische Philosophie unterscheidet er nämlich zwischen zwei verschiedenen Methoden des Erkenntnisprozesses, je nachdem, ob der Gegenstand von Erkenntnis das Sein oder das Sollen ist.

Sollenssätze können danach nicht induktiv auf Seinsfeststellungen sondern nur deduktiv auf andere Sätze gleicher Art gegründet werden ⁽²¹⁾. Die um die Jahrhundertwende so gängige Überhöhung von Ergebnissen empirischer Untersuchungen von Entwicklungsprozessen mit einem objektiven Sollen war somit von Radbruch als dem Stande philosophischer Unschuld zugehörig

⁽¹⁹⁾ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, III, 6. Aufl. Stuttgart 1963 (entspricht der. 3. Aufl. von 1932).

⁽²⁰⁾ RADBRUCH, *Überwindung des Marxismus?*, in *Die Gesellschaft*, 1926, 368.

⁽²¹⁾ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 97.

erkannt worden. Freilich war die Freude an dieser Entdeckung wohl zu groß und die positivistische Marxrezeption zu tief im allgemeinen Bewußtsein verankert, als daß zu jener Zeit eine Motivation bestanden hätte, genauer zu überprüfen, ob diese berechnete Kritik an Autoren wie Liszt auch Marx treffen konnte.

War nach dieser Theorie Marx ein vorkritischer Methodenmonismus, eine Vermischung von Seins- und Sollensaussagen vorzuwerfen, so hat sich Radbruch andererseits nie der «materialistischen Geschichtsauffassung» verschlossen, soweit er sie als Ergebnis empirischer Untersuchungen akzeptieren konnte, soweit er sie also allein dem von ihm so genannten Bereich des Seins zuordnen zu können glaubte ⁽²²⁾. Was so von dem Marx der Radbruch-Interpretation übrigblieb, die Beschreibung des empirisch erforschbaren Seins der Gesellschaft, ergänzte er allerdings wieder durch einen Bereich der Teleologie:

«Die empirisch-kausale materialistische Geschichtsauffassung sucht unbewußt oder bewußt ihre Ergänzung in einer teleologischen Sozial- und Rechtsphilosophie des Sozialismus ... Der Sozialist bejaht den Sozialismus in Wahrheit nicht deshalb, weil er ihn unvermeidlich kommen weiß, sondern weil er den gegenwärtigen Gesellschaftszustand als Unrecht empfindet ...» ⁽²³⁾.

Diese Teleologie ist aber nun auf das Individuum beschränkt, ein rein subjektives Sollen, dessen Verhältnis zur allgemeinen Kausalität nicht näher dargelegt wird. Damit war die Tür geöffnet für systematische Überlegungen zu einer Ethik des Sozialismus, die für ihn schließlich so sehr im Vordergrund stand, daß sich für Radbruchs Sozialismus die Bezeichnung «ethischer Sozialismus» allgemein durchsetzen konnte ⁽²⁴⁾, die Tür aber auch zum Sozialismus als einem letztlich religiösem Problem ⁽²⁵⁾. Hierin mag wohl

⁽²²⁾ Dazu unten bei seinen Ausführungen zur Rechtssoziologie.

⁽²³⁾ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 113.

⁽²⁴⁾ *Zur Ethik des Sozialismus bei Radbruch*, vgl. seine Schrift *Kulturlehre des Sozialismus* (1. Aufl. 1922) sowie SEELMANN, *Sozialismus und soziales Recht bei Gustav Radbruch* (Diss. München, 1973), bes. 18 ff., 44 ff.

⁽²⁵⁾ Daß Radbruchs Sozialismus einem zutiefst religiösem Bedürfnis entsprang, wird zu recht von Arthur Kaufmann im Vorwort zur Neuauflage von RADBRUCHS, *Kulturlehre* (Ffm, 1970) betont.

auch mit der Grund liegen, daß Radbruch an Marx' Untersuchungen zu dem, was er das Sein nannte, nur mehr am Rande interessiert war und Methodenprobleme innerhalb dieses Bereichs auch gar nicht behandelte.

c) Dieser Aufgabe unterzog sich aber Karl Renner. Renner, der erkennbar die drei Bände des « Kapital, » also des Hauptwerks von Marx, gelesen hat — gerade bei denen, die sich zur Interpretation von Marx berufen fühlen, auch damals eine Seltenheit — hatte von daher einen etwas geschärften Blick für das Vorhandensein von Methodenfragen bei der Interpretation des Werks von Marx. Dessen Kritik der politischen Ökonomie versucht er in ihrer Methode von anderen wissenschaftlichen Werken abzugrenzen:

« Karl Marx hat seine Kritik der politischen Ökonomie gewonnen auf Grund umfassendster Tatsachenforschung, also durchaus induktiv. Das ungeheure Induktionsmaterial seiner historischen und Zeitforschungen hat er jedoch — zum Unterschied von der historischen Schule der deutschen Professoren — nicht bloß unverdaut aufeinandergehäuft, sondern zusammenfassend geordnet nach notwendigen obersten Abstraktionen, kurz zum System verarbeitet, wie dies jeder große Denker jederzeit tut » ⁽²⁶⁾.

Welcher Art dieses System seiner Meinung nach ist, gibt Renner nicht an, wohl aber, daß es bei Marx an einer anderen Stelle auftaucht als bei den anderen « großen Denkern »:

« Während heute beinahe jede wissenschaftliche Arbeit zunächst das Induktionsmaterial vorlegt und also mit der Tatsachenbeschreibung anhebt, um mit dem höchsten allgemeinen Gesetz zu schließen, verfährt Karl Marx als Schüler der deutschen Philosophie, zumal Hegels, und als Kind seiner Zeit bei der Darstellung genau umgekehrt. Er stellt die gewonnene höchste Abstraktion voran, entfaltet sie und steigt von ihr herab bis zur Tatsache (« Erscheinung »). Er verfährt als im Vortrag durchaus deduktiv » ⁽²⁷⁾.

Daß das « Induktionsmaterial » systematisch zu ordnen sei, wird von Renner akzeptiert, dies getan zu haben zeichnet Marx

⁽²⁶⁾ RENNER, *Marxismus, Krieg und Internationale*, 2. Aufl., Stuttgart, 1918, 37 f.

⁽²⁷⁾ *l. cit.*, 38.

in seinen Augen gerade als einen grossen Denker aus. Völlig unklar aber bleibt, wie eine solche Systematisierung vor sich gehen soll, es sei denn, er unterstellt die Möglichkeit, induktiv auf allgemeine Gesetze zu schließen. Darüber oder über andere Gesichtspunkte, an die sich eine Systematisierung von empirischem Material halten solle, liest man bei Renner nichts.

Ablehnend, wenn auch mit großem Verständnis steht er hingegen der Tatsache gegenüber, daß Marx die Reihenfolge des so von ihm beschriebenen Prozesses umkehrt. Er hält dies für eine mit Hegel zu entschuldigende Schrulle, nicht nur überflüssig sondern auch schädlich, und ruft dazu auf, Marx in ein «schlichtes induktives Lehrbuch der politischen Ökonomie zu übersetzen»⁽²⁸⁾. Wie er aber die Marxsche Vorgehensweise beschreibt, ist bezeichnend für sein eignes Methodenverständnis. Zunächst setzt er die im Forschungsprozeß aus der «Tatsachenbeschreibung» gewonnenen «höchsten allgemeinen Gesetze» mit den «höchsten Abstraktionen» gleich, die Marx voranstelle. Dies ist konsequent, wenn er die von Marx als analytisch⁽²⁹⁾ bezeichnete Forschungsweise zugleich für ein induktives Schließen auf allgemeine Gesetze hält. Dann wird die Darstellung als eine Abfolge von formallogischen Schlußverfahren vorgestellt, die sich alle auf die erste abstrakte Behauptung zurückführen lassen, welche ihrerseits, um den Prozeß wirklich deduktiv sein zu lassen, wenigstens in der Darstellung nicht weiter begründet sein kann. Man versteht, daß eine solche Methode eines Buchs zur Kritik der politischen Ökonomie Renner schrecken mußte, daß er Methodenfragen im Zusammenhang mit Marx «Darstellungsweise» im übrigen mied und sich allein mit dem «Induktionsmaterial» beschäftigte. Marx' Forschungsergebnisse, gereinigt von «deutscher Philosophie», waren eine Abfolge historischer Daten, die zueinander anscheinend im Verhältnis einer historischen Notwendigkeit standen und die es weiterzuentwickeln galt im Sinn einer histori-

⁽²⁸⁾ l. cit.

⁽²⁹⁾ Vgl. dazu MARX Eigene Beschreibung seiner Methode, in *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, Frankfurt/M; WIEN O. J., *Einleitung*, S. 21 ff., aber auch seine Bedenken gegen eine vorweggenommene Methodenbeschreibung (l. cit., 8 ff.).

schen Fortschreibung. Über Marx' Analyse der Eigentumsverhältnisse schreibt er:

«Trotzdem aber ist sie heute überholt, die Entwicklung ist keineswegs stillgestanden und hat abermals das Substrat der Rechtsnormen umgewandelt, sie hat vor allem vieles, was zu Marx' Zeiten nur andeutungsweise da war, zur Reife gebracht» ⁽³⁰⁾.

Daß das «Kapital» von Marx als weiterzuentwickelnde Geschichtsschreibung verstanden werden konnte, war nur möglich geworden durch das im vorletzten Zitat gezeigte Identischsetzen von «Tatsachen» und «Erscheinung» (Marx spricht von «Oberfläche» der kap. Gesellschaft), also durch Verbannung der ökonomischen Kategorien, die nicht der «Oberfläche» der Gesellschaft angehören, in den Bereich bloß gedanklicher Abstraktionen. Ein vom Systemzusammenhang im Sinne von Marx losgelöstes In-Verbindung-setzen von (nach diesem System so genannten) Oberflächen-Kategorien aber ist nichts anderes als die Tätigkeit der Soziologie, und — wenn auf diese Weise ein Verhältnis von Recht und «Gesellschaft» bestimmt werden soll — der Rechtssoziologie.

2. Rechtssoziologische Marxinterpretationen.

a) Freilich fehlt Renner nach der Lektüre von Marx die Naivität, Recht und Gesellschaft schlechthin zueinander in Beziehung zu setzen und dann gar noch — wie könnte es bei einer solchen Fragestellung anders sein — als Ergebnis eine Wechselwirkung herauszufinden. Er leitet seine weitaus konkretere Fragestellung aus seinem Verständnis des Marxschen «Kapital» ab:

«Ich behaupte, daß Karl Marx alle Einzelercheinungen der bürgerlichen Epoche bewußt in diesen Zusammenhang einer stetigen Fortentwicklung der menschlichen Gesellschaft auf der Basis eines ererbten, starren, zurückgebliebenen, verknöcherten Rechtssystems betrachtet und beschrieben hat...» ⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, (im Folgenden: *Die Rechtsinstitute des Privatrechts*), Tübingen, 1929, 99. Diese Stelle findet sich noch nicht in der Ausgabe von 1904 (*Die soziale Funktion der Rechtsinstitute, besonders des Eigentums*, in *Marx-Studien*, 1. Bd. 65 ff.).

⁽³¹⁾ RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts*, 198.

Ist damit die Intention von Marx als Sozialgeschichtsschreibung mit einer bestimmten Unterstellung, nämlich der eines Gleichbleibens des Rechtssystems, erklärt, so macht Renner sich selbst zur Aufgabe, aus diesem Gesamtzusammenhang ein Spezialproblem zu lösen:

« Kann ein Rechtsinstitut bei gleichbleibendem rechtlichem Bestand, das ist ohne Änderung des Gesetzes, dennoch in seiner wirtschaftlichen Natur, in seinen ökonomischen und sozialen Funktionen sich ändern? » ⁽³²⁾.

Dadurch entgeht Renner für seine eigene Untersuchung einem Problem der Wechselwirkung im allgemeinen. Er prüft nämlich weder ein gegenseitiges Einwirken von Recht und wirtschaftlichen Verhältnissen noch auch nur eine Seite eines solchen Aspekts, sondern er hält für das eigentliche Problem, wie die Produktionsverhältnisse in eine ungleiche Entwicklung zu den Rechtsverhältnissen treten. Demonstriert wird dies am Beispiel des Rechtsinstituts Eigentum, das im Lauf der kapitalistischen Entwicklung seine Funktion vollständig verändert habe:

« Es ist eines der Verdienste von Karl Marx, nachgewiesen zu haben, daß die Freiheit des Eigentums und des Arbeitsvertrages, die allgemeine Beordnung der Individualwillen, faktisch zur Willensunterordnung und zum Arbeitszwang der Fabrik wird ... » ⁽³³⁾.

Daß für das Denken der Individuen aber noch die ursprünglich adäquaten rechtlichen Formen Geltung besäßen, das sei der Fetischcharakter dieser Gesellschaft, in der die Menschen nicht erkennen könnten, daß sie inzwischen einem ganz anderen gesellschaftlichen Gesetz unterliegen ⁽³⁴⁾. Damit entstehe gerade aus der Verbindung einer gleichgebliebenen Rechtsordnung — speziell im Bereich des Eigentums — mit einer sich verändernden wirtschaftlichen Situation der Grund dafür, daß in dieser Gesellschaft eine bestimmte Art von Macht ausgeübt werden könne:

« ... aus der ausgesprochenen Herrschaft der Person über die Sache wird eine durch Sachbeziehungen verhüllte Herrschaft der Person über andere Personen, über die Gesellschaft selbst » ⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ *l. cit.*, 46.

⁽³³⁾ *l. cit.*, 66.

⁽³⁴⁾ *l. cit.*, 82.

⁽³⁵⁾ *l. cit.*, 182.

Das Eigentum, in der handwerksmäßigen Produktion durch eine Zweckbeziehung auf den Eigentümer hin bestimmt, hat nach Renner seine Funktion gewandelt gerade nicht durch eine Veränderung des Rechtsinstituts, sondern durch eine Änderung der sozialen Verhältnisse, genauer des Gegenstands von Eigentum, z.B. seine Erstreckung auf Maschinen, Warenhäuser etc., wodurch es dem Eigentümer Macht über andere Menschen verschafft habe ⁽³⁶⁾.

Diese Interpretation von Marx' Kritik der politischen Ökonomie durch Renner, die Lektüre des 'Kapital' als einer großen Rechtssoziologie, ist notwendige Folge der oben erwähnten rein historischen Auslegung des Werks von Marx. Nur wenn man die ersten Kapitel des 'Kapital' so sehr von 'deutscher Philosophie' reinigt, daß man in ihnen die Beschreibung der historischen einfachen Warenproduktion und — zirkulation sieht und nicht die grundlegenden Kategorien gerade einer kapitalistischen Gesellschaft, dann kann man die dieser « einfachen Warenproduktion » entsprechenden rechtlichen Begriffe wie Eigentum, Gleichheit und Freiheit als nur einer vergangenen historischen Epoche adäquat auffassen anstatt als Formbestimmungen eben der kapitalistischen Produktionsweise, wie Marx dies tut ⁽³⁷⁾. Das aber sind Methodenprobleme bei Marx, die sich erst erschließen können, wenn man ihn nicht nur als « Schüler Hegels » bezeichnet, sondern dies bei seiner Lektüre auch beachtet.

b) Als Rechtssoziologe war Marx auch für Radbruch akzeptabel, der sich sowohl in seiner Rechtsphilosophie wie in der Schrift « Kulturlehre des Sozialismus » und in einem Aufsatz, den er « Klassenrecht und Rechtsidee » betitelt, mit dem Verhältnis von « Sein » und normiertem « Sollen » auf dem Gebiet der Kausalität beschäftigt. Eine solche Untersuchung läßt sich natürlich auch von seinem Standpunkt aus empirisch durchführen, solange sie sich auf diesen Bereich der Kausaluntersuchung beschränkt und keine logische Ableitung des Sollens aus einem bestimmten Sein unternimmt. Radbruchs Antwort auf diese rechtssoziologische Fragestellung kann man in zwei Begriffen zusammenfassen: Eigen-

⁽³⁶⁾ *l. cit.*, 80.

⁽³⁷⁾ Unübersehbar wird dies freilich erst seit der Veröffentlichung von MARX, *Grundrissen*, 1939-41, *l. cit.*, vgl. 155 ff., 916.

gesetzlichkeit und Rückwirkung. Obwohl er den ökonomischen Interessen und Mächten zunächst einem kausalen Vorrang vor dem Recht einräumt, gesteht er dem Recht als « Umsetzung und Übersetzung » des Ökonomischen in eine Kulturform eine sich der Herrschaft des ökonomischen Interesses immer mehr entziehende Eigengesetzlichkeit zu:

« Schon wenn Karl Marx das Ideelle als das ' im Menschenkopfe umgesetzte Materielle ' bezeichnet, kann diese Umsetzung nicht anders verstanden werden als dahin, daß das Materielle in neue, aus der materiellen Grundlage nicht ableitbare Kulturformen eingefügt und so in eine neue Daseinsweise überführt werde ... In der Tat wird, indem das Materielle sich in den von ihm unabhängigen, festen Formen der einzelnen Kulturgebiete ideologisch auswirkt, eine Eigengesetzlichkeit ins Werk gesetzt ... » ⁽³⁸⁾.

Als Beispiel für diese Eigengesetzlichkeit nimmt er die Freiheitsforderung der aufstrebenden Bourgeoisie, die, weil in der Form des Rechts erhoben, den Anspruch auf Freiheit für alle beinhaltet habe und daher zum Kampfinstrument gegen ebendiese Bourgeoisie geworden sei ⁽³⁹⁾. Dieses auf solche Weise eigengesetzlich sich entfaltende Recht soll nun fähig sein, auf die ökonomischen Verhältnisse ändernd zurückzuwirken, so daß eine Wechselwirkung zwischen beiden entsteht, die sich darauf begründet, daß

« die aus der ökonomischen Sphäre emporsteigenden Strebungen von Kulturformen erfaßt und gestaltet werden, die, wenn sie nicht dauernde Geltung besitzen, jedenfalls doch schon vor dem Wirtschaftszeitalter, dessen Ergebnissen sie zum kulturellen Ausdruck verhelfen, da waren ... » ⁽⁴⁰⁾.

Am deutlichsten sieht Radbruch in der Entwicklung des öffentlichen Rechts die Tendenz zur Rückwirkung rechtlicher Nor-

⁽³⁸⁾ RADBRUCH, *Kulturlehre des Sozialismus* (im Folgenden: *Kulturlehre*), 4. Aufl. Frankfurt M, 1970, 15; ähnlich: *Klassenrecht und Rechtsidee* (im Folgenden: *Klassensrecht*), Göttingen, 1957, 27; Rechtsphilosophie, 112.

⁽³⁹⁾ RADBRUCH, *Klassenrecht*, 26.

⁽⁴⁰⁾ *l. cit.*, 28.

RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts*, 60, schreibt zu diesem Thema: « Daß Gesetze ändernd auf die Wirtschaft einwirken, also Anstoß ökonomischer Folgen sein können, ist ein platte Wahrheit, die selbstredend Marx am allerwenigsten in Abrede stellt... ».

men auf die ökonomischen Verhältnisse bestätigt, vor allem in der Ersetzung von Gebieten des Privatrechts durch solche des öffentlichen Rechts; das Recht trete mehr und mehr aus der Herrschaft der ausgleichenden in die Herrschaft der austeilenden Gerechtigkeit über ⁽⁴¹⁾. Dies ist schließlich auch die Grundlage für Radbruchs Einschätzung, daß es infolge dieser Entwicklung kein « unverfälschtes Klassenrecht » mehr geben könne. Im Hintergrund seiner Diagnose der Rechtsentwicklung als einer, die wegstrebt von der Austausch-Gerechtigkeit und hin zu einer austeilenden Gerechtigkeit, hört man in solchen Überlegungen schon deutlich seine Gemeinschaftstheorie: Für Radbruch ist klar, daß das Gegeneinander-arbeiten der Individuen, die Konkurrenzsituation von der Wirtschaft angefangen bis hin zum Verhalten der einzelnen Menschen gegeneinander, historisch bedingt ist durch die kapitalistische Produktionsweise.

Dies ist sein Begriff von « Gesellschaft » ⁽⁴²⁾, dem er als zentrale Umschreibung für seinen Sozialismus den der « Gemeinschaft » gegenüberstellt:

« Gemeinschaft ist nicht ein unmittelbares Verhältnis von Mensch zu Mensch, sondern die Verbundenheit der Menschen durch die gemeinsamen menschlichen Aufgaben, die Verbundenheit in einer gemeinsamen Sache ... Und so ergibt sich aus als Formel sozialistischer Weltanschauung: Persönlichkeit in Gemeinschaft, Gemeinschaft im Werke » ⁽⁴³⁾.

Die ersehnte Bewegung von der Gesellschaft hin zur Gemeinschaft interpretiert er mit seiner These vom Wechsel der Gerechtigkeits-Arten in die Rechtsentwicklung seiner Zeit hinein. Vielleicht zeigt dies am besten, daß Radbruch, im Gegensatz zu Renner, selbst dort, wo er soziologisch argumentiert, als Ethiker spricht. Seine Beurteilung von Marx ist im ethischen Bereich auch weit eindeutiger als im soziologischen. In der Soziologie verweist er zur Darstellung der « materialistischen Geschichtsauffassung von Marx und Engels » einerseits auf eine Stelle in Marx' Vorwort zur

⁽⁴¹⁾ RADBRUCH, *Klassenrecht*, 32.

⁽⁴²⁾ Zu diesen Begriffen und ihrer veränderten Übernahme von Ferdinand Tönnies vgl. SEELMANN, l. cit., 18 ff.

⁽⁴³⁾ RADBRUCH, *Kulturlehre*, 19.

Kritik der politischen Ökonomie, wo dieser schreibt, die ökonomische Struktur der Gesellschaft bilde deren reale Grundlage, woraus in letzter Instanz alle Vorstellungsweisen zu erklären seien ⁽⁴⁴⁾ und interpretiert dies als gegen die Wechselwirkung gewandt, andererseits spricht er von einer « späteren Klarstellung » in Engels' Brief an Mehring ⁽⁴⁵⁾, in dem dieser von einer Rückwirkung der ideologischen Form und einer Wechselwirkung schreibt. Zum Thema Gemeinschaft aber grenzt er sich klar gegen den Marx seiner Interpretation ab. Das kommunistische Manifest, meint er, bekenne sich wie das Erfurter Programm der Sozialdemokratie letztlich zu Werten, die dem Leben des einzelnen, nicht dem sozialen Ganzen angehören und begründe das « sozialistische Wirtschaftssystem auf eine durchaus individualistische Weltanschauung » ⁽⁴⁶⁾.

c) Menger hingegen hat niemals Kritik an einer individualistischen Weltanschauung geübt. Menschlicher Individualismus, ja Egoismus war für ihn überhistorisch:

« Ich glaube nicht, daß der volkstümliche Arbeitsstaat zu dem Spiele der menschlichen Leidenschaften und Bestrebungen eine wesentlich andere Stellung einnehmen kann als unsere heutige Staatsordnung » ⁽⁴⁷⁾.

Seiner Meinung zufolge beruht das sozialistische System sogar noch stärker auf dem Egoismus als das kapitalistische ⁽⁴⁸⁾. Auch sein Hauptargument gegen den Anarchismus ist, daß ja doch jeder nach den fruchtbarsten Äckern, den besteingerichteten Fabriken und nach den bequemsten und gesündesten Wohnhäusern streben werde ⁽⁴⁹⁾. Diese Egoismus-Lehre benutzt er auch zur Erklärung der Rechtsentwicklung: Macht als erste Ursache jeder gesellschaftlichen Entwicklung ist das ständig wiederholte Motiv durch das ganze Mengersche Werk hindurch. Dies ist ihm Erklärungsmuster für das englische Recht, das aus der normanni-

⁽⁴⁴⁾ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, III; Zitat von Marx in *MEW*, 13, 7.

⁽⁴⁵⁾ *l. cit.*, gemeint ist Engels' Brief v. 14.7.1893, *MEW*, 39, 96 ff.

⁽⁴⁶⁾ RADBRUCH, *Kulturlehre*, 19.

⁽⁴⁷⁾ MENDER, *Neue Staatslehre*, 51.

⁽⁴⁸⁾ MENDER, *Arbeitsvertrag*, 26.

⁽⁴⁹⁾ MENDER, *Neue Staatslehre*, 11 f.

schen Eroberung entstanden sei ⁽⁵⁰⁾ in gleicher Weise wie für die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland, die dem deutschen Volk am Ausgang des Mittelalters gegen seinen Willen und gegen sein Bedürfnis von absolutistischen Fürsten und Juristen aufgedrängt worden sei ⁽⁵¹⁾. Das Leben von Recht und Staat wird durch auf- und abwogende Machtverhältnisse bestimmt ⁽⁵²⁾. Entsprechend einfach ist seine rechtssoziologische Theorie:

« Auf dem Gebiet des Rechts entscheidet vielmehr in erster Linie die Macht, erst in zweiter das wirtschaftliche Bedürfnis, soweit dieses von den Machthabern überhaupt erkannt und anerkannt wird. Mit einem verlässlichen Heer und einer guten Polizei kann man Rechtsordnungen begründen und durch Jahrhunderte aufrecht erhalten, die mit den wirtschaftlichen Verhältnissen im schroffsten Widerspruch stehen » ⁽⁵³⁾.

Jetzt werden seine eingangs erwähnten Vorwürfe gegen Marx auch verständlich. Sie lassen sich alle darauf reduzieren, daß Marx die wirtschaftlichen Verhältnisse zum Bestimmenden der Gesellschaft erklärt habe, während in Wahrheit doch die Ursache aller Veränderungen die Macht sei. Dabei unterstellt Menger natürlich, die « wirtschaftlichen Verhältnisse » von Marx seien genauso wie seine « Macht », als Phänomene an der « Oberfläche » der Gesellschaft zu verstehen — denn nur so kann er sie gegeneinander ausspielen. Möglicherweise hätte eine Untersuchung darüber, woraus sich nach Marx in der bürgerlichen Gesellschaft Macht herleitet, das « entweder — oder » von Macht und wirtschaftlichen Verhältnissen problematisiert.

3. *Das Recht und der Übergang zum Sozialismus.*

a) Wenn Macht aber auch Ursache von Recht ist, so setzt Menger dennoch Macht nicht mit Recht gleich. Recht, zumindest das bestehende Recht, ist für ihn eine spezielle Art der Machtausübung, welche sogar die zusätzliche Funktion haben soll, die wahren

⁽⁵⁰⁾ *l. cit.*, 32.

⁽⁵¹⁾ *l. cit.*, 228.

⁽⁵²⁾ *l. cit.*, 230.

⁽⁵³⁾ Menger, *Neue Staatslehre*, 227.

Machtverhältnisse unerkannt bleiben zu lassen. In diesem Zusammenhang geht Menger auch zum einzigen Mal auf Probleme der Rechtsform ein:

« Statt ein angeborenes Leben aller Menschen auf die Mitbenutzung der äußeren Natur, auf den Mitgenuß der materiellen Existenzbedingungen anzuerkennen, statuiert die herrschende Doktrin nur die abstrakte Fähigkeit des Menschen zum Erwerb von Rechten überhaupt, von Vermögensrechten insbesondere (die Rechtsfähigkeit, das Zueignungsrecht) ... so erscheint durch jene Beschränkung der angeborenen Rechte auf die bloße Rechtsfähigkeit der schroffe Gegensatz zwischen Reichtum und Armut mit allen seinen Konsequenzen gerechtfertigt » ⁽⁵⁴⁾.

Dennoch ist Menger weit davon entfernt, hieraus eine Kritik der Denkfigur des Rechtssubjekts und der abstrahierenden Gleichheit des Rechts zu entwickeln; er will nur ein formelles Naturrecht, das er als die « herrschende Doktrin » bezeichnet, durch materielles Naturrecht ergänzen:

« In dem Urrecht ist nach der herrschenden Doktrin ein Anspruch auf Schutz für Leib und Leben, aber nicht auf die äußeren Existenzbedingungen des menschlichen Lebens enthalten ... » ⁽⁵⁵⁾.

Wann und von wem solche materiellen Existenzbedingungen gefordert worden sind, ist Gegenstand von Mengers Hauptwerk « Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung » ⁽⁵⁶⁾, wo er Marx vorwerfen kann, er habe solche Rechte nie angestrebt (s.o.). In der « Neuen Staatslehre » aber macht er klar, welche grundlegenden Veränderungen das Recht dadurch erfahren wird:

« Denn da das wichtigste Ziel des Sozialismus darin besteht, die Institute unseres Privatrechts in öffentliches Recht (im heutigen Sinn) zu verwandeln, so wird der Gegensatz zwischen Privat- und öffentlichem Recht mit der heutigen Staatsordnung überhaupt verschwinden » ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁴⁾ MENER, *Arbeitsertrag*, 30 f.

⁽⁵⁵⁾ MENER, *Arbeitsertrag*, 30.

⁽⁵⁶⁾ Zu Mengers drei Grundrechten (*Recht auf Existenz, auf Arbeit und auf den vollen Arbeitsertrag*), vgl.; ECKHART MÜLLER, *op. cit.*, 25 ff.

⁽⁵⁷⁾ MENER, *Neue Staatslehre*, 76.

Daß die Entwicklung aber auch nicht beim « öffentlichen Recht im heutigen Sinne » halt machen werde, erklärt er an einer anderen Stelle:

« Durch die Einführung des volkstümlichen Arbeitsstaates muß nun die Entscheidung öffentlicher Angelegenheiten nach freiem Ermessen in weitem Umfang wiederbelebt werden ... Dieses ungeheure, von Rechtsregeln vorläufig nur wenig beherrschte Gebiet muß naturgemäß zunächst der gesetzessfreien Staatstätigkeit anheimfallen » ⁽⁵⁸⁾.

Solche Passagen haben Menger von Hugo Preuß den Vorwurf eingebracht, die Verfassung seines volkstümlichen Arbeitsstaates schlage « atavistisch in die des eudämonistischen Polizeistaates zurück » ⁽⁵⁹⁾. Dennoch zeichnet sich hier der bedeutendste Berührungspunkt der drei Autoren Menger, Radbruch und Renner in ihrer jeweiligen sozialistischen Rechtstheorie ab: in der Theorie vom Verschwinden des Privatrechts als einem ersten Schritt in Richtung auf eine sozialistische Entwicklung.

b) Renner geht am Ende seiner Schrift über die « soziale Funktion der Rechtsinstitute » auf eine zweifache Tendenz ein, die sich im Bereich des Eigentumsrechts anbahne: die Entwindung des Eigentums aus der Hand des Eigentümers durch privatrechtliche Konnexinstitute mit quasi-öffentlichem Charakter und die Verdrängung des Eigentums als Privatinstitut durch komplementäre Institutionen des öffentlichen Rechts ⁽⁶⁰⁾. Mit der ersten Behauptung meint er, daß Rechtsinstitute wie Mietrecht und Arbeitsrecht dazu geführt haben, daß in erster Linie ein ganz anderer verfügt als der juristische Eigentümer, das Eigentum also durch diese anderen Institute überwuchert werde ⁽⁶¹⁾. Als komplementäre Institutionen des öffentlichen Rechts bezeichnet er Normalarbeitstag, Fabrikinspektion, Kinder- und Frauenschutz ⁽⁶²⁾. Renner ist dabei über den ursprünglichen Plan seiner Untersuchung hinausgegangen. Hier geht es nicht mehr um die Veränderung der ökonomischen Verhältnisse bei gleichblei-

⁽⁵⁸⁾ *l. cit.*, 177.

⁽⁵⁹⁾ HUGO PREÜß, Rezension von MENGERS, *Arbeitsvertrag*, in *Die Nation*, nr. 42 (20 Jg.), Berlin, 18. Juli, 1903.

⁽⁶⁰⁾ RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts*, 204.

⁽⁶¹⁾ *l. cit.*, 198 (1. Aufl. 189).

⁽⁶²⁾ *l. cit.*, 204.

bendem Rechtsinstitut, sondern um die Wirkung dieser ökonomischen Veränderung auf die Entstehung der Normen, selbst wenn man unterstellt, daß das Rechtsinstitut Eigentum in engem Sinn sich nicht gewandelt hat. In der ersten Auflage von 1904 ist dieser Aspekt deshalb auch noch gar nicht angesprochen, in der Auflage von 1929 aber liegt für Renner hierin gerade das zukunftsweisende:

« Wäre es wirklich so, daß wir das kommende Recht aus Erfahrungstatsachen von gestern und heute bloß abzulesen brauchen? Wäre es so — und wir haben Grund, es zu vermuten — dann handelt es sich bloß, die Kruste zu sprengen, die das junge Werden noch hemmt, die Konnex- und Komplementinstitute freizusetzen und ihrer jetzigen wahren Funktion gemäß geradezu, direkt, ungehemmt zu verwenden ... » (63).

In deutlicher Abgrenzung von vielen anderen sieht Renner in der Erstellung dieser Theorie aber kein Problem der Marxkritik, sondern er versteht sie getreu seiner historischen Interpretation als die Fortschreibung eines Autors, der « heute mit den Augen eines Historikers zu lesen (64) » ist:

« Nichts an Marx ist zu revidieren. Das Problem ist: Inwiefern ist die Gesellschaft neu? Inwiefern hat die Gesellschaft selbst sich revidiert? » (65).

Diese Revision der Gesellschaft selbst bestehe in der « Durchdringung der Privatwirtschaft und selbst bis in ihr Zellgewebe durch die Staatlichkeit » (66) und diese « Durchstaatlichung der Ökonomie » liege abseits vom Gedankengebäude Marx ' (67).

So sehr Renner nun im Sinne einer Ergänzung von Marx auf staatliche Wirtschaftslenkung im einzelnen eingeht und darauf hinweist, daß das Recht die soziale Technik hierfür sei (68), so beschränken sich seine Aussagen über die Art dieses Rechts doch auf die bloße Benennung der Konnexinstitute und der komple-

(63) *l. cit.*

(64) RENNER, *l. cit.*, 147 (so noch nicht die 1. Aufl.).

(65) RENNER, *Marxismus, Krieg und Internationale*, 10.

(66) *l. cit.*, 12.

(67) *l. cit.*, 13.

(68) *l. cit.*, 56 ff.

mentären Institute des öffentlichen Rechts. Ein genauere Analyse jenes Absterbens des Privatrechts hat Renner nicht entwickelt. Recht ist für ihn nur jeweils als bestimmter Inhalt, als konkrete Regelung Gegenstand des Interesses, er bezieht sich nie auf die formale Struktur rechtlicher Regelungen, auf Recht als eine Formbestimmung im Marxschen Sinn. Karl Korsch hat 1930 dies als den zentralen Fehler Renners erachtet: Renner habe nicht, wie später Paschukanis als erster, Recht als solches, als eine bestimmte Regelungsform, sondern nur seinem jeweiligen Inhalt nach behandelt ⁽⁶⁹⁾.

c) Hierfür liegen aber Ansätze bei Radbruch vor, wenn auch zunächst nur in einer negativen Beziehung. In dem genannten Aufsatz von 1930 ist er bereits mit der Kritik von Paschukanis an Renner konfrontiert, die ihren Kern darin hatte, daß Renner das Rechtssubjekt als Eigentümer logisch voraussetze, anstatt es als etwas Produziertes zu erkennen ⁽⁷⁰⁾.

Radbruch hält nun Paschukanis und all jenen, die Recht als Formbestimmung aus dem Warentausch abzuleiten suchen, vor, daß es, wie oben erwähnt, neben der ausgleichenden Gerechtigkeit doch auch noch die austeilende Gerechtigkeit gebe. Die Rechtsform aber sei nicht an diese erste Austausch-Gerechtigkeit gebunden, sie bedeute nur die Forderung an das Recht, daß es nicht willkürlich sei, daß es also im weitesten Sinn vom Gedanken der Gleichheit beherrscht werde ⁽⁷¹⁾. Unter dieser austeilenden Gerechtigkeit, die sich dem Warentausch-Argument entziehe, versteht Radbruch das öffentliche Recht:

« Für eine individualistische Rechtsordnung ist das öffentliche Recht, ist der Staat nur der schmale schützende Rahmen, der sich um das Privatrecht und das Privateigentum legt, für eine soziale Rechtsordnung ist umgekehrt das Privatrecht nur ein vorläufig ausgesparter und sich immer verkleinernder Spielraum für die Privatinitiative innerhalb des allumfassenden öffentlichen Rechts ... » ⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ Rezension von RENNERS *Die Rechtsinstitute des Privatrechts*, abgedruckt in PASCHUKANIS, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, 2. Aufl., Ffm. 1969, IV f.

⁽⁷⁰⁾ PASCHUKANIS, *l. cit.*, bes. 104 f.

⁽⁷¹⁾ RADBRUCH, *Klassenrecht*, 32.

⁽⁷²⁾ RADBRUCH, *Vom individualistischen zum sozialen Recht*, in *Der Mensch im Recht*, Göttingen, 1. cit., 40.

Nach dem oben Gesagten könnten solche Sätze auch von Menger und Renner stammen. Gerade aus der Auseinandersetzung mit Paschukanis hatte sich für Radbruch aber noch zusätzlich die Notwendigkeit ergeben, diese Art von Recht gegen die Formbestimmung des Austauschrechts abzugrenzen. Er tut dies mit den beiden ersten Merkmalen des « sozialen Rechts », wie er dieses Recht nennt: es trage bei zur Sichtbarmachung der individuellen Eigenart des Menschen und ermögliche dadurch die Berücksichtigung sozialer Macht- und Ohnmachtstellungen. Die abstrahierende Gleichheit des Privatrechts, Ansatzpunkt für manche marxistische Analysen bei der Zuordnung des Rechts zur kapitalistischen Produktionsweise, glaubt er damit umgehen zu können. Am Beispiel des Arbeitsrechts führt er dies aus:

« Dies aber ist das Wesen des neuen Arbeitsrechts, daß es nicht wie das abstrakte bürgerliche Recht nur Personen, sondern Unternehmer, Arbeiter, Angestellte, nicht nur Einzelpersonen sieht, sondern Verbände und Betriebe, nicht nur die freien Verträge, sondern auch die schweren wirtschaftlichen Machtkämpfe, die den Hintergrund dieser angeblich freien Verträge bilden, daß es die Einzelmenschen als Glieder ihres Verbandes, ihres Betriebes, letzten Endes der ganzen Wirtschaft und Gesellschaft sieht ... » ⁽⁷³⁾.

Mit dieser Anforderung an das Recht, den konkreten Menschen zu beachten und nicht das abstrakte Rechtssubjekt, wobei man zur näheren Bestimmung des konkreten Menschen wieder auf seine Theorie der Gemeinschaft verweisen muß ⁽⁷⁴⁾, glaubt Radbruch den jeder Rechtsanwendung eigenen Dualismus von genereller Regelung und konkretem Anwendungsfall entschärfen zu können. Er unternimmt so den Versuch, im Gegensatz zu den beiden anderen Autoren in seiner Konzeption des sozialen Rechts die Vision vom allumfassenden öffentlichen Recht durch Überlegungen zur Struktur solcher Regelungen auszufüllen, während etwa Menger noch gar nicht erkennt, daß das Problem in der Rechtsform liegt und der allgemeinen Rechtsfähigkeit nur materielles Naturrecht entgegnzustellen hat. Beim Anschneiden dieses Problems

⁽⁷³⁾ RADBRUCH, *Kulturlehre*, 61.

⁽⁷⁴⁾ Dazu SEELMANN, L. cit., 118 f.

bleibt es aber auch. Es findet sich kein Hinweis auf die formale Ausgestaltung eines Rechts, das solches leisten soll, etwa ob die Verschiedenbehandlung dadurch zu erreichen sei, daß Gesetze mit möglichst vielen Generalklauseln dem Richter eine große Auswahlmöglichkeit für den Einzelfall lassen oder ob der Gesetzgeber selbst durch sehr präzise aber auf den Einzelfall abstellende Normen den Verschiedenheiten der Menschen und Situationen gerecht zu werden habe. Im ersten Sinn hat Drost in der von Radbruch selbst mitherausgegebenen Zeitschrift « Die Justiz » jene Theorie interpretiert:

« Wo die generellen Normen, um der Individualität gerecht zu werden, gelockert werden, soll zwar ein sozialer Verwaltungsstaat im Dienste der einzelnen Menschen erwachsen. Aber was hindert die Staatsorgane der Exekutive, welche um der Individualisierung willen nur noch wenig an generelle Normen deskriptiver Tendenz gebunden, im übrigen nur mit Richtlinien in Wertbegriffen niedergelegt, versehen sind, von Pflögern sich zu Herren aufzuschwingen ...? » ⁽⁷⁵⁾.

Die hier anklingende und von Menger auch in aller Offenheit gezogene Konsequenz einer völligen Verlagerung auf das öffentliche Recht und die schließliche Reduktion von Recht auf bloßes staatliches Ermessen wäre für Radbruch Denken unvorstellbar gewesen. Daß er sich hierzu nicht präzis ausgedrückt hat, konnte aber solche Befürchtungen entstehen lassen, zumal andere mit anderen Überlegungen gleiches forderten ⁽⁷⁶⁾.

d) Selbst unter den « sozialistischen » Juristen, wenn man die hier behandelten Autoren einmal so nennen will, war man, wie wir gesehen haben, ganz verschiedene Wege zu den jeweiligen Lehren vom Absterben des Privatrechts gegangen.

Entsprechend verschieden war auch die Einordnung solcher Theorien in die jeweilige Marxinterpretation. Menger vor allem hält die Herbeiführung des Sozialismus durch öffentliches Recht, also staatliche Macht, für eine dem Marxschen « Fatalismus » konträre Theorie; er grenzt sich durch seine Machttheorie gerade

⁽⁷⁵⁾ *Die Justiz*, Bd. 8, 1 ff. (8).

⁽⁷⁶⁾ Zu diesen Tendenzen HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklausel*, Jena, 1933, der bes. S. 59, 66 scharfe Kritik daran übt.

von allen ökonomischen Theorien ab und gibt so Sozialismus konsequent für eine Frage der Rechtsphilosophie aus:

« Trotz dieser nationalökonomischen Verbrämung, die namentlich bei den deutschen Sozialisten (Rodbertus, Marx, Lassalle) einen so breiten Raum einnimmt, sind doch die rechtsphilosophischen Elemente als der eigentliche Kern des Sozialismus zu betrachten » (77).

Renner sieht sich, ganz im Gegensatz dazu, in seinen Lehren vom Überhandnehmen des öffentlichen Rechts als getreuen Marxisten, der für die « revidierte Gesellschaft » Marx weiterentwickelt, aber auf einem Gebiet, das nach seiner Ansicht gar nicht vom Gedankengebäude eines Marx umfaßt gewesen ist, und nur insofern ist für ihn Marx' Analyse der Eigentumsunwälzung « heute überholt » (78). Schwierigkeiten mit der Zuordnung seiner Konzeption vom sozialen Recht zur Theorie von Marx hat allein Radbruch. Einmal liefert er, wie gezeigt, zwei Interpretationsmöglichkeiten zum Thema Wechselwirkung bei Marx. Freilich bezeichnet er die zweite, in der er Engels' Brief über die Rückwirkung zitiert, als Klarstellung, neigt also wohl eher dazu, die Lehre von der schöpferischen Kraft des Rechts beim Übergang zum Sozialismus für eine notwendige Konsequenz des Marxschen Denkens zu halten. Daneben sieht er aber doch, daß sich die damit verbundene Vorstellung vom Staat nicht so recht in die Theorie von Marx einfügen läßt, muß also dafür plädieren,

« marxistischer Staatsverneinung gegenüber das Wort Lassalles von dem Staat als das « uralte Vestafeuer aller Zivilisation » zu erneuern » (79).

4. *Die Behandlung des Rechts als eines naturhaften Gegenstands.*

Trotz dieses unterschiedlichen Einbaus in die jeweilige Marxinterpretation und trotz der unterschiedlichen Ausgangspunkte der drei Autoren verweist das verblüffend übereinstimmende rechtstheoretische Ergebnis, die Lehre vom Absterben des Privatrechts,

(77) MENDER, *Arbeitsvertrag*, 37.

(78) RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts*, 99.

(79) RADBRUCH, *Kulturlehre*, 37.

dennoch auf eine Gleichartigkeit der Vorgehensweise, der wir bisher noch keine Beachtung geschenkt haben und die auch erst auffällt, wenn man Marx' Kritik der politischen Ökonomie damit vergleicht ⁽⁸⁰⁾.

Eine zusammenfassende Darstellung des Rechts ist bei Marx nirgends zu finden. Lediglich an einigen Stellen, z.B. im « Kapital », werden einzelne Aspekte des Rechts angesprochen. So ordnet Marx im 2. Kapitel des 1. Bandes des « Kapital » und der entsprechenden Stelle des « Rohentwurfs » hierzu ⁽⁸¹⁾ einige grundlegende Kategorien des Rechts, wie « Freiheit », « Gleichheit », « Eigentum » und « Anerkennung als Person » dem Warentausch als aus ihm entspringende Notwendigkeiten zu. So deutet er an, daß beim Tausch Arbeitskraft gegen Arbeitslohn der grundlegende Zusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft zwischen freiem und gleichem Tausch (Arbeitskraft - Lohn) und als Folge davon der Unfreiheit und Ungleichheit der Prokution, dieses Komplementärverhältnis, für die Erklärung des Rechts große Bedeutung habe, weil im Rechtsbewußtsein dieser Tausch sich als einer von *Arbeit* gegen Arbeitslohn darstelle, mithin alle Arbeit als bezahlt erscheine und so die Gleichheit und Freiheit als universell mißverstanden werden könne ⁽⁸²⁾.

Daß es bei diesen Andeutungen bleibt und daß diese zudem sich in der Entwicklung der Kategorien der Kritik der politischen Ökonomie als nicht unbedingt notwendige Vorgriffe erweisen, hat seinen Grund im Aufbau dieser Kritik. Aus dem sich selbst verwertenden Wert ⁽⁸³⁾, dem Kapital, das Marx als Subjekt der

⁽⁸⁰⁾ Dieser Ausblick ist hier sehr kurz. Es muß deshalb auf meinen in nächster Zeit erscheinenden Aufsatz « *Recht und Oberfläche der Gesellschaft* », *Kritik marxistischer Rechtstheorien*, verwiesen werden.

⁽⁸¹⁾ MARX, *Das Kapital*, Bd. 1, MEW, 23, 99 ff. (99): « Sie müssen sich deshalb wechselseitig als Privateigentümer anerkennen. Dies Rechtsverhältnis, dessen Form der Vertrag ist... ist ein Willensverhältnis, worin sich das ökonomische Verhältnis widerspiegelt ». *Grundrisse*, I. cit., 156: « Wenn also die ökonomische Form, der Austausch, nach allen Seiten hin Gleichheit der Subjekte setzt so der Inhalt, der Stoff, ... der zum Austausch treibt, die Freiheit ».

⁽⁸²⁾ MARX, *Das Kapital*, I. cit., 557, 562 ff. und 181 ff. Vgl. S. 562: « Auf dieser Erscheinungsform, die das wirkliche Verhältnis unsichtbar macht und gerade sein Gegenteil zeigt, beruhen alle Rechtsvorstellungen... ».

⁽⁸³⁾ MARX, I. cit., 169: « In der Tat aber ist der Wert hier das Subjekt eines Prozesses, worin er unter dem beständigen Wechsel der Formen von Geld und

sozialen Wirklichkeit der bürgerlichen Gesellschaft faßt ⁽⁸⁴⁾, entwickelt er die daraus sich ergebenden Konsequenzen in ihrem notwendigen Zusammenhang, um als Ziel der Darstellung schließlich die « Oberfläche » ⁽⁸⁵⁾ der Gesellschaft, d.h. den bewußten Bezug der Einzelsubjekte aufeinander, zu erreichen. Für diesen Bereich hat Marx zwar die Grundlagen im dritten Band des « Kapital » im Bezug der Kapitale aufeinander (« Konkurrenz ») und im Schein der Gleichartigkeit der Revenuequellen geliefert, er führt ihn aber, wozu auch eine Darstellung des Rechts und des Staates gehören würde, nicht mehr aus. Das aber bedeutet: Recht als Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis ist für Marx ein logisch komplexerer Gegenstand, komplexer als die Kategorien der politischen Ökonomie, weil nur aus ihnen vollständig zu entwickeln.

Marx will also zeigen, daß Recht nicht etwas von der Gesellschaft Vorgefundenes ist, wie die Gegenstände der Natur, sondern etwas von der Gesellschaft Produziertes. Dann aber verweist das Recht, gerade wenn man es auf die ihm immanenten Zusammenhänge untersucht, auf seine Grundlagen in der bestimmten Gesellschaft. Kommt nun, wie in der Theorie von Marx, die Subjekteitengenschaft in der von ihm analysierten Gesellschaft der Verwertung des Werts zu, so ist diese als das « Bestimmende » der Gesellschaft Ausgangspunkt für die Erklärung anderer gesellschaftlicher Phänomene, also auch des Rechts — ein Ausgangspunkt, der sich andererseits als Endpunkt einer immanenten Untersuchung des Rechts ergibt.

Im Gegensatz dazu ist für die drei hier behandelten Autoren Recht als Gegenstand nur in eine demgegenüber *äußere* Beziehung zur ökonomischen und sozialen Realität gestellt. Menger etwa ver-

Ware seine Größe selbst verändert, sich als Mehrwert von sich als ursprünglichem Wert abstößt, sich selbst verwertet ».

⁽⁸⁴⁾ Was hier unter « Subjekt » genau zu verstehen ist, läßt sich erst bei einem Vergleich mit dem « Subjekt » des Hegelschen Systems, dem « Begriff », erkennen.

⁽⁸⁵⁾ MARX, *Das Kapital*, Bd. 3, MEW, 25. 33: Die Gestaltungen des Kapitals, wie wir sie in diesem Buch entwickeln, nähern sich also schrittweise der Form, worin sie auf der Oberfläche der Gesellschaft, in der Aktion der verschiedenen Kapitale aufeinander, der Konkurrenz, und im gewöhnlichen Bewußtsein der Produktionsagenten selbst auftreten ».

steht Recht unmittelbar instrumentell ⁽⁸⁶⁾: als Mittel der Machtausübung. Auch Radbruch behandelt zumindest die Grundkategorien des Rechts gegenüber der sozialen Ordnung in einem Mittelcharakter, der sie zu unterschiedlicher Anwendung brauchbar macht: was die Bourgeoisie an Freiheitsgedanken in die Form des Rechts erhoben habe, diene nun zum Kampf gegen sie ⁽⁸⁷⁾. Das gilt auch für seinen Begriff der Gerechtigkeit, den er durch die Aufteilung in ausgleichende und austeilende Gerechtigkeit einer historischen Festlegung auf ein Warentausch-Verhältnis entziehen will ⁽⁸⁸⁾. Marx stellt dagegen sogar ausdrücklich fest, daß die austeilende Gerechtigkeit gerade das Prinzip des «bürgerlichen Rechts» verwirkliche, nur liege sich dieses Prinzip jetzt nicht mehr mit der Praxis «in den Haaren» ⁽⁸⁹⁾, faßt also das Prinzip des gleichen Rechts überhaupt als ein aus der bürgerlichen Gesellschaft abzuleitendes.

Bei Renner schließlich wird diese Vorstellung vom Recht als Hülse ökonomischer Abläufe geradezu zum Ausgangspunkt seiner Untersuchung: Wandlung von ökonomischer und sozialer Funktion bei gleichbleibendem rechtlichen Bestand ⁽⁹⁰⁾. Zwar kommt Renner Marx am nächsten, wenn er als Folge der Freiheit des Eigentums und des Arbeitsvertrages die faktische Willensunterordnung und den Arbeitszwang der Fabrik sieht ⁽⁹¹⁾. «Folge» aber ist dies, wie sich gezeigt hat, für Renner nur historisch; es ist nicht, wie bei Marx, das zentrale Komplementärverhältnis gerade der kapitalistischen Gesellschaft. Auch für Renner bleibt deshalb der Bezug Kapitalismus — Recht nur ein äußerlicher. Für ihn depraviert das Kapital sogar die von der kapitalistischen Gesellschaft unab-

⁽⁸⁶⁾ Vgl. etwa oben 2, c.

⁽⁸⁷⁾ oben 2, b.

⁽⁸⁸⁾ oben 3, c.

⁽⁸⁹⁾ MARX, *Kritik des Gothaer Programms*, MEW, 19, 20.

⁽⁹⁰⁾ oben 2, a.

⁽⁹¹⁾ Fern steht er Marx dagegen mit der Begründung, hier liege eine Herrschaft von Personen über Personen vor, die nur durch Sachbeziehungen verhüllt sei (*Die Rechtsinstitute des Privatrechts*, 182). Die Selbstverwertung des Werts ist für Marx das Herrschende in dieser Gesellschaft (s.o. Anm. 83) und keineswegs nur eine Verhüllung. Herrschaft von Menschen ergibt sich erst als eine Folge der einer solchen Verwertungsnotwendigkeit gehorchenden Produktion.

hängigen Ideen von Freiheit und Gleichheit ⁽⁹²⁾. Gegen solche Vorstellungen aber hat sich Marx verwahrt:

«Andererseits zeigt sich ebensosehr die Albernheit der Sozialisten ... die demonstrieren, daß der Austausch, der Tauschwert etc. ursprünglich... ein System der Freiheit und Gleichheit aller sind, aber verfälscht worden sind durch das Geld, Kapital etc. ... Ihnen ist zu antworten: daß der Tauschwert oder näher das Geldsystem in der Tat das System der Gleichheit und Freiheit ist und daß, was ihnen in der näheren Entwicklung des Systems störend entgegentritt, ihm immanente Störungen sind, eben die Verwirklichung der Gleichheit und Freiheit, die sich ausweisen als Ungleichheit und Unfreiheit » ⁽⁹³⁾.

Alle drei Autoren unterscheiden sich also dadurch von Marx, daß sie den Gegenstand Recht als bloß unmittelbaren, wie einen Naturgegenstand, aufnehmen und diesen unmittelbar belassenen Gegenstand hinterher in Beziehung setzen zu ihrem jeweiligen Modell der sozialen Wirklichkeit. Diese Modellvorstellungen allerdings sind verschieden, und hier liegen auch die vorher aufgezeigten Unterscheidungsmerkmale der drei Autoren. Dadurch aber, daß im Gegensatz zur Marxschen Vorgehensweise der Gegenstand, hier das Recht, nicht auf seine ihm eigenen Bestimmungen untersucht wird, daß von ihm nicht mehr behauptet wird als seine Existenz, wenngleich dann die manigfachsten Beziehungen zu anderen Gegenständen hergestellt werden (« Wechselwirkung », « Form-Inhalt »), dadurch werden dem so entwickelten Recht Inhalte nur aus den jeweiligen sozialen Modellvorstellungen für Gegenwart und Zukunft zugewiesen, dadurch erhält es rein instrumentellen, unhistorischen Charakter und eignet sich folgerichtig auch als Mittel für den Staat (der im übrigen ebenso behandelt wird) zur Herbeiführung einer sozialistischen Gesellschaft — was immer Unterschiedliches die drei Autoren darunter verstehen.

Recht, als naturhafter Gegenstand behandelt, als nur Vorgefundenes, das man erst noch in Beziehung zur Gesellschaft setzen muß, eignet sich aber eben durch diesen bloßen Mittelcharakter für jeden Zweck, den man sich ausdenken mag. Es kann so nicht

⁽⁹²⁾ *l. cit.*

⁽⁹³⁾ MARX, *Grundrisse*, S. 160.

verwundern, wenn die drei hier behandelten Autoren sich gerade in ihrer Eigenschaft als Juristen zur Verwirklichung ihrer Utopien berufen fühlen.

Die Gegenstände, zu denen das Recht in die gezeigte äußere Beziehung gesetzt wird, werden bei Menger und Radbruch gleichfalls in ihrer Unmittelbarkeit belassen. So können sie als Aufeinander-Einwirken zweier empirischer Ebenen interpretieren, was bei Marx der Zusammenhang von « Logik des Kapitals » und « Oberfläche der Gesellschaft » ist. Renner versucht zwar, die ökonomischen Verhältnisse als historisch entstandene zu begreifen, aber gerade dieser historische Ablauf hat für ihn etwas Naturgesetzliches, das mit dem Werkzeug der induktiven und deduktiven Logik aus dem Chaos der Gegenständlichkeit heraussystematisiert wird.

Die drei Autoren untersuchen das Einwirken « der Ökonomie » auf « das Recht » oder « der Macht » auf « die Ökonomie » usf. und können so nach Belieben — alles läßt sich so wenig nachweisen wie widerlegen — die Macht als das Beherrschende ansehen (Menger) oder die ökonomischen Verhältnisse (Renner) oder ein allgemeines Wechselwirken (Radbruch), wobei auf dieser Ebene von Theorie das letzte noch das Konsequenteste ist.

Ein Marx, der so verstanden wurde, wie die drei Autoren sich selbst verstanden, mußte auch ein Determinist sein, unterlegte er doch einem Gegenstand eine innere Notwendigkeit, den man selbst wie einen Naturgegenstand interpretierte, und konnte doch andererseits, was wenigstens Radbruch klar war, von Notwendigkeit nur im Zusammenhang mit zwecksetzenden Subjekten die Rede sein. Einem solchen Determinismus konnte man sich entweder anschließen (Renner), seinen Gegenstand auswechseln (Macht statt ökonomische Verhältnisse - Menger) oder man konnte das, was von der Kritik am Determinismus übriggelassen wurde, ein « Sein », durch eine subjektive Teleologie, das « Sollen », ergänzen (Radbruch). Freilich traf man damit nicht einen Mann, der in seinem Hauptwerk deutlich zu erkennen gibt, daß für ihn « gesellschaftliche Naturgesetze » nur so lange existieren, wie die Menschen die Oberfläche ihrer Gesellschaft nicht durchblicken, so lange, wie sie ihre Subjektivität nicht in sich selbst haben, sondern diese in einem Verwertungs-

gesetz liegt, das sich hinter dem Rücken der Menschen durchsetzt. Man verstand als Determinismus, was in der Absicht geschrieben war, die Ursachen einer Determinierung der Gesellschaft durch ihr eigenes Produkt aufzudecken und damit die Voraussetzung für eine Überwindung des Determinismus zu schaffen.

LUCIANO MARTONE

LE PRIME LEGGI SOCIALI NELL'ITALIA LIBERALE (1883-1886)

1. Caratteri e presupposti della legislazione sociale. — 2. Disposizioni sul lavoro delle donne e dei fanciulli. — 3. Riconoscimento giuridico delle società di mutuo soccorso operaie. — 4. Assicurazione facoltativa per gli infortuni sul lavoro e responsabilità civile dei padroni.

1. L'espressione « legislazione sociale », in uso sia negli ambienti della cultura giuridica italiana degli ultimi decenni dell'Ottocento, che presso gli uomini politici del trasformismo, era denominazione convenzionale per nulla legata ad una corretta terminologia giuridica. Le leggi sociali risultavano infatti dalla fiducia nelle virtù taumaturgiche della legislazione quale mezzo principale di trasformazione sociale, cioè quale strumento tatticamente rilevante per la classe dominante nell'affrontare dall'alto la cosiddetta questione operaia ⁽¹⁾.

Un siffatto programma di intervento legislativo non disciplinava con una normativa organica i rapporti tra capitale e lavoro, ma soddisfaceva la diffusa tendenza positivistica a risolvere empiricamente tutti i problemi della società, presentandosi per le sue intrinseche sollecitazioni moralistiche come un costume mentale genericamente seguito dall'intellettualità borghese più sensibile alle esigenze dello sviluppo capitalistico del paese.

In questo ambito la legislazione sociale veniva raffigurata e proposta come l'espressione più compiuta per un tentativo sostan-

⁽¹⁾ Secondo un orientamento generalizzato la denominazione legislazione sociale « fu attribuita a designare ogni provvedimento, che, inteso a proteggere la classe lavoratrice e a migliorarne le condizioni, mirasse a comporre il dissidio sociale ». (A. ALBERTI JACONA, *Iniziativa privata e legislazione sociale*, Palermo, 1890, p. 105).

zialmente paternalistico di adattamento del liberalismo alla questione sociale. Non a caso le idee nuove del Kathedersozialismus che circolavano in Italia già da alcuni anni ⁽²⁾, ma che polarizzarono l'attenzione della classe dirigente solo intorno al 1880, una volta importate dall'estero, finirono coll'assegnare alla legislazione sociale un valore prevalentemente educativo. Tanto che le nuove formule ideologiche furono rielaborate sulla base di un principio di tutela, di educazione, che apparteneva allo Stato quale mediatore nell'economia e fra le classi sociali.

In realtà l'idea di una legislazione in favore delle classi lavoratrici, derivava dalla influenza scientifica degli economisti tedeschi del Kathedersozialismus che, contestando aspramente la concezione liberista perchè incapace di risolvere quelle contraddizioni che impedivano alle istituzioni politiche di avere una base sicura ed incrollabile, sostenevano la legittimità e la necessità dell'intervento diretto dello Stato in tutti i rapporti economici e di classe. Tuttavia essa si ridusse nei suoi epigoni italiani ad una semplice considerazione anti-individualistica della realtà sociale non aliena da valutazioni filantropiche.

Una carenza teorica che, soprattutto nei giuristi, procedeva da una singolare consapevolezza « del sentimento brutalmente egoistico che avrebbe fin qui dominato il governo dei fenomeni sociali » ⁽³⁾. Del resto, più che dall'influenza di coloro che contesta-

⁽²⁾ Sulla diffusione dei temi della scuola tedesca del Kathedersozialismus tra gli intellettuali italiani, cfr. le ottime pagine dedicate a questo argomento da V. SELLIN, *Die Anfänge staatlicher Sozialreform in liberalen Italien*, Stuttgart, 1971, pp. 46 ss. Su questo punto si veda anche L. AVAGLIANO, *Il socialismo della cattedra in Italia (1875-1878)*, in *Rassegna di politica e storia*, 1965, I, pp. 212-224, II, pp. 231-236.

⁽³⁾ G. GHIRONI, *L'individualismo e la funzione sociale del diritto*, Torino, 1898, p. 11. L'azione teorica della legislazione sociale provocava in questi anni nella cultura giuridica italiana, profondamente permeata dal concetto di « evoluzione sociale », una rimeditazione sui tipi storici della codificazione civile. « E bene oggi si afferma, che i codici civili vigenti si occupano quasi unicamente dell'individuo umano dal punto di vista anatomico ed astratto, e non rappresentano che la legislazione privata individualistica, e perciò divengono sempre più disagiati ed inadeguati alle esigenze mutate dei tempi moderni nei quali il centro di vita e di azione, spostandosi gradatamente dall'unità individuale, passa, con progressiva rapidità, nell'unità sociale (F. PUGLIA, *Il diritto nella vita economica*. Saggio

vano la concezione economica liberista o individuale — con termine d'epoca —, la richiesta di una legislazione socialmente orientata muoveva in Italia dalle ripercussioni della Comune di Parigi e dalle paure suscitate dalla diffusione dell'Internazionale ⁽⁴⁾. Furono questi avvenimenti che in concreto spinsero gli uomini più avveduti della classe dirigente italiana a studiare come attenuare la gravità della questione sociale, smussando e diminuendo le tensioni più evidenti e dilaceranti mediante interventi legislativi per le classi lavoratrici, in modo da prevenire sbocchi rivoluzionari.

Per evidente opportunismo conservatore Pasquale Villari nelle sue famose « Lettere meridionali », pubblicate nel giornale l'Opinione nel 1875, esponeva la necessità inderogabile di inserire le rivendicazioni delle masse nei programmi legislativi al fine di evitare l'avvento del socialismo. Secondo l'illustre storico « la questione fra non molto diverrà gravissima e s'imporrà a tutti » e « i provvedimenti legislativi saranno riconosciuti necessari se non si vorrà affrontare il pericolo di una catastrofe sociale la quale può nascere non solo da sommosse sfrenate, ma anche da inerzie e abbandono prolungati » ⁽⁵⁾. Nè la voce del Villari rimase a lungo inascoltata. Sin dal primo ministero Depretis il programma riformista uscì dai circoli degli intellettuali per fornire al nuovo governo i possibili strumenti per controllare alcune forme di organizzazione politica popolare. La soluzione del problema sociale divenne poi nella

di filosofia giuridica, Messina, 1885, p. iv). Per un lucido esame di questa « tendenza sociale », che avrebbe dovuto portare ad un codice di diritto privato sociale nella sua struttura assai più complesso ed organico di quello del 1865, si veda A. AGUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1960, pp. 47 ss.

⁽⁴⁾ Negli anni seguiti alla Comune di Parigi lo « spettro della rivoluzione » impose non pochi motivi di ripensamento alla giovane borghesia italiana. Per dirla col Romano, « la necessità di favorire le rivendicazioni delle masse popolari è dunque un problema inderogabile ed immediato perchè altrimenti si favorisce l'avvento del socialismo » (A. ROMANO, *Storia del movimento socialista in Italia. II. L'egemonia borghese e la rivolta libertaria 1871-1882*, Bari, 1966, p. 523). A tal proposito per uno sguardo d'insieme e per la comprensione della politica del trasformismo nei confronti delle masse popolari, cfr. G. CAROCCI, *Agostino Depretis e la politica interna italiana dal 1874 al 1887*, Torino, 1956, soprattutto pp. 483-588.

⁽⁵⁾ P. VILLARI, *Le lettere meridionali ed altri scritti sulla questione sociale in Italia*, Torino, 1885 (2), p. 65.

prassi quanto mai urgente intorno agli anni ottanta, sia per la crescita del movimento operaio in seguito alla lenta industrializzazione del paese, sia per le agitazioni contadine dovute alla crisi agraria sia infine per le fosche previsioni legate alle pericolose conseguenze della riforma elettorale da poco varata in Parlamento ⁽⁶⁾.

In questo clima politico — come acutamente ha già osservato Rosario Villari — le iniziative volte ad introdurre anche in Italia una legislazione contro gli eccessi del sistema di sfruttamento delle masse lavoratrici e per il controllo delle nascenti organizzazioni di classe muovevano « in modo autonomo dal seno stesso della classe dirigente e non ancora dietro la potente e diretta sollecitazione del movimento socialista » ⁽⁷⁾.

Con meritoria opera di divulgazione Marco Minghetti, nella conferenza svoltasi a Milano al Teatro Castelli il 28 maggio del 1882 sul tema delle riforme, tenne a precisare che tra la legislazione sociale da lui sostenuta e il socialismo non vi era alcuna affinità e che anzi « al partito moderato spetta più che ad ogni altro la iniziativa della legislazione sociale. Imperocchè esso solo può dare a tutti la sicurtà che non sarà turbato l'ordine, nè violato il diritto di alcuno; esso riunisce e non divide, ripara non distrugge. E affermo, tenetelo bene a mente che le riforme ardite non si fanno sicuramente se non da coloro che possono dare garanzia di severa conservazione » ⁽⁸⁾. Nella stessa occasione il Minghetti metteva anche in evidenza gli stretti legami che correavano tra gli inizi d'una trasformazione economica del paese nel senso di un limitato processo di industrializzazione e la nascita di una questione operaia gravida di incognite per lo sviluppo stesso dell'economia nazionale. Ma ancor più faceva risaltare, attraverso il volto conservatore

⁽⁶⁾ « Io credo che l'uomo di Stato debba avere il coraggio ed il polso fermo per resistere alle correnti della piazza; credo che l'uomo di Stato debba reprimere, quando ne sia il caso; ma la repressione è un fatto transitorio, un doloroso dovere che si compie; essa non può certamente elevarsi a sistema di Governo » (A. P. Discussioni Senato, XV Legislatura, tornata del 9 aprile 1886, discorso dell'On. GRIMALDI, p. 4937).

⁽⁷⁾ Cfr. R. VILLARI, *Conservatori e democratici nell'Italia liberale*, Bari, 1964, p. 75.

⁽⁸⁾ Cfr. M. MINGHETTI, *La legislazione sociale*, Milano, 1882, p. 45.

della legislazione sociale, il tentativo di impedire la formazione di una coscienza di classe tra gli operai ⁽⁹⁾.

« Dando soddisfazione e giustizia ai richiami di coloro che soffrono per la trasformazione dell'industria: soccorrendo, educando il povero, s'impedisce che le idee false, tristi e sovvertitrici penetrino nell'animo suo » ⁽¹⁰⁾. Una lucida lezione che tuttavia non fu molto seguita.

In effetti nei primi anni del Regno la borghesia italiana, anche se angosciata dallo spettro della rivoluzione, si era trovata a fronteggiare una situazione che presentava ancora notevoli margini di manovrabilità. Prima del 1880 si può dire che non esisteva per la classe dirigente un problema operaio collegato allo sviluppo dell'industria, in quanto non v'era un distacco netto tra l'attività dell'operaio e quella del contadino. Questa sopravvivenza di legami fra industria ed agricoltura ⁽¹¹⁾, che aveva ritardato notevolmente la formazione di una coscienza di classe, cominciò a venir meno solo intorno al 1880 in seguito a quella svolta decisiva nell'economia nazionale dovuta alla crisi agraria, che dando luogo ad un aumento degli investimenti di capitali nelle attività industriali ne determinò l'espansione ⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ « La trasformazione moderna delle industrie ha portato nella società nuovi mali ai quali la legge e lo Stato deve al possibile soccorrere in virtù di quell'ufficio di tutela e di educazione che gli appartiene » (M. MINGHETTI, *op. cit.*, p. 15). Di qui anche la consapevolezza del necessario superamento della retorica paternalistica e il passaggio verso una soluzione « armonica » dei problemi sociali posti dalla nuova realtà del paese al fine di garantire, non tanto, la funzione egemonica della classe borghese, quanto piuttosto, la sua continuità storica. Così, seguendo questa stessa linea di pensiero, agli inizi del XX secolo, si affermerà la inderogabile necessità « che la classe capitalista, smettendo il gretto egoismo che la distingue, impari che ogni concessione fatta ai lavoratori, non è già soltanto una grazia che essa accorda loro per spontanea filantropia ma è un prodotto fatale e necessario della evoluzione civile, è spesso un sacrificio apparente, che reca in fondo un vantaggio agli stessi capitalisti, è in ogni caso, l'unico mezzo per mantenere la pace sociale e per assicurare alla civiltà un progresso ininterrotto » (A. CONTENTO, *La legislazione operaia. Origini, sviluppo, stato attuale*, Torino, 1901, p. 228).

⁽¹⁰⁾ M. MINGHETTI, *op. cit.*, p. 29.

⁽¹¹⁾ G. LUZZATTO, *L'economia italiana dal 1861 al 1894*, Torino, 1968, pp. 136 ss.

⁽¹²⁾ G. LUZZATTO, *op. cit.*, pp. 168-173.

In tale ambiente, l'aumento costante degli scioperi, che andavano ormai assumendo un preciso carattere politico e di classe, e la vicinanza delle elezioni a suffragio allargato dell'86, spinsero il Parlamento italiano, dopo lunga gestazione, a varare le prime leggi sociali o meglio, come preferiva chiamarle Pasquale Villari, le « leggi di pace sociale » ⁽¹³⁾; la prima dell'8 luglio 1883, n. 1473 sulla Cassa Nazionale di Assicurazione per gli infortuni sul lavoro, la seconda dell'11 febbraio 1886, n. 3657 sul lavoro dei fanciulli, l'ultima del 15 aprile 1886 sul riconoscimento giuridico delle società di mutuo soccorso operaie. In Italia, quindi, la legislazione sociale non rappresentò « un prodotto necessario della grande industria » ⁽¹⁴⁾ come per l'Inghilterra, altro modello degli ambigui imitatori italiani, e ciò nella misura in cui l'industria intorno al 1880 aveva ancora un peso estremamente limitato nell'economia nazionale rispetto all'agricoltura. Queste leggi sociali presentano così caratteri e contenuti molto contraddittorii, per nulla rispondenti « ad una reazione consapevole e pianificata della società alla figura spontaneamente assunta dal suo processo di produzione sociale » ⁽¹⁵⁾. Del resto nel corpo stesso dei progetti di legge già lungamente meditati, vennero operate, nel corso delle discussioni parlamentari, sostanziali modifiche riguardo agli intendimenti originarii, sia per la ostinata resistenza di particolari gruppi di pres-

⁽¹³⁾ A. P. *Discussioni Senato, XV Legislatura, tornata del 9 aprile 1886, discorso dell'On. VILLARI*, p. 4921. « Facciamolo ora, quando nessuno Spartaco batte alle nostre porte, quando fortunatamente le nostre classi operaie sono oggetto d'invidia delle nazioni straniere, per la loro laboriosità, per la loro onestà; facciamolo o Signori, quando in queste classi lavoratrici non si è ancora inoculato quel veleno che in altri paesi produce effetti che tutti certamente deploriamo. Facciamolo, o Signori, quando vediamo che, dietro il feretro delle vittime dei Prati di Castello, segue un esercito di operai, i quali vanno piangendo i loro compagni defunti, ma non elevano alcun grido, non elevano alcuna protesta. E ciò perchè, o Signori, essi fidano sull'opera della legge e sulla bontà delle istituzioni. Non menomiamo noi stessi questa fiducia che essi hanno; correggiamo i loro difetti, quando è il caso; resistiamo, se l'ordine pubblico lo richiede; ma d'altra parte riconosciamo i loro diritti » (A. P. *Discussioni Senato, XV Legislatura, tornata del 9 aprile 1886, discorso dell'On. GRIMALDI*, pp. 4942-4943).

⁽¹⁴⁾ K. MARX, *Il Capitale*, (ed. a cura di Delio Cantimori), Roma 1970 (VII), Libro I, parte 2^a, p. 193.

⁽¹⁵⁾ Ivi.

sione legati al mondo imprenditoriale, che per le mutate condizioni politiche. Pochi anni dopo, Francesco Saverio Nitti, nel testimoniare questa incapacità di rinnovamento e di lungimiranza politica della classe dirigente del tempo, con ragione ebbe a dire: « e questa è la legislazione sociale italiana, informata a criteri ultraconservatori, non rispondente punto ai mali del paese, arbitraria, fiacca, incerta, essa è l'emanazione sincera di un Parlamento così giacobino nella forma, così ignorante e così conservatore nella sostanza » ⁽¹⁶⁾.

Un giudizio senza dubbio obbiettivo che induce a considerare il profitto storico degli inizi della legislazione sociale nel nostro paese attraverso l'analisi specifica dei singoli provvedimenti. Infatti, i limiti del riformismo di questi anni, per la peculiare disparità di oggetto e di contenuto delle nostre prime leggi sociali, appaiono senz'altro più evidenti attraverso l'individuazione delle effettive motivazioni delle singole leggi.

2. Nessun'altra legge sociale venne meditata e studiata più lungamente negli ambienti parlamentari di quella sul lavoro dei fanciulli. Numerose furono infatti le iniziative rivolte ad introdurre anche in Italia leggi in difesa dei fanciulli e delle donne per il lavoro nelle industrie ⁽¹⁷⁾. Il primo disegno di legge riguardante tale aspetto, presentato alla Camera dei Deputati nella sessione 1870-71 dall'On. Castagnola, ripresentato dallo stesso nella sessione 1871-72, riprodotto dall'On. Finali altre due volte nelle sessioni del 1873-74 e 1874-75, proponeva di proibire l'impiego dei fanciulli inferiori ad 11 anni e delle donne nei lavori sotterranei e di rendere obbligatorio un giorno di riposo alla settimana per i minori d'ambo i sessi sotto i 16 anni. Si minacciavano in conseguenza multe da 100 a 1000 lire per i trasgressori e il carcere da uno a tre mesi quando la contravvenzione fosse stata causa di deformità fisica o di grave pregiudizio alla salute. Questo disegno di legge non giunse mai in discussione. Il 1 maggio 1873, intanto, era stato approvato dal Senato, un progetto di codice sanita-

⁽¹⁶⁾ F. S. NITTI, *La legislazione sociale in Italia* (1892), in *Scritti sulla questione meridionale*, Bari, 1958, Vol. I, p. 219.

⁽¹⁷⁾ A. CABRINI, *La legislazione sociale (1859-1913)*, Roma, 1913, pp. 35-36.

rio ⁽¹⁸⁾ contenente al titolo settimo il divieto di ammissione al lavoro nelle officine e nelle miniere ai fanciulli d'ambo i sessi dai 9 ai 16 anni compiuti se non provavano di aver subita la vaccinazione, di essere sani ed atti a sostenere il lavoro al quale erano destinati, senza « nocumento » alla salute.

Nel dicembre del 1877 ⁽¹⁹⁾, discutendosi nuovamente al Senato sul Codice sanitario, il senatore Rossi proponeva, richiamandosi ai progetti precedenti, di fissare l'età minima di ammissione al lavoro ad 11 anni. Anche questa volta però non si andò al di là delle intenzioni. Nel 1879, l'On. Cairoli, presidente del Consiglio dei Ministri e ministro ad interim dell'Agricoltura preparò un disegno di legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli intorno al quale promosse, con circolare del 25 luglio 1879, una estesissima inchiesta interrogando « i Prefetti, le Deputazioni Provinciali, i Consigli Provinciali sanitari, la Camera di commercio, l'Ispettore Capo delle miniere e gli ingegneri preposti ai distretti minerari, i Municipi dei capoluoghi di provincia e dei più importanti centri di industrie, le Associazioni economiche, le principali società di mutuo soccorso e i più ragguardevoli industriali » ⁽²⁰⁾. La maggior parte degli interrogati ottemperò all'invito. Le risposte pervenute furono pubblicate nel quindicesimo numero degli Annali dell'industria e del Commercio ⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ Il disegno di legge sul Codice Sanitario fu presentato al Senato il 6 ottobre 1870 dall'On. LANZA (*A. P. doc. n. 7, X Legislatura, Senato*).

⁽¹⁹⁾ Il 22 ottobre 1876 era stato presentato sempre al Senato su iniziativa dell'On. NICOTERA un nuovo disegno di legge sul Codice Sanitario (*A. P. doc. n. 17 XII Legislatura, Senato*). Le sole disposizioni riguardanti il lavoro dei fanciulli, contenute nei due progetti di Codice Sanitario, sono riportate, con brevi annotazioni, in *Annali dell'Industria e del Commercio*, 1880, n. 20; *Documenti Legislativi italiani e stranieri sul lavoro dei fanciulli e delle donne*, pp. 9-11.

⁽²⁰⁾ *Relazione sul disegno di legge « sul lavoro dei fanciulli e delle donne nelle miniere e cave, nelle fabbriche ed altre aziende industriali » presentata dal ministro dell'Agricoltura MICELI di concerto col ministro ad interim dell'Interno DEPRETIS alla Camera dei Deputati il 21 giugno 1880 (A. P. doc. n. 76 bis, XV Legislatura, Camera dei Deputati, p. 2).*

⁽²¹⁾ Riporto qui di seguito il quadro statistico complessivo dei risultati dell'inchiesta Cairoli, indetta con circolare del 25 luglio 1879, sul lavoro delle donne e dei fanciulli contenuti in *A. P. doc. n. 76 bis, XIV Legislatura, Camera dei Deputati*, cit. Allegati, A-B-C-D-, pp. 35-38.

Ma, prima che questo volume fosse comparso in pubblico, il 29 novembre 1879, gli Onorevoli Minghetti e Luzzatti presentarono a loro volta alla Camera dei Deputati un disegno di legge sullo stesso argomento, che poi riprodussero con qualche modifica il

Numero delle persone e delle rappresentanze interrogate e delle risposte pervenute, ripartite per categorie:

	Numero degli interrogati	Numero delle risposte
Prefetti	69	69
Deputazioni provinciali	69	69
Consigli sanitari	69	69
Camere di commercio	73	73
Ispettori ed ingegneri delle miniere . .	11	11
Municipi	254	253
Associazioni economiche	21	18
Società di mutuo soccorso	128	114
Industriali	235	204
Totale	929	880

Risposte classificate secondo la loro natura e ripartite per regioni, cifre in dettaglio:

Regioni	Favorevoli al progetto di legge			Contrarie	Totale generale
	senza riserve	in massima	Totale		
Piemonte	46	47	93	7	100
Liguria	7	20	27	1	28
Lombardia	31	99	130	4	134
Veneto	34	70	104	2	106
Emilia	17	53	70	1	71
Toscana	25	43	68	8	76
Umbria e Marche . .	19	31	50	3	53
Lazio	10	11	21	—	21
Abruzzo e Molise . .	8	18	26	—	26
Campania	21	24	45	4	49
Puglie	11	17	28	—	27
Basilicata	1	3	4	—	4
Calabria	10	10	20	—	20
Sicilia	13	36	49	13	62
Sardegna	5	9	14	2	16
Totale	258	491	749	45	794

Si dichiararono incompetenti a rispondere 86 interrogati.

13 marzo 1880 ⁽²²⁾. Con quest'ultimo progetto si disponeva che le donne di qualunque età fossero escluse dai lavori sotterranei,

Risposte classificate secondo la loro natura e ripartite per categoria di interrogati, cifre in dettaglio:

Regioni	Favorevoli al progetto di legge			Contrarie	Totale generale
	senza riserve	in massima	Totale		
Prefetti	10	56	66	1	67
Deputazioni Provinciali . .	25	40	65	3	68
Consigli sanitari	13	54	67	1	68
Camere di Commercio ed arti	13	46	59	8	67
Ispettore-capo ed ingegneri delle miniere	3	7	10	—	10
Municipi	107	104	211	8	219
Associazioni economiche . .	2	12	14	3	17
Società di mutuo soccorso .	43	62	105	1	106
Industriali	42	110	152	20	172
Totale	258	491	749	45	794

Risposte degli industriali classificate secondo la loro natura e ripartite per categoria di industria, cifre in dettaglio:

Industrie	Favorevoli al progetto di legge			Contrarie	Totale generale
	senza riserve	in massima	Totale		
Canapa e lino	1	2	3	2	5
Cotone	2	11	13	6	19
Lana	2	2	4	5	9
Seta	8	29	37	2	39
Industrie meccaniche	9	16	25	—	25
Industrie metallurgiche . . .	1	7	8	1	9
Cave	1	2	3	—	3
Miniere metallifere	1	3	4	1	5
Miniere di zolfo	—	5	5	3	8
Industria ceramica e vetraria	1	11	12	—	12
Prodotti chimici	2	7	9	—	9
Tipografia	4	2	6	—	6
Fabbriche di carta	5	9	14	—	14
Diverse	5	4	9	—	9
Totale	42	110	152	20	172

Si dichiararono incompetenti a rispondere 32 industriali.

⁽²²⁾ *Disegno di legge « sul lavoro delle donne e dei fanciulli » presentato dagli Onorevoli MINGHETTI e LUZZATTI alla Camera dei Deputati il 13 marzo 1880 (A. P. doc. n. 74, XIII Legislatura, Camera dei Deputati).*

che non potessero essere impiegate nelle officine e nelle miniere nel primo mese dopo il parto, che dovesse essere accordato loro un intero giorno di riposo per settimana, che i fanciulli al di sotto dei 16 anni non potessero essere caricati di pesi superiori a 10 chilogrammi, che per le donne dai 13 ai 18 anni il lavoro non avrebbe dovuto eccedere le 10 ore su 24 e la durata del lavoro notturno le 7 ore. Anche questo progetto non ebbe seguito.

Il 21 giugno 1880, l'On. Miceli, sulla scorta dei risultati delle indagini compiute dall'On. Cairoli, presentò alla Camera dei Deputati un nuovo disegno di legge sempre sul lavoro delle donne e dei fanciulli ⁽²³⁾. Nella relazione che accompagnava il progetto, l'On. Miceli, riferendosi all'inchiesta, notava che i « danni, siano pure transitori che si temono da questo ordine di disposizioni, si verificherebbero immediatamente e possono essere agevolmente preveduti e valutati, quando invece i benefici che se ne attendono indubbi e di gran lunga più rilevanti si otterrebbero solo dopo qualche tempo e sono tali da richiedere una certa vigoria di ragionamento per essere riconosciuti ed apprezzati » ⁽²⁴⁾. Il relatore opportunamente notava che le preoccupazioni maggiori degli industriali riguardavano il danno che sarebbe derivato dall'impiego limitato di lavoratori poco remunerati come i fanciulli e le donne in confronto ad operai adulti. A questo aumento del costo della mano d'opera faceva però riscontro — secondo il ministro — l'esperienza positiva fatta negli altri paesi d'Europa dove « operai adulti più gagliardi ed intelligenti » ⁽²⁵⁾ avevano recato notevoli benefici all'aumento della produzione. Per risolvere, quindi, le difficoltà che una legge sul lavoro delle donne e dei fanciulli presentava per alcune industrie e particolarmente per quelle della seta e del cotone, che impiegavano per la quasi totalità donne e bambini, si proponeva un graduale regolamento legislativo della materia in modo da evitare gravi contraccolpi nel mondo imprenditoriale italiano ⁽²⁶⁾. Così, in base alle indicazioni ricavate dall'a-

⁽²³⁾ *A. P. doc. n. 76 bis XIV Legislatura, Camera dei Deputati, cit.*

⁽²⁴⁾ *Ivi*, p. 3.

⁽²⁵⁾ *Ivi*, p. 4.

⁽²⁶⁾ Su questo aspetto dell'atteggiamento governativo, la relazione del ministro Miceli è molto esplicita: « se si volessero applicare presso di noi tutte le rigo-

nalisi dei dati dell'inchiesta Cairoli, si stabiliva che le donne non potessero essere adibite ai lavori sotterranei e che non potessero essere impiegate in qualsiasi lavoro nelle due settimane immediatamente successive al parto. Si vietava poi il lavoro ai fanciulli di ambo i sessi fino a 15 anni compiuti nelle domeniche ed il lavoro notturno per i fanciulli di età inferiore ai 12 anni compiuti.

A questi limiti di utilizzazione delle « mezze forze » il Miceli giungeva attraverso il convincimento che il mancato rinnovamento del sistema di sfruttamento del lavoro minorile rischiava di compromettere la possibilità stessa dello sviluppo dell'industria italiana ⁽²⁷⁾. La nostra produzione industriale per essere competitiva sul mercato europeo doveva necessariamente adeguarsi alle nuove tecniche, ai nuovi macchinari; ciò richiedeva una mano d'opera efficiente ed almeno in possesso di un'embrionale specializzazione. Lo sfruttamento eccessivo dei fanciulli impediva la realizzazione di un coerente impiego di forza lavoro tale da garantire un migliore livello produttivo. Avveniva, infatti, che una gran parte dei fanciulli, occupati nelle industrie e legati sin dalla più tenera età alle operazioni più semplici, erano sfruttati per anni senza che apprendessero un lavoro che più tardi poteva renderli utili nella stessa industria.

L'entusiastico progressismo del Miceli muoveva dalla convinzione che « la massima parte — delle risposte dell'inchiesta Cairoli — accetta senza riserva il concetto di legge regolatrice del lavoro dei fanciulli e delle donne nelle industrie » ⁽²⁸⁾. Ma, contrariamente a quanto pensava il Miceli, questa legge, non incontrava affatto il favore degli industriali, poichè, mancando in Italia la forma ca-

rose discipline che sono oggi in vigore in altri paesi (...) ne deriverebbe tale una scossa alle nostre industrie (...) da lasciare tracce profonde e per lungo intervallo non cancellabili » (*A. P. doc. n. 76 bis, XIV Legislatura, Camera dei Deputati*, cit. pp. 4-5). La modestia dell'intervento era infatti direttamente proporzionale alle condizioni di arretratezza dello sviluppo industriale italiano.

⁽²⁷⁾ Vi erano poi altri motivi che spingevano ad una regolamentazione della materia e che riflettevano, da parte di alcuni parlamentari: « Bisogna fare in modo innanzitutto che i fanciulli nascano sani e robusti (...), la legge che noi discutiamo è una legge di grande importanza e si connette alla difesa nazionale » (*A. P. Discussioni Camera dei Deputati XV Legislatura, tornata dell'8 febbraio 1886, discorso dell'On. LUALDI*, p. 16605).

⁽²⁸⁾ *A. P. doc. n. 76 bis, XV Legislatura, Camera dei Deputati*, cit., p. 3.

pitalistica della grande industria, non interveniva a razionalizzare lo sfruttamento della forza-lavoro. In effetti, esaminando attentamente i risultati dell'inchiesta Cairoli non è difficile constatare che il plebiscito favorevole alla regolamentazione del lavoro dei fanciulli e delle donne era dovuto soltanto alla superficialità con la quale era stata compilata la classificazione statistica delle risposte degli interrogati. Il quindicesimo numero degli *Annali dell'Industria e del Commercio* del 1880 ⁽²⁹⁾, era appunto privo di studi e di dati concreti sulle industrie italiane mentre conteneva in abbondanza ragionamenti astratti, confronti storici, analisi economico-giuridiche estremamente teoriche e generiche. La classificazione data alle risposte degli interrogati era infatti ben lontana dal dare un'idea della realtà delle condizioni materiali del lavoro delle donne e dei fanciulli. Inoltre « tra le 491 risposte favorevoli in massima ve ne sono molte che contengono proposte di modificazione tali da rendere illusoria ed inutile l'esistenza della legge stessa » ⁽³⁰⁾. Basti ricordare che Alessandro Rossi intravedeva in questa regolamentazione del lavoro dei fanciulli e delle donne nullo altro che « lotte di professori, i quali perchè appunto non avevano sotto mano dei fatti e dimostrazioni sperimentali si contentavano di predicare le dottrine tra noi ed i fatti andavano a prestito fuori dell'Italia » ⁽³¹⁾. Di qui l'accorato appello ai suoi lettori: « no; nè l'operaio italiano, nè le sue donne, nè i suoi fanciulli hanno patito o patiscono da inumani regolamenti o da eccessivo lavoro negli opifici; non vi hanno quindi rivendicazioni da fare, nè riforme da compiere » ⁽³²⁾. D'altra parte la « caoticità » e la mancanza di riferimenti concreti dell'inchiesta Cairoli venivano considerati, da buona parte dei nostri imprenditori, quali elementi estrema-

⁽²⁹⁾ Le risposte raccolte secondo le regioni di provenienza furono pubblicate negli *Annali dell'Industria e del Commercio*, 1880 n. 15. *Sul lavoro dei fanciulli e delle donne. Risposte alla circolare n. 45 del 25 luglio 1879*. In argomento si leggono utilmente le osservazioni di E. FIEDLANDER, *Il lavoro delle donne e dei fanciulli*. Studio, Roma, 1886, pp. 108-125.

⁽³⁰⁾ G. BEVILACQUA, *Saggio su la legislazione operaia in Italia*, Torino, 1906, p. 268.

⁽³¹⁾ A. ROSSI, *Perchè una legge? Osservazioni e proposte sul progetto di legge per regolare il lavoro delle donne e dei fanciulli*, Firenze, 1880, p. 49.

⁽³²⁾ *Ivi*, p. 173.

mente pericolosi soprattutto per le ottimistiche illusioni che suscitavano riguardo alle condizioni dell'industria « nazionale » ⁽³³⁾.

Il punto di vista del Rossi era profondamente influenzato da un lucido senso pratico che, in una prospettiva di breve termine, evitava di prendere in considerazione la sofferenza fisica dei fanciulli e delle donne provocata dall'eccessivo lavoro negli opifici industriali. Diversamente, nella sua relazione Miceli teneva conto delle condizioni di arretratezza dell'industria italiana, per sottolineare la necessità di regolare legislativamente questi particolari rapporti di lavoro nel tentativo di superare i ritardi del passaggio dalla manifattura artigiana all'industrializzazione.

Ancora una volta le vicende parlamentari, anche a seguito di queste polemiche, non consentirono che il progetto Miceli fosse portato in discussione alla Camera dei Deputati. Si giunse così fino al 31 gennaio 1884 data in cui il Ministro dell'Agricoltura On. Berti presentò al Senato un nuovo progetto ⁽³⁴⁾ che restringeva notevolmente le disposizioni dei disegni di legge anteriori, non conteneva alcuna norma sul lavoro delle donne adulte ⁽³⁵⁾, ed inoltre non prevedeva alcun sistema di vigilanza per l'esecuzione della legge.

« L'inchiesta promossa dall'On. Cairoli ha fatto rilevare che le principali opposizioni al progetto di legge riguardavano l'istituzione degli Ispettori, la quale si considera come vessatoria; e fra gli stessi fautori delle nuove disposizioni ve ne sono che raccomandano di tener limitato il numero di questi funzionari (...). In mezzo a tanta discordia di opinioni (...) ho preferito sopprimere qualsiasi indicazione circa i modi del servizio di vigilanza, lasciando al Governo la facoltà di ordinarlo secondo che ravviserà più opportuno, tenuto conto delle speciali condizioni di ogni luogo e dello svolgimento delle industrie » ⁽³⁶⁾. Adoperando le innova-

⁽³³⁾ Molto interessante al riguardo: G. ARE, *Alla ricerca di una filosofia dell'industrializzazione nella cultura e nei programmi politici in Italia (1861-1915)*, in *Nuova Rivista Storica*, LIII, 1969, pp. 61-63 e pp. 100-103.

⁽³⁴⁾ *Disegno di legge Disposizioni sul lavoro dei fanciulli, presentato dal ministro dell'Agricoltura BERTI al Senato il 31 gennaio 1884 (A. P. doc. n. 89. XV Legislatura, Senato)*.

⁽³⁵⁾ F. PUGLIA, *op. cit.*, p. 80: « Certamente diciamo noi, le condizioni di fatto sono diverse perchè nel fanciullo è da scorgersi un organismo in formazione e nelle donne un organismo formato ».

⁽³⁶⁾ *A. P. doc. 89. XV Legislatura, Senato, cit.*, pp. 8-9.

zioni del Berti come un « nullaosta » capace di vincere ogni obiezione, l'Ufficio Centrale, nell'esaminare il progetto, esprimeva parere favorevole poichè « operai capaci ed istruiti giovano assai per vantaggiare la produzione (...). Per essa non si vedranno più dei fanciulli d'ambo i sessi assunti al lavoro nell'età di 5, 6, 7 ed 8 anni come attualmente avviene » (37).

Il progetto Berti fissava il limite minimo per essere ammessi al lavoro in 9 anni compiuti (38). Tale termine era previsto in relazione all'espletamento dell'obbligo scolastico che terminava al compimento del nono anno d'età. L'Ufficio Centrale chiariva poi che il fondamento della legge poggiava « sul principio giuridico della tutela dei minori e sul diritto che ha lo stato di vegliare sui casi di colpa e di abuso su coloro che della patria potestà o della tutela sono investiti » (39). Si presupponeva il non esercizio della patria potestas o l'abuso di quest'autorità nelle famiglie operaie per intervenire legislativamente nel lavoro dei fanciulli (40): « quanti

(37) *Relazione sul disegno di legge « sul lavoro dei fanciulli » presentata dal Sen. MANFRIN, relatore dell'Ufficio Centrale, al Senato l'11 gennaio 1884 (A. P. doc. n. 89 A, XV Legislatura, Senato, pp. 29-30).*

(38) Come risulta anche da una rapida lettura dei documenti riportati negli *Annali dell'Industria e del Commercio*, 1880, n. 20 cit., nessun paese d'Europa, che aveva regolato legislativamente la materia, aveva un limite così basso per l'ammissione dei fanciulli al lavoro.

(39) *A. P. doc. n. 89 A, XV Legislatura, Senato, cit., p. 4.*

(40) Una parte della dottrina, negli anni immediatamente successivi all'approvazione della legge, elaborò, sull'istituto della patria potestas, una suggestiva teoria in base alla quale ritenne i fanciulli avviati al lavoro per necessità di guadagno giuridicamente capaci di stipulare da soli e quindi senza alcuna vigilanza paterna o tutoria, il contratto di lavoro. Si argomentava che nella famiglia operaia, mancando l'esercizio di quell'assistenza educativa ed economica che era caratteristica dell'istituto della patria potestas, il fanciullo che vendeva la propria forza lavoro si emancipava di diritto perchè da sè esercitava quell'assistenza che dai suoi genitori non gli veniva data. (Così, G. VADALÀ-PAPALE, *Il contratto di lavoro*, Napoli, 1897, pp. 33-40). L'eguaglianza giuridica, che si voleva così stabilita tra il datore di lavoro e il minore prestatore d'opera, rispondeva alla forma capitalistica della società che considerava entrambi « possessori di merci ». Senonchè, essendo il rapporto giuridico di eguaglianza soltanto formale e non reale, in quanto la proprietà di cui disponeva il lavoratore non era altro che uno stato di necessità, una siffatta interpretazione dell'istituto della patria potestas si risolveva in un ulteriore aggravamento delle condizioni di sfruttamento del lavoro minorile.

non sono gli operai che purtroppo sprecano il sabato o la domenica appresso i loro guadagni della settimana e lasciano la famiglia stentare con i magri salari della madre e dei piccoli figlioli? » (41).

Lo Stato attraverso la denuncia dell'abuso dell'autorità paterna quale causa prima ed unica dello sfruttamento di forze lavoro immature da parte del capitale, tentava così di offrirsi alle nuove generazioni di lavoratori come il solo rappresentante dei loro interessi di classe (42). La difesa della integrità fisica andava infatti interpretata in un senso molto lato.

« Perchè si tormentano, si abbrutiscono i fanciulli — si chiedeva l'Errera nella sua inchiesta sulle condizioni degli operai nelle fabbriche — senza prevedere che o rimarranno vittime dell'altrui brutalità, o trascinando la vita negli stenti educheranno il cuore all'odio, al disprezzo contro i loro padroni, preparandosi così a vendette che scoppiano tremende? » (43). La classe dirigente cercava in questo modo di impedire che la situazione degenerasse sia sul piano fisico che su quello politico, ma i buoni proponimenti non corrispondevano ai progetti in discussione.

Nel disegno di legge del Berti non esistevano delle vere norme a tutela della salute dei fanciulli, così come mancava ogni indicazione sui limiti d'orario una volta compiuti i dodici anni. « Invano la voce della scienza ha invocato — per bocca di Moleschott, Pacchiotti e Cardarelli — meno insufficiente difesa alla vita umana » (44). Queste parole del Cabrini possono indurre in errore e sarà bene precisare che, se vi fu discussione sul limite d'età, questa si limitò alla richiesta da parte di alcuni senatori di elevarlo di un solo anno. « Si dirà: un anno di più un anno di meno non basta, ma a quell'età un anno di più vuol dire uno sviluppo del corpo enormemente maggiore, una saldezza di organizzazione molto più franca e vigorosa ed anche una resistenza maggiore alle fatiche e all'assalto delle cause morbose » (45).

(41) A. P. *doc. n. 89 A, XV Legislatura, Senato, cit.*, p. 15.

(42) V. SELLIN, *op. cit.*, p. 99.

(43) A. ERRERA, *Inchiesta sulle condizioni degli operai nelle fabbriche*, in *Archivio di Statistica*, anno IV, 1879, p. 179.

(44) A. CABRINI, *op. cit.*, p. 36.

(45) A. P. *Discussioni Senato, XV Legislatura, tornata dell'11 dicembre 1885, discorso del Sen. PACCHIOTTI*, p. 4478.

Si aggiunga che nonostante queste profonde lacune il disegno di legge in esame incontrava ancora la forte opposizione degli industriali della seta e del cotone che, per la maggioranza, occupavano nelle proprie fabbriche fanciulli minori di 11 anni ⁽⁴⁶⁾ così come i proprietari delle solfate della Sicilia ⁽⁴⁷⁾. Il cristianissimo senatore nonchè industriale della seta Alessandro Rossi, concludendo il suo intervento nella discussione sul progetto Berti, affermava: « il meglio è di lasciar tranquilli più che è possibile tutti i cittadini nell'orbita delle leggi comuni, nel comune esercizio dei diritti e dei doveri reciproci. Di democrazia vera, di legislazione sociale io non ne conosco che una e non mi pento di dirlo: quella del Vangelo » ⁽⁴⁸⁾. Indicative degli umori del Senato

⁽⁴⁶⁾ Le statistiche compilate nel 1877 in seguito ad un'inchiesta del Ministero dell'Agricoltura sugli operai addetti alle industrie in Italia dimostrarono che su 832.131 operai, 90.083 erano fanciulli d'età inferiori ai 15 anni e di questi 64.274 erano addetti all'industria serica e 11.174 alle cotoniere. Cfr. la statistica degli operai addetti ad alcune industrie compilata dal Ministero dell'Agricoltura e riportata in *A. P. doc. n. 76 bis, XIV Legislatura, Camera dei Deputati*, cit., Allegato E, p. 39.

Specificazione delle industrie	Maschi	Femmine	Fanciulli	Totale
Seta	15,692	120,428	64,273	200,393
Cotone	15,558	27,309	11,174	54,041
Lana	12,544	7,765	4,621	24,930
Lino e canapa	4,578	5,959	2,247	12,784
Cordami	5,838	787	1,775	8,400
Tessitura di materie miste . . .	2,185	2,530	760	5,475
Cappelli di feltro	3,869	887	567	5,317
Conce di pelli	9,487	125	1,122	10,734
Candele steariche	280	241	36	557
Estrazione dell'olio dai semi . . .	1,285	61	89	1,435
Saponi	1,770	135	179	2,084
Carta	7,412	7,144	2,756	17,312
Officine delle strade ferrate . . .	6,376	3	24	6,403
Manifatture de' tabacchi	1,947	13,707	9 —	15,654
Industrie diverse esercitate dal Governo	14,741	1,405	466	16,612
Totale	103,562	188,486	90,083	382,131

⁽⁴⁷⁾ M. MINGHETTI, *op. cit.*, p. 32.

⁽⁴⁸⁾ *A. P. Discussioni Senato, XV Legislatura, tornata del 10 dicembre 1885, discorso del Sen. Rossi*, p. 4460 e p. 4461. Sull'ideologia imprenditoriale di Alessan-

furono per altro le apprensioni che turbarono il senatore Manfrin, relatore per l'Ufficio Centrale, al momento della votazione. « L'On. Ministro di Agricoltura ha qui ora fatto la dichiarazione solenne che per l'esecuzione del disegno che ora stiamo approvando non verrà aumentato il numero dei funzionari » (49). Così l'esecuzione della legge fu affidata agli ingegneri delle cave e miniere ed agli ispettori delle industrie; questi ultimi al momento della discussione al Senato erano soltanto tre in tutta Italia e tali rimasero fino al marzo 1893 (50)! Non va taciuto d'altra parte che nella discussione sul testo del disegno di legge approvato dal Senato, i deputati espressero con chiarezza le numerose lacune che ne inficiavano l'efficacia. L'On. Lualdi affermò senza mezzi termini: « questa è una legge fatta, mi si permetta l'espressione, col santo timor di Dio » (51), ma pur convinto dell'insufficienza di una simile legge, l'approvò senza richiedere alcuna modifica (52).

A questo punto, le disposizioni sul lavoro dei fanciulli, se in una prima timida formulazione intendevano in qualche modo rispondere all'esigenze dello sviluppo capitalistico dell'industria, persero completamente tale significato attraverso le vicende parlamentari. Furono infatti contrari a questa legge molti uomini politici appartenenti al mondo imprenditoriale.

dro Rossi e sulla sua attività politica, per tutti cfr. E. AVAGLIANO, *Alessandro Rossi e le origini dell'Italia industriale*, Napoli, 1970; G. BAGLIONI, *L'ideologia della borghesia industriale nell'Italia liberale*, Torino, 1974, pp. 232-308.

(49) A. P. *Discussioni Senato, XV Legislatura, tornata dell'11 dicembre 1885, discorso del Sen. MANFRIN*, p. 4498.

(50) Solo nel marzo del 1893, con circolare del ministro Lacava, gli ispettori delle industrie furono affiancati da personale del Ministero dell'Interno. Per la mancata applicazione della legge dal 1886 al 1889 si veda la *Relazione sull'applicazione della legge 11 febbraio 1886 « sul lavoro dei fanciulli », dall'entrata in vigore fino al 30 giugno 1889, presentata dal Ministro di Agricoltura, Industria e Commercio On. MICELI alla Camera dei Deputati l'8 febbraio 1890* (A. P. doc. n. XIX, XVI Legislatura, Camera dei Deputati, vol. unico, DOCUMENTI).

(51) A. P. *Discussioni Camera dei Deputati, XV Legislatura, tornata dell'8 febbraio 1886, discorso dell'On. LUALDI*, p. 16604.

(52) « Quale è di voi che vorrebbe oggi affrontare pel desiderio del meglio il pericolo di vedere ancora per molti anni ritardata questa benefica tutela del lavoro dei fanciulli? » (A. P. *Discussioni Camera dei Deputati, XV Legislatura, tornata dell'8 febbraio 1886, discorso dell'On. LUZZATTI*, p. 16613).

Di qui l'estrema insufficienza della legge per ciò che concerneva l'esecuzione della stessa ⁽⁵³⁾ che non rispondeva certamente a generalizzare le forme di sfruttamento ⁽⁵⁴⁾ in modo da riportare entro limiti accettabili per tutti gli imprenditori, la concorrenza reciproca. Da questo punto di vista un altro difetto si trovava nella voluta indeterminatezza delle parole « opifici industriali » per indicare gli stabilimenti soggetti alle norme del provvedimento legislativo. La legge dell'11 febbraio 1886 n. 3657 finiva così per favorire le piccole imprese e col non procurare alcun vantaggio a quegli industriali che pure non l'avevano ostacolata e d'altra parte nonostante la propria insufficienza continuava a preoccupare i rappresentanti di quegli interessi ultra reazionari che vedevano da questa legge, espressione tipica dell'intervento sociale dello Stato, un pericolo gravissimo per i propri diritti semifeudali.

Le timidezze dell'intervento legislativo erano dovute soprattutto al timore che una legge sul lavoro dei fanciulli concepita in modo organico, provocando una diminuzione della mano d'opera disponibile, avrebbe certamente determinato un aumento dei salari. In questa prospettiva anche il tentativo di parte, della classe dirigente italiana, di presentarsi al proletariato operaio come la unica garanzia di rispetto dei diritti inerenti ad ogni persona umana, come il diritto all'integrità personale minacciata dall'eccessivo lavoro, falliva miseramente, trascinando con sé una profonda sfiducia nelle istituzioni liberali. Giustamente, alcuni anni dopo, il Nitti scriveva su questo capitolo di legislazione sociale: « si è discusso vent'anni per fare una legge sul lavoro dei fanciulli e si è fatta una legge mostruosa e infame, una legge che tutti sapevano che non si poteva applicare e che i deputati e i senatori votarono con questo profondo convincimento » ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ G. SALVIOLI, *Il lavoro delle donne e dei fanciulli nelle leggi straniere più recenti*, in *La Scuola positiva nella Giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale*, anno II, 1892, vol. II, p. 69 sgg.

⁽⁵⁴⁾ *Ivi*, p. 73-74.

⁽⁵⁵⁾ F. S. NITTI, *I contratti agrari* (1893), in *Scritti sulla questione meridionale*, cit., p. 498.

3. Istanze paternalistiche collegate intimamente con tendenze repressive sono facilmente riscontrabili già nel primo disegno di legge sul riconoscimento giuridico delle società di mutuo soccorso che, nella tornata del 9 giugno 1877, l'allora ministro dell'Agricoltura Maiorana-Calatabiano presentava alla Camera dei Deputati ⁽⁵⁶⁾. La cura per la stabilità economica delle società di mutuo soccorso muoveva infatti dal timore che «l'ignoranza di certe leggi economiche e demografiche» ⁽⁵⁷⁾, conducendo inevitabilmente al fallimento, avrebbe provocato gravissime turbative nei rapporti di classe. L'intendimento del Maiorana-Calatabiano non era solo quello di favorire l'iniziativa economica delle mutue, attraverso la tutela di tutti quei diritti e di tutte quelle energie che se abbandonate a se stesse rischiavano di perdersi con gravi ripercussioni sociali, ma anche quello di attuare un efficace controllo politico. Svolgendo la prima motivazione, il disegno di legge accordava notevoli vantaggi alle società di mutuo soccorso, che andavano dalla possibilità di acquistare per donazione, per legato o per eredità, di contrarre obbligazione con terzi, di acquistare titoli dello Stato, a quello molto più importante di poter stare in giudizio in modo da tutelare efficacemente gli interessi sociali ⁽⁵⁸⁾. Il riconoscimento concedeva inoltre alle società di mutuo soccorso

⁽⁵⁶⁾ Per il Cabrini invece vi erano due « anime » in antitesi tra loro: « la democratica che vorrebbe (...) difendere i sodalizi della mutualità operaia contro l'empirismo che ne compromette le basi finanziarie e il funzionamento tecnico; la reazionaria che (...) mira ad imbrigliare le mutue che vanno moltiplicandosi » (A. CABRINI, *op. cit.*, pp. 38-39). In effetti, queste « due anime » non si scontravano affatto poichè miravano entrambe al contemporaneo raggiungimento dell'emancipazione sociale delle classi « disagiate », attraverso il risparmio da una parte e del controllo politico dall'altra.

⁽⁵⁷⁾ *Relazione della Commissione composta dei signori: deputato E. FANO, professore L. BODIO e ingegnere L. PEROZZO, sopra la statistica della morbosità o frequenza e durata delle malattie presso gli individui associati ai sodalizi di mutuo soccorso*, in *Annali dell'Industria e del Commercio*, 1879, n. 11, p. 92.

⁽⁵⁸⁾ « Ove si ponga mente alla somma considerevole di patrimoni e di entrata che esse sono chiamate ad amministrare, s'intende agevolmente a quali pericolosi artifizii sia loro forza ricorrere per investire agevolmente i propri capitali disponibili e per questi rispetti, il difetto di persona legale debba tornare loro pernicioso » (*Relazione sul disegno di legge « disposizioni relative alle società di mutuo soccorso » presentata dall'On. MAIORANA CALATABIANO il 9 giugno 1877 alla Camera dei Deputati. A. P. doc. n. 120, XIII Legislatura, Camera dei Deputati*, p. 4).

l'esenzione delle tasse di bollo e di registro per tutti i certificati di cui dovevano valersi i soci in questa qualità ed anche per tutti gli atti riflettenti i rapporti tra i soci e la società. Coerentemente con i principi liberali, che ispiravano il disegno di legge, tale riconoscimento non era in alcun modo imposto ma accordato soltanto alle società che ne avessero fatto richiesta volontariamente e che fossero state in possesso dei requisiti necessari. Come primo requisito veniva richiesto l'accertamento della proporzionalità fra i contributi versati alla società e i sussidi che da questa venivano elargiti ⁽⁵⁹⁾. Le società di mutuo soccorso d'ora in poi avrebbero dovuto avere caratteri essenzialmente assicurativi e per l'avverarsi di eventi incerti come la malattia, la vecchiaia, la morte del socio, dovevano impiegare i contributi versati nel modo più cauto e « sicuro ». A questo fine veniva sanzionato il divieto dell'acquisto di beni immobili da parte delle società di mutuo soccorso riconosciute e si prescriveva l'indicazione specifica dei modi leciti di investimento dei fondi disponibili. Per eguale cautela veniva poi configurato il controllo politico dei sodalizi attraverso l'altro requisito della delimitazione degli scopi che le società di mutuo soccorso potevano proporsi.

Per l'articolo quattro del progetto le mutue dovevano avere soltanto « uno o più dei seguenti scopi: 1) Assicurare ai soci pensioni di vecchiaia; 2) Assicurare ai soci un sussidio nei casi di malattia; 3) Assicurare alle famiglie dei soci defunti, sussidi convertibili al tempo della scadenza in pensioni alle vedove e agli orfani » ⁽⁶⁰⁾. Erano inoltre previsti nel secondo capoverso dello stesso articolo, particolari sussidi per l'istruzione e l'« impotenza al lavoro » dei soci, da intendere quest'ultima non come disoccupazione ma, come effettiva impossibilità fisica ad ogni prestazione d'opera.

Per l'accertamento dei requisiti richiesti, ai fini della concessione

⁽⁵⁹⁾ Maiorana-Calatabiano ricordava che « un esame accurato degli statuti di un gran numero di società di mutuo soccorso » (*A. P. doc. n. 120, XIII Legislatura, Camera dei Deputati*, cit., p. 4) aveva dimostrato che molti di questi sodalizi seguivano nella ripartizione dei sussidi criteri molto empirici, ed il più delle volte non ne seguivano alcuno.

⁽⁶⁰⁾ *Disegno di legge « disposizioni relative alle società di mutuo soccorso » presentato dall'On. MAIORANA-CALATABIANO il 9 giugno 1877 alla Camera dei Deputati (A. P. doc. n. 120, XII Legislatura, Camera dei Deputati, pp. 11-12).*

del riconoscimento giuridico, veniva istituita una Commissione Centrale per le società di mutuo soccorso con in più il compito di controllare che le società, una volta riconosciute, avessero continuato a conformarsi alle disposizioni degli statuti approvati. La Commissione aveva anche il mandato «importantissimo» di elaborare moduli di registri, di bilanci, in modo da diffondere tutte quelle notizie di carattere tecnico e quelle istruzioni di ogni natura che potevano rendere più agevole la retta costituzione e la buona amministrazione della società. Nei casi di inosservanza delle norme statutarie, la Commissione comminava sanzioni, consistenti in ispezioni nei casi più lievi e nello scioglimento coattivo delle società nei casi più gravi. Attraverso tutta questa normativa si affidava alle società di mutuo soccorso un preciso indirizzo assicurativo per evitare che queste, fuori del controllo dello Stato, potessero essere utilizzate come strumento di classe. L'interesse di Maiorana-Calatabiano si orientava su due direttrici, da una parte impedire la politicizzazione delle società di mutuo soccorso, dall'altra assicurare alle stesse un'efficienza amministrativa che al momento mancava quasi del tutto. Questo tentativo di strumentalizzazione dei sodalizi operai veniva però effettuato in un momento in cui i progressi industriali erano ancora lenti e la formazione di una coscienza di classe nel proletariato estremamente limitata. In questa situazione anche se la mutualità era ritenuta da buona parte degli uomini politici italiani uno strumento di concordia, anzi, di accostamento inestimabile ⁽⁶¹⁾, il Ministro Maiorana-Calatabiano non venne seguito ed il suo progetto non giunse mai in discussione.

I giornali «cotidiani», come ricordava il Luzzatti, ne parlarono con estrema «svogliatezza» ⁽⁶²⁾ mostrandosi per lo più indifferenti ai termini del problema previdenziale sollevato in sede governativa. Questo insuccesso presso l'opinione pubblica borghese fu provocato dall'eccessivo controllo che lo Stato avrebbe dovuto esercitare sulle società di mutuo soccorso sia mediante l'accerta-

⁽⁶¹⁾ Sul favore col quale la borghesia italiana accolse in questi anni le società di mutuo soccorso, cfr. S. HERNANDEZ, *Profili storici, in Per un sistema di sicurezza sociale in Italia*, Bologna, 1965, p. 23.

⁽⁶²⁾ L. LUZZATTI, *Osservazioni e proposte intorno al progetto di legge sulle società di mutuo soccorso*, Milano, 1877, p. 2.

mento dei requisiti richiesti per il riconoscimento affidati ad una suprema magistratura amministrativa, sia nella limitazione degli investimenti che sembrava dovesse paralizzare l'esplicazione delle attività sociali, introducendo un principio pericoloso per le società commerciali.

Un'opposizione più decisa venne dalle stesse società di mutuo soccorso per la maggior parte controllate da elementi mazziniani ⁽⁶³⁾. Nel congresso che fu tenuto a Bologna nell'ottobre del 1877 ed a cui convennero 367 società di mutuo soccorso si ritenne tra l'altro che per il riconoscimento giuridico della società dovesse bastare l'iscrizione del nome della società in un registro da tenersi nei Municipi e che per questa iscrizione non occorresse altro che depositare la deliberazione di costituzione della società e lo statuto sociale. Del resto anche per il Luzzatti questo determinare a priori i fini del mutuo soccorso previsto nel disegno di legge non era altro che una « temerarietà » ⁽⁶⁴⁾ per lo sviluppo stesso delle istituzioni di previdenza che, nel proporsi soltanto quegli scopi che al legislatore piaceva di concedere, inevitabilmente rischiavano una progressiva contrazione del risparmio. Il progetto ministeriale vietava infatti anche l'esercizio di quelle attività quali le cooperative di consumo, le banche popolari, che pur rientravano nei normali compiti svolti da alcune società di mutuo soccorso ⁽⁶⁵⁾.

Quattro anni dopo, un nuovo Ministro dell'Agricoltura, l'On. Miceli ripresentava alla Camera dei Deputati dopo il voto favorevole del Senato un disegno di legge sul riconoscimento giuridico

⁽⁶³⁾ G. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 137 ss.

⁽⁶⁴⁾ L. LUZZATTI, *op. cit.*, p. 8. Anche per il Fano le società di mutuo soccorso potevano legittimamente esplicare la propria attività previdenziale indipendentemente da qualsiasi autorizzazione. (E. FANO, *Del riconoscimento legale delle società di mutuo soccorso*, in *Rassegna Settimanale*, vol. VII, n. 176 del 15 maggio 1881, pp. 15-318). Del resto anche dopo l'emanazione della legge venne sostenuta la tesi del riconoscimento *sic et simpliciter* cioè senza alcun controllo preventivo, cfr. G. GONETTA, *Le società di mutuo soccorso e cooperative in Europa e specialmente in Italia. Loro origine scopo ed utilità. Studio storico-sociale aggiuntovi il commento della legge sul riconoscimento giuridico delle società di mutuo soccorso*, Torino, 1887, pp. 101 ss.

⁽⁶⁵⁾ F. VIGANÒ, *La fratellanza umana ossia le società di mutuo aiuto, cooperazione e partecipazione ed i Municipi cooperativi*, Milano, 1873, pp. 74 ss.; pp. 121 ss.

delle società di mutuo soccorso ⁽⁶⁶⁾ quasi identico al precedente. Le differenze riguardavano le norme sull'accertamento dei requisiti che ora veniva affidato ai Tribunali Civili. Le modifiche erano più apparenti che sostanziali, perchè egualmente presso il Ministero era da istituire una Commissione tecnica, al fine di controllare la vita delle società in modo da reprimere qualsiasi deviazione dai precui scopi assicurativi. Venivano mantenuti come nel precedente progetto i vincoli di investimento dei fondi disponibili. L'unica novità consisteva nell'assimilazione, con criteri profondamente paternalistici, delle società di mutuo soccorso alle opere pie per il gratuito patrocinio nei giudizi ⁽⁶⁷⁾.

In sede referente l'Ufficio Centrale del Senato apportò poi alcune varianti, eliminando quegli inutili controlli che rendevano il progetto inviso sia alle società di mutuo soccorso che a molti parlamentari liberali. Furono così soppressi gli articoli sulla Commissione Centrale e le limitazioni di investimento dei fondi disponibili, fu lasciato solo il divieto di acquisto di beni immobili; divieto che forse trovava la sua motivazione più che nella formazione di una manomorta, nel timore di uno stabile esercizio del diritto di proprietà da parte dei soci delle mutue, sui locali destinati a sede sociale e quindi a luogo assembleare. Il progetto Miceli così emendato, fu approvato dal Senato il 12 febbraio 1881, ma alla Camera non giunse in discussione causa la fine della XIV legislatura.

Nel giugno 1883 in una situazione storica ormai mutata con tentativi di trasformazione delle mutue in leghe di resistenza da parte dei socialisti ⁽⁶⁸⁾, il Ministro dell'Agricoltura On. Berti ripresentava alla Camera un disegno di legge simile al progetto Miceli approvato due anni prima dal Senato ma limitato alle sole società di mutuo soccorso operaie. Il Berti svolgendo alla Camera dei Deputati la sua relazione, nel sottolineare l'urgenza di una simile legge, affermava che «evidentemente il motivo che spinge con più forza alcuni a ritenere necessaria l'autorizzazione governativa per

⁽⁶⁶⁾ *Disegno di legge «riconoscimento giuridico delle società di mutuo soccorso» approvato dal Senato e presentato dall'On. MICELI alla Camera dei Deputati l'8 marzo 1881 (A. P. doc. n. 178, XIV Legislatura, Camera dei Deputati).*

⁽⁶⁷⁾ Cfr. S. PIPERNO, *Il riconoscimento giuridico delle società di mutuo soccorso*, Roma, 1882, pp. 8 ss.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. G. CAROCCI, *op. cit.*, pp. 413-460.

concedere la personalità giuridica alle società di mutuo soccorso (operaie) è che mancherebbe il modo di infrenare quelle Società, le quali sotto apparenze benefiche potessero proporsi scopi estranei e pericolosi all'ordine ed alla sicurezza pubblica e che con tanta libertà potessero financo costituirsi Associazioni già soppresse da leggi dello Stato. Queste preoccupazioni potrebbero anche essere giuste qualora le Società di mutuo soccorso fossero sottratte con una legge siffatta alle leggi generali che tutelano l'ordine pubblico alle quali sono sottomesse tutte le Associazioni costituite nello Stato » ⁽⁶⁹⁾.

Contro i sodalizi operai che potevano turbare la sicurezza interna, nasceva la necessità per lo Stato liberale di definire con legge le società di mutuo soccorso operaio. Di qui la rigorosa indicazione dei caratteri nei quali potevano ravvisarsi i sodalizi autorizzati. « E i caratteri si trovano naturalmente nel fine che è il soccorso nei disagi e nelle avversità, nei mezzi che sono quasi unicamente i risparmi, nel vincolo che è la mutualità » ⁽⁷⁰⁾.

Ma la discriminazione operata in base all'elemento della mutualità avveniva questa volta soltanto con intenti repressivi ⁽⁷¹⁾. Infatti, mentre gli antichi disegni di legge provvedevano alla personalità di ogni tipo di società di mutuo soccorso, l'ultima si circoscriveva a quella degli operai. Mancavano inoltre in questo progetto del Berti, le norme riflettenti l'accertamento della proporzionalità tra contributi e sussidi, nè trovavano posto quelle riguardanti l'assistenza amministrativa e statistica che pure nei precedenti progetti erano presenti. Con questa legge non si voleva più il potenziamento delle società di mutuo soccorso, bensì l'eliminazione di quelle operaie.

Un'identico orientamento risulta del resto anche dalla relazione che accompagnava un altro disegno di legge « sociale » pre-

⁽⁶⁹⁾ *Relazione sul disegno di legge « sul riconoscimento giuridico delle società di mutuo soccorso operaie » presentata dal ministro dell'Agricoltura BERTI alla Camera dei Deputati il 21 giugno 1883 (A. P. doc. n. 127, XV Legislatura, Camera dei Deputati, p. 5).*

⁽⁷⁰⁾ *Ivi.*

⁽⁷¹⁾ Per una sintesi dell'orientamento della classe politica italiana sul tema della mutualità cfr. A. CHERUBINI, *Profilo del mutuo soccorso in Italia dalle origini al 1924*, in *Previdenza Sociale*, 1961, XVII, pp. 29-33.

sentato da Agostino Depretis alla Camera dei Deputati il 30 maggio dello stesso anno sulle disposizioni relative agli scioperi: « si potrebbe forse dubitare che il fine della legge, la pacificazione sociale, non sarebbe interamente raggiunto quando le società di mutuo soccorso si trasformassero in società di resistenza: ma una volta riconosciuta la libertà delle coalizioni non si può non ammettere quella delle associazioni dirette a organizzarle e sovvertirle. Un solo pericolo devesi scongiurare ed è quello che le società di mutuo soccorso le quali provvedono ai casi di malattia ed ad altri infortuni dei loro membri, distraggano una parte dei mezzi a questi scopi assegnati per promuovere e sostenere le coalizioni, gli scioperi; ma ad evitare questo si provvederà con una legge sul riconoscimento giuridico delle società di mutuo soccorso » ⁽⁷²⁾. Si aggiunga che le società in questi anni che siamo venuti esaminando attraverso i progetti legislativi e che vanno dal 1877 al 1883, furono in crescente aumento in tutt'Italia. Le statistiche pubblicate dal Ministero della Agricoltura nel 1888 davano le seguenti cifre: anno 1862, società di cui si conosceva l'esistenza 443, di queste 417 fecero conoscere il numero dei soci con 111.608 iscritti; anno 1873, società di cui si conosceva l'esistenza 1447, di queste 1447 fecero conoscere il numero dei soci con 218.822 iscritti; anno 1878, società di cui si conosceva l'esistenza 2091, di queste 1981 fecero conoscere il numero dei soci con 331.548 iscritti; anno 1885, società di cui si conosceva l'esistenza 4896, di queste 3762 fecero conoscere il numero dei soci con 573.178 iscritti. Lo stesso patrimonio delle società che risposero ai quesiti della statistica era poi cresciuto da « 9 a 21 milioni dal 1873 al 1878 e da 21 a 32 milioni dal 1878 al 1885 » ⁽⁷³⁾.

⁽⁷²⁾ *Relazione sul disegno di legge « disposizioni relative agli scioperi » presentata dall'On. DEPRETIS alla Camera dei Deputati il 30 maggio 1883 (A. P. doc. n. 114, XV Legislatura, Camera dei Deputati, p. 4).* Con particolare lucidità il deputato Pellegrini interveniva nella discussione per notare che « sotto il pretesto di venire con la legge in soccorso alle classi povere, o meglio diciamo in genere ai cittadini i quali si associano per rendere la propria azione maggiormente forte e vigorosa mediante l'associazione, si vorrebbe controllare invece il loro operato, sorvegliarle in una parola, con uno scopo che non è quello dichiarato » (*A. P. Discussioni Camera dei Deputati, XV Legislatura, tornata del 1° aprile 1886, discorso dell'On. PELLEGRINI, p. 17927*).

⁽⁷³⁾ MINISTERO DELL'AGRICOLTURA, INDUSTRIA e COMMERCIO, *Statistica delle*

Seguendo la progressione di questi dati, ci si rende anche conto che il concetto di mutualità subì radicali revisioni nell'arco di pochi anni. Nel progetto Maiorana-Calatabiano la mutualità rappresentava uno strumento di pacificazione che doveva essere utilizzato dagli stessi interessati. I sodalizi di mutuo soccorso rappresentavano quindi un momento d'incontro per le classi antagoniste ed ottimamente potevano favorire quel « raccostamento » tanto necessario per l'esistenza stessa della società borghese. Ora invece, in anni di acute crisi economiche con frequenti ed organizzate agitazioni operaie e contadine, l'ufficio di mutualità rientrava per necessità in un disegno più ampio di difesa dell'ordine costituito e di conseguenza doveva appartenere allo Stato. Giunti in quest'ordine d'idee diveniva quanto mai urgente eliminare i « liberi » sodalizi operai per impedire una loro possibile trasformazione contro il sistema. Ed è soltanto con questo spirito repressivo, cadute ormai le preoccupazioni per il « buon ordinamento economico », che abbastanza rapidamente fu approvato sia dalla Camera dei Deputati che dal Senato il disegno di legge Berti sul riconoscimento giuridico delle Società di mutuo soccorso operaie che divenne la legge 15 aprile 1886 n. 3818.

4. L'esautoramento della funzione assicurativa delle Società di mutuo soccorso operaie ⁽⁷⁴⁾ veniva poi completato per iniziativa dello stesso On. Berti. Questi il 19 febbraio 1883 presentava alla Camera dei Deputati contemporaneamente due disegni di legge, uno sulla responsabilità civile dei padroni, l'altro sull'approvazione della Convenzione stipulata tra lo stesso Ministro dell'Agricoltura Industria e Commercio e la Cassa di Risparmio di Milano ed altri Istituti di Credito per la fondazione di una Cassa Nazionale di assicurazione per il risarcimento dei danni causati dagli infortuni che colpivano gli operai sul lavoro. Tale Cassa aveva il compito, nelle intenzioni dell'On. Berti, di » far sì che i padroni,

società di mutuo soccorso e delle istituzioni cooperative annesse alle medesime. Introduzione. Anno 1885, Roma, 1888, p. VI; p. IX; p. XXXIV.

⁽⁷⁴⁾ Sul decadimento della funzione previdenziale delle società di mutuo soccorso: S. HERNANDEZ, *op. cit.*, pp. 22-28. Un'utile sintesi sugli indirizzi politici delle società intorno agli anni ottanta è offerta da S. MERLI, *Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale. Il caso italiano: 1880-1900*, Firenze, 1972, Vol. I, P. III, pp. 581 ss.

gli imprenditori ed i committenti contribuiscono alla assicurazione dei loro operai con mutuo accordo. Il che gioverà a rendere più benevoli le relazioni tra gli uni e gli altri » (75). Attraverso la creazione di questo organismo quell'ufficio di mutualità, di cui già abbiamo accennato precedentemente, pur appartenendo allo Stato, non veniva però esplicitato da quest'ultimo, essendo l'intervento statale nell'iniziativa privata contrario ai principi classici del liberalismo (76).

L'esercizio di questa nuova mutualità veniva affidato ad Istituti Bancari di fiducia governativa evitando anche di sancire alcun obbligo a carico del datore di lavoro per costringerlo ad assicurare i propri operai per gli infortuni che potevano verificarsi sul lavoro. L'assicurazione era facoltativa e considerata sotto questo aspetto rappresentava « una difesa contro il pauperismo e un sollievo per la società » (77). Infatti il Berti si affrettava a dire che « l'assicurazione obbligatoria non è spesso utile agli interessi di coloro che si vuol favorire e male si addice all'indole della nostra popolazione la quale si ribella a qualunque specie di vincolo coercitivo » (78) — poichè superate queste espressioni retoriche e convenzionali avvertiva il timore che — « una volta messi sul cammino sdruciolevole della coazione, non possiamo per logica conseguenza arrestarci e ci tocca di rendere obbligatorio anche l'ammontare del salario dal quale si deve prelevare quella parte di mercede che serve all'assicurazione » (79). La Cassa nazionale di assicurazione era costituita in

(75) *Disegno di legge « per la fondazione di una Cassa Nazionale di assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro » presentato dal ministro dell'Agricoltura BERTI di concerto col ministro delle Finanze MAGLIANI alla Camera dei Deputati il 19 febbraio 1883 (A. P. doc. n. 74, XV Legislatura, Camera dei Deputati, p. 1).*

(76) « Anche nelle istituzioni di cooperazione e di patronato, l'opera dello Stato e della legge deve agevolare, rimuovere gli ostacoli, addolcire le difficoltà, segnatamente mitigando le tassazioni. Sono tutte indagini delicate di limiti, di misure, interventi e cooperazioni che si esplicano e mutano secondo le condizioni della civiltà » (L. LUZZATTI, *La previdenza libera e la previdenza legale*, Milano, 1882, p. 28). La previdenza restava ancora ancorata al concetto di beneficenza pubblica anche in G. RICCA-SALERNO, *L'assicurazione degli operai*, in *Annuario delle Scienze Giuridiche, Sociali e Politiche*, IV, 1883, pp. 380-416.

(77) *A. P. doc. n. 74, XV Legislatura, Camera dei Deputati, cit., p. 3.*

(78) *Ivi.*

(79) *Ivi.*

corpo morale, autonomo, separato e distinto dagli enti che concorrevano a fondarla ed aveva sede amministrativa presso il comitato esecutivo della Cassa di Risparmio di Milano. Ai singoli istituti fondatori era dato mandato di rappresentare localmente la Cassa in maniera da accertare l'infortunio e liquidare l'indennità. La Cassa era dotata di un fondo di garanzia di un milione e mezzo di lire, fornito dagli enti fondatori senza alcun contributo dello Stato. Veniva assicurato qualsiasi infortunio che producesse nel danneggiato un'incapacità al lavoro per un periodo di tempo superiore a un mese ⁽⁸⁰⁾. Il disegno di legge sulla convenzione fu discusso ed approvato sia dalla Camera dei Deputati che dal Senato con estrema rapidità. Lo stesso Ministro, nella tornata del 27 giugno 1883 nel rispondere all'On. Pierantoni, il quale aveva fatto notare come questa legge presentata alla Camera dei Deputati in fine di sessione risentisse troppo di eccessiva precipitazione, affermava con decisione l'opportunità di anticipare e di non ritardare: « Una legge come questa richiede per essere messa in esecuzione almeno nove o dieci mesi: quindi è meglio anticipare che ritardare; anticipando non si fa nessun male, si può fare un gran bene » ⁽⁸¹⁾.

Viene immediato chiedersi a chi faceva « bene » la rapida approvazione della Convenzione. E lo stesso On. Pierantoni, sempre nella discussione alla Camera dei Deputati, chiariva la bontà dell'assicurazione e motivi che ne acceleravano l'approvazione: « Quando la legge ammette gli imprenditori a servirsi di questa Cassa, per assicurare i danni nascenti dalla loro responsabilità civile, non conviene chiamarla più Cassa per gli operai e per gl'infortuni sul lavoro. Il nome deve contenere due cose non una sola. L'ammissione degl'imprenditori fa sorgere il pericolo che questa Cassa con l'andare del tempo finisca per essere soprafatta dagli imprenditori e poco voluta dagli operai » ⁽⁸²⁾. La Cassa Nazionale di assicurazione

⁽⁸⁰⁾ Questa limitazione, stabilita nell'art. 10, dette luogo alcuni anni dopo, per consentire un maggiore sviluppo della Cassa, ad una modifica della Convenzione. La modifica, introdotta dalla legge 23 dicembre 1886, ridusse infatti a 10 giorni il termine dell'infermità temporanea.

⁽⁸¹⁾ A. P. *Discussioni Camera dei Deputati, XV Legislatura, tornata del 27 giugno 1883, discorso dell'On. BERTI*, p. 4447.

⁽⁸²⁾ A. P. *Discussioni Camera dei Deputati, XV Legislatura, tornata del 26 giugno 1883, discorso dell'On. PIERANTONI*, p. 4413.

trovava appunto i motivi della propria esistenza nell'altro progetto di legge dello stesso Berti, quello sulla responsabilità civile dei padroni col quale si integrava. Si intendeva infatti regolare in modo diverso la responsabilità per ottenere l'assicurazione. Questo orientamento veniva alimentato dalla sfiducia nella iniziativa privata che sollecitata dall'interesse personale aveva perso di vista quelle inevitabili ripercussioni sociali derivanti dalla mancanza di misure atte a salvaguardare la salute e la vita degli operai.

Gli infortuni sul lavoro in Italia nonostante la scarsezza di dati statistici avevano registrato un sensibile aumento sin dal 1879⁽⁸³⁾. Dai dati del Ministero dell'Interno per il triennio 1879-81 raccolti combinando tra loro le risposte dei Prefetti e dei Sindaci⁽⁸⁴⁾ si otteneva una media annuale di 697 operai morti per lesioni riportate, 340 rimasti inabili permanentemente e 7746 inabili temporaneamente. In questo modo risultava che ben 8783 operai erano rimasti vittime di infortuni sul lavoro in Italia nel triennio 1879-81.

(83) Statistiche abbastanza attendibili, ma limitatamente alla sola Lombardia e per gli anni 1883-84, in FONDAZIONE G. B. PONTI, *Gli infortuni sul lavoro*, Milano, 1885.

(84) L'inchiesta fu effettuata a seguito della circolare 12 novembre 1882 del ministro ad interim dell'Interno e presidente del Consiglio dei Ministri On. Depretis. La statistica degli infortuni sul lavoro verificatisi nel triennio 1879-81 compilata a seguito di questa circolare è riportata in appendice alla *Relazione sul disegno di legge « disposizioni intorno alla responsabilità civile dei padroni, imprenditori e altri committenti per i casi d'infortunio » presentata dal ministro dell'Agricoltura BERTI di concerto col ministro di Grazia e Giustizia e dei Culti ZANARDELLI alla Camera dei Deputati il 19 febbraio 1883 (A. P. doc. n. 73, XV Legislatura, Camera dei Deputati, p. 17):*

	Numero degli operai morti istantaneamente			Numero degli operai morti in seguito alle ferite riportate			Numero degli operai sopravvissuti		
	Maschi	Femmine	Totale	Maschi	Femmine	Totale	Maschi	Femmine	Totale
Costruzioni di fabbriche	516	15	531	291	4	295	1,572	27	1,599
Lavori nelle miniere . .	472	15	487	160	2	162	1,046	8	1,054
Lavori in fabbriche di preparati esplosivi .	66	13	79	34	9	43	137	15	152
Lavori in altri edifici in- dustriali in genere .	307	23	330	142	22	164	2,213	402	2,615
Totale . . .	1,361	66	1,427	627	37	664	4,968	452	5,420
Medie annuali	453,7	22,0	475,7	209,0	12,3	221,3	1.656,0	150,7	1.806,7

Con preoccupazione veniva osservato: « Ogni indugio diventa pericoloso perchè crescendo il numero e la gravità dei disastri, cresce per gli operai il bisogno di essere efficacemente tutelati dalla legge »; se l'assicurazione facoltativa rappresentava la soluzione al problema, una maggiore responsabilità « imposta dalle condizioni nuove del lavoro » ⁽⁸⁵⁾ era senz'altro il mezzo più efficace per garantirne lo sviluppo.

Il disegno di legge sulla responsabilità civile dei padroni rappresentò « il germe più ricco » ⁽⁸⁶⁾ del programma di legislazione sociale elaborato da Domenico Berti, quale ministro dell'Agricoltura durante il quinto ministero Depretis, al fine di evitare le cause di « perturbamento sociale », così esattamente definiva gli infortuni sul lavoro. Con questa iniziativa egli tentava di diminuire le cause di attrito fra le varie classi sociali rendendo più vivo il senso di responsabilità degli industriali. Questi ultimi venivano alquanto palesemente accusati di irresponsabilità sociale per i metodi di sfruttamento intensivo delle « classi lavoratrici » anche da alcuni quotidiani della borghesia più illuminata e « dotta »: « perchè quelle salme inanimate e lo spettacolo delle desolatissime famiglie superstiti non facciano prorompere il grido: EXORIAMUS ALIQUIS NOSTRIS EX OSSIBUS ULTOR bisogna che il Governo e il Parlamento si affrettino a studiare e a risolvere l'arduo problema » ⁽⁸⁷⁾. Di qui la necessità di rendere effettiva una responsabilità, che se elusa, rischiava di compromettere le basi stesse della società civile.

Già nel 1879 era stato presentato alla Camera, su iniziativa dell'On. Pietro Pericoli ⁽⁸⁸⁾, un disegno di legge che stabiliva in deroga al codice civile la responsabilità solidale tra i proprietari, architetti, ingegneri, capi-mastri ed esercenti.

Un secondo disegno di legge venne poi presentato nel 1880 dagli Onorevoli Minghetti, Luzzatti, Villari e Sonnino e prevedeva oltre alla responsabilità solidale, anche l'invenzione della prova in

⁽⁸⁵⁾ A. P. doc. n. 73 XV Legislatura, Camera dei Deputati, cit., p. 2.

⁽⁸⁶⁾ A. CABRINI, op. cit., p. 32.

⁽⁸⁷⁾ « L'Opinione », 19 giugno 1881, anno XXXIV, n. 168, Roma.

⁽⁸⁸⁾ Acute osservazioni si leggono in due articoli della « Rassegna Settimanale »: *La responsabilità degli imprenditori e il sistema probatorio*, vol. VII, n. 179 del 5 giugno 1881, pp. 355-357; *Gli infortuni del lavoro e la nostra legislazione civile*, vol. VII, n. 182 del 26 giugno 1881, pp. 403-405.

deroga ai principi civilistici sull'accertamento della responsabilità extra-contrattuale.

Secondo l'articolo primo di questo disegno di legge, non spettava all'operaio danneggiato di provare che il danno era avvenuto per colpa o negligenza del proprietario o dell'imprenditore ma, incombeva invece a quest'ultimi di fornire la prova della colpa o negligenza del danneggiato, del caso fortuito, della forza maggiore. Questo progetto, passato all'esame della Commissione della Camera dei Deputati, incontrò forti resistenze che ne impedirono la discussione in aula. Successivamente il disegno di legge sulla responsabilità civile dei padroni divenne di iniziativa governativa e fu presentato per due volte dal Ministro On. Berti, la prima volta nel 1881, la seconda nel 1883 ⁽⁸⁹⁾. Il secondo disegno di legge Berti, differiva profondamente dai precedenti progetti in quanto, non più limitato ad un inasprimento della responsabilità extra-contrattuale degli imprenditori e dei proprietari, si inseriva in un disegno più ampio, nel tentativo cioè di favorire non soltanto la soluzione dei problemi sociali nascenti dagli infortuni sul lavoro ma, lo strumento stesso che solo poteva risolverli compiutamente: l'assicurazione ⁽⁹⁰⁾.

La novità sostanziale consisteva nel contemplare l'assicurazione facoltativa contro gl'infortuni unitamente al diritto del civilmente responsabile di detrarre, dalla somma dovuta a titolo di risarcimento, l'intero ammontare dell'indennità liquidata dallo Istituto assicuratore, a condizione che l'assicurazione avesse compreso tutti i casi di infortunio e l'assicurante avesse concorso al pagamento dei premi in misura di un terzo. Quest'ultima clausola era dovuta alla ripartizione del pagamento dei premi, che si fondava sui discutibili dati statistici governativi i quali dimostravano che su 100 infortuni, solo il venti per cento era da addebitarsi a colpa dei padroni, mentre i quattro quinti erano, in massima parte,

⁽⁸⁹⁾ A. P. doc. n. 73, XV Legislatura, Camera dei Deputati, cit. Sul contenuto dei diversi progetti di legge sugli infortuni del lavoro e sul significato che questi assumevano rispetto alla legislazione vigente in materia qualche spunto in C. CURCIO, *I primi passi dell'assicurazione infortuni in Italia*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, XLVIII, 1961, pp. 459 ss.

⁽⁹⁰⁾ Così, U. MAZZOLA, *Il progetto di legge sulla responsabilità civile e il contro-progetto della commissione parlamentare*. Note, Napoli, 1885, p. 3.

il naturale effetto di casi fortuiti o di forza maggiore e in minima parte della negligenza dei danneggiati.

Il rendere più grave e più estesa la responsabilità degli imprenditori doveva considerarsi, secondo il Berti, una misura di prevenzione che avrebbe spinto gli stessi « padroni » a prendersi maggior cura della vita e della salute degli operai. In maniera mediata si sarebbe così favorito lo sviluppo dell'assicurazione facoltativa. Il disegno di legge sulla responsabilità civile dei padroni rappresentava appunto un « prius » rispetto a quello sulla Convenzione per la fondazione di una Cassa Nazionale sugli infortuni sul lavoro con il quale era stato presentato, alla Camera dei Deputati, nello stesso giorno ⁽⁹¹⁾. « Il determinare bene il concetto di responsabilità nel modo genuino indipendentemente anche da qualunque considerazione del codice, è quello che vi porta ad una efficace assicurazione degli infortuni. Dunque è la responsabilità che genera l'assicurazione, non l'assicurazione che genera la responsabilità » ⁽⁹²⁾. In questo ambito solo una determinazione più rigida della responsabilità negli imprenditori avvicinando questi alla Cassa di Assicurazione, rendeva più facile provvedere agli infortuni.

Dal punto di vista giuridico questa responsabilità si fondava nel progetto ministeriale su una presunzione legale: l'articolo 1352 del Codice Civile ⁽⁹³⁾ dispensava da ogni prova, colui a favore del quale aveva luogo. « Talchè — affermava il Berti — ⁽⁹⁴⁾ la vera posizione giuridica della questione non è di vedere se possa conciliarsi una tale inversione della prova col principio del diritto comune per cui *actori incumbit probatio*; ma piuttosto se nel caso concreto, esistono sufficienti motivi per giustificare una presunzione legale

⁽⁹¹⁾ Un esame del progetto Berti molto benevolo in F. SCHUPFER, *La responsabilità dei padroni per gl'infortuni del lavoro*, Roma, 1883, soprattutto, pp. 25 ss.; e pp. 40-41. Si dichiararono altresì favorevoli, ma con argomentazioni modeste. E. CAVO, *Gli infortuni sul lavoro*, Napoli, 1886, pp. 57 ss.; C. PAMPURI, *Il progetto di legge sugli infortuni del lavoro*, Milano, 1883, pp. 3 ss.; C. CESARI, *La responsabilità dei padroni nei danni prodotti dal lavoro*. Studio, Ascoli Piceno, 1881, pp. 55 ss.

⁽⁹²⁾ A. P. *Discussioni Camera dei Deputati, XV Legislatura, tornata del 18 maggio 1885, discorso dell'On. BERTI*, p. 13779.

⁽⁹³⁾ L'articolo 1352 del codice civile del 1865 così recitava: « La presunzione legale dispensa da qualunque prova quello a cui favore essa ha luogo ».

⁽⁹⁴⁾ A. P. *doc. n. 73, XV Legislatura, Camera dei Deputati*, cit., p. 7.

a favore dell'operaio (...). E questi motivi pare che esistano veramente e siano da rintracciarsi in un doppio ordine d'idee, l'uno obiettivo, l'altro soggettivo, per ciò che riguarda le condizioni speciali dell'attore che dovrebbe prestarle » ⁽⁹⁵⁾.

Bisogna tener presente che la prova che l'operaio doveva fornire, consisteva nel dimostrare che l'infortunio era stato causato per colpa dello imprenditore. Ciò rendeva illusorio per gli operai, nella quasi totalità dei casi di infortunio sul lavoro, il risarcimento del danno da parte degli imprenditori. Questa prova negativa consistente nel dimostrare che l'imprenditore nella fattispecie non esercitava la diligenza necessaria ad evitare l'infortunio, oltre ad essere difficile per se stessa a fornirsi era resa impossibile per quegli infortuni causati nelle miniere e nelle cave per frane o nelle officine per l'esplosione di caldaie a vapore e in tutti quei casi in cui i locali venivano a trovarsi modificati dopo l'infortunio stesso. Inoltre le persone, la cui sola testimonianza poteva dimostrare la colpa, potevano essere morte o in condizioni tali da non poter fornire alcuna testimonianza. L'on. Pasolini alla Camera dei Deputati ricordava non senza retorica ma significativamente che l'« operaio tra i compagni non trova facilmente i testimoni i quali ardiscono deporre contro il padrone che li mantiene, che per di più egli giace infermo dolorando per le ferite e per le membra rotte nel lavoro, ricordate che può essere agonizzante e talora anche morto e rappresentato solamente da una vedova, spesso lontana e da bambini

⁽⁹⁵⁾ Diversamente, alcuni giuristi dell'epoca affermavano un principio di responsabilità contrattuale. Scriveva il Sergardi: « quando si tratti della responsabilità d'una parte contraente verso l'altra, la colpa consiste nella inesecuzione delle obbligazioni derivanti dal contratto, nè occorre presumersela » (E. SERGARDI, *La responsabilità civile negli infortuni sul lavoro*. Studio, Pisa, 1886, p. 29). In altri termini — anche per il Vidari (E. VIDARI, *La cosiddetta inversione della prova*. Nota, in *Rendiconti del R. Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, vol. XIX, serie II, fasc. XI, 1886, p. 474) — ci troviamo di fronte ad una colpa contrattuale derivante dagli obblighi assunti dal datore di lavoro nei confronti del prestatore d'opera, non già in presenza di una colpa aquiliana. L'imprenditore doveva quindi garantire, quale obbligazione derivante dal contratto di locazione d'opera, l'idoneità dei luoghi alla sicurezza dell'attività lavorativa. « Il fondamento della responsabilità è nella organizzazione e direzione del lavoro » (U. GOBBI, *Relazione intorno al progetto di legge per la responsabilità dei padroni negli infortuni sul lavoro*, Fondazione G. B. Ponti, Milano, 1885, p. 96).

piccoli che nulla possono, nulla intendono » ⁽⁹⁶⁾. Ma nonostante fossero così evidenti e drammaticamente documentate le condizioni d'inferiorità in cui veniva a trovarsi un operaio infortunato nel provare la colpa del padrone, la Commissione esaminatrice del disegno di legge, propose un proprio progetto che si riduceva sostanzialmente ad una sospensiva. Ecco il testo dell'articolo primo del controprogetto ⁽⁹⁷⁾. « I proprietari od esercenti di miniere, di cave ed officine a motore meccanico e gli imprenditori di costruzioni urbane, gli ingegneri, gli architetti e i proprietari ai lavori, sono tenuti ad adottare tutti i mezzi di prevenzione prescritti da regolamenti speciali a tutela della salute e della vita degli operai » ⁽⁹⁸⁾.

Infatti data l'inesistenza di tali regolamenti è chiaro che la legge stessa sarebbe andata in vigore solo dopo la loro compilazione. Per altro un siffatto regolamento rappresentava « non altro che una limitazione dei casi di responsabilità; li definisce; dà delle norme tassative e fisse, circoscrive la responsabilità e la vigilanza; ai progressi che giornalmente la meccanica e l'igiene vanno facendo, sostituisce delle norme pedantesche, regolamentari » ⁽⁹⁹⁾. A queste osservazioni dell'On. Ferrari vi è da aggiungere che, i regolamenti sarebbero stati compilati dal Governo e nei casi di costruzioni urbane, dai Consigli Comunali composti in prevalenza da proprietari e quindi miranti a tutelare attraverso questo nuovo potere solo i propri interessi di classe.

Il controprogetto della Commissione si riduceva in tal modo ad una illustrazione del Codice Civile, anzi migliorava la posizione degli imprenditori e dei proprietari ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁶⁾ A. P. *Discussioni Camera dei Deputati, XV Legislatura, tornata del 13 maggio 1885, discorso dell'On. PASOLINI*, p. 13659.

⁽⁹⁷⁾ *Disegno di legge « responsabilità civile dei padroni, imprenditori ed altri committenti per i casi d'infortunio » presentato dall'On. CHIMIRRI relatore della Commissione alla Camera dei Deputati l'8 aprile 1884 (A. P. doc. n. 73 A, XV Legislatura. Camera dei Deputati, p. 9).*

⁽⁹⁸⁾ Una intelligente disamina del controprogetto si trova in U. MAZZOLA, *op. cit.*, p. 14 ss.

⁽⁹⁹⁾ A. P. *Discussioni Camera dei Deputati, XV Legislatura, tornata del 13 maggio, discorso dell'On. FERRARI*, p. 13645.

⁽¹⁰⁰⁾ « Il progetto della Commissione rappresenta una ironia (...) e non fa altro se non che ribadire ai vantaggi degli operai, quei diritti che ai termini

Di tutti i Deputati che parlarono alla Camera solo l'On. Chimirri, relatore della Commissione, appoggiò il controprogetto, gli altri Onorevoli, che pure, per diverse motivazioni, si mostrarono contrari al progetto Berti, si astennero dal sostenere il progetto della Commissione. I più fecero notare che il disegno di legge Berti, il quale, come giustamente affermò Pasquale Villari, si riduceva tutto all'articolo primo che stabiliva la responsabilità del datore di lavoro, rappresentava una pericolosa minaccia per l'ordine costituito ⁽¹⁰¹⁾. Per questi ultimi, la responsabilità civile dei padroni veniva considerata un'offesa per quei sentimenti di reciproca simpatia tra imprenditori ed operai che soli potevano assicurare prosperità e benessere all'economia nazionale. « In un'epoca in cui i legislatori e gli statisti hanno come principale obiettivo il temperare i dissidi tra le classi sociali, è strano che in Italia si proceda a ritroso in questo concetto approvando lo stato latente di lotta e mettendo proprietari ed operai in condizioni da guardarsi quasi come nemici, quando invece dovrebbe intendersi con leggi avvedute con provvedimenti di illuminata previdenza a raggiungere l'apporto obiettivo associando gli interessi degli uni e degli altri nell'unico fine della prosperità delle industrie, del lavoro e delle classi lavora-

del Codice Civile medesimo essi già hanno » (*A. P. Discussioni Camera dei Deputati, XV Legislazione, tornata del 13 maggio 1885, discorso dell'On. PRINETTI*, p. 13653).

⁽¹⁰¹⁾ Numerose sono le testimonianze a sostegno di questa affermazione: « E voi turbando queste classi che per fortuna d'Italia sono ancora esempio di bontà e di laboriosità, di amore alla famiglia, di rispetto alla proprietà, voi turbando queste relazioni e mettendo le nostre popolazioni su di una falsa strada, non farete al certo opera proficua all'avvenire delle classi operaie, nè a quelle del nostro paese (*A. P. Discussioni, XV Legislatura, tornata del 15 maggio 1885, discorso dell'On. MAZZIOTTI*, p. 13730). Del resto anche l'On. Prinetti, che pur riconosceva l'inutilità del controprogetto della Commissione, si affrettava a dire che « in molti casi otterremmo con questo disegno di legge (ministeriale) un effetto profondamente opposto a quello che vorremmo ottenere, perchè, volendo sottoporre più direttamente, più efficacemente, come voi volete, all'azione del magistrato tutte quelle questioni, si arriverà ad eliminare nei rapporti tra padrone ed operaio quella parte di cordialità e di cuore, che finora dobbiamo dirlo con soddisfazione, in Italia non è mai mancata » (*A. P. Discussioni Camera dei Deputati, XV Legislatura, tornata del 10 maggio 1885, discorso dell'on. PRINETTI*, p. 13653). « Piace ai sostenitori di siffatte innovazioni descriverci l'industriale come una vera bestia feroce che si pasce del sangue dell'operaio » (*M. SINIGALIA, La responsabilità civile dei padroni per gli infortuni del lavoro. Studio*, Torino, 1885, p. 17).

trici, distruggendo i germi di diffidenze pericolose e di fatali rancori » ⁽¹⁰²⁾.

In merito anche Giampiero Chironi, autorevole giurista, autore di un voluminoso testo sulla colpa nel diritto civile, teneva ad affermare che « altro è responsabilità, altro è previdenza o meglio la garanzia contro gli infortuni del lavoro » ⁽¹⁰³⁾. Ma il rifiuto teorico della responsabilità civile si esprimeva nel Chironi in una opposizione che andava ben al di là dell'inversione della prova prevista dal progetto ministeriale. Il suo rigido formalismo infatti, nel distinguere nettamente la questione giuridica da quella sociale, precisava che l'operaio « se un infortunio malaguratamente lo colpisse non potrebbe invocare il contratto per tenerne responsabile il padrone » ⁽¹⁰⁴⁾. In altri termini, dalla valutazione meramente giuridica della posizione contrattuale dal datore di lavoro si giungeva fino alla conclusione che « non egli obbligò l'operaio a prestare l'opera pattuita ma questi consentì liberamente » ⁽¹⁰⁵⁾.

Da questo punto di vista l'eguaglianza giuridica che si voleva così stabilita, comportava una definitiva liquidazione delle giustificazioni morali ed umanitarie determinanti nel progetto Berti la presunzione di colpa dell'imprenditore a vantaggio dell'operaio. Ma, nelle condizioni nelle quali si trovava l'operaio di fronte ai proprietari ed agli imprenditori, parlare di inderogabilità del diritto e di eguaglianza giuridica era un'amara ironia, poiché tutto ciò mistificava una reale disuguaglianza di fatto.

⁽¹⁰²⁾ A. P. *Discussioni Camera dei Deputati, XV Legislatura, tornata del 13 maggio, discorso dell'On. FINOCCHIARO-APRILE*, p. 13668.

⁽¹⁰³⁾ G. CHIRONI, *Della responsabilità dei padroni rispetto agli operai e della garanzia contro gli infortuni sul lavoro*, Siena, 1884, p. 6.

⁽¹⁰⁴⁾ *Ivi*, p. 8.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ivi*. Il gruppo della Rassegna Settimanale nel sottolineare questa rigidità della legislazione civile invitava i giuristi a non rendere « un cattivo servizio al nobilissimo obbietto dei loro studi, quando racchiusi in un formalismo vuoto, si ostinano a disconoscere la sostanza delle cose, nell'opporsi ai necessari adattamenti del diritto ai mutati rapporti sociali » (*La responsabilità degli imprenditori e il sistema probatorio*, in *La Rassegna Settimanale*, cit. pp. 356-357). Il tema degli infortuni sul lavoro si inseriva così in una problematica di più ampio respiro giuridico che concorreva a determinare, — « o sembrava » come acutamente ha rilevato l'Ungari — « una grave e reale crisi del diritto privato » (P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico. I - Le « scuole del diritto privato sociale »*, in *Politica del diritto*, anno I, 1970, n. 2-3, p. 255).

Per l'On. Maffi lo stesso progetto Berti era del tutto insufficiente.

« La legge proposta poi o signori ammesso che possa essere efficace, non provvederà che alla quinta parte degli infortuni e quindi alla quinta parte dei danneggiati » ⁽¹⁰⁶⁾. Se dunque si voleva riparare a tutti i disastri che avvenivano sul lavoro industriale, bisognava accettare il concetto della assicurazione obbligatoria. Espresero questo convincimento molti deputati intervenuti nella discussione, ma nella maggioranza dei casi questo atteggiamento rifletteva la preoccupazione di evitare l'approvazione del progetto Berti sulla responsabilità civile dei padroni. I tempi non erano ancora maturi per l'assicurazione obbligatoria e ciò ben sapeva il Ministro Grimaldi, succeduto al Berti, nel sostenerne il progetto. « Mentre contro la legge di responsabilità oggi sorgono dei giuristi ad opporre l'autorità del Codice pensando non doversi mai deviare dal criterio giuridico; quando io stesso presentassi un progetto di legge sull'assicurazione obbligatoria, griderebbero alla violazione del principio di libertà, mi lapiderebbero addirittura » ⁽¹⁰⁷⁾.

Assunse una posizione particolare riguardo al disegno di legge sulla responsabilità l'On. Minghetti.

Per il Minghetti la legislazione sugli infortuni del lavoro « tendeva a passare dal diritto privato al diritto pubblico » ⁽¹⁰⁸⁾. Questo movimento era dovuto al diverso modo nel quale si riguardavano i doveri della società e dello Stato verso le classi lavoratrici causa

⁽¹⁰⁶⁾ A. P. *Discussioni Camera dei Deputati*, XV Legislatura, tornata del 13 maggio 1885, discorso dell'On. MAFFI, p. 13663.

⁽¹⁰⁷⁾ A. P. *Discussioni Camera dei Deputati*, XV Legislatura, tornata del 18 maggio 1885, discorso dell'On. GRIMALDI, p. 13790. Si ricordi a questo proposito la dura critica del giovane Salandra all'intervento dello Stato in materia di assicurazioni sociali, cfr. A. SALANDRA, *Un caso del socialismo di Stato. Lo Stato assicuratore*, in *Nuova Antologia*, anno XVI, serie II, vol. XXVII, fasc. XI (1 giugno 1881), pp. 444-479.

⁽¹⁰⁸⁾ A. P. *Discussioni Camera dei Deputati*, XV Legislatura, tornata del 15 maggio 1885, discorso dell'On. MINGHETTI, p. 13733. Per il Minghetti, gli squilibri, che la presenza del proletariato operaio provocava nei rapporti sociali tradizionali, dovevano necessariamente risolversi, sia sul giuridico sia su quello più direttamente politico, nella ricerca di un nuovo equilibrio della struttura sociale e dei suoi apparati istituzionali. A questo proposito si veda: C. CURCIO, *Idee e discussioni intorno alla previdenza e dopo*, in *Previdenza sociale*, XVII, 1961, pp. 1153-1154.

la nascita di nuove responsabilità che non potevano più essere mantenute sul fondamento del diritto privato. Le responsabilità erano politiche e il governo doveva provvedervi rapidamente. Seguendo questa linea di pensiero le polemiche civilistiche che osteggiavano l'approvazione del progetto non avevano senso alcuno poichè la legislazione infortunistica aveva caratteri del tutto eccezionali in deroga al diritto civile vigente.

Vi era nella fattispecie un interesse pubblico al quale lo Stato doveva provvedere con l'esercizio di una tattica lungimirante volta a svuotare di mordente politico i risentimenti delle masse operaie per gli infortuni sul lavoro, che tristemente li colpivano. Per contro, il consenso che l'apparato statuale ricercava con questa riforma, senz'altro modificatrice sul piano formale sfuggiva all'On. Costa, che interpretando il progetto Berti un intervento dello Stato nei rapporti tra capitale e lavoro, si affrettava a votarlo ⁽¹⁰⁰⁾. Solo nel giugno del 1886, intervenendo alla Camera dei Deputati in difesa del Partito operaio, il Costa operava quel distacco tra classe operaia e democrazia borghese che la coscienza di classe imponeva. In effetti, nella discussione sulle prime leggi cosiddette sociali, il Costa appare ancora legato al Fascio della democrazia ed incapace di intendere pienamente il carattere eminentemente conservatore di simili interventi legislativi.

Il disegno di legge sulla responsabilità civile dei padroni fu approvato dalla Camera dei Deputati con stretta maggioranza, 175 voti a favore e 115 contrari, dopo che con la maggioranza di un sol voto era passato il primo articolo che conteneva il principio fondamentale. Giunto il progetto Berti, in Senato, incontrò la violenta opposizione dei vecchi liberali e dei conservatori più retrivi, si verificarono vari incidenti ed inutilmente il Ministro Grimaldi cercò di chiarirne la finalità.

Per dimostrare l'opportunità della legge al solo fine di favorire lo sviluppo della Cassa Nazionale di assicurazione per gli infortuni sul lavoro inutilmente il Ministro presentò al Senato una statistica

⁽¹⁰⁰⁾ « Quantunque io riconosca l'inefficacia del presente disegno di legge, siccome per altro esso stabilisce un principio che è quello dell'intervento del potere pubblico nei rapporti tra capitale e lavoro, così io lo voterò » (*A. P. Discussioni Camera dei Deputati, XV Legislatura, tornata del 16 maggio, discorso dell'On. COSTA*, p. 13760).

sull'aumento percentuale del numero degli assicurati dall'agosto 1884, mese in cui fu emessa la prima polizza della Cassa, al 1 marzo 1886, dalla quale risultava con immediatezza che il maggiore aumento si era verificato nel maggio 1885 quando per il progetto Berti fu fissata la discussione alla Camera dei Deputati. « Quando si è creduto che la legge che era in discussione potesse essere approvata, le assicurazioni sono aumentate; quando si è creduto che essa fosse abbandonata o non prossima alla discussione, le assicurazioni sono diminuite o rimaste stazionarie; in ogni modo è certo che la Cassa Nazionale, alla quale furono concessi privilegi ed esenzioni, non ha dato i risultati che se ne attendevano appunto perchè la responsabilità civile non è completa ed efficace e quindi non vi è l'interesse di esimersene mediante l'assicurazione » ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹¹⁰⁾ *A. P. Discussioni Senato, XV Legislatura, tornata del 9 aprile 1886, discorso dell'On. GRIMALDI, p. 4937.* I dati ufficiali riguardanti il numero degli operai assicurati presso la Cassa Nazionale d'assicurazione sugli infortuni dall'agosto 1884 al 1° marzo 1886 (in *A. P. Discussioni Senato, XV Legislatura, tornata del 9 aprile 1886, p. 4936*) sono i seguenti:

Anni e Mesi	Numero delle polizze		Numero degli operai nelle assicurazioni collettive	Aumento percentuale del numero degli operai compresi nelle polizze collettive
	individuali	collettive		
1884 agosto	4	—	—	—
settembre	12	1	100	—
ottobre	23	3	195	—
novembre	25	3	195	—
dicembre	42	12	1,621	—
	<i>a</i>	<i>b</i>	<i>c</i>	<i>d</i>
1885 gennaio	64	15	1,678	3,5
febbraio	99	18	1,792	6,8
marzo	144	20	2,424	35,4
aprile	182	26	2,707	14,2
maggio	251	29	6,312	130,0
giugno	254	31	6,982	10,0
luglio	278	43	7,802	11,8
agosto	285	56	9,330	19,5
settembre	302	62	9,856	5,6
ottobre	314	68	10,441	5,9
novembre	326	86	13,249	37,1
dicembre	346	92	13,841	4,5
1886 gennaio	364	119	17,227	28,0
febbraio	394	141	19,336	9,1

Per chiarire ulteriormente gli umori del Senato basterà riportare le parole del senatore Pierantoni, peraltro condivise dai più. Questi sottolineava la mancanza in Italia di grandi industriali che rendessero possibile la formazione di un proletariato numeroso come in altri paesi d'Europa. Definiva perciò le riforme proposte « non mature, non necessarie, non studiate » ⁽¹¹¹⁾. Quindi se alla Camera dei Deputati l'opposizione si era trincerata dietro l'impossibilità di modificare « l'arca sacra » del codice civile, al Senato tale paravento cadde quasi del tutto. Il senatore Marescotti sollevando l'indignazione del Ministro Grimaldi giunse ad affermare: « Voi ammaestrate, direi così, nell'esercizio della ingiustizia, della prepotenza, del privilegio una classe che disgraziatamente è abituata a difendere i suoi interessi, bisogna lo dica, con brutalità » ⁽¹¹²⁾.

A seguito di questa accanita e tenace opposizione e in coincidenza con le vicine elezioni generali, il Ministro Grimaldi, per evitare il voto negativo del Senato, sospese la discussione. La questione rimaneva impregiudicata, ma evidentemente non era questa la via per giungere alla risoluzione sociale del problema infortunistico. Ben altro era lo strumento e non pochi deputati e senatori con diversi intendimenti avevano indicato l'assicurazione obbligatoria come l'unica via di uscita per la classe dirigente di fronte a simili problemi. Ma, l'asse del governo, dimostratesi ormai infondate le previsioni allarmistiche legate all'esito dell'elezioni a suffragio allargato dell'86, si spostava sempre più a destra. Così che presto si ricercarono soluzioni diverse per la « questione operaia ». Con l'epoca crispina, si aprì infatti quella lunga parentesi, caratterizzata da una ripresa dell'attività repressiva nei confronti del movimento operaio, che provocò un'assenza totale di proposte di legi-

⁽¹¹¹⁾ A. P. *Discussioni Senato, XV Legislatura, tornata del 10 aprile 1886, discorso del Sen. PIERANTONI*, p. 4958.

⁽¹¹²⁾ A. P. *Discussioni Senato, XV Legislatura, tornata del 7 aprile 1886, discorso del Sen. MARESCOTTI*, pp. 4882-4883. « Il legislatore ha un mezzo solo di avvantaggiare, come egli desidera, la gente laboriosa e anche di procurare uno stato economico conveniente alle basse moltitudini e questo mezzo è di estendere l'osservanza della rigida legge del mio e del tuo, che rassicura gli interessi personali autonomi » (A. MARESCOTTI, *La legislazione sociale e le questioni economiche. Studio*, Milano, 1887, p. 1).

slazione sociale di iniziativa governativa. Repressione poliziesca e legislazione sociale furono appunto i due volti della borghesia italiana negli ultimi decenni del XIX secolo. Ora l'uno, ora l'altro, più esposto il primo, ma entrambi miranti al raggiungimento fideistico della «pace sociale».

VALERIO POCAR

RIFLESSIONI SUL RAPPORTO
TRA «SOCIALISMO GIURIDICO»
E SOCIOLOGIA DEL DIRITTO

L'analisi dei rapporti tra «socialismo giuridico» e sociologia del diritto può suggerire due distinti ordini di questioni e due diversi modi di accostarsi al problema. Da un lato ci si può domandare se il movimento di pensiero che va sotto il nome di «socialismo giuridico» abbia contribuito al sorgere o quanto meno allo sviluppo della sociologia del diritto e, in caso affermativo, quale sia stata la portata e il significato di tale contributo. Dall'altro lato, ci si può porre il problema della valutazione che può essere data, da parte del sociologo del diritto, dell'attività di un movimento di giuristi e cioè la domanda se il «socialismo giuridico» abbia formulato o si sia fondato su una teoria sociologica del diritto e, in caso affermativo, di quale tipo di teoria si tratti. Il secondo modo di accostamento al problema è quello che piuttosto attira colui che guarda a quei rapporti con gli occhi del sociologo e non con quelli dello storico del pensiero giuridico. È d'altronde anche abbastanza evidente, mi pare, che per il sociologo la risposta al secondo ordine di problemi costituisce, per così dire, una premessa e un chiarimento del primo, se non addirittura la giustificazione di esso.

Per rispondere, allora, con ordine alle questioni poste, mi pare necessario determinare anzitutto se, nel «socialismo giuridico», possa individuarsi una teoria sociologica del diritto o addirittura se tale corrente di pensiero non possa costituire, in ultima analisi, una particolare corrente della sociologia del diritto. E per far questo occorrerà non soltanto individuare alcuni elementi caratterizzanti del «socialismo giuridico», ma anche e soprattutto pre-

mettere, per chiarezza, talune considerazioni circa la sociologia del diritto stessa. Non con lo scopo di dire qui, ch  sarebbe fuor di luogo, che cosa sia o debba essere tale disciplina, ma al fine d'individuare, almeno, di fronte alla estrema variet  d'opinioni manifestate dai suoi cultori circa la natura e i compiti di questa branca della sociologia —   infatti importante ricordare che questo particolare settore degli studi sociologici, non certo ormai tra i meno antichi o i meno sviluppati, ha visto di recente, dopo il fervore di ricerche empiriche che ha caratterizzato gli anni '60, un rivolgimento teorico e ha visto ritornare sul tappeto i problemi di definizione, fin quasi al punto da modificare non superficialmente la sua fisionomia — per individuare, dicevo, un criterio che sia pi  o meno generalmente accettato, al fine di scriminare, agli occhi del sociologo del diritto, tra teorie sociologiche del diritto e altre teorie che sociologiche non sono, ci  che significa poi individuare il punto di vista del sociologo del diritto rispetto ad altri punti di vista che sociologici non sono. Riallacciandomi anche a quanto ha recentemente sostenuto con esemplare intuizione il Bobbio, discutendo la distinzione tra teorie formali e teorie sociologiche del diritto, credo dunque di poter indicare tale criterio scriminante in questo, che costituisce un elemento comune sia a tutte le teorie sociologiche del diritto sia a tutte le teorie sulla sociologia del diritto, se ci   il diritto venga concepito come un elemento dipendente (o interdipendente) da altri elementi sociali ovvero come un sistema (in senso sociologico) compreso o dipendente dal pi  vasto sistema sociale.

Alla luce di questa premessa, mi pare fuor di dubbio che la teoria del diritto sviluppata dal « socialismo giuridico » possa considerarsi una teoria di tipo sociologico, nel senso che mi pare fuor di dubbio che alla base della teorizzazione giuridica degli esponenti di questa corrente di pensiero vi sia, con maggiore o minore consapevolezza, esplicitamente o per implicito, una concezione del diritto come fenomeno sociale, collegato e determinato da altri fattori sociali (economici, politici e cos  via) o comunque interdipendente con essi. E credo di poter fare questa affermazione anche se   ben chiaro che l'estrema variet  d'indirizzi, d'interessi, di campi d'indagine e d'analisi (e anche d'esperienze culturali) riscontrabile presso i cosiddetti « socialisti giuridici » non consente

certo di ricostruire una loro unitaria e precisa concezione della società e del diritto. Ma certo l'elemento indicato tutti li accomuna e non potrebbe essere diversamente. Tutta la problematica del « socialismo giuridico » in ogni campo, sia in quello privatistico che in quello penalistico sia in altri campi ancora, nasce appunto dall'aver collegato il fenomeno giuridico alla realtà sociale e, più in particolare, al problema delle classi emergenti. Quando Menger, nella sua prolusione di rettorato *Ueber die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, afferma che ogni sistema giuridico è un sistema di rapporti di potere che si sono formati all'interno di un gruppo sociale o di un intero popolo nel corso del suo sviluppo storico, oppure, nella *Neue Staatslehre*, afferma che la legislazione non è che l'espressione delle effettive condizioni di potenza della società, o, ancora, che le trasformazioni di gran lunga più importanti dell'ordinamento giuridico sono senza dubbio quelle che sorgono dai mutati rapporti di potere delle singole classi della società borghese, altro non fa che affermare una concezione del diritto come sistema dipendente dal sistema sociale ovvero come funzione dello stesso. E gli esempi potrebbero ripetersi, come per il fondatore del movimento, così anche per i suoi epigoni. Un'esemplificazione che mi pare superflua. Mette invece conto, perché in modo indiretto, ma significativo, ne trae conforto l'osservazione sopra indicata, già che si è fatto cenno a Menger (il quale può ben definirsi pensatore paradigmatico dell'intero movimento, nel senso che in lui possono senza dubbio individuarsi tutti i temi principali e tutte le caratteristiche del « socialismo giuridico », spesso anzi, a mio giudizio, con chiarezza ed evidenza ben maggiori che presso altri esponenti della scuola), di ricordare come questo Autore concepisca la scienza che ha per oggetto il diritto. A tale scienza infatti sarebbero attribuiti tre compiti, cui adempirebbero tra diverse discipline tra loro collegate. Di queste tre branche la più importante sarebbe la *legislativ-politische Jurisprudenz* avente per scopo il confronto tra il materiale giuridico tradizionale e la situazione presente, al fine di produrre i mutamenti del diritto che la situazione futura renderà necessari. Ciò avverrebbe in particolare tramite un settore, il principale di questa branca della scienza giuridica, cioè la *sociale Rechtswissenschaft*, il cui compito sarebbe appunto quello di osservare lo sviluppo dei rapporti sociali per formulare suggeri-

menti circa la costituzione del diritto futuro. Ma che cosa è, in realtà, questa « scienza sociale del diritto » se non una specie di sociologia del diritto, non dissimile da quella che anche oggi viene concepita da molti studiosi? E quale senso avrebbe una tale disciplina, se il diritto non fosse inteso come un sistema connesso al sistema sociale?

Trascurando esemplificazioni superflue, dunque, quello che importa fissare è piuttosto questo, che cioè il « socialismo giuridico » ha elaborato o, quanto meno, si è fondato su una teoria del diritto di tipo sociologico. A questo punto sembra però necessario determinare meglio le caratteristiche di tale teoria del diritto e discuterne il significato alla luce del dibattito sociologico-giuridico. E a questo proposito mi sembra alquanto utile analizzare le teoria del « socialismo giuridico » con riferimento alla problematica che scaturisce dalla considerazione dei rapporti tra il diritto e il mutamento sociale. Si tratta di questioni di grande momento nell'analisi sociologico-giuridica e anzi nell'analisi sociologica *tout court*. Si tratta d'altronde anche di un punto che non è possibile non toccare parlando del « socialismo giuridico », la cui problematica — a ben guardare, e già vi ho accennato — nasce tutta dalla considerazione che la società umana è una società in trasformazione e che il diritto, che è fenomeno sociale, è legato a tale trasformazione. Ora, per inquadrare il modo in cui gli esponenti del « socialismo giuridico » concepiscono i rapporti tra diritto e mutamento sociale sarà opportuno ricordare che su questo argomento sono andate delineandosi, nel dibattito sociologico-giuridico, due fondamentali tendenze. Da un lato è possibile individuare una corrente che sostanzialmente concepisce il diritto come un prodotto della società, la quale poco alla volta ma continuamente induce modificazioni nella sfera giuridica, rendendo così il diritto sempre consoni alle esigenze sociali di conservazione e d'integrazione del gruppo, in una parola una corrente che concepisce il diritto come un meccanismo di controllo sociale a tutela di rapporti preesistenti. Una corrente che, per fare qualche riferimento, trova i suoi precedenti, in campo giuridico, nella dottrina della scuola storica di Savigny e, in campo sociologico, nelle dottrine positivistiche da Saint-Simon giù giù fino a certe tendenze dello struttural-funzionalismo. Dall'altro lato è possibile individuare una corrente

che pone l'accento sulla capacità del diritto di trasformare la società e quindi concepisce il diritto come un complesso di norme emanate col fine, almeno in tendenza consapevole, di formare o trasformare la società. Una concezione cioè secondo la quale il diritto è un meccanismo di controllo sociale dinamico, che precede e determina il fatto sociale. E qui si può fare riferimento alle dottrine giusnaturalistiche dell'illuminismo, all'utilitarismo benthamiano, fino, come vedremo, a scuole recentissime.

Come si colloca, dunque, il « socialismo giuridico » in questa alternativa problematica fondamentale, alla quale non è possibile sfuggire? Di primo acchito, si è portati ad affermare che il « socialismo giuridico » aderisce, nella sostanza e recisamente, alla seconda delle concezioni che ho sopra ricordate e cioè a quella che intende il diritto come uno strumento per la trasformazione della società. Questa impressione mi pare in definitiva esatta, anche se ad un'osservazione più attenta, essa si rivela un poco affrettata e qualche riserva potrebbe formularsi.

Comunque, l'adesione palese e cosciente è certo nel senso sopra indicato. In fondo il « socialismo giuridico » è tale non già perché sviluppato da giuristi o semplicemente perché si ritiene di pervenire al socialismo nell'ambito del diritto (anche se questa componente è in evidenza insieme al desiderio di evitare lo scontro violento delle classi, individuando così nel diritto un veicolo di risoluzione del conflitto), bensì perché si ritiene di poter pervenire al socialismo tramite lo strumento giuridico. La fiducia in tale strumento, o più esattamente nello strumento legislativo risulta anzi illimitata. Si consideri come, in fondo, la gran parte della produzione dei « socialisti giuridici », da Menger in poi, è consistita nell'analisi e nella critica della legislazione vigente e in proposte di riforma legislativa in senso più favorevole alle classi lavoratrici, dove la *pars destruens* è normalmente condotta in funzione della parte costruttiva. Ricordo ancora, a tal proposito, la non dissimulata antipatia degli esponenti del « socialismo giuridico » (e di Menger in particolare) per gli esponenti della scuola storica del diritto, i quali, concependo il diritto come un prodotto spontaneo della storia dei popoli, porrebbero altresì la premessa concettuale per giustificare qualsiasi tipo di diritto esistente, in quanto storicamente determinatosi, e conseguentemente per negare qual-

siasi tentativo di evoluzione cosciente e volontaria, laddove il legislatore avrebbe il dovere di essere « originale, cioè prudentemente antistorico ». Antipatia per la scuola storica cui si contrappone un non casuale apprezzamento verso le teorie del giusnaturalismo moderno, di cui vengono sì sottolineati i limiti metodologici e concettuali, ma anche la capacità di forgiare ideali da perseguire.

Ma la fiducia nello strumento legislativo, quale strumento per la trasformazione della società, pone il problema, delicato, del legislatore. È evidente che concepire il diritto come un complesso di direttive di comportamento emanate al fine di determinare un mutamento dei comportamenti sociali preesistenti pone la questione circa il potere che emana tali direttive e possiede gli strumenti per renderle e mantenerle efficaci. Se, in altre parole, il diritto è uno strumento e non la semplice manifestazione di rapporti (economici, politici e così via) esistenti e latenti, non può non porsi il problema di individuare colui che maneggia tale strumento (e conseguentemente colui cui tale strumento giova).

Di tale problema — nodale, mi sembra — gli esponenti del « socialismo giuridico » non sembrano darsi grande cura. Il diritto cui essi alludono è diritto statuale, garantito dalla forza dello stato, ma — e ciò è sorprendente — la nozione di « stato » è nebulosa e incerta. Dello stato essi preferiscono illustrare i compiti, non l'origine, i campi d'intervento, non la natura. E in ciò, nello sfuggire il problema del potere (cioè, per i « socialisti giuridici », dello stato) consiste la debolezza della dottrina e da ciò scaturisce la sua intima contraddittorietà, contraddittorietà che appare evidente se si collega la funzione che il movimento attribuisce al diritto con la natura e con l'origine del diritto come l'intendono gli stessi « socialisti giuridici ». È per essi concezione comune che il diritto rappresenta e ha sempre rappresentato uno strumento di potere che riflette e ha sempre riflettuto gli interessi delle classi dominanti, ossia, per usare ancora una volta le parole di Menger, « tutti gli ordinamenti giuridici finora esistenti sono sorti in ultima analisi come imposizione di una minoranza di potenti e hanno perciò mirato sempre a favorire gli interessi di questi a spese delle grandi masse del popolo », sicché « una teoria che si metta al servizio non degli interessi, ma dei fatti non può considerare le nostre

condizioni giuridiche e sociali come l'esplicazione della vita dell'intera nazione, ma è forzata ad ammettere che queste condizioni sono sorte in origine per lo svolgersi della violenza a beneficio di piccoli gruppi e che si basano ancora a tutt'oggi sulla forza». Ed ecco che, infatti, come primo scopo i rappresentanti del «socialismo giuridico» si prefiggono quello di modificare le norme e il sistema giuridico, in ogni sua branca, al fine precisamente di dare agli interessi delle classi subalterne uno strumento che li garantisca, limitando e correggendo secondo giustizia l'espandersi degli interessi delle classi che detengono il potere, in modo da realizzare la giustizia sociale e, in ultima istanza, il socialismo. Ma, se la legislazione «non è che l'espressione delle effettive condizioni di potenza della società» e ciò perché è strumento in mano a chi detiene il potere (e gli esponenti del «socialismo giuridico» non sembrano dubitarne affatto), come è possibile che tale strumento, che sembra sia in grado di controllare i comportamenti e di determinarli, ma a tutto vantaggio delle classi dominanti, trasformi la società in senso socialista? La domanda rimane senza risposta da parte dei «socialisti giuridici».

Ma tale mancata risposta spiega il giudizio dei contemporanei, spiega, ciò che potrebbe sembrare strano, la ragione per cui le critiche più severe siano giunte da sinistra, dai socialisti senza aggettivi, e siano giunte immediatamente, subito precise nel cogliere la contraddizione. Mi piace ricordare qui le ben note osservazioni svolte nel 1894 da Claudio Treves sulla *Critica sociale*, recensendo la traduzione italiana dell'opera famosa di Menger *Il diritto civile e il proletariato*, osservazioni però rivolte a tutto il movimento, che cioè la riforma del diritto non può provenire dal diritto stesso né essere affidata al legislatore o ai giuristi, perché «il socialismo non può venire che per opera degli interessati», perché tutti i tentativi per riformare il diritto «sono condannati ad essere sterili finché esso è il diritto della classe in predominio». Non posso neppure trascurare la critica, sotto il profilo politico anche più precisa, svolta dal Labriola nel 1895, nello scritto *In memoria del manifesto dei comunisti*, dove metteva in guardia le masse operaie dall'illusoria ideologia giuridica socialista, che celava nient'altro che un espediente di conservazione, rilevando l'assurdità di «chiedere a questa società che essa muti anzi rovesci

il suo diritto », l'illogicità di « chiedere a questo Stato che esso cessi dall'essere lo scudo e anzi il baluardo di questa società e di questo diritto ». Vorrei, infine, ricordare le osservazioni, sociologicamente più sottili, già svolte dal Gumpłowicz in *Die soziologische Staatsidee*, sempre prendendo spunto dalla citata opera di Menger. « Sembra strano — osservava il sociologo austriaco — che Menger non si sia accorto della contraddizione logica tra la definizione del concetto di 'ordine giuridico' da lui data o per meglio dire accettata, e le pretese che accampa verso lo Stato. Poiché aut aut! È lo Stato una 'somma di rapporti di potenza riconosciuti durevolmente' sì o no? Se lo è, come Menger stesso riconosce, allora l'ineguaglianza sta nella sua natura, non potendo esservi 'rapporti di potenza' che là dove regna l'ineguaglianza ». E conclude: « Se si vuole la perfetta eguaglianza ... è d'uopo abolire tutti i rapporti di potenza, quindi anche la loro 'somma' e di conseguenza l'ordine giuridico' che lo Stato rappresenta. Quindi la pretesa di abolire l'ineguaglianza è la pretesa di abolire lo Stato ». Proprio quello Stato al quale Menger, e con lui nella sostanza tanti altri o tutti gli esponenti del « socialismo giuridico » assegnano il compito di legiferare al fine di « creare per le classi lavoratrici un intero sistema di nuovi istituti giuridici », affinché « la pacifica convivenza e la cooperazione dei popoli non sia affidata al libero giuoco delle forze politiche economiche », proprio quello stato che dovrebbe intervenire quale « autorità avente diritto e dovere di realizzare, magari con la coercizione, una vita di pace e di operosità ». Tornano allora in mente le ironiche e conclusive parole di Claudio Treves, là dove osservava che il fondatore del « socialismo giuridico » ci descrive « con poetiche parole il compito che deve prefiggersi il legislatore, educatore del popolo e vate dell'avvenire, e da lui invoca e attende la tutela delle classi povere ».

Un equivoco di fondo, dunque, che qui non è evidentemente il caso di approfondire nelle sue implicazioni politiche e ideologiche. In questa sede mette conto piuttosto di rilevare come, in sostanza, la contraddizione intima, che è stata sopra illustrata, sia da riportarsi a livello sociologico, a due punti. Anzitutto, a un'inesatta comprensione o, quanto meno, a una scarsamente approfondita analisi del concetto di stato. Il diritto, concepito

d'altronde in modo strettamente normativistico, viene per tal via scisso dall'istituzione statale e a questa anzi quasi contrapposto. E così, mentre del diritto il « socialismo giuridico » conquista una nozione critica e sociologicamente rilevante, cogliendone la natura classista, individuando gli interessi che vi sottostanno, collegando più in generale il fenomeno giuridico ai fenomeni sociali e alla società globale, sicché in particolare ad esso deve ascriversi il merito di aver affondato il bisturi della critica nei più vari settori del diritto e segnatamente nel campo del diritto privato, dove la natura classista del diritto si manifesta (o si manifestava) in modo più sottile e nascosto, smascherando l'indole meramente ideologica dei principi, anche dei fondamentali, di ogni ordinamento giuridico, una nozione sociologica dello stato, in fondo, non è quasi neppure abbozzata. Dello stato, viceversa, viene proposta una nozione meramente giuridico-politica e, in ultima analisi, astratta e metafisica, sicché gli elementi giusnaturalistici cacciati dalla finestra del diritto finiscono a rientrare per la porta dello Stato. Il che equivale a dire, su un diverso piano, che si finisce ad affidare al legislatore « borghese » la formulazione e la realizzazione del diritto « socialista ».

In secondo luogo, l'equivoco mi pare ancora consistere in questo, che il « socialismo giuridico » non sembra trarre le logiche conseguenze, né a livello teorico né a livello pragmatico, da quanto esso è andato tuttavia individuando, chiaramente e direi inequivocabilmente, anche se spesso in modo inconsapevole o quanto meno inespresso, in sede di analisi critica, che cioè il diritto sarebbe elemento sovrastrutturale della società e funzione di essa (al pari dell'ideologia o del sistema politico o dello stato). Ora, pur partendo da questa percezione, che costituisce la giustificazione e il fondamento della *pars destruens* del « socialismo giuridico », questa corrente di pensiero finisce poi per considerare il diritto come elemento strutturale della società e anzi quest'ultima come funzione del primo, senza cogliere il rapporto dialettico tra il diritto inteso come strumento per la sua trasformazione.

La problematica qui discussa non ha perso d'interesse. È anzi il caso di osservare, a questo proposito, che nell'attuale dibattito sociologico-giuridico circa i rapporti tra diritto e mutamento sociale, sembra forse prevalere, tra le due tendenze cui ho

fatto precedentemente cenno, piuttosto la seconda che non la prima, sembra forse prevalere cioè proprio quella che concepisce il diritto come uno strumento di progresso sociale piuttosto di quella che lo concepisce come un prodotto della società. Mette conto di ricordare, ad esempio, che il Comitato di sociologia del diritto dell'I.S.A. scelse, per il VII congresso mondiale dell'associazione, or sono pochi anni, come tema specifico « L'ingegneria sociale, cioè la funzione del diritto come strumento di trasformazione sociale », dove non si può non accennare al fatto che alla discussione di questo tema hanno recato contributi studiosi provenienti dalle più diverse parti del mondo e rifacentisi alle più varie ideologie. Scienziati « borghesi » e scienziati « socialisti », pur differenziandosi profondamente nelle premesse e nelle pregiudiziali, si sono trovati concordi nell'attribuire al diritto l'attitudine e la capacità di modificare i rapporti sociali.

Non è evidentemente il caso, qui, di esaminare, neppure in superficie, queste tendenze recenti, ma non voglio mancare di rilevare che l'esperienza culturale del « socialismo giuridico » potrebbe costituire un contributo prezioso all'analisi sociologico-giuridica e ciò, per un paradosso solo apparente, proprio attraverso la considerazione delle sue intime contraddizioni dal punto di vista sociologico. L'esame attento degli « errori » del socialismo giuridico riconduce infatti necessariamente all'esame attento di due questioni fondamentali e pregiudiziali per chiunque intenda affrontare il problema del diritto inteso come strumento di trasformazione, o più in generale quello della relazione tra diritto e mutamento sociale, la questione cioè dei rapporti tra il potere e la legislazione, da un lato, e quella conseguente del rapporto tra struttura e sovrastruttura, dall'altro. Un cospicuo contributo problematico, che qui ho cercato appena appena d'abbozzare.

La dimensione giuridica

NORBERT REICH

DER JURISTENSOZIALISMUS
VON ANTON MENDER (1841-1906)
IM NEUNZEHNTEN JAHRHUNDERT UND HEUTE

Gliederung: I. Die literarische Wiederentdeckung des Juristensozialismus von Anton Menger. — II. Menger als « Juristen-Sozialist ». — III. Mengers Staatslehre. — IV. Mengers Rechtstheorie. — V. Menger und die marxistische Staats- und Rechtstheorie. — VI. Menger und die Gegenwart.

Verzeichnis der im Text abgekürzt zitierten Literatur

- MENDER, *Arbeitsertrag* ders., *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, 3. A. Stuttgart-Berlin 1904 (teilweise bei Reich, Texte S. 39-51).
- ders., *BGB* ders., *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen 1890.
- ders., *Soziale Aufgaben* ders., *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, in: *Die Feierliche Inauguration des Rectors der Wiener Universität*, Wien 1895, S. 29-56.
- ders., *Neue Staatslehre* ders., *Neue Staatslehre*, 2. A. Jena 1904 (teilweise bei Reich, Texte S. 65-72).
- ders., *Neue Sittenlehre* ders., *Neue Sittenlehre*, Jena 1905.
- KÄSTNER Karl-Hermann KÄSTNER, *Anton Menger (1841-1906) - Leben und Werk*, Tübingen 1974.
- MÜLLER Eckhart MÜLLER, *Anton Mengers Rechts- und Gesellschaftssystem*, Berlin 1974.
- SCHÖPFER Gerald SCHÖPFER, *Anton Mengers Staatslehre*, Diss. Graz 1973.
- v. WESTERNHAGEN Dörte WILLRODT v. WESTERNHAGEN, *Recht und soziale Frage- Die Sozial- und Rechtsphilosophie Anton Mengers*, unveröff. Diss. Hamburg 1974.
- CERRONI Umberto CERRONI, *Marx und das moderne Recht*, Frankfurt/M 1974.

- ENGELS/KAUTSKY diess., *Juristensozialismus*, *Marx-Engels-Werke* (MEW) Bd. 21 S. 491 ff. (teilweise bei Reich, Texte S. 53-63).
- HATTENHAUER Hans HATTENHAUER, *Zwischen Hierarchie und Demokratie - Eine Einführung in die geistesgeschichtlichen Grundlagen des geltenden Rechts*, Karlsruhe 1971.
- MARX ders., *Kritik des Gothaer Programms*, MEW Bd. 19 S. 18 ff. (teilweise bei Reich, Texte S. 33-37).
- PAUL Wolf PAUL, *Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts*, Frankfurt/M 1974.
- PAŠUKANIS Eugen PASCHUKANIS, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, Frankfurt/M 1966.
- REICH, Aktuelle Norbert REICH, *Aktuelle Tendenzen in der Diskussion der Überbauproblematik in der marxistischen Rechtstheorie*, in: BREITENBÜRGER/SCHNITZLER, *Marx und Marxismus heute*, Hamburg 1974, S. 125-142.
- ders., Menger ders., *Anton Menger und die demokratische Rechtstheorie, Recht und Politik* 1972, S. 93-101.
- ders., Sozialismus ders., *Sozialismus und Zivilrecht*, Frankfurt/M 1972.
- ders., Texte ders., (Hrsg.), *Marxistische und sozialistische Rechtstheorie*, Frankfurt/M 1972.
- ROTTLEUTHNER Hubert ROTTLEUTHNER (Kvsq.), *Probleme der marxistischen Rechtstheorie*, Frankfurt M 1975.
- STUČKA Petr I. STUČKA, *Die revolutionäre Rolle v. Staat und Recht*, Frankfurt/M 1969.
- TUMANOV V. A. TUMANOV, *Buržuasnaja pravovaja ideologija* (Die bürgerliche Rechtsideologie), Moskau 1971.
- WIEACKER Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. A. Göttingen 1967.

I. Die literarische Wiederentdeckung des Juristensozialismus von Anton Menger.

Im Zuge einer zu beobachtenden Umorientierung der Jurisprudenz von einer Geisteswissenschaft zu einer Sozialwissenschaft ist es nur verständlich, daß das bislang verschüttete und verdeckte Erbe des 19. Jh. zu dieser Diskussion endlich aufgearbeitet wird. Die in sich uneinheitliche Richtung des « Juristensozialismus » vermag hierzu einen Beitrag zu leisten. Es ist zu begrüßen, daß sich die *Quaderni Fiorentini* mit dem vorliegenden Sammelband ausdrücklich dieses Ziel gesetzt haben.

Einer derjenigen Juristen, die eine « andere » Rechtswissenschaft als die in Dogmen- und Methodenstreitigkeiten befangene Jurisprudenz seiner Zeit forderte und dazu auch Beiträge lieferte, war Anton Menger (1841-1906). Im allgemeinen juristischen « Vorverständnis » verbindet sich sein Name mit der Kritik des ersten Entwurfs eines BGB von 1890; darin erschöpft sich im allgemeinen auch die literarische Würdigung, z.B. bei Wieacker (S. 457, 470), Hattenhauer (S. 181-186) und selbst bei marxistischen Autoren wie Tumanov (S. 46-49). Sein wissenschaftliches Vermächtnis ist bislang ebensowenig aufgearbeitet worden wie seine Stellung zu den verschiedenen Richtungen des Sozialismus im 19. Jh., seine Position innerhalb der Staats- und Rechtstheorie sowie seine wissenschaftstheoretische Originalität.

Der Verfasser dieser Zeilen hat 1972 unter dem Hinweis auf wichtige Teile von Mengers sonstigem Werk — insbes. dem « Arbeitsertrag », der « Sozialen Aufgabe » und der « Neuen Staatslehre » — versucht, die Aktualität von Menger mit dem Stichwort der « *demokratischen Rechtstheorie* » zu erfassen, die in den Komponenten einer politischen, einer sozialen und einer kritischen Rechtsauffassung von Menger ansatzweise entwickelt werden (Reich, Menger S. 93-101).

Als wesentlich für das Demokratieproblem wurde die bei Menger ausgesprochene und auf das Recht transponierte Forderung angesehen, die « besitzlosen Volksklassen » in einem System des « Verteilungssozialismus » an ihrem Arbeitsertrag partizipieren zu lassen, ihnen aber zumindestens ein Existenzrecht zu garantieren. Dies bedingte für Menger einerseits eine Kritik der auf « individualistischen Machtverhältnissen » beruhenden bürgerlichen Staats- und Rechtsordnung und ihren Grundinstitutionen von Privateigentum und Vertragsfreiheit, andererseits eine Auseinandersetzung mit dem historischen Materialismus von Marx, Engels und Kautsky.

In kurzem Abstand sind 4 Dissertationen erschienen, die auf Mengers Staats- und Rechtslehre und auf seine Stellung zum Sozialismus in unterschiedlicher Ausführlichkeit und Tiefe eingehen. Am wenigsten befriedigt die Arbeit von Schöpfer; sie wird daher nicht weiter verfolgt. Die Arbeiten von Kästner, Müller und v. Westernhagen (im folgenden als « Autoren » bezeichnet)

sollen hier ausführlicher gewürdigt werden. Dabei ergibt sich ein ziemlich geschlossenes Bild des Lebens und Werkes von Anton Menger. Eine wissenschaftlich befriedigende Einordnung von Anton Menger in den Juristensozialismus des 19. Jh. ist jetzt möglich. Allen drei Arbeiten fehlt jedoch — und dies sei als Kritik von vornherein bemerkt — der *Gegenwartsbezug*: Sie beantworten nicht die Frage, inwieweit die Beschäftigung mit Menger mehr als ein wissenschaftshistorisches Interesse verdient, sie greifen die Mengerschen Stichworte einer « legislativ-politischen Jurisprudenz », einer rechtlichen Lösung des Partizipationsproblems, einer Kritik des Privateigentums, und der Vertragsfreiheit, einer Auseinandersetzung mit der materialistischen Staats- und Rechtstheorie nicht auf, um sie in die gegenwärtige Diskussion um Rechtstheorie und Sozialwissenschaften einzubringen.

1. Die ausführlichste Studie zu Menger stammt von Kästner. Kästner geht — soweit ersichtlich — sämtlichen Spuren in der Vita und im Werk von Menger nach und legt sie mit erschöpfender Gründlichkeit offen. Die zentralen Teile beschäftigen sich mit « Anton Menger als Kritiker des 'individualistischen Machtstaates' » und « Mengers Entwurf einer sozialistischen Gesellschaft ». Indem Kästner die Auseinandersetzung Mengers mit dem individualistischen (d.h. bürgerlichen) Machtstaat in die zwei Komponenten « Mengers staats- und rechtstheoretische Position » und « Das Recht im 'individualistischen Machtstaat' » zerlegt, nimmt er eine folgenschwere Phasenverschiebung vor, die auf den wissenschaftlichen Ertrag des Buches einen negativen Einfluß ausübt. Mengers Staats- und Rechtstheorie wird nicht entwickelt — wie es Menger selbst getan hatte — anhand seiner Kritik der bürgerlichen Staats- und Rechtsordnung und seiner Aufarbeitung sozialistischer Gesellschaftstheorie, sondern umgekehrt dem Mengerschen Denken aus der Retrospektive übergestülpt. Kästner beschäftigt sich dann mit der Frage, in welche staats- und rechtstheoretische Schule Menger einzuordnen sei, ohne überhaupt die Grundlage für Mengers Denken erkennbar zu machen!

So gelangt Kästner (S. 47) zu der Behauptung, Mengers Staatstheorie reduziere den Staat auf Herrschaft und kenne keine weiteren Staatszwecke, während es gerade Mengers Kritik war, daß

der bürgerliche Machtstaat eben nur Machtstaat und sonst nichts sei (Neue Staatslehre S. 16 ff., 28 ff.). Gleiches gilt dann für die Mengersche Rechtstheorie: Kästner bezeichnet sie als instrumental und als Ausdruck des soziologisch-empirischen Gesetzespositivismus (S. 74). Die «soziale Rechtswissenschaft» bei Menger wird in die Rubrik der «gleitenden Sozialisation des Rechts» (S. 89) eingeordnet, die die *soziologisch-empirischen* Erkenntnisse i.S. der Mengerschen Rechtsauffassung erbringe (S. 88).

Nachdem Menger nun so «verzettelt» ist, geht Kästner auf die soziale Frage und Mengers Antwort darauf ein. Hier ist die Darstellung ertragreicher, insbes. zur Kritik Mengers am Entwurf eines BGB und deren Folgen. Kästner würdigt allerdings diese Kritik unter primär institutionellen Aspekten, ohne die in Mengers Schrift immer wieder durchbrechenden (BGB S. 6, 9, 11, 15 ff, 21 ff, 28 ff, 37, 109, 114, 121, 126, 136 f, 143, 146, 188 f, 202, 216, 225) rechtspolitischen und wissenschaftstheoretischen Positionen aufzuarbeiten.

Der Teil von Kästners Arbeit über «Mengers Entwurf einer sozialistischen Gesellschaft» befaßt sich insbes. mit der «Neuen Staatslehre», daneben auch mit der «Neuen Sittenlehre» und dem letzten, 1906 erschienenem Werk, der «Volkspolitik», deren literarisches Echo Kästner mit akribischer Sorgfalt nachvollzogen hat. Wie wenig der Autor seinen eigenen, von Menger als «Begrenztheit des rein juristischen Standpunktes» (BGB, S. 153) bezeichneten Horizont überschritten hat, zeigt die Einordnung des Mengerschen Eigentumssystems im volkstümlichen (d.h. sozialistischen) Arbeitsstaat. Kästner subsumiert die von Menger für diesen Zukunftsstaat entwickelten drei Eigentumsarten (Privateigentum an verbrauchbaren Sachen, bloße Nutzungsrechte an benutzbaren Sachen, Staatseigentum an den Produktionsmitteln) unter die Rubrik «Sachenrecht» im Rahmen der *Rechtsordnung*, obwohl Menger vom «Sachenrecht des volkstümlichen Arbeitsstaats» spricht (Neue Staatslehre S. 80 ff) und damit die *grundlegende Eigentumsstruktur*, nicht ihre rechtliche Ausgestaltung meint. Kästner vermeidet es auch an dieser Stelle, die Verbindung der «Neuen Staatslehre» insbes. zum «Arbeitsertrag», aber auch zur BGB-Kritik herzustellen, obwohl diese Werke einer durchaus einheitlichen Konzeption entsprechen.

Die Kritik an Mengers Position wird von Kästner mehr punktuell eingeblendet als wirklich theoretisch entwickelt. Auf die Kontroverse mit marxistischen Theoretikern geht er nur vereinzelt ein (S. 21, 63 ff, 219). Herbe Kritik erfährt dagegen von Kästner die Mengersche Ausgestaltung des « Volkstümlichen Arbeitsstaats » im einzelnen: die lenkende Rolle des Staates sei allumfassend, die Wirtschaftsbehörden allmächtig, einen Schutz gegen Machtmißbrauch des Staates gebe es nicht, persönliche Freiheiten seien unberücksichtigt, die ökonomische ziehe nicht die politische Demokratie nach sich (S. 173, 186 ff, 194 f). Damit nimmt er die Bismarcksche Polemik vom sozialistischen « Zuchthausstaat » und « Polizeistaat » wieder auf. (S. 199 f). Gänzlich unbeachtet bleibt dabei Mengers gerade gegen den Marxismus entwickelter Versuch, die Einführung des « volkstümlichen Arbeitsstaates » in Anknüpfung an die überlieferten Begriffe von Staat und Recht vorzunehmen (Neue Staatslehre, S. 236 ff, auch bei Reich, Texte S. 69 ff).

2. Die Hamburger — leider noch unveröffentlichte — Dissertation von v. Westernhagen lotet insbes. den Stellenwert Mengers innerhalb des Sozialismus und der wissenschaftstheoretischen Diskussion des 19. Jh. aus. Sie behandelt die Fragenkreise « Gesellschaft und soziale Frage - Sozialkritik bei Anton Menger », « Der Staat », « Sozialreform bei Anton Menger », « Menger zwischen bürgerlicher Sozialreform und proletarischem Sozialismus » und « Mengers Rechtsdenken ». V. Westernhagen sieht die theoretischen Grundlagen des Sozialismus von Menger nicht — wie bei Marx und Engels — in einer Analyse der Entwicklung kapitalistischer Produktionsverhältnisse, sondern in der Theorie vom « Raub des vollen Arbeitsertrages » durch eine « ursprüngliche Okkupation » (S. 51 ff, 62 ff). Daraus erklärt sich dann die gesellschaftstheoretische Ableitung der Machttheorie, die bei Kästner weitgehend offengeblieben war. Die Machttheorie als Grundlage von Staat und Recht bleibt auf halbem Wege stehen (S. 55 ff.), da sie geschichtsphilosophisch und nicht sozialwissenschaftlich abgeleitet ist (S. 73 ff.). Sie behauptet ein nicht bewiesenes Primat der Politik über das Recht (S. 77).

Der Sozialismus von Menger wird m.E. richtig von v. Westernhagen als *Verteilungssozialismus* gedeutet und in die früh-

sozialistisch-utopische Diskussion (Lassalle, Proudhon) eingebettet (S. 140 ff.). V. Westernhagen deckt die Widersprüche dieses Verteilungssozialismus auf, da die Bedingungen der Produktionsverhältnisse nicht untersucht werden (S. 120). Erst rückwirkend von der Verteilungsproblematik, deren Ausgestaltung auch für Menger kaum lösbare Probleme aufweist (S. 177 ff.), erhebt sich dann für Menger die Forderung nach Vergesellschaftung der Produktion, nicht umgekehrt; hier wird also der zweite Schritt vor dem ersten getan.

Die wissenschaftstheoretische Position von Menger findet bei v. Westernhagen an vielen Stellen eine gründliche, allerdings nicht geschlossene Aufarbeitung (S. 74 ff., 175 ff., 196 ff., 202 ff.).

V. Westernhagen unterscheidet deutlich das Mengersche Verständnis der bürgerlichen Gesellschafts-, Staats- und Rechtsordnung einerseits, die als soziologisch-instrumentell begriffen wird, und seine Ausführungen zum volkstümlichen Arbeitsstaat und seiner Rechtsordnung, die bei Menger auf einer (verdeckten) materialen Staatszwecklehre (S. 91 ff.) und auf einer Ableitung normativer Kategorien aus empirischen Tatsachen beruhen (S. 93, 200 ff.). Mengers Wissenschaftsbegriff weist also erhebliche Widersprüche auf, die einerseits vom historischen Materialismus, andererseits von der bürgerlichen Sozialreform empfindliche Kritik erfahren haben.

Großen Raum nehmen die Ausführungen v. Westernhagens zur sozialistischen Zukunftsgesellschaft bei Menger ein. V. Westernhagen kommt in Aufdeckung des obrigkeitlichen Denkens von Menger (Wirtschafts- und Erziehungsdiktatur, S. 104 ff.) und seines «naiven Utopismus» zu ähnlichen Ergebnissen wie Kästner und auch Müller. Weiterführend ist aber ihr Hinweis, daß Menger das sozialistische Rechtssystem einfach postuliert und nicht ableitet; es bleibt bei ihm gedankliches Konstrukt (S. 188 ff.).

Bemerkenswert ist auch, daß sie den Demokratiebegriff nicht — wie einst Hugo Preuß und heute Kästner — auf seine bürgerliche (politische) Komponente reduziert, sondern das hierin angelegte Partizipationsproblem herausarbeitet (S. 96, 113).

Die Einordnung von Mengers Rechtsdenken bereitet auch v. Westernhagen Schwierigkeiten und ist nicht immer überzeugend. Sie entdeckt bei Menger eine Art «Naturrecht des vierten Standes»

(S. 191 ff., 218). Mengers Rechtswissenschaft ist damit *Ethoswissenschaft* (S. 176 f.). Daneben soll bei Menger eine Denkweise zu entdecken sein, die als «*juristischer Naturalismus*» und als «*Empiriokritizismus*» (S. 3, 206) definiert wird. Seine Wurzel liegt darin, daß aus der Wirklichkeitsbetrachtung normative Postulate abgeleitet werden. Das ganze Rechtsdenken von Menger erweist sich daher als ein «*soziologischer Empirismus mit naturrechtlichen Abweichungen*» (S. 198).

3. Eine recht knappe, die literarische Auseinandersetzung um Menger mit einbeziehende, aber zu ihr selbst nicht Stellung nehmende Darstellung gibt schließlich die Arbeit von Müller. Neben einem Kapitel über «*Mengers Leben und seine Zeit*» beschäftigt er sich mit «*Mengers Rechtsverständnis*», «*Mengers Staatskonzeption*» und «*Der Weg zur neuen Gesellschaftsordnung*». Die Darstellung des Verteilungssozialismus von Menger ist recht kurz, dessen Hintergründe Müller allerdings nicht aufdeckt.

Müllers Aufbereitung des Mengerschen Rechtsverständnisses geht von Mengers Kritik an der dogmatischen und historischen Jurisprudenz aus. Dabei versucht Müller, auf die rechtstheoretischen Aspekte der Mengerschen BGB-Kritik einzugehen, die bei Kästner weitgehend offengeblieben waren. Müller entdeckt den sozialwissenschaftlichen und rechtspolitischen Aspekt bei Menger (S. 49 f.) und zieht Parallelen zur Diskussion im 19. Jh. Bei der Untersuchung der Funktionen des Rechts erkennt Müller, daß Menger ähnlich wie Lassalle das «*Recht als Summe von dauernd anerkannten Machtverhältnissen*» (S. 54) begreift. Allerdings weist Müller nicht auf die rechtspolitische Dynamisierung der Machttheorie bei Menger hin, da für Menger *geänderte* Machtverhältnisse auch *andere* Rechtsbeziehungen mit sich bringen sollten, die mit den Interessen der «*besitzlosen Volksklassen*» verkoppelt werden (vgl. Soziale Aufgaben S. 45 f., 48, Neue Staatslehre S. 253).

Das Mengersche Rechtsverständnis wird aus der Machttheorie abgeleitet (S. 54), diese allerdings erst an späterer Stelle mit der Konzeption des individualistischen Machtstaates verbunden (S. 73 ff.). Müller erklärt dann wie Kästner nicht hinreichend die wissenschaftstheoretischen Unterschiede der Mengerschen Analyse des bürgerlichen Rechts und des Rechts der Zukunftsgesellschaft;

es reicht nicht aus, eine Deckung des Rechts mit den « wirtschaftlichen (?) Erfordernissen » (S. 65) zu behaupten, wo doch Menger gerade den Unterschied von dem « naturwüchsigen » (d.h. bürgerlichen) und dem « reflektierten » Recht der Zukunftsgesellschaft (Neue Staatslehre, S. 33) postuliert. Die Untersuchung der Staatskonzeption führt in etwa zu ähnlichen Ergebnissen wie Kästner, auch wenn Müller Klassifizierungsversuche nur zurückhaltend vornimmt. Er spricht deshalb nur von « Parallelen » zur soziologischen Staatsidee. Die Konzeption des volkstümlichen Arbeitsstaates wird von Müller allerdings nur wenig aufgehellert. Dabei erweist es sich für Müller als Hindernis, daß er eine Deckungsgleichheit von « volkstümlich » und « sozialistisch » bestreitet (S. 81; A.M. Neue Staatslehre S. 20). Auch hier bleibt es beim Vorwurf der hoheitlichen Zwangsordnung, der Gefährdung persönlicher Freiheiten und der Ablehnung politischer Demokratie (S. 88, 93, 97, 100 f.). Wie früher Preuß und heute Kästner argumentiert Müller von der Warte des bürgerlich-rechtsstaatlichen Staatsverständnisses, ohne dieses aber näher belegt zu haben.

Kritik muß auch das Kapitel über den « Weg zur neuen Gesellschaftsordnung » erfahren. Hier verwechselt Müller ständig die kategorial-wissenschaftstheoretische mit der politischen Ebene der Einführung des volkstümlichen Arbeitsstaates. Der Utopievorwurf gegen Menger (S. 112 ff.), den Menger übrigens immer bestritten hat (vgl. Neue Staatslehre, S. 54; auch Arbeitsertrag, bei Reich, Texte S. 50-99, gegen Marx gewandt), kann daher nicht eindeutig festgemacht werden.

Müller versucht am Schluß eine Gesamtwürdigung des Mengerschen Denkens, die dessen Widersprüchlichkeit aufdeckt. « Im Ansatz soziologisch bei seiner Forderung nach einer legislativ-politisch Jurisprudenz, hat Menger gerade die soziologische Analyse nicht geleistet, die für die Stichhaltigkeit seines Systems von entscheidender Bedeutung gewesen wäre: Menger hätte auf eine Hinterfragung der gesellschaftlichen Machtverhältnisse nicht verzichten dürfen. Stattdessen hat er bewußt alle außerjuristischen Bezüge aus seiner Argumentation ferngehalten, und er fand sich in dieser Beziehung in Übereinstimmung mit dem staatsrechtlichen Positivismus seiner Zeit. Mit der Propagierung ökonomischer

Grundrechte hingegen war Menger naturrechtlichen Traditionen verhaftet » (S. 116).

Auf die Richtigkeit dieser These wird noch zurückzukommen sein. Bei der Kritik des Mengerschen Denkens sollte immerhin der soziale Impetus nicht außer acht gelassen werden.

II. *Menger als « Juristen-Sozialist ».*

Menger selbst hatte sich um eine juristische Umsetzung sozialistischer Vorstellungen bemüht und gerade hierin den Mangel aller Spielarten des Sozialismus gesehen, auch des Marx-Engelschen wissenschaftlichen Sozialismus. In der Vorrede des « Arbeitsertrages » heißt es dann auch programmatisch: « In dieser juristischen Bearbeitung des Sozialismus erblicke ich die wichtigste Aufgabe der Rechtsphilosophie unserer Zeit; ihre richtige Lösung wird wesentlich dazu beitragen, daß sich die unerläßlichen Abänderungen unserer Rechtsordnung im Wege einer friedlichen Reform vollziehen » (bei Reich, Texte S. 39). Seine Kritik an Marx lautete gerade dahingehend, daß eine notwendige Ergänzung der Mehrwerttheorie fehle, nämlich « eine rechtsphilosophische Kritik des Privateigentums an den Produktionsmitteln und den benutzbaren Sachen, ferner eine gründliche Darlegung des Rechts auf den vollen Arbeitsertrag » (bei Reich, Texte S. 47; vgl. die Replik Engels-Kautsky, bei Reich, Texte S. 60).

In den Vorbemerkungen seines « BGB » stellt er fest, daß der Sozialismus bislang vor allem die wirtschaftliche Seite der Gesellschaftsentwicklung, nicht aber das Recht beachtet habe (S. 2). In der « Neuen Staatslehre » fordert er schließlich, daß der Sozialismus « im Wege der staatlichen Gesetzgebung », d.h. mit Mitteln und in Anknüpfung an den Rechtsbegriff eingeführt werde (S. 235, 240).

Die Bezeichnung « Juristen-Sozialismus » gibt also die Transformationsstelle an, durch die sozialistische Ideen und Ideale in praktische Politik umgegossen werden können. Auch wenn diese Bezeichnung durch die Polemik von Engels und Kautsky einen abwertenden Beigeschmack bekommen hat, so bezeichnet sie dennoch ziemlich genau den Weg, den die Arbeiterbewegung in bürgerlichen Staaten — trotz Revisionismusdebatten, trotz Spal-

tungstendenzen und trotz einer auch in der Gegenwart nicht aufhörenden Diskussion um « Reformismus » und « Systemsveränderung » — gegangen ist. Insoweit scheint mir das Stichwort vom « demokratischen Sozialismus » (Reich, Menger S. 99), das übrigens in keiner der referierten Untersuchungen auftaucht, durchaus den Schlüssel zu Mengers Denken zu geben, insbesondere angesichts der Mengerschen Zurückweisung der Durchsetzung der neuen Ordnung im Wege der Revolution. — Von daher können auch die zur Kennzeichnung des Mengerschen Denkens verwendeten Schlagworte wie « Kathedersozialist » (Wieacker S. 457; dagegen zu Recht Kästner S. 120; Müller S. 40; mißverständlich Reich, Menger S. 93); « Austromarxist » (Kritik bei Müller S. 19, 40) problematisiert werden. Zur Einordnung von Menger ist vielmehr entscheidend, daß im Verhältnis zu seinen sozialistischen Ideen das Rechtsdenken durchaus *instrumentelle* Funktion hat. Der Widerspruch zwischen dem am bürgerlichen Staat entwickelten Rechtsbegriff und dem für den volkstümlichen Arbeitsstaat geltenden Rechtsbegriff löst sich auf: er ist jeweils instrumental — nur unter anderen Machtverhältnissen.

Das eigentliche Problem des Juristen-Sozialismus liegt dann nicht darin, *wie* sondern *was* transformiert wird. An *dieser* Stelle muß dann auch der Hebel zur Kritik Mengers ansetzen, was in der Klarheit nur bei v. Westernhagen deutlich wird. Der Sozialismus von Menger erweist sich nun in mehrfacher Hinsicht als problematisch. Er postuliert bestimmte Grundrechte « Recht auf den vollen Arbeitsertrag », « Recht auf Existenz », « Recht auf Arbeit », ohne eigentlich deren Grundlage anzugeben. Sie sind als Setzungen deshalb genauso richtig und willkürlich zugleich wie jedes andere politische Schlagwort. Menger geht dann auch in seinem « Arbeitsertrag » rein ideengeschichtlich vor, wenn er die Stellung der sozialistischen Autoren zu den « vor die Klammer » gezogenen Grundrechte näher darstellt, ohne damit mehr aufzuarbeiten als den Stand der Diskussion innerhalb der verschiedenen Richtungen des Sozialismus; wissenschaftlich abgeleitet und gesellschaftstheoretisch fundiert sind die « Rechte » damit allerdings noch nicht. Zudem unterlaufen ihm bei Einordnung der sozialistischen Lehren in die verschiedenen Grundrechte noch sachliche Fehler, wie insbes. sein Mißverständnis der Marxschen

Mehrwerttheorie zeigt (Menger, Arbeitsertrag S. 100 ff.; dazu Engels-Kautsky, bei Reich, Texte S. 60; v. Westernhagen S. 58, 142 ff.; Reich, Menger S. 94 f.; Müller S. 34 ff.). Weiterhin gelangt Menger zu einer synkretistischen Gegenüberstellung der verschiedenen Positionen, wobei die Spanne von den konservativen Soziallehren bis zum revolutionären Marxismus gezogen wird (Arbeitsertrag, S. 126 ff.). Er kann dann behaupten, daß die «sozialistischen Parteien der Gegenwart ... ganz allgemein das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in der negativen Bedeutung dieses Wortes» anerkennen (bei Reich, Texte S. 48).

Das zweite, von Menger nicht aufgelöste Problem ist das der Reduktion des Sozialismus auf die *Verteilungsfrage*. Wenn er meint, daß im Sozialismus ein «reflektiertes Verteilungssystem» an die Stelle des naturwüchsigen bürgerlichen Systems treten müsse (Neue Staatslehre S. 95), so bleibt diese Forderung in seinen eigenen Werken uneingelöst. Da Menger einerseits das «Recht auf den vollen Arbeitsertrag» als «objektives Verteilungssystem» und das «Recht auf Existenz» als subjektives Verteilungssystem in ihren Unterschieden herausarbeitet, andererseits beide dann doch wieder nebeneinander stellt, so muß es sich entgegenhalten lassen, Unvergleichbares zu vergleichen. Er kann noch nicht einmal darlegen, daß eine Durchsetzung einer subjektiven Verteilungssystems den Weg zu einem objektiven Verteilungssystem ebnet (vgl. aber bei Reich, Texte S. 45); die Praxis der bürgerlichen Staaten weist eher den gegenteiligen Weg.

Menger relativiert damit selbst seine leidenschaftliche Kritik am Privatrecht und am Privateigentum, das er als Ursache für die Vorenthaltung des Rechts auf den vollen Arbeitsertrag ansieht. Auch die Umgestaltung der Eigentumsordnung im volkstümlichen Arbeitsstaat i.S. von Kollektiveigentum, um arbeitsloses Einkommen zu verhindern, bleibt ebenso unverbindlich wie die bereits für die Gegenwart erhobene Forderung, der jetzige Staat (also der individualistische Machtstaat) möge das weitere Entstehen von arbeitslosem Einkommen verhindern (Neue Staatslehre S. 176 f.).

Kästner glaubt, die hierin angelegte Ambivalenz der Verteilungssysteme dadurch zu lösen, daß er Menger eine Prärogative für ein subjektives Verteilungssystem unterstellt (S. 173 Anm. 15).

Dies mag für den « Arbeitsertrag » zutreffen, wo die Grundrechte scheinbar gleichberechtigt nebeneinanderstehen. Für die späteren Schriften (BGB S. 3; Neue Staatslehre S. 80 ff.) kann dies nicht mehr gelten; Menger setzt sich letztlich für ein *objektives Verteilungssystem* ein, sonst wäre seine Kritik am Privateigentumssystem und seine Forderung nach dessen Abschaffung nicht verständlich.

III. Mengers Staatslehre.

Menger hat seine Staatslehre kritisch am « individualistischen Machtstaat » entwickelt und aus dieser Kritik, verbunden mit seinen sozialistischen Vorstellungen, den « volkstümlichen Arbeitsstaat » entwickelt. Den heutigen Leser interessiert dabei naturgemäß zweierlei: die Stringenz der Mengerschen Kritik am bürgerlichen Staat und die Überzeugungskraft seines Zukunftsentwurfes. An beiden melden die Autoren erhebliche Bedenken an, und auch der Verfasser hat sich an anderer Stelle skeptisch zu Mengers Staatsauffassung geäußert (Reich, Menger S. 99). Hinzuweisen bleibt auch, daß Menger mit seiner Staatstheorie weder unter bürgerlichen noch unter sozialistischen Autoren Anerkennung finden konnte.

1. Grundlage der Mengerschen Staatskritik des individualistischen Machtstaates (= bürgerlicher Machtstaat) ist die *Machttheorie*, worauf alle Autoren zu recht hinweisen. Menger selbst hatte ja geschrieben, daß alle Rechtssysteme nur aus den Machtverhältnissen abgeleitet seien und den Zweck verfolgten, den Nutzen der Mächtigen auf Kosten der breiten Volksmassen zu gewährleisten (Neue Staatslehre S. 3).

Die Grundlegung der Machttheorie wird allerdings von den Autoren unterschiedlich bestimmt. Kästner (S. 63) und Müller (S. 93) bemängeln, daß Menger nicht die Bedeutung der wirtschaftlichen Macht sehe und deshalb auf die ökonomischen Verhältnisse nicht eingehe. Dieser Hinweis überzeugt allerdings wenig, da die Autoren selbst nicht angeben, worauf sie die Macht zurückführen und Mengers Einwand nicht aufnehmen, Staats- und Rechtsverhältnisse hätten sich trotz veränderter ökonomischer

Verhältnisse auch dann gehalten, wenn nur genügend Macht dahinter stehe (Neue Staatslehre S. 227). V. Westernhagen argumentiert dagegen von einem materialistischen Machtverständnis her: sie wirft Menger vor, daß er die Machtfrage nicht mit den spezifischen Verhältnissen der kapitalistischen Gesellschaft verbinde (S. 65, 73 ff.).

Um die Mengersche Machttheorie richtig zu verstehen, muß man beachten, daß sie mit der *Eigentumsstruktur* der Gesellschaft verbunden ist. Gerade das Privateigentumssystem, auf dem der individualistische Machtstaat aufbaut, ist die Ursache der Staatsmacht, der Grund für den Klassencharakter des Staates und die Ursache des Privatrechtssystems, das den Gütertausch dem Spiel der individuellen Kräfte überläßt. Es ist also zu kurz gegriffen, wenn man die Machttheorie einfach mit dem Staatssystem verbindet; vielmehr ist bei Menger der Entwicklungsgang so, daß sich aus den *Eigentumsverhältnissen* bestimmte Staatsstrukturen ergeben; es sind deshalb die Eigentumsverhältnisse und mittelbar der Staat, die sich auf die Macht gründen.

Das *ideologiekritische* Moment in der Argumentation von Menger sollte man auch dann nicht vergessen, wenn man der Machttheorie in der Form nicht zustimmt. Menger hält ja gerade dem bürgerlichen Staat vor, daß er nicht auf Vernunft und Gemeinwohl ausgleich beruhe, wie es die bürgerliche Ideologie behauptet, sondern Produkt einer ungerechten Eigentumsverteilung sei, die in sich keinen vernünftigen Grund, sondern « nur » die Macht hat. Der Begriff des Macht- und Klassenstaates ist von Menger nicht als wissenschaftlicher *terminus technicus* gemeint, sondern als polemische Auseinandersetzung mit dem Staatsdenken seiner Zeit. Die Machttheorie hat daher auch nicht die von manchen Autoren vermutete staatstheoretische Bedeutung, sondern sie entspricht dem politischen Engagement des Autors. Sie ist insoweit auch nicht wissenschaftlich « abgeleitet ».

2. Der volkstümliche Arbeitsstaat ist daher für Menger auch nicht das Ergebnis einer Lehre von den Idealen des Staates (so aber Kästner S. 170 ff.; vorsichtiger v. Westernhagen S. 91 ff. - verdeckte Staatszwecklehre), sondern das genaue Spiegelbild seiner Kritik am individualistischen Machtstaat. Das zeigt sich

deutlich an der Mengerschen Diskussion um die Eigentumsstruktur des neuen Staates, die von Kästner und auch von Müller lediglich auf das Recht bezogen wird. Wenn Menger die Abschaffung des Privateigentums an den Produktionsmitteln und an den benütz-baren Sachen als Voraussetzung für den volkstümlichen Arbeits-staat und für sein sozialistisches Verteilungssystem fordert, so muß er nach seiner eigenen Zielsetzung, die konkreten Umrisse des Zukunftsstaates anzugeben, auch das neue, sozialistische Eigen-tumssystem entwickeln. Deshalb gibt es bei ihm im volkstüm-lichen Arbeitsstaat drei Gruppen von Sachgütern; diese sind Grundlage des Staates, nicht als Rechtsinstitutionen, sondern als Ergebnis einer Neuverteilung der (ökonomischen und politischen) Macht im Sinne der besitzlosen Volksklassen (Neue Staatslehre S. 80 ff.).

Aus der neuen Eigentumsstruktur folgt dann für Menger die Organisation der Wirtschaft und Arbeit, die zwar von allen Au-toren als « autoritär » angesehen wird, aber doch letztlich in der Konsequenz eines jeden staatssozialistischen Systems liegt. Es scheint müßig, diesem System eine Beschränkung der individuellen Handlungsfreiheit vorzuwerfen (Müller S. 87 ff., Kästner S. 199 ff.), wo doch Menger selbst erkennt, daß die Armen im individualisti-schen Machtsstaat keine ökonomische Freiheit haben (BGB S. 9; Neue Staatslehre S. 62). Auch die Beschränkung der politischen De-mokratie ist kein wirklich schlüssiges Argument gegen Menger, da es zwei konträre Staatsauffassungen einfach einander gegenüber-stellt (vgl. Kästner S. 201 Anm. 193). Für Menger war die poli-tische Demokratie der besitzlosen Volksklassen im individuali-stischen Machtsstaat keine zentrale Forderung, da sie die soziale Frage nicht zu lösen vermochte. Erst die Teilhabe und Partizi-pation an ihrem Arbeitsertrag konnte für die besitzlosen Volks-klassen die Einlösung des Demokratiepostulates beinhalten (vgl. Reich, Menger S. 99 f; v. Westernhagen S. 113).

IV. *Mengers Rechtstheorie.*

Der Verfasser hat versucht, das Mengersche Rechtsdenken mit dem Stichwort der « demokratischen Rechtstheorie » für die Ge-genwart fruchtbar zu machen (Reich, Menger S. 93 ff.). Dem

scheint zu widersprechen, daß Menger selbst das Recht von Machtverhältnissen ableitet, die mit demokratischer Partizipation unverbunden sind. Verträgt sich die von den Autoren festgestellte instrumentelle Rechtsauffassung (Kästner S. 66 f.), der soziologisch-empiristische Gesetzespositivismus (Kästner S. 74), der soziologische Ansatz (Müller S. 116), die naturrechtliche Auffassung (v. Westernhagen S. 191 ff.), der juristische Naturalismus (v. Westernhagen S. 197 ff.) mit einer « demokratischen Rechtstheorie »?

Alle Autoren weisen zunächst darauf hin, daß es Menger mit dem *Partizipationsproblem* im Recht ernst war und daß Menger dieses gerade nicht — wie die bürgerliche Rechtstheorie — auf die politisch-formale Demokratieteilhabe beschränken wollte. Kästner schreibt: « für Menger besteht die soziale Frage daher einzig darin, mit den Mitteln des Rechts eine existentiell ausreichende Partizipation aller Glieder der Gesellschaft an den vorhandenen materiellen Gütern zu gewährleisten » (S. 103). V. Westernhagen meint: « Menger hält den Arbeitsstaat durchaus für demokratisch. Es geht ihm jedoch als letztem Ziel nicht darum, neben der nach der französischen Revolution errungenen politischen Herrschaft des Bürgertums auch noch die der Arbeiterschaft zu installieren, sondern darum, an Stelle der politischen soziale Teilhaberechte zu setzen » (S. 113).

Bei dieser — für Menger sozialistischen — Zielsetzung kommt dem Recht eine instrumentale Funktion zu, und zwar genau in dem doppelten Sinne wie dem Staate auch: einerseits, im negativen Sinne, im bürgerlichen Recht, andererseits im Recht des volkstümlichen Arbeitsstaats.

1. Mengers Kritik des bürgerlichen Machtrechts richtet sich gerade dagegen, daß es Instrument der besitzenden Volksklassen zur Unterdrückung und Erzielung arbeitslosen Einkommens gegenüber den besitzlosen Volksklassen darstellt. Menger hat diesen Punkt mit soviel Eindringlichkeit dargestellt, daß ihm nicht weiter nachgegangen werden muß. Mengers Rechtsauffassung kann also an dieser Stelle nicht von seiner *Institution- und Ideologiekritik* des bürgerlichen Rechts getrennt werden; die instrumentale oder machttheoretische Rechtsauffassung hat auch hier keinerlei selbständige Bedeutung; daher ist es auch müßig, Menger irgend-

welchen Schulen (und die Autoren nennen alle nur denkbaren rechtstheoretischen Schulen) zurechnen zu lassen. Letztlich bleibt die Feststellung eines erheblichen *Theoriedefizits* bei Menger (vgl. Reich, Menger S. 93).

2. Der Kritik am bürgerlichen Recht folgt wiederum komplementär die Mengersche Auffassung des Zukunftsrechts und die von ihm genannten Aufgaben einer legislativ-politischen Jurisprudenz. An die Stelle des «naturwüchsigen Rechts» soll ein «reflektiertes» Recht treten, statt bloßen Festschreibens des Rechts durch eine historisch-dogmatische Rechtswissenschaft sollen vorausschauend die sozialen Aufgaben des Rechts mit Hilfe einer legislativ-politischen Jurisprudenz entwickelt werden (Soziale Aufgaben S. 44 ff.; BGB S. 11 ff.; Neue Staatslehre S. 33).

Das bislang undemokratische und unsoziale Recht soll sozial und demokratisch werden — so kann man den Mengerschen Auftrag an Gesetzgebung und Rechtswissenschaft seiner Zeit definieren. Auch hier fällt wieder eine *instrumentale Auffassung zum Recht* ins Auge — allerdings in einem umgekehrten Sinne: die Kategorien des Rechts öffnen sich den Interessen und Machtverschiebungen zugunsten der besitzlosen Volksklassen.

Die Kritik an dem Stichwort der «demokratischen Rechtstheorie» von Müller kann daher nicht geteilt werden: «... so wird ein solches Unterfangen (i.e. Bezeichnung der Mengerschen Rechtstheorie als demokratisch, N.R.) erst recht fragwürdig, wenn nirgends erwähnt ist, daß Mengers Staatsentwurf ausdrücklich und an vielen Stellen durch eine hierarchische Organisation und durch eine gänzlich undemokratische Struktur gekennzeichnet ist (S. 115 f.)». Müller konfrontiert Menger mit dem bürgerlichen Demokratieverständnis, das den Mengerschen Gedanken nicht gerecht wird. Er sieht nicht die instrumentale Funktion, die das Recht für Menger zur Verwirklichung ökonomischer Partizipationschancen beinhaltet.

3. Es bleibt die Frage, ob neben dieser ideologiekritisch-rechtspolitischen Komponente in Mengers Rechtsdenken, die mit der Kategorie der «demokratischen Rechtstheorie» umschrieben werden sollte, noch ein anderer wissenschaftstheoretischer Ansatz

in Mengers Werk festzustellen ist. Dieser Frage ist allein v. Westernhagen nachgegangen. Sie bemerkt, daß für Menger in seiner instrumentalten Rechtsauffassung der «kausale Erklärungsgrund und der normative Maßstab» in demselben Begriff, im Begriff des Zwecks zusammenfallen (S. 201). Sie stellt weiterhin fest, daß sich in der Forderung nach einer sozialen Rechtswissenschaft die Wirklichkeitsbetrachtung an sittlichen Idealen orientiert (S. 177).

Menger war insbesondere der Überzeugung, daß die von ihm konstatierte Verschiebung der Machtverhältnisse auch notwendige Änderungen der Rechtsverhältnisse mit sich bringt; die faktischen Änderungen sollten die normativen Strukturen umwälzen (Soziale Aufgaben S. 45 f; Neue Staatslehre S. 230 f.). Menger führt dabei nicht näher aus, *wie* er sich diesen Prozeß vorstellt: weder die Kategorie der «normativen Kraft des Faktischen» noch der Vorrang des lebendigen Rechts vor dem Buchstabenrecht, wie sie in der soziologischen Rechtsschule diskutiert werden, noch schließlich die in der marxistischen Theorie verfolgte Entwicklung von Basis und Überbau werden von Menger angeführt. Gleichzeitig geht Menger von der Wünschbarkeit und Notwendigkeit dieses Prozesses aus, d.h. leitet die Änderungen der Machtverhältnisse aus der als richtig erkannten Zukunftsordnung ab.

V. Westernhagen sieht den Grund für die Mengersche Theorie in einem im 19. Jh. verbreiteten Wissenschaftsverständnis, das erst durch den Neukantianismus mit seiner strikten Trennung von Sein und Sollen überwunden wurde (S. 202 ff.). Menger selbst hat zu wissenschaftstheoretischen Fragen nicht Stellung genommen, sich aber gleichzeitig dafür ausgesprochen, seine «soziale Rechtswissenschaft» als «Sozialwissenschaft» einzuordnen (Soziale Aufgaben S. 50; vgl. Reich, Menger S. 100). Menger bricht aber diesen Ansatz sofort wieder ab, weil er einerseits dem (vorausschauend planenden) Gesetzgeber, dann dem volkstümlichen Arbeitsstaat die Aufgabe der Rechtsentwicklung überträgt. Die Bedingungen für die Rechtsentwicklung und Rechtsfortbildung bleiben somit bei ihm *völlig ungeklärt*.

V. Menger und die marxistische Staats- und Rechtstheorie.

Menger hat eine dezidiert kritische Haltung zum Marxismus eingenommen, während marxistische Theoretiker wie Engels und Kautsky und später Stučka und Tumanov den Juristen- Sozialismus von Menger einer umfassenden Kritik unterzogen haben. Angesichts dieser zentralen Bedeutung der Stellung von Menger zur marxistischen Theorie verwundert es, daß die Arbeiten von Kästner und Müller hierauf nur kurz und wenig weiterführend eingehen; lediglich v. Westernhagen versucht eine Aufhellung des ideengeschichtlichen und wissenschaftstheoretischen Hintergrundes.

1. Es soll hier im einzelnen nicht untersucht werden, wieweit Menger die Marxsche Politökonomie, insbesondere die Mehrwertlehre und die Verteilungstheorie, richtig interpretiert und kritisiert hat; daran sind in der Tat erhebliche Zweifel zulässig. Auch auf die unterschiedliche Sozialismus-Konzeption ist bereits hingewiesen worden. Vielmehr interessiert hier Mengers Kritik des historischen Materialismus in der Prägung, die er für Staat und Recht durch die Überbaulehre gefunden hat, sowie seine Stellungnahme zur Revolutionstheorie und zum Utopiebegriff.

2. Die Basis-Überbaulehre wird nicht zu Unrecht als Wesenskennzeichen der marxistischen Aussage zu Staat und Recht angesehen, und gerade neuere Untersuchungen geben davon Zeugnis (Cerroni S. 86 ff.; Poulantzas, bei Reich, Texte S. 181 ff.).

Dabei darf aber nicht vergessen werden, daß in der Geschichte des Marxismus die Akzente dieser Lehre sehr unterschiedlich gesetzt wurden. Der Verfasser hat an anderer Stelle von einer ökonomischen und einer politischen Reduktion des Staats und Rechts gesprochen (Reich, Aktuelle S. 130 ff.). Damit ist gemeint, daß in der Entwicklung der marxistischen Theorie einmal die ökonomische Seite von Staat und Recht, dann die politische Seite stärker in den Vordergrund gestellt wurde; damit ergeben sich ganz unterschiedliche Aussagen zur Autonomieproblematik von Staat und Recht. Während eine neuere Lehre unter Berufung auf den späten Engels insbesondere die *relative Selbständigkeit* von Staat und Recht

behauptet, geht die ältere ökonomische Lehre von einer kausalen Determination und Widerspiegelung von Staat und Recht durch die wirtschaftlichen Verhältnisse aus (vgl. Heilmann, bei Rottleuthner S. 379 f.).

Diese Unterscheidung muß man vor Augen haben, wenn man die Mengersche Polemik richtig verstehen will. Menger polemisiert weniger gegen die Überbaulehre schlechthin als vielmehr gegen ihre ökonomistische Reduktion (bei Reich, Texte S. 67 f.; Soziale Aufgaben S. 49).

Engels und Kautsky argumentieren dann gegen Menger auch weniger von der materialistischen Rechtsauffassung generell als vielmehr auf der Basis ihrer Reduktion, in der das juristische Recht immer nur die ökonomischen Bedingungen einer bestimmten Gesellschaft widerspiegelt, die nur «in ganz sekundärer Weise in Betracht» kommen (bei Reich, Texte S. 60).

Engels selbst hat später die ökonomische Reduktion von Staat und Recht kritisiert (vgl. Reich, Sozialismus S. 35), und die sowjetische Diskussion nach Stučka und Pašukanis ist den Weg zur Anerkennung einer relativen Autonomie des Rechts weiter vorangegangen — bis hin zur Gefahr einer politischen Reduktion des Rechts (vgl. Reich, Aktuelle S. 130 ff.). Die Polemik zwischen Menger einerseits und Engels und Kautsky andererseits hat also einen Teil ihrer Brisanz verloren. Oder würden heute Marxisten bestreiten, daß Staat, Recht und Religion eine erhebliche Bedeutung für die Gesellschaftsstruktur haben (vgl. Menger, bei Reich, Texte S. 66)? Und hat Menger je bestritten, daß das bürgerliche Recht und der bürgerliche Staat von bestimmten Eigentumsverhältnissen — Marx spricht hier von Produktionsverhältnissen — abhängt? Der *entscheidende* Unterschied zwischen Marx und Menger liegt allerdings darin, daß Menger Wirtschaft, Staat und Recht als «ursprüngliche Ordnung des menschlichen Handelns» bezeichnet (bei Reich, Texte S. 66), während die marxistische Theorie eine (dialektische) Abhängigkeit des rechtlichen Überbaus von der ökonomischen Basis behauptet.

3. Menger hat die Revolutionstheorie des Marxismus kritisiert und sich dadurch den Tadel des Reformismus zugezogen. Seine Vorstellungen zum Zukunftsstaat und zum sozialistischen

Recht wurden als Utopie verdammt, obwohl Menger sich selbst gegen diesen Vorwurf zur Wehr gesetzt hat und umgekehrt insbesondere den utopischen Charakter des « Kommunistischen Manifestes » hervorhebt (bei Reich, Texte S. 50). Andererseits hat Menger dem marxistischen Sozialismus immer vorgehalten, daß ohne eine Zukunftsperspektive die besitzlosen Volksklassen niemals für sozialistische Ideen zu gewinnen sind (bei Reich, Texte S. 50). Die Revolution sollte sich für ihn in den herkömmlichen Bahnen von Staat und Recht bewegen; diese waren also austauschbare Hüllen für verschiedene Interessen. Die Diktaturlehre des Marxismus hat er mit Vehemenz bekämpft.

Die Polemik erscheint dem heutigen Beobachter überspitzt. Für Marxisten sind revolutionärer Umsturz und Diktatur des Proletariats nicht das einzige Mittel auf dem Wege zur sozialistischen Gesellschaft. Lange Umwälzungsprozesse (vgl. Menger, bei Reich, Texte S. 72) werden hier keineswegs ausgeschlossen.

Auch der Utopievorwurf gegen Menger (Müller S. 112 ff.) relativiert sich, wenn man von Marx die « Kritik des Gothaer Programmes » (bei Reich, Texte S. 33 ff.) und von Lenin « Staat und Revolution » betrachtet. Die dortigen Überlegungen zur Gestaltung der sozialistischen und kommunistischen Phase der Zukunftsgesellschaft tun im Prinzip nicht anderes als Menger in seiner « Neuen Staatslehre ». Die Behauptung vom baldigen Absterben des Staates und Rechts im Sozialismus stammt nicht von dem angeblichen Utopisten Menger, sondern von Vertretern der marxistischen Rechtstheorie, insbesondere Pašukanis (vgl. noch Negt und Pevels, in Rotthleuthner s. 10, 338).

4. Die hier vorgenommene Problematisierung soll nicht nachträglich die Gegensätze zwischen Menger und der marxistischen Staats- und Rechtstheorie verwischen, sondern nur ihrer Präzision dienen. Die Unterschiede liegen vielmehr in zweierlei: Menger stellt in seiner Gesellschaftstheorie dichotomisch zwei Modelle der Gesellschaft und Staatsordnung gegenüber, den individualistischen Machtstaat und den volkstümlichen Arbeitsstaat, die er mit unterschiedlichen Wertattributen besetzt (vgl. v. Westernhagen S. 44 ff.). Dieser Antagonismus gründet sich für Menger auf die unterschiedlichen Eigentumsstrukturen und die sie aufrechterhal-

tenden Machtverhältnisse. Daran knüpft sein Begriff vom Klassenrecht und vom Klassenstaat an. Bei Menger fehlt einerseits die entwicklungsgeschichtliche Perspektive der verschiedenen Gesellschaftsformationen in ihren je unterschiedlichen Eigentumsformen, z.B. feudales und kapitalistisches Privateigentum, andererseits die Erklärung für die Entstehung eben dieser Eigentumsformen und der ihnen entsprechenden Klassenstrukturen.

Anders sieht der historische Materialismus die Gesellschaftsentwicklung, der ein Ablauf- und Phasenmodell der Produktions- und Eigentumsverhältnisse entwickelt und die Eigentumsstruktur wiederum auf Änderungen der Produktionsweise zurückzuführen sucht. In diesem Sinne ist der Engels'-Kautskysche Hinweis bemerkenswert, daß für Marx die kapitalistische Gesellschaft in einer bestimmten Zeit historische Notwendigkeit bedeutet und insoweit auch « berechtigt » ist (bei Reich, Texte S. 61). Umgekehrt folgt für Marx die Notwendigkeit einer revolutionären Machtergreifung durch das Proletariat nicht wegen einer undialektischen Gegenüberstellung einer schlechten, aber herrschenden mit einer guten, aber zukünftigen Gesellschaft, sondern aus dem Prozeß der historischen Gesellschaftsentwicklung selbst. In diesem Sinne ist in der Tat, wie v. Westernhagen ausführt, die Mengersche Sozialismus-Vorstellung gedankliches Konstrukt, nicht Ergebnis der Analyse historisch-ökonomischer Prozesse in der Gesellschaft (S. 188 ff.).

Hat man sich diesen Unterschied einmal klar gemacht, so fällt die Einordnung Mengers in das Spektrum sozialistischer Lehren sehr viel leichter. Der Hinweis auf den « ethischen Sozialismus » Mengers (v. Westernhagen S. 146) dürfte hier richtig sein.

VI. *Menger und die Gegenwart.*

1. Die erwähnten Arbeiten von Kästner, Müller und v. Westernhagen breiten eine Fülle von Material zur Rezeptions- und Wirkungsgeschichte von Menger aus. Kästner geht insbesondere auf die Bedeutung der Mengerschen Vorschläge zur Änderung des BGB ein (S. 165 ff.). Müller verfolgt die Auseinandersetzung um die Mengersche Staatstheorie (S. 75 ff.). V. Westernhagen

beleuchtet insbesondere die Diskussion um die soziale Frage und um demokratische Verfassungsprinzipien in der Staats- und Rechtswissenschaft zu Beginn des 20. Jh., insbesondere bei Lothmar, Ehrlich und Hugo Preuß (S. 208 ff.; 110 ff.).

Trotz des unterschiedlichen Materials kommen alle Autoren zu einem skeptischen Urteil hinsichtlich der Bedeutung von Menger für seine Zeit. Das gilt insbesondere für die « Neue Staatslehre », die keinen nennenswerten Einfluß hat ausüben können. Sie entsprach auch nicht der politischen Auseinandersetzung der Zeit. Das Bürgertum kämpfte um die Verwirklichung der politischen Demokratie. Die Sozialdemokratie hatte spätestens seit dem Erfurter Programm von 1890 den « Verteilungs-Sozialismus » i.S. von Proudhon, Lassalle und Menger überwunden. Zudem war Menger nicht auf die Bedeutung der Arbeiterbewegung und des Gewerkschaftswesens eingegangen (vgl. insbes. v. Westernhagen S. 160). Die Rechtswissenschaft schließlich blieb trotz ihrer Beteiligung an der Kodifikationsbewegung dogmatisch-positivistisch ausgerichtet. Menger gehörte nicht « dazu ». Nur mittelbar konnte Menger einen Einfluß auf die Rechtswissenschaft nehmen, nämlich durch seinen Schüler Franz Klein, dem die österreichische Zivil- und Prozeßrechtswissenschaft eine umfassende Erneuerung verdankte (vgl. Kästner S. 9). Ein geringer Trost war es für Menger, daß einige seiner Forderungen zur Berücksichtigung sozialen Gedankengutes im BGB, insbesondere die Erweiterung des Wucherverbots auf alle Vertragsverhältnisse und die Aufnahme von Schutzpflichten in das Dienstvertragsrecht (vgl. BGB S. 150, 159 f.) im Laufe der Schlußberatungen zum BGB noch berücksichtigt wurden; aber auch hier mußte er die Originalität seiner Gedanken mit anderen Kritikern des BGB-Entwurfes teilen (Kästner S. 166).

Im vorrevolutionären Rußland ist zwar übersetzt und gelesen worden (Reich, Sozialismus S. 73). Sein Einfluß im revolutionären Sowjetrußland war wesentlich bescheidener. Insbesondere ist das Zivilgesetzbuch von 1922 nicht nach dem Modell Mengers, sondern nach dem von Duguit geformt (Reich, Sozialismus S. 153 f.).

Von dem revolutionär-marxistischen Rechtstheoretiker Stučka stammt dann auch folgendes Urteil über Menger: « Juristen, die sich als Sozialisten bezeichnen und verbal des Prinzip des Klas-

senkampfes anerkennen, stehen demgemäß meistens auf dem opportunistischen Standpunkt » (S. 67).

2. Angesichts dieses bescheidenen Einflusses von Menger auf seine Zeit mag es müßig erscheinen, nach der Gegenwartsbedeutung von Menger zu fragen. In der Tat scheint dies auch der Standpunkt der Autoren zu sein, die diesen Aspekt nicht thematisieren. Ich selbst möchte dieses «Vor»-Urteil nur für die Sozialismuskonzeption und Staatstheorie von Menger gelten lassen. Für die Rechtswissenschaft scheint es mir allerdings nicht angebracht:

a) Der zentrale Punkt in der Gegenwartsbedeutung von Menger liegt in seiner immer noch aktuellen *Kritik* an den *Institutionen* und *Ideologien* des bürgerlichen Rechts. Seine Ausführungen zu Privateigentum und Vertragsfreiheit mögen zwar in vielen Einzelheiten durch die Entwicklung der Gegenwart überholt sein; im Grundsätzlichen haben sie nach wie vor Gültigkeit, und zwar auch dann, wenn man der machttheoretischen Herleitung der Mengerschen Eigentumslehre nicht zustimmt. Das Privateigentum (an Produktionsmitteln) ist auch heute nicht Produkt des ganzen Volkes, sondern begünstigter Volkskreise; die Sozialbindung und Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Grundgesetz der BRD) hat hieran zwar Randkorrekturen vorgenommen, das Eigentumssystem der bürgerlich-kapitalistischen Gesellschaft aber nicht in Frage gestellt. Wenn Menger die Grundlage der Vertragsfreiheit darin sieht, «daß vorzüglich auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse der Zusammenstoß der wirtschaftlichen Interessen zwischen den besitzenden und den besitzlosen Klassen erfolgt und daß den ersten durch jenen Grundsatz bei der Erhebung des arbeitslosen Einkommens freie Hand gelassen werden soll» (BGB S. 134), so trifft dies in dieser Schärfe zwar nur auf den Arbeitsvertrag zu, erweist sich aber auch für die aktuelle Diskussion um Allgemeine Geschäftsbedingungen und Verbraucherschutz als fruchtbar.

b) Das zweite, nach wie vor aktuelle Stichwort von Menger ist das der *politischen* Aufgabe der Jurisprudenz. Wer die Gegenwartsdiskussion um das Verhältnis von Politik und Recht und insbesondere die Kritik einer «Politisierung des Rechts» verfolgt hat, weiß, wie schwer die Einlösung der Mengerschen Formulierung ist:

« Die Aufgabe der legislativ-politischen Jurisprudenz besteht endlich darin, den überlieferten Rechtsstoff mit den Zuständen der Gegenwart zu vergleichen und daraus zu schließen, welche Änderungen desselben in der Zukunft notwendig sein werden ». (Soziale Aufgaben S. 32).

In dieser Forderung liegt der tiefere Grund für die von den Autoren herausgefundene instrumentale Rechtsauffassung von Menger. Für Menger haben Recht und Rechtswissenschaft keinen Eigenwert, sondern dienen als Transformator gesellschaftspolitischer Vorstellungen. Die Rechtswissenschaft findet nicht ihre Legitimation und ihre Berechtigung in sich selbst, sondern in außerjuristischen Werten.

Diese These ist heute in der Überspitzung naturgemäß nicht haltbar, da sie jeden wissenschaftlichen Beitrag des Juristen zur Rechtsanwendung leugnen muß. Eine Theorie der Handlungsspielräume und Handlungsgrenzen innerhalb des geltenden Rechts ist ihr fremd (vgl. Reich, Aktuelle S. 139). Allerdings darf demgegenüber nicht vergessen werden, daß Menger seine Werke in einer Zeit schrieb, die durch ein wenig durchformuliertes, erst zu kodifizierendes Rechtssystem gekennzeichnet war. Deshalb schiene es eines Versuches wert, seine Überlegungen zur « legislativ-politischen Jurisprudenz » auch auf die Rechtsanwendung und -auslegung zu übertragen, d.h. i.S. Mengers dogmatische und legislativ-politische Rechtswissenschaft zu verbinden (Soziale Aufgaben S. 31 f.).

c) Menger begreift seine Rechtswissenschaft als *sozial*, in bewußter Parteinahme für die ausgebeuteten und armen Volksklassen. Wissenschaftliche Objektivität war ihm kein ausschließlicher Wert, insbesondere dann, wenn sie gesellschaftliche Klassenunterschiede durch ihre Methoden und Rekrutierungspraxis verschärft (BGB S. 18, 24). Dieses soziale Engagement versucht er an einer ideengeschichtlichen Aufarbeitung des Sozialismus zu legitimieren; es sind hier insbesondere die Rechte auf den vollen Arbeitsertrag und auf Existenz, deren juristische Transformation zu bewerkstelligen ist.

Dabei hat das « Recht auf den vollen Arbeitsertrag » in der Diskussion nach Menger nicht die Rolle spielen können, die ihm Menger zugedacht hatte. Menger hat die Gründe selbst genannt:

ohne Abschaffung des Privateigentums an Produktionsmitteln erschien eine Verwirklichung dieses « Rechts » unmöglich, von der Problematik eines Verteilungssozialismus einmal ganz abgesehen. Diesen Weg konnten und wollten die bürgerlichen Staaten nicht gehen; Mengers Überlegungen bleiben hier auf bloße Hoffnungen beschränkt (vgl. Reich, Menger S. 99).

Wichtiger ist jedoch das Recht auf Existenz, wie es Menger skizziert. Man kann hierin eine Vorformulierung des Sozialstaatsgrundsatzes im Bonner Grundgesetz sehen.

In der Tat hat die bürgerliche Gesetzgebung den Weg zur Anerkennung eines Rechts auf Existenz in zunehmendem Maße beschritten, wenn auch in der Regel nicht innerhalb, sondern außerhalb des Zivilrechts. Deshalb bleibt Mengers Forderung auch heute aktuell:

« ... die bei weitem bedeutsamsten Umgestaltungen der Rechtsordnung sind in unserer Zeit ohne Zweifel diejenigen, die aus den geänderten Machtverhältnissen der einzelnen Klassen der bürgerlichen Gesellschaft entspringen und deshalb dem eigentümlichen Gebiete der sozialen Rechtswissenschaft angehören » (Soziale Aufgaben S. 45). Es wäre an der Zeit, diese Forderung Mengers wissenschaftlich und rechtspolitisch einzulösen. Nicht mehr war mit dem von mir in die Debatte geworfenen Stichwort der « demokratischen Rechtstheorie » gemeint.

GIOVANNI ORRÙ

' IDEALISMO ' E ' REALISMO ' NEL SOCIALISMO GIURIDICO DI MENDER

I. Il problema Menger nelle recenti interpretazioni critiche. — II. La concezione *sozial* del diritto e della scienza giuridica. Rapporti tra *soziale Rechtswissenschaft* e *Freirecht*. Critica *sozial* di Menger al BGB. — III. Il socialismo giuridico di Menger e la questione sociale. La reazione dei marxisti. Confronti tra Menger e a) Movimento revisionista; b) Socialismo cattedratico; c) Fabianesimo; d) Movimento sindacale. — IV. Il socialismo di Menger: idealismo e realismo.

I. IL PROBLEMA MENDER NELLE RECENTI INTERPRETAZIONI CRITICHE.

Nei Paesi di lingua tedesca, l'interesse per il pensiero di Anton Menger (1841-1906) si trova, specie in questi ultimi anni, in una fase di *revival*: ne fanno fede le ristampe di alcune sue opere (sta per uscire, per i tipi della *Wissenschaftliche Buchgesellschaft* di Darmstadt la ristampa invariata dalla 4^a ediz. Tübingen 1908 di *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*), i numerosi contributi scientifici di Norbert Reich e sei tesi di dottorato (*Dissertationen*). Queste ultime sono (in ordine cronologico): 1) Nicolaus Wendeling, *Anton Menger als Rechtstheoretiker und Rechtspolitiker* (Marburg 1949); 2) Gerald Schöpfer, *Anton Mengers Staatslehre* (Graz 1973); 3) Karl-Hermann Kästner, *Anton Menger (1841-1906) - Leben und Werk* (Tübingen 1974); 4) Dörte Willrodt von Westernhagen, *Recht und soziale Frage. Die Sozial- und Rechtsphilosophie Anton Mengers* (Hamburg 1974); 5) Eckhart Müller, *Anton Mengers Rechts- und Gesellschaftssystem* (Berlin 1974); 6) Hans Hörner, *Anton Menger - Leben und Werk* (Mannheim 1975).

In questa sede io mi occuperò di queste ultime quattro, in quanto sono le sole che, a mio giudizio, offrono strumenti critici

fondamentali per una lettura critica di Menger politico e filosofo del diritto, e dei lavori di Reich. Tenterò inoltre di mettere a fuoco i contributi che l'opera di Menger è in grado di fornire alla chiarificazione di problemi tuttora avvertiti e dibattuti.

1. Norbert Reich.

Norbert Reich, il cui nome frequentemente ricorre tra quelli di quanti sono oggi attenti alle questioni di teoria del diritto marxista e socialista, nella sua prolusione tenuta il 10 luglio 1972 presso l'Università di Francoforte, dal titolo *Anton Menger und die demokratische Rechtstheorie*, tenta di dimostrare come l'espressione « teoria democratica del diritto » fornisca la chiave di interpretazione dell'opera di Menger e sia, oggi, di grande attualità ⁽¹⁾. Le componenti di una teoria democratica del diritto presenti nell'opera di Menger sarebbero essenzialmente tre: la componente *politica*, la componente *sozial* ⁽²⁾ e la componente *critica*.

⁽¹⁾ NORBERT REICH, *Anton Menger und die demokratische Rechtstheorie*, in *Recht und Politik, Vierteljahreshefte für Rechts- und Verwaltungspolitik*, Heft 3, 8. Jahrgang, Berlin, 1972, p. 93.

⁽²⁾ Un punto generalmente trascurato nelle citazioni e nelle traduzioni è che l'aggettivo *sozial* non è neutrale nel senso di 'concernente la società', ma è, per usare termini cari dalla cultura filosofica dell'epoca (per es. a Radbruch o Scheler) *wertbetont* o *wertbezogen* e si contrappone quindi non a *individuell*, ma a *individualistisch*.

Sozial non può quindi essere tradotto con 'sociale'; occorrerebbe servirsi di espressioni come 'socialista' e simili. D'altra parte 'socialista' non può essere usato, anche se esprime il significato originario di *sozial*, perchè è venuto poi connotando gruppi politici e partitici ben individuati. Non restano quindi che termini come 'socialmente ispirato' (per es. *soziale Rechtswissenschaft*; *soziale Aufgabe der Rechtswissenschaft*; oppure *soziales Öl*, ecc.).

Data la difficoltà di trovare un termine italiano appropriato sostituibile in tutti i contesti, manterrò l'espressione tedesca *sozial* oppure userò 'sociale' tra apici.

Per la contrapposizione *sozial-sozialistisch* cfr. ad es. E. FUCHS, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Freirechtsreform* (citazione in LUIGI LOMBARDI VALLAURI, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Nr. 2, Milano, 1973, p. 741, n. 10).

L'uso sistematico di *sozial* nel senso qui precisato si trova probabilmente per la prima volta in OTTO VON GIERKE, ma è molto diffuso in tutto il periodo di attività di Menger.

La prima consiste non tanto in una politicizzazione del diritto, quanto nello scoprire le strutture di dominio politico-economiche in esso già presenti; essa non può, pertanto, non tener conto del processo di applicazione del diritto, di cui contesta l'asserito carattere 'apolitico', e conduce, di conseguenza, ad una *reflektierte Rechtspolitik*, concependo l'evoluzione del diritto quale *chance* per un abbattimento delle strutture di dominio.

La seconda componente, quella *sozial*, si riassume nell'intento di assicurare al lavoratore l'intero prodotto del suo lavoro o almeno di garantirgli il diritto a un'esistenza dignitosa.

La terza componente infine, la *critica*, è rivolta verso due obiettivi: concretamente, nei confronti di singoli istituti giuridici favorenti il dominio (*herrschaftsfördernd*) e avversi alle istanze di partecipazione (*partizipationsfeindlich*); astrattamente, contro il pensiero giuridico di una data epoca, nella misura in cui non attinga alle possibilità oggettive di democratizzazione oppure le consideri in modo elusivo ⁽³⁾.

Sulla base di queste tre componenti, Reich perviene alla conclusione che la teoria del diritto di Menger è quella propria del *socialismo democratico: democratico*, in quanto si appoggia alle strutture attuali dello Stato e del diritto; vuol essere introdotto sulla via delle riforme e non della rivoluzione; propugna, infine, le istanze di partecipazione economica della classe operaia; *socialista*, in quanto Menger pone in forse il problema della proprietà privata e solo in una profonda trasformazione dell'ordinamento di questa e degli istituti giuridici ad essa connessi, intravede l'abbattimento del dominio economico ⁽⁴⁾.

La teoria del diritto di Menger, per poter essere meglio capita, va collocata, a giudizio di Reich, sullo sfondo della polemica con la teoria del diritto marxista. Connotato essenziale di quest'ultima è la *Basis-Überbau-Lehre*, la dottrina del carattere sovrastrutturale del diritto, che culmina nella richiesta di un abbattimento rivoluzionario del diritto borghese attraverso la rivoluzione proletaria ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ REICH, *op. cit.*, p. 94.

⁽⁴⁾ REICH, *ibidem*, p. 99.

⁽⁵⁾ REICH, *ibidem*, p. 94.

È chiaro che, se il diritto è per Marx una sovrastruttura, esso non può essere compreso « nè per se stesso, nè per il cosiddetto sviluppo universale dello spirito umano », bensì soltanto per mezzo dello studio scientifico appunto dei « rapporti materiali dell'esistenza », cioè per mezzo dell'economia politica, « anatomia della società civile » ⁽⁶⁾.

È proprio contro questo riduzionismo economicistico che Menger si scaglia.

Egli prende le mosse non tanto dalla *Basis-Überbau-Lehre*, quanto da un'analisi ravvicinata della funzione strumentale del diritto vigente

Il cosiddetto diritto uguale e generale della borghesia è secondo lui, in realtà, il diritto classista di una minoranza, difeso dallo Stato, che opprime i lavoratori e danneggia i poveri. Fin qui Menger concorda, nei risultati, con Marx. Tuttavia, questo stesso diritto è — e qui sta la differenza essenziale fra la concezione di Menger e quella di Marx — qualcosa di più che un semplice fenomeno sovrastrutturale.

« Nulla di più erroneo — scrive Menger citato da Reich — del voler supporre con Marx ed Engels che il diritto non è se non la sovrastruttura giuridica, l'espressione giuridica delle condizioni economiche del tempo. Nel campo del diritto decide invece in primo luogo la forza, secondariamente poi il bisogno economico in quanto è riconosciuto dai potenti. Con un esercito fidato e una polizia buona si possono fondare ordinamenti giuridici e mantenerli per secoli, benchè siano in contrasto marcato con le condizioni dell'economia » ⁽⁷⁾.

La polemica tra la concezione democratico-socialista di Menger e il marxismo contiene quindi — nota ancora Reich — il conflitto di due diverse teorie della posizione dello Stato e del diritto nei confronti della società. Esse hanno la loro origine nell'economia politica del marxismo, da una parte, e nella teoria del diritto di Menger, dall'altra.

Il diritto serve anche a modificare i rapporti economici e le strutture di potere, così come esse si sono sviluppate; il diritto

⁽⁶⁾ MARX-ENGELS, *L'ideologia tedesca*, I, A, 1 (MEW, III, p. 31 s.).

⁽⁷⁾ NORBERT REICH, *Sozialismus und Zivilrecht*, Frankfurt-Main, 1972, p. 25.

contiene per il proletariato in ascesa la possibilità, la *chance* di introdurre dei cambiamenti in proprio favore. In questo continuo processo per il miglioramento e la riforma del diritto hanno un loro compito positivo e una loro specifica funzione anche le ideologie; esse non sono « semplici fenomeni sovrastrutturali » (*Überbauphänomene*) ⁽⁸⁾.

Perciò nel pensiero giuridico mengeriano — nota giustamente Reich — « giocano un ruolo importante le idee della giustizia sociale, la formulazione di diritti sociali fondamentali, l'impedimento dello sfruttamento e l'eliminazione delle rendite parassitarie. Contrariamente a Marx, egli parte dalla convinzione che gli attuali difetti di un concreto ordinamento giuridico possono essere eliminati » ⁽⁹⁾.

Il tentativo di Menger consiste, pertanto, — a giudizio di Reich — « nel voler trasformare il diritto privato vigente del suo tempo per mezzo di una politica del diritto ed una concezione dello Stato democratico-socialista.

La trasformazione della proprietà privata nel senso proposto da Menger, cioè abbattimento delle rendite parassitarie ad attribuzione ad ogni lavoratore dell'intero prodotto del suo lavoro, colpirebbe però al cuore la società borghese e il suo Stato »; ciò non significa altro, osserva Reich, « che la rivoluzione sociale, la cui necessità Menger però vorrebbe negare » ⁽¹⁰⁾.

La concezione apparentemente giusnaturalistica di uno Stato che non può opporsi ai mutati rapporti di potere e alle giuste rivendicazioni del proletariato si basa, e qui è la critica più pesante a Menger, « su di una filosofia della storia e del diritto ottimistica, per non dire illusionistica » ⁽¹¹⁾. Reich è convinto che « la politica del diritto di Menger sfocia necessariamente in un'utopia. L'accusa contro Marx ricade su di lui stesso. Nella società borghese, senza rivoluzione sociale, non può essere dato al lavoratore l'intero

⁽⁸⁾ REICH, *ibidem*, p. 52.

⁽⁹⁾ REICH, *ibidem*, p. 52.

⁽¹⁰⁾ REICH, *ibidem*, p. 62.

⁽¹¹⁾ REICH, *ibidem*, p. 62: « Die — scheinbar naturrechtliche — Lehre von einem Staat... beruht auf einer optimistischen, um nicht zu sagen illusionistischen Geschichts- und Rechtsphilosophie ».

prodotto del suo lavoro. Ciò che gli spetta è soltanto un diritto all'esistenza (*Existenzrecht*) ⁽¹²⁾.

« Anche se si confronta l'attuale ordinamento di diritto privato con le richieste di Menger — aggiunge Reich —, non si può certo condividere il suo ottimismo: la proprietà privata favorisce sempre l'accumulo di potere e il reddito senza lavoro (*arbeitsloses Einkommen*); anche la libertà contrattuale è talvolta strumento di oppressione » ⁽¹³⁾.

A parte questa critica di fondo alla concezione di Menger, Reich ammette tuttavia che egli è a tutt'oggi interessante ed attuale per diversi aspetti. Anzitutto, Menger è riuscito a indicare un'alternativa rispetto al socialismo rivoluzionario che è stata anche di fatto seguita negli Stati borghesi; la denominazione « socialismo giuridico » (*Juristen-Sozialismus*), infatti, a parte la svalutazione e l'evidente significato di disprezzo attribuitole durante la polemica Engels-Kautsky contro Menger sulla « *Neue Zeit* » del 1887, descrive abbastanza esattamente la via che il movimento operaio ha seguito nei Paesi occidentali industrializzati, nonostante i dibattiti revisionistici, le tendenze scissionistiche e le infinite discussioni sul riformismo, sul cambiamento del sistema, ecc.

La questione sociale è stata risolta: « ... negli Stati borghesi con riferimento a Menger, negli Stati socialisti con richiamo a Marx ed Engels » ⁽¹⁴⁾.

In secondo luogo, Menger sarebbe a giudizio di Reich, « il fondatore di una politica scientifica del diritto » (*wissenschaftliche Rechtspolitik*) ⁽¹⁵⁾ e il « creatore di una scienza del diritto *sozial* » (*Schöpfer der sozialen Rechtswissenschaft*) ⁽¹⁶⁾.

In terzo luogo — e questo è forse il merito maggiore che Reich ascrive a Menger — la critica filosofico-giuridica di Menger riuscì a penetrare nel campo del diritto privato, mettendone in questione

⁽¹²⁾ REICH, *ibidem*, p. 62.

⁽¹³⁾ REICH, Einleitung zu PĚTR I. STUČKA, *Die revolutionäre Rolle vom Recht und Staat*, Frankfurt-Main, 1969, p. 43.

⁽¹⁴⁾ REICH, *Sozialismus und Zivilrecht*, cit., p. 62.

⁽¹⁵⁾ REICH, Einleitung zu STUČKA, *op. cit.*, p. 43.

⁽¹⁶⁾ REICH, *Anton Menger und die demokratische Rechtstheorie*, cit., p. 96.

le istituzioni e le ideologie, specie quelle della libertà contrattuale e della proprietà privata, baluardo degli interessi e delle idealità borghesi. Menger chiese che il diritto privato diventasse *sozial* e *demokratisch*: questo era il compito soprattutto della *politica del diritto* ⁽¹⁷⁾.

Menger indicò la via per una profonda democratizzazione del diritto, realizzabile nell'attuale ordinamento giuridico secondo il modello del « *legal change* » ⁽¹⁸⁾.

Le conclusioni di Reich sono nel senso che « socialismo giuridico » e « socialismo marxista rivoluzionario » si trovano *quasi* d'accordo nel muovere le stesse critiche al diritto borghese vigente, ma in contrasto nello stabilire i *mezzi* di trasformazione e nel determinare i *modi* di una nuova organizzazione sociale.

Dopo aver constatato che il marxismo dogmatico ha dominato la discussione teorico-giuridica nell'Unione Sovietica dopo la rivoluzione d'ottobre e dopo la seconda guerra mondiale, Reich rimprovera giustamente alla teoria giuridica borghese di non essersi più occupata, fatta forse eccezione per Radbruch e Maihofer, della tradizione scientifica del « socialismo giuridico » e di essersi così sbarrata la strada in direzione di una teoria critico-politica del diritto che avrebbe potuto rappresentare una vera e propria concorrenza per il marxismo dogmatico ⁽¹⁹⁾.

2. Karl-Hermann Kästner.

Mentre l'interpretazione dell'opera mengeriana offerta da Norbert Reich è socialdemocratica e tutta incentrata sulla *demokratische Rechtstheorie*, quella di Kästner è, invece, ' liberale-borghese ' ed essenzialmente basata sulla *Machttheorie*.

Si tratta dello studio più ampio e particolareggiato sul nostro autore, condotto con una *Gründlichkeit* tutta tedesca per quanto riguarda le fonti, la critica letteraria, l'eco suscitata dagli scritti di Menger, l'influenza esercitata dalla sua critica sulle legislazioni tedesca, austriaca e svizzera.

⁽¹⁷⁾ REICH, *Sozialismus und Zivilrecht*, cit., p. 55.

⁽¹⁸⁾ REICH, *Anton Menger und die demokratische Rechtstheorie*, cit., p. 100.

⁽¹⁹⁾ REICH, *Marxistische und sozialistische Rechtstheorie*, (Norbert Reich-Herausgeber), Frankfurt-Main, 1972, p. 9.

Kästner coglie un aspetto fondamentale del pensiero sociologico-giuridico di Menger, quando pone a fondamento della critica di Menger nei confronti del diritto e dello Stato moderno capitalistico la sua *Machttheorie*, «teoria della forza» o «teoria del potere».

Essa, secondo Kästner, spiegherebbe tutto Menger: teoria dello Stato, del diritto, della religione e della morale. In effetti, per Menger, il concetto «rapporti sociali di potere» (*soziale Machtverhältnisse*) ha un'importanza fondamentale, tanto per cogliere l'essenza del *diritto borghese* visto come «l'insieme dei rapporti di potere riconosciuti in un Paese dato» (... *der Inbegriff der in einem Lande dauernd anerkannten Machtverhältnisse*) ⁽²⁰⁾, quanto quella dello *Stato moderno*, definito *individualistischer Machtstaat*.

Kästner nota giustamente che per Menger l'ordinamento giuridico costituisce «la funzione sociale centrale, sulla quale è impostata tutta la sua opera teorico-sociale. Esso è per lui il fattore di potere sociale più importante... Il diritto è strumento politico per l'esercizio del potere sociale» ⁽²¹⁾.

La questione del *potere* (*Macht*) è il punto di riferimento del diritto: giusta (*gerecht*) è solo quella norma che si trova in accordo con la distribuzione vigente del potere sociale.

Menger non riconoscerebbe — a giudizio di Kästner — un criterio metapositivo sul quale commisurare il contenuto della norma; egli respingerebbe qualsiasi posizione assiologica, vuoi del giusnaturalismo, vuoi della Scuola storica (con il suo *Volksgeist*), vuoi della teoria organica del diritto. Il diritto avrebbe una funzione esclusivamente *strumentale*: è il mezzo per imporre e garantire determinati interessi. In questo modo, la teoria del diritto di Menger è da Kästner compendiata nella formula: «giuspositivismo sociologico-empiristico» (*soziologisch-empiristischer Gesetzespositivismus*) ⁽²²⁾.

Contrariamente all'opinione di Hattenhauer, il quale ritiene che Menger motivi la sua critica secondo un punto di vista «etico-umanitario», Kästner argomenta, invece, che Menger, a livello

⁽²⁰⁾ KARL-HERMANN KÄSTNER, *Anton Menger (1841-1906) - Leben und Werk*, Tübingen, 1974, p. 66.

⁽²¹⁾ *Ibidem*, p. 67.

⁽²²⁾ *Ibidem*, p. 75.

teorico, fonda la sua critica su basi empirico-sociologiche; tant'è vero che per lui sociologia e filosofia del diritto non sono altro che concetti sinonimi. Se Menger poi, in conclusione, si batte per una garanzia giuridica di necessità vitali per le classi povere, ciò non si fonda tanto su di una riformulazione in chiave giusnaturalistica del « diritto all'esistenza » (*Recht auf Existenz*), quanto su di una richiesta rivolta al legislatore di tenere in considerazione l'*attuale* situazione della distribuzione dei rapporti sociali di potere. Per Menger, il problema che deve porsi qualsiasi ordinamento giuridico è quello di mantenere la « congruenza » (*Kongruenz*) fra diritto e rapporti sociali di potere. La critica di Menger al positivismo formalistico è rivolta, appunto, alla sua incapacità di tener conto dei mutamenti sociali ⁽²³⁾.

Per quanto attiene alla dottrina dello Stato in Menger, Kästner ne pone, nuovamente, a fondamento « il potere » (*Macht*); essa sarebbe quindi *machttheoretische Staatslehre*, in quanto lo Stato è visto come un istituto per l'esercizio del dominio dei potenti sui deboli (Institut zur Ausübung von *Herrschaft* der gesellschaftlich Mächtigen über die Schwachen) ⁽²⁴⁾. Definizione questa che non si discosta da quella data da Marx nei confronti dello Stato rappresentativo moderno; definito « forma specifica del dominio di classe » che dovrà essere ' superato ', mentre per Engels, come è noto, « lo Stato non sarà abolito, ma scomparirà da sè » (*Der Staat wird nicht ' abgeschafft ', er stirbt ab*) ⁽²⁵⁾.

Menger è, al contrario, convinto che anche dopo l'introduzione dello Stato socialista futuro, questo non sarà destinato a scomparire, ma a rafforzarsi, in quanto « occorrerà una direzione non solo per il processo di produzione sociale, ma anche per tenere in ordine gli uomini » ⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ *Ibidem*, p. 81, « Das Problem besteht für Menger hinsichtlich jeder Rechtsordnung ausschliesslich in ihrer Kongruenz mit den vorfindlichen sozialen Machtverhältnissen; seine Kritik des rechtswissenschaftlichen Positivismus richtet sich daher — insoweit auch vom Grundsätzlichen her — gegen dessen mangelnde Fähigkeit, den gesellschaftlichen Veränderungen Rechnung zu tragen ».

⁽²⁴⁾ *Ibidem*, p. 47 e nota 4.

⁽²⁵⁾ *Ibidem*, p. 57; Kästner si rifà al ben noto passo di FRIEDRICH ENGELS, *Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft*, in KARL MARX UND FRIEDRICH ENGELS, *Ausgewählte Schriften*, Band II, Stuttgart, 1953, p. 139.

⁽²⁶⁾ ANTON MENDER, *Neue Staatslehre*, 4ª ediz., Jena, 1930, p. 189 s.

Kästner aggiunge inoltre che lo Stato, così come Menger lo concepisce, esaurisce la sua *Daseinsberechtigung*, solo in quella di « esercizio del dominio » e non conosce altre finalità all'infuori di questa ⁽²⁷⁾; conclude, poi, che « anche lo ' Stato popolare del lavoro ' (*volkstümlicher Arbeitsstaat*) di Menger è *Machtstaat*, in quanto funge da organizzazione del potere per l'imposizione di interessi parziali, ed è inoltre estremamente *individualistico*, poichè le finalità da esso perseguite non rappresentano tanto interessi di classe in senso stretto, quanto interessi legati di volta in volta alla persona individuale » ⁽²⁸⁾.

Questa interpretazione della concezione dello Stato di Menger non mi trova d'accordo e mi sembra alquanto forzata. È proprio lo stesso Menger, nel libro I della « Neue Staatslehre », e precisamente ai capitoli III e VII, a descrivere, con uno stile lapidario, l'essenza e le finalità dello « Stato individualista del potere » (*individualistischer Machtstaat*) e quelle dello « Stato popolare del lavoro » (*volkstümlicher Arbeitsstaat*), dei quali il primo è fondato sul potere e il secondo sul lavoro; nel primo « gli interessi individuali dei potenti formano quasi solo l'oggetto della sua attività e gli interessi dei deboli non hanno che ben scarso peso, e quindi esso abbandona la vita economica, nei limiti stabiliti dal diritto privato, al libero gioco dell'attività individuale »; nel secondo, invece, la sua finalità suprema è quella di « organizzare il lavoro intellettuale e materiale dei cittadini e la distribuzione dei beni prodotti da questo lavoro nell'interesse dell'intera popolazione », e di conseguenza « gli interessi alti e reali della civiltà avranno la parte preponderante, affatto secondaria quelli del dominio » ⁽²⁹⁾.

Anch'io non mi nascondo però — e in ciò dò perfettamente ragione a Kästner — che anche lo « Stato popolare » mengeriano, possa degenerare in *Machtstaat*, in « Stato poliziesco » (*Polizeistaat*), in « Stato caserma », ma non tanto per le finalità che esso intende perseguire quanto, piuttosto, per la ripartizione del potere fra gli organi della funzione della direzione politica e della funzione amministrativa.

⁽²⁷⁾ KÄSTNER, *op. cit.*, p. 47.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*, p. 50.

⁽²⁹⁾ MENDER, *Neue Staatslehre*, cit., Libro I, Cap. VII.

Menger mira infatti ad un'organizzazione burocratico-amministrativa piramidale e fortemente centralizzata, che esclude la gestione diretta del potere da parte delle masse popolari e la concentra tutta nelle mani dell'esecutivo, rappresentato dalle cosiddette « autorità d'ordine » e « autorità economiche » (*Ordnungs- und Wirtschaftsbehörden*), destinate a soppiantare gli attuali organi amministrativi e giurisdizionali.

Ora è proprio alla organizzazione e alla struttura dello Stato mengeriano che Kästner non risparmia la critica più dura. In primo luogo, infatti, l'assicurazione del minimo indispensabile all'esistenza delle classi lavoratrici, a scapito di diversi diritti fondamentali di libertà, non è sufficiente e non giustifica il tentativo di una simile trasformazione profonda dell'attuale ordinamento; la questione materiale offrirebbe, a suo giudizio, solo « il ponte » in direzione di una vasta emancipazione politica e culturale del proletariato, per una sua integrazione in una società altamente evoluta e per una sua compartecipazione ai beni e alle conquiste della civiltà ⁽³⁰⁾.

In secondo luogo, finalità umane di contenuto ideale e culturale, quali la religione, l'arte, l'educazione sarebbero prese in considerazione da Menger solo marginalmente e, in ogni caso, solo quali mezzi per garantire la sicurezza esistenziale ⁽³¹⁾.

In terzo luogo, e questa è l'obiezione più grave, mancherebbe nel sistema mengeriano tutta una serie di pesi e contrappesi, atti ad annullare un eventuale abuso di potere da parte della onnipotente amministrazione statale. Questa sarebbe dispensata anche da una responsabilità nei confronti del parlamento, così che non si può parlare affatto di « *legittimazione democratica* » (*demokratische Legitimation*) dell'esercizio del potere statale, nel senso del concetto classico di democrazia ⁽³²⁾. Se quest'ultima è intesa, infatti, come metodo politico mediante il quale l'ordinamento sociale è creato ed applicato da coloro che sono soggetti dell'ordinamento stesso, in modo da assicurare la libertà politica nel senso di autodetermina-

⁽³⁰⁾ KÄSTNER, *op. cit.*, p. 194.

⁽³¹⁾ *Ibidem*, p. 195.

⁽³²⁾ *Ibidem*, p. 200 ss.

zione, allora non si può dire — e in ciò dò ragione a Kästner — che questa sia presente nella concezione pubblicistica di Menger.

Menger intende il concetto di democrazia sotto altri criteri: « L'essenza della democrazia politica consiste — egli scrive — nel fatto che ogni cittadino, senza riguardo all'istruzione, alla posizione sociale e alla ricchezza, possieda, in ultima soluzione, l'uguale potere politico, in modo che non si accumulino mai nelle mani delle comunità o di singole persone un influsso troppo grande e troppo duraturo ⁽³³⁾. In questo senso, Menger concepisce il socialismo come « la democratizzazione della vita economica » ⁽³⁴⁾.

D'altra parte è anche convinto che nel suo Stato non si arriverà mai ad una completa uguaglianza economica; questa, infatti, « è concepibile unicamente in un ordinamento anarchico. Nello « Stato democratico del lavoro », invece, si troveranno sempre antagonismi che renderanno impossibile una radicale uguaglianza economica di tutti i cittadini » ⁽³⁵⁾.

Di una cosa però Menger è convinto, e cioè: « ... che lo Stato democratico del lavoro possa concedere ai cittadini assai maggiore libertà politica che non l'attuale Stato individualista. È di libertà economica, non già politica, che trattano quegli uomini politici e scrittori che dipingono lo Stato socialista come una casa di pena o come una caserma (Menger si riferisce qui ad un discorso di Bismarck al *Reichstag*) ... E difatti si mira quasi esclusivamente alle condizioni sociali dei ricchi, quando si lamenta una notevole diminuzione di libertà economica nello Stato del lavoro » ⁽³⁶⁾.

In ogni modo, è essenzialmente nel settore economico e non in quello politico, che Menger vede — come interpreta bene Kästner — il compito di una *Demokratisierung*; questa significa trasformazione completa dell'ordinamento della proprietà privata. « A questa riforma della proprietà nello « Stato popolare del lavoro » fa seguito purtroppo — nota Kästner — una riduzione dei poteri istituzionali di codecisione e autodecisione del popolo, che rappresenta

⁽³³⁾ *Ibidem*, p. 201, nota 193.

⁽³⁴⁾ A. Menger, *Neue Sittenlehre*, Jena, 1905, p. 75; cit. in KÄSTNER, *op. cit.*, p. 201, nota 193.

⁽³⁵⁾ Menger, *op. ult. cit.*, p. 65.

⁽³⁶⁾ Menger, *Neue Staatslehre*, cit., p. 61.

la parte costitutiva della democrazia secondo il concetto liberale tradizionale. Un'organizzazione statale che disconosce l'esistenza delle competenze politiche del popolo non può essere considerata democratica » (37).

Quanto al tipo di socialismo di Menger, esso è qualificato da Kästner quale « socialismo di Stato » (*staatssozialistisches System*), con una forte organizzazione del potere e con interventi dirigitici nella sfera privata dei cittadini (38).

Questo « socialismo di Stato » è ulteriormente qualificato come « socialismo distributivo » (*Verteilungssozialismus*), cioè come un grande sistema di distribuzione dei beni e come « socialismo giuridico » (*Rechtssozialismus*), in quanto Menger vede la questione sociale essenzialmente come un tentativo di garantire, con i mezzi del diritto, a tutti i cittadini una sufficiente partecipazione ai beni materiali presenti (39).

Il motivo principale della scarsa risonanza dell'opera mengeriana nella letteratura politico-sociale, posteriormente alla sua morte, è vista da Kästner nella personalità del Menger, nel suo idealismo sociale. Questo costituirebbe la forza, ma allo stesso tempo, la debolezza della sua opera: la forza dell'integrità morale di un uomo che, con la sua piena convinzione personale, si adoperò per la difesa degli interessi dei deboli, è allo stesso tempo la debolezza che sbarrava a Menger la visuale della realtà sociale, inducendolo ad argomentazioni troppo unilaterali e mancanti di un'analisi economica della società.

In ciò stanno — a giudizio di Kästner — i limiti di Menger quale « teorico costruttivo di un ordinamento socialista » (40).

Questo quadro di una certa *Lebensfremdheit* di Menger, rafforzato dalle sue concezioni alquanto vaghe per quanto riguarda il passaggio dallo Stato attuale allo Stato futuro, imprimerebbe alle idee di Menger il marchio dell'utopia (41). Il suo schieramento ideale « fra due fronti » — secondo una felice espressione di Kästner —

(37) KÄSTNER, *op. cit.*, p. 201, nota 193.

(38) *Ibidem*, p. 171.

(39) *Ibidem*, p. 172 ss.; p. 12 ss.; p. 171 s.

(40) *Ibidem*, p. 220.

(41) *Ibidem*, p. 221.

tra un'impostazione giusriformistica quanto al metodo, e una socialistica quanto al traguardo finale, è il motivo determinante della non accettazione delle sue teorie nè da parte della socialdemocrazia nè da parte della borghesia.

Infatti, l'idea di una socializzazione del diritto e di una semplice riforma dell'ordinamento borghese fu squalificata dalla socialdemocrazia tedesca, per la penna di Engels e Kautsky, quale *Juristensozialismus*, socialismo, cioè, conservatore ed opportunista; dall'altro lato, le riforme dell'ordinamento borghese, nella prospettiva però di una graduale transizione al socialismo, fu decisamente respinta dalla borghesia e persino da talune correnti conservatrici del « socialismo giuridico » ⁽⁴²⁾.

L'attualità di Menger è vista, invece, da Kästner specie nella critica al diritto privato, al BGB, nella concezione di una *soziale Rechtswissenschaft*, nell'apertura interdisciplinare della giurisprudenza nell'ambito universitario ed infine nei suoi studi sul socialismo ⁽⁴³⁾.

3. Dörte von Westernhagen.

La *Dissertation* della v. Westernhagen esamina l'opera mengeriana sotto l'aspetto del suo contributo sociologico-giuridico alla teoria del diritto e dello Stato, della sua collocazione storica, come pure della problematica ruotante intorno alla concezione della scienza e del metodo teorico in Menger. Prende pure in considerazione i motivi che determinarono la lenta apertura della scienza del diritto verso la questione sociale della seconda metà del 19° secolo.

Giacchè il lavoro fa luce sulle idee storiche, politiche e sociali delle quali si nutrì il pensiero politico, giuridico e filosofico di Menger, esso colma una lacuna nell'interpretazione del pensiero del Nostro. Lo studio della v. Westernhagen esamina, in una sintesi ordinatissima e piana, tutte le diverse dimensioni dell'opera mengeriana e le compendia sotto le tematiche: 1) « Teoria della società e questione sociale »; 2) « Dottrina dello Stato »; 3) « Utopia sociale,

⁽⁴²⁾ *Ibidem*, p. 222.

⁽⁴³⁾ *Ibidem* p. 88 s.; p. 222.

statale ed economica »; 4) « Giurisprudenza, scienza giuridica e teoria del diritto ».

Quanto al punto (1), la « questione sociale » sarebbe per Menger, a giudizio della v. Westernhagen, una « questione dello stomaco ».

Il fatto che Menger anteponga « i fini del pasto » (*Futterzwecke*) ai « fini politici » (*politische Zwecke*) è spiegabile — a suo giudizio — con due ragioni essenziali: la prima va vista negli sconvolgimenti sociali del sec. 19° i quali resero prioritari i problemi della miseria delle masse, della sicurezza esistenziale, spostando in seconda linea quelli dell'emancipazione politica del proletariato; la seconda ragione trae la sua origine dall'avversione di Menger nei riguardi della politica, vista da lui come mezzo irrazionale, che serve unicamente per l'acquisizione di posizioni di potere personale, ma che è inadatta alla soluzione dei problemi sociali; il pensiero razionalistico — utilitaristico di Menger si basa invece sul « dettato impersonale della scienza » (*unpersönliches Diktat der Wissenschaft*) (p. 49). Menger riconduce, secondo la v. Westernhagen, la questione sociale al concetto di « rapporto privatistico di dominio » (*privatrechtliches Herrschaftsverhältnis*), le cui forze portanti sono rappresentate dalla libertà contrattuale e dalla proprietà privata.

Del tutto trascurata sarebbe, invece, da Menger la problematica economica, le crisi cicliche, la sovrapproduzione, il sottoconsumo, i presupposti della produzione industriale, nella convinzione che il socialismo fosse soltanto una « questione di giustizia distributiva », di « scienza giuridica », di « filosofia del diritto » (p. 52).

La Westernhagen è convinta che Menger fosse particolarmente debole in economia e avesse scarsa dimestichezza con la complessa problematica economica riguardante ad esempio la distinzione fra « valore d'uso » e « valore di scambio » nel capitalismo, tra « lavoro » e « forza lavoro », distinzione questa indispensabile, a suo giudizio, per capire la legge marxiana del plusvalore, che Menger invece non aveva capito, come fa fede il fatto che egli consideri il plusvalore quale « detrazione » (*Abzug*) o « rapina » (*Raub*) dell'intero prodotto del lavoro » (*Raub des Arbeitsproduktes*) (p. 62). Con la teoria della « occupazione originaria » (*ursprüngliche Okkupation*) della terra da parte di una minoranza che si è servita della « forza » (*Gewalt*), Menger tenterebbe, secondo la v. Westernhagen, di spiegare la nascita dell'ordinamento giuridico e sociale capita-

listico. Quest'ultimo si baserebbe tuttora su « rapporti di forza » e questi, a loro volta, costituirebbero la causa dell'attuale divisione della società in classi e imprimerebbero all'attuale Stato il connotato della forza (*Machtstaat*) e all'attuale diritto il carattere dell'interesse (*Interessenrecht*) (p. 63 ss.).

La v. Westernhagen giunge però alla conclusione, dopo aver passato in rapida rassegna gli antesignani storici della stessa teoria, che essa non riesce a spiegare le caratteristiche dell'economia capitalistica, le moderne forme di rendita fondiaria e profitto del capitale e la concentrazione della ricchezza in poche mani.

L'ottica nella quale la *Dissertation* guarda il problema dello sviluppo capitalistico è quella di Marx; essa si rifà ad una nota argomentazione di F. Engels contro la *Gewalttheorie* di E. Dühring, che si adatta anche nei confronti della *Machttheorie* di Menger, e precisamente che « dalla terra conquistata con la forza non sarebbe sorta l'industria, che il latifondista feudale non avrebbe inventato lo *spinning jenny* e che la forza, la violenza non potrebbe creare il danaro » (p. 67).

In un punto essenziale è puntuale, tuttavia, la *Gewalttheorie* di Menger: essa, infatti, mette in evidenza la continuità tra grandi proprietari terrieri feudali e aristocrazia latifondista del 19° secolo, esercitante una grande influenza nel governo e nell'amministrazione. In ciò, la *Gewalttheorie* tocca un aspetto importante dell'evoluzione politico-sociale in Prussia e in Austria, paesi nei quali le fallite rivoluzioni borghesi non poterono affatto indebolire l'influsso degli *Junker*; essa riesce così a dimostrare che un certo genere di rapporti patrimoniali e di influenze politiche non si fonda sulla logica del capitalismo, ma deriva direttamente dai rapporti preindustriali (p. 68).

La v. Westernhagen contrappone chiaramente la teoria della « occupazione originaria » (*ursprüngliche Okkupation*) di Menger alla teoria della « accumulazione originaria » (*ursprüngliche Akkumulation*) di Marx; i *Machtverhältnisse* di Menger ai *Produktionsverhältnisse* di Marx.

Mentre, infatti, per Marx l'« accumulazione originaria » non è altro che il processo storico di separazione del produttore dai mezzi di produzione ed appare « originario » perchè costituisce la preistoria del capitale e del modo di produzione ad esso corrispondente,

per Menger, invece, la « occupazione originaria », attraverso il ricorso alla forza, spiega il momento primario di assicurazione del dominio, le cui forme percettibili sono rappresentate dalle guerre di conquista, dalla forza delle armi, dalla costrizione fisica. La peculiarità dell'interpretazione mengeriana sta nell'accento che essa pone sul « primato della politica sull'economia », che sta poi alla base della *Machttheorie* (p. 77).

Quanto al punto (2), e cioè alla teoria dello Stato in Menger, la *Dissertation* ripercorre lo sviluppo della dottrina mengeriana dello Stato, assegnandole il carattere di « dottrina delle finalità materiali dello Stato » (*materiale Staatszwecklehre*), cioè degli interessi di una classe. La prima vale nei confronti dello Stato borghese moderno; la seconda nei confronti dello Stato socialista futuro.

Le finalità dello Stato mengeriano sono finalità di beneficenza e assistenza pubblica, *Wohlfahrtszwecke* e la più alta è quella « della uguaglianza economica e della libertà di tutti i cittadini » (p. 92).

Il pensiero filosofico-giuridico di Menger è inserito nella sua filosofia morale, nella quale domina, a giudizio della v. Westernhagen — il principio utilitaristico (p. 200) della « massima felicità del massimo numero », sola misura diritto e del torto (p. 198).

Contro l'opinione del costituzionalista Hugo Preuss — il principale artefice della costituzione di Weimar il quale aveva criticato la costituzione dello Stato mengeriano dal punto di vista liberal-borghese dello Stato di diritto — la v. Westernhagen, come già N. Reich, ritiene invece che esso sia democratico, nel senso non della semplice partecipazione formale alla formazione della volontà statale, ma nel senso della *Partizipation*, cioè della « realizzazione materiale degli interessi vitali oggettivi delle masse » (*demokratisch bedeutet für Menger... inhaltliche Verwirklichung der objektiven Lebensinteressen der Massen*) (p. 113).

Quanto al punto (3), « utopia sociale, statale ed economica », il futuro Stato à la Menger presenterebbe questi tre caratteri: (a) « dominio razionale » (*rationale Herrschaft*) nel senso che al posto del dominio politico sugli uomini subentrerebbe l'amministrazione delle cose (p. 104); lo Stato di Menger sarà, infatti, un'impresa di carattere prevalentemente economico - culturale (*Kultur - und Wirtschaftsstaat*) (p. 107), il cui esempio paradigmatico è costituito

dalle attuali società ferroviarie e poste telegrafiche. Amministrazione tecnico-scientifica, quindi, contrapposta alla politica; al posto della dittatura del proletariato, cioè del « principio del politico », subentra per Menger il « principio della tecnocrazia ». È comprensibile, pertanto, secondo la Westernhagen, per quale ragione Menger avesse in mente solo « la costituzione autoritaria del lavoro » (*autoritäre Arbeitsverfassung*) e non intendesse democratizzare l'apparato burocratico dell'amministrazione dell'economia, dopo l'introduzione dello Stato lavorista; quel che conta, infatti, in tali amministrazioni non è tanto la decisione basata sul principio democratico maggioritario, quanto quella basata sulla competenza dell'esperto, del tecnocrate (p. 108).

b) Il secondo carattere dello Stato mengeriano è la *Arbeitsgesellschaft*, nella quale il popolo intero forma una grande comunità del lavoro. Qui Stato e società sono intimamente connessi allo scopo di organizzare la produzione e la distribuzione. La divisione del lavoro diviene il principio strutturale della nuova socializzazione. Lo Stato lavorista sarà un'organizzazione gerarchica e ciò permetterà, a parere di Menger, uno sviluppo dell'attività spirituale e materiale, in quanto la graduazione delle posizioni e la mobilità sociale dovrebbero evitare il pericolo che lo stesso degeneri in un *Mast- und Futterstaat* (p. 109).

c) Il terzo carattere, infine, dello « Stato popolare del lavoro » è costituito, sempre a giudizio della v. Westernhagen, dalla « dittatura educativa » (*Erziehungsdiktatur*) (p. 114 ss.).

Lo Stato, servendosi di un enorme apparato culturale e pedagogico, dovrebbe mettere in moto, nelle intenzioni di Menger, una lunga educazione del popolo avente per meta la « rigenerazione morale dell'uomo » (*sittliche Wiedergeburt der Menschen*). L'uomo nuovo, rigenerato, è educato alla « fratellanza e alla abnegazione » (*Brüderlichkeit und Hingebung*); dovrà sempre decidere in favore di una politica di pace.

Lo Stato del lavoro accompagnerà il cittadino per tutta la sua vita mediante le sue norme pedagogiche, scientifiche, estetiche e morali.

Si tratta, in breve, di qualcosa tra un platonismo e una 'rivoluzione culturale'. Da parte liberale, a questo tipo di Stato, amministratore dei beni e delle anime, fu rivolta una critica severa,

mettendolo accanto a quello dell'assolutismo illuminato e denominandolo « Stato eudemonistico-poliziesco del benessere » (*eudämonistischer Polizei - und Wohlfahrtsstaat*) (p. 116).

La critica della *Dissertation* fa notare il carattere razionalistico-idealistico della costruzione mengeriana dello Stato futuro e la totale mancanza di un collegamento fra teoria e realtà nel progetto di Menger sul passaggio al socialismo. Sarebbe, al solito, un progetto utopistico in quanto dedotto speculativamente, senza alcun riguardo per l'esperienza storica e per il problema delle forze reali cui affidare l'introduzione dello Stato socialista. È vero sì che la socialdemocrazia, nelle elezioni al *Reichstag*, poté aumentare la percentuale di voti fino e oltre ai quattro milioni nel 1903, ma è anche vero che questo aumento di voti non poteva essere tradotto in potere politico, per lo scarso peso del Parlamento nella formazione della volontà politica nel *Reich* germanico (p. 132). La contraddizione fra determinismo storico da una parte e attivismo riformistico o ottimismo mengeriano dall'altra, che non trovava rispondenza nella realtà a causa della impotenza del movimento operaio, potrebbe essere paragonata, a giudizio della Westernhagen, « con l'ideologia della socialdemocrazia intorno al 1900, nella quale il progetto rivoluzionario fu praticamente abbandonato a favore di un *pathos* radicale e di una prassi riformistica come pure di una costruzione della storia, per la quale lo sviluppo storicamente necessario avrebbe portato immancabilmente al crollo della società borghese e alla vittoria del socialismo » (pp. 133-134).

Quanto al punto (4), cioè « scienza giuridica e teoria del diritto » in Menger, il lavoro della v. Westernhagen vede nella scienza giuridica di Menger, una « politica della società scientificamente fondata » (*wissenschaftlich begründete Gesellschaftspolitik*) (p. 168 ss.) ed inoltre una « scienza etica » (*Ethoswissenschaft*), come quella di Schmoller e di altri sociologi del tempo (p. 176 ss.); la prima interpretazione si basa sul fatto che Menger affida la conoscenza e la soluzione della questione sociale alla scienza del diritto e ne fa quindi una scienza con compiti di politica pratica, « una scienza eticamente e politicamente impegnata » (*ethisch und politisch engagierte Wissenschaft*) (p. 171); la seconda interpretazione, la *Ethoswissenschaft*, formula valutazioni « scientifiche », e propone provvedimenti socio-politici « giusti »; essa non fa alcuna diffe-

renza logica tra « conoscenza del valore » (*Werterkenntnis*) e « conoscenza del fatto » (*Wirklichkeitserkenntnis*).

La concezione del Menger si contrappone così alla posizione epistemologica per cui « l'essere » (*Sein*) e il « dover essere » (*Sollen*) vengono separati e, per la conoscenza della realtà sociale, viene introdotto il postulato della « avalutatività » (*Wertfreiheit*) (p. 176).

Menger è, pertanto, favorevole ad una connessione fra scienza ed etica; egli contravviene così al precetto neokantiano, per il quale non si può passare dall'essere al dover essere, dal giudizio di fatto al giudizio di valore.

Anche il lavoro della v. Westernhagen sottolinea i limiti di Menger quale teorico del socialismo; questo è inserito nella tradizione del socialismo utopistico, con le componenti etica e social-riformistica. La costruzione di Menger dello Stato futuro è razionalistico-idealistica ed alquanto *weltfremd*, per la mancanza di un collegamento fra teoria e realtà. In compenso, numerosi appaiono i meriti storici di Menger: in primo luogo, come processualista civile, egli avrebbe schiuso « la dimensione sociale del diritto », battendosi sia contro la « signoria delle parti private nello svolgimento del processo civile (*Parteiherrschaft*), il che significava « passività » assoluta del giudice, sia contro il principio dell'oralità e della pubblicità del processo civile (p. 153); in secondo luogo, Menger avrebbe posto la questione sociale al centro della sua filosofia sociale, dischiudendo così un campo fino ad allora trascurato dall'indagine dal giurista (p. 217); in terzo luogo, egli sarebbe stato un pioniere per l'assunzione di idee sociali nel diritto (p. 208 ss.).

4. *Eckhart Müller.*

La *Dissertation* di Müller riporta puntualmente e cronologicamente le obiezioni a Menger dei critici borghesi, marxisti, socialdemocratici, senza una personale presa di posizione. Ad esempio, nel capitolo che tratta del socialismo di Menger, come « problema di distribuzione » (*der Sozialismus als Verteilungsfrage*) troviamo anzitutto la censura formulata da Marx che lo definisce *Vulgarsozialismus*, in quanto « prende in considerazione la distribuzione come se fosse del tutto indipendente dal modo di produzione » (p. 23) e poi quella di Eugen Ehrlich, allievo di Menger, secondo cui, contro

l'opinione del maestro, non è possibile « vedere nella questione sociale semplicemente una questione di distribuzione », essa sarebbe, invece, « soprattutto una questione del progresso tecnico nella produzione dei beni, il quale, grazie alla organizzazione delle masse lavoratrici e ai provvedimenti socio-politici, deve in definitiva tornare a vantaggio di tutti » (p. 25).

Anche a proposito della *Neue Staatslehre*, Müller riporta esaurientemente la critica del tempo, in cui i giudizi non sono certo teneri nei confronti di Menger. Il suo scritto è, infatti, considerato da Berth, allievo di Sorel, « une utopie de professeur, une utopie juridique, consciencieuse, universitaire, probe, ennuyeuse pour tout dire; de la science de cabinet; une vision de cité future par un rat de bibliothèque »; da Viktor Adler, austromarxista, « una utopia nell'utopia », in quanto Menger avrebbe dato una soluzione giuridica alla questione socialista futura; anche Carl Grünberg, biografo di Menger, considera la *Neue Staatslehre* come « una ricaduta nella letteratura utopistica »; altrettanto dicasi di Franz Mehring, lo storico della socialdemocrazia tedesca: « come presso tutti gli utopisti, anche presso questo utopista giuridico, la critica è la cosa più istruttiva » (pp. 112-113).

Anche Müller, su questo punto, si associa alla critica, quando scrive: « Nel complesso si può affermare che Menger è stato un critico acuto degli inconvenienti del suo tempo; tuttavia le sue proposte per il futuro sono apparse irrealistiche, ingenue, e, nella loro tendenza antidemocratica, addirittura pericolose; si può fare eccezione per le sue proposte di riforma del BGB e del processo civile » (p. 116).

I pericoli per le libertà fondamentali personali nello « Stato popolare del lavoro » mengeriano, Müller li vede, soprattutto, nella sua organizzazione statale fortemente centralizzata e gerarchicamente organizzata, in cui i mezzi di produzione dovrebbero appartenere allo Stato e ad altre organizzazioni pubbliche, in cui la distribuzione dei beni avverrebbe non in ragione del lavoro compiuto ma dei bisogni, in cui la differenziazione specifica degli organi pubblici si limiterebbe alle c.d. « autorità d'ordine e autorità economiche » (*Ordnungs- und Wirtschaftsbehörden*). Un tale « Stato poliziesco » molto probabilmente metterebbe in gioco, secondo Müller, la sopravvivenza stessa dei valori e delle strutture poste

dall'attuale ordinamento a garanzia della persona e della sua autonomia; degraderebbe i cittadini al rango di *Staatssklaven*; il ceto dirigente burocratico, formato dalle autorità d'ordine ed economiche, non soggetto al controllo del parlamento, finirebbe per gestire tutto il potere, sicchè sarebbe giusta l'osservazione di Preuss, riportata da Müller (p. 91), che non « gli interessi delle masse popolari, ma quelli che i supremi organi statali dirigenti dichiarano tali, formeranno lo scopo supremo anche nello Stato futuro di Menger ».

Non sembra poi che dal fatto dell'assunzione da parte dello Stato della attività di produzione e di distribuzione dei beni economici possa attendersi la scomparsa dei contrasti di interessi fra i vari gruppi della popolazione, poichè l'attività stessa, dando un indirizzo o un altro alla produzione, regolando in un modo o in un altro la retribuzione dei produttori tramite il criterio alquanto impreciso dei bisogni, ripartendo gli individui fra le varie occupazioni professionali secondo un criterio selettivo operato dalle onnipotenti « autorità economiche », non potrà sottrarsi alla eventualità di suscitare contrasti, odi e dissidi.

Ancor meno persuasiva appare poi a Müller l'attesa di una liberazione totale del proletariato, di una sua emancipazione dal dominio e dallo sfruttamento, conseguente alla semplice scomparsa dell'appropriazione privata dei mezzi di produzione, se prima non si sia tentato di risolvere il problema fondamentale della legittimazione e della socializzazione del potere, della gestione politica della società e del consenso. Questa problematica rimane, a giudizio di Müller, del tutto scoperta nella concezione pubblicistica di Menger; qui sta forse il suo limite grave.

La meta finale è vista da lui nell'eguaglianza economica, nel senso di eguaglianza di distribuzione dei beni.

5. *Hans Hörner.*

Per Hörner, il sistema di Menger è astratto, filosofico e deduttivo, senza alcun richiamo ad una visione storica, senza alcuna constatazione empirica, ma solo una dimostrazione fondata su principi; ciò sia per quanto concerne la critica alla società del suo

tempo, sia per quanto riguarda la visione della società futura da costruire (p. 176 ss.).

La formazione puramente *giuridica* di Menger non gli permette di analizzare a fondo l'economia e i suoi sviluppi e gli ispira una concezione prettamente gius-filosofica della questione sociale (p. 178).

A giudizio di Hörner, sono presenti nell'opera mengeriana contraddizioni, oscurità, sia per quanto riguarda la sua concezione sull'eticità sia per quanto riguarda la sua teoria del diritto. Qui è il maggior contrasto di opinione tra la *Dissertation* di Hörner e quella di Kästner.

Mentre, infatti, per quest'ultimo la concezione del diritto in Menger presenta il carattere dell'univocità e non è affatto contraddittoria, per Hörner invece essa non è del tutto lineare: talvolta vi si possono rinvenire richiami al giusnaturalismo, talvolta alla teoria sociologica del diritto; non si capisce insomma quale punto di vista Menger privilegi (p. 180).

Il socialismo di Menger è ricollegato anche da Hörner alla tradizione premarxista: la riflessione è stata notevolmente influenzata dalla lettura dei socialisti inglesi, specialmente Owen e Thompson. Pertanto anche la *Neue Staatslehre* non è immune dagli eterni luoghi comuni del socialismo utopistico, e cioè egualitarismo delle condizioni di vita, nel senso che ognuno deve aver di che vivere tranquillamente, e fede umanistica nell'uomo rigenerato. Per quel che riguarda la scarsa eco destata dall'opera di Menger quale teorico del socialismo, Hörner crede di individuare le cause nella avversione di Menger per Marx.

A questo proposito egli scrive: «Dopo che la prima opera di Menger, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag* fu decisamente respinta dalle supreme istanze marxiste, le idee di Menger non furono più tenute in considerazione dal movimento operaio marxista» (p. 45).

A parte questi limiti, Hörner attribuisce a Menger anche notevoli meriti; primo fra tutti, l'influsso della sua critica al BGB. È la parte soprattutto critica dell'opera, il suo talento di demolitore che conquistò a Menger una vasta fama anche oltre gli stretti confini dell'Austria. Qui Menger mostrò indubbiamente un notevole rigore di ragionamento, un'estrema ricchezza di stile, una

eloquenza indignata, una argomentazione serrata con istanze di riforma che andava molto più in là della solita formuletta delle *Tropfen sozialpolitischen Öles* (p. 183).

La *Dissertation* dedica largo spazio anche alla descrizione della vita e della personalità di Menger (pp. 1-30).

Da queste note biografiche, largamente basate sui necrologi di Grünberg e Ehrlich, allievi di Menger, appare il ritratto di un uomo fuori del comune, che non conobbe nè crisi nè conversioni lungo il suo cammino.

Menger vi appare come il classico esempio dello *Stubengelehrter* che dedicò tutta la vita alla scienza, che per essa lavorò instancabilmente giorno per giorno senza darsi respiro. Il suo rigorismo morale non faceva concessioni alle debolezze umane, alle vanità; non aveva infatti ambizioni e, pur essendosi occupato di molte questioni politiche e sociali, preferiva tuttavia tenersi il più lontano possibile dalle passioni e dalle delusioni della vita politica attiva (p. 20).

Come ogni vero studioso, era convinto che fosse necessario rinunciare a qualsiasi impegno di indole pratica, per poter svolgere seriamente l'attività di ricerca (p. 21). Menger possedeva un'erudizione straordinaria; non solo conosceva a fondo l'intero campo delle scienze giuridiche e politiche, ma era anche versato in filosofia, in storia e in rami dello scibile del tutto estranei alla sua materia di lavoro, quali ad esempio la matematica superiore; pubblicò diversi lavori originali di matematica sotto lo pseudonimo di Julius Bergbohm, anche se non sempre accolti del tutto favorevolmente (p. 25).

Connesso alla sua vastissima cultura è il metodo comparatistico che Menger applicò al diritto processuale civile, al fine di accertare ciò che in altri Paesi aveva dato buona prova e che poteva essere utilizzato per una riforma del processo austriaco (p. 25).

Ma l'opera veramente meritoria di Menger è, a giudizio di Hörner, la sua biblioteca, (*die wahrscheinlich grösste Leistung Mengers*) (p. 182 e p. 22). Gran parte dei suoi guadagni Menger la investì, infatti, nell'acquisto di libri, tanto che, alla sua morte, la biblioteca comprendeva ben 16.000 volumi. Negli anni 1883, 1885 e 1887 Menger intraprese numerosi viaggi a Parigi, Londra, Berlino e Zurigo, allo scopo di acquistare gli scritti dei socialisti francesi, inglesi e tedeschi; questa immensa raccolta di scritti so-

cialisti poteva competere con la Biblioteca Nazionale di Parigi o con quella del British Museum di Londra (p. 22). Menger la lasciò in eredità all'Università di Vienna. Nel 1938, i nazisti la saccheggiarono e la trasportarono in Germania; alla fine della guerra, solo una piccola parte poté essere restituita all'Austria e precisamente alla « Camera del lavoro » di Vienna.

Erede universale di tutti gli averi di Menger rimase la *Anton Menger Bibliothek-Stiftung* (p. 24).

II. LA CONCEZIONE ' SOZIAL ' DEL DIRITTO E DELLA SCIENZA GIURIDICA.

L'assunto centrale che domina tutta l'opera di Menger è quello di affermare la netta superiorità delle concezioni giuridiche e politiche ispirantisi all'idea *sozial* ⁽⁴⁴⁾ di fronte a quelle che traevano alimento da motivi individualistici e che avevano trovato consacrazione nelle compilazioni civilistiche dell'Ottocento.

Egli chiedeva che l'istituto giuridico tradizionale, modellato quasi sempre sulla concezione prettamente egoistica del diritto privato romano, fosse piegato e trasformato nel senso di quelle idealità proprie delle classi lavoratrici e del socialismo largamente inteso.

La proprietà, ad esempio, non è più vista come il diritto soggettivo del proprietario, ma come la funzione ' sociale ' del detentore della ricchezza. L'idea del diritto ' sociale ' è, com'è noto, particolarmente sviluppata nell'opera di Otto von Gierke, contemporaneo di Menger. Può essere utile, a questo proposito, un raffronto tra Menger e l'autore del *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. In quest'opera monumentale Gierke, elaborò la dottrina di un diritto ' sociale ' in senso organicistico, con la riscoperta della comunità (*Gemeinschaft*), generatrice di un ordinamento giuridico inteso quale « organismo etico-spirituale » (*Geistig- sittlicher Organismus*) e della società, intesa quale sistema organico di comunità umane tra loro connesse. Il diritto è così concepito come il

(44) Cfr. nota 2.

prodotto della comunità, la quale possiede una propria vita e una propria coscienza.

La teoria del diritto di Gierke, e la sua critica al progetto di cod. civ. era essenzialmente antindividualistica; egli chiedeva pure la conciliazione tra diritto privato e diritto pubblico, tra interessi privati e interessi generali che avrebbe voluto vedere fusi insieme in un'armonica unità. Nel famoso, citatissimo discorso pronunciato nel 1889 nella « Società giuridica » di Vienna e pubblicato sotto il titolo *Die sozialen Aufgaben des Privatrechts*, il Gierke sostenne con molto calore la tesi che bisognava evitare che, slegati del tutto l'uno dall'altro, il diritto pubblico mettesse capo ad uno Stato assoluto, ed il diritto privato si convertisse in diritto prettamente individualistico.

Avvertiva, pure, in netta contrapposizione a Menger, che la « statalizzazione del diritto privato nel senso del socialismo », altro non significava se non la « ricaduta nella illibertà e nella barbarie » ⁽⁴⁵⁾. Bisognava invece, affermava il Gierke, ritornare all'antico diritto germanico che non conosceva la distinzione, propria del diritto romano, fra *ius populi* e *ius singulorum* e che concepiva soltanto l'unità del diritto; trionfasse pure la forma del diritto romano, ma non lo spirito: quest'ultimo doveva essere attinto dal diritto germanico. Al proprietario, per esempio, dovevano essere imposti dei doveri sociali, primo fra tutti, quello di non abusare del suo diritto.

Ma era soprattutto in tema di contratti che la funzione *sozial* del codice doveva esplicarsi più larga e poderosa, esigendo una tutela efficace dell'interesse delle classi lavoratrici.

Qui l'analogia con le proposte di Menger appare piuttosto evidente. Sia Menger che Gierke, infatti, chiedevano che il contratto di lavoro venisse regolato con norme nuove, diverse da quelle che avevano ancora la loro radice nel diritto romano, il quale, informato ai principi della schiavitù, modellava il contratto di locazione d'opera su quello della locazione delle cose; chiedevano pure che fosse posto un freno alla « libertà contrattuale illimitata » (*schrän-*

(45) OTTO VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien*, Berlin, 1889, p. 12.

kenlose Vertragsfreiheit) ⁽⁴⁶⁾, posta a fondamento delle obbligazioni, con l'argomentazione che questa portava alla propria autodistruzione, costituendo « un'arma terribile nelle mani del più forte economicamente... un mezzo cioè di oppressione e di sfruttamento della parte economicamente debole » ⁽⁴⁷⁾.

In conclusione, il compito *sozial* del diritto era stato intravisto da Gierke con sufficiente chiarezza: si trattava, dopo tutto, di collocare l'uomo in un contesto sociale, mentre un diritto indirizzato esclusivamente alla difesa di interessi e di spazi di libertà individuali non solo non sarebbe riuscito ad influenzare la struttura 'sociale' e la solidarietà umana, ma non avrebbe realizzato neppure l'idea geometrica della giustizia.

Una differenza fondamentale tra la concezione di Gierke e quella di Menger si può riscontrare in ciò: mentre Gierke chiedeva la socializzazione del diritto privato — il che pur significava la revisione dei codici *ab imis fundamentis* in nome di una generica « solidarietà sociale », dietro alla quale si celava però uno spirito patriarcale-conservatore (tant'è vero che tentava di salvare un ordinamento giuridico 'sociale' ormai superato, cioè quello corporativo del diritto germanico antico) — Menger e i seguaci della sua scuola la chiedevano invece in nome degli interessi specifici dei lavoratori, che nei codici della borghesia erano stati, a loro giudizio, « pregiudicati o non sufficientemente tutelati » ⁽⁴⁸⁾. Il codice civile, inteso qui come 'struttura' sostanzialmente costante che si ripete o si incarna nei singoli codici storici, non aveva dato, infatti, un'adeguata regolamentazione a tutti i complessi rapporti della vita economica introdotti dall'industrialismo e dal macchinismo.

Qui sarà forse interessante notare che in questi ultimi anni si sta facendo strada la tesi, di cui il principale assertore è Ernst Wolf, secondo la quale nella Germania nazista molti teorici del diritto del lavoro si sarebbero ispirati alle concezioni non solo di Gierke, ma anche di Menger, a proposito dell'essenza del rap-

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*, p. 22.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*, p. 81.

⁽⁴⁸⁾ ANTON MENERGER, *Il diritto civile e il proletariato*. Traduzione ital. di Giuseppe Oberosler, Torino, 1894, p. 2.

porto di lavoro, inteso come «rapporto giuridico personalistico-comunitario» (*personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis*) ⁽⁴⁹⁾.

Ora non fa meraviglia che i teorici nazionalsocialisti abbiano tratto spunto dai molti elementi mistici insiti nella concezione del Gierke, quali ad esempio *Gemeingeist*, *Gemeinschaft*, *germanisch*, *deutsch*, contrapposti a *individualistisch*, *römisch*, *romanistisch*, ma mi sembra difficile che altrettanti elementi essi abbiano potuto attingere dalla *Weltanschauung* mengeriana, di matrice razionalistica e illuministica.

Ancora: in Menger la richiesta di socializzazione del diritto segue da vicino lo spostamento dell'asse portante dell'economia dalla proprietà ereditaria al lavoro organizzato avvenuto con la rivoluzione industriale; si comprende quindi che, diversamente da Gierke, Menger preveda un tipo di socializzazione omogeneo a quello vigente in fabbrica, ossia razionalmente pianificato, e che egli coerentemente richieda al posto del diritto «cresciuto naturalmente» (*naturwüchsig*) quello «frutto della riflessione» (*reflektiert*). D'altra parte, in un'organizzazione razionale il bene della parte è logicamente necessario al funzionamento del tutto: di qui la progressiva scomparsa degli interessi meramente privati e il sostrato economico-funzionale dell'affermazione che, nel pianificare il diritto, il bene generale dovesse servire «da stella polare della riflessione» (*als Leitstern der Reflexion*) ⁽⁵⁰⁾.

Tutto questo è ben lontano dall'ispirazione di Gierke. S'imponesse per Menger una trasformazione radicale del diritto privato in diritto pubblico, giacchè «le finalità a cui servono le istituzioni del diritto privato sono di carattere così generale, e riguardano talmente tutti gli individui, che dovrebbero seriamente considerarsi come bene generale o pubblico (*allgemeines oder öffentliches Wohl*), che è pure l'equivalente del bene di tutti» ⁽⁵¹⁾. Tale transustanziazione del diritto privato in pubblico o pubblicizzazione del diritto privato avrebbe dovuto abbracciare, nell'idea di Menger, tutti i rami di quest'ultimo, ma si sarebbe reso particolarmente

⁽⁴⁹⁾ ERNST WOLF, *Das Arbeitsverhältnis. Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder Schuldverhältnis?*, Marburg, 1970, p. 57 e p. 63.

⁽⁵⁰⁾ MENDER, *Neue Staatslehre*, cit., p. 33.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*, p. 75 ss.

efficace nei confronti dei diritti reali e del diritto delle obbligazioni.

In quest'opera di democraticizzazione e di socializzazione del diritto privato, un grande contributo doveva venire da quella che Menger chiamò la « scienza giuridica *sozial* » (*die soziale Rechtswissenschaft*).

Essa doveva porsi, nelle intenzioni di Menger, tre obbiettivi diversi, dei quali uno riferito al presente, l'altro al passato ed il terzo, infine, al futuro. Il primo compito, quello che si riferisce cioè al presente, è assunto per Menger dalla « scienza giuridica dogmatica » (*die dogmatische Rechtswissenschaft*) ⁽⁵²⁾, la quale raccoglie il diritto vigente, lo elabora secondo un sistema scientifico, ne elimina le lacune e le antinomie e gli dà la forma più adatta per la sua applicazione. L'attività principale di questa branca della scienza giuridica è la interpretazione della legge, e precisamente l'interpretazione *soggettiva*, riferita cioè al concreto legislatore più che al testo in sé (*was ein bestimmter Gesetzesverfasser mit seinen Gesetzesbestimmungen festzusetzen beabsichtigt*) ⁽⁵³⁾.

Il secondo compito, quello che si riferisce cioè al passato, è svolto dalla « scienza giuridica storica » (*die geschichtliche Rechtswissenschaft*), la quale spiega l'origine dei singoli istituti giuridici e ne segue la progressiva evoluzione, nel corso degli anni e dei secoli, fino al presente ⁽⁵⁴⁾. L'una e l'altra, per quanto importanti per il processo di *Rechtsanwendung*, sono tuttavia, agli occhi di Menger, discipline « acritiche », poichè soggette al « principio di autorità » (*unkritische Hingabe an das Autoritätsprinzip*) ⁽⁵⁵⁾. Il senso critico, che dev'essere per Menger « premessa di ogni vera attività scientifica », fu purtroppo soffocato dalla Scuola storica del diritto, tutta tesa alla assolutizzazione del diritto storico, e in deliberata opposizione al giusnaturalismo ⁽⁵⁶⁾. La Scuola storica, a giudizio di Men-

⁽⁵²⁾ ANTON MENDER, *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, (Rede gehalten am 24 Oktober 1895 bei Übernahme des Rektorats der Wiener Universität) 2. Auflage, Wien und Leipzig, 1905, p. 4.

⁽⁵³⁾ *Ibidem*, p. 6.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*, p. 4.

⁽⁵⁵⁾ *Ibidem*, p. 16.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*, p. 17.

ger, aveva distaccato il diritto dalla vita, lo aveva ridotto a pure e semplici costruzioni concettuali astratte dalla storia e aveva favorito, in questo modo, la conservazione sociale e il principio di autorità.

Anche i governi, per motivi politici, appoggiarono questo indirizzo, in particolare cancellando dai piani degli studi universitari le « discipline giuridiche critiche », prima fra tutte la Filosofia del diritto ⁽⁵⁷⁾.

Menger vede, pertanto, una « lacuna » nella scienza giuridica tedesca ed europea, lacuna che intende riempire con la cosiddetta « scienza giuridica politico-legislativa » (*die legislativpolitische Jurisprudenz*) ⁽⁵⁸⁾. Suo compito è quello di « comparare la materia giuridica tramandata con le condizioni del presente, al fine di stabilire i mutamenti da apportare alla stessa in futuro » ⁽⁵⁹⁾.

Ma il settore più importante della *legislativpolitische Jurisprudenz* è, senza dubbio, la c.d. *soziale Rechtswissenschaft*. Il compito della « scienza giuridica *sozial* » è di natura empirica: « essa deve osservare attentamente l'alternarsi dei rapporti di potenza » (*Auf- und Abwogen der Machtverhältnisse*) ⁽⁶⁰⁾ fra le varie classi sociali, allo scopo di elaborare, *de lege ferenda*, le dovute soluzioni giuridiche. Essa « deve mantenere soprattutto la congruenza tra diritto e potere al fine di evitare le catastrofi sociali nascenti dalla contrapposizione di questi » ⁽⁶¹⁾. Se il giurista riesce a svolgere, con autonomia e indipendenza, questo non facile compito, allora può spettargli veramente, a giudizio di Menger, « il ruolo di arbitro fra le diverse classi sociali » (*das Schiedsrichteramt zwischen den verschiedenen Klassen der bürgerlichen Gesellschaft*) ⁽⁶²⁾.

Questa rapida esposizione è sommaria e semplificatrice, ma è sufficiente, spero, per mostrare la parte che spetta alla giurisprudenza nel favorire la socializzazione del diritto e nel fornire al legislatore le linee direttrici per operare le concrete riforme.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*, p. 14.

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*, p. 4 e p. 19.

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*, p. 20.

⁽⁶⁰⁾ *Ibidem*, p. 21.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*, p. 22.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*, p. 22.

RAPPORTI TRA ' SOZIALE RECHTSWISSENSCHAFT ' DI Menger E ' FREIRECHT '.

Esposta sommariamente la posizione critica di Menger nei confronti della scienza giuridica tradizionale e ufficiale, possiamo chiederci come egli si situi nei confronti della principale metodologia innovatrice ed ' eretica ' del suo tempo, il giusliberismo (*Freirecht*).

Esso è stato recentemente interpretato come una « esperienza fondamentale che genera un movimento e una dottrina » ⁽⁶³⁾.

Per quanto riguarda l'*Erlebnis* esso è profondamente diverso da quello che sta alla base della concezione *sozial* della scienza giuridica perchè consiste nella « intuizione della libertà del giurista simultaneamente come fatto e come valore » ⁽⁶⁴⁾, mentre l'*Erlebnis* fondamentale della concezione *sozial* di Menger è la percezione della crescita di potere (*Machtzuwachs*) della classe operaia simultaneamente come fatto e come valore. Come *fatto*: questa crescita è inarrestabile per la logica oggettiva di sviluppo del modo di produzione industriale; come *valore*: la conquista del potere non è solo un fatto, è anche un'esigenza di giustizia. Dato che i due *Erlebnisse* sono fondamentalmente diversi, eventuali punti di contatto con il *Freirecht* devono considerarsi in larga misura casuali; per esempio, Menger avrebbe potuto benissimo, senza nulla togliere alla sua *soziale Rechtswissenschaft*, sostenere una teoria dell'interpretazione giuridica legalista e logicista; bastava che esigesse la trasformazione della legge in senso *sozial*.

Di fatto, invece, Menger ha recepito dall'atmosfera culturale circostante, pur senza tematizzarle, alcune impostazioni propriamente giusliberiste. Per esempio, parlando dell'interpretazione, egli sostiene che « la applicazione dell'analogia deve venire sostituita anche nel campo del diritto civile dalla decisione basata su motivi di opportunità (*Zweckmäßigkeitserwägungen*), perchè solo su questa via è possibile una riforma del diritto civile dall'interno verso l'esterno... Se il giudice civile potesse, infatti, giudicare

⁽⁶³⁾ Cfr. LUIGI LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 346 ss.

⁽⁶⁴⁾ LOMBARDI, *ibidem*, p. 358.

sulla base dell'opportunità, egli si troverebbe in grado di mitigare in moltissime liti l'unilateralità del diritto civile, e preparare così una graduale trasformazione dello stesso nell'interesse delle classi non abbienti » ⁽⁶⁵⁾. Tuttavia, l'attività inevitabilmente creativa e la *Weiterbildung* del diritto da parte della giurisprudenza dogmatica non viene quasi affatto presa in considerazione; direi che qui Menger appare piuttosto conservatore.

Si direbbe che la politica del diritto sia interamente riservata alla *legislativpolitische Jurisprudenz*, intesa come progettazione della *lex ferenda*. Qui non si accenna a nessuna creatività nell'attuazione dello *ius conditum*. Non solo, ma lo *ius* coincide totalmente con la *lex*; non sembra di constatare in Menger nessuna consapevolezza della possibilità di un diritto positivo extralegislativo.

Non è un caso che egli parli di *legislativ-politische*, e non di *rechts-politische Jurisprudenz*. Sotto questo secondo aspetto, Menger è conservatore (nel senso di legalista) riguardo alla teoria della scienza giuridica, non già dell'esistenza o vigenza del diritto, e si distingue dal realismo giuridico. La relativa sottovalutazione da parte di Menger sia delle possibilità creative concesse alla scienza giuridica positiva, sia della funzione svolta dal diritto extralegislativo si spiega in base a diversi fattori, tra i quali hanno notevole rilievo lo scetticismo di Menger nei confronti del ceto giurisprudenziale, ligio secondo lui all'*Autoritätsprinzip*, e la natura stessa delle riforme da attuare, che poco si prestavano ad una trasformazione capillare del diritto nei tempi lunghi.

In questo senso, Menger è nella linea di tutti i riformatori illuministi che prediligono lo strumento legislativo. Tuttavia, pur confinandosi nella progettazione della *lex ferenda* l'attività trasformatrice politico — giuridica della *Rechtswissenschaft*, Menger le accorda, in consonanza con il *Freirecht*, una funzione di realizzazione di valori e, in consonanza con il realismo giuridico, una funzione di adeguamento del diritto al fatto sociale.

Sul primo aspetto (adeguamento diritto-giustizia) ci siamo già soffermati parlando dell'ispirazione etica di Menger. È anzi questa la base del rimprovero e della qualifica più volte attribuita a Men-

(65) MENDER, *Il diritto civile e il proletariato* (trad. ital.), cit., p. 19 s.

ger di idealismo. Il secondo aspetto è stato, invece, generalmente trascurato. Menger insiste ripetutamente nel definire il compito della legislazione e della « scienza giuridica politico-legislativa » come adeguamento del diritto alla mutata situazione di potere.

In questo modo, da un lato, Menger contravviene al precetto neokantiano per cui il fatto non è mai normativo, d'altra parte, però, appare molto più « realistico » di quanto i suoi avversari gli rinfaccino.

C'è anzi da chiedersi come Menger avrebbe reagito nel caso di nuovo spostamento del potere a favore delle classi dominanti, come doveva avvenire pochi decenni dopo con la presa del potere da parte dei nazisti.

Sembra evidente che Menger, fedele all'*Erlebnis* fondamentale, avrebbe in tal caso fatto prevalere l'esigenza idealistica su quella realistica.

CRITICA ' SOZIAL ' DI MENDER AL BGB.

Compiuta l'unità del Paese, i tedeschi vollero, com'è noto, unificare anche il diritto, rifondendo le diverse compilazioni legislative allora vigenti nei *Länder* (*Codex Maximilianeus bavaricus civilis*, *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, *Badisches Landrecht*, ecc.). Dopo un lavoro durato più di vent'anni, dal 1874 al 1896, il progetto di un codice civile fu ultimato, discusso al *Reichstag* e finalmente pubblicato insieme con cinque volumi di « motivi », nel dicembre del 1897 ⁽⁶⁶⁾.

La pubblicazione destò un'agitazione intellettuale nella nazione germanica e suscitò una congerie di discussioni, cui presero parte il Congresso annuale dei giuristi, le riviste specializzate, le Camere di commercio, il Circolo degli industriali, i governi dei *Länder*, le associazioni agricole, ecc.; tutti quanti formularono

(66) Sulla *Entstehungsgeschichte* del BGB cfr. specialmente FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Auflage, Göttingen, 1967, p. 468 ss. e GERHARD WESENBERG, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, 2. Auflage, Lahr-Schwarzwald, 1969, p. 171 ss.

suggerimenti e proposte. Ben seicento pareri furono raccolti e pubblicati, a cura del ministero della giustizia del *Reich*, sotto il titolo: *Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches*.

Le critiche superarono di gran lunga le lodi; esse rimproverarono al progetto l'«impopolarità» (*Unvolksthümlichkeit*), l'«estraneità alla vita» (*Lebensfremdheit*), lo scarso peso dato alle consuetudini popolari germaniche, il lessico astratto e dottrinario, la mancanza di ogni impronta *sozial* e l'eccessivo individualismo manchesteriano e romanistico, il mercantilismo, il classismo, ecc.

Vediamo ora, la critica di Menger, che riassume un pò quasi tutte queste critiche.

Essa è una veemente requisitoria contro la forma e il contenuto dello stesso, formulata in nome delle «classi nullatenenti» (*die besitzlosen Volksklassen*), per mostrare «quanto gli interessi delle classi povere» fossero nel nuovo progetto «pregiudicati o non sufficientemente tutelati, pur riconoscendo quale punto di partenza i principi fondamentali dell'odierno diritto privato germanico» ⁽⁶⁷⁾.

Sebbene profondamente convinto che solo attraverso un'eliminazione o una riforma dei principi giusprivatistici — libertà contrattuale, proprietà privata, eredità — era possibile creare un ordinamento giuridico che tutelasse gli interessi generali, Menger ammetteva che una critica al codice fatta dal punto di vista socialista sarebbe stata «sbagliata ed inopportuna», in quanto «i compilatori del progetto ebbero l'intenzione ed il dovere di fornire un codice elaborato unicamente su basi di diritto privato», sicchè una critica per essere utile doveva «ritenere tali basi siccome fatti già esistenti» ⁽⁶⁸⁾. La critica di Menger al progetto è, quindi, intrasistematica.

Il primo attacco polemico di Menger è diretto alla *forma* del progetto. Secondo lui si tratta di un codice dalla tecnica ardua, dottrinale, *Juristenrecht* professorale, dalla lingua tecnica esoterica, inaccessibile senza commento agli stessi giuristi, privo, nelle descrizioni di fattispecie, di ogni evidenza plastica.

⁽⁶⁷⁾ ANTON MENDER, *Il diritto civile e il proletariato*, cit., p. 2.

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*, p. 2.

Il BGB non è diritto di popolo, ma diritto di giuristi romanisti imposto al popolo. Gli autori del progetto hanno fornito un'opera « il cui modo di esprimersi astratto ed impopolare è addirittura insuperabile » ⁽⁶⁹⁾.

Aggiungasi, poi, il fatto che quasi ogni paragrafo contiene numerosi « richiami » (*Verweisungen*) ad altre norme, per cui occorre « sfogliare quasi tutto il codice per mettere insieme le norme che si riferiscono ad un solo istituto ». Chiunque capisce, quindi, che le masse popolari si trovano, nel perseguimento dei loro diritti, « alla mercé dei giuristi di professione » ⁽⁷⁰⁾.

Per questo lato, il BGB è superato, sempre a giudizio di Menger, dal progetto di codice civile svizzero (ZGB) di Huber.

Esso, pur ispirandosi alla scienza giuridica tedesca, ha evitato tutte le sottigliezze dottrinali, il tecnicismo superfluo, i rinvii da un paragrafo all'altro; ha seguito un criterio pratico, cercando di adattare la legge alla varietà dei casi ⁽⁷¹⁾. E ha potuto farlo anche perchè ha rinunciato al dogma della completezza, confessando l'insufficienza fondamentale della legislazione codificata, accet-

⁽⁶⁹⁾ *Ibidem*, p. 14.

Una critica analoga fu formulata da OTTO VON GIERKE, nello scritto *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Reich*, Leipzig, 1889, p. 3 ss. Gierke riconosceva sì al progetto talune lodevoli caratteristiche, ma lamentava anche il fatto che esso non era « tedesco » (*deutsch*), che non era « popolare » (*volkstümlich*), che non era « creativo » (*schöpferisch*). Il progetto era — a giudizio di Gierke — « un compendio delle pandette fuso e colato in paragrafi di legge ».

Una codificazione doveva essere, secondo lui, un'opera originale, elementare, che affonda le sue radici nella tradizione popolare ed è estranea allo *Juristenrecht*; doveva essere un libro popolare come la bibbia. La codificazione doveva lasciar posto, in particolar modo, al diritto *sozial*, alle idee comunitarie del diritto germanico antico; doveva accontentarsi di alcuni principi direttivi generali e lasciare alla scienza del diritto il compito di risolvere le questioni relative alla costruzione giuridica.

Nella sua critica al progetto, Gierke era mosso, al pari di Menger, da un alto concetto di solidarietà sociale; la sua critica era, in ogni modo, assai meno radicale di quella di Menger, in quanto si accontentava di versare nel codice qualche « goccia di olio sociale » (le famose *Tropfen sozialen Öls*).

⁽⁷⁰⁾ Menger, *Il diritto civile e il proletariato*, cit., p. 14.

⁽⁷¹⁾ Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 3^a ediz. Tübingen, 1904, Einleitung, p. VII s.

tando l'autorità del costume federale, affermando il potere proprio del giudice nel colmare le lacune spesso volontarie della legge.

La seconda bordata polemica di Menger è indirizzata al *concettualismo immobilista*.

Con richiamo alle tre grandi opere legislative dell'illuminismo: i codici civili prussiano, francese e austriaco, che avevano saputo «anticipare di molto lo sviluppo sociale delle rispettive nazioni», Menger nota che il progetto germanico, opera di mera sistemazione, mostra invece di intendere ben poco gli ideali dell'epoca ed i compiti del legislatore. I redattori del progetto non hanno dato prova di essere all'altezza del compito che si pone «la scienza giuridica *sozial*», la quale «prende sì le mosse dalla situazione giuridica esistente, ma ad ogni massima o ad ogni istituzione giuridica importante, esamina se questa o quella corrisponda ancora, alle condizioni di potere esistenti entro le classi sociali» (72). Il legislatore degno di questo nome non dovrebbe, secondo Menger, limitarsi ad un compendio del diritto vigente, ma tenere fisso lo sguardo al movimento sociale ed assecondarlo o affrettarlo, se occorre, con i suoi precetti.

I redattori del progetto germanico si sarebbero invece limitati a raccogliere in tutti gli stati federali lo straordinario numero di leggi particolari, derivanti da diverse epoche, riguardanti il diritto civile; e «si può essere certi — scrive Menger — che se i redattori avessero trovato che nel diritto vigente esistevano ancora la schiavitù e i servi della gleba in Germania, avrebbero gelosamente conservato nel loro progetto queste mirabilissime istituzioni» (73).

La terza critica è diretta nei confronti della *tendenza sociale* del progetto. Per Menger si tratta chiaramente di una legge di classe; e, mentre il codice napoleonico è stato la legge della borghesia in ascesa, quello tedesco è la legge della borghesia decadente. Dal punto di vista sociale, esso non risponde alla esigenze dello Stato democratico, non tiene conto degli «spostamenti di potere» (*Machtverschiebungen*) a favore delle classi povere, «avrebbe potuto fare la sua comparsa tanto nell'anno 1788 quanto un secolo più tardi»; è redatto, insomma, per proteggere unica-

(72) MENDER, *Il diritto civile e il proletariato*, cit., p. 12.

(73) *Ibidem*, p. 13.

mente gli interessi delle classi possidenti e non lascia spazio alle idee moderne di protezione dei deboli e di solidarietà sociale ⁽⁷⁴⁾. Il progetto si ispira ai principi individualistici del più puro manchesterismo; non investe la proprietà di alcun dovere sociale, tratta il salario come merce; è una minuziosissima regolamentazione della proprietà privata che mira a proteggere con mille cautele, mentre tutto ciò che interessa il bene generale, la sicurezza della propria persona, il decoro e la dignità della propria esistenza, la distribuzione ed il regime del lavoro han formato la minore preoccupazione del legislatore ⁽⁷⁵⁾.

Costui ha posto alla sommità delle sue disposizioni le norme relative al diritto delle obbligazioni, quasi abbia voluto dimostrare che gli stanno più a cuore gli interessi del commercio che non quelli, non pure della proprietà, ma della stessa famiglia.

In tal modo, il progetto si caratterizza, a giudizio del Nostro, come il portato di un'epoca in cui prevalgono interessi libero-scambisti, in cui i riguardi verso il commerciante si impongono persino su quelli verso il proprietario; si comprende, pertanto, che parte può essere fatta alle classi lavoratrici ⁽⁷⁶⁾. Il codice, quindi, non è egualitario che in apparenza: nel fondo è antidemocratico, in quanto sanziona solo i diritti dell'individuo in quanto proprietario.

Violenta è pure la critica di Menger nei riguardi della *autonomia privata illimitata o del problema uguaglianza formale-disuguaglianza sostanziale*. Nel diritto civile apparentemente neutrale, il principio della autonomia privata illimitata significa infatti, a giudizio di

(74) *Ibidem*, p. 11 ss. e p. 178 ss.

(75) *Ibidem*, p. 12; p. 29 ss.; p. 120 s.; p. 178 s.

Per le critiche al carattere manchesteriano del progetto, cfr. anche OTTO BÄHR, *Gegenentwurf zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Kassel, 1892, p. IV ss.; e LUDWIG FULD, *Das bürgerliche Gesetzbuch und die Sozialpolitik*, in *Gruchot*, Bd. 35, 1891, p. 638 ss.

(76) MENDER, *Il diritto civile e il proletariato*, cit., p. 30.

Si veda anche FRANZ WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe, 1953, p. 10 ss., in cui si sostiene che il BGB si limitò a codificare le istanze dei gruppi borghesi, gli interessi della industria, del commercio e della proprietà fondiaria, lasciando del tutto insoddisfatte le nuove aspirazioni verso la giustizia sociale.

Menger, vantaggio esclusivo per le classi economicamente forti e mobili.

Il presupposto della *Chancengleichheit* che sta alla base del codice, è in verità una semplice finzione; date infatti le condizioni di partenza affatto differenti, l'autonomia del diritto privato, intesa come pura possibilità astratta, conduce col tempo la parte economicamente debole in uno stato di illibertà economica. Lo svantaggio per le classi povere deriva, secondo Menger, proprio dal fatto che la legislazione stabilisce le stesse regole di diritto tanto per il ricco quanto per il povero, quando la posizione sociale del tutto differente di entrambi richiederebbe appunto un trattamento pure differente; «oggi si sa — scrive Menger — che non esiste una disuguaglianza maggiore di quella di trattare le disuguaglianze in modo uguale» (77). Questa è, direi, l'idea madre, il motivo

(77) MENER, *ibidem*, p. 23.

Si veda, per un confronto altamente istruttivo, RUDOLPH SOHM, *Bürgerliches Recht*, in *Die Kultur der Gegenwart. Ihre Entwicklung und ihre Ziele*, Leipzig und Berlin, 1913, p. 144 ss. «... il diritto porterà sempre con sé delle crudesse, delle ingiustizie, ma ciò è insito nella imperfezione della natura umana, specialmente nella imperfezione delle leggi scritte. Giammai tuttavia il diritto è ingiusto nella sua interezza. Mai il diritto si presta ad essere strumento per l'egoismo dei forti. Il diritto non vive nè sulla violenza poliziesca nè sulla punta delle baionette... Il diritto (come totalità) non serve gli interessi di singole classi, ma quelli dell'intera nazione...

Il terzo stato si è fatto avanti e il nostro diritto privato è principalmente diritto borghese. Il commerciante ha soppiantato lo *Junker*, per quanto riguarda il potere sul diritto privato.

Certo, nessun decreto di un'assemblea legiferante e nessun caso fortunato può, dall'oggi al domani, mutare la situazione di intere classi sociali. Se si vuole ascendere, è necessario confidare esclusivamente sulle proprie forze, sull'acquisizione di potere sociale tramite il continuo lavoro... Non l'uguale, ma la giusta distribuzione dei beni nazionali è compito dell'ordinamento giuridico.

A ciascuno il suo! A ciascuno ciò che gli spetta secondo le sue prestazioni a favore del bene comune !...

L'influsso del terzo stato sul diritto riposa non tanto sull'egoismo, quanto sul fatto che esso è il creatore della nostra cultura. Il diritto sta al servizio del popolo e, perciò in prima linea, al servizio di coloro che incarnano la forza della vita nazionale...

L'ascesa del quarto stato è in fieri; essa diventerà irresistibile dal momento in cui la classe lavoratrice si sarà messa, senza riserva, al servizio della causa nazionale.

Il periodo in cui oggi viviamo è quello capitalistico: nello scambio dei capitali

che percorre l'intera opera; tema questo, che tornerà in Anatole France, nella famosa frase della « majestueuse égalité des lois qui interdit au riche comme au pauvre, de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain ⁽⁷⁸⁾ ».

Vediamo, ora la critica di Menger ai singoli istituti:

a) *diritto di famiglia*.

Data la base naturale della famiglia, riposta nel bisogno genetico e nella affezione parentale, sembrerebbe a prima vista che il diritto di famiglia meno debba risentire degli antagonismi di classe, ed invece anche qui, ad un esame più approfondito, si rivela il carattere unilaterale e la prevalenza di una classe sociale su tutte le altre. Anche qui gli istituti giuridici sono elaborati e curati in modo da dare la massima importanza agli interessi materiali (ne fanno fede i 150 estesissimi paragrafi dedicati ai rapporti patrimoniali nascenti dal matrimonio e intesi a regolare cinque sistemi di rapporti sui beni) e mettere in seconda linea i diritti della personalità umana.

Per quanto riguarda poi la condizione giuridica della donna, bisogna dire che la condizione di inferiorità giuridica imposta ad essa rappresenta una delle ingiustizie sociali più palesi e rispecchia in grandissima parte le concezioni del diritto romano che concentrava tutti i diritti civili e politici nel *pater familias*, attribuendogli la capacità di possedere e di disporre liberamente dei beni.

Il progetto legittimo, invece di ridurlo ai casi di pura necessità, il baliatico, istituzione immorale per i ricchi e inumana spesso per i poveri, per forza della quale ogni anno migliaia di figli del proletariato sono tratti a morte prematura o condannati ad infermità permanente. Menger reclama la disposizione che la madre sia obbligata a soddisfare il proprio figlio e ad adempiere ai doveri della maternità.

e delle merci è riposto il fondamento economico della nostra potenza. A questa realtà deve ubbidire anche il diritto e, in primo luogo, il diritto privato. Il diritto del codice civile è pertanto un diritto capitalistico; e non può essere altrimenti. Tutto questo è oggi nell'interesse di tutte le classi sociali ».

(⁷⁸) ANATOLE FRANCE, *Le Lys rouge*, chap. VII, cit. in FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, p. 457.

Più triste e più immorale l'indifferenza del progetto nei confronti dei figli illegittimi e della donna sedotta. L'inferiorità dei figli illegittimi è un'offesa alla morale sociale e la proibizione della ricerca della paternità una difesa accordata al possesso e un'impunità garantita ai ricchi, in quanto, a parere di Menger, è fra le donne del popolo, fra le operaie e le domestiche, che i seduttori — in maggioranza ricchi — reclutano le loro vittime. Alla donna sedotta, tranne nei casi in cui il fatto rivesta il carattere di un reato, non spetta alcuna indennità; se nasce un figlio, le spetta invece un magro risarcimento, reso problematico dalla difficoltà di riconoscere l'autore della gravidanza. In tal caso al figlio spettano oltresì gli alimenti. Menger auspica un ritorno alle disposizioni del codice prussiano, così ricco, a suo parere, di norme illuminate e liberali, vuole che sia negata la *exceptio plurium concubentium*, esigendo che siano chiamati a rispondere tutti coloro che abbiano avuto relazioni carnali con la donna, e infine proponendo che, stabilita la gravidanza e accertata la consumazione dell'atto carnale durante il periodo della concezione, la donna incinta possa chiedere al tribunale una disposizione provvisoria, per cui il seduttore sia obbligato a pagare subito dopo il parto, le spese di puerperio e quelle alimentari per il periodo di tre mesi.

Tutta una serie di proposte ispirate alle speciali condizioni ed esigenze delle classi lavoratrici avanza il Menger, ad esempio, in merito alla tutela, che dovrebbe essere regolata in modo da assicurare non solo la buona amministrazione dei beni dei pupilli, ma anche la salute, la moralità e l'integrità della persona; in merito al regime di beni dei coniugi poveri che dovrebbe essere quello della comunione (*Gütergemeinschaft*) e non quello della separazione dei beni; in merito all'obbligo da imporre al funzionario civile, dinanzi al quale vengono celebrati i matrimoni, di istruire le coppie di povera condizione sul contenuto dei differenti regimi dei beni matrimoniali, affinché possano fare la scelta con cognizione di causa e ponderazione; in merito ai motivi di divorzio, da non estendere troppo largamente, poichè la famiglia è l'unica comunanza in cui si estrinseca praticamente il senso della fratellanza e della abnegazione, e le classi non abbienti non hanno quindi nessun interesse di scuotere la saldezza del matrimonio, fondamento della famiglia; in merito, infine, al malcostume, cui

Menger vorrebbe opporre più salde dighe, mediante una serie di disposizioni che arieggiano fino ad un certo punto, come nota il Nani ⁽⁷⁹⁾, il diritto canonico; una sarebbe, ad esempio, la querela per deflorazione ⁽⁸⁰⁾.

b) *diritti reali*.

Passando ai « diritti reali » (*Sachenrecht*) nel progetto germanico, Menger si limita a poche osservazioni frammentarie su alcune questioni di speciale importanza dal punto di vista sociale, giustificandosi con la considerazione che questa parte del progetto offre sicuramente meno interesse per le classi non abbienti. Il carattere più spiccato del *Sachenrecht* è dato dalla tendenza, predominante in tutto il progetto, a distaccare il regime della proprietà dalle sue basi economiche per trattarlo unicamente come una questione di potere. Menger sottolinea la sublime indifferenza del legislatore per il motivo giuridico (titolo) nel trapasso dei beni, per guardare quasi esclusivamente al potere (par. 874 del Prog.). Oramai, nell'alienazione sia dei mobili che degli immobili, il titolo non ha più che un'importanza secondaria, quel che conta è l'atto formale; così, il progetto sacrifica la sicurezza della proprietà fondiaria alla pubblica fede del registro catastale. Chi figura in questo registro può trasferire il diritto, anche quando non gli spetta, ad una terza persona con pieno effetto legale; ne consegue che, per colui che sia stato più sollecito nel far trascrivere il bene nei pubblici registri, il suo diritto sarà prevalente su quello del proprietario meno zelante, e chi acquisterà in buona fede da lui, acquisterà legittimamente la proprietà.

In tali disposizioni il Nostro vede una vittoria riportata dallo spirito mercantilistico sull'ordinamento della proprietà, una vittoria del diritto di scambio sul diritto delle cose. Egli lamenta questo contrasto tra la giustizia economica e la giustizia giuridica formale, che rende la proprietà così precaria; e resta sgomento dinanzi alla facilità di questi trapassi così astratti, così formali, celebrati dai giuristi come la « spiritualizzazione del diritto », perchè

(79) CESARE NANI, *Il socialismo nel codice civile*, in *Atti della reale Accademia delle scienze di Torino*, 1891, p. 871.

(80) MENER, *Il diritto civile e il proletariato*, cit., p. 51 ss.

intravede in essi una causa frequente di danni irreparabili per i poveri incolti. In effetti, ogni negozio giuridico a cui il legislatore, senza un preciso bisogno, imponga formalità complicate e costose, per ciò stesso diventa artificialmente un privilegio delle persone ricche e colte.

c) *obbligazioni*.

Ma è nel diritto delle obbligazioni che avviene specialmente la collisione degli interessi fra ricchi e poveri ed è qui che dovrebbe svolgersi più largamente, secondo Menger, a loro favore, l'azione legislativa dello Stato.

Il principio fondamentale che domina in tema di contratti è quello della assoluta libertà contrattuale, e questo principio Menger combatte al pari di Gierke. Egli rileva tutta l'iniquità che si nasconde nella libertà contrattuale, una libertà che «sta a fianco della ghigliottina».

Come potrebbe, infatti — si chiede — essere libero colui che si trova in una posizione di inferiorità e di dipendenza economica, colui che stretto dalle necessità della vita deve subire i patti che gli impone il più forte economicamente, colui che si trova nell'alternativa o di accettare condizioni onerose o di morire di fame? La libertà contrattuale deve trovare i suoi limiti negli interessi sociali generali e in ogni caso nel riconoscimento del valore assoluto della personalità umana.

Al legislatore attuale, egli dice, basta che sia mantenuta l'uguaglianza di diritto delle parti; esso si disinteressa completamente se questa pretesa uguaglianza *di diritto* sia o no una disuguaglianza *di fatto* ⁽⁸¹⁾.

È noto che, per il diritto oggettivo, l'uguaglianza delle condizioni e la libertà dei soggetti contraenti sono i presupposti e le basi fondamentali di ogni privata contrattazione. E per mantenere l'uguaglianza fra le persone è richiesto che il loro consenso sia libero, spontaneo, non viziato da errore essenziale, dolo o violenza, che vi sia cioè la più piena capacità di consentire. Tutto questo non si verifica, per esempio, nel contratto di lavoro: perchè in

⁽⁸¹⁾ Menger, *ibidem*, p. 23.

esso di fronte alla piena capacità economica del datore di lavoro sta l'assoluta incapacità economica del lavoratore salariato preso come individuo isolato, incapacità e inferiorità che viziano il libero consenso e con ciò rendono impossibile che venga ad essere un vero e proprio contratto. Il datore di lavoro può fissare, a suo arbitrio, le condizioni e offrirle al lavoratore in cerca di lavoro perchè questo le accetti o le rifiuti; il che — data la normale maggiore urgenza economica del bisogno di lavoro per chi cerca lavoro — si traduce in un'imposizione unilaterale. Si può dire, d'altra parte, che la specifica questione del contratto di lavoro non è stata veramente affrontata dal legislatore tedesco.

Tale contratto è, anzitutto, indicato nel progetto come « contratto di servizio » (*Dienstvertrag*) un tipo cioè astratto e generico di contratto, corrispondente alla figura romana della *locatio conductio operarum*, nella quale oggetto della prestazione è il lavoro come tale, mentre alla *locatio conductio operis* corrisponde il *Werkvertrag*, in cui oggetto della prestazione è un determinato risultato della propria attività ⁽⁸²⁾. Codesto contratto di servizio è disciplinato da otto brevi paragrafi (par. 559-566), per giunta tecnicamente difettosi, per generale consenso dei commentatori, « ad onta che su tale contratto riposi l'esistenza della maggioranza delle classi povere, anzi della nazione » ⁽⁸³⁾. La regolamentazione del contratto di lavoro nel progetto è « proprio un esempio salutare atto a dimostrare tutta la limitatezza del punto di vista strettamente giuridico » ⁽⁸⁴⁾.

Lunga è la serie di rimedi che Menger propone per sanare almeno in parte i difetti e le manchevolezze del progetto, nè sarebbe possibile enumerarli tutti. Basti dire, in generale, che questi dovrebbero avere di mira non soltanto l'integrità della persona fisica dell'operaio ma anche il suo onore e lo stesso suo amor proprio;

⁽⁸²⁾ Cfr. ERICH MOLITOR, *Zur Geschichte des Arbeitsvertrages*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Bd. 87 (1923), p. 371 ss.

⁽⁸³⁾ Cfr. soprattutto: OTTO BÄHR, *Gegenentwurf zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Kassel, 1892; ERNST I. BEKKER, *System und Sprache des Entwurfes eines BGB*, Berlin und Leipzig, 1888.

⁽⁸⁴⁾ MENDER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 2ª ediz., Tübingen, 1890, p. 153.

assicurargli, ogni volta che il datore di lavoro non osservi gli obblighi impostigli dalla legge, una pronta e adeguata riparazione.

In particolare, la legislazione dovrebbe stabilire per i rapporti contrattuali più importanti un contenuto tipico, entro il quale dovrebbe muoversi la libera volontà dei contraenti. Ad esempio, Menger reclama per il contratto di lavoro dei domestici disposizioni legislative che regolino la natura dei servizi, il compenso, il licenziamento, l'obbligo dell'assistenza e l'igiene dell'abitazione assegnata. Gravi lacune egli riscontra anche nel contratto di locazione: esso dovrebbe contenere sempre la clausola che l'abitazione sia nelle dovute condizioni igieniche; oggetto di locazione dovrebbero essere soltanto quei locali che possono servire effettivamente a scopo di abitazione. In conseguenza di ciò, il locatore che premeditadamente, per negligenza o esosità cedesse in affitto locali i quali, nell'andamento normale delle cose, mettessero in pericolo, per la loro natura, la vita, il fisico, la salute e la forza produttiva del locatario o dei suoi attinenti, dovrebbe essere chiamato a rispondere.

Infine, per quanto concerne la clausola generalmente apposta ai contratti: «secondo la diligenza del buon padre di famiglia», Menger osserva che in questa figura tipica si rispecchia tutto l'egoismo delle classi possidenti. Il buon padre di famiglia, infatti, viene presentato come il necessario complemento personale del diritto patrimoniale; ma vediamo un pó che abominevole figura, degna di essere descritta dalla mano di Giovenale o di un Dickens, è questo buon padre di famiglia del progetto germanico. Se qualcuno perde la vita in un pericolo o per miseria, il buon padre di famiglia risponde che esso « veglia con coscienza e fedelmente solo sopra i suoi e le cose sue » (Motivi, I, 379); se il buon padre di famiglia seduce una ragazza e questa chiede un indennizzo, egli risponde che « ad onta della seduzione essa non fu derubata della libera volontà, e che non spetta verun indennizzo nè diritto a risarcimenti a colui che (par. 706) ha aderito ad un'azione arrecante pregiudizio » (Motivi IV, 914); se un operaio addetto al suo servizio oppure un locatario che ha preso da lui in affitto una abitazione malsana hanno perso la salute o la forza produttiva, il buon padre di famiglia risponde che egli ha adempiuto esattamente ai suoi obblighi contrattuali (par. 503, 505, 559 del Progetto).

A questa figura del buon padre di famiglia Menger contrappone quella del « valentuomo » (*der wackere Mensch*), che non è un eroe sempre pronto ai sacrifici, ma sa, in ogni caso, conciliare l'utile proprio con quello altrui, nè intende conseguire il proprio benessere a spese degli altri.

Il tipo del valentuomo potrebbe risultare gradito anche alle classi povere, mentre quello del buon padre di famiglia rispecchia evidentemente il borghesuccio ben alloggiato e ben provvisto, che condivide unicamente le idee della parte egoista delle classi ricche. Fu fatta dell'ironia, ci informa Eugen Ehrlich, a proposito del valentuomo di Menger, il quale sarebbe un ideale, mentre il buon padre di famiglia un uomo medio, e come tale utilizzabile per fornire un metro generale di comportamento. Ma anche il valentuomo di Menger, aggiunge l'Ehrlich, sarebbe, dal punto di vista etico, un uomo medio o poco più ⁽⁸⁵⁾.

d) *diritto ereditario.*

Poche osservazioni, infine, sul diritto ereditario, in quanto anch'esso non può molto interessare le classi che vivono del proprio lavoro e mancano di proprietà. Il diritto di successione altro non è, infatti, che una conseguenza della proprietà privata, l'estensione della proprietà oltre i confini della vita umana. Mentre il diritto di proprietà regola il presente, quello di successione assicura l'avvenire e perpetua così la struttura socio-economica esistente, lasciando immutati i rapporti di potere.

Menger critica il sistema dell'agglomerazione ereditaria coercitiva, perchè aumenta il numero dei non abbienti; vorrebbe limitare la successione a causa di morte ai gradi più stretti di parentela e destinare a beneficio delle classi lavoratrici le eredità rimaste vacanti.

Menger constata che i rapporti di potere si sono spostati a favore delle classi povere e che quindi sarebbe giunto il momento per il « decrepito diritto privato, il quale ha sostenuto la sua inamovibilità fino ad ora in mezzo ad un mondo di cambiamenti, di seguire

⁽⁸⁵⁾ EUGEN EHRLICH, *Anton Menger*, in *Süddeutsche Monatshefte*, 3. Jahrgang, Bd. II, Stuttgart, 1891, p. 289.

pur esso, al pari di tutte le altre istituzioni, il movimento popolare dell'epoca nostra » ⁽⁸⁶⁾.

e) *processo civile*.

Radicali riforme chiede Menger per tutta la legislazione processuale civile, in favore delle classi povere. Queste si troverebbero, infatti, in una posizione sfavorevole, e ciò è dimostrabile con vari argomenti. Anzitutto vige ancora la massima stabilita dal diritto romano *ignorantia iuris non excusat*.

Ora, questa ignoranza, come è facile intuire, danneggia più facilmente il povero, che ha minore cultura e minori mezzi per ricorrere al consiglio degli avvocati, che non il ricco. La finzione poi che ognuno debba conoscere le leggi, ora specialmente che le leggi sono tante da riempire intere biblioteche, è veramente assurda, « è la più ridicola delle invenzioni » e le conseguenze, che in molti casi ne derivano, sono « la ingiustizia la più palmare » che colpisce specialmente le classi povere.

L'unico rimedio a questo stato di cose è visto da Menger nella imposizione al giudice civile di aiutare e consigliare il povero sulle regole processuali da seguire e sulle conseguenze della loro violazione. Questa concezione di Menger, cioè di un giudice avente compiti assai attivi nella condotta e nell'accelerazione dei procedimenti ed esercitante una funzione « assistenziale » ed « educativa », specie nei confronti della parte economicamente e socialmente più debole, trovò poi parziale realizzazione nella *Zivilprozessreform* austriaca del 1895, ad opera di Klein (allievo di Menger), il quale vedeva nella procedura uno « strumento per l'educazione e il benessere sociale » (*eine Wohlfahrtseinrichtung*) ⁽⁸⁷⁾. Inoltre, sia nel processo civile che in quello penale esiste a danno dei poveri una specie di presunzione sfavorevole. Avviene, cioè, che, quando l'indagine giudiziaria non si limita ai fatti esteriori, ma deve scendere nell'intimo dell'animo e ricercare i moventi segreti, il giudice sia portato ad interpretare sfavorevolmente le intenzioni dei non abbienti che si presentano davanti al tribunale.

⁽⁸⁶⁾ Menger, *Il diritto civile e il proletariato*, op. cit., p. 179.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. MAURO CAPPELLETTI, *Giustizia e società*, Milano, 1972, p. 93; p. 306; p. 331.

Infine un altro inconveniente Menger osserva a svantaggio del proletariato. Mentre la giustizia civile era prima quasi tutta nelle mani del giudice e quindi accessibile anche al povero, oggi invece cooperano alla amministrazione di essa avvocati, notai, uscieri, cancellieri, ecc., per cui chi vuol far valere i suoi diritti privati dev'essere anche in grado di usufruire, mediante pagamento naturalmente, di tutto questo complicatissimo meccanismo.

Menger non nega che mediante tale ripartizione del lavoro la giustizia civile abbia guadagnato in efficienza, ma « sta nella natura della cosa stessa che quelle istituzioni complicate e costose giovino principalmente alle classi ricche e colte, ed a queste conferiscano una straordinaria superiorità nell'assicurarsi e nel far valere i loro diritti di fronte alle classi povere... Abbiamo perfezionato talmente l'amministrazione della giustizia che diviene inaccessibile alla preponderante maggioranza della nazione » ⁽⁸⁸⁾.

E non si venga a dire che per i poveri esiste il gratuito patrocinio! In questo istituto Menger ravvisa anzi « la più sensibile preterizione delle classi non abbienti »; invero, in una società in cui ogni prestazione viene remunerata, non si può ragionevolmente attendersi che gli avvocati più abili, più preparati e più esperti dedichino il loro tempo alla difesa dei poveri.

In tal modo non deve destar meraviglia, se le classi povere, in considerazione di tali difficoltà e di tali ingranaggi procedurali, guardino con troppa diffidenza all'amministrazione della giustizia civile, che sembra loro « tutto un sistema di gherminelle giuridiche in cui lo spirito semplice dell'individuo incolto non giunge a penetrare ».

I difetti dell'odierno diritto processuale vanno dunque corretti, ponendo mano a tutta una serie di riforme. Queste, grosso modo, suonano: a) provvedere, anzitutto, ad una più opportuna educazione della casta dei giurisperiti; b) obbligare il giudice civile ad istruire gratuitamente ogni cittadino, specialmente il povero, sul diritto vigente, nonchè ad aiutarlo nella assicurazione dei suoi diritti privati. Concedendo al ricco di farsi rappresentare in causa da un avvocato, il giudice dovrebbe stabilire un equilibrio fra le parti assumendo la rappresentanza della parte povera; c) gli avvo-

⁽⁸⁸⁾ MENER, *Il diritto civile e il proletariato*, op cit., p. 24.

cati del gratuito patrocinio, nominati e pagati dallo Stato, non dovrebbero assumere il patrocinio di altre cause che non siano quelle dei poveri:

INFLUSSO DELLA CRITICA DI MENDER AL PROGETTO.

È difficile dire quali delle proposte di riforma avanzate da Menger furono poi accettate nella stesura finale del codice, sia perchè dai protocolli delle sedute al *Reichstag* non risulta il nome di Menger o di altri critici, sia perchè Menger non fu il solo ad avanzare censure di ordine sociale al progetto; basti pensare alla vasta risonanza che ebbe anche la critica di Otto von Gierke. In ogni modo, alcuni storici del diritto sono d'accordo nel dire che la critica di Menger ebbe un notevole successo e riuscì ad operare quale fattore decisivo per la ricezione nella stesura finale di molte disposizioni improntate ad uno spirito sociale.

Eugen Ehrlich arriva a scrivere addirittura, non senza una punta di esagerazione, che « ... fast alles, was heute das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich an sozialpolitischen oder sozialpolitisch gefärbten Vorschriften enthält, ist Menger zu verdanken » ⁽⁸⁹⁾. Lo stesso Menger, nell'opera *Neue Staatslehre* — edita nel 1903, quindi tre anni dopo la pubblicazione del BGB — nel libro II, Cap. XIV, intitolato: *Die unehelichen Kinder* ⁽⁹⁰⁾ scrive: « Il codice civile tedesco accettò le mie critiche nei punti seguenti: riguardo alle conseguenze della *ignorantia legis*; riguardo alla estensione del concetto di usura a tutti gli atti giuridici (*Ausdehnung des Wucherbegriffes auf alle Rechtsgeschäfte*) (par. 138 BGB); riguardo alla tutela della vita, della salute e della morale del lavoratore da parte del datore di lavoro (par. 618, 544 BGB), ecc. Benchè le mie proposte per migliorare la condizione sociale dei figli illegittimi si basassero in generale sul *Landrecht* prussiano, il BGB non accettò che una sola disposizione, quella cioè per cui la madre può reclamare dal giudice, già prima del parto, un decreto che obblighi il padre ad anticipare le spese del parto e gli alimenti per tre mesi. Si mantenne anche l'eccezione d'annullamento del diritto della

⁽⁸⁹⁾ EUGEN EHRLICH, *Anton Menger*, op. cit., p. 290.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. p. 142.

donna che avesse avuto, durante il periodo della concezione, rapporti sessuali con altri uomini, malgrado l'evidente ingiustizia che essa costituisce a tutto vantaggio delle classi possidenti ».

Più forte che sul BGB è stato l'influsso esercitato dalle concezioni sociali di Menger sul progetto di un codice civile svizzero, nella redazione fatta da Eugen Huber. Menger stesso, così severo nei confronti del BGB, riconobbe, nella prefazione alla 3^a edizione 1904 del suo *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, che il codice civile svizzero aveva « in gran parte accolte » le idee da lui sostenute a proposito della democraticizzazione del diritto. In effetti, anche a giudizio di Max Rümelin, il progetto di codice svizzero era tutto penetrato di spirito *sozial* ed attuava, anche nella forma, l'ideale di una legislazione democratica ⁽⁹¹⁾.

III. IL SOCIALISMO GIURIDICO DI MENDER E LA QUESTIONE SOCIALE.

Nella prefazione alla prima edizione dell'opera *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, Menger dichiara di essersi proposto di « elaborare le idee fondamentali del socialismo, ponendosi da un punto di vista giuridico » ⁽⁹²⁾. Aggiunge, inoltre, che una tale elaborazione giuridica del socialismo deve costituire « il compito più importante della Filosofia del diritto del nostro tempo » ⁽⁹³⁾.

Una soluzione esatta data a questo problema permetterebbe senz'altro di « attuare per vie di riforme pacifiche le modificazioni indispensabili da apportare al nostro ordinamento giuridico » ⁽⁹⁴⁾.

In questi brevi cenni è delineato chiaramente il programma della « elaborazione giuridica del socialismo » (uso quest'espressione e non ancora quella di « socialismo giuridico », perchè quest'ultima

⁽⁹¹⁾ Si veda MAX RÜMELIN, *Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns (Rede)*, Tübingen, 1908.

⁽⁹²⁾ MENDER, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, 1^a ediz., Stuttgart, 1886, p. 1.

⁽⁹³⁾ *Ibidem*, p. 1.

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*, p. 1.

fu coniata da Engels e da Kautsky, con evidente significato di disprezzo, per caratterizzare il tipo di socialismo *à la* Menger). Essa caratterizza non solo il movimento di riforma *sozial* del diritto, ma anche e soprattutto la riduzione dei capisaldi economici del programma socialista in altrettanti postulati fondamentali di diritto. Ora, questa riduzione implica una modificazione profonda del diritto patrimoniale vigente, per cui la formula «elaborazione giuridica del socialismo» può essere equiparata alla formula 'riforma socialista del diritto'.

Non è stata certo una scoperta di Menger quella di aver intravisto nel socialismo un contenuto giuridico, se si pensa che i socialisti prima di Marx concepivano i loro sistemi, anzitutto, come l'espressione di un'idea superiore di giustizia. La novità consisteva, piuttosto, nel proclamare questo contenuto giuridico come *l'essenza* del socialismo, dopo che il marxismo aveva orientato gli spiriti verso un'analisi puramente economica e storica dei fatti, distogliendoli da ogni considerazione etica o di giustizia.

Nella *juristische Bearbeitung* del socialismo, non si tratta, secondo Menger, di pervenire alla fissazione di istituti giuridici specifici, ma soltanto di principi fondamentali atti a rendere l'idea e lo spirito di un intero sistema; in altre parole, anche il socialismo ha bisogno di una sua dichiarazione di diritti, nella quale abbiano posto quelli che Menger chiama «diritti economici fondamentali» (*ökonomische Grundrechte*).

Tali sono il «diritto al prodotto integrale del lavoro» (*das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*), il «diritto all'esistenza» (*Recht auf Existenz*) e il «diritto al lavoro» (*Recht auf Arbeit*) ⁽⁹⁵⁾.

Il primo, il «diritto al prodotto integrale del lavoro», va inteso nel senso che, essendo ogni valore prodotto dal lavoro, esso deve appartenere al lavoratore che l'ha prodotto, e deve restare nelle sue mani, se non in natura almeno per un equivalente rigoroso: questa è la sua funzione positiva.

La funzione negativa vuole, invece, che ogni rendita parassitaria (*arbeitsloses Einkommen*), sia essa rendita fondiaria (*Grundrente*)

⁽⁹⁵⁾ MENDER, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, 4ª ediz., Stuttgart und Berlin, 1910, p. 6.

o interesse del capitale (*Kapitalgewinn*), debba apparire come illecita, come « un'ingiustizia da far sparire » ⁽⁹⁶⁾.

Nella sua funzione negativa il « diritto al prodotto integrale del lavoro » si può anche considerare come la nota caratteristica che serve a contraddistinguere « i partiti socialisti propriamente detti dai partiti riformisti (*blosse Reformparteien*), i quali vogliono migliorare l'organizzazione sociale, conservando però le basi attuali essenziali. Questa condanna della rendita senza lavoro è l'idea rivoluzionaria, simile a quella dell'uguaglianza politica che ha dominato la rivoluzione francese » ⁽⁹⁷⁾.

Nella sua funzione positiva, l'idea che ogni lavoratore debba ricevere il valore da lui stesso prodotto nella sua totalità, senza diminuzione e profitto della proprietà fondiaria e capitalistica, costituisce per Menger « un principio nuovo di giustizia distributiva », che può servire di base per un'organizzazione nuova della società ⁽⁹⁸⁾.

Il secondo diritto, quello all'esistenza, è il diritto che ha ogni cittadino al fornimento di quei beni e servizi che sono necessari alla sua conservazione biologica, « prima che siano soddisfatti bisogni meno impellenti degli altri membri della società » ⁽⁹⁹⁾.

Il terzo diritto, infine, il « diritto al lavoro », assume il carattere di una pretesa giuridicamente tutelata del cittadino rispetto allo Stato, perchè, in caso di disoccupazione involontaria, gli sia fornita l'occasione e la possibilità di esplicare in genere la sua capacità produttiva, traendo dall'esercizio di codesta capacità i mezzi sufficienti per la propria esistenza ⁽¹⁰⁰⁾.

Ora Menger, dopo averci presentato e illustrato questi tre « diritti economici fondamentali » nei quali, a suo dire, si sintetizzano le principali aspirazioni di rinnovamento assecondate dal socialismo in campo economico e giuridico, afferma che il « diritto all'esistenza » e il « diritto al prodotto integrale del lavoro » sono tali, che una loro attuazione non si verifica se non con una trasfor-

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*, p. 151.

⁽⁹⁷⁾ *Ibidem*, p. 152.

⁽⁹⁸⁾ *Ibidem*, p. 152.

⁽⁹⁹⁾ *Ibidem*, p. 9.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*, p. 14 s.

mazione profonda dell'ordinamento giuridico; occorrerà quindi che « al posto della distribuzione attuale dei beni basata sui rapporti di potere » (*Machtverhältnisse*), subentri un regime patrimoniale dominato da « finalità economiche » (*wirtschaftliche Zwecke*) ⁽¹⁰¹⁾.

Se si prende il « diritto all'esistenza » come criterio di distribuzione dei beni, allora è il bisogno e non il lavoro a fungere da principio distributivo; e la proprietà privata continua a sussistere. Se, viceversa, è il « diritto al prodotto integrale del lavoro » il criterio di distribuzione, allora le cose si complicano alquanto. Infatti, sotto il regime della « proprietà privata con godimento particolare » (*Privateigentum mit Sondernutzung*), non è possibile il riconoscimento del « diritto al prodotto integrale del lavoro », in quanto i mezzi di produzione sono in mano dei privati ed i proprietari percepiscono una rendita senza lavoro ⁽¹⁰²⁾. Nella forma della « proprietà comune con godimento particolare » (*Gemeineigentum mit Sondernutzung*), può effettuarsi, secondo Menger, almeno in modo approssimativo il « diritto al prodotto integrale del lavoro ». Se ne ha un esempio nel *Mir* russo ⁽¹⁰³⁾. Questa forma giuridica è applicabile comunque solo all'agricoltura, non si potrebbe fare altrettanto con gli stabilimenti industriali.

Nella terza forma di proprietà, infine, quella cioè « comune con godimento comune » (*Gemeineigentum mit gemeinsamer Nutzung*) rappresentata da alcune comunità socialiste del Nordamerica, può trovare piena attuazione il « diritto al prodotto integrale del lavoro », in quanto lo Stato o la comune, che detiene la proprietà dei mezzi di produzione, può facilmente controllare le prestazioni di ciascuno ed in base ad esse attribuire « i mezzi di godimento » (*Genussmittel*) ⁽¹⁰⁴⁾. Ma in una simile organizzazione giuridica Menger vede tante e tali difficoltà per cui egli si decide per il « diritto all'esistenza », come criterio per la ripartizione dei beni ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibidem*, p. 4.

⁽¹⁰²⁾ *Ibidem*, p. 153.

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem*, p. 153.

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibidem*, p. 156.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibidem*, p. 164, « In der kommunistisch organisierten Gesellschaft, in welcher das Gemeineigentum mit gemeinsamer Nutzung verbunden erscheint, ist zwar die Durchführung jenes Rechts an sich nicht unmöglich, doch sind die

Questi pochi cenni sono sufficienti per dimostrare come per Menger la questione sociale sia essenzialmente un problema di distribuzione (*Verteilungsfrage*), da operarsi con i mezzi del diritto, al fine di assicurare ad ogni membro della società una partecipazione ai beni materiali presenti. Inoltre, l'organizzazione giuridica socialista non potrebbe realizzarsi, secondo Menger, se non « attraverso un lungo processo storico » sulla via dell'evoluzione cioè e non della rivoluzione ⁽¹⁰⁶⁾.

LA REAZIONE DEI MARXISTI.

Molto aspra fu la reazione dei seguaci di Marx all'idea di far dipendere l'attuazione del socialismo da riforme giuridiche, sul tipo di quelle proposte da Menger.

Fra socialismo riformistico-evolutivo di Menger e socialismo rivoluzionario di Marx vi era assoluta incompatibilità, come d'altronde si può constatare dalla manifestazione di ostilità improvvisa e clamorosa verso Menger, del cui scritto *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung* compariva una critica violenta e acerba sull'organo ufficiale della socialdemocrazia tedesca « *Neue Zeit* » del 1887, sotto il titolo *Juristen-Sozialismus*, con evidente accezione spregiativa. Gli autorevoli firmatari dell'articolo polemico, Engels e Kautsky, colsero l'occasione non solo per ironizzare sull'idea di un trapasso mediante il diritto, e perciò esclusivamente pacifico verso la nuova società, idea che fu subito battezzata « il socialismo dei giuristi », ma anche per sostenere che il socialismo à la Menger era ingenuamente utopistico e la sua *Weltanschauung* prettamente borghese, contraria cioè alla concezione rivoluzionaria della lotta di classe ⁽¹⁰⁷⁾.

Il nucleo centrale di tutta la polemica nei confronti di Menger può essere ridotto a questi tre punti essenziali:

- 1) Engels e Kautsky considerano addirittura « *handgrei-*

praktischen Schwierigkeiten, die sich einer solchen Kombination entgegenstellen, so gross, dass hier als die natürliche Grundlage der Güterverteilung das Recht auf Existenz betrachtet werden muss ».

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibidem*, p. 165.

⁽¹⁰⁷⁾ FRIEDRICH ENGELS e KARL KAUTSKY, *Juristen-Sozialismus*, in *MEW*, Bd. 21, p. 492.

flich » ⁽¹⁰⁸⁾ la riduzione semplicistica operata da Menger a proposito delle più diverse dottrine socialiste, ridotte ai due « diritti economici fondamentali », e cioè al « diritto al prodotto integrale del lavoro » e al « diritto all'esistenza ».

In effetti, Menger scrive: « I due diritti economici fondamentali (cioè « diritto al prodotto integrale del lavoro » e « diritto all'esistenza ») indicano i limiti entro i quali deve muoversi qualsiasi sistema socialista o comunista coerente. Aggiungasi, inoltre, come terzo diritto economico fondamentale il c.d. « diritto al lavoro », il quale non è altro che una modifica particolare del diritto all'esistenza » ⁽¹⁰⁹⁾.

2) In secondo luogo, Engels e Kautsky respingono l'accusa mossa da Menger a Marx di aver fatta sua, senza citare la fonte, la teoria del *plus-valore* già formulata molti decenni prima dal socialista inglese William Thompson (1785-1833) e dimostrano che Menger non ha capito la teoria del *Mehrwert* di Marx ⁽¹¹⁰⁾. Per Marx, infatti, il concetto di « plusvalore » deriva dalla distinzione del concetto di lavoro sotto due diversi aspetti: il valore della « forza lavoro » (*Wert der Arbeitskraft*) che è il valore dei mezzi di sussistenza necessari al mantenimento dell'operaio e il « valore d'uso del lavoro » (*Wert der Arbeit*) che è il valore del prodotto del lavoro, la capacità del lavoro di valorizzare il capitale. La differenza fra i due costituisce il *Mehrwert*.

3) In terzo luogo, « le rivendicazioni giuridiche » (*Rechtsforderungen*) sono un « elemento variabile » (*wandelbares Element*) e perciò sempre soggette a revisione di epoca in epoca; ora in questa revisione ciò che conta è rappresentato — sempre a giudizio di Engels e di Kautsky — dai « rapporti effettivi » (*tatsächliche Verhältnisse*), per cui « non è venuto mai in mente a nessuno dei partiti socialisti attuali di fare del loro programma una nuova Filosofia del diritto, e probabilmente ciò non accadrà neppure in futuro » ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibidem*, p. 498.

⁽¹⁰⁹⁾ MENER, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, op. cit., p. 6.

⁽¹¹⁰⁾ ENGELS-KAUTSKY, *op. cit.*, p. 502.

⁽¹¹¹⁾ *Ibidem*, p. 509.

Questo primo attacco sferrato da Engels e da Kautsky fu sviluppato con la stessa asprezza polemica, sempre sulle colonne della « *Neue Zeit* » dal solo Kautsky il quale, tra l'altro, affermava che Menger era potuto diventare una celebrità riconosciuta nel mondo borghese solo per il fatto che egli aveva diretto la sua polemica nei confronti del marxismo ⁽¹¹²⁾.

In ogni modo, nelle polemiche contro Menger di parte marxista, le passioni spesso hanno soverchiato le argomentazioni, così che si è accusato il suo tipo di socialismo ora di essere una « ideologia dei giuristi » (*juristische Weltanschauung*), ora di essere un atteggiamento opportunistico inconciliabile con la concezione rivoluzionaria delle classi, ora di essere legato a una corrente intellettualistica, una pura e semplice aspirazione ad uno stato di giustizia sociale. Il socialismo marxistico sarebbe, invece, a parere dei critici di Menger, un sistema scientificamente dimostrabile il quale nulla avrebbe a che fare con la nozione di giustizia, nozione ritenuta strettamente relativa al sistema sociale borghese e appartenente alla sovrastruttura. La determinante reale « in ultima istanza » sarebbe data dal sistema dei rapporti di produzione; perciò i socialisti dovrebbero indirizzare i loro sforzi a modificare tali rapporti in armonia col movimento delle forze produttive, anzichè tentare di correggere la ripartizione dei beni in base a norme che non si accordano col sistema di produzione dominante.

La riforma legale — a giudizio della Luxemburg — non può intaccare e trasformare i meccanismi basilari del sistema borghese perchè ciò che distingue la società borghese dalle precedenti società classiste è la circostanza che il dominio di classe non poggia oggi su diritti acquisiti, come nel passato, ma su rapporti economici, mediati dal « diritto eguale ».

Infatti, ella scrive, « nel nostro sistema legislativo non si troverà una sola formulazione giuridica dell'attuale dominio di classe. Come dunque superare gradualmente per via legale la schiavitù del salario, se questa non è neppure espressa dalla legislazione? La verità è che chi si pronuncia in favore della via delle riforme legali *in contrapposizione* alla conquista del potere politico e al sovvertimento della società, sceglie in effetti non una strada più tran-

(112) KARL KAUTSKY, *Die Neue Zeit*, 21 Jg., Stuttgart, 1906, p. 76 ss.

quilla, sicura, lenta verso un identico obbiettivo, ma piuttosto un'altra meta, cioè invece dell'avvento di un nuovo ordine sociale solo inessenziali modifiche del vecchio » ⁽¹¹³⁾.

Anche la critica di Labriola non risparmia sarcasmi nei confronti dei giuristi « i quali cercarono nelle correzioni al codice civile i mezzi pratici per elevare la condizione del proletariato » e nei confronti dello stesso Menger « il quale propone di dare all'operaio l'intero frutto del suo lavoro: ma dove se ne andrebbe il profitto del capitale? ».

Per il Labriola, la strategia rivoluzionaria del Manifesto non doveva essere abbandonata in favore di « codesto socialismo unilaterale che, senza essere strettamente utopistico, parte dal preconcetto che la storia ammetta l'*errata-corrige* senza rivoluzione, ossia senza fondamentale mutazione nella struttura elementare e generale della società » ⁽¹¹⁴⁾.

E in una recensione dell'opera di Menger *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, dal titolo « Socialismo e diritto civile », apparsa sulla « Critica sociale » ⁽¹¹⁵⁾, Claudio Treves scrive: « ... tutti i tentativi per riformarlo (il diritto) sono condannati ad essere sterili finchè esso è il diritto della classe in predominio; solamente noi crediamo che si potrà spingere il diritto sulle vie sociali mediante lo sforzo prepotente degli interessati. Così noi crediamo, a cagion d'esempio, in una efficace legislazione sul lavoro, se strappata dalla classe operaia alla classe capitalista per mezzo di una lotta cosciente ed organizzata. Alle ubbie filantropiche e sentimentali dei giuristi, sottilmente escogitanti temperamenti alla rigidezza del diritto, non crediamo, perchè sappiamo che sta contro di esse l'interesse radicato della loro classe ».

Infine, un teorico del diritto sovietico, direttamente influenzato dal leninismo, Pëtr I. Stučka, nella sua opera teorica principale *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato* è strettamente polemico nei confronti del socialismo giuridico di cui Menger sarebbe

⁽¹¹³⁾ ROSA LUXEMBURG, *Scritti scelti* (a cura di L. Amodio), Milano, 1963, p. 209 ss. Si veda, inoltre, LUCIO COLLETTI, Introduzione a: *Eduard Bernstein, Socialismo e Socialdemocrazia*, Bari, 1968, p. LXVII.

⁽¹¹⁴⁾ ANTONIO LABRIOLA, *In memoria del Manifesto dei comunisti*, Roma, 1973, p. 88 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. il n. 20 del 16 ottobre 1894, p. 313.

« il capostipite borghese » e afferma che esso divenne « il *Leitmotiv* degli opportunisti di tutto il mondo a partire dal 1890 ed è oggi il canto del cigno dei socialtraditori ». Tra le opere giuridiche dei socialisti, non ve ne sarebbe stata neppure una, secondo lui, che avesse tentato di impostare il problema dal punto di vista della lotta di classe rivoluzionaria, anzi « ciò fu addirittura impossibile — scrive Stučka — fino alla pubblicazione dell'opera di Lenin *Stato e rivoluzione* che, già immersa nell'atmosfera della rivoluzione russa, portò alla luce il vero pensiero di Marx ed Engels, deformato da tutta la sovrastruttura opportunistica che era stata sovrapposta al marxismo » ⁽¹¹⁶⁾.

Ridotta all'essenziale, la critica marxista a Menger può essere così riassunta: *a*) il diritto non ha nè una sua storia nè una sua scienza, esso appartiene alla sovrastruttura ed è la necessaria emanazione dei rapporti economici;

b) è illusoria e utopistica l'idea di una evoluzione sociale mediante il diritto e perciò di una evoluzione esclusivamente *pacifica* verso la nuova società. Altrettanto illusoria è l'idea di aspettarsi da riforme giuridiche la soluzione della questione sociale;

c) la società futura sarà non tanto la realizzazione di un ideale di giustizia, quanto il termine finale di uno sviluppo storico-economico determinato. Il marxismo classico respinge pertanto sia una filosofia del diritto sia una teoria della giustizia.

Quanto al punto *(a)* lo stesso Engels, in diversi luoghi parzialmente autocritici, e precisamente nelle lettere a Joseph Bloch del 21 Settembre 1890, a Conrad Schmidt del 27 ottobre 1890, a Franz Mehring del 14 luglio 1893 e a W. Borgius del 25 gennaio 1894 tutte riprodotte nei volumi 37 e 39 della « *Ostberliner Marx - Engels - Ausgabe* », dette una interpretazione meno schematica della teoria del materialismo storico e della *Basis-Überbau-Lehre*, cercò di presentarla in una luce nuova, riconoscendo che lui e Marx avevano troppo trascurato il lato formale rispetto a quello contenutistico.

In tutte queste lettere, Engels accentua, contro il pensiero monocausale, il carattere dialettico del rapporto fra *Basis* e *Überbau*, ed inoltre accorda al diritto una certa misura di « autonomia fun-

⁽¹¹⁶⁾ PĚTR I. STUČKA, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato*, (trad. ital. di Umberto Cerroni), Torino, 1967, p. 157.

zionale » (*Eigengesetzlichkeit*) e con ciò le possibilità di una mutua influenza fra fatti giuridici ed economici. Solo « in ultima istanza » (*in letzter Instanz*), Engels vuole ricondurre le idee, per esempio le forme giuridiche di pensiero, alle cause economiche. La spiegazione per questa autocritica da parte di Engels va forse ricercata, a giudizio di Reich, nella circostanza che quelle lettere furono scritte in un periodo in cui in Europa, ma soprattutto in Germania, si assisteva ad un *rafforzamento* del potere statale e giuridico.

L'elemento normativo-volitivo della sovrastruttura — scrive Reich — si era dimostrato, nello sviluppo storico, e proprio contro il movimento operaio, molto più forte di quel che avesse potuto inizialmente apparire, secondo le indagini politico-economiche di Marx. Con ciò non è detto comunque, ed Engels non l'ha certo voluto dire, che il diritto possa rendersi completamente autonomo. La sua autonomia è sempre relativa e risulta dalla concreta situazione storica » (¹¹⁷).

Quanto al punto (b), la tesi che l'avvento del socialismo non fosse condizionato a riforme giuridiche, ma alla evoluzione completa del capitalismo, muoveva dal presupposto che occorresse favorire l'accumulazione capitalistica e non ritardarla con delle riforme del genere di quelle proposte dal « socialismo giuridico ». Il sistema economico capitalistico era infatti costretto a crollare a causa delle sue immanenti e contraddittorie tendenze evolutive, per essere poi sostituito dal « regno della libertà ». Ora se questo sperato crollo del capitalismo doveva accadere con la necessità di una legge fisica, allora si rendeva anche del tutto superflua un'azione rivoluzionaria del proletariato! Il difetto di una chiara concezione, nei partiti marxisti europei, della strategia da seguire in campo politico fu forse la logica conseguenza di questa contraddizione o comunque di un economicismo meccanicistico. In assenza di una situazione rivoluzionaria, numerosi scrittori marxisti dovevano arrivare alla conclusione che la componente deterministica del marxismo fosse più rilevante della componente attivistica: così Arthur Rosenberg e Karl Korsch (¹¹⁸).

(¹¹⁷) NORBERT REICH, *Sozialismus und Zivilrecht*, Frankfurt-Main, 1972, p. 37.

(¹¹⁸) GÜNTHER ROTH, *I socialdemocratici nella Germania imperiale*, Bologna 1971, p. 161.

Quanto al punto (c), infine, che cioè il marxismo respinge sia una teoria della giustizia sia una teoria del diritto naturale, è stato giustamente posto in rilievo che il marxismo stesso, pur affermando di essere una concezione rigorosamente antigiusnaturalistica, finisce poi con l'approdare ad una sorta di giusnaturalismo allorché teorizza un ideale di società al quale, non diversamente da come veniva fatto dai giusnaturalisti, le società storiche si possono e si debbono ragguagliare.

Oltre a ciò, il principio comunista della giustizia: « ciascuno secondo le proprie capacità, a ciascuno secondo i propri bisogni », è anch'esso un ideale, che Marx riconosce tanto valido per misurare il valore etico della società da proporlo come scopo della lotta che deve condurre alla distruzione della società esistente, ingiusta perchè difforme da quell'ideale di giustizia che, proprio perchè *ideale*, e non mera previsione scientifica, ha avuto ed ha tanta forza di suggestione ⁽¹¹⁹⁾.

CONFRONTI FRA Menger e a) MOVIMENTO REVISIONISTA; b) SOCIALISMO CATTEDRATICO; c) FABIANESIMO; d) MOVIMENTO SINDACALE.

Pur nelle diversità delle impostazioni e delle soluzioni suggerite, fra la concezione di Menger e quella dei vari movimenti culturali contemporanei che si posero il problema di dare una soluzione alla questione sociale, sono individuabili delle caratteristiche comuni. Comune a tutti gli indirizzi era, in primo luogo, la fiducia che riponevano nell'efficacia della legge nel curare i mali sociali del sistema capitalistico, nel realizzare la giustizia sul piano economico, nel ridurre le frizioni esistenti. La seconda caratteristica comune era la convinzione che la questione operaia potesse essere risolta senza iniziative rivoluzionarie, tramite riforme graduali, e che fosse indispensabile integrare le classi inferiori nella comunità

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. GUIDO FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Vol. III, Bologna, p. 164 e ENRICO OPOCHER, *Il problema della giustizia nel materialismo storico*, in *Atti del congresso internazionale di Filosofia del diritto promosso dall'Istituto di studi filosofici di Roma*, Roma 15-20 Novembre, 1946, Milano, 1947, p. 311 ss.

nazionale. La terza caratteristica comune era la forte opposizione al liberalismo del *laissez-faire* e la critica ad alcuni assiomi e postulati della scienza economica classica.

Esaminiamo ora, uno per uno, questi movimenti per metterne meglio in rilievo le analogie, ma anche le differenze con il pensiero di Menger.

a) *Movimento revisionista.*

Nell'opera *Die Voraussetzungen des Sozialismus und die Aufgaben der Sozialdemokratie* del 1889, Bernstein, come è noto, cercò di confutare, in polemica con Bebel e Kautsky, intransigenti paladini, in questo periodo, dell'ortodossia marxista, alcune tesi allora dominanti nella socialdemocrazia tedesca, e precisamente (1°) la « teoria del crollo » (*Zusammenbruchstheorie*) della società capitalistica, vittima delle sue contraddizioni interne, (2°) la « teoria della miseria crescente » (*Verelendungstheorie*) del proletariato, (3°) la teoria della conquista del potere mediante la rivoluzione.

Per quanto attiene alla « teoria del crollo », che peraltro non tutti gli interpreti attribuiscono a Marx, Bernstein la svuotava di consistenza, perchè notava che il capitalismo possedeva una sorta di meccanismo di « autoregolazione » che gli permetteva di eliminare le crisi o almeno di attenuarne la portata.

Così pure, Bernstein respingeva la teoria della progressiva pauperizzazione delle classi lavoratrici che, secondo Marx, doveva essere parallela alla massiccia concentrazione capitalistica sul piano economico, adducendo a conforto della sua tesi il fatto che i ceti medi non si proletarizzavano e che la piccola borghesia non tendeva a scomparire. Oltre a ciò, i progressi apportati dalle scoperte scientifiche e tecniche contribuivano, a suo giudizio, ad introdurre delle modifiche profonde nella struttura della società e notevoli miglioramenti alle condizioni e al tenore di vita della classe lavoratrice.

L'aspetto politico della dottrina revisionista-riformista consisteva nel fatto che lo Stato non veniva considerato un'istituzione intrinsecamente classista, come Marx aveva asserito e ribadito, esistente allo scopo di servire gli interessi di una classe particolare, ma piuttosto uno strumento essenzialmente neutrale pronto ad

essere utilizzato da qualsiasi classe o gruppo che fosse riuscito ad ottenerne il controllo.

I riformisti non negavano che gli Stati fossero spesso, in pratica, strumento di una classe dominante, negavano che così fosse necessariamente, o che lo Stato nella sua idea potesse essere definito un organo della dominazione di classe. I marxisti erano invece convinti che lo Stato rappresentativo borghese dovesse venir definito solo come dominio e aggiungevano che uno Stato che era stato strumento di una classe dominante non poteva in alcun modo venir conquistato e trasformato in strumento politico di un'altra classe: esso doveva essere annientato e uno Stato nuovo, corrispondente alle necessità di una nuova classe dominante, doveva prenderne il posto ⁽¹²⁰⁾.

Bernstein constatava, invece, che la democratizzazione dell'amministrazione statale, il rafforzamento progressivo delle istituzioni politiche democratiche, il suffragio universale, ecc., stavano man mano scalzando le basi stesse della lotta di classe, a conferma e riprova che, ove dominava la democrazia parlamentare, non era più possibile considerare lo Stato un organo del dominio classista. « In tutti i Paesi progrediti — scrive Bernstein — i privilegi della borghesia capitalistica cedono il posto gradualmente a istituzioni democratiche. Sotto l'influenza di queste e sotto la spinta dell'agitazione sempre più vigorosa del movimento operaio si è prodotta una reazione sociale contro le tendenze sfruttatrici del capitale » ⁽¹²¹⁾.

Questa fiducia nella *democrazia politica* come metodologia necessaria e sufficiente per la trasformazione sociale poneva ovviamente Bernstein in polemica con l'ala di estrema sinistra del partito socialdemocratico, rappresentata da Liebknecht, dalla Luxemburg e dalla Zetkin, che formarono poi il gruppo degli spartachisti; Bernstein li accusava di non essersi completamente svincolati dalla concezione blanquista, per quanto concerneva la sopravvalutazione della violenza rivoluzionaria per introdurre lo Stato nuovo.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. G. D. H. COLE, *Storia del pensiero socialista*, Vol. III, Bari, 1967, p. 519 ss.

⁽¹²¹⁾ EDUARD BERNSTEIN, *I presupposti del socialismo e i compiti della socialdemocrazia* (intr. di Lucio Colletti), Bari, 1968, p. 4.

Bernstein possedeva una concezione evoluzionistica del progresso storico. E mentre l'ala sinistra del partito concepiva la storia come soggetta a leggi immutabili, e il socialismo come il prodotto finale di un processo irreversibile, Bernstein tendeva sempre a porre l'accento sulla *libertà* piuttosto che sulla *causalità storica*; a suo avviso, la necessità storica lasciava sempre più spazio al controllo cosciente ⁽¹²²⁾.

La sostanza della critica di Bernstein alla corrente ortodossa marxista era che la libertà di cui già disponevano gli uomini nel presente era sufficiente per consentir loro di decidere sul proprio futuro. Se questo era vero, « il passaggio graduale al socialismo significava essenzialmente l'allargamento della libertà già raggiunta con l'avvento della democrazia liberale » ⁽¹²³⁾.

Da questa sommaria esposizione del pensiero revisionista di Bernstein risultano numerose le analogie fra questi e Menger.

Intanto, come già Bernstein, anche Menger respingeva decisamente la violenza per l'introduzione dello « Stato democratico del lavoro » ed affermava che il potere statale doveva, nel periodo di transizione, accontentarsi « dei mezzi indiretti anche a costo di vedere allontanato ancora di molto il trionfo completo delle idee socialiste » ⁽¹²⁴⁾.

In secondo luogo, anche Menger riteneva superata e smentita dai fatti la teoria marxiana dell'« impoverimento » crescente del proletariato, come premessa dell'abbattimento rivoluzionario del capitalismo. Ma ammesso pure, afferma Menger, che si stessero verificando nella vita economica quelle tendenze annunciate da Marx (*Verelendungs- und Konzentrationstheorie*), « in tal modo — egli scrive — sarebbe stato definitivamente suggellato il fallimento del movimento sociale, in quanto le masse proletarie miserabili e oppresse (*verelendet und zertreten*) mai sarebbero riuscite a portare a compimento quei grandi fatti storici che sono indispensabili per l'introduzione dell'ordinamento socialista. Al contrario, quanto più aumentano la cultura e il benessere (*Bildung und Wohlstand*) delle classi lavoratrici, quanto più si accresce la loro potenza e il

⁽¹²²⁾ GEORGE LICHTHEIM, *Il marxismo*, Bologna, 1971, p. 466.

⁽¹²³⁾ *Ibidem*, p. 467.

⁽¹²⁴⁾ MENER, *Neue Staatslehre*, 4ª ediz., Jena, 1930, p. 248.

loro influsso, tanto più esse saranno in grado di conquistare l'ordinamento giuridico socialista che corrisponde ai loro interessi » ⁽¹²⁵⁾.

Più che alla « concentrazione economica » (*wirtschaftliche Konzentration*), Menger attribuisce invece una decisa portata rivoluzionaria alla « decentralizzazione giuridica » (*juristische Dezentralisation*), allorchè scrive: « Più la sproporzione tra il diritto e la potenza reale aumenta, più la proprietà media e la piccola si trasformano in grande proprietà, e questa a sua volta in semplice possesso di titoli (*Papierbesitz*), più debole diventa l'intima struttura di tutto il sistema del diritto privato. In questa crescente separazione del diritto e del potere (*Verschiebung von Recht und Macht*), che è certamente uno dei tratti caratteristici dell'epoca nostra, io vedo il fattore più importante che spinge il nostro sistema di diritto privato verso il socialismo. Questo fatto giuridico è più importante della concentrazione economica dei mezzi di produzione in poche mani, sulla quale insistono Marx ed altri socialisti » ⁽¹²⁶⁾.

Più che i numerosi punti di contatto fra il pensiero di Menger e quello di Bernstein, ci preme qui mettere in rilievo la differenza fondamentale fra i due indirizzi di pensiero. Nessuno, credo, penserebbe di qualificare Menger quale « revisionista », poichè il revisionismo concepisce la critica a Marx solo come correzione, come rettifica di alcune sue impostazioni teoriche, dopo aver preso atto della mutata situazione economica; la teorizzazione di Menger, invece, non si basa affatto sul marxismo, anzi lo respinge *in toto*. Menger addirittura accusa Marx di plagio, in quanto le sue teorie più importanti le avrebbe attinte dai socialisti inglesi, in special modo Thompson; a queste idee Marx non avrebbe fatto altro che aggiungere alcune formule matematiche, le quali « più che illuminare, oscurano le cose » ⁽¹²⁷⁾.

Andrebbe esaminato, in questo contesto, il problema dei rapporti tra Menger e la socialdemocrazia tedesca. Una documentazione puntuale di influenze richiede un esame filologico che resta da fare, ma che non promette, almeno a prima vista, di essere

⁽¹²⁵⁾ MENER, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, 4^a ediz. Stuttgart und Berlin, 1910, p. 102.

⁽¹²⁶⁾ *Ibidem*, p. 122.

⁽¹²⁷⁾ *Ibidem*, p. 95.

molto fruttuoso. Sul piano delle corrispondenze oggettive, è un fatto che le idee riformiste riuscirono, a poco a poco, a imporsi nella socialdemocrazia tedesca nonostante le dispute, sul piano ideologico, tra revisionisti-riformisti e corifei del marxismo ad oltranza. Infatti, la prassi politica del partito socialdemocratico nel *Reich* era, contrariamente a tutte le asserzioni teoriche, riformista; solo l'ala sinistra del partito, guidata da Rosa Luxemburg e Karl Liebknecht, numericamente debole, lottava per una rivoluzione globale; essa tuttavia non aveva un seguito sufficiente delle masse per poterla realizzare.

La maggior parte dei socialdemocratici favorevoli o contrari a Bernstein agiva come se considerasse « il movimento tutto, la meta finale nulla »; l'avanzamento degli interessi materiali della classe operaia e la lotta per una graduale democraticizzazione erano obiettivi e valori realistici, mentre il millennio socialista e, ancor più, una « rivoluzione gloriosa » erano soprattutto anti-ideali elaborati contro i valori ufficiali della Germania imperiale ⁽¹²⁸⁾.

Nel periodo di Weimar, come partito al governo, la socialdemocrazia tedesca doveva abbandonare quasi del tutto il programma della lotta di classe e limitarsi a tener conto degli interessi immediati dei lavoratori, operando non nella direzione indicata da Marx, ma verso la democrazia parlamentare.

b) *Socialismo cattedratico (Kathedersozialismus)*.

L'etichetta « socialismo cattedratico », al pari di quella di « socialismo giuridico » è inesatta, e in ogni caso equivoca per la sua genericità. Essa fu coniata per la prima volta dal pubblicista liberale Heinrich Bernhard Oppenheim in un articolo apparso il 7 dicembre 1871 sulla *Nationalzeitung*, dal titolo *Manchesterschule und Kathedersozialismus*. In esso egli battezzò tout court 'socialisti' un gruppo di professori universitari di economia, fra i quali figuravano nomi come quelli di Schmoller, Brentano, Wagner ecc., tanto per citare i più importanti, i quali si battevano per le riforme sociali. « Noi abbiamo chiamato socialisti — scrive Oppen-

⁽¹²⁸⁾ GUENTHER ROTH, *I socialdemocratici nella Germania Imperiale*, Bologna, 1971, p. 309.

heim — tutti coloro che chiedono l'intervento dello Stato per la soluzione della questione sociale » ⁽¹²⁹⁾.

Ora, se esaminiamo a fondo le istanze riformatrici avanzate dai « socialisti della cattedra » per la soluzione della questione sociale, notiamo subito che queste di socialismo in stretti termini non avevano nè il contenuto nè la portata. Si trattava, infatti, di istanze che si limitavano a chiedere l'intervento dello Stato nel campo economico, al fine di ridurre gli squilibri fra capitale e lavoro.

Forte fu l'opposizione dei socialisti cattedratici nei confronti del liberalismo del *laisser-faire* e della libera concorrenza; essi erano convinti che il garantismo liberale funzionasse nell'interesse esclusivo della minoranza economicamente e socialmente privilegiata.

L'intervento legislativo dello Stato, esaltato come un'istituzione superiore alle classi antagonistiche, doveva eliminare gradualmente i conflitti e promuovere anche l'integrazione delle classi inferiori nella comunità nazionale, per prevenire la possibilità lontana di una rivoluzione sociale ⁽¹³⁰⁾. Tutto questo perchè lo Stato era visto da loro come la « maggiore istituzione morale per l'educazione dell'umanità », il « moderatore e il pacificatore fra le classi sociali contendenti » ⁽¹³¹⁾, esso era destinato al nobilissimo ideale di chiamare una parte sempre più grande del popolo a godere di tutti gli alti benefici della cultura, dell'educazione e del benessere.

I riformatori sociali accademici, in un congresso convocato ad Eisenach nel 1872, fondarono la « Società per la politica sociale » (*Verein für Sozialpolitik*), la quale divenne il principale strumento accademico di riforma sociale ⁽¹³²⁾. In tema di soluzione della questione sociale, i socialisti accademici proponevano le seguenti mi-

⁽¹²⁹⁾ Cit. in ELSE CONRAD, *Der Verein für Sozialpolitik und seine Wirksamkeit auf dem Gebiet der gewerblichen Arbeiterfrage*, Jena, 1906, p. 37.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. HANS GERIG, *Die Begründung des Prinzips der Sozialreform*, Jena, 1914, p. 269 e FRITZ VÖLKERLING, *Der deutsche Kathedersozialismus*, Berlin, 1949, p. 18 ss.

⁽¹³¹⁾ HANS GERIG, *op. cit.*, p. 268.

⁽¹³²⁾ Cfr. FRANZ BOESE, *Geschichte des Vereins für Sozialpolitik 1872-1939*, in *Schriften des Vereins für Sozialpolitik*, Bd. 188, Berlin, 1939.

sure concrete: distribuzione più equa del reddito nazionale, da ottenere tramite una diversa ripartizione del gravame fiscale, fusione dei sindacati, riforma della legislazione sulle fabbriche, aumento della sicurezza sociale e soprattutto una migliore regolamentazione del contratto di lavoro. Quest'ultimo, in particolare, non doveva restare una questione privata fra due contraenti come qualsiasi altro contratto: la sua natura pubblicistica richiedeva un trattamento speciale; esso doveva diventare, in virtù del suo grande interesse sociale, la base di tutto l'ordinamento economico.

Ora, mentre Menger era favorevole ad un intervento dello Stato nel processo economico, ad una più equa distribuzione dei beni, a riforme graduali, ecc., tuttavia, si differenziava profondamente dai « socialisti cattedratici » in ciò, che mentre costoro ritenevano l'ordinamento presente migliore di qualsiasi altro, per cui ogni riforma doveva essere introdotta lasciandone inalterati i tratti essenziali, Menger al contrario auspicava il suo superamento e prospettava un assetto sociale che si richiamasse ai postulati del socialismo largamente inteso. I « socialisti cattedratici » non intendevano minimamente porsi il problema istituzionale; essi erano sì favorevoli ad un progressivo avvicinamento delle eccessive sperequazioni sociali esistenti, ma nel tempo stesso sostenevano la fatalità delle ineguaglianze, cui attribuivano la vera causa del progresso umano, considerato appunto effetto del continuo movimento e della lotta ⁽¹³³⁾.

Neppure si proponevano di trasferire la proprietà dei mezzi di produzione dall'individuo alla comunità, cosa che costituiva — a giudizio di Menger — « il punto caratteristico del programma socialista, per cui questo si distingue radicalmente dalle aspirazioni dei partiti riformisti, i quali vogliono, conservandone i fondamenti, solo migliorare l'ordinamento giuridico tradizionale » ⁽¹³⁴⁾.

c) *Fabianesimo inglese.*

In Inghilterra la dottrina riformista fu formulata dalla « Fabian Society », fondata da Sidney e Beatrice Webb. Il socialismo

⁽¹³³⁾ ALFREDO GRADILONE, *Storia del sindacalismo*, Vol. V, Milano, 1963, p. 59, nota 6.

⁽¹³⁴⁾ MENDER, *Neue Staatslehre*, op. cit., p. 24.

dei Fabi o Fabianesimo era un prodotto tipico dello spirito di compromesso e del senso di realismo britannico. Si trattava di un socialismo moderato, non dottrinario e decisamente contrario alla teoria marxista circa l'inevitabilità della lotta di classe e della rivoluzione. Non si può dire quindi che si trattasse di un marxismo « annacquato », come ad esempio il revisionismo di Bernstein, anche perchè le teorie marxiane non trovavano in Inghilterra nè interesse nè comprensione; furono veramente pochi quelli che si curarono di leggere Marx. Il fondamento filosofico delle sue teorie, l'astratta ed artificiosa dialettica hegeliana ben poco potevano dire all'empirismo pragmatico del popolo inglese ⁽¹³⁵⁾. I fabiani riuscirono ad arruolare i loro seguaci non solo tra le file dei proletari, ma anche tra quelle della borghesia colta e radicale.

Quel che accomuna Menger ai fabiani è, in primo luogo, l'accettazione del socialismo come la probabile conclusione o almeno l'auspicabile meta del movimento sociale, ed in secondo luogo, l'idea del carattere evolutivo di tale movimento. Per quanto riguarda questo secondo aspetto, per Menger e così pure per i Fabiani, l'avvento graduale del socialismo avrebbe comportato la socializzazione di tutti gli strati sociali, nel senso che essi avrebbero tutti dovuto adattarsi ad uno stile di vita sempre più collettivistico, mentre le autorità pubbliche avrebbero esteso il loro controllo a sfere di attività fino ad allora lasciate all'iniziativa privata.

A questo proposito i socialisti evoluzionisti « svilupparono — scrive il Lichtheim — una dettagliata prefigurazione della società collettivistica futura, prefigurazione che può essere considerata al tempo stesso come un saggio di sociologia applicata... Il solo problema che rimaneva ancora da risolvere riguardava perciò la forma che avrebbe dovuto assumere un'economia pianificata e il modo in cui questa avrebbe dovuto funzionare; anche per questo problema il socialismo fabiano fu in grado di trovare una soluzione. Nel far ciò il fabianesimo anticipò tutta una serie di temi che

⁽¹³⁵⁾ Cfr. PETER GAY, *Das Dilemma des demokratischen Sozialismus*, Nürnberg, 1954, p. 121; e E. REICHEL, *Der Sozialismus der Fabier*, Heidelberg, 1948, p. 225.

oggi vanno sotto il nome di « età della pianificazione », « avvento della tecnocrazia » o « rivoluzione manageriale » ⁽¹³⁶⁾.

Anche il tentativo di Menger di fornirci l'esatta configurazione della società futura, nella sua organizzazione e nella sua strutturazione, può essere considerato una vera e propria proposta di tecnologia sociale, o per usare l'espressione di Pound, di « ingegneria sociale » (*social engineering*) ⁽¹³⁷⁾, intesa come ricerca non tanto di verità o di valori universali, quanto del modo con cui il diritto può meglio venire incontro agli interessi della società. Questo lavoro di « ingegneria », che culmina nella istituzione di una società completamente razionalizzata, evidenzia la componente scientifico-tecnologica della mentalità di Menger.

d) *Movimento sindacale.*

Mentre il « socialismo cattedratico », il « revisionismo » e il « fabianesimo » avevano mostrato un profondo interesse verso il movimento sindacale, al quale attribuivano un ruolo importantissimo, in quanto ad esso spettava il compito di democratizzare le strutture della produzione e di difendere efficacemente i lavoratori, Menger invece non vi accenna si può dire mai.

Ciò meraviglia alquanto, poichè Menger attribuiva la massima importanza, per l'introduzione dello Stato futuro socialista, agli spostamenti di potere sociale a favore del proletariato, ed il sindacato non poteva non apparire come una forza notevole operante in questa direzione. Nella *Neue Staatslehre*, nel capitolo in cui parla delle « forze propulsive del movimento sociale moderno », Menger enumera i fattori che avrebbero determinato, a suo giudizio, gli spostamenti dei rapporti di forza a favore delle classi nultatenenti, tra i quali l'aumento della cultura delle masse, il suffragio universale, il servizio militare obbligatorio, il progresso delle scienze positive, il carattere internazionale del movimento sociale, ecc., ma non fa neppure un cenno al peso e al valore strategico dell'organizzazione sindacale. Ciò è tanto più singolare in quanto proprio

⁽¹³⁶⁾ GEORGE LICHTHEIM, *op. cit.*, p. 343 s.

⁽¹³⁷⁾ ROSCOE POUND, *An introduction to the philosophy of law*, New Haven, 1954, p. 99.

Menger, nella sua critica al BGB, aveva sottolineato che la libertà contrattuale, quale parte dell'autonomia privata, era di fatto ridotta o addirittura annullata allorché una delle parti contraenti, in questo caso il lavoratore, si trovava in una posizione di inferiorità. Menger riconosceva che la libertà contrattuale, in una situazione di perdurante squilibrio delle forze, tende a dissolversi quale istituzione e diventa un mezzo utilizzato da un contraente per imporre la sua volontà all'altro. Ora, con la formazione ed il rafforzamento continuo del sindacato, con il passaggio dalla contrattazione individuale alla contrattazione collettiva veniva appunto intaccata quella condizione strutturale di inferiorità, di *struktureller Verkaufszwang* del singolo lavoratore ⁽¹³⁸⁾. Menger non prese posizione sul problema giusprivatistico delle associazioni sindacali, alle quali fu negato dal BGB, se non teoricamente, certo di fatto, il diritto di organizzarsi liberamente ⁽¹³⁹⁾.

Forse Menger teneva conto della situazione storica contingente nella quale il regime autoritario di Bismarck aveva gravemente attentato, con la legge antisocialista, ai diritti sindacali, imponendo diversi limiti e disconoscendo il diritto di sciopero e trasformandolo in delitto. Anche dopo l'abrogazione di tale legge, i sindacati più che essere riconosciuti *de iure*, erano tollerati *de facto*. Così ad esempio, ogni commissario di polizia poteva, nell'esercizio delle sue funzioni, dichiararli associazioni politiche e sottoporre a sorveglianza e controllo le loro riunioni. La situazione mutò solo dopo il 1918 ⁽¹⁴⁰⁾.

L'atteggiamento di Menger potrebbe, forse, spiegarsi anche con la sua attenzione rivolta prevalentemente ai tempi lunghi e ai grandi mutamenti strutturali, rispetto ai quali il fatto volontaristico dell'associazionismo operaio poteva sembrare un epifenomeno contingente, espressione, più che causa, di quei mutamenti. In questo

⁽¹³⁸⁾ HANS-HERBERT VON ARNIM, *Die Verfallbarkeit von betrieblichen Ruhegeldanwartschaften*, Heidelberg, 1970, p. 47.

⁽¹³⁹⁾ DÖRTE WILLRODT VON WESTERNHAGEN, Diss. Hamburg, 1974, cit., p. 160.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. FRANZ JOSEF FURTWÄNGLER, *Die Gewerkschaften, ihre Geschichte und internationale Auswirkung*, Hamburg, 1964, p. 29; HANS LIMMER, *Die deutsche Gewerkschaftsbewegung*, 5. Auflage, München-Wien, 1973, p. 29 ss.

poteva giocare anche l'orrore tipicamente accademico per la violenza, la predilezione per le trasformazioni che si 'fanno' nell'ordine anziché 'essere fatte' da una forza storica eversiva e circoscritta.

IL SOCIALISMO DI MENDER: IDEALISMO E REALISMO.

Le *Dissertationen*, esaminate all'inizio di questo lavoro, offrono alcuni strumenti critici fondamentali per una lettura analitica del Menger politico.

Tanto in una lettura di Menger da 'destra' (Kästner, Müller, Hörner), quanto in una lettura di Menger da 'sinistra' (Reich, Westernhagen), Menger è apparso un pensatore scomodo.

Il pensiero più prettamente politico e giuridico di Menger ha suscitato infatti diverse perplessità negli autori delle *Dissertationen*, in quanto le sue idee non sempre sono apparse coerenti e facilmente riconducibili nell'ambito di una chiara sistemazione scientifica. E questo spiega il giudizio contrastante sul pensiero politico del Nostro: a chi lo considera un « socialista democratico » (Reich) che si è battuto per il diritto *sozial* e per la « partecipazione economica » della classe operaia e a chi lo considera il « rappresentante di un socialismo etico », in una posizione mediana « tra riformismo sociale borghese e socialismo proletario » (Westernhagen), si contrappone chi lo giudica invece un « socialista utopista » che si riallaccia alla tradizione premarxista (Hörner), o un « socialista antidemocratico » critico acuto sì della società del suo tempo, ma le cui proposte per il futuro si sarebbero dimostrate tuttavia « poco realistiche e addirittura pericolose a causa della loro tendenza autoritaria » (Müller).

Una posizione a parte assume Kästner: egli ha, da un lato, posto in rilievo un aspetto importante del pensiero politico di Menger, il 'machiavellismo' della sua *Machttheorie*, ma non ha voluto, dall'altro, sfruttare sino in fondo questo filone interpretativo, che è poi quello che mette sin troppo in risalto il realismo di Menger, ed ha preferito evidenziare la « limitatezza idealistica » (*idealistische Begrenztheit*) e la « estraneità alla vita » (*Lebensfremdheit*) in Menger, limiti questi che gli avrebbero « sbarrato la strada come teorico costruttivo di un ordinamento socialista » (p. 220).

In particolare, le *Dissertationen* hanno enucleato alcuni motivi di fondo e hanno individuato alcuni nodi critici relativi alla dottrina del diritto e dello Stato di Menger.

Più precisamente, i filoni evidenziati hanno sottolineato la « concezione strumentale del diritto », il carattere « gradualista e riformista » del socialismo mengeriano, con annesso pacifismo integrale (Reich, Kästner), il privilegiamento dello strumento giuridico rispetto a quello economico per la soluzione della questione sociale, ovvero il « primato della politica sull'economia » (Westernhagen), il carattere « democratico » della teoria del diritto di Menger (Reich), la mancata percezione del contrasto di classe come elemento dinamico dello sviluppo storico (Westernhagen), l'utopismo per quanto riguarda il passaggio allo Stato futuro (Kästner), la costruzione dello Stato collettivistico, con il monopolio autocratico del potere non solo ideologico e politico, ma anche economico (Müller, Kästner, Hörner).

In ogni modo, a parte le differenti valutazioni e le sommarie catalogazioni sotto l'etichetta degli « ismi » di Menger teorico del socialismo, v'è unanimità nelle *Dissertationen* nel riconoscere al Nostro dei meriti incontestabili, primo fra tutti la lucidità critica, ed inoltre la probità intellettuale, l'ampiezza, e la profondità delle analisi condotte, il largo respiro culturale e la ricchezza dei problemi teorici sollevati.

Orbene, l'esame delle *Dissertationen* sinora condotto mi permette di avanzare un'ipotesi interpretativa che renda ragione della compresenza nel pensiero di Menger di due componenti essenziali, la componente etico-idealistica e la componente realistica, quest'ultima prevalente su quella.

La *Weltanschauung* idealistica di Menger è caratterizzata da una continua tensione verso un ideale assoluto di giustizia, da una spontanea simpatia verso i poveri e gli oppressi, « atteso che io appartengo a quella piccola schiera di giurisperiti tedeschi, i quali sostengono nel campo del diritto l'interesse delle classi povere... » ⁽¹⁴¹⁾.

Menger è stato dunque l'avvocato dei poveri: per la loro causa egli profuse tutte le sue capacità e tutte le sue energie; per essi

⁽¹⁴¹⁾ MENDER, *Il diritto civile e il proletariato* (tr. it.), cit., p. 2.

chiese la socializzazione del diritto e avanzò tutta una serie di rivendicazioni ispirate al principio della giustizia distributiva e del socialismo largamente inteso. Quest'ultimo, nel pensiero di Menger, doveva non solo assicurare la transizione graduale, nell'alveo delle concezioni tradizionali e liberali dello Stato e del diritto, ad un nuovo regime economico, giuridico e politico, ma doveva anche inaugurare una nuova era di cultura democratica.

Definire interamente e sin nei minimi dettagli questa missione riformatrice e civilizzatrice del socialismo era nelle ambizioni di Menger; egli stesso, tuttavia, non mancò di riconoscere che essa superava le forze di una sola generazione e che doveva essere completata dallo stesso movimento socialista nel corso di una evoluzione certamente di più secoli.

Ciò nonostante, il movimento doveva essere orientato e guidato tramite un lavoro ideologico capace di formulare, mediante osservazioni precise e ragionamenti chiari, la concatenazione delle cause e degli effetti sociali, la molteplicità dei bisogni e delle tendenze. Questa idea di una scienza sociale, senza la pretesa di dominare l'intero movimento sociale, ma come una specie di servizio di informazione, era indubbiamente presente nel suo pensiero. Per prevedere le forme possibili di regimi socialisti futuri, Menger faceva affidamento, almeno inizialmente, sui moti dell'animo umano quale è oggi; non traboccava di fede ottimistica nella possibilità di modificare, in breve termine e con rovesciamenti strutturali, la natura umana; affermava sì che il passaggio al socialismo pratico avrebbe richiesto « una rinascita totale dell'uomo » (*eine völlige Wiedergeburt des Menschen*), « una completa trasformazione nel modo di agire e di pensare di tutti i cittadini » ma tutto questo sarebbe stato possibile solo attraverso un lunghissimo processo, che avrebbe richiesto, come quello del Cristianesimo, non decenni, ma secoli ⁽¹⁴²⁾. Come tale, il socialismo mengeriano, oltre che essere una visione escatologica a lunga scadenza, presenta anche i connotati di un socialismo etico: il rinnovamento della società è visto, infatti, come una rivoluzione che si opera innanzitutto nelle coscienze.

⁽¹⁴²⁾ MENER, *Neue Staatslehre*, 4^a ediz. Jena, 1930, p. 234 e p. 239.

Da parte marxista, questo tipo di socialismo che costruiva idealmente schemi di organizzazione sociale ritenuti conformi alla giustizia assoluta, che elaborava nei particolari l'organizzazione dello Stato futuro, fu subito respinto come *utopistico* e gli fu contrapposto come *scientifico* il socialismo che si limitava ad osservare il movimento storico dei fatti, per scoprirvi la legge dell'evoluzione economica ⁽¹⁴³⁾.

Ora a parte le componenti etiche ed escatologiche a mio avviso innegabilmente rilevabili in Marx, c'è da chiedersi se proprio la verifica storica fattuale delle contrapposte ipotesi interpretative non finisca per qualificare come realistico il pensiero di Menger anzichè quello di Marx.

Sono proprio i fatti storici ad avere smentito due tesi fondamentali di Marx: non è avvenuto il « crollo » della società capitalistica, vittima delle sue contraddizioni; non si è realizzata nei paesi occidentali altamente industrializzati la rivoluzione socialista.

Inoltre — come osserva il Lichtheim — in questi ultimi anni il marxismo « non è stato capace di formulare nè una teoria della società postcapitalistica, nè un programma di ricostruzione sociale adeguato ai bisogni del movimento operaio democratico » ⁽¹⁴⁴⁾. Di qui una crisi del marxismo teorico documentabile per esempio con affermazioni di studiosi recenti come quella che esprime, ad esempio, Lucio Colletti nel corso di una recente « intervista politico-filosofica ». Se i marxisti « continuano a fermarsi all'epistemologia e alla gnoseologia — scrive Colletti con intonazione autocritica — il marxismo è veramente morto ». Il marxismo — a detta di questo intelligente studioso marxista — corre il rischio di diventare « un puro e semplice *hobby* di qualche professore universitario ». Nei paesi occidentali, dove la rivoluzione e il proletariato sono stati sconfitti, « il marxismo è sopravvissuto come una pura e semplice corrente accademica nel chiuso delle università, e ha prodotto opere puramente teoriche o di semplice riflessione culturale » ⁽¹⁴⁵⁾. E recentemente, nel corso di un convegno su *Il ruolo dello Stato nel*

⁽¹⁴³⁾ Cfr. ENGELS e KAUTSKY, *Juristen-Sozialismus*, in *MEW*, Bd. 21, p. 491 ss.

⁽¹⁴⁴⁾ GEORGE LICHTHEIM, *Il marxismo*, Bologna, 1971, p. 613.

⁽¹⁴⁵⁾ LUCIO COLLETTI, *Intervista politico-filosofica, con un saggio su « Marxismo e dialettica »*, Bari, 1974, p. 62 e p. 59.

pensiero degli economisti, Riccardo Guastini ha presentato una comunicazione su *Aspetti del pensiero di Marx e di Engels sullo Stato*. Vi si critica la « operazione culturale » consistente nella « trascrizione filosofica » del pensiero di Marx e di Engels sullo Stato. Ispirandosi a posizioni althusseriane Guastini sostiene che questa « operazione culturale » iniziata dagli scritti di Della Volpe e proseguita attraverso Colletti, Pietranera e Cerroni fino agli ultimi lavori di Biagio De Giovanni (*Hegel e il tempo storico della società borghese, Marx e lo Stato*) ha conseguito un solo effetto: quello « di rendere il pensiero marxista sullo Stato una sorta di pomposo vaniloquio esoterico, che può essere facilmente screditato da chiunque e a cui è precluso per sempre di esercitare una qualche influenza culturale, specie là dove più sarebbe opportuna: nell'ambiente culturale dei giuristi, dei politologi e dei sociologi » ⁽¹⁴⁶⁾.

Un altro studioso, Ralph Miliband, recensendo l'edizione inglese del saggio althusseriano di Nicos Poulantzas *Pouvoir politique et classes sociales*, sostiene che si tratta di « a serious misrepresentation of Marx and Engels and also of the actual reality ». Poulantzas non è in grado di avanzare alcuna proposta teorico-politica soddisfacente perchè il suo « structuralist abstractionism » presenta « so few points of contact with historical or contemporary reality that it cuts him off from any possibility of achieving what he describes as the political analysis of a concrete conjuncture ».

Miliband conclude: « Poulantzas never ceases to insist on the need for « rigorous » and « scientific » analysis. But what kind of « rigorous » and « scientific » analysis is this? Indeed, what kind of analysis at all? » ⁽¹⁴⁷⁾.

Il grave contrasto tra le scuole althusseriana e dellavolpiana proprio in nome di un'analisi realistica dell'esistente storico fa seriamente dubitare del 'realismo' del pensiero di Marx sull'economia e sullo Stato.

Ma quel che ci preme qui mostrare — e con ciò passiamo ad analizzare la componente *realistica* del pensiero del Nostro — è

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. DANILO ZOLO, *Epistemologia e teoria politica nelle interpretazioni del pensiero politico di Marx*, in *Atti della 2ª Settimana internazionale di studi marxisti su, Lo Stato capitalistico contemporaneo alla luce del pensiero di Marx*, Firenze, 1975, p. 1.

⁽¹⁴⁷⁾ ZOLO, *ibidem*, p. 2.

che Menger è stato ignorato e disprezzato sul piano teorico, quasi in proporzione diretta a quanto è stato seguito, di fatto, sul piano pratico.

Sul piano *teorico* le sue idee apparivano poco suggestive per ogni forma di intellettualismo radicale, di messianismo rivoluzionario, di culto tipicamente novecentistico dell'azione diretta, inutili quindi, tanto per i sindacalismi eversivi, per i comunismi e gli anarchismi, quanto per i vari fascismi. Sul piano *pratico*, invece, le idee di Menger sono molto vicine a quella specie di risultante del conflitto tra gli opposti radicalismi che è la socialdemocrazia intesa non come il programma tedesco degli anni a cavallo fra i due secoli, ma come il regime dello ‘ Stato sociale di diritto ’ (*Sozialer Rechtsstaat*), dello Stato pianificatore, assistenziale, mediatore istituzionale dei conflitti di classe in forme o esplicitamente o implicitamente corporative, che si afferma dopo la crisi del '29 in tutti i paesi industrializzati, salvo la Germania e l'Italia, e in questi ultimi dopo la seconda guerra mondiale. L'attuale ‘ Stato sociale di diritto ’, con « compiti assistenziali e di benessere » (*Wohlfahrts - und Versorgungsstaat*) ⁽¹⁴⁸⁾, logica conseguenza del progressivo espandersi della sfera pubblicistica, in contrapposizione alla tendenza liberale orientata nel senso di lasciare all'individuo il massimo di autonomia nel campo dei rapporti economici, si propone insieme di assicurare il rispetto dell'autonomia dei singoli e di promuovere, come era nelle aspirazioni di Menger, le condizioni che consentano a tutti un'effettiva partecipazione ai beni della vita, attraverso un elevamento dei ceti più umili ed una ridistribuzione del reddito e del potere.

Lo « Stato sociale » — così come è configurato nella nostra Carta Costituzionale — non solo è, come lo « Stato di diritto », garante del diritto ma è, anche e insieme, come osserva giustamente

(148) Sul « *Sozialer Rechtsstaat* » si veda soprattutto ERNST FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2ª ediz. München, 1972; WERNER MAIHOFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Frankfurt-M. 1968; LUDWIG RAISER, *Vertragsfreiheit heute*, in *Juristenzeitung*, 13. Jg., 1958, p. 2 ss. Cfr., in Italia, SALVATORE LENER S. I., *Lo Stato sociale contemporaneo*, Roma, 1966.

Per un'ampia rassegna critica, cfr. ANTONIO VILLANI, *Lo Stato sociale di diritto*, Macerata, 1966.

il Pasini, « portatore di iniziative sociali, per cui i suoi fini non sono solo la disciplina e la tutela normativa degli interessi e delle attività sociali ma anche il loro sviluppo e potenziamento » ⁽¹⁴⁹⁾.

Menger, accentuando l'importanza della mediazione giuridica del conflitto fra proletariato e borghesia, si è trovato a cogliere, forse senza esserne pienamente consapevole, il processo sociale che caratterizza l'evoluzione nei Paesi altamente industrializzati e cioè la continua, inarrestabile espansione del ceto medio, a detrimento dei due estremi inizialmente contrapposti. Mediazione giuridica e ceto medio o mediazione sociale si corrispondono al punto che si può dire che il socialismo giuridico di Menger è quasi il programma stesso della politica effettiva dei ceti medi, e in un certo senso il « programma della realtà ».

Menger ha capito che la rivoluzione non si poteva fare nei Paesi industrialmente evoluti, perchè in essi la classe operaia avrebbe visto costantemente accrescersi il suo potere contrattuale e la sua possibilità di influenzare dall'interno l'evoluzione del sistema, fino a deperire numericamente in rapporto alle altre componenti e a perdere i propri connotati 'proletari' specifici. Quanto alla gestione popolare dello Stato, le esigenze di Menger non sono meno radicali di quelle del comunismo rivoluzionario e vanno molto oltre tutto ciò che si è realizzato nelle socialdemocrazie. Ciò che Menger ha in comune con queste e che lo distingue dai comunismi rivoluzionari è la metodologia, cioè la persuasione che non la violenza di un'azione eversiva in tempi brevi, ma le graduali *soziale Machtverschiebungen*, il progressivo *Machtzuwachs der besitzlosen Volksklassen*, in un contesto industrialistico, possa introdurre lo « Stato popolare del lavoro ».

Menger esorta, infatti, il proletariato a puntare su due obiettivi essenziali: 1) aumentare continuamente il proprio potere, perchè solo da questo aumento di potere il legislatore si sarebbe visto costretto a varare le riforme: « ... le classi lavoratrici devono rendersi conto, che ogni aumento dei loro diritti nello Stato dev'essere meritato con l'aumento del loro potere sociale » ⁽¹⁵⁰⁾; 2) evitare di

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. DINO PASINI, *Sul rapporto tra Stato-governo e Stato-società*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, XLV, Milano, 1968, p. 296.

⁽¹⁵⁰⁾ Menger, *Neue Staatslehre*, op. cit., p. 254.

introdurre lo « Stato popolare del lavoro » facendo ricorso ai mezzi violenti; infatti: « ... le masse nullatenenti del popolo ... possono sperare di raggiungere le loro finalità sociali senza sconvolgimenti gravi che potrebbero mettere in forse l'esistenza loro e quella della società civile, poichè come ci insegna la storia del Cristianesimo nel quarto secolo dell'era nostra, la società s'inchina al potere effettivo anche senza l'uso della violenza » ⁽¹⁵¹⁾.

Non già perchè costituisca atto d'ingiustizia devesi dunque, a parere di Menger, respingere la violenza quale mezzo per realizzare la società socialista (le classi dirigenti, infatti, non hanno mai esitato ad usarla quando si è trattato di fondare o consolidare il loro dominio), ma perchè « essa è un mezzo inadatto ed anzi affatto impraticabile » ⁽¹⁵²⁾.

La rivoluzione che vuole rovesciare i rapporti di potere e, perciò, deve distruggere l'apparato del potere, è necessariamente connessa al rischio di « mettere per molto tempo in scompiglio tutta la produzione ed il consumo; ... né si potrebbe paralizzare a lungo questa produzione senza minacciare addirittura l'esistenza di gran parte del popolo » ⁽¹⁵³⁾. Menger ha sempre presente l'esempio dell'Inghilterra: « questo è certamente il paese — egli scrive — nel quale la produzione capitalistica ha raggiunto il massimo sviluppo.

Secondo le idee di Marx e di Engels si dovrebbe dunque aspettare di trovare in Inghilterra il partito social-rivoluzionario più numeroso, ed uno stato di cose che dimostri imminente l'espropriazione degli espropriatori (*die Expropriation der Expropriateure*). Invece — a riprova del fatto che la politica dei popoli, come quella dei sovrani, viene spinta assai meno da cause economiche che non da cause puramente politiche — vediamo che in Inghilterra da più di due secoli non è stato tentato un colpo di Stato e che i *desiderata* delle masse hanno trovato ampia soddisfazione per via legislativa (*auf dem Wege der Gesetzgebung*) » ⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵¹⁾ MENER, *ibidem*, p. 231.

⁽¹⁵²⁾ MENER, *ibidem*, p. 239.

⁽¹⁵³⁾ MENER, *ibidem*, p. 239 s.

⁽¹⁵⁴⁾ *Ibidem*, p. 173: « In England ist seit mehr als zwei Jahrhunderten kein Staatsstreich versucht worden; die weitestgehenden Volkswünsche wurden auf dem Wege der Gesetzgebung befriedigt ».

Si tratta, come si vede, rispetto al comunismo rivoluzionario di un'opposizione sui tempi e metodi, piuttosto che sugli obiettivi. Lo stesso vale per quanto riguarda la formazione dell'uomo. Anche qui Menger è persuaso che l'uomo nuovo, il lavoratore consapevole e capace di governare lo Stato si forma non attraverso la fiammata insurrezionale tipo Comune di Parigi, prematura e destinata ad essere spenta nel sangue, ma attraverso un processo di autoeducazione individuale parallelo al processo collettivo di appropriazione del potere economico e produttivo.

Menger non ripone molta fiducia, come abbiamo visto brevemente sopra, nella possibilità della modificazione miracolistica della natura umana e giunge a prevedere un arco di tempo di secoli per l'instaurazione del socialismo. La sua opposizione alla violenza rivoluzionaria deriva anche dalla considerazione *realistica* dell'impossibilità di una gestione dell'economia e dello Stato affidata al concreto proletariato inevoluto e analfabeta del suo tempo.

Di qui, l'esigenza sempre ribadita che non ci sarà effettiva presa del potere da parte del proletariato senza la sua preventiva elevazione economica e culturale, contro la *Verelendungstheorie* della dogmatica marxista.

Quel che Menger, invece, mostra di ignorare (come è stato giustamente messo in rilievo da quasi tutte le *Dissertationen*), è tutta la problematica liberale riferentesi al controllo del potere, al sistema dei *checks and balances*, alla limitazione reciproca, ecc. È vero, da una parte, che Menger affida la formazione delle leggi a due camere elette con suffragio universale, ma è vero anche, dall'altra, che egli concentra troppi poteri nell'esecutivo, rappresentato dalle cosiddette « autorità d'ordine » e « autorità economiche ».

Data la natura dello « Stato democratico del lavoro », la maggior parte della attività statale incomberebbe alle *autorità economiche*. Queste dovrebbero « assegnare a tutti la misura e la qualità del lavoro da compiere, e decidere la distribuzione dei beni e dei servizi fra i cittadini » ⁽¹⁵⁵⁾.

Come è facile vedere, si tratta di un'organizzazione statale tecnoburocratica in cui quasi tutto il potere è concentrato nell'esecutivo

⁽¹⁵⁵⁾ *Ibidem*, p. 188 s.

e la quasi totalità della vita sociale è assorbita dallo Stato. Si cade in quella che il Brunner definisce la « onnistatalità » (*Allstaatlichkeit*), intesa come « statalizzazione di tutta la vita, e addirittura dell'uomo stesso » ⁽¹⁵⁶⁾.

APPENDICE BIBLIOGRAFICA (*)

SCRITTI DI ANTON MENDER

I. SCRITTI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE.

- 1) *Über Proteste mangels Erfüllung nach Artikel 358 HGB*, in *Zeitschrift für Notariat*, Köln 1866, Nr. 8.
- 2) *Beiträge zur Lehre von der Execution*, in *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), Bd. 55, Heidelberg 1872, p. 371 ss.; 433 ss.
- 3) *Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen*, Wien 1873.
- 4) *Das Besitzstörungsverfahren nach dem österreichischen Entwurfe einer Civilproceßordnung von 1876*, in *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*, 27. Jahrgang, Wien 1876, Nr. 99-101.
- 5) *System des österreichischen Civilprozessrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, I. Band: Der allgemeine Theil. Wien 1876.
- 6) Recensione a: Raban Freiherr von Canstein, dal titolo: *Die rationalen Grundlagen des Civilprozesses und deren Durchführung in den neuesten Civilprozess-Gesetzentwürfen in Österreich und Deutschland*, Erste Abtheilung, Wien 1877, in *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*, 28. Jahrgang, Wien 1877, Nr. 12, 13.
- 7) *Die Revision nach dem österreichischen Entwurf einer Civilproceßordnung von 1876*, in *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*, 28. Jahrgang, Wien 1877, Nr. 32, 33.
- 8) *Die processhindernden Einreden nach dem österreichischen Entwurf von 1876*, in *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*, 28. Jahrgang, Wien 1877, Nr. 34-36.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. EMIL BRUNNER, *Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung*. Zürich, 1943, p. 240.

(*) Per comodità soprattutto del lettore italiano, crediamo non disutile far seguire un elenco degli scritti di Menger e dei principali punti di riferimento su Menger reperibili nella letteratura non italiana. I dati bibliografici italiani potranno rinvenirsi nel saggio di Mario Sbriccoli pubblicato più avanti nella sezione 'Strumenti'.

- 9) *Über die Abschaffung des Beweis-Interlocutes und eine neue Anordnung des Civilverfahrens*, in *Juristische Blätter*, VIII. Jahrgang, Wien 1879, p. 120 ss.; p. 134 ss.
- 10) *Die Lehre von den Streitparteien im österreichischen Civilprocess*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 7. Bd.; Wien 1880, p. 647 ss.

II. SCRITTI MISCELLANEI.

- 1) *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, Stuttgart 1886 (2^a ediz. Stuttgart 1891; 3^a ediz. Stuttgart und Berlin 1904; 4^a ediz. Stuttgart und Berlin 1910).
- 2) Recensione a: Karl Trost, dal titolo: *Socialismus und Socialpolitik. Kritischer Rück- und Vorblick*. Stuttgart 1887, in *Beilage zur Allgemeinen Zeitung*, München, Nr. 278 del 7 ottobre 1887, p. 4097 ss.
- 3) *Gutachten über die Vorschläge zur Errichtung einer Eidgenössischen Hochschule für Rechts- und Staatswissenschaft*, Zürich 1889.
- 4) *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich*, pubblicato prima in *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, 2. Bd. Tübingen 1889, p. 1 ss., 418 ss., 3. Bd. Tübingen 1890, p. 57 ss. Uscito in volume: Tübingen 1890 (2^a ediz. Tübingen 1890; 3^a ediz. Tübingen 1904; 4^a ediz. Tübingen 1908; 5^a ediz. Tübingen 1927; ristampa invariata della 4^a ediz. Darmstadt 1968 e 1974).
- 5) *Die juristische Seite der Valuta-Regulirung*, in *Neue Freie Presse*, Wien 18 ottobre 1890 (Nr. 9394), p. 9.
- 6) *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft* (Discorso di rettorato tenuto all'Università di Vienna il 24 ottobre 1895, Wien und Leipzig 1895; (2^a ediz. Wien und Leipzig 1905).
- 7) *Volksthümliche Hochschulkurse*, in *Die Zukunft*, Bd. 19, Berlin 1897, p. 479 ss.
- 8) *Die soziale Bewegung in der Kulturwelt*, in *Die Zukunft*, Bd. 26, Berlin 1899, p. 327 ss.
- 9) *Einheit der Volksbildung*, in *Die Zukunft*, Bd. 27, Berlin 1899, p. 14 ss.
- 10) *Die Wiener Wahlen*, in *Neue Freie Presse*, Wien 3-6-1900.
- 11) *Die katholische Universität*, in *Neue Freie Presse*, Wien 25-12-1901.
- 12) *Neue Staatslehre*, Jena 1903; (2^a ediz. Jena 1904; 3^a ediz. Jena 1906; 4^a ediz. Jena 1930).
- 13) *Aufruf des Bürgerkomitees zur Einberufung einer Protestversammlung in Angelegenheiten der Schulgesetzgebung*, in *Neue Freie Presse*, Wien 1-12-1904.

- 14) *Aufruf zum Anschluß an die ‘ Freie Schule ’*, in *Neue Freie Presse*, Wien 5-3-1905.
- 15) *Alte und neue Moralsysteme*, in *Österreichische Rundschau*, Wien 1905, Bd. III, p. 1 ss.
- 16) *Die Lüge*, in *Die Zukunft*, Bd. 52, Berlin 1905, p. 25 ss.
- 17) *Neue Sittenlehre*, Jena 1905; (2^a ediz. Jena 1905).
- 18) *Volkspolitik*, Jena 1906.

III. SCRITTI DI MATEMATICA SUPERIORE

(pubblicati sotto lo pseudonimo « Dr. Julius Bergbohm »).

- 1) *Neue Rechnungsmethoden der höheren Mathematik*, Stuttgart 1891.
- 2) *Neue Integrationsmethoden auf Grund der Potenzial-, Logarithmal- und Numeralrechnung*, Stuttgart 1892.
- 3) *Entwurf einer neuen Integralrechnung auf Grund der Potenzial-, Logarithmal- und Numeralrechnung. Die rationalen algebraischen und die goniometrischen Integrale*, Leipzig 1892.
- 4) *Entwurf einer neuen Integralrechnung auf Grund der Potenzial-, Logarithmal- und Numeralrechnung. Zweites Heft: Die irrationalen, exponentiellen, logarithmischen und cyclometrischen Integrale*, Leipzig 1893.

SCRITTI SU ANTON MENDER

- ADLER, Alfred Recensione a: A. Menger, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, Stuttgart 1886, in *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, Bd. 16, Jena 1888, p. 299 s.
- ADLER, Victor *Zwei Zukunftsbilder*, in *Arbeiter-Zeitung*, Wien, 15. Jg. Nr. 149 del 31-5-1903.
- ALEXANDER-KATZ, Paul Segnalazione di: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 4^a ediz., Tübingen 1908, in *Deutsche Literaturzeitung*, 30. Jg., Nr. 32, Berlin 1909.
- ANDLER, Charles Introduzione alla traduzione francese: A. Menger, *Le droit au produit intégral du travail* (traduzione di Alfred Bonnet fatta sulla 2^a ediz. tedesca Stuttgart 1891), Paris 1899, pp. 1-XL.
- Introduzione alla traduzione francese: A. Menger, *L'état socialiste* (traduzione di Edgar Milhaud, fatta sulla 1^a ediz. tedesca Jena 1903), Paris 1904, pp. 1-XLV.

- BAR (von), Ludwig Recensione a: A. Menger, *System des österreichischen Civilprocessrechts in rechtsvergleichender Darstellung*, Wien 1875, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. 4, Wien 1877, p. 150 s.
- BARASCH, Marko *Le Socialisme Juridique et son influence sur l'évolution du droit civil en France à la fin du XIX siècle et du XX siècle*, Paris 1923, pp. 51 ss.
- BEROLZHEIMER, Fritz *System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. 2, München 1905, p. 313 ss.
- BERTH, Edouard *L'utopie du professeur Menger*, in *Le mouvement socialiste*, sixième année, Tome II, Paris 1904, p. 34 ss.
- BIERMANN, Wolfgang Eduard Recensione a: A. Menger, *Neue Sittenlehre*, Jena 1905, in *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, III. Folge, Bd. 31, Jena 1906, p. 657 s.
- Recensione a: A. Menger, *Volkspolitik*, Jena 1906, in *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, III. Folge, Bd. 35, Jena 1908, p. 679.
- BOESE, Franz Recensione a: A. Menger, *Volkspolitik*, Jena 1906, in *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, (Schmollers Jahrbuch) 31. Jg., Leipzig 1907, p. 835 ss.
- BOVENSIEPEN, Rudolf Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, in *Freistatt*, München 1904, p. 92 s.
- BRINKMANN, Carl Recensione a: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen 1927, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. 21, Berlin 1928, p. 158.
- BUYLLA, Adolfo Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, in *Nuestro Tiempo. Revista mensual ilustrada*, Anno IV, Nr. 38, Madrid 1904, p. 210 s.
- CLÈMENT, Henry *Une théorie socialiste*, in *La réforme sociale*, Paris 1901, p. 878 s.
- CRÖNERT, Franz Recensione a: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 3^a ediz., Tübingen 1904, in *Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand*, 8. Jg., Nr. 15, Hannover 1904, p. 420.
- DEFOURNY, Maurice *La nouvelle morale d'Anton Menger*, in *Revue sociale catholique*, Paris, gennaio 1906.
- DIEHL, Karl Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, in *Beilage zur Allgemeinen Zeitung*, Nr. 173, München 3-8-1903, p. 225 ss.
- EHRlich, Eugen *Die soziale Frage und die Rechtsordnung*, in *Die neue Zeit*, 9. Jg., Bd. 2, Stuttgart 1891, p. 430 ss., p. 476 ss., p. 539 ss.
- *Anton Menger*, in *Süddeutsche Monatshefte*, 3. Jg., Bd. 2, Stuttgart 1906, p. 285 ss.
- *Anton Menger*, in *Neues Frauenleben*, 18. Jg., Nr. 2, Vienna febbraio 1906, p. 1 ss.

- Anton Menger, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. 33, Wien 1906, p. 784 ss.
- EICHTHAL (D'), Eugène *Des bases du droit socialiste*, in *Pages sociales*, Paris 1909, p. 1 ss.
- ENGELS, Friedrich - KAUTSKY, Karl *Juristen-Sozialismus*, in *Die Neue Zeit. Wochenschrift der deutschen Sozialdemokratie*, 5. Jg., Stuttgart 1887, p. 49 ss. Lo stesso articolo, in *MEW*, Bd. 21, p. 491 ss.
- ENGLÄNDER, Rudolf Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1906, in *Der Kampf*, Wien 1-10-1907.
- FEILBOGEN, (*) Segnalazione di: A. Menger, *Le droit au produit intégral du travail, traduit par Alfred Bonnet*, Paris 1900, in *Beilage zur Allgemeinen Zeitung*, Nr. 109, München 12-5-1900, p. 7.
- Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. 31, Wien 1904, p. 440 ss.
- FERNEUIL, Thomas *L'état socialiste par Anton Menger et la science sociale*, in *Revue politique et parlementaire*, Paris 1904, p. 530 ss.
- FOXWELL, H. S. Introduzione a: A. Menger, *The Right to the whole produce of labour*. Translated by M. E. Tanner, London 1899, pp. v-cx.
- FRANKENBERG (von), (*) Segnalazione di: A. Menger, *Die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 2ª ediz., Wien und Leipzig 1905, in *Centralblatt für Rechtswissenschaft*, Bd. 25, Leipzig 1906, p. 233 s.
- FULD, Ludwig *Das bürgerliche Gesetzbuch und die Sozialpolitik*, in *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*. (Begründet von Gruchot), Jg. 35, Berlin 1891, p. 635 ss.
- *Das bürgerliche Recht und die Besitzlosen*, in *Die Gegenwart*, Bd. 39, 1891, p. 401 ss.
- GIDE, Charles Recensione a: A. Menger, *L'état socialiste*, Paris 1904, in *L'union pour l'action moral*, Paris maggio 1904, p. 117 ss.
- GOMPERZ, Theodor *Die classischen Studien und ihr neuester Verächter*, in *Neue Freie Presse*, Wien 31-5-1903.
- GRÜNBERG, Carl Segnalazione di: A. Menger, *Le droit au produit intégral du travail* (Traduit sur la 2e. édition par Alfred Bonnet. Avec une préface de Charles Andler, Paris 1899), in *Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung*, Bd. 10, Wien und Leipzig, 1901, p. 329.
- Segnalazione di: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 4ª ediz., Tübingen 1908, in *Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung*, Bd. 17, Wien und Leipzig 1908, p. 547.
- Anton Menger, in *Biographisches Jahrbuch und Deutscher Nekrolog*, Bd. XI, Berlin 1908, p. 3 ss.

(*) Il nome non è segnalato.

- *Anton Menger, Sein Leben und sein Lebenswerk*, in *Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung*, Bd. 18, Wien und Leipzig 1909, pp. 29 ss. Traduzione francese: *Anton Menger, Sa vie et son oeuvre*, in *Revue d'Histoire des doctrines économiques et sociales*, Paris 1909, p. 129 ss.
- *Anton Menger (12. September 1841 bis 6. Februar 1906)*, in *Der Kampf*, Wien 1919, p. 538 ss.
- *Menger Anton*, in *Wörterbuch der Volkswirtschaft in drei Bänden*, 4^a ediz., Bd. 2, Jena 1932, p. 932.
- GRÜTTEFIEN, (*) *Anton Menger*, in *Illustrierte Zeitung*, Leipzig, Nr. 3270, del 1-3-1906.
- GUMPLOWICZ, Ludwig *Die sociologische Staatsidee*, Innsbruck 1902, p. 131 s.
- GURVITCH, Georges *Menger Anton*, in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Bd. X, New York 1933, p. 310.
- GUTZWILLER, Max *Über Gegenwart und Zukunft der Privatrechtswissenschaft*, in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Heft 54, Tübingen 1927, p. 6.
- HALISCH, Wolfgang *Die sozialen Vorstellungen der Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches* (Dissertation Universität Würzburg 1949).
- HATTENHAUER, Hans *Zwischen Hierarchie und Demokratie. Eine Einführung in die geisteswissenschaftlichen Grundlagen des geltenden deutschen Rechts*, Karlsruhe 1971, p. 181 ss.
- HAYMERLE (von), Franz *Presentazione di: A. Menger, Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 2^a ediz., Wien 1905, in *Allgemeines Literaturblatt*, Jg. XV, Wien und Leipzig 1906, p. 534.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. Zweiter Teil, 1. Hälfte: Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart*, Berlin 1930, p. 311 ss.
- HEINE, Wolfgang *Utopien*, in *Sozialistische Monatshefte*, Bd. 2, Berlin 1903, p. 649 ss.
- HILFERDING, Rudolf *Recensione a: A. Menger, Volkspolitik*, Jena 1906, in *Die Neue Zeit. Wochenschrift der deutschen Sozialdemokratie*. Jg. 25, Stuttgart 1907, p. 478 ss.
- HÖRNER, Hans *Anton Menger, Leben und Werk*. (Dissertation Universität Mannheim 1975).
- ILLI, I. *Recensione a: A. Menger, Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, Stuttgart 1904, in *Monatsschrift für christliche Sozialreform*, Basel 1905, p. 655 ss.
- JACOBY, Samuel *Recensione a: A. Menger, Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, Stuttgart 1886, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Bd. 29, (Neue Folge Bd. 10), München und Leipzig 1887, p. 91 ss.

(*) Il nome non è segnalato.

- Recensione a: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1^a ediz., Tübingen 1889, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. 18, Wien 1891, p. 279 ss.
- KAMPEFFMEYER, Paul *Neuer Wind in den Segeln der Sozialdemokratie*, in *Sozialistische Monatshefte*, Jg. VII, Bd. 1, Berlin 1903, p. 399 ss.
- *Vom Einfluß des Staates auf das Wirtschaftsleben*, in *Sozialistische Monatshefte*, Jg. VII, Bd. 2, Berlin 1903, p. 491 ss.
- Presentazione di: A. Menger, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, 3^a ediz., Stuttgart 1904, in *Sozialistische Monatshefte*, Bd. 1, Berlin 1905, p. 183.
- KÄSTNER, Karl-Hermann *Anton Menger (1841-1906) - Leben und Werk*, Tübingen 1974.
- KANTOROWICZ, Hermann Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, in *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich*, (Schmollers Jahrbuch), Jg. 27, Leipzig 1903, p. 1527 ss.
- Recensione a: A. Menger, *Neue Sittenlehre*, Jena 1905, in *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, (Schmollers Jahrbuch), Jg. 30, Leipzig 1906, p. 814 ss.
- KAUTSKY, Karl *Mengers Neue Sittenlehre*, in *Die Neue Zeit. Wochenschrift der deutschen Sozialdemokratie*, Jg. 24, Bd. I, Stuttgart 1906, p. 76 ss.
- KLEINWÄCHTER, Friedrich Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, in *Allgemeine österreichische-Gerichts-Zeitung*, Jg. 54, Nr. 37, Wien 1903, p. 291 ss.
- KOHLER, Josef *Die deutsche Rechtswissenschaft und das deutsche bürgerliche Gesetzbuch. Mit Bezug auf Anton Menger's Rectoratsrede über die socialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. 23, Wien 1896, p. 217 ss.
- KOSCH, Wilhelm *Menger Anton*, in *Das Katholische Deutschland. Biographischbibliographisches Lexikon von Wilhelm Kosch*, Bd. 2, Augsburg 1937, col. 2927.
- KRAFT, Julius *Anton Menger als Methodiker der Rechtsstheorie*, in *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung*, Jg. 12, Leipzig 1926, p. 182 ss.
- KRAHMER, (*) Recensione a: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen 1904, in *Jahrbücher für National-ökonomie und Statistik*, III. Folge, Bd. 28, Jena 1904, p. 274 ss.
- KRAUS, Karl Recensione a: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich von Dr. Anton Menger*, in *Gerichtshalle*, Jg. 34, Nr. 33, Wien 1890, p. 285 ss.; Nr. 34, p. 293 ss.; Nr. 35, p. 301 s.; Nr. 36, p. 309 ss.; Nr. 37, p. 317 s.

(*) Il nome non è segnalato.

- LASKINE, Edmond *Die Entwicklung des juristischen Sozialismus*, in *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung*, (Grünbergs Archiv), Bd. 3, Leipzig 1913, p. 17 ss.
- LOBE, (*) Presentazione di: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen 1908, in *Literatur-Beilage zur Deutschen Juristen-Zeitung*, Jg. XIV, Berlin 1909, p. 218.
- LOENING, Edgar Recensione a: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen 1890, in *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, Neue Folge, Bd. 21, Jena 1890, p. 392 ss.
- MASARYK, Tomás Garrigue *Neue Sittenlehre*, in *Zeitschrift für Socialwissenschaft*, Jg. IX, Berlin 1906, p. 382 ss.
- Recensione a: A. Menger, *Volkspolitik*, Jena 1906, in *Zeitschrift für Socialwissenschaft*, Jg. XII, Leipzig 1909, p. 373 s.
- MATER, André *Le socialisme juridique*, in *La revue socialiste*, Paris, luglio 1904, Anno 20, Vol. 40, p. 1 ss.
- MEHRING, Franz Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, in *Die neue Zeit. Wochenschrift der Deutschen Sozialdemokratie*, Jg. 21, Bd. II, Stuttgart 1903, p. 287 s.
- MEITZEL, Carl Menger Anton, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 4^a ediz., Bd. 6, Jena 1925, p. 542 s.
- MÜLLER, Eckhart Anton *Mengers Rechts- und Gesellschaftssystem*, Berlin 1975.
- NETTER, (*) *Neues vom Zukunftsstaat*, in *Ethische Kultur*, Berlin 1903, p. 297 ss. e p. 308 ss.
- NEUKAMP, Emil Recensione a: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 3^a ediz., Tübingen 1904, in *Juristisches Literaturblatt*, Jg. 17, 1905, p. 109 ss.
- Anton Menger (Necrologio), in *Juristisches Literaturblatt*, Jg. 18, Berlin 1906, p. 145 ss.
- OFNER, Julius Anton Menger (Necrologio), in *Die Wage*, Jg. IX, Wien 1906, Nr. 7.
- OLBERG, Oda Anton Menger, zu seinem 25. Todestag am 6-2-1931, in *Arbeiterzeitung*, Wien 1931, Nr. 37.
- OPPENHEIMER, Franz *Mengers volkstümlicher Arbeitsstaat*, in *Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, Jg. VII, Berlin 1904, p. 186 ss.
- PISKO, Ignaz *Dr. Anton Mengers Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, Wien 1887.
- PLENER (von), Ernst Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, in *Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung*, Bd. 13 Wien und Leipzig, p. 250 ss.

(*) Il nome non è segnalato.

- POPPER-LYNKEUS, Josef *Die allgemeine Nährpflicht als Lösung der sozialen Frage*, Dresden 1912.
- POSADA, Adolfo *El derecho y la cuestion social*. (Introduzione), Madrid 1898, p. 5 ss. Trad. francese: *Le droit et la question social*, in *Revue internationale de sociologie*, VI, p. 225 s.
- PREUSS, Hugo *Sozialismus und Konstitutionalismus*, in *Die Nation*, Berlin 1903, Nr. 42, p. 659 ss. e Nr. 43, p. 676 ss.
- *Ein Zukunftsstaatsrecht*, in *Archiv für öffentliches Recht*, Bd. 18, Tübingen und Leipzig 1903, p. 373 ss.
- RADBRUCH, Gustav Recensione a: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 5^a ediz. Tübingen 1927, in *Juristische Wochenschrift*, Jg. 56, Leipzig 1927, p. 2566 s.
- RAMM, Thilo *Die großen Sozialisten als Rechts- und Sozialphilosophen*, Bd. I, Stuttgart 1955, p. 10 ss.
- REICH, Norbert Introduzione a: Petr I. Stučka, *Die revolutionäre Rolle von Recht und Staat*, Frankfurt am Main 1969, p. 40 ss.
- *Marxistische und sozialistische Rechts-theorie*, hrsg. von Norbert Reich, Frankfurt am Main 1972, p. 8 ss.
- *Sozialismus und Zivilrecht* (v. soprattutto p. 50 ss.: I. Kap. B. Der Sozialismus als Zivilrechtspolitik im Werk von Anton Menger), Frankfurt am Main 1972.
- *Anton Menger und die demokratische Rechtstheorie*, in *Recht und Politik. Vierteljahresshefte für Rechts- und Verwaltungspolitik*, Jg. 8, Berlin 1972, Heft 3, p. 93 ss.
- REICHEL, Adolf Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, 2^a ediz. Jena 1904, in *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Bern 1904, p. 141 s.
- REISNER, M. A. *Nowoje prawo*, in *Wjestnik prawa*, S. Pietroburgo, maggio 1904, p. 28 ss.
- RIESSER, Josef *Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Stuttgart 1894, p. 50 ss.
- RIST, Charles *Un nouveau livre d'Antoine Menger*, in *Revue d'économie politique*, Annata 17, Paris 1903, p. 888 s.
- RUHLAND, Gustav Recensione a: A. Menger, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, Stuttgart 1886, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 43, Tübingen 1887- p. 578 s.
- SAVIGNY (von), Ludwig Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, 2^a ediz., Jena 1904, in *Juristisches Literaturblatt*, Jg. 16, Berlin 1904, p. 125 ss.
- SCHAEFFER, Kurt *Die sozialistischen Systeme Theodor Hertzkas und Anton Mengers mit besonderer Berücksichtigung ihrer Entwicklung aus dem ökonomischen Individualismus*. (Dissertation Halle-Wittenberg 1908).

- SCHMOLLER, Gustav Recensione a: A. Menger, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, Stuttgart 1886, in *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, Jg. II, Heft I, Leipzig 1887, p. 395 ss.
- SCHÖPFER, Gerald Anton *Mengers Staatslehre* (Dissertation Universität Graz 1973).
- SCWIEDLAND, Eugène *A propos d'un livre sur le socialisme*, in *Revue d'économie politique*, Tome II, Nr. de mars-avril, Paris 1887, p. 129 ss.
- SOREL, Georges *Les aspects juridiques du socialisme*, in *La revue socialiste*, Parte II, Vol 39, Paris 1900, p. 385 ss. e p. 558 ss.
- SPANN, Othmar *Die Haupttheorien der Volkswirtschaft auf lehrgeschichtlicher Grundlage*, 22^a ediz., Leipzig 1932, p. 137 ss.
- STAUDINGER, Franz *Eine neue Sittenlehre*, in *Das freie Wort*, Jg. 5, Frankfurt am Main 1906, p. 606 ss.
- STEIN, Ludwig *Die sociale Frage im Lichte der Philosophie. Vorlesungen über Socialphilosophie und ihre Geschichte*, Stuttgart 1897, p. 611 ss.
- *Rechtssozialismus*, in *Die Zukunft*, Berlin 6-2-1904, p. 207 ss.
- *Der soziale Optimismus*, Jena 1905, p. 81 ss.
- STEINBACH, Emil *Die Grundideen des Socialismus vom juristischen Standpunkte*, in *Juristische Blätter*, Jg. XV, Wien 1886, Nr. 45 p. 533 ss.; Nr. 46 p. 545 ss.; Nr. 47 p. 557 ss.
- STEISKAL, Theodor Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, in *Pädagogisches Jahrbuch*, Wien 1905, p. 87 ss.
- STENGEL (von), Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Dritte Folge, Bd. X, Tübingen 1905, p. 127 s.
- STILLER, Günther Anton Menger, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961 (Neuaufgabe des Handwörterbuches der Staatswissenschaften).
- TYBJERG, Erland *Nutidskrav til den borgerlige Lovgivning*, in *Tilskuren*, Kopenhagen 1891, p. 344 ss.
- URSIN, Af Recensione a: A. Menger, *Folkpolitik*, in *Archiv für die Geschichte des Sozialismus und der Arbeiterbewegung*, Bd. I, Leipzig 1911, p. 522 ss.
- VOGELSANG (von), Freiherr Carl *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, in *Österreichische Monatsschrift für Christliche Sozialreform*, Jg. 8, Wien 1886, p. 583 ss.
- WENDELING, Nicolaus Anton *Menger als Rechtstheoretiker und Rechtspolitiker* (Dissertation Universität Marburg 1949).
- WEST, Hermann Recensione a: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 3^a ediz. Tübingen 1904, in *Sozialistische Monatshefte*, Berlin 1904, Bd. I, p. 255 s.
- Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1904, in *Sozialistische Monatshefte*, Berlin 1904, Bd. 1, p. 255.
- WIEACKER, Franz *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2^a ediz., Göttingen 1967, p. 457 ss.

- WIESE (von), Leopold Segnalazione di: A. Menger, *Neue Sittenlehre*, Jena 1905, in *Soziale Praxis*, Jg. XIV, Leipzig 1905, Nr. 52, col. 1374.
- WINTER, Paul Recensione a: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, in *Archiv für Bürgerliches Recht*, Bd. 24, 1904 s. 367.
- WITTMAYER, Leo Anton Mengers *Neue Staatslehre*, in *Beilage zur «Wiener Abendpost»*, Nr. 141 del 23 giugno 1903 e Nr. 152 del 7 luglio 1903.
- ZENKER, E. V. Anton Menger, in *Die Wage*, Jg. IX, Wien 1906, Nr. 7 del 10 febbraio, p. 146 s.
- ZWEIG, Egon Anton Mengers ' *Neue Staatslehre* ', in *Neue Freie Presse*, Wien 21-5-1903.
- Anton Mengers ' *Neue Sittenlehre* ', in *Neue Freie Presse*, Wien 12-11-1905.

AA.VV. (si elencano qui di seguito recensioni, segnalazioni, necrologi di iniziativa redazionale di varie riviste e giornali. L'ordinamento è cronologico).

- Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, in *Frankfurter Zeitung*, 19-5-1903.
- Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, in *Soziale Praxis*, Nr. 40 del 2-7-1903.
- Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, in *Zürcher Zeitung*, del 21-8-1903.
- Segnalazione di: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, in *Literarisches Centralblatt für Deutschland*, Jg. 54, Nr. 30, Leipzig 1903.
- Recensione a: A. Menger, *Neue Staatslehre*, Jena 1903, in *Dokumente des Sozialismus*, hrsg. von Eduard Bernstein, Bd. III, Heft 6, Stuttgart 1903, p. 246 ss.
- Segnalazione di: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 3^a ediz. Tübingen 1904, in *Dokumente des Sozialismus*, hrsg. von Eduard Bernstein, Bd. III, Heft 12, Stuttgart 1903, p. 540 s.
- Segnalazione di: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 3^a ediz. Tübingen 1904, in *Zeitschrift süddeutscher Finanzbeamten*, Karlsruhe 1905, p. 185.
- Recensione a: A. Menger, *Neue Sittenlehre*, Jena 1905, in *Wiener Zeitung*, 13-10-1905, p. 6.
- Recensione a: A. Menger, *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 2^a ediz. Wien und Leipzig 1905, in *Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichtervereins*, Jg. 24, 1906, p. 210.
- Segnalazione di: A. Menger, *Neue Sittenlehre*, Jena 1905, in *Literarisches Zentralblatt für Deutschland*, Jg. 57, Nr. 11, Leipzig 1906, col. 380.

Necrologio di *Anton Menger*, in *Allgemeine österreichische Gerichtszeitung*, Jg. 57, Nr. 6, Wien 1906.

Necrologio di *Anton Menger*, in *Neue Freie Presse*, Wien 8-2-1906.

Necrologio di *Anton Menger*, in *Österreichische Rundschau*, Bd. 6, Wien 1906, p. 135 e p. 306.

Necrologio di *Anton Menger*, in *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, Bd. 33, Wien 1906, p. 784 s.

Hofrat Professor Menger, in *Die Zeit*, Wien 8-2-1906.

Recensione a: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 5^a ediz. Tübingen 1927, in *Volksrecht. Sozialdemokratisches Tagblatt*, Jg. 30, Nr. 233, Zürich 4-10-1927, p. 3.

Presentazione di: A. Menger, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 5^a ediz. Tübingen 1927, in *Wissenschaftliche Vierteljahresschrift zur Prager Juristischen Zeitschrift*, Jg. VII, Reichenberg 1927, col. 155 s.

PIO CARONI

ANTON MENDER ED IL CODICE CIVILE SVIZZERO
DEL 1907

I.

Anton Menger deve gran parte della sua (limitata) popolarità (e forse anche dell'attuale, innegabile rivalutazione della sua opera ⁽¹⁾) alla critica rivolta al primo progetto di Codice civile tedesco, pubblicato nel 1887.

Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (questo il titolo originario del lavoro) apparve dapprima nella rivista *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik* (1889-1890). Alla prima pubblicazione fecero poi seguito (a testimonianza di un ovvio successo letterario dell'opera) tre ulteriori edizioni (1890, 1904 e 1908) e, in epoca più recente, due ristampe anastatiche (1968 e 1974).

Negli anni che stanno fra la seconda e terza edizione del fortunato pamphlet, caddero non solo la presentazione ed accettazione di un secondo progetto di Codice civile tedesco (che entrò poi in vigore all'inizio del 1900), ma anche la pubblicazione del cosiddetto Avamprogetto di un Codice civile svizzero ⁽²⁾. In esso conflui

⁽¹⁾ Stanno a testimoniare ciò le due monografie apparse in Germania nel 1974 (ECKHART MÜLLER, *Anton Mengers Rechts- und Gesellschaftssystem*, Berlin, 1974; KARL-HERMANN KÄSTNER, *Anton Menger (1841-1906), Leben und Werk*, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 36, Tübingen, 1974), la prolusione accademica di N. REICH (*Anton Menger und die demokratische Rechtstheorie*, in *Recht und Politik*, 8, 1972, p. 93-101) e molti contributi di questo stesso volume.

⁽²⁾ *Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes*, del 15 novembre 1900. La documentazione pressochè completa riferentesi alla prepara-

il lavoro di parecchie commissioni di periti, guidati però e decisamente influenzati da Eugen Huber, che viene a ragione ritenuto l'artefice della codificazione privatistica elvetica ⁽³⁾.

Menger, ripubblicando il suo lavoro nel 1904, non tralasciò di riferirsi a questi importanti avvenimenti legislativi. Menzionò la promulgazione del Codice civile tedesco, che continuò a ritenere emanazione esclusiva della classe proprietaria e dominante ⁽⁴⁾, a conferma di una costante tendenza della legislazione giusprivatistica continentale ⁽⁵⁾. Sarebbe certamente esagerato dire che le critiche di Menger fossero rimaste senza eco. Talune — lo si può dimostrare e lo ammise Menger stesso ⁽⁶⁾ — portarono ad altret-

zione e promulgazione del Codice civile svizzero (di seguito CCS) è contenuta nelle tre seguenti rassegne bibliografiche: O. GAUYE, *Inventar zur Dokumentation über die Erarbeitung des schweizerischen ZGB 1885-1907*, in *Rivista storica svizzera*, 13 (1963), p. 54-100; H. FLURY, *Die Privatrechtsvereinheitlichung im Urteil der Zeitgenossen*, in *Rivista di diritto svizzero* (di seguito RDS), 81 (1962), p. 131-140; E. HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, 2. vollständig neubearbeitete Auflage von P. MUTZNER, Band I, Basel 1932, p. 118-125.

⁽³⁾ Sull'iter della codificazione v. soprattutto P. LIVER, *Berner Kommentar zum schweiz. ZGB, Einleitungsband* (Berna, 1962, ristampa 1966), *Allgemeine Einleitung*, passim e n. 60 ss. in particolare. Su Eugen Huber: MAX RÜMELIN, *Eugen Huber*, Tübingen, 1923; FRITZ WARTENWEILER, *Eugen Huber, Der Lehrer, Gesetzgeber, Mensch*, Erlenbach-Zürich-Leipzig, 1932; A. WELTI, *Eugen Huber als politischer Journalist*, Frauenfeld-Leipzig, 1932; AUGUST EGGER, *Eugen Huber und das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, in *Ausgewählte Schriften und Abhandlungen*, volume I, Zürich, 1957, p. 105-144; AUGUST EGGER, *Eugen Huber als Gesetzgeber*, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 37 (1940-1941), p. 93-97; P. MUTZNER, *Eugen Huber*, in *RDS*, 43 (1924), p. 1-44; TH. GUHL, *Eugen Huber 1849-1923*, in *Schweizer Juristen der letzten hundert Jahre*, Zürich, 1945, p. 323-359; RUDOLF GMÜR, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berna, 1965, p. 33 ss.

⁽⁴⁾ ANTON MENDER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 4. Auflage, Tübingen, 1908, p. VI (premessa alla terza edizione). L'accusa di unilateralità torna quasi ad ogni pagina. È quindi superfluo ogni riferimento più preciso.

⁽⁵⁾ È questa un'idea centrale di MENDER: che il diritto privato dovesse la sua unilateralità alla forza (politica ed economica) esplicata dai ceti borghesi. In questa ottica ogni diritto rifletteva esclusivamente rapporti di forza (e di qui il postulato di adattare il diritto ai mutati rapporti di forza). MENDER, *Neue Staatslehre*, 3. Auflage, Jena, 1906, p. 32, 178, 227 ss.; LO STESSO, *Das bürgerliche Recht*, passim, p. 229. Fondamentali in merito le critiche di KÄSTNER, *op. cit.*, p. 47-90 ed in particolare, p. 25, 47-53, 66-68, 74. Sul punto anche E. MÜLLER, *op. cit.*, p. 54 ss., 77.

⁽⁶⁾ Lo riconobbe MENDER stesso a più riprese: *Das bürgerliche Recht*, p. 159-

tante modifiche del secondo progetto e poi del codice stesso. Ma anche chi allora non nutriva particolari simpatie per il critico viennese (ricordo in merito una preziosa testimonianza del Gaudemet ⁽⁷⁾), pensò che non si tenne sufficiente conto delle osservazioni mengeriane, il che dovette finalmente deludere chi si attendeva dal legislatore tedesco un codice di ispirazione popolare ⁽⁸⁾.

Al Codice civile tedesco Menger oppose l'Avamprogetto del codice civile svizzero. Non si limitò a rilevare che esso si staccava dalla tradizione romanistico-germanistica. Ben più vi riconobbe parecchie idee che egli stesso aveva riassunto nel concetto di « *demokratisches Privatrecht* » ⁽⁹⁾.

A questo primo apprezzamento generale Menger fece poi seguire una serie di concreti riferimenti a singole disposizioni dell'Avamprogetto, quasi a comprova della bontà della sua tesi e quindi dell'apertura sociale (oppure antindividualistica) di tutta l'opera ⁽¹⁰⁾.

Questo accertamento iniziale pone lo storico di fronte a gravi problemi interpretativi. Sono i problemi, ai quali è dedicato il presente contributo, e che formulo preliminarmente così: si può parlare di una effettiva recezione di idee mengeriane da parte di Eugen Huber, e di una loro realizzazione in disposizioni dell'Avamprogetto? È storicamente attendibile vedere nell'Avamprogetto un monumento del diritto privato democratico? Com'è spiegabile una sì radicale differenza fra la codificazione tedesca e quella svizzera?

160, 193; LO STESSO, *Ueber die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, Wien-Leipzig, 1905, p. 30; LO STESSO, *Neue Staatslehre*, p. 142 nota 2. Sul rilievo assunto dagli argomenti di Menger durante la terza lettura del progetto tedesco vedi J. W. HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert*, II/1, Berlin, 1930, p. 311 nota 48 in fondo.

⁽⁷⁾ E. GAUDEMET, *Les Codifications récentes et la Revision du Code civil*, in *Le Code civil 1804-1904, Livre du Centenaire*, Tome II, Paris, 1904, p. 967-986, e soprattutto p. 969.

⁽⁸⁾ MENDER, *Soziale Aufgaben*, p. 30. A ciò si ispira anche lo scettico — ma fondato — giudizio di KÄSTNER, *op. cit.*, p. 166-167, circa il successo della critica mengeriana.

⁽⁹⁾ MENDER, *Das bürgerliche Recht*, Vorwort p. VI/VII. Su questa lode v. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 970.

⁽¹⁰⁾ *Das bürgerliche Recht*, p. 26, 105-106, 131-132, 136, 123-124, 233.

Prima di affrontare questi interrogativi (la cui soluzione richiederà l'approfondimento di talune tesi mengeriane) è opportuno esaminare i singoli accenni alle soluzioni dell'Avamprogetto elvetico.

II.

1. L'art. 1 al. 2 del CCS impone al giudice, che non abbia trovato disposizione applicabile nè nella legge, nè nel diritto consuetudinario, di decidere «secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore». Questa lapidaria sentenza (frutto di laboriose discussioni ⁽¹¹⁾) figurava già nell'Avamprogetto del 1900 ⁽¹²⁾ e suscitò dall'inizio disparati commenti. Essa animò in particolare interpreti elvetici e stranieri alla ricerca di matrici e modelli. La disposizione trovò consenzienti tutti coloro che (talvolta per divergenti motivi) disapprovavano il dogma della completezza della legge: quel dogma che, già rinnegato dalla codificazione austriaca e francese, aveva purtuttavia ispirato la codificazione civilistica tedesca ⁽¹³⁾. Si vide così nella libertà giudiziale ovvero il riflesso di una intuizione savignyana ⁽¹⁴⁾ ovvero un accostamento al § 7 del Codice civile

⁽¹¹⁾ Lo provano le due lettere di E. HUBER al Consigliere federale Brenner, del maggio 1904 (in *RDS*, 81, 1962, I, p. 116-120).

⁽¹²⁾ Esiste tuttavia una notevole differenza fra l'art. 1 dell'Avamprogetto e l'art. 1 al. 2 del CCS: «dottrina e giurisprudenza più autorevoli» figurano nel primo come fonte giuridica, nel secondo come semplici aiuti dell'attività giudiziale.

⁽¹³⁾ A. MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich, 1951, p. 27 ss.; LO STESSO, *Berner Kommentar, Einleitungsband*, n. 258 all'art. 1 CCS; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage, Göttingen, 1967, p. 475; U. SPELLENBERG, *Vom liberalen zum sozialen Privatrecht?* in *Kritik* 5, Recht im sozialen Rechtsstaat, Opladen, 1973, p. 23 ss., ed in particolare p. 25 e la bibl. a p. 63 nota 14; A. LAUFS, *Rechtsentwicklungen in Deutschland*, Berlin-New York, 1973, p. 236; R. GMÜR, *op. cit.*, p. 29.

⁽¹⁴⁾ Così ad esempio A. MANIGK, *Savigny und der Modernismus im Recht*, Berlin, 1914, p. 139. Su questo punto disapprovo l'interpretazione data da MANIGK al pensiero di SAVIGNY. Savigny mai intese scardinare volutamente la legge, e quindi non si aspettò dal giudice un lavoro che ne soppiantasse il primato. È quindi temerario accostare Savigny ai seguaci della Freirechtsschule: «Es entbehrt nicht der Komik, dass die gegen Savigny zu Felde ziehenden Freirechtler mit Savigny das Bestreben gerade gemeinsam haben, die Gesetzgebung in den Hintergrund

austriaco del 1812, che obbligava il giudice a decidere, in ultima istanza, « secondo i principi del diritto naturale » ⁽¹⁵⁾. Altri credettero di scoprire la matrice dell'art. 1 al. 2 del CCS in un passo dell'Etica di Aristotele ⁽¹⁶⁾. Ed altri ancora supposero un influsso decisivo di quell'opera, con la quale F. Géný nel 1899 aveva inaugurato per davvero una nuova fase della riflessione metodologica ⁽¹⁷⁾. Ma furono soprattutto i rappresentanti della *Freirechtsschule* ad apprezzare il primo articolo del Codice. Senza ricercarne i modelli storici, lo ritennero il frutto di una adesione incondizionata ai loro principi. Esso avrebbe permesso al giudice di liberarsi dalle secche di una scienza giuridica votata ad un concettualismo astratto e perciò estranea ai bisogni reali ⁽¹⁸⁾.

2. Su quest'ultimo rilievo si innesta l'interpretazione data da Menger all'art. 1 al. 3 dell'Avamprogetto ⁽¹⁹⁾. Egli aveva rite-

treten zu lassen gegenüber anderen Kräften, die das eigentlich geltende Recht erzeugten » (MANIGK, *op. cit.*, p. 91). Rinvio per una critica di tale tesi a P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung*, 86 (1969), p. 97-176, ed in particolare p. 172 ss.

⁽¹⁵⁾ MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, n. 288 all'art. 1 CCS; A. LAUFS, *op. cit.*, p. 139. Altri videro nel richiamo al diritto naturale dell'ABGB austriaco un precetto di interpretazione secondo la buona fede: così H. MERZ, *Berner Kommentar, Einleitungsband*, n. 116 all'art. 2 CCS; H. DESCHENAUX, *Der Einleitungstitel*, in *Schweizerisches Privatrecht*, II, Einleitung und Personenrecht, Basel-Stuttgart, 1967, p. 161.

⁽¹⁶⁾ J. SAUTER, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts*, Wien, 1932, p. 44; H. MITTEIS, *Ueber das Naturrecht*, Berlin, 1948, p. 11; P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, n. 129; R. GMÜR, *op. cit.*, p. 48. Di altro tenore le osservazioni critiche di M. GUTZWILLER, in *RDS*, 81 (1962), I, p. 144 e di DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 70 nota 6.

⁽¹⁷⁾ Alludo ovviamente a *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899. Ma oggi è stato appurato, in base a lettere che in quegli anni si scrissero E. Huber e Fr. Géný, che non vi fu influsso del decano francese sulla formulazione dell'art. 1 al. 2 del CCS. Vedi O. GAUYE, *François Géný est-il le père de l'article 1er, 2. al. du CCS?* in *RDS*, 92 (1973), I, p. 271-281.

⁽¹⁸⁾ E. FUCHS, *Schreibjustiz und Richterkönigtum*, Leipzig, 1907, p. 72; LO STESSO, *Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, Karlsruhe, 1909, p. 14. Sul problema v. anche A. MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, p. 24-25, 33-36.

⁽¹⁹⁾ A. MENDER, *Das bürgerliche Recht*, p. 20-26. Per la critica storica a questa teoria rimando a E. MÜLLER, *op. cit.*, p. 47-48.

nuto il Codice tedesco quale emanazione unilaterale della classe dominante e riconosceva quindi il diritto delle classi lavoratrici di opporsi ad ogni artificiale estensione del modello codicistico ai casi non espressamente regolati.

Di qui il rifiuto mengeriano dell'analogia (derivata giustamente dal dogma della completezza della legge) e la proposta di sostituirla una non meglio precisata « *Entscheidung nach Zweckmäßigkeitsgründen* », che permettesse una « *Reform des Zivilrechts von innen heraus* », correggesse l'unilateralità del codice ed insomma preludesse ad una riforma legislativa favorevole alle classi proletarie. Nella facoltà giudiziale sanzionata dal primo articolo dell'Avamprogetto, Menger vide proprio la libertà da lui postulata di decidere secondo opportunità ⁽²⁰⁾.

3. È attendibile tale interpretazione?

a) Secondo una teoria spesso sostenuta in Svizzera, l'art. 1 al. 2 del CCS non innovò materialmente, ma si limitò a codificare la prassi tacitamente seguita nei Cantoni ⁽²¹⁾. Si ritenne che al giudice, che aveva consultato senza successo le disposizioni (spesso frammentarie) dei codici cantonali (quando c'erano), altro non restasse che decidere seguendo la sua « *tiefinnerliche Ueberzeugung* », atteggiandosi così a legislatore ⁽²²⁾. Ritengo questa teoria, che risale direttamente all'artefice della legge ⁽²³⁾, sostanzialmente esatta. Ma non va generalizzata. Perchè talune voci si erano pur levate, a sostenere la novità del disposto, nel quale videro una nuova e più vigorosa configurazione dell'autonomia giudiziale ⁽²⁴⁾,

⁽²⁰⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 26. Sul punto ora anche KÄSTNER, *op. cit.*, p. 84-85.

⁽²¹⁾ HUBER-MUTZNER, *System und Geschichte*, p. 188; A. EGGER, *Ausgewählte Schriften*, I, p. 130, 146, 149; P. CARONI, *Savigny's «Beruf» und die heutige Krise der Kodifikation*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 39 (1971), p. 451 ss. ed in part. 474.

⁽²²⁾ Così in una sentenza del Tribunale distrettuale di Arbon (Canton Turgovia) del 1878 (citata in W. KUNDERT, *Die Zivilgesetzgebung des Kantons Thurgau*, *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, Heft 102, Basel-Stuttgart, 1973, p. 43).

⁽²³⁾ Vedi la lettera di Eugen Huber a Fr. Gény del 27 dicembre 1899, pubblicata ora in *RDS*, 92 (1973), I, p. 276.

⁽²⁴⁾ MAX GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweiz. ZGB*,

atta quindi ad aumentare il prestigio dell'autorità giudicante ⁽²⁵⁾. E non mancò chi si disse preoccupato per tale latitudine di poteri concessa al giudice ⁽²⁶⁾.

Questa teoria del *pater legis*, che ricollega la disposizione apparentemente ardita dell'art. 1 al. 2 CCS alla realtà del XIX secolo, fa nascere i primi dubbi sulla bontà dell'interpretazione menegeriana.

b) Un secondo motivo rafforza questi dubbi. Un esame della prassi giurisprudenziale dei primi 50 anni di vita del CCS dimostra che l'analogia, secondo Menger cacciata dal codice nella disposizione citata, e che taluni ritenevano pure inconciliabile con la libertà giudiziale ⁽²⁷⁾, venne invece praticata con assiduità e costanza, talora dopo superficiale esame ⁽²⁸⁾. Non è un caso che l'opinione dominante vedesse nel procedimento analogico l'ultimo momento dell'interpretazione della legge, e non il primo della creazione di diritto giudiziario ⁽²⁹⁾.

Berna, 1908, p. 140 ss.; F. MEILI, *Das Inkrafttreten des schweiz. ZGB*, in *Recht und Wirtschaft*, 1 (1911), p. 125-126.

⁽²⁵⁾ M. RÜMELIN, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns*, Tübingen, 1908, p. 31-32; MAX GMÜR, *Der Entwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches in seiner Bedeutung für Handel und Industrie*, in *Schweiz. Blätter für Wirtschaft- und Sozialpolitik*, 9 (1901), p. 360; TH. GUHL, *Eugen Huber*, p. 349.

⁽²⁶⁾ Vedi ad esempio H. OSER, *Das soziale Problem im Entwurf zum schweiz. Zivilgesetzbuch*, in *Schweizerische Rundschau*, 2 (1901-1902), p. 89-109, e soprattutto p. 92; E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 981; A. EGGER, *Ausgewählte Schriften*, I, p. 131; F. MEILI, *Die Kodifikation des schweizerischen Privat- und Strafrechts*, Zürich, 1901, p. 29-31 (sull'atteggiamento di Meili nei confronti di Huber vedi però F. ELSENER, *Die Anfänge des Schweizerischen Zivilgesetzbuches nach dem Briefwechsel zwischen Eugen Huber und Max Rümelin*, in *Festschrift K. S. Bader*, Zürich-Graz, 1965, p. 101 ss. ed in merito p. 109 e nota 25).

⁽²⁷⁾ Così A. EGGER, *Entstehung und Inhalt des Schweizerischen ZGB*, Zürich, 1908, p. 16. Nello stesso senso (con riferimento all'opera di E. Huber) M. RÜMELIN, *Eugen Huber*, p. 49-50, 57.

⁽²⁸⁾ Sulla predilezione del giudice svizzero per l'analogia vedi H.-P. FRIEDRICH, *Die Analogie als Mittel der richterlichen Rechtsfindung*, in *RDS*, 71 (1952), p. 438 ss., ed in particolare 455-456; A. MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, n. 336-337 all'art. 1 CCS.

⁽²⁹⁾ Così gli autori citati da FRIEDRICH, *op. cit.*, p. 452. FRIEDRICH stesso (*passim*) non condivide tuttavia tale opinione. Del pari non la condividono DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 111 nota 17 e MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, p. 73-74.

Tale atteggiamento corrisponde alla precisa volontà di imporre al giudice il primato assoluto della legge, impedendogli così di sfruttare lo spazio messogli a disposizione dal legislatore per riformare il codice dall'interno. Di qui anche la particolare predilezione per la tematica delle restrizioni della libertà giudiziale ⁽³⁰⁾, alla quale non si può risparmiare un rimprovero: di aver dimenticato che non è data commensurabilità fra l'attività del legislatore e quella del giudice, e che quindi è anche improponibile un confronto diretto fra le loro rispettive libertà.

c) Infine mi sembra evidente la contraddittorietà del ragionamento mengeriano. Menger aveva infatti ricordato che l'Avamprogetto elvetico non rampollava dallo stesso egoismo borghese, di cui era intriso il progetto tedesco ⁽³¹⁾. Proprio per questo motivo avrebbe dovuto appoggiare ogni metodo rivolto ad estendere una disciplina legislativa così vantaggiosa per tutte le classi. Avrebbe dovuto battersi, nell'ambito concreto del CCS, per l'analogia e non per un giudizio secondo opportunità. Il rinvio mengeriano alla libertà giudiziale codificata dall'art. 1 al. 2 del CCS assume quindi le parvenze di un'affrettata ed immotivata conclusione.

4. Non voglio con ciò negare ogni valore alle riflessioni mengeriane sull'analogia. Le ritengo anzi ugualmente notevoli per due motivi:

avantutto per l'acuto approfondimento del rapporto che intercorre fra la tecnica legislativa e la funzione integratrice dell'analogia. A Menger, come più tardi a Salvioli ⁽³²⁾, aveva fatto specie un fatto: che in tutti quei problemi pratici, nei quali gli interessi

⁽³⁰⁾ MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, n. 344 ss. all'art. 1 CCS; P. LIVER, *Der Begriff der Rechtsquelle*, in *Revue de la Société des juristes bernois*, 91 bis (1955), p. 44-45 (ed ora in *Privatrechtliche Abhandlungen*, Berna, 1972, p. 73-75); H. DESCHENAUX, *op. cit.*, p. III ss.

⁽³¹⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. VI/VII.

⁽³²⁾ G. SALVIOLI, *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, 2. ed. Palermo, 1906, p. 37, 39, 42, 58. L'esatto rapporto che intercorre fra questo scritto di Salvioli e la critica di Menger non è ancora stato studiato. Mi limito a riferire che Salvioli si richiama talvolta espressamente a Menger (p. 30, 61); altre volte ne assume tipiche tesi (p. 36, 49, 60, 84-85). Ma non può sfuggire una divergenza di fondo: il maestro italiano giudica il codice civile tedesco in modo molto più benevolo del critico austriaco (p. 72, 99, 100).

delle classi si scontravano violentemente, il legislatore si accontentasse di una disciplina sommaria e sorprendentemente incompleta ⁽³³⁾. Vide in ciò una misura coscientemente presa in danno delle classi sprovvedute. Poichè intuiva che in questi casi l'analogia — resa urgente dalla frammentarietà della legge — estendendo artificialmente la portata di una legge già bastantemente ligia alle ambizioni borghesi, ridondasse a loro svantaggio ⁽³⁴⁾. Menger postulò quindi una regolamentazione dettagliata e chiara in tutti quei casi ove — pur nell'ambito di un codice borghese — si voleva difendere la parte più debole di un contratto, ed allentare così eccezionalmente l'unilateralità della legge ⁽³⁵⁾.

Un secondo punto merita poi breve commento. Menger aveva proposto di sostituire all'analogia un metodo che permettesse al giudice di decidere liberamente (« *nach Zweckmässigkeitsgründen* ») e dar così inizio ad un processo di riforma del diritto codificato. Ma in altri passi della sua opera Menger pare distanziarsi da questo punto di vista. Così, discorrendo nella « *Neue Staatslehre* » della introduzione del futuro stato popolare, basato sul lavoro dei suoi aderenti ⁽³⁶⁾, Menger osservò: la costituzione di questo nuovo stato ci riporterà al tipico vuoto legislativo, che caratterizza gli albori di tutte le comunità politiche. Il giudice dovrà quindi decidere dando libero corso al suo apprezzamento. Menger considera ciò un grave difetto della futura organizzazione ⁽³⁷⁾,

⁽³³⁾ Dopo il rilievo generale (*Das bürgerliche Recht*, p. 26 e 47), Menger fa esempi pratici in base al progetto tedesco: la regolamentazione degli illegittimi (in 11 articoli, p. 59) e quella del contratto di lavoro (in 8 articoli, p. 161). Avrebbe — se l'avesse voluto — potuto ricordare anche la disciplina dello stesso contratto del codice svizzero delle obbligazioni del 1881 (limitata a 12 articoli, v. sul punto *infra*, note 137 e 138).

⁽³⁴⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 25, 59-60, 160-161. La critica di BERGBOHM (*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Band I, Einleitung, Leipzig, 1892, p. 388 nota 11) a questi argomenti di Menger non mi sembra oggettiva e quindi non merita approfondimento. Bergbohm cita talune frasi di Menger e le combina poi artificialmente, per far apparire possibilmente assurdo l'assunto del viennese.

⁽³⁵⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 25-26, 60-61.

⁽³⁶⁾ La *Neue Staatslehre* è l'opera di Menger dedicata non più alla critica dello stato borghese, ma all'edificazione (anche nei minuti particolari) del « *volkstümlicher Arbeitsstaat* ». Vedi in merito *infra* X/2, ed in particolare le note 198 ss.

⁽³⁷⁾ Qui ritengo che E. MÜLLER, *op. cit.*, p. 70, abbia mal compreso il ragionamento mengeriano. Egli commenta: « Auch deswegen möchte Menger das pri-

sopportabile solo perchè transitorio: « Aber man kann sicher sein, dass unsere ewig bewegte Gesetzgebungsmaschine diesem Mangel gar bald und zwar im Anfang durch Verwaltungsvorschriften, später aber durch Gesetze und umfassende Gesetzbücher abhelfen wird » ⁽³⁸⁾.

L'argomentazione pare contraddittoria, se confrontata superficialmente con le note sull'analogia nella critica al progetto di BGB. Ma non lo è, perchè radicalmente diverso è il movente politico dei due assunti. Nell'ambito della critica al progetto di BGB si trattava di escogitare metodi che permettessero di attutire, se non addirittura infrangere, l'unilateralità di un codice da Menger (e non solo da lui) ritenuto sfacciatamente ingiusto. Un tale metodo diventa inopportuno e pericoloso, se applicato in uno stato (lo stato popolare del futuro) che avrebbe dovuto sostanzialmente realizzare tutte le ambizioni popolari e distruggere lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo.

Questo rapido cambiamento di registro non è del resto tipico di Menger: esso caratterizzò il giusnaturalismo pre- e postcodificatorio, e caratterizza ancora oggi la teoria marxiana dell'interpretazione della legge. Che nell'ambito degli stati socialisti è crociata contro ogni interpretazione non strettamente legata al testo, ma intesa quale « Anpassung des geltenden Rechts an die sich verändernden Bedürfnisse der Praxis » ⁽³⁹⁾. E nell'ambito degli stati borghesi diventa apologia (talvolta incontrollata od approssimativa) di un « uso alternativo » della legge ⁽⁴⁰⁾.

vate in Verwaltungsrecht verwandeln, weil er die Entscheidung öffentlicher Angelegenheiten nach freiem Ermessen in weitem Umfang wiederbeleben will». Menger non intese favorire (nè revitalizzare) il libero apprezzamento giudiziale. Lo considerò solo una necessaria conseguenza dell'introduzione del nuovo stato. Ed auspicò che subito il nuovo stato esercitasse le sue facoltà legislative, per ovviare all'inconveniente.

⁽³⁸⁾ MENER, *Neue Staatslehre*, p. 176-177.

⁽³⁹⁾ I. SZABO, *Die theoretischen Fragen der Auslegung der Rechtsnormen*, in *Sitzungsberichte der deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Klasse f. Philosophie*, Jahrgang, 1963, nr. 2, p. 6. Sul punto ora diffusamente H. M. PFARR, *Auslegungstheorie und Auslegungspraxis im Zivil- und Arbeitsrecht der DDR*, Berlin-München, 1972.

⁽⁴⁰⁾ Rimando in merito ai contributi contenuti nei due volumi *L'uso alternativo del diritto* a cura di P. BARCELLONA, Bari, 1973.

Forse i giuristi hanno dimenticato troppo spesso, che il loro giudizio (benevolo o critico) del presente ha influenzato (ed influenza) in modo decisivo la scelta dei metodi interpretativi.

III.

Il secondo preciso rinvio di Menger avviene in tema di filiazione naturale. Menger loda gli autori dell'Avamprogetto svizzero, per non aver ritenuto « das Geschlechtsleben der unteren Volksklassen (...) als ein Tummelplatz für die Gelüste der Reichen und Vornehmen » ⁽⁴¹⁾. Approfondisce poi tre punti, che vorrei io pure brevemente esaminare.

1. *Situazione giuridica della madre.* In tutti quei casi, nei quali il padre naturale aveva promesso alla madre il matrimonio, oppure il coito era conseguito a violenza carnale, Menger ritenne equo riconoscere alla madre la condizione giuridica della divorziata senza colpa propria ⁽⁴²⁾. Negli altri casi Menger credette auspicabile corrispondere alla madre le spese causate dal parto ed il mantenimento per i tre mesi successivi al parto ⁽⁴³⁾.

Il progetto di BGB tedesco venne criticato, per non aver tenuto conto di questi postulati ⁽⁴⁴⁾, mentre si magnificò (qui come altrove) il codice prussiano del 1794 ⁽⁴⁵⁾.

L'Avamprogetto svizzero si distanziava parecchio dalle soluzioni ideali di Menger: in particolare non concedeva alla madre (nei casi ricordati sopra) la condizione giuridica della divorziata senza colpa propria. Nemmeno le riconosceva il mantenimento per un determinato periodo successivo al parto, ma si limitava ad ammettere un'indennità globale per le spese provocate dal parto ed a titolo di riparazione morale ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴¹⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 63-64, 106; pensieri analoghi anche in *Neue Staatslehre*, p. 141-145.

⁽⁴²⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 103-104.

⁽⁴³⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 91, 104.

⁽⁴⁴⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 91 ss., 105.

⁽⁴⁵⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 74, 91 ss.

⁽⁴⁶⁾ Avamprogetto (citato di seguito in VE, ossia Vorentwurf) Art. 344 al. 2. Sul punto vedi E. HUBER, *Erläuterungen zum Vorentwurf*, 2^a edizione, vol. I, Berna, 1914, p. 267-268.

Su questo punto, quindi, la lode di Menger appare ampiamente immeritata. Occorre correttamente rilevarlo anche se, all'apparire della terza edizione della sua critica, e quindi nel 1904, la cosiddetta « Grosse Expertenkommission » aveva già provveduto a modificare l'Avamprogetto, sanzionando norme più congeniali alla critica mengeriana ⁽⁴⁷⁾. Aveva in particolare ammesso il diritto della madre a chiedere indennità anche « per il mantenimento di almeno quattro settimane tanto prima che dopo la nascita » ⁽⁴⁸⁾, ed apriva ora la strada ad un intervento provvisorio del giudice, che poteva obbligare il presunto padre (già prima della sentenza) a garantire mediante deposito le spese presumibili del parto e del mantenimento del figlio per i primi tre mesi ⁽⁴⁹⁾.

2. *Situazione giuridica del figlio naturale.* Anche qui Menger (basandosi su concetti già realizzati nella codificazione prussiana ⁽⁵⁰⁾), privilegiò i casi nei quali il padre aveva promesso alla madre il matrimonio o l'aveva tenuta al coito facendole violenza. Ritenne equo, in questi casi, considerare il figlio siccome legittimo (con tutte le conseguenze, anche finanziarie, importate da questo riconoscimento) ⁽⁵¹⁾.

In tutti gli altri casi si limitò a postulare il diritto del bambino agli alimenti (da fissare tenendo conto e dell'età sua e della situazione finanziaria del padre) ⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁷⁾ La Commissione aveva trattato il diritto delle persone e della famiglia dal 7 al 30 ottobre 1901. Vedi in merito P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, n. 65. Sugli emendamenti proposti dalla commissione in ordine al nostro problema anche H. OSER, *op. cit.*, p. 108.

⁽⁴⁸⁾ *Protokolle der Grossen Expertenkommission* (esistono solo in edizione poligrafata) I/II, p. 388 (ad art. 344). Così poi l'art. 322 del progetto presentato dal Consiglio federale al Parlamento nel 1904, passato sostanzialmente invariato nell'art. 317 del vigente CCS.

⁽⁴⁹⁾ *Protokolle der Grossen Expertenkommission*, I/II, p. 391 (ad art. 345). Così poi il progetto del Consiglio federale del 1904, art. 326 (leggermente variato oggi l'art. 321 del CCS). Menger aveva più volte rilevato la mancanza di analoga misura nel progetto del BGB tedesco (*Das bürgerliche Recht*, p. 96, 98-99, 104) mai però nell'Avamprogetto svizzero.

⁽⁵⁰⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 75 ss.

⁽⁵¹⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 103-104.

⁽⁵²⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 94, 104.

A questi modelli corrispondevano stavolta pienamente le soluzioni dell'Avamprogetto. Esso concedeva nei casi privilegiati un'azione di paternità che importava attribuzione del figlio con effetti di stato civile ⁽⁵³⁾. Egli assumeva allora il cognome del padre, ne seguiva l'attinenza ed aveva nelle linee paterna e materna i diritti ed i doveri inerenti alla filiazione naturale ⁽⁵⁴⁾. Negli altri casi l'azione di paternità aveva per oggetto unicamente prestazioni pecuniarie ⁽⁵⁵⁾. Gli alimenti del figlio, erogandi fino alla sua maggiore età, erano da fissare tenuto conto della situazione della madre e del patrimonio paterno (non escluse le aspettative) ⁽⁵⁶⁾.

3. *L'exceptio plurium*. Nel diritto cantonale del XIX secolo la disciplina delle eccezioni opponibili dal presunto padre all'azione di paternità era vistosamente variata e non raramente discutibile ⁽⁵⁷⁾. Eugen Huber intese sostituirvi un principio « das kräftig genug wäre, dem Missbrauch zu steuern, ohne doch eine gerechte Würdigung aller Verhältnisse auszuschliessen » ⁽⁵⁸⁾. Si arrivò così all'art. 349 dell'Avamprogetto:

« L'azione (scil. di paternità) dev'essere respinta se all'epoca del concepimento la madre teneva una condotta scostumata » ⁽⁵⁹⁾.

Menger preferì chiaramente questo disposto alle corrispondenti disposizioni del progetto di BGB. Egli ritenne infatti, che l'elastica formulazione dell'Avamprogetto svizzero importasse nel contempo il rifiuto della *exceptio plurium* ⁽⁶⁰⁾.

Di quell'eccezione, cioè, che faceva bella mostra di sè anche

⁽⁵³⁾ VE art. 337 e 347 (CCS art. 309 e 323). Vedi anche E. HUBER, *Erläuterungen*, I, p. 267-271.

⁽⁵⁴⁾ VE art. 351 al. 1 (CCS art. 325 al. 1).

⁽⁵⁵⁾ VE art. 337, 344 al. 1 e 2, 345.

⁽⁵⁶⁾ VE art. 345 (CCS art. 319).

⁽⁵⁷⁾ Vedi le diverse eccezioni in E. HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, vol. I, Basilea, 1886, p. 500-507.

⁽⁵⁸⁾ E. HUBER, *Erläuterungen*, vol. I, p. 269. Sul punto anche M. RÜMELIN, *Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Leipzig, 1901, p. 46.

⁽⁵⁹⁾ Così l'attuale art. 315 del CCS, corrispondente all'art. 349 del VE. Lo cito nella versione ufficiale italiana del CCS, poichè non havvi versione italiana dell'Avamprogetto.

⁽⁶⁰⁾ *Das bürgerliche Recht*, p. 106 cfr. 2.

nella tradizione giuridica tedesca ⁽⁶¹⁾, e che Menger riteneva prova inequivocabile della « Begünstigung der Geschlechtsinteressen der besitzenden Volksklassen » ⁽⁶²⁾ e quindi ancora una volta dell'unilateralità del codice.

IV.

I. Passando poi a discutere il diritto ereditario del progetto tedesco, Menger si soffermò in particolare sui limiti posti alla successione legale ⁽⁶³⁾. Osservò dapprima come fosse illusorio credere di poter modificare radicalmente l'ordinamento sociale solo abolendo ogni diritto ereditario. Questo è infatti una conseguenza della proprietà privata: e non è possibile toccarlo senza nel contempo modificare l'assetto privatistico della proprietà.

Gli sembrò però possibile — e sul filo della sua argomentazione, che si snodava coerentemente all'interno del regime giuridico borghese ⁽⁶⁴⁾, senz'altro auspicabile — ridurre le conseguenze nocive della successione ereditaria, limitando le categorie di persone, cui l'eredità andava devoluta per legge ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶¹⁾ *Das bürgerliche Recht*, p. 77-78, 82-90; § 1717 del BGB tedesco.

⁽⁶²⁾ *Das bürgerliche Recht*, p. 89.

⁽⁶³⁾ *Das bürgerliche Recht*, p. 229-233.

⁽⁶⁴⁾ Menger sa ovviamente, che solo emanando un codice socialista, fondato su un nuovo concetto di proprietà, si potrà corrispondere alle legittime attese del proletariato (*Das bürgerliche Recht*, p. 73, 114, 194-195; su tale nuovo concetto di proprietà diffusamente nella *Neue Staatslehre*, p. 77-94). Vede dunque la necessità di non perdere di vista questo massimo traguardo e di preparare l'avvento del futuro stato (*Das bürgerliche Recht*, p. 140, 187, 208). Ma non rinuncia a criticare i codici vigenti e ad esigere da loro che, pur restando fedeli ai capisaldi dell'ideologia giuridica borghese, tengano già ora conto delle esigenze fondamentali delle classi più sfortunate. Questa è l'ottica tipica della critica al progetto di BGB (*Das bürgerliche Recht*, p. 3, 33, 34, 120, 194, 197 ecc.): che, accettando i termini ormai di moda, non è una critica marxista (come ritenne HEDEMANN, *op. cit.*, p. 310), ma bensì borghese. Si veda su tale problema ora KÄSTNER, *op. cit.*, p. 24-25, 117-118, 122, 140; N. REICH, *op. cit.*, p. 95-97; SPELLENBERG, *op. cit.*, p. 33.

⁽⁶⁵⁾ Menger ricorda qui espressamente: « Zahlreiche Schriftsteller, welche sonst vollständig auf dem Boden der geltenden Rechtsordnung stehen, haben sich für eine solche Einschränkung der gesetzlichen Erbfolge ausgesprochen » (*Das bürgerliche Recht*, p. 229-230). L'osservazione calza anche per gli autori svizzeri che citerò ora.

Ma nel progetto di BGB Menger cercò indarno una tale limitazione. Anche qui il legislatore tedesco aveva dimostrato la sua parzialità: senza tener conto della effettiva vitalità del legame familiare (che affievolisce, fino a diventare finzione, man mano che ci si allontana dalla parentela del decujus) evitava di circoscrivere la successione intestata a classi o parentele esaustivamente menzionate ⁽⁶⁶⁾. Menger ricollegò tale soluzione ad una visione statica di una società ormai superata « wo die Familien in Stadt und Land durch Jahrhunderte in enger Verbindung zusammensassen » ⁽⁶⁷⁾. Ritenne vitale tale concezione ormai solo nell'aristocrazia e nella borghesia agiata, e vide quindi nel disegno del progetto (fissato poi nel BGB) ⁽⁶⁸⁾ un ennesimo esempio dell'unilateralità del legislatore.

Tutto questo spiega l'entusiasmo con il quale Menger, a conclusione del suo esame, citò due disposti dell'Avamprogetto elvetico: l'art. 487, che faceva cessare il diritto di successione dei parenti consanguinei con la stirpe degli avi (scil. nonni), concedendo ai bisnonni solo un usufrutto limitato ⁽⁶⁹⁾; e l'art. 491, che devolveva la successione (esaurita la stirpe degli avi) all'ente pubblico (Cantone o Comune) ⁽⁷⁰⁾.

2. Eugen Huber non fu il primo giurista svizzero a concepire in siffatto modo la successione intestata ed in particolare il diritto ereditario dello Stato. Ben più si pose nel solco di una tradizione, che val la pena qui almeno di menzionare, poichè si ricollega a due giuristi importanti del XIX secolo: allo zurigano J. C. Bluntschli, allievo festeggiato del Savigny, ed al grigionese P. C. von Planta.

Bluntschli si era già battuto in sede di codificazione del diritto cantonale zurighese per una riforma del diritto successorio, che tenesse conto di talune aperture sociali.

⁽⁶⁶⁾ MENDER, *Das bürgerliche Recht*, p. 230-231.

⁽⁶⁷⁾ MENDER, *Das bürgerliche Recht*, p. 230.

⁽⁶⁸⁾ BGB, § 1924-1929.

⁽⁶⁹⁾ Ora art. 460 CCS.

⁽⁷⁰⁾ Ora art. 466 CCS. Scomparso è tuttavia proprio il secondo capoverso dell'art. 491 VE, al quale Menger, come dirò, aveva conferito importanza particolare.

Ma impaurì con tali proposte i membri della commissione incaricata di discutere i suoi progetti: che pensarono bene di non introdurre nel codice novità troppo ardite, e quindi le stralciarono dal disegno ⁽⁷¹⁾. A questo primo infruttuoso tentativo fece seguito una trattazione più organica del problema, pubblicata nel 1879 ⁽⁷²⁾. In essa Bluntschli difese il diritto ereditario dal rimprovero di essere un'arbitraria invenzione del legislatore, atta a perpetuare ed aggravare gli squilibri economici ⁽⁷³⁾. Dovette però ammettere che per tutti i privi di patrimonio la successione ereditaria era praticamente irrilevante. Si ingegnò allora di mettere questa successione al servizio della circolazione dei beni e quindi di una perequazione sociale ⁽⁷⁴⁾. Propose perciò di concedere allo Stato ed al comune un diritto ereditario concorrente con quello della famiglia del decujus, la cui portata variava a seconda del grado di parentela degli eredi concorrenti, ed il cui provento era da devolvere a famiglie bisognose o ad istituzioni destinate al soccorso delle classi meno abbienti ⁽⁷⁵⁾.

Ad analoghi concetti si ispiravano le proposte formulate alcuni anni più tardi da Peter Conradin von Planta ⁽⁷⁶⁾. Solo che

⁽⁷¹⁾ Vedi il resoconto di BLUNTSCHLI stesso in *Gesammelte Kleine Schriften*, Band I, Nördlingen, 1879, p. 256, nonchè *Denkwürdiges aus meinem Leben*, Nördlingen, 1884, vol. I, p. 392-393 e vol. II, p. 212-213. Sul contenuto della proposta di Bluntschli vedi O. GUIDON, *Das Erbrecht des Gemeinwesens in seiner geschichtlichen Entwicklung und nach geltendem schweizerischem Recht*, Diss. iur. Berna, 1916, p. 32 ss.; P. GUGGENBÜHL, *Die Entstehung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches*, Diss. iur. Zurigo, 1924, p. 70-71.

⁽⁷²⁾ BLUNTSCHLI, *Das Erbrecht und die Reform des Erbrechts*, in *Gesammelte Kleine Schriften*, I, Nördlingen, 1879, p. 233-259.

⁽⁷³⁾ *Gesammelte Kleine Schriften*, I, p. 235-238.

⁽⁷⁴⁾ *Gesammelte Kleine Schriften*, I, p. 252-253.

⁽⁷⁵⁾ *Gesammelte Kleine Schriften*, I, p. 253, 255, 257 ss.

⁽⁷⁶⁾ P. C. VON PLANTA, *Die Reconstruction der Familie und des Erbrechts (Ein Beitrag zur Lösung der sozialen Frage)*, Chur, 1886, p. 33 ss. Nella prima parte di questo curioso scritto (p. 3-30) Planta critica aspramente l'ideologia socialista. Nella seconda (p. 31-60) tenta appunto una ricostruzione della famiglia, dalla quale si attende un alleviamento dei mali sociali. Ciò è attuabile, a detta dell'autore, solo togliendo l'uomo dall'isolamento nel quale fu cacciato in modo quasi irreversibile dalla rivoluzione francese, dalla fabbricazione meccanica e dalla rivoluzione dei trasporti. Su quest'opera vedi anche F. ELSENER, *Geschichtliche Grundlegung zum Schweizerischen Privatrecht*, in *Schweizerisches Privatrecht*, Band I, Basel, 1969, p. 192; O. GUIDON, *op. cit.*, p. 34 ss.

l'insigne uomo politico grigionese insistette in modo particolare, come farà più tardi Gierke ⁽⁷⁷⁾, sul nesso fra il diritto ereditario e l'obbligo di sostentamento in caso di indigenza, per derivarne poi la necessità di una ricostruzione dell'antico nucleo familiare ⁽⁷⁸⁾. Ciò importava fra l'altro la limitazione della successione ereditaria agli eredi contemporaneamente colpiti dall'obbligo di assistenza ⁽⁷⁹⁾. Planta propose poi, qualora mancassero eredi legittimi fino al terzo grado collaterale incluso, di devolvere l'eredità a scopi sociali, affinchè pertocasse a coloro « die es am meisten bedürfen, d.h. zunächst den Besitzlosen » ⁽⁸⁰⁾. Anche qui predominava la funzione perequatrice del diritto ereditario ⁽⁸¹⁾: sembra logico — anche per Planta — che in egual misura venisse ridotta la libertà di testare ⁽⁸²⁾.

3. Verso la fine del secolo, la cosiddetta riforma sociale del diritto ereditario diventò, nei paesi europei, argomento di generale discussione ⁽⁸³⁾. Il legislatore svizzero, nel solco della tradizione testè ricordata, fece sentire la sua voce. Vale la pena di seguirne i passi, per misurare anche l'ampiezza dell'abisso che purtroppo s'era aperto fra teoria e prassi.

I capisaldi di una riforma del diritto ereditario furono da Eugen Huber dapprima delineati in un lavoro del 1895 ⁽⁸⁴⁾ ed assunsero poi concreta forma nel primo progetto di un diritto ereditario uni-

⁽⁷⁷⁾ O. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Wien, 1889 (citato qui secondo l'edizione nel *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* di E. WOLF, Frankfurt M. 1949, p. 479-511), p. 506.

⁽⁷⁸⁾ PLANTA, *op. cit.*, p. 33-38. Vedi sul punto (con riferimento anche allo scritto del Planta) E. HUBER, *System und Geschichte*, vol. IV, Basilea, 1893, p. 241.

⁽⁷⁹⁾ PLANTA, *op. cit.*, p. 38-45.

⁽⁸⁰⁾ PLANTA, *op. cit.*, p. 42, 54 ss. Il passo citato nel testo a p. 55.

⁽⁸¹⁾ PLANTA, *op. cit.*, p. 55-57.

⁽⁸²⁾ PLANTA, *op. cit.*, p. 60.

⁽⁸³⁾ Così LEEMANN, *Zur Ausbildung des staatlichen Erbrechts*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 5 (1908-1909), p. 262-263; rimando poi ancora alle numerose opere citate da A. EGGER, *Entstehung und Inhalt*, p. 33, e da F. ELSENER, in *Schweizer. Privatrecht*, I, p. 192 nota 14. Vedi anche C. MELLIGER, *Zum staatlichen Erbrecht im schweizerischen Zivilgesetzbuch*, in *Schweizerische Rundschau*, 1 (1900-1901), p. 324-345.

⁽⁸⁴⁾ E. HUBER, *Rechtseinheit und Reform des schweizerischen Erbrechts*, RDS, 14 (1895), p. 556 ss., in part. 562-574.

ficato, allestito nello stesso anno ⁽⁸⁵⁾. In esso Eugen Huber aggiudicò allo Stato un diritto ereditario concorrente con i parenti della seconda e terza parentela ⁽⁸⁶⁾, e ne rafforzò subito la natura riconoscendolo siccome porzione legittima ⁽⁸⁷⁾.

Ma il principio non piacque e gli oppositori ebbero facile gioco. Videro nella proposta di Eugen Huber una violazione della sovranità cantonale. Ricordarono che la legislazione fiscale dei Cantoni già largamente colpiva le successioni ereditarie ⁽⁸⁸⁾ e che accettando la proposta di Huber si sarebbe reso ancor più massiccio l'intervento statale, sì da parificarlo, alla fine, ad una confisca dei beni ⁽⁸⁹⁾.

Huber capitò una prima volta davanti a queste critiche e depennò dal progetto del 1895 il principio che accordava allo Stato un diritto ereditario concorrente. Così nell'Avamprogetto del 1900 il disegno originale è già diventato irriconoscibile ⁽⁹⁰⁾. Si salvò solo la limitazione del diritto ereditario intestato alle prime tre parentele, e la devoluzione dell'eredità allo Stato in difetto di eredi di queste tre parentele ⁽⁹¹⁾. Il compito di riformare socialmente il diritto ereditario venne poi lasciato ai Cantoni tramite una riserva, che diceva: « Den Kantonen bleibt es vorbehalten, auf dem Wege der Erbschaftssteuer oder des Erbrechts dem Gemeinwesen weitere Ansprüche auf die Erbschaft zuzuweisen » ⁽⁹²⁾. Proprio questa riserva ammirò Menger, e fece dipendere l'abolizione di molte imposte indirette, notoriamente opprimenti i meno

⁽⁸⁵⁾ Sui cosiddetti Teilentwürfe v. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, n. 60. Sul diritto ereditario dello stato nel progetto del 1895 O. GUIDON, *op. cit.*, p. 37-78.

⁽⁸⁶⁾ Teilentwurf 1895, art. 412-413; GUIDON, *op. cit.*, p. 46; sul punto vedi anche H. OSER, *op. cit.*, p. 104.

⁽⁸⁷⁾ Teilentwurf 1895, art. 425; E. HUBER, *Erläuterungen*, vol. I, p. 336; GUIDON, *op. cit.*, p. 50 ss.

⁽⁸⁸⁾ Vedi un primo elenco della legislazione cantonale in tema di tasse di successione in GUIDON, *op. cit.*, p. 62 ss.

⁽⁸⁹⁾ GUIDON, *op. cit.*, p. 79 ss.; E. HUBER, *Erläuterungen*, vol. I, p. 333; M. RÜMELIN, *Das schweizerische ZGB*, p. 16-17.

⁽⁹⁰⁾ GUIDON, *op. cit.*, p. 82-90. C. MELLINGER, *op. cit.*, p. 326-327, non si è accorto di ciò e rimprovera quindi a E. Huber di non aver realizzato nell'Avamprogetto (o di averle realizzate solo parzialmente) le idee espresse nella conferenza del 1895.

⁽⁹¹⁾ Art. 487 e 491 del VE.

⁽⁹²⁾ VE art. 491 al. 2.

abbienti, dalla sua energica utilizzazione da parte dei Cantoni ⁽⁹³⁾. Ma è anche la riserva che la Expertenkommission cancellò dal disegno, ritenendola lesiva della Costituzione federale ⁽⁹⁴⁾.

Anche la discussione parlamentare nulla più modificò al così assestato progetto. Tutte le proposte di emendamento presentate (e tendenti a limitare ulteriormente il diritto ereditario dei consanguinei ⁽⁹⁵⁾, a sottoporre l'eredità dello stato a destinazione particolare ⁽⁹⁶⁾, ad introdurre una legittima dell'ente pubblico ⁽⁹⁷⁾ o infine a privilegiare le disposizioni di ultima volontà a favore dello Stato ⁽⁹⁸⁾) ebbero in Eugen Huber un caldo sostenitore, ma nella maggioranza del Parlamento un ostacolo insormontabile.

Alla luce di questo tormentato *iter* la lode di Menger, che vide nelle due ricordate norme dell'Avamprogetto la conferma di una concezione democratica del diritto ereditario ⁽⁹⁹⁾, appare superficiale ed in ogni caso esagerata. Basta chiedersi la ragione dello smacco, per rendersene conto. Huber stesso aveva ricordato in Parlamento, che l'opinione pubblica non gli sembrava ancora matura per le riforme postulate nel 1895 ⁽¹⁰⁰⁾. È una spiegazione che gli doveva sembrare logica, ma che purtuttavia ritengo meno attendibile di un'altra. Di quella data negli stessi anni da Otto Lang: « Es wäre vielleicht richtiger gewesen, zu sagen: man sei für eine solche Idee nicht mehr reif. Denn die Vorstellung, vom Staate beerbt zu werden, hat, dank der Richtung, in welcher die politischen Verhältnisse sich in den letzten zehn Jahren entwickelt haben, für das Bürgertum heute wohl weniger Reiz als

⁽⁹³⁾ Menger, *Das bürgerliche Recht*, p. 233.

⁽⁹⁴⁾ *Protokoll der Grossen Expertenkommission*, I/II, p. 518; GUIDON, *op. cit.*, p. 91, 94.

⁽⁹⁵⁾ *Amtl. sten. Bulletin der Bundesversammlung*, 16 (1906), p. 1318 ss., 1341, 1343.

⁽⁹⁶⁾ GUIDON, *op. cit.*, p. 108 ss.

⁽⁹⁷⁾ *Amtl. sten. Bulletin der Bundesversammlung*, 16 (1906), p. 1352; GUIDON, *op. cit.*, p. III ss.

⁽⁹⁸⁾ *Amtl. sten. Bulletin der Bundesversammlung*, 16 (1906), p. 1359 ss.; GUIDON, *op. cit.*, p. 112-114.

⁽⁹⁹⁾ Menger, *Das bürgerliche Recht*, p. 233.

⁽¹⁰⁰⁾ *Amtl. sten. Bulletin der Bundesversammlung*, 16 (1906), p. 1326. Così anche, in ordine all'Avamprogetto, M. RÜMELIN, *Der Vorentwurf*, p. 59-60.

vor einem Menschenalter und es hat nicht den Anschein, als ob sich das in der nächsten Zukunft ändern wird » ⁽¹⁰¹⁾.

V.

Discorso più breve è possibile a riguardo delle critiche rivolte da Menger al concetto di proprietà proclamato nel progetto di BGB e poi assunto nel § 903 del codice: « Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen ».

Menger cercò invano in tale definizione un esplicito riferimento alle limitazioni legali, sempre più spesso imposte al proprietario dallo Stato, che ormai era diventato « ein unbequemer Genosse des Eigentümers » ⁽¹⁰²⁾. Le più incisive di esse avvenivano nell'interesse pubblico: erano quindi sanzionate da leggi estranee al codice privatistico, ed esaminate in trattati di diritto amministrativo. Questa realtà, che faceva ormai apparire la limitazione della proprietà come una regola e l'illimitato dominio come eccezione, veniva travisata o ignorata dalla definizione codicistica. A questa Menger oppose ancora una volta la definizione dell'Avamprogetto svizzero, che suonava così:

« Il proprietario di una cosa ne può disporre liberamente entro i limiti dell'ordine giuridico » ⁽¹⁰³⁾.

La collazione mengeriana, con le argomentazioni che l'accompagnano, pone parecchi problemi. Avantutto quello di sapere se le limitazioni legali della proprietà siano immanenti oppure esterne al concetto di proprietà. Problema al quale già Gierke aveva dedicato talune fugaci riflessioni ⁽¹⁰⁴⁾ e che anche la dottrina elvetica non risolve in modo unanime ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰¹⁾ O. LANG, *Das gesetzliche Erbrecht und die Teilungsvorschriften im Entwurf für das schweiz. ZGB*, in *Vorträge über den Entwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Erstes Heft, Zürich, 1906, p. 5 ss., il passo citato a p. 28.

⁽¹⁰²⁾ MENDER, *Das bürgerliche Recht*, p. 128-132. Il passo citato a p. 129.

⁽¹⁰³⁾ VE art. 644 al. 1, passato invariato nell'art. 641 al. 1 CCS.

⁽¹⁰⁴⁾ GIERKE, *Die soziale Aufgabe*, p. 491 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ La teoria attualmente dominante è quella sostenuta ad es. da P. LIVER, che distingue fra concetto e contenuto del diritto di proprietà, e ritiene immanente

Poi ci si chiede, se davvero la differenza corrente fra le due definizioni sia così fondamentale ed estrema, come sembra ritenere Menger. Ed allora ci si dovrà arrendere davanti alla realtà: sia nella prassi svizzera ⁽¹⁰⁶⁾ che in quella tedesca ⁽¹⁰⁷⁾, la libertà del proprietario viene presunta. La limitazione del suo diritto (per quanto incisiva possa essere) ha carattere eccezionale e deve essere provata da chi intende opporla al proprietario ⁽¹⁰⁸⁾. Alla prova dei fatti, dunque, il contrasto proiettato da Menger nei due codici si rivela inesistente. E si rivela in ambedue i casi impossibile informare compiutamente sul contenuto concreto del diritto di proprietà, senza tener conto delle limitazioni sancite dal diritto pubblico ⁽¹⁰⁹⁾.

VI.

1. L'ultimo riferimento concreto di Menger all'Avamprogetto del CCS centra il problema dell'acquisto negoziale della proprietà.

al concetto di proprietà non la limitazione, ma la limitabilità. Vedi in merito LIVER, *Privatrechtliche Abhandlungen*, Berna, 1972, p. 168-172; LO STESSO, *Zürcher Kommentar*, IV, 2ª edizione, *Die Grunddienstbarkeiten*, Zürich, 1968, Einleitung, n. 80-85. Così anche, dopo oggettivo esame del problema, MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, IV, 4. Edizione, 1. Abteilung, 1. Teilband, n. 184-188 d. syst. Teiles. L'opposta teoria venne sostenuta da HAAB, *Zürcher Kommentar*, n. 2-4 all'art. 641 e, in ordine alla libertà di contrattare, da K. OFTINGER, *Die Vertragsfreiheit*, nel volume *Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht*, Zürich, 1948, p. 315 ss., ed in particolare p. 323. Sulla teoria di Haab vedi anche H. PETER, *Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem XIX. Jahrhundert*, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft Heft 160, Aarau, 1949, p. 10-11.

⁽¹⁰⁶⁾ P. LIVER, *Zürcher Kommentar, Grunddienstbarkeiten, Nachtrag*, p. 650, n. 84; LO STESSO, *Privatrechtliche Abhandlungen*, p. 171-172; MEIER-HAYOZ, *Systematischer Teil*, n. 197 (con altri riferimenti bibliografici), nonchè n. 2 all'art. 641 CCS; HAAB, n. 18 all'art. 641 CCS.

⁽¹⁰⁷⁾ STAUDINGER'S, *Kommentar, III, Sachenrecht, 1. Teil (§ 854-1017)*, 11. Auflage, Berlin, 1956, bearb. von BERG-RING-SEUFERT, n. 30 al § 903 BGB; così anche BAUR in *Kommentar Soergel-Siebert*, IV, *Sachenrecht*, 10. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968, n. 1 al § 903 BGB. Altri riferimenti alla dottrina tedesca in MEIER-HAYOZ, n. 2 all'art. 641 CCS.

⁽¹⁰⁸⁾ Così giustamente LIVER, *Privatrechtliche Abhandlungen*, p. 165 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Così, rilevando l'analogia fra le due codificazioni, M. RÜMELIN, *Der Vorentwurf*, p. 84.

Fedele anche qui al suo atteggiamento di fondo ⁽¹¹⁰⁾, l'autore si battè per un ordinamento che garantisse al singolo la proprietà regolarmente acquisita. Auspicò perciò che il legislatore tenesse conto del nesso sussistente fra la vita economica ed il diritto di proprietà e rifiutò tutti quegli istituti privatistici che, sciogliendo quel nesso, degradavano la proprietà ad un problema di nuda forza ⁽¹¹¹⁾. Si spiega così la sua avversione per l'istituto del possesso ⁽¹¹²⁾ e per tutte quelle disposizioni che intendevano unilateralmente favorire la sicurezza dei traffici giuridici ⁽¹¹³⁾.

Il progetto di BGB aveva disposto la traslazione della proprietà (mobiliare ed immobiliare) anche in difetto di un valido *titulus* (*causa*), che rendesse evidente alle parti il movente economico o giuridico del trapasso ⁽¹¹⁴⁾. Ciò in sequela ad una tradizione scientifica inaugurata all'inizio del secolo da Savigny ⁽¹¹⁵⁾. Menger vide in tale regola una nuova concessione ad un formalismo giuridico, che abitualmente colpiva gli inesperti e gli sprovveduti ⁽¹¹⁶⁾. A questa soluzione, che sacrificava sull'altare della sicurezza dei traffici la sicurezza della proprietà del singolo ⁽¹¹⁷⁾, oppose il principio del trapasso causale, già conosciuto dalla dottrina del diritto comune prima di Savigny, poi ripreso nelle codificazioni prussiana ed austriaca ⁽¹¹⁸⁾, ed ora realizzato, almeno parzialmente, nell'A-vamprogetto svizzero ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁰⁾ Vedi *supra*, nota 64.

⁽¹¹¹⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 115, 117-123.

⁽¹¹²⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 132-136; LO STESSO, *Neue Staatslehre*, p. 89.

⁽¹¹³⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 124-128.

⁽¹¹⁴⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 119.

⁽¹¹⁵⁾ Vedi in merito W. FELGENTRÄGER, *Friedrich Carl v. Savignys Einfluss auf die Uebereignungslehre*, Leipzig, 1927; J. L. DE LOS MOZOS, *La doctrina de F. C. von Savigny en torno a la transmision de dominio*, *Revista general de legislacion y jurisprudencia*, Julio-agosto, 1967; HAAB, n. 21 all'art. 714 CCS; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, p. 283; LO STESSO, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt M. 1974, p. 65 ss. R. SCHEUERMANN, *Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis 1861*, Berlino 1972, p. 97-103.

⁽¹¹⁶⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 120-121.

⁽¹¹⁷⁾ Vedi tale argomentazione in MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 123.

⁽¹¹⁸⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 118.

⁽¹¹⁹⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 123-124.

2. Questo, con ogni augurabile chiarezza, aveva davvero legato il trasferimento della proprietà immobiliare (perfetto solo con l'iscrizione a Registro fondiario) all'esistenza di un valido titolo giuridico ⁽¹²⁰⁾. In mancanza di questo l'iscrizione poteva essere impugnata con la cosiddetta *Grundbuchberichtigungsklage* ⁽¹²¹⁾. Ma nel diritto mobiliare mancava analogo disposto, poichè Eugen Huber aveva volutamente lasciato aperto il problema ⁽¹²²⁾. Si formarono subito due correnti interpretative ⁽¹²³⁾, ed alla fine prevalse, con l'aiuto del Tribunale federale, la tesi della causalità anche per il trapasso mobiliare ⁽¹²⁴⁾.

Il riconoscimento, inizialmente solo parziale, del principio della causalità e la mancanza di ogni rinvio a questa regola nelle « *Erläuterungen* », fanno credere che Eugen Huber non abbia dato al nostro problema quell'importanza attribuitagli da Menger. E che quindi non abbia voluto codificare un dogma (in vista della necessità di mantenere o ripristinare à tout prix un nesso fra diritto di proprietà e vita economica), ma semplicemente risolvere, dopo averne soppesato gli interessi contrastanti, taluni problemi pratici.

Un attento esame delle soluzioni proposte dal CCS e dalla prassi del Tribunale federale dimostra infatti che il principio della cau-

⁽¹²⁰⁾ Art. 659 e 1008 VE (passati nel CCS, Art. 656 al. 1 e 965). Menger omette tuttavia di citare gli art. 1016 e 1017 del VE (CCS art. 974 e 975), che riflettevano in modo ancor più evidente il principio della tradizione causale.

⁽¹²¹⁾ VE art. 1017 al. 1 (CCS art. 975 al. 1). Sul principio della causalità in generale vedi *Zürcher Kommentar, Das Grundbuch*, HOMBERGER, n. 14 all'art. 965 CCS e n. 3 ss. all'art. 974 CCS; MEIER-HAYOZ, *Systematischer Teil*, n. 42 ss.; R. GMÜR, *op. cit.*, p. 144 ss.

⁽¹²²⁾ Vedi la preziosa testimonianza di M. RÜMELIN, *Eugen Huber*, p. 50-51.

⁽¹²³⁾ Vedi su queste due correnti HAAB-SIMONIUS, n. 24 all'art. 714 CCS; TH. GUHL, *Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung*, in *Festgabe zur Feier des 50. jährigen Bestehens d. Bundesgerichts*, Bern, 1924, p. 93 ss. ed in particolare p. 98. Ai fautori del principio della causalità ivi menzionati vanno poi aggiunti: O. EGER, *Kausale Tradition und Kondiktion im neuen schweiz. Recht*, RDS, 33 (1914), p. 334-356; E. STROHAL, *Rechtsübertragung und Kausalgeschäft nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, in *Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht*, 3 (1909), col. 610-615.

⁽¹²⁴⁾ Raccolta ufficiale delle sentenze del Tribunale federale, 55, II 302 ss. Vedi in merito anche MEIER-HAYOZ, *Syst. Teil*, n. 42; K. OFTINGER, *Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis*, Berna, 1933, p. 128 ss.; HAAB-SIMONIUS, n. 13-33 all'art. 714 CCS.

salità non fu realizzato in modo assoluto. Il Codice, tramite questo principio, difende regolarmente l'alienante. Ma ammette anche che in taluni casi eccezionali sia da tutelare ben più l'acquirente, e lo fa allora dando rilievo alla buona fede di questi e permettendo che acquisti anche da chi non poteva regolarmente disporre ⁽¹²⁵⁾.

VII.

I. Appurata così l'esatta portata dei singoli rinvii e delle lodi concrete tributate all'Avamprogetto, è ora possibile rispondere ai primi interrogativi.

La lode appare avantutto (almeno per quanto si riferisce ai singoli disposti citati) immeritata ed ingiustificata.

In un solo caso (*scil.* in ordine al trattamento giuridico degli illegittimi ed all'esclusione dell'*exceptio plurium*) ⁽¹²⁶⁾ havvi una corrispondenza pressochè totale fra i postulati di Menger e le soluzioni dell'Avamprogetto.

Ma c'è di più: l'esame di Menger, ed anche il giudizio complessivo da lui espresso sul diritto privato svizzero, sembrano rampollare più da inconfessata ed immotivata simpatia per l'evoluzione giuridica elvetica, che da uno spassionato confronto dell'Avamprogetto con il Codice civile tedesco. Ciò spiega forse le scuciture, le contraddizioni e talvolta anche le grossolane parzialità che affiorano sovente nel discorso mengeriano. Voglio offrirne qualche esempio.

Nella *Premessa* alla terza edizione della sua critica, Menger derivò le idee democratiche dell'Avamprogetto dalla costituzione democratico-repubblicana del paese ⁽¹²⁷⁾, caratterizzata dalla sovranità di esclusivo esercizio popolare ⁽¹²⁸⁾. Ma non credette fermamente alla vitalità di questo nesso fra costituzione politica e di-

⁽¹²⁵⁾ Vedi in questo senso CCS art. 714 al. 2 e 933 per i beni mobili, nonchè l'art. 973 e 975 al. 2 per i beni immobili. A ciò corrisponde anche il ragionamento di O. EGER, *op. cit.*, p. 339 e 343, nonchè di STROHAL, *op. cit.*, col. 613. Ma Menger, come dirò ancora (*infra*, nota 134), non rinviò a queste disposizioni del CCS.

⁽¹²⁶⁾ V. *supra*, III, 2 e 3.

⁽¹²⁷⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. VI/VII (*Vorrede*) ed anche p. 105. Vedi sul punto anche il rilievo di P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, n. 105.

⁽¹²⁸⁾ MENER, *Neue Staatslehre*, p. 166-167.

ritto privato. Ritenne infatti la Svizzera quale « Machtstaat » ⁽¹²⁹⁾, ed osservò che l'esercizio del *referendum* fu spesso di ostacolo ad un reale progresso democratico ⁽¹³⁰⁾. Il rilievo è senz'altro giustificato e trova una conferma storica nell'avversione che i liberali della Rigenerazione provarono ed apertamente confessarono e per il *referendum* e per ogni regime di democrazia diretta ⁽¹³¹⁾. Ma la spiegazione che Menger dà di questo fatto contraddice all'analisi della citata *Premessa*. Egli disperò infatti nella forza taumaturgica della democrazia politica e ritenne quindi inutili i diritti politici, se non accompagnati da un minimo di indipendenza economica ⁽¹³²⁾. Derivò da tale squilibrio il disinteresse delle masse per i problemi politici ed anche gli effetti singolarmente antipopolari del *referendum*.

Ma ci si chiede ugualmente, come in seno a tale società potesse nascere un diritto privato, da Menger ritenuto « democratico » ⁽¹³³⁾.

2. Più gravi sono poi le perplessità suscitate dalla manifesta parzialità, con la quale Menger contrappose al codice tedesco l'Avamprogetto svizzero. Questo venne sbandierato dal nostro critico nei pochi casi, nei quali lo ritenne espressione delle proprie idee e quindi preferibile all'unilaterale (scil. antidemocratico) codice tedesco. Ma di esso tacque nei molti casi, nei quali pur proponeva soluzioni analoghe a quelle del criticato codice tedesco ⁽¹³⁴⁾.

⁽¹²⁹⁾ MENER, *Neue Staatslehre*, p. 44.

⁽¹³⁰⁾ MENER, *Neue Staatslehre*, p. 180-181.

⁽¹³¹⁾ D. SCHEFOLD, *Volkssouveränität und repräsentative Demokratie in der schweizerischen Regeneration 1830-1848*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Basel-Stuttgart, 1966, *passim*, ed in specie p. 305 ss.

⁽¹³²⁾ MENER, *Neue Staatslehre*, p. 181, 108-109, 31-33. Sul punto v. anche E. MÜLLER, *op. cit.*, p. 82-83, 87, 98, 115 (Geringschätzung der politischen Demokratie).

⁽¹³³⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht, Vorrede*, p. VII.

⁽¹³⁴⁾ Qualche esempio: Menger criticò il principio del *numerus clausus* dei diritti reali (*Das bürgerliche Recht*, p. 151), e quello dell'acquisto di una cosa mobile da parte del terzo in buona fede (*Das bürgerliche Recht*, p. 124-128), che sono realizzati anche nella codificazione svizzera. Lamentò la mancanza di disposizioni a difesa della madre dell'illegittimo (v. *supra*), senza accorgersi che esse mancavano anche nell'Avamprogetto. Per non parlare poi dei capisaldi di ogni legislazione giusprivatistica (libertà di contrattare, di testare, ecc.), ovviamente comuni ai due codici. Solo in un caso Menger rilevò l'analogia fra il codice tedesco e l'Avamprogetto svizzero: in tema di possesso (*Das bürgerliche Recht*, p. 136).

A ciò va poi aggiunto un altro fatto:

Menger ritenne che il vero scontro fra borghesi e proletari avvenisse nell'ambito del diritto delle obbligazioni ⁽¹³⁵⁾. Criticò quindi con particolare asprezza il secondo libro del BGB, dedicato appunto ai rapporti contrattuali, da lui ritenuto la piattaforma, che non solo permetteva, ma anche favoriva il legale sfruttamento dei lavoratori.

Analoghe critiche rivolgevano proprio in quegli anni giuristi svizzeri di diversa estrazione sociale ed appartenenza politica, al Codice federale delle obbligazioni, entrato in vigore nel 1881. Riconobbero così l'impellente necessità di limitare, in taluni casi, la libertà di contrattare, e di emanare norme difensive a tutela dei deboli ⁽¹³⁶⁾. E postularono ancora una riforma radicale delle disposizioni regolanti il contratto di lavoro ⁽¹³⁷⁾. Di quel contratto cioè, che il Codice del 1881 liquidava in soli dodici articoli, « von denen sich noch einige durch innere Leere auszeichnen » ⁽¹³⁸⁾.

Di tutto ciò non è parola nell'opera di Menger. L'Avamprogetto si limitava alle materie propriamente civilistiche ad esclusione del diritto delle obbligazioni. Che, essendo per l'appunto già unificato, esulava dal compito ora affrontato dal legislatore. Solo in un secondo tempo il Codice del 1881 fu parzialmente riformato ⁽¹³⁹⁾ ed aggregato formalmente (come libro quinto) al CCS.

⁽¹³⁵⁾ *Das bürgerliche Recht*, p. 142 ss., 151; *Neue Staatslehre*, p. 108-109.

⁽¹³⁶⁾ V. ad es. A. EGGER, *Entstehung und Inhalt*, p. 43-44; M. FEIGENWINTER, *Sozialpolitische Betrachtungen über die Rechtseinheit in der Schweiz*, in *Monatsschrift für christliche Sozialreform*, 1899, p. 51-71, ed in particolare p. 54-55, con molti esempi.

⁽¹³⁷⁾ Le proposte che avanzarono in merito i socialisti sono riassunte nella *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 2 (1905-1906), p. 5-6. Fondamentale è poi il rapporto presentato da PH. LOTMAR alla Società svizzera dei giuristi nel 1902: *Der Dienstvertrag im künftigen schweizerischen Civilrecht*, RDS, 21 (1902), p. 507-556. Agghiacciante la discussione che ne seguì: *quivi*, p. 607-642. Sulla novità degli argomenti sviluppati da Lotmar vedi H. KRAUSE, *Der deutschrechtliche Anteil an der heutigen Privatrechtsordnung*, in *Juristische Schulung*, 10 (1970), p. 313-321, ed in particolare p. 315.

⁽¹³⁸⁾ Così A. EGGER, *Entstehung und Inhalt*, p. 45; nello stesso senso M. GMÜR, *Der Entwurf eines schweiz. Zivilgesetzbuches*, op. cit., p. 358.

⁽¹³⁹⁾ Riformate furono le disposizioni generali (art. 1-183) ed i singoli contratti (art. 184-551). La riforma del diritto commerciale (art. 552 ss.) fu rimandata ad

Concentrando il suo esame sull'Avamprogetto (procedimento per quel momento giustificabile) Menger lodò complessivamente il nascente diritto privato svizzero. Ma vi è motivo di credere che un esame del CO del 1881 gli avrebbe suggerito maggior circospezione e distrutto un'idea, alla quale ormai si era abituato, e che stava diventando tralaticia.

VIII.

Da questa idea, che scopriva nell'Avamprogetto i caratteri di un diritto privato « democratico », Menger derivò poi un'altra intima convinzione: che Huber avesse formulato molti principi del progetto aderendo espressamente alla sua critica del 1890 ⁽¹⁴⁰⁾.

Vi è stata davvero una tale recezione di idee mengeriane da parte del legislatore svizzero? Taluni lo ritengono ⁽¹⁴¹⁾, altri sono più cauti nel giudizio e credono più ad una fortunata e casuale sintonia che ad un unilaterale influsso ⁽¹⁴²⁾.

Prima di rispondere a tale problema, occorrerà rilevare questo: che le opere di Menger, ed in particolare la sua critica al progetto tedesco, erano conosciute e lette in Svizzera, e che spesso furono citate in connessione con il nuovo disegno legislativo ⁽¹⁴³⁾. Parti-

epoca posteriore, ed entrò in vigore il primo luglio 1937. Vedi in merito P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, n. 68; *Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht*, 4. Teil, *Die Personengesellschaften*, di A. SIEGWART, Zurigo, 1938, n. 13-15 della *Allgemeine Einleitung* agli art. 552 ss. CO.

⁽¹⁴⁰⁾ MENER, *Das bürgerliche Recht*, p. 105, 132, 26.

⁽¹⁴¹⁾ Così, in ordine alla definizione giuridica della proprietà, HAAB, n. 3 all'art. 641 CCS; H. PETER, *Wandlungen*, p. 58. Altri autori sono citati da KÄSTNER, *op. cit.*, p. 168 nota 654.

⁽¹⁴²⁾ Così KASTNER, *op. cit.*, p. 168-169.

⁽¹⁴³⁾ Vedi ad es. FEIGENWINTER, *op. cit.*, p. 60, 61, 63; H. OSER, *op. cit.*, p. 99 nota 1 e p. 106. Fra le recensioni va citata avantutto quella di J. BERNEY, professore di diritto civile all'Università di Losanna, pubblicata sotto il titolo *Le droit civil et le prolétariat*, in *Journal des Tribunaux*, 38 (1890), p. 297-312. La quinta edizione della critica al progetto tedesco (1927) fu poi brevemente recensita in *Volksrecht, Sozialdemokratisches Tagblatt*, del 4 ottobre 1927 (n. 233). La seconda ed. della *Neue Staatslehre*, (1904) fu brevemente presentata da A. REICHEL nella *Revue de la Société des juristes bernois*, 40 (1904), p. 141-143.

colarmente probante è il caso di Virgile Rossel, il giurista giurasiano che per anni condivise fedelmente gioie e timori di Huber e che parte non modesta ebbe nel successo dell'opera ⁽¹⁴⁴⁾. Egli dedicò un lungo articolo alla critica di Menger, nell'intento « d'ouvrir, devant le grand public, un débat où nous chercherons à établir que notre droit civil retarde d'un siècle à peu près sur notre législation politique et sociale, et qu'il est temps de mettre un peu plus de justice dans le droit, un peu plus d'humanité dans la science » ⁽¹⁴⁵⁾.

Rossel non approvò tutte le idee di Menger. Le ritenne anzi parzialmente contestabili e bizzarre ⁽¹⁴⁶⁾. Ma accettò indubbiamente l'ispirazione di fondo da cui muoveva Menger, e fu allora fra i primi a battersi per « convertir, dans notre droit privé, la fiction de l'égalité des citoyens devant la loi en réalité au moins approximative » ⁽¹⁴⁷⁾.

Eugen Huber si era già dedicato anni addietro alla lettura della critica mengeriana. La troviamo citata ripetutamente, quest'opera, nella monumentale « *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts* » ⁽¹⁴⁸⁾, scritta durante il felice e proficuo soggiorno tedesco. Proprio negli anni passati ad Halle an der Saale (1888-1892) si levarono le prime critiche al progetto di un codice civile tedesco. Ed Huber stesso contribuì alla discussione, ormai già vivace e quasi violenta, dedicando regolarmente una sua lezione al progetto del 1887 ⁽¹⁴⁹⁾. È quindi più che attendibile ritenere, che Huber

⁽¹⁴⁴⁾ Vedi su ciò LIVER, *Allgemeine Einleitung*, n. 74; TH. GUHL, *Eugen Huber*, p. 341-342. Notevole poi la biografia di A. COMMENT, *Sur les pas de Virgile Rossel, Actes de la Société jurassienne d'émulation*, 62 (1958), p. 47-151.

⁽¹⁴⁵⁾ VIRGILE ROSSEL, *La réforme sociale et le droit civil, Actes de la société jurassienne d'émulation*, II, Série, vol. 9, 1902, p. 131-168, il passo citato a p. 135.

⁽¹⁴⁶⁾ ROSSEL, *op. cit.*, p. 163-164, 167, 168. Analoghe riserve in BERNEY, *op. cit.*, p. 310-311.

⁽¹⁴⁷⁾ ROSSEL, *op. cit.*, p. 133.

⁽¹⁴⁸⁾ *System und Geschichte*, vol. IV, *Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, p. 241 nota 13, 278, 280. Sull'importanza di quest'opera huberiana nel lungo iter della codificazione v. LIVER, n. 55-57 della *Allgemeine Einleitung*.

⁽¹⁴⁹⁾ R. LIEBERWIRTH, *Eugen Huber und sein Wirken an der Universität Halle-Wittenberg*, in *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa 1848-1944*, herausgegeben von A. CSIZMADIA u. K. KOVACS, Budapest, 1970, p. 77-83, ed in particolare p. 81-83.

avesse letto la critica di Menger già nel 1890, all'apparire della prima o seconda edizione ⁽¹⁵⁰⁾.

Il confronto con le accuse, che pur da diversi campi Menger e Gierke facevano convergere sul progetto tedesco, non lo colse ovviamente impreparato. Già durante lo studio universitario, e più propriamente in occasione di un soggiorno berlinese, aveva tentato di approfondire criticamente i postulati, che in quegli anni la socialdemocrazia tedesca poneva al centro del pubblico interesse ⁽¹⁵¹⁾. Ne aveva tratto un insegnamento per la vita: rifiuto del socialismo come sistema, ma anche costante disponibilità ad ammetterne singoli postulati ed a battersi per realizzarli ⁽¹⁵²⁾. Conclusi gli studi, Huber fu nominato, in breve torno di anni, direttore del più importante quotidiano politico svizzero (la *Neue Zürcher Zeitung*, di fede liberale).

Proprio questo atteggiamento tollerante e lungimirante, che mantenne anche alla direzione del giornale ⁽¹⁵³⁾, gli costò critiche violente, che lo indussero a lasciare (definitivamente, e certo anche per la fortuna del paese) il giornalismo. Nel dignitosissimo articolo di commiato, del primo luglio 1877, sta una frase, che dà la misura dell'uomo:

« Die Pest des Sozialismus existiert für mich nicht, und einer Partei, welche den Krieg gegen den Sozialismus als ihr Lösungswort ausgibt, wäre ich nie ein Freund, sondern ein Feind » ⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ Nella vasta biblioteca di Eugen Huber (da lui lasciata in legato alla Facoltà di diritto dell'Università di Berna) si trovano la seconda (1890) e la terza (1904) edizione del libro di Menger. La seconda edizione porta segni di lettura.

⁽¹⁵¹⁾ Lo provano le due mirabili lettere scritte da Berlino ad un amico di gioventù, nel novembre e dicembre 1869 (brani di queste lettere in A. WELTI, *op. cit.*, p. 96-97; WARTENWEILER, *op. cit.*, p. 22-23).

⁽¹⁵²⁾ Così già la seconda delle lettere citate, del 10 dicembre 1869 (in WELTI, *op. cit.*, p. 96-97) e chiaramente in *System und Geschichte*, vol. IV, p. 300. Atteggiamento poi confermato da chi lo conobbe personalmente e gli fu vicino in ore difficili. Vedi la preziosa testimonianza di M. RÜMELIN, *Eugen Huber*, p. 38-40, ed anche quella riportata in WARTENWEILER, *op. cit.*, p. 59.

⁽¹⁵³⁾ Sull'interesse dimostrato da Huber per i problemi sociali durante l'attività giornalistica, v. WELTI, *op. cit.*, p. 95-101; WARTENWEILER, *op. cit.*, p. 42-43.

⁽¹⁵⁴⁾ *Neue Zürcher Zeitung*, 1 luglio 1877, p. 1 (articolo riportato integralmente in WELTI, *op. cit.*, p. 16-18). Su questi fatti vedi WARTENWEILER, *op. cit.*, p. 45-48; TH. GUHL, *Eugen Huber*, p. 327; M. RÜMELIN, *Eugen Huber*, p. 10 nota 1; A. EGGER, *Ausgewählte Schriften*, I, p. 117.

Internamente arricchito da queste esperienze, cosciente dei limiti imposti ad una legislazione privatistica ⁽¹⁵⁵⁾, ma deciso anche ad operare all'interno di questi limiti, per attutire le sperequazioni sociali, Eugen Huber troverà, fra le righe di Menger, parecchie intuizioni proprie. Formulando più tardi proposte legislative talora vicine ad idee ventilate dal viennese, non dimostrerà di averne recepito il messaggio e quindi di condividerne la matrice ⁽¹⁵⁶⁾, ma di restare fedele alle proprie intuizioni giovanili.

Si dà il caso — invero non raro — di due pensatori che, partendo da premesse se non esplicitamente opposte certo chiaramente diverse, approdano poi ad analogo risultato. L'Avamprogetto svizzero dovette subito piacere a Menger: non solo per i pochi disposti citati nei rinvii già esaminati (rinvii superficiali e quindi non probanti) quanto per la sua ispirazione di fondo solidaristico-sociale. Menger ritenne allora l'Avamprogetto latore dell'idea di un diritto privato democratico e sociale, e quindi lo magnificò. Ma cos'è tale diritto privato, ed in che misura è davvero presente nell'Avamprogetto?

IX.

1. Usando ripetutamente e coscientemente l'espressione « *soziales Privatrecht* » Eugen Huber intese fissare tre idee precise:

⁽¹⁵⁵⁾ Vedi ancora il seguente passo della già citata lettera del 10 dicembre 1869 (WELTI, *op. cit.*, p. 97): « Erbrecht und Eigentum sind die beiden Hauptstützen der jetzigen Gesellschaft. Diese lassen sich wohl kaum brechen. Aber sie lassen sich, glaub ich, überflügeln und dann kommen sie in die rechten Masse. Sie lassen sich überflügeln von der Geltung des Geistes gegenüber der des Reichtums, also durch Bildung, dann durch Wohltätigkeit gegen Arme und Irre usw. Andere Waffen sind wohl kaum zu gebrauchen, als etwa noch tüchtige Inventarisierung der verschiedenen Vermögensklassen, Einführung der Erbschaftssteuer und Anfall des Erbes ohne nahe Erben an den Staat zur Hebung der Gesellschaft, so dass also der Staat mehr oder weniger eine grosse Gesellschaft würde, deren Zweck eine gesicherte Stellung gegenüber anderen und möglichste Gleichheit der Angehörigen wäre. Also voraus: keine Klassengegensätze, Gleichheit, Republik ».

⁽¹⁵⁶⁾ La proposta di una riforma sociale del diritto ereditario (che M. RÜMELIN, *Eugen Huber*, p. 39 ed anche *Der Vorentwurf*, p. 59, ricondusse ad una « sozialistische Tendenz im weiteren Sinn ») era contenuta in nuce già nella lettera citata alla nota precedente.

rifiuto del postulato socialista (che avrebbe provocato la soppressione della libertà individuale e quindi anche l'eliminazione di tutto l'ordinamento privatistico); accettazione del carattere fondamentalmente garantistico del diritto privato ⁽¹⁵⁷⁾; convinzione della possibilità e della necessità di operare all'interno delle regole privatistiche, per ristabilire (almeno parzialmente) un equilibrio socialmente auspicabile ⁽¹⁵⁸⁾.

Già queste idee dimostrano che il legislatore svizzero fu più vicino a Gierke che non a Menger ⁽¹⁵⁹⁾: anche Gierke considerava intoccabile la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato ⁽¹⁶⁰⁾, vedeva nel socialismo (anche in quello giuridico) la fine della libertà ⁽¹⁶¹⁾ e riteneva ottimisticamente possibile lenire i più violenti mali sociali con una difficile alchimia:

« ... in unserem öffentlichen Recht muss ein Hauch des naturrechtlichen Freiheitsraumes wehen und unser Privatrecht muss ein Tropfen sozialistischen Oeles durchsickern » ⁽¹⁶²⁾.

Proprio in quegli anni, invece, Menger non si stancava di ripetere che la completa realizzazione del socialismo giuridico importava la soppressione di ogni legame contrattuale che non fosse

⁽¹⁵⁷⁾ Lapidaria, su tale carattere, una formulazione di A. EGGER, *Ausgewählte Werke*, I, p. 9: « Die Rechtsordnung mutet auch dem Besitzlosen zu, dass er die Besitzverteilung anerkennt, mit ihrer ungleichen und willkürlichen Verteilung ».

⁽¹⁵⁸⁾ E. HUBER, *System und Geschichte*, IV, p. 277-278, 280, 299-300; LO STESSO, *RDS*, 14 (1895), p. 573. Su questi passi insiste anche HEDEMANN, *op. cit.*, p. 316, per includere Huber fra i profeti della socializzazione del diritto privato.

⁽¹⁵⁹⁾ L'influsso di Gierke su Huber è generalmente ammesso. Vedi in tale senso P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, n. 92; H. PETER, *Vom Einfluss der deutschen Zivilrechtswissenschaft auf die Schweiz*, in *Festschrift K. S. Bader*, Zürich-Köln-Graz, 1965, p. 321-342, ed in particolare p. 332; KÄSTNER, *op. cit.*, p. 169.

⁽¹⁶⁰⁾ GIERKE, *Die soziale Aufgabe*, *op. cit.*, p. 485.

⁽¹⁶¹⁾ GIERKE, *Die soziale Aufgabe*, *op. cit.*, p. 485-486.

⁽¹⁶²⁾ GIERKE, *Die soziale Aufgabe*, *op. cit.*, p. 486. Su questo atteggiamento di Gierke vedi anche H. KUNTSCHEKE, *Zur Kritik Otto von Gierkes am bürgerlichen Gesetzbuch*, in *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa 1848-1944*, herausgegeben von A. CSIZMADIA und K. KOVÁCS, Budapest, 1970, p. 153-164, e soprattutto p. 155; KÄSTNER, *op. cit.*, p. 77-78. L'olio socialista divenne poi talvolta, più pudicamente, l'olio semplicemente « sociale »: così ad es. A. EGGER, *Ausgewählte Schriften*, I, p. 177.

mediato dallo Stato ⁽¹⁶³⁾ e quindi logicamente anche la scomparsa dell'ormai tradizionale dicotomia del diritto ⁽¹⁶⁴⁾.

In che misura si può ritenere che Huber abbia davvero operato all'interno delle regole privatistiche, per smussare gli angoli di un individualismo ormai démodé, e certo superato da eventi ignorati a torto dal legislatore tedesco?

Quali sono i caratteri qualificanti della « socialità » dell'Avam-progetto e, poi, del CCS? ⁽¹⁶⁵⁾. Tre atteggiamenti del legislatore — fra loro intimamente legati — meritano un'esplicita menzione.

2. Avantutto va ricordata la manifesta matrice solidaristica, presente anche nelle opere dei seguaci italiani del socialismo giuridico ⁽¹⁶⁶⁾. Essa spiega perchè il legislatore tentò di formulare regole non unilateralmente favoritrici degli interessi di un ceto o di una classe, ma aperte alle aspirazioni dei membri delle diverse classi formanti lo Stato. Ciò nell'intento di rafforzare la solidarietà fra i diversi gruppi sociali, senza negare la tipicità e la legittimità di interessi particolari.

⁽¹⁶³⁾ Menger, *Neue Staatslehre*, p. 88, 109, 112; v. sul punto anche N. Reich, *op. cit.*, p. 98.

⁽¹⁶⁴⁾ *Neue Staatslehre*, p. 75-76, 137, 146, 153, 177, 188. Questo aspetto è centrale per Menger: v. E. Müller, *op. cit.*, p. 69 ss., 81; Kästner, *op. cit.*, p. 175-176, 184; E. Gaudemet, *op. cit.*, p. 977-978.

⁽¹⁶⁵⁾ Nelle note che seguono mi dedicherò unicamente a quelle disposizioni del codice, che direttamente o indirettamente favoriscono (o non ostacolano) una perequazione sociale. Non limitandosi a questo aspetto, occorrerebbe dire che tutto il diritto, per *definitionem*, è sociale, poichè destinato a regolare rapporti interpersonali. Quest'ultimo punto di vista presiede al vago esame di W. Marcusen, *Der schweizerische Entwurf eines Civilgesetzbuches und sein sozialer Inhalt*, in *Schweizerische Blätter für Wirtschafts- und Socialpolitik*, 9 (1901), p. 237-257. Analogamente intende il termine « sociale » J. Vogel, *Soziale Ideen im Vorentwurf für ein schweiz. Civilgesetzbuch*, in *Feuille centrale de la Société de Zofingue*, 41 (1901), p. 265-283. Esatta qui l'osservazione critica di H. Oser, *op. cit.*, p. 89 nota 1.

⁽¹⁶⁶⁾ Vedi ad es. G. Salvio, *I difetti sociali*, p. 10, 13, 41, 89, 91-93, 97, 98, 104. Per indicazioni bibliografiche sul socialismo giuridico italiano rimando per il momento a U. Guerini, *Socialismo giuridico e diritto penale*, in *Politica del diritto*, 5 (1974), p. 431 ss. ed in particolare p. 464-465; P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Bologna, 1974, p. 207 nota 11; L. Berlinguer, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in *Studi storici*, 15 (1974), p. 3-56 ed in part. p. 8-9; P. Ungari, *In memoria del socialismo giuridico*, in *Politica del diritto*, 1 (1970), p. 387 ss.

Enunciare questo intento con cristallina chiarezza fu facile per Huber ⁽¹⁶⁷⁾ e per altri giuristi che vissero le attese di quel tempo ⁽¹⁶⁸⁾. Ma c'è da credere che la pratica attuazione dovette riuscire ben più problematica. Huber stesso dovette per finire riconoscere, che le aspirazioni preminenti del gruppo borghese si imponevano come un dato di fatto ineluttabile. In questo senso anche il codice da lui progettato fu indubbiamente borghese. Ma si distanziò ugualmente dalle codificazioni « qui consacrent à l'ordinaire le privilège sous l'apparence de l'égalité » ⁽¹⁶⁹⁾, poichè riconosceva l'esistenza di interessi eccezionalmente contrari a quelli della borghesia e si ingegnava di tenerne conto, siccome alla regola si oppone l'eccezione ⁽¹⁷⁰⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ E. HUBER, *Die Vereinheitlichung des schweizerischen Civilrechts in ihrer Bedeutung für Handel und Industrie*, Vortrag gehalten in der ausserordentlichen Versammlung der kaufmännischen Gesellschaft Zürich vom 14. Dezember 1900, p. 2; « So wenig nun aber allerdings im modernen Staat eine einzelne Gesellschaftsklasse den Ausbau der allgemeinen Rechtsordnung ausschliesslich nach ihren Bedürfnissen beanspruchen darf, so sehr ist sie auf der anderen Seite doch berechtigt, dass wenigstens nach zwei Richtungen ihren Verhältnissen Rechnung getragen werde. Sie darf beanspruchen negativ, dass eine nachweisbar schädliche Ordnung von ihr fern gehalten werde, und positiv, dass ihre Interessen und Anschauungen insoweit berücksichtigt werden, als es mit den Interessen anderer, ebenbürtiger Kreise überhaupt verträglich ist. Mit diesem Postulate tritt eine jede bedeutendere Gesellschaftsklasse im modernen Staate an den Gesetzgeber heran. Das allgemein bürgerliche Recht soll einen Rahmen schaffen, in dem sich alle Gesellschaftsklassen einer ihren Bedürfnissen entsprechenden Entwicklung und Förderung erfreuen können. Und eine jede Gesetzgebung ist verfehlt, die nicht der Vielgestaltigkeit der modernen Gesellschaft auf solcher Grundlage gerecht zu werden versteht ». Così già in *System und Geschichte*, IV, p. 300 e nel passo citato *supra*, nota 155.

⁽¹⁶⁸⁾ ROSSEL, *op. cit.*, p. 132; H. OSER, *op. cit.*, p. 109; M. GMÜR, *Der Entwurf*, *op. cit.*, p. 360-361.

⁽¹⁶⁹⁾ Così ROSSEL, *op. cit.*, p. 134.

⁽¹⁷⁰⁾ V. EUGEN HUBER, *Die Bedeutung des schweizerischen Civilrechts für die Landwirtschaft* (conferenza tenuta il 3 marzo 1901 all'assemblea dei delegati dello Schweiz. Bauernverband), 1901, p. 3: dopo aver ricordato che il ceto contadino si attende dal legislatore misure atte a combattere le croniche debolezze dell'attività agricola, soggiunge: « Da die Kapitalwirtschaft mit dem Verkehrswert der Güter schlechterdings nicht aus der heutigen Welt geschafft werden kann, so besteht die Hauptschwierigkeit für alle diese Hilfen darin, die bauerlichen Interessen mit denen des allgemein bürgerlichen Verkehrs auszugleichen. » Sul punto vedi anche R. GMÜR, *op. cit.*, p. 19-20 e A. EGGER, *Ausgewählte Schriften*, I, p. 205.

3. Generalmente lodata è poi una seconda caratteristica del CCS: il modo con il quale il legislatore mediò la tensione fra l'individuo e la società, concedendo al primo diritti soggettivi, ma limitandone contemporaneamente la portata, ed in questo senso socializzandoli ⁽¹⁷¹⁾. Si possono subito fare degli esempi:

L'esercizio dei diritti soggettivi viene tutelato solo se corrisponde a fondati interessi dell'attore ⁽¹⁷²⁾; la costituzione di corporazioni destinate a fini non economici (le associazioni) viene facilitata ⁽¹⁷³⁾; i singoli membri di una corporazione, o i singoli partecipanti ad un'altra forma comunitaria vengono difesi dall'arbitrio della maggioranza ⁽¹⁷⁴⁾; il principio della proporzionalità domina i rapporti di vicinato ed impone talvolta al proprietario notevoli limitazioni del proprio diritto ⁽¹⁷⁵⁾.

Sul contrasto fra la « generalità » di un codice ed il suo taglio borghese, oltre agli articoli di F. WIEACKER ora riuniti in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt M. 1974, anche le stimolanti osservazioni di H. KRAUSE, *Der Anteil des deutschen Rechts*, op. cit., p. 316-317.

⁽¹⁷¹⁾ Così l'interpretazione data da GAUDEMET, op. cit., p. 979-980 al divieto dell'abuso di diritto.

⁽¹⁷²⁾ K. OFTINGER, *Vertragsfreiheit*, p. 319 nota 8, deriva dall'art. 2 CCS « die Pflicht zur richtigen Rechtsausübung ». Così anche H. OSER, op. cit., p. 95-96; W. YUNG, in *RDS*, 80 (1961), II, p. 323; GIERKE, *Soziale Aufgabe*, op. cit., p. 490-491; A. EGGER, *Ausgewählte Schriften*, I, p. 211-212; LO STESSO, *Ueber die Rechtsethik des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2. Auflage, Zürich, 1950, p. 122-123.

⁽¹⁷³⁾ H. OSER, op. cit., p. 94-95; J. VOGEL, op. cit., p. 268 ss.; A. HEINI, *Die Vereine*, in *Schweizerisches Privatrecht*, II, Basel-Stuttgart, 1967, p. 519 ss., e soprattutto p. 520-522; P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, n. 92-93; R. GMÜR, op. cit., p. 44.

⁽¹⁷⁴⁾ Ciò avviene con disparati mezzi: sia accordando ai membri di un'associazione il diritto di mantenere inalterato lo scopo ideale di questa (art. 74 CCS e l'interpretazione datavi dal Tribunale federale in *Raccolta ufficiale*, 86, II, 389 ss.; così anche A. HEINI, op. cit., p. 548); oppure accordando ai partecipanti di taluni rapporti comunitari diritti reali concorrenti sul patrimonio corporativo, in applicazione dei criteri della germanistica proprietà comune corporativa. Vedi su tale concetto e sulla sua parziale applicazione nel diritto svizzero P. LIVER, *Privatrechtliche Abhandlungen*, p. 182 ss., 276; P. CARONI, *Le origini del dualismo comunale svizzero*, Milano, 1964, p. 214 ss. Sulla funzione storica di questo istituto v. A. EGGER, *Ausgewählte Schriften*, I, p. 93-97; H. KRAUSE, *Der Anteil*, p. 315-316.

⁽¹⁷⁵⁾ H. OSER, op. cit., p. 96; P. LIVER, *Kommentar zu den Grunddienstbarkeiten*, n. 25-29 all'art. 736 CCS; LO STESSO, *Privates und öffentliches Baurecht*, in *Rechtliche Probleme des Bauens*, Berna, 1969, p. 9-46, ed in particolare p. 9-11.

August Egger, parlando di « *sozialer Individualismus* » ⁽¹⁷⁶⁾ — formula fortunata e quindi spesso ripresa ⁽¹⁷⁷⁾ — ha efficacemente riassunto la portata di questa seconda caratteristica.

4. Ve n'è poi una terza ed ancor più incisiva. Eugen Huber non si è infatti accontentato di relativizzare i diritti soggettivi, in vista di ottenerne un esercizio conforme a determinati scopi sociali. È andato più in là. Ha tentato di correggere l'innegabile, e da giuristi spesso volutamente ignorata o eufemisticamente circoscritta, inuguaglianza materiale. Lo ha fatto non togliendo all'uno per dare all'altro, ma accordando al debole maggior difesa ⁽¹⁷⁸⁾ ed accollando al forte più impegnativi obblighi ⁽¹⁷⁹⁾. Con questo trattamento formalmente ineguale reintegrò (parzialmente, perchè solo nei limiti dell'ordinamento privatistico) almeno le parvenze di un equilibrio sociale e raggiunse, come fu subito notato, « *le point extrême, que peut atteindre, dans la législation positive, la « socialisation » du droit civil* » ⁽¹⁸⁰⁾.

Anche qui gli esempi sono numerosi: e basti per ora il seguente elenco:

la difesa della personalità da violazioni interne ed esterne ⁽¹⁸¹⁾; l'obbligo giudiziale di decidere in molti casi non « *modo legislatoris* »,

⁽¹⁷⁶⁾ A. EGGER, *Ueber die Rechtsethik*, p. 148; LO STESSO, *Ausgewählte Schriften*, I, p. 23, 40, 45, 100-101, 203-204, 223-224 ss.

⁽¹⁷⁷⁾ P. LIVER, *RDS*, 81 (1962), I, p. 23-24; LO STESSO, *Allgemeine Einleitung*, N. 109; KÄSTNER, *op. cit.*, p. 168.

⁽¹⁷⁸⁾ OSER, *op. cit.*, p. 102-104; A. TISSIER, *Le Code civil et les classes ouvrières*, in *Le Code civil, Livre du Centenaire*, Paris, 1904, vol. I, p. 73-94, ed in part. p. 73-74, 91; GIERKE, *Die soziale Aufgabe*, *op. cit.*, p. 499-500. Questa tendenza viene così riassunta dal ROSSEL, *op. cit.*, p. 138: « Il appartient à l'Etat d'immoler la lettre à l'esprit de la législation civile, de faire une vérité de la vivifiante et large théorie des compensations légales: de balancer par certaines institutions et même par certaines faveurs particulières concédées aux classes déshéritées, les immenses avantages qui découlent pour les classes dirigeantes de toute l'organisation sociale actuelle ».

⁽¹⁷⁹⁾ GIERKE, *Die soziale Aufgabe*, *op. cit.*, p. 490 ss.; GAUDEMET, *op. cit.*, p. 978; LIVER, *Allgemeine Einleitung*, N. 99 ss.

⁽¹⁸⁰⁾ GAUDEMET, *op. cit.*, p. 970.

⁽¹⁸¹⁾ In particolare gli art. 27 e 28 CCS. Sull'importanza storica di questi disposti vedi P. LIVER, *Der gesetzliche Schutz der Persönlichkeit in der Rechtsentwicklung*, in *Revue de la Société des Juristes bernois*, 103 (1967), p. 80-85.

ma « secondo il diritto e l'equità » ⁽¹⁸²⁾, e quindi di soppesare non solo gli interessi tipici di una fattispecie, ma anche quelli atipici e talvolta (per una delle parti) esistenziali ⁽¹⁸³⁾; il diritto giudiziale di eccezionalmente intervenire all'interno dell'economia contrattuale per modificare la portata di talune prestazioni dal giudice ritenute manifestamente eccessive ⁽¹⁸⁴⁾; la collaborazione offerta dagli organi statali all'amministrazione e liquidazione dell'eredità ⁽¹⁸⁵⁾; la garanzia reale offerta dalla legge ad artigiani ed imprenditori, per crediti derivanti dal proprio lavoro ⁽¹⁸⁶⁾; ed infine le molte obbligazioni che la legge lega alla proprietà fondiaria, e che la moderna dottrina ha elaborato e configurato nell'istituto dell'obbligazione reale ⁽¹⁸⁷⁾.

⁽¹⁸²⁾ Art. 4 CCS.

⁽¹⁸³⁾ Sulla differenza fra i due metodi vedi in particolare MEIER-HAYOZ, N. 16-18 all'art. 4 CCS; DESCHENAUX, *op. cit.*, p. 131-132. Sul punto ora L. ENGLER, *Die Ueberprüfung von Ermessensentscheiden gemäss Art. 4 ZGB*, Diss. iur. Friburgo, 1974.

⁽¹⁸⁴⁾ Art. 163 al. 3 CO (riduzione della pena convenzionale); art. 304a al. 2 (corrispondente al vecchio art. 357 CO; la nuova disposizione, entrata in vigore nel 1972, menziona esplicitamente la possibilità dell'intervento giudiziale per limitare la portata di un divieto di concorrenza sottoscritto dal lavoratore); art. 417 CO (riduzione della mercede dovuta per mediazione); art. 497 al. 3 CO (riduzione della responsabilità del confideiussore). Vedi su tale eccezionale intervento giudiziale A. V. TUHR - A. ESCHER, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 3ª edizione, vol. II, Zürich, 1974, p. 284-285, e soprattutto, per un elenco completo dei casi previsti dalla legge, U. WIDMER, *Der richterliche Eingriff in den Vertrag*, Diss. iur. Zurigo, 1971, p. 60-90.

⁽¹⁸⁵⁾ Art. 593-596 CCS. Sul punto, per un primo chiarimento, A. BECK, *Grundriss des schweizerischen Erbrechts*, Berna, 1970, p. 188-190.

⁽¹⁸⁶⁾ Art. 839-841 CCS.

⁽¹⁸⁷⁾ Notevole in particolare il saggio di P. LIVER, *Die Realobligation, Ihre klassifikatorische Bedeutung und praktische Verwendbarkeit*, ora in *Privatrechtliche Abhandlungen*, p. 207-237; v. anche H. DESCHENAUX, *Les obligations dites réelles et leurs rapports avec le registre foncier*, in *Revue suisse du Notariat et du registre foncier*, 43 (1962), p. 282-303.

Sulla funzione sociale dell'obbligazione reale vedi GIERKE, *Die soziale Aufgabe*, *op. cit.*, p. 497; H. KUNTSCHEKE, *op. cit.*, p. 163-164; F. WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe, 1953, p. 22 (ed ora in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, p. 27-28).

5. Non raramente si è tentato di riassumere questa innegabile dimensione sociale insistendo sulla matrice germanistica del CCS⁽¹⁸⁸⁾. Si stabilì dapprima l'equazione fra diritto germanico e diritto sociale (*scil.* antiindividualista)⁽¹⁸⁹⁾.

E poi fu facile insistere sulla formazione germanistica di Eugen Huber (documentata da saggi storico-giuridici di immutato valore)⁽¹⁹⁰⁾ e sul tradizionale atteggiamento anti-romanistico dell'evoluzione giuridica svizzera, per spiegare appunto la ricordata peculiarità del Codice. Ma questo discorso è ambiguo ed abbisogna di qualche precisazione.

Il rifiuto del diritto romano siccome diritto di un esasperato individualismo, ed in questo senso « bibbia dell'egoismo »⁽¹⁹¹⁾; e

⁽¹⁸⁸⁾ P. MUTZNER, *Vom Wert der Rechtsgeschichte*, Zürich, 1919, p. 12-13, 16-17; P. LIVER, in *RDS*, 81 (1962), I, p. 21-22; LO STESSO, *Allgemeine Einleitung*, N. 92-93; LO STESSO, *Privatrechtliche Abhandlungen*, p. 127-128; M. RÜMELIN, *Eugen Huber*, p. 46; FEIGENWINTER, *op. cit.*, p. 53, 57; H. FEHR, *Schweizerischer und deutscher Volksgeist in der Rechtsentwicklung*, Frauenfeld/Leipzig, 1926, p. 100-101.

⁽¹⁸⁹⁾ Così Gierke in tutta l'ispirazione delle sue opere. Esplicitamente poi in *Die soziale Aufgabe*, *op. cit.*, p. 488. Usando qui l'aggettivo « germanico » mi riferisco alla tradizione giuridica medievale dei paesi di lingua tedesca e non al diritto dei popoli germanici prima delle invasioni. Intendo cioè per diritto germanico il « deutsches Recht » e non il « germanisches Recht ». Vedi, per una delimitazione dei due campi, H. KRAUSE, *Der Anteil*, p. 321, IV; H. THIEME, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. I, Berlin, 1971, col. 702 ss. (ad art. *Deutsches Privatrecht*).

⁽¹⁹⁰⁾ Oltre al quarto volume di *System und Geschichte*, dedicato alla storia del diritto privato svizzero, meritano menzione i seguenti quattro lavori: *Die schweizerischen Erbrechte in ihrer Entwicklung seit der Ablösung des alten Bundes vom deutschen Reich*, Diss. iur Zurigo, 1872; *Die historische Grundlage des ehelichen Güterrechts der Berner Handfeste*, Basilea, 1884; *Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht*, Berna, 1894; *Das kölnische Recht in den zähringischen Städten*, *RDS*, 22 (1882), p. 3-37.

⁽¹⁹¹⁾ Menger, *Das bürgerliche Recht*, *passim*; LO STESSO, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, 3. Auflage, Stuttgart-Berlin, 1904, p. 41; LO STESSO, *Neue Staatslehre*, p. 78; G. SALVIOLI, *op. cit.*, p. 17, 21-27; C. WILMANN, *Die Rezeption des römischen Rechts und die soziale Frage der Gegenwart*, 2. Auflage, Berlin-Leipzig, 1896, p. 3-5, 8, 11-13, 28-29, 48-49 (e su quest'opera anche H. PETER, *Wandlungen*, p. 55-56); R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963 (ristampa della seconda edizione), p. 564; K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, p. 59.

la correlativa identificazione di tutto quanto fu ritenuto socialmente progredito con la tradizione germanistica, sono fenomeni tipici degli anni, nei quali divampò la critica del progetto tedesco di BGB. In questo senso non si può negare a queste operazioni intellettuali un carattere contingente ed anche vistosamente superficiale. Già allora lo ricordò Max Weber in pagine, che val la pena di rileggere ⁽¹⁹²⁾.

Questi ragionamenti dovevano a maggior ragione sembrare improponibili in un paese, nel quale il diritto romano (almeno fino al XIX secolo) non potè mai attecchire ⁽¹⁹³⁾.

Tutto ciò non restò senza influsso sull'atteggiamento del nostro legislatore. Egli, recensendo nel 1896 il primo volume del « *Deutsches Privatrecht* » di Otto v. Gierke, aveva tentato di fissare le peculiarità di questo fantomatico diritto, ed aveva fatto largo posto al contenuto etico degli istituti germanistici o ritenuti tali ⁽¹⁹⁴⁾. Ma il CCS, se è davvero sociale ⁽¹⁹⁵⁾, non lo deve ad un atteggiamento germanistico (oppure antiromanistico) di Huber.

Lo è in forza delle idee sociali professate dal legislatore, che lo portarono a scoprire nel passato giuridico locale taluni istituti, atti a soddisfare bisogni del tempo e quindi degni di essere valorizzati. La continuità fra il diritto cantonale del XIX secolo ed il CCS (sulla cui effettiva portata le opinioni possono ovviamente

⁽¹⁹²⁾ M. WEBER, « *Römisches » und « deutsches » Recht*, in *Die christliche Welt*, 9 (1895), col. 521-525.

⁽¹⁹³⁾ Vedi su tutto ciò F. ELSENER, *Geschichtliche Grundlegung*, p. 7-30.

⁽¹⁹⁴⁾ E. HUBER, *Deutsches Privatrecht*, *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung*, NF, 20 (1896), p. 93-149, ed in particolare, p. 116-129. Argomenti ripresi parzialmente da A. EGGER, *Ausgewählte Schriften*, I, p. 88 ss., 98 ss.

⁽¹⁹⁵⁾ In tutto questo lavoro non ho mai voluto esprimere un giudizio di fondo sulla socialità del CCS, ma sempre solo riferirmi ad essa nell'ambito della concreta argomentazione mengeriana. Mi sembra ovvio che un discorso sulla più o meno incisiva dimensione sociale di un codice privatistico non può esaurirsi nell'esame di singoli articoli o istituti. Esso dovrà anche accertare l'effettivo spazio coperto da tale codice nel contesto generale della politica e dell'economia. Per vedere se mai il codice, magari intriso di buoni propositi, non si trovi emarginato e costretto a figurare come semplice comparsa, o a regolare problemi relativamente marginali della convivenza umana. Spunti (diametralmente opposti) per un discorso di tale natura in P. BARCELLONA, *L'educazione del giurista*, Bari, 1973, p. 10-12, 82-83; H. MERZ, in *RDS*, 81 (1962), I, p. 49-50.

divergere di molto) non nacque dunque dal desiderio astratto di restare fedele al passato, ma corrisponde ad una precisa scelta giuspolitica del legislatore.

X.

1. L'aperta simpatia di Menger per l'Avamprogetto fu quindi avantutto determinata dall'impronta sociale (nel senso or ora precisato) di questo. Ma ebbe anche altre radici. Su di una, che mi sembra evidente, voglio soffermarmi in questo ultimo capitolo.

Menger aveva costantemente dimostrato spiccato interesse per la figura del legislatore illuminista. Ma il modello ideale da lui sviluppato era complesso ed ambivalente; così come fondamentalmente complesso ed ambivalente fu anche il giudizio da Menger espresso sull'illuminismo ⁽¹⁹⁶⁾.

Tratti essenziali di questa figura e tipici atteggiamenti scientifici di Menger caratterizzarono, proprio in quegli anni, il metodo seguito da Eugen Huber nel modellare la codificazione privatistica svizzera. È facile supporre che ciò abbia acuito l'interesse di Menger per l'Avamprogetto e gli abbia fornito indiretta conferma della bontà delle scelte fatte.

⁽¹⁹⁶⁾ Menger lodò apertamente singole misure adottate dai sovrani illuminati a difesa dei meno favoriti (*Das bürgerliche Recht*, p. 35-36; *Neue Staatslehre*, p. 115), e riconobbe taluni meriti delle codificazioni giusnaturalistiche, ed in particolare di quella prussiana (*Das bürgerliche Recht*, p. 74, 91-93, 97, 103; *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, p. 13; *Neue Staatslehre*, p. 141; in merito anche E. MÜLLER, *op. cit.*, p. 9 nota 53). Seppe anche giustamente apprezzare le conquiste filosofiche e scientifiche del XVIII. secolo (fondamentale qui la *Neue Staatslehre*, p. 204-221).

Ma credo che i toni critici abbiano il sopravvento: si veda la penetrante e convincente critica dei diritti innati (*angeborene Menschenrechte*, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, p. 29-39), della libertà di contrattare (*Vertragsfreiheit*: *Das bürgerliche Recht*, p. 144, 150 ff.; *Neue Staatslehre*, p. 3, 18, 46, 60, 114, 132-133; *Ueber die sozialen Aufgaben*, p. 3; sul punto anche WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, p. 18-19; E. MÜLLER, *op. cit.*, p. 63, 68; KÄSTNER, *op. cit.*, p. 145 ss.), della teoria giusnaturalistica del *contrat social* (*Neue Staatslehre*, p. 7, 30 ss.) ed infine dell'idea che riconosce l'esistenza di un diritto naturale (*Das bürgerliche Recht*, p. 40; vedi su questo rifiuto anche KÄSTNER, *op. cit.*, p. 74-75, 80-81).

Si pensi, per iniziare, all'atteggiamento realistico ed antiutopico di Huber, alla viva coscienza che ebbe dei limiti imposti al legislatore dalla tradizione storica e dalla diversità di evoluzione fra le singole parti del paese. E si confronti questo atteggiamento con tutta l'ispirazione antichimerica dell'opera mengeriana. Menger stesso, che pur aveva dedicato la vita e l'opera alla preparazione di un'armonica edificazione del socialismo, non si era mai fatto soverchie illusioni: aveva sempre rigettato molte proposte buone in sè, se appena le riteneva irrealizzabili ⁽¹⁹⁷⁾. E sapeva che anche la società del futuro, quel « volkstümlicher Arbeitsstaat » un po' ingenuamente precostruito nella « *Neue Staatslehre* » ⁽¹⁹⁸⁾ sarebbe stata confrontata con molti mali tipici della società borghese: con l'animo fondamentalmente egoistico dell'uomo ⁽¹⁹⁹⁾, con la necessità di stimoli personali ad assicurare il progresso economico ⁽²⁰⁰⁾ e quindi anche con il perdurare, sebbene in proporzioni minori, delle disparità materiali fra uomo e uomo ⁽²⁰¹⁾.

2. Menger aderì alle leggi della continuità con la tenacia di chi sa, che tutte le cose nuove hanno modelli storici, e che nulla di durevole può essere realizzato con la forza.

Ciò spiega dapprima l'insistenza con la quale torna sul modo concreto di instaurare il socialismo. Ritiene importante non prendere le mosse da un ordine fittizio, ma dal reale ordine attuale,

⁽¹⁹⁷⁾ Menger, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, p. 34-35, 43, 45, 97, 106-107; LO STESSO, *Neue Staatslehre*, p. 9, 14, 52-54, 66, 97, 117, 129.

⁽¹⁹⁸⁾ Questa ingenuità (visibile anche nell'aperta sottovalutazione della forza sprigionata dai rapporti economici, vedi ad es. KÄSTNER, *op. cit.*, p. 63 ss.) gli fu ripetutamente rimproverata. E si disse allora, che anche Menger fu latore di un messaggio utopico. Così E. MÜLLER, *op. cit.*, p. 112 ss.; KÄSTNER, *op. cit.*, p. 6, 19, 34, ss., 221. In questi limiti, e con tale argomentazione, il rimprovero ha del vero. Ma diventa ridicolo, quando viene calato ex cathedra, ad es. da CONTARDO FERRINI, che ritiene Menger « un professore di Vienna, il cui buon senso e la nozione delle cose che combatte non sono sempre pari all'ingegno ed al cuore » (FERRINI, *Opere*, vol. IV, *Studi vari di diritto romano e moderno*, Milano, 1930, p. 431-432).

⁽¹⁹⁹⁾ *Neue Staatslehre*, p. 51-54, 66. Sul punto anche KÄSTNER, *op. cit.*, p. 181 nota 79.

⁽²⁰⁰⁾ *Neue Staatslehre*, p. 26-27.

⁽²⁰¹⁾ *Neue Staatslehre*, p. 24-25, 66-67, 71-72, 208.

per poi modificarlo lentamente ed organicamente ⁽²⁰²⁾. Proprio perchè rifiutò ogni introduzione violenta del socialismo ⁽²⁰³⁾, dedicò particolare attenzione alle epoche transitorie ed agli istituti capaci al contempo di agganciarsi alla realtà e di lentamente modificarla ⁽²⁰⁴⁾.

Ad analoga esigenza corrispose anche l'uso mengeriano di modelli storici, a sostegno dei propri postulati. Menger, a dispetto delle critiche che gli furono poi rivolte ⁽²⁰⁵⁾, fu attento studioso della storia ⁽²⁰⁶⁾. Se ne servì non per trovare conforto alla propria rassegnazione, ma per sbloccare le vie del futuro. Basterà ricordare che la tesi centrale della *Neue Staatslehre* (il massiccio intervento dello stato nell'ordinamento privatistico, a soddisfazione dei diritti esistenziali di ogni uomo, e quindi il superamento della dicotomia fra diritto pubblico e privato) ⁽²⁰⁷⁾, viene presentata come l'esigenza di continuare e portare a compimento un'evoluzione ini-

⁽²⁰²⁾ Menger usa qui volutamente il linguaggio dei seguaci di Savigny. Ma lo fa a buon titolo, perchè sa di non essere d'accordo con questi sulla funzione di tale armonica evoluzione. Vedi *Neue Staatslehre*, p. IV, 27, 243, 251; *Das Rechte auf den vollen Arbeitsertrag*, p. III, 176.

⁽²⁰³⁾ *Neue Staatslehre*, p. 231, 235, 239 ss., 248-251. Importanti qui le osservazioni di E. MÜLLER, *op. cit.*, p. 107-109, e di KÄSTNER, *op. cit.*, p. 203 ss.

⁽²⁰⁴⁾ *Neue Staatslehre*, p. IV, 8, 102-103, 109, 114, 194, 240-241. Meritata è la lode di REICHEL nella *Revue de la Société des juristes bernois*, 40 (1904), p. 142.

⁽²⁰⁵⁾ Rinvio a E. MÜLLER, *op. cit.*, p. 106-107, senza approfondire qui l'argomento. Ricordo solo che l'antistoricità gli fu soprattutto rimproverata da F. ENGELS e K. KAUTSKY nel loro noto scritto *Juristen-Sozialismus* (pubblicato ora nel 21. volume delle opere complete di Marx ed Engels, Berlino, 1972, p. 491-509. Brani di tale scritto anche nell'antologia curata da N. REICH, *Marxistische und sozialistische Rechtstheorie*, Frankfurt M. 1972, p. 53-63). Vedi su questo violento scritto Menger stesso, *Das Rechte auf den vollen Arbeitsertrag*, p. 83 nota 4. Annotazioni sulla polemica Engels/Kautsky - Menger in GUERINI, *Politica del diritto*, 4 (1974), p. 443-444, 467; K. KORSCH, *Die materialistische Geschichtsauffassung und andere Schriften*, Frankfurt M. 1971, p. 163-164; N. REICH, *op. cit.*, p. 99-100.

⁽²⁰⁶⁾ V. ad es. gli esempi storici citati in *Neue Staatslehre*, p. 21 e 115.

⁽²⁰⁷⁾ Menger postulò in quest'opera un'organizzazione statale che realizzasse direttamente (senza lasciar ciò all'iniziativa privata) i diritti esistenziali di ogni uomo: e cioè di disporre su mezzi sufficienti per vivere, per aver prole e per mantenerla decorosamente (*Neue Staatslehre*, p. 22, 152-154, 158, 185-186, 75-76. Su questi scopi fondamentali dell'esistenza umana v. anche KÄSTNER, *op. cit.*, p. 50, 102-104, 170 ss.; E. MÜLLER, *op. cit.*, p. 81-83).

ziata nel Medio Evo e precipitata nell'epoca moderna. Quella stessa evoluzione che aveva portato ad accentrare i diritti politici nelle mani dello Stato sovrano ⁽²⁰⁸⁾.

Non è difficile ritrovare i cardini di questo atteggiamento nel metodo codificatorio di Eugen Huber. Questi, facendo una concessione verbale alla storicistica *Volksgeistlehre*, vedeva nella codificazione il mezzo «um dasjenige zur Durchführung zu bringen, was ohnedies im Volke lebt» ⁽²⁰⁹⁾.

Giudicò allora indispensabile prepararsi alla grande opera scandagliando il diritto cantonale del XIX secolo, per riconoscerne le costanti e le tendenze ⁽²¹⁰⁾. E ritenne giudizioso attenersi il più possibile alla tradizione locale, a soluzioni già corroborate nella prassi, ed in questo senso condivise dalla sanzione popolare ⁽²¹¹⁾.

3. Sia in Menger che in Huber la dimensione storica non fu scopo a sè, ma anello di una catena che, congiungendo la tradizione all'attualità, portava poi alla profezia.

Menger ammirò la sicurezza, con la quale il legislatore illuminista aveva riconosciuto (e quindi dominato) le tendenze del presente e, legiferando di conseguenza, aveva preceduto gli eventi ⁽²¹²⁾. Rimproverò allora alla scuola storica di aver insegnato ai suoi seguaci a considerare solo il passato e con ciò di averli disabituati a capire il loro tempo e a individuarvi le forze suscettibili di spiegarsi pienamente solo nel futuro ⁽²¹³⁾. Proprio in sequela a queste

⁽²⁰⁸⁾ *Neue Staatslehre*, p. 111-112.

⁽²⁰⁹⁾ *Erläuterungen*, I, p. 2. Espressioni analoghe a p. 6.

⁽²¹⁰⁾ Alla descrizione del diritto cantonale del XIX secolo Huber dedicò i primi tre volumi di *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, usciti a Basilea nel 1886, 1888, 1889. Da analoghi intenti nacque nel 1886 il *Manuel du droit civil de la Suisse romande*, di VIRGILE ROSSEL.

⁽²¹¹⁾ A. EGGER, *Ausgewählte Schriften*, I, p. 110, 120 ss., 153, 198; P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, N. 82; LO STESSO, *RDS*, 81 (1962), I, p. 16; LO STESSO, *Privatrechtliche Abhandlungen*, p. 127; R. GÜR, *op. cit.*, p. 23.

⁽²¹²⁾ Menger, *Das bürgerliche Recht*, p. 11, 14 ss.; LO STESSO, *Ueber die sozialen Aufgaben*, p. 19 (il legislatore deve essere profeta, e quindi «unhistorisch»).

⁽²¹³⁾ Menger pensò tale critica in chiave giuspolitica: evidenziò lo sfondo politico della *Volksgeistlehre* (*Neue Staatslehre*, p. 28-31) e ritenne che l'insistenza sulla dimensione storica portasse poi ad una acritica accettazione di un ordinamento tra-

critiche postulò una scienza giuridica sociale che si affiancasse, completandone le vistose lacune, alle già esistenti correnti storiche e dogmatiche ⁽²¹⁴⁾. Sostenne tutte le iniziative volte a realizzare questo suo programma, preavvisando positivamente anche il progetto di una scuola giuridica della Confederazione, che non fu poi mai attuato ⁽²¹⁵⁾.

Eugen Huber, dal canto suo, fu spesso ritenuto legislatore di provata fede conservatrice. Si fece passare il suo codice per un fedele riflesso del diritto cantonale del XIX secolo, e si giunse a vedervi un « *Weistum* », ossia una fonte giuridica di origine esclusivamente consuetudinaria ⁽²¹⁶⁾.

Non ci si accorse, ragionando così, della funzione particolare assunta dall'argomento storico nel complesso del disegno huberiano. Huber se ne servì spesso per dare una parvenza tradizionale anche ad istituti, che nuovi bisogni rendevano urgenti, e che quindi l'attuale ordinamento non contemplava. Le novità, vestite di tradi-

laticio e bloccasse lo sviluppo democratico (in senso sociale) del diritto. Vedi in particolare *Die sozialen Aufgaben*, p. 8-10, 12-19; *Das bürgerliche Recht*, p. 8 ss., 12, 103; *Neue Staatslehre*, p. 29-30. Profonde annotazioni sul rapporto fra Menger e la scuola storica del diritto in KÄSTNER, *op. cit.*, p. 68 ss.

⁽²¹⁴⁾ Questo è l'argomento principale della prolusione rettorale, *Die sozialen Aufgaben*, p. 4, 19 ss. La scienza giuridica sociale, così come fu prospettata da Menger, deve in particolare assicurare la congruenza fra diritto e forza, *scil.* adattare le forme giuridiche del passato ai nuovi rapporti di forza, caratterizzati ovviamente dall'avvento del proletariato. Vedi sul punto anche N. REICH, *op. cit.*, p. 96-97.

⁽²¹⁵⁾ A. MENDER, *Gutachten über die Vorschläge zur Errichtung einer Eidgenössischen Hochschule für Rechts- und Staatswissenschaft*, Wien, 1889. Su questa perizia v. KÄSTNER, *op. cit.*, p. 22-23, 88-89; E. MÜLLER, *op. cit.*, p. 13, 45-46. Sul progetto di una scuola giuridica della Confederazione e sui motivi (di natura finanziaria e federalistica) che ne provocarono l'insuccesso v. W. BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, 2ª ed. 1914, p. 225, II, e l'ulteriore bibliografia ivi citata. Più dettagliatamente sullo stesso tema H. LAURI, *Der Plan einer eidg. Rechtsschule (1888-1889), Entstehung des Planes, Kritische Würdigung der Programme, Darstellung des Scheiterns des Planes* (lavoro ancora inedito, presentato nel gennaio 1975 al Seminario di storia del diritto dell'Università di Berna).

⁽²¹⁶⁾ Così A. EGGER, *Ueber die Rechtsethik*, p. 85 ss., 87-88, ed anche in *Ausgewählte Schriften*, I, p. 241. La definizione fu giustamente criticata da P. LIVER, in *RDS*, 81 (1962), I, p. 26, nonchè nella *Allgemeine Einleitung*, n. 87. Ma occorre forse dire, che essa è unilaterale, come le frasi di E. Huber alle quali si ispira.

zione, non incontrarono opposizioni e sembrarono subito più accettabili ⁽²¹⁷⁾.

Si potrebbe anche dire: Huber si servì della storia, per insegnare ad un popolo, che istintivamente e soprattutto nei momenti difficili soleva interrogare solo il passato, a guardare ora nel futuro ⁽²¹⁸⁾. Per insegnargli che: « Eine Periode gesteigerter Empfindung für Recht und Unrecht erzeugt aus sich selbst heraus Unruhe und Umwälzung. Sicherheit und Ruhe um jeden Preis ist das Kennzeichen des alternden Menschen und Volkes. Lieber die bekannten Uebel tragen als zu unbekannten fliehen, ist seine Devise. Feuriges Gefühl für das Seinsollende zeichnet die wachsenden Menschen und Zeiten aus » ⁽²¹⁹⁾. Fu forse il suo merito più grande.

4. Menger aveva ovviamente motivi particolari per insistere di guardare, sì, al futuro, ma di farlo partendo dal presente. E per raccomandare ai politici di introdurre progressivamente il socialismo, senza fretta e senza violenza. Sapeva infatti che nessuna riforma durevole era possibile, se non accompagnata anche da una profonda opera educatrice. E con la forza sola — questo lo intuiva già Menger — non si sarebbero favorite le adesioni, ma provocate riluttanze ed opposizioni. Convinto quindi della necessità di una illuminata e costante opera di persuasione, si battè prima per una scuola veramente democratica ⁽²²⁰⁾, poi inaugurò a Vienna i corsi dell'università popolare ⁽²²¹⁾.

Ed insistette, in tutte le sue opere, sull'importanza della circolazione delle idee come atteggiamento prerivoluzionario ⁽²²²⁾. Vide

⁽²¹⁷⁾ A ragione si è recentemente ricordato che il procedimento che guidò il legislatore svizzero fu sostanzialmente pseudostorico: W. BRAUNEDER, *Freiheit des Vertragsinhaltes und Typenbildung im Ehegüterrecht*, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, (Wien), 1974, p. 1 ss., ed in particolare p. 11.

⁽²¹⁸⁾ P. LIVER, *Allgemeine Einleitung*, N. 96; LO STESSO, *RDS*, 81 (1962), I, p. 25; MERZ, *RDS*, 81 (1962), I, p. 43 e 49.

⁽²¹⁹⁾ E. HUBER, *Ueber soziale Gesinnung*, in *Politisches Jahrbuch der Eidgenossenschaft*, 26 (1912), p. 65-133 (ed il passo citato a p. 112-113). Ripreso poi nell'ultima e notevole opera giusfilosofica *Recht und Rechtsverwirklichung*, Basilea, 1921, p. 112.

⁽²²⁰⁾ MENDER, *Neue Staatslehre*, p. 212-219.

⁽²²¹⁾ KÄSTNER, *op. cit.*, p. 27 ss.

⁽²²²⁾ MENDER, *Neue Staatslehre*, p. 231, 235, 239 ss.; *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, p. 107-108, 113, 173.

quindi, nell'introduzione del socialismo, meno le modificazioni economiche e giuridiche, che una « sittliche Wiedergeburt der Menschen » ⁽²²³⁾.

Proprio su questo terreno avvenne l'impatto con le tesi marxiane: fu inevitabile e violento ⁽²²⁴⁾. Menger rimproverò a Marx di aver ridotto il socialismo ad un problema essenzialmente economico ⁽²²⁵⁾ e ritenne di conseguenza il materialismo storico inadatto a dare convincente spiegazione dei fenomeni cosiddetti sovrastrutturali (culturali, politici e giuridici) ⁽²²⁶⁾. Non è qui la sede per discutere l'attendibilità di queste critiche ⁽²²⁷⁾. Ma è ugualmente giusto ricordare che esse avvennero ancora una volta in nome dell'uomo. A quelli appunto che attendevano tranquillamente la rivoluzione, fiduciosi che il meccanismo economico (*scil.* l'accentramento dei mezzi di produzione nelle mani di pochi) vi avrebbe automaticamente dato vita ⁽²²⁸⁾, Menger andava ripetendo la necessità di prepararsi internamente, per poter prima instaurare e poi aderire con intima convinzione al nuovo ordine di cose. E nuovamente, professando sì illimitata fiducia nelle facoltà umane di plasmare la storia, a condizione di prepararvi adeguatamente l'animo, si ricongiungeva a tesi familiari al legislatore svizzero.

⁽²²³⁾ MENDER, *Neue Staatslehre*, p. 239.

⁽²²⁴⁾ Non mi dilungo sull'evidente avversione personale, che Menger indubbiamente ebbe per Marx. E nemmeno sul rimprovero spesso rivolto a Marx, di aver in sostanza ripreso le teorie dei socialisti inglesi, senza citarli (*Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, *Vorwort* e p. 52 nota 4, 83, 97 nota 51, 100-101).

⁽²²⁵⁾ MENDER, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, p. 38, 39, 109-110, 118; *Neue Staatslehre*, p. 140 nota 2, 212-213. A questo atteggiamento Menger oppose la propria convinzione, che faceva del socialismo un problema giuspolitico, da risolvere con i metodi tipici della scienza giuridica (vedi *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, p. 38-39, 118, 109-110). Proprio in questo tentativo di rivestire il socialismo di concetti giuridici sta la grande originalità (e l'imperdonabile debolezza) del disegno mengeriano. Vedi KÄSTNER, *op. cit.*, p. 15, 22, 102-103; E. MÜLLER, *op. cit.*, p. 17-18.

⁽²²⁶⁾ MENDER, *Neue Staatslehre*, p. 223-231; *Die sozialen Aufgaben*, p. 25-26; *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, p. 126-127; *Das bürgerliche Recht*, p. 225.

⁽²²⁷⁾ Sul rifiuto del materialismo storico sono fondamentali le pagine di KÄSTNER, *op. cit.*, p. 21, 57 ss. e soprattutto 63-66. Vedi poi anche E. MÜLLER, *op. cit.*, p. 33 ss., 105-106; N. REICH, *op. cit.*, p. 94-95, 100.

⁽²²⁸⁾ MENDER, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, p. 112-113; *Neue Staatslehre*, p. 173, 231.

Eugen Huber, già negli scritti giovanili, non aveva fatto mistero di una sua profonda convinzione, che cito concludendo:

« Jede soziale Reform, wenn sie in Fleisch und Blut der Generationen übergehen will, muss von den davon Betroffenen selber ausgehen und mit einer nicht äusserlich einseitigen, sondern allgemein innerlichen Hebung der Individuen verbunden sein. Treffen diese Bedingungen nicht zu, so wird auch die wohlmeinendste und notwendigste Reform zum blossen legislativen Zierrat, der unter den plumpen Händen des Eigennutzes und der Dummheit gar schnell zerbröckelt » ⁽²²⁹⁾.

⁽²²⁹⁾ E. HUBER, *Erfahrungen aus der Fabrikgesetzgebung*, *Neue Zürcher Zeitung*, 1 settembre 1876 (N. 444, p. 1; l'articolo è citato parzialmente anche in WELTI, *op. cit.*, p. 100 ed in E. EICHHOLZER, *Eugen Huber und das Arbeitsrecht, Wirtschaft und Recht*, 19 (1967), p. 145).

GERHARD DILCHER

GENOSSENSCHAFTSTHEORIE UND SOZIALRECHT: EIN « JURISTENSOZIALISMUS » OTTO V. GIERKES?

I. AUSGANGSPUNKT UND FRAGESTELLUNG.

Über die *Einordnung* Gierkes ⁽¹⁾ bestehen sehr verschiedene Ansichten — einig ist man sich jedoch über die große Bedeutung seines Werkes im Gesamthaushalt der deutschen Rechtswissenschaft der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, obwohl oder gerade weil er nicht deren « herrschender Richtung » angehört hat.

Der äußere Umfang seines Werkes ist allein schon gewaltig — auf 10.000 Druckseiten geschätzt, oft in Bänden handbuchartigen Umfangs, wie sie die gelehrte Prokuktivität jenes Jahrhunderts hervorzubringen wußte. Die thematische und geistige Spannweite steht dem äußeren Umfang nicht nach: Gierke beginnt als germanistischer Rechtshistoriker und bleibt dies in seinem ganzen langen wissenschaftlichen Wirken; er kommt über die Geschichte einerseits zur Staatstheorie und zum Staatsrecht, andererseits zur Privatrechtsdogmatik und — über die Kritik am Kodifikationsentwurf — zu scharfer rechtspolitischer Stellungnahme. Alles dies vertieft er in rechtsphilosophischen und methodologischen Arbeiten. Er ist damit wohl der letzte deutsche Jurist, der die ganze Breite der Rechtswissenschaft, schon im Zeitalter zunehmender Fächertrennung und Spezialisierung, noch einmal auszufüllen vermag. Es ist nun nie bezweifelt worden, daß « ein geistig Band » ⁽²⁾ dieses

⁽¹⁾ OTTO GIERKE, 1841-1921, Sohn eines preussischen Richters, aufgewachsen in Pommern, 1866 Habilitation in Berlin, nach Professuren in Breslau und Heidelberg seit 1887 Professor in Berlin, 1911 in den Adelsstand erhoben.

⁽²⁾ Er selbst benutzt das Goethe'sche Bild vom geistigen Band, das die Dinge

gewaltige Werk zusammengehalten habe — doch aus welchem Material es gewirkt sei, darüber nun sind die Meinungen extrem unterschiedlich.

Diese Meinungen stehen, wenn auch außerordentlich differenziert in Zielrichtung und Begründung, im wesentlichen auf zwei konträren Standpunkten: Die einen betonen Gierkes Rückwendung zur Vergangenheit, konstatieren ein Verkennen der sozialen Wirklichkeit seiner Zeit und möchten seiner Rechtstheorie einen eher restaurativen Charakter beilegen. — Der Gegenstandspunkt lautet, Gierke habe früher als alle juristischen Zeitgenossen die aufkommenden Probleme der industrialisierten Gesellschaft gesehen und wirkungsvoll versucht, anhand der deutschen Rechtsgeschichte Organisations- und Handlungsmodelle zu deren Lösung zu entwickeln.

Aus der Sicht eines Marxisten ⁽³⁾ wird Gierke zu einem Vorkämpfer der germanistisch-junkerlich-reaktionären Opposition gegen das BGB, der mit seinem Hinweis auf die Werte des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 einen Aufruf zur Rückkehr zum Feudalismus ausgesprochen habe. — Vom entgegengesetzten weltanschaulichen Standpunkt ⁽⁴⁾ wird Gierke vorgeworfen, er habe Recht und Freiheit einer germanistisch-organologisch-kollektivistischen Ideologie geopfert, ersetze wissenschaftliche Objektivität durch konservativ gefärbte politisch-nationale Emotionalität, voller germanisch-deuschtümelnder und vitalistischer Leerverörter. Er wird deshalb als unmittelbarer Wegbereiter des Nationalsozialismus eingeordnet. — Diesen Vorwurf erhebt auch ein neuerer rechtshistorischer Grundriß ⁽⁵⁾, der Gierke eine Mystifizierung der Verbandspersönlichkeit zum Über-Ich vorwirft, die die gerade errungene Freiheit im 19. Jahrhundert einschränkte und den Weg bahnte zu dem Satz: «Du bist nichts — Dein Volk ist alles». — Zum Ende der Weimarer Republik und Beginn des

im Innersten zusammenhält, in Bezug auf Staat und Recht, in *Labands Staatsrecht* (wie Anm. 54), S. 1192.

⁽³⁾ U.-J. HEUER, *Allgemeines Landrecht und Klassenkampf*, Berlin, 1960, S. 14 f.

⁽⁴⁾ ERNST WOLF, *Das Arbeitsverhältnis*, Marburg 1970, S. 57 ff.

⁽⁵⁾ H. HATTENHAUER, *Zwischen Hierarchie und Demokratie*, Karlsruhe 1971, S. 126.

Nationalsozialismus gab es in der Tat eine Gierke-Renaissance aus konservativer Richtung, während noch zu Gierkes Lebzeiten die eher linken Demokraten Hugo Preuß ⁽⁶⁾ im Staatsrecht und Hugo Sinzheimer im Arbeitsrecht sich als Schüler des Gierke'schen Werkes bekannten. Die bedeutendsten Staatstheoretiker des Nationalsozialismus lehnten überdies die Anknüpfung an Gierke ab ⁽⁷⁾.

Differenzierter nimmt ein anderer Autor in dieser Zeit Stellung. Der erste Band des Genossenschaftsrechts habe noch realen politischen Bezug besessen. Gierke habe aber dann an der veränderten politischen Wirklichkeit, der fortschreitenden Industrialisierung vorbeigelebt, sei in eine zeitlose soziale Verbandslehre ausgewichen und habe auf eine konkrete soziologische Analyse verzichtet, die zu einer Neukonzeption der Genossenschaftstheorie gezwungen hätte ⁽⁸⁾.

Nicht ganz unähnlich ordnet die eindringendste neuere Darstellung, die das Hegel-Erbe betont, Gierke ein ⁽⁹⁾. Gierke habe in seinen sozialpolitischen Vorstellungen an vorkapitalistischen und vorindividualistischen Verhältnissen angeknüpft, dadurch die Lebensbedingungen der Arbeiter und die Emanzipationsstruktur der Industriegesellschaft nicht getroffen. Durch die innewohnende Dialektik habe Gierkes Ansatz aber doch einerseits zu pluralistisch-demokratischen, andererseits auch zu pseudo-konservativen Konsequenzen führen können.

⁽⁶⁾ H. PREUß zuerst in *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin 1889 (Neudruck Aalen 1964), Gierke gewidmet, mit dem Untertitel: *Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf der Grundlage der Genossenschaftstheorie*. H. Preuß konzipierte bekanntlich wesentlich die Weimarer Reichsverfassung. — Zu SINZHEIMER vgl. die Würdigung von E. FRAENKEL, *Juristenzeitung*, 1958, S. 457-461, die ihn als Vater des modernen deutschen Arbeitsrechts kennzeichnet.

⁽⁷⁾ Vgl. vor allem R. HÖHN, *Otto von Gierkes Staatslehre und unsere Zeit*, Hamburg 1936, mit weiteren Nachweisen.

⁽⁸⁾ H. KRUPA, *Genossenschaftslehre und politische Neutralität. Über den Standort der Genossenschaftstheorie Otto v. Gierkes in der deutschen Staatswissenschaft des 19. Jhts.*, in *Schmollers Jahrbuch f. Gesetzgebung*, etc. 66 (1942), S. 723 ff., bes. S. 725, 726.

⁽⁹⁾ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jht.*, Berlin 1961, S. 147-176.

Gegenüber diesen Stimmen aus dem Lager der Staatstheorie sprechen die Privat-, vor allem die Arbeitsrechtler Gierke eine zukunftsweisende Bedeutung zu ⁽¹⁰⁾. Er habe die Probleme der Arbeitswelt, der Massen als Erscheinung des wirtschaftlichen und sozialen Lebens früh erkannt. So wird ihm auch der Ansatz einer soziologischen Rechtsbetrachtung zugeschrieben ⁽¹¹⁾. — Jedoch erhebt sich in letzter Zeit eine gewisse Kritik gegenüber der Figur des Arbeitsverhältnisses als personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses, das allgemein auf Gierke zurückgeführt wird ⁽¹²⁾. Diese Kritik verfolgt den Strang aber nicht historisch bis auf Gierke zurück.

Eine privatrechtliche Grundlagenstudie ⁽¹³⁾ hebt die besondere, weder dogmatische noch naturalistisch-soziologische Form des Positivismus, verbunden mit einer metaphysisch-sozialethischen Gerechtigkeitsidee, hervor. In den klassischen Darstellungen wird das Schwanken Gierkes zwischen Verwurzelung in der deutschen Vergangenheit und seine Bedeutung für das Zukünftige gegeneinander abgewogen ⁽¹⁴⁾. Es überwiege sein gegenwartsnaher Sinn für soziale Schäden, die Zukunftsbedeutung seines Gerechtigkeitsdenkens ⁽¹⁵⁾, unter dem Schleier anachronistischer Bilder spreche er die Entscheidung für das Kollektive aus, sein Gedanke des Sozialrechts sei weithin deutsche und europäische Wirklichkeit geworden, als Deutscher Mensch « von Gestern und Morgen », überwiege bei ihm die innere Entscheidung für die Gesellschaft der Zukunft ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁰⁾ So etwa H. SINZHEIMER, H. G. ISELE, F. JOBS, vgl. Anm. 29.

⁽¹¹⁾ A. JANSSEN, *Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, Göttingen 1974, S. 212.

⁽¹²⁾ TH. RAMM, *Die Anfechtung des Arbeitsvertrages*, Karlsruhe 1955, bes. S. 23; P. SCHWERTNER, *Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen*, Heidelberg 1970, bes. S. 69 ff., S. 137. L. UNTERSEHER, *Arbeitsvertrag und innerbetriebliche Herrschaft*, Frankfurt a.M., 1969, bes. S. 38.

⁽¹³⁾ GUSTAV BOEHMER, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung*. Bd. II, 1, Tübingen 1951. S. 155-158.

⁽¹⁴⁾ Vgl. einmal die wohl zu harmonisierende Biographie und Werksdarstellung bei ERIK WOLF, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* ⁴, 1963, S. 669-712, zum anderen F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* ², 1967, S. 453-456 u.ö.

⁽¹⁵⁾ E. WOLF, a.a.O., etwa S. 705 u. 708.

Angesichts des Umfanges von Gierkes Werk, angesichts der kontroversen Einordnung, kommt es darauf an, Ansatzpunkt und Ziel dieser Studie genauer zu umreißen. Der Band der «Quaderni», dem er sich einfügen möchte, steht unter der Fragestellung des «socialismo giuridico», eines —, wobei der Begriff im Deutschen wohl etwas enger ist — «Juristensozialismus». Gierke gehört nun sicher nicht der, gar auf Sozialisierung, auf Vergesellschaftung der Produktionsmittel, gerichteten Arbeiterbewegung an, wenn er auch mit einem berühmt gewordenen Wort einen Tropfen sozialistischen Öls sogar für das Privatrecht fordert. (17). Es ist dagegen sinnvoll, sein Werk vom Ursprung des Wortsinnes «Sozialismus» her zu befragen. Im 18.-19. Jahrhundert war durch Reform und Revolution die alteuropäische Ständegesellschaft zerstört worden, in der, sprachlich gefaßt in den Begriffen der Aristotelestradition: *res publica sive societas civilis sive populus*, Staatswesen und Gesellschaft sich in einem hierarchisch ständischen Ordnungsgefüge deckten. Die bürgerliche Freiheitsbewegung, Liberalismus und Individualismus auf der einen Seite, das Verharren von Monarch, Regierung, Bürokratie und Militär im Zustand des vorliberalen, vordemokratischen Obrigkeitsstaates andererseits hatten in Deutschland zu einer spezifischen Trennung von Staat und Gesellschaft geführt (18). Diese Trennung gab der «Gesellschaft»,

(16) WIEACKER, *a.a.O.*, S. 453, 455, 456.

(17) Seine Stellungnahmen gegen den Sozialismus, worunter er einen staatsplanerischen Kommunismus versteht, werden unten aufgeführt.

(18) Aus der umfangreichen deutschen Literatur zu diesem Problem, das zu einem Zentralproblem der politischen, Verfassungs-, Sozial- und Ideengeschichte geworden ist, seien hier nur aufgeführt: E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften. Vorträge G. 183. Opladen 1973; OTTO BRUNNER, *Land und Herrschaft*, Wien⁵ 1965; W. CONZE, *Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands*, jetzt in *Die Entstehung des modernen souveränen Staates*, hrsg. v. H. H. HOFMANN, Köln 1967, S. 297 ff.; H. EHMKE, «Staat» und «Gesellschaft» als verfassungstheoretisches Problem, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung*, Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962, S. 23 ff.; E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. II (Stuttgart 1960), S. 309 ff.; R. KOSELLECK, *Die Auflösung der ständischen Gesellschaft und das Aufkommen neuer Klassen im preußischen Vormärz*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1918)*, hrsg. v. E.-W. BÖCKENFÖRDE, Köln

d.h. dem führenden Bürgertum, einen Entfaltungsraum in wirtschaftlicher und kultureller Hinsicht, nicht oder nur langsam und beschränkt dagegen Teilhabe an der politischen Macht. In diesem Kampf ging die Spannweite der Ziele der bürgerlichen Bewegung, wie sie die französische Aufklärung, die liberal-bürgerliche Theorie Englands, der deutsche Humanismus umschrieben hatten, verloren; an ihre Stelle trat weitgehend ein bürgerlicher Klassenegoismus, der in Abwehrstellung gegen die Industriearbeiterschaft, gegen Proletariat und soziale Frage zu Kompromissen gegenüber Krone und Adel, gegenüber den noch vorhandenen Strukturen monarchisch-obrigkeitsstaatlicher und adlig-feudalistischer Traditionen bereit war. Von dieser Haltung war auch stark die Rechtswissenschaft der zweiten Jahrhunderthälfte bestimmt: Der privatrechtliche Positivismus, überwiegend romanistisch- pandektistischer Prägung, stellte ein begrifflich durchkonstruiertes Privatrecht auf der Grundlage von Privatautonomie und Eigentum zur Verfügung, das dem Bedürfnis nach Mobilität, Verwertung von Kapital und Technik hervorragend dienen konnte, den Gedanken des sozialen Schutzes dagegen aus dem Recht weitgehend eliminierte, das Arbeitsrecht etwa ganz der Privatautonomie und ständischen Gesindeordnung überließ⁽¹⁹⁾. Der staatsrechtliche Positivismus⁽²⁰⁾ schrieb, nachdem der bürgerlich-monarchische Kompromiß in Preußischen Verfassungskonflikt 1860-1866 ausgekämpft und in der Reichsverfassung von 1871 kodifiziert war, diesen auch methodisch fest, indem die Verbindungen des Staatsrechts zu Staatstheorie und- geschichte, wie

1972, S. 385 ff.; H. MAIER, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre (Poli-
zeiwissenschaft)*, Neuwied 1966.

⁽¹⁹⁾ Vgl. dazu G. DILCHER, *Der rechtswissenschaftliche Positivismus. Wissen-
schaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik*. Demnächst in *Atti del
III. Congresso internazionale di Storia del Diritto*, ed. B. PARADISI (Auch: *Archiv
für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1975, Heft 4).

⁽²⁰⁾ W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die
Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt-M.
1956; P. v. OERTZEN, *Die Bedeutung C. F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechts-
lehre*, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung*. Festgabe für Rudolf Smend, Tü-
bingen 1962, S. 183 ff.; P. v. OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen
Positivismus*, Frankfurt-M., 1974.

sie die gesamte ältere Tradition, vor allem aber Naturrecht und auch noch die historische Schule besaßen, gekappt wurden.

Die Rechtswissenschaft vollzog also in ihrem Weg in den Positivismus den Rückzug aus einem Denken in Wertungen, sozialen Problemen, gar in staats- und gesellschaftstheoretischen Erwägungen (wie sie das Vernunftrecht des 18. Jahrhunderts so typisch entwickelt hatte), zu einem Denken in einem vorgeformten Begriffssystem. — Dies führte zu einer gewissen technischen Perfektion und auch Vorausberechenbarkeit der Rechtsordnung, verschloß die rechts-wissenschaftliche Diskussion vor den bewegenden Fragen der Zeit, der gerechten Einbeziehung der Arbeiterschaft in die Rechtsordnung (soziale Frage) und der Fortentwicklung der Verfassung über die Bismarck'sche Fixierung hinaus zu einer politischen Form, die die Lösung der Probleme einer entwickelten Industriegesellschaft ermöglichte.

In einer solchen historischen Situation ist es angemessen, die Frage nach einem «juristischen Sozialismus» in einem im 19. Jahrhundert angelegten weiten Sinne zu verstehen: Sozialismus als Verantwortung für Gesellschaft, die Societas, Bejahung einer steten Verantwortung des Staates und damit des Rechts für die Entwicklung der Gesellschaft, also keine einfache Übernahme des liberalen Trennungsmodells Staat - Gesellschaft ⁽²¹⁾.

Sozialismus würde also in diesem Zusammenhang bedeuten eine von der Gesellschaft her gedachte, auf Lösung gesellschaftlicher Probleme bedachte Alternative zu Liberalismus, Individualismus und rechtlichem Begriffspositivismus der Zeit ⁽²²⁾.

Wenn somit die Fragestellung umrissen ist, so soll noch die Methode der Beantwortung geklärt werden. Von der Vorausset-

⁽²¹⁾ In einem solchen weiten Sinne konnte sich auch BISMARCK in seiner Reichstagsrede vom 15.3.1884 gegenüber liberalen Angriffen auf seine Sozialpolitik zu einem Sozialismus bekennen. Vgl. E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. IV, 1969, S. 1201.

⁽²²⁾ Insofern knüpft die vorliegende Abhandlung an meinen oben (Anm. 19) zitierten Positivismus-Aufsatz an, in dem, ähnlich wie bei F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* ², S. 449 ff., das Zweckdenken Iherings, der genossenschaftlich-kollektive Ansatz Gierkes und die marxistische Rechtskritik als die Alternativen der Zeit zur individualistischen, begriffspositivistischen Pandektenwissenschaft aufgefaßt werden.

zung ausgehend, daß Gierkes Werk von einer im großen und ganzen einheitlichen Werthaltung des Autors geprägt ist, sollen vier Arbeiten auf diese hin befragt werden; Arbeiten, die vermutlich das Koordinatensystem dieser Werthaltung besonders deutlich enthalten, da sie an einem besonders markanten Ort im Gierke'schen Lebenswerk zu den Grundfragen Geschichte, Staat, Privatrecht, Staat und Recht im geschichtlichen Umbruch, Stellung beziehen. Diese vier Arbeiten sind: Gierkes großer historischer Aufriß, der erste Band des Genossenschaftsrechts; die Auseinandersetzung mit dem staatsrechtlichen Positivismus in der Kritik an Laband; der Entwurf eines sozialen Privatrechts in der Auseinandersetzung mit dem entstehenden Bürgerlichen Gesetzbuch; schließlich die Stellungnahme des greisen Gierke zu Grundprinzipien des Staates nach dem Zusammenbruch der Monarchie 1918-19. Es bleibt klar, daß hiermit wichtige Arbeiten und damit auch Aspekte des Gierke'schen Gesamtwerkes ausgespart sind, doch scheint mir der Vorteil, den geschlossenen Gedankengang wichtiger Werke analysieren zu können, zu überwiegen.

II. ANALYSEN DES WERKES.

1. *Der Geschichtsprozeß im Spannungsfeld von Herrschaft und Genossenschaft.*

Mit dem ersten Band des Genossenschaftsrechts entwirft Gierke in gewisser Weise sein Lebenswerk ⁽²³⁾. Indem er den von Beseler zum Leben erweckten Begriff der deutschrechtlichen Genossenschaft aufnimmt, das Buch dem Lehrer Beseler widmet, stellt er sich in die Tradition der juristischen Germanistik ⁽²⁴⁾, die in der Historischen Schule ihren Ursprung hat, anders als die romanistische Schwesterwissenschaft aber in ihren Vertretern im

⁽²³⁾ O. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, (Zit. Gen. R.) 1. Band: *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*. 1868 (Nachdruck Darmstadt 1954).

⁽²⁴⁾ Er selbst hat diese Tradition in ihrer wissenschaftlichen und politischen Dimension in klassischer Weise beschrieben in: *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*. Berlin 1903.

Hannover'schen Verfassungskonflikt von 1837 ⁽²⁵⁾, den Germanistenversammlungen 1846-47 ⁽²⁶⁾ und in der Paulskirche ⁽²⁷⁾ eine eindeutig politische Rolle in der Bewegung des deutschen Bürgertums einnimmt. Das Buch wird abgeschlossen und erscheint 1868, also nach dem Ende des Preußischen Verfassungskonfliktes ⁽²⁸⁾, nach dem Sieg Preußens über Österreich und vor der Reichsgründung, einem Moment mithin, in dem die Lösung der großen Verfassungsfragen *Einheit* und *Freiheit* für Deutschland anstanden, in ihrer Form aber noch politisch offen waren.

Gierke gibt dem Leser in einer Einleitung, in einer Begründung der Periodeneinteilung und in einer Einleitung zu jedem Periodenabschnitt Rechenschaft über seinen methodischen Ansatz und über die bewegenden Kräfte, die er in den Perioden wirksam sieht, während dann in den folgenden Kapiteln ein reiches historisches Belegmaterial ausgebreitet wird, das fast einen Abriß der gesamten deutschen Rechtsgeschichte darstellt. Gedankengang und Wertungen sollen vor allem anhand der genannten grundsätzlichen Kapitel verfolgt werden.

In der Einleitung zeigt sich, daß hinter dem Werk eine menschheitsgeschichtliche Konzeption steht. Der Mensch entwickelt sich als Gattungswesen, hat Geschichte durch die Vereinigung von Mensch zu Mensch, die Assoziation. Dem Fortschritt der Weltgeschichte entspricht eine Entwicklung im Bau der menschlichen Verbände, die von den Anfängen in Ehe und Familie dereinst zu einem organisierten Gemeinwesen der ganzen Menschheit führen soll ⁽²⁹⁾.

Diese Entwicklung erfolgt aber nicht geradlinig, sondern im Feld polarer Spannungsverhältnisse. Der Bewegung zu größerer

⁽²⁵⁾ Vgl. dazu vor allem E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. II ², 1968, S. 91-106.

⁽²⁶⁾ Vgl. kurz aber treffend F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* ², 1967, S. 411 f. m. Lit.

⁽²⁷⁾ In der Paulskirche waren u.a. aus der Bewegung der Germanisten vertreten: Von den Göttinger Sieben die Brüder Grimm, Dahlmann, der Verfassungshistoriker Georg Waitz, vor allem auch Gierkes Lehrer Georg Beseler.

⁽²⁸⁾ BÖCKENFÖRDE, *Verf. geschichtl. Forschung*, S. 150, Anm. 12 weist zutreffend darauf hin, daß die Konzeption schon vor 1866, dem Ende des Preußischen Verfassungskonfliktes, festgelegt haben muß.

⁽²⁹⁾ Vgl. *Gen.R.*, S. 1.

Einheit, zu größerer Allgemeinheit ist als Gegenprinzip das der fortlebenden Besonderheit, damit der *Freiheit* zugeordnet ⁽³⁰⁾.

Die Bewegungen in der Geschichte vollziehen sich im Kampf dieser beiden Prinzipien, in der Entfaltung ihrer Idee auf den jeweiligen Stufen; Versöhnung und Harmonie kann zuzeiten erreicht werden durch ein im Gang der Geschichte hinzutretendes Element, die wachsende Intelligenz, das *Bewußtsein* der Völker ⁽³¹⁾.

Zur schließlichen Versöhnung beider Gedanken sind die germanischen Völker durch ihre besondere Gabe der *Genossenschaftsbildung* ihrer innersten Natur nach besonders geeignet ⁽³²⁾. Den romanischen mangelt nicht der Drang zur Allgemeinheit, wohl aber das Prinzip der Selbstverwaltung. England, Amerika, die Niederlande haben dies letztere Prinzip besonders weit und glücklich entwickelt ⁽³³⁾; das deutsche Volk dagegen hat die Gegensätze in seiner Geschichte besonders schwer durchlitten, aber auch besonders tief gefaßt, wodurch die Hoffnung berechtigt ist, daß die deutsche als die späteste unter den europäischen Gesamtorganisationen auch die vollkommenste sein werde ⁽³⁴⁾. Schon in der Einleitung wird also ausdrücklich der Gegenwartsbezug des Werkes dargelegt.

Im historischen Teil zeigt sich dann, daß die Spannung von Einheit und Freiheit im Rahmen der Bildung von Gemeinschaften verschränkt ist mit dem von *Herrschaft* und *Genossenschaft*, aber auch von *Personalität* und *Dinglichkeit*, d.h. der Verbindung von Mensch und Gemeinschaft mit Grund und Boden ⁽³⁵⁾. Genossenschaftlich organisiert war schon in der germanischen Zeit die Sippe, herrschaftlich dagegen das Haus ⁽³⁶⁾. Die älteste Volksorganisation beruht auf einer Genossenschaft freier Leute, hier herrscht also das Begriffspaar Genossenschaft-Freiheit, sie konsti-

⁽³⁰⁾ Die Verbindung zu den Kernbegriffen der deutschen Verfassungsfrage des 19. Jhdts., also den politischen Zielen des Bürgertums, ist offenkundig.

⁽³¹⁾ *Gen.R.*, S. 2.

⁽³²⁾ *Gen.R.*, S. 3.

⁽³³⁾ Das zieht sich durch das ganze Werk hindurch, z.B.S. 3, 640, 656.

⁽³⁴⁾ *Gen.R.*, S. 3.

⁽³⁵⁾ *Gen.R.*, S. 12, S. 33 ff.

⁽³⁶⁾ *Gen.R.*, S. 14.

tuieren hier Einheit, während das Prinzip der Herrschaft sich im kleineren Kreise des Hauses hält.

In dem Zeitalter des Feudalsystems (800-1200) wird die Volksfreiheit durch das Prinzip von Herrschaft und Dienst verdrängt, dem von unten das Prinzip der Verdinglichung entgegenkam ⁽³⁷⁾. Genossenschaften werden in Hofrecht, Dienstrecht (Ministerialität) und Lehnrecht ganz in den Bannkreis der herrschaftlichen Rechtskreise gezogen, wahrten aber innerhalb dieser Kreise nicht nur ungefähre persönliche Gleichheit der Genossen, sondern auch durch Teilnahme am Regiment eine kräftige Selbstverwaltung ⁽³⁸⁾.

Dies bereitet die Überwindung der Lehnverfassung vor. — Während in dieser Zeit die Genossenschaft keinen Anteil an der Staatsidee hatte, verjüngt sie sich jedoch durch einen Gedanken, der mächtiger werden sollte als der der Lehnsmonarchie: Der Gedanke der freien Einung ⁽³⁹⁾. Im Gegensatz zu den gewordenen, gewachsenen Verbänden der älteren Zeit beruht sie auf dem freien Willen der Verbundenen. Sie hat eine Wurzel in den Gilden und entfaltet sich schon in der Stadtfreiheit der altbischöflichen Städte.

In der dritten Periode (1200-1525) wird das freie Einungswesen, die Genossenschaftsbildung durch das Volk von unten und innen in freier Selbsthilfe das beherrschende Prinzip ⁽⁴⁰⁾. Seine vollste Entfaltung findet es in den Städten, die für die heutige Rechts- und Staatsauffassung (Scheidung öffentlichen und privaten Rechts, Gedanke einer einheitlichen obersten Gewalt, Selbstverwaltung, Entsprechung von bürgerlichem Recht und bürgerlicher Pflicht) die Grundlage legten ⁽⁴¹⁾. Die Stadt und die innerstädtische, in Innungen, Gilden, Zünften gegliederte Gesellschaft, aber auch die größeren politischen Verbindungen leben aus diesem Prinzip: Städtebünde, Adelsbünde, Landfriedensbünde entstehen, ja das Reich selber hält nur als Einung seiner Glieder zusammen ⁽⁴²⁾.

⁽³⁷⁾ *Gen.R.*, S. 153 ff.

⁽³⁸⁾ *Gen.R.*, S. 156.

⁽³⁹⁾ *Gen.R.*, S. 221.

⁽⁴⁰⁾ *Gen.R.*, S. 296.

⁽⁴¹⁾ *Gen.R.*, S. 300 ff.

⁽⁴²⁾ *Gen.R.*, S. 299, S. 508 ff.

Die Schweizer Eidgenossenschaft ist ein Beispiel, wie unter Beteiligung der Bauern ein territoriales Staatswesen auf der Grundlage der Einung entstehen kann ⁽⁴³⁾. Das Zeitalter schließt mit einer letzten und großen Freiheitstat, der Reformation ⁽⁴⁴⁾, muß aber mit dem Sieg des Gegenprinzips enden, weil das Genossenschaftsprinzip im Egoismus privilegierter Korporationen erstarrt war und ihm durch Ausschluß der Bauern, endgültig besiegelt mit der Niederlage im Bauernkrieg, die Verbindung zur ländlichen Bevölkerung verlorengegangen war ⁽⁴⁵⁾.

Infolgedessen wird in der folgenden Periode (1525-1806) der Gedanke der *Obrigkeit* zum herrschenden Prinzip ⁽⁴⁶⁾. Die Beteiligung der Gesamtheit an der Selbstverwaltung in engeren und weiteren Kreisen nimmt, wie auch das politische Verständnis, ab. Der Staat wird etwas vom Volke Verschiedenes, nämlich die Summe aller öffentlichen Gewalt ⁽⁴⁷⁾, der Untertan lediglich Objekt des öffentlichen Rechts. Subjekt bleibt er im Privatrecht, in dem sich also das Prinzip der Freiheit erhält.

Das Genossenschaftswesen wird einerseits durch den Staat seiner Autonomie und Selbstverwaltung beraubt, andererseits führt die Emanzipation der Individuen zur Entleerung der genossenschaftlichen Zwischenschichten: Staat und Individuen stehen sich nun unmittelbar gegenüber. Der Vorgang wird vollendet durch die französische Revolution in der Herstellung individueller Freiheit und rechtlicher Gleichheit. In Deutschland dagegen zerschlug der absolute Staat mit den Genossenschaften die Herrschaftsverbände, damit die ständische Gliederung und alle mittelbare Untertänigkeit. Indem er auf diese Weise allgemeine Freiheit und Gleichheit schuf, zog er die große und segensreiche Konsequenz aus seinem Grundprinzip und vollbrachte eine der größten Taten in der Geschichte. Besonders durch die Befreiung des Bauernstandes sühnte er das Unrecht von Jahrtausenden ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴³⁾ *Gen.R.*, S. 516 ff.

⁽⁴⁴⁾ *Gen.R.*, S. 297.

⁽⁴⁵⁾ *Gen.R.*, S. 298, 300, 640, vgl. auch S. 645.

⁽⁴⁶⁾ *Gen.R.*, S. 638.

⁽⁴⁷⁾ *Gen.R.*, S., 642 ff.

⁽⁴⁸⁾ *Gen.R.*, S. 645 ff.

⁽⁴⁹⁾ *Gen.R.*, S. 645.

Die fünfte Epoche, nach 1806, stellt für Gierke so sehr Gegenwart dar, daß er nur eine allgemeine Tendenz angeben kann. Sie steht ihm im Zeichen einer neuen, jugendkräftigen modernen Assoziationsbewegung, die von unten alle öffentlichen Verbände mit selbständigem Gemeinleben füllt. Selbstbestimmung, Selbstverwaltung und Freiheit sind seine Zeichen. Der Staat beginnt sich in das Volk zurückzuverlegen, ist nichts anderes als das organisierte Volk, und zwar vermittelt repräsentativer Verfassung, öffentlicher Kontrolle der Verwaltung und Teilnahme des Volkes an der Rechtserzeugung und volkstümlicher Rechtsprechung in Strafsachen. — Aber noch eine zweite Wirkung hat die moderne Assoziationsidee: Sie wirkt der drohenden Atomisierung des Volkes entgegen durch zahllose organische Neuverbindungen mit eigener Lebenskraft, durch ein freies Vereinswesen im privaten wie im öffentlichen Recht, in Kapitalvereinen wie in Arbeitsvereinen, auf politischem, religiösem, sittlichem, sozialem und wirtschaftlichem Gebiet ⁽⁵¹⁾. Da diese Assoziationen nur auf freiwilliger Grundlage ein genau begrenztes Stück der Individualität erfassen, sind sie mit der größten individuellen Freiheit vereinbar; da sie sich mannigfach überkreuzen, ist die Gefahr neuer ständischer Sonderung, einer Trennung nach Klassen oder Ständen, nicht gegeben ⁽⁵²⁾. Das neue Assoziationswesen hat also die Lebendigkeit des mittelalterlichen Einungswesens, meidet aber die Elemente, die zu seiner Erstarrung geführt haben. Es steht erst am Anfang der von ihm geprägten Epoche.

Gierkes große historische Monographie vermittelt sicher heute noch gültige, z.T. wieder entdeckte oder auch noch wieder zu entdeckende geschichtliche Erkenntnisse neben anderen, die durch die Forschung überholt sind. Ihr Aufriß überrascht aber vor allem durch die Konsequenz in der Konzeption eines auf die Gegenwart zuschreitenden, auf die Gegenwart bezogenen historischen Prozesses ⁽⁵³⁾. Dieser Prozeß ist, das sagt Gierke mehrfach und

⁽⁵⁰⁾ *Gen.R.*, S. 638, S. 652.

⁽⁵¹⁾ *Gen.R.*, S. 882.

⁽⁵²⁾ Vgl. die wichtige Stelle *Gen.R.*, S. 654, zu konfrontieren etwa mit S. 298 (ständische Abgrenzung am Ende des MA). Auch *Gen.R.*, S. 652.

⁽⁵³⁾ Vgl. die mit der hier gegebenen weitgehend übereinstimmende, den Ge-

ausdrücklich, von *Notwendigkeit* beherrscht, gehorcht einer geschichtlichen Gesetzmäßigkeit ⁽⁵⁴⁾. Hierin steht Gierke in der naturrechtlichen Tradition der Herleitung der Gegenwart aus gesetzmäßigen Entwicklungen aus einem geschichtlichen Frühzustand, die im 19. Jahrhundert fortgeführt wurde von Comte, in dialektischer Methode von Hegel und Marx — er unterscheidet sich dagegen grundlegend von jedem Historismus, der den historischen Prozeß in einmalige Individualitäten auflöst und dadurch seines Aktualitätsbezuges beraubt ⁽⁵⁵⁾.

Die Geschichte entwickelt sich für Gierke mit innerer Notwendigkeit in dialektischen Schritten, zwischen Einheit und Freiheit-Vielheit, Allgemeinheit und Besonderem, oben und unten, Herrschaft und Genossenschaft, Personalität und Dinglichkeit. Die geschichtliche Entwicklung stellt einen Fortschritt dar, zu umfassenderen Einheiten, differenzierterer Vielheit, größerer Bewußtheit; darum treffen die Gegenprinzipien auf verschiedener geschichtlicher Stufe in verschiedener Qualität aufeinander und heben sich dialektisch auf einer höhere Ebene ⁽⁵⁶⁾.

Die Gegenprinzipien treten sich als Gedanken, Ideen gegenüber; doch verkörpert jede Idee ein Grundprinzip der gesellschaftlichen Ordnung, das dann in den ausführenden Kapiteln historisch sehr konkret verfolgt wird. Gierke geht damit sicher von Ideen aus, sie sind ihm aber nur oberste Abstraktionen sozialer Gestal-

dankengang Gierkes zuerst in dieser Klarheit herausarbeitende Analyse von E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung*, S. 157 ff.

⁽⁵⁴⁾ *Gen.R.*, S. 10, 298 ff.

⁽⁵⁵⁾ Vgl. aus der umfangreichen Historismus-Literatur dazu F. SCHNABEL, *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert*, Bd. III³, 1954, S. 36 ff. H. SCHELSKY, *Einsamkeit und Freiheit*, in *Rowohlt's Enzykl.* 1963, S. 280 ff. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die histor. Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, Basel-Stuttgart 1965. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* ², S. 415, 416 ff.

⁽⁵⁶⁾ Der damit offenkundige Einfluß der Hegel'schen Dialektik auf Gierkes Geschichtsdenken wird meist nicht gesehen — etwa in der Biographie ERIC WOLFS, *Große Rechtsdenker*, auch nicht in der neuesten, gerade Methodenfragen gewidmeten Arbeit von ALBERT JANSSEN, *Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, Göttingen 1974. Der Hegel'sche Einfluß dagegen aufgezeigt bei GUSTAV BOEHMER, *Grundlagen der bürgerl. Rechtsordnung*, Bd. II, 1, Tübingen 1951, S. 156 f., und sehr klar, letztlich allerdings Schelling'schen Immanenzdenken erliegend, bei E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die dt. verf. gesch. Forschung*, S. 147 ff., bes. S. 155 f.

tungen. Mischformen und Gegenbeispiele fehlen nicht. Es wäre daher sicher unrichtig, seine Betrachtung eine rein ideengeschichtliche zu nennen.

Gierkes Sympathie ist offensichtlich auf der Seite des genossenschaftlichen Prinzips. Positiv bewertet ist auch das mit ihm verbundene Prinzip der Freiheit, ebenfalls, aber nicht ganz so deutlich das der Gleichheit⁽⁵⁷⁾. Es erscheint, etwa in der französischen Entwicklung, verbunden mit der Gefahr der Atomisierung der Gesellschaft⁽⁵⁸⁾. Das Gegenprinzip der Herrschaft, der Obrigkeit führt bei Entartungen des Genossenschaftsprinzips zum dialektischen Umschlag, ermöglicht gerade dadurch geschichtlichen Fortschritt, Erfassung größerer Einheiten und höherer Stufen der Organisation auf dem Wege zum neuzeitlichen Staat.

Gierke spricht dabei einige sehr deutliche Wertungen aus: Die Lebendigkeit des genossenschaftlichen Prinzips erhält sich durch Gemeinsinn, Liebe zur Freiheit, aber auch durch Gewerbefleiß⁽⁵⁹⁾. Das Prinzip freiwilligen Zusammenschlusses ermöglicht ganzen Schichten den sozialen Aufstieg, ja politische Herrschaft, wie Gierke geradezu enthusiastisch bei der Behandlung des handwerklichen Zunftwesens der mittelalterlichen Städte ausführt⁽⁶⁰⁾.

Es habe auf diese Weise zum ersten Mal in der Geschichte das Recht und die Ehre der Arbeit zur Anerkennung gebracht. Das Genossenschaftswesen erstarrt (und unterliegt) dagegen dann, wenn es aus Egoismus ständisch beschränkt wird, die Vorteile nur einem begrenzten Kreis zugute kommen oder gar ganze Teile

(57) Vgl. z.B. die Ausführungen zur « wenigstens ungefähren persönlichen Gleichheit » innerhalb feudaler Herrschaftsverbände, in *Gen.R.*, S. 156. Für die moderne Gleichheit *Gen.R.*, S. 645, als wohlthätiges Resultat der Zerschlagung ständischer Gliederung.

(58) *Gen.R.*, S. 645, 646, 651.

(59) Bei der Schilderung des mittelalterl. Stadtbürgertums in *Gen.R.*, S. 303.

(60) *Gen.R.*, S. 358. Die aufschlußreiche Stelle lautet: « Wurde der Handwerkerstand, dessen große Masse nur langsam aus der Hörigkeit zur Freiheit emporstieg, von dem Gedanken der Einung am spätesten ergriffen, so zeigt sich doch gerade an ihm in herrlichster Weise die Macht des neuen Principis. Wohlstand und Ansehen, Bildung und innere Tüchtigkeit, bürgerliche Tugenden und endlich die Herrschaft in den Städten, das Alles errang er durch das Mittel freier genossenschaftlicher Vereinigung, durch die zünftige Organisation ».

der Bevölkerung, wie der spätmittelalterliche Bauernstand, von ihm ausgeschlossen sind.

Es drängt sich auf, in diesen Wertungen auch eine Stellungnahme Gierkes zu seiner Gegenwart zu sehen. Es war die Zeit der ungelösten sozialen Frage; die große wirtschaftliche Dynamik der Industrialisierung entfaltete sich unter zunehmender Ausnutzung verschiedener « bürgerlicher » Assoziationsformen zur Einbringung von Kapital, Initiative und Kenntnissen — doch die Assoziationsformen, in denen die Arbeiterschaft sich soziale Sicherheit, Eigentum und Teilhabe am Sozialprodukt, politische Mitwirkung sichern konnte, standen z.T. noch unter strafrechtlichem Verdikt, waren im übrigen noch unentwickelt ⁽⁶¹⁾. Mußte dem Bürgertum, das in 19. Jahrhundert gewohnt war, in historischer Verkleidung politische Zielvorstellungen zu erkennen ⁽⁶²⁾, die Gefahr einer Erstarrung des Genossenschaftsprinzips durch bürgerlichen Klassenegoismus und Nichteinbeziehung breiter Bevölkerungsschichten nicht damit deutlich vor Augen gestellt sein? Nicht nur seine wirtschaftliche und kulturelle Entfaltung, sondern auch seine politischen Ziele der nationalen Einheit und Freiheit, der Verbindung von Staat und Volk, der repräsentativen Verfassung hingen nach Gierke aber von der weiteren Entfaltung des genossenschaftlichen Prinzips ab. Dies versprach überwindende Versöhnung mit dem Prinzip des Obrigkeitsstaates.

2. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts.*

Am bekanntesten für den heutigen Juristen ist Gierke wohl als Kritiker des Entwurfs des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Einen wesentlichen Teil seiner Arbeitskraft hat er in der Tat dem Privatrecht, wohl vor allem unter der Herausforderung

⁽⁶¹⁾ Hier ist hinzuweisen auf die auch nach der Einführung der Koalitionsfreiheit in der GewerbeO. v. 1869 behinderte Stellung der Gewerkschaften wie auf den Kampf gegen die politische Arbeiterbewegung durch die Sozialistengesetze bis 1890.

⁽⁶²⁾ Vgl. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die dt. verf.-geschichtl. Forschung*, cit., aber auch die Bedeutung historischer Romane (etwa Felix DAHN, GUSTAV FREYTAG) und der Historie in der Malerei.

der anstehenden deutschen Kodifikation, gewidmet. Zu nennen sind seine umfangreiche, detaillierte Kritik am Entwurf, aber auch sein Deutsches Privatrecht, in welchem er im historisch-positivistischen Ansatz der Zeit ein germanistisch-deutsches rechtliches System als Ergänzung und Alternative zum römischen Recht der Pandektenwissenschaft entwirft. Schärfste Profilierung und Zusammenfassung finden seine Vorstellungen in dem Wiener Vortrag von 1889: Über die soziale Aufgabe des Privatrechts ⁽⁶³⁾. Dessen Gedankengang soll hier darum verfolgt werden.

Gierke bejaht zunächst die Aufgabe der Rechtswissenschaft, über Feststellung des Seienden hinaus aus ihrer besonderen Sachkenntnis rechtspolitische Vorstellungen zu entwickeln, nicht allein, sondern neben dem Volk als ganzem wie in seinen Teilen. Die Kontroversen des Jahrhunderts um Gesetzgebung (Savigny-Thibaut), zu Volksrecht oder Juristenrecht (Beseler-Puchta) waren Gierke hierbei sicherlich ebenso bewußt wie die darin enthaltene Ablehnung rechtspositivistischer Selbstbescheidung ⁽⁶⁴⁾. In einem kurzen, aber weltgeschichtlich weitgespannten Überblick versichert sich Gierke sodann der historischen Situation und der daraus folgenden Aufgabe der Gegenwart. Wir erkennen vieles wieder: Der gesellschaftstheoretische Ansatz wird in der Feststellung der doppelten Bestimmung des Menschendaseins begründet: Der Mensch lebt einerseits sich selbst, andererseits der Gattung ⁽⁶⁵⁾. Die Römer, als Meister der Form, haben diesen Gegensatz juristisch in der Gegenüberstellung von öffentlichem Recht und Privatrecht zu fassen vermocht.

Die Germanen traten in einem unfertigen Zustand in die Geschichte, brachten den Gedanken der Einheit allen Rechts ein, der der letztlichen Einheitlichkeit des Menschen als Gattungs-

⁽⁶³⁾ Berlin 1889. Hier zitiert nach ERIK WOLF, *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt-M. 1949, S. 479-511.

⁽⁶⁴⁾ Diese am deutlichsten formuliert durch B. WINDSCHEID: Politische, ethische, volkswirtschaftliche Überlegungen sollten nicht Sache des Juristen als solchen sein. *Rektoratsrede 1884*, in *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, hrg. v. P. OERTMANN, Leipzig 1904, S. 112.

⁽⁶⁵⁾ *Soz. Aufgabe*, S. 480.

wie als Einzelwesen entspricht. Dadurch war ihr Staat vom Rechtsgedanken durchdrungen, ihr Privatrecht zwar publizistisch gebunden, aber durch und durch sozial ⁽⁶⁶⁾.

Aus dem Mittelalter entwickelt sich die Moderne als eine Emanzipationsbewegung sowohl des Staates wie des Individuums, in den Stufen des Naturrechts, des aufgeklärten Absolutismus, der französischen Revolution ⁽⁶⁷⁾. Die Gefahr dieser Entwicklung liegt in der unvermittelten Konfrontation des isolierten Individuums mit der letzten Allgemeinheit, dem omnipotent gewordenen Staat. Das wäre das Ende unserer Kulturentwicklung, darin sieht er die « unbeschwichtigten Gefahren furchtbarer Art im Schoße unserer Gesellschaft », das läßt ihn zweifeln, ob seine Gegenwart in der Jugend einer aufgehenden historischen Epoche steht oder nicht vielmehr an deren Ende, wie die ausgehende Antike. Darum ist das Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht eine Lebensfrage der Gegenwart ⁽⁶⁸⁾. Darum gilt sein Kampf sowohl der extremen Naturrechtslehre, dem schrankenlosen Individualismus, den herrschenden kapitalistischen Anschauungen, wie auch den sozialistischen Lehren, die durch Verstaatlichung allen Privatrechts Unfreiheit und Barbarei brächten. Seine Linie (also zwischen Kapitalismus und Sozialismus) ist die des sozialen Rechts, der Versöhnung von Individualismus und Gemeinschaft, von römischer Form und germanischer Einheit, auf der Ebene der geschichtlich gewonnenen Freiheit und Differenzierung der geistigen Funktionen.

Auf der Grundlage des so gewonnenen Verständnisses geht er einen kurzen Gang durch die Gebiete des Privatrechts. Als erstes lehnt er die Konzeption ab, das Privatrecht als reines Recht der Willensmacht des Individuums in eine Kodifikation zu fassen, die gesetzlichen Maßnahmen auf sozialpolitischem Gebiet aber als unreine Vermischungen von öffentlichem und privatem Recht in Sondergesetze abzuschieben. Er sieht die Gefahr, daß sich Ausbildung und Bewußtsein der Juristen vor allem an System und Wertungen der Kodifikation ausrichten, nicht aber an sozial-

⁽⁶⁶⁾ *Soz. Aufgabe*, S. 482.

⁽⁶⁷⁾ *Soz. Aufgabe*, S. 483.

⁽⁶⁸⁾ *Soz. Aufgabe*, S. 485.

politischen Wertungen. Die Pflichtenbindung, das Mißbrauchsverbot etwa, gehörten zu jedem Rechtsinstitut immanent hinzu.

Das wendet er zunächst auf das Eigentum an, indem er auf die naturgegebene größere Sozialbindung des Bodeneigentums gegenüber Mobiliareigentum hinweist ⁽⁶⁹⁾. In frischen, zupackenden Formulierungen und mit drastischen, durchaus aus der modernen Industriewelt genommenen Beispielen legt er den « kulturfeindlichen Widersinn » eines obrigkeitlichen, abstrakten, von seinen sozialen Funktionen gelösten Eigentumsbegriffes dar. Neben dem Ziel der Mobilität eines liberalisierten Marktes an Grund und Boden müsse die soziale Funktion des Grundeigentums beachtet werden. Das führt er in Bezug auf den deutschen Bauernstand aus, « des stärksten Bollwerks gegen äußeren Ansturm und inneren Umsturz ». Auch dem Adel, dem « in geschichtlichen Familien befestigten Großgrundbesitz » billigt er eine nationale und soziale Funktion zu, verlangt aber vor allem Festlegung der Schranken für die Familienfideikomisse durch deren Einbeziehung in die nationale Gesetzgebung. Schließlich fordert er Verbindung der neuen Schichten des Volkes, des Arbeiterstandes mit Grund und Boden durch eigenen Besitz, weist dabei auf alte Institute wie die Erbpacht hin; nur Vorurteile könnten in deren Wiederbelebung unter heutigen Verhältnissen feudale Bestrebungen sehen ⁽⁷⁰⁾.

In schärfster Weise stellt Gierke dann die Gefahren einer unkontrollierten Vertragsfreiheit im Bereich des Schuldrechts ins Licht seiner Betrachtung. « Eine furchtbare Waffe in der Hand des Starken, ein stumpfes Werkzeug in der Hand des Schwachen », « rücksichtslosen Formalismus », Gefährdung ganzer Gesellschaftsschichten, nämlich der kleinen Bürger, der Bauern und Arbeiter durch Geschäftsleute, Unternehmer und Kapitalisten konstatiert Gierke hier ⁽⁷¹⁾. Vor allem sei diese Gefahr beim Dienstvertrag gegeben, da hier der ganze Mensch eine dauernde Bindung eingehe.

Wir übergehen die aufschlußreichen Ausführungen zum Personenrecht (gerichtet gegen die materialistische Ausrichtung des

⁽⁶⁹⁾ *Soz. Aufgabe*, S. 492.

⁽⁷⁰⁾ *Soz. Aufgabe*, S. 497.

⁽⁷¹⁾ *Soz. Aufgabe*, S. 499 u. 500.

Entwurfs), zum Familien- und Erbrecht, um uns seinen abschließenden Ausführungen zum Verbandsrecht zuzuwenden ⁽⁷²⁾. Im Rahmen des Verbandsrechts geht er nämlich — nach dem Dienstvertragsrecht — noch einmal auf ein Kerngebiet der sozialen Frage ein. Er stellt fest, im heutigen Leben spielten Herrschaftsverbände eine wichtige Rolle: Das seien einmal die Hausgemeinschaft durch Eintritt des Gesindes, zum anderen das Unternehmen, « ein monarchisch organisiertes Ganzes, dessen alleiniger Träger der Unternehmer ist und dem Angestellte und Arbeiter als dienende Glieder angehören ». Da dieser Satz zu Fehldeutungen Anlaß gegeben hat, soll sein Stellenwert im Gierke'schen Denken noch genauer festgelegt werden: Er charakterisiert ihn ausdrücklich zweimal als Feststellung von etwas Bestehendem, nicht als rechtspolitisches Ziel.

Zwar bleibe es juristisch der freie Vertrag, der Arbeiter und Unternehmer binde, doch sei es eine Fiktion unseres Rechtssystems, daß hier lediglich die Summe obligationenrechtlicher Einzelbeziehungen zwischen freien und gleichen Individuen vorläge. Die Feststellung, es liege ein monarchisch organisierter Herrschaftsverband vor, ist aber für Gierke die Grundlage zweier weitergehender rechtspolitischer Forderungen: Einmal nach einer Haftpflicht des Geschäftsherren für vom Betrieb ausgehende Schäden nach außen, zum anderen für die öffentliche, staatliche Verantwortung zur Regelung des Verhältnisses des Unternehmers zum einzelnen Arbeitnehmer nach innen (gegen Verkümmern der Persönlichkeit, gegen Ausbeutung des Schwachen, für Verpflichtung zur positiven Fürsorge). Hierbei erwähnt er zustimmend die (Bismarck'sche) Sozialgesetzgebung, die nicht auf einem individualistischen Gesellschaftsbild, sondern nur auf Verbandseinheiten fußen könne.

Nun folgt ein Hinweis auf einen Gedanken, der sich dem Kenner Gierke'scher Dialektik von Herrschaft und Genossenschaft schon aufgedrängt hatte: Fernere sozialpolitische Gesetzgebung müsse davon ausgehen, daß das moderne Unternehmen eine Form personrechtlicher Verbindung sei. Aus dem Gierke'schen Geschichtsbild ergibt sich, daß damit eine Ergänzung des Herrschaftsverban-

⁽⁷²⁾ *Soz. Aufgabe*, S. 506 ff.

des durch genossenschaftsrechtliche Elemente gemeint ist: Das Thema einer Betriebsverfassung, der Mitbestimmung im Betrieb liegt damit unabweislich auf dem Tisch.

In diesem Zusammenhang wird ein weiterer Grundgedanke Gierkes deutlicher: In der Ausfüllung der durch die Emanzipationsbewegung von Individuum und Staat entleerten Zwischensphäre durch freie Assoziationen auf verschiedener sozialer Grundlage und mit verschiedener Rechtsform, eben durch Unternehmen, Gesellschaften, Anstalten, Körperschaften, entstehe eine Schicht von Sozialrecht ⁽⁷³⁾, deren Lebenskraft erst die Gesundheit des gesellschaftlichen Körpers begründe ⁽⁷⁴⁾. Sie fülle nicht nur das Lebensgebiet zwischen privatem und öffentlichem Recht aus, sondern hebe das Privatrecht über den Bereich des reinen Individualismus, spanne es damit ein in die soziale Idee, ergreife aber auch das öffentliche Recht, indem Staat und öffentliche Körperschaften privatrechtlich tätig werden — letztlich wohl aber dadurch, daß der Staat in das Volk zurückverlegt werde ⁽⁷⁵⁾.

3. *Staatstheorie und Staatsrecht, Gesellschaft und Staat.*

In die Auseinandersetzung mit der Staatsrechtslehre seiner Zeit, mit dem Übergreifen der positivistischen Methode aus dem Privatrecht ins Staatsrecht, tritt Gierke in seiner umfangreichen Rezension von Labands Staatsrecht ein, eines maßgebenden Werkes also zur Reichsverfassung von 1871 ⁽⁷⁶⁾. Seine Kritik geht aus von methodischen Fragen, deckt das dahinter stehende Rechts- und Staatsverständnis auf, konfrontiert es mit seinem eigenen Ansatz und verfolgt die Konsequenz bis in detaillierte Einzelfragen. Zum Eingang zeigt sich wieder die maßvolle Art, in der Gierke wissenschaftliche Auseinandersetzungen führt: Er erkennt

⁽⁷³⁾ *Soz. Aufgabe*, S. 508.

⁽⁷⁴⁾ *Soz. Aufgabe*, S. 510.

⁽⁷⁵⁾ Der Gedanke zieht sich auch durch den Wiener Vortrag, ist am deutlichsten ausgedrückt schon *Gen.R.*, S. 655.

⁽⁷⁶⁾ OTTO GIERKE, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* (zit.: *LStR*). In *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* (SCHMOLLERS Jb.) N.F., 7. Jg., 1883, 4. Heft. S. 1097-1195. Auch als Nachdruck Darmstadt 1961.

das Niveau der Laband'schen Arbeit an und bejaht auch die historische Notwendigkeit, in deutlicher Trennung der alten Verbindung zur Politik das Staatsrecht nunmehr als juristische, begrifflich klar durchkonstruierte Materie zu konzipieren ⁽⁷⁷⁾.

In einer Darlegung, die auch heute nicht überholt erscheint, klärt er aber die begrenzte Rolle des logischen Elementes in der juristischen Methode, das Verhältnis des Rechts zum Sozialleben und die inhaltlichen Vorentscheidungen, die eine nur konstruktiv-logische Methode schon in sich trägt ⁽⁷⁸⁾. Die Klarheit der Erkenntnis dieser Zusammenhänge muß erstaunen in einer Zeit, in der der begriffsjuristische Positivismus mit ungeheurer Selbstsicherheit auftrat.

Die Begrenzung auf die rein juristische Methode könne genügen für den größten Teil der juristischen Tagesarbeit. Wo jedoch prinzipielle Fragen gelöst und Grundbegriffe umgestaltet würden, sei volles Verständnis für das Wesen und den Gehalt der Rechtsinstitute vonnöten. Dazu aber bedürfe es des Verständnisses der Kausalitätsverhältnisse zwischen dem Recht und den übrigen Manifestationen des sozialen Lebens. — Zu diesem Zwecke umreißt Gierke sein Rechtsverständnis. Er billigt dem Recht eine gewisse Eigenständigkeit zu, es sei eine eigentümliche und nur sich gleiche geistige Potenz, doch zugleich eine einzelne soziale Funktion und Teil des Gemeinlebens, das durch innigen Zusammenhang und ununterbrochene Wechselwirkung aller seiner Funktionen zur Einheit verknüpft werde. So werde und wachse das Recht nicht aus sich selbst heraus, sei vielmehr durch das Werden der gesamten äußeren Lebensverhältnisse und inneren Anschauungen der Gesamtheit, der materiellen und ideellen Bildungen bestimmt, das Verhältnis der Harmonie und Disharmonie zu ihnen bedinge seine Macht und Wirksamkeit. Am wenigsten könne die Staatsrechtswissenschaft auf eine solche Weite des Horizontes verzichten ⁽⁷⁹⁾. Das betrifft vor allem das Verhältnis zur Politik — bei der Labands'chen begrifflichen Methode werde oft nur das politische Motiv verschwiegen, das in Wahrheit den Ausschlag für eine Ent-

⁽⁷⁷⁾ *LSiR.*, S. 1104, 1108.

⁽⁷⁸⁾ *LSiR.*, bes. S. 1113, S. 1105.

⁽⁷⁹⁾ *LSiR.*, S. 1114.

scheidung gegeben habe ⁽⁸⁰⁾. Er verortet das Recht noch einmal genau zwischen politischen, religiösen und ethischen Anschauungen einerseits, wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen andererseits.

Unter der Fragestellung eines juristischen Sozialismus fällt in dieser methodischen Grundlegung Gierkes seine radikale Frage nach den genetischen Wurzeln des Rechts wie nach den tatsächlichen Wirkungen des Rechts ins Auge. Recht wird also nachdrücklich auf die dahinterstehenden Wertungen, aber auch auf die realen sozialen und wirtschaftlichen Wirkungen befragt. Diese Fragestellung dient der Entschleierung, ist wissenschaftlich-aufklärerisch, nimmt in vielem Max Weber voraus. Eine gewisse Parallelität zu Marx'schem Denken fällt auf: Die dialektischen Verhältnisse, Spannungen und Unegalitäten zwischen Überbau und sozio-ökonomischer Basis werden bei Gierke ebenso aufgerissen, die Stellung des Rechts im Überbau eher genauer beschrieben. Freilich wendet sich Gierke entschieden gegen die Priorität der materiellen Basis im historischen Prozeß. Er definiert seinen « Idealismus » nun genauer ⁽⁸¹⁾: Ideen seien sehr reale weltgeschichtliche Mächte gewesen, ohne Parteinahme in den philosophischen Prinzipienkämpfen könne man zu den allgemeinen Lehren des Staatsrechts nicht Stellung nehmen.

Als Ideen und Prinzipien solcher Art sieht er an Vorstellungen über das Verhältnis zwischen Individuum und Allgemeinheit, vom Wesen sozialer Zusammenhänge und Organisation, der Stellung menschlicher Verbände innerhalb der gesellschaftlichen und gegenüber der individuellen Daseinsordnung, Aufgaben und Schranken der höchsten irdischen Gewalt, von den Beziehungen zwischen Gerechtigkeit, Macht und Zweckmäßigkeit.

Später wird auch sein Verständnis der Rechtsidee erläutert, wenn vielleicht auch nicht letztlich geklärt ⁽⁸²⁾: Nicht eine metaphysisch begründete Seinsordnung begreift er darunter, den dahingehenden Irrtum des Naturrechts wehrt er ab; doch müsse die konkrete, positive, historisch bedingte Ausgestaltung der Rechts-

⁽⁸⁰⁾ *LStR*, S. 1105.

⁽⁸¹⁾ *LStR*, S. 1119.

⁽⁸²⁾ *LStR*, S. 1190.

ordnung, der allein die Herrschaft gebühre, in Harmonie sein mit den Anforderungen des sittlichen Bewußtseins wie den Bedürfnissen des politischen, sozialen und wirtschaftlichen Lebens: das heißt mit der Rechtsidee im inneren Heiligtum der Menschenbrust.

Von dem gewonnenen methodischen Standpunkt aus entwickelt Gierke seinen Ansatz eines Staatsrechts gegen den Laband'schen, stets orientiert an den positiven Regelungen der Reichsverfassung von 1871. Er geht davon aus, dem Staatsrecht sei die Lebenswirklichkeit eines realen Gemeinwesens vorgegeben ⁽⁸³⁾. Eine individualistisch-mechanische Konstruktion des Staates, wie sie Konsequenz einer bloßen Übernahme privatrechtlicher Methode sei, verfehle das Ziel; das Staatsrecht müsse sich wissenschaftlich-methodische Selbständigkeit wahren ⁽⁸⁴⁾.

Der Staat sei seinem Wesen nach einmal Herrschaft, zum anderen Genossenschaft ⁽⁸⁵⁾. Laband wirft er vor, er sehe durch seinen methodischen Ansatz einseitig nur das Element der Herrschaft, nur das, was in das Schema von Befehl und Gehorchen hineinpasse. Er legt das offen als absolutischen Zug ⁽⁸⁶⁾, als Übernahme aus der überwundenen Zeit des Obrigkeitsstaates, den er deutlich als Despotentum charakterisiert; weder dieses Staatsverständnis noch das dualistisch-ständische (in welchem immerhin das Volk als Rechtsträger berücksichtigt war) könne für die Gegenwart zur Grundlage dienen ⁽⁸⁷⁾.

In den folgenden Ausführungen umreißt Gierke, vom Menschen und Bürger ausgehend, dessen Teilhaberechte am Staat als genossenschaftliches Element in der Verbindung von Volk und Staat, aber auch dessen Recht auf Freiheit vom Staat ⁽⁸⁸⁾. Er versucht also, um es mit anderen Worten zu sagen, die Prinzipien von Demokratie und Liberalismus in der Verfassung des konstitutionellen Kompromisses zu verankern.

⁽⁸³⁾ Etwa *LStR*, S. 1127.

⁽⁸⁴⁾ Z.B. *LStR*, S. 1123 u. öfters.

⁽⁸⁵⁾ *LStR*, S. 1130.

⁽⁸⁶⁾ *LStR*, S. 1131.

⁽⁸⁷⁾ *LStR*, S. 1152.

⁽⁸⁸⁾ *LStR*, S. 1131.

⁽⁸⁹⁾ *LStR*, S. 1133 f.

Dem ersten Prinzip trägt er Rechnung, indem er die Staatsangehörigkeit nicht als Einfügung in ein Gewaltverhältnis, sondern als Mitgliedschaft im Gemeinwesen auffasst ⁽⁹⁰⁾. Das hat weitere Auswirkung auf die Konzeption der Reichsorgane, die nicht nach dem Bild privatrechtlicher Stellvertretung, sondern der organschaftlichen Repräsentation des Ganzen durch einen verfassungsmäßig ermächtigten Teil verstanden werden wollen. Diese theoretische Begründung dient auch dazu, gegen Laband dem Reichstag eine Stelle nicht neben dem Staate, keine «entstaatlichte» Funktion, sondern als Staatsorgan innerhalb des Gemeinwesens mit einem unentziehbaren Recht auf Mitwirkung bei der staatlichen Willensbildung zu vindizieren ⁽⁹¹⁾. So sehr Gierke sich an den bürgerlich-monarchischen Kompromiß der Reichsverfassung gebunden fühlt, so sehr bewirkt aber sein genossenschaftlich-korporationsrechtlicher Ansatz, daß das demokratische Element in diesem Kompromiß nicht verkümmert und verdrängt, sondern vielmehr als Teilhabe des Volkes kräftig betont wird ⁽⁹²⁾.

Andererseits verankert Gierke den Gedanken der Freiheit, das Erbe des Liberalismus, ebenso fest in seinem Staatsverständnis. Es war in der Reichsverfassung insofern nicht voll enthalten, als sie keinen Grundrechtsteil enthielt, sondern dies den Länderverfassungen und den allgemeinen rechtsstaatlichen Garantien überließ. Ein wichtiger Teil des Vermächtnisses der Paulskirche war somit in die Reichsverfassung nicht eingegangen.

Gierke begründet nun die Grundrechte aus dem in der Reichsverfassung und den Länderfassungen zugrunde gelegten Anspruch des Bürgers auf Achtung seiner Individualfreiheit, eines der Teilhabe des einzelnen als Glied des Staates gegengelagerten Prinzips: daß nämlich der Staat nur einen Teil der Persönlichkeit, nur den

⁽⁹⁰⁾ *LSIR*, S. 1132.

⁽⁹¹⁾ *LSIR*, S. 1148.

⁽⁹²⁾ An Gierkes Bejahung der konstitutionellen Monarchie gibt es keinen Zweifel. In feiner Weise verlegt er aber gegenüber Laband das Hauptgewicht in der Organstellung des Kaisers auf die Stellung als Haupt des Volkes (und die Darstellung der Staatspersönlichkeit, nicht auf die monarchische Machtfülle, bes. S. 1136 u. 1143), also auf Integration und Repräsentation. Das entspricht mehr der Stellung der Monarchen im heutigen England oder Skandinavien, dem eines Staatspräsidenten in einem Kanzlersystem.

Staatsbürger und nicht den ganzen Menschen absorbieren dürfen⁽⁹³⁾. Rechte negativen Inhalts sicherten also eine dem gemeinheitlichen Nexus entzogene Freiheitssphäre. Die Notwendigkeit einer solchen Sonderrechtssphäre sei nur im Staate, nicht in anderen Verbänden nötig, weil der Staat als einziger Verband umfassende Befugnis über seine Mitglieder besitze⁽⁹⁴⁾; darüber hinaus sei kein Anlaß zu mystischer Überhöhung des Staates über andere Korporationen⁽⁹⁵⁾. Auch den Grundrechten erkennt Gierke nicht metaphysisch-überhistorische, naturrechtliche Wirksamkeit zu: Sie empfangen ihre Geltung aus der Anerkennung durch den Staat, der allerdings darin sein Verhältnis zum Rechtsbewußtsein und zur Achtung der Einzelpersönlichkeit darlegt⁽⁹⁶⁾.

Diese Auffassungen Gierkes zum Verhältnis Staat — Recht — Individuum überraschen nicht nur durch den Mangel eines jeden, Gierke so oft vorgeworfenen Mystizismus, durch die Nüchternheit der Betrachtung und die Klarheit, mit der Prinzipien und ihre Konsequenzen herausgearbeitet sind; sie zeigen auch, daß Gierke das liberale Prinzip der Freisetzung der Gesellschaft vom Staate durchaus in seine Lehre aufgenommen hat, sie allerdings mit einer Lehre der staatsbürgerlichen Teilhabe am Staate verschränkt. Er grenzt den modernen bürgerlichen Staat, klarer als der Laband'sche Positivismus, schon in den Ausgangspunkten der methodischen Konstruktion vom absolutistischen Obrigkeitsstaat wie von dem vorausgehenden dualistischen Ständestaat ab. Die Prinzipien von Einheit und Freiheit, von Staat und Volk, von Herrschaft und Genossenschaft sind ihm auf einer historisch neuen Ebene verbunden, nicht unklar verschmolzen⁽⁹⁷⁾; vielmehr kann er die Konsequenzen seiner Konzeption vom Hintergrundverständnis bis zur bejahten Begrifflichkeit des positiven Rechts in einzelner Auseinandersetzung mit dem Positivismus verfolgen. Die historische und

⁽⁹³⁾ *LSiR*, S. 1132 ff.

⁽⁹⁴⁾ *LSiR*, S. 1134.

⁽⁹⁵⁾ *LSiR*, S. 1125.

⁽⁹⁶⁾ *LSiR*, S. 1134.

⁽⁹⁷⁾ Den positiven Aspekt der begrifflichen Methode Labands, der durch die klare begriffliche Konstruktion das Staatsrecht auf die Stufe modernen Rechtsverständnisses hebt, bejaht Gierke immer wieder und diskutiert selber auf dieser Ebene.

ationale Untertönung in seinem Werk tritt hier in auffälliger Weise zurück. Wichtige Ausführungen zur Stellung des Kaisers, zum Bundesstaatsprinzip, zur Rechtsstaatlichkeit, zur Gewaltenteilung, zu Recht und Gesetzgebung, zu den Grenzen des Staatsrechts anhand der seit dem Preußischen Verfassungskonflikt ungelösten Budgetfrage mußten hier beiseite bleiben, wo es vor allem um Gierkes Verständnis vom Verhältnis des Staates zum gesamten Sozialkörper ging. Diese Frage soll in den abschließenden Abschnitt noch einmal im größeren Zusammenhang des Werkes aufgenommen werden.

4. *Der germanische Staatsgedanke und die deutsche Republik.*

In einem historischem Moment erhebt der fast 80-jährige Gierke noch einmal die Stimme, um zu Grundfragen der Gestaltung des deutschen Staates Stellung zu nehmen ⁽⁹⁸⁾: Im Frühjahr 1919, nach dem Zusammenbruch des Heeres und des Kaiserreiches, noch vor Verabschiedung der Weimarer Verfassung, in einer Zeit, in der der Übergang der Revolution in ein Rätssystem — und nicht in eine parlamentarische Demokratie — noch als offene geschichtliche Möglichkeit erschien.

Gierke bekennt sich zunächst in von starkem Gefühl getragenen Worten zur untergegangenen konstitutionellen Monarchie, zu Kaiser und Reich, an denen er mit allen Fasern gegangen habe, ein Staat, der für das deutsche Volk in einem Ebenmaß von Freiheit und Ordnung Verkörperung seiner Seele gewesen sei ⁽⁹⁹⁾. Doch wendet er sich — anders als ein Großteil des deutschen Bürgertums in den Jahren der Weimarer Republik — alsbald der Zukunft eines neuen Staatsaufbaus zu. Seine Aufgabe als Historiker sieht er jedoch darin, die Werte der deutschen Vergangenheit in diesen Staat mit einzubringen.

In der uns nun schon bekannten Weise entwirft er zunächst einen Aufriß der Geschichte, um aus ihr eine Summe zu bewahren-

⁽⁹⁸⁾ *Der germanische Staatsgedanke*. Berlin 1919 (Zit: *Germ. StGed.*).

⁽⁹⁹⁾ *Germ. StGed.*, S. 3.

⁽¹⁰⁰⁾ *Germ. StGed.*, S. 3, 5.

der Prinzipien zu gewinnen ⁽¹⁰¹⁾. Stärker als früher ist wohl das Pathos, das er in die Töne des Deutschen, Germanischen legt. Es finden sich wieder die ständig miteinander ringenden Ideen von Herrschaft und Genossenschaft, Herrschergewalt und Volksfreiheit, doch ist ihr Verhältnis nicht mehr so gefüllt mit dialektischer Dynamik, ist ruhender geworden, wenn auch immer noch die Grundlage der von Notwendigkeit getragenen historischen Bewegung. Simpler als im Genossenschaftsrecht projiziert er die Versöhnung der Prinzipien in den « germanischen Staat » der Frühzeit, folgt damit dem Bild des historischen Positivismus, zu dem er einst eine fruchtbare Alternative entwarf. Die Versöhnung sei gelungen wie einst in der germanischen Frühzeit durch die Verbindung der bürgerlichen Bewegung, deutlich in der 1848er Revolution, mit dem absolutistischen Staat Preußen, vermittelt durch das politische Genie Bismarck. Das Reich kennzeichnet er als Bundesstaat, Verfassungsstaat, Kulturstaat (worin er auch die soziale Aufgabe begreift), Genossenschaftsstaat, Rechtsstaat.

Der Zukunft zugewandt, bedeute dies ⁽¹⁰²⁾: Deutschland müsse nationaler Staat bleiben; d.h. Einfügung in die internationale Staatengemeinschaft, aber nur als ein vollberechtigtes Mitglied. Gierke bewahrt also sein Jugendbild einer zukünftigen genossenschaftlichen Ordnung der ganzen Menschheit; in der Warnung vor einer Diskriminierung Deutschlands im Völkerbund berührt er vorausschauend einen der politischen Fehler der Siegerstaaten, der zum Scheitern der deutschen Republik beitragen sollte.

Gierke fordert weiter eine föderalistische Struktur (bei Bewahrung Preußens); volksstaatlichen Charakter durch tiefere Einsenkung des Staates in das Bewußtsein aller Volkskreise ⁽¹⁰³⁾. Hier ist ihm, das macht der Zusammenhang klar, der Zwiespalt des Kaiserreiches zur Arbeiterschaft deutlich, der nunmehr überwunden werden soll. In schärfsten Worten geißelt er dann die Schäden, die überzogener Individualismus und Kapitalismus in der vergangenen Epoche angerichtet haben: Zersetzung des Volkskörpers, den bis zur Vernichtungswut gesteigerten Haß des Arbeiterheeres

⁽¹⁰¹⁾ *Germ.StGed.*, S. 6-24.

⁽¹⁰²⁾ *Germ.StGed.*, S. 24 ff.

⁽¹⁰³⁾ *Germ.StGed.*, S. 26.

gegen das Unternehmertum (den er, das ist zu beachten, ganz eindeutig der damaligen bürgerlichen Gesellschaftsform anlastet). — Demgegenüber fordert er den sozialen Staat, kräftige Entfaltung der Anfänge deutscher Sozialpolitik, Überbrückung der Kluft von Kapital und Arbeit, Versöhnung der Interessenkämpfe. — Sozial aber heißt ihm nicht sozialistisch ⁽¹⁰⁴⁾, denn in der totalen Vergesellschaftung von Produktion und Güterverteilung sieht er Erstarrung des lebendigen Volksorganismus zum mechanischen Zwangsapparat, Austilgung der Freiheit des Individuums und ein Ende der aufsteigenden Kulturbewegung. Er begreift also unter Sozialismus einen von oben organisierten, planwirtschaftlichen Staatssozialismus, in ihm sieht er eine einseitige Durchführung des Prinzips der Herrschaft, der Einheit und Ordnung des Obrigkeitsstaates, Unterdrückung des Prinzips von Genossenschaft, Freiheit, Vielheit. Zur Bewahrung vor diesen Gefahren ruft er die Verantwortung der Obrigkeit auf ⁽¹⁰⁵⁾, die auch gegen die ungliederte Masse, eine an Kopfzahl überwiegende Klasse das Gemeinwesen gegen Anarchie und die unausbleibliche Ablösung durch eine gewalttätige Diktatur schützen müsse. Verankert sieht er diese Verantwortung in den Interessen des Volksganzen, vor seiner Vergangenheit und Zukunft.

Gierke fordert weiter vom zukünftigen deutschen Staat, daß er Kulturstaat sei und bleibe, die Kulturaufgaben selber aber nur subsidiär wahrnehme, in erster Linie die Selbstverwaltung von genossenschaftlichen Bildungen fördere, von der Familie (Erziehung) über die Kirchen zu der Fülle genossenschaftlicher Bildungen.

Sein weiteres Wort gilt dem fernerem Ausbau des Rechtsstaates, der auch im Bereich des öffentlichen Rechts voll durchgeführt werden müsse, in Grundrechten, Minderheitenschutz, Einrichtung oberster Verwaltungs- und Verfassungsgerichte.

Er beschließt seinen Überblick mit dem Hinweis, der Staat müsse stets auch Machtstaat sein ⁽¹⁰⁶⁾, nach außen zur Bewahrung von Volksintegrität und nationaler Ehre, nach innen zur Bewahrung

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibid.*

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.* oben.

⁽¹⁰⁶⁾ *Germ.StGed.*, S. 28 f.

der Ordnung, wobei er auf bolschewistische Umsturzversuche und drohenden Terrorismus der Räteregierungen hinweist. — Diese letzte Rede Gierkes, ein sehr persönliches Dokument durch die historische Situation und innere Bewegtheit und doch Zukunftsoffenheit des alten Mannes, der sich als Zeitgenosse der « Heroenzeit » von 1848, nationaler Einigung und Aufbau des Reiches bekennt, diese letzte Äußerung wird freilich schon begleitet und überholt von der Wirkungsgeschichte seines Werkes: Hugo Preuß, sich stets als Schüler Gierkes empfindend, entwirft als Staatsrechtler und Politiker die Verfassung der neuen Republik, Hugo Sinzheimer legt die Fundamente eines neuen Arbeitsrechts, als Sozialist und doch bewußt auf den Ansätzen Gierkes bauend.

III. EINORDNUNG UND ERGEBNISSE.

1. *Ausgangspunkt.*

Das genauere Verfolgen von Ansatz, Methode und Gedanken-gang Gierkes in vier wichtigen Werken hat klargemacht, daß man ihm nur unter drei Voraussetzungen bei einer Ein- und Zuordnung gerecht werden kann: 1. Er muß in seiner Zeit, Herkunft, dem damaligen Stand der Probleme gesehen werden. Das bedeutet, daß man seine geistige Verwurzelung in der Zeit vor 1848, seine Prägung in der Zeit vor der Reichsgründung, seine Entfaltung in der Regierungszeit Bismarcks beachten muß, ihn nicht mit der Generation vergleichen kann, die beim Übergang zur Weimarer Republik zu akademischer und politischer Wirkung berufen war. — 2. Stellungnahmen und Wertungen Gierkes können nur verstanden werden im Rahmen seines von dialektischem Fortschreiten ausgehenden Geschichtsverständnisses, welches er allen Stellungnahmen zur Gegenwart voraussetzt. Das bedeutet, daß sich ihm Gestaltungen der Vergangenheit nicht einfach wiederholen, sondern sich nur auf einer höheren Ebene in neuer Konstellation wiederfinden können. Den Funktionswandel, den ein Prinzip oder eine Rechtsfigur in einer neuen historischen Konstellation durchmacht, bezieht er stets in sein Denken ein. — 3. Man muß sich auf das Abstraktionsniveau begeben, auf dem Gierke

seine Grundsatzpositionen zu verankern sucht. Er sieht seine Aufgabe als Wissenschaftler darin, große Tendenzen und Zusammenhänge aufzuzeigen, die noch eine breite Möglichkeit konkret angemessener staatlicher und rechtlicher Gestaltung erlauben. Erst wo ihm diese Grenze überschritten erscheint, wie im Entwurf des BGB oder in der Laband'schen Auslegung der Reichsverfassung, nimmt er scharf, prägnant und detailliert Stellung.

Vorab schon kann man daraufhin eine einfache Einordnung zu einer junkerlich-reaktionären Opposition ebenso zurückweisen wie eine Vorläuferschaft zum Nationalsozialismus. Die erste ist begründet worden aus dem Lob für das preußische Allgemeine Landrecht mit seiner ständischen Gliederung ⁽¹⁰⁷⁾ — Gierke reizte darin sicher die Einbeziehung des gesamten Gesellschaftskörpers in die Rechtsordnung, doch höchstes Lob findet er gerade für die Aufhebung der Ständeordnung durch die Stein'schen Reformen. — Zum zweiten Punkt haben gerade die scharfsinnigen unter den nationalsozialistischen Rechts- und Staatstheoretikern erkannt, daß der unverrückbare Einbau von Rechtsstaat und Freiheits-sicherungen in Gierkes Staatstheorie eine Verwendung seines Ansatzes für die Theorie des Führerstaates, des Aufbaus des Volkes und des Rechts in «konkreten Gemeinschaften» ausschloß ⁽¹⁰⁸⁾. Heutige Interpreten Gierkes sollten sich von jenen nicht so einfach an Scharfsinn im Durchschauen von Grundsatzpositionen übertreffen lassen. — Freilich bleibt die Frage zu beantworten, ob Gierke nicht «vormodern» war und damit in seinem Werk wirkungsstarke rückwärtsgewandte Elemente enthalten sein könnten, oder er zumindest für die moderne Industrielwelt ohne Aussagekraft wäre. —

⁽¹⁰⁷⁾ U.-J. HEUER, *Allgemeines Landrecht und Klassenkampf*. Berlin 1960. S. 14 f. Heuer sieht in Gierkes Hinweis auf den sozialen Zug des Allgemeinen Landrechts einen Aufruf, zum Feudalismus zurückzukehren.

⁽¹⁰⁸⁾ Vor allem REINHARD HÖHN in seiner konsequent nationalsozialistischen, scharfsinnigen Analyse: *Otto von Gierkes Staatslehre und unsere Zeit*. Hamburg 1936. HÖHN wendet sich wie Ernst FORSTHOFF und Carl SCHMITT gegen die damalige Tendenz einer Gierke-Renaissance.

2. *Gesellschaftstheorie und Methodik.*

Zuvor ist jedoch die Frage zu klären, in welcher Linie sein — für ihn selber ja so wichtiger — wissenschaftstheoretischer Ansatzpunkt zu sehen ist.

Die Analyse seines Geschichtsbildes, aus dem heraus er jeweils zur Gegenwart Stellung nahm, zeigt dessen tiefe Verankerung in Hegel'scher Geschichtsdiagnostik als Denkschema, die er jedoch mit eigenen Inhalten füllt ⁽¹⁰⁹⁾. Damit ist Gierke schon in einer Hinsicht genauer eingeordnet: Er steht in der langen europäischen naturrechtlichen Tradition der Verbindung von Geschichtsreflexion und Gesellschaftstheorie, die nach Hegel noch von Marx fortgeführt wird, im bürgerlichen Lager aber abbricht: In Staatsrecht und Jurisprudenz durch die begriffspositivistische Verkürzung auf eine reine Normenwissenschaft, in der Geschichtswissenschaft durch die faktenpositivistische Verkürzung im Historismus, insgesamt durch die Trennung und Einzelentwicklung der Fächer und weitgehenden Ausschluß wissenschaftstheoretischer (nicht methodischer) Erwägungen. Dieser folgenreiche Abbruch geschieht in einer genauen politischen Konstellation: Nach dem Scheitern der bürgerlichen Revolution 1849, nach dem Scheitern des Vorstoßes zur Parlamentsherrschaft im Preußischen Verfassungskonflikt 1866, zwischen konservativem Machtblock in Regierung, Behörden, Militär und andrängender sozialer Frage schwenkte das Bürgertum ein auf eine « Realpolitik » des Kompromisses mit dem konservativen Block, gab die Verbindung von Einheit und Freiheit auf, um (kleindeutsch-preußische) nationale Einheit ganz zu erreichen, Freiheit als negative Freiheit vom Staat zu stabilisieren, positive Mitgestaltungsrechte dagegen nur in begrenztem, eher formell-rechtsstaatlichem denn politischem Feld zu erhalten.

Die soziale Frage dagegen wurde vom Bürgertum weitestgehend verdrängt, abgeschoben auf rechtsstaatlich gezügelte Repression der Arbeiterbewegung und Ansätze der Sozialpolitik aus der konservativen Staatsverantwortung Bismarcks; währenddessen

⁽¹⁰⁹⁾ Wie schon oben (Kap. II, vgl. Anm.) nachgewiesen, weisen jedoch nur Gustav BOEHMER und Ernst-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE auf die Verbindung Gierkes zu Hegel hin.

konzentrierten sich weite Kreise des Bürgertums darauf, unter dem Vorzeichen des Liberalismus die gewaltige Dynamik der technisch-industriell-kapitalistischen Entwicklung voranzutreiben und deren Früchte zu ernten.

In dieser Situation denkt Gierke — als Historiker und Jurist — die Ansätze der Geschichts- und Sozialphilosophie weiter, im Gegensatz zu Marx aber als Vertreter des bürgerlichen Lagers. Es ist dabei wohl noch nicht gesehen worden, wie sehr sich seine Thematik mit der von Marx trifft.

Gierke sieht Geschichte als dialektischen *Kampf*, aber nicht der aus Umformung der Prokutivkräfte hervorgehenden Klassen, sondern der Prinzipien von Herrschaft und Genossenschaft. Doch sieht er diese Prinzipien gleichzeitig als die von oben und unten, von Befehl oder Teilhabe an der politischen Macht, als real wirk-same Grundprinzipien gesellschaftlich-politischer Gestaltung, weicht also keineswegs in einen reinen Idealismus aus. Es geht auch ihm um die aus diesem Kampf hervorgehende Gestaltung der Gesellschaft. Anders als Marx sucht er die Lösung aber nicht in der Verschärfung von Antagonismen und der Versöhnung in einer utopischen Zukunftsgesellschaft, sondern im Einbau versöhnender Prinzipien in der Gegenwart.

Er sieht weiterhin die Gefahr der *Enthumanisierung*, der Verkürzung der Persönlichkeit durch die individualistisch-kapitalistische Entwicklung eines praktizierten Materialismus. Anders als Marx setzt er hier nicht den Schlüsselbegriff der Entfremdung ein, sondern sucht auf mehreren Wegen Abhilfe: Durch Stärkung privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, durch Erfassung des Betriebes als Rechtsgebilde, in dem durch staatliche Gesetzgebung und genossenschaftliche Mitbestimmung der Verkürzung der Persönlichkeit des Arbeiters Einhalt geboten werden kann.

Vor allem aber sieht er die Gefahr einer Enthumanisierung in der Atomisierung, der Isolierung der Individuen aller Schichten, der er durch das genossenschaftliche Assoziationswesen moderner Prägung begegnen will. Sein Ziel ist Schaffung einer humaneren Gesellschaft durch strukturelle Veränderung der bestehenden Gesellschaft auf evolutionärem Wege.

Gierke erkennt ferner, wie Marx, die Tendenz des Kapitalismus zur Ausbeutung. Sie sieht er rechtlich sanktioniert in einer auf der

privaten Willensmacht des einzelnen begründeten Privatrechts — ordnung, « einer furchtbaren Waffe in der Hand des Starken ». Gegen sie ruft er die sozialpolitische Verantwortung des Staates auf, aber auch die Solidarität der Schwachen durch genossenschaftliche Organisation auf verschiedenen Ebenen, wobei er « Arbeitsvereine » und Gewerkschaften ausdrücklich hervorhebt, aber die Gefahren differenzierter nicht nur im Verhältnis Unternehmer — Arbeiter erkennt, sondern potentiell in jeder ausnutzbaren gesellschaftlichen Machtposition.

Schließlich definiert Gierke die *Rolle des Rechts* im historisch-gesellschaftlichen Prozeß ähnlich, aber ausgewogener als Marx. Ein Vergleich zu Max Webers Rechts- und Herrschaftssoziologie wäre hier lohnend. Das Recht ist für Gierke nicht autonom, nur in begrenztem Maße eine eigenständige Potenz, vielmehr abhängig von den Bereichen grundsätzlicher Wertvorstellungen in Religion, Ethik, Politik, andererseits in beständiger Wechselwirkung mit der Welt sozialer und ökonomischer Realität. Diese, das soziale Leben, die reale Lebenseinheit ist dem Recht vorgegeben, es vermag sie nur bei der Realität angemessener Begriffsbildung zu erfassen.

Diese Thematisierung der Probleme ist sicher modern, der Industriegesellschaft zugewandt, sosehr Gierkes Gefühl auch vor-modernen Formen und Schichten gegolten haben mag. Doch bevor wir genauer untersuchen, ob die von Gierke zur Lösung dieser Probleme entwickelten Wertvorstellungen und Denkfiguren ebenfalls modern sind, gilt es noch auf den Einwand einzugehen, Gierke sei in seinem Verständnis des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft vormodern, habe den Dualismus von Staat und Gesellschaft als tragende geschichtliche Kraft — und damit den Emanzipationscharakter der Entwicklung — nicht verstanden ⁽¹¹⁰⁾.

3. *Staat und gesellschaftliche Emanzipation.*

Der *Dualismus von Staat und Gesellschaft* hat die Funktion, dem einzelnen im Raum der Gesellschaft — und damit dieser insge-

⁽¹¹⁰⁾ So die schon mehrfach erwähnte, eindringliche Analyse von E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die dt. verf. gesch. Forschung*, cit., bes. S. 153 f.

samt — einen reglementierungsfreien Entfaltungsraum zu sichern. Darin liegt die durch diese Trennung begründete Emanzipationschance. Sie verhindert ständestaatliche oder totalitäre Beengung und Fixierung. Der genannte Dualismus steht aber in einem Spannungsverhältnis zum Gedanken gesellschaftlicher, im Staat verwirklichter Gesamtwillensbildung in der Demokratie (theoretisch vor allem erfaßt von Rousseau), aber auch zu den Prinzipien des modernen Sozial- und Planungsstaates, der in die Gesellschaft interveniert zum Schutz oder zur Verbesserung der Ausgangsbasis der Schwächeren oder der Steuerung des gesellschaftlich-wirtschaftlichen Gesamtprozesses ⁽¹¹¹⁾. In der Tat wäre Gierke hier vormodern, wenn er seine Theorie vor — und nicht hinter — dem genannten Dualismus festmachte.

Gierke hat den Emanzipationscharakter der geschichtlichen Entwicklung vor allem seit der Aufklärung mehrmals deutlich diagnostiziert ⁽¹¹²⁾, und zwar, in Übereinstimmung mit heutigen Analysen ⁽¹¹³⁾, als eine doppelte Emanzipationsbewegung des Individuums wie des Staates. Er sieht in der Emanzipation der Individuen die von ihm bejahten Werte der Freiheit und auch der Gleichheit verwirklicht. Er erkennt die Bedrohung der Freiheit durch den Staat, der als allumfassender Verband die Sonderrechtssphäre des einzelnen beschränken, den Menschen über den Bereich des Staatsbürgers hinaus auch als gesamte Persönlichkeit erfassen und vereinnahmen könnte ⁽¹¹⁴⁾. Darum setzt er den Mitgliedschafts- und Teilhaberrechten des Staatsbürgers die Sicherung einer individuellen Freiheitssphäre entgegen, die vor

⁽¹¹¹⁾ Vgl. dazu — mit konträren Standpunkten im einzelnen — H. EHMKE, « Staat » und « Gesellschaft » als verfassungstheoretisches Problem, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung*, Festgabe f. R. Smend, 1962, S. 2-349; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit* (Vortr. d. rhein.-westf. Akad. d. Wissenschaften, Bd. G 183) 1973; mit weiterer Lit.

⁽¹¹²⁾ So schon Genossenschaftsrecht I S. 332 für die ma. Stadt. S. 645 für die gesamte Neuzeit, wieder S. 648. Ebenso: *Soziale Aufgabe*, cit. S. 483.

⁽¹¹³⁾ Vgl. W. CONZE, *Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands*, cit. oben Kap. I. Anm.

⁽¹¹⁴⁾ Hier ist noch einmal auf die wichtige Stelle in: *Labands Staatsrecht*, cit., S. 1133-1134 hinzuweisen.

allem durch die, für Gierke in einem modernen Staatswesen unverzichtbaren Grundrechte gewährleistet wird: « als Anerkennung des fraglichen Kreises von Handlungen als eines nichtstaatlichen Gebietes individueller Bethätigung » ⁽¹¹⁵⁾. Damit hat er den Schutz der Individualsphäre vor dem Zugriff des modernen Leviathan, also den sachlichen Kern des Denkens in einem Begriffspaar Staat — Gesellschaft, in seine Staatstheorie aufgenommen und rechtlich abgesichert.

Gierke bedenkt aber auch die Gefahren für Freiheit und Emanzipationsbewegung, die in dem von ihm bejahten Genossenschafts- und Assoziationswesen zwischen Staat und Individuum liegen könnten ⁽¹¹⁶⁾. Hier könnte ja in der Tat der Ansatz zu neuen strukturellen Verhärtungen und Fixierungen des Gesellschaftskörpers liegen, also Aufhebung der Emanzipationschancen. Schon im ersten Band des Genossenschaftsrechts grenzt er den modernen Assoziationsgedanken vom ständisch-mittelalterlichen gerade im Hinblick hierauf ab: Die moderne Assoziation ergreife, auf freiwilliger Grundlage geschlossen, immer nur einen Teil der Persönlichkeit — darum sei ein Schutz wie gegenüber dem allumfassenden Staat nicht notwendig. Sie vermeide, indem sie unter wirtschaftlichen, sozialen, religiösen, politischen Gesichtspunkten die Individuen jeweils in anderer Zusammensetzung verbinde, auch die Gefahr einer neuen ständischen Abgrenzung und Verhärtung innerhalb der Gesellschaft — eine Gefahr, die ihm ja so erheblich erscheint, daß sie ihm das Ende einer vom Prinzip der Vielfalt und Genossenschaft bestimmten Epoche bedeutet.

Gierke hat mit diesen Gedanken sicher nicht alle Gefahren für die Freiheit des Individuums in einer hochentwickelten Industriegesellschaft erkannt — zu seiner Zeit sicher nicht erkennen können. Er hat jedoch die Gefahr freiheitsbeschränkender Einflüsse von seiten des Staates wie aus dem Raum der Gesellschaft gesehen und Abwehrmechanismen in seinem System eingebaut. Sosehr die Verbindung, die Böckenförde zwischen dem älteren « organischen

⁽¹¹⁵⁾ Labands *Staatsrecht*, S. 1134.

⁽¹¹⁶⁾ Vgl. vor allem die Ausführungen zum modernen Assoziationswesen und seinem Unterschied zum mittelalterlichen im *Genossenschaftsrecht* Bd. 1, S. 652 ff., bes S. 654.

Liberalismus » und Gierke sieht, etwas Richtiges trifft, so wenig kann man ihm folgen in der Einordnung Gierkes in vormodernes Denken ⁽¹¹⁷⁾. Als Frage erscheint vielmehr, ob Gierke nicht eine Mittlerstellung zwischen dem älteren genossenschaftlich- ständischen und absolutistischen und dem modernen Sozialstaatsdenken einnimmt, wobei er das Erbe des Liberalismus aufzunehmen, aber auch in ein breiteres Staatsbild einzufügen versucht.

4. *Von der individualistisch zur genossenschaftlich organisierten Gesellschaft.*

Gierke sieht die größte Gefahr seiner Zeit in einer Verabsolutierung der Prinzipien von Freiheit und Gleichheit im Rahmen eines schrankenlosen Individualismus — eine Gefahr, die nach seiner Ansicht den Umsturz des Gesellschaftssystems und den Abbruch einer langen europäischen Kulturentwicklung bewirken kann ⁽¹¹⁸⁾. Aus der historischen Dimension seines Genossenschaftsrechts, aber auch aus seiner Konzeption von Privatrecht und Sozialrecht wird deutlich, daß er die realen Grenzen erkennt, an die Freiheit und Emanzipationschancen bei einer rein individualistischen Konzeption gerade in der von Machtkonzentration, von Schichten- und Klasseninteressen beherrschten Industriegesell-

⁽¹¹⁷⁾ BÖCKENFÖRDE, *Die dt. verf. gesch. Forschung*, cit., verarbeitet, durch seine Thematik bedingt, vor allem die historischen Werke Gierkes und ihren Gegenwartsbezug (« zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder »). Er läßt dadurch die privatrechtlichen Arbeiten beseite, geht aber auch nicht auf die für Gierkes Staatsbild zentrale Laband-Rezension ein. Bei dem inneren Zusammenhang in Gierkes Werk wird sein ganzer Ansatz dabei nicht erfaßt.

⁽¹¹⁸⁾ Dieser Topos der ungeheuren Gefährdung bricht immer wieder hervor, vgl. etwa *Die soziale Aufgabe* S. 484 (Abbruch der Kulturentwicklung, so auch *German. Staatsgedanke* S. 26) ebda. (unbeschwichtigte Gefahren furchtbarrer Art im Schoße unserer Gesellschaft), weitere Nachweise dieses Gedankens bei A. JANSSEN, *Otto v. Gierkes Methode*, cit. S. 202 Anm. 139. Die Nachweise ließen sich leicht vermehren. Der Topos findet sich wohl noch nicht in dem optimistischen Jugendentwurf *Genossenschaftsrecht* Bd. 1. Er scheint vor allem auf einen auf überzogenen Individualismus, aber auch auf ständischen (Klassen-) Egoismus folgenden Staatstotalitarismus gerichtet, den Gierke wohl als Ergebnis einer Revolution kommen sieht.

schaft stoßen. Deren Realität war in den sechziger, siebziger und achtziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts, der Zeit der Entfaltung des Gierke'schen Denkens, gerade in stürmischer Entwicklung begriffen. Er versucht deshalb, dieser Lebenswirklichkeit gemäß seinem juristischen Methodenverständnis durch angemessene Begriffsbildung gerecht zu werden. Diese muß deshalb neben dem individualrechtlichen einen *kollektiv-rechtlichen Ansatz* enthalten. Hierzu dient ihm die Verwendung des Begriffspaares von Herrschaft und Genossenschaft, die Entwicklung der modernen Korporationsidee in dem Bereich zwischen Staat und Individuum. Hierzu dient ihm der « Tropfen sozialistischen Öls » im Privatrecht und die Entwicklung eines Bereichs des Sozialrechts. Er erfaßt soziale Funktions- und Machtgebilde im Bereich zwischen Staat und Individuum, etwa im Unternehmen gegenüber dem Arbeiter, aber auch Machtpositionen gegenüber dem kleinen Konsumenten, Kreditnehmer, Bauern. Diese will, er auf doppelte Weise bändigen: Durch Staatsverantwortung für die Gesellschaft im Wege schützender sozialpolitischer Maßnahmen, noch mehr aber setzt er auf kollektive Selbsthilfe gesellschaftlicher Gruppen durch genossenschaftlichen Zusammenschluß. Gerade dadurch sieht er Freiheitswahrung ermöglicht, sozialistische Staatsallmacht verhindert, weil überflüssig gemacht. Die Möglichkeit genossenschaftlicher Zusammenschlüsse ist ihm also gerade ein kollektivrechtliches Mittel der Freiheitswahrung auf dem Wege der Emanzipation. Denn auf diesem Wege können wirtschaftlich und sozial im einzelnen schwächere, im gesamten Gemeinwesen aber bedeutende Gruppen ihren Aufstieg und ihre wirtschaftlichen und politischen Teilhaberechte aus eigener Kraft — und das heißt doch Emanzipation — erkämpfen. Dies legt er historisch am Handwerkerstand der mittelalterlichen deutschen Städte dar, dies liegt seiner Betonung der Bedeutung der Arbeitervereine ⁽¹¹⁹⁾, seinem Einsatz für eine angemessene Assoziationsform für die Gewerkschaften zugrunde. Seine scharfe Abwehr des obrigkeitlich-preußischen Standpunktes

⁽¹¹⁹⁾ So schon *Genossenschaftsrecht*, I S. 655, S. 900 (relativ kurz, aber mit Hinweis auf die besondere Wichtigkeit für die Verbesserung der Lage der arbeitenden Klassen und der Vertretung der Arbeit gegen das Kapital, mit Hinweis auf die Entwicklung seit 1848).

« alles für das Volk, aber nichts durch das Volk » ⁽¹²⁰⁾ zeigt überdies seine Parteinahme für soziale Gerechtigkeit durch Emanzipation von unten, nicht durch obrigkeitsstaatliche Fürsorge. Seine wiederum aus dem Mittelalter entwickelte Rechtskonzeption, daß nämlich Recht nicht nur von Staats wegen oder durch privatrechtlichen Individualvertrag geschaffen werden könne, sondern durch kollektiv-rechtliche Einung im Raum der Gesellschaft, zwischen Staat und Individuum — diese Konzeption verhalf entscheidend der Anerkennung des Tarifvertrages, der Tariffähigkeit und der Freiheit des Arbeitskampfes im modernen deutschen Arbeitsrecht zum Durchbruch. In der gespannten Lage des ersten Weltkrieges hat Gierke sich in der Rezension von Sinzheimers Entwurf eines Tarifvertragsgesetzes zu dieser, die Emanzipation der Arbeiterschaft entscheidend fördernden Konzeption bekannt ⁽¹²¹⁾.

Darüber hinaus sieht Gierke aber im Genossenschaftsgedanken weitere Möglichkeiten — durch und neben dem von ihm durchaus angesprochenen Konfliktcharakter der Gesellschaft ⁽¹²²⁾ — zur Überwindung sozialer Schäden des Kapitalismus gegeben: Durch breitere Streuung des Kapitalbesitzes, etwa in Aktiengesellschaften, durch die Verbindung von Einbringung von Kapital, persönlicher Haftung und persönlicher Unternehmensführung in Personalgesellschaften wie der offenen Handelsgesellschaft, durch genossenschaftlichen Zusammenschluß mit sozialen und sittlichen Schutzzwecken, durch Distributiv- und Produktions-genossenschaften ⁽¹²³⁾.

Gierke sieht also zahlreiche, sich allerdings oft überkreuzende und sich differenzierende kollektive Interessengegensätze in der Gesellschaft, für die Wege des Ausgleichs innerhalb von Genossen-

⁽¹²⁰⁾ So noch im eher konservativen Altersvortrag: *Der Germanische Staatsgedanke*, S. 19.

⁽¹²¹⁾ In der Rezension von SINZHEIMERS Werk: *Ein Arbeitstarifgesetz - Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht*, München-Leipzig 1916 (*Archiv der Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd. 42, S. 815-832) wirft der 76-jährige Gierke sein ganzes wissenschaftliches Ansehen für diese zukunftsweisende Konzeption eines Außenseiters in die Waagschale. Vgl. FRAENKEL, *Juristenzeitung*, 1958, S. 458.

⁽¹²²⁾ So in *Soziale Aufgabe*, S. 487, *Labands Staatsrecht*, S. 1189 f., *Der germanische Staatsgedanke*, S. 1 f., S. 26.

⁽¹²³⁾ Vgl. *Genossenschaftsrecht*, I, S. 865-1111.

schaften, im Gegeneinander von Genossenschaften und letztlich vom Prinzip der Einheit aus, vom Staat gefunden werden müssen. Über die Vielzahl der Genossenschaften stellt Gierke nämlich die Gesamtgenossenschaft des Volkes, das sich im modernen Repräsentativ- und Verfassungsstaat (im Gegensatz zum Absolutismus) selbst verkörpern kann. Zuerst im mittelalterlichen städtischen Gemeinwesen erkannt, steht über den einzelnen und kollektiven Teilinteressen das Gemeinwohl. Hier erhebt sich die Frage, welche Funktion diese gefährliche, vielen Interpretationen und Zugriffen offene Formel bei Gierke hat ⁽¹²⁴⁾. Endet sie bei dem Satz: Gut ist, was dem Volke nützt, wobei der Nutzen von einer Schicht oder Machtclique definiert wird? Die eingebauten rechtsstaatlichen und Freiheitssicherungen in Gierkes Staatsbild, die Vielfalt in seinem genossenschaftlich-kollektivrechtlichen Gesellschaftsbild ordnen ihn der Theorie eines pluralistisch-demokratischen Ringens um eine jeweilige Gemeinwohldefinition zu, nicht einer Monopolisierung der Gemeinwohldefinition durch herrschende Schichten.

Auch die bei Gierke im Hintergrund stehende Rechtsidee ist gerade nicht auf ein logisch oder metaphysisch begründetes Naturrecht gerichtet, das einer offenen Gemeinwohldefinition Grenzen setzen könnte. Gierkes Rechtsidee, sicher oft undeutlich und nicht ohne Pathos formuliert, soll nur letzte Absicherung gegen Mißbrauch des von ihm vertretenen Gesetzespositivismus (im Gegensatz zu einem von ihm abgelehnten begrifflichen Rechtspositivismus) bilden ⁽¹²⁵⁾. Sie soll sichern, daß der gesetzgebende Staat an Rechtlichkeit orientiert bleibt, d.h. an den Grundlagen der modernen Rechtsstaatlichkeit und der Achtung einer Intimsphäre des Individuums. Ich meine, daß diese Auffassung sowohl nach der Erfahrung extremer Unrechtlichkeit des Nationalsozia-

⁽¹²⁴⁾ Vgl. dazu M. STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin 1974, der auch die Stellungnahmen der nach-gierkeschen juristischen Germanistik eingehend behandelt. Mir scheint Gierke wesentlich stärker in einem pluralistischen Liberalismus verwurzelt als der sich ab 1934 vom Nationalsozialismus aus rechtsstaatlichen Bedenken distanzierende Walter Merk, s. STOLLEIS, S. 20 ff.

⁽¹²⁵⁾ Der Abwehrfunktion der Rechtsidee gegen ein reines Zweckdenken und reinen Materialismus müßte gesondert nachgegangen werden, hierzu genügen auch die Ausführungen in *Labands Staatsrecht*, cit., nicht.

lismus wie antipluralistischer Naturrechtskonzeptionen Achtung verdient.

5. *Nationalismus, Realitätsdefizit, Demokratiefeindlichkeit?*

In Gierkes Denken sind, so können wir feststellen, Elemente des Rechtsstaates, des kollektiv organisierten Sozialstaates und des demokratischen Staates (wie auch des Bundesstaates und kommunaler Selbstverwaltung) vereint. Um uns gegen die Gefahr, heutige Institutionen in Gierkes Denken zu projizieren, zu sichern, wollen wir in einem letzten Ansatz versuchen, anfangs erwähnte Einwände gegen Gierkes Staats- und Rechtsdenken noch einmal aufzugreifen. Dies soll unter drei Aspekten geschehen. — 1. Die Vereinknüpfung der Genossenschaftsidee mit dem Germanischen, Deutschen, Nationalen ist uns heute sicher nicht mehr überzeugend. War sie aber nicht darüber hinaus ein Beitrag zur Übersteigerung gerade der deutschen Form der Nationalen Idee, deren Katastrophe wir in zwei Weltkriegen erlebt haben? — 2. Hat die Konstruktion der Geschichte in der dialektischen Spannung von Herrschaft und Genossenschaft nicht sowohl zu einer Vergewaltigung der Geschichte geführt, wie sie auch zu einem Hindernis zur Erfassung der Realität der Gegenwart geworden sein könnte? — 3. Ist bei Gierke nicht das Prinzip der Gleichheit so in den Hintergrund gedrängt gegenüber genossenschaftlicher Verbindung, ist eine Versöhnung von Einheit und Vielheit nicht so sehr zum Ziel genommen, daß Gierke zum Wesen der parlamentarischen Demokratie, zum Konflikt- und Emanzipationscharakter der Industriegesellschaft auf der von ihm erstrebten Stufe des Sozialstaats ⁽¹²⁶⁾ den Weg eher verbaute als öffnete?

a) In der Tat hat Gierke in der Situation allgemeiner emotionaler Übersteigerung des Nationalismus, im ersten Weltkrieg, außerhalb seines wissenschaftlichen Werkes deutsch-nationale

⁽¹²⁶⁾ Auf der Ebene des rein liberalistischen Staates, den er zu überwinden trachtet, erkennt er diesen Charakter, wie oben gezeigt, durchaus.

⁽¹²⁷⁾ Vgl. die Veröffentlichungen dieser Art der Jahre 1914-15, zitiert bei ERIK WOLF, *Große Rechtsdenker* ⁴, 1963, S. 707 Anm. 149.

Töne angeschlagen, deren gefährlicher Charakter uns heute bewußt ist ⁽¹²⁷⁾.

Aber auch innerhalb des wissenschaftlichen Werkes sind die germanisch-deutschen Akzente, auch durch ihr emotionales Pathos, die schwächsten, sie geben oft hohlen Klang. Hier ist aber die Verwurzelung Gierkes in der germanistischen Tradition vor 1848 zu beachten: Ihm ist (nationale) Einheit und (genossenschaftliche) Freiheit noch untrennbar, sie ist bei ihm jenseits der Ratio im Gefühl verankert; er versucht aber doch wohl auch, gegen den Strom der bürgerlichen Bewegung nach 1866 zu Realpolitik und Materialismus durch den Gefühlsappell an das Nationale die Ideale der deutschen Freiheit wach zu halten. Vor 1871, also noch im ersten Band des Genossenschaftsrechts, hat der nationale Gedanke die Funktion, die politische Einigung gerade von unten, vom Volke, nicht von den Fürsten her zu fördern, danach die Funktion, das Selbstgefühl und die Integration des Spätlings unter den europäischen Nationalstaaten — und gerade das von einem ähnlichen Schicksal begleitete Italien wird hierfür Verständnis haben — zu stärken.

Einer Verabsolutierung des Nationalen hat Gierke widerstrebt. Er schreibt dem deutschen Nationalcharakter, seinem übersteigerten Doktrinarismus, dem Ausspinnen jedes richtigen Gedankens zu einem System mit absolutem Wahrheitsanspruch, einen kräftig-kritischen Vers ins Stammbuch ⁽¹²⁸⁾. Den Rassismus hat er wissenschaftlich als unseriös abgelehnt ⁽¹²⁹⁾, in seinem Leben, als Gatte einer Frau jüdischer Abstammung und Freund deutsch-jüdischer Gelehrter, ihn widerlegt.

b) Sicher ist uns eine Konzeption der Geschichte aus den Prinzipien von Herrschaft und Genossenschaft, ihrem Kampf und ihren Versöhnungen, nicht mehr überzeugend. Diese Dialektik ist zu einseitig, zu starr.

Doch arbeitet auch die moderne mittelalterliche Verfassungsgeschichte mit diesem Begriffspaar, wenn auch nicht in verabso-

⁽¹²⁸⁾ Die lesenwerte Stelle, die auch neueste deutsche Universitätsentwicklung beschreiben könnte, in *Labands Staatsrecht*, cit., S. 1098.

⁽¹²⁹⁾ In der Theorie der Rassenunterjochung von LUDWIG GUMFLOWICZ, *Labands Staatsrecht*, S. 1101 f.

lutierender Weise; sie hat gleichzeitig, besonders in der Anknüpfung an Otto Brunner ⁽¹³⁰⁾, das Gierke'sche Bild mittelalterlicher Verfassung als das fruchtbare erkannt gegenüber jenem, das eine ausgebildete rechtsstaatlich-konstitutionelle Monarchie in die Frühzeit und das Mittelalter hineinsehen wollte (Waitz, Sohm, H. Brunner, v. Below). Gierke selber hat in seinem historischen Werk sein Bild anhand eines reichen Quellenmaterials so konkretisiert, daß die Prinzipienstarrheit größtenteils abfällt und, so scheint mir, etwa das bis heute lebendigste Bild der mittelalterlichen Stadt als eines hierarchisch gegliederten, lebendigen genossenschaftlichen Gesellschaftskörpers entsteht. Für die Gegenwart muß man das Gegensatzpaar in der Abstraktion und Offenheit begreifen, die in Gierkes Verständnis angelegt ist. Genossenschaft ist ihm vorjuristisch, anthropologisch, psychologisch und soziologisch begründet, in der Assoziationsbedürftigkeit des Menschen, also der *imbecillitas* und *socialitas* der klassischen naturrechtlichen Anthropologie und Soziallehre der Linie Grotius — Pufendorf (im Gegensatz zur logischen Linie von Hobbes) ⁽¹³¹⁾. Genossenschaft bedeutet ihm über formale Demokratieregeln hinaus (aber ohne diese zu verneinen) lebendige geistig-soziale Integration des Volkes im Staat ⁽¹³²⁾, aber auch eine menschliche Nähe, Sicherheit, Selbstentfaltung wie Geborgenheit gewährleistende Infrastruktur der Gesamtgesellschaft. Dieses menschliche Bedürfnis stellt er historisch-empirisch fest, sucht es aus der alteuropäischen Gesellschaftsform über die Zersetzungs- und Emanzipationsphase ⁽¹³³⁾ des klassischen Liberalismus des 19. Jahrhunderts in den Sozialstaat, auf den er zielt, in neuen Formen hinüberzuverpflanzen.

Auch das Gegenprinzip Herrschaft ist dem modernen Verständnis offen. Von dem Verständnis als Einheit gelingt es Gierke, den modernen Staat als Organisationsgefüge, als organisierte Wirkein-

⁽¹³⁰⁾ So auch E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die dt. verf. gesch. Forsch.*, cit., S. 170.

⁽¹³¹⁾ Für viele F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* ², S. 249 ff., bes. S. 269, 307. Hier wäre natürlich noch auf Gierkes Althusius-Entdeckung einzugehen.

⁽¹³²⁾ Von hier läuft eine Verbindung zur Integrationslehre von Rudolf SMEND zuerst in *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928; vgl. u.a. auch ders., *Art. Integration*, in *Evangel. Staatslexikon*, hrg. Schneemelcher-Herzog, 1966, Sp. 803 ff.

⁽¹³³⁾ Beides soll hier verbunden, Zersetzung also ohne Wertung gebraucht werden. So auch P. v. OERTZEN, *Die Bedeutung von Gerbers*, etc., S. 198.

heit zu begreifen ⁽¹³⁴⁾. Für Gierke ist es sehr deutlich, daß erst diese Organisationseinheit des modernen Staates die ungeheuer differenzierte Vielheit des modernen Genossenschaftswesens (also der kollektiv-freiheitlich organisierten Gesellschaft) ermöglicht. So ist der Hintergrund verständlich, warum er in seiner letzten Schrift das politische Rätssystem, das Überwuchern des Staates durch die Gesellschaft bekämpft, den Staat wieder stärker denn früher in seiner notwendigen Funktion als Machtapparat hervorhebt ⁽¹³⁵⁾. Von diesem Aspekt Gierke'scher Staatslehre läßt sich mühelos die Brücke zu moderner Organisations- und Systemtheorie schlagen ⁽¹³⁶⁾, hinweg über jene Kluft, die durch eine bloß analytisch-positivistische Staatskonstruktion gekennzeichnet ist.

Im Gegensatz zu seinem geschichtlichen Werk gelingt Gierke aber der wissenschaftliche Durchgriff zur konkreten Realität, zur gesellschaftlichen Empirie nicht in seinen die Gegenwart behandelnden Werken. Hier bleibt er in begrifflichen Ableitungen aus den Prinzipien von Herrschaft und Genossenschaft stehen, obwohl seine Methodenlehre den Durchgriff auf die Lebenswirklichkeit ausdrücklich verlangt. Er bringt aber weder Ansätze einer Staatssoziologie, noch einer Betriebssoziologie, noch hinterfragt er das herrschaftlich-genossenschaftliche Mit- und Gegeneinander auf konkrete ökonomische Interessen- und Machtpositionen, auf Klassen und Schichten, ihre Struktur und deren Wandlungen in der

⁽¹³⁴⁾ Vgl. etwa Labands *Staatsrecht*, cit., S. 1140; « mannigfach differenzierte (n) Organisationsverhältnisse des Staatsrechts ».

⁽¹³⁵⁾ Vgl. *Der germanische Staatsgedanke*, S. 10 (Überwuchern des german. Staates durch das auf Treue beruhende Gefolgschaftswesen²), S. 28 f. Auf Grund dieses Ansatzes Gierkes votiert Sinzheimer in der Umbruchsituation von 1918-19 erfolgreich vor SPD und Nationalversammlung für den Vorrang demokratischer Volksrepräsentation vor dem Rätssystem, dem er nur Bedeutung im Raum der Wirtschaftsgesellschaft, nicht aber im Staat zubilligt. Vgl. FRAENKEL, *Juristenzeitung*, 1958, S. 460.

⁽¹³⁶⁾ Auf diese Verbindung weist E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, cit., S. 24-25, bes. Anm. 53 u. 56 hin, mit weiteren Hinweisen auf das Werk Hermann HELLERS und den systemtheoretischen Ansatz von Niklas LUHMANN. Wie sehr sich Gierkes Geschichtsbild fortschreitender gesellschaftlicher Differenzierung mit dem von Luhmanns Systemtheorie deckt, kann hier nur angedeutet werden. Vgl. vor allem N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 2 Bde., 1972. — Schon SINZHEIMER weist in seinem Nachruf darauf hin, daß es Gierke « um das Wesen der sozialen Organisation » gegangen sei, in *Arbeitsrecht*, IX (1922), S. 1.

Industriegesellschaft. Wenn er auch hier, wie z.T. gezeigt, für Arbeits- und Privatrecht von anderen betont ⁽¹³⁷⁾, schöpferisch Denk- und Rechtsfiguren für die Erfassung der modernen Realitäten entwirft, so begründet er das nicht auf einer Realanalyse seiner Gegenwart, sondern verdankt es anderem: Der Schulung des Blickes an der Historie, dem im Hintergrund stehenden anthropologisch-gesellschaftstheoretischen Ansatz, vor allem aber einer, sicher aus diesen Quellen genährten, ungeheuer starken naiv-schöpferischen Intuition und Anschauungskraft ⁽¹³⁸⁾. Hier wird das deutsche Arbeitsrecht auf einen modernen wissenschaftlichen Stand erst gehoben, als bei Hugo Sinzheimer die historisch-anthropologische Linie Gierkes zusammentrifft mit dem realen, aber theorielleren Interessen- und Zweckdenken, das von Jhering ausgeht und über Eugen Ehrlich und die Freirechtsschule ebenfalls auf Sinzheimer wirkt.

c) Im Werk Gierkes findet das Gleichheitsprinzip öfter, z.T. auch mit positivem Akzent, Erwähnung, tritt aber im Bereich der Gegenpositionen zur Herrschaft hinter den Prinzipien Freiheit und Genossenschaft deutlich zurück. Man wird einen Zusammenhang vermuten können damit, daß das Prinzip der Demokratie selten direkt von Gierke angesprochen wird, sondern oft nur indirekt, über das Vorbild der Vereinigten Staaten, Englands usw., wie auch über die Prinzipien Volk, Genossenschaftsstaat. Darin steckt sicher eine, ja auch ausgedrückte Distanz zum französischen, egalitär-demokratischen Modell, ein Hinneigen zum eigenen deutschen, «organischen» Weg. Soweit ich sehe, hat Gierke diese

⁽¹³⁷⁾ Vgl. H. SINZHEIMER, *Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht*. *Arbeitsrecht*, IX (1922) S. 1 ff.; G. ISELE, *Die Bedeutung Otto von Gierkes für das moderne Arbeitsrecht*, in *Festschr. f. Georgii Maridakis*, Athen 1963, S. 285-300; F. JOBS, *Otto von Gierke und das moderne Arbeitsrecht*. Frankfurter jur. Diss. 1968. — Auf die moderne Kritik an der Denkfigur des «personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses» im Arbeitsrecht kann hier nicht mehr eingegangen werden. Hier genüge der Hinweis, daß bei Gierke, ähnlich wie im Staatsrecht, liberale Emanzipationselemente und der Gedanke der sozialen Fürsorge verbunden waren.

⁽¹³⁸⁾ Er besitzt also die «naiv schaffende Tätigkeit des juristischen Instinktes» selber, die er an den römischen Juristen rühmt, aber für die moderne Zeit als unzureichend empfindet. Vgl. *Labands Staatsrecht*, S. 1107.

Hinneigung aber nicht als ausdrückliches Prinzip ausgesprochen, wenn auch in dieser Hinsicht Anknüpfungen an Gierke versucht worden sind. Vielmehr hat Gierke in der Laband-Kritik die Stellung des auf allgemeinem gleichen Wahlrecht beruhenden Reichstages zu stärken gesucht, in seiner Ansprache von 1919 bei allem persönlichen Bekenntnis zu Kaiser und Reich in keiner Weise die damals im Bürgertum verbreiteten Abwertungen der Republik anklingen lassen. In der Revolutionssituation von 1918-19 stellt er allerdings die Verantwortung der Obrigkeit über das Prinzip der « Kopfzahl », doch geschieht das, indem er warnt vor totalitärer Diktatur. Diese sollte allerdings dann nicht in einem sowjetischen, sondern in einem faschistischen Modell deutsche Wirklichkeit mit Massenzustimmung werden.

Ich möchte Gierkes Bejahung, aber auch Distanz zum Gleichheitsprinzip versuchen in folgender Weise zu verstehen. In Gierkes Modell ist jedes Prinzip nicht nur als formales Muster, sondern auch als reale, soziale Verwirklichung angelegt. Das muß für ihn auch für die Gleichheit gelten. Soweit Gleichheit Freiheitssicherung bedeutet, ist sie ihm im Privatrecht, im Rechtsstaatsprinzip und in den Grundrechten enthalten. Die materiale Ausfüllung von Gleichheit wird ihm aber in der sozialen Verantwortung des Staates und in der solidarisch-genossenschaftlichen Macht schwächerer Schichten geleistet. All dies soll ihm gerade nicht der Zerschlagung bürgerlicher Kultur, sondern dem Aufbau einer Gesellschaft, in der Teilhabe aller Schichten an dieser Kultur gesichert ist, dienen. Absolute Angleichung ist gerade nicht gewollt, sondern durchaus soziale, wirtschaftliche, kulturelle, berufliche Differenziertheit.

Einen gewissen höchsten Wert nimmt bei Gierke in der Tat der Begriff des *Kultur* ein. Sie ist ihm aber nicht etwa eine literarisch-ästhetische Kategorie, sondern umfaßt die politisch-sozialen Werte, die er in der europäischen Entwicklung seit der Verbindung von Antike, Christentum und germanischem Staatsgedanken wirksam und angesammelt sieht: Es sind ihm dies vor allem die Werte individueller Freiheit, der Organisationsfähigkeit größerer staat-

(189) Erich KAUFMANN, *Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung*, 1917, der den Weltkrieg als Verfassungskampf gegen den angelsächsischen Demokratismus auffassen will. Dazu BÖCKENFÖRDE, *Verf. gesch. Forschung*, S. 155.

licher Einheiten, eine für die Schwachen in der Gesellschaft führende und tätige Sozialethik, verbunden mit dem Prinzip der Selbsthilfe und Selbstverwaltung.

Wenn er diese Werte durch eine gleichheitliche Atomisierung der Gesellschaft, durch sozial nichtabgestützte Emanzipationsbewegungen bedroht sieht, so thematisiert er Problembereiche, die seither dem Blick der Juristen entglitten, von Kulturkritikern aufgenommen, vor allem aber Psycho- und Sozialtherapeuten überlassen werden. Das Lebensgefühl der europäischen Jugend auf der Suche nach neuen, von mehr Solidarität getragenen Lebensformen ⁽¹⁴⁰⁾, aber auch das der Völker der dritten oder vierten Welt an der Schwelle von traditionaler Gesellschaft zur Industrialisierung, die weder europäisch-nordamerikanischen Individualismus noch sowjetischen Staatskollektivismus für sich zu akzeptieren scheinen, zeigt die Aktualität dieser Problematik. Sie scheint eine gewisse Schlüsselrolle in Gierkes Denken einzunehmen. Die Ausweitung über den europäischen Kulturkreis ist in Gierkes menschheitsgeschichtlichem Ansatz angelegt, muß allerdings seine germanistische Begrenzung überspringen.

Was seine Zeit betrifft, so erscheint Gierke als ein in der bürgerlichen « Heroenzeit » verwurzelter, zuweilen altfränkischer Prophet des modernen freiheitlichen Sozialstaates, ein Mahner des Bürgertums, die eigene Kultur nicht der Verfestigung von Klassenegoismen zu opfern, sondern die geschichtliche Herkunft wie den geschichtlichen Fortgang zu bedenken. Zugleich stellt er als scharfsinniger Jurist in fruchtbarer Kritik neue Denkformen und Rechtsfiguren zur Bewältigung der neuen Entwicklungen zur Verfügung. Diese fruchtbare Fülle der von Gierke geschaffenen zukunfts offenen, rechtlichen Vorstellungsformen hat schon Sinzheimer in seinem Nachruf von der vergänglichen Hülle eines germanischen Rechtsgeistes, in die Gierke sie kleidete, geschieden ⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ Die erste Welle dieses Lebensgefühls ist sicher die klassische deutsche Jugendbewegung des Jahrhundertbeginns, die letzte die Jugendprotestbewegung der späten sechziger Jahre, die in der westlichen Welt mit « Sozialismus » nicht so sehr ein durchdachtes Wirtschaftssystem, als vielmehr die Hoffnung auf eine humanere Gesellschaft verband.

⁽¹⁴¹⁾ Vgl. H. SINZHEIMER, in *Arbeitsrecht*, IX, cit., S. 1.

ROLAND WEYL - MONIQUE PICARD WEYL

SOCIALISME ET JUSTICE DANS LA FRANCE DE 1895: LE « BON JUGE MAGNAUD »

Pour plusieurs générations d'étudiants en droit (et de professeurs) en France de 1900 à 1950, la meilleure façon d'expliquer ce qu'était le critère de la légalité, c'était de citer, a contrario, le « bon juge de Chateau-Thierry » modèle de ce qu'il ne fallait pas faire. On retenait essentiellement que le juge Magnaud avait acquitté une voleuse: une voleuse qui ne contestait pas qu'elle avait volé et qui avait été acquittée parce que le juge, tout en constatant qu'elle avait effectivement volé, avait bon coeur.

Pourtant, peu à peu ne se contentant pas de voir dans Magnaud un juge que sa bonté d'âme avait égaré loin des chemins de la loi et du droit un courant de pensée attribuait l'acquittement de « Jeanne Ménard, la femme qui avait volé un pain », à un critère juridique: celui de l'excuse exonératoire relevant de la force majeure, la notion d'« état de nécessité ». Le juge Magnaud n'était donc pas sorti de la légalité, n'avait pas opposé sa conscience à son devoir de fonction; il avait mieux appliqué la loi que ses collègues, en faisant usage de l'art. 64 du Code Pénal, en vertu duquel « Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pas pu résister ».

Néanmoins, depuis lors, on n'a pratiquement jamais vu utiliser l'art. 64 pour donner à la notion de nécessité un contenu social.

Or voici qu'aujourd'hui une nouvelle notion du « bon juge » se développe, dans la conscience d'un nombre croissant de magistrats, qui, de plus en plus déchirés entre les contraintes de la loi bourgeoise et leurs aspirations sociales, revendiquent de juger

en équité et en conscience plutôt que selon la loi ⁽¹⁾. Et ce sont souvent des marxistes qui, enseignés par l'expérience des violations de la légalité dans toute une période de l'histoire d'Etats Socialistes, s'inquiètent d'une aspiration qui tendrait à laisser libre cours à la subjectivité du juge, aux dépens des éléments d'objectivisation du projet social et de ses contradictions qu'une légalité démocratique, bien ou mal, traduit toujours mieux que l'empirisme et l'arbitraire parcellisé d'un « gouvernement par le juge » ne pourrait le faire.

Et l'on reparle de Magnaud.

Mais on ne peut plus en parler de la même manière.

Hier c'était le débat entre la vertu et l'offense.

Aujourd'hui, l'hommage à Magnaud est à peu près unanime ⁽²⁾.

Mais le débat reste entier entre générosité humaine et légalité, entre la sympathie et le droit. Le malheureux Magnaud y conserve le plus souvent la figure du solitaire incompris, héros et martyr, ou naif et victime. Le débat ne parvient pas à quitter le terrain de la morale.

Pourtant, le phénomène historique mérite mieux, même si cela ne doit pas satisfaire le romantisme de certains des champions contemporains de la notion de « bon juge ».

Tout d'abord il y aurait simplification abusive à ne voir en Magnaud qu'un solitaire. Une étude des archives judiciaires de l'époque, travail considérable, permettrait sans doute de mieux mesurer l'importance du courant symbolisé par Magnaud.

Le tribunal de Chateau-Thierry siégeait en formation collégiale de 3 juges. Si les deux assesseurs du Président Magnaud avaient été en désaccord avec lui, ils n'auraient guère eu de difficulté à le tenir en échec. Le moins qu'on puisse conclure de la simple existence des décisions attribuées à Magnaud et rendues par le tribunal qu'il présidait, c'est que l'un au moins de deux assesseurs en acceptait l'orientation.

⁽¹⁾ Voir à ce sujet le débat entre les dirigeants de l'Union Syndicale des Magistrats et ceux du Syndicat de la Magistrature in *La Nouvelle Critique*, Paris, avril 1974.

⁽²⁾ Voir MARCEL ROUSSELET, Premier Président Honoraire de la Cour de Cassation, *Histoire de la Magistrature Française*, Plon, 1957, T. I, pp. 409 et s.

— Par ailleurs, l'un des signataires de la présente étude, petit-fils d'un juge de paix de cette époque possède encore dans des papiers de famille un télégramme envoyé à son grand père à la fin du siècle pour le féliciter d'une nomination. Ce télégramme était adressé « au bon juge de Fontainebleau ». Cela témoigne au moins de l'écho que rencontraient dans l'opinion publique les jugements du tribunal de Chateau-Thierry.

Ce courant porteur est encore attesté par la violence des campagnes qui s'emploient à faire barrage.

La bataille publique est très vive, et se cristallise autour de Magnaud. C'est normal, car même s'il n'est pas seul il a évidemment un rôle déterminant.

Tout sera fait pour le faire partir: Ses jugements sont systématiquement déferés par le Ministère Public à la Cour d'Appel. Celle-ci cependant doit tenir compte de l'écho que l'esquisse d'une autre justice a recueilli dans l'opinion. Lorsque l'affaire de Jeanne lui est soumise elle corrige les motifs de Magnaud et y substitue un « doute sur l'intention frauduleuse » qui ne trompera personne, mais elle recule devant la colère que susciterait la condamnation, et confirme l'acquittement sous les applaudissements du public.

C'est au cours d'une autre affaire que l'Avocat Général, demandant à la Cour d'Appel d'infirmer un jugement de Magnaud, déclara que le tribunal de Chateau-Thierry « rendait des jugements dont les motifs l'excédaient et l'affligeaient », et osa ajouter « Quand donc en aurai-je fini avec ce Président de tribunal qui est un cratère toujours en éruption? »

La presse locale de gauche va aussitôt réagir en rappelant le passé bonapartiste du procureur (et du Président, à qui elle reproche de n'avoir pas rappelé le procureur à l'ordre) Elle lui reproche d'insulter « les rares magistrats républicains et doux au miséreux » pour avoir de l'avancement et note la satisfaction « des juges et avocats réactionnaires, des riches et des égoïstes ».

Les camps sont clairement définis:

Magnaud n'est pas seulement pris à partie par un avocat général. Il l'est dans la presse réactionnaire. Et quand il répond, c'est à l'Aurore, le journal de Zola, qu'il demande de publier sa réponse.

A plusieurs reprises des débats auront lieu à la Chambre des Députés, tantôt à la suite d'interpellations de députés qui protestent

contre ses jugements, tantôt à la suite de celles que déposent les députés qui protestent contre les attaques dont il est l'objet. C'est sur les bancs de la gauche et de l'extrême gauche que l'on applaudit son éloge.

Lui-même ne craint pas, à plusieurs reprises, d'adresser à la Chambre des pétitions en vue de provoquer la modification de textes du Code Pénal, la première a pour objet d'obtenir une rédaction de l'art. 64 qui excluerait toute interprétation restrictive de l'excuse de nécessité et lui donnerait expressément ses dimensions sociales.

La deuxième vise à insérer dans la loi une nouvelle disposition permettant au juge « d'absoudre, par une décision motivée, même si le délit est établi, quand cet acte de clémence lui apparaîtra comme le plus efficace moyen pour arriver à la moralisation du coupable ».

Ces pétitions donneront lieu à un projet de loi déposé par le député socialiste Millerand, et à deux reprises le Conseil Général du département de l'Aisne (où se trouve Chateau Thierry) adopte des résolutions soutenant l'initiative de Magnaud. Le Conseil général de la Seine (département de Paris) et l'Union Départementale des Syndicats de la Seine y font écho.

Dès le lendemain de l'affaire Ménard, le journaliste Henri de Rochefort pose publiquement la candidature de Magnaud à la députation — Magnaud refuse.

Mais en 1906, c'est Clémenceau qui le lui demande, en invoquant le besoin de sauver une circonscription parisienne en difficulté. Il est élu. Mais une fois son mandat écoulé, il ne se représente pas, se plaignant de n'avoir rien fait d'utile. Par contre, on a réussi à l'arracher à Chateau Thierry. Maintenant il y a un autre Président. On lui donne l'avancement le plus trompeur: il est nommé à Paris, mais comme assesseur. Il ne mourra qu'en 1926. Mais sa carrière de « bon juge » est terminée depuis 1906. Le procès Ménard étant de 1898, elle aura été brève. Mais elle aura été bien remplie.

Car le jugement Ménard n'est qu'un parmi beaucoup d'autres, tous orientés dans un sens où l'on retrouve l'anticipation de tout ce qui aujourd'hui nous semble marquer le progrès des idées dans le domaine du droit et de la justice; mais leur contenu va beaucoup plus loin qu'on ne le note généralement:

L'affaire Ménard est la plus célèbre et il suffit de citer quelques motifs du jugement pour le comprendre: « Il est regrettable que dans une société bien organisée, un des membres de cette société surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute ».

« Que lorsqu'une pareille situation se présente et qu'elle est comme pour Louise Ménard, très nettement établie, le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi ».

« Attendu que la faim est susceptible d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre et d'amoinrir en lui, dans une grande mesure, la notion du bien et du mal ».

« Qu'un acte, ordinairement répréhensible, perd beaucoup de son caractère frauduleux, lorsque celui qui le commet n'agit que poussé par l'imperieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité, sans lequel la nature se refuse à mettre en oeuvre notre constitution physique ».

« que l'intention frauduleuse est encore bien plus atténuée lorsqu'aux tortures aigües résultant d'une longue privation de nourriture vient se joindre, comme dans l'espèce, le désir si naturel chez une mère de les éviter au jeune enfant dont elle a la charge ».

Mais l'affaire Chiabrando vient aussitôt après. Il s'agit d'un jeune de 17 ans, poursuivi pour mendicité. Magnaud l'acquitte. C'est une démarche humanitaire. Elle est sympathique. Mais il motive très longuement son jugement, ce qui en élargit singulièrement la portée: « on ne lui a jamais appris aucun métier ... placé chez un cultivateur, il n'en a jamais reçu aucun salaire ... l'établissement (d'accueil) existant dans le département de l'Aisne pour obvier à la mendicité non seulement dans ce département mais dans 8 autres, est absolument insuffisant pour satisfaire au vœu de la loi ... ».

Partant de la mise en cause des responsabilités sociales, Magnaud y renvoie pour revendiquer la substitution de la réinsertion sociale à la punition: « Accumuler sur le prévenu des condamnations ... c'est lui rendre la recherche du travail plus difficile et le pousser inévitablement, en lui faisant perdre tout espoir de réhabilitation, dans la voie de la mendicité professionnelle ».

Même démarche dans l'affaire Dubost (jugement du 3 mars 1899) qui, lui, totalise déjà 42 condamnations pour vagabondage,

et n'a pas la jeunesse de Chiabrandò, mais dont l'état de santé fait dire par Magnaud qu'il est « bon à hospitaliser et non à condamner ».

Dans les deux affaires, le tribunal de Château Thierry va distinguer le mendiant occasionnel ou nécessiteux, du mendiant professionnel, ce dernier seulement constituant un danger social.

D'autres décisions s'en prennent à l'inégalité de la femme. Le 27 mai 1898, comparait la femme E... M... qui a blessé d'une pierre le séducteur par lequel elle a été abandonnée enceinte.

Le tribunal l'acquitte après avoir rappelé les manquements de la « victime ». Parmi les motifs de la décision, on peut lire notamment:

« L'abandon dans lequel elle a été ainsi que son enfant ... cette lacune de notre organisation sociale qui laisse à une fille-mère toute la charge de l'enfant qu'elle a conçu, alors que celui qui sans aucun doute le lui a fait concevoir peut se dégager allègrement de toute responsabilité matérielle ».

Le tribunal va connaître de la même affaire en matière civile, E... M... ayant demandé la condamnation de son séducteur à l'indemniser.

Il sera fait droit à sa demande par un jugement du 25 novembre 1898 où l'on peut lire: « L'homme qui noue des relations intimes suivies avec une femme est en faute, aussi bien et même plus que celle-ci, en raison de son ascendant moral, de n'en avoir pas prévu les conséquences possibles ».

« Lorsqu'un enfant naît de ces relations et que l'homme s'en est, comme dans l'espèce, reconnu le père, il serait souverainement injuste de laisser supporter la charge entière à la femme seule qui a eu déjà toutes les douleurs et les risques de la maternité ».

« Ce n'est pas seulement un enfant qui seul est né de leurs relations, mais une obligation naturelle de l'élever et de pourvoir à ses besoins et à son éducation, obligation qui doit trouver sa sanction dans la loi ».

Mais Magnaud ne borne pas sa prise de position pour l'égalité des droits des femmes à cette démarche qui près d'un siècle plus tard peut paraître élémentaire. Nous avons déjà vu qu'il ne limite pas ses interventions aux jugements qu'il rend.

Le 21 octobre 1901, une avocate se présente à la barre du tribunal de Château Thierry; c'est la première fois. En effet la pre-

mière femme avocat a du commencer par plaider pour elle-même le droit d'être admise au barreau. Elle vient seulement de gagner son procès. Dès lors qu'il a la chance qu'un de ses premiers dossiers amène Jeanne Chauvin à plaider à Chateau Thierry, Magnaud on manque pas l'occasion qui lui est donnée de lui souhaiter publiquement la bienvenue.

« Une loi vous a conféré le droit de plaider à cette barre. Le tribunal de Chateau Thierry y a applaudi. Et il applaudit très énergiquement à toute mesure qui sera de nature à émanciper la femme. C'est pourquoi j'ai l'espoir qu'une loi prochaine, basée sur l'égalité de sexes, viendra, qui fera siéger comme juge dans les tribunaux ordinaires la femme » ⁽³⁾.

Il faudra attendre le 16 octobre 1946 pour que ce vœu se réalise.

Dans les procès Ménard, Chiabrando, Dubost, nous avons vu Magnaud dénoncer les responsabilités sociales.

Dans Chiabrando, il y ajoute les responsabilités patronales.

Le 7 décembre 1899 le tribunal de Chateau Thierry ira plus loin, et condamnera un employeur à dédommager un ouvrier licencié pour avoir appelé ses compagnons à « abandonner la ferme agricole plutôt que d'exécuter aux conditions offertes le travail de moisson d'avoine qu'il (l'employeur) leur proposait ».

Et la motivation du tribunal est très exactement la proclamation du droit de grève: « le moissonneur G... n'a fait qu'user de l'incontestable droit qu'ont tous les travailleurs, auxquels la rétribution de leur travail paraît, à tort ou à raison, insuffisante, d'arriver, par des moyens licites, à obtenir une rémunération plus élevée;

« Ce droit, non seulement appartient à l'ouvrier lui-même, mais à tous ceux qui, même sans faire partie du prolétariat, prennent sa défense et cherchent par leurs conseils éclairés et désintéressés à améliorer son sort.

« En donnant à ses compagnons de moisson le conseil de sesser leur travail, plutôt que d'accepter les offres faites qu'ils jugeaient insuffisantes, G... n'a usé ni de violences, voies de fait, menaces ou manoeuvres frauduleuses que prohibe et réprime l'article 414 du Code Pénal.

⁽³⁾ Citée par M. ROUSSELET, *Histoire de la Magistrature Française*, Plon, 1957, T. I, p. 231.

« Il est resté, en conséquence, dans les limites du droit de coalition reconnu par la loi et l'exercice de ce droit ne peut être considéré, ainsi que le prétend le patron B..., comme un délit ou un quasi-délit pouvant autoriser de sa part la rupture d'un contrat de louage d'ouvrage et l'expulsion de G... des travaux de moisson qu'il avait entrepris ».

Ceci lui valut d'être argué d'absurdité par le « journal des Débats » et félicité par une lettre de l'Union Départementale des Syndicats de la Seine.

Au demeurant, deux autres affaires lui auront donné l'occasion d'aller jusqu'au tréfonds des analyses de principe: s'agissant dans les deux cas d'un ouvrier victime d'un accident du travail, le tribunal condamne l'employeur. Certes la première loi de protection sociale des accidentés du travail vient d'être promulguée. Mais pour la première (jugée le 12 juillet 1899) l'accident est antérieur à cette promulgation et ne peut en bénéficier. Le tribunal évidemment va faire allusion à l'existence de la loi nouvelle comme référence morale:

« La mesure sollicitée (le versement d'une indemnité provisionnelle) s'impose d'autant plus qu'une loi nouvelle et bienfaisante, dont ne peut malheureusement se prévaloir le demandeur, prescrit les formes les plus expéditives pour arriver au règlement immédiat des indemnités dues aux victimes d'accidents du travail ».

Mais il ne se contente pas de chercher une caution à ses choix; il va esquisser des analyses fondées sur l'inégalité de situation de l'employeur et de l'ouvrier qui ne peut attendre:

« Toutes les subtilités juridiques, derrière lesquelles se retranchent les défendeurs, ne sauraient avoir d'autre conséquence, si elles étaient accueillies, que de laisser juridiquement mourir de faim une famille dont le chef est, dès à présent, créancier incontestable d'une somme importante, eu égard à sa situation précaire ».

Dans la deuxième, jugée le 17 janvier 1900, l'analyse est encore plus nette: la loi de 1898 s'applique cette fois, mais le tribunal la justifie, pour s'employer à en enrichir l'interprétation:

« La charge de ce risque pour le patron, est d'autant plus rationnelle et équitable que celui-ci a le droit, le devoir et le pouvoir de surveiller son ouvrier ainsi que de s'opposer à ses imprudences,

tandis que l'ouvrier ne peut, en raison de sa situation instable et dépendante, que s'opposer timidement et dans la crainte d'être expulsé, aux procédés expéditifs du patron destinés le plus souvent à lui faire réaliser un plus fort bénéfice ».

« Enfin c'est l'ouvrier seul qui produit et qui expose sa santé ou sa vie au profit exclusif du patron, lequel ne peut compromettre que son capital »

et encore:

« la faute inexcusable est celle que le patron ou l'ouvrier devait éviter s'il n'avait pas fait preuve d'une négligence ou d'une incurie en quelque sorte coupables et que tout homme soucieux de la vie de ses semblables ou de la sienne, sinon de ses propres intérêts, ne doit pas commettre ».

« Telle est par exemple celle qui résulte de la persistance dans l'emploi de certains procédés ou modes de travail que la plus élémentaire prudence commandait d'urgence d'abandonner ou de faire abandonner en raison d'accidents antérieurement survenus, ou encore l'infraction continuelle et délictueuse aux prescriptions tutélaires édictées par des lois et règlements qu'un ouvrier peut ne connaître que très imparfaitement, mais qu'un chef d'entreprise ou d'industrie ne peut ignorer ni laisser enfreindre ».

« La faute de l'ouvrier sera toujours plus excusable que celle du patron, car le premier en la commettant n'aura été exagérément imprudent que poussé par le désir particulièrement excusable d'augmenter sa situation si souvent précaire, tandis que le second, qui n'expose que ses capitaux, n'aura agi que pour accroître ses bénéfices sans risquer sa vie.

« Enfin il ne faut pas perdre de vue que la loi du 9 avril 1898, sur les accidents du travail, a été faite surtout pour améliorer le sort des travailleurs et de leur famille privée temporairement ou définitivement de son chef, et qu'en conséquence pour répondre au vœu du législateur elle doit être interprétée dans le sens le plus favorable aux ouvriers ».

Un marxiste n'aura aucune peine à retrouver ici l'analyse de Marx lorsque, dans la critique du point 4 du Programme de Gotha, il s'emploie à montrer que seul un droit *inégal* au profit des travailleurs pourrait atténuer leur inégalité de fait. Et le Tribunal de

Chateau Thierry semble ici plus influencé par le matérialisme dialectique et le marxisme que par le réformisme proudhonien lorsqu'il englobe explicitement dans la même inégalité, l'inégalité infrastructurelle (économique) et l'inégalité superstructurelle (culturelle).

Mais nous avons vu aussi dans l'affaire Chiambardo son souci de substituer à la punition la réinsertion sociale et l'éducation. Ceci est encore plus net dans la réponse publique de Magnaud le 11 août 1899 aux injures de la presse de droite:

« Si depuis quelques années déjà, j'ai le désir de voir accorder au juge de répression le pouvoir de pardonner, c'est qu'au cours de ma carrière, où, cependant, je me suis toujours montré très ferme envers les inexcusables, il m'est arrivé de prononcer des condamnations le coeur serré, sentant bien qu'en obéissant à la loi, selon mon devoir, je dépassais le but qu'elle se proposait d'atteindre.

Une condamnation, en effet, outre qu'elle est en général une tare à peu près indélébile, entraîne souvent, aussi atténuée qu'elle soit, la perte d'une situation acquise, frappant ainsi pour le présent et l'avenir, non seulement celui qui l'a encourue, mais encore parfois, une famille innocente dont le condamné est, peut être, l'unique soutien ».

« Vous êtes sans doute, monsieur, le seul à ignorer que certains prévenus se suicident avant même de comparaître devant un tribunal, par crainte d'une condamnation que la loi, telle qu'elle est, rend inévitable: s'ils avaient l'espoir que le juge, convaincu de la sincérité de leurs regrets et de leur repentir, pourra peut être leur éviter les douloureuses conséquences d'une condamnation en les absolvant, ils ne se laisseraient probablement pas aller à une aussi terrible extrémité ».

S'agissant d'un jeune délinquant, tous les problèmes pénitentiaires sont posés dans les deux alinéas d'un jugement du 10 juin 1898:

« Malgré tous les soins et la surveillance apportés par l'administration pénitentiaire, les maisons de correction, en raison du contact des enfants vicieux qui y sont placés, ne sont presque toujours que des écoles de démoralisation et de préparation tout à la fois à des crimes et délits ultérieurs;

Il y a donc lieu de s'abstenir de remettre le jeune P... Ed... à sa mère, ainsi que de l'envoyer dans une maison de correction ».

Bien que des courants anarchistes aient tenté de se l'approprier (c'est notamment la coloration que tente de lui donner son principal apologue de l'époque, Henri Leyret, dans le livre où nous puisons l'essentiel de la partie documentaire de cette étude ⁽⁴⁾), Magnaud se défend d'être pour une impunité générale et sans discernement.

Mais ses choix recherchent les exonérations de culpabilité dans les critères sociaux de la liberté de ne pas être délinquant. C'est ainsi qu'il écrit au Figaro en mars 1900 :

« Qu'il me suffise de vous dire, très succinctement, que, d'une manière générale, j'estime que la société a le droit de punir — et même très rigoureusement —, car il est inadmissible que certains de ses membres puissent, sans excuse, se livrer impunément à des attentats contre la personne des autres ou les atteindre dans leurs intérêts matériels ou leur honorabilité, en un mot les troubler, sans motif, dans leur sécurité matérielle et morale. Mais ce qui devient plus délicat, c'est l'exercice de ce droit ».

« Le juge chargé d'appliquer la peine au nom de la société qui poursuit la repression d'un manquement à la loi ne doit pas se contenter de rechercher, outre l'intention coupable, les causes d'irresponsabilité ou les circonstances atténuantes directes, mais examiner encore si l'acte punissable ne serait pas le résultat, tout au moins indirect, de quelque lacune sociale. Et si, dans sa conscience, il estime que la société n'a pas fait tout ce qu'elle pouvait ou devait faire, la faute du poursuivant ne saurait manquer d'amoin-drir, à ses yeux, celle du poursuivi, et parfois même de la supprimer ».

Nous avons d'ailleurs vu que sur le plan théorique il va jusqu'au bout du contenu social de la notion socialiste de culpabilité, lorsque dans une de ses pétitions à l'Assemblée, il ne demande rien moins que ce qui figurera dans les principes de droit pénal soviétique à partir de 1953 : la possibilité pour le juge de ne pas condamner même lorsque le fait délictuel est établi, si les circonstances de commission de l'infraction ne comportent pas de danger social.

⁽⁴⁾ H. LEYRET, *Les jugements du Président Magnaud*, Stock 1900.

En revanche il sera sévère pour les détenteurs de la puissance lorsqu'ils abusent de leur situation.

Son indulgence pour les délits de chasse (ils sont une matière importante de l'activité d'un tribunal comme celui de Chateau Thierry à cette époque) n'a d'égale que sa sévérité pour les gardes-chasse.

Sur le plan économique, nous avons vu l'importance qu'il attache à la responsabilité sociale du patron. Son jugement sera le même à l'égard des grandes compagnies capitalistes de la époque.

Ainsi lit-on un jugement du 1^{er} décembre 1889 contre la compagnie des Chemins de Fer de l'Est:

« Si les tarifs spéciaux sont avantageux pour le destinataire ou l'expéditeur, ils ne le sont pas moins pour les compagnies de chemin de fer qui, par suite de ces tarifs réduits, transportent une quantité bien plus considérable de marchandises ».

« Au surplus la clause précitée, repoussant toute responsabilité, surtout conçue en termes aussi absolus, est illicite, nul ne pouvant stipuler qu'il ne répondra pas de sa faute personnelle, et n'a été insérée par les Compagnies de Chemin de Fer que pour en imposer aux ignorants de leurs droits, et éviter ainsi un certain nombre de réclamations ».

« De semblables stipulations, si elles étaient admises, seraient particulièrement dangereuses de la part des dites compagnies à raison de leur monopole ».

Et encore le 9 mars 1893 contre la même:

« Il y a même lieu de s'étonner qu'une demande aussi légitime ait été qualifiée à l'audience par la Compagnie de « véritable exploitation ».

« La compagnie sait bien que ces expressions pourraient s'appliquer bien mieux à certaines sociétés anonymes, puissantes par l'argent de leurs actionnaires, qui, dans bien des cas où leurs torts sont évidents, menacent néanmoins d'un recours en cassation leurs adversaires moins fortunés et presque dans l'impossibilité de les suivre sur un terrain aussi coûteux, uniquement pour les amener à composition et les faire ainsi renoncer à tout ou partie des réparations équitables qui leur ont été déjà accordées devant d'autres juridictions.

« Ces procédés odieux qu'on ne saurait trop flétrir ne tendent à rien moins qu'à faire fléchir le bon droit devant la puissance de l'argent ».

Et le 22 décembre 1899, toujours contre la même:

« Que néanmoins on ne constate jamais aucune poursuite correctionnelle exercée pour infraction à cet horaire, non pas contre de simples agents ou employés dont l'excuse résiderait soit dans le surmenage, soit dans le matériel trop insuffisant et défectueux qu'on leur confie pour assurer leur tâche, mais contre ceux qui ont la haute responsabilité de ce matériel ainsi que de la traction et de la circulation des trains ».

« Qu'il serait vraiment singulier qu'aux avantages considérables que tirent les Compagnies de chemins de fer de leur monopole et de la bourse des contribuables sous la forme de garantie d'intérêt, on vint en outre ajouter une sanction pénale pour toutes les infractions que le public pourrait commettre à leurs Tarifs commerciaux.

« Qu'un aussi exorbitant privilège aurait pour résultat de les rendre encore plus puissantes vis-à-vis de l'Etat, dont elles ne doivent être, au contraire, dans l'intérêt de la sécurité publique et nationale, que les utiles et obéissantes vassales ».

Certes Magnaud est encore loin d'assumer toute la problématique de la lutte de classe. La façon dont il se laissera éliminer, dont il raconte comment il est entré au Parlement et comment il en est sorti, le style même de ses jugements, portent encore la marque de tout un moralisme qui n'est pas toujours dégagé d'illusions réformistes et de paternalisme. Pourtant dans l'ensemble Magnaud aura été plus que le progressiste de bonne volonté, le bon juge humanitaire ou le justicier maniaque auquel on voudrait souvent le réduire.

Il pourrait paraître suffisant de rappeler que son histoire se place dans l'époque de cette fin de siècle où se déroulent en France de grandes luttes: on vient de faire échec au boulangisme. Et l'affaire Dreyfus bat son plein: le « J'accuse » de Zola est de 1898 et la cassation de la condamnation de Dreyfus est de 1899; toute une série de textes jalonne cette période pour en faire l'une des grandes périodes d'essor démocratique du droit bourgeois français:

1881 et 1882: l'école publique, laïque et obligatoire
1884: le divorce — les syndicats — la loi municipale
1897: les droits de la défense
1901: le droit d'Association
1905: la séparation de l'Eglise et de l'Etat — le libre salaire
de la femme mariée.

En même temps c'est une intense lutte de classes: la loi « scelerate » de 1893 abusivement dite « contre les menées anarchistes » vise à réprimer le mouvement ouvrier montant, on ne peut oublier que le « Manifeste » a tout juste 40 ans, que la Commune n'en a que 25, et qu'il ne faudra pas attendre 20 ans l'arrivée du socialisme au pouvoir d'Etat en Russie.

Dans la magistrature française cependant s'il n'est pas isolé des masses ouvrières et des politiques qui le soutiennent, Magnaud est sensiblement en avance.

Ceci nous semble devoir rappeler à certains de ses disciples d'aujourd'hui cette autre leçon socialiste de Magnaud: on ne change pas la justice, sans changer les rapports politiques et économiques de la Société toute entière: on ne peut pas faire de justice socialiste en régime capitaliste.

Cela nous conduit à de dernières considérations dont l'actualité n'échappera pas: les deux pétitions à l'Assemblée, tendant à obtenir des modifications légales, ne sont-elles pas la démarche d'un homme qui fait remarquablement le départage de son rôle de juge et de son rôle de citoyen: comme juge il doit appliquer la loi. C'est une raison supérieure pour que, comme citoyen, il s'intéresse à ses modifications.

Là encore nous avons chez Magnaud la démarche type du bon juge de pays socialiste, qui ne se reconnaît pas le droit d'opposer sa loi à celle de l'Etat et les aléas de sa subjectivité aux règles d'une légalité démocratiquement définie.

Pas une fois Magnaud n'écrira: « la loi est mauvaise, donc je ne l'applique pas ». On est au contraire frappé de la longueur des motivations de ses jugements et de son souci de les fonder en droit, y compris du point de vue du droit positif.

Certes il militera pour la simplification des procédures. Ainsi il dénonce dans un jugement du 15 novembre 1899 les conflits

de compétence des juridictions civiles et administrative. Mais son souci est celui de procurer aux citoyens une véritable sécurité juridique:

« Il est vraiment pénible pour des juges, surtout quand ils se trouvent en présence d'une aussi intéressante situation, de voir le cours de la justice en quelque sorte suspendu ou, dans tous les cas, très retardé par le conflit perpétuel de diverses juridictions qu'il serait si simple et si pratique d'unifier dans l'intérêt des justiciables ».

Dans les poursuites de chasse et de pêche, il insiste chaque fois sur la nécessité d'une application restrictive de la loi pénale.

De même dans l'affaire Chiabrando lorsqu'il se livre à une analyse stricte de la définition légale de la mendicité pour en conclure que les conditions n'en sont pas réunies en l'espèce.

Egalement, réprimant des violences à enfants, le tribunal de Château-Thierry, le 17 juin 1898, déclare:

« Dans bien des circonstances, le juge peut apprécier avec indulgence les manquements à certaines lois pénales, conséquence d'une misère parfois imméritée; il doit, au contraire, se montrer d'une rigueur extrême pour toutes infractions à celles qui protègent l'enfance et qui méritent l'approbation et le respect de tous.

« Les brutalités commises sur des enfants, outre qu'elles sont une entrave à leur développement physique, dénotent chez celui qui les commet, une nature méchante sur laquelle la bienfaisante clémence serait sans effet et que la crainte d'un chatiment rigoureux est seule capable de maîtriser.

« Il y a donc lieu de faire à B... une application rigoureuse de la loi ».

« Il convient de la faire bénéficier des dispositions de l'art. 463 du Code Pénal, non pas que le Tribunal reconnaisse une atténuation quelconque à sa conduite, mais parce qu'il n'a pas subi à ce jour de condamnation, et aussi, en raison de ce qu'il a pu ne pas connaître par suite de sa récente promulgation, toutes les justes sévérités de la loi du 19 avril 1898 »;

Il condamnera un boulangiste pour des pressions et menaces à l'égard d'un fonctionnaire, au nom des principes de la légalité démocratique.

Dans l'affaire Ménard et l'affaire Chiabrando il prendra soin de se couvrir de l'art. 64 du Code Pénal.

Presque toutes les décisions que nous avons citées, contiennent une scrupuleuse analyse de la loi ou du contrat. Certes, Magnaud les interprète. Il le fait encore en demandant la caution de principes de droit.

Ceux qui aujourd'hui se réfèrent à lui pour valoriser la notion d'un « bon juge » libéré des contraintes légales ou juridiques pour ne suivre que sa conscience feraient bien de relire Magnaud plus attentivement.

Magnaud est tout le contraire d'un empiriste, ou d'un subjectiviste; c'est sans doute encore un des aspects frappants de l'influence du marxisme qui transparaît dans sa démarche.

ADOLFO di MAJO

ENRICO CIMBALI
E LE IDEE DEL SOCIALISMO GIURIDICO

I. *La questione del metodo.*

1. « Un desiderio profondo di novità, una smania febbrile di riforme in tutte le sfere molteplici della vita, della scienza, dell'arte, pervade ed agita violentemente le fibre della società moderna. Nessun sistema, nessuna istituzione, nessun organismo scientifico, artistico, sociale, malgrado abbia il suggello e la consacrazione dei secoli, si considererà più sacro ed inviolabile. Tutto cade e si trasforma, a vista di occhio, sotto il martello inesorabile della critica, sotto l'impulso irresistibile di nuovi sorgenti bisogni. In mezzo a tanta vertigine di rivolgimenti e di trasformazioni, quasi nave incantata che solca tranquilla le onde burrascose dello oceano seminate di cadaveri e di moribondi, il Diritto civile sembra non risenta per nulla l'influenza rivoluzionaria dei nuovi tempi ».

Con queste espressioni si apriva quell'opera, intitolata *La Nuova Fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali* ⁽¹⁾

(1) L'opera apparve nel 1885, ebbe quattro edizioni (l'ultima, dalla quale citiamo, porta la data del 1907), con essa (alla sua terza edizione) l'Unione Tipografica Editrice Torinese (U.T.E.T.) iniziava, nel settembre del 1894, la raccolta delle *Opere Complete* del Cimbali (I, *La Nuova Fase*; II, *Del possesso per acquistare i frutti*; III, *Studi di diritto civile*; IV, *Della capacità di contrattare*; V, *Questioni di diritto*; VI, *Epistolario*).

La Nuova Fase, portante come sottotitolo « Proposte di riforma della legislazione civile vigente », ebbe anche una versione in spagnolo e fu tenuta presente nel dibattito che a quell'epoca si ebbe in Spagna per la riforma del codice civile (v. commemorazione del Cimbali ad opera di G. Vadalà-Papale). È certo che una buona parte dei motivi contenuti nell'opera dovevano figurare nella Relazione con cui l'allora Guardasigilli Gallo aveva presentato la Istituzione di una Commissione per la riforma generale della legislazione di Diritto Privato (1906) (detta Relazione accompagnava la 4ª edizione della *Nuova Fase*). Salutata come opera

alla quale doveva restare affidata, più che ad ogni altra opera, la fama di « innovatore » di Enrico Cimbali, quell'opera che Biagio Brugi ebbe ad accostare alle *Disputationes* dell'Alciato, « che furono un guanto di sfida lanciato in faccia alla legione dei Bartolisti... » (2). Sono in questo « inizio » già individuabili lo stile di pensiero e di forma del Nostro, la sua *Weltanschauung*, gli echi più o meno diretti di un certo tipo di « fronda » rispetto alla cultura accademica.

Già nella Introduzione alla Nuova Fase era contenuto quel *cahier de doléance* sullo stato della produzione giuridica nazionale, stato « miserevole » perchè non aveva saputo elevarsi « dal pantano di una esegesi grettamente servile » (rispetto alla produzione d'oltre Alpe), nonostante « l'amor proprio di taluni nostri giuristi » (quali Brini, Gianturco, Vadalà-Papale). Il dilemma di fondo investiva *la questione del metodo* e cioè se, nello studio del Diritto civile, « bisognava conservare il metodo storico tradizionale di Gajo, adottato dai popoli di razza latina, come l'italiano e il francese, ovvero inaugurare un nuovo metodo scientifico razionale » (3). E, nell'insegnamento del codice, bisognava « seguire fedelmente l'ordine adottato dal legislatore ovvero liberamente un ordine nuovo, quale la necessità logica di sistemare ed organizzare istituti, materie, e rapporti affini c'impone »? Non tardava a rispondere il Nostro, giacchè « la tendenza generale si è verso l'ordine sistematico nell'organamento e nell'insegnamento del codice civile » (4). E, nonostante che la pratica andasse in direzione contraria, la vittoria comunque non poteva che andare « al sistema sull'esegesi, essendo questa la tendenza invincibile del mondo moderno destinato a stabilire con lavoro incessante un nesso armonico tra i diversi rami del sapere per poi ricongiungerli tutti, come sparse membra, nell'unità di un organismo comune superiore » (5).

« degna di un sapiente maturo » da P. S. Mancini, dalle correnti socialistiche fu considerata un *test* esemplare atto « a dimostrare la efficacia economico-sociale del *solidarismo giuridico* » (S. PANUNZIO, *Il socialismo giuridico*, Genova, 1907).

(2) BRUGI, *La Nuova Fase*, cit. (tra i *giudizi* attorno alla opera), p. xiv.

(3) *Op. cit.*, p. 4.

(4) *Op. cit.*, p. 4.

(5) *Op. cit.*, p. 5.

Leggendo queste « professioni di metodo » come non pensare a più illustri modelli, alla « dottrina del metodo » del Savigny giovane (1802-3), a quel concetto di *scienza* che doveva rappresentare l'incontro (dell'applicazione) del metodo *storico* e di quello *sistematico*, ove appunto la individuazione « dell'intimo legame o dell'affinità, per cui i singoli concetti e le singole *regulae iuris* sono connesse in una grande unità » avrebbe dovuto aver luogo nell'ambito dello stesso diritto concepito come *organismo vivente*? ⁽⁶⁾. Più in generale, è fin troppo notorio come il *revirement* indotto, ai primi dell'Ottocento, dalla scuola storica tedesca rispetto all'*Usus modernus Pandectarum* e rispetto alle componenti filosofiche del giusnaturalismo sarà l'esigenza di « una rifondazione di una scienza giuridica sistematica metodicamente orientata » ⁽⁷⁾. La tendenza era dunque verso il sistema, verso una conoscenza *sistematica* del diritto, che fosse *positiva* (e quindi *storica*) e *filosofica* (e quindi *sistematica*) a un tempo.

Era il Cimbali, è da chiedersi, come del resto molti Autori che in quell'epoca si occupavano di « una questione del metodo » (Brini, Gianturco, Vadalà-Papale, Melucci ecc.), un seguace o meglio un tardo epigono di tale indirizzo? Il Savigny egli aveva citato nella Sua prolusione sullo « Studio del dir. civile »; al tentativo del Savigny di voler « sistemare » il diritto civile « analizzandolo ed obiettivandolo per via sperimentale » egli aveva dichiarato di volersi ispirare ⁽⁸⁾. L'espressione « il diritto è la vita » poteva tranquillamente costituire il *pendant* dell'espressione di Savigny: *das Recht sei das Leben der Menschen* ⁽⁹⁾.

È anche notorio che la interpretazione ufficiale è incline a far coincidere con le nuove tendenze di fine Ottocento nel nostro

⁽⁶⁾ V. SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, pubbl. da G. Wesenberg, Stuttgart, 1951, spec. p. 13 ss. L'inciso riportato nel testo ricorre nella Prefazione al *Sistema del dir. Romano attuale*, I (traduz. Scialoja), Torino, 1886, p. 21. Sul metodo del Savigny v. ORESTANO, *Introduz. allo studio storico del diritto Romano* ², Torino, s.d. p. 218 ss.

⁽⁷⁾ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* ², Göttingen, 1967, p. 367.

⁽⁸⁾ *Lo studio del dir. civile negli Stati moderni*, in *Opere Complete* ², III, Torino, 1900 p. 20.

⁽⁹⁾ *Op. ult. cit.*, p. 22.

Paese la emersione di una « questione del metodo » e cioè l'esigenza di « una istanza sistematica » negli studi giuridici ⁽¹⁰⁾.

L'accostamento, del resto, tra Romanisti della Scuola storica e i nuovi indirizzi di pensiero che si ispiravano alla sociologia contemporanea e alla filosofia positiva compariva in forma ufficiale in taluni Scritti di Brugi ⁽¹¹⁾ e di Vanni ⁽¹²⁾. Si trattava di Scritti contemporanei alla traduzione del Sistema del Savigny ad opera di V. Scialoja ⁽¹³⁾. Uno Scrittore assai equilibrato ed accorto come il Filomusi-Guelfi, civilista e filosofo, collegava l'esposizione *sistematica* all'insegnamento del Savigny e, nel nostro Paese, ai nomi di Brini, Gianturco, Cimbali ed altri ⁽¹⁴⁾.

Sarebbe opportuno però a questo punto usare cautela ed evitare semplificazioni che appiattirebbero la peculiarità dei fenomeni e che sarebbero per forza di cose antistoriche. La semplificazione sarebbe nel credere che sia sufficiente l'astratta proposizione di una « questione del metodo » (quale più intuita, che svolta, ad es. dal Pisanelli) o l'intuizione o convinzione (ad es. del Cimbali) che la carta vincente è « il sistema » per fare dei nostri giuristi dei tardi epigoni di più illustri modelli e per stabilire con questi una (linea di) *continuità* sul filo ad es. del dilemma *esegesi — sistema* o *empirismo francese — sistema tedesco*. La storia dunque opererebbe senza fratture, la istanza sistematica, emersa timidamente anche nel nostro Paese « sin dagli inizi del secolo diciannovesimo » ⁽¹⁵⁾, acquisterebbe forma e spessore sullo scorcio di esso.

⁽¹⁰⁾ Cfr., per tutti, ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 230 nota 1 che, in relazione agli sviluppi della trattazione sistematica del dir. civile in Italia, in concorrenza con le forme esegetiche, cita appunto Brini, Gianturco, Cimbali, Vadalà-Papale e altri. Nella stessa direzione si muove CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del dir. privato*, Milano, 1970, p. 229 ss. (la citazione del Cimbali è a p. 231; il capitolo è quello dedicato all'influenza della Pandettistica sulla cultura giur. italiana).

⁽¹¹⁾ BRUGI, *I Romanisti della Scuola storica e la sociologia contemporanea*, Circolo giuridico, 1883, pp. 74 ss.

⁽¹²⁾ VANNI, *I giuristi della scuola storica di Germania nella storia della sociologia e della filosofia positiva*, Riv. di filosofia scientifica, 1885.

⁽¹³⁾ La traduzione è del 1886.

⁽¹⁴⁾ FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia Giuridica*, Napoli, 1873, par. 35, p. 123 (l'opera ebbe sette edizioni) (la citaz. è dalla 7ª ediz.).

⁽¹⁵⁾ CORRADINI, *Il criterio della buona fede*, cit., p. 229.

Il vero è, giova anticiparlo, che sicuramente taluni dei nostri giuristi (e tra questi il Cimbali) si collocavano in una «zona» tutt'affatto diversa da quella che contrassegnava il conflitto metodico tra «esegesi e sistema», in una «zona» desueta per la tradizione *culta* del ceto giuridico. A continuare questa tradizione, e in direzione della conoscenza sistematica e dommatica del diritto, provvederanno, e con ben altra fortuna (quanto a incidenza sui nostri studi giuridici), altri (e diversi) esponenti del ceto ⁽¹⁶⁾.

2. A far subito segnare come si è detto il distacco da modelli «più illustri» è infatti disponibile, senza neanche eccessiva fantasia, una chiave diversa di «lettura». È la «lettura» indotta dalla eco di certe dottrine contemporanee del Cimbali, identificantesi con le varie filosofie o metodologie «positive» le quali, nei riguardi di molti, avevano assunto il carattere di «mode» o di «passaggi obbligati» ai quali non si poteva non prestare attenzione, se non si voleva accrescere il numero di coloro che venivan definiti «gli immobilisti della scienza» ⁽¹⁷⁾. La contrapposizione era dunque «tra i fanatici adoratori del passato» e la schiera «degli innovatori negli ordini scientifico-sociali» ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Vien fatto di pensare alla fortuna che nel nostro Paese ebbero, per la scienza giuridica del Primo Novecento e per quella successiva, *Le Note* di Fadda e Bensa alla Pandette del Windscheid nonché la traduzione delle Pandette dell'Arndts ad opera del Serafini (1874), il quale, nella Prefazione, inneggiava allo «splendido monumento del diritto Romano». Esattamente, peraltro, TARELLO, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano 1969, p. 241 ss., dopo avere sottolineato l'importanza, quale «operazione culturale», delle Note di Fadda e Bensa a Windscheid, contrappone all'indirizzo, definito *antiformalista*, del «socialismo giuridico», (oltre che quello *formalistico-esegetico*), un terzo indirizzo definito *neopandettistico*, che sarà quello destinato ad egemonizzare l'intera cultura giuridica, almeno per tutta la metà di questo secolo, e che prese inizio dalle Note summenzionate (p. 276).

⁽¹⁷⁾ Tale «programma» era esposto nella prolusione che in qualità di *ord. di dir. civile* il Cimbali tenne all'Univ. di Messina il 25 gennaio 1887 (qualche mese prima della morte), dedicata alle *Obbligazioni civili, complemento e funzione della vita sociale* (ora in *Opere Complete*, III, Torino, 1900, pp. 297-321). Per l'espressione che ricorre nel testo v. p. 320. Più in generale, sul collegamento tra il c.d. socialismo giuridico e le dottrine del positivismo v. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico (Le scuole di diritto privato-sociale)*, in *Pol. dir.*, 1970, pp. 241-268 e pp. 387-403 ed *ivi* esauriente bibliografia. Tale collegamento può anche trovare

In questo quadro anche la scienza giuridica, così come quelle naturali, avrebbe cessato di ricevere il proprio *ubi consistam* dallo esterno (da una metafisica idea di *giustizia*) ma si sarebbe fondata sulla concreta esperienza, « sui rapporti della vita reale », sul « movimento sociale », restando compito del giurista di dare « una sistemazione organica » a tali rapporti, sistemazione che fosse « positiva nel principio ed obiettiva quanto al fine cui tende » ⁽¹⁹⁾.

Una tale sistemazione non avrebbe dovuto fondarsi sul rispetto di astratti criteri ma sulla osservazione e sullo studio dei dati effettuali. Il fine sarebbe stato quello di elaborare una « fisiologia del diritto », sulla falsa-riga della « fisiologia della società », così da cooperare alla formazione di un « grande albero enciclopedico della scienza universale » ⁽²⁰⁾.

Si cominciano a sciogliere in tal caso molte *formule* ricorrenti nel Cimbali. Ecco, dunque, che l'accento insistente all'« ordine

conferma nel giudizio Gramsciano sul *positivismo* come « religione laica della piccola borghesia urbana » (dalla quale proveniva anche buona parte dei nostri « giuristi-socialisti »). Il giudizio di Gramsci è nel *Quaderno 1* (ora, in *Quaderni dal carcere*, I, par. 107, ediz. critica a cura di V. Gerratana, Einaudi, 1975, p. 98).

⁽¹⁸⁾ *Le obbl. civili*, cit., p. 320.

⁽¹⁹⁾ Tali accenti ricorrevano nella prima Proluzione che il Cimbali, in qualità di prof. pareggiato di dir. civile, tenne all'Univ. di Roma il 25 gennaio 1881 avente ad oggetto *Lo studio del dir. civile negli Stati moderni*, (ora in *Opere Complete*, III, cit., p. 3-29). Il rimprovero ai precedenti tentativi di sistemazione era nel senso che essi « troppo speculativi, da un canto, rispondono al solo scopo di trovare una classificazione delle materie ». Significativo altresì il fatto che il riferimento al Diritto *concreto* doveva costituire l'occasione per un rilancio del Diritto *nazionale* (contro il servilismo verso i sistemi d'oltr'Alpe) (di qui l'emergere di motivi *nazionalistici* nel Nostro). Salvo poi risolvere il c.d. diritto *concreto* nella prospettiva di studio di « dati argomentati e di istituti speciali » con il fine di preparare « gli organi vitali del nostro Dir. civile nazionale », nel che era visibile un disegno di « concretizzare » il sistema del dir. civile a partire dai singoli istituti; il che sarebbe stato un buon metodo per sottrarsi alla egemonia delle dottrine, francese e tedesca.

⁽²⁰⁾ Per questa espressione v. *La Nuova Fase*, cit., p. 7. Il motivo della unificazione del sapere, di provenienza illuministica, fu ripreso, nell'epoca post-Napoleonica, dall'ambiente dell'*Ecole Polytechnique* e teorizzato da Comte. Nella proluzione *Lo studio del diritto civile*, cit., cit., p. 18 era dato di leggere che « la tendenza del mondo moderno... è verso l'organizzazione e la disciplina. Tutti i rami del sapere mirano incessantemente a stabilire tra loro un nesso armonico che valga a ricongiungerli tutti, come sparse membra, nell'unità di un vasto organismo comune superiore ».

sistematico » (nell'organamento e nell'insegnamento del Codice civile) si svelava per quello che era: per un prodotto « d'importazione » della fede, tutta *positivistica*, nella possibilità di ricondurre ad unità, attraverso l'impiego di rigidi criteri metodici, anche la conoscenza giuridica (di norme e di istituti), così come era avvenuto per la conoscenza dei *fatti di natura* e stava avvenendo per quella dei *fatti sociali* (ad opera di quella « sociologia » che doveva diventare, nel programma di Comte, la nuova « filosofia positiva ») ⁽²¹⁾.

Ma è inutile dire che espressioni ed enunciazioni siffatte rimarranno allo stato di mero « programma » nel Nostro, come, del resto, in molti esponenti delle nuove tendenze. Per fare un esempio, la tanto esaltata necessità di un Diritto « concreto » dovrà convertirsi in una nuova forma di *idealizzazione* e *astrattizzazione* dei c.d. « rapporti della vita reale », assunti *tout court*, senza alcuno sforzo di analisi ossia di ricerca « sul campo » ⁽²²⁾.

A raccogliere la « lezione » positivista non saranno forse gli Autori appartenenti alla « famiglia » del Cimbali (v. Cogliolo o

⁽²¹⁾ Il termine « sociologia », come è noto, si trovava già nelle lettere di Comte a Valat del 25 dicembre 1824 (*Lettres d'Auguste Comte à M. Valat*, Paris, 1870, p. 158). Ma l'A. non lo usò che nel IV Volume della sua opera fondamentale (« Corso di filosofia positiva ») in sostituzione della primitiva espressione « *fisica sociale* ». Sulla sociologia di Comte possono riprodursi le parole di Adorno (*Lezioni di sociologia*, PBE, 1966, p. 13): « figlia del positivismo, essa nasce dalla volontà di liberare il sapere dalla fede religiosa e dalla speculazione metafisica: attenendosi rigorosamente ai fatti si sperava di raggiungere anche in questo campo l'obiettività di cui erano modello le scienze naturali, sperimentali da un lato, matematiche dall'altro ».

⁽²²⁾ Tranne, appunto, che non si fosse voluto scambiare per ricerca di Diritto concreto e cioè, modernamente, di *Law in the making*, il riferimento, nella ricerca giuridica, a fonti letterarie di altre discipline. Il che il Cimbali aveva tentato nello studio sulla *Capacità di contrattare*^a (secondo il cod. civ. e comm.), (opera pubbl. postuma nel 1887 e poi, in seconda ediz., nelle *Opere Complete*, IV, Torino, 1906) ove, appunto, a proposito delle infermità mentali che avrebbero provocato una incapacità « naturale » di contrattare, l'A. si era sforzato, nel silenzio del codice, di delimitare la sfera di dette malattie mentali, facendo largo uso di testi di letteratura *psichiatrica* (quali il *Trattato delle malattie mentali* del Leidesdorf, nella traduz. di Ungern-Sternberg o del Maudsley, *La responsabilità nelle malattie mentali*, nella traduz. del Tamassia). Il contributo del Cimbali si presentava peraltro pregevole (e forse il migliore delle opere di lui) per il recupero ad una seria base scientifico-legislativa del concetto di « incapacità naturale », abbandonato all'arbitrio degli interpreti, dato il silenzio del legislatore.

Vadalà-Papale ecc.) ma semmai certe dottrine del diritto penale (Ferri, Lombroso) ⁽²³⁾ e, in altri Paesi, dottrine che si renderanno espressione dell'esigenza di concrete ricerche volte a individuare le « cause efficienti » dei comandi giuridici (si pensi alla *teoria genetica degli interessi* di un Heck) o i *fatti sociali* che sono alla base del diritto, senza preoccuparsi, quest'ultime, « dell'arte di utilizzare il diritto per le particolari necessità della vita giuridica » (dottrine « sociologiche » del diritto) ⁽²⁴⁾.

È il caso, allora, di chiedersi: da cosa dipese la generale « impraticabilità » dell'elaborazione del Cimbali pur in quella direzione *positiva e concreta* che avrebbe dovuto rappresentarne il connotato essenziale? Sarebbe difficile dare una risposta esaustiva, tanto è contraddittorio (e attraversato da vari filoni) il quadro « metodologico » che essa esibiva. È certo però, e in via di una prima approssimazione, che a impedire ogni ricerca « concreta » dovrà contribuire non poco l'assunzione di quella forma, « piatta e volgare », di *materialismo* che era « figlio » di quei naturalisti e di quei medici i quali, nella Germania *post-1848*, avevano preteso di spiegare la società con le stesse leggi e con gli stessi principii che governavano la natura (Moleschott, Büchner, Czolbe) ⁽²⁵⁾; i tramiti storicamente

⁽²³⁾ Sulle quali v. di recente GUERINI, *Socialismo giuridico e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 431 ss. Sebbene anche su di un Enrico Ferri pende il giudizio di A. LABRIOLA che, in una lettera a Turati (5 giugno 1897) (ora in *La concezione materialistica della storia* (con introd. di Garin), Laterza, 1971, p. 244) rimproverava a Ferri di avere ravvisato « il primo fondamento del socialismo nelle vibrazioni dell'etere ». Sotto l'etichetta di « lorianesimo » Gramsci ebbe a collocare tanto Ferri quanto Lombroso (v. *Quaderno 28* (Lorianesimo), ora in *Quaderni*, III, par. 2, p. 2326).

⁽²⁴⁾ Sull'influsso che in Germania, sulle teorie giuridiche e sulle dottrine del metodo, ebbe il concetto « positivistico » di scienza v. per la ricchezza di spunti, LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Göttingen, 1960, p. 34 ss.

⁽²⁵⁾ Negli anni che seguirono in Germania la sconfitta della rivoluzione democratico-liberale del 1848 sorse quel movimento di pensiero designato come « materialismo ». L'opera *Kreislauf des Lebens* di Jacob Moleschott vide la luce a Magonza nel 1852. L'A., un medico olandese, fu chiamato a insegnare fisiologia anche a Roma. Vi si dichiarava fautore, l'A., di una « legge » di circolazione della vita legata a quella della materia. In un'opera più divulgativa aveva considerato il miglioramento del cibo come la condizione essenziale per l'emancipazione dei contadini e degli operai. Anche l'opera *Kraft und Stoff* del medico tedesco Büchner vide la luce nello stesso torno di anni (1855) (vi si affermava l'inscindibile connes-

più immediati erano il «sensismo» francese del Settecento e il Feuerbachiano «Der Mann ist was er isst» («l'uomo è ciò che mangia») ⁽²⁶⁾.

Senonchè giova aggiungere che i veri tramiti del Nostro non saranno neanche, almeno direttamente, i «materialisti» menzionati ma epigoni o addirittura brutte copie di essi, come lo Schäffle, autore di un *Bau und Leben des sozialen Körpers* (1875-1880) che, «illustre» professore a Tubinga, fu accusato dal nostro Labriola di avere ridotto la *questione sociale* ad una «questione di ventre» ⁽²⁷⁾. Una questione «di ventre» doveva anche preoccupare l'Ardigò, altro Autore «corteggiato» dal Cimbali a motivo della sua «Morale» ⁽²⁸⁾. E, così proseguendo la serie, gli studi sulla evo-

sione tra *forza e materia*). La definizione di «materialismo piatto e volgare» risale, come è noto, a ENGELS, *Ludwig Feuerbach* ², Edit. riun., 1969, p. 36, che lo definì come «dottrina dei predicatori ambulanti». Sulla «storia» del termine «materialismo» nel primo cinquantennio del XIX secolo rimangono fondamentali le osservazioni di GRAMSCI, nel *Quaderno 11* (*Quaderni*, cit., II, par. 16, p. 1408 ss.) (l'occasione era fornita dalla riflessione sulla «Storia del materialismo» del Lange). Non mi risulta che tra gli Autori conosciuti dal Cimbali vi fosse anche taluno dei «materialisti» tedeschi. Certo si è, però, che esso avrebbe potuto facilmente avere avuto visione delle opere del Moleschott e del Büchner tradotte in italiano, rispettivamente, da C. Lombroso e da L. Stefanoni. L'opera di Lange, uscita in Germania nel 1866, fu invece tradotta in Italia a cura di A. Treves soltanto nel 1932 (dopo che in Germania ebbe ottenuto ben dieci edizioni).

⁽²⁶⁾ Prese spunto Gramsci dall'affermazione di Feuerbach (che poteva umoristicamente collegarsi «alla campagna di S. E. Marinetti contro la pastasciutta») per ribadire che la «natura umana» è «il complesso dei rapporti sociali» e non dipende dalla «natura biologica» dell'uomo, in un passo assai noto, *Quaderno 7* (*Appunti di filosofia*), (*Quaderni*, cit., II, par. 35, p. 883 ss.).

⁽²⁷⁾ Cfr. A. LABRIOLA, *In memoria del manifesto dei comunisti*, ora nella *Concezione materialistica*, cit., p. 24 («il ventre dello Schäffle fece per molti anni bella mostra di sé per il mondo, a delizia di tanti *sportisti* del socialismo e a sollievo di tanti poliziotti»). Sullo Schäffle tornava il Labriola anche nella *Dilucidazione preliminare*, ivi, p. 71. L'opera dello Schäffle, definita «colossale» dal Cimbali, in quanto conteneva «la anatomia, la fisiologia, e la psicologia della società umana» (*La Nuova Fase*, cit., p. 172, nota 2) vide la luce a Tübingen negli anni 1875-1880.

⁽²⁸⁾ La «morale dei positivisti» è del 1878 (vi si affermava lo aspetto *biopsicologico e storico-sociale* della morale). Sul pensiero di Ardigò ebbe a compiere la sua prima educazione etico-politica anche Turati. L'esaltazione della «giustizia», intesa non come *etica individuale* ma come *etica sociale* (parte integrante della sociologia), sarà l'aspetto del pensiero di Ardigò che più attrarrà il Cimbali (*La Nuova Fase*, cit., p. 31). Quanto alla «question di ventre», così ebbe a definirla

luzione della proprietà si goveranno del contributo « importantissimo » di Emilio de Laveleye che aveva dimostrato che la proprietà si era trasformata nel tempo e che l'attuale nozione non rispondeva a quella più antica ⁽²⁹⁾. Il sottofondo economico-sociale sarà invece fornito da quel Fedele Lampertico (Senatore del Regno nel 1873) che, mettendo assieme economia e società, aveva dato vita ad una vera e propria *vulgata* di « Economia dei popoli e degli Stati » (in ben cinque volumi, di cui uno dedicato al Diritto), una vera e propria *summa* di « pensieri in libertà » sulle leggi economiche e su quelle della popolazione ⁽³⁰⁾.

Sembravano essere questi i « tramiti culturali » del Cimbali, come, del resto, di molti esponenti delle nuove tendenze. Non ci si deve dunque stupire se, specialmente nelle parti ove il Nostro si piccava di apparire sociologo od economista, il « prodotto », almeno sul piano del metodo, sarà un vero e proprio *pastiche*, irriconoscibile persino secondo i comuni canoni di « lettura » del metodo « positivo ».

Di esempi di tale *pastiche* l'elaborazione del Nostro abbondava; vale dunque la pena di accennarne a taluno che suonava « più bizzarro » di altro.

GRAMSCI in relazione ad un pensiero di Ardigò sul *materialismo storico*, nel quale quest'ultimo paragonava l'insufficienza del « coefficiente » rappresentato dalla *ragione economica* con (l'insufficienza di) quello rappresentato dal « sentimento della fame » (*Quaderno 16*, in *Quaderni*, cit., III, par. 8, p. 1853 ss.). Perchè, si domandava G., « solamente in Italia era diffusa questa strana interpretazione « ventraiolesca » (del materialismo storico)?

⁽²⁹⁾ CIMBALI, *La proprietà e i suoi limiti*, (pubbl. nell'*Arch. giur.*, del 1880, fasc. 2 e 3 e, poi, in *Opere Complete*, III, cit., p. 125). E. de Laveleye, pubblicista ed economista belga, collaboratore di diversi giornali, difese i principi liberali contro le idee degli ultramontani e fece parte, nel 1858, dei redattori della *Revue des Deux Mondes*. Ricoprì la cattedra di economia politica dell'Univ. di Liegi.

⁽³⁰⁾ Il Lampertico (vicentino), dopo avere tenuto un corso libero di economia politica per tre anni (1863-66), si era poi occupato di vari argomenti (dal metodo nell'economia, al credito, alla propr. mineraria), pensò poi ' di dare unità a tali studi » in un'opera complessiva, che voleva rappresentare la prima e vera opera di « scienza » con riguardo ai fatti e alle dottrine economici. Quest'opera sarà l'*Economia dei popoli e degli Stati* in cinque volumi (1874). Alla teoria « del Marx » dedicava sette pagine, liquidandola con l'affermazione che « il concetto di valore, nella economia civile, fondasi sulla nozione dell'essere e quindi sul principio della creazione ». Gli andava bene il concetto di « organismo » dello Schäffle.

Con riguardo *alla proprietà*, per fare un es., dopo impegnative professioni di «storicismo» — ond'è che la restaurazione «proprietaria» ad opera della scienza borghese (Cousin, Troplong, Thiers) veniva presentata come *risposta* al socialismo di Blanc ⁽³¹⁾ — il discorso abortiva in una definizione della proprietà quale «apparato produttore, nel quale si raccolgono le materie necessarie al mantenimento del corpo sociale» ⁽³²⁾ ossia nel binomio *proprietà-organo di nutrizione* (del corpo sociale) ⁽³³⁾. Il corollario sarebbe stato (e non poteva non essere) che non poteva darsi una società senza proprietà così come «nessun organismo vivente può trovarsi sfornito dell'organo di nutrizione» ⁽³⁴⁾.

Il referente del Nostro sarebbe stato, con tutta probabilità, più il «ventraiolismo» alla Schäffle che la tesi (ufficiale in certi ambienti delle dottrine economiche) della *proprietà-condizione della produzione*, tesi contro la quale il Marx più giovane ebbe già a suggerire qualcosa ⁽³⁵⁾. Semmai, i termini del dilemma del Cimbali erano più tra una definizione «giusnaturalistica» della *proprietà-*

⁽³¹⁾ Le idee del Nostro sulla proprietà furono dapprima esposte in *La proprietà e i suoi limiti*, cit., pp. 117-161, e poi in *La Nuova Fase*, cit., pp. 172 ss. L'apertura di carattere storico-politico è nel primo dei due contributi alle pp. 118-129, ove, dopo la caduta del socialismo di Blanc, la «corporazione proprietaria» doveva vedere alleati Scienza e Governo per dimostrare «la perpetua ed assoluta legittimità» della proprietà (p. 118). Senonchè in agguato v'era il socialismo *scientifico* di Marx ch'era venuto a sostituirsi a quello «sentimentale» del Proudhon, al socialismo «teorico» sarebbe seguito quello «rivoluzionario». A fronte di tale pericolo «i proprietari, i capitalisti e tutti quanti sono gli elementi conservatori... sentono in fondo che qualcosa bisogna farla a pro delle classi lavoratrici...» (p. 119).

⁽³²⁾ *La Nuova Fase*, cit., p. 171.

⁽³³⁾ *Op. loc. cit.*

⁽³⁴⁾ *Op. loc. cit.*

⁽³⁵⁾ Si allude al passo di Marx contenuto nella celebre *Introduzione a Per la critica dell'economia politica* (1857), Edit. riun., 1969, p. 175, ove Marx definiva *tautologica* l'affermazione che «la proprietà è una condizione della produzione», giacchè «una appropriazione che non si appropri nulla è una *contradictio in subjecto*». Vero è che, definita la produzione come «appropriazione della natura da parte dell'individuo entro e mediante una determinata forma di società», ne sarebbe uscita la «storicizzazione» del rapporto *produzione-proprietà privata*, nel senso della *non-esclusività* della «forma» della proprietà privata per giustificare il processo produttivo.

libertà ⁽³⁶⁾ ed una « materialistica » della *proprietà-organo di nutrizione* ⁽³⁷⁾. Tra giusnaturalismo e materialismo volgare, stavolta, a rimetterci sarebbe stato l'altro interlocutore privilegiato (come vedremo) e cioè l'« economismo ».

Lo stesso *pastiche* di giusnaturalismo e materialismo si poteva osservare con riguardo al *contratto*. Se, da un lato, sembrava che il Cimbali prestasse attenzione al modello di Grozio del contratto come « alienazione di una parte delle nostre cose o delle nostre azioni » (*alienatio particulae cujusdam nostrae libertatis aut rei*), e cioè ad una ragione « proprietaria » dell'efficacia vincolante del contratto, ecco subito dopo lo schema di scambio convertirsi in una « combinazione di forze » di cui l'una « respinge la sostanza personale o patrimoniale che alla medesima si collega ed attrae la sostanza personale o patrimoniale che si collega alla forza opposta » ⁽³⁸⁾. Di qui la definizione del contratto ridotto a « corrente di movimento » (nelle reciproche direzioni dei due contraenti) ⁽³⁹⁾. La « funzione sociale » del contratto avrebbe dunque dovuto intendersi in senso *organicistico-materialistico*, come passaggio dal « moto impulsivo della volontà individuale » al « contatto degli individui liberamente cooperanti tra loro » ⁽⁴⁰⁾.

Alla domanda se anche *il testamento* rivestisse natura contrattuale, il Cimbali, sulle orme di Grozio, riteneva che si dovesse rispondere positivamente sia per ragioni tecniche (dovute al rispetto della « forma giuridica concreta » in cui il diritto astratto di testare veniva ad incarnarsi) ma, principalmente, in considerazione del fatto che « la forma contrattuale è destinata a trionfare definitivamente di tutte le altre, come la sola che possa imprimere titolo e carattere di legittimità alla famiglia indefinita degli istituti giu-

⁽³⁶⁾ Contenuta nel primo lavoro (del 1880) *La proprietà e i suoi limiti*, cit. p. 129 (con richiamo all'art. 29 dello Statuto Albertino).

⁽³⁷⁾ Contenuta nel lavoro più tardo, *La Nuova Fase*, cit., p. 187.

⁽³⁸⁾ *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria*, pubbl. nell'*Arch. giur.*, fasc. I e II del 1884, poi in *Foro Pugliese* del 15 ottobre e del 15 novembre del 1884, indi in *Opere Complete*, III, cit., p. 33-70 (l'art. era datato Roma, gennaio 1884). Per l'inciso che si riporta nel testo v. p. 56.

⁽³⁹⁾ *La funzione sociale dei contratti*, cit., p. 56.

⁽⁴⁰⁾ *Op. ult. cit.*, p. 53.

ridici » ⁽⁴¹⁾. Il referente culturale, in tal caso, era costituito dal « contrattualismo » allo stato diffuso di un Sumner-Maine. Lo stesso motivo culturale sarebbe stato alla base del riconoscimento *tout court* dell'efficacia dei contratti *innominati*, giacchè una ripulsa di essi avrebbe significato l'offesa dei « supremi postulati di equità e di giustizia che costituiscono i cardini fondaentali delle moderne legislazioni » ⁽⁴²⁾.

Dove, dunque, del collegamento tra il contratto e il fenomeno economico dello scambio veniva data una versione *vitalistico-materialistica* che era distante sia dalla definizione giusnaturalistica di Grozio sia dal marxiano *rapporto di volontà* nel quale doveva rispecchiarsi *il rapporto economico* ⁽⁴³⁾.

E, infine, categorie « storicissime », quali il *contratto* e *la legge*, venivano anch'esse ridotte a pure forze materiali « entrambe imperiose ed irresistibili » e che, rispettivamente, spingevano l'uomo o a potenziare il proprio egoismo (di qui il carattere *centripeto* della « forza » che trovava espressione *nel contratto*) o a conservare la specie (di qui il carattere *centrifugo* della « forza » racchiusa *nella legge*) ⁽⁴⁴⁾. (Principio di) *Necessità* e (Principio di) *Libertà, legge e contratto, obbl. legali e obbl. contrattuali*, diventavano « capitoli » di un libro senza storia, giacchè, sì, la Storia era « un alternarsi perenne dei principii di libertà e di necessità » ⁽⁴⁵⁾ ma non veniva fornita alcuna ragione di tale « alternarsi perenne » (e sempre che si fosse trattato di un *vero* (e non di un *falso*) alternarsi) nè alcuna esauriente articolazione di esso.

Anche sul terreno del dir. familiare, una spiegazione rozzamente *materialistico-organicistica* figurava alla base della giustificazione del

⁽⁴¹⁾ *Il testamento è un contratto?* (pubbl. nel *Filangieri* del giugno 1884, e poi in *Opere Complete*, III, cit., pp. 101-114). Per l'inciso riportato nel testo v. p. 113.

⁽⁴²⁾ *I contratti innominati nel dir. Romano e nella legislazione it.*, (pubbl. nel *Foro Catanese*, fasc. I, 1885, poi in *Opere Complete*, III, cit., pp. 225-236). Per l'inciso riferito nel testo v. p. 233.

⁽⁴³⁾ MARX, *Il Capitale*, I, nel famoso Cap. II, sul « processo di scambio », edit. riun., 1970, p. 98 (ove l'affermazione che *il rapporto economico* funge da *contenuto* del rapporto giuridico (di volontà). Sul punto v. le riflessioni di PASUKANIS, *La théorie générale du droit et le marxisme*, Paris, 1970 (con introd. di Korsch), spec. p. 110.

⁽⁴⁴⁾ *Le obbl. civili*, cit., p. 308.

⁽⁴⁵⁾ *Le obbl. civili*, pp. 314-15.

divorzio, per la cui introduzione il Cimbali ebbe a battersi vigorosamente ⁽⁴⁶⁾. La premessa donde l'A. muoveva era che il vincolo contrattuale non prescinde ma si subordina alle necessità fisico-sociali ⁽⁴⁷⁾.

Ora, la permanenza del vincolo matrimoniale avrebbe richiesto che « i due elementi molecolari, onde si compone l'organo integratore e riproduttore della specie umana, si conservino sempre atti al proprio ufficio ... ma può avvenire, come avviene infatti, che taluno od entrambi gli elementi, onde si compone l'organo familiare, si mostrino sostanzialmente disadatti a compiere l'ufficio cui sono destinati ... quando tale stato patologico si avvera ... suprema legge di necessità sociale impone che si restituisca a ciascuna delle molecole, che lo compongono, la sua primitiva libertà, perchè possa congiungersi ciascuna in unione novella con altra molecola più adatta cui da forza spontanea di attrazione sentesi legata e dar luogo così ad organi novelli suscettivi di compiere, colla massima regolarità, la funzione essenzialmente riproduttrice e integratrice della specie umana » ⁽⁴⁸⁾. Tuttavia, a tale spiegazione si accompagnava la lucida consapevolezza che ben altre erano le ragioni sociali ed ideali sulle quali si reggeva il divorzio: e cioè, accanto « al tramonto dell'ideale religioso », il carattere « sempre più cinicamente borghese » della famiglia moderna ⁽⁴⁹⁾, sicchè il divorzio avrebbe rappresentato l'unica misura *razionalizzatrice* « delle basi già rallentate e scosse della famiglia moderna » ⁽⁵⁰⁾.

L'Autore era prodigo di discorsi polemici contro le varie « metafisiche » che avevano « infestato » la conoscenza giuridica — questa ultima avrebbe dovuto liberarsi dal servaggio della metafisica — senonchè il concetto di « materia » che esso proponeva ri-

⁽⁴⁶⁾ In fiera polemica ad es. con C. F. Gabba, autore, nel 1885, di un volume su *Il divorzio nella legislazione italiana*. Nell'aprile del 1883 l'on. Zanardelli, succeduto al Villa in qualità di Min. di Grazia e Giustizia, aveva presentato un progetto di legge introduttivo del divorzio. Sul punto, del Cimbali, v., oltre *La Nuova Fase*, cit., pp. 75-101, *La questione del divorzio in Italia*, in *Opere complete*, cit., III, pp. 239-293.

⁽⁴⁷⁾ *La Nuova Fase*, p. 83.

⁽⁴⁸⁾ *Op. ult. cit.*, pp. 91-92.

⁽⁴⁹⁾ *Op. ult. cit.*, p. 95.

⁽⁵⁰⁾ *Op. ult. cit.*, p. 99.

« schiava di rappresentare una metafisica « capovolta » e cioè la riproposizione di un nuovo « immanentismo » interno alla « materia » così riguardata.

A interrompere il velo di questa metafisica « della materia » non sarebbero state sufficienti neanche le dichiarazioni (di buone intenzioni) di volere prestare attenzione ai fatti *economici*. Si riprometteva, il Cimballi, di seguire quelle trasformazioni, nelle relazioni giuridiche, indotte « per fatale necessità di cose » dal trasformarsi delle condizioni economiche, costituendo *condizioni economiche e relazioni giuridiche* « il doppio lato del fenomeno sociologico » ⁽⁵¹⁾. Qui l'A. coglieva un *leitmotiv* delle nuove tendenze, il rapporto tra diritto positivo e mutamenti nei rapporti economici, motivo, questo, che darà luogo a non poche polemiche nell'ambito del c.d. « socialismo giuridico » ⁽⁵²⁾. Senonchè, anche in tal caso, un tale rapporto, nell'elaborazione del Nostro, doveva risolversi in un *meccanicistico* (e indimostrato) processo di reazioni e inter-azioni reciproche. È in questo quadro che all'A. sarebbe riuscito di fissare gli accoppiamenti seguenti: all'assenza completa di qualsiasi attività che avesse potuto definirsi *industriale*, nell'epoca più primitiva, avevano corrisposto forme di diritto *spon-taneo* (consuetudinario), in cui l'elemento *individuale* era completamente assorbito in quello *sociale*. Allo sviluppo « ad altissimo grado » della *piccola industria* (e quindi della proprietà privata), occasione, a sua volta, di un processo di specificazione e differenziazione nei bisogni, tendenze, attitudini e rapporti degli uomini, doveva seguire l'avvento di *leggi scritte*, rigorosamente speciali, « come speciali, per la incertezza delle prime prove, sono i bisogni cui provvedono » ⁽⁵³⁾; tale fase avrebbe preso il nome dal « codice di diritto privato individuale » ⁽⁵⁴⁾; e infine, con il grande decollo industriale, ne sarebbero sortite nuove forme di coalizione e combinazione di mezzi e di uomini (dai corpi morali ai sindacati), e nuove forme di ricchezza, il che avrebbe determinato la necessità « di avere norme precise e sicure » atte a disciplinare le

⁽⁵¹⁾ *La Nuova Fase*, cit., p. 28.

⁽⁵²⁾ V. successivamente nota.

⁽⁵³⁾ *La Nuova Fase*, cit., p. 18.

⁽⁵⁴⁾ *Op. ult. cit.*, p. 16.

nuove realtà, sicchè lo intero quadro dei rapporti di dir. privato ne sarebbe risultato sconvolto e il codice « nuovo » avrebbe dovuto anche accogliere « leggi speciali » (codice di dir. *privato-sociale*) ⁽⁵⁵⁾.

Erano queste le grandi linee secondo le quali si era svolta « l'evoluzione nei rapporti giuridici di ordine privato », in corrispondenza del diverso grado di sviluppo che aveva caratterizzato i rapporti economici. Con siffatta « periodizzazione » si apriva anche « La Nuova Fase del Diritto civile », dopo una breve Introduzione.

A volere assegnarle un retroterra o qualche referente più noto, poteva venire alla mente la legge dei « tre stadi » di Comte (con un « pizzico » di evoluzionismo alla Spencer e la correzione dell'« individualismo » di esso), coniugata però ad un « economismo-movimento teorico » che sembrava essere un altro dei filoni lungo i quali si muovevano le nuove tendenze le quali, abbracciando lo « economismo », pensavano di avere liquidato ogni astratta speculazione.

Su questo « economismo » di facile approccio si potrebbe introdurre un lungo discorso. Donde veniva, quali ne erano le reali matrici culturali e ideologiche, in quale misura le nuove tendenze giuridiche si identificano con esso? Un fatto è sicuro, ad es. e cioè che, da un lato, i nostri giuristi-socialisti saranno accusati di guardare e di privilegiare soltanto l'aspetto *istituzionale-giuridico* dei fenomeni (si pensi a certa critica Loriani ma anche alla critica neo-marxista), trascurando l'aspetto *economico*, dall'altro lato, da certa critica giuridica più collegata alla tradizione *filosofico-idealistica* verranno accusati di privilegiare l'aspetto *economico* a danno dell'aspetto più genuinamente e autenticamente *giuridico*, aspetto che avrebbe dovuto indurre a una ben diversa considerazione del « valore » del soggetto-persona ⁽⁵⁶⁾.

Tra questi due « fuochi » è difficile dare una collocazione precisa al pensiero del Cimbali. Si può dire soltanto che in esso l'assunzione del punto di vista « economicistico » era alquanto epider-

⁽⁵⁵⁾ *Op. ult. cit.*, p. 36.

⁽⁵⁶⁾ Per un tale tipo di critica v. CHIRONI, *L'individualismo e la funzione sociale del diritto* (Discorso letto il 17 novembre 1898 all'Univ. di Torino), Torino, 1898 (vi si difendeva l'autonomia dell'aspetto giuridico, inteso come « coscienza di sè »).

mica, dovuta più alla volontà di volere rispettare certi *leit-motiv* delle nuove tendenze che non a una convinzione ed elaborazione precise. Si trattava cioè più di una concessione a certe « mode » del tempo che non del risultato di una opzione (metodica) precisa. Ma è anche da aggiungere che quella « concessione », proprio perchè non frutto di una opzione ragionata e discussa, sarebbe stata « tale » fino in fondo e cioè avrebbe condiviso tutte le storture dell'*economismo* imperante.

Si vuole dire in sostanza che dell'*economismo* esso esibiva l'aspetto più deteriore e caduco nel fondo, quell'aspetto legato storicamente al nome di un Loria e che questi medesimo ebbe a definire come « economismo » di carattere *storico*. Questo qualificativo (« storico ») è stato criticamente spiegato da Gramsci come espressione della tendenza a fare dipendere « lo svolgimento economico e storico ... dai mutamenti di un qualche elemento importante della produzione (ad es. dalla scoperta di qualche nuova materia prima ecc.) » o a ridurre lo stesso svolgimento economico « al susseguirsi dei cambiamenti tecnici negli strumenti di lavoro » ⁽⁵⁷⁾.

Era questo l'aspetto che anche nel Nostro prevaleva. Evirato nel fondo di qualsiasi « sostanza » ideale (che pur era stata alla base di quell'aspetto teorico-pratico dell'*economismo* costituito dal *liberalismo* o dal *sindacalismo*) l'*economismo* del Cimbali si riduceva, come si è detto, all'esaltazione della « profonda rivoluzione avveratasi grazie alle prodigiose utilizzazioni del vapore, dell'elettricità, e della macchina in ogni loro singola forma di manifestazione » ⁽⁵⁸⁾.

Il grande affresco *evolutivo* da esso tracciato, si è visto, trovava nel fondo la sua ragione unificante nelle trasformazioni *tecniche* e *quantitative* del processo di riproduzione sociale, sicchè la « storia » del genere umano si sarebbe ridotta, come bene Gramsci

⁽⁵⁷⁾ A proposito di « alcuni aspetti teorici e pratici dell'economismo » nel *Quaderno 13* (*Quaderni*, cit., III, par. 18, p. 1589 ss.). Esemplare del Loria fu la tesi delle *Influenze sociali dell'aviazione* (esposta in Rass. contemporanea del 1910). Tale « economismo storico » fu contrabbandato per *materialismo storico* dando luogo a quella sorta di « superstizione economicista » che con il materialismo storico aveva ben poco da spartire (v. lettera di Engels a c. Schmidt, del 5 agosto 1890).

⁽⁵⁸⁾ *La Nuova Fase*, cit., p. 25.

doveva osservare, al susseguirsi dei cambiamenti negli strumenti di lavoro o al mutamento di qualche elemento importante della produzione. Una tale evoluzione si sarebbe deterministicamente « cadenzata » sulle nuove forme di sfruttamento della natura (ad opera di macchine e non di più di uomini), « così da ottenere il massimo d'utilità col minimo possibile di dispendio » ⁽⁵⁹⁾, rimanendo dunque sullo sfondo la questione centrale dei protagonisti e dei beneficiari di detto sfruttamento e delle direzioni lungo le quali esso si sarebbe svolto.

Nessuna meraviglia, dunque, che a questo nuovo « inventario » di agenti economici e di forme nuove di ricchezza il giurista-scienziato non sapesse rispondere che con un analogo « inventario » di nuovi *soggetti* (dai corpi morali ai sindacati) e di *beni* giuridici (specialmente mobiliari) ⁽⁶⁰⁾. A trasformazioni di carattere *tecnico* nell'ordine economico si doveva rispondere con analoghe trasformazioni di carattere tecnico, sul piano delle « forme » giuridiche. Era evidentemente un pò poco per rompere lo schema del diritto *formale* e per introdurre forme di diritto *concreto*, come pure annunciato!

II. *Possesso e proprietà tra produttivismo e vitalismo.*

1. Lasciando da parte i problemi di metodo, è forse con riguardo agli esiti delle singole indagini che è dato intravedere orientamenti e collegamenti del Cimbali con più ampie tematiche.

Gli studi ad es. dedicati dal Nostro agli istituti *della proprietà e del possesso* non costituiscono certamente pietre miliari nella storia (della ricostruzione giuridica) di tali istituti — *more solito* vi prevale genericità ed astrattezza — ciò nondimeno vi si riflette in forme abbastanza visibili la *Weltanschauung* dell'A.

Lo studio sul « Possesso per acquistare i frutti » porta la data del 1879 e rappresenta il primo cimento monografico del Cimbali ⁽⁶¹⁾. La scelta del tema non poteva non essere stata influenzata

⁽⁵⁹⁾ *Op. ult. cit.*, p. 25.

⁽⁶⁰⁾ *Op. ult. cit.*, p. 30 ss.

⁽⁶¹⁾ CIMBALI, *Del possesso per acquistare i frutti*, Napoli, 1897 (l'opera fu pubblicata per i tipi dell'editore Marghieri il quale la inserì nella sua *Biblioteca delle scienze sociali e giuridiche*; ebbe una seconda edizione nel 1897 per i tipi del-

da un certo spirito emulativo nonchè di contrapposizione rispetto all'analoga opera del Savigny (che, nel 1840, figurava tradotta dall'avv. Conticini) e a quella del Tartufari che era dell'anno precedente ⁽⁶²⁾.

Sin dalle prime battute del lavoro era enunciato a chiare lettere che, secondo l'A., la tutela del possesso era una forma di protezione « razionalmente legittima », quale che fosse il fondamento al quale tale protezione si appoggiava ⁽⁶³⁾. Il che era dimostrato dalla mancanza di qualsiasi soluzione di continuità nella tradizione legislativa. Il possesso rientrava in quelle certe « attinenze giuridiche » che pienamente rispondevano « ad alti e sentiti bisogni sociali » ⁽⁶⁴⁾. Donde traeva il Nostro tale convinzione? Dal fatto che la giustificazione della tutela possessoria non andava ricercata *ab externo* ma nello stesso rapporto col dir. di proprietà: se quest'ultimo giuridicamente costituiva « il frutto dell'attività diretta ad un fine utile e della coscienza di tale attività » era mestieri riconoscere che la tutela del possesso cominciava proprio là dove « il dir. di proprietà perde il suo carattere » perchè « è cessata l'attività diretta ad un fine » o perchè è cessata « la coscienza della stessa appartenenza del bene » ⁽⁶⁵⁾.

Ecco dunque il possesso scaturire dalla proprietà, avere la stessa matrice di questa ed affermarsi come proprietà *altra* anzichè come antitesi della proprietà e cioè come situazione di fatto e cioè di *non-proprietà* ⁽⁶⁶⁾. Alla base di tale concezione era la visuale di un diritto di proprietà cui « la natura » impone degli obblighi, obblighi finalizzati allo scopo di rendere l'appartenenza del bene *utile produttivamente* non solo per il singolo proprietario ma per l'intera specie degli uomini. Quando il singolo proprietario « non sapendo usare dei suoi beni, lascia che altri ne usi in sua vece, conforme ai veri fini della natura, non può poscia spogliarlo, senza

l'UTET e, in tale veste, costituì il secondo volume delle Opere complete del Cimbali).

⁽⁶²⁾ Cfr. CIMBALI, *Del possesso*, cit., p. 3.

⁽⁶³⁾ *Op. cit.*, p. 5.

⁽⁶⁴⁾ *Op. cit.*, p. 5.

⁽⁶⁵⁾ Di qui l'affermazione che « la nozione giuridica del possesso non è punto concepibile senza quella correlativa della proprietà » (*op. cit.*, p. 13).

⁽⁶⁶⁾ *Op. cit.*, p. 6.

che commetta un atto di aperta ingiustizia » (67). La tutela del possesso doveva dunque apparire all'A. come il risultato del « tempo » e « delle forze motrici che si sviluppano in esso » (68), la negazione del possesso avrebbe significato non solo la violazione di leggi di ordine *fisico* ma anche di ordine *morale*, le prime perchè non si poteva distruggere quello che si era fatto, le seconde perchè non si poteva preferire l'inerzia all'operosità (69).

Una tale concezione « materiale e produttivistica » della tutela possessoria era anche alla base della polemica con il Savigny e il Tartufari i quali avevano assegnato *al diritto delle obbligazioni* la tutela fornita al possessore, come conseguenza del principio che il fondamento della protezione del possesso era da ravvisare « nel rispetto e nella inviolabilità della persona » (70). Di qui scaturiva la tesi secondo cui i c.d. *interdicta* di cui poteva giovare il possessore erano da avvicinare in buona sostanza alle stesse forme di tutela di cui godevano i diritti della persona e cioè a forme di tutela aquiliana. In polemica con tali posizioni lo sforzo del Cimbali era invece tutto proteso a dimostrare che le guarentigie di favore accordate dalla legge al possessore erano in funzione della tutela oggettiva dello *stato di fatto* e cioè « della connessione fisica e morale » che legava il possessore alla cosa, restando del tutto fuori causa la considerazione della « persona » di esso (71).

Di qui scaturiva anche la tesi della « realtà » del possesso. In realtà, sia sul terreno *petitorio* (dell'azione di revindica proposta dal proprietario) che su quello *possessorio* (in ragione delle molestie arrecate da terzi) « è a cagione della cosa che si incontrano le persone e non è cagione delle persone che si disputa la cosa » (72). La tutela possessoria sarebbe entrata in ballo quando, occupando la cosa, si sarebbe lesa anche la persona (del possessore) e non quando « si offende la persona nella cosa », nel qual caso vi sarebbe stata materia per proporre l'azione di furto (73). Possono apparire

(67) *Op. loc. cit.*

(68) *Op. cit.*, p. 7.

(69) *Op. cit.*, p. 16.

(70) *Op. cit.*, pp. 15-16.

(71) *Op. cit.*, p. 17.

(72) *Op. loc. cit.*

(73) *Op. cit.*, p. 26 (il che portava l'A. a contestare il possesso del conduttore,

sottigliezze giuridiche ma pure costituiscono una testimonianza efficace dello sforzo diretto ad ancorare la tutela possessoria alle cose, al tessuto oggettivo dei rapporti tra uomini *ma con riguardo alle cose*. Sarebbe stato questo un passaggio obbligato per colmare il distacco esistente tra possesso e proprietà, cominciando con l'assegnare entrambi al settore *dei rapporti reali* ⁽⁷⁴⁾.

La indagine proseguiva, nella ricerca di un difficile equilibrio tra le ragioni della proprietà e quelle del possesso. Il fatto che il possessore di buona fede avesse il diritto di fare propri i frutti sembrava difficilmente conciliarsi con il diritto di accessione del proprietario. La conciliazione, pur tuttavia, veniva tentata attraverso la riflessione che la buona fede del possessore doveva rendere « più salda ed intima in lui la connessione fisica e morale con la cosa » ⁽⁷⁵⁾. Il possessore « sicuro del suo diritto, adempie più pienamente ai doveri e ha in sé tutta la coscienza del proprietario; è giusto quindi che ne abbia eziandio i diritti » ⁽⁷⁶⁾.

Volendo esprimere un giudizio sul significato di questa opera prima, si può dire che il *leit-motiv* di essa stava proprio in un intreccio, sovente non facilmente districabile, tra l'apprezzamento dovuto all'intento *operoso* di colui che di fatto gode del bene e il rifiuto di assecondare posizioni segnate da arbitrio e mala fede ⁽⁷⁷⁾. Quella che si è definita una ideologia ispirata alla tutela di un, sia pur generico e precapitalistico, « produttivismo » attraversa la intera elaborazione del « possesso », ne segna i principali passaggi, le singole scelte, è criterio unificante le singole « parti » di essa. Non altrimenti avrebbe potuto intendersi l'esaltazione di « questa gara perenne di attività e di lavoro, di stimoli e iniziative che la legge

del comodatario, del depositario « giacchè l'oggetto immediato del diritto del conduttore non è la cosa in se... ma l'obbligo bensì del locatore, del comodante, di assicurare, col fatto loro, il godimento della medesima, godimento che non possono ottenerlo se questi non sono in grado di poterlo apprestare » (p. 38).

⁽⁷⁴⁾ *Op. cit.*, p. 71.

⁽⁷⁵⁾ *Op. loc. cit.*

⁽⁷⁶⁾ Con riguardo ad es. *alla buona fede* questo intreccio avrebbe comportato diniego di tutela a quel possessore che si fosse comportato in modo immorale e illegale nei confronti del suo partner diretto, attraverso ad es.; la violenza e l'inganno (*op. cit.*, p. 266).

⁽⁷⁷⁾ *Op. cit.*, p. 9.

favorisce ed alimenta » (78). La fede, tutta ideologica, stava nel vedere in questa *gara* « una guarentigia di ordine e sicurezza per la proprietà e per le persone » (79). « Alle lotte infeconde dei litigi » si sarebbero sostituite « quelle più utili del lavoro », la produzione sarebbe aumentata e si sarebbero presentate « le condizioni di una migliore ripartizione della ricchezza » (80). Il che farà scoprire all'A., in un'opera più matura, « l'elemento organico della socialità » nel possesso « sopra quello atomico della individualità » contenuto nella proprietà, dove dunque all'interesse del possessore veniva assegnata *tout court* una valenza « sociale » in ragione della meccanica identificazione tra la « connessione fisica e morale » col bene e « i bisogni generali di una culta ed ordinata convivenza » (81).

La stessa ideologia emergeva in forme più nette ed esplicite nelle opere più mature. Mentre lo scritto (del 1880) sulla « Proprietà e i suoi limiti » (82) risentiva chiaramente di un impianto scolastico, nello sforzo di conciliare esigenze definitorie e nuovi « contenuti » del dir. di proprietà — non a caso l'intera configurazione della proprietà appariva rinserata nel consueto rapporto tra « leggi di natura » e *limiti* (legislativi); tra « parte negativa » (frutto del *laissez faire*) e « parte positiva » (avente come protagonista la legislazione statale) (83) — nella Nuova Fase ogni preoccupazione di tipo classificatorio e definitorio era accantonata e l'A.

(78) *Op. loc. cit.*

(79) *Op. loc. cit.*

(80) *La Nuova Fase*, cit., p. 336.

(81) *La Nuova Fase*, cit., p. 336.

(82) V. *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione civ. italiana*, cit.

(83) In detto Scritto la ricostruzione della proprietà restava tutta « calata » in una trama di « leggi di natura » (v. i « caratteri » tradizionali della *esclusività* e della *perpetuità* del dominio, e ciò nonostante le iniziali professioni di « storicismo » del Nostro), a tal punto che persino del « limite » si sentiva il bisogno di dare una versione « naturalistica », nel senso di concetto rispondente « ad una grande legge della natura ... la quale si palesa così nei grandi come nei piccoli organismi, legge alla quale nessun essere ... può menomamente sottrarsi » (*op. cit.*, p. 142). Questa impostazione peraltro strideva col fatto che la « storia dei limiti » (alla proprietà) finiva con l'essere, nella ricostruzione del Nostro, la storia stessa dell'istituto proprietario (dalla idea di *forza*, operante nei popoli primitivi, a quella della *conquista* nell'epoca Romana, a quella della *funzione-remunerazione di un servizio* nell'epoca feudale, a quella del *correttivo* (all'arbitrio) nella epoca moderna).

si lasciava andare liberamente a dispiegare il suo « manifesto ». Che era il « manifesto » di una proprietà definita « altissima funzione sociale », più che « semplice diritto individuale », ma dove siffatta funzione non era altro che una variante verbale dell'elemento « lavoro » e dove, appunto, era questo ultimo a sottomettersi la proprietà, e cioè il valore-proprietario, nel senso che oltre ad essere la « causa costitutrice » di esso, ne costituiva anche « la misura », cosicchè, cessando il « lavoro fecondatore », doveva « pure finire il motivo dell'appropriazione perpetua ed esclusiva dei beni » ⁽⁸⁴⁾. Oggetto della critica sembrava essere il tipo della proprietà fondiaria ispirato ai principi della scuola fisiocratica, che riconosceva al proprietario piena libertà di uso e disposizione; questo tipo era da ritenere « incompleto » perchè non teneva conto dell'elemento *sociale* ⁽⁸⁵⁾. Rilanciava dunque, l'A., l'idea di uno « statuto obbligatorio » della proprietà, ove l'esercizio del diritto trovasse « il suo titolo e le sue condizioni » nell'adempimento dei doveri ⁽⁸⁶⁾. Il principio cui il Cimbali puntava era quello dell'espropriazione forzata per causa di bonifiche e miglioramenti agrari e di opere industriali. Le origini storiche dell'espropriazione muovevano dalla costituzione francese del 1791 che « per un esagerato rispetto della proprietà privata » aveva ammesso l'espropriazione solo nel caso di *evidente necessità pubblica legalmente constatata* ⁽⁸⁷⁾. Ma, nella costituzione del 1848, a quella espressione fu sostituita quella di *utilità pubblica*, poi passata anche nell'art. 545 del *code*. Si giunge, infine, alla legge italiana del 25 giugno 1865 che avrebbe segnato il definitivo prevalere delle ragioni di *pubblica utilità*, collegate al compimento di opere che potevano essere intraprese, oltre che dallo Stato e da enti pubblici territoriali, anche da « corpi morali, società private o particolari individui » ⁽⁸⁸⁾. Tra le leggi speciali v'era stata in quel tempo la legge del 1883 *sulla bonifica dell'agro romano*. Un tale « eccezionale » provvedimento legislativo, che dichiarava obbligatoria per i proprietari la bonifica agraria dei

⁽⁸⁴⁾ *La Nuova Fase*, cit., pp. 187-188.

⁽⁸⁵⁾ *Op. ult. cit.*, p. 187.

⁽⁸⁶⁾ *Op. cit.*, p. 188.

⁽⁸⁷⁾ *Op. cit.*, p. 192.

⁽⁸⁸⁾ *Op. cit.*, p. 193.

terreni compresi nel raggio di dieci chilometri dal centro di Roma, avrebbe dovuto innalzarsi « alla dignità di principio di dir. comune, perchè razionalmente giustificato e praticamente reclamato dalle condizioni odierne della civiltà » ⁽⁸⁹⁾.

Lo stesso principio, del resto, di un uso *produttivo* ed *intensivo* della proprietà fondiaria aveva rappresentato la base della inchiesta agraria diretta dal sen. Jacini che, legata ad una proposta del Ministro Minghetti (1869), aveva avuto come scopo quello di compiere un serio ed approfondito censimento dei bisogni della produzione (agricola) e di quelli dei produttori (1884). Il Cimbali faceva proprie le conclusioni cui era giunto Jacini e cioè essere la proprietà « una necessità sociale per conservare e possibilmente aumentare la ricchezza agricola nazionale » ⁽⁹⁰⁾. Causa non ultima del decadimento della nostra agricoltura era il fatto « che il dominio della terra non si trova nelle mani delle persone più adatte, per virtù d'iniziativa e potenza di capitali, a farla produrre in quella ricchezza di proporzioni determinate dalle condizioni e dai bisogni presenti della civiltà » ⁽⁹¹⁾. Ma nessun accenno era contenuto nel Nostro a quella che era stata la pur « travagliata » storia dell'inchiesta Jacini o meglio alle due inchieste unificate poi su di una base « conservatrice », così da segnare appunto la prevalenza degli interessi della possidenza agricola rispetto a quelli della classe contadina ⁽⁹²⁾.

Orbene, ciò posto, l'intento con cui si sono andate raccogliendo queste frammentarie notazioni voleva essere solo quello di individuare la peculiare ideologia del Nostro con riguardo all'assetto (proprietario) dei beni. E, volendo anche ammettere che una tale ideologia si lasciasse afferrare, è però sicuro che essa costituiva il riflesso di orientamenti di pensiero di provenienza diversa.

È forse spropositato assegnare al generico (ed ingenuo) « vitalismo », che sembrava investire, nella ricostruzione del Cimbali, « uomini e cose », una chiara e sicura matrice teorica, quella ma-

⁽⁸⁹⁾ *Op. cit.*, p. 196.

⁽⁹⁰⁾ *Op. cit.*, p. 200 nota 2.

⁽⁹¹⁾ *Op. cit.*, p. 200.

⁽⁹²⁾ Vedine una ricostruzione storica in A. CARACCILO, *L'inchiesta agraria Jacini*, Einaudi, 1973, spec. p. 24 ss.

trice ad es. che era stata alla base del *revirement* subito dalla scienza economica, nel senso di situare la origine di ogni ricchezza *nel lavoro* dell'uomo, nell'energia e nel movimento di esso (Adam Smith) — così da scoprire, per dirla con Marx, che « l'essenza soggettiva della proprietà privata è il lavoro » e non la *oggettiva* appartenenza di un bene (fosse esso l'oro o l'argento (sistema *mercantilista*) o la terra (sistema *fisiocratico*) ⁽⁹³⁾. Tali dottrine costituivano la « coscienza riflessa » del passaggio da una economia di tipo agricolo ad una di tipo commerciale (fondata sulla libertà di commercio) e industriale, ove appunto *il movimento* della proprietà privata sarebbe diventato *l'industria* ⁽⁹⁴⁾.

Ma il vero è, lo si è detto, che l'ingenuo « vitalismo » del Cimbali, più che collegarsi, almeno in via diretta, alle nuove dottrine del *lavoro-(misura del) valore* (Smith, Ricardo) o del *lavoro-fonte* (di ogni valore e ricchezza) (Owen) dalle quali prenderà le mosse tutta l'« utopia industriale » della prima metà del XIX secolo, si collegava all'ingenuo e volgare « materialismo » di estrazione tedesca, alla connessione di « forza e materia » teorizzata da un Büchner o al *Kreislauf des Lebens* di un Moleschott ⁽⁹⁵⁾. Di qui l'idea che l'« attività » proprietaria, più che rispondere ad un principio « organizzativo » di natura economica o politica, fosse conforme, e l'unico congeniale, « ai veri fini della natura » ⁽⁹⁶⁾, sicchè sarebbe andato *contro natura* colui che avesse deposto la propria *coscienza proprietaria* col trascurare di agire « sul bene ». Ben più realisticamente soggiungerà, invece, il Brugi che « nei periodi di floridezza di un popolo la proprietà inerte è un assurdo economico » perchè

⁽⁹³⁾ K. MARX, *Opere filosofiche giovanili*, Edit. riuniti, 1969 (*Proprietà privata e lavoro*), p. 219. Il passaggio dal sistema mercantilistico a quello libero-scambista (fondato sulla libertà del commercio) è assai efficacemente descritto da ENGELS, *Lineamenti di economia politica*, Milano, 1895, spec. p. 37 ss. (i Lineamenti risalgono, come è noto, al 1844).

⁽⁹⁴⁾ Osserva MARX, *op. cit.*, p. 219 come « questa economia politica è da considerare tanto un prodotto della reale energia, e del movimento, della proprietà privata, quanto un prodotto della moderna industria; come, d'altra parte, essa economia sollecita l'energia e lo sviluppo di questa *industria*, li glorifica e ne fa una forza della *coscienza* ».

⁽⁹⁵⁾ V., al riguardo, la *nota* 25.

⁽⁹⁶⁾ CIMBALI, *Del possesso*, cit., p. 70.

è la negazione di ogni intento speculativo ⁽⁹⁷⁾. Si cominciava dunque a coniugare proprietà e *speculazione*.

Molto probabilmente, più prossima alle idee del Cimbali era la concezione di un Proudhon nella misura in cui quest'ultimo aveva capovolto il tradizionale rapporto *tra proprietà e possesso* con l'affermare che « il possesso individuale è la condizione della vita sociale mentre la proprietà è il suicidio della società. Il possesso è nel diritto, la proprietà è contro il diritto » ⁽⁹⁸⁾. Anche la esigenza « produttiva » sembrava trovare soddisfazione nella proposta di Proudhon di assegnare a ciascuno il possesso privato di tanta proprietà quanta gliene occorresse per un effettivo impiego produttivo; a tale scopo si sarebbe potuto sancire un diritto garantito ad occupare la terra, subordinato allo effettivo uso produttivo della stessa.

Ma tali esiti « rivoluzionarii » evidentemente il Cimbali non poteva condividere; non poteva condividere la proposta di un'azione « petitoria » contro la società intera rivendicando ai possessori gli stessi diritti dei proprietari. Si trattava semmai di fare diventare *proprietarii* i possessori, sfruttando il fatto che « il possesso racchiude in se tutte le condizioni per innanzarsi alla dignità di diritto » ⁽⁹⁹⁾. Il che era diverso. Non si sarebbe abbattuta la « base fondamentale » su cui poggia l'ordinamento civile vigente ⁽¹⁰⁰⁾, si sarebbe soltanto assicurato un ricambio nelle categorie proprietarie, la sostituzione di « organi nuovi a organi vecchi » ⁽¹⁰¹⁾.

Quanto al rapporto *lavoro-proprietà*, la dissacrazione anche di quest'ultimo fondamento ad opera del Proudhon ⁽¹⁰²⁾ avrebbe reso più accettabile il pur « reazionario » schema del Thiers ⁽¹⁰³⁾ che del

⁽⁹⁷⁾ BRUGI, *Della proprietà*, I, Napoli-Torino, 1918, p. 112.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. PROUDHON, nella *Memoria Prima « Che cos'è la proprietà »*, (pubbl. nel 1840), Laterza, 1967 (con prefazione di U. Cerroni), pp. 290-91. Sul pensiero di Proudhon v. ZANFARINO, *Ordine sociale e libertà in Proudhon*, Napoli, 1969, spec. p. 115 ss.

⁽⁹⁹⁾ CIMBALI, *Del possesso*, cit., p. 29.

⁽¹⁰⁰⁾ *La Nuova Fase*, cit., p. 175.

⁽¹⁰¹⁾ *Op. ult. cit.*, p. 173.

⁽¹⁰²⁾ PROUDHON, *Che cos'è la proprietà*, cit., p. 93.

⁽¹⁰³⁾ M. A. THIERS, *De la propriété*, Paris, 1848, spec. p. 87 ss. L'opera del Thiers doveva essere ben nota al Cimbali come risulta da *Opere*, III, p. 118.

lavoro (bontà sua!) aveva fatto *il fondamento, la misura e il limite* della proprietà, con l'accorgimento però di lasciare in vita i *tituli acquirendi* del diritto civile, attraverso lo *éscamotage* della *presumption de travail*!

A monte di tutto ciò va osservato, e per valutare in definitiva l'apporto dell'elaborazione del Nostro, come a questa versione di intonazione *vitalistico-produttivistica* della proprietà, fosse essa privata o pubblica, non si accompagnava alcuna proposta concreta di ridefinizione legale dello istituto e neanche (la proposta di) una strumentazione di tecniche d'intervento (a livello ad es. di interpretazione giudiziale). Il che consentirà alla dottrina successiva (basta pensare alla « classica » trattazione del Brugi del 1911) di ignorare tranquillamente l'apporto del Cimbali e di riaffermare, contro facili « tentazioni », il modello « unitario » della proprietà quale elaborato dei Codici e teorizzato dalla Pandettistica, ribadendo i tradizionali « caratteri » di essa. Le « tentazioni » potevano essere rappresentate dal proposito di voler risuscitare la dottrina dei *plura dominia* o quella, ancor più aborrita, di uno « statuto obbligatorio » della proprietà.

Nessuna difficoltà avrebbe avuto, d'altronde, la dottrina successiva a riassorbire in forma indolore ogni intervento statuale (sulla proprietà) « nel grande *schema astratto* che si presta a determinazioni concrete, variabili quotidianamente in armonia con le leggi che limitano le facoltà del proprietario » ⁽¹⁰⁴⁾. Anzi, massima disponibilità (e nessuna chiusura) dovrà dimostrare la dottrina ufficiale (ad accettare qualsiasi intervento *limitativo* dei poteri proprietari), giacchè non il diritto che è « forma » ma « l'economia sociale » si sarebbe incaricata di preservare (e difendere) la sostanza dell'appropriazione privata dei beni economici ⁽¹⁰⁵⁾. E da codesta « economia sociale » si sarebbe avuta conferma del fatto che i reali « contenuti » della legislazione speciale sulla proprietà, almeno nel corso dell'Ottocento, apparivano nel complesso *solidali* a quelli della classe proprietaria vista in generale, anche se restrittivi dei poteri e delle facoltà di singole categorie

⁽¹⁰⁴⁾ BRUGI, *Della proprietà*, I, cit., p. 156.

⁽¹⁰⁵⁾ BRUGI, *op. cit.*, p. 156.

proprietarie ⁽¹⁰⁶⁾. Il modello dunque « pulito » della proprietà quale esibito dai codici, e reso ancor più « astratto » dalla elaborazione Pandettistica (Windscheid) (che nella proprietà avrebbe visto *il diritto soggettivo par excellence*), avrebbe « tenuto » bene di fronte all'assalto della legislazione speciale, senza sfaldarsi in una serie *aperta* di proprietà. Anzi, agli inizi del secolo XX, la situazione della classe proprietaria apparirà a tal punto consolidata da essere in grado, quest'ultima, di delegare anche *al giudice* la funzione di arbitro, non solo dei conflitti micro-economici tra proprietari vicini ma anche del conflitto tra l'interesse *individuale* del singolo proprietario (a lasciare incolto il fondo ad es.) e quello *generale* ad uno sfruttamento più razionale del bene. Questa prospettiva è ad es. lucidamente teorizzata da Brugi, in un contesto che segna il definitivo assestamento della situazione proprietaria, lungo un *continuum* che muove dal codice e finisce con le leggi speciali ⁽¹⁰⁷⁾.

Di tali più « reali » risvolti non poteva tener conto il Cimbali, il cui unico obiettivo polemico restava il modello *fisiocratico*, peraltro già superato dai codici, della proprietà. Non poteva balenargli il sospetto che la stessa legge del 1865 sulla espr. per p.u., più che da odio verso l'istituto proprietario, fosse ispirata dal proposito di collocare su più stabili basi il rapporto tra l'interesse *individuale* del singolo e quello della collettività generale, circondando la « privazione » del bene di numerose cautele. Ma, più in generale, non aveva l'A. alcuna nozione degli interessi in conflitto. Cosicché, per fare un esempio, dalla lettura della Relazione Jacini traeva, esso, il convincimento che bisognasse assicurare un ricambio « nella proprietà della terra » ma nessun giudizio pronunciava su coloro che dovevano essere i protagonisti di tale « ricambio », se i grandi gruppi agrari dell'Italia settentrionale o i contadini dell'Italia meridionale. Forse, era anche questo un modo per perpetuare, sia pure in forme diverse, la tradizionale « astrattezza » del ceto giuridico!

⁽¹⁰⁶⁾ V. su tale aspetto, per una lucida visuale, RODOTÀ, *Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*, in *Pol. dir.*, 1970, p. 463 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ BRUGI, *op. cit.*, p. 183 dove l'affermazione che siffatto *officium iudicis* avrebbe cooperato « con le leggi e i regolamenti a ridurre entro certi confini le facoltà del proprietario ».

III. « *Potere contrattuale superiore* » e scambio ineguale.

I. Quanto il Cimbali veniva affermando con riguardo all'ordinamento della proprietà trovava un *pendant*, sul piano dei rapporti di scambio, nella particolare configurazione che egli esibiva *del contratto* e delle *obbligazioni civili* ⁽¹⁰⁸⁾. Quest'ultime, prima che il contratto (in quanto *forma* giuridica del principio di libertà), dovevano apparire come una « manifestazione fisiologica della vita sociale » perchè hanno la funzione di assicurare lo scambio e il ricambio di beni e servizi « tra i vari organi del corpo sociale » ⁽¹⁰⁹⁾. Questa funzione veniva definita « *socialmente necessaria*, perchè diretta ad alimentare e rafforzare, nelle sue singole parti e nel suo tutto insieme, il corpo sociale » ⁽¹¹⁰⁾. Se, nei periodi primitivi, la limitazione della libertà del soggetto-obbligato aveva luogo in favore della comunità (« onde ci troviamo nel campo del dir. pubblico »), con la liberazione dell'individuo (dalla comunità) « la materia dei rapporti obbligatorii viene fornita da quella parte di attività individuale, che non più trovasi impegnata in favore dello Stato » ⁽¹¹¹⁾. È questo il terreno proprio delle obbligazioni di diritto privato.

Liberata dalle solite « incrostazioni » di tipo *biologico-naturalistico*, questa configurazione nascondeva la ennesima esaltazione « della necessità suprema di provvedere, mediante lo scambio di servizi e di benefizi, alla conservazione e allo sviluppo armonico dei singoli organi sociali... nonchè alla conservazione e allo sviluppo di tutto l'organismo sociale » ⁽¹¹²⁾. E così lo scambio, e per esso il contratto, che prima avveniva soltanto tra produttori e consumatori, ora, con la maggiore specificazione e organizzazione delle funzioni sociali, avrebbe coinvolto nuove classi di persone « che si interpongono come intermediari tra gli uni e gli altri ed agevolano con uffici svariatissimi la circolazione dei valori » ⁽¹¹³⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ V. *Le obl. civili*, cit., *passim*. Delle *Obbligazioni e dei contratti* il Cimbali parla anche nella *Nuova Fase*, cit., p. 311 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Per questa distinzione v. *Le obl. civili*, cit., p. 314.

⁽¹¹⁰⁾ *Le obl. civ.*, cit., p. 307.

⁽¹¹¹⁾ *La Nuova Fase*, cit., pp. 317-318.

⁽¹¹²⁾ *Le obl. civili*, cit., p. 308.

⁽¹¹³⁾ *Le obl. civili*, cit., p. 312.

Come si è detto anche in altro luogo, è sempre opinabile andare alla ricerca di referenti politici o filosofici alle prese di posizione del Cimbali, che molto spesso apparivano dettate da più « contingenti » ragioni o addirittura dal pigro ossequio a certe opinioni tralaticie ricorrenti nel ceto giuridico. Ma, se comunque tali referenti si vogliono andare a cercare, essi sarebbero stati disponibili presso certe dottrine « socialistiche » di estrazione piccolo-borghese che ravvisavano nella fase della distribuzione e dello scambio l'alfa e l'omega di ogni evoluzione e/o involuzione sociali ⁽¹¹⁴⁾. Alla base v'era la ferma convinzione che anche nello scambio ad es. venisse creata ricchezza, giacchè anche il commerciante o il bottegaio contribuiva a cambiare « forma » alle cose scambiate. Degli interessi di tali ceti o categorie si era fatto espressione, come è noto, un Proudhon quando aveva incluso tra le classi produttive anche i piccoli imprenditori artigiani e i commercianti ⁽¹¹⁵⁾.

Se a questo punto non si può affermare schematicamente che anche il Cimbali fungesse da « cinghia di trasmissione » di tali interessi, è però innegabile che nella « filosofia » dell'atto di scambio e nell'assunzione acritica del valor « produttivo » di esso fosse una eco, e neanche tanto lontana, di tali dottrine.

Si è detto testè che, nella fase di distribuzione e di scambio, tali dottrine collocavano l'evoluzione e/o l'involuzione di ogni fenomeno. Ebbene, a tale « involuzione » anche il Nostro si agganciava quando lamentava che, per effetto dello sviluppo industriale sfre-

⁽¹¹⁴⁾ Sulle matrici « sociologiche » del c.d. socialismo piccolo-borghese v. *Il Manifesto del partito comunista* (nella *Biblioteca della critica sociale*, Milano, 1896, pp. 38-39). Colui che veniva definito come il « teorico » di tale « socialismo », il Sismondi, aveva fatto l'elogio dell'agricoltura contadina e del piccolo coltivatore e si era dichiarato fautore di un penetrante intervento dello Stato per attuare una migliore distribuzione della ricchezza e del reddito (COLE, *Storia del pensiero socialista*, I, Bari, 1972, p. 91 ss.). Che l'influenza del Sismondi abbia più che altro riguardato la teoria del carattere prevalentemente politico-istituzionale (della « buona distribuzione ») del problema economico sottolinea U. CERRONI, nella recensione a Grossmann, *Sismondi e la critica del capitalismo*, in *Pol. ed economia*, 1972, 5, p. 155.

⁽¹¹⁵⁾ V. su tali aspetto del pensiero del Proudhon, COLE, *op. ult. cit.*, p. 239. In tale spirito si inquadrava anche la proposta di un nuovo sistema creditizio, che fosse in grado di mettere il danaro a disposizione di tutti, e, in primo luogo, dei commercianti e dei piccoli produttori.

nato e per « l'onnipotenza dei mezzi economici », il primitivo equilibrio si era alterato, il più debole avrebbe ceduto al più forte, il lavoratore al capitalista, il contadino al proprietario, il consumatore al produttore ⁽¹¹⁶⁾.

Nella *vulgata* giuridica del Nostro gli effetti distorsivi di « quella violenza politica immediata » nella quale il Dühring aveva collocato la ragione di ogni male, diventava genericamente « la tirannia dei potenti » (a danno dei deboli), con l'effetto che si sarebbe rotta quella « equazione costante tra quello che si dà e quello che si riceve », nel che è « la legge del diritto », che è legge « di proporzionalità e di misura » ⁽¹¹⁷⁾. Di qui la necessità che lo Stato, in prima persona, intervenisse a correggere il primitivo equilibrio, e ciò con il fine « di governare il contratto tra il capitalista e l'operaio, il contadino e il proprietario, il produttore e il consumatore » ⁽¹¹⁸⁾. Compito precipuo dello Stato (attraverso la c.d. *legislazione sociale*) sarebbe stato « di mantenere l'equilibrio e la armonia dell'organismo sociale, impedendo che un membro di esso si indebolisca a beneficio e si fortifichi a danno dell'altro » ⁽¹¹⁹⁾. Fuor della consueta metafora *organicistica*, si trattava di una proposta di intervento statale a favore delle categorie economicamente più deboli.

Ma anche nella diagnosi dei mali e delle distorsioni indotte dallo sfruttamento il pensiero del Cimbali non aveva certo il pregio della novità, come non la avevano, del resto, i nostri giuristi-socialisti. Ben altro spessore, politico e teorico, aveva avuto ad es. quella critica, che aveva preso le mosse *dai c.d. socialisti ricardiani* (Hodgskin, Thompson, Bray ecc.), i quali erano stati i fautori di una teoria « primitiva » dello sfruttamento: essi avevano spiegato il profitto del capitale come il prodotto *di un potere contrattuale superiore*, nella misura in cui l'uno dei contraenti (intendi: il capitalista-datore di lavoro) godeva di una posizione di forza economica nei confronti dell'altro, il che avrebbe significato « insufficiente competitività » e, insomma, « scambio ineguale tra Capitale

⁽¹¹⁶⁾ *La Nuova Fase*, cit., p. 340.

⁽¹¹⁷⁾ *Le obbl. civili*, cit., p. 318.

⁽¹¹⁸⁾ *Le obbl. civili*, cit., p. 319.

⁽¹¹⁹⁾ *Op. ult. loc. cit.*

e Lavoro » ⁽¹²⁰⁾. In breve, la « perversione » indotta dal capitalismo era nel fatto che i rapporti di distribuzione e di scambio si erano allontanati dal modello concorrenziale perfetto e cioè da quelle leggi « naturali » che regolavano lo scambio di merci (e secondo le quali ogni prodotto scambiato avrebbe dovuto essere « remunerato » secondo il « valore » suo proprio e cioè secondo la quantità di « lavoro » in esso contenuta). L'idea di un « potere contrattuale superiore », cara, si è visto, al pensiero economico anticapitalista della prima metà dell'Ottocento, non era del resto molto distante da quella idea della « violenza politica immediata » che, secondo la *vulgata* di Dühring, si collocava all'origine della « perversione » dell'ordine economico (di qui nasceva anche la tesi della « proprietà privata fondata sulla violenza ») ⁽¹²¹⁾.

La ricerca di facili assonanze può sempre allettare l'interprete ma, in genere, lascia il tempo che trova se non sono seriamente verificati certi tramiti e mediazioni. Comunque, con riguardo al pensiero del Cimbali, ma, più in generale, con riguardo alle idee di quel « socialismo giuridico » cui esso sembrava ispirarsi, non si fa certamente opera antistorica se si è tentati di stabilire una parentela, più o meno mediata da tramiti vari, tra le idee che si sono ora enunciate e quelle del Nostro sulla « tirannia dei potenti », sullo « spirito di prepotenza, onde trovansi animate le classi capitalistiche ». Il tramite *giuridico*, naturalmente, doveva rendere il Cimbali più affine ad un Dühring (libero docente all'Univ. di Berlino) che non ad un « socialista ricardiano » (di estrazione anglosassone): la affinità era nell'assegnare al momento giuridico-politico una capacità « distorsiva » delle leggi « naturali » dello scambio.

Di qui la tesi politica che ogni azione correttiva e di riequilibrio dovesse avere per punto di riferimento privilegiato il momento della circolazione e dello scambio, così da restituire al lavoro ad es. la sua « giusta ricompensa » (Thompson) eliminando in tal modo la « teoria dello sfruttamento », che, per il socialismo, non è altro che

⁽¹²⁰⁾ Cfr., al riguardo, le sintetiche ma puntuali osservazioni di DOBB, nella *Introduzione* a « *Per la critica dell'economia politica* »² di Marx, Edit. riun. 1969, spec. p. xv.

⁽¹²¹⁾ Sulla quale rimane fondamentale la critica di ENGELS, nell'*Antidühring*², Edit. riun., 1968, p. 168 ss.

la differenza esistente tra « salario minimo » e « ricchezza prodotta » ⁽¹²²⁾.

« L'ineguaglianza negli scambi, in quanto fonte dell'ineguaglianza nei possessi, è il nemico segreto che ci divora » dirà J. F. Bray ⁽¹²³⁾ (si noti l'inversione: è dalla *ineguaglianza* dello scambio che discende l'ineguaglianza *nelle proprietà*). Ed affermare l'eguaglianza nello scambio avrebbe significato attribuire al lavoratore il diritto di appropriarsi dell'intero valore del suo prodotto (*proprietà del lavoro*) e al capitalista un limitato utile per l'investimento del capitale (Thompson).

Andrebbe a questo punto sottolineato, e *pour cause*, come la critica marxiana dirà esattamente l'opposto di quanto « lamentato » dai Nostri « socialisti »: dirà che « la sfera della circolazione ossia dello scambio di merci ... era un vero Eden dei diritti innati dell'uomo ... Quivi regnano soltanto Libertà, Eguaglianza, Proprietà e Bentham » ⁽¹²⁴⁾. « Libertà » perchè il contratto è frutto *della libera volontà* dei contraenti, Proprietà poichè ognuno dispone soltanto del proprio » — sono esattamente le giustificazioni che esibiva anche il Cimbali. L'origine dello sfruttamento (e cioè del plusvalore) aveva luogo, all'opposto, « nel segreto laboratorio della produzione », al momento della consumazione della forza-lavoro, che è anche il momento della produzione di merce. È in questa fase-momento che accade al capitalista di riuscire ad estrarre dalla forza-lavoro un valore *maggiore* di quello che essa, in quanto *merce*, contiene. La chiave per capire l'arcano era nella distinzione tra « lavoro » e « forza-lavoro », distinzione che avrebbe messo in discussione quella teoria del valore *del lavoro* sulla quale si basava tutta l'ipotesi socialista (e cioè del lavoro mal pagato) ⁽¹²⁵⁾. Ma era

⁽¹²²⁾ Sulle contraddizioni, del resto, in cui erano caduti gli stessi socialisti Ricardiani rispetto ai postulati dell'economia classica (di qui la causa dell'« utopia ») invita a riflettere M. CACCIARI, in *Utopia e socialismo*, in *Contropiano*, 3, 1970, p. 563 ss.

⁽¹²³⁾ A proposito del pensiero di Bray v. COLE, *Storia del pensiero socialista*, I, cit., p. 149 ss. nonchè le osservazioni di CACCIARI, *op. cit.*, p. 576.

⁽¹²⁴⁾ MARX, *Il capitale*, I, Edit. riun. 1960, p. 193.

⁽¹²⁵⁾ La quale concezione, aveva fatto notare ENGELS, *Antidühring*, cit., p. 332, avrebbe determinato l'assurdo che la forza-lavoro avrebbe dovuto scambiarsi « col suo pieno prodotto » e cioè non con il suo *valore* (misurato dal « tempo »)

evidente altresì che, così impostata la questione e « svelato l'arcano », la chiave del problema più non era nelle pretese disfunzioni o alterazioni del mercato concorrenziale ma in questo stesso *tout court*, così come storicamente determinato (*anche* dal modo di produzione). Il che significava mettere in discussione, in buona sostanza, quelle stesse leggi dello scambio che si assumevano come « naturali » e che formalmente esibivano uno scambio di « equivalenti ».

Un esito siffatto avrebbe necessariamente supposto che si fosse compiuto un passo ulteriore e cioè che si fosse abbandonato un *topos* lasciato in eredità dalla scienza (economica) ufficiale e cioè l'idea che il modo di produzione (a differenza di quello di distribuzione) fosse al di sopra delle leggi della storia ossia al riparo « della contingenza sociale » perchè, invece, regolato « da leggi di natura universale » ⁽¹²⁶⁾. Il che aveva portato a ritenere, com'è noto, che « il modo di distribuzione è del maligno e quindi deve sparire laddove il modo di produzione va bene e deve restare » ⁽¹²⁷⁾. Su questa idea si era fondata tutta l'ipotesi socialista del carattere *semi-legale od etico* dello sfruttamento sociale e quindi anche delle varie « alchimie sociali » ⁽¹²⁸⁾ o ricette giuridiche che man mano si venivano escogitando per ovviare alle distorsioni del fenomeno. Così come era altrettanto spiegabile che su questa ipotesi avesse lavorato quel « ceto giuridico » che si richiamava alle idee del « socialismo », non mettendo in discussione dunque il modo di produrre e quindi il binomio *proprietà privata-produzione* ossia quell'appropriazione (e comando su) di lavoro altrui (nel che consisteva il nuovo *movimento* della proprietà privata) ma soltanto il

bensi con il suo *valore d'uso*. La legge ricardiana del valore avrebbe dovuto valere per tutte le altre merci ma non per la forza-lavoro.

⁽¹²⁶⁾ Su tale aspetto v. MARX, nella *Introduzione a « Per la critica dell'economia politica »* (del 1857), Edit. riun., 1969, p. 177 ss., ove anche la dimostrazione che il momento della distribuzione non è qualcosa di indipendente e di autonomo rispetto a quello della produzione ma è determinato da quest'ultima, e non solo nel suo *oggetto* ma altresì *nella forma* (e ciò nel senso che il modo con cui si prende parte alla produzione determina anche *la forma* particolare della distribuzione) (p. 183).

⁽¹²⁷⁾ V. sul punto ENGELS, *Antidühring*, cit., p. 319. A monte v'era la idea che la distribuzione fosse determinata *da un puro atto di volontà*.

⁽¹²⁸⁾ Come ebbe a definirle ENGELS, *op. ult. cit.*, p. 319.

modo di distribuire e scambiare (e quindi di stipulare contratti e « annodare » obbligazioni). La conseguenza discendeva dalla premessa: essendosi postulato come quasi- « legale » il concetto di sfruttamento [perchè alla sua origine, si è detto, v'era *un potere contrattuale superiore* che si era posto « al di fuori del diritto » e cioè al di fuori « di ogni legge di proporzionalità e di misura » (Cimbali)], doveva essere « legale » anche il rimedio.

È su questa insufficienza di fondo che dovevano anche consumarsi le (deboli) proposte di riequilibrio del sistema. Ed è anche a questo punto che le « strategie » naturalmente avrebbero preso strade diverse.

Mentre la tesi politica di quel gruppo di dottrine « socialistiche », che in Francia si richiamavano a Saint-Simon e in Inghilterra a Owen, sarà nel senso di una alleanza tra ceti produttivi (*industriels* e classe operaia), all'insegna di una necessaria integrazione tra momento *produttivo* e momento *politico*, l'altra tesi consisterà nel rilanciare il tema dello Stato o meglio quello dell'« uso » dello Stato per farne uno strumento a difesa delle categorie più deboli. Non è da stupirsi che il ceto giuridico, anche in ragione della difesa del « ruolo » suo proprio, dovesse prestare maggiore attenzione all'ideologia di un Lassalle (ancora legata all'idea Hegeliana dello *Staatsrecht*) piuttosto che « alla utopia industriale » di Owen. Che, poi, anche la prima potesse dare vita ad un'altra utopia, a quella « burocratica e fiscale », è quanto, come è noto, ebbe ad affermare A. Labriola ⁽¹²⁹⁾.

IV. *Economismo e vocazione giuridico-statuale.*

1. La idea che il Cimbali aveva dello Stato e del diritto (statale) può definirsi abbastanza esemplare di quel groviglio di contraddizioni da cui esso e numerosi esponenti delle nuove tendenze c.d. « socialistiche » stentavano a districarsi. Sarebbe superfluo sottolineare come da una corretta applicazione delle dottrine del positivismo, cui pure il Nostro dichiarava di ispirarsi, sarebbe stato naturale aspettarsi una implicita svalutazione del ruolo dello

(129) V. A. LABRIOLA, *In memoria del manifesto dei comunisti*, cit., p. 51 nt. 1.

Stato ' (e del diritto) ' come ruolo identificantesi con qualcosa di « arbitrario e irrazionale », contrastante quel « governo tecnico e pedagogico della intelligenza » che avrebbe dovuto costituire l'unico ordine della società ⁽¹³⁰⁾ o quella « amministrazione di cose o direzione di processi produttivi » nella quale la lezione Sansimoniana tendeva a risolvere il governo « politico » ⁽¹³¹⁾.

In questa stessa direzione spingevano quelle dottrine di ispirazione « sociologica », alla stregua delle quali non sembrava esservi molto spazio per una considerazione di fini e di scopi che non fossero attinti a quella stessa « realtà sociale » della quale il diritto (e lo Stato) era parte ⁽¹³²⁾. Introdurre una autonoma « manovra » del (ruolo del) diritto avrebbe rappresentato una sconfessione di quella inversione di tendenza, « dalla politica alla società », che rappresentava la nuova bandiera delle dottrine del tempo.

V'è di più. Alla stregua del c.d. *materialismo volgare*, che voleva applicare al diritto (e ai fenomeni sociali) le stesse leggi che governavano la natura (e i fenomeni naturali), il ruolo dello Stato (e del diritto) non poteva che essere che quello di registrare le trasformazioni subite dall'organismo sociale (assimilato appunto agli organismi naturali). Non aveva del resto lo stesso Cimbali tenuto a sottolineare che « le leggi sociologiche sono il complemento di quelle biologiche » ⁽¹³³⁾? Non doveva forse la dannosa « questione sociale » trovare la sua soluzione nella sostituzione di organi « nuovi » a organi « vecchi » che invece tendevano a impedire l'assunzione di funzioni da parte dei primi? ⁽¹³⁴⁾. E l'ordinamento della proprietà non doveva cambiare sol perchè si eran trasformate le condizioni e le necessità del « corpo sociale »? ⁽¹³⁵⁾. E, *pour cause*, una qualsiasi evoluzione dei rapporti giuridici e sociali non veniva forse fatta

⁽¹³⁰⁾ A. LABRIOLA, *Del materialismo storico, Dilucidazione preliminare*, cit., p. 118.

⁽¹³¹⁾ ENGELS, *Antidühring*, cit., p. 277.

⁽¹³²⁾ Per l'affermazione delle tendenze « sociologiche » nel diritto e nella scienza giuridica v. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, p. 87 ss.

⁽¹³³⁾ CIMBALI, *Le obbl. civili*, cit., p. 301.

⁽¹³⁴⁾ *La nuova Fase*, cit., p. 175 (di qui l'accusa di Labriola, *Il materialismo storico*, cit., p. 36 di affrontare, con atteggiamento da « farmacisti », la soluzione della « questione sociale »).

⁽¹³⁵⁾ *La Nuova Fase*, cit., p. 173.

messianicamente discendere da una modificazione interna alla « materia », non intesa però come « materia socialmente e storicamente organizzata per la produzione » in senso gramsciano ⁽¹³⁶⁾ ma come materia quale risultava dalle scienze naturali o dalle nuove metafisiche materialistiche?

È da chiedersi, allora, in quale misura, con le premesse enunciate, che sono metodologiche e ideologiche, potessero conciliarsi affermazioni come quella che « l'azione dello Stato... non è di semplice tutela ma di integramento e di organamento tra le varie classi della società » ⁽¹³⁷⁾ o come quella, ancor più significativa, definiente lo Stato come « potenza ugualmente amica, autorevole e imparziale che... fa cessare le cause e gli effetti di una lotta per tutti disastrosa » ⁽¹³⁸⁾ o come quella che suonava adesione al modello dello *Stato-interventore* « sopra materie e sfere di attività, già prima scrupolosamente sottratte a qualunque sua ingerenza » ⁽¹³⁹⁾.

Fuor di ogni metafora, tesi siffatte sembravano rilanciare in buona sostanza quell'« aborrito » primato della *politica* (e, con essa, del *diritto statale*) e di uso « politico » del diritto (e dello Stato), se non in contrapposizione, certamente in via *autonoma* rispetto a quelle che il Cimbali definiva le leggi del « movimento sociale », tesi nelle quali avrebbe potuto intravedersi assonanza con tutta una tradizione di « eticità » del diritto (e dello Stato) e di « volontà di conformismo » (espressa appunto attraverso la funzione « educativa » del diritto) ⁽¹⁴⁰⁾, il che postulava di ritorno la Hegeliana *differentia* dello *Stato politico* dalla *società civile*, dello *Stato politico* dallo *Stato privato* e rilanciava tutta una *distinzione-separazione* alla quale le dottrine del *positivismo* (pur nelle diverse versioni deteriori di *materialismo* naturalistico o biologico), in una fase di crisi dell'egemonia delle classi borghesi, avevano contrapposto un progetto di ri-unificazione e ri-aggregazione

⁽¹³⁶⁾ Sul significato di « materia » e nel senso di un opportuno *distinguo* tra il materialismo storico e il concetto di « materia » quale risulta dalle scienze naturali e dalle diverse metafisiche materialistiche v. GRAMSCI, *Quaderno II* (ora in *Quaderni*, cit., II, par. 30, p. 1442 ss.).

⁽¹³⁷⁾ *La Nuova Fase*, cit., p. 51.

⁽¹³⁸⁾ *La Nuova Fase*, cit., p. 53.

⁽¹³⁹⁾ *La Nuova Fase*, cit., p. 339.

attorno «agli elementi della società» e cioè una vera e propria «inversione dalla politica alla società» (o alla «materia»).

È evidente che rispetto a tale «progetto» il pensiero del Cimbali, come, del resto, di molti esponenti del c.d. socialismo giuridico, registrava un primo ordine di forti contraddizioni. Quel progetto di «inversione», si è detto, appariva negato o almeno contraddetto *per litteram* nella misura in cui acquistava forma e spessore la forte vocazione «statuale» dei c.d. «giuristi-socialisti». Vocazione che, del resto, aveva avuto un modello esemplare in Lassalle e che si era trovata all'origine della storica «spaccatura» tra Lassalliani e Eisenachiani (1869).

Non sarebbe questa la sede per verificare se dietro la vocazione «statuale» di molti esponenti del c.d. socialismo giuridico vi fosse adesione ad una linea politica precisa (del tipo ad es. di quel «monarcato sociale» denunciato da Labriola ⁽¹⁴¹⁾ che poi sarebbe stato all'origine del «socialismo di Stato» Lassalliano) ⁽¹⁴²⁾, o, più

⁽¹⁴⁰⁾ GRAMSCI, *Quaderno 26 (argom. di cultura)* (in *Quaderni*, cit., III, par. 6, p. 2302) (a proposito della polemica sulle funzioni dello Stato come organizzazione politico-giuridica in senso stretto, dove la nozione di *Stato-veilleur de nuit* (di estrazione Lassalliana) doveva contrapporsi a quella di *Stato-interventore* erroneamente accomunata, nella opinione volgare, a quella di *Stato-etico*). La «volontà di conformismo», coniugata al modello di *Stato-etico*, designava, secondo Gramsci, la rivoluzione portata dalla classe borghese rispetto alle precedenti classi terriere-feudali le quali, invece, non avevano teso «ad elaborare un passaggio organico delle altre classi alla loro, ad allargare cioè la loro sfera di classe «tecnicamente» e ideologicamente: la concezione di casta chiusa». Invece la classe borghese, osservava Gramsci, «pone se stessa come un organismo in continuo movimento, capace di assorbire tutta la società, assimilandola al suo livello culturale ed economico: tutta la funzione dello Stato è trasformata: lo Stato diventa «educatore» ecc.». (*Quaderno 8*, in *Quaderni*, II, cit., par. 2, p. 937).

⁽¹⁴¹⁾ LABRIOLA, *In memoria del manifesto dei comunisti*, cit., p. 51 n. 1 (tale idea di «monarcato sociale» era nata nella Prussia di Bismarck come alleanza tra monarchia autocratica e classe operaia che, «passando sopra all'epoca liberale, armonicamente risolvesse la c.d. questione sociale»).

⁽¹⁴²⁾ Basta riandare alla «lettera aperta» di Lassalle (al Comitato centrale di Lipsia) e alla polemica in essa contenuta contro i c.d. *progressisti* (del tipo ad es. di Schulze-Delitzsch), fautori di una alleanza tra ceti operai ed elementi più progressisti della borghesia contro l'autocrazia e l'aristocrazia che allora costituivano il personale «statale». Vero è che lo «statualismo» di Lassalle veniva da taluno più «benevolmente» interpretato come esigenza che la classe operaia si riappropriasse di «funzioni politiche» laddove il «cooperativismo» alla Schulze-Delitzsch

riduttivamente, si facesse sentire, nè più e nè meno, che un atteggiamento vólto a difendere l'autonomo ruolo del «ceto giuridico», come vedremo. Una cosa è, però, per lo meno sicura e cioè che una attenta riflessione anche su siffatta *linea politica* avrebbe permesso forse di conciliare quel che appariva, almeno in partenza, *inconciliabile*: il ruolo «autonomo» attribuito allo Stato con il rispetto delle leggi immanenti al «movimento sociale», *materialisticamente* ed *economisticamente* apprezzato. Sulla possibilità di una tale conciliazione, se tale può definirsi, avrebbe indotto a riflettere quel che Gramsci avrebbe osservato con riguardo ai vari «modelli» di Stato corrispondenti alle varie tendenze socio-politiche, salvo naturalmente la possibilità che siffatte tendenze avessero a combinarsi tra loro ⁽¹⁴³⁾. La polemica cui Gramsci alludeva era quella sulle «funzioni» dello Stato inteso come organizzazione politico-giuridica in senso stretto. Gramsci invitava a distinguere su quel modello di Stato che avrebbe dovuto contrapporsi al modello di Stato-carabiniere o di Stato-*veilleur de nuit* (la quale espressione risaliva a Lassalle); tale modello di Stato veniva invece definito, nella *communis opinio*, e senza troppo distinguere, come quello dello Stato-etico o dello Stato-intervenzionista. Ma non vi è metodo migliore che quello consistente nel riferire testualmente le parole di Gramsci: «il concetto di Stato-intervenzionista è di origine economica ed è connesso, da una parte, con le correnti protezionistiche o di nazionalismo economico e, dall'altra parte, col tentativo di far assumere a un personale statale determinato, di origine terriera e feudale, la protezione delle classi lavoratrici contro gli eccessi del capitalismo (politica di Bismarck e di Disraeli) ... il concetto di Stato etico è invece di origine filosofica e intellettuale (propria degli intellettuali: Hegel)» ⁽¹⁴⁴⁾.

intendeva confinarla nel «sociale» (MEHRING, *Storia della socialdemocrazia tedesca* ³, II, Ed. riun. 1974, p. 749 ss.). Diversa è però la interpretazione che di Lassalle dà qualche altro storico (come il COLE, *Storia del pensiero socialista*, II, cit., p. 94) come di Scrittore «dominato ... dall'idea Hegeliana dello *Staatsrecht*» e cioè dello Stato inteso non come istituzione di classe, il che sarebbe stato all'origine della frattura con Marx e il marxismo (v. critica al programma di Gotha) e della liquidazione gramsciana di Lassalle «come di statalista dogmatico e non dialettico» (*Quaderno 6*, in *Quaderni*, II, par. 88, p. 764).

⁽¹⁴³⁾ GRAMSCI, *op. cit.*, p. 2302.

⁽¹⁴⁴⁾ GRAMSCI, *op. cit.*, p. 2302.

Avrebbe consentito una tale distinzione di superare quell'aporia per cui, da un lato, si voleva la funzione del diritto (e dello Stato) completamente assorbita dalle leggi e dai bisogni del « movimento sociale » e, dall'altro lato, si esaltava una sorta di « protagonismo » statale, se tale si può definire?

Tale superamento sarebbe stato possibile (e certamente era nell'ordine delle cose), per poco che si fosse riflettuto sul fatto che, in sostanza, alla stregua della versione enunciata, lo autonomo « ruolo » dello Stato (e del diritto statale) si sarebbe interamente risolto nella funzione *materiale-economica* consistente nella distribuzione di *mezzi sociali* a classi bisognose di aiuto (il modello sarebbe stato quello Lassalliano delle *associazioni produttive con credito statale* e cioè dell'aiuto dello Stato alle classi operaie, reso possibile attraverso il suffragio universale e diretto) ⁽¹⁴⁵⁾. Fuor di ogni visione *classista* e rivestita di un *umanitarismo* generico, questa tesi andava abbastanza d'accordo con la funzione « provvidenziale » (nel senso di dover « provvedere » alla conservazione della specie umana) che il Cimbali assegnava *alla legge* (e allo Stato) (in contrapposizione *al contratto*) ⁽¹⁴⁶⁾.

Nessuna ambizione dunque di voler « conformare » alle classi dominanti-borghesi le altre classi-dominate, e ciò secondo il modello alto-borghese dello Stato-etico, ma soltanto dislocazione dello Stato *anche* sul terreno economico, in termini di aiuto e provvidenza « economici » alle classi più deboli, e ciò in funzione di ammorbidimento (e non di eliminazione) dello stesso conflitto di classe, conflitto che, del resto, era sempre esistito « pur essendo mutato di forma e valore » ⁽¹⁴⁷⁾. In questo modo si sarebbe anche, almeno

⁽¹⁴⁵⁾ Di qui la teorizzazione dell'« aiuto statale » contro il lavoro cooperativo *tout court* esaltato invece dai progressisti-manchesteriani (MEHRING, *Storia*, cit., II, p. 751 ss.), salvo poi a rifugiarsi *in corner* lo stesso Lassalle, nelle sue lettere a Rodbertus, con l'obiettare che le sue associazioni produttive con credito statale erano solo un mezzo per uno scopo e che volentieri tale mezzo si sarebbe lasciato correggere se qualcuno avesse escogitato un mezzo migliore.

⁽¹⁴⁶⁾ Per Cimbali, *Le obbl. civili*, cit., p. 309 ss. la *legge-provvidenza* (in quanto espressione di un principio di necessità-sociale) si contrapponeva storicamente al *contratto-provvidenza* (in quanto espressione di un principio di libertà e di affermazione della *forza individuale*).

⁽¹⁴⁷⁾ CIMBALI, *La Nuova Fase*, cit., p. 173.

in certa misura, colmato quel profondo « divorzio », da taluno denunciato, tra *vocazione statuale* e quell'entroterra di economismo e materialismo al quale si richiamavano molti esponenti del socialismo giuridico.

Giova osservare, tuttavia, come una tale versione non terrebbe conto della formazione strettamente *giuridica* (o giuridico-dottrinale o giuridico-forense) di tanti dei Nostri « giuristi-socialisti » o almeno non darebbe il dovuto spazio all'ambizione di volere affermare un autonomo « ruolo » del ceto (giuridico) di cui essi si sentivano parte integrante. Una incondizionata adesione alla tesi di uno *Stato* (interventore sul terreno) *economico* (e di un diritto *strumentale* a tal fine) avrebbe significato svilire e appiattire una formazione siffatta e avrebbe messo in discussione l'autonomo « ruolo » del ceto ⁽¹⁴⁸⁾.

Può apparire, questa, una considerazione marginale e poco importante. Tuttavia, anche essa, se accompagnata e sorretta da qualche referente « più robusto », può essere in grado di far ribaltare il giudizio, facendo rivivere quella contraddizione di cui si è detto all'inizio. Trovare un più « robusto » referente non è opera difficile, perchè basta « rientrare » in uno dei filoni della critica di ispirazione marxista a un certo modo di concepire il ruolo del diritto e dello Stato e cioè basta aderire a un certo tipo di critica *del fattore giuridico* considerato come *fattore-chiave* del divenire sociale. Non sarebbe questa la sede per una riproposizione *funditus* dell'intera tematica. Basta attribuire il dovuto valore *sintomatico* a certe *coordinate* che costantemente ricorrono ad es. nel pensiero del Cimbali e delle quali bisogna pur dare una spiegazione.

Per fare un esempio, la naturale propensione manifestata dal Nostro per una « lettura » del divenire storico in chiave preferenziale di rapporto *Stato-individuo* — ove tutta la storia dell'umanità sembrava risolversi in « un alternarsi perenne dei principii di

⁽¹⁴⁸⁾ Che era, del resto, l'appunto critico proveniente da quanti, di parte liberale, coniugava l'idea del socialismo con quella dello Stato *economico* e con « l'assorbimento e l'oltrapotenza di ogni attività individuale » (FILOMUSI-GUELF, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, prolusione letta nell'Univ. di Roma il 3 nov. 1886, p. 17 dell'estr., Roma, 1887).

autorità e libertà, Stato e individuo, legge e contratto » ⁽¹⁴⁹⁾, una storia ottimisticamente dominata dal « progresso legislativo » o meglio da quel mito della « rivoluzione coi codici » di cui parlava Labriola ⁽¹⁵⁰⁾, aveva molto probabilmente il suo referente ideologico nella considerazione dello Stato quale « soggetto storicamente autonomo » (accanto all'individuo e ai corpi sociali), quasi « variabile indipendente » dello sviluppo sociale, autore e reggitore dell'ordine sociale e non, dunque, *effetto* o meglio « forma » che può assumere quest'ultimo, nel senso dell'egemonia di una classe sull'altra, che è anche egemonia, non solo economica, ma *giuridico-politica* (e culturale). Di qui il passo sarebbe stato assai breve per concepire la storia come storia attinente al movimento giuridico-politico e cioè come storia dei diversi reggimenti istituzionali e

⁽¹⁴⁹⁾ CIMBALI, *Le obbl. civili*, cit., p. 313. Il che, del resto, non era esente da qualche deformazione di carattere storico. Così, ad es. l'intero divenire storico era visto in funzione di *tre* forme organiche di relazione tra l'individuo e lo Stato: « l'affermazione assoluta dello Stato, l'affermazione assoluta dell'individuo, l'affermazione relativa dell'uno e dell'altro, quali elementi armonici di coesistenza in cui s'integra il vero concetto dell'« umanità progredita » (*La Nuova Fase*, cit., p. 318). Una tale periodizzazione sembrava riecheggiare le *Formen* (economiche precapitalistiche) marxiane. Senonchè, nella periodizzazione del Cimbali (a differenza di quella marxiana), v'era una sovrapposizione *au fond* di una nozione *astorica* di Stato. Nelle *Formen* marxiane, al contrario, il dispotismo orientale, ad es., non era l'equivalente dello Stato (dispotico) moderno ma il risultato di un processo di astrattizzazione delle singole unità *reali* in una « unità complessiva », che appare come il *proprietario supremo* o l'unico proprietario laddove la proprietà è in realtà *comunitaria* (MARX, *Forme econ. precapitalistiche* ³, edit. riun., 1970, p. 72 ss.). È soltanto nell'epoca Romana che emerge « l'esistenza economica dello Stato accanto ai proprietari privati », in termini ad es. di contrapposizione tra *ager publicus* e proprietà privata laddove, nel mondo germanico-feudale, quella contrapposizione non sussiste e il concetto di Stato-comunità, se si vuole, appare mediato « dal rapporto reciproco dei soggetti autonomi » (MARX, *op. cit.*, p. 82). Nel modo di produzione borghese, infine, il concetto di Stato-comunità sembra affatto vanificarsi; tutte le vecchie relazioni *politiche* si sono esaurite, le condizioni oggettive del lavoro e quindi la proprietà, da un lato, i *liberi lavoratori* dall'altro, si trovano *ai poli opposti* del processo economico (MARX, *op. cit.*, p. 109). Come si vede, il divenire storico non è scandito sulle alterne vicende del rapporto *Stato-individuo*, intesi entrambi come elementi della sovrastruttura, ma « sul rapporto dell'uomo con le condizioni naturali della produzione », apparendo come « forma » di detto rapporto, e sullo sfondo di esso, l'esistenza della comunità e dello Stato.

⁽¹⁵⁰⁾ LABRIOLA, *In memoria*, cit., p. 19 nt. 1.

politici e non come storia di fatti e accadimenti, sociali ed economici. Di qui i diversi « favoleggiamenti » sul *diritto al lavoro* (come domanda rivolta a governi borghesi), sulla *legislazione sociale*, sulle varie « ricette giuridiche » con cui si pretendeva di risolvere la « questione sociale ».

Furono questi, come è noto, i termini della critica Labriolana al c.d. socialismo giuridico ⁽¹⁵¹⁾. A prescindere dagli eccessi in cui anche tale critica finiva col cadere (quale ad es. la acritica riduzione dello Stato a « potenza economica » o a « sistema di proprietà » o ad « accordo su più sistemi di proprietà » e quindi, in buona sostanza, la riduzione del diritto ad economia) ⁽¹⁵²⁾ è certo comunque che quella critica in buona parte coglieva nel segno: i nostri « giuristi-socialisti » sembravano infatti dibattersi in una contraddizione insanabile: ben coscienti del fatto che la « ragione scritta » (affidata ai codici borghesi) era sempre più « profanata » (ed emarginata) dalla « volontà politica » (affidata, questa, alle *leggi speciali* e cioè alla legiferazione *extra-codicem*), ciò nondimeno essi ancora credevano in quella *instauratio ab imis* del Codice civile (e, quindi, dell'impianto codicistico del diritto privato), *instauratio* che, nel loro pensiero, doveva rappresentare la « rivincita » del *diritto* (come valore) sulle forze brute dell'economia (e su quei partiti « legiferanti » che erano espressione dei rozzi interessi di classe).

Di qui la rivendicazione di un « autonomo » ruolo al diritto e allo Stato, di qui anche il distacco dall'economismo di Loria ⁽¹⁵³⁾.

La debolezza (e l'ambiguità) di quella *instauratio* era però nella riproposizione di una « ragione scritta » che, oltre che (servire a)

⁽¹⁵¹⁾ LABRIOLA, *Dilucidazione preliminare*, cit., p. III ss.

⁽¹⁵²⁾ LABRIOLA, *Dilucidazione preliminare*, cit., p. II 6.

⁽¹⁵³⁾ La critica del Loria al socialismo giuridico sarà appunto nel senso che quest'ultimo pretendeva dedurre l'economia politica dal dir. positivo e « i cambiamenti dei rapporti economici da astratte riforme degli istituti vigenti ». Doveva invece affermarsi il contrario e cioè che « il dir. positivo non è che l'emana-zione necessaria dei rapporti economici » (LORIA, *Socialismo giuridico*, in *La scienza del diritto privato*, 1893, p. 525). Ma v. la risposta del d'AGUANNO, *Ancora sul socialismo giur. del Prof. Loria*, *ivi*, 1893, p. 643 ove i rapporti economici vengono definiti come « un lato » dei rapporti sociali. Per CIMBALI, *La Nuova Fase*, cit., p. 28 condizioni economiche e relazioni giuridiche costituivano « il doppio lato del fenomeno sociologico ».

perpetuare la *singulorum utilitatem* di Romana memoria [e teneva a ribadirlo il Vadalà-Papale, salvo ad allargare quella *utilitas* alle nuove « unità sociali » ⁽¹⁵⁴⁾], perpetuava il mito quasi-illuministico (e, ora, pseudoscientifico) di una « ragione » che *il diritto* avrebbe dovuto imporre alla società. « Il problema è in sostanza di vedere se il codice civile possa trasformarsi, senza pregiudizio della formula (*singulorum utilitatem*), in codice *privato-sociale* », dirà appunto il Vadalà-Papale ⁽¹⁵⁵⁾. Non diversamente, per E. Gianturco, « la questione sociale è quasi tutta nel codice civile » (non in leggi di classe) ⁽¹⁵⁶⁾. E anche, per Cimbali, quella *instauratio* doveva partire dal codice ⁽¹⁵⁷⁾. Quella stessa necessità dovranno esprimere i Direttori della Nuova Rivista « La Scienza del Diritto Privato » (1893). In taluno (come in Salvioli, sulle orme del Menger) ⁽¹⁵⁸⁾ addirittura quella « ragione scritta » avrebbe dovuto essere « altra » da quella borghese, identificarsi con quella del « Quarto Stato » e cioè con quella della classe lavoratrice, in termini di vera contrapposizione di un Codice che difendesse i valori del Lavoro a quello che storicamente aveva difeso (e continuava a difendere, pur « riformato ») i valori del Capitale.

Forse, è proprio dalla difesa di questa « ragione scritta », sia pure « novellata » nelle composizioni più diverse, che bisognava partire per cogliere la intrinseca debolezza del « progetto » del socialismo giuridico. Gli accostamenti, come si è detto, sono sempre pericolosi — e possono significare tutto e il contrario di tutto — ma come non essere tentati, data la comune area « socialista », di riferire anche ai « giuristi-socialisti » la critica di Engels alla « ragione-pensante » dei c.d. socialisti-utopisti, quella « ragione-pensante » che avrebbe dovuto offrire la soluzione delle questioni

⁽¹⁵⁴⁾ VADALÀ-PAPALE, *Dir. privato e cod. privato-sociale*, in *La scienza del dir. priv.*, 1892, p. 12 (ove l'affermazione che « è sempre l'utilità dei privati che ricerca il Diritto Privato ma attraverso forme nuove »).

⁽¹⁵⁵⁾ VADALÀ-PAPALE, *op. ult. cit.*, p. 15.

⁽¹⁵⁶⁾ E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel dir. contrattuale*, cit., p. 17.

⁽¹⁵⁷⁾ *La Nuova Fase*, cit., p. 8.

⁽¹⁵⁸⁾ V., al riguardo, la proluzione di SALVIOLI, *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti e operaie*, 1890.

sociali? ⁽¹⁵⁹⁾. Ond'è che le varie « alchimie sociali », con cui i socialisti-utopisti si sforzavano di risolvere le diseguaglianze sociali ⁽¹⁶⁰⁾, sarebbero state l'equivalente delle varie « ricette » (a livello di codice e leggi) con cui i nostri giuristi-socialisti volevano anch'essi risolvere la « questione sociale » ⁽¹⁶¹⁾.

Un elemento tuttavia non può passare sotto silenzio e cioè che, se dei socialisti-utopisti si poteva dire che « il loro socialismo, per quanto utopico, fantastico ed ideologico, era una critica immediata e spesso geniale dell'Economia » ⁽¹⁶²⁾, altrettanto non si sarebbe potuto affermare dei « giuristi-socialisti », a tal punto fu in loro debole la *pars destruens* del sistema vigente. I loro « progetti » non muovevano da alcuna seria critica del diritto e dello Stato borghesi (sul modello della marxiana *critica* dell'economia), delle sue categorie teoriche e formali, di quegli elementi di sovrastruttura che sembravano ormai doversi imporre persino alla struttura (anche mutata); incorporavano solo un *cahier de doléance* sulle insufficienze che il sistema vigente mostrava « rispetto all'impulso irresistibile di nuovi urgenti bisogni » ⁽¹⁶³⁾.

Ed è anche significativo sotto questo riguardo come la *pars costruens* delle nuove tendenze prenderà una via sensibilmente diversa: la via dell'abbandono di qualsiasi utopia di *instauratio*; di qualsiasi « rifondazione » di una « ragione scritta » diversa da quella *borghese* e destinata con questa a convivere o invece a prenderne il posto; consisterà nel progetto (o nei progetti) di *concreta riforma* degli ordinamenti vigenti, progetto che, lontano da qualsiasi utopia, rilanciasse il tema di una nuova forma di collaborazione tra classi (produttive). Si tenderà a restituire al diritto il suo « ruolo », non quello di essere la panacéa di ogni male (secondo i progetti delle varie « utopie » giuridiche), non quello di essere « servo dei potenti » o espressione di « un sistema di proprietà » (Labriola)

⁽¹⁵⁹⁾ ENGELS, *Antidühring*, cit., p. 275 (pur riconoscendo loro l'attenuante di avere operato in una epoca « in cui la produzione capitalistica era così poco sviluppata, ragion per cui essi furono obbligati a costruire gli elementi di una nuova società traendoli dal proprio cervello... »).

⁽¹⁶⁰⁾ In tal senso ENGELS, *op. cit.*, p. 319 a proposito di Dühring.

⁽¹⁶¹⁾ Per tale accusa v. LABRIOLA, *In memoria*, cit., p. 36.

⁽¹⁶²⁾ LABRIOLA, *Dilucidazione preliminare*, cit., p. 105.

⁽¹⁶³⁾ CIMBALI, *La Nuova Fase*, cit., p. 3.

ma quello di essere lo strumento « più alto » che, in un sistema di diritto formale-borghese, può darsi per razionalizzare e « mediare » i rapporti (e i conflitti) tra classi.

Di un tale « progetto » si renderà ad es. espressione un Vivante, all'insegna di un nuovo spirito di « solidarietà sociale che dovrebbe essere il supremo intento di ogni legislatore » ⁽¹⁶⁴⁾, e nel cui ambito avrebbe dovuto prender corpo una nuova forma di collaborazione tra ceti e categorie produttive. I bersagli della polemica Vivantiana, sin dall'epoca della Prolusione romana del 1899, poi riprodotta nella II ediz. del Trattato del 1902, saranno, come è noto, l'*alta finanza e la borsa* che esercitavano l'usura del danaro nonchè quella categoria di *intermediarii* costituita dalla classe dei *commercianti*, la cui moltiplicazione nei grandi centri urbani aveva aumentato a dismisura « le spese necessarie per farli vivere » ⁽¹⁶⁵⁾. Il modello che si proponeva in alternativa era costituito, nel settore dei rapporti *industriali*, da un nuovo « patto sociale » tra padroni ed operai attraverso « una penetrazione sempre più viva degli operai nell'organismo dell'impresa » (preludio di una concezione *corporativa* dell'impresa?) e, nel settore della distribuzione e del consumo, da una sempre più larga diffusione dello schema *della cooperazione* (società cooperative) in base al quale si sarebbero ripartiti i profitti « soltanto tra coloro che concorsero a produrli » ⁽¹⁶⁶⁾.

Si trattava evidentemente di un discorso tutto « interno » alla classe capitalistica (non giova farsi illusioni!), nello sforzo di recuperarne, ad un livello più alto, quella « potenzialità » che sembrava offuscata dalla crisi industriale della fine dell'Ottocento. A livello di alleanze politiche, il progetto « riformistico » di Vivante avrebbe trovato il suo *pendant* nel nuovo blocco di forze sul quale si fonderà l'esperimento di Giolitti.

Si può dire che, a modo suo, anche il Cimbali, un ventennio prima, nella nota lettera al Crispi (del 22 maggio 1881), suo correligionario, avesse intravisto che ormai i vecchi partiti della Destra e della Sinistra erano moribondi (o forse già morti) e che i compiti

⁽¹⁶⁴⁾ VIVANTE, *I difetti sociali del cod. di commercio*, pubbl. nella *Riforma sociale*, fasc. I, Anno VI, 1899 (V, estratto, Torino, 1899).

⁽¹⁶⁵⁾ VIVANTE, *op. ult. cit.*, p. 6 (dell'estr.).

⁽¹⁶⁶⁾ VIVANTE, *op. cit.*, p. 12 ss.

nuovi dovevano passare ad un c.d. «partito del movimento» composto «dal contingente fornito dalle classi democratiche e dalla frazione più avanzata della classe borghese» ⁽¹⁶⁷⁾. Tra i compiti di questo partito si iscriveva la revisione dello Statuto Albertino e lo studio della questione sociale. Emergeva in questa occasione l'aspetto più autenticamente «sofferto» del Cimbali, quello della «generosa» lettera agli elettori del mandamento di Bronte, città che gli aveva dato i natali (1855) ⁽¹⁶⁸⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ CIMBALI, *I partiti politici in Italia (lettera al comm. F. Crispi)*, Roma, 1881, p. 57.

⁽¹⁶⁸⁾ Per questa lettera v. *Epistolario*, in *Opere Complete*, VI, Torino, 1912, p. 361.

GIULIANA D'AMELIO

POSITIVISMO, STORICISMO, MATERIALISMO STORICO IN ICILIO VANNI

1. *La polemica col Brugi sulla scuola storica tedesca.*

L'esame delle componenti culturali del pensiero di Icilio Vanni acquista interesse maggiore, se si tiene presente che l'accusa più frequentemente rivolta al Vanni, dall'opera polemica del Fragapane agli studi del Falchi e del Dallari, fino ai più recenti scritti del Bobbio e del Battaglia ⁽¹⁾, è stata ed è quella di eclettismo. Certo che, malgrado la complessiva originalità e anche organicità della sua concezione, l'influenza di determinate correnti intellettuali è bene avvertibile e spesso determinante nelle opere del Vanni. Ciò fa parte del suo eclettismo, appunto, e costituisce quindi un limite del suo pensiero, ma fa anche parte di una inclinazione a temperare il rigido universalismo sociologico comtiano e il presunto enciclopedismo spenceriano, accettando esperienze diverse: senz'altro un pregio della sua formazione culturale ed una testimonianza della sua apertura mentale.

In questo quadro può collocarsi dunque lo storicismo vanniano. Alla tesi della scuola storica tedesca si atteneva strettamente il Vanni nel suo primo scritto, *Della consuetudine nei suoi rapporti*

(1) S. FRAGAPANE, *Contrattualismo e sociologia contemporanea*, Bologna 1892, spec. pp. 116 ss.; A. FALCHI, *L'opera di Icilio Vanni e i problemi della gnoseologia, della sociologia e della filosofia del diritto*, Sassari 1903; G. DALLARI, *Icilio Vanni*, Siena 1903; N. BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX*, in « Bollettino dell'Istituto di filosofia del diritto », Univ. di Roma, anno III, 1942; F. BATTAGLIA, *Filosofia del diritto ed economia*, in *Cinquant'anni di vita intellettuale italiana*, II, p. 256 ss. Sugli ideali civili della scienza giuridica italiana cfr. P. UNGARI, *L'età del codice civile*, Napoli 1967, con accenni al Vanni a p. 28.

col diritto e colla legislazione ⁽²⁾, in cui si affrontava un tema, quello delle origini del diritto, destinato ad avere ulteriori sviluppi nella sua opera scientifica. In armonia con le linee essenziali della concezione del Savigny, il Vanni distingueva tre forme, o stadi, di sviluppo del diritto: la consuetudine, la legislazione e la scienza giuridica. La prima è definita « la manifestazione del sentimento giuridico popolare fatta all'occasione degli esterni rapporti mediante una applicazione costante ed uniforme » ⁽³⁾; la seconda « non è che il riconoscimento autorevole, la sanzione del diritto nato dalla coscienza popolare, estrinsecatosi nelle consuetudini, radicato nei costumi » ⁽⁴⁾; la scienza giuridica, infine, cioè la dottrina e la giurisprudenza, costituisce il mezzo per elaborare e perfezionare il diritto, per dargli una veste scientifica e farne la base di una « buona legislazione » ⁽⁵⁾. Il diritto vive così una duplice vita: nella coscienza popolare, come parte della vita sociale (« elemento politico » del diritto, secondo la terminologia savigniana), e fra i giuristi, come scienza specializzata (« elemento tecnico »). La distinzione fra questi due elementi, accolta per ora solo implicitamente, sarà poi alla base di tutta la filosofia del diritto del Vanni. Per ora ci basta notare la consueta provenienza storicistica del positivista Vanni, sottolineando però come, almeno per ora, egli tenga a respingere, della scuola storica, proprio gli aspetti « esageratamente esclusivi e positivisti » ⁽⁶⁾, sostituendoli con frequenti richiami al Vico.

Gli stessi concetti, particolarmente intorno ai problemi della legislazione e della codificazione (« resa possibile — egli dice — dall'essere lo spirito maturo di una nazione arrivato con processo sistematico a cogliere l'unità mentale e ad abbracciare in un armonico organismo le varie parti della sua legislazione »), sono esposti in un discorso sui *Progressi della legislazione civile in Italia dopo la rivoluzione* ⁽⁷⁾. Ma intanto gli studi di economia, di sociologia

⁽²⁾ Perugia 1877, pp. 150. Era la tesi di laurea del Vanni, poi pubblicata a cura della Facoltà di Giurisprudenza di quella Università.

⁽³⁾ I. VANNI, *op. cit.*, p. 16.

⁽⁴⁾ *Idem*, p. 25.

⁽⁵⁾ *Idem*, p. 99.

⁽⁶⁾ *Idem*, p. 37.

⁽⁷⁾ Perugia 1878, alla p. 8.

e di giurisprudenza etnologica ⁽⁸⁾ lo avevano avvicinato al positivismo, e da questo nuovo punto di osservazione nuovo significato e nuovo peso assumevano per lui la valutazione dell'opera scientifica e della concezione filosofica della scuola storica.

La corrispondenza fra i postulati della scuola storica giuridica e le dottrine sociologiche positive era in quegli anni luogo comune negli ambienti del positivismo italiano. Il nuovo orientamento impresso alla scienza del diritto dal Savigny e dalla sua scuola, rientrava in effetti in quel quadro di generale sviluppo delle scienze sociali e umane nel secolo XIX, di cui facevano parte la scuola del socialismo della cattedra in economia politica, le dottrine di Morgan e Sumner Maine in antropologia, di Muller e Tiele nella storia delle religioni. Ed è indubbio che la sociologia entrò in relazioni concrete con queste scienze, non solo con pretesa di sintesi organica dei loro risultati specialistici, ma altresì per riceverne nuove prospettive e nuove suggestioni scientifiche e metodologiche.

Così, mentre i nostri evoluzionisti riscoprivano Vico, il Villari ⁽⁹⁾ sul « Politecnico » auspicava l'« applicazione del metodo storico alle scienze morali, dando ad esso l'importanza medesima che ha il metodo sperimentale nelle scienze naturali » e indicava a oggetto della ricerca non il « perché », ma il « come ». Tuttavia, le tesi che il Brugi esponeva in una sua memoria del 1883 ⁽¹⁰⁾ andavano al di là di un semplice riavvicinamento fra i due indirizzi scientifici, per fare dei giuristi della scuola storica i « veri

⁽⁸⁾ Il Vanni fu professore di economia nell'Università di Perugia dal 1881 al 1899, fino a quando, cioè, fu chiamato a insegnare filosofia del diritto nella Università di Parma. Dal 1884 all'88 scrisse una serie di studi sociologici: *Lo studio comparativo delle razze inferiori nella società contemporanea*, Perugia, 1884; *I giuristi della scuola storica di Germania nella storia della sociologia e della filosofia positiva*, in « Riv. di filos. scientif. », 1885; *Saggi critici sulla teoria sociologica della popolazione*, Città di Castello 1886; *Sulla costituzione dei Senati*, in « Riv. it. per le scienze giuridiche », vol. III, fasc. III, 1887; e infine le *Prime linee di un programma critico di sociologia*, Perugia 1888. Questi ed altri scritti sono raccolti nei *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, ed. Bologna 1906.

⁽⁹⁾ *La filosofia positiva e il metodo storico*, ne « Il Politecnico », 1866.

⁽¹⁰⁾ B. BRUGI, *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea*, Palermo 1883, pp. 19. Cfr. anche *Il moderno positivismo e la filosofia dei giureconsulti romani*, Urbino 1880, pp. 43.

precursori » della sociologia positivista e rivendicare loro la formulazione di un vero e proprio programma filosofico: « A proposito dell'importanza filosofica della scuola storica — scriveva il Brugi — si è tentati di ripetere oggi quello che il Savigny diceva dei meriti del Hugo: è difficile darne esatto giudizio, perché certe massime si sono così immedesimate col nostro modo di pensare che ci sembra impossibile sieno state riesumate da poco tempo e con somma difficoltà. Nell'odierno rigoglio della sociologia, quante massime cardinali di lei rispondono al modo di concepire il diritto e l'istoria, proprio dapprima esclusivamente dei romanisti! Essi sono stati i primi precursori della filosofia positiva oggi restaurata » ⁽¹¹⁾. Ribadiva quindi, riportando una opinione del Nani ⁽¹²⁾, che « non si può contrapporre la scuola positiva alla scuola storica » perché, anche se « non si possono confondere del tutto insieme ..., ci parrebbe più appropriato il ritenere la scuola storica come una delle forme, e la più antica, che quella ha assunto nel campo del diritto » ⁽¹³⁾, e che « anche il concetto della sociologia posto fuori della filosofia positiva esisteva in germe nelle convinzioni dei romanisti della scuola storica ». La compiuta e reale distinzione del diritto dalla legge, ma nel contempo la connessione dei fenomeni giuridici con tutti gli altri costituenti la coscienza del popolo e la vita sociale (« e questo è ... il principio fondamentale della sociologia »), infine la evoluzione dei principi giuridici attraverso la storia e la sociologia: ecco le conclusioni.

Il Vanni, tornando su questo argomento, polemizzò con le tesi del Brugi, mostrandosi più cauto e desideroso di ricondurre l'apporto dei giuristi storici allo sviluppo del pensiero filosofico entro più stretti limiti. Innanzi tutto egli affermava che la scuola storica non pretende fare, né in senso positivo, né in senso idealista, una filosofia: « La spiegazione indipendente ed isolata del fatto giuridico e, se si vuole, del fatto sociale. Ecco il suo programma: noi non dobbiamo, non possiamo dimandarle di più » ⁽¹⁴⁾. Tanto più, poi, non avrebbero potuto quei giuristi fare della filosofia

⁽¹¹⁾ *Idem*, p. 9.

⁽¹²⁾ In « Archivio giuridico », XXV, p. 566.

⁽¹³⁾ BRUGI, *op. cit.*, p. 6.

⁽¹⁴⁾ VANNI, *I giuristi della scuola storica*, cit., p. 10.

positiva: « Una dottrina che non abbia posto per sua premessa prima e fondamentale la relatività della conoscenza e la limitazione dell'intelletto, non può pretendere di essere considerata come filosofia positiva » ⁽¹⁵⁾, né era possibile ritrovare, col Brugi, le traccie di questi principi nella intuizione del carattere essenzialmente dinamico, storico ed evolutivo del diritto, perché il dinamismo storico del diritto è parte integrante della dottrina della evoluzione, ma « non è tutta questa dottrina » ⁽¹⁶⁾. Mancò poi alla scuola storica la comprensione che il progresso del diritto consiste anch'esso in una differenziazione ed in una integrazione crescenti, e non ebbe chiare né l'idea né l'applicazione del metodo comparativo-genetico: le questioni delle origini, l'embriogenia, trovarono scarso sviluppo.

Non era quindi possibile trovare qui gli antecedenti della sociologia comtiana, perché questa si configurava come una scienza globale unica, esclusiva di tutte le altre scienze sociali, né di quella spenceriana, che era concepita come sintesi delle varie scienze sociali e presupponeva una completa classificazione fenomenologica. Occorreva invece considerare la scuola storica per quello che effettivamente era stata, e quindi respingere da un lato la troppa severità del Comte, che l'aveva giudicata « imbevuta di spirito metafisico », dall'altro la soverchia fretta di chi ne voleva ad ogni costo fare una forma di filosofia positiva.

I punti di contatto fra sociologia e scuola storica il Vanni li ravvisava nell'affermazione dell'esistenza di un dinamismo sociale, nella rappresentazione degli istituti giuridici e politici quali organismi determinati nell'origine e nelle forme da condizioni etniche e dall'insieme dello stato sociale; infine nell'applicazione del metodo storico, che costituiva il nuovo organo delle scienze morali, e ancora nell'aver proclamato il principio della relatività e bandito ogni preconcetto teleologico nell'ambito della struttura giuridica, e soprattutto « nell'indirizzo, nel metodo e nell'insieme del progresso scientifico, che furono veramente e schiettamente positivi » ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ *Idem*, p. 9.

⁽¹⁶⁾ *Idem*, p. 17.

⁽¹⁷⁾ Cfr. VANNI, *op. cit.*, p. 15, 24, 25.

Altri accenni al contributo della scuola storica sono contenuti in diverse parti dell'opera del Vanni: nel *Programma di sociologia*, là dove, trattando della sociologia giuridica, ne ritrova i precedenti nelle dottrine dei giuristi storici ⁽¹⁸⁾; nel *Problema della filosofia del diritto*, dove ripete su di essa più o meno il giudizio già noto, aggiungendo che « per essere informate ad un concetto dinamico del diritto e della società le sue dottrine ... ebbero un significato filosofico e concorsero anch'esse a preparare il terreno alla teoria dell'evoluzione » ⁽¹⁹⁾; ne *Lo studio comparativo delle razze inferiori*, dove segnala come una lacuna lasciata dalla scuola storica, cui solo l'applicazione del metodo genetico-comparativo permette di supplire, quella riguardante « il vero momento genetico, ed il modo di formazione della norma giuridica » ⁽²⁰⁾.

Ma quali furono in effetti il peso del contributo della scuola storica nel positivismo e nella sociologia di Icilio Vanni?

In uno scritto di qualche anno fa, il Treves ha esaminato il rapporto che intercorre tra le condizioni della scuola storica tedesca e quelle di rappresentanti del positivismo italiano quali il Brugi, il Groppali, il Vanni, in ordine al problema del contributo delle scienze sociali allo studio del diritto ⁽²¹⁾.

Egli osserva che, nell'affrontare questo problema, i giuristi legati alla filosofia positiva dovevano partire da due presupposti: che il diritto fosse un fenomeno sociale particolare, distinto dagli altri fenomeni sociali, e che lo studio del diritto fosse oggetto di una scienza specifica, la scienza giuridica, con cui potevano collaborare, ma non confondersi, le altre scienze sociali. In tal modo, però, essi venivano a trovarsi in contrasto da un lato con le dottrine del Comte, per il quale, i « fatti sociali » esaurivano in sé ogni altro fatto di natura giuridica, cioè ogni altra realtà delle scienze dell'uomo che vive in società, mentre corrispondentemente la scienza del diritto veniva risolta nella sociologia; dall'altro, e all'opposto, con le dottrine sostenute dall'Ardigò, al quale la

⁽¹⁸⁾ VANNI, *Prime linee*, cit., pp. 56-57.

⁽¹⁹⁾ VANNI, *Il problema della filosofia del diritto nella filosofia, nella scienza e nella vita ai nostri tempi*, Verona 1890, p. 70.

⁽²⁰⁾ VANNI, *op. cit.*, p. 42.

⁽²¹⁾ R. TREVES, *Il contributo delle scienze sociali allo studio del diritto*, in « Atti del I Congr. Naz. di scienze sociali », Bologna 1958, pp. 339-357.

realità sociale sembrava totalmente rappresentata e risolta nel fatto giuridico, così che la sociologia era caratterizzata dalla specialità del suo oggetto, il fatto sociale del giusto, nuovo e diverso qualitativamente.

L'insegnamento dei due maestri del positivismo filosofico non poteva valere in questo caso. Più utile appariva invece l'esperienza dello storicismo giuridico tedesco, che, pur cogliendo il fenomeno giuridico nella sua intima connessione con gli altri fenomeni costituenti la coscienza sociale, ne aveva saputo mostrare con esattezza i tratti differenziali e gli elementi costitutivi, costruendone — come ebbe ad esprimersi il Brugi — « una ... vera e propria sociologia del mondo romano » ⁽²²⁾. Così il Vanni, come già vedemmo, e con lui altri giuristi positivisti, mutuò dalla dottrina del Savigny la distinzione fra « elemento politico » ed « elemento tecnico » del diritto, cioè, praticamente, tra contenuto sociologico ed elemento formale. Su questa base egli formulava poi la dottrina dei compiti, secondo la quale la filosofia del diritto deve svolgere tre ricerche: la logica, sull'aspetto formale del diritto, la fenomenologia e la deontologica, sull'evoluzione storico-sociale del diritto e sulla sua funzione etica in quanto ideale di giustizia. Di qui, infine, risultava la determinazione del posto delle scienze sociali nello studio del diritto. Esse non debbono intervenire nello studio dell'aspetto tecnico-formale del diritto, poiché questo si mantiene sostanzialmente estraneo a quelle considerazioni sul contenuto, che sono proprie delle scienze sociali; mentre nello studio dell'elemento politico, nell'indagine fenomenologica e deontologica, la partecipazione delle scienze sociali alla ricerca filosofica è opportuna, costituendo anzi una caratteristica essenziale della ricerca stessa.

La distinzione fra aspetto formale e contenuto sociologico del diritto rappresenta, crediamo, uno dei limiti maggiori della scuola storica, e su di essa riposa ogni « dottrina pura » o « teoria formale » del diritto, con tutte le riserve che l'elaborazione scientifica e filosofica ha ormai posto loro. L'aver accolto una tale distinzione non può quindi non aver costituito, a sua volta, un limite al realismo giuridico dal Vanni e dai positivisti sempre professato, inserendo in essi elementi di criticismo neokantiano e allonta-

⁽²²⁾ *I romanisti della scuola storica*, cit., p. 13.

nandolo da una concreta applicazione del metodo sociologico nello studio del diritto. A conferma di ciò, ricordiamo che « la dottrina dei compiti » è stata sempre giudicata un punto debole della concezione filosofica e sociologica vanniana, quello in cui più pesantemente si manifestano l'enciclopedismo di derivazione spenceriana e il cattivo idealismo che allora circolava in tanta parte della cultura, anche positivista, italiana.

Non si può dire dunque che l'apporto della scuola storica al pensiero del Vanni sia stato in ogni caso valido. Ma anche quando si trattò di elementi caduchi, la loro presenza nelle scienze giuridiche doveva essere ancora lunga. Per questo la componente storicistica si presenta ancora come una delle più interessanti della sociologia vanniana.

2. *I limiti del positivismo vanniano.*

Nota il Garin come, dopo l'esperienza naturalistica ardigoiana, il positivismo italiano si fosse mosso sulla via di un « rovesciamento totale che facesse centro nell'uomo e rifiutasse l'arbitraria astensione della validità della causalità fisica ». Rivelatasi insussistente e fittizia la filiazione Vico-Romagnosi-Cattaneo-Ardigò, il positivismo venne piuttosto collocandosi « nell'ambito di discussioni sollevate da un'estensione più o meno lecita dell'evoluzionismo ... Il suo orizzonte speculativo va ad incontrare quello di Spencer, e nei suoi temi più fecondi il fenomenismo empirista del Mill » ⁽²³⁾.

Nell'ambito di queste correnti di idee si configura anche la esperienza filosofica del Vanni. I suoi legami con l'Ardigò sono tenui, e consistono soprattutto nell'aver raccolto l'appello alla esperienza concreta, e nell'intuizione dell'importanza di una indagine psicologica rivolta alla comprensione del meccanismo psichico e alla sua rivalutazione, in armonia con le nuove correnti psicologistiche tedesche che venivano affermandosi in quegli anni ⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ In *Cronache di filosofia italiana*, Bari 1955 (1ª ed.), pp. 10-11. Ma cfr. BOBBIO, *Profilo ideologico del Novecento*, in *Storia della letteratura italiana*, Milano 1969, vol. IX, cap. I.

⁽²⁴⁾ Cfr. C. BOUGLÉ, *Les sciences sociales en Allemagne. Introduction*, Paris 1902², p. 6 ss.

Le linee fondamentali del sistema ardigoiano gli restavano però estranee, sia che consistessero nella ingenua metafisica naturalistica o nel monismo assoluto della concezione meccanicistica. In campo sociologico, poi, il Vanni rifiutava l'identificazione di sociologia e filosofia del diritto, mentre sosteneva la funzione direttrice della scelta sociologica in armonia con Comte e in contrasto, appunto, con l'Ardigò ⁽²⁵⁾.

La concezione filosofica fondamentale cui collegare, caso mai, il pensiero del Vanni è l'evoluzionismo, e in particolare le dottrine di Herbert Spencer: « il nudo positivismo è stato superato e lasciato indietro dalla filosofia scientifica o sintetica ..., la quale mira ad unificare il sapere assurgendo dalle sintesi speciali ad una vasta sintesi generale comprensiva di tutti i fenomeni; mira a raccogliarli nell'unità della forza che introduce, a rispecchiare l'unità dell'universo nell'unità della legge, la legge della sua evoluzione. Questi il carattere e lo scopo dell'evoluzionismo, che ... merita a buon diritto l'appellativo di critico *in quanto* e *finché*, mantenendosi nella direzione impressagli dal suo fondatore, Herbert Spencer, anzi cercando di spingersi *sempre più* per quella, racchiude in sé tutto ciò che vi è di vero, di legittimo, di imperituro nel criticismo ... » ⁽²⁶⁾. La fortuna dell'evoluzionismo presso la cultura positivistica degli ultimi anni dell'800 è del resto ben nota: era il tempo in cui frettolose generalizzazioni operate sul piano delle scienze naturali venivano arbitrariamente innalzate al rango di sintesi filosofiche. Le opere dello Spencer, insieme a quelle dello Schaeffle, del Macleod, del Garelli ecc., venivano diffuse dalla *Biblioteca dell'Economista*, giudicate « la forma più moderna del pensiero filosofico » ⁽²⁷⁾, prese a modello da individualisti e socia-

⁽²⁵⁾ Cfr. su quest'ultimo punto *Prime linee*, cit., p. 29: « Considerata sotto questo aspetto (di scienza direttrice), la sociologia può dirsi la parte introduttiva e propedeutica di tutte le scienze sociali, che deve classificarle, sistemarle, organizzarle ».

⁽²⁶⁾ VANNI, *op. cit.*, p. 10.

⁽²⁷⁾ Così affermava il BOCCARDO nello scritto su *La sociologia nella storia, nella scienza, nella religione e nel cosmo*, premesso ai *Principi di sociologia* dello Spencer, Torino 1881. Il SICILIANI, dal canto suo, parlava dello Spencer come del « filosofo dei due mondi » (*Socialismo, darwinismo e sociologia moderna*, Bologna 1879).

listi ⁽²⁸⁾, e inserendosi nella rapidissima diffusione delle scienze sociali verificatasi in Italia dopo il 1866, contribuivano all'evolvere della sociologia dalle comtiane posizioni di esclusivismo e imperialismo sociologico, verso posizioni di sintesi enciclopedica delle scienze particolari.

Della dottrina evoluzionista il Vanni accettò dunque, sul piano filosofico come su quello sociologico, almeno l'impalcatura fondamentale, e prima fra tutte la particolare integrazione di uomo e natura, che costituisce forse il tratto più valido dell'evoluzionismo ⁽²⁹⁾. Una tale concezione, per cui « l'uomo come essere concreto è collocato in una situazione, e tale situazione dell'uomo nella natura diviene il significato dell'uomo entro la storia della natura ... » ⁽³⁰⁾, è presente, anche se non sempre con intera consapevolezza, in più luoghi dell'opera vanniana: nella concezione della sociologia come scienza concreta, « al pari dell'astronomia, della geologia, della biologia e della psicologia, perché si occupano ciascuna di un aggregato concreto, preso nella totalità dei suoi elementi e delle forze cooperanti a produrlo » ⁽³¹⁾; nella configurazione del processo evolutivo umano come processo storico, in cui i fattori sociologici acquistano una importanza progressivamente prevalente; nello stesso finalismo, vecchia componente dell'evoluzionismo volgare che troviamo espresso tanto nella sociologia che nel pensiero giuridico vanniano ⁽³²⁾.

⁽²⁸⁾ Cfr. quanto scrive L. BULFERETTI ne *Le ideologie socialistiche in Italia nel positivismo evoluzionistico*, Firenze 1951, p. 3 ss., in particolare a p. 4: « ... se è vero che il Darwin e lo Spencer interpretarono esigenze di strati borghesi e industriali indotti a preferire l'individualismo, le loro dottrine furono sfruttate, oltre che da borghesi atteggiatisi talvolta a socialisti, anche da elementi filo-proletari ... ».

⁽²⁹⁾ Per il PRETI, *Materialismo storico e teoria dell'evoluzione*, in « Riv. di Filosofia », 1955, n. 1, p. 22, « l'interesse filosofico della teoria dell'evoluzione sta appunto in ciò: che essa costituisce il capitolo primo dell'Antropologia filosofica, il capitolo zero della storia filosofica del genere umano; rappresenta, cioè, l'autentica autocoscienza sensibile (intellettuale) dell'uomo come essere-nella-natura ».

⁽³⁰⁾ PRETI, *cit.*, *ibid.*

⁽³¹⁾ VANNI, *Prime linee*, *cit.*, p. 78.

⁽³²⁾ Cfr. *Prime linee*, *cit.*, p. 103; *Della consuetudine nei suoi rapporti*, *cit.*, p. 37.

A questa coscienza evoluzionista del rapporto uomo-natura deve essere ricollegata la concezione del progresso. La nascita e lo sviluppo dell'idea di progresso corrisponde infatti alla coscienza diffusa dell'esser stato raggiunto un determinato rapporto tra la società e la natura (incluso nel concetto di natura quello di caso e di irrazionalità), tale per cui gli uomini nel loro complesso sono più sicuri del loro avvenire, possono concepire razionalmente un piano complessivo della loro vita. All'idea di progresso è d'altro canto intimamente legata quella di « divenire », che non è più un concetto politico e morale connesso agli elementi culturali storicamente determinati, ma una vera e propria concezione filosofica, nella quale « si è cercato di salvare ciò che di più concreto è nel progresso, il movimento e anzi il movimento dialettico » ⁽³³⁾: l'uomo diviene e si muta continuamente col mutarsi dei rapporti sociali, la natura dell'uomo è « storia », se ha appunto si dà a « storia » il significato di divenire.

Una tematica, questa, indubbiamente presente nelle opere del Vanni, anche se vi assume aspetti e soluzioni particolari. Si può escludere, anzitutto, che si sia compiuto nel Vanni il passaggio dall'idea di progresso a quella di divenire, nel senso di vedervi cioè un processo *dialettico* e non meramente evolutivo. Il pensiero del Vanni si mosse infatti sempre nell'ambito dell'evoluzionismo, che ignora il principio dialettico del passaggio dalla quantità alla qualità: « Il postulato della continuità nel progresso delle forme degli esseri può dirsi il fenomeno di tutta la scienza moderna ... Le scienze fisiche e naturali, abbandonata l'idea dei subitanei cambiamenti e delle repentine rivoluzioni nell'universo, stabiliscono in questo un processo graduale, nel quale i fenomeni si seguono e si avvicendano determinando successivamente gli uni sugli altri una continua serie di cause e di effetti, di azioni e di reazioni scambievoli ... » ⁽³⁴⁾.

In secondo luogo, il principio dell'unità di storia e natura ovvero dell'estendersi del dominio della scienza della natura alla

⁽³³⁾ GRAMSCI, *Il materialismo storico e la filosofia di Benedetto Croce*, Torino 1948, p. 33.

⁽³⁴⁾ VANNI, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e della legislazione*, cit., p. 34.

storia, e quindi dell'innalzarsi della scienza a unico e totale sapere dell'uomo — principio formulato, anche se spesso equivocamente, dal positivismo —, viene dal Vanni fortemente limitato dall'accettazione della dottrina spenceriana che distingue l'evoluzione superorganica (cioè della società umana) da quella organica (cioè delle società animali) e la fa governata da leggi proprie, anche se genericamente rispondenti alle leggi dell'evoluzione universale. Tale è il significato della formulazione vanniana della legge della evoluzione sociale umana, come legge in cui si verifica una « efficacia progressivamente prevalente dei fattori storici in confronto dei fattori naturali » ⁽³⁵⁾, la quale, se « superava il pericolo della confusione con la legge biologica » ⁽³⁶⁾, reintroduceva però dalla finestra, dopo averlo cacciato dalla porta, il dualismo fra uomo e natura e fra natura e società.

Così, ancora, nel pensiero del Vanni si immettono elementi di psicologismo e di individualismo cari a certe correnti positiviste italiane, rappresentata dal Siciliani, dal Boccardo, dal Bonelli. All'affermazione del Siciliani, che la psicologia è « la storia naturale della psiche generantesi attraverso la serie zoologica *parallelamente* collo sviluppo morfologico », corrisponde quella del Vanni che « l'uomo collettivo, vale a dire l'aggregato, non si comprende senza un'adequata nozione delle unità elementari che lo compongono » ⁽³⁷⁾; e pur senza arrivare ad una formulazione esplicita della tesi che il processo dell'evoluzione consiste in una sempre più spiccata differenziazione degli individui, in molti luoghi ci si avvicina ⁽³⁸⁾.

Si tratta, tuttavia, di spunti solamente, perché il Vanni nel complesso intese, anche se non sempre seppe, distaccarsi dall'atomismo individualista, criticandone, ad esempio, la presenza

⁽³⁵⁾ VANNI, *Prime linee*, cit., p. 106.

⁽³⁶⁾ *Idem*, p. 109.

⁽³⁷⁾ Cfr. del VANNI, *Lo studio comparativo delle razze inferiori*, e *Il sistema etico-giuridico di Herbert Spencer*, cit., pp. XLV-XLVI; del SICILIANI, *Socialismo, darwinismo e sociologia moderna*, cit.; di SICILIANI e BONELLI, *Teorie sociali e socialismo, conversazione epistolare*, Firenze 1880; del BOCCARDO, *L'animale e l'uomo*, in « Bibl. dell'Economista », vol. VII, Torino 1881.

⁽³⁸⁾ Cfr. *Prime linee*, cit., pp. 82-84.

nel pensiero dello Spencer: « Poiché la vita della società per lo Spencer non è altro che la *somma* delle vite dei singoli, e le proprietà dell'aggregato sono sempre determinate da quelle delle sue unità, così il criterio individualistico riprende il sopravvento ... Il difetto capitale (consiste nel fatto che) non è riconosciuto nell'organismo sociale ciò che appunto lo distingue da un'aggregazione atomistica d'individui, vale a dire il prodursi in forza della *combinazione* organica di proprietà e condizioni *nuove*, che non si ritrovano negli elementi singolarmente presi » ⁽³⁹⁾. Queste proprietà e condizioni nuove si riassumevano per il Vanni, come sappiamo, nella « storicità » dell'evoluzione sociale.

Considerazioni e conclusioni ripetute a proposito del problema specifico dell'evoluzione e del progresso del diritto. « L'evoluzione giuridica (infatti) riproduce i caratteri specifici dell'evoluzione sociale ». Così anche qui opera la legge della progressiva prevalenza dei fattori storici su quelli naturali e della volontà sulla spontaneità: « sulla nativa inconscia spontaneità prende a poco a poco il sopravvento la riflessione, e tanto più lo prende allorché si tratta di società progredite e di momenti storici nei quali si riscontra un vero avanzamento » ⁽⁴⁰⁾; anche qui opera un beninteso finalismo, e perciò « le variazioni sempre più si effettuano in vista di uno scopo intenzionalmente proposto e voluto, sotto l'influenza di quei nuovi fattori che il processo storico è venuto accumulando, e per opera di due agenti che tendono a diventare gli organi speciali della produzione del diritto, lo stato e la riflessione scientifica » ⁽⁴¹⁾.

Questi i modi in cui si compie l'evoluzione giuridica. Ma se non si vuol confondere l'evoluzione col progresso — come avverte il Vanni — occorre porsi il problema della rigorosa determinazione del concetto di progresso nel diritto, « a quali segni lo si abbia a riconoscere ..., quali società sieno effettivamente progredite e quali no ..., infine rendersi pienamente ragione di tutto il complesso di

⁽³⁹⁾ VANNI, *Il sistema etico-giuridico di H. Spencer*, cit., p. XLV. Su Spencer si cfr. da ultimo, lo studio e la bibliografia di P. MADAMI, in L. GEYMONAT, *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, Milano 1971, pp. 424 ss.

⁽⁴⁰⁾ VANNI, *Gli studi di Henry Sumner Maine e le dottrine della filosofia del diritto*, in *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, vol. II, Bologna, 1911, p. 133.

⁽⁴¹⁾ *Idem*, pp. 133-134.

cause e di condizioni che cooperarono a produrre il risultato o dell'avanzamento, o della stazionarietà, o della retrogradazione » ⁽⁴²⁾.

Qui si inserisce la questione dei legami e dei rapporti tra il pensiero del Vanni e le teorie dei contrattualisti inglesi e francesi (Maine, De Greef, Fouillée). La formula del Maine è nota: il progresso del diritto consisterebbe nel passaggio dal regime di *status*, nel senso tecnico-giuridico, a quello di *contratto* ⁽⁴³⁾. Il Vanni prende in esame questa legge, che « sempre ripetuta ... ha finito per trasformarsi, per opera dello Spencer, da una legge di progresso giuridico in legge sociologica generale ». Gli sembra in effetti che in una tale formula siano contenuti elementi di verità, in particolare l'individuazione di una tendenza a un progressivo distacco dall'idea di diritto dal gruppo e ad una sempre maggiore emancipazione personale ed economica dell'individuo, al riconoscimento giuridico della sua autonomia, all'accrescimento dei suoi poteri e delle sue libertà.

Ma, a parte il discutibile punto di partenza da cui muoverebbe questa evoluzione del diritto — il gruppo patriarcale e gentilizio —, « che è cosa molto disputabile, poiché l'autonomia individuale non si è affermata storicamente soltanto di fronte al gruppo familiare, ma è riuscita a muoversi liberamente in una cerchia ben più vasta, e a rompere i vincoli imposti da ben più alte potestà (la tribù, la città, lo stato) », a parte l'unilateralità di una concezione che tien conto soltanto dell'esigenza dell'individuazione, e non anche delle leggi dell'organizzazione sociale che determinano esigenze non meno imperiose, ciò che suscita le maggiori perplessità è l'affermazione che il regime, verso il quale il progresso sospinge, sia un regime di contratto. Ora, è pur vero che « quanto più si accresce la libertà personale, tanto più si allarga la sfera del contratto », ma « il contratto è semplicemente un effetto, un'applicazione, una delle forme in cui si estrinseca la libertà; quindi non già nell'estendersi della sfera del contratto, ma nell'accrescimento dell'autonomia individuale, risiede il contenuto vero del progresso giuridico » ⁽⁴⁴⁾. Ancora, c'è tutta una parte del diritto che sfugge

⁽⁴²⁾ *Idem*, p. 136.

⁽⁴³⁾ Sul Sumner Maine cfr. ora le pagine introduttive di S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna* (antologia), Bologna 1971.

⁽⁴⁴⁾ VANNI, *op. cit.*, p. 139.

al contratto, che è restata e resta diritto imperativo, e per la quale dunque non può valere la legge del Maine: nonostante il riconoscimento dell'autonomia personale, infatti, alcuni rapporti della vita necessariamente rimangono al disopra dell'arbitrio individuale, né quel riconoscimento può aver sempre per risultato che l'attività fatta libera si espliciti nelle forme della conversazione.

In effetti il progresso giuridico è una parola vuota di senso se non si considera questo elemento un progresso rispetto all'adattamento degli uomini e della società, se non si parte cioè dalla considerazione del fatto giuridico come una formazione evolutiva, il cui ufficio è quello di garantire l'adattamento dell'individuo alle condizioni di esistenza. Soltanto allora sarà chiaro che «l'evoluzione giuridica si rivela progressiva, ogni qual volta cresce e si fa effettiva la corrispondenza della norma regolatrice dei rapporti, con ciò che impongono le condizioni della vita, vale a dire con ciò che esige la natura stessa delle cose»: e poiché queste condizioni della vita variano a seconda dello sviluppo fisico-psichico degli individui, ne deriva che più ordinata e più perfetta sarà la norma che risponde ad un maggior grado di sviluppo umano. E siccome poi le leggi dell'organizzazione sociale determinano esigenze non meno imperiose dell'individuazione del singolo, ne risulta che «è l'equilibrio delle due forze, l'accordo delle due esigenze, che misura il progresso del diritto» ⁽⁴⁵⁾.

Sono dunque da respingere quelle teorie che, prendendo le mosse dalla formula del Maine e dalla sistemazione dello Spencer, ma allargandone pericolosamente le premesse, ripongono nella consensualità la caratteristica differenziale del fenomeno sociale e rappresentano l'organismo sociale come un organismo contrattuale («due parole che forse si maravigliano esse stesse di trovarsi unite», sottolinea il Vanni). Le teorie del De Greef e del Fouillée ⁽⁴⁶⁾ si basano sul presupposto che la formazione e lo sviluppo della società non siano soltanto il risultato di necessità naturali, ma anche della libera attività umana e, in secondo luogo, che i vincoli della socievolezza abbiano natura contrattuale. «Tutto questo

⁽⁴⁵⁾ VANNI, *op. cit.*, p. 141.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. G. DE GREEF, *Introduction à la sociologie*, Bruxelles-Paris 1886; A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Paris 1880.

ragionamento — afferma il Vanni — si aggira sull'equivoco ..., e l'equivoco sta nell'idea di contratto, nell'impiego illegittimo e arbitrario di tale parola ... Volontà e consensualità non sono sinonimi di contrattualità, il contratto ha sempre significato giuridico ..., ma non ogni manifestazione del volere che assenta, aderisca, accetti, costituisce un rapporto di diritto » (47).

Già nel *Programma di sociologia* il Vanni aveva del resto accennato alle sue riserve circa il concetto di contrattualità e aveva riassunto le sue perplessità in due obiezioni: in primo luogo, non risultava chiarito come e perché in certi stadi dell'evoluzione sociale l'elemento cosciente, riflesso e volontario, potesse venire fuori e assumere una funzione dirigente; in secondo luogo, i caratteri assegnati al fenomeno sociale potevano convenire a certe forme e gradi dello sviluppo storico, ma non a tutti. « Il dominio della sociologia sarebbe cominciato ... solo nel momento in cui la cooperazione sociale diviene mutuamente consentita, e un'adesione volontaria e deliberata lega insieme i membri del gruppo; le forme primitive e più basse di aggregazione sociale ne sarebbero restate eliminate, e avremmo avuto una scienza della società costretta a rinunciare e spiegare l'origine della società ... » (48).

(47) VANNI, *op. cit.*, p. 143.

(48) VANNI, *op. cit.*, p. 100. A queste osservazioni rispose aspramente il FRAGAPANE, *Contrattualismo e sociologia contemporanea*, cit., pp. 116 ss.: « Non mi pare che il Vanni sia andato troppo addentro nel pensiero del De Greef ... non doveva il Vanni accomunare il positivissimo De Greef col Fouillée, l'autore che vede tanto *inconscio* nella vita sociale con chi nella società non vede che l'attuazione impulsiva di un'idea scaturita non si sa da dove ... Né è vero che il De Greef non spieghi come si origini l'intervento del contratto: « la formazione, la costituzione e lo sviluppo di questo contratto ... compongono il dominio della sociologia: questo dominio comincia là dove la fisiologia e la psicologia finiscono, e dove un certo accordo sociale si stabilisce. Questo accordo sociale riveste dapprima, naturalmente, le forme pre-sociali degli organismi da cui è scaturito; esso se ne spoglia successivamente in tutte le branche di sua attività ... Il concorso superorganico sociale è dapprima obbligatorio, come il concorso delle diverse parti dell'organismo individuale, e comincia per essere determinato, esclusivamente ed obbligatoriamente, dall'azione delle forze esterne e dalla reazione di più aggregati individuali. Questo concorso è automatico, riflesso, istintivo; l'esperienza sociale crea la memoria collettiva che permette l'intervento del ragionamento, di una certa ponderazione, d'un dibattito sociale, ed infine lo stabilirsi d'una politica e d'una metodica » ... Intanto è curioso — prosegue il Fragapane — che il De Greef com-

In realtà ciò che i neo-contrattualisti han posto in rilievo nella fenomenologia sociale non trascende i confini dell'etica, perché l'efficacia che la riflessione e la volontà esercitano ha soprattutto un valore etico nel campo dell'evoluzione sociale. La comunanza sociale è invece, sì, un organismo etico, ma di *formazione storica* ⁽⁴⁹⁾, la vita in comune è fatto etico che si attua nella storia e la società costituisce appunto il carattere specifico di tutta l'evoluzione sociale. Questi motivi non furono compresi nè approfonditi dai contrattualisti, e lo Spencer dimostra di cadere nello stesso errore quando formula una legge etico-giuridica fondata sull'individualismo, per cui lo stato non è giustificato che dalla cooperazione contrattuale.

Insomma, ciò che Vanni rimprovera ai contrattualisti è soprattutto di non aver sentito l'istanza storicista, il che del resto non gli impedisce di accogliere, del contrattualismo, parecchie conclusioni. Incerto, in effetti, fra soggettivismo e oggettivismo, fra metodo biologico, anche temperato, e metodo storico, egli sembra in definitiva accettare l'evoluzionismo come un più concreto storicismo, e fare di Vico un precursore dello Spencer: che è poi la tradizione del positivismo italiano, il quale già, nel suo fondatore, il Cattaneo, è sulle orme di Vico, storicismo, e poi, seguendo la traccia di Roberto Ardigò, e trovando in lui la virtù di reagire al al semplicismo e al rozzo empirismo, viene progressivamente interiorizzandosi e affinando in sè il senso dell'esigenza storica e critica.

3. *Materialisti e materialismo storico.*

In apertura del suo *Programma di sociologia*, nel 1888, il Vanni scriveva che la scienza sociologica, allo stato attuale del progresso

prenda nell'evoluzione sociale le società animali, mentre il Vanni le esclude ... Facendo invece della storicità il carattere specifico dell'evoluzione sociale, bisogna respingere quella fase di evoluzione in cui mancano gli organi di produzione e di trasmissione del patrimonio storico. Ma, evidentemente, il V. recide l'anello che attacca la società umana agli antecedenti evolutivi — divelta la sociologia animale, è distrutta la continuità evolutiva implicita nella naturalità della formazione sociologica ... Il taglio reciso del Vanni offende la dottrina positiva e la realtà ».

⁽⁴⁹⁾ Cfr. quanto dice il VANNI, ne *Il sistema etico-giuridico di H. Spencer*, cit., p. L.

scientifico, aveva « anzitutto ed urgentemente bisogno di un indirizzo critico ». E precisava subito: « Con questo vogliamo intendere che la sociologia abbia a fare, per dir così, il processo a sé stessa ... Dal giorno che Emanuele Kant istituì la critica della ragione, primo e massimo problema di ogni ricerca scientifica fu quello della sua stessa possibilità, dei suoi limiti e modi; il criticismo filosofico preparò di lunga mano la critica scientifica e tracciò la via regia a tutto il movimento intellettuale contemporaneo » ⁽⁵⁰⁾.

Un più compiuto e attento esame di queste posizioni il Vanni lo compirà solo parecchi anni più tardi, soprattutto negli scritti su *La filosofia del diritto in Germania e la ricerca positiva* (del 1896) e su *La teoria della conoscenza come induzione sociologica e l'esigenza critica del positivismo* (del 1901) ⁽⁵¹⁾: ma esse corrono per tutta l'opera vanniana, a testimonianza della presenza di questi temi nel quadro degli interessi intellettuali positivistici. La conciliazione della « Critica » con la scienza positiva era in effetti un tema attuale del dibattito filosofico di fine secolo, quando le prime correnti neo-kantiane cominciavano ad affermarsi in Germania e in Italia. Il positivismo, costretto sotto la duplice spinta di un fermento interiore e della incipiente critica idealistica a prender nuova coscienza delle sue basi empiristiche e del suo superficiale evoluzionismo, tentava la via delle « conciliazioni », volta a volta definite « realiste », « criticiste », « pragmatiste », mostrando l'incertezza della propria fisionomia e la provvisorietà di tante posizioni.

Il criticismo del Vanni tuttavia, è contenuto entro limiti precisi, è visto cioè in funzione metodologica, più che per la costruzione di una vera e propria sintesi dottrinale. Esso comunque si fonda su un'esigenza consapevole, quella di « impugnare l'empirismo colla critica kantiana » ⁽⁵²⁾, di contrapporre al « nudo posi-

⁽⁵⁰⁾ VANNI, *Prime linee*, cit., pp. 107-108.

⁽⁵¹⁾ Il primo, in polemica con uno studio dell'allora « giovane ma già valente » Petrone (*La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania; analisi critica poggiata sulla teoria della conoscenza*, Pisa 1895), apparve sulla « Riv. It. per le scienze giurid. », vol. XXII, fasc. 1, Torino 1896; e il secondo sulla « Riv. It. di sociologia », a. V, fasc. 5-6, 1901.

⁽⁵²⁾ VANNI, *La filosofia del diritto in Germania*, cit., in *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, cit., p. 261.

tivismo », com'egli dice, una filosofia scientifica « positiva e critica ad un tempo: positiva in quanto è fondata sull'esperienza, critica in quanto sottopone ad esame il fatto stesso dell'esperienza, e da tale esame deduce la dottrina che ne forma la pietra angolare, la *relatività della conoscenza* » ⁽⁵³⁾. In questa direzione il Vanni è ben fermo. Solo sulla base della teoria della conoscenza è infatti possibile un rinnovamento del positivismo: questo « pone l'esperienza come l'unica via del sapere, (ma) dell'esperienza non indaga il processo; afferma la relatività della conoscenza, (ma) non la prova; assegna come limite insuperabile il fenomeno, proclama l'impossibilità di trascenderlo, interdice di penetrare nel mondo delle essenze, delle cause prime, dei fini, e non s'avvede che tutto ciò implicherebbe un'analisi preventiva della nozione di fenomeno, che l'accettare questo come è, equivale ad accettarlo dommaticamente » ⁽⁵⁴⁾: mentre occorre « superare la cerchia di ferro dell'empirismo » e porsi il problema del « come sia possibile l'esperienza ». La soluzione positivistica a questo problema (una teoria della conoscenza come induzione sociologica) si rivela allora del tutto insufficiente: « L'assunto di ricavare le leggi del pensiero dall'osservazione dei prodotti della sua attività considerati come fatti della specie, come fatti collettivi, implica già per sé solo che il prodotto è frainteso », poiché, conclude il Vanni, « per quanto soggiacente al flusso dell'evoluzione storica, per quanto integro nella realtà concreta della vita collettiva, è sempre nell'individuo che l'atto del pensiero si origina, si svolge e si compie » ⁽⁵⁵⁾.

L'analisi mentale, basata su una psicologia « confortata da ricerche oggettive e rinnovata dall'idea che la mente è il prodotto di una formazione », resta invece lo strumento proprio di una teoria della conoscenza, la quale si proponga una integrale realizzazione del principio della relatività senza cadere nella « rassegnazione agonistica » del positivismo. « Alla costituzione di una gno-seologia così intesa — suggerisce a questo punto il Vanni — le

⁽⁵³⁾ *Idem*, p. 266.

⁽⁵⁴⁾ *La teoria della conoscenza come induzione sociologica*, cit., in *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, cit., p. 308.

⁽⁵⁵⁾ *Idem*, p. 320-321.

dottrine comtiane non sono state estranee; a determinare progressi ulteriori gioverà non poco tenerle ... nel conto dovuto » ⁽⁵⁶⁾. Esclusa la pretesa di indurre dall'osservazione sociologica le leggi del pensiero, non bisogna però escludere l'apporto essenziale della sociologia alla teoria della conoscenza, apporto che si esplicherà « sia col chiarire l'influenza del fattore sociale e storico sulla psicogenesi, sia col dimostrare il fatto dell'evoluzione intellettuale e collo scoprirne i processi uniformi » ⁽⁵⁷⁾: in sociologia, il principio della relatività della conoscenza si converte nel principio metodologico della « relatività come *progressiva* integrazione del sapere », cui si può giungere solo considerando il sapere come fatto sociale, storicamente definito e seguente il modo dell'evoluzione sociale umana.

Questa è dunque l'opera della scienza positiva integrata dalla nuova critica: ridurre la coscienza all'esperienza storica senza perdere, in pari tempo, la nozione del motivo teoretico, reintegrare l'ordine psichico nell'evoluzione sociale senza con ciò rinunciare ai procedimenti dell'analisi mentale, costruire l'unità dell'oggetto e del processo conoscitivo, stabilire insomma, per la sociologia, la correlatività degli stati di coscienza e delle fasi sociali senza cadere nel determinismo e dimenticare l'individuo. Un quadro senza dubbio ambizioso, cui però il Vanni si affidava, occorre dirlo, senza troppo sottilizzare quanto a conseguenze logiche. Così, egli non sembrava rilevare che il concepimento del rapporto fra il grado attuale dello sviluppo psico-etico dell'individuo e il correlativo grado di sviluppo sociale come rapporto storicamente determinato e concluso esclude senz'altro ogni visione finalistica e teleologica dell'attività intellettuale (cui invece indulgeva spesso); né si poneva il problema del come spezzare il dualismo, rimasto implicito, fra l'*io* e la *collettività*, del come pervenire da quello a questa ⁽⁵⁸⁾. Ma si trattava di incoerenze che si spiegano, nel cor-

⁽⁵⁶⁾ *Idem*, p. 362.

⁽⁵⁷⁾ *Idem*, p. 335.

⁽⁵⁸⁾ Il FRAGAPANE, *Contrattualismo e sociologia contemporanea*, cit., p. 19, anch'egli sostenitore di una integrazione di positivismo e criticismo « nel loro largo senso metodico », rimproverava al Vanni di essere rimasto piuttosto alla superficie di questo movimento d'idee, dal quale « scaturisce per la sociologia qualcosa di più particolare e di più intimo che non sia l'esercizio estrinseco delle leggi della conoscenza, necessità comune a tutte le scienze ».

so di un'opera polemica, con lo scopo che il Vanni si veniva proponendo nell'illustrare il nuovo verbo criticista, quello cioè di introdurre nella sociologia positivista certi temi e certe nozioni, di temperarne le punte più acute, di salvarla da certi pericolosi scivolamenti verso il fenomenismo o il materialismo volgare, piuttosto che di svolgere una ricerca filosofica veramente organica ⁽⁵⁹⁾. La presenza di una tematica socialista nell'opera del Vanni sembra a prima vista secondaria. Quando si affacciava a un discorso politico, lo studioso vedeva il progresso sociale nel « perfezionare, spiritualizzare, moralizzare le forme della lotta e della selezione, fino a trasformarle da brutali conflitti in nobili e sante gare per la civiltà ». Insisteva cioè sul momento pedagogico, morale, respingendo quel « socialismo anarchico (che) minaccia risospingerci a ritroso degli anni e dei fati, allo stato primitivo e selvaggio ».

In verità l'attenzione del Vanni non riguardava la concreta realtà di un movimento socialista, ma ancora una volta una problematica scientifica. La sua ricerca restava centrata intorno alla crisi della filosofia del diritto e alla costituzione di quest'ultima in scienza autonoma: era quindi logico che il tema del socialismo, come già quello della sociologia, si inserisse nel discorso su questa crisi, che « non esiste nella scienza soltanto, ma anche nelle coscienze, non solo agita la scuola, ma travaglia e turba la vita » ⁽⁶⁰⁾. Il motivo conduttore delle sue riflessioni, lo scopo del suo travaglio critico, stavano nella dimostrazione scientifica della possibilità e legittimità della filosofia del diritto, del suo valore teorico e delle

⁽⁵⁹⁾ In questo quadro, è interessante notare come il Vanni citi talvolta sia il Marselli (*Prime linee*, cit., p. 483), il cui positivismo è una metafisica monistica che spiega con la legge dell'evoluzione il passaggio dalla natura allo spirito, sia il Cesca (*I giuristi della scuola storica*, cit., p. 209, e *Prime linee*, cit., p. 550), il quale, secondo il giudizio del GARIN, *Cronache*, cit., p. 167, univa « alla più sprovveduta critica della teoria della prassi una professione di umanismo fatto di pragmatismo frainteso e di un « criticismo » tutto personale ». In effetti, a noi sembra che proprio in questa esigenza criticista del Vanni, per altri versi feconda, siano presenti accanto ad elementi positivi (quali la critica dell'evoluzionismo e della teoria dell'irriducibile dello Spencer) elementi veramente deteriori, frutto evidente dei fumosi umanismi e moralismi di quella stanca letteratura spiritualistica i cui autori — fra cui appunto il Cesca, il Trocan ecc. — venivano tuttavia inclusi negli elenchi ufficiali dei positivisti.

⁽⁶⁰⁾ VANNI, *Il problema della filosofia del diritto*, cit., p. 69.

condizioni che si richiedono per assumere il carattere di ricerca positiva. E nell'ambito di questa analisi un posto preponderante, come egli stesso non esitava ad ammettere, il Vanni assegnava alla ricerca deontologica, cioè al problema della funzione pratica della filosofia del diritto, che non è certo « creato ... per artificio di riflessione », ma è un'esigenza reale ed anzi un bisogno che « rappresenta uno dei più alti prodotti dell'evoluzione psichica e storica » ⁽⁶¹⁾. E ancora: « La filosofia del diritto deve rispondere ad una domanda presentatasi spontaneamente alla coscienza dei popoli civili. La domanda concerne la giustificazione intrinseca delle norme giuridiche » e la loro conformità a un determinato grado di sviluppo della società e della civiltà, per cui l'idea di giustizia si differenzia e si fa indipendente da quella di legalità.

Stabilita questa precisa connessione tra la funzione della scienza filosofica del diritto e le esigenze della coscienza etico-giuridica, il Vanni prendeva atto della nuova dottrina giuridica che avanzava e prendeva piede negli studi, quella socialista, e stabiliva di prendere di fronte ad essa una posizione « rigorosamente scientifica » ⁽⁶²⁾: « La vecchia filosofia del diritto ... poteva bene, applicando i suoi principi a priori, condannare senz'altro il socialismo. Invece — egli osservava — la filosofia positiva del diritto non è un domma, ma ricerca; non circolo chiuso di formole immutabili, ma progressiva integrazione della verità; ... essa deve dunque anzitutto sottoporre il socialismo, in quanto ... è o vuol essere sistema giuridico od implica principi giuridici, ad un esame critico severo, saggiarne il valore scientifico, la correttezza dei metodi, la legittimità delle dottrine », la conformità alle leggi dell'evoluzione umana e della vita sociale, in modo da stabilire chiaramente « che sarebbe e varrebbe il nuovo diritto che ci si annunzia » ⁽⁶³⁾.

Era senza dubbio un discorso assai più puntuale e sostanzioso di tante correnti dispute su darwinismo e socialismo che si ascoltavano in Italia in quello stesso periodo. Al proposito non fece seguito però uno svolgimento altrettanto organico della critica

⁽⁶¹⁾ VANNI, *La funzione pratica*, cit., p. 221 ss.

⁽⁶²⁾ *Idem*, p. 227.

⁽⁶³⁾ *Idem*, pp. 227-228.

del Vanni, forse perché questa tematica era, tutto sommato, abbastanza marginale rispetto agli interessi principali del suo pensiero. A lui interessava, più che il marxismo come *corpus* ideologico, la critica del « regime collettivista in generale », cosicché, pur affermando di distinguere preliminarmente fra i vari sistemi e le varie dottrine di tipi socialista, egli finiva col mettere insieme Rodbertus con Marx, Menger e Lassalle, il socialismo riformista con quello dichiaratamente rivoluzionario, quello utopistico con il materialismo dialettico. E ciò non a caso, ma perché vedeva, nelle varie tendenze, una caratteristica comune, e cioè il rivivere della « metafisica del diritto naturale ... nelle forme più viete, combattute già vittoriosamente dalla stessa scuola razionalista e idealista »⁽⁶⁴⁾.

L'individualismo della scuola del diritto naturale e il collettivismo socialista si incontrano, per il Vanni, in primo luogo nella pretesa di « procedere per astrazione, costruendo logicamente l'uomo e la società, il diritto e lo stato », o nella sicurezza di poter « modificare indefinitamente gli organismi sociali e di plasmarli, come creta in mano all'artefice, in conformità a un certo archetipo ideale. Ma si incontrano in secondo luogo, e soprattutto, « nella dottrina, per entrambi fondamentale, dei diritti innati, dei diritti primitivi, inalienabili, imprescrittibili, che l'uomo possederebbe pel solo fatto di essere uomo, indipendentemente da qualunque riconoscimento, dal fatto sociale e storico, dall'esistenza dello Stato ». Dove la ragione del singolare connubio risiederebbe non solo nel bisogno di appello ai diritti naturali proprio, secondo Icilio Vanni, di ogni ideologia rivoluzionaria, ma anche in un motivo più complesso, come la contraddizione del socialismo contemporaneo che « lo fa muovere da premesse essenzialmente individualistiche per riuscire poi a risultati di affatto opposta natura »⁽⁶⁵⁾.

Sembra a noi che il Vanni sia caduto qui nell'equivoco di confondere una rivendicazione essenzialmente politica (la conquista da parte del proletariato di condizioni materiali tali da porlo in grado di usufruire realmente, e non solo teoricamente, dei diritti riconosciuti a ogni cittadino in una società a direzione bor-

⁽⁶⁴⁾ *Idem*, p. 229.

⁽⁶⁵⁾ *Idem*, pp. 229-230.

ghese), come a tutto il socialismo europeo, con una ipotesi ideologica (l'esistenza di *diritti naturali* inalienabili dell'uomo) sulla quale si misura invece una profonda differenza fra socialismo utopistico e materialismo storico. Il Vanni, che aveva letto *Zur Kritik der politischen Oekonomie* ⁽⁶⁶⁾, non poteva ignorare quel passo della prefazione in cui Marx descrive come attraverso « la revisione critica della filosofia del diritto di Hegel » egli arrivò a quel « filo conduttore » della sua futura ricerca, consistente nell'affermazione che « tanto i rapporti giuridici quanto le forme dello Stato non possono essere compresi né per sé stessi né per la cosiddetta evoluzione generale dello spirito umano, ma hanno le loro radici, piuttosto, nei rapporti materiali dell'esistenza », affermazione in cui lo storicismo marxiano si delinea nettamente.

Altrove, Marx aveva notato del resto come già Hegel avesse chiaro che i « diritti dell'uomo » non sono innati ma hanno origine storica ⁽⁶⁷⁾, e aveva così polemizzato con Bruno Bauer a proposito della questione ebraica: « Si è dimostrato ... come il riconoscimento dei diritti dell'uomo nello Stato moderno non abbia un senso diverso dal riconoscimento della schiavitù nello Stato antico ... Nei diritti universali dell'uomo lo Stato moderno ha riconosciuto che questa è la sua base naturale ». Insomma, la critica marxiana voleva essere proprio un superamento di quelle visioni « moralistiche » del socialismo utopistico e conservatore, che si fermavano alla constatazione delle cosiddette ingiustizie sociali, senza elevarsi al concetto sociologico della « alienazione » dell'uomo rispetto alla società. Ora il Vanni afferma, invece, che per Marx « l'ingiustizia inerente alle forme economiche del passato e alla forma odierna » è sì il risultato di una « evoluzione storica fatale », ma « non per questo cessa di essere un'ingiustizia e di venirci rappresentata come tale ». Ed anzi aggiunge che in Marx « nell'organizzazione economica futura si ravvisa e saluta una forma migliore e più progredita, la negazione di quella ingiustizia. Vale a dire che qui la filosofia del diritto si identifica e si confonde con la filosofia della storia » ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ *Idem*, p. 234, nt. 1.

⁽⁶⁷⁾ K. MARX - F. ENGELS, *La sacra famiglia*, Roma 1954, p. 123.

⁽⁶⁸⁾ VANNI, *La funzione pratica*, cit., p. 223.

In realtà non si deve dimenticare che Icilio Vanni si trovava obiettivamente di fronte a una letteratura socialista nella quale, in quello scorcio di secolo, il marxismo vero e proprio aveva ancora un peso e una circolazione molto relativi, soprattutto rispetto alla influenza del darwinismo e di altre varianti evoluzionistiche: non a caso egli usava citare insieme il Wagner e lo Schaeffle, il Boccardo e il Siciliani. Rispetto a quel contesto culturale la critica del Vanni si colloca quasi naturalmente, esprimendo bene un momento tipico del socialismo italiano e di quello tedesco noto come « socialismo della cattedra ». Nonostante le resistenze di qualche isolato, come il Loria, che avvertiva gli elementi di conservatorismo insiti nel cosiddetto « darwinismo sociale », le dottrine evoluzionistiche correnti parevano soddisfare quel bisogno sia pure ingenuo di darsi una base scientifica, che il movimento socialista italiano avvertiva nel suo primo affermarsi. Non sorprende dunque se per questo tramite riaffioravano talora elementi individualistici e se altre volte il socialismo veniva celebrato come « trionfo della natura », come attuazione di quella « vera e giusta società che trae la sua vita dall'energia della Natura », come espressione di leggi naturali, e così via.

In questo senso la critica del Vanni riusciva penetrante. Essa sapeva individuare nella contraddizione fra collettivismo e individualismo, fra premesse individualistiche e conclusioni collettivistiche, un punto debole del socialismo « volgare » tanto in voga in Italia. Anche se restava talora coinvolta essa stessa in quel nodo concettuale, allorché concedeva spazio dichiaratamente a compromessi o artifici, che comunque valessero « a contemperare, per quanto è possibile, i bisogni, gli interessi, gli scopi individuali con quelli collettivi » ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁹⁾ *Idem*, p. 248.

PIETRO COSTA

IL 'SOLIDARISMO GIURIDICO' DI GIUSEPPE SALVIOLI

*« La presente è epoca di transizione...
transizione è qualche cosa come concilia-
zione ».*

(G. SALVIOLI, *I difetti sociali del codice
civile ...*, 1890).

1. *Il problema.*

Chi chieda a questo contributo una biografia di Salvioli, anche solo una biografia intellettuale, rimarrà verosimilmente deluso. L'ottica interpretativa qui proposta ha un punto focale spostato rispetto al piano che dovrebbe seguire chi si preoccupasse di ricostruire l'itinerario intellettuale di Salvioli in tutta la sua estensione. In quest'ultima prospettiva, nessun aspetto tematico di rilievo dovrebbe ottenere una posizione privilegiata rispetto ad altri di consimile importanza, ma tutti dovrebbero comporsi in una 'panottica' storiografica che fosse in grado di restituirci 'tutto' Salvioli, dalla sua formazione culturale ai contenuti delle sue opere (di 'tutte' le sue opere), alla sua fortuna nella storiografia successiva. Lo schema di lettura adottato è invece diverso, più selettivo, quindi certamente meno ambizioso: privilegiare *un* tema e seguirne il percorso, la rilevanza, gli intrecci dentro la produzione complessiva dell'autore. Quindi: Salvioli e il socialismo giuridico; l'un termine del problema dovrebbe contribuire a chiarire l'altro e viceversa.

Il tema 'gius-socialistico' accompagna costantemente la varia e abbondante produzione di Salvioli e Salvioli è certamente, nell'Italia del suo tempo, uno dei più accreditati e citati esponenti di quella singolare, eterogenea, diremmo magmatica corrente ideologico-giuridica. Il privilegiamento del tema gius-socialistico

nella lettura di Salvioli intende perseguire due obiettivi: il più immediato è quello di organizzare l'opera di Salvioli intorno ad un nucleo tematico certo non secondario, ma fino ad oggi, ci sembra, non adeguatamente soppesato in tutte le sue articolazioni ⁽¹⁾; il meno immediato, più problematico, ma forse, sul piano interpretativo, decisivo è quello di intendere la parabola gius-socialistica di Salvioli in qualche modo come un caso esemplare, un tipo di approccio al diritto non peculiare a Salvioli soltanto, ma largamente rappresentativo di una zona non trascurabile della giurisprudenza di quegli anni. Naturalmente, dare il gius-socialismo di Salvioli per storicamente esemplare non potrà importare una trasformazione del 'caso' in astratto 'modello' da cui inferire spericolate generalizzazioni: servirà piuttosto a far intendere, se possibile, una strategia, un disegno politico-giuridico di cui Salvioli si faceva interprete trasparente ma da cui insieme veniva trasceso nella sincronia di voci diverse e nella diacronia di uno sviluppo che procedeva verso esiti non certo prevedibili *ab origine*.

2. *In margine alla storiografia salvioliana: economia e diritto.*

Sono noti la ricchezza degli interessi e la molteplicità delle direzioni di ricerca che caratterizzano la produzione intellettuale

(1) Di Giuseppe Salvioli esiste una 'biografia intellettuale' ad opera di un suo allievo, G. BRINDISI, *Giuseppe Salvioli*, Napoli, 1928; cfr. anche, dello stesso autore, la prefazione a G. SALVIOLI, *Il capitalismo antico (Storia dell'economia romana)*, Bari, 1929; su Salvioli storico i riferimenti sono più numerosi: cfr. soprattutto B. PARADISI, *Gli studi di storia del diritto italiano dal 1890 al 1946*, ora in *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973, p. 136 ss.; un cenno anche in E. RAGIONIERI, *Il marxismo e l'Internazionale*, Roma, 1968, p. 190 e in L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in «Studi storici», XV, 1974, p. 8. Sul Salvioli gius-socialista e sul socialismo giuridico in genere sono stimolanti le pagine di P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, in «Politica del diritto», I, 1970, p. 241 ss. (su Salvioli); sempre utili i riferimenti di A. AGUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano, 1970. Ricorda il Salvioli 'proto-marxista accademico' anche Ch. U. SCHMINCK, *Stato di diritto e movimento operaio. Per la storia del diritto penale politico in Italia*, in «Studi storici», XI, 3, 1970, p. 465. Su Salvioli e i 'fasci siciliani' cfr. S. F. ROMANO, *Storia dei fasci siciliani*, Bari, 1959, p. 134 ss.

di Salvioi: dagli scritti di ' filosofia della letteratura ' degli anni giovanili agli articoli giornalistici, alle puntuali ricerche sociologiche ed economiche, alle più celebri opere di storia economica e giuridica, agli interventi prevalentemente ' teorici ', teorico-giuridici. Al di là dell'apparente dispersione e casualità di questi scritti, è agevole individuare le linee secondo le quali la produzione di Salvioi si ordina significativamente: una dimensione socio-economica, una teorico-giuridica, una storiografica. La coesistenza di queste direttive di indagine in uno stesso ' corpus ' di scritti non è probabilmente un dato qualsiasi, ma un fatto che esige un tentativo di problematizzazione: resta da chiedersi cioè non tanto *perchè* Salvioi si occupi di oggetti che nella tradizione storico-giuridica (e giuridica *tout court*) più vicina a noi rimangono assai spesso distinti e anzi programmaticamente irrelati; ma *quale* sia la regola del rapporto fra le diverse dimensioni della produzione salvioiana.

Naturalmente, il problema delle relazioni, interne all'opera di Salvioi, fra economia e diritto sarà qui raggiunto a partire dal tema gius-socialistico che presiede a tutto il presente tentativo di ricostruzione storiografica: ma anche in una così limitata ottica di indagine, è necessario richiamare l'attenzione, sia pure sommariamente, su un dato generale, rilevabile anche ad una frettolosa lettura delle opere storiografiche di Salvioi, dalle più ampie alle più circoscritte: la quantità di dati raccolti, la cospicua varietà delle fonti utilizzate vengono a riempire un disegno che tiene conto ambiziosamente e programmaticamente della necessità di chiudere in una analisi tendenzialmente unitaria dei rapporti sociali non solo l'aspetto giuridico — e, di questo, non solo il profilo normativo — ma anche il versante economico.

Presiede alla scelta di Salvioi quell'ispirazione marx-positivistica che sorregge i salveminiani *Magnati e popolani* ⁽²⁾ come gli *Studi sulle istituzioni pisane* del Volpe ⁽³⁾, solo per riferirsi ad alcuni dei più celebri prodotti di quella cultura, e che sostiene con motivazioni e metodi non dissimili anche l'attività storiografica di

⁽²⁾ G. SALVEMINI, *Magnati e popolani in Firenze dal 1280 al 1295*, Firenze, 1899.

⁽³⁾ G. VOLPE, *Studi sulle istituzioni comunali a Pisa*, Pisa, 1902.

Salvioli. Non è possibile qui diffondersi sui contributi specifici della cosiddetta scuola economico-giuridica e nemmeno valutare la consistenza dell'una o dell'altra componente ideologica in essa operanti ⁽⁴⁾; basta, più modestamente, ricordare che Salvioli storico del diritto e storico dell'economia 'nasce' in quegli anni e continua a lavorare con un'ispirazione metodica, progressivamente problematizzata e riveduta in certe sue giovanili durezza, ma qualitativamente omogenea e 'continua'.

Ora, economia e diritto, nel Salvioli storiografo, stanno (di regola) insieme, ma più in rapporto di contiguità che di integrazione, occupano distinte zone di uno spazio sociale la cui configurazione unitaria è ricavata, più che per sintesi, per somma o giustapposizione delle parti: la storiografia giuridica di Salvioli non ha dunque per oggetto soltanto il diritto dei 'formalisti', la legislazione 'come tale', le istituzioni 'come tali', ma anche i rapporti sociali di produzione nella loro materialità: *anche* questi, però, i rapporti sociali di produzione *accanto* alle forme giuridiche in una connessione più affermata che analiticamente indagata nel suo nesso; più due oggetti che due dimensioni di un oggetto unitario.

Naturalmente, la formula qui suggerita è consapevolmente schematica: un'ipotesi di lettura, una caratterizzazione di massima di un tema metodico salvioliano, per convincersi della quale basta scorrere il trattato di storia del diritto italiano ⁽⁵⁾. Le pagine intro-

⁽⁴⁾ Su Salvemini cfr. E. RAGIONIERI, *Gaetano Salvemini storico e politico*, in « Belfagor », V, 1950, p. 529 ss.; M. SALVADORI, *Gaetano Salvemini*, Torino, 1964; G. DE CARO, *Gaetano Salvemini*, Torino, 1970. Sulla cultura (anche storiografica) della fine del secolo scorso cfr. E. GARIN, *La cultura italiana fra '800 e '900*, Bari, 1963, *passim*.

Sono 'classiche' le pagine dedicate alla 'scuola economico-giuridica' da B. CROCE, *Storia della storiografia italiana nel secolo diciannovesimo*, Bari, 1937³ (1915), vol. II, p. 142 ss.; in questa stessa opera (p. 232), Croce ricorda Salvioli come 'storico speciale' e lo tiene provvisoriamente distinto dal discorso sulla scuola economico-giuridica; con tono apologetico invece Brindisi, nella già ricordata biografia del Salvioli, menziona (p. 69) il suo maestro come « il più eminente rappresentante della scuola economico-giuridica ».

⁽⁵⁾ G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1921⁸. La prima edizione del 'manuale' è del 1890 e non presenta ancora sezioni a tematica prevalentemente economico-sociale; l'ultima edizione, uscita postuma, è del 1930. La pe-

duttive dell'opera testimoniano l'opzione antiformalistica dell'autore (più prosaica, forse, ma anche più determinata e 'positiva' di successive 'storicità del diritto') ⁽⁶⁾. La scelta di metodo non rimane d'altronde pia intenzione: un'intera sezione è dedicata ad una storia socio-economica (la 'costituzione sociale', di vago sapore lorianò) dell'Italia dal medioevo all'età moderna nè quanto vi si legge può, almeno, dirsi frutto di improvvisazione. Dietro quelle pagine stanno ricerche specialistiche di carattere storico-economico ⁽⁷⁾ che Salvioli ha tenacemente coltivato in un quarantennio di attività. Non preme qui entrare nel merito dell'una o dell'altra conclusione storiografica o stabilire un raffronto fra opere 'maggiori' e 'minori', ma solo richiamare l'attenzione sulla struttura tematica della 'Storia' salvioliana: fonti, diritto pubblico, diritto privato, diritto penale, procedure; e ancora: diritto privato ripartito in: diritto delle persone, della famiglia, delle obbligazioni ecc.; procedure divise in: civile, criminale e così via distinguendo sistematicamente secondo le canoniche ripartizioni della giurisprudenza. L'economia compare, in tutto rilievo, come sezione all'om-

multima edizione, l'ottava, del 1921, è rispetto alla sesta edizione, del 1908, una rielaborazione piuttosto ampia, mentre altrettanto non può dirsi dell'edizione del '30 rispetto all'edizione del '21: le nostre citazioni saranno così tratte da quest'ultima.

⁽⁶⁾ *Ibidem*, p. 1: «Nè le leggi sono opera personale di legislatore o di giurista, fioritura spontanea o capricciosa, invenzione di pochi o di molti, connessione bene o male riuscita di formule logiche: invece esse nascono dal terreno sociale, da un sostrato storico, stanno in rispondenza colla struttura economica del popolo, col grado di civiltà, di organizzazione politica, di ideazione morale e religiosa».

⁽⁷⁾ Valgano, come esempio fra i tanti, per l'Italia medievale gli *Studi sulla storia della proprietà fondiaria in Italia*, Modena, 1917 (estratto da «Atti e memorie della r. Deputazione di storia patria per le provincie modenesi») e, soprattutto, il celebre *Il capitalismo antico*, cit., uscito in edizione francese a cura di A. BONNET (Paris, 1906) e successivamente in edizione tedesca a cura di K. KAUTSKY (Stuttgart 1912). Nella prefazione, molto elogiativa, all'opera, Kautsky osserva su Salvioli: «Man kann ihn nicht einen orthodoxen Marxisten nennen. So schliesst er sich zum Beispiel nicht ganz der Marxschen Terminologie an... Auch den historischen Materialismus fasst er anders auf als wir orthodoxen Marxisten, wenn er annimmt, dass dieser Materialismus alles gesellschaftliche Tun auf ökonomische Motive zurückführe, während wir jede gesellschaftliche Eigenart aus besonderen ökonomischen Bedingungen erklären» (p. xvii).

bra della ' storia del diritto pubblico ', poi ancora in tema di proprietà, episodicamente altrove. In altri termini, l'articolazione dell'oggetto ' diritto ' segue una sua strada, *interna* alla logica di questo oggetto come logica *separata* rispetto al livello economico-sociale della società, e l'economia compare essenzialmente in due tipi di rapporto con il diritto: o come oggetto separato-giustapposto, o come episodio; in entrambi i casi in un rapporto di estrinsecità. L'organizzazione concettuale del tema ' diritto ' è tale e quale sia in *praesentia* che in *absentia* dell'economia. Certo, che si nominino o si passino sotto silenzio i ' fatti economici ' non è irrilevante e qualifica ideologicamente l'una o l'altra possibile storiografia giuridica. Ma non è questo il punto che qui preme mettere in rilievo, preferendo darlo per evidente, o più evidente dell'altro: che cioè l'aspetto qualificante la pratica storiografica di Salvioi non sia tanto la presenza, nel suo campo di osservazione, dei ' fatti economici ' quanto una certa presenza di essi, una certa concezione dell'economia e del rapporto fra questa e il diritto: non un rapporto di semplice distinzione epistemologica all'interno di un oggetto sociale complessivo dato per unitario, ma un rapporto di sospinta separazione. Che questa separazione sussista al di là delle intenzioni dichiarate dell'autore e a dispetto della materiale compresenza nel testo di rilevazioni ' economiche ', è un fatto singolare, che esige una spiegazione ' oltre ' gli scritti storiografici salvioiani; nel nostro caso, l'interesse della polidimensionalità della produzione di Salvioi sta anche nel fatto che la spiegazione può venire, in un certo senso, *par lui même*: da un altro versante della sua produzione, direttamente pertinente con la nostra ' domanda ' storiografica: il versante gius-socialistico, appunto.

3. *Il codice ' individualistico '.*

L'ideologia gius-socialistica di Salvioi è consegnata a due gruppi di scritti complessivamente omogenei: da un lato i contributi di ' critica della codificazione civilistica ' ⁽⁸⁾, dall'altro lato

⁽⁸⁾ G. SALVIOI, *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*, in « Annuario della R. Università degli Studi di Palermo,

le sintesi teoriche dei corsi napoletani di filosofia del diritto ⁽⁹⁾. La diversità del ' genere letterario ' non incide sul piano del contenuto: in ciascuno di quei testi l'autore persegue lo scopo di una definizione articolata dei punti di forza della sua ideologia socio-giuridica. Globalmente considerata, essa si costruisce innanzitutto come critica delle scelte politico-giuridiche del codice del '65 e secondariamente come proposta di alternative, raggiungendo, da questo asse tematico, una serie di punti minori. Tanto la ' pars destruens ' che la ' pars construens ' si sorreggono reciprocamente e rinviano ai profili più generali, e non specificamente giuridici, dell'ideologia di Salvioni.

La prima operazione logica, più sommaria nella prolusione del '90, e poi elaborata e ordinata nella riedizione del 1906, riconduce le norme del codice ad una comune ispirazione ideologica. La coerenza interna della codificazione (francese e italiana) è spiegata a partire da un rapporto, per così dire, di traduzione che connette le norme del codice ad una presupposta e sottaciuta ideologia complessiva: l'ideologia ' individualistica ' del liberalismo classico. La ' pars destruens ' della critica gius-socialistica di Salvioni alla codificazione si racchiude tutta in questo nucleo elementare: il codice del '65 è un codice ' di classe ', un codice ' borghese ' ⁽¹⁰⁾, perchè è un codice individualistico. L'opzione primitiva di Salvioni è di tipo, diciamo, antropologico-ideologico: l'idea di ' uomo ' del liberalismo classico ha prodotto a propria immagine e somiglianza il codice del '65 e questo ha rivelato a

1890-1891 », Palermo, 1890 (da qui in avanti abbreviato in *I difetti sociali*, 1890); ID., *Il nuovo progetto di codice civile tedesco e i suoi difetti sociali*, in « La Riforma sociale », III, 5, 1896, p. 587 ss.; ID., *I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo*, Palermo, 1906² (da qui in avanti abbreviato in *I difetti sociali*, 1906).

(⁹) G. SALVIONI, *Filosofia del diritto. Appunti sulle lezioni...* Anno scolastico 1903-904, Napoli, 1904 (da qui in avanti abbreviato in *Fil.*, 1904); ID., *Filosofia del diritto. Appunti sulle lezioni...* Anno scolastico 1904-905, Napoli, 1905 (da qui in avanti abbreviato in *Fil.*, 1905). Trasferitosi da Palermo a Napoli alla cattedra di storia del diritto italiano, Salvioni vi tenne anche corsi di filosofia del diritto. Sulle istituzioni universitarie a Napoli e i docenti di quell'ateneo fra '800 e '900 cfr. F. TORRACA, *Storia dell'Università di Napoli*, Napoli, 1924; R. TRIFONE, *L'università degli studi di Napoli*, Napoli, 1954.

(¹⁰) *I difetti sociali*, 1890, p. 21.

sua volta un qualche nesso di funzionalità con l'economia e lo stato della lotta delle classi nell'Italia unita. Se si vuole, è anche possibile invertire i termini della catena argomentativa cominciando dall'ultimo, ma — e questo è il punto qualificante tutta l'operazione interpretativa di Salvioli — lo schema effettivamente operante nell'analisi del codice è il primo termine e non l'ultimo, il punto di vista critico-interpretativo è l'ideologia 'individualistica' assunta come cifra della codificazione: il resto, tutto ciò che non è nè norma nè 'ideologia', è appunto un residuo, sta fuori dall'analisi; non è taciuto per necessaria limitazione dell'indagine, ma tuttavia utilizzato come strumento di comprensione del codice, ma, proprio al contrario, è sì menzionato come esistente, ma lasciato fuori dai contenuti del discorso giuridico (o 'sul' diritto).

Dunque: il codice è 'individualistico'. Individualistica è ogni ideologia che assume l'individuo come 'assoluto'. Corollario immediato (con implicita 'pars construens'): anti-individualistica è ogni posizione che 'metta in relazione' (armonicamente) l'individuo e 'gli altri', l'insieme degli altri, la 'società'. Torneremo criticamente sul punto, ma fin d'ora era necessario avvertire del secondo polo di attrazione del discorso di Salvioli: la stessa categoria 'individualistica' usata da Salvioli non si afferra se non si tiene subito presente il suo doppio significato, valutativo-peggiorativo, per un verso, implicitamente complementare al suo opposto, per un altro.

Salvioli viene così ricostruendo per coppie di opposti i contenuti della codificazione: la libertà borghese è necessariamente 'negativa', l'idea «che ogni uomo deve rispettare il suo simile» dà luogo al «più sfrenato egoismo» ⁽¹¹⁾, la felicità del singolo procede per il disconoscimento dei «vincoli strettissimi che intercedono fra tutte le unità di un aggregato sociale» ⁽¹²⁾, mentre gli «interessi individuali» sono divergenti e contrapposti agli «interessi sociali»: in tutto questo, il diritto è più lo strumento di registrazione della divergenza (o di semplice, 'negativo', conte-

⁽¹¹⁾ *Ibidem*, p. 7.

⁽¹²⁾ *Fil.*, 1905, p. cx.

nimento degli effetti dirompenti di questa) che non strumento di composizione ' positiva ' del conflitto ⁽¹³⁾.

Sulla falsariga dell'opposizione fra il carattere ' negativo ' della libertà ' individualistica ' e il carattere ' positivo ' di una libertà ' diversa ' è agevole rileggere tutta la critica di Salvio alla codificazione: una certa sensibilità del nostro autore nell'individuare i punti caldi della polemica antiindividualistica non va disgiunta dalla monotona alternanza fra ' pars destruens ' e ' pars construens ' e dalla sostanziale meccanicità della contrapposizione. Seguiamone i punti più rilevanti.

Il diritto pubblico « esercita una funzione negativa e non positiva, non vincola cioè la libertà civile per indirizzarla a determinati scopi sociali... Ma nello stato non vi sono soltanto gli interessi dei proprietari, ma tanti altri che hanno anzi maggior ragione di essere rappresentati e difesi; e la coordinazione di tutti gli interessi, lo sviluppo di tutte le energie... costituiscono gli scopi finali che deve proporsi il legislatore. Dunque non il concetto negativo dell'ordine pubblico, ma quello positivo della solidarietà » ⁽¹⁴⁾. Allo stesso modo, il diritto privato, forma giuridica della « ricerca della ricchezza », « protezione per questo lavoro verso la ricchezza, non può non essere sociale » ⁽¹⁵⁾.

La contrapposizione fra le idee-guida dell'individualismo e della solidarietà si ritrova ovunque: la libertà, da idea negativa ed assoluta, deve trasformarsi in libertà ' positiva ' e funzionale agli « interessi sociali » ⁽¹⁶⁾, l'eguaglianza puramente « formale » fra lavoratore e proprietario deve dar luogo ad una rilevanza sociale del lavoro che non trova riscontro nella legislazione individualistica: « è riconosciuta l'eguaglianza di diritto fra chi impiega e chi viene impiegato, ma non l'importanza sociale del lavoro, che, se ha cessato di essere servile e coatto, non ha ricevuto forza di diritto, considerazione sociale... » ⁽¹⁷⁾. Mentre il « lavoro » non produce un « diritto del lavoro », mentre le leggi « abbandonano » il lavoro

⁽¹³⁾ *I difetti sociali*, 1906, p. 10.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*, p. 13.

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*, p. 14.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*, pp. 18-19.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 39.

(e « chi non ha diritto, nulla vale in società ») ⁽¹⁸⁾, il codice civile è un « grande, minuzioso regolamento della proprietà fondaria » ⁽¹⁹⁾. Implicito rimedio: scoperta della « funzione sociale » della proprietà ⁽²⁰⁾ e corrispettivamente protezione giuridica del lavoro.

Fermiamoci qui, per non appesantire la nostra lettura con un'elencazione di 'mali' e 'rimedi' facilmente prevedibili ⁽²¹⁾: è un dato evidente già in prima lettura che la coppia individualismo-solidarismo sorregge tutta la critica della codificazione. Questo dato però esige uno sforzo di problematizzazione ulteriore, almeno in tre direzioni: a) capire da quali altre categorie sia mediata, all'interno del 'corpus' salvioliano, l'ideologia solidaristica e quali strategie giuridico-politiche essa implichi; b) reperire, sia pure solo esemplificativamente, altri 'echi' solidaristici nella giurisprudenza di quegli anni; c) chiedersi quale sia il peso storico specifico del solidarismo salvioliano, la sua (ipotetica, 'oggettiva') rispondenza ad un progetto complessivo di classe.

4. *Le matrici culturali del gius-socialismo di Salvioli.*

4.1 *Le « nuove idealità » e il positivismo.*

È implicita nella coppia individualismo-solidarismo una forte componente etica, a partire dalla quale viene letta tutta la codificazione 'borghese'. Il carattere ideologico-antropologico sotteso alle critiche salvioliane all'individualismo è un tema tutt'altro che periferico nello sviluppo del pensiero del nostro giurista.

« Il Codice civile nostro è il Codice della proprietà e della borghesia ed è quindi in arretrato rispetto alle esigenze del lavoro e alle nuove idealità sociali... Alla stregua di queste idealità che

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*, loc. cit.

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*, p. 42.

⁽²⁰⁾ *Ibidem*, p. 46.

⁽²¹⁾ Altre materie 'reformande': diritto di famiglia, diritto successorio, diritto penale, con vari istituti all'interno di ciascuna di esse. Su questa elencazione è visibile l'influsso di A. MENGER, *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico*, Torino, 1894 (comparso in edizione originale in « Archiv für Soziale Gesetzgebung und Statistik », 1889, I, 3, 1890, 1).

si formano nel seno della società, si scorgono i difetti delle leggi, nascono i movimenti per riformarle, distruggerle, ed ecco in qual senso diciamo che le idealità sociali e giuridiche sono giudici del diritto positivo e vindici verso di esso » ⁽²²⁾.

Il brano, nella sua scoperta, disarmante semplicità, è indicativo del punto di vista critico-ricostruttivo di Salvioi. Il diritto ' positivo ' è l'oggetto dell'attenzione del riformatore, il ' lavoro ' è il referente materiale, le ' idealità sociali ' il termine medio, il veicolo dell'istanza riformatrice. Il dislivello fra norme e rapporti sociali si rende trasparente — e perciò stesso rimediabile — nell'idea di giustizia. Le norme del codice non sono tanto espressione e ' luogo separato ' della conflittualità sociale, ma, distinte da questa, vengono giudicate per un loro rapporto di maggiore o minore congruenza con uno sviluppo sociale dato per unitario. In altri termini, si prende sul serio la separatezza dell'apparato normativo e la si confronta con una grandezza estrinseca (la ' società '), all'interno della quale si sviluppano movimenti che pongono in arretrato il codice, esigono un suo aggiornamento, il ripristino di un nesso di funzionalità ormai messo in questione. Le ' idealità sociali ' sono lo stimolo per la riforma e insieme il quadro nel quale l'una o l'altra riforma si rende comprensibile.

L'« idealità giuridica » (o « diritto naturale ») non è un elemento metastorico, ma varia col mutare dell'« interesse (cioè in ultima analisi del fattore economico) » ⁽²³⁾. Si assiste così a un singolare connubio fra positivismo e giusnaturalismo, che costituisce una delle matrici dell'ideologia giuridica di Salvioi; c'è un uso per così dire giusnaturalistico del positivismo e positivistico del diritto naturale che viene giustificato con richiami ad Ardigò ⁽²⁴⁾, ma che ha una coerenza argomentativa specifica all'interno del discorso salvioliano.

Il ' positivismo ' di Salvioi, tenendo conto della egemonia esercitata dal positivismo nella cultura italiana negli anni della formazione e della prima maturità del nostro autore, ha prudenze

⁽²²⁾ *Fil.*, 1905, p. CIX.

⁽²³⁾ *Ibidem*, p. CIX.

⁽²⁴⁾ Cfr. R. ARDIGÒ, *Sociologia*, in *Opere filosofiche*, vol. IV, Padova, 1908, pp. 50-70.

e sfumature che lo distanziano di molte lunghezze da certe acritiche utilizzazioni 'sociologiche' di Darwin. Pur senza dimostrare una particolare originalità e autonomia di pensiero, Salvoli è tuttavia sensibile alle correzioni più intelligenti variamente proposte al positivismo volgare: da un invito a cogliere la tipicità dell'organizzazione sociale e la sua irriducibilità alla storia naturale ⁽²⁵⁾ alla denuncia delle 'cattive' astrazioni che contrappongono 'individuo' e 'società' come entità predeterminate e irrelate ⁽²⁶⁾, alla percezione del carattere metaforico e non 'realistico' dell'immagine organicistica della società ⁽²⁷⁾, infine all'individuazione delle valenze politicamente conservatrici della « concezione organica della società e dello Stato » ⁽²⁸⁾.

Come si vede, lo spettro delle critiche salvoliane al positivismo volgare è piuttosto ampio e mette a fuoco punti non irrilevanti di quella ideologia. Bisogna però subito avvertire che la distanza del nostro autore dal positivismo procede più da una sua intuitiva diffidenza verso posizioni teoriche 'estreme' che dall'assunzione di un punto di vista in sè compiuto e rigoroso: così, nel momento in cui egli limita la portata onniesplicativa dell'evoluzionismo, attribuisce addirittura alla Scuola storica di Savigny il merito di aver introdotto l'idea di evoluzione nella storia del diritto, mostrando con ciò attenzione più alle assonanze estrinseche che alla valutazione storicamente puntuale dell'uno o dell'altro fenomeno.

Da un altro punto di vista, più importante, Salvoli è in grado di riportare il quadro teorico di fondo dello spencerismo alle assunzioni tematiche del liberalismo classico, dove l'evoluzionismo positivistico è interpretato come copertura metaforica di quella conflittualità intersoggettiva già individuata dagli ideologi sette-ottocenteschi ⁽²⁹⁾; ma, nello stesso tempo, l'immagine che Salvoli stesso ha della conflittualità sociale non è, in ultima istanza, molto dissimile da quella stessa versione antropologica da cui egli

⁽²⁵⁾ *Fil.*, 1904, p. 46.

⁽²⁶⁾ *Ibidem*, p. 47.

⁽²⁷⁾ *Ibidem*, p. 48.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*, p. 49.

⁽²⁹⁾ *Fil.*, 1904, p. 58 ss.

sembrava volersi distaccare. La società moderna appare così dominata dal ' bellum omnium ', la concorrenza è « guerra », la società tutta è « in istato di guerra » ⁽³⁰⁾. La metafora hobbesiana non è casuale, ma congruente con la ' sociologia ' salvioliana: il « fattore economico » è « l'interesse » ⁽³¹⁾, la conflittualità sociale è un conflitto fra soggetti supposti atomizzati.

A questo punto, l' ' individualismo ' come criterio di ricostruzione critica della codificazione ottiene un minimo di sottofondo teorico: non soltanto suppone la tesi (implicita) della codificazione come luogo separato, ma anche implica la tesi (esplicita) di una versione antropologista della conflittualità sociale. In questo contesto, la dominanza dell'elemento etico nel discorso di Salvioli (ma, avvertiamo, anche in tanta parte del gius-socialismo) diviene abbastanza comprensibile: rappreso il conflitto sociale in antropologia, l'espressione ' individualismo ' non si distingue troppo da quella assai meno culta e più quotidiana di « egoismo » ⁽³²⁾; da qui l'idea di un rinnovamento morale, di « nuove idealità sociali » ⁽³³⁾, di una riforma giuridica eticamente sorretta ed eticamente orientata.

4.2 Il ' socialismo ' di Salvioli.

Positivismo e giusnaturalismo possono dunque andare singolarmente insieme, a patto, s'intende, di una certa disponibilità all'eclettismo e alla transazione nella teoria. A complicare però il quadro dell'ideologia gius-socialistica di Salvioli interviene un terzo elemento: il ' marxismo ' di Salvioli, apparentemente l'elemento decisivo per la colorazione in senso ' socialistico ' della sua ideologia giuridica. In realtà, è qui appena il caso di ricordare il carattere spurio e tutt'altro che teoricamente rigoroso del socialismo italiano fra i due secoli ⁽³⁴⁾, ben oltre il caso, non trascurabile

⁽³⁰⁾ *I difetti sociali*, 1906, p. 9.

⁽³¹⁾ *Fil.*, 1905, p. CIX.

⁽³²⁾ *I difetti sociali*, 1890, p. 7.

⁽³³⁾ *Ibidem*, p. 6.

⁽³⁴⁾ Cfr. L. BULFERETTI, *Le ideologie socialistiche in Italia nell'età del positivismo evoluzionistico, 1870-1892*, Firenze, 1951; A. MACCHIORO, *Studi di storia del pensiero economico*, Milano, 1970, p. 493; ss. G. MARRAMAO, *Marxismo e revisionismo in Italia*, Bari, 1971, pp. 3-66.

forse ma abbastanza appartato, del nostro autore ⁽³⁵⁾. Con il che, ovviamente, non ci possiamo dispensare dal verificare in che modo, nel crogiuolo salvioliano, si compongano le eterogenee 'auctoritates' a cui il nostro autore si richiama.

Il pronunciamento più esplicito su Marx è probabilmente lo scritto del '95 dedicato a *La teoria storica di Marx* ⁽³⁶⁾. In esso tornano in compendio molti dei più caratteristici 'tópoi' della cultura secondo-internazionalistica: dall'economia come base 'reale' di ogni fenomeno 'sovrastrutturale' ⁽³⁷⁾ alla contraddizione ad esito 'fatale' fra lo sviluppo delle forze produttive e i rapporti sociali di produzione, alla consacrazione degli scritti engelsiani come « declaratio authentica del maestro » ⁽³⁸⁾.

Da un altro punto di vista, però, l' 'ortodossia' marxista di Salvioli nell'alveo secondo-internazionalistico appare già più problematica: il rifiuto di considerare il 'materialismo storico' una concezione totale del mondo, sottolineandone piuttosto gli aspetti 'metodologici' ⁽³⁹⁾, si apre, nel corso stesso dell'esposizione, ad un dubbio, assai più esteso, sulle capacità esplicative del marxismo non già come scienza 'globale', ma come scienza della società. Nel momento in cui Salvioli paga il dovuto omaggio alla « geniale e possente applicazione da parte del Loria » della « concezione storica del Marx », egli dubita che questo determinismo sia « veramente tutto » e, sospendendo il giudizio al momento in cui la sociologia « avrà scoperto le leggi dei singoli fenomeni », avverte: « per ora possiamo solo dire che i fenomeni sociali presentano un tale complessità e soverchiano a tal punto l'analisi delle nostre informazioni e la sintesi dei nostri sistemi, che sembra impossibile di ricondurli in blocco e nella loro integrità a una causa semplice » ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁵⁾ Salvioli passava per uno dei primi sostenitori 'accademici' del marxismo: cfr. R. MICHELS, *Storia del marxismo in Italia. Compendio critico*, Roma, 1909, p. 86: « nel 1895 i principi fondamentali del marxismo furono sostenuti tra altri da Giuseppe Salvioli... ».

⁽³⁶⁾ In « Rivista di Sociologia », II, 3, 1895, pp. 161-182.

⁽³⁷⁾ *Ibidem*, p. 170.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, p. 175.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*, p. 169.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*, p. 181.

La tesi antideterministica rimanda, certo, all'eclettismo e al disinvolto e disordinato accumularsi di letture e suggestioni caratteristici di Salvioli, ma sfocia anche in un motivo dell'ideologia salvioliana — e gius-socialistica in genere — profondamente radicato: l'integrazione del marxismo a partire da 'idealità', 'valori', istanze in qualche modo irriducibili all'economicismo marx-loriano.

Ovviamente, l'integrazione del marxismo, la sua 'revisione' nel periodo fra i due secoli, ha protagonisti e echi notevoli e differenziati ⁽⁴¹⁾ e occupa di sè il grosso del dibattito teorico-politico di quegli anni, ma l'eticismo salvioliano ha uno spessore più modesto e specifico: etica è l'ispirazione di tutto il suo discorso 'gius-socialistico', l'integrazione del marxismo è in lui, per un verso, un modo di tener fede alla sua eclettica disponibilità, per un altro verso, è un modo di riproporre la sua critica anti-individualistica alla codificazione. Con qualche elemento in più: il determinismo marx-loriano elimina arbitrariamente dallo studio dei fenomeni sociali l'aspetto psichico ⁽⁴²⁾, quindi l'aspetto etico, le 'idealità sociali', a partire dalle quali, e solo da queste, si rende possibile una proposta riformatrice-codificatoria, o anche solo la correzione dei 'difetti sociali' del codice individualistico.

Se si volesse schematizzare l'operazione gius-socialistica, essa si scandirebbe all'incirca secondo i seguenti momenti logici:

a) l'economia è concepita in termini strettamente deterministici, volgar-marxisti, loriani. Da una siffatta interpretazione della 'costituzione economica' potevano ben trarsi conseguenze distruttive verso la possibilità di un qualsiasi 'socialismo giuridico' — e Loria non manca di ridurre il gius-socialismo a gius-naturalismo, a pia intenzione, a fabulazione filantropica ⁽⁴³⁾.

b) La risposta anti-deterministica di Salvioli apre invece lo spazio per una operazione gius-socialistica. Ma non sfugga l'argo-

⁽⁴¹⁾ Cfr. E. SANTARELLI, *La revisione del marxismo in Italia*, Milano, 1964.

⁽⁴²⁾ *Fil.*, 1904, pp. 115-122; cfr. in questo senso, citato da Salvioli, V. MICELI, *Psicologia del diritto. Studi*, in «Annali dell'Università di Perugia», XII, 1902, pp. 89-226; ID., *Principi di filosofia del diritto*, Milano, 1928.

⁽⁴³⁾ Cfr. A. LORIA, *Socialismo giuridico*, ora in *Verso la giustizia sociale*, Roma, Milano, Napoli, 1908^a, pp. 486-491.

mentazione adoperata: l' 'economico' funziona, in sè e per sè, in senso marx-loriano, solo che quella zona è una parte, e nemmeno una 'pars totalis'; è un luogo a cui si giustappongono lo psichismo individuale e collettivo, la germinazione di ideali etici, infine l'operazione giuridico-riformatrice. Il determinismo economico viene soppresso e conservato alla rovescia: l'economico è una 'parte' sostanzialmente irrelata nello spazio sociale complessivo. L' 'economico' c'è, ma non si sa *come* c'è, come si colloca dentro, a contatto con, i rapporti sociali e le relazioni ideologiche corrispondenti.

Siamo così tornati al primo dato, la separatezza del 'giuridico', con un'acquisizione in più: la separatezza del 'giuridico' suppone insieme una teoria 'loriana' dell'economia, l'apparente capacità di sottrarsene e l'effettiva conferma di quella nel momento in cui sembra che la si interrompa.

Esiste però anche un 'altro' Salvioli: il Salvioli degli scritti, per così dire, di sociologia militante, che il nostro autore pubblicò, soprattutto nell'ultimo decennio del secolo, su riviste variamente impegnate in senso 'socialista' o comunque 'riformatore': scritti brevi, abbastanza informati, su punti politicamente caldi della sua società — sul lavoro delle donne ⁽⁴⁴⁾, sulla mezzadria ⁽⁴⁵⁾, sulla crisi agrumaria ⁽⁴⁶⁾, tanto per menzionarne solo alcuni.

In questi saggi, l'attesa rivolta programmaticamente alla dinamica economico-sociale fa del capitalismo una struttura immutabile nell'una o nell'altra delle sue parti, retto da una logica inesorabile che ne impedisce aggiustamenti settoriali. Lo spazio per un'operazione giuridico-riformatrice sembra contrarsi totalmente. La denuncia dell'insufficienza dell'una o dell'altra proposta di 'riforma' agraria porta subito alla constatazione generale della 'irrimediabilità', immutabilità del modo di produzione capitalistico in alcuno dei suoi elementi. Così, a proposito dell' 'homestead' americano, la cui proposta di importazione in Europa

⁽⁴⁴⁾ G. SALVIOLI, *Il lavoro delle donne e dei fanciulli nelle leggi straniere più recenti*, in «La Scuola positiva», II, 1, 1892, p. 68 ss.

⁽⁴⁵⁾ ID., *Le menzogne della mezzadria*, in «Critica sociale», III, 23, 1894, p. 357 ss.

⁽⁴⁶⁾ ID., *La crisi agrumaria*, in «La Riforma Sociale», IV, vol. VII, 5, p. 476 ss.

doveva servire, nell'ottica dei patrocinatori di quell'istituto, a salvare la piccola proprietà insidiata dallo sviluppo capitalistico, Salvioli, rifiutando come del tutto insufficiente e velleitario quel tentativo di « attaccare uomini o cose al suolo » ⁽⁴⁷⁾, esorta a non dimenticare « che ogni sistema economico ha la sua logica inesorabile che non si lascia rintuzzare o sospendere dalla incoerenza degli uomini; ed anche il sistema capitalistico ha la sua. La borghesia può, per salvare il suo regno, almanaccare a forzare la logica di un sistema che essa ha creato, tesoreggiato, sfruttato... Tutti i suoi sforzi non potranno riuscire, perchè si oppongono le necessità del sistema capitalistico » ⁽⁴⁸⁾.

La conciliazione di classe *sul terreno dell'economia* sembra un paradosso, la quadratura del circolo: « perchè il *porro unum* di questa e di tutte le altre riforme sociali, che la borghesia accoglie nei suoi programmi elettorali o di governo, è di rispettare l'arca santa del diritto di proprietà; e le sue proposte più larghe tendono a questa quadratura del circolo: mantenere e anzi far prosperare gli interessi della proprietà privata accrescendo il reddito del padrone, e nello stesso tempo elevare la condizione morale e materiale del coltivatore: due idee assolutamente antagoniste ed escludentisi a vicenda... » ⁽⁴⁹⁾. Nella stessa prospettiva, le « leggi protettive del lavoro » valgono soprattutto in quanto conquista operaia nè di per sè « sono il segreto nella cura della malattia sociale » ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁷⁾ ID., *L' 'homestead' in America e in Europa*, in « La Riforma Sociale », IV, vol. IV, 10, 1895, p. 314.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*, p. 715.

⁽⁴⁹⁾ G. SALVIOLI, *Le menzogne della mezzadria*, cit., p. 357: la discussione verte sulla mezzadria come strumento di contenimento degli effetti più distruttivi del capitalismo nelle campagne. Cfr. anche ID., *Gabellotti e contadini in Sicilia nella zona del latifondo*, in « La Riforma sociale », I, vol. I, 1894, p. 81: « è già un passo notevole che anche dei conservatori constatino l'impossibilità di conciliare, sul campo della distribuzione della rendita, gli interessi del lavoratore e quelli del proprietario... ». Cfr. anche ID., *La legge agraria in Sicilia*, in « La Riforma Sociale », I, vol. II, 1894, p. 126.

⁽⁵⁰⁾ G. SALVIOLI, *La questione delle otto ore di lavoro in Europa nel 1893-94*, in « La Riforma Sociale », I, vol. I, 1894, p. 467; cfr. anche ID., *La guerra della birra*, in « La Riforma Sociale », I, vol. II, 1894, p. 471 ss.; ID., *La questione delle case operaie*, in « Rivista di politica e scienze sociali », I, 19, 1896, p. 297.

Non sorprenderà a questo punto di trovare, in uno degli scritti di questo periodo ⁽⁵¹⁾, un rigetto perfettamente 'loriano' del gius-socialismo. I socialisti tedeschi, osserva Salvioli, sottolineano il carattere di classe del progetto di codice civile e «in verità il loro pensiero è più logico e conseguente del cosiddetto socialismo giuridico, un assieme di aspirazioni sentimentalistiche, inorganiche e indefinite, errato nelle premesse come inconcludente nei suoi sviluppi, quando sogna di potere appianare una questione strettamente economica, una questione di produzione e di distribuzione della ricchezza, con alcuni ritocchi di ordine giuridico e colla riforma di alcune leggi civili. Concediamo che si possa temperare qua e là la rigidezza di norme care ai giureconsulti: ma che perciò? Ogni civiltà, come ogni organizzazione economica, hanno il loro diritto, e le attuali leggi civili non possono essere che quello che sono o presso a poco » ⁽⁵²⁾: un'affermazione, questa, abbastanza 'shocking' sulla bocca dell'autore della prolusione del '90 sui 'difetti sociali' del codice civile.

La contraddittorietà fra il gius-socialismo eticistico della prolusione e il lorianesimo (e anche la più esplicita politicizzazione) degli scritti sociologici dell'ultimo decennio del secolo scorso è troppo evidente per dover essere ulteriormente sottolineata. È piuttosto il caso di considerarla più attentamente, chiedendosi se la contraddittorietà degli enunciati non sia componibile in ultima istanza. Non si tratta ovviamente di cercare una coerenza a tutti i costi in tutto l'arco della multiforme produzione salvioliana, i cui eclettismi e le cui incertezze teoriche abbiamo sottolineato più volte. È anche il caso di avvertire subito che gli anni degli scritti (per intenderci) più 'socialistici' che 'gius-socialistici' sono quelli in cui la sensibilità di Salvioli alla 'politica delle riforme' si mostra più viva ed attenta; ma è anche possibile, senza particolari acrobazie esegetiche, riportare la contraddizione fra determinismo economicistico e giuridicismo riformatore ad un'oscillazione fra poli sempre presenti al fondo del quadro ideologico salvioliano e meno incompatibili di quanto possa sembrare.

⁽⁵¹⁾ G. SALVIOLI, *Il nuovo progetto di codice civile*, cit., pp. 587-596.

⁽⁵²⁾ *Ibidem*, pp. 588-89.

« Io sono di quelli che non aspettano la soluzione della questione sociale dalla così detta legislazione sociale... tuttavia... penso che all'urgenza di certi grandi mali sociali possa e debba soccorrere qualche opportuno provvedimento. Attendere che lo sviluppo fatale del sistema capitalista produca gli eccessi che ne cagioneranno la distruzione, è cosa lunga; e in tale attesa sarebbe colpevole l'inerzia, quando fosse possibile salvare qualche vittima delle iniquità sociali e quando l'intervento dello Stato potesse affrettare il cammino troppo lento delle conseguenze storiche e delle fatalità economiche. Piuttosto che attendere, è meglio combattere gli abusi e le violazioni della giustizia, una per una, e lavorare pei miglioramenti successivi, curando le sofferenze e alleviando i dolori » ⁽⁵³⁾. I due estremi dell'ideologia salvioliana sono compresenti nel testo e l'uno sorregge l'altro. La distruzione del sistema capitalistico è ' fatalmente ' immanente al suo sviluppo: all'economicismo ed attendismo della cultura secondo-internazionalistica anche Salvioli paga il suo tributo. Il capitalismo cadrà da solo, pervenute che siano a maturazione le sue contraddizioni: in attesa dell' ' éscaton ', rimediamo ai ' mali sociali ' con « qualche opportuno provvedimento ». L'economicismo non è semplicemente giustapposto al gius-riformismo, all'operazione gius-socialistica in genere, ma sorregge quest'ultima, apre, anziché chiudere, per quest'ultima uno spazio.

Si chiarisce così l'ultimo aspetto ' teorico ' del gius-socialismo salvioliano: il determinismo economicistico non è, di per sé, in contraddizione con il gius-socialismo, ma ne è una (possibile) condizione di funzionamento. Quest'ultimo nesso (economicismo-gius-socialismo) si cumula con il nesso precedentemente analizzato e con questo è, sì, contraddittorio: l' ' economico ' marx-loriano non spiega tutto, ma deve essere integrato con elementi psicologici e soprattutto etici. I due nessi, la cui compresenza nella produzione salvioliana non può non far muovere al nostro autore accuse di troppo disinvolute operazioni argomentative accumulate senza un discriminante punto di vista teorico, rispondono tuttavia alle esigenze dimostrative di un'identica tesi: la separatezza del ' giuridico ', la sua criticabilità puramente ' ideologica ', la sua

⁽⁵³⁾ G. SALVIOLI, *Il lavoro delle donne e dei fanciulli*, cit., pp. 68-69.

riformabilità perfettamente congruente con il modo di produzione capitalistico.

5. *Salvioli 'solidarista'.*

L'insieme delle tematiche culturali presenti nel tessuto discorsivo salvioliano è, come si vede, composito e abbastanza disordinato: la sua unità di senso è di regola più affidata ad alcuni nuclei problematici elementari, circolanti in tutti gli scritti gius-socialistici, che non alla consapevole e controllata iscrizione dell'autore nell'una o nell'altra tradizione socio-giuridica.

Al di sotto di tutte le varie incrostazioni 'colte' è già emersa una opposizione elementare costituente il punto di Archimede della critica salvioliana alla codificazione 'borghese': la coppia individualismo-solidarietà. Che su questa base Salvioli conducesse una critica della ideologia della codificazione esclusivamente dal punto di vista della ideologia e quali fossero le principali connotazioni 'culturali' di questo punto di vista è stato già detto: resta da vedere come si strutturi la 'pars construens' della critica anti-individualistica, quindi il significato del 'solidarismo' salvioliano.

Non è difficile riassumerne i punti principali:

a) Una prima constatazione 'sociologica' riguarda il complicarsi e l'estendersi delle funzioni statuali rispetto alla configurazione liberale classica del rapporto 'stato-società'. Al rilievo oggettivo, fattuale, si accompagna però subito la tesi della necessità e 'provvidenzialità' di un siffatto sviluppo. Contro il liberalismo classico (e contro lo spencerismo), la tesi della secondarietà e tendenziale superfluità dello stato di fronte alla centralità e primarietà dell'individuo tende a rovesciarsi nel suo contrario o almeno a sfociare in una via media che passa per una riconciliazione o sintesi superiore dei due poli della dialettica politica liberale-classica: l'errore di Spencer è così quello di ritenere lo stato destinato a una progressiva limitazione della sua sfera d'intervento, «mentre invece tutto fa credere che cresca ogni giorno più la sfera di azione dello Stato. Tanto nello stato moderno quanto in uno stato socialista l'attività dell'individuo

va sempre più subordinata al potere politico che rappresenta l'interesse superiore della collettività. Al principio antico: l'individuo per lo stato: — e al principio attuale: lo stato per l'individuo; l'evoluzione prepara un periodo in cui trionferà il principio: l'individuo e lo Stato per lo sviluppo progressivo della personalità » ⁽⁵⁴⁾. Tanto la libertà dei moderni quanto la libertà degli antichi devono cedere di fronte ad una terza via di organica sintesi degli opposti. La descrizione di un determinato ' fatto ' diviene qui subito, come è evidente, prescrizione, ' politica del diritto '.

b) Il secondo oggetto centrale dell'attenzione salvioliana ai fenomeni sociali è certamente la crescita del movimento operaio e delle sue organizzazioni. Questo tema, presente nel suo aspetto più ' politico ' e ' socialistico ' negli scritti sociologici degli anni '90, continua a circolare nei più ambiziosi schemi di ' politica del diritto in generale ' ma con un'accentuazione singolare: non tanto rileva la spinta anticapitalistica delle lotte operaie quanto la capacità organizzativa dell'una o dell'altra ' corporazione ' di mestiere. Il movimento operaio esprime per Salvioli il momento più fattivo del superamento del quadro individualistico-concorrenziale della fase manchesteriana del capitalismo.

Da questo punto di vista, la crescita del movimento sindacale non è un fenomeno qualitativamente diverso dalla tendenza grande-industriale alla concentrazione della produzione, alla creazione di monopoli e gioca nello stesso senso, socialmente ' provvidenziale ', di fuoriuscita « dalla sregolata produzione, dalle febbrili lotte di concorrenza di tutti contro tutti » ⁽⁵⁵⁾. Uscire dai vizi privati del quadro individualistico-concorrenziale del capitalismo diviene un pubblico beneficio, un risultato globalmente positivo ⁽⁵⁶⁾, non tanto un momento della lotta di classe in una

⁽⁵⁴⁾ *Fil.*, 1905, p. LXXII.

⁽⁵⁵⁾ G. SALVIOLI, recensione a *Über die wirtschaftliche Kartelle in Deutschland und in Auslande...*, Leipzig, 1894, in « La Riforma sociale », II, vol. III, 12, 1895, p. 1009.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*, p. 1010: « ... i sindacati industriali sono spesso di vantaggio per consumatore perchè contribuiscono ad abbassare i prezzi, e di vantaggio anche per gli operai a cui assicurano la continuità del lavoro, pel fatto stesso che la produzione è regolata; cessano le crisi per ingombro del mercato; come spesso, in determinate forme di sindacati, vengono a mancare certe spese di personale,

determinata fase dello sviluppo capitalistico, quanto la tappa di una evoluzione necessaria che attraverso l'azione combinata dei « sindacati industriali » e delle « leghe operaie » porta *oltre* la lotta di classe.

« Il regime della grande industria a capitali accumulati, a macchinismo concentrato, con operai agglomerati conferisce ogni giorno ai proletari una forza straordinaria ignota al passato » ⁽⁵⁷⁾. Ma questa « forza straordinaria » della classe operaia ha, e sempre più avrà, un obiettivo ' generale ': « la solidarietà sociale di capitalisti e lavoratori... La Trade-Union diviene un collaboratore efficace del padrone... » ⁽⁵⁸⁾.

In questo contesto discorsivo, il rilievo del progressivo estendersi dell'importanza dello stato si connette con la constatazione-prescrizione del necessario autodisciplinarsi della dinamica sociale conflittuale in forme istituzionali di cooperazione interclassista. Il superamento della concezione ' negativa ' dello stato-guardiano notturno, garante formale-esterno delle sfere di autonomia individuale, acquista direttamente, come suo contenuto positivo, la conciliazione degli ' opposti egoismi ', delle ' parzialità ' della lotta di classe.

Il superamento dell'anarchia concorrenziale ha come premessa il costituirsi dei sindacati padronali e operai, una qualche programmazione concertata della produzione, un controllato incontrarsi delle classi antagonistiche nel *medium* dell'interesse generale: il compimento, la garanzia ' positiva ' della conciliazione è lo stato. L'esigenza di una riforma dei codici, e in genere delle istituzioni, trova ora il suo sostegno più lucido e realistico. L'autodisciplinarsi ' corporativo ' della società deve trovare il proprio compimento e il proprio stimolo nello stato, la cui attività è così « un materiale abbastanza vasto che nel continuo elargimento (*sic*) dei rapporti della vita sociale e nel continuo organizzarsi più complesso delle istituzioni sociali si moltiplica e domanda un organamento » ⁽⁵⁹⁾.

il che specialmente permette un ribasso nei prezzi. Ma di vantaggio maggiore sono per il produttore che salvano dalla concorrenza di nuove fabbriche e gli permettono di esercitare un vero e proprio monopolio ».

⁽⁵⁷⁾ *I difetti sociali*, 1906, p. 87.

⁽⁵⁸⁾ *Fil.*, 1905, p. cxxi.

⁽⁵⁹⁾ *Fil.*, 1904, p. 202.

Coerentemente, alla convinzione ' socialista ', anche menegeriana, del carattere solo fittiziamente universale dello stato, viene sostituita, in modo sbrigativo ma significativo, la tesi della « confusione di tutto il popolo con quella entità che dicesi Stato », grazie all'introduzione del suffragio universale: ma non è il democraticismo di questa soluzione che vale a strappare lo stato al conflitto di classe, bensì la convinzione che il conflitto abbia in sé il germe di un suo ' superamento ' e che in conseguenza lo stato possa trascendere ormai la sua originaria destinazione di classe ponendosi arbitro ' super partes ' e motore di uno sviluppo sociale complessivo ⁽⁶⁰⁾.

Il passaggio dall'un tipo all'altro di organizzazione sociale non è quindi affidato ad un esito del conflitto di classe che vada verso la fine della soggezione del ' lavoro ' al ' capitale ', ma è piuttosto demandato alla rispettiva organizzazione ' corporativa ' di capitale e lavoro e quindi, per così dire, non all'elisione del primo termine ma alla fissazione coordinata di entrambi. ' Incipit novus ordo ', ma i suoi « segni si rilevano non tanto dal fermento delle classi operaie e dal moto della democrazia, quanto dalla organizzazione della produzione con grandi mezzi meccanici » ⁽⁶¹⁾. La « glorificazione del lavoro », che si dispiegherà nel futuro con necessaria progressività, non segnerà la fine del capitale, ma la sottoposizione di capitale e lavoro, a forze pari, all'imperio dello sviluppo produttivo.

' Solidarietà ' è la bella invenzione che compendia in una parola quel disegno, elementare, come si è visto, ma tutt'altro che inconsistente o fantapolitico. Solidarietà « è la legge del mondo fisico e quella della società umana. La vita sociale è un assieme di solidarietà che si incrociano. L'uomo non è isolato, ma vive, opera, produce, possiede, in quanto trovasi in mezzo ad altri uomini, ai quali deve coordinare la sua azione. Come ogni bene

⁽⁶⁰⁾ Anche lo stesso Turati, d'altronde, all'incirca in questi anni veniva scoprendo, sia pure in nesso dialettico con la lotta di classe, la collaborazione di classe: cfr. F. TURATI, *Alla scoperta del socialismo! Riformismo radicale e rivoluzione proletaria. (A proposito di un discorso di Enrico De Marinis)*, in « Critica sociale », XI, 21, 1901, pp. 321-324; ID., *Socialismo e radicalismo. Polemica con Errico De Marinis*, in « Critica Sociale », XI, 22, 1901, pp. 340-42.

⁽⁶¹⁾ *I difetti sociali*, 1906, p. 103.

viene dalla società, così ogni atto deve avere un valore sociale, una funzione sociale. Da ciò la norma della vita e l'ideale etico devono consistere nella composizione degli interessi... » (62).

La constatazione del carattere sociale della produzione impone una strategia politico-giuridica fondata sulla *conciliazione*: il conflitto di cui si auspica la composizione è un conflitto di entità particolaristiche, di 'interessi'. La lotta fra classi viene riportata al conflitto antropologico-hobbesiano fra soggetti (supposti) atomizzati. Lo schema indifferenziato del 'particolarismo' o 'individualismo' concorrenziale serve a capire (e valutare) tanto la conflittualità *dentro* una classe quanto l'antagonismo *fra* classi e si contrappone al modello 'solidaristico', rimedio altrettanto indifferenziato di ogni male.

La solidarietà è una legge cosmica e sociale. Il suo campo di applicazione ai fenomeni sociali subisce una progressiva estensione nel corso della storia: limitata nel passato alla famiglia, tende a coincidere con la società tutta in conseguenza del carattere sempre più esteso e pervadente dell'organizzazione produttiva (63). La solidarietà « non è regola di condotta, ma un fatto » (64). Il 'fatto' è il modo di produzione capitalistico, l'ideale è l'adeguamento alle esigenze più recenti di esso, il conseguente aggiornamento delle istituzioni, la sottoposizione di ogni 'interesse' alle istanze superiori della produzione.

La società ha le sue ragioni, a cui l'individuo è tenuto: « il che non vuol dire che la società abbia qualità per sconoscere il diritto individuale, poichè il progresso sociale è condizionato dal rispetto delle iniziative e delle libertà individuali » (65). Il solidarismo è, anche a questo livello, la dottrina della conciliazione: presa sul serio l'aporetica, positivistica coppia individuo-società, si tratta di fornire punti di incontro, zone intermedie, terze vie: « fare un posto più largo agli interessi della collettività », « conciliare l'individualismo con le nuove esigenze solidarie » (66).

(62) *Ibidem*, p. 91.

(63) *Fil.*, 1905, p. CXVII.

(64) *Ibidem*, p. CVIII.

(65) *Fil.*, 1905, p. CXIX.

(66) *I difetti sociali*, 1906, p. 92.

La solidarietà è così il luogo della conciliazione *par excellence*: esprime innanzitutto il momento della collaborazione produttiva fra capitale e lavoro, la fine, per via di organizzazione e auto-controllo, del conflitto 'particolaristico' fra le classi; si riferisce quindi ad un 'fatto', al dato economico-sociale dello sviluppo produttivo, non a un semplice postulato etico. In secondo luogo, realizza l'istanza della conciliazione fra stato e società: indica (e auspica) il processo secondo il quale lo stato aggiornerà le sue strutture in sintonia con il mutamento 'strutturale' dell'armonica cooperazione fra classi, divenendo strumento positivo di «organamento» fra le diverse parti del tutto. In terzo luogo, rappresenta la proiezione etica dei due precedenti livelli di conciliazione, facendo parlare di un «diritto naturale storico», di un mutamento nell'idea di giustizia, che impone, ancora una volta, una terza via fra il 'negativismo' dell'individualismo concorrenziale e la improponibile soppressione degli 'interessi' del soggetto.

La riforma dei codici 'borghesi' si colloca perfettamente nei vari momenti dell'arco tematico solidaristico. La denuncia dell'anacronismo della codificazione non è così l'omaggio ad un generico ed indimostrato 'progressismo', ma l'ammonimento al potere politico di aprire gli occhi sulle possibilità 'conciliative' immanenti nelle ultime fasi dello sviluppo capitalistico. Allo stesso modo, le proposte concrete di riforma si limitano a suggerire aggiornamenti degli istituti borghesi, e non loro sovvertimenti, non per semplice prudenza 'riformistica', ma per convinta ricerca di una 'terza via' solidaristicamente equilibrata: quindi non 'espropriazione', ma 'funzione sociale della proprietà', non 'liberazione del lavoro', ma 'elevamento della personalità umana', e così via conciliando.

Naturalmente, c'è il problema d'obbligo dell'alternativa fra 'riforme' e 'rivoluzione' e la menzione del dibattito in corso in quegli anni. L'alternativa, nella sua rozzezza («evoluzione o rivoluzione, riforme o catastrofe» ⁽⁶⁷⁾), si risolve ovviamente, per Salvioni, a favore delle riforme, con un'argomentazione che fonde, come già detto altrove, il riformismo nei riguardi delle forme giuridico-statuali con il fatalismo di fronte alla «costituzione eco-

(67) *Ibidem*, p. 84.

nomica » della società, il tutto accompagnato dai soliti 'tópoi' evoluzionistici ⁽⁶⁸⁾ e vagamente bernsteiniani ⁽⁶⁹⁾.

Con questo, il contatto approssimativo con il dibattito della sinistra coeva è provato, ma sarebbe, a nostro avviso, fuorviante dare la stessa importanza di senso agli echi 'socialistici' giunti fino a Salvioli e al suo ben più organico solidarismo. Questo ultimo certamente si avvale di una serie di spunti 'socialistici', ma in un solo senso rilevante, di segno negativo: negare con il fatalismo la modificabilità del modo di produzione capitalistico; su questo spazio vuoto innestare argomentativamente istanze riformistiche e aprirsi il varco per una proposta finalmente in positivo: il disegno della conciliazione solidaristica.

Il codice rimarrà 'fatalmente' borghese; ma il « progresso », « diminuendo il particolarismo del diritto e delle classi, prepara un campo più largo ove tutte le classi si trovino, le une colle altre, in maggior concordia e solidarietà, a cooperare per lo sviluppo della personalità... » ⁽⁷⁰⁾. Equidistante dal troppo aggressivo fantasma hobbesiano e dall'indesiderato spettro aggirantesi per l'Europa, la 'personalità' solidaristica si sviluppa armoniosamente sulla raggiunta concordia delle classi.

6. Il 'durkheimismo' di Salvioli.

Pur fra oscillazioni e contraddittorietà, nel pensiero salvioliano è possibile dunque individuare un nucleo di concetti elementari, ma coerenti: la nuova funzione dello stato in contatto con le trasformazioni della società capitalistica, il crescere delle organizzazioni 'sindacali' (operaie e padronali), la concentrazione industriale, insomma tutti quei dati che servono a sorreggere il disegno politico-giuridico che Salvioli racchiude nella parola d'ordine della 'solidarietà'.

Ora, gli elementi principali della ideologia solidaristica salvioliana, pur nell'innegabile eclettismo e nella magmaticità delle letture salvioliane, sono, a nostro avviso, da riportarsi alla socio-

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*, loc. cit.: « Tutto diviene a gradi e senza salti ».

⁽⁶⁹⁾ *Ibidem*, p. 85: « È erroneo parlare di trasformazioni finali, come se esistesse uno scopo finale ».

⁽⁷⁰⁾ *I difetti sociali*, 1906, p. 104.

logia durkheimiana, precisamente al Durkheim del *De la division du travail social*, comparso nel 1899 e citato da Salvioi come la « base scientifica » del suo solidarismo ⁽⁷¹⁾.

In effetti, il problema centrale di Salvioi (e di tutto il suo *milieu* culturale) — il rapporto, tendenzialmente aporetico, fra individuo e società e l'esigenza di quadrare il circolo con una conciliazione degli opposti — era il problema a cui il sociologo francese dava una risposta perfettamente inserita nelle esigenze politiche della Terza Repubblica, e insieme capace di tentare una spiegazione della possibilità di un ordine sociale fuori dal quadro di un capitalismo puramente concorrenziale e in nesso di continuità-superamento con questo. Ricorrono così in Durkheim, s'intende con ben altro respiro, i punti fermi del solidarismo salvioiano, dalla rivalutazione dei nuovi compiti dello stato e dell'antispenceriana tesi dell'accrescersi, anzichè dell'estinguersi, della sfera d'intervento dello stato, alla solidarietà sociale emergente dallo sviluppo industriale fondato sulla divisione del lavoro, alla critica del contratto come schema generale dei rapporti sociali e all'insistenza sul momento istituzionale di questi ultimi, all'importanza data ai sindacati (sia 'padronali' che operai) come istituzioni capaci di transcendere l' 'egoismo' degli individui, alla proiezione anche etica della solidarietà 'organica', con la conseguente enfattizzazione della 'fraternità umana' e dello 'sviluppo della personalità'.

Ciascuno di questi punti, ovviamente, esigerebbe, per il pensiero durkheimiano, uno specifico approfondimento che ci porterebbe troppo oltre il nostro giurista. Almeno su un punto però occorre dire appena qualcosa di più: il ruolo della 'corporazione'. La corporazione — scrive Durkheim nel 1902 ⁽⁷²⁾ — è « destinata a diventare la base o una delle basi essenziali della nostra organizzazione politica ». Essa è il rimedio alla estrema atomizzazione degli individui nella società moderna e alla conseguente intermitenza dei rapporti fra stato e individuo ⁽⁷³⁾, contribuisce alla

⁽⁷¹⁾ *Fil.*, 1905, p. cxviii.

⁽⁷²⁾ E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1971 (Prefazione alla II edizione, Paris, 1902), p. 32.

⁽⁷³⁾ *Ibidem*, p. 33.

soluzione del problema della distribuzione della ricchezza, ha quella 'perennità' che rendeva insostituibile, economicamente e moralmente, la funzione della famiglia nella società: in conclusione, « se il problema della corporazione non è il solo che si imponga alla pubblica opinione, esso è tuttavia il più urgente di tutti. Tutti gli altri problemi potranno infatti venir affrontati soltanto quando esso sarà stato risolto » (74).

Torniamo a Salvioli. Chi legga le pagine 'solidaristiche' del nostro autore e gli scritti sociologici durkheimiani rileva facilmente che i punti qualificanti delle prime sono ricalcati fedelmente sui concetti centrali dei secondi (e semmai, rispetto a questi, semplificati e impoveriti). Se non fosse imprudente trovare 'auctoritates' massicciamente prevalenti nell'informatissimo ma disordinato Salvioli, sarebbe senz'altro Durkheim e non Menger ad avere il primato di 'autorevolezza'. Si potrebbe dire che, al di là di un censimento quantitativo dei calchi operati da Salvioli sull'uno o sull'altro autore, il mengerismo di Salvioli sta al suo durkheimismo come la fraseologia genericamente 'riformistica' del suo discorso sta alle indicazioni (semplicistiche, se si vuole, ma specifiche e 'in positivo') del suo solidarismo (75).

Con il che, però, non si è ancora detto tutto sul durkheimismo e/o mengerismo salvioliano. Non basta cioè una semplice operazione filologica che riporti Salvioli all'uno o all'altro dei suoi 'maggiori' per liquidare come 'non originale' il contributo del nostro giurista. A prescindere da ogni considerazione sul carattere o troppo problematico o troppo ingenuo del concetto dell' 'originalità' come criterio di ricostruzione storiografica, la peculiarità, lo specifico spessore storico del discorso salvioliano non sussiste *nonostante che* esso ricalchi, nella contestualità socio-culturale dell'Italia fra '800 e '900, Durkheim, ma *proprio perchè* utilizza il sociologo francese e, del pensiero di questi, proprio quegli spunti e non altri. In altri termini, proprio perchè Salvioli ha scelto

(74) *Ibidem*, p. 36.

(75) Menger stesso, d'altronde, giunge ad attribuire alle 'professioni' il ruolo di istituzioni intermedie fra l'individuo e gli apparati dello stato, con il compito di organizzare la produzione oltre la conflittualità concorrenziale-capitalistica: cfr. A. Menger, *Lo stato socialista*, Torino, 1905, p. 257 ss.

come fondamentale quadro di riferimento la sociologia durkheimiana e, di questa, i temi solidaristico-produttivistici della ' solidarietà organica ', dell'antispenceriana rivalutazione dello stato, della ' corporazione ' ecc., proprio per questo i suoi scritti contribuiscono a proiettare una certa luce su tutto il socialismo giuridico italiano, possono suggerire una possibile ' *reductio ad unum* ' della eterogeneità tematica di quel movimento, pongono infine domande, più problematiche, sul disegno politico complessivo a lungo termine immanente a quella determinata posizione ideologica.

7. *Il ' solidarismo ' di Salvioli e il ' solidarismo ' di Panunzio.*

Una lettura in chiave ' solidaristica ' del socialismo giuridico fu proposta, negli stessi anni dei corsi salvioliani di filosofia del diritto, da Sergio Panunzio, ancora legato alla prospettiva di un sindacalismo intransigentemente ' rivoluzionario '.

La parte descrittiva del breve scritto panunziano è una rassegna ordinata ed esauriente delle tesi di alcuni esponenti del ' socialismo giuridico ' (fra i quali Salvioli ha una parte notevole), classificate secondo i principali istituti raggiunti dalle critiche gius-socialistiche. Il punto di frattura che Panunzio pone fra il suo ' sindacalismo ' e il ' solidarismo ' di Salvioli, di Cimbali, di Menger è, ancora una volta, il rapporto fra economia e diritto: astratta, non marxista la posizione solidaristica che sottrae il diritto al determinismo dell'economia, corretta la posizione di chi considera il diritto « non come scopo a sè, sì bene come strumento o mezzo consapevole nelle mani delle classi dominanti per realizzare o stabilire fini e rapporti economici » ⁽⁷⁶⁾.

L'opposizione sembra, ancorchè rozza, radicale. Ma è opportuno non lasciarsi impressionare dalla sicurezza della predicazione ' marxista ' panunziana. Il ' marxismo ' di Panunzio in questo scritto è in realtà di un genere tutto particolare: passa attraverso Ardigò e Gumpłowicz per arrivare a un'immagine dell' ' economico-sociale ' sostanzialmente positivista. Stabilire un collegamento fra diritto ed economia vuol dire rendersi conto, con Ardigò,

(76) S. PANUNZIO, *Il socialismo giuridico*, Genova, 1906, p. 194.

che « i bisogni espressi dal terreno sociale sono i creatori del diritto » ⁽⁷⁷⁾, al punto che l'enfatizzazione del ruolo 'determinante' dell'economia procede alla riduzione di questa ad una somma caotica di 'interessi' in conflitto, di cui la lotta di classe è una emergente espressione: il quadro teorico in cui il solidarista Salvio inseriva la sua idea di 'economia' è lo stesso da cui il rivoluzionario Panunzio fa dipendere 'marxisticamente' il diritto. La differenza fra i due sta quindi nel fatto che nell'alternativa fra rivoluzione 'catastrofica' e 'riforme' che lo stesso Salvio poneva e che anche Panunzio prende per buona, l'uno sceglie il termine opposto all'altro: una differenza dunque, per un verso, immediatamente politica, per un altro verso abbondantemente verbalistica.

Ma il punto è un altro: la parte 'positiva' del sindacalista Panunzio è essa stessa 'solidaristica'. La solidarietà è un portato della classe operaia, vive 'in statu nascenti' nel sindacato dove è dato vedere « gli uomini non conviventi in lotta fra loro, ma liberamente associati e armonicamente cooperanti nel processo pratico della vita » ⁽⁷⁸⁾: in essi si assiste « come in un vero laboratorio sociologico » al « processo generativo e formativo del diritto » ⁽⁷⁹⁾. L'economia da cui nasce il diritto è il momento organizzato e disciplinato della produzione, la solidarietà ad essa immanente. Lo ammette esplicitamente Panunzio: « la nozione proletaria del diritto, come quella che emerge ed è l'espressione della comunanza nel lavoro e negli interessi degli uomini ('comunismo della produzione') è proprio quella della solidarietà, della stessa solidarietà dei giuristi ... » ⁽⁸⁰⁾.

Se è così, la pretesa distanza dalla ideologia gius-socialistica salvioliana è molto più ridotta di quanto il piglio deciso di Panunzio voglia far supporre: finisce per risiedere nell'osservazione che la 'solidarietà' sindacalistica è « considerata non *a priori* come entità astratta... ma concepita *a posteriori* come un fatto empirico... risultante diretto... delle condizioni materiali e morali

⁽⁷⁷⁾ *Ibidem*, loc. cit.

⁽⁷⁸⁾ *Ibidem*, p. 211.

⁽⁷⁹⁾ *Ibidem*, p. 217.

⁽⁸⁰⁾ *Ibidem*, p. 233.

della vita collettiva condotta dal proletariato nei sindacati di mestiere » ⁽⁸¹⁾.

In realtà, nemmeno Salvioli concepiva la solidarietà come puro ideale etico, ma al contrario la appoggiava su una certa interpretazione del processo produttivo, della divisione del lavoro ecc., con una serie di rilievi durkheimiani che, per quanto impoveriti, mantenevano una loro coerenza formale e una loro, per così dire, dignità argomentativa. Ma ciò che qui interessa sottolineare non è tanto l'una o l'altra forzatura polemica o approssimazione teorica del discorso di Panunzio, quanto piuttosto la sua effettiva vicinanza al solidarismo gius-socialistico (e specificamente salvioliano) al di là del suo verbalismo 'rivoluzionario'.

In particolare: a) il tentativo di interpretazione unitaria del gius-socialismo viene condotta a partire dall'idea durkheimiana-salvioliana di solidarietà. Dei gius-socialisti che Panunzio considera con maggiore attenzione (Cimbali, Vivante, Menger, Salvioli) è Salvioli-Durkheim che Panunzio sceglie per dare un volto unitario a un movimento eterogeneo per motivazioni culturali e scelte tematiche.

b) Coerentemente a questo criterio di lettura, e al di là della retorica, 'rivoluzionaria', vi è una importante convergenza Salvioli-Panunzio sulla indicazione del fenomeno socio-giuridico nuovo e determinante: l'importanza della organizzazione produttiva, la genesi solidaristica del diritto.

c) L'esigenza di un 'nuovo diritto' che proceda da un rapporto stretto (in Panunzio abbastanza indeterminato) fra stato e sindacati.

Ovviamente, *questo* Panunzio non si identifica, senza residui, con Salvioli; le differenze sono di per sè evidenti, anche importanti, ma non più significative dell'idea convergente: la solidarietà e il conseguente 'nuovo diritto' attraversano l'involucro 'rivoluzionario' del Panunzio del 1906 e raggiungono senza troppe lacerazioni il più tardo Panunzio mussoliniano e 'corporativista' ⁽⁸²⁾.

⁽⁸¹⁾ *Ibidem*, loc. cit.

⁽⁸²⁾ Cfr. ad es. S. PANUNZIO, *L'economia mista. Dal sindacalismo giuridico al sindacalismo economico*, Milano, 1936.

8. Il 'paleocorporativismo' di Salvioli.

Non stupirà a questo punto che si faccia il nome di Alfredo Rocco e che si ritrovi nel preciso e lucido disegno politico di questo giurista molti dei temi solidaristici a noi familiari. Li menzioneremo soltanto, senza spingerci sul terreno di un'analisi diretta del pensiero di Rocco ⁽⁸³⁾, per registrare alcuni punti di convergenza col solidarismo salvioliano.

a) La polemica anti-individualistica viene condotta a partire da un punto di vista che si vuole superiore agli 'egoismi' degli individui e delle classi — riaffiora quindi la tendenza a riportare la lotta di classe a un quadro antropologico-conflittuale, a ridurla in ultima istanza a una lotta di interessi individuali ⁽⁸⁴⁾.

b) La dinamica conflittuale della società viene presa sul serio, accettata come 'fatto', nel momento in cui si provvede a elaborare un progetto che permetta di passare dalla lotta alla collaborazione fra le classi ⁽⁸⁵⁾.

c) L'organizzazione per 'corporazioni' (padronali e operaie) diviene lo strumento istituzionale del superamento della lotta di classe e l'espressione compiuta della fase più avanzata dello sviluppo industriale ⁽⁸⁶⁾.

d) Viene rifiutato allo stato un ruolo meramente 'negativo', garantistico, e viene invece privilegiato il ruolo 'positivo' dello stato, avvicinato alle esigenze della produzione attraverso la mediazione 'corporativa' ⁽⁸⁷⁾.

L'elencazione dei temi 'convergenti', pur nella sua necessaria schematicità, comprende, a nostro avviso, i punti più qualificanti

⁽⁸³⁾ Rinviamo all'intelligente saggio di P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. A. Rocco, *Cause remote e prossime della crisi dei partiti politici italiani* (1913), in *Scritti e discorsi politici*, Milano, 1938, vol. I, pp. 6-7; cfr. anche la critica del femminismo come individualismo sfrenato a cui contrapporre una concezione 'istituzionale' della famiglia: ID., *Il valore sociale del femminismo* (1914), in *Scritti e discorsi*, cit., vol. I, p. 66.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. ad es. A. Rocco, *Il problema economico italiano* (1914), in *Scritti e discorsi*, cit., vol. I, p. 24.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. A. Rocco, *Il programma politico dell'associazione nazionalistica*, in *Scritti e discorsi*, cit., vol. II, pp. 78-79.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. A. Rocco, *Economia liberale, economia socialista ed economia nazionalista* (1914), in *Scritti e discorsi*, cit., vol. I, p. 50.

dell'ideologia socio-giuridica di Rocco (almeno nella sua configurazione più generale) e non importa ricordare ancora come quegli stessi temi costituiscano il nucleo centrale del solidarismo giuridico di Salvio. Questi, dunque, non sosteneva semplici tesi d'importazione, nè il suo progetto era utopia professorale sradicata da una contestualità ideologico-politica (anche) italiana. La lettura 'solidaristica' che Panunzio opera del socialismo giuridico, il corporativismo del Rocco nazionalista sono richiami necessariamente fuggevoli, esempi (supponiamo particolarmente significativi) di una ideologia, diremmo, solidaristico-corporativistica che attraversa tutta la tradizione ideologico-politica dell'Italia unita: Alessandro Rossi è ormai divenuto un caso celebre nella 'filosofia sociale' del protezionismo economico ⁽⁸⁸⁾, ma certamente non è il solo difensore di tesi 'solidaristiche', la cui diffusione è tanto più singolare quanto più variamente distribuita in zone ideologico-politiche, nella loro configurazione più generale, assai eterogenee.

In effetti, la « scelta industrialista e protezionista » delle élites moderate dell'Italia pre-fascista non era frutto di un miope ed inetto conservatorismo, ma della comprensione delle esigenze dell'accumulazione capitalistica e della creazione di una base industriale, il cui *pendant* ideologico-giuridico poteva ben essere, pur nella babele delle ascendenze culturali e nella varietà degli accenti e delle motivazioni personali, un solidarismo corporativistico e autoritario ⁽⁸⁹⁾.

Salvio rappresenta, ad accettare questa ipotesi, la variante riformistica della tradizione, per intenderci, protezionistico-solidaristico-corporativistica. Certamente era presente, nel nostro giu-

⁽⁸⁸⁾ Su Alessandro Rossi cfr. G. ARE, *Alla ricerca di una filosofia dell'industrializzazione nella cultura e nei programmi politici in Italia (1861-1915)*, in « Nuova Rivista Storica », LIII, 1, 2, 1969, p. 61 ss., p. 71 ss.; M. SABBATINI, *Formazione e ideologia della società industriale in Italia. I: L'impresa industriale e l'ideologia imprenditoriale di Alessandro Rossi*, in « Ideologie », 12, 1970, p. 160 ss.; G. BAGLIONI, *L'ideologia della borghesia industriale nell'Italia liberale*, Torino, 1974, p. 232 ss. e soprattutto il bellissimo studio di S. LANARO, *Nazionalismo e ideologia del blocco corporativo-protezionista in Italia*, in « Ideologie », 2, 1967, p. 51 ss.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. S. LANARO, *Nazionalismo e ideologia*, cit., p. 40.

rista (soprattutto nell'ultimo decennio del secolo scorso), la componente 'riformistica', prevalentemente mengeriana, ma, come si è tentato di mostrare, le proposte di riforme, la critica anti-individualistica della codificazione non contava tanto in sè, quanto piuttosto come l'espressione di un nucleo tematico 'positivo', destinato ad emergere in tutta chiarezza nel primo decennio del '900, di origini culturali e di strutturazione argomentativa abbastanza diverse, attraversato da istanze solidaristiche e corporativistiche che lo rendevano oggettivamente vicino alle proiezioni ideologico-giuridiche delle scelte protezionistiche sul terreno dell'economia ⁽⁹⁰⁾. Che poi una progettazione solidaristico-corporativistica potesse annettersi anche istanze riformistiche non stupisce se si pensa, per un verso, al carattere autoritario delle stesse, per un altro verso, all'enfasi che il nazionalismo e poi il fascismo dettero al carattere trasformativo, nei riguardi dello stato e dell'economia liberali, della svolta corporativistica.

Da questo punto di vista, quando Volpe, ribadendo la nota tesi della equidistanza del corporativismo dal liberalismo e dal 'bolscevismo', scriveva che si poteva considerare «il corporativismo fascista come l'ultima vittoriosa fase della battaglia per la revisione del marxismo e del socialismo marxista, combattuta da ormai quaranta anni in Francia, in Germania e in Italia» ⁽⁹¹⁾, indicava un nesso storico-ideale le cui possibili implicazioni non sono forse state tutte sondate a sufficienza dalla odierna storiografia.

Un caso non trascurabile di questo nesso, almeno nel dominio dell'ideologia giuridica, è, a nostro avviso, Salvioli. La varietà delle sue letture, il suo eclettismo, il costante affiorare di istanze 'riformistiche' nel suo discorso non devono celare la presenza relativamente continua, e comunque del tutto esplicita negli scritti del primo decennio del nostro secolo, del nucleo tematico solida-

⁽⁹⁰⁾ Ci convince perfettamente la tesi (di Tarello) che alle spalle del corporativismo dei nazionalisti «stava una tradizione ormai pluridecennale di pensiero giuridico italiano: e precisamente quel filone che si suole chiamare *socialismo giuridico*, e che dovrebbe invece chiamarsi paleocorporativismo giuridico italiano»: cfr. *Enciclopedia Feltrinelli Fischer*, 27, Scienze politiche 1, a cura di A. NEGRI, Milano, 1970, v. *corporativismo*, p. 74.

⁽⁹¹⁾ G. VOLPE, *Storia del movimento fascista*, Milano, 1939, p. 191.

ristico-corporativistico: è esso che, se per un verso serve a ridimensionare storicamente (o sfatare) la leggenda del ' marxismo ' di Salvioli, dà anche al pensiero del nostro giurista uno spessore storico assai più pregnante, togliendolo dalla notte in cui tutte le istanze ' riformistiche ' sono ' socialistiche ', per avvicinarlo piuttosto, oggettivamente (cioè secondo la logica dei suoi contenuti discorsivi) ad una tradizione ideologico-giuridica che proponeva, sì, ' riforme ', ma a partire da una progettazione politica non già ' socialista ' e ' anticapitalistica ' (pur in una vasta accezione del termine), ma precisamente protezionistico-corporativistica.

Certamente il pensiero di Salvioli ha attraversato fasi abbastanza differenziate fra di loro; gli ultimi anni del secolo scorso lo vedono accentuare più le istanze riformatrici della sua ideologia socio-giuridica che non il nucleo solidaristico-corporativistico della stessa: questo però, già tutto presente ' in nuce ' nella prolusione del '90, si approfondisce ed esce allo scoperto dietro la sollecitazione di quel processo di revisione del marxismo, di ampiezza ovviamente non solo italiana, ma ricco e articolato anche in Italia, che sta visibilmente a monte dei corsi napoletani di filosofia del diritto. Ma non che i dubbi su Marx generassero il solidarismo e questo fosse una svolta o una innovazione: negli spazi aperti dall'una o dall'altra lettura ' revisionistica ' il tema solidaristico non emergeva ' ex nihilo ', ma solo si distendeva con maggiore linearità.

9. *Gli esiti nazionalistici e il radicamento storico del solidarismo salvioliano.*

Le inflessioni nazionalistiche e gli esiti politici di alcuni scritti dell'ultimo Salvioli non suscitano particolare sorpresa, se si tiene presente non soltanto la situazione italiana in generale, ma anche semplicemente i presupposti interni al discorso del nostro giurista.

Già nel 1911, in un articolo dedicato al concetto di ' progresso ' ⁽⁹²⁾, Salvioli, nel momento in cui rinunciava al mito illu-

⁽⁹²⁾ G. SALVIOLI, *I problemi del progresso*, in « Rivista italiana di sociologia », XV, 5, 1911 (numero unico dedicato a ' La concezione sociologica del progresso '), pp. 519-525.

ministico e radical-borghese di 'progresso', approdava ad una scettica rinuncia all'intelleggibilità stessa (marxista o positivistica) della storia, evidenziando ancor meglio le sue idee di 'mali' e 'rimedi' sociali: invocazione di una «disciplina che ad ognuno assegna il suo posto e la sua funzione», contrapposta all'«individualismo negativo», denuncia della «degenerazione del parlamentarismo», della «sorprendente indifferenza di quei ceti inferiori che si innalzano economicamente, ma non arrecano alcun nuovo contributo di moralità e di idealità nella vecchia compagine sociale» ⁽⁹³⁾.

Il discorso è qui abbastanza scoperto, ma in nessun modo inedito per Salvioli. La convinzione che la liberazione dei «ceti inferiori» si giocasse intorno alla «personalità morale» e alle «nuove idealità sociali» circolava già nelle pagine della prolusione del '90 così come nei principali scritti del nostro giurista era scontata un'immagine del proletariato che rappresentava quest'ultimo assai più come un destinatario delle 'riforme' che come un soggetto attivo della propria 'emancipazione' ⁽⁹⁴⁾.

Corrispettivamente, lo stesso 'genere letterario' delle 'critiche alla codificazione' supponeva un'idea del giurista (del suo 'ruolo') come di una ninfa Egeria delle classi politicamente dominanti, loro mentore illuminato. «Se la nostra parola cade su terreno sterile, se le nostre domande di provvedimenti contro le grandi ingiustizie restano senza risposta, vada su chi deve la colpa» ⁽⁹⁵⁾: era la 'vox clamans' che additando la via delle riforme alle élites del potere intendeva 'sollevare' la condizione 'morale e materiale' delle classi subalterne.

Delusa la buona volontà precettistica, restava il nucleo più solido del gius-socialismo: l'esigenza di una disciplina per tutti, il felice incontro fra i diversi organi della produzione in una concezione 'positiva', anti-individualistica, della nazione. Ma anche questa non era un'idea del tutto nuova in Salvioli: già nella prolusione del '90 la legislazione deve non già abolire la proprietà

⁽⁹³⁾ *Ibidem*, p. 522.

⁽⁹⁴⁾ Con qualche eccezione: cfr. G. SALVIOLI, *La questione delle otto ore di lavoro*, cit.; ID., *La guerra della birra*, cit.

⁽⁹⁵⁾ G. SALVIOLI, *Il lavoro delle donne e dei fanciulli*, cit., p. 69.

privata, ma solo riformarla ⁽⁹⁶⁾ e cessare di contrapporre agli interessi di una classe gli interessi della *nazione* ⁽⁹⁷⁾. Con il che, naturalmente, non si vuol dire che 'nazione' sia, in questo contesto, già un'espressione 'nazionalistica': è però certamente una espressione solidaristica, sta cioè dentro ad un discorso nel quale il conflitto di classe tende a stemperarsi in una 'superiore' unità di interessi.

Quando poi, nel secondo decennio del '900, 'nazione' acquista una connotazione ideologica ulteriore, il solidarismo salvioliano può, per così dire, concedersi anche qualche lusso 'nazionalistico'. Sono brevi cenni, nascosti fra le pieghe di una ricerca su 'Trento medievale', nel momento stesso in cui pur si afferma la neutralità del discorso storiografico ⁽⁹⁸⁾, o in altre dotte ricerche di storia economica ⁽⁹⁹⁾, che il Maroi annette, con molta minore *pruderie*, alla causa nazionalistica e al culto della romanità ⁽¹⁰⁰⁾.

Ma non era questa l'annessione più legittima o comunque più significativa. Il contributo che Salvioi aveva oggettivamente offerto all'idea di un 'nuovo ordine' non passava attraverso i clamori bellicisti e le nostalgie della romanità, ma stava sul terreno più nascosto ma più solido dell'ideologia giuridica. In questa egli aveva operato, senza assurgere al ruolo di protagonista, ma certo con una sua dignità intellettuale e una vasta informazione, secondo schemi abbastanza precisi, anche se elementari: l'autonomizzazione delle forme di dominio dal modo di produzione capitalistico e dai relativi conflitti di classe; una concezione antropologico-hobbesiana della conflittualità sociale; una critica del-

⁽⁹⁶⁾ *I difetti sociali*, 1890, p. 25.

⁽⁹⁷⁾ *Ibidem*, loc. cit.

⁽⁹⁸⁾ G. SALVIOLI, *L'italianità di Trento nel suo diritto medievale*, in « Rivista italiana di sociologia », XIX, 3-4, 1915, p. 344.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. G. SALVIOLI, *Storia economica d'Italia nell'alto medio-evo: Le nostre origini*, Napoli, 1913.

⁽¹⁰⁰⁾ F. MAROI, recensione a G. SALVIOLI, *Storia economica d'Italia...*, Napoli, 1913, in « Rivista italiana di sociologia », XIX, 3-4, 1915, p. 617: in questo libro « scritto da un credente nell'eredità di Roma e nel culto di ogni nostra tradizione » l'autore « ci comunica il fascino delle origini nostre, di cosa, cioè, che non è superficiale, ma è oscura, profonda, misteriosa; ci fa sentire il respiro di una stirpe che attraverso il travaglio e la sofferenza millenaria non è esausta e trae vitale nutrimento dalla sua tradizione... ».

l'ideologia giuridica dal punto di vista dell'ideologia; un progetto di cooperazione fra classi; l'importanza attribuita alle 'corporazioni' (tanto padronali che operaie) in vista della regolamentazione del conflitto; la percezione di una insostituibile funzione dello stato nella fase 'ultima' dello sviluppo capitalistico e del suo valore 'generale', arbitrale e organizzativo; un ideale, oggettivo collegamento, al livello della progettazione socio-giuridica, con il protezionismo e con la valenza riformistico-autoritaria dello stesso.

Che Salvioli finisca così per parlare di « una grande personalità che entrerà nella storia come un'apparizione misteriosa e provvidenziale » e di una « coscienza italiana rinnovata dalla guerra, di quella coscienza di cui è vero interprete il fascismo » ⁽¹⁰¹⁾ non è un fatto, di per sè, nè sorprendente nè significativo: può acquistare un senso, al di là della biografia di Salvioli, solo se inserito nel quadro ideologico di fondo del solidarismo corporativistico.

Se poi alcune di queste coordinate ideologiche passassero non solo attraverso Salvioli, ma anche attraverso il movimento gius-socialistico nel suo complesso (pur nelle tante eterogeneità tematiche in esso presenti), si potrebbe proporre qualche dubbio sulla presunta sterilità del movimento, sul carattere utopistico e accademico della sua 'predicazione nel deserto', insomma sul suo storico 'déracinement' e suggerire di ripensare globalmente ad esso, più che secondo lo schema della astratta e velleitaria *ideologia della riforma*, secondo il 'tópos' astuto e lungimirante della *riforma dell'ideologia*.

⁽¹⁰¹⁾ G. SALVIOLI, *A proposito della riforma delle leggi ecclesiastiche*, in « Il diritto ecclesiastico », XXXVII, 1926, pp. 49-50.

SABINO CASSESE

SOCIALISMO GIURIDICO E « DIRITTO OPERAIO »,
LA CRITICA DI SERGIO PANUNZIO
AL SOCIALISMO GIURIDICO

I. Il « socialismo giuridico (esposizione-critica) » ⁽¹⁾ è uno scritto di Sergio Panunzio neppure ventenne, ancora studente universitario nell'ateneo napoletano. Opera prima immatura, frutto di letture mal digerite, libretto programmaticamente espositivo, esso dovette essere scritto in gran fretta. Mentre — come diceva Heine — un libro vuole il suo tempo, come un bambino, per nascere. Se tutti i libri scritti in fretta, in poche settimane, suscitano un certo pregiudizio contro il loro autore, per questo, in particolare, va aggiunto che si trattava di una rielaborazione di articoli pubblicati nei numeri 18 e 19 del 1905 della rivista di uno dei fondatori del socialismo rivoluzionario, Enrico Leone, « Il divenire sociale » (e tradotti nei numeri del 15 marzo e del 15 aprile 1906 della rivista « Le mouvement socialiste »).

In questa operina non si può quindi cercare un pensiero originale e svolto. Essa interessa non per quel che dice, ma per il modo in cui vi si riflette uno sfondo più vasto di suggestioni esterne: insomma, del Panunzio giovanissimo si può dire quello che Guido De Ruggiero scriveva, nel 1932, di taluni positivisti che « prendevano i colori dell'ambiente ».

D'altra parte, probabilmente, Sergio Panunzio non fu mai un forte teorico — spesso anzi dà l'impressione di essere piuttosto un orecchiante — ma aveva una larga sensibilità e letture vaste, che lo portarono a vedere chiaramente laddove altri, troppo impegnati sulle dottrine, non vedeva. Egli, inoltre, frequentò sia uo-

(1) Genova, Libreria moderna, 1907 (ma, nella pagina interna della copertina, 1906), pagine 243.

mini della cultura che uomini della politica. Per quel che qui interessa, con riguardo all'opera sul socialismo giuridico, si può dire che ebbe modo di conoscere personalmente esponenti del socialismo giuridico come il Salvio, che fu suo maestro a Napoli; e i capi della corrente sindacalista socialista, specialmente Arturo Labriola ⁽²⁾.

La maturazione di Panunzio avvenne nella Napoli degli inizi del secolo, a contatto con intellettuali irrequieti e dottrinari. Di questi il Panunzio condivise le inquietudini intellettuali ma anche l'atteggiamento di rivolta rispetto alla corruzione amministrativa dilagante e alla « vicecorte » degli Aosta, che influenzavano molto negativamente l'amministrazione napoletana. Da queste radici dottrinarie e insieme di rifiuto della realtà politico amministrativa — nella quale i sindacalisti rivoluzionari, che Panunzio frequentava, temevano restassero implicati anche i socialisti, accusati di « ministerialismo » — prendono le mosse le previsioni — per la verità spesso inarticolate — di Panunzio e del sindacalismo. Questo spiega perchè in « un giudizio storico complessivo sul sindacalismo rivoluzionario può ... trovare posto l'interpretazione che vede in esso una forma di protesta estrema degli strati più inquieti della piccola borghesia intellettuale, i quali tentano di valersi del movimento operaio per conquistare nella società quella posizione di preminenza perduta nella dialettica della moderna lotta di classe, e alla quale non sanno intravedere per il momento altra via di accesso » ⁽³⁾. È proprio per questa influenza che le vicende storiche ebbero su di lui che Sergio Panunzio si può dire « un personnage

⁽²⁾ Una biografia di Panunzio è in L. PALOSCIA, *La concezione sindacalista di Sergio Panunzio*, Roma, 1949.

Altri aspetti dell'ambiente e della biografia di Panunzio possono vedersi in R. VILLARI, *La polemica antiriformista di Antonio Labriola*, in *Conservatori e democratici nell'Italia liberale*, Bari 1964, pp. 125 ss.; R. DE FELICE, *Mussolini*, vol. I, 1965, pp. 40-41, 141, 188, 195, 243, 245, 288, 515; vol. II, pp. 538 e 656; vol. III, pp. 317 e 353; A. ACQUARONE, *L'organizzazione dello stato totalitario*, Torino 1965, pp. 272, 274, 279, 285, 287, 309; L. MANGONI, *L'interventismo della cultura; intellettuali e riviste del fascismo*, Bari 1974, pp. 285, 306, 310, 367; P. R. CORNER, *Il fascismo a Ferrara*, Bari 1974, pp. 24, 25, 64, 40, 301.

⁽³⁾ G. ARFÈ, *Storia del socialismo italiano (1892-1926)*, Torino 1965, p. 120. Si veda anche l'interpretazione gramsciana ripresa da G. CANDELORO, *Il movimento sindacale in Italia*, Roma, s.d., p. 59.

intermittent, ne reprenent vie que quand se manifestait quelque essence générale, commune à plusieurs choses, qui faisait sa nourriture et sa joie ».

II. Nel 1931, tornando sui propri scritti, Sergio Panunzio dirà in maniera autobiografica: « nel 1905, iscrivendomi alla Facoltà di Giurisprudenza nell'Università di Napoli, seguii il corso ufficiale di Filosofia del diritto che, come incaricato, teneva in quell'anno il compianto prof. Giuseppe Salvioli e il corso libero tenuto da Igino Petrone. Che differenza fra lo stile, il metodo, il contenuto delle lezioni dei due docenti! Il primo, storico, economista, sociologo; il secondo, filosofo e giurista; il primo tutto cose e sostanza; il secondo tutto metodo, forma, gnoseologia. Il prof. Salvioli, esaminando le correnti solidariste francesi e tedesche: Bourgeois, Duguit, Menger, Gierke, etc., mise di fronte, innanzi ai miei occhi, il Solidarismo borghese, che aveva avuto e aveva allora anche in Italia forti rappresentanti, basti citare il Cimbali, il Gianturco, il Coviello, il Vivante, e il Sindacalismo rivoluzionario di G. Sorel. Trassi da ciò la materia del mio primo libro, *Il socialismo giuridico*, comparso la prima volta in articoli sul « Divenire sociale » e tradotto quasi contemporaneamente sul « Mouvement socialiste » del Lagardelle e del Sorel, nel quale libro, alla tesi, per me utopistica, della solidarizzazione e umanizzazione del diritto borghese, opponevo nettamente e crudamente, in omaggio alla esaltazione « eticistica » sorelliana della tesi « storica » marxistica della lotta di classe, la realtà del diritto sindacale operaio. Ecco come immediatamente la concezione politica mi detta il punto di vista giuridico. Il mio diritto sindacale operaio è un diritto non statuale ed anzi antistatuale, anche se il mio Sindacato, invece di essere un organo economico puro, alla maniera del pretto Sindacalismo, è già un ente etico e politico, ossia un'istituzione organica. La presa di posizione contro la nozione tradizionale dello Stato è immediata e necessaria. La formula di Sorel è precisa: il Sindacato svuota e si sostituisce allo Stato. Ma non basta. Sento subito il bisogno della giustificazione filosofico-giuridica della mia posizione, che si riassume in questi due punti connessi e interdipendenti: dissociazione dell'idea del diritto da quella dello Stato; posizione del diritto all'infuori dello Stato; forma storica di questa posizione concettuale:

il diritto sindacale operaio. Qui mi viene in aiuto Icilio Vanni con le sue *Lezioni di Filosofia del diritto*, l'unico autore dal quale attinsi — non dall'Hauriou o dal Santi Romano, che non avevano poi ancora formulato le loro teorie — l'idea della pluralità dei « diritti » che Santi Romano, con la sua teoria dell'identificazione del diritto con l'ordinamento o con l'istituzione, chiamerà poi pluralità degli « ordinamenti giuridici ». Invero, il Vanni, partendo dalla concezione della formazione storica dello Stato, parla non solo di fasi prestatuali della società e del diritto ... ma esplicitamente tratta del « diritto autonomico degli enti collettivi ». Nello stesso tempo, nel 1905, si pubblica il libro del nostro Miceli: le fonti del diritto dal punto di vista psichico-sociale. La giustificazione sociologica, psicologica e storica, se non strettamente filosofico-speculativa, della mia posizione del diritto sindacale, come diritto a sè, fuori dello Stato, è trovata. Aggiungi che l'idea di un diritto non statale trovavasi nel grande Gierke, sul quale, a proposito del suo *Deutsches Privatrecht* (Leipzig, 1895), si soffermava spesso nelle sue lezioni il Salvioli » ⁽⁴⁾.

Ma l'autore non è il miglior giudice della sua opera. Vediamo quali componenti sono presenti nel « socialismo giuridico » di Panunzio e quali motivi ispiratori lo condussero a quel lavoro.

L'opera, che, appena uscita, fu molto bene accolta ⁽⁵⁾, contiene una critica del socialismo giuridico dal punto di vista del sindacalismo rivoluzionario. In questo senso, nel lavoro di Panunzio si riflettono le distinzioni e le lotte della politica e i contrasti tra socialisti riformisti e socialisti rivoluzionari. Quando Panunzio scriveva queste pagine, era da poco terminato il congresso di Bologna, dove la corrente rivoluzionaria del sindacalismo, guidata dagli intellettuali meridionali e da Arturo Labriola, si era presentata con forza ed aveva esposto le sue idee. Negli stessi anni, si svolgevano vicende fondamentali nella storia del sindacalismo, come l'agitazione dei ferrovieri per il divieto di sciopero contenuto nella legge di statizzazione delle ferrovie.

⁽⁴⁾ S. PANUNZIO, *Stato e diritto, l'unità dello Stato e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Modena, 1931, p. 5 e seguenti.

⁽⁵⁾ In particolare ne parlarono Domenico Carabellese su « Italia moderna » del 30 novembre 1906; Alfonso De Petri Tonelli, nella rivista « Sicilia socialista » del marzo 1907; la rivista « Il lavoro » del settembre 1906.

Lo stesso Panunzio, scrivendo in anni successivi, osservava che la data di nascita del sindacalismo in Italia si doveva porre nel 1903, quando era apparsa sulle colonne di « Avanguardia socialista » la traduzione del volume di Sorel sull'avvenire socialista dei sindacati ⁽⁶⁾.

Un secondo motivo di interesse dell'opera di Sergio Panunzio sta nel fatto che essa mostra che il socialismo giuridico non fu una vicenda isolata: interessò anche il mondo della politica. Ed, anzi, sugli orientamenti del socialismo giuridico vi fu una rottura, in quanto non tutti i politici di orientamento socialista (si pensi al Treves) seguirono gli indirizzi del socialismo giuridico.

Ma, oltre a questi due motivi, il libro di Sergio Panunzio ha interesse per ulteriori ragioni che qui possono solo essere indicate. In primo luogo, esso rappresenta un ponte tra il socialismo giuridico e il « sindacalismo » che influenzò largamente il diritto pubblico (questo rilievo consente di notare un legame tra le vicende del socialismo giuridico e la scienza del diritto pubblico, che non fu, per altri versi, influenzato, a differenza dal diritto privato e dal diritto penale, dal socialismo giuridico ⁽⁷⁾). In secondo luogo, nell'opera del Panunzio possono già trovarsi, sia pure accennati,

⁽⁶⁾ S. PANUNZIO, *Il sindacalismo*, in « La civiltà fascista », Torino, s.d., p. 354.

⁽⁷⁾ Mentre il socialismo giuridico non penetrò nel diritto pubblico, in questo ebbe una forte influenza il cosiddetto sindacalismo. Si rinvia a S. CASSESE - B. DENTE, *Una discussione del primo ventennio del secolo: lo stato sindacale*, in « Quaderni storici », 1971, n. 18, pp. 943 ss. e S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de « l'ordinamento giuridico » di Santi Romano*, ora in « La formazione dello Stato amministrativo », Milano 1974, pp. 21 ss.

Sul socialismo giuridico, in generale, si possono vedere principalmente i contributi di: A. ACQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960, pp. 55 ss.; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano 1970, pp. 347 ss.; P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, in « Politica del diritto », 1970, n. 2 e n. 3, pp. 241 ss. e 387 ss.; U. GUERINI, *Socialismo giuridico e diritto penale*, in « Politica del diritto », 1974, nn. 3-4, pp. 431 ss. Tutti questi autori osservano che il socialismo giuridico rimase sempre nebuloso, vago e confuso, e che fu collegato alle aspirazioni sociali dell'età giolittiana. Ma nessuno si è ancora dato carico di valutare l'influenza del socialismo giuridico sulla legislazione sociale dell'età giolittiana e sui progressi dell'intervento statale nell'economia.

alcuni dei motivi che spiegano le ragioni per cui i sindacalisti rivoluzionari dovevano poi approdare al fascismo ⁽⁸⁾.

III. Il lavoro di Panunzio si divide in due parti. Nella prima è contenuta un'esposizione del socialismo giuridico. Si tratta di un accurato ed ordinato riassunto delle principali idee del socialismo giuridico in ordine alle limitazioni della proprietà in nome della sua funzione sociale; alla necessità di un ripristino della condizione di parità delle parti nel contratto, con la tutela del contraente economicamente più debole; al riconoscimento giuridico dei sindacati come persone giuridiche, e del contratto collettivo, nonchè della partecipazione al profitto e della scala mobile; ai limiti al diritto di eredità; alla codificazione dei diritti sociali; all'affermazione del principio di solidarietà come integrazione e contemperamento dell'elemento individuale e di quello sociale ⁽⁹⁾.

Ma già nell'esposizione, che Panunzio fa, del socialismo giuridico, vi è una scelta: egli appare meno interessato ai temi più tradizionali e di carattere metodologico del socialismo giuridico: la critica alla sistematicità della pandettistica e al diritto romano; l'affermazione del legame tra diritto e scienza sociale e l'introduzione di modelli deontologici; l'affermazione della storicità della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

Per questa parte più espositiva, si può subito dire che Panunzio dovette avere sott'occhi principalmente le lezioni di filosofia del diritto che, proprio nell'anno scolastico 1904-1905, dettava il suo professore Giuseppe Salvioli ⁽¹⁰⁾. Ciò è confermato dalle stesse parole scritte da Panunzio in epoca successiva e che abbiamo sopra riportato.

⁽⁸⁾ A. GRAMSCI, *Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo stato moderno*, Torino 1949, pp. 238-239, osserva che: « sarebbe da ricercare come sia avvenuto che i vecchi sindacalisti soreliani (o quasi) a un certo punto siano divenuti semplicemente degli associazionisti o unionisti in generale; forse il germe di questo decadimento era nello stesso Sorel, cioè in un certo feticismo sindacale o economicistico ».

⁽⁹⁾ Va ricordato peraltro che Sergio Panunzio si proclamò favorevole alla indissolubilità del matrimonio e alla protezione della famiglia, dichiarando espressamente di avere idee conservatrici in proposito.

⁽¹⁰⁾ G. SALVIOLI, *Filosofia del diritto*, appunti dalle lezioni dettate dal prof. G. Salvioli, anno scolastico 1904-1905, Napoli 1905.

Quanto alla parte critica, come si è detto, questa è appena accennata, non svolta; ma le idee sono sicure e scritte con tono perentorio.

In primo luogo, Panunzio sostiene che « il socialismo giuridico non è il portato di una imprescindibile necessità storica, non risponde e non rappresenta gli interessi precisi e concreti di un dato gruppo o associazione di uomini, ma solo risponde ad una vaga, diffusa e generale esigenza etica e sentimentale della società moderna, alla quale, pur non negandone l'esistenza come mero fatto psicologico, attribuiamo uno scarsissimo valore storico e minima efficacia pratica » (p. 17). Di qui quella che Panunzio definisce « l'impotenza organica del socialismo giuridico » (p. 199) perchè il diritto è concepito « astrattamente come una entità per sè stante, una realtà ipostatica » (pag. 193) e perchè il socialismo, « distaccando mentalmente il diritto dal tronco della realtà sociale e isolandolo in un campo ideale ... lo vuole poi far assidere sulla vecchia economia » (p. 196).

La critica di Panunzio è quindi evidente: il socialismo giuridico « è una ideologia dei giuristi » (p. 243): « vuole riformare il diritto vigente: ma si può toccare la sfera del diritto per indurvi un sostanziale cambiamento senza toccare la sfera più profonda dei rapporti economici che stanno alla base del sistema sociale? » (pag. 197). « Fin quando non si rivoluziona l'economia, e cioè fin quando si spostano e si capovolgono i rapporti tra le classi, si ha un bel proclamare al vento l'ideale di solidarietà, il quale viene grottescamente smentito dal reale accanimento e inferocimento della moderna lotta di classe » (pag. 200).

Ma alla critica generale Panunzio fa seguire anche una critica, sia pure molto rapida, di carattere particolareggiato a « quella eunuca ed equivoca dottrina del « dovere morale » che è, a mio vedere, una manifestazione e produzione intellettuale di ogni razza sociale esaurita e contrafatta » (pag. 3): è « vano, inefficace e impotente il tentativo di conciliazione delle esigenze individuali e sociali del diritto di proprietà e solamente l'esproprio senza indennizzo e la socializzazione dei mezzi di produzione risolvono il problema sociale presente. Parlando dei diritti di obbligazione, dimostrata l'ineguaglianza delle condizioni reali in cui avvengono i contratti, implicitamente abbiamo significato che, fin quando la

effettiva uguaglianza economica non sia stabilita, il libero contratto non potrà esistere come tale, e abbiamo manifestamente criticato ... i tentativi dei solidaristi di rimediare ai mali attuali con la semplice sostituzione del contratto collettivo di lavoro al contratto individuale, e abbiamo dimostrato quale danno soffrirebbe il proletariato rivoluzionario con il riconoscimento giuridico dei suoi sindacati di mestiere, e l'impedimento che gli si farebbe nella affermazione libera della sua forza e quindi del suo diritto » (p. 190-191).

Mentre sono molto ampi gli spunti di carattere negativo, meno argumentata è però la parte propositiva.

I riferimenti generali sono al sindacalismo rivoluzionario, come è dimostrato dalle abbondanti citazioni di Sorel e dalle pagine in cui è ribadita l'affermazione che nel sindacato operaio è da cercare il socialismo in miniatura: « in questi sindacati noi fin da ora ... vediamo gli uomini non conviventi in lotta fra loro, ma liberamente associati e armonicamente cooperanti nel processo pratico della vita. Da questo terreno ecco spuntare rigogliosamente ... le novelle idealità sociali generatrici e formatrici del diritto » (pagg. 211 e 238).

Ma poi il Panunzio fa riferimenti contraddittori, insieme, al materialismo storico e al psicologismo sociale, tentando di mettere d'accordo Antonio Labriola con Ardigò. I suoi dubbi sono così forti che afferma egli stesso: « si potrà obiettare che noi facciamo una grande confusione di dottrine sociali contraddittorie ... nell'accomunare, per l'intento della nostra dimostrazione, i principi opposti del materialismo storico e del psicologismo sociale » (pag. 215); e poi, dopo la lunga disquisizione, Panunzio stesso si scusa con il lettore per « questa un po' lunga digressione » (pag. 227) che era servita a dimostrare che « il diritto è un prodotto della psiche o coscienza sociale eccitata dai bisogni pratici (economici) della umana convivenza » (pag. 223).

Più chiaro, invece, il programma, perchè più legato alla politica, nella quale il Panunzio viveva in quegli anni immerso. Egli sostiene la necessità di affermare un « diritto operaio » (pag. 208 e *passim*) e chiede che « sia smonopolizzato il capitale, sia tolta e definitivamente abolita l'appropriazione privata dei mezzi di produzione e di scambio; sia sostituito il regime della produzione di-

retta e riflessa dei beni economici per il soddisfacimento dei bisogni sociali al regime attuale della produzione indiretta e irreflessa per il privato arricchimento; siano eliminate le categorie (anti-economiche, diciamo noi) della rendita, del salario, dell'interesse e del profitto; si unifichi onninamente la produzione nelle mani dei produttori (lavoratori) nel rispetto economico-tecnico-amministrativo-giuridico; si proclami il « carattere sociale » di essa ..., e allora la solidarietà degli interessi, degli scopi e delle tendenze verrà da sè, automaticamente, perchè avrà la sua causa (economica) produttrice e il suo presupposto condizionale » (pagine 206-207).

Come si vede, in Panunzio, c'è la concezione propria del sindacalismo, di impronta liberista e antistatalista ⁽¹¹⁾. Più di una volta, il Panunzio stesso spiega che il diritto operaio non è un prodotto artificiale dello Stato, ma della libera associazione dei lavoratori e che il sindacalismo è antistatalista (pagg. 228 e 230).

In secondo luogo, in Panunzio è presente l'ispirazione sorelliana del diritto operaio, che sorge dall'insieme delle rivendicazioni proletarie: il diritto operaio è contrapposto al socialismo giuridico. Ma, mentre il Sorel si era preoccupato, nel suo scritto su « Le idee giuridiche del marxismo » ⁽¹²⁾, di mettere a punto, sul piano teo-

⁽¹¹⁾ Sul liberismo e sull'antistatalismo dei sindacalisti, si veda ora in particolare, G. ARE, *Economia e politica nell'Italia liberale*, Bologna 1974, pp. 113 ss. Si può consultare anche N. BOBBIO, *Profilo ideologico del '900*, in « Storia della letteratura italiana », vol. IX, Milano 1969, p. 151. Questo autore osserva anche che « mentre il pensiero del socialismo ufficiale sonnecchiava coi riformisti o vaneggiava con i rivoluzionari, Sorel fece scuola tra i giovani socialisti ».

Possono essere altresì utilmente consultati gli ordini del giorno presentati da Arturo Labriola e dai sindacalisti rivoluzionari ai congressi del partito socialista: L. CORTESI, *Il socialismo italiano fra riforma e rivoluzione*, Bari 1969, pp. 220 e 291, nonché R. VILLARI, *op. cit.*, p. 132 (per l'affermazione di Labriola Arturo del sindacato come municipio e Stato dell'avvenire) e G. CANDELORO, *op. cit.*, p. 68.

⁽¹²⁾ G. SOREL, *Le idee giuridiche nel marxismo*, in « Saggi di critica del marxismo », Milano 1903, pp. 189 ss. Sull'influenza di G. Sorel, in generale, E. GARIN, *Cronache di filosofia italiana*, II, Bari 1966, pp. 284-285.

Va peraltro rilevato che una critica del socialismo giuridico, di scorcio, era già stata fatta un decennio prima, da Antonio Labriola in « In memoria del manifesto dei comunisti »: « Fiorirono in questi ultimi anni molti giuristi, i quali cercarono nelle correzioni al Codice Civile i mezzi pratici per elevare la condizione

rico, il suo consenso e dissenso con Marx, la preoccupazione di Panunzio è più schiettamente politica.

I motivi svolti dal Panunzio, quindi, erano già presenti nella letteratura e nei dibattiti politici dell'epoca: il giovane Panunzio si limita a svolgere repliche, ripetizioni, imitazioni, ritocchi (13).

Queste, dunque, le posizioni del giovane Sergio Panunzio, agli albori del secolo, all'inizio della sua multiforme attività di scrittore e politico. Più tardi, quando le condizioni politiche e le idee stesse di Panunzio matureranno, il suo lavoro andrà svolgendosi in un continuo contrappunto con il sorelismo iniziale, in una serie di tentativi di spiegare i dati della nuova realtà, nei rapporti

del proletariato. Ma perchè non chiedono al papa che si faccia capo dei liberi pensatori? Ameno più degli altri è il caso di quello scrittore italiano, che, occupandosi di recente della lotta di classe, chiede che, accanto al codice che garantisce i diritti del capitale, ne sorga un altro a garanzia dei diritti del lavoro: ». « Pullulano e si moltiplicano ogni istante i farmacisti della questione sociale, che han tutti qualcosa di particolare da suggerire o da proporre, per curare od eliminare questo o quel malanno sociale: nazionalizzazione del suolo, monopolio dei grani da parte dello Stato; statificazione delle ipoteche, municipalizzazione dei mezzi di trasporto; finanza democratica; sciopero generale, e così via da non finirla mai. Ma la democrazia sociale elimina tutte coteste fantasie, perchè l'istinto della propria situazione induce i proletari, appena si addestrino nell'arena politica, ad intendere il socialismo in modo integrale. A intendere, cioè, che ad una cosa sola essi devono soprattutto mirare: all'abolizione, cioè del salariato; che una sola forma di società è quella che rende possibile, e anzi necessaria, l'eliminazione delle classi: e cioè l'associazione che non produce merci; e che tal forma di società non è più lo Stato, anzi è il suo opposto, ossia il reggimento tecnico e pedagogico della convivenza umana, il selfgovernment del lavoro. Non più giacobini, nè quelli eroicamente giganti del '93, nè quelli in caricature del 1848: ». « Come chiedere l'abolizione della miseria, senza rovesciare tutto il resto? Chiedere a questa società, che essa muti anzi rovesci il suo diritto, che è la sua difesa, gli è chiederle l'assurdo. Chiedere a questo Stato che esso cessi dall'essere lo scudo, anzi il baluardo di questa società e di questo diritto è volere l'illogico. Cotesto socialismo unilaterale, che, senza essere strettamente utopistico, parte dal preconconcetto che la storia ammette la errata-corrigere senza rivoluzione, ossia senza fondamentale mutazione nella struttura elementare e generale della società stessa, o è una ingenuità, o un imbarazzo ». Antonio LABRIOLA, *La concezione materialistica della storia*, Bari 1965, pp. 19, n. 1, 16-17, 51.

Dello stesso autore, va visto anche « Del materialismo storico: delucidazione preliminare » (1895, ripubblicato nel 1922, pp. 109 e 124) per la spiegazione della natura di classe dello Stato e del diritto.

stato-sindacati, a fronte delle sue idee di sindacalista. Per cui gli aspetti interessanti del suo pensiero di quegli anni « il ne faut pas tant les chercher dans son oeuvre même, que dans les attitudes qu'il prend en face de son oeuvre ».

(13) Probabilmente, la stessa osservazione può farsi per quel gruppo di opere che segna la breve vita del sindacalismo rivoluzionario in Italia: *Riforma e rivoluzione sociale* (1904) di Art. Labriola; *Problemi del socialismo contemporaneo* (1906) di A. O. Olivetti; *Il sindacalismo* (1907) di Enrico Leone; *L'azione diretta* (1907) di Alceste De Ambris.

Figure dell'esperienza

DIETER SCHWAB

ARBEIT UND EIGENTUM.
ZUR THEORIE ÖKONOMISCHER GRUNDRECHTE
IM 19. JAHRHUNDERT

I. VORBEMERKUNGEN ÜBER DEN « JURISTENSOZIALISMUS ».

Mit der 1886 publizierten Schrift « Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag » provozierte ANTON MENDER die berühmte Polemik von ENGELS und KAUTSKY, welche zur Disqualifizierung der Mengerschen Auffassungen das griffige Schlagwort *Juristensozialismus* fanden ⁽¹⁾. Der Ausdruck blieb als Abgrenzungsbegriff des Marxismus gegenüber « ungenügenden » sozialistischen Vorstellungen verbreitet, nahm aber auch alsbald eine positive Bedeutung an ⁽²⁾. Indes bleibt fraglich, welches Programm mit Hilfe dieses Ausdrucks charakterisiert werden kann. Da Engels-Kautsky Mengers Idee karikieren wollen, man müsse den Sozialismus seiner *nationalökonomischen Verbrämung* entkleiden und in *nüchterne Rechtsbegriffe* verwandeln ⁽³⁾, könnte man an eine Einteilung sozialistischer Theorien in primär ökonomische und primär rechtswissenschaftliche denken. Viel wäre damit jedoch nicht gewonnen. Von den Schwierigkeiten eines normativen Elements in der marxistischen Theorie abgesehen (unten II 3) ⁽⁴⁾ wird die Gegenüber-

⁽¹⁾ *Die Neue Zeit* 5 (1887), 49; abgedruckt MEW 21, 491.

⁽²⁾ Z. B. bei ANDRÉ MATER, *Le socialisme juridique*, in *La revue socialiste*, Paris, Juli 1904, 1 ff.

⁽³⁾ ANTON MENDER, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, Vorrede zur 1. Aufl., zit. nach 2. Aufl., Stuttgart 1891, desgl. S. 38.

⁽⁴⁾ Selbst in der Polemik gegen Menger sprechen ENGELS-KAUTSKY von « historischer Berechtigung » und « Rechtsforderungen »!

stellung selbst für Menger zweifelhaft; der Wiener Jurist führt anstelle der Produktionsverhältnisse die Machtverhältnisse als treibende Faktoren der Geschichte ein - zu diesen gehören jedoch folgerichtig auch die Sachverhalte wirtschaftlich begründeter Machtausübung ⁽⁵⁾. Gelegentlich wird der Juristensozialismus mit evolutionärem oder demokratischem Sozialismus in Verbindung gebracht ⁽⁶⁾. Auch dazu besteht indes kein hinreichender Anlaß. Man kann nämlich mit Hilfe der Mengerschen Prämissen und noch deutlicher mit denen seiner theoretischen Gewährsleute sehr wohl zu einem revolutionären Programm gelangen; es kostet geradezu eine gewisse Mühe, bei einer tendenziellen Beurteilung des Privateigentums an Boden und Kapital als Unrecht die revolutionären Konsequenzen zu vermeiden. Daß der Marxismus mit seiner historischen Rechtfertigung des Kapitalismus als einer notwendigen Stufe der gesellschaftlichen Entwicklung stärkere revolutionäre Impulse lieferte als diejenigen Theorien, die das Individualeigentum und den Produktionsmitteln generell als Unrecht disqualifizierten, ist eine Pointe der Geschichte, die sich zur Typenbildung kaum eignet. Was den demokratischen Charakter von Mengers Arbeitsstaat betrifft, so genügt ein Hin-

⁽⁵⁾ Das Verhältnis von Macht und Recht erhält bei Menger letztlich keine klare Darstellung. Menger kontrastiert an einer Stelle sogar die *wirtschaftlichen Verhältnisse* und die *politischen und ökonomischen Interessen* der Gewalthaber, s. *Neue Staatslehre* (1903, hier nach der 2. Auflage Stuttgart 1904), 229 f. Um Aufhellung bemühen sich die Dissertationen K. E. KÄSTNER, *Anton Menger (1841-1906). Leben und Werk*, Tübingen 1974, 47 ff.; zur (zurückhaltenden) Berücksichtigung der wirtschaftlichen Gegebenheiten im Machtbegriff ebenda 63 ff.; ECKART MÜLLER, *Anton Mengers Rechts- und Gesellschaftssystem*, Berlin 1975, 55 ff.; G. SCHÖPFER, *Anton Mengers Staatslehre* (Dissertationen der Universität Graz 19), Wien 1973, 33 ff. Jedenfalls machen es sich ENGELS-KAUTSKY zu leicht, wenn sie Menger die Auffassung unterschieben, die juristische Vorstellung sei die treibende Kraft der Geschichte, *Die Neue Zeit* 5 (1887), 52.

⁽⁶⁾ So N. REICH, *Sozialismus und Zivilrecht. Eine rechtstheoretisch-rechtshistorische Studie zur Zivilrechtstheorie und Kodifikationspraxis im sowjetischen Gesellschafts- und Rechtssystem*, Frankfurt a. M. 1972, 50; der « Juristensozialismus » gilt dort als Vorläufer des « demokratischen Sozialismus », der sich um eine evolutionäre Änderung der geltenden Privatrechtsordnung im sozialen und sozialistischen Sinne bemüht; s. auch N. REICH, *Anton Menger und die demokratische Rechtstheorie, in Recht und Politik*, 1972, 93 ff. Dagegen zutreffend ECKART MÜLLER (Fn. 5), 115.

weis auf die schon von HUGO PREUSS glänzend formulierten Zweifel (7).

Die Frage ist also, ob sich der Begriff *Juristensozialismus* ähnlich dem von Kautsky 1906 geprägten *Professorensozialismus* (8) in seiner aktuell-polemischen Bedeutung erschöpft oder ob er nicht doch eine Eigenart des Denkens hervorhebt. Das letztere ist der Fall. Wogegen Engels und Kautsky sich wenden, ist freilich nicht juristisches oder normatives Denken im allgemeinen. Es ist die Konzeption einer sozialen Theorie vom Ausgangspunkt individueller Berechtigungen, die in einer übergeschichtlichen Seinsordnung verankert werden. Die Vorstellung von Menschen- und Bürgerrechten, welche die Sinnggebung von Staat und Gesellschaft ausmachen, begreifen Engels und Kautsky als Denkform des Bürgertums; die Arbeiterklasse konnte sie — wie es heißt — zwar anfänglich als Waffe benutzen, ohne aber in dieser juristischen Illusion der Bourgeoisie ihre Lebenslage erschöpfend zum Ausdruck bringen zu können (9). Das Denken in Individualrechten oder auch in ewigen Forderungen der Gerechtigkeit oder menschlicher Gleichheit (10) erscheint so gesehen als Rückfall in die bürgerliche Ideologie. Die Polemik gegen die Idee der Grundrechte richtet sich letztlich gegen das subjektive Naturrecht, gegen die Herleitung von Berechtigungen aus der Seinsbefindlichkeit des Menschen.

Die Frage, ob Mengers Theorie tatsächlich als naturrechtlich oder — um es allgemeiner auszudrücken — individualrechtlich bezeichnet werden kann, ist streitig (11) und nicht einfach zu beantworten. Es kann nicht bezweifelt werden, daß Menger im « Recht auf den vollen Arbeitsertrag » den Sozialismus als eine Art Fortentwicklung der Menschenrechtstheorie darstellt. An die

(7) *Archiv für Öffentliches Recht* 18 (1903), 373 ff., insbes. 406: « ... die Kompetenz seiner Wirtschaftsbehörden stellt eine Polizeigewalt dar, wie sie der fanatischste Vertreter des Polizeistaates kaum in Fieberphantasien zu träumen gewagt hätte ».

(8) *Die Neue Zeit* 24 (1906), 83.

(9) *Die Neue Zeit* 5 (1887), 49-51.

(10) *Die Neue Zeit* 24 (1906), 81.

(11) Neuerdings ablehnend REICH, *Anton Menger* (Fn. 6), 100 und KÄSTNER (Fn. 5), 74, 107, während MÜLLER (Fn. 5), 28, von einer naturrechtlichen Position spricht.

Seite oder Stelle der herkömmlichen politischen Grundrechte, die Menger zufolge überwiegend vom Standpunkt der besitzenden Klassen ausgebildet worden sind und keinen ökonomischen Inhalt aufweisen, treten Grundrechte neuen Gepräges. Man kann *die letzten Zwecke des Sozialismus durch Aufstellung von ökonomischen Grundrechten kurz bezeichnen* ⁽¹²⁾. Indes trennt Menger von der liberal-demokratischen Grundrechtstheorie nicht lediglich der Inhalt, sondern das Grundrechtsverständnis selbst: Die naturrechtliche Forschung *beruhte viel zu sehr auf abstrakten, aprioristischen Grundlagen* ⁽¹³⁾; der größte Irrtum der Aufklärungsperiode bestand in der Annahme, *daß neben und über den positiven Rechten der einzelnen Staaten ein Naturrecht bestehe, an welchem die Gerechtigkeit der positiven Rechtssysteme gemessen und aus dem sie nötigenfalls ergänzt werden können* ⁽¹⁴⁾. Es soll also kein zwingendes Naturrecht im Sinne einer unmittelbaren und absoluten Verbindlichkeit für die staatliche Rechtsordnung geben. Es ist dies aber noch kein hinreichender Grund, den naturrechtlichen Einschlag des « Rechts auf den vollen Arbeitsertrag » ganz zu leugnen. Die Behauptung einer vollen Rechtsqualität naturrechtlicher Sätze mit Vorrang vor jedem gesetzten Recht ist nur ein Ast unter vielen am Baume des europäischen Naturrechtsgedankens. Auffällig ist, daß Menger das Naturrecht der Aufklärung gegen die historische Rechtsschule verteidigt ⁽¹⁵⁾. Aufschlußreich scheint die Bemerkung, das Naturrecht hätte durch Hinzufügung empirischer Elemente auch im 19. Jahrhundert lebendig erhalten werden können ⁽¹⁶⁾. Daß Menger für seine rechtspolitischen Forderungen den Begriff des Grundrechts, nicht aber des Naturrechts reklamiert, liegt auch in der wissenschaftsgeschichtlichen Situation der Zeit begründet, deren positivistischer Tendenz er im doppelten Sinne Rechnung trägt: dem Gesetzespositivismus, indem er die Verwirklichung der

⁽¹²⁾ *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag* (Fn. 3), 5.

⁽¹³⁾ *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*. Inaugurationsrede gehalten am 24. Oktober 1895 bei Übernahme des Rektorats der Wiener Universität, 2. Aufl., Wien und Leipzig 1905, 12.

⁽¹⁴⁾ *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 1890, hier nach 4. Aufl., Tübingen 1908, 40.

⁽¹⁵⁾ *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft* (Fn. 13), 13 ff.

⁽¹⁶⁾ *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft* (Fn. 13), 17.

Grundrechte an die positiven Gesetze bindet; dem naturwissenschaftlich-soziologischen Positivismus, indem er die Machtverhältnisse als die entscheidenden Faktoren des Rechts und damit der Grundrechtsverwirklichung einführt. Das Grundrecht deckt bei Menger folglich ein rechtspolitisches (*legislativpolitisches*) Programm ab, das seinen Postulatcharakter wiederum aus der Erkenntnis der Machtverhältnisse und ihrer Veränderung bezieht. Wie Menger freilich aus den Machtverhältnissen eine normative Ebene gewinnen will, bleibt ähnlich ungewiß wie die Herleitung von Handlungsimperativen aus der marxistischen Geschichtstheorie - die gleiche Unklarheit begegnet übrigens auch im Verhältnis von Macht und Sittlichkeit in Mengers «Neuen Sittenlehre» (17).

Die Kontroverse zwischen Engels-Kautsky und Menger wirft die allgemeine Frage nach der Rolle des individualrechtlichen Denkens im Sozialismus auf. Um mit einem Satz zu antworten: Es fehlt in keiner sozialistischen Doktrin, doch erscheint die Relevanz seines Gebrauchs sehr unterschiedlich und insgesamt begrenzt. Die Zusammenhänge sollen im folgenden anhand der Eigentumstheorie verdeutlicht werden. Menger irrte, als er annahm, die «bürgerlichen» Grundrechte hätten politischen, aber nicht ökonomischen Charakter (18). Es ist dies schon im Hinblick auf den Freiheitsgedanken unrichtig, der die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit (Gewerbefreiheit, Freiheit des Eigentums) zum integralen Bestandteil hatte und gerade durch sie soziale Teilhaberechte ersetzte:

Exetastes: Darin werden Sie doch alle übereinkommen: das geringste, aber ganz unbezweifelbare Recht des Menschen ist das, sich satt zu essen ... Kleon: Der Arme kann vom Staat nicht mehr verlangen als den freien Gebrauch seiner Kräfte. Bleibt er arm, so ist es seine eigene Schuld (19).

Darüberhinaus kennt die liberale Verfassungstheorie ein klassisches ökonomisches Grundrecht: das Recht auf Gewährleistung

(17) Jena 1905; dazu treffend KAUTSKY, *Die Neue Zeit* 24 (1906), 76 ff.

(18) *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag* (Fn. 3), 5, 29.

(19) ERNST FERDINAND KLEIN, *Freyheit und Eigenthum, abgehandelt in acht Gesprächen über die Beschlüsse der Französischen Nationalversammlung*, Berlin und Stettin 1790, 47, 53.

und Schutz des Eigentums. Gerade in diesem Eckpfeiler liberalen Denkens gibt es anschauungsgeschichtliche Verknüpfungen mit dem Sozialismus, die Zeugnis dafür ablegen, wie sehr die Theoreme und Begriffe funktional verfügbar sind. Zur Erläuterung der Vorgänge beschränke ich mich auf die Interpretation einiger von vielen Eigentumstheorien, von welchen die naturrechtlichen Systeme, die Rechts- und Staatsphilosophien und die ökonomischen Theorien des 19. Jahrhunderts erfüllt sind. Nicht auf die vielfältigen Varianten soll es ankommen, sondern auf das Typische. Auch versage ich mir einen geschichtlichen Rückgriff vor die Theorie von LOCKE, so interessant die Vorgeschichte des modernen Eigentumsbegriffes im Umkreis der spätmittelalterlich-frühneuzeitlichen Wirtschaft auch ist ⁽²⁰⁾.

II. DIE LIBERALE EIGENTUMSDOKTRIN IM ZWIESPALT IHRER KONSEQUENZEN.

1. In der politischen Theorie des Liberalismus kommt dem Eigentum fundamentale Bedeutung zu. Schutz und Garantie des Eigentums der Bürger (« Privateigentum ») werden als wesentlicher Staatszweck gesetzt und bilden eine Grundbestimmung des Gesellschaftsvertrages, mit dem die Menschen den Naturzustand verlassen und sich der Staatsgewalt unterworfen haben. Das Eigentum erhält somit Verfassungsrang: Seine Unverletzlichkeit gehört zum Grundrechtskanon der geschriebenen Verfassungen. Vorausgesetzt ist dabei die Verbindung des Eigentums mit der Freiheitsidee; erst das Ineinandergreifen der politischen Grundbegriffe « Freiheit und Eigentum » ermöglicht die Heiligsprechung des Eigentums als — um mit HEGEL ⁽²¹⁾ zu reden — der äußeren

⁽²⁰⁾ Ich verweise auf C. B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*, Oxford 1962 (nach dt. Übers. Frankfurt 1973); P. LARKIN, *Property in the Eighteenth Century with Special Reference to England and Locke*, Neuausgabe New York 1969, Chap. 1 und 2; R. SCHLATTER, *Private Property. The History of an Idea*, 1951, Neuausgabe New York 1973, Chap. 4-6; P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica*, in *La seconda scolastica nella formazione del diritto moderno*, Milano 1973, 117 ff.

⁽²¹⁾ *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissen-*

Sphäre der Freiheit. Die Verfassungsgarantie des Eigentums war infolge der Verknüpfung mit dem Freiheitsgedanken nicht für jede Art nutzbarer Innehabung äußerer Güter gedacht, sondern für das «freie» Eigentum, für welches die weitgehend unbeschränkte Dispositionsgewalt als besonderes Kennzeichen angesehen wurde und das gegenüber den feudalkrechtlichen und familienrechtlichen Bindungen wie gegenüber obrigkeitsstaatlichen Beschränkungen vielfach erst hergestellt werden mußte. Der Politisierung des Eigentums als Eckpfeiler der Verfassung durch den Liberalismus eignet demzufolge eine gleichzeitig konservierende (Unverletzlichkeit) wie verändernde Tendenz (Herstellung des freien Eigentums). Es kommt dies am deutlichsten in solchen Verfassungen zum Ausdruck, wo — wie etwa in der Frankfurter Reichsverfassung vom 28-3-1849, Abschnitt VI, Art. IX — die Proklamation unverletzlichen Eigentums und die entschädigungslose Aufhebung gewisser in der Feudalverfassung wurzelnder wirtschaftlicher Rechte unvermittelt nebeneinander stehen. In dem Maße, in dem die Gesetzgebung des ausgehenden 18. und des 19. Jahrhunderts durch Aufhebung oder Ablösung der lehns-, grand- und gutsherrlichen Dauerbindungen, der permanenten Grundstücklasten, durch Aufhebung von Gemein- und Korporationseigentum, ferner durch Rückbildung der staatlichen Wirtschaftsregulierung (Gewerbefreiheit) den Typus des «freien» Eigentum herstellte, konnte der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff des Liberalismus seinen «progressiven» Zug abstreifen und seine Funktion auf die Aufrechterhaltung der Besitzstände beschränken. Im bloß konservativen Sinne war die Eigentumsgarantie übrigens schon von der Adelsreaktion eingesetzt worden, welche die Aufhebung ihrer Rechte als Eigentumsverletzungen gebrandmarkt und somit den Streit um das «wahre» Eigentum entfacht hatte ⁽²²⁾.

schaft im Grundrisse, Werke, hg. v. E. MOLDENHAUER und K. M. MICHEL, Frankfurt a. M. 1970, Bd. 7, § 41.

⁽²²⁾ Dazu R. VIERHAUS, *Eigentumsrecht und Mediatisierung. Der Kampf um die Rechte der Reichsritterschaft 1803-1815*, und R. FREIN VON OER, *Der Eigentumsbegriff in der Säkularisationsdiskussion am Ende des alten Reiches*, beides in *Eigentum und Verfassung. Zur Eigentumsdiskussion im ausgehenden 18. Jahrhundert*, hg. von R. Vierhaus, Göttingen 1972, 229 ff., 193 ff.

Mit der Auffassung von der Unantastbarkeit des freigesetzten (oder noch freizusetzenden) Privateigentums mußte die auf erneute Änderung drängende soziale Bewegung des 19. Jahrhunderts in Konflikt geraten. Der Widerspruch konnte unterschiedliche Gestalt annehmen:

— *Entweder* das Eigentum verfiel als zentraler Legitimationsbegriff eines zu überwindenden Systems einem generellen Verdikt; zufolge dieser Auffassung, die sich plastisch in der berühmten Eigentum-Diebstahl-Gleichung artikuliert, müßte das Eigentum zu einem bloß historischen Begriff herabsinken, wie vordem etwa das Levensverhältnis.

— *Oder* aber das Eigentum blieb als politischer Grundbegriff auch im Hinblick auf neue soziale Systeme aufrechterhalten. Das setzte aber voraus, daß das Eigentum gegenüber seiner liberalen Ausprägung erneut in Bewegung gesetzt wurde; der theoretische Kampf um das soziale System konnte dann wiederum, unter veränderten Fronten, als Streit um das « wahre » Eigentum geführt werden.

Ein Überblick über die sozialen und ökonomischen Theorien, die gegen den Liberalismus entwickelt wurden, zeigt bis in die 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts hinein eine verbreitete Neigung, am Eigentum als einem fundamentalen Systembegriff festzuhalten. Im Bereich der politischen Kräfte, die seit der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts im Begriff der « Sozialpolitik » und des « Sozialstaats » eine Verständigungsformel fanden, wuchs dem Eigentum im Gedanken seiner gesellschaftlichen Natur und seiner gesellschaftlichen Einbindung ein neues Element zu, das den individualistischen Charakter durch einen gesellschaftlich-instrumentalen überlagerte (vgl. heute Art. 14 und 15 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland im Zusammenhang). Auffällig ist indes, daß selbst in sozialistischen, auf Veränderung in den Besitzverhältnissen an Boden und Kapital abzielenden Lehren das Eigentum (trotz heftiger eigentumsfeindlicher Ausbrüche) seine Ausstrahlungskraft bewahren konnte, so als bilde es einen unausrottbar in das Bewußtsein eingewurzelten Urbegriff. Wenn sonach das feudale Eigentum als überwunden galt, das bürgerliche Eigen-

tum als Instrument der Ausbeutung entlarvt war, so galt es erneut, das legitime (wahre) Eigentum zu erfassen und herzustellen. Die Lehre von Individualeigentum ist ein wichtiges Zeugnis für den theoriegeschichtlichen Zusammenhang zwischen der Aufklärung des 18. und der sozialen Bewegung des 19. Jahrhunderts.

Die anschauungsgeschichtlichen Zusammenhänge sind umso deutlicher, als der Sozialismus sich der liberalen Eigentumstheorie unschwer bedienen konnte, um mit wenigen gedanklichen Operationen zu entgegengesetzten Ergebnissen zu gelangen. Seine Heiligkeit verdankte das liberale Eigentum den engen Bezügen, welche das aufgeklärte Naturrecht zwischen der Persönlichkeit des Menschen und der Innehabung äußerer Güter hergestellt hatte. Das Gütereigentum wurde mit dem Persönlichkeitsbereich unlösbar vermischt; es wurde Persönlichkeitsrecht ⁽²³⁾. Der politische Eigentumsbegriff ließ deshalb die rechtstechnisch-juridische Bedeutung (als final unbegrenztes Herrschaftsrecht über eine Sache) weit hinter sich. Jedes Recht, auch ein Recht mit höchstpersönlichem Gehalt, konnte als Eigentum erscheinen: *Alle Rechte sind also Eigentums-Rechte* ⁽²⁴⁾. Für die Personalisierung des Eigentums konnten zwei Wege eingeschlagen werden, die wir im Zusammenhang mit ihrer sozialistischen Ausdeutbarkeit betrachten wollen. Das Eigentum konnte entweder eine *personale Bestimmung* erhalten (unten 2) oder aus einem *personalen Ursprung* erklärt werden (unten 3).

2. Die Deutung des Eigentums als Mittel für die Bestreitung individueller Bedürfnisse ist alt und taucht bei LOCKE noch in anspruchslosem Gewand auf: Die Menschen brauchen zur Selbsterhaltung äußere Mittel; ihr Recht auf Selbsterhaltung bedingt daher eine Zuordnung der äußeren Existenzmittel ⁽²⁵⁾. Gegen

⁽²³⁾ C. v. ROTTECK, Art. *Eigentum*, in ROTTECK-WELCKER, *Staatslexikon*, Bd. 4 (1834), 629.

⁽²⁴⁾ JOHANN HEINRICH ABICHT, *Philosophie der Sitten*. 1. Teil: *Allgemeine praktische Philosophie*, 2. Aufl., Leipzig 1798, § 229; ferner HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Fn. 21), § 40.

⁽²⁵⁾ *Two Treatises of Government*, hg. v. P. LASLETT, 2. Aufl., Cambridge 1967, *The Second Treatise of Government*, § 25.

Ende des 18. Jahrhunderts erhielt, zumal in der deutschen Philosophie, die Beziehung des Menschen zu seinen äußeren Existenzbedingungen mit Hile des Eigentumsbegriffs indes eine tiefgründigere Deutung. Im Gegenüber von Person und Natur umschreibt das Eigentum das Emanationsfeld der persönlichen Freiheit. Das Eigentum macht die *Materie* aus, *worin der Mensch seine persönlichen Rechte ausübt, und den Wirkungskreis der menschlichen Freiheit bestimmt* ⁽²⁶⁾. Das Recht auf Eigentum *beruht auf dem Rechte des Menschen auf Freiheit in der Äußerung seiner Vermögen, und dem Rechte des Menschen auf die Sachen der wirklichen Welt, zweien ursprünglichen, unmittelbar aus dem Charakter der Persönlichkeit folgenden Rechten* ⁽²⁷⁾. Vollends bei HEGEL erscheint das zunächst ohne Rücksicht auf die bürgerliche Gesellschaft entwickelte Eigentum als *Dasein der Persönlichkeit* ⁽²⁸⁾: *Erst im Eigentume ist die Person als Vernunft* ⁽²⁹⁾. Demgegenüber erhält bei Hegel die Bedürfnisbefriedigung als etwas der Bestimmung des Eigentums Nachgesetztes und aus ihm Folgendes einen minderen Rang ⁽³⁰⁾, um erst in der Dimension der bürgerlichen Gesellschaft, und zwar nicht gegenüber dem Individualeigentum, sondern gegenüber dem *allgemeinen Vermögen* eine eigentliche Geltung zu erlangen ⁽³¹⁾.

Die Verlagerung der Freiheit-Eigentum-Beziehung vom Ethischen ins Ontische durch HEGEL hat seinen Grund. Denn die Begründung des Eigentums aus den individuellen Bedürfnissen provozierte sogleich den Gedanken seiner Relativität und Endlichkeit: Eigentum nach Maßgabe der Bedürfnisse! Diese Schlußfolgerungen hatte bereits LOCKE gezogen, der das natürliche Aneignungsrecht des Menschen auf das beschränkt hatte, was jemand zum Nutzen seines Lebens verbrauchen kann, bevor es verdirbt. Locke verlangte außerdem, den anderen müsse genügend

⁽²⁶⁾ SAMUEL SIMON WITTE, *Ueber die Schicklichkeit der Aufwandsgesetze*, Leipzig 1782, 46 f.

⁽²⁷⁾ KARL HEINRICH HEYDENREICH, *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, 1. Teil, Leipzig 1794, 262 f.

⁽²⁸⁾ *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Fn. 21), § 51.

⁽²⁹⁾ *Op. cit.*, § 41.

⁽³⁰⁾ *Op. cit.*, §§ 45. 59.

⁽³¹⁾ *Op. cit.*, §§ 199, 200.

und ebenso Gutes übrigbleiben ⁽³²⁾. Derartige Gedanken drangen auch in Deutschland ein, etwa im Naturrecht von JOHANN HEINRICH ABICHT, der das Eigentum zweckhaft begriff und begrenzte: *Jede Person hat das Recht, das sich rechtlich erworbene Eigentum zu besitzen, aber nur alsdann und nur so lange (also nur temporell), wann und solange es als Mittel zu ihrem persönlichen Zwecke zu verwenden ist, dahin ist der Besitz derselben durch den alles berechtigenden persönlichen Zweck eingeschränkt... Überflüssiges, und seinem Menschheitszwecke schändliches Eigentum besitzt niemand mit Recht* ⁽³³⁾.

Die Deutung des Eigentums im Hinblick auf die personalen Entfaltungsinteressen oder die Lebensbedürfnisse konnte demzufolge dem «freien Eigentum» ebenso als Begründung dienen ⁽³⁴⁾ wie es gefährden, indem es den Rückschluß von den Interessen auf die Schranken des Eigentums zuließ. LOCKE entging derartigen Konsequenzen, indem er die ursprünglichen Begrenzungen des Eigentums mit der Einführung des Geldes entfallen ließ ⁽³⁵⁾; HEGEL, indem er die Bedürfnisfrage aus der Bestimmung des «Eigentums an sich» eliminierte und die im Eigentum sich betätigende Freiheit der Person ganz auf den Willen gründete. Wie leicht die Theorie vom Bedürfnisseigentum in den Sozialismus einmünden konnte, lehrt ein Blick auf den britischen Utilitarismus. Es genügt der Hinweis auf WILLIAM GODWIN, dem ein System mit gleicher Arbeit und gleichem Eigentum vorschwebte. Zur Begründung des Eigentums dient das Bedürfnis: *What would*

⁽³²⁾ *The Second Treatise of Government* (Fn. 25), §§ 31, 27.

⁽³³⁾ *Neues System eines aus der Menschheit etwickelten Naturrechts*, Bayreuth 1792, § 86; s. auch GOTTLIEB HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften*, Jena 1790, § 189: «Jeder dari also auch soviel zu seinem Eigentum rechnen, als er zur Mehrung seiner Vollkommenheit brauchen kann, ohne andrer Vollkommenheit zu mindern, oder ohne die Mehrung einer größeren Vollkommenheit zu erschweren».

⁽³⁴⁾ In diesem Sinn z. B.: SAMUEL SIMON WITTE, *Ueber die Schicklichkeit der Aufwandsgesetze*, Leipzig 1782; LEOPOLD FRIEDRICH FREDERSDORFF, *System des Rechts der Natur auf bürgerliche Gesellschaften, Gesetzgebung und Völkerrecht angewandt*, Braunschweig 1790, 309; s. auch JOHANN AUGUST SCHLETTWEIN, *Die Rechte der Menschheit oder der einzige wahre Grund aller Gesetze, Ordnungen und Verfassungen*, Gießen 1784, § 121.

⁽³⁵⁾ C. B. MACPHERSON, *op. cit.* (Fn. 20), 229 ff.

denominate any thing my property? The fact, that it was necessary to my welfare. My right would be coeval with the existence of that necessity... What I have, if it be necessary for my use, is truly mine; what I have, though the fruit of my own industry, if unnecessary, it is an usurpation for me to retain ⁽³⁶⁾. Ein derart offener Eigentumsbegriff ist freilich als wirkliches Kriterium für Zuteilung unbrauchbar, weil er das Problem der konkurrierenden Bedürfnisse als den eigentlichen Sitz der Eigentumskonflikte ausklammert. Um Godwin zu verstehen, muß man seine Vorstellung von der sich durch Aufklärung einstellenden konfliktlosen Gesellschaft hinzunehmen, die des Rechtsprinzips nicht bedarf. Gleichwohl verdeutlicht Godwins Buch, wohin die Bedürfnisfrage führen kann. Sie weist den Weg von einer ontischen zu einer instrumentalten Begründung des Eigentums, dessen Struktur mit der unterschiedlichen Erfassung der Bedürfnisse variabel erscheint und sowohl von sozialistischen wie kapitalistischen Programmen her bestimmt werden kann.

3. Die Theorie vom Ursprung des Eigentums in der Person des Eigentümers bedingte eine völlige Verschmelzung von Person und Sachgüterhabe ⁽³⁷⁾. Sie wies das Eigentum als Schöpfung des Individuums, nicht der politischen Gesellschaft aus: Das Eigentum ruht im Menschen selbst, Sacheigentum entsteht im bloßen Verhältnis zwischen Mensch und Natur. Bürgerliche Gesetze über das Eigentum bewirken nicht seine Existenz, sondern geben nur gewisse Regeln im Umgang unter Eigentümern. Das Eigentum als Geschöpf des Individuums vor der Gesellschaft, vor dem Staate begründet die Autonomie, Autokratie, Souveränität des Eigentümers ⁽³⁸⁾. Die Errichtung der bürgerlichen Gesellschaft beseitigt

⁽³⁶⁾ *An Enquiry Concerning Political Justice and Its Influence on General Virtue and Happiness*, 2 vol., London 1793, book VIII, chap. 6 (II, 856-857), vgl. book VIII, chap. 1 (II, 798 ff.).

⁽³⁷⁾ Man beachte nur die Polemik von HEGEL gegen die Einteilung in Personen- und Sachenrecht: «Hier erhellt schon soviel, daß nur die Persönlichkeit ein Recht an Sachen gibt und daher das persönliche Recht wesentlich Sachenrecht ist» (*op. cit.*, § 40).

⁽³⁸⁾ Die Anwendung des Souveränitätsbegriffs auf den Eigentümer bezeugt eine Übernahme politischer Herrschaftstitulaturen in das Privatrecht. Das Ei-

das ursprüngliche Verhältnis zwischen Eigentümer und Eigentum nicht; vielmehr dient der Staat hauptsächlich dem Schutz dieses so begriffenen Eigentums. Nicht alle dem Liberalismus und seinem Vorfeld zuzurechnenden Theorien behaupten freilich die Vorstaatlichkeit des Eigentums; aber auch dort, wo das Recht erst mit der Errichtung der bürgerlichen Gesellschaft beginnt oder wo ein « Naturzustand » nicht mehr angenommen wird, kann der individualistische Ursprung des Eigentums aufrechterhalten, nämlich in die Grundbedingungen der Gesellschaft hineindefiniert werden.

Die in unseren Zusammenhang gehörigen Lehren stimmen in der Vorstellung überein, das Eigentum an äußeren Gütern entstehe ursprünglich durch ein bestimmtes Sichverhalten der Person gegenüber den Gegenständen der Natur. Der eigentumsbegründende Vorgang wird entweder als Aneignung (Okkupation) oder als Arbeit beschrieben. Für eine sozialistische Fortentwicklung der liberalen Eigentumstheorie ist die Herleitung des Eigentums aus der Arbeit von besonderer Bedeutung geworden. Grundlegend für die weitere theoriegeschichtliche Entwicklung ist das Naturrecht von LOCKE, dessen Eigentumstheorie die folgenden Thesen enthält: (a) Schon im Naturzustand, da allen alles gemein war, war der Mensch befugt und vom Schöpfer aufgefordert, individuelles Sacheigentum zu erwerben; (b) die Möglichkeit zu einem derartigen Erwerb beruhte auf dem Eigentum des Menschen an seiner Person, seinen Handlungen und mithin seiner Arbeit ⁽³⁹⁾; (c) der Eigentumserwerb erfolgte näherhin durch Vermischung der Materie mit der Person mittels Arbeit, wodurch der Materie etwas der Person Eigenes hinzugefügt wurde; so konnten auch Grundstücke zu Eigentum erworben werden ⁽⁴⁰⁾; (d) Die auf Sachgüter verwendete Arbeit bestimmt fast ausschließlich ihren Wert: *'tis Labour indeed that puts the difference of value on every thing* ⁽⁴¹⁾;

gentum als *souveränes Recht*, z. B. bei JOHANN CHRISTIAN GOTTLIEB SCHAUMANN, *Versuch eines neuen Systems des natürlichen Rechts*, Halle 1796, 239. Der Eigentümer als Herr über die Sache *kraft seiner subjektiven Privat-Souverainetät, oder auch: von Gottes Gnaden* bei BURKHARD WILHELM LEIST, *Ueber die Natur des Eigenthums*, Jena 1859, 57.

⁽³⁹⁾ *Op. cit.* (Fn. 25), §§ 44 u. 27.

⁽⁴⁰⁾ *Op. cit.*, §§ 32 u. 38.

⁽⁴¹⁾ *Op. cit.*, § 40, vgl. §§ 41-43, 50, 37.

(e) Hauptzweck der Vereinigung der Menschen zu einer Gesellschaft oder einem Staate ist der Schutz des Eigentums (*Lives Liberties and Estates, which I call by the general Name, Property*) ⁽⁴²⁾; der Staat kann ihnen das Eigentum nicht ohne ihre Zustimmung nehmen ⁽⁴³⁾.

Der anschauungsgeschichtliche Anteil Lockes an der Personalisierung, Heiligung des Eigentums und seiner emphatischen Erhöhung zum Grundpfeiler der Gesellschaft muß hoch veranschlagt werden. In Deutschland finden sich Zeugnisse des Einflusses vor allem in der politischen Literatur der späten Aufklärung. Ich greife zwei Beispiele heraus. JOHANN AUGUST SCHLETTWEIN unterscheidet in seinem 1779 erschienenen Buch «Grundfeste der Staaten oder die politische Oekonomie» zwischen Personaleigentum und Realeigentum. Das Personaleigentum ordnet dem Menschen seine individuelle Fähigkeit und Kraft von Natur aus zu. Es bildet den Grund des Realeigentums: *Es muß also auch eines jeden Menschen Eigentum sein, was er durch Anwendung seiner eigenen Kraft, seiner eigenen Fähigkeiten, seiner eigenen Personalvermögenheit schafft, hervorbringt, formt, ohne dabei die Personalvermögenheit eines anderen Menschen zu brauchen... Nichts ist dem Menschen eigen, als was in seinem physischen Wesen enthalten ist, oder durch alleinige Anwendung der Kraft seines physischen Wesens sein Dasein erlangt* ⁽⁴⁴⁾. Die 1797 publizierten «Grundlinien der Rechtswissenschaft oder des sogenannten Naturrechts» von HEINRICH STEPHANI erfassen das Eigentum als *eine Sache, welche durch die von einer Person empfangene Form in das unabhängige Reich einer Person versetzt worden, und daher für andere unzugänglich geworden ist*. Das Produkt der menschlichen Tätigkeit ist daher der Person eigen: *Was mein Produkt ist, das darf ich als mein Produkt behandeln, weil es Äusserung meiner physischen Kraft ist, über die ich unabhängige Macht habe*. Das einzig wahre Zeichen des Eigentums ist daher die *durch Menschenkraft hervorgebrachte Form* (die Materie selbst wird nicht Eigentum!) ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴²⁾ *Op. cit.*, § 123.

⁽⁴³⁾ *Op. cit.*, §§ 138-140.

⁽⁴⁴⁾ § 52.

⁽⁴⁵⁾ §§ 205, 208, 209, 212.

Welche Dienste der durch Arbeit geadelte Eigentumsbegriff der Gesellschaftstheorie des Bürgertums leisten konnte, ist unschwer abzuschätzen. Die Deutung des Eigentums als persönliche Leistung nahm der Definition des Gemeinwesens als Eigentümergesellschaft den eigentlich timokratischen Charakter. Da jede Person als Eigentümerin ihrer Kräfte potentielle Sacheigentümerin war, konnte man das Staatsbürgerrecht (Wahlrecht) an den Güterbesitz binden und daher die Besitzlosen politisch disqualifizieren, ohne einen Verstoß gegen die Rechtsgleichheit zugeben zu müssen. Das Sacheigentum konnte als Voraussetzung der vollwertigen Bürgerschaft verlangt werden, als Ausweis nämlich einer gewissen Quantität und Qualität der Freiheit ⁽⁴⁶⁾. Redlicherweise mußte dabei freilich die tatsächliche Chance für jedermann mitgedacht werden, durch Arbeit zu einer gewissen Anhäufung von Sacheigentum zu kommen. Die Programme der Schaffung « echten » Eigentums in der Hand der Bauern seit Ende des 18. Jahrhunderts (als Teilprogramm der « Bauernbefreiung ») stehen, was auch sonst ihre Ziele gewesen sein mögen, auch unter dem Aspekt der Schaffung einer Nation von (möglichst vielen) Eigentümern. Wo die Chance zur Vermögensbildung jedoch nicht gegeben war — ganz offenkundig war sie für die Land- und Fabrikarbeiter gar nicht erst gedacht —, erhöhte die liberale Eigentumstheorie die faktischen Klassenschranken zu politischen und moralischen und geriet zur Klassenideologie.

Die Herleitung des Eigentums aus der Arbeit konnte freilich unschwer auch gegen das ökonomische System des Bürgertums gerichtet werden. Wenn sich durch die Arbeit die Persönlichkeit des Arbeitenden mit der bearbeiteten Sache mischt und die Sache somit Teil des Personalbereichs wird — warum erwirbt dann nicht der Landarbeiter, sondern der Grundbesitzer das Eigentum an den Produkten? Wenn, wie auch der Ökonomie von ADAM SMITH zu entnehmen war, die Arbeit die wirtschaftlichen Werte schafft —

⁽⁴⁶⁾ Zur Bindung des Staatsbürgerrechts an das Eigentum D. SCHWAB, *Die « Selbstverwaltungsidee » des Freiherrn vom Stein und ihre geistigen Grundlagen*, Frankfurt 1971, 132 ff.; H.-C. SCHRÖDER, *Das Eigentumsproblem in den Auseinandersetzungen um die Verfassung von Massachusetts, 1775-1787*, in *Eigentum und Verfassung* (Fn. 22), 11 ff.

warum erwirbt nicht der Fabrikarbeiter, sondern der Unternehmenseigner das Eigentum an den Arbeitsergebnissen? ⁽⁴⁷⁾. Der individualistische Charakter der auf dem Naturrecht des 18. Jahrhunderts fußenden politischen Lehren konnte den Liberalismus zugleich begründen und ihm den Boden entziehen — zu letzterem bedurfte es nur einiger kleiner Schritte. LOCKE war den Konsequenzen seiner Theorie durch die Annahme entgangen, daß der Erwerb des Eigentums durch Arbeit die Herrenlosigkeit der Sache voraussetze. Der Landerwerb durch Bearbeitung war vorgestellt für die Zeiten der ersten Bevölkerung der Erde und für gewisse, noch unbesiedelte Landstriche (*some in-land vacant places of America*), nicht mehr für die besiedelte Welt ⁽⁴⁸⁾. Wie MACPHERSON aufgewiesen hat, erscheint die ursprüngliche Aneignungsform durch Arbeit für Locke mit Einführung des Geldes weithin gegenstandslos, weil das (nicht verderbende) Geld die Anhäufung von großen Vermögen und damit die weitestgehende Aufteilung der Güterwelt unter Privateigentümer ermöglicht hat ⁽⁴⁹⁾. Locke begriff das Geld durchaus in seiner Kapitalfunktion, so daß für die Zeit nach Einführung des Geldes die Eigentumsbildung in Gestalt des Kapitalzinses von der Arbeit völlig abgelöst erscheint ⁽⁵⁰⁾. Ferner geht Locke beiläufig und selbstverständlich davon aus, daß selbst im Naturzustand und selbst vor Einführung des Geldes die Arbeit des abhängigen Dienstnehmers dem Dienstherrn Eigentum verschaffe ⁽⁵¹⁾, ohne aufzuzeigen, kraft welchen Prinzips eigentlich dem Knecht das Produkt seiner Arbeit entfremdet wird. Auffallend ist nun aber, daß sich der Unterschied des Sacheigentums in seiner personalen Qualität — Eigentum durch eigene Arbeit, Eigentum durch Arbeit anderer, Eigentum als Einkommen aus Grund- und Kapitalbesitz — in der Locke'schen Theorie nicht auf die Unverletzlichkeit des Eigentums auswirkt: Unterschiedslos

⁽⁴⁷⁾ Die Eignung von Lockes Doktrin vom natürlichen Eigentum für die sozialistische Eigentumskritik ist herausgestellt bei LARKIN, *op. cit.* (Fn. 20), 128 ff., und SCHLATTER, *op. cit.* (Fn. 20), 272 ff.; dazu auch M. BEER, *A History of British Socialism*, vol. 1, London 1929, 188 ff.

⁽⁴⁸⁾ *Op. cit.* (Fn. 25), §§ 35 u. 36.

⁽⁴⁹⁾ *Op. cit.* (Fn. 20), 229 ff.; LOCKE, *op. cit.*, § 36.

⁽⁵⁰⁾ Dazu MACPHERSON, *op. cit.*, 232.

⁽⁵¹⁾ *Op. cit.*, § 28.

ist das Eigentum identisch mit der Freiheit, zu deren Erhaltung die bürgerliche Gesellschaft gegründet wird ⁽⁵²⁾. Die « Heiligkeit » des personalen Eigentums strahlt auf das Eigentum ohne personalen Ursprung hinüber, ohne daß eine Rechtfertigung dafür sichtbar wird. Unterscheidungsversuche zwischen « vollkommenem » und « unvollkommenem Eigentum », wie wir sie in Deutschland Ende des 18. Jahrhunderts finden, richten sich gerade nicht gegen Grundrente und Kapitalzins: Nach der Einteilung von CARL FRIEDRICH BAHRDT, einem entschiedenen Freiheitstheoretiker der deutschen Aufklärung, zählt nicht nur das durch Fleiß erworbene Einkommen zum vollkommenen Eigentum, es gehören vielmehr auch Miet- und Pachterträge und Kapitalzins dazu ⁽⁵³⁾.

Bei alledem blieb unklar, wie das in Urzeiten durch Arbeit, seitdem aber hauptsächlich durch Tausch und Erbschaft erworbene Eigentum seinen personalen Charakter soll durch die Zeiten hindurch erhalten haben. Es konnte nicht erklärt werden, wieso die früher geleistete Arbeit den Rang haben sollte vor der Tätigkeit späterer Arbeiter, die keineswegs Eigentum am Produkt, sondern stattdessen einen Lohn erhielten. Die sozialistische Theorie mußte die Herleitung des Eigentums aus der Arbeit lediglich von der Voraussetzung befreien, daß der bearbeitete Gegenstand herrenlos sein müsse, um aus einem historischen ein aktuelles Erwerbsprinzip zu machen. War Arbeit der wesentliche und einzige Erwerbstitel, so standen Grundrente und Kapitalzins als Beraubungen des wahren Eigentums fest: *Either a man is not the just proprietor of the produce of his own labour, or, there is no justice in requiring interest for the use of money* (JOHN GRAY) ⁽⁵⁴⁾.

Daß die Theorie vom Arbeitseigentum ein gesellschaftliches System gefährdete, welches sich in Deutschland Anfang des 19. Jahrhunderts gerade erst entwickelte, blieb nicht verborgen. Auffällig sind in der deutschen Philosophie jener Zeit die Versuche,

⁽⁵²⁾ Die Einführung des Geldes und damit die kapitalistische Form der Aneignung kann nach Lockes Auffassung vor Errichtung der bürgerlichen Gesellschaft gedacht werden, siehe dessen Aufweis bei MACHPHERSON, *op. cit.*, 237.

⁽⁵³⁾ CARL FRIEDRICH BAHRDT, *Rechte und Obliegenheiten der Regenten und Untertanen in Beziehung auf Staat und Religion*, Riga 1792, 146.

⁽⁵⁴⁾ *A Lecture on Human Happiness*, London 1825, 33.

den personalen Charakter des Eigentums ohne Zuhilfenahme der Arbeit zu begründen ⁽⁵⁵⁾. Hervorzuheben ist auch in diesem Zusammenhang die Eigentumstheorie HEGELS. Ihm erscheint das Eigentum als Vergegenständlichung des Willens der Person ⁽⁵⁶⁾, nicht als Resultat eines produktiven Vorgangs. Die Arbeit wird, gleich den Bedürfnissen, nicht der Bestimmung des Eigentums, sondern der Sphäre der bürgerlichen Gesellschaft zugeschlagen und bleibt daher zunächst, das heißt für die Konstituierung des Eigentums an sich, ohne Relevanz ⁽⁵⁷⁾. Als originären Erwerbsgrund nimmt Hegel die Zueignung, die nicht notwendig Arbeit voraussetzt, vielmehr nur erfordert, daß eine Person die Hoheit ihres Willens gegen die Sache manifestiert ⁽⁵⁸⁾. Es geschieht dies durch Besitzergreifung, welche durch körperliche Ergreifung, Formierung oder bloße Zeichensetzung erfolgen kann. Die Formierung als mögliche Variante der Besitznahme enthält freilich auch Elemente der Bearbeitung ⁽⁵⁹⁾; sie führt aber nicht wegen des produktiven Elements, sondern als Ausdruck des Besitzergreifungswillens zum Eigentumserwerb. Vordergründig gesehen verwendet Hegel den römischrechtlichen Erwerbsgrund der Okkupation (I 2, 1, 12-19; D 41, 1, 1-7). Er entwickelt daraus eine Philosophie des Eigentums, mit deren Hilfe ein kapitalistisches Gesellschaftssystem widerspruchsfrei erklärt werden kann. Denn das personale Prinzip des Eigentums als der Wille der Person über die Natur kann nach dem ersten, originären Eigentumserwerb über alle weiteren Veränderungen hinweg aufrechterhalten werden. Auch in der bürgerlichen Gesellschaft, in der die unmittel-

⁽⁵⁵⁾ Zwischen dem Arbeitseigentum und dem Willenseigentum gibt es zahlreiche Übergänge, siehe etwa JOHANN GOTTLIEB FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, 1796 (hier nach Hamburg 1960), § 11: *Unterordnung unter unsere Zwecke*. Hegel schon ähnlich JOHANN CHRISTIAN GOTTLIEB SCHAUMANN, *Versuch eines neuen Systems des natürlichen Rechts*, Halle 1796, 237 ff. HUFELAND setzt an die Stelle des Willens die bloße *Vorstellung*, *op. cit.* (Fn. 33), § 185.

⁽⁵⁶⁾ *Op. cit.* (Fn. 21), §§ 45, 50, 51.

⁽⁵⁷⁾ *Op. cit.*, §§ 196-198. Zur Sphäre der Bedürfnisse und der Arbeit im Verhältnis zum Eigentum R. P. HORSTMANN, *Über die Rolle der bürgerlichen Gesellschaft in Hegels Philosophie*, in *Hegel-Studien* 9 (1974), 209 ff.

⁽⁵⁸⁾ *Op. cit.*, § 44.

⁽⁵⁹⁾ *Op. cit.*, § 56; zu den Arten der Besitzergreifung §§ 51-58.

telbaren Erwerbsarten eigentlich wegfallen, bleibt das Eigentum das, als was es ursprünglich entstanden war, nämlich die durch den Willen beseelte Natur, die Realisation der wollenden Persönlichkeit. Daß in der bürgerlichen Gesellschaft das Eigentum auf Vertrag beruht ⁽⁶⁰⁾, stellt das Willensprinzip nicht in Frage; an die Stelle des einseitigen Besitzergreifungswillens tritt der übereinstimmende Wille der Kontrahenten. Der Austausch verändert weder Qualität noch Quantität des Eigentums. Es ergibt sich dies aus Hegels Auffassung, im entgeltlichen Austauschvertrag bleibe *das im Verträge an sich seiende Eigentum*, nämlich der auszutauschende Wert, identisch; jeder Partner behält also dasselbe Eigentum, mit dem er in den Vertrag eintritt und welches er zugleich aufgibt ⁽⁶¹⁾. Somit gibt es für die vereinbarte Kapital- und Grundrente keine Begrenzungen, welche dem Eigentumsbegriff immanent wären. Die Probleme von Arbeit und Bedürfnis sind, wie gezeigt, bei Hegel außerhalb des Eigentumsbegriffs angesiedelt, und werden erst in der Sphäre der bürgerlichen Gesellschaft ohne inhaltlich fixierbare Rückwirkungen auf das Eigentum relevant.

Die Herleitung des Eigentums aus der Arbeit befindet sich im Umkreis der liberalen Theorie des 19. Jahrhunderts verständlicherweise auf dem Rückzuge. JOHN STUART MILL gewinnt mit ihrer Hilfe einen kritischen Standpunkt gegenüber den Eigentumsverhältnissen der Zeit, sieht sich aber gleichzeitig zu einer Modifikation genötigt, um das Privateigentum an Boden und Kapital grundsätzlich rechtfertigen zu können. Mill setzt nämlich an die Stelle der Arbeit die « Fähigkeiten », welche die Fähigkeit zum Tausch miteinschließen: *Nothing is implied in property but the right of each to his (or her) own faculties, to what he can produce by them, and to whatever he can get for them in a fair market; together with his right to give this to any other person if he chooses, and the right of that other to receive and enjoy it* ⁽⁶²⁾. Dergestalt wird der

⁽⁶⁰⁾ *Op. cit.*, § 217.

⁽⁶¹⁾ *Op. cit.*, § 77.

⁽⁶²⁾ *Principles of Political Economy*, 1848, Repr. New York 1965, book 2 chap. 2 § 3; die Herleitung des Eigentums aus den Fähigkeiten auch bei M. A. THIERS, *De la propriété*, Paris 1848, liv. 1 chap. 5.

abgeleitete Eigentumserwerb dem originären Erwerb durch Arbeit qualitativ gleichgestellt. Zugleich werden die « Fähigkeiten » selbst als Austauschobjekte betrachtet, wodurch der Lohnarbeitsvertrag seine Erklärung findet. Die aus dem Saint-Simonismus stammende Formel « Jedem nach seinen Fähigkeiten » kann in diesem Verstande anstelle der Formel « Jedem nach seiner Arbeit » zum Begründungsprinzip jeder Art von Wettbewerbswirtschaft dienen.

III. DIE BEDEUTUNG DES ARBEITSEIGENTUMS IN SOZIALISTISCHEN THEORIEN.

I. Von der These, das Eigentum beruhe einzig auf der Arbeit, hat die sozialistische Literatur des 19. Jahrhunderts regen Gebrauch gemacht. Vernichtende Kritik an den zeitgenössischen Eigentumsverhältnissen (*the institution of property as it at present exists*) ⁽⁶³⁾ konnte daher verbunden werden mit einem Begriff vom legitimen, wahren Individualeigentum, das im doppelten Sinne als überpositive Größe angesiedelt werden mußte. Es konnte nämlich weder aus den bestehenden Gesetzen, noch aus den gegebenen wirtschaftlichen Verhältnissen abgeleitet werden, sondern stellte sich als gesolltes Verhältnis des Arbeitenden zum Produkt (wert) seiner Arbeit und somit in den Kategorien des Rechts als naturrechtliche Zuordnung dar. Man kann darin einen individualrechtlichen Denkansatz sozialistischer Doktrinen sehen, eine Fortführung des naturrechtlich-ökonomischen Konzepts des Liberalismus mit neuen Konsequenzen. Wie dort das in Urzeiten einmal durch Arbeit, seitdem aber durch Tausch und Erbschaft erworbene Eigentum geheiligt und garantiert wurde, so nun das Arbeitseigentum schlechthin, das in jedem Produktionsvorgang neu entsteht und dem Produzierenden die Früchte seiner Tätigkeit zueignet. Indes ist darauf zu achten, welche Funktion das Arbeitseigentum im Sozialismus zu erfüllen hatte. Als tragende Säule eines sozialen Programms kam es nur dann in Betracht, wenn aus ihm das entscheidende Prinzip der Güterverteilung oder die

⁽⁶³⁾ J. F. BRAY, *Labour's Wrongs and Labour's Remedy: or the Age of Might and the Age of Right*, Leeds 1839, 17.

bestimmenden Strukturelemente der gesellschaftlichen Veränderung gewonnen wurden oder werden konnten. Die Verwendung der Vorstellung vom Arbeitseigentum ist in den einzelnen Lehren freilich verschieden; anhand einiger Beispiele soll die Problematik verdeutlicht werden.

Daß wir mit der 1840 erschienene ersten Schrift von PROUDHON über das Eigentum ⁽⁶⁴⁾ beginnen, mag erstaunen. Die berühmte Gleichsetzung von Eigentum und Diebstahl weist den Autor als Feind des Eigentums aus, ebenso eine Reihe weiterer Sätze: das Eigentum ist der Anfang allen Übels, es ist antisozial, es ist unmöglich, es verletzt die Axiome des gesellschaftlichen Lebens, nämlich Gerechtigkeit und Gleichheit. Mit logischer Unerbittlichkeit deckt Proudhon die Schwächen der naturrechtlichen Theorien (einschließlich des naturrechtlichen Arbeitseigentums) auf. Das Eigentum, so scheint es, einst als natürliches Recht begründet, erhält seine naturrechtliche Widerlegung. Proudhons Schrift würde demzufolge gar nicht in unseren Zusammenhang gehören, wenn sie nicht auch ganz andere Aussagen enthielte. Sie weist eine Anzahl von Unklarheiten auf, die nur zum Teil mit mangelnder Unterscheidung erklärt werden können. Daß Proudhons Verdikt nicht das Eigentum der Gesellschaft am Kapital treffen soll (*propriété collective*) ⁽⁶⁵⁾, ergibt sich beiläufig. Darüberhinaus wird das Verständnis der Schrift dadurch erschwert, daß der Autor zwischen den Zuordnungsobjekten nicht unterscheidet. Seine Angriffe richten sich der Sache nach vorwiegend gegen das Individual-eigentum an Boden und Kapital. Daß der Gedanke individueller Habe nicht gänzlich verabschiedet wird, zeigt sich deutlich erst am Ende des Buches: Kommunismus und Eigentum werden als These und Antithese begriffen; die Verbindung dieser beiden zu einer Synthese rechtfertigt sich durch die in ihnen enthaltene Wahrheit. Das «Wahre» am Eigentum erhält Proudhon unter dem Namen des Besitzes aufrecht, den er als Gegenbegriff des Eigentums setzt: *La possession est dans le droit; la propriété est*

⁽⁶⁴⁾ PIERRE-JOSEPH PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement*. Premier mémoire, zit. nach der Ausgabe Paris 1966.

⁽⁶⁵⁾ *Op. cit.*, chap. 3, § 7, 179.

contre le droit. Supprimez la propriété en conservant la possession... ⁽⁶⁶⁾. Der provozierende Satz «Eigentum ist Diebstahl» kann also nur durch ein terminologisches Manöver aufrechterhalten werden. Die Struktur des Individualbesitzes bleibt überdies im Dunkel, sieht man davon ab, daß es keinesfalls ein Exklusivrecht an Grund und Boden geben soll.

Proudhon beläßt es nun freilich nicht beim Besitz als Eigentumsersatz, sondern gewinnt im Verlaufe der Erörterung vorübergehend auch das Eigentum als legitimierenden Begriff wieder, und zwar im Zusammenhang mit der Arbeit. Gegen die liberale Ausprägung der naturrechtlichen Theorie vom Arbeitseigentum macht Proudhon vornehmlich zwei Argumente geltend. Erstens: Das Eigentum des Arbeiters an seinen Produkten kann nicht das Eigentum am Stoff der Produktion (gemeint ist der Boden) mit sich bringen ⁽⁶⁷⁾. Zweitens: Wenn aus der Arbeit das Eigentum am Arbeitsprodukt entsteht, so gilt dies auch für die Masse der Lohnarbeiter, deren Lohn aber in Wirklichkeit mit dem Arbeitseigentum nicht identisch ist, sondern lediglich eine Ausgabe für den Unterhalt des Arbeiters darstellt ⁽⁶⁸⁾. Ganz offenbar richten sich beide Einwände nicht gegen das Arbeitseigentum generell, sondern lediglich gegen die liberalen Schlußfolgerungen. So verwundert es nicht, wenn Proudhon seine eigentumsfeindliche Linie verläßt und den Satz aufstellt: *Le travailleur conserve, même après avoir reçu son salaire, un droit naturel de propriété sur la chose qu'il a produite*. Stark wird der naturrechtliche Charakter dieses Eigentums hervorgehoben: *un droit naturel, nécessaire, inhérent au travail, inséparable de la qualité de producteur* ⁽⁶⁹⁾. Näherhin ist Gegenstand dieser natürlichen Zuordnung der durch die Tätigkeit des Arbeitenden geschaffene Wert. Damit scheint im Arbeitseigentum ein Verteilungsprinzip gewonnen, zumal im Anschluß an diese Sätze die Teilung des Eigentums gefordert wird. Indes verläßt Proudhon diese Linie sogleich wieder. Aus dem Eigentum des Arbeiters an dem von ihm geschaffenen Wert soll

⁽⁶⁶⁾ *Op. cit.*, chap. 5, partie 2, § 3, 307.

⁽⁶⁷⁾ *Op. cit.*, chap. 3, § 4, 148.

⁽⁶⁸⁾ Siehe *op. cit.*, chap. 3, § 5, 150.

⁽⁶⁹⁾ *Op. cit.*, chap. 3, § 5, 152.

folgen, daß jegliches angehäuften Kapital im gesellschaftlichen Eigentum steht ⁽⁷⁰⁾ — weiter spielt das Arbeitseigentum keine Rolle. Zuletzt vermag Proudhon ein solches Eigentum als individuelles, nach dem Maß der Wertschöpfung unterschiedliches Recht überhaupt nicht anzuerkennen. Grundlegend ist die Erkenntnis der gesellschaftlichen Natur jedweder Produktion, ferner das Postulat der Gleichheit der Arbeitsentgelte. Die Arbeit gibt infolgedessen lediglich ein Anrecht auf einen Bruchteil, dessen Nenner gleich der Zahl der in der Gesellschaft lebenden Individuen ist ⁽⁷¹⁾. Dieses Anrecht verleiht aber kein Eigentum, ja nicht einmal Besitz! Kaum hat der Arbeiter sein Produkt vollendet, beansprucht es die Gesellschaft. Auch im Zustand der Gerechtigkeit und Gleichheit ist der Arbeiter nicht Eigentümer des Preises der Arbeit; das Arbeitsentgelt wird gar nicht als Entlohnung für vollbrachtes Werk gegeben, sondern als Versorgung und Voranschub im Hinblick auf künftige Arbeit: *Nous consommons avant de produire...* ⁽⁷²⁾.

Dergestalt bleiben die Sätze Proudhons über das Eigentumsrecht des Arbeiters am Produktwert zweifelhaft, jedenfalls ohne bestimmte Konsequenzen. Sie scheinen eingefügt, um die Ungerechtigkeit der herkömmlichen Verteilung, des Erwerbs durch den *propriétaire oisif* darzustellen, nicht aber um ein wirkliches Prinzip einer neuen Güterzuordnung zu gewinnen. Der Gedanke der Gleichheit überlagert, wie schon bei Proudhons Vorläufer BRAY ⁽⁷³⁾ den Gedanken des Individualeigentums. Allenfalls könnte man aus Proudhons Buch das Prinzip gewinnen, daß allein die Arbeit einen Anteil (man nenne ihn Eigentum oder Besitz oder sonstwie) an den Ergebnissen der gesellschaftlichen Gütererzeugung verschaffe — auch dieser Satz läßt aber schon im Hinblick auf arbeitsunfähige Personen die Frage der Verteilung offen.

⁽⁷⁰⁾ *Op. cit.*, chap. 3, § 5, 157.

⁽⁷¹⁾ *Op. cit.*, chap. 3, § 8, 182.

⁽⁷²⁾ *Ibid.*

⁽⁷³⁾ MARX glaubte in Brays Buch (Fn. 63) «den Schlüssel gefunden zu haben ... für die vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Schriften des Herrn Proudhon», *Das Elend der Philosophie*, in MEW 4, 98.

2. Die naturrechtliche Theorie des Arbeitseigentums prägte innerhalb der deutschen Literatur die Schriften von RODBERTUS in besonders auffälliger Weise. Frei von den terminologischen Widersprüchen Proudhons entwickelte Rodbertus eine sozialistische Theorie als Mischung von Realwissenschaft und Rechtspostulat. Bei ihm erhalten die Grundbegriffe demzufolge eine doppelte Bedeutung, nämlich zugleich als deskriptive und normative Größen; so etwa die Arbeit, die zugleich als Produktionsfaktor wie als *nächste Äußerung der Persönlichkeit, die sich äußernde Persönlichkeit selbst* ⁽⁷⁴⁾ erscheint. In der gleichen Weise spaltet sich der Eigentumsbegriff auf, nämlich in einen beschreibenden und einen postulativen. Grundlage bildet die bekannte These: Die Arbeit ist alleinige Schöpferin und alleiniger Kostenfaktor aller Produkte ⁽⁷⁵⁾. Der Wert eines Produkts kann daher nach der Summe der Arbeit, die das Produkt gekostet hat, konstituiert werden ⁽⁷⁶⁾. Dem Eigentum als der Zuordnung von Produkten — denn auch das Kapital ist Produkt und somit angehäufte Arbeit — steht folglich die Arbeit als das produzierende Prinzip gegenüber. Es liegt somit nahe, in der Arbeit auch das entscheidende distributive Prinzip zu finden ⁽⁷⁷⁾. Damit kollidieren aber Kapital- und Grundrente, die folglich nicht naturgegeben sind, sondern lediglich auf positivem Recht beruhen ⁽⁷⁸⁾. Gemeint ist die positive Rechtseinrichtung des Grund- und Kapitaleigentums, welche kraft des Prinzips, daß dem Eigentümer auch die Früchte der Sache gehören, die Teilung des Arbeitsertrags in Arbeitslohn und Rente bewirkt. Das *Privateigentum* in

(74) CARL RODBERTUS-JAGETZOW, *Das Kapital. Vierter sozialer Brief an von Kirchmann*, 1884 (posthum publiziert, hier nach der Ausg. von THEOPHIL KOZAK, 2. Aufl. Berlin 1913), 143.

(75) *Sociale Briefe an von Kirchmann, Dritter Brief*, Berlin 1851, 26; *Das Kapital*, 4; *Zur Erkenntnis unsrer staatswirtschaftlichen Zustände*, Erstes Heft: *Fünf Theoreme*, Neubrandenburg und Friedland 1842, 8 (hier sind zusätzlich Natur und Geist in der Produktion tätig, aber ohne Kostenfaktoren zu sein).

(76) *Das Kapital*, 99.

(77) *Das Kapital*, 79.

(78) *Das Kapital*, 3; daß der gegenwärtige Zustand nur das Produkt jahrtausendlanger menschlicher Gesetzgebung ist, s. im *Offenen Brief an das Comité des Deutschen Arbeitervereins zu Leipzig*, *Schriften von Dr. Carl Rodbertus-Jagetzow*, Bd. IV, hg. von M. WIRTH, Berlin 1899, 324.

diesem Sinne, das *rentierende Eigentum* hat also die Funktion, die als natürlich begriffene Produktverteilung zu verändern, nämlich dem Arbeiter die ihm sonst zufallenden Produktanteile zu entziehen ⁽⁷⁹⁾.

Diesem Eigentum als vorgefundenem Prinzip der Gesetzgebung stellt Rodbertus ein überpositives Rechtsprinzip gegenüber: *Was ist das Eigentum, von Rechts wegen, prinzipiell? Das unbeschränkte Recht auf die volle Frucht seiner eigenen Arbeit!* ⁽⁸⁰⁾. Das Recht umfaßt den vollen Wert des individuellen Arbeitsprodukts ⁽⁸¹⁾ und läßt die Verteilung in der kapitalistischen Wirtschaft als Unrecht erscheinen ⁽⁸²⁾. Das rentierende Einkommen, das dem Arbeiter nur den Lohn in Höhe der notwendigen Unterhaltskosten beläßt, expropriert ihn ⁽⁸³⁾. Deshalb ist der Arbeitsvertrag eigentlich nicht Verdingen von Arbeitskraft, sondern Kaufvertrag, nämlich *Verkauf von künftigem Arbeitsprodukt gegen die bloße Erlaubnis, arbeiten zu dürfen* ⁽⁸⁴⁾ — ein Vertrag, der freilich ungerecht, da erzwungen erscheint. Erneut wird also — wie seinerzeit durch den Liberalismus gegenüber dem Feudalsystem — ein Begriff vom wahren Eigentum als ein überpositiver Rechtsbegriff gesetzt, der nunmehr aber das «liberale» Eigentum zu einer bloß historischen, zum Absterben verurteilten Einrichtung positiver Gesetze erklärt. Die Parallele zur bürgerlichen Freiheitsbewegung wird von Rodbertus selbst gezogen: Wie vordem der Adel politische Funktionen erblich ausübte, so sind die Kapitaleigentümer *die geborenen, erblichen staatswirtschaftlichen Beamten der Gesellschaft*; wie adelige Rechte abgelöst worden sind, so soll auch das Grund- und Kapitaleigentum abgelöst werden ⁽⁸⁵⁾.

Damit sind die Konsequenzen angesprochen, die sich aus Rodbertus' Theorie vom Arbeitseigentum für eine künftige Gesell-

⁽⁷⁹⁾ *Das Kapital*, 20; *Zur Erkenntnis* (Fn. 75), 72; der Begriff des rentierenden Eigentums ebendort, 13.

⁽⁸⁰⁾ *Das Kapital*, 152.

⁽⁸¹⁾ *Dritter Brief* (Fn. 75), 57; *Das Kapital*, 97.

⁽⁸²⁾ *Das Kapital*, 162.

⁽⁸³⁾ *Das Kapital*, 144.

⁽⁸⁴⁾ *Das Kapital*, 138; zum faktischen Abschlußzwang in der Schrift: *Zur Erkenntnis* (Fn. 75), 73.

⁽⁸⁵⁾ *Das Kapital*, 84; zum erblichen Amt der Kapitaleigentümer ebenda 120.

schaft ergeben. Sie erschöpfen sich, aufs Ganze gesehen, in der Forderung oder Prognose einer Abschaffung des Privateigentums an Boden und Kapital. Wenn erst einmal dieses positivgesetzliche Hindernis für die Verwirklichung des Eigentumsprinzips in seiner Reinheit entfallen ist, scheint sich das Arbeitseigentum von selbst zu ergeben. In sieser Annahme liegt nun aber die ganze Schwäche der Theorie, die erklärt, warum sie wohl als Schlagwort bei allen Arten von Sozialpolitikern in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, nicht aber als wirkliches Programm einer neuen Verteilung des Sozialprodukts Chancen besaß. Einige Punkte seien kurz angesprochen.

a) Ein wirkliches Recht des einzelnen Arbeiters auf Zuweisung des durch seine Arbeit erzeugten Produktwerts setzt voraus, daß dieser individuelle Wertanteil einigermaßen genau berechnet werden kann. Zweifel daran ergeben sich trotz der rechnerischen Bemühungen um Arbeitszeitwert, Normalarbeitstag etc. aus dem Prinzip der Arbeitsteilung in mehrere Stufen der Produktion selbst, vor allem aber daraus, daß die moderne Erzeugung sich als vielschichtiges Ineinandergreifen der an einer Betriebsstätte geleisteten Arbeit mit langfristig wirksamen organisatorischen, kreativen und administrativen Leistungen darstellt. Auch im Hinblick darauf sieht sich Rodbertus genötigt, in der Verteilungsfrage das Individualrecht auf das Arbeitsprodukt stark abzuschwächen und den gesellschaftlichen (*kommunistischen*) Charakter sowohl der Produktion, als auch der Distribution, als auch der Konsumtion gegen den Individualismus geltend zu machen ⁽⁸⁶⁾. Verteilung soll nicht nur an diejenigen stattfinden, die an der Arbeit « materiell » mitgewirkt haben, sondern auch *unter die übrigen Mitglieder jenes allgemeinsten Reiches der Teilung der Arbeit*; gemeint sind die Gelehrten und Künstler, deren (als Produktwert nicht berechenbares) Einkommen notwendig auf Kosten der anderen Partizipanten geht. Nicht zufällig geraten an dieser Stelle unvermittelt die Bedürfnisse in das Blickfeld, ohne daß ihnen aber ein konkretes Rechtsprinzip abgewonnen würde: *Zum Genuß von allem*

⁽⁸⁶⁾ *Das Kapital*, 52 ff., 64 (Verteilung); allgemeine Kritik des Individualismus, 76.

sind alle berufen, die Produktion des Genußmittels, die Arbeit, bleibt immer Spezialität ⁽⁸⁷⁾.

b) Selbst wenn der individuelle Wertanteil des Arbeitenden am Produkt feststellbar wäre, bliebe die Tatsache, daß es allgemeine gesellschaftliche Voraussetzungen der Produktion gibt, die Kosten verursachen. Daß die Kosten einer gleichwie gedachten politischen Organisation vom Arbeitsertrag des einzelnen abziehen seien, unterlag keinem Zweifel. Ungewiß blieb indes ihre Höhe, die von der Organisationsdichte abhing und eigentlich schon damals die Frage hätte provozieren müssen, ob die Abzüge für den organisatorischen Aufwand geringer sein würden als die Abzüge in Form der Grund- und Kapitalrente. Bei Rodbertus selbst taucht die Vorstellung auf von einer die Produktion und Verteilung leitenden *Zentralbehörde, die monarchischen oder demokratischen Ursprungs sein könnte, was zwar nicht ethisch, aber doch wirtschaftlich gleichgültig wäre* ⁽⁸⁸⁾ — sie findet sich in wenig demokratischer Gestalt in Mengers kuriosestem Arbeitsstaat wieder. Rodbertus sieht das Problem der allgemeinen gesellschaftlichen Bedürfnisse, zu denen natürlich auch die Unterhaltungskosten für nicht arbeitsfähige Personen gehören, in aller Schärfe: Neben oder vielmehr über dem individuellen Bedürfnis, der individuellen Produktion, dem individuellen Produkt erhebt sich das Nationalbedürfnis, die nationale Produktion etc., und so gelangt nur der geringere Teil des gemeinschaftlich verarbeiteten Produkts zur definitiven Verteilung; von diesem Teil bleibt ein zunehmend größerer Teil in der Gemeinschaft selbst (Nationalbedürfnis!); sogar an dem Rest, der für den individuellen Konsum dann noch übrig bleibt, partizipieren diejenigen, welche an der Herstellung gar nicht unmittelbar mitgewirkt haben ⁽⁸⁹⁾. Das Individualrecht des Arbeiters am Arbeitsprodukt löst sich folglich durch die gesellschaftliche Natur der wirtschaftlichen Vorgänge in ein Unfaßbares auf. Demgemäß verbleibt der Theorie vom natürlichen Arbeitseigentum auch bei Rodbertus hauptsächlich die Aufgabe,

⁽⁸⁷⁾ *Das Kapital*, 62-63.

⁽⁸⁸⁾ *Das Kapital*, 88.

⁽⁸⁹⁾ *Das Kapital*, 63 und 64.

das Privateigentum an Boden und Kapital zu disqualifizieren, also eine negative Funktion. Als Rechtstitel für das Einkommen des Arbeiters besagt sie letztlich nur, daß der Lohn über dem Existenzminimum liegen muß, ohne (trotz aller Berechnungsversuche) ein verbindliches Kriterium für die Lohnhöhe angeben zu können.

c) Wenn demnach das natürliche Eigentum am Arbeitsprodukt weder einen bestimmbaren Güteranteil zuweist, noch die Strukturen einer zukünftigen Gesellschaft festlegt, vielmehr im wesentlichen die Negation der bestehenden Gesellschaft bedeutet, wird sein Charakter als subjektives Recht (Grundrecht, Menschenrecht, Bürgerrecht) zweifelhaft. Man könnte es wohl als Recht zur Revolution deuten, als Recht zur Empörung gegen die bestehenden Verhältnisse, die bei Rodbertus wie seinen Vorgängern als Ungerechtigkeit, Unrecht, Diebstahl etc. eingestuft sind. Die Revolution wollte Rodbertus indes gerade nicht. Er setzt vielmehr an diesem Punkt die « Entwicklung » ein, und glaubt sowohl an die *relative Notwendigkeit* des Grund- und Kapitaleigentums *für die heutige Zeit* ⁽⁹⁰⁾ wie an dessen *dereinstige*, nicht so nahe bevorstehende *Aufhebung* ⁽⁹¹⁾. Inzwischen schreitet die Geschichte in Kompromissen fort; der Kompromiß zwischen Arbeit und rentierendem Eigentum besteht in der Regulierung der Lohnverhältnisse, also der Lohnmaximierung, welche das Unrecht des Grund- und Kapitaleigentums in seinen Wirkungen verringern kann ⁽⁹²⁾. Demzufolge verliert das Naturrecht des Arbeitseigentums nicht nur, wie oben dargestellt, im Organismus der Gesellschaft seinen eigentlichen affirmativen Gehalt, sondern wird zudem konpromißfähig. Sein Anspruch vermindert sich auf das Tendenzielle und, da « Entwicklung » vorausgesetzt ist, Prognostische oder Prophetische ⁽⁹³⁾. Man fragt sich, warum Rodbertus unter solchen Umständen überhaupt den Rechtscharakter seiner Eigentumsvorstellung so scharf betont, zumal er die Verbindlichkeit seiner gesellschaftspolitischen Programmsätze mit der Behauptung herabsetzt, er habe sie mehr zu einem theoretischen als zu

⁽⁹⁰⁾ *Dritter Brief* (Fn. 75), 285.

⁽⁹¹⁾ *Das Kapital*, 157, 160.

⁽⁹²⁾ *Das Kapital*, 162.

⁽⁹³⁾ Zum prophetischen Charakter der Theorie ebenda, 163.

einem praktischen Zweck entworfen ⁽⁹⁴⁾. Eine Antwort darauf gibt Rodbertus selbst: Die neue soziale Bewegung tritt als Rechtsforderung auf, um über die bloß ethische Verbindlichkeit der sozialen Vorstellungen in der frühen Christenheit hinauszugehen, um demzufolge eine das Einzelgewissen und die Kirchenzucht überschreitende normative Ebene zu gewinnen. Die gewonnene Norm bleibt indes, wie gezeigt, gesellschaftlich wie geschichtlich relativiert und entbehrt der Unabdingbarkeit, die namentlich das Naturrecht der späteren Aufklärung den Menschenrechten zuge-dacht hatte ⁽⁹⁵⁾.

3. In der weiteren Theoriegeschichte der sozialen Bewegung spielt das natürliche Eigentumsrecht des Arbeiters an seinem Produkt als gesellschaftliche Grundvorstellung keine wirklich bedeutende Rolle mehr wohl aber als Formel (« Verdiensteigentum »), die von unterschiedlicher Seite ohne bestimmte Konsequenzen gebraucht werden konnte. Rodbertus hatte die Theorie bis an den Punkt vorangetrieben, an dem ihre Unfähigkeit, einer sozialistischen Gesellschaft als strukturbestimmendes Prinzip zu dienen, offenbar werden mußte. Für die auf breiter Front einsetzenden Bestrebungen, die gesellschaftliche Ordnung unter Aufrechterhaltung des privaten Grund- und Kapitaleigentums zu modifizieren, war die ausschließliche Herleitung des Eigentums aus der Arbeit ohnehin zu rigoros (siehe Teil IV). Die sozialistische Theorie im engeren Sinne betreffend war das Vordringen der marxistischen Geschichtsauffassung einer individualrechtlichen Konzeption ohnehin nicht günstig. Die Annahme historisch-ökonomischer Gesetzmäßigkeiten des Klassenkampfes hebt die Kategorie eines über der konkretgeschichtlichen Gesellschaft bestehenden Individualrechts an sich auf. Der Individualismus wurde von Marx als den Produktionsverhältnissen der Bourgeoisie entsprechende Denkhaltung historisiert ⁽⁹⁶⁾. Vor der Auffassung, das Recht resultiere aus den jeweils gegebenen, denknotwendig gesellschaftlichen Pro-

⁽⁹⁴⁾ *Das Kapital*, 163.

⁽⁹⁵⁾ Dazu die im Erscheinen begriffene Arbeit von DIETHELM KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*.

⁽⁹⁶⁾ Z. B.: *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, Moskau 1939-1941, 5 ff.

duktionsverhältnissen, mußte die Konstruktion der Gesellschaft vom übergeschichtlichen Standpunkt « des Einzelnen » und seiner Naturbefindlichkeit aus als naiv erscheinen. Es traf dies die ökonomisch aufgefüllte Gleichheitsidee Proudhons und seiner Vorgänger ⁽⁹⁷⁾ ebenso wie das natürliche Eigentum des Arbeiters am Wert seines Produkts.

Freilich ist an diesem Punkt eine interessante Beobachtung zu machen. Der Eigentumsbegriff erfährt bei Marx unterschiedliche, wenngleich ineinander übergreifende Verwendungen ⁽⁹⁸⁾. Hauptsächlich wird er, der Geschichtstheorie gemäß, historisch-deskriptiv gebraucht und bezeichnet somit einen variablen Komplex: Das Eigentum ist Ausdruck von Produktionsverhältnissen, es stellt die gesellschaftlichen Verhältnisse der Produktion dar ⁽⁹⁹⁾ und gibt demzufolge die Art und Weise der Produktion oder generell die *gesellschaftliche(n) Beziehungen* ⁽¹⁰⁰⁾ wieder. Gleichgültig ob hier ein ökonomischer Begriff des Eigentums gesetzt oder ob auf das Eigentum als Rechtseinrichtung der jeweiligen Gesellschaften Bezug genommen wird - jedenfalls scheidet die Vorstellung eines über den ökonomischen Verhältnissen als Naturrecht, Rechtsidee und dergleichen stehenden Eigentums aus: *Eine Definition des Eigentums als eines unabhängigen Verhältnisses, einer besonderen Kategorie, einer abstrakten und ewigen Idee geben zu wollen, kann nichts anderes sein als eine Illusion der Metaphysik oder der Jurisprudenz* ⁽¹⁰¹⁾. Eigentum ist Aneignung ⁽¹⁰²⁾, hat gegenüber den historisch-variablen Aneignungsformen keine eigenständige Struktur und erscheint daher in asiatischer, slawischer, antiker, germanischer, feudaler, bürgerlicher etc. Form.

Auf der anderen Seite kommt Marx bei der Behandlung historischer Gesellschaftsformationen auf ein ursprüngliches, in früh-

⁽⁹⁷⁾ *Das Elend der Philosophie*, in MEW 4, 67 ff., insbes. 87 ff.

⁽⁹⁸⁾ Eine Zusammenstellung der Quellen bei O. W. JACOBS, *Eigentumsbegriff und Eigentumssystem des sowjetischen Rechts*, Köln-Graz 1965, 6 ff.

⁽⁹⁹⁾ MARX-ENGELS, *Manifest der kommunistischen Partei*, in MEW 4, 475; MARX, *Das Elend der Philosophie*, in MEW 4, 165; *Zur Kritik der Politischen Ökonomie*, in MEW 13, 9.

⁽¹⁰⁰⁾ *Brief an Annenkov*, in MEW 27, 456.

⁽¹⁰¹⁾ *Das Elend der Philosophie*, in MEW 4, 165.

⁽¹⁰²⁾ *Grundrisse* (Fn. 96), 9.

geschichtlichen Gesellschaften gegebenes Eigentum zu sprechen und definiert es als *Verhalten des arbeitenden (produzierenden) Subjekts (oder sich reproduzierenden) zu den Bedingungen seiner Produktion oder Reproduktion als den seinen* ⁽¹⁰³⁾, das stets durch die Mitgliedschaft in einem Gemeinwesen (Stamm, Staat) vermittelt wird. In diesem Zusammenhang spricht Marx vom *Eigentum an der eigenen Arbeit*, das vermittelt ist durch das Eigentum an den Arbeitsbedingungen ⁽¹⁰⁴⁾. Das Bild vom arbeitenden Eigentümer ist, wie gesagt, ein historisches. Gleichwohl schafft aber der so gesetzte geschichtliche Ausgangspunkt eine Urteilsgrundlage über die bürgerlich-modernen Produktions- und Eigentumsverhältnisse, die nämlich infolge der *Scheidung zwischen Eigentum und Arbeit* ⁽¹⁰⁵⁾ als Negation des ursprünglichen Eigentums erscheinen. An dessen Stelle tritt *das Vorfinden der objektiven Bedingungen der Arbeit als von ihm getrennter, als Kapital von seiten des Arbeiters und das Vorfinden des Arbeiters als Eigentumslosen, als abstrakten Arbeiters von seiten des Kapitalisten* ⁽¹⁰⁶⁾. So kann das bürgerliche Eigentum dem ursprünglichen als dessen Störung entgegengehalten werden. Das Ursprüngliche nimmt einen normativen Charakter an, freilich nicht im Sinne der Rückkehr zu frühgeschichtlichen Verhältnissen, sondern als Grundlage für die Disqualifikation des zeitgenössischen Eigentums. Es kommt folglich zu einem Nebeneinander von historischer Gesetzlichkeit, die dem Bürgertum eine unverzichtbare weltgeschichtliche Rolle zuteilt, und der logischerweise von einer normativen Ebene aus ⁽¹⁰⁷⁾ geübten Kritik an historischen Zuständen. Dies Nebeneinander spiegelt sich im Eigentumsbegriff: hier bürgerliches Eigentum als geschichtlichnotwendige Erscheinung; dort bürgerliches Eigentum als Mittel der Expropriation und Ausbeutung des Arbeiters. Das Ineinandergreifen beider Varianten des Be-

⁽¹⁰³⁾ *Grundrisse*, 395, s. 391.

⁽¹⁰⁴⁾ *Grundrisse*, 380.

⁽¹⁰⁵⁾ *Das Kapital*, in *MEW* 23, 610; *Grundrisse*, 203.

⁽¹⁰⁶⁾ *Grundrisse*, 388.

⁽¹⁰⁷⁾ Zur Eigentumstheorie von MARX in diesem Zusammenhange P. LANDAU, *Karl Marx und die Rechtsgeschichte*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1973, 361 ff., 370 (« quasi naturrechtlicher Maßstab »?); siehe auch SCHLATTER (Fn. 20), 274.

griffsgebrauchs zeigt sich in folgendem Satz: *Eigentum erscheint jetzt, auf Seite des Kapitalisten, als das Recht, fremde unbezahlte Arbeit oder ihr Produkt, auf Seite des Arbeiters, als Unmöglichkeit, sich sein eignes Produkt anzueignen* ⁽¹⁰⁸⁾. Arbeit schafft demzufolge nicht mehr, wie vordem, Eigentum am Produkt, weil der Arbeiter nicht mehr Eigentümer der Produktionsbedingungen ist. Die Theorie von Arbeitseigentum findet sich sonach, zunächst historisiert, dann aber als Maßstab für Kritik ⁽¹⁰⁹⁾ auch bei Marx. Als Folge davon ergibt sich indes nur die Absicht, das Privateigentum am Kapital zu vernichten; vom Eigentum am Arbeitsprodukt als Schlüssel für Güterzuteilung in einer künftigen Gesellschaft ist nicht die Rede. Auch die marxistische Arbeitswertlehre steht nicht in einem solchen Zusammenhang.

4. In die Geschichte des Sozialismus eingeordnet erscheint MENGERS «Recht auf den vollen Arbeitsertrag» als Spätling, von marxistischer Warte als anachronistisch. Soweit die Schrift vom subjektiven Recht des Arbeiters auf den Wert seines Produkts handelt, entspricht sie in wesentlichen Punkten den Positionen von RODBERTUS. Möglicherweise steht die posthum veranstaltete Publikation des «Vierten sozialen Briefs» im Jahre 1884 in einem mehr als zeitlichen Zusammenhang mit dem 1886 erschienenen «Arbeitsertrag». Mengers deutliche Absicht, sich gegenüber Rodbertus wie gegenüber Marx zu profilieren, spricht nicht dagegen, sondern eher dafür. Indes bestehen zu Rodbertus auch wesentliche Unterschiede.

Menger wählt eine neue Terminologie. An die Stelle des Eigentums des Arbeiters an seinem Produkt tritt das Recht auf den vollen Arbeitsertrag. Der Eigentumsbegriff wird also nicht in einen positivgesetzlichen und naturrechtlichen aufgespaltet. Vielmehr gerät das *Privateigentum* — als Individualeigentum, welches *arbeitsloses Einkommen* ermöglicht ⁽¹¹⁰⁾ — zur tendenziell absterbenden Kategorie des kapitalistischen Systems. Das Recht auf

⁽¹⁰⁸⁾ *Das Kapital*, in MEW 23, 610.

⁽¹⁰⁹⁾ Ob sie «fundamental» im Werk Marx' war, wie SCHLATTER (Fn. 20), 275 behauptet, scheint mit zweifelhaft.

⁽¹¹⁰⁾ *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag* (Fn. 3), 10.

den vollen Arbeitsertrag bildet nicht Grundlage, sondern Gegenstück des Individualeigentums, ohne daß in Mengers erstem sozialpolitischen Buch klar würde, welcher Art die Zuordnung des « vollen Arbeitsertrags » sein soll. Übrigens übersieht Menger, daß Rodbertus mit einem doppelten Eigentumsbegriff operiert und kann ihm auf diese Weise Widersprüche anlasten ⁽¹¹¹⁾.

Ein weiterer Unterschied ist bedeutsamer. Menger relativiert die Theorie vom Arbeitseigentum (Recht auf den vollen Arbeitsertrag) dadurch, daß er im ökonomischen Grundrecht auf Existenz ein zweites sozialistisches Prinzip findet, das zwar mit dem Recht auf den Arbeitsertrag nicht völlig unverträglich ist ⁽¹¹²⁾, aber doch statt seiner das bestimmende sozialistische Axiom ausmachen kann. Das Recht auf Existenz bestimmt: Jedes Mitglied der Gesellschaft hat einen Anspruch, daß ihm die zur Erhaltung seiner Existenz notwendigen Sachen und Dienstleistungen zugewiesen werden, bevor minder dringende Bedürfnisse anderer befriedigt werden ⁽¹¹³⁾. Die Verteilung nach Bedürfnissen, bei Rodbertus gleichfalls angedeutet, erhält bei Menger den Rang eines gegenüber dem Arbeitseigentum selbständigen Prinzips. Anders ausgedrückt: Menger systematisiert Arbeitseigentum und Bedürfnisseeigentum als zwei unterschiedliche Zuordnungsprinzipien, deren Geltung oder deren Kombinationen eine jeweils unterschiedliche Gestaltung der Gesellschaft zulassen. Eine Entscheidung zwischen den Prinzipien trifft Menger letztlich nicht; vielmehr läßt er auch in dieser Hinsicht die rechtliche Dimension in der sozialen Entwicklung aufgehen; die Vermutung streitet ihm eher für die Verwirklichung des Rechts auf Existenz ⁽¹¹⁴⁾. Nimmt man hinzu, daß Menger die Schwierigkeiten für Berechnung und Zuweisung des Produktwerts der Arbeit deutlich herausstellt ⁽¹¹⁵⁾, so fragt man sich, warum er den letztlich irreführenden Titel seiner Schrift gewählt hat.

⁽¹¹¹⁾ *Op. cit.*, 86.

⁽¹¹²⁾ Menger geht von einer Kombinationsfähigkeit beider Rechte aus, *op. cit.*, 10-11.

⁽¹¹³⁾ *Op. cit.*, 9.

⁽¹¹⁴⁾ *Op. cit.*, 171.

⁽¹¹⁵⁾ *Op. cit.*, 7, 86 ff.

Im übrigen sind die Ähnlichkeiten mit den von Rodbertus formulierten Auffassungen auffällig. Die von jenem ausgesprochene Meinung, der ungerechte Abzug der Rente vom Lohn sei bloßes Ergebnis der bestehenden Rechtseinrichtungen, kehrt bei Menger wieder und nährt die Vorstellung vom Sozialismus als Rechtstheorie. Wie Rodbertus löst Menger die Konturen des Grundrechts als einer inhaltlich bestimmten subjektiven Berechtigung in der geschichtlichen Entwicklung auf und vermischt das Rechtspostulat mit den Elementen der Prognose; daher ist auch bei Menger von ferner Zukunft, langer historischer Entwicklung ⁽¹¹⁶⁾ die Rede, welche durch die eingangs genannten Machtverhältnisse in Gang gehalten wird. Wie bei Rodbertus verblaßt der Rechtscharakter der ökonomischen Grundrechte durch den Umstand, daß sie eine aus dem Prinzip selbst nicht logisch ableitbare gesellschaftliche Organisation voraussehen - der « volkstümliche Arbeitsstaat » ist nur eine von vielen möglichen. Die Verwirklichung der Grundrechte bildet ein erhofftes Produkt komplizierter gesellschaftlicher Einrichtungen und bleibt somit generell wie graduell ungewiß. Auch von daher erklärt es sich, daß Menger den Rechtsbegriff weithin im unklaren läßt: Die Grundrechte erscheinen als *rechtsphilosophische Postulate* oder sogar als *Schlagworte* ⁽¹¹⁷⁾ für die wichtigsten Zwecke der politischen und sozialen Bewegungen, mit anderen Worten als Etiketten sozialpolitischer Programme, deren rechtlicher Gehalt aber doch gerade im stolzen Programm einer Bearbeitung des Sozialismus *vom juristischen Standpunkt* aus vorausgesetzt sein müßte. Generell werden die Vokabeln *rechtsphilosophisch* und *juristisch* zugleich synonym und inhaltlich unbestimmt verwendet, die Verschiebung von Recht und Macht wird als *juristische Tatsache* ⁽¹¹⁸⁾ bezeichnet und die von Menger später ausgerufene neue Rechtswissenschaft läuft gleichzeitig unter der Bezeichnung *soziale Ethik, Soziologie, Sozialwissenschaft* und *Rechtsphilosophie* ⁽¹¹⁹⁾. Das « Recht auf den vollen Arbeitsertrag » verhilft

⁽¹¹⁶⁾ *Op. cit.*, 170-171.

⁽¹¹⁷⁾ *Op. cit.*, 5, 6. In der « Neuen Staatslehre » werden die Grundrechte zu Verteilungssystemen objektiviert, siehe Buch II, Kap. 7, 8.

⁽¹¹⁸⁾ *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag*, 126.

⁽¹¹⁹⁾ *Gutachten über die Vorschläge zur Errichtung einer Eidgenössischen Hochschule für Rechts- und Staatswissenschaft*, Zürich o. J., 9.

den sozialistischen Theorien keineswegs zu größerer rechtswissenschaftlicher Präzision, sondern gibt sie lediglich als juristisch aus. Gerade um ihren primär juristischen Charakter und somit die Kompetenz des Juristen behaupten zu können ⁽¹²⁰⁾, muß Menger den Rechtsbegriff im Unklaren lassen.

Insgesamt gesehen kam der Vorstellung vom originären Eigentum des Menschen am Produkt seiner Arbeit im Sozialismus eine nur sehr beschränkte Funktion zu, nämlich der Negation des bestehenden wirtschaftlichen Systems und seiner rechtlichen Mechanismen, nicht aber der Verbürgung definierbarer Teilhabe zugunsten des Einzelnen. Das Fehlen eines auch nur grob zu umreißen den affirmativen Gehalts unterscheidet diese Art von ökonomischem Grundrecht von der bürgerlichen Eigentums-garantie und offenbart trotz der aufgewiesenen theoriegeschichtlichen Zusammenhänge die Differenz zur liberalen Menschenrechtsbewegung. Zwar weist auch die liberale Eigentumsdoktrin niemandem einen bestimmten Anteil an der Güterwelt zu; ihre Verbürgung bezieht sich jedoch auf das im vorgestellten freien Kräftespiel kraft Vertrags und Erbrechts Erworbene und somit auf einen benennbaren Rechtskreis. Das sozialistische Eigentum am Arbeitsprodukt verweist das Individuum demgegenüber auf einen Anteil an den gesellschaftlichen Produkten, dessen Höhe letztlich nicht nach individuellen Faktoren (Art. Maß, Produktivität der vom Einzelnen geleisteten Arbeit) bemessen wird, sondern sich als noch nicht abzusehendes Resultat einer neuen gesellschaftlichen Organisation ergeben soll. Die (wie gezeigt nicht restlose) Abkehr des Marxismus vom individualrechtlichen Denken erklärt sich demzufolge nicht nur vom geschichtstheoretischen Ansatz her, sondern auch im Hinblick auf die Schwierigkeiten des Sozialismus, die ökonomische Stellung des Einzelnen zum Gegenstand eines fixierbaren Rechtskreises zu machen ⁽¹²¹⁾. Das Grundrecht auf die

⁽¹²⁰⁾ Die Frage, ob im sozialistischen Staat das Eigentum an den Produktionsmitteln an Assoziationen, an die Gemeinden, den Staat oder die Menschheit als Ganzes fallen soll, ist Menger ein vorherrschend juristisches Problem! S. *Das Recht am vollen Arbeitsertrag*, 108.

⁽¹²¹⁾ Aufschlußreich K. KAUTSKY, *Die Verteilung des Arbeitsertrages im sozialistischen Staate*, in *Jahrbuch für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 2 (1881), 88 ff.: «An Stelle des Arbeitslohnes tritt der Arbeitsertrag, darüber sind Alle

Früchte der eigenen Arbeit hat aktuelle Relevanz sozusagen rückwärtsgerichtet, nämlich als Widerlegung der liberalen Doktrin mit ihren eigenen Mitteln; im Blick nach vorn bleibt es bei der Verheißung einer nicht näherhin konturierten wirtschaftlichen Gerechtigkeit.

IV. AUSBLICK: ARBEIT UND EIGENTUM ALS SELBSTÄNDIGE GRUNDRECHTSBEREICHE - DAS « RECHT AUF ARBEIT ».

Die Theorie vom natürlichen Eigentum des Arbeiters am Produkt(wert) als ein individualrechtliches Prinzip gesellschaftlicher Veränderung hat nach seiner Entfaltung um die Jahrhundertmitte im weiteren Verlauf der sozialen Bewegung keine wesentliche Rolle mehr gespielt. Die in jener Theorie enthaltene rigorose Disqualifikation des Privateigentums an Produktionsmitteln erbrachte für das sozialpolitische Kräftespiel in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zwischen Arbeiterparteien, Gewerkschaften, Bürgertum, konfessionellen Kräften und Staat keinen fruchtbaren Gedanken, wenngleich mit dem Schlagwort « Verdiensteigentum » weiterhin veranschaulicht werden konnte, daß dem auf das Existenzminimum gehaltenen Arbeiter etwas ihm eigentümlich Gehörendes entzogen werde. Der zumindest zeitweilige Fortbestand des Privateigentums an Boden und Kapital, auf den sich die sozialpolitischen Bestrebungen überwiegend einstellten, bedingte ein Auseinandertreten von « Arbeit » und « Eigentum » (oder « Arbeit » und « Kapital ») als selbständige soziale Bereiche und Kräfte, deren wirtschaftlich-gesellschaftlicher Zusammenhang das soziale Leben bestimmten. An die Stelle der Integration von Arbeit und Eigentum im Produkteigentum des Arbeiters trat die Gegenpoligkeit der Begriffe zur Erfassung an sich verschiedener, aber komplementärer und kooperierender Grundsachverhalte der Ge-

eing. Nur muß man diese Phrase cum grano salis verstehen. So geht's natürlich nicht, dass jeder alles das, was er schafft, erhält... Also nur insoferne, als kein Abzug zugunsten des Privatkapitalisten mehr geschieht, ist der Satz richtig, dass der Arbeiter im sozialistischen Staate den Ertrag seiner Arbeit erhalten wird ».

sellschaft. Die Formel « Arbeit und Eigentum » spricht in diesem Verständnis ein Verhältnisproblem zweier selbständiger, aber korrelierender Einheiten an ⁽¹²²⁾. Die soziale Frage stellt sich so gesehen als Frage nach der richtigen Gestalt der Bereiche Arbeit und Eigentum und nach ihrer richtigen Zuordnung dar. Bis heute gehen die mit « Arbeit » und « Eigentum » gegebenen Sachverhaltsumschreibungen in Repräsentanzbegriffe über; sie werden zu Subjekten stellvertretend für die « Arbeiter » und « Eigentümer » ⁽¹²³⁾ - so zuletzt in der Diskussion über die betriebliche Mitbestimmung und die « Gleichberechtigung von Arbeit und Eigentum ».

Für die Fortentwicklung der Grundrechtstheorie ist das Auseinandertreten von Arbeit und Eigentum als eigenständiger sozialer Bereiche von großer Bedeutung. Die liberale Eigentums-garantie konnte von den Legitimitätszweifeln, die ihr von seiten der Arbeit drohten, freigehalten werden. Die verfassungsrechtliche Eigentumsgewährung erfuhr zwar in der sozialpolitisch inspirierten Literatur und später auch in den Verfassungstexten insofern eine Veränderung, als das Eigentum als gesellschaftlich-politische Schöpfung verstanden und einer seinem Begriff immanenten sozialen Bindung unterworfen wurde. Aber nach dem Ursprung des pflichtgebundenen Eigentums in Arbeit, Rente, Tausch oder Erbschaft wurde nicht gefragt. Anders als die liberale Bewegung, die gewisse überkommene Rechte unter dem Gesichtspunkt ihrer politisch-feudalen Herkunft bekämpfte und vom Begriff des « wahren Eigentums » ausschloß, beließ es die soziale Bewegung des 19. Jahrhunderts, insoweit sie in den Kompromiß des Sozialstaats einmündete, bei der Garantie des « bürgerlichen » Eigentums, indem sie gleichzeitig diese Garantie durch gesellschaftliche Pflichtigkeit, Enteignungs- und Sozialisierungsvorbehalte (Art. 14 und 15 Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland; Art. 153, 155, 156 Weimarer Reichsverfassung) generell begrenzte ⁽¹²⁴⁾.

⁽¹²²⁾ In diesem Sinne hat die Formel « *Arbeit und Kapital* » häufigen Eingang in die Überschriften gefunden, z. B. F. BITZER, *Arbeit und Kapital. Ein Beitrag zum Verständnis der Arbeiterfrage*, Stuttgart 1871; F. HITZE, *Kapital und Arbeit und die Reorganisation der Gesellschaft*, Paderborn 1880.

⁽¹²³⁾ Z. B. in der Enzyklika « *Rerum Novarum* » von Papst LEO XIII vom 15-5-1891 (*Acta Sanctae Sedis* XXIII, 641).

⁽¹²⁴⁾ Näheres in meinem im Erscheinen begriffenen Artikel « Eigentum », in

Für die vom Eigentum gelöste Arbeit verblieb somit ein eigenständiger Grundrechtsbereich, der über die liberale Berufs- und Gewerbefreiheit hinausging und überwiegend als Recht auf Arbeit (*droit au travail*) signiert wurde. Gewährleistung des Eigentums und Garantie des Rechts auf Arbeit erschienen in der sozialpolitischen Theorie seit den 40er Jahren des 19. Jahrhunderts häufig als die kontrastierenden ökonomischen Grundrechte, deren antinomischer Charakter auflösbar erschien und deren gleichzeitige Verwirklichung zumindest vorerst die Lösung der sozialen Frage ausmachen sollte. Die auf Versöhnung von Arbeit und Kapital angelegte Grundrechtstheorie erscheint im französischen Sozialismus besonders ausgeprägt. Fouriers Idee ursprünglicher ökonomischer Grundrechte im Zustand der Wildheit, die in der zivilisierten Welt im Recht auf Arbeit ein Äquivalent finden müßten, die von ihm vorgeschlagene Teilung des Arbeitsertrages nach Arbeit, Talent und Kapital haben die Koexistenzformel « Arbeit und Kapital » wesentlich beeinflußt. Welche Schwierigkeiten es machte, Arbeit und Eigentum gleichzeitig aufeinander zu beziehen und voneinander zu trennen, mag ein Artikel des Fourieristen VIKTOR CONSIDÉRANT von 1839 verdeutlichen ⁽¹²⁵⁾. Zunächst wird festgestellt, daß vom naturrechtlichen Standpunkt aus das Eigentum seinen Ursprung in der schöpferischen Aktivität hat und daß folglich durch Tätigkeit geschaffener Wert unter den Produzierenden nach dem Verhältnis ihrer Beiträge aufzuteilen ist. Da die Erde nicht Ergebnis menschlicher Produktion ist, soll sie nicht zum Individualeigentum werden können. Somit scheint Considérant auf eine Disqualifikation von Grund- und Kapitalrente zuzusteuern. Es kommt indes anders. Der Autor gesteht zu, daß an dem geschaffenen Kapital (*capital crée*), d. h. an den Produkten, welche die vorhergehende Generation unverbraucht hinterlassen hat, ferner an der Wertsteigerung (*plus-value*), die der Boden durch Kultivierung erhält, ein frei verfügbares und

Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, hg. v. O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSSELLECK, Bd. 2.

⁽¹²⁵⁾ *Théorie du droit de propriété*, veröffentlicht in der Maiausgabe 1839 der *Phalange*, hier nach dem Abdruck in VIKTOR CONSIDÉRANT, *Contre M. Arago*, Paris 1840, 49 ff.

vererbliches Individualeigentum entstehen kann ⁽¹²⁶⁾. Einmal durch Arbeit erworben und nach Maßgabe der Arbeit verteilt, erhält das Eigentum einen frei disponiblen Charakter, kann folglich zu Kapital und als solches angehäuft werden, ohne seine Existenzberechtigung aus der Arbeit zu verlieren: Kapital ist *travail antérieur*. Rechtfertigt Considérant somit den Kapitalisten, so im nächsten Schritt auch den Grundeigentümer. Die Erde stand, so heißt es, anfänglich zu Nießbrauch der gesamten Menschheit; jeder hatte ein Nutzungsrecht in der Befugnis zu jagen, zu fischen, zu weiden und die Früchte zu ernten. Im Verlaufe der Menschheitsentwicklung verlor dieses Nutzungsrecht jedoch seine primitive Form. Als Äquivalent für die primitiven Nutzungsbefugnisse an Grund und Boden erscheint das Recht auf Arbeit, das mithin die Entstehung individuellen Grundeigentums logisch voraussetzt ⁽¹²⁷⁾. Zugunsten des besitzlosen Arbeiters streitet also, nachdem die Menschheit einmal den Zustand der Wildheit verlassen hat, kein Eigentumstitel mehr, sondern ein « Recht auf Arbeit », das die Existenzberechtigung des Privateigentums am Kapital nicht bestreitet.

Den Übergang vom Produkteigentum des Arbeiters zum Nebeneinander von Arbeit und Eigentum weist in der deutschen Literatur beispielsweise LORENZ VON STEINS « Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich » aus. Stein erfaßt das Verhältnis von Arbeit und Eigentum auf unterschiedlichen Ebenen. In einer abstrakten Sollensordnung gibt die Arbeit ihrem Begriffe nach Eigentum; das Verhältnis, in welchem die Arbeit des einen dem Kapital des anderen in der Weise unterworfen ist, daß das Eigentum nicht dem Arbeiter, sondern dem Kapitalisten zufällt, steht im Widerspruch mit dem Wesen der Arbeit ⁽¹²⁸⁾. Indes fol-

⁽¹²⁶⁾ *Op. cit.*, 56, 57.

⁽¹²⁷⁾ CONSIDÉRANT gibt dies in der genannten Schrift nicht offen zu. Er sagt, das geschaffene Kapital (*capital crée*) habe das primitive (*capital primitif* = der nicht kultivierte Boden) usurpiert (ebenda 63), fordert aber nicht die Rückgängigmachung dieses Vorgangs.

⁽¹²⁸⁾ *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, Leipzig 1850, hier nach der Ausg. von G. SALOMON, 3 Bde. München 1921, I 117. Zu Steins sozialer Theorie E. R. HUBER, *Lorenz von Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats*, sowie E. W. BÖCKENFÖRDE, *Lorenz von Stein als*

gert Stein daraus weder ein « Recht auf den vollen Arbeitsertrag » noch die Unzulässigkeit des Privateigentums an den Produktionsmitteln. Vielmehr wohnt nach Stein das Bestreben, zu Kapital zu gelangen, der Arbeit notwendig inne ⁽¹²⁹⁾. « Arbeit » und « Kapital » (oder auch « Arbeit » und « Besitz ») werden demzufolge auf einer zweiten Ebene zu notwendigen Erscheinungen der Gesellschaft, deren Verhältnis zueinander die gesellschaftliche Entwicklung bestimmt bis zu dem Punkte, da sich der arbeitslose Besitz und die besitzlose Arbeit auch soziologisch trennen und zu Gruppenbezeichnungen (Arbeiter - Kapitalisten) werden. Infolge der natürlichen Anlage der Arbeit zur Kapitalbildung besteht das gesellschaftspolitische Problem demzufolge nicht in der Abschaffung des Privatkapitals, sondern gerade in seiner Ermöglichung für jede Art von Arbeit: *Die Bestimmung der persönlichen Freiheit in dieser Gesellschaft liegt mithin darin, daß die letzte Arbeitskraft die Fähigkeit habe, zum Kapitalbesitze zu gelangen* ⁽¹³⁰⁾. Es steht diese Fähigkeit mit dem von Stein so getauften *arbeitslosen Einkommen* nicht im Widerspruch, solange nur die Mechanismen beseitigt werden, die dem Kapitalisten den gesamten Gewinn sichern, d. h. solange der Lohn in der Höhe der notwendigen Unterhaltskosten des Arbeiters bleibt. Arbeit und Kapital sind dergestalt zwar aufeinander bezogene, aber doch unterschiedliche und gleichsam ewige Größen des gesellschaftlichen Lebens; die normative Eigentumsfrage erscheint als Problem der organischen Zuordnung dieser Größen durch den von Stein angerufenen sozialen Staat.

Das Recht auf Arbeit, begriffen zugleich als Gegenspieler und als Komplementärgrundrecht zum Eigentum, spielte im Vorfeld

Theoretiker der Bewegung von Staat und Gessellschaft zum Sozialstaat, Neudruck in Lorenz von Stein. *Gesellschaft — Staat — Recht*, hg. E. FORSTHOFF, Frankfurt, Berlin u. Wien 1972, 495 ff. und 513 ff.

⁽¹²⁹⁾ Es ist dies die Nahtstelle der Theorie; das Entfaltungsinteresse der Persönlichkeit in der Arbeit tendiert zum Kapital: *Ein solches arbeitsloses Einkommen ist daher das Ziel des Strebens aller Menschen* (I 90). Die Verunmöglichung des Kapitalbesitzes widerstreitet daher der Idee der Arbeit selbst und damit des Eigentums. Auch die Scheidung der Gesellschaft in bloß Besitzende und in Arbeitende widerspricht solange nicht dem Prinzip der persönlichen Freiheit, *solange das Kapital das Resultat der Arbeit ist* (I 135).

⁽¹³⁰⁾ *Op. cit.*, I 136.

und Verlauf der Februarrevolution in Frankreich seine berühmte historische Rolle ⁽¹³¹⁾. Anfänglich durchaus Kampfpapier der Revolution, stellt es sich von seinem Inhalt und seiner historischen Funktion her gesehen als sozialpolitische Kompromißformel dar - zusammen mit BLANQUIS « Organisation der Arbeit », mit welcher das Recht auf Arbeit häufig gleichgesetzt wurde. Bezeichnend ist die Wandlung in der Einstellung zum Eigentum, die sich bei PROUDHON feststellen läßt. 1848 veröffentlichte dieser eine für die französische Nationalversammlung vorbereitete Rede unter dem Titel « Le droit au travail et le droit de propriété » ⁽¹³²⁾. Darin wird zunächst das Recht auf Arbeit als Negation des Eigentums, als Prinzip seiner Abschaffung verkündet. Zur Rettung des Eigentums greift Proudhon sodann aber zu seinem eigentümlichen Gebrauch der Dialektik. Recht auf Arbeit und Eigentum werden dargestellt als *deux principes aussi légitimes, aussi fondamentaux l'un que l'autre* ⁽¹³³⁾. Ihr *antagonisme fatal* erzeugt die gesellschaftliche Bewegung. Die Gesellschaft, so erklärt Proudhon, ist auf einem System der Gegensätze oder Antinomien errichtet. Gerade weil das Recht auf Arbeit und das Eigentumsrecht im Gegensatz zueinander stehen, gerade weil dieses von jenem aufgesogen und verwandelt werden muß, muß man beide zugleich heiligen und stärken! ⁽¹³⁴⁾. Nun erscheint das Eigentum, von dessen Abschaffung und Transformation doch die Rede war, wiederum als ewiges Seinselement des Menschen, als Garant der menschlichen Freiheit: *Car la propriété, quant à son principe ou contenu, qui est la personnalité humaine, ne doit jamais périr: il faut qu'elle reste au coeur de l'homme stimulant perpétuel du travail, comme l'anta-*

⁽¹³¹⁾ Die Diskussionen in der Nationalversammlung sind referiert bei JOSEPH GARNIER, *Le droit au travail à l'Assemblée Nationale*, Paris 1848. Die Vorgeschichte des Rechts auf Arbeit soll hier nicht weiter verfolgt werden; als Markstein seiner Anerkennung werden insbesondere das von TURGOT inspirierte Edikt vom 12-3-1776, die französischen Verfassungen von 1791 (tit. 1) und 1793 (art. 21) und die Rechtsphilosophie von FICHTE angesehen. Material bei MENDER (Fn. 3), 11 ff., 33 ff.; aus der neueren Lit. G. OESTREICH, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, Berlin 1968, 66, 78, 105 ff.

⁽¹³²⁾ Paris 1848.

⁽¹³³⁾ *Op. cit.*, 13.

⁽¹³⁴⁾ *Op. cit.*, 14.

goniste dont l'absence ferait tomber le travail dans l'inertie et la mort ⁽¹³⁵⁾. Im Ausblick können Arbeit und Eigentum wiederum versöhnt werden, sie werden zu identischen Begriffen, wenn sie in jedem Individuum in gleichem Grade existieren ⁽¹³⁶⁾. Die tagespolitische Pointe des Textes ist der Vorwurf des einstigen « Eigentumsfeindes » an die Nationalversammlung, zwar genug für die Arbeit, aber zu wenig für das Eigentum getan zu haben - und das in einem Augenblick, in dem geklärt war, daß die Nationalversammlung sich weigern würde, das Recht auf Arbeit in der Verfassung zu verankern ⁽¹³⁷⁾. Die Rede Proudhons spiegelt den Rechtsruck der Revolution, die Furcht jener Tage vor « kommunistischer » Umwälzung, das Bemühen der Sozialisten, sich von dem Geruch der Eigentumsfeindlichkeit zu reinigen, wider. Weit entfernt davon, ein revolutionär-sozialistisches Grundrecht zu sein, diente das Recht auf Arbeit als Integrationsformel letztlich für soziale Bewegung und Kapitalismus und vermochte das Einschwenken der Mehrheit sozialistisch verstandener Kräfte in den Verständigungsrahmen des später so genannten Sozialstaats terminologisch zu tragen.

Für die Einschätzung des Rechts auf Arbeit kommt es auf seinen sachlichen Gehalt an. MENDER hat es mit THIERS auf einen Anspruch des beschäftigungslosen Staatsbürgers auf Gewährung der gewöhnlichen Tagelöhnerarbeit gegen Bezahlung des üblichen Tagelohns beschränken wollen und damit dem Recht auf Gewährung des Existenzminimums zugeordnet (*Abart des Rechts auf Existenz*) ⁽¹³⁸⁾, während etwa PROUDHON vom Recht des Bürgers spricht *d'être toujours occupé dans son industrie* ⁽¹³⁹⁾. Es schöpft diese Streitfrage jedoch die Problematik des Rechts auf Arbeit keineswegs aus. Gewiß bildet das Recht des Einzelnen darauf, daß der Staat oder die Kommunen ihm Gelegenheit verschaffe, durch eigene Arbeit sein Leben zu unterhalten, den Ausgangs-

⁽¹³⁵⁾ *Op. cit.*, 49.

⁽¹³⁶⁾ *Op. cit.*, 54.

⁽¹³⁷⁾ Jedenfalls wurde der Ausdruck *droit au travail* vermieden; PROUDHON entnahm dem Art. 13 der Verfassung gleichwohl die Anerkennung des Rechts auf Arbeit.

⁽¹³⁸⁾ *Op. cit.* (Fn. 3), 12, 22.

⁽¹³⁹⁾ *Op. cit.* (Fn. 131), 12.

punkt und den juristischen Kernpunkt des Rechts auf Arbeit. Im Rahmen der Ereignisse des Jahres 1848 bedeutete es jedoch weit mehr. Dort bezeichnete es ein neues gesellschaftliches Prinzip, das an die Stelle des *laissez-faire* treten sollte, nämlich das Prinzip der gesellschaftlichen Organisation. Seit den 40er Jahren des 19. Jahrhunderts, in denen die Lage der Arbeiter weithin bewußt geworden war, erhielt der Gedanke der Organisationsfähigkeit und Organisationsbedürftigkeit der Gesellschaft (anstelle ihrer Deutung als selbsttätiger Organismus) erheblichen Zulauf ⁽¹⁴⁰⁾, in Deutschland etwa in der Rechtsphilosophie von HEINRICH AHRENS ⁽¹⁴¹⁾. Mit dem Absterben der ständischen Ordnung verspürte man ein Manko an gesellschaftlicher Formation, das durch bloßes Waltenlassen der freien Kräfte nicht ausgeglichen schien. Für das Recht der Arbeit ist bedeutsam, daß es schon von CONSIDÉRANT auf das Problem der gesamtgesellschaftlichen Organisation ausgerichtet wurde. Der Schüler Fouriers wies dem Recht auf Arbeit einen Mindestinhalt zu, der bereits die Frage der Güterverteilung anschnidet: Die Gesellschaft soll mindestens soviel an Subsistenzmitteln für eine geleistete Tätigkeit zusichern, wie im Stande der Wildheit (also bei Ausübung der ursprünglichen ökonomischen Grundrechte) für diese Tätigkeit zu erhalten gewesen wäre ⁽¹⁴²⁾. An diesem Punkte bleibt Considérant jedoch nicht stehen: Es geht um die Organisation von Arbeit und Industrie (*organisation du travail, organisation de l'industrie*) ⁽¹⁴³⁾, d. h. um Gestaltung der Gesellschaft auf der Grundlage rationaler Planung und mit den Mitteln des Staates (*gouvernement*), als deren Resultat nicht bloß das Existenzminimum für jedermann gesichert wird, sondern eine gerechte soziale Ordnung entsteht. Unter Organisation der

⁽¹⁴⁰⁾ Dazu E. v. PHILIPPOVICH, *Das Eindringen der sozialpolitischen Ideen in die Literatur*, in *Die Entwicklung der deutschen Volkswirtschaftslehre im 19. Jahrhundert*. Gustav Schmoller zur 70. Wiederkehr seines Geburtstages, Teil II, Leipzig 1908, 17 ff., 33 ff.; W. CONZE, *Arbeit*, in *Geschichtliche Grundbegriffe* (Fn. 123), Bd. I, Stuttgart 1972, 198.

⁽¹⁴¹⁾ Z. B. *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, Übersetzung des zunächst in franz. Sprache erschienen Werks *Cours de droit naturel*, 1. deutsche Ausgabe 1846, 6. Aufl. Wien 1870, Bd. I, 267 ff.

⁽¹⁴²⁾ *Op. cit.* (Fn. 124), 59.

⁽¹⁴³⁾ *Op. cit.*, 62.

Arbeit ist damals mehr verstanden worden als die Errichtung von Nationalwerkstätten zur Schaffung von Arbeitsplätzen: *Organiser le travail, c'est constituer l'ordre économique, proportionner en toutes choses les moyens au but, la production aux besoins de la consommation; c'est créer l'abondance et réaliser la justice; c'est rendre tous les intérêts solidaires* etc. (FRANCOIS VIDAL) ⁽¹⁴⁴⁾. In diesem Verstande zielt das Recht auf Arbeit auf eine Umgestaltung der Gesellschaft im Sinne des Ausgleichs der Interessen von Eigentum und Arbeit, im Sinne einer staatlichen Verantwortung für die gerechte soziale Ordnung.

Demzufolge wirft das Recht auf Arbeit auch die Frage nach dem gerechten Arbeitslohn auf. Anders als nach der Theorie vom Produktwerteigentum des Arbeiters disqualifiziert das Recht auf Arbeit Kapital- und Grundrente nicht prinzipiell. Es geht vielmehr um Teilung des Gewinnes, d. h. der Differenz zwischen Produktwert und Produktionskosten, unter Arbeiter und Eigentümer. Dabei wird der die Existenz sichernde Minimallohn unter die Kosten gerechnet (Reproduktionskosten der Arbeitskraft), so daß er außerhalb des eigentlichen Verteilungsproblems bleibt. So gesehen gibt das Rechts auf Arbeit einen Anspruch auf einen das Existenzminimum überschreitenden Güteranteil. Im Einklang mit diesem Verständnis hat der österreichische Jurist JULIUS OFNER das Recht auf Arbeit aufgefaßt: Es hängt eng mit der Verteilungsfrage zusammen und zielt auf ein Rechtssystem, *dessen Normen die Erhaltung der Arbeitskraft, die Förderung der Gesamtarbeit, die zweckentsprechende Verteilung des Produktes unter die Mitarbeiter, die Regelung der Besitzverhältnisse im Dienste der Arbeit, den Schutz der lebendigen Arbeit vor Benachteiligung durch die im Eigentum erstarrte Arbeit der Vergangenheit - kurz eine Organisation der Arbeit unter Aufsicht und Schutz der Gesellschaft enthalten* ⁽¹⁴⁵⁾. Ofner hat ungleich klarer als Menger die geschichtliche Rolle der Formeln « Recht auf Arbeit » und « Organisation der Arbeit »

⁽¹⁴⁴⁾ *Vivre en travaillant. Projets, voies et moyens de réformes sociales*, Paris 1848, 26.

⁽¹⁴⁵⁾ *Das Recht auf Arbeit*. Vortrag gehalten im Wissenschaftlichen Klub zu Wien am 24. November 1884, abgedruckt in W. ECKSTEIN (Hg.), *Julius Ofner - Recht und Gesellschaft*, Wien und Leipzig 1931, 39 ff., 52-53.

erfaßt ⁽¹⁴⁶⁾. Er hat sogar den interessanten Versuch unternommen, den Anspruch des Arbeiters auf einen das Existenzminimum überschreitenden Lohn auf der Grundlage pandektistischer Dogmatik positivrechtlich zu begründen ⁽¹⁴⁷⁾.

Die Schwäche einer die Güterverteilung anpeilenden Interpretation des Rechts auf Arbeit liegt auf der Hand. Seine Offenheit und Dynamik läßt es eher als sozialpolitischen Leitsatz denn als subjektives, gegen die Rechtsgemeinschaft durchsetzbares Recht geeignet erscheinen. Wenn auch geklärt war, daß der Arbeitslohn über dem Existenzminimum liegen müsse, so blieben jedoch die Kriterien seiner Bestimmung unsicher und schwankend. VIDAL versuchte es mit einer Festlegung von Lohn und Kapitalzins und der Halbteilung des verbleibenden Überschusses unter Kapitalisten und Arbeiter ⁽¹⁴⁸⁾; OFNER orientierte den Lohn am *bürgerlichen Fortkommen der Arbeiterfamilie* und faßte dergestalt kraft des Rechts auf Arbeit die *Hebung des Arbeiterstandes zum Bürgerstande* ins Auge ⁽¹⁴⁹⁾; CONSIDÉRANT rekurrierte, wie erwähnt, auf den Ertrag der menschlichen Tätigkeit im primitiven Zustand der

⁽¹⁴⁶⁾ Das persönliche und wissenschaftsgeschichtliche Verhältnis zwischen OFNER und MENDER scheint der Untersuchung zu bedürfen. Beide verkündeten eine soziale Rechtswissenschaft, beide beschäftigten sich mit den sozialen Grundrechten, und zwar Ofner in den Jahren unmittelbar vor dem Erscheinen von Mengers Buch über das Recht auf den vollen Arbeitsertrag (1886). Am 29-11-1883 hielt OFNER einen Vortrag über « *Das Recht zu leben* » im Wissenschaftlichen Klub zu Wien (abgedruckt bei ECKSTEIN, 23 ff.); am 10-1-1884 den sogleich publizierten Vortrag « *Über das Rechtsprinzip des Arbeitslohnes nach herrschendem Systeme* » in der Wiener Juristischen Gesellschaft (siehe nächste Fn.); am 24-11-1884 den erwähnten Vortrag « *Das Recht auf Arbeit* » im Wissenschaftlichen Klub zu Wien. Sollte Menger, in jenen Jahren bereits Professor in Wien, von diesen Vorträgen nichts erfahren haben? Warum hält er in seinem Buch Ofner nicht der Erwähnung wert, obwohl er gleichzeitig Marx und Rodbertus die Vernachlässigung ihrer Vorläufer so stark ankreidet? Interessant ist die unterschiedliche juristische Qualität von Ofners Vorträgen und Mengers Buch. Während Menger, wie gezeigt, die juristischen Termini in schwankender und wenig kontrollierter Sinngebung verwendet, zeigt sich bei Ofner eine beachtliche Reflexion des Rechtsbegriffs, beispielhaft im Vortrag « *Das Recht zu leben* ».

⁽¹⁴⁷⁾ *Ueber das Rechtsprinzip des Arbeitslohnes nach herrschendem Systeme*, Wien 1884, 6 (auch: *Juristische Blätter*, 1884 Nr. 3 und 4).

⁽¹⁴⁸⁾ *Op. cit.* (Fn. 142), 49.

⁽¹⁴⁹⁾ *Op. cit.* (Fn. 145), 13.

Menschheit. Es zeigt sich hier die Problematik der Einkleidung sozialpolitischer Gerechtigkeitsforderungen in die Form des Individualrechts, welche die Theorie der sozialen Grundrechte bis heute belastet ⁽¹⁵⁰⁾. So geeignet das Recht der Arbeit als politische Kompromißformel, als Parole des Abschieds vom *laissez-faire* erscheinen konnte, so schwankend mußte sein Rechtsgehalt bleiben, sofern es nicht auf die Zusicherung der Verschaffung von Arbeitsgelegenheit oder Arbeitslosenunterstützung, mithin auf die Sicherung des Existenzminimums hinauslaufen sollte. Denn für den Interessenausgleich zwischen « Eigentum » und « Arbeit » waren viele Wege denkbar, deren Gangbarkeit sich erst in der gesellschaftlichen Entwicklung erweisen mußte. Je stärker ein soziales Grundrecht auf die optimale Lösung der sozialen Frage abzielt, desto abhängiger wird es von komplizierten Organisationszusammenhängen und Mechanismen, deren Funktionieren infolge der Selbstbewegung der Gesellschaft letztlich nicht völlig berechenbar ist - desto geringer wird infolgedessen seine Verbürgbarkeit durch die politische Gemeinschaft.

Seine Offenheit ließ das Recht auf Arbeit geeignet erscheinen, für sehr unterschiedliche sozialpolitische Vorstellungen und Kräfte als Formel sei es der Reform, sei es der Beschwichtigung zu dienen. Die Bemühungen der Rechtswissenschaft, seinen juristischen Kern herauszuarbeiten, blieben, sieht man von Einzelfällen wie dem Versuch von OFNER ab, im 19. Jahrhundert gering. In der 2. Hälfte dieses Jahrhunderts war die führende Jurisprudenz, zu-

⁽¹⁵⁰⁾ Die aktuelle Problematik der sozialen Grundrechte ist nicht Gegenstand dieses Beitrags. Für den Stand der Diskussion in der Bundesrepublik, die schon im Hinblick auf das seit dem 19. Jh. sozialpolitisch Erreichte einen anderen Ausgangspunkt hat, verweise ich auf: G. LEIBHOLZ, *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, 3. Aufl. Karlsruhe 1967, 130 f.; TH. TOMANDL, *Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht*, Tübingen 1967; H. F. ZACHER, *Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, München u. Wien 1968, 29 ff.; H. SCHAMBECK, *Grundrechte und Sozialordnung*, Berlin 1969; G. BRUNNER, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, Tübingen 1971; P. BADURA, *Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland*, in *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, 14 (1975), 17 ff. Einen Überblick über die Lit. zum « *Recht auf Arbeit* » gibt R. RICHARDI, *Betriebsverfassung und Privatautonomie*, 1973, 28 ff.

mindest in Deutschland, der Menschenrechtsidee ohnehin wenig geneigt ⁽¹⁵¹⁾, der Weg zur Auffassung der Grundrechte als *moralische Lehren* ⁽¹⁵²⁾, politische Programmsätze außerhalb des eigentlichen Rechtsbereichs war eingeschlagen. Dieser Umstand förderte einen von der Rechtswissenschaft unkontrollierten Gebrauch des Rechts auf Arbeit. Hatte die französische Nationalversammlung von 1848 — wie auch die Versammlung der Paulskirche ⁽¹⁵³⁾ — die Aufnahme des Rechts auf Arbeit in die Verfassung im Hinblick auf seinen historischen Zusammenhang mit der sozialistischen Doktrin verweigert, so konnte ausgerechnet Bismarck, der Kanzler eines Staates ohne verfassungsmäßig verbürgte Grundrechte, das Recht auf Arbeit als Programm der Regierungspolitik verkünden ⁽¹⁵⁴⁾. Die regierungsfreundliche Literatur verband damit den Inbegriff beliebiger politischer Maßnahmen. Die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit, so schrieb der Reutlinger Rechtsanwalt HAHN, durchzieht die ganze Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reichs einem roten Faden gleich; die Einführung der Gewerbefreiheit und Freizügigkeit, Schutz des Arbeitslohnes in Zwangsvollstreckung und Konkurs, Kranken- und Unfallversicherung, insbesondere aber die Zoll-

⁽¹⁵¹⁾ Vgl. H. COING, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte*, in *Deutsche Landesreferate zum 3. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London 1950*, Berlin u. Tübingen 1950, 202 f.; zum Verständnis der Grundrechte im 19. Jh. U. SCHEUNER, *Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts*, in *Festschrift für E. R. Huber*, Göttingen 1973, 139 ff.

⁽¹⁵²⁾ So der Rechtsphilosoph HEINRICH AHRENS, welcher der sozialen Reform zugeneigt war und von der deutschen Jurisprudenz wenig geachtet wurde, über die sozialen Bestimmungen der Französischen Verfassung vom 4. November 1848, s. den Art. « *Menschenrechte* » in J. C. BLUNTSCHLI - K. BRATER, *Deutsches Staatswörterbuch*, Bd. 6 (1861), 606. Zur Einschätzung von AHRENS z. B. E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, Bd. 3, 1, München und Berlin 1910, 655 f.

⁽¹⁵³⁾ Dazu mit Quellen H. SCHOLLER, *Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche. Eine Dokumentation*, Darmstadt 1973, 33 ff., 220 ff.; H. A. STRAUSS, *Staat, Bürger, Mensch. Die Debatten der deutschen Nationalversammlung 1848-9 über die Grundrechte*, Aarau 1947, 71 ff.

⁽¹⁵⁴⁾ Z. B. in der Reichstagsrede vom 9-5-1884, siehe: *Die politischen Reden des Fürsten Bismarck, Historisch-kritische Gesamtausgabe*, Hg. von H. KOHL, Bd. 10, Stuttgart 1894, 109.

gesetzgebung, die das inländische Kapital zur Anlage im Inland treibt, bedeuten die Anerkennung des Rechts auf Arbeit. Zuletzt aber soll dieses Recht durch die Erweiterung des Deutschen Reiches in den Kolonien zur Geltung gekommen sein, denn *wer Boden gibt, gibt Arbeit* - das Recht auf Arbeit konnte sogar als Rechtstitel für imperialistische Politik benutzt werden ⁽¹⁵⁵⁾.

⁽¹⁵⁵⁾ O. HAHN, *Das Recht auf Arbeit, staatsrechtlich und volkswirtschaftlich aufgrund der kaiserlichen Botschaft vom 17. November 1881 erörtert*, Stuttgart 1885, VII, VIII. Der Bezug des Rechts auf Arbeit auf die Kolonialpolitik auch bei F. WIEDE, *Über das Recht auf Arbeit und unsere gesellschaftlichen Verhältnisse im allgemeinen*, 1885, 28.

MARIO SBRICCOLI

IL DIRITTO PENALE SOCIALE

1883-1912

‘Riscoperta’ e ridefinizione.

Un lungo silenzio di storici e giuristi ha costretto per ben oltre mezzo secolo il ‘socialismo giuridico’ italiano in un limbo assai prossimo alla *Vergessenheit der Geschichte*.

Un silenzio non casuale, ovviamente, e non immotivato. Aggravato — per quanto può riguardare il particolare punto di vista che interessa questo mio contributo — da un’ulteriore e a suo modo ‘storica’ carenza, rappresentata dall’assenza di una adeguata riflessione storiografica sulle dottrine penalistiche di fine secolo, costrette in una schematizzazione che prendeva atto insieme degli schieramenti allora dichiarati e delle successive sistemazioni di stampo rigidamente (e tendenziosamente) classificatorio.

La recente ‘riscoperta’ del *socialismo giuridico* rompe dunque quel silenzio ed offre motivo di rimeditazione a proposito del modo tutto sommato rozzo e sbrigativo con il quale si è preteso di definire *für ewig* il dibattito dottrinale svoltosi tra i penalisti dagli anni settanta in poi, riducendolo ad un confronto di tipo agonistico tra due schieramenti agguerriti e compatti che solo al termine di un luogo fronteggiamento offrono spazio all’inevitabile mediazione di una ‘terza scuola’ di eclettici conciliatori.

Ma quella riscoperta, come spesso accade in tante operazioni di ‘recupero’ o di mero ‘rinvenimento’, ha dovuto scontare — almeno alle prime battute — un troppo lungo e generale disinteresse: in primo luogo nei confronti di quella scuola giuridica dimenticata; in secondo luogo verso lo stesso fenomeno giuridico in quanto tale, verso il pensiero dei giuristi e verso tutto ciò che al

dibattito tra giuristi strettamente si connette: la costruzione di particolari istituti, il modo di gestione delle istituzioni cardinali, lo stile stesso del governo e dell'amministrazione in uno Stato. Disinteresse, sia chiaro, che va in primo luogo imputato e rimproverato ai diretti specialisti di questi studi, ma che riguarda — vulnerando seriamente la credibilità dei loro studi — anche gli storici, diciamo, politici, i quali hanno già cominciato ad intravedere l'importanza del momento 'istituzionale' dei problemi che affrontano, ma sono ancora lontani dal comprendere che sotto le questioni istituzionali e dietro ogni operazione 'politica' che coinvolga le strutture operative dello Stato, ci sono idee, dibattiti, visioni generali e strategie *di giuristi*, quando non addirittura il loro *escamotage* tattico o il loro diretto suggerimento spicciolo.

Quella riscoperta, dicevo, ha pagato dunque un suo particolare pedaggio. Segnata all'inizio, sia pure solo per un momento, da una sorta di stupore per la lunga dimenticanza ⁽¹⁾ che ha cancellato il *socialismo giuridico* dal nostro panorama culturale, è passata attraverso preliminari fasi ricostruttive nelle quali, come davanti ai frantumi variamente incrostati di un pezzo archeologico sconosciuto, si è innanzitutto affaticata in un'opera di ricomposizione e ridefinizione tutt'altro che facile ⁽²⁾.

In primo luogo, infatti, si trattava non di cercare e ritrovare i segni della presenza di una tendenza di pensiero giuridico a suo modo organizzata o almeno cosciente della sua identità ed esistenza. In realtà non si può dire — né all'epoca si diceva — che quella del *socialismo giuridico* fosse una *scuola*, nel senso di avere anche

⁽¹⁾ Ma con sfumature di tono che appaiono diverse. Guido Neppi Modona ha scritto di una scuola giuridica *dimenticata*, Paolo Ungari *in memoria* di essa. Inutile dire che volutamente taccio delle allusioni (Ungari a Labriola, Neppi, forse, allo stesso Ungari) che ciascuno può poi cogliere nei titoli scelti dai due autori per i loro scritti.

⁽²⁾ Mi riferisco a P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*. I. *Le « scuole del diritto privato sociale »* e II. *Crisi e tramonto del movimento*, in *Politica del diritto*, I, 1970, 241-268, 387-403; G. NEPPI MODONA, *Una « scuola » dimenticata: il socialismo giuridico nel diritto penale*, in *Giustizia e costituzione*, II, 1971, n. 4, 29-33; ID., *Recensione a P. Ungari, In memoria...*, in *Rivista di storia contemporanea*, I, 1972, 115-116 e da ultimo U. GUERINI, *Socialismo giuridico e diritto penale*, in *Politica del diritto*, V, 1974, 431-473.

suoi precisi confini, una sua organizzazione culturale, degli aderenti, dei capofila.

Ciò ha significato, dunque, non solo riportare in luce qualcosa che era in partenza di difficile individuazione, ma anche dargli un'identità ed una serie di contorni nell'atto stesso della 'riscoperta', con tutte le difficoltà ed i rischi che una simile operazione comporta.

All'indeterminatezza della 'scuola' si è aggiunta poi la tendenza di alcuni caratteri che possono essere considerati distintivi di essa, a sovrapporsi e confondersi con altri che sono a loro volta distintivi di tendenze giuridiche o di scenari culturali più generali e di fondo: penso per esempio a quanto di ben nota ambiguità (spesso capace di esplicitarsi in nette tendenze *di destra* e *di sinistra*) è dato riscontrare negli elementi di positivismo, nelle ascendenze darwinistiche, nelle dichiarazioni di fede evoluzionistiche, nelle venature razzistiche (provenienti *à la fois* da Gobineau, Lombroso, Gumpłowicz) che possono rinvenirsi con grande facilità negli scritti dei 'giuristi socialisti' ed in primo luogo nei penalisti.

A tutte queste difficoltà se ne sono aggiunte altre. Come definire e scegliere i criteri ricostruttivi per rimettere insieme una tendenza di questo genere? Quali elementi tenere presenti, quali ignorare, quali considerare imprescindibili, quali esclusivi? E poi: come delimitare l'area di 'appartenenza' dei diversi giuristi ad un movimento che veniva presentandosi tanto articolato da offrire chiaramente più di un elemento di sicura contraddittorietà? E una volta 'assegnato' un giurista alla schiera dei 'giuristi socialisti', lo si doveva considerare tale *à jamais* o era necessario distinguere, periodizzando il suo lavoro scientifico e magari anche la sua biografia, assumendo come indizio anche le date ed il segno del suo impegno civile e politico?

Si tratta di problemi *preliminari*, ma la loro soluzione può essere trovata solo se non li si affronta preliminarmente. Il *socialismo giuridico* italiano, difficilmente definibile e ricostruibile come *scuola*, deve essere studiato alla stregua di una 'presenza' culturale: una tendenza politico-ideologica che *attraversa* scuole diverse e momenti diversi della riflessione giuridica, caratterizzando in modo apprezzabile una esperienza dottrinale di oltre vent'anni e segnando più o meno intensamente e per periodi più o meno

lunghi l'impegno scientifico di un numero notevole di giovani giuristi.

Ciò significa, tra l'altro, che sarebbe illusorio pensare di trovare un unico o principale criterio distintivo in base al quale stabilire rigidamente i caratteri 'socialisti' della tendenza o i requisiti per appartenervi.

Una tendenza composita e i limiti culturali del suo riformismo.

Il *socialismo giuridico* italiano, sia detto senza minimamente volerne svalutare la portata e l'importanza, che pure ebbe, ci si presenta come una sorta di *bandwagon* al quale si accodano, facendovisi ricomprendere, componenti assai disarticolate: gli esponenti più diversi del 'rinnovamento' culturale legato ai vari positivismi europei; coloro che individuano nella lotta 'intorno al diritto' uno dei terreni sui quali realizzare la promozione delle classi « non abbienti ed operaie »; i giuristi mossi da una generale esigenza di giustizia sociale, nascente da una loro fondamentale convinzione democratica o quelli che, specie tra i penalisti, vedono nel lavoro scientifico un prolungamento dell'impegno che sono venuti assumendo nella società civile, spesso esplicitandolo in una presenza di lotta politica nelle file del partito socialista.

È così che possono essere collocati all'interno della tendenza darwinisti come Cogliolo o Vadalà Papale, solidaristi come Salvio, evoluzionisti come D'Aguanno, democratici repubblicani come Colajanni, crispini come Cimbali negli anni ottanta o Vaccaro negli anni novanta, zanardelliani come Gianturco, radicali come Impallomeni o Pozzolini, positivisti socialisti come Ferri, Zerboglio, Majno, positivisti 'di destra' come Brugi, o tutti quei civilisti che pongono a base del loro *socialismo giuridico* l'attenuazione del carattere 'individualistico' del diritto privato: da Chironi a Vidari, da Gianturco a Vivante.

Una eterogeneità di orientamenti, dunque, che impedisce di considerare il *socialismo giuridico* italiano come qualcosa di ben individuato e caratterizzato, ma che non deve per questo indurre a sospendere ogni tentativo di descrizione che serva, come passaggio iniziale, per arrivare a darne un adeguato giudizio storico. Già nella registrazione della evanescenza dei suoi contorni è infatti,

evidentemente, un dato descrittivo di partenza nel quale è già possibile cogliere il senso politico e culturale della sua presenza all'interno del dibattito fra giuristi sul finire del secolo.

Non proseguirò, però, per questa via. Intanto perchè il farlo avrebbe poco a che vedere con la precisa domanda che mi ha mosso a questa ricerca; e poi perchè non ritengo che l'obiettivo stesso di una 'definizione' (diciamo così) di quella 'tendenza' valga in definitiva lo sforzo che chiederebbe. Accertarne l'identità poteva essere opera necessaria e magari utile per i protagonisti di quell'esperienza, ma il fatto che essi stessi si siano limitati ad abbozzare appena un inizio di discorso, intorno ai primi anni novanta, e per di più su impulso d'altri ⁽³⁾, toglie ulteriore interesse, se non legittimità, ad una riedizione in sede storiografica di quel tentativo.

La questione è un'altra. Essa può essere riassunta in quella che a me è parsa la caratteristica fondamentale (altrimenti qualificabile come quella di maggior interesse storico attuale) del nostro *socialismo giuridico*: una ben individuabile *ambiguità* che ne fece per un verso un elemento generatore di aperture positive (e all'occasione di positive rotture), e per l'altro un prodromo di degenerazioni, non solo culturali e non limitate allo specifico del diritto, che avrebbero pesato in modo grave e spesso drammatico sulle vicende successive del paese.

(3) L'iniziativa di cercare nel movimento « che potrebbe senza gravi errori definirsi come la scuola del socialismo giuridico » una serie di caratteristiche qualificanti deve essere infatti attribuita ad A. LORIA, *Socialismo giuridico*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, 519-527. L'intervento di Loria, che non può essere considerato soltanto un tentativo 'definitorio', ma che rappresenta soprattutto una puntualizzazione critica nei confronti di coloro che « deducevano l'economia dal diritto positivo e questo da una entità imponderabile », si apre tuttavia con l'indicazione di alcune linee di tendenza che caratterizzavano l'opera della 'nuova scuola': « Invero — egli afferma (p. 519) — sono diverse le gradazioni dei vari scrittori che la compongono, sono diversamente accentuate le loro censure e i loro disegni di riforma; ma a tutti però è come l'intento di assoggettare il diritto vigente ad una critica rigorosa, ispirandosi al criterio della politica sociale, alla necessità di elevare le sorti delle classi lavoratrici, al desiderio di migliorare più o meno radicalmente e di rendere meno sperequata ed iniqua la costituzione economica odierna; tutti, dal più ardito al più timido, questi scienziati si propongono di ottenere con gli scritti e coll'opera una modificazione del diritto, la quale faccia ragione alle esigenze legittime dei volghi poveri e li tragga a meno sconsolati destini ».

Una ambiguità, però, che il *socialismo giuridico* non generò da sé, e che non può essere considerata un prodotto della sua sola presenza né una caratteristica ad esso esclusivamente attribuibile. Essa esisteva, obiettivamente, nella cultura dell'Italia unita, e non solo in quella giuridica: i nostri giuristi si limitano a registrarla, a dimostrazione della loro capacità di vivere nel reale senza isolarsi negli esoterismi della corporazione, e, insieme, della loro incapacità (che però non era soltanto la loro) di prendere coscienza dei limiti e dei pericoli della temperie culturale che accettavano e di cui si facevano interpreti e promotori: della loro incapacità, in definitiva, di uscire dalla spirale di degradazione culturale iniziata con la sconfitta delle componenti democratiche nel risorgimento e risoltasi nel regime reazionario di massa instaurato dal fascismo.

È dunque a questa ambiguità che bisogna guardare ed è da essa che occorre prendere le mosse per un discorso ricostruttivo che voglia dare un senso (il che non vuol dire necessariamente una definizione) a quella pur importante esperienza.

Ma una tendenza che, come questa, è essenzialmente il risultato di una specifica riflessione dottrinale o (quando lo è) la conseguenza di una riflessione sulle politiche che vengono messe in atto attraverso il diritto o dietro di esso, non può essere valutata e forse neanche reindividuata, se non si guarda al di là del contributo *tecnico* dei giuristi che vi si riconobbero, per tenere presente il momento più generale, politico e civile, del loro impegno di intellettuali.

Nessuno può infatti negare che la presenza nel dibattito tra giuristi di una voce riformistica, più o meno direttamente riconducibile ad una piattaforma 'socialista', fosse essenzialmente dovuta non tanto ad uno sviluppo interiore di quel dibattito, quanto all'ingresso in esso di protagonisti che vi portavano un'esperienza nuova proveniente dall'esterno ed un insieme di suggestioni culturali maturate al di fuori dell'ambito tradizionale degli studi giuridici.

La 'nuova fase' degli studi giuridici è infatti, in gran parte, il risultato di una serie di 'applicazioni al diritto' di metodologie e schemi culturali reperiti altrove, magari secondo i canoni della

disinvolta interdisciplinarietà propria del positivismo, e, in parte altrettanto grande, la conseguenza di un fenomeno chiaramente rilevabile, specie nel settore penalistico: l'identificazione dell'organizzazione repressiva dello Stato come punto centrale per iniziare un'analisi generale della società e delle sue 'ingiustizie', con il conseguente impegno di intere generazioni di dirigenti socialisti — da Filippo Turati a Giacomo Matteotti — intorno alla questione penale ed ai suoi risvolti politici generali.

Il che vuol dire, in definitiva, che il *socialismo giuridico* italiano non può essere studiato alla stregua di un momento fra gli altri della storia del pensiero giuridico, ma va visto come effetto del 'contraccolpo sul diritto' determinato dal tipo di lotta politica che si veniva costruendo in Italia, quale risposta alle grandi questioni nazionali ereditate dalla direzione moderata del moto risorgimentale e aggravate dalla perdurante gestione conservatrice del paese.

La centralità della questione penale.

Una grave responsabilità hanno quelle scuole giuridiche e quei giuristi che nei primi anni di questo secolo diedero inizio ad una vera e propria opera di amputazione del diritto penale dal contesto delle altre scienze civili, tra le quali per oltre un secolo esso aveva occupato una posizione fondamentale.

Presentata all'inizio come opera di depurazione della scienza giuridica penalistica rispetto ad una serie di incrostazioni culturali caduche e obiettivamente deteriori, quell'operazione ha assunto via via i caratteri sempre più precisi di una *estraniazione del diritto penale*, presupposto di un autentico sradicamento dei penalisti dal terreno, che era stato storicamente il loro, dell'impegno politico e civile.

Essa rappresentava, oggettivamente, la manifestazione di una svolta riduttiva e carica di conseguenze storiche, che costringeva anche la scienza penalistica nella stessa separazione dalla società civile che avevano conosciuto il diritto privato ed il diritto pubblico: il primo da tempo interamente ricomprensibile nella sua dimensione dogmatica, il secondo ormai disancorato dalla scienza della politica e dalla teoria sociale, anche in seguito all'intervento della pubblicistica tedesca da Gerber a Laband a Jellinek.

Una svolta, ho detto. Perchè la tradizione italiana ed europea degli studi penalistici aveva sempre portato il segno esattamente contrario.

Il diritto penale si era storicamente presentato come la scienza delle libertà, delle riforme e dei diritti civili, ed attraverso esso si venivano formando i grandi intellettuali del 'secolo sconfitto' che avrebbero però determinato ed accompagnato la vittoria del nuovo. I nomi di Filangieri, Beccaria, Romagnosi, e poi quelli di Carmignani, Rossi, Carrara, sono nomi di penalisti e insieme, forse, i nomi dei soli intellettuali di livello europeo che l'Italia abbia avuto nell'epoca loro. Sono anche nomi di uomini politici impegnati fin nel 'quotidiano' della direzione della cosa pubblica, protagonisti principali, se non soli, di un movimento riformistico di tipo 'civile' che aveva fatto delle questioni penalistiche *l'occasione*, ma anche *la sede* di rivendicazioni generali di libertà e di rinnovamento.

Essi avevano compreso che solo sul terreno dei diritti civili (arginando concretamente l'attività del potere politico e rivendicando un controllo sulla natura e sull'uso degli strumenti repressivi) si potevano garantire realmente ed in modo certo i diritti di libertà dichiarati nelle carte.

È inutile dire che non mi interessano, ora, gli esiti di quel movimento. Mi interessa invece sottolineare come il diritto penale sia stato uno dei terreni primari sul quale si sono svolti impegno ed opera della nostra più elevata intellettualità 'borghese' (e non solo nella sua componente giuridica 'per professione': pensare a Pagano, a Cattaneo, agli stessi Rosmini o Mamiani), e certo quello sul quale si sono esercitate con maggiore evidenza la *rottura* di certe strutture oppressive dell'*ancien régime* e la *difesa* degli spazi di libertà conquistati con essa.

I giuristi socialisti si pongono a pieno titolo all'interno di questa tradizione. Certo, essi la rinnovano nei suoi contenuti, modificandone in parte gli obiettivi e riempiendola di nuove rivendicazioni. Ma proprio per questo ci appaiono oggi come i suoi veri eredi e continuatori: dal momento che resta in essi la convinzione della *priorità della questione penale* come questione di fondo sulla quale si misurano sia l'urgenza di una riforma sociale di portata molto

ampia, sia la volontà politica di iniziarla e portarla a termine. Così come resta la consapevolezza della grande ambiguità di fondo che aveva caratterizzato la penalistica civile di stampo 'liberale': una ambiguità fatta di principi proclamati ma disattesi nella pratica, ed aggravata dalla contraddizione stessa in cui il massimo principio giuridico borghese, quello che vuole la legge *uguale* per tutti, gettava il diritto penale: perchè « la unicità del criterio sancito per l'imputabilità dei poveri e dei ricchi, rappresenta in realtà una palese ingiustizia » (4).

Eredi e continuatori di quella tradizione i giuristi 'socialisti' erano non solo oggettivamente, ma anche in termini di schieramento. Furono essi a combattere — sul finire del secolo — le ultime grandi battaglie di tipo 'liberale', affiancati soltanto da pochi tra coloro che rivendicavano ad ogni occasione gli insegnamenti di Francesco Carrara o il retaggio dei padri risorgimentali (5); sempre ad essi si deve il tentativo di democratizzare (quando non di rendere più *liberali*) vasti aspetti della legislazione penalistica; ad essi infine, come ho già scritto altrove, va il merito di avere fronteggiato e contrastato la spirale 'tecnicistica' che avrebbe finito col sostituire alla grande penalistica civile ottocentesca quella sorta di civilistica penale che ha caratterizzato gli ultimi settant'anni di storia giuridica.

Certo, i penalisti 'socialisti' portarono in questa battaglia tutti i loro limiti negativi. Da quelli nascenti dalle loro contraddizioni culturali, a quelli connessi alla debolezza dell'impianto positivistico che caratterizzava l'opera della maggior parte di essi, fino a quelli legati alle loro spesso evidenti carenze sul terreno tec-

(4) E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali del codice penale*, in *La scienza del diritto privato*, IV, 1896, 52.

(5) Tra questi pochi, certamente, Emilio Brusa e Luigi Lucchini. E, a proposito del secondo, occorre dire che le sue posizioni conservatrici (peraltro accentuate soprattutto dopo l'inizio del secolo) non gli impedirono di svolgere una costante ed attenta funzione di 'critica liberale', nella sua *Rivista penale* e nelle altre sedi (il Parlamento, la Cassazione), dove si veniva svolgendo la sua attività. Dico questo a (parziale) rettifica anche di quanto può desumersi da alcuni giudizi eccessivamente *tranchants* espressi nel mio *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, 1973, per es. p. 643 (dove, però, il riferimento è al Lucchini del 1922 ...).

nico, ragione non ultima di un handicap obiettivo nei riguardi dell'avversario e motivo di un'inconfessata ma avvertibile sensazione di 'inferiorità' sul terreno tradizionale dell'esegesi e della costruzione giuridica. Limiti tutti sovrastati, poi, dall'altro più generale e più grave che stava nella debolezza politica della loro posizione, tutta difensiva, costretta a patteggiare di continuo e a rinunciare via via ad una serie di importanti punti di principio per inseguire l'avversario ed il suo sistema politico-giuridico su di un terreno sempre più lontano dal vecchio quadro 'liberale' e sempre meno riconducibile in una nuova cornice democratica.

Nelle pagine che seguiranno cercherò di mettere meglio a fuoco, documentandoli, molti degli elementi qui appena accennati. Vale la pena, però, di indicare fin d'ora un primo dato sfuggito alla partizione manichea degli indirizzi penalistici degli ultimi venticinque anni del secolo, che ha ridotto il dibattito dottrinale ad uno scontro tra scuola classica e scuola positiva.

Innanzitutto, come apparirà evidente nelle pagine che seguiranno, c'è una zona abbastanza larga di 'classici socialisti' e di 'socialisti non positivisti' che incrina sensibilmente l'operazione di netta separazione tra i due indirizzi che si è creduto di poter fare. La variabile di una agguerrita corrente che si schiera in modo omogeneo non tanto sui temi classici dell'*imputabilità* o del *diritto di punire*, quanto su quello più politico della *riforma della legislazione penale*, non è stata presa infatti in alcuna considerazione all'interno di quella *summa divisio*.

In secondo luogo, se specialmente si considera l'esito della svolta maturata già negli anni novanta e poi programmaticamente definita ed a suo modo 'svelata' all'inizio del secondo decennio di questo secolo ⁽⁶⁾, io credo che sia stato un errore, o comunque il risultato di una valutazione a suo modo anch'essa tecnicistica, l'aver sottovalutato (ma sarebbe meglio dire *ignorato*) la continuità tra le due così dette 'scuole' ed il dato che esse certamente

(6) Mi riferisco soprattutto ad A. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, I, 1910, 497-521, 561-582, e poi *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, Bocca, 1913, e a V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, spc. 2ª ediz., Torino, UTET, 1920-22.

avevano in comune: *la convinzione culturale e storica della centralità della questione penale rispetto alla crescita delle libertà e più in generale al rinnovamento della vita civile italiana.*

Gli incunaboli del socialismo giuridico.

Già quelli che possiamo definire gli incunaboli del *socialismo giuridico* penale ⁽⁷⁾ recano, per chi sa distinguerli, i segni della continuità con la tradizione penalistica 'liberale' e quelli della paradigmaticità ed esemplarità attribuite alla questione criminale rispetto alla più vasta questione sociale.

Mi riferisco in particolare ai primi scritti organici di Filippo Turati ⁽⁸⁾ ed a quella che è stata un po' riduttivamente definita come la 'polemica sui fattori criminogeni' tra lo stesso Turati, Enrico Ferri e Napoleone Colajanni ⁽⁹⁾.

In realtà, in quel primo nucleo di discussione svoltasi tra il 1883 e il 1884, si colgono già alcuni dei caratteri distintivi della 'tendenza' (sviluppatasi poi soprattutto negli anni novanta), insieme ad alcuni dati che definirei quasi emblematici.

Il primo è quello che ci mostra già le tre anime del movimento: una marcatamente positivistica, impersonata da un Ferri ancora fortemente segnato dal primo lombrosismo, non ancora socialista, portatore di una cultura genericamente 'democratica', nella quale le scarse citazioni di Marx — per fare un esempio —

⁽⁷⁾ Tra gli 'incunaboli' del *socialismo giuridico* penale dovrebbero stare certamente molte delle opere giuridiche e sociali di Pietro Ellero. Dirò più avanti le ragioni per cui non credo possibile e corretto, allo stadio in cui siamo degli studi ellermani, una seria utilizzazione dell'opera di Ellero in questo mio lavoro: per ora basti aver 'preso atto' di una voce che nella sua singolarità, con le sue contraddizioni e con tutte quelle asprezze che le impedirono di imporsi alla cultura italiana come forse avrebbe potuto, è certamente *presente* nello scenario culturale del nostro *socialismo giuridico*.

⁽⁸⁾ F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Milano, Unione autori-editori, 1883. Ho utilizzato la 3ª edizione stampata a Bologna, La controcorrente, 1913.

⁽⁹⁾ S. M. GANCI, *La formazione positivistica di Filippo Turati. La polemica Turati-Ferri-Colajanni sui fattori criminogeni (1883-1884)*, in *Rivista storica del socialismo*, I, 1958, 56-68.

dipendono tutte dalla lettura di alcuni scrittarelli di Achille Loria ⁽¹⁰⁾; l'altra, individuabile in Colajanni, tesa a mediare tra diverse componenti del mare magnum positivista (critica del darwinismo sociale 'di destra' ed individuazione di uno Spencer 'socialista') ed anche a conciliare opzioni democratiche e strategia socialista ⁽¹¹⁾; la terza, facente capo a Turati, già avvertita di quelle che venivano chiamate 'esagerazioni lombrosiane' e convinta assertrice della fundamentalità della questione sociale rispetto ad ogni altro problema.

Tre direttrici che, altrettanto emblematicamente, fanno riferimento ai principali esponenti di quelle che sarebbero state le fondamentali articolazioni politiche nelle quali si sarebbe riconosciuto il nostro *socialismo giuridico* penale: Filippo Turati, già legato in quegli anni alla nascente organizzazione socialista ⁽¹²⁾, Napoleone Colajanni che si proclamava allora *repubblicano-socialista* ⁽¹³⁾, Enrico Ferri che avrebbe percorso tutta la gamma delle diverse correnti socialiste ma che cominciava proprio in quel periodo la sua carriera politica nelle file del partito radicale ⁽¹⁴⁾.

Ma andiamo con ordine.

È nello scritto di Turati che si può effettivamente individuare il primo nucleo di una teoria 'socialista' del diritto penale. Due elementi vengono subito in evidenza: il fatto che Turati parte dall'analisi dei *fattori* del delitto per poi fare in realtà un discorso

⁽¹⁰⁾ Cfr., di E. FERRI, *Socialismo e criminalità. Appunti*, Torino, Bocca, 1883, p. 52 (riferimento ad A. LORIA, *Karl Marx*, in *Nuova Antologia*, LXVIII, 1883, 509-542) e p. 117 (riferimento ad A. LORIA, *Recensione* a A. Puviani, *Del sistema economico borghese in rapporto alla civiltà*, in *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali*, I, 1883, 118-120).

⁽¹¹⁾ N. COLAJANNI, *Socialismo e sociologia criminale. Il socialismo*, Catania, Tropea, 1884.

⁽¹²⁾ La formazione politico-culturale di Filippo Turati ed il periodo iniziale del suo impegno politico sono stati ampiamente ricostruiti da L. CORTESI, *La giovinezza di Filippo Turati*, in *Rivista storica del socialismo*, I, 1958, 3-40, e *Appunti per una biografia di Filippo Turati. Parte prima, 1857-1901*, in *Rivista storica del socialismo*, VII, 1964, 541-570.

⁽¹³⁾ S. M. GANCI, *Profilo di Napoleone Colajanni. Dagli esordi al movimento dei Fasci dei lavoratori*, in *Rivista storica del socialismo*, II, 1959, 37.

⁽¹⁴⁾ R. SALVADORI, *Enrico Ferri politico. Dal radicalismo all'adesione al partito socialista*, in *Rivista storica del socialismo*, III, 1960, 504-505.

sulla necessità di una radicale riforma della legislazione; ed il contatto continuo che egli tiene — rivendicandolo esplicitamente nella *lettera-introduzione* a Enrico Bignami ⁽¹⁵⁾ — con la tradizione 'classica' della scienza penale, individuata emblematicamente nell'opera di Romagnosi ⁽¹⁶⁾.

Al di là delle esagerate affermazioni degli antropologi criminali e delle classificazioni positiviste, la ragione determinante del « tributo criminoso » pagato dalle classi subalterne (« mostruosa imposta inversamente progressiva », egli dice ⁽¹⁷⁾) sta

in certi dati ordinamenti ed istituti politici e particolarmente nell'organamento economico, insomma nel fatto e nelle conseguenze dirette ed indirette della legislazione ⁽¹⁸⁾.

Ma Turati usa il termine 'legislazione' in senso molto largo.

Vi ricomprende l'insieme delle istituzioni giuridico-politiche e lo estende fino a significare attraverso di esso l'intero sistema borghese. La riforma della legislazione non va quindi intesa nei limiti strettamente (ed in senso tecnico) riformistici in cui verrà rappresentata nei giuristi *à la* Menger, ma come indizio della coincidenza della questione penale con l'insieme dei problemi della società: perchè *la questione penale* — dice Turati ⁽¹⁹⁾ — *è anzitutto e radicalmente una questione di trasformazione sociale*. Essa si connette strettamente con la questione economica e rappresenta un nodo non risolvibile al di fuori di un reale rivolgimento politico

⁽¹⁵⁾ Scritta tra l'82 e l'83 e poi pubblicata autonomamente nel 1883 nel periodico socialista *La plebe*, con il titolo *Lo Stato delinquente*.

⁽¹⁶⁾ Con una forzatura polemica nei confronti dell'ostracismo 'borghese' che egli si aspetta per il suo scritto, Turati sostiene espressamente che le cose che scriverà sono già praticamente tutte in Romagnosi. « Apriamo dunque la *Genesi del diritto penale* — si legge a p. 26 de *Il delitto e la questione sociale* — un libro non ancora messo all'indice dalla cultura borghese. Oh grata sorpresa! Ecco divinata dall'intuizione del pensiero gigante quella stessa teoria ch'io mi sforzai di affermare in questo scritto ».

Le pagine che seguono sono fitte di citazioni romagnosiane e di raffronti che vogliono marcare, più che una continuità, una provocatoria identità di quelle teorie con le sue.

⁽¹⁷⁾ F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale*, cit., 67.

⁽¹⁸⁾ F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale*, cit., 75.

⁽¹⁹⁾ F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale*, cit., 67, 85.

che inverte il senso di marcia della società dominata dalla borghesia:

La causa prima dei delitti sta nel disordine degli istituti sociali, nella sperequazione delle proprietà, nell'antagonismo delle classi, nell'ineducazione e nello sfruttamento dei ceti inferiori (p. 23).

Un dato, però, non va perduto di vista. La polemica di Turati si svolge non soltanto — e non tanto — contro la logica e le scelte del potere politico borghese (o contro la schiera dei penalisti 'terroristi' ⁽²⁰⁾ che ne sostenevano il momento più apertamente classista-repressivo), quanto piuttosto nei confronti della sottovalutazione che del 'fattore sociale del delitto' e quindi della questione penale come terreno primario di ogni azione riformatrice, sembrava fare la nascente scuola positiva.

Il punto è particolarmente importante, perchè è dalla impostazione turatiana che verrà articolandosi una componente 'socialista' nell'ambito del positivismo penale, attraverso uno spostamento di attenzione (che coinvolgerà lo stesso Ferri) dal momento antropologico-fisico dell'analisi a quello storico e sociale.

In quelle prime battute della discussione le posizioni (e le tendenze, premesse di futuri approdi) vanno già delineandosi nel senso che più chiaramente acquisteranno qualche anno dopo. Ad un Turati che dichiara apertamente la necessità di una profonda riforma sociale e l'urgenza di un programma politico che cominci a darle corpo ⁽²¹⁾, risponde difensivamente un Ferri che inizia già

⁽²⁰⁾ « Sfiduciati dell'*emenda*, che è smentita dalla crescente recidiva, inscettichiti riguardo ai vantati prodigi dell'*istruzione*, questi penalisti e magistrati e sociologi, che chiameremo i *terroristi*, e che hanno il triste vanto di cadere d'accordo colla parte più egoista e più vile della borghesia, invocano una sosta nelle riforme penali liberali e pensano, come un birro celebre, che *la mannaia* / *quando la vuole il tempo* / *rimette a nuovo un popolo* / *e il resto è un perditempo*. Intenerendosi più sul fato delle vittime che su quello del colpevole, invasi da una cieca fede nell'intimidazione e da un santissimo zelo di sociale apostolato, plaudono costoro alla mano di ferro degli impiccatori, domandano meno scuole e più sferza, invocano la reclusione perpetua dei recidivi, tuonano contro il diritto di grazia, contro l'istituto della giuria e via dicendo: e interpretando a loro modo una legge darwiniana dell'esistenza, caldeggiavano la selezione violenta dei colpevoli coi mezzi della barbarie » (F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale*, cit., 16-17).

⁽²¹⁾ « La questione penale non si risolve che con un radicale rinnovamento

a spostarsi su posizioni che non sono più quelle espresse cinque anni prima nello studio che lo vide esordire sul terreno del positivismo penale ⁽²²⁾ e che accentuano alcuni momenti espressi nella famosa prolusione bolognese del 6 dicembre 1880 ⁽²³⁾. Ad entrambi risponde poi Napoleone Colajanni che, schierandosi sostanzialmente con le tesi turatiane, propone con la prima parte della sua *Sociologia criminale* « la prima piattaforma teorica del movimento operaio italiano » ⁽²⁴⁾.

Ma se fu l'intervento del futuro leader dei socialisti italiani a determinare una svolta nell'atteggiamento della nuova scuola ⁽²⁵⁾, per l'indirizzo che essa prenderà saranno decisivi i primi nuclei teorici elaborati da Ferri nei suoi *Nuovi orizzonti*. E alludiamo, in primo luogo, al programma in nuce che può essere letto in quei « principali organi della funzione sociale dell'ordine » ai quali aveva dato il nome di *sostitutivi penali* ⁽²⁶⁾. Si vedrà infatti, nelle pagine che seguiranno, come già il primo abbozzo del ' programma '

degli istituti sociali, il quale solo avrà per effetto di ridurre immediatamente di forse due terzi la somma della delinquenza... » (p. 124). Il *programma* turatiano viene enunciato nelle sue linee principali nell'ultima parte de *Il delitto e la questione sociale*, ed in particolare alle pp. 119 ss., 123 ss.

⁽²²⁾ E. F., *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, Barbera, 1878.

⁽²³⁾ E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*. Prolusione al corso di diritto e procedura penale detta nell'Università di Bologna il 6 dicembre 1880, Bologna, Zanichelli, 1881.

⁽²⁴⁾ Così M. S. GANCI, *Profilo di Napoleone Colajanni*, cit., 30.

⁽²⁵⁾ Ferri stesso lo riconoscerà nella quarta edizione dei *Nuovi orizzonti* (*Sociologia criminale*, 1900, p. 397), pur legando questo processo evolutivo ' verso sinistra ' alla propria esperienza culturale (la scoperta di Marx nei primi anni novanta, l'ulteriore riflessione sui sostitutivi penali, ecc.). È nota, del resto, la continua evoluzione scientifica e culturale di Enrico Ferri, scandita dalle cinque edizioni dei *Nuovi orizzonti* (poi, dalla terza in poi pubblicati col titolo di *Sociologia criminale*), che qui voglio ricordare per comodità del lettore: *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 1881. Seconda edizione: *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Zanichelli, 1884. Terza edizione: *Sociologia criminale*, Torino, Bocca, 1892. Quarta edizione: *Sociologia criminale*, Torino, Bocca, 1900. Quinta edizione: *Sociologia criminale*, 2 voll., Torino, UTET, 1929.

⁽²⁶⁾ E. Ferri, *I nuovi orizzonti*, cit., 88 ss. La teoria dei ' sostitutivi penali ' era stata però impostata già nel 1880, con lo scritto *Dei sostitutivi penali*, in *Archivio di psichiatria*, I, 1880, 67 ss. e 214 ss.

ferriano presente nei *Nuovi orizzonti* servirà da base al dispiegarsi di una serie articolata di interventi che caratterizzeranno in modo determinante una larga parte del *socialismo giuridico* penale.

Inutile dire che quel 'programma' si presentava debole ed attaccabile, per l'assenza di una adeguata base politica che gli desse coerenza, per il fatto di essere astratto da un disegno concreto di riforma sociale, e per le stesse carenze metodologiche (dovute in primo luogo all'uso ancora incerto di una dubbia 'sociologia criminale' in formazione) che Enrico Ferri mostrava allora in modo fin troppo evidente (27). E se la formulazione della teoria dei 'sostitutivi' gli procurò subito una certa considerazione da

(27) Basti dire che, tra le altre 'riforme' necessarie per una adeguata lotta preventiva contro il delitto, egli propugnava: « *La libertà di emigrazione... vera valvola di sicurezza che libera il paese dagli elementi più torbidi* » (*Nuovi orizzonti*, cit., 90); « *l'estesa viabilità, le strade ferrate, le ferrovie economiche, i tramways, l'infittirsi delle borgate (?) ... che spengono le associazioni di malfattori e le bande criminose, prevenendo altresì le grassazioni e i furti violenti* » (p. 96); « *la distribuzione di legna, durante l'inverno, nelle misere borgate... come ostacolo ai furti campestri, assai più efficace dei carabinieri e del carcere* » (p. 96). Aggiungeva che « *Molti furti sarebbero impediti, se tutte le case in città fossero fabbricate in modo che per entrare negli appartamenti si dovesse passare attraverso il camerino del portinaio...* », e che « *L'abitudine bolognese delle catene di sicurezza alle porte degli appartamenti è un controstimolo potente alle rapine e ai furti* » (p. 96-97).

E ancora, per quanto riguarda l'*ordine politico*: « *A frenare i reati politici, i regicidii, le ribellioni, le cospirazioni, la guerra civile, dove nulla giova la repressione punitiva, od anche la empirica prevenzione di polizia tutto può un governo nazionale e veramente liberale... Il rispetto delle leggi, meglio che coi carabinieri e le carceri, si diffonde nei cittadini coll'esempio dato anzitutto dai più altolocati e dalle autorità stesse, che prime mettano in pratica il rispetto ai diritti individuali e sociali: esempio l'Inghilterra* » (p. 97-98).

Con facile ironia, il Lucchini avrebbe osservato che Ferri aveva dimenticato di « aggiungere l'abolizione dei re per impedire i regicidii ». « Del resto — proseguiva Lucchini — è un portar vasi a Samo e nottole ad Atene il venirci a sciorinare la lunga serqua esemplificativa dei mezzi d'indiretta prevenzione, che ognuno si può figurare e moltiplicare a piacimento, nell'ordine economico e nel politico, nell'ordine scientifico e in quello amministrativo, nel religioso, nel familiare, nell'educativo, ecc.; fra cui però, a titolo di curiosità meritano particolare menzione... la sostituzione della moneta metallica alla cartacea, per diminuire i falsi nummarii, ... l'abolizione della guardia nazionale, per togliere i reati che vi si riferiscono; la modestia delle chiese (meglio ancora la demolizione) per impedire i furti sacrileghi... » (L. LUCCHINI, *Recensione a I nuovi orizzonti...*, in *Bollettino bibliografico della Rivista penale*, I, 1878-84, al n. 389, p. CCLXXXIII).

parte di Turati (che era in grado di valutarne il senso, e che ne apprezzava il valore 'liberista' — come egli stesso scriveva ⁽²⁸⁾ —, al di là di ogni questione di dettaglio), c'è da dire che essa diede l'avvio ad una serie di attacchi (molti dei quali certamente giustificati) provenienti dall'ala più liberale della scuola 'classica' ⁽²⁹⁾. Inizio, questo, di una storica *querelle*, spesso incanagliata dalla diretta personalizzazione dello scontro tra Ferri e Lucchini, che finì per presentare la facciata fuorviante di un dissenso globale e strategico, mentre era in realtà il risultato di due opzioni sui contenuti di una nuova *scienza della legislazione* penale, l'una di taglio 'liberale', l'altra di tipo 'democratico': entrambe costrette a scomparire dietro la cortina di una polemica tra 'scuole', nella quale vennero in primo luogo valorizzate — come sempre accade in casi come questo — le componenti per così dire 'estremistiche' dei due schieramenti. Emergendo così, per comprensibile paradosso, il doppio momento 'reazionario', rappresentato dal versante lombrosiano e anti-socialista della nuova tendenza e da quello illiberale della classica: minoritari rispetto al complesso della dottrina penalistica di fine secolo, ma fatti protagonisti e resi appariscenti dalla logica fuorviante di un esasperato scontro.

Ma torniamo al 'programma in nuce' di Ferri. La teoria dei sostitutivi penali occupa uno spazio relativo nella prima stesura,

(28) « ... il Ferri, più liberista, crede la severità mezzo illusorio e propone dei *sostitutivi penali* nell'ordine morale, scientifico, economico, ecc., di carattere più largamente preventivo » (F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale*, cit., 21).

(29) Luigi Lucchini, che aveva accolto positivamente — se pure con l'espressione di qualche dissenso — il primo lavoro di Ferri (si veda il *Bollettino bibliografico della Rivista penale*, I, 1878-84, al n. 21), rovesciò il suo giudizio dopo l'uscita dei *Nuovi orizzonti*. « Il giurista à disertato il campo, e si è dato, armi e bagaglio, a quelli invasori delle scienze sociali... » (*Bollettino*, cit., al n. 389). I sostitutivi penali, « serqua esemplificativa dei mezzi d'indiretta prevenzione che ognuno si può figurare e moltiplicare a piacimento », gli appaiono un pericoloso tentativo di « *subordinare tutte le funzioni dello Stato e della società alle penali discipline* ».

Lucchini coglie dunque in modo assai lucido quella *centralità della questione penale* che anche in Ferri si andava delineando; e, occorre aggiungere, il suo dissenso non è tanto sul punto in sé, quanto *sui contenuti* e sulla particolare coloritura di quella centralità, che egli era disposto ad ammettere (e che del resto apparirà chiaramente nelle sue battaglie liberali di fine secolo), ma che riteneva di dover sostenere all'interno di un programma politico diversamente orientato.

del 1883, dei *Nuovi orizzonti*, ma viene specificata ed ampliata nelle stesure successive. Ciò mostra insieme il progressivo aumento di attenzione di Ferri nei confronti della dimensione politico-sociale del problema penale e la carenza iniziale — se non la sua impreparazione — su quello stesso terreno. La stessa risposta a Turati, in quel « facile scritto di sola propaganda » ⁽³⁰⁾ che fu *Socialismo e criminalità*, mostra limiti enormi, nell'impostazione e negli argomenti, troppo spesso condizionati da un assai deteriore darwinismo sociale ⁽³¹⁾.

Il livello dell'analisi sociale è, spesso, volgare, e talora la risposta non coglie il senso di alcune affermazioni turatiane.

Così lo vediamo rispondere a Turati, che si era impegnato soprattutto sulla 'matrice sociale' del delitto e sul nesso tra società capitalistica e criminalità delle classi subalterne, criticando principalmente l'ipotesi (del tutto marginale in quello scritto) secondo cui l'avvento di una società socialista farebbe scomparire la maggior parte dei reati; come pure lo vediamo accennare alla potenzialità criminogena del « fermento delle idee socialistiche nei cervelli ristretti delle masse popolari » ⁽³²⁾, e criticare su basi mar-

⁽³⁰⁾ E. FERRI, *Socialismo e criminalità*, cit., 7.

⁽³¹⁾ Per esempio, lo vediamo affermare che i contadini sono « realmente, per ragioni sociali ma anche naturali, una stratificazione, che rappresenta una anteriore fase dell'evoluzione psichica umana » (p. 10); che « le donne non hanno, per una od altra cagione, fibra cerebrale abbastanza forte ed elastica, da acconciarsi a questa continua lotta per la verità » (p. 93); o, a proposito di incremento della criminalità, che « Quanto più l'uomo si nutre in abbondanza, tanto più aumentano necessariamente in lui le forze organiche; le quali, come daranno un maggior lavoro normale, daranno anche purtroppo una maggiore attività anormale o criminosa, per la facilità del loro straripamento dalle vie legali: tanto più quanto si pensi che la diffusione sempre maggiore delle macchine, tende vieppiù a risparmiare la quantità di forza muscolare necessaria alla produzione » (p. 85): da cui l'equazione (antituratiana) *benessere + progresso tecnologico = maggiore criminalità*. « Ed allora accade appunto, che in Francia la previdenza procreatrice... insieme ad un aumento di nutrizione, e specialmente di alimenti nervosi, fa straripare nelle vie criminose la forza eccedente » (p. 86).

⁽³²⁾ « Ed allora — afferma in *Socialismo e criminalità*, cit. 12-13 —, riprendendo l'esame speciale di quella idea se le teorie socialistiche possano divenire fomite di delinquenza, possiamo dire che, mentre da una parte esse non lo saranno affatto per gli uomini, che siano solidamente onesti, dall'altra invece, per gli uomini addirittura disonesti e per la zona intermedia, già pencilante verso il delitto.

catamente conservatrici (ispirate ad un evolucionismo che rifiuta ogni mutamento reale dei rapporti di forza tra le classi) quei socialisti che sembrano « poco compenetrati della *naturalità* dei fenomeni sociali », i quali credono che « un codice di leggi o un sistema architettato possa cambiare l'ambiente sociale e le qualità individuali del popolo, cullandosi nell'illusione che, se si adottasse la loro proposta, il mondo cambierebbe » ⁽³³⁾.

Sono spunti che danno tono all'intera replica ferriana e la caratterizzano in modo assai limitativo, attenuandosi però nell'ultima parte di essa, quando il discorso cade sul peso dei rapporti economici e torna sul tema dei sostitutivi penali ⁽³⁴⁾. Gli indizi di una maggiore apertura e i segni di una possibile evoluzione futura che è dato di cogliere in quel discorso confermano l'impressione già formatasi nella lettura della prolusione senese dell'83: la 'linea dei sostitutivi penali' rappresenta il nucleo teorico che può essere proficuamente sviluppato ⁽³⁵⁾ e che già in quei primi

esse saranno una semplice deviazione o variazione dei motivi che determinano il senso morale, già mancante od atrofico, ad estrinsecarsi nella attività criminosa.

Vale a dire, che *nella massima parte dei casi il fermento delle idee socialistiche nei cervelli ristretti delle masse popolari* non sarà per sé solo una spinta a commettere delitti, ma sarà *tutto al più un motivo nuovo, moderno*, sostituitosi a qualche altro motivo in disuso. Con questo però, che certo, in casi eccezionali, *il fermento di quelle idee può essere realmente una spinta a commettere reati, che altrimenti non si sarebbero compiuti* ».

⁽³³⁾ E. FERRI, *Socialismo e criminalità*, cit., 154-155.

⁽³⁴⁾ « *Ed ecco perchè* — scrive a p. 144 — *la scuola positiva di diritto criminale, studiando le cause dei reati per togliere in alcune parti, quando sia possibile, od almeno per rattenere dallo straripamento questo fenomeno patologico della delinquenza, propugna lo studio, finora trascurato, della prevenzione sociale e scientifica dei reati, non però prevenzione di polizia ed empirica: quella, prevenzione remota, utile, civile, che va alle radici del male in ogni ordine dell'attività umana e non solo nel campo del Codice penale e terreni limitrofi; questa, prevenzione miope, inutile, violenta, spesso provocatrice, perchè pretende d'impedire il male imminente, senza curarsi di toglierne le cause lontane.* E questa prevenzione sociale della criminalità, chiamata col nome di teoria dei sostitutivi penali, si riduce appunto a modificare l'ambiente sociale nelle sue parti contrarie alle leggi naturali, non di sbalzo, ma sempre, continuamente, in ognuna delle troppe leggi che si vanno facendo. Ed essa, come tale, rappresenta la soluzione positiva e scientifica, liberata dall'ingombro di vedute più o meno idealiste del sentimento e della metafisica sociale ».

⁽³⁵⁾ Già Ferri stesso lo verrà facendo a partire dalle puntualizzazioni inserite nella terza edizione dei *Nuovi orizzonti*, pubblicata col nuovo titolo di *Sociologia*

anni ottanta costituisce un dato discriminante nei confronti della componente conservatrice della 'scuola' ⁽³⁶⁾.

Saranno però soprattutto gli 'allievi' di Enrico Ferri a dar seguito a quelle sue prime linee programmatiche.

Dopo un quinquennio di gestazione che vede l'esordio di alcuni giuristi come Luigi Majno, Agostino Berenini, Alberto Borciani o Camillo Cavagnari ⁽³⁷⁾, si afferma negli anni novanta una corrente

criminale, 1892, cit., 311 ss. e soprattutto nella quarta edizione, del 1900, nella quale (p. 397) riassume i termini della polemica di quasi venti anni prima (forzandoli notevolmente per sottolineare la sua 'coerenza') ed afferma tra l'altro che i «... sostitutivi penali non devono... essere il punto di arrivo di una riforma sociale alla sola superficie, *ma bensì il punto di partenza e di passaggio a quell'ordinamento sociale, radicalmente diverso dal presente*, in nome e in vista del quale soltanto la teorica dei sostitutivi penali ha ragione di essere e può avere la sua pratica efficacia, finchè non si arrivi — colla sostituzione della proprietà collettiva dei mezzi di produzione e di lavoro e quindi colla sicurezza delle condizioni di esistenza umana per ogni uomo che, non essendo invalido o bambino, abbia compiuto il suo dovere del lavoro quotidiano, sotto qualunque forma — a dissecare, come diceva Fauchet, le tre grandi sorgenti della criminalità: l'estrema ricchezza, l'estrema miseria e l'ozio » (E. FERRI, *Sociologia criminale* ⁴, cit., 397-398).

⁽³⁶⁾ Raffaele Garofalo, per esempio, prese immediatamente le distanze dalla linea di Ferri, esprimendo una serie di dubbi sulla praticabilità dei suoi *sostitutivi* e concludendo che «... i provvedimenti legislativi contro il delitto non possono riferirsi che ad una buona polizia, una buona amministrazione della giustizia ed a promuovere *indirettamente* la pubblica educazione morale, facendo ostacolo al crescere di talune abitudini viziose che sogliono essere cause ordinarie di reati » (R. GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di prevenzione*, Torino, Bocca, 1885, 200. Sulla teoria dei sostitutivi penali, p. 191 ss.).

È noto poi come Garofalo, sviluppatasi ormai apertamente una linea 'socialista' all'interno della scuola positiva, assumerà praticamente la leadership della componente conservatrice con lo scritto *La superstizione socialista*, Torino, Roux e Frassati, 1895.

⁽³⁷⁾ Non mi riferisco per ora a giuristi come Giovan Battista Impallomeni e Pietro Nocito, o a sociologi-giuristi come Napoleone Colajanni o Michele Angelo Vaccaro, che pure operarono in quel 'quinquennio di gestazione', ma che non si riconoscevano nella tendenza positivista inaugurata da Lombroso, da Garofalo e da Ferri. In questa fase, infatti, la differenziazione sul terreno degli indirizzi metodologici ha un'importanza non trascurabile, dal momento che — a parte il caso di Colajanni — non opera ancora la 'solidarietà politica' che nascerà negli anni novanta, vuoi per l'affinamento ideologico di molti tra questi intellettuali (fondamentale la 'scoperta di Marx'), vuoi per la spinta oggettiva a ritrovarsi

‘ socialista ’ all’interno della ‘ scuola positiva ’ (ma non solo di essa, come vedremo). Quella ‘ corrente ’ deve all’impostazione ferriana il suo modo di avvicinarsi alla questione penale, ma accentua in maniera autonoma e piuttosto marcata il momento teorico dell’analisi (la ‘ dichiarazione ’ del diritto penale come diritto di classe) e quello politico della sintesi, attraverso l’utilizzazione sul terreno della *riforma legislativa* di una ormai consolidata sociologia criminale ‘ di sinistra ’.

Socialismo di avvocati e di professori.

La nascita, nel 1892, di un *Partito dei Lavoratori Italiani* che avrebbe di lì a poco assunto la qualifica di *socialista* , cade in un momento di particolare sviluppo (anche) della intellettualità che si muove intorno alle scienze della società ed agli studi di diritto.

Non è certo il caso di esaminare in questa sede un fenomeno che va molto al di là dello specifico di cui mi sto ora occupando, ma può essere utile indicare qualche segno della sua sicura importanza.

I penalisti ‘ democratici ’ erano usciti da poco tempo dalla battaglia condotta intorno al codice Zanardelli, ed in quella occasione si erano in qualche modo contati e collegati.

Ferri in parlamento ⁽³⁸⁾, Majno, Cavagnari, Berenini ed altri ⁽³⁹⁾ con interventi nel dibattito dottrinale, avevano cercato di contra-

insieme che venne dalle vicende politiche di quel decennio ed in particolare dall’attacco che venne portato a tutta l’area culturale che si riconosceva nella sinistra — socialista, repubblicana o radicale che fosse — ed ai suoi esponenti più in vista. Ma di questo più avanti.

⁽³⁸⁾ E. FERRI, *Sul nuovo codice penale. Discorsi alla Camera dei deputati* , con note di V. Morello, Napoli, Pierro, 1889. Ma si vedano anche *Il progetto Zanardelli di codice penale* , Discorso alla Camera dei deputati, 26 maggio 1888, in *Studi sulla criminalità* , Torino, UTET, 1926, 378-419; *Intorno al nuovo codice penale* , in *Nuova Antologia* , 1889, e poi in *Difese penali e studi di giurisprudenza* , Torino, Bocca, 1899, 323-350; e *Il nuovo codice penale e la scuola positiva* (1889), in *Difese penali e studi di giurisprudenza* , cit., 351-356.

⁽³⁹⁾ L. MAJNO, *Appunti intorno alle modificazioni che l’onor. Pessina ha introdotto nel progetto di codice penale presentato dall’onor. Savelli* , in *Monitore dei tribunali* , XXVI, 1885, 585-591; *Appunti intorno alle modificazioni introdotte dalla Commissione della Camera dei deputati nel libro primo del Progetto di Codice penale*

stare l'affermazione di un codice di impianto 'classico' e di guadagnare in esso un po' di spazio anche per le teorie della nuova scuola. Battaglia sostanzialmente perduta, come si sa ⁽⁴⁰⁾; e non per caso molti dei nostri autori si unirono alla recriminazione espressa da Cesare Lombroso nel suo *Troppo presto* ⁽⁴¹⁾.

Ma è il dopo-codice che mobilita in modo nuovo e significativo le energie di quei giuristi 'democratici', i quali avvertono sin dai primi momenti della sua applicazione che i nuovi, difficili tempi richiedono alla penalistica di sinistra un impegno particolare, a difesa di quegli stessi spazi di libertà che i legislatori di ispirazione classico-liberale avevano voluto garantire con la codificazione.

Alcuni di essi si impegnano allora nella fatica più gravosa, ma certo più redditizia dal punto di vista della diffusione di un'interpretazione più aperta e quindi di un uso avanzato (o meglio, non arretrato) del codice appena varato: quella di offrire al pubblico degli operatori del diritto un *commento* al codice penale. Comincia

presentato dall'onor. Pessina, in Monitore dei tribunali, XXVI, 1885, 921-925; Il progetto Zanardelli di Codice penale, in Monitore dei tribunali, XXIX, 1888, 81-90, 841-846, 861-865, 881-888; Il nuovo codice penale e la scuola positiva. Prolusione, 14 gennaio 1890, in Monitore dei tribunali, XXXI, 1890, 61-72, e poi Milano, Tip. Fratelli Rechiedei, 1890.

C. CAVAGNARI, *Appunti sul libro I del progetto Zanardelli del nuovo Codice penale*, Savona, Ribalta, 1888; *La scuola criminale positiva e il nuovo codice penale, in Cuore e critica, II, 1888, 65, 89, 125, 136; Sulle circostanze attenuanti, comminazione delle pene, minorenni, recidiva, complicità, in AAVV, Appunti al nuovo codice penale, Torino², Bocca, 1889, 387-396; I progressi della nuova scuola criminale antropologica, in Cuore e critica, IV, 1890, 218, 221.*

A. BERENINI, *Il duello nel progetto Zanardelli...*, in AAVV, *Appunti al nuovo codice penale*, cit., 71-73; *Degli effetti e della esecuzione delle condanne penali, in Completo trattato teorico e pratico di diritto penale...*, dir. da P. Cogliolo, I, 2, Milano, Vallardi, 1888, 343-404 e *Teoria delle pene, in Completo trattato... di diritto penale*, dir. da P. Cogliolo, cit., I, 2, 89-342.

⁽⁴⁰⁾ Chi volesse potrebbe vedere i più ampi cenni che a questo proposito è possibile trovare in M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale*, cit., 650 ss.

⁽⁴¹⁾ Oltre allo scritto già citato di Berenini sul *duello* ed a quello di Cavagnari sulle *circostanze attenuanti*, ecc., troviamo nel volume intitolato *Appunti al nuovo codice penale* (che accoglie lo scritto *Troppo presto* di Cesare Lombroso, apparso già sul finire del 1888) anche contributi di Ferri, Masè-Dari (*Appunti sulla penalità per gli scioperi*), Olivieri (*La prescrizione dell'azione penale*) e Carelli (*I reati politici*). Sul senso dell'intervento di Lombroso rinvio senz'altro a quanto già scritto in *Dissenso politico e diritto penale*, cit., 650 ss.

così ad essere pubblicato (già nel 1890) il commento di Luigi Majno, certo uno dei più apprezzati e dei più diffusi ⁽⁴²⁾, ed esce, tra il '90 e il '91, quello di Giovan Battista Impallomeni: il primo un allievo di Antonio Buccellati ⁽⁴³⁾ che aveva collaborato con Cesare Lombroso già durante i suoi studi universitari a Pavia ⁽⁴⁴⁾ e che dopo aver pienamente aderito alla scuola positiva ⁽⁴⁵⁾ si era avvicinato al movimento socialista ⁽⁴⁶⁾; il secondo fortemente critico verso le tesi positivistiche ⁽⁴⁷⁾ ma assai aperto sul terreno politico, si sarebbe trovato sempre più vicino alle posizioni dei socialisti man mano che gli avvenimenti politici (specie nel 1894 e nel 1898-99) lo avrebbero convinto della progressiva coincidenza del destino della democrazia con quello delle classi lavoratrici ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴²⁾ Uscito in prima edizione a Verona per l'editore Tedeschi tra il 1890 e il 1894, il *Commento al codice penale italiano* di Luigi Majno conosce altre quattro edizioni (la seconda ancora veronese, le altre per l'UTET di Torino) fino al 1915, ed un numero imprecisato di ristampe. Nei riferimenti che vi farò terrò presente la terza edizione, in due volumi, del 1911.

⁽⁴³⁾ Cfr. *Rivista penale*, V, 1876, 290.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. *Rivista penale*, I, 1874, 332. Luigi Majno aveva preso parte ad un'indagine sui carcerati diretta da Cesare Lombroso, della quale viene dato conto nella stessa *Rivista penale*, I, 1874, 328-332.

⁽⁴⁵⁾ Basti riferirsi al suo primo scritto di una certa mole ed organicità, uscito nel *Monitore dei tribunali*, XXVI, 1885, 1161-1167 e 1185-1194 col titolo *La scuola positiva di diritto penale*, nel quale si riferisce — spesso riassumendole — alle posizioni del Ferri della *Teorica dell'imputabilità* e dei *Nuovi orizzonti*, che egli fa interamente proprie e difende da una serie articolata di critiche provenienti soprattutto da Ruggero Bonghi e Aristide Gabelli.

⁽⁴⁶⁾ Alcuni episodi, indizio di tale avvicinamento, vengono ricordati da Alfredo Angiolini, altro penalista positivista militante nel PSLI, nel suo *Socialismo e socialisti in Italia*, Firenze, Nerbini, 1900. L'Angiolini si riferisce per esempio al processo contro Alfredo Casati, Costantino Lazzari, Giuseppe Croce ed altri, esponenti del *Partito operaio*, che si tenne nel 1887 e vide Majno accanto a Turati nel collegio di difesa (*Socialismo e socialisti*, cit., ma riproduz. anast. Roma, Editori Riuniti, 1966, 164-165). Eugenio Ciacchi, che rielaborò nel 1919 lo scritto di Angiolini, lo definisce « socialista della prima ora » (A. ANGIOLINI, E. CIACCHI, *Socialismo e socialisti in Italia. Storia completa ed imparziale del movimento socialista dal 1850 fino al congresso di Bologna del 1919*, Firenze, Nerbini, 1919, 1137).

⁽⁴⁷⁾ Si veda, per esempio, un suo resoconto pubblicato con il titolo *La « nuova scuola » di diritto penale al congresso antropologico di Parigi*, in *Rivista penale*, XXXI, 1890, 213-230, 309-324.

⁽⁴⁸⁾ Sull'impegno politico di Impallomeni, membro della prima Direzione nazionale del Partito Radicale dopo il congresso del 1904, è incentrata la com-

Nel 1891 nascono significativamente insieme la *Critica sociale* di Turati e la *Scuola positiva* di Enrico Ferri, entrambe luoghi di discussione — la prima più apertamente politica, la seconda 'professionale' — per una numerosa serie di giuristi 'socialisti'. Tra il 1891 e il 1893 troviamo significativamente fra i collaboratori della *Critica* i nomi di D'Aguanno, Zerboglio, Ferri, Alimena, Berenini, Florian, Salvioli, Olivieri ⁽⁴⁹⁾; per la maggior parte penalisti che già all'inizio della loro attività scientifica si collegano alle battaglie culturali del gruppo dirigente socialista. E nel 1893 nasce a Firenze *La scienza del diritto privato*, che è forse l'unica rivista del *socialismo giuridico* italiano e che traccia le linee di una riformistica politica del diritto nel campo privatistico.

Un fervore di attività, dunque, che coincide con la nascita di un'organizzazione politica come quella socialista e che va a confluire rapidamente in essa. È di questi anni la (contrastata) adesione di Ferri al partito ⁽⁵⁰⁾, e di questi anni è la confluenza nelle file socialiste di molti seguaci del suo insegnamento: Agostino Berenini, Alberto Borciani, Luigi Majno, Adolfo Zerboglio, ed altri ancora, entrano nel partito socialista, seguiti ben presto dal massimo esponente dell'olimpio positivista, Cesare Lombroso ⁽⁵¹⁾.

Siamo in presenza di un fenomeno generale, che non investe soltanto il mondo dei giuristi (ma sarebbe meglio dire, fin d'ora, *dei penalisti*: sono rarissimi i non penalisti che si impegnano nell'attività politica concreta del socialismo italiano); l'adesione al

memorazione che di lui fece nel 1907 Alfredo Pozzolini, suo compagno di partito. Cfr. A. POZZOLINI, *In memoria di Gio. Batt. Impallomeni*, Pisa, Mariotti, 1907, spc. 8-17.

⁽⁴⁹⁾ E si potrebbero aggiungere i nomi di G. Bovio, C. Lombroso, L. Bissolati (*L'ipocrisia del nuovo codice penale*, nel vol. I, 1891, 10 ss.), N. Colajanni, o G. Ferrero, per il taglio *giuridico* dei loro interventi e per il peso che ebbero nella cultura giuridica e nel dibattito tra penalisti in quegli anni.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. L. CORTESI, *Il socialismo italiano tra riforme e rivoluzione. Dibattiti congressuali del Psi 1892-1921*, Bari, Laterza, 1969, 22.

⁽⁵¹⁾ « Il Lombroso, pur non consentendo nel programma massimo dei socialisti e neppure nella lotta di classe, e neppure in molte parti del programma minimo, non fu sfavorevole a questo movimento che portava, in mezzo al cinismo universale, un nuovo ideale il quale svestiva i giovani dell'egoismo gretto e piccino in cui erano avvolti » (G. LOMBROSO, *Cesare Lombroso. Storia della vita e delle opere narrata dalla figlia*, Torino, Bocca, 1915, 314).

movimento politico dei socialisti da parte di molti intellettuali, e non solo di quelli più giovani ⁽⁵²⁾, investe infatti letterati, storici, sociologi, scienziati. Ciò che però rende assai significativo il fenomeno dal punto di vista particolare di questo mio studio è la frequenza dell'impegno *nel partito* da parte dei penalisti (mentre per molti esponenti di altri settori culturali e accademici l'adesione non giunse fino alla milizia concreta) ed il numero assai alto di socialisti penalisti che arrivarono a dirigerlo — magari in periferia — o a rappresentarlo in parlamento e nelle altre assemblee elettive. Enrico Ferri fu uno dei più autorevoli dirigenti socialisti per oltre dieci anni (e deputato per oltre trenta), e tra i deputati di diverse legislature troviamo Angiolini, Berenini, Borciani, De Felice, De Luca, Florian, Majno, Zerboglio, a tacere di altri ⁽⁵³⁾.

Un fatto come questo può far pensare ad un generalizzato atteggiamento opportunistico o presentarsi come la prova dell'esi-

⁽⁵²⁾ Vedere quanto scrive per esempio P. SPRIANO, *Storia di Torino operaia e socialista. Da De Amicis a Gramsci*, Torino, Einaudi², 1972, 36, a proposito dell'«andata al socialismo» — negli anni intorno al novanta — di molti scrittori, artisti e scienziati torinesi, certo non più giovani, come Edmondo De Amicis, Arturo Graf, Cesare Lombroso o Giuseppe Giacosa. Su questo punto, di recente, anche M. G. ROSADA, *Le università popolari, 1900-1918*, Roma, Editori riuniti, 1975, 11 ss.

Ricostruzioni storiche e contributi teorici intorno alla questione dell'adesione degli intellettuali al movimento socialista si ebbero numerose, anche se di segno assai diverso, e non solo in Italia. Vale forse la pena di ricordare, per l'Italia, R. MICHELS, *Il proletariato e la borghesia nel movimento socialista italiano. Saggio di scienza sociografico-politica*, Torino, Bocca, 1908; per la Germania, K. KAUTSKY, *Die Intelligenz und die Sozialdemokratie*, in *Neue Zeit*, XIII, 1894-95, ora tradotto e pubblicato in appendice a M. ADLER, *Il socialismo e gli intellettuali*, Bari, De Donato, 1974, 331-361; ID., *Akademiker und Proletarier*, in *Neue Zeit*, XIX, 1900-1901, e M. IMPERTRO, *Akademiker und Proletarier*, in *Neue Zeit*, XX, 1901-1902; per la Francia, P. LOUIS, *Les intellectuels et le socialisme*, in *La vie socialiste*, I, 1905. Di recente, a cura di L. Paggi, è stato tradotto il saggio di M. ADLER, *Der Sozialismus und die Intellektuellen*, Wien, 1910, stampato insieme ad altri scritti in M. A., *Il socialismo e gli intellettuali*, cit., 139-220.

⁽⁵³⁾ Tra i deputati non socialisti, Pietro Nocito, Emanuele Gianturco; tra i repubblicani Napoleone Colajanni e Pio Viazzi. Ma importanti cariche politiche nei loro partiti o nelle assemblee comunali e provinciali ricoprirono anche Giovan Battista Impallomeni, Ugo Conti e Alfredo Pozzolini (radicali), mentre il democratico crispieno Enrico Cimbali morì il giorno avanti di essere eletto deputato per la circoscrizione di Catania, nel 1887.

stenza di una parte di borghesia intellettuale che, fiutato il vento, si mette a disposizione del nuovo partito per sfruttarne la presa ed il consenso, al fine di guadagnare più rapidamente posizioni personali di prestigio nella società civile. A me pare invece che la buona fede di questi intellettuali sia del tutto fuori discussione e che un'interpretazione che li volesse in posizione strumentale, nel loro impegno politico e nel loro lavoro scientifico, sarebbe completamente sbagliata.

Cominciamo col dire che questo genere di impegno viene pagato di persona da molti di essi. Alcuni subiscono gli effetti della repressione politica ⁽⁵⁴⁾, altri — molto più numerosi — quelli di una pesante discriminazione accademica; Borciani, Angiolini, Fioretti, per ricordarne solo qualcuno, sono costretti praticamente ad abbandonare l'insegnamento ⁽⁵⁵⁾, e studiosi dignitosi come Zerboglio, Pozzolini, Majno, De Luca, debbono attendere per decenni la vittoria in un concorso a cattedra o muoiono senza averla conseguita ⁽⁵⁶⁾. Un giurista del livello di Eugenio Florian, che aveva iniziato la sua carriera nel 1893, dovette aspettare ventuno anni prima di conseguire, nel 1914, una cattedra messa a bando dall'Università di Sassari ⁽⁵⁷⁾. Certo, l'appartenenza di tanti di essi all'indirizzo positivista pesava considerevolmente sul loro destino accademico, deciso per lunghissimo tempo dai capofila dell'indirizzo opposto, ma le frequenti recriminazioni di Enrico Ferri denunciano assai spesso, come era ovvio, soprattutto le ragioni politiche della discriminazione.

Ma al di là di questo aspetto della questione, ciò che più conta è il rapporto reale che questi strati della borghesia intellettuale

⁽⁵⁴⁾ Basterà ricordare Francesco De Luca, coinvolto nella repressione politica dei Fasci siciliani, come fondatore del Fascio di Girgenti nel 1892 (cfr. F. DE LUCA, *Prigionie e processi: una pagina di storia siciliana. Ricordi del 1894*, Catania, Giannotta, 1907), o la lunga serie di processi che toccò i dirigenti socialisti, e tra questi molti dei professori, nel 1895 (si possono vedere i cenni di E. Ferri ne *La scienza del diritto privato*, IV, 1896, 140-141).

⁽⁵⁵⁾ È Eugenio Florian che lo ricorda, commentando nel 1914 (*La scuola positiva*, XXIV, 1914, 1009) il suicidio di Giulio Fioretti.

⁽⁵⁶⁾ Si veda, per esempio, quanto Enrico Ferri veniva scrivendo ne *La scuola positiva*, III, 1893, 48; V, 1895, 316 e X, 1900, 762.

⁽⁵⁷⁾ G. A. BELLONI, *La vigilia di Florian*, in AAVV, *Eugenio Florian maestro di positivismo penale*, Milano, Bocca, 1940, 30-31.

instaurano col movimento operaio e col partito che lo rappresenta. E noi vediamo che l'adesione di quei giuristi all'area socialista è dettata innanzitutto da una scelta *culturale* e insieme di *politica culturale*.

Non c'è difficoltà a riconoscere che la quasi totalità dei penalisti socialisti proviene dalle file del positivismo giuridico e si riconosce nel 'triangolo culturale' Darwin-Spencer-Marx, nella versione accreditata dalla 'dimostrazione' ferriana («dimostrai come il marxismo (trasformismo economico) fosse in pieno accordo col trasformismo ideologico (Darwin) e col trasformismo universale (Spencer)... »⁽⁵⁸⁾). Nessuna meraviglia, dunque, che il loro impegno si rivolga alla sola forza politica che aveva fatto propria quell'area culturale, se non altro per la presenza al suo interno di un gruppo dirigente fatto anch'esso di piccoli borghesi intellettuali segnati da una formazione del tutto simile alla loro e certo di non migliore qualità. Filippo Turati, per fare l'esempio più illustre, ha certo dalla sua una maggiore consapevolezza politica, maggiore attenzione alla dinamica reale dei fatti sociali, ma lo spessore della sua cultura è pur sempre quello di chi si è formato molto di più alla scuola di Ardigò che a quella di Marx.

Si aggiunga che questo milieu di intellettuali a loro modo 'nuovi', che hanno rotto con l'accademismo retorico e declamatorio tipico della cultura ufficiale post-risorgimentale, si riconosce nel 'socialismo' anche perchè il partito di Turati, di Treves, di Prampolini, è portatore di un programma minimo che non mette in discussione le strutture fondamentali del sistema esistente, limitandosi ad esigere la realizzazione di obiettivi che potremmo considerare democratico-progressisti, del tutto compatibili con il riformismo giuridico che muove i nostri penalisti. Anzi, essi vedono un'occasione storica nella possibilità di condurre dalla parte dei lavoratori ed insieme ad essi una grande battaglia democratica, arricchendo nella lotta il loro stesso bagaglio politico e culturale.

Ma a questa affinità di provenienza e di formazione i giuristi uniscono certamente una serie di motivazioni che attengono piuttosto alla politica culturale.

(58) E. FERRI, *Sociologia criminale* 4, 1900, cit., 397.

Nessuno strumento meglio di un partito come quello socialista, e nessun uditorio meglio di quello raggiungibile attraverso un'attività politica che si svolge in mezzo ai lavoratori, consentono infatti di conquistare udienza ed egemonia culturale su settori tanto vasti della popolazione che proprio in questo periodo cominciano a raggiungere i primi gradi dell'istruzione e mostrano un interesse autentico ed inaspettato per il sapere.

È su questo terreno, occorre dirlo, che sta forse il massimo merito storico dell'intellettualità piccolo-borghese approdata al socialismo: pur con tutti i limiti del loro 'andare al popolo', pur con l'errore di fondo che sta nel concepire la propria azione in termini di 'apostolato' (come allora si diceva), pur con l'insufficienza e spesso la labilità dei risultati conseguiti, la loro opera di persuasione, di divulgazione, e quindi di rottura dell'unica forma di egemonia culturale allora esistente (quella clericale, specie nelle campagne), contribuì certamente ad avviare un processo di crescita civile, limitato ad alcune zone d'Italia ma indubbiamente positivo. « Per essi — è stato scritto di recente ⁽⁵⁹⁾ — il proletariato forniva la base di massa necessaria all'affermazione della loro leadership, vista più spesso come una missione civilizzatrice che come una carriera personale, e in cambio offrivano al proletariato un aiuto incomparabile nella lotta per la liberazione da una secolare oppressione, per la conquista di posizioni più avanzate, per la sconfitta di un potente alleato della classe padronale ».

Naturalmente, il contributo alle battaglie socialiste non viene da questi avvocati e professori soltanto dal fatto di offrire alle classi lavoratrici una serie di *rappresentanti* qualificati e provvisti di un notevole prestigio civile, né solo dal ruolo pedagogico generale che essi svolgevano con la loro *presenza* nelle file del movimento operaio organizzato.

Esistono *tre livelli specifici* nei quali è possibile per essi assolvere a compiti di diretta rilevanza politica: il primo, quello *scientifico*, è anche quello che maggiormente sfugge alla percezione dei militanti e di coloro che seguono il partito; è un compito che viene

⁽⁵⁹⁾ L. BASSO, *Prefazione* a G. Haupt, *La seconda internazionale*, Firenze, La Nuova Italia, 1973, XIV.

svolto interamente 'in casa dell'avversario', e che per questo subisce regole e condizionamenti che hanno assai poco a che vedere con le prassi, il linguaggio, lo stile della lotta politica. Ed è per questa ragione che, paradossalmente, esso è in grado di attribuire a coloro che riescono a condurlo con un minimo di successo, quell'aura di prestigio che è insieme necessaria al singolo per rendersi credibile nel partito, ed al partito per meglio far breccia nella società. Così come nella estraneità al mondo della politica del milieu accademico-scientifico, e nel suo alto grado di esotericità, vanno ricercate le ragioni della 'soggezione' che i dirigenti del partito socialista — intellettuali non (o non più) professionali — obiettivamente mostrano nei confronti di ogni segnale 'percepibile' (esplicitato cioè in termini anche parziali di linguaggio politico) che venga dalle aule universitarie: e bastino gli esempi delle prolusioni di Cesare Vivante ⁽⁶⁰⁾ e Giovan Battista Impallomeni ⁽⁶¹⁾, due non socialisti, pubblicate *en raccourci* e con significative presentazioni, nella *Critica sociale* di Turati.

Il secondo di quei tre livelli si pone per così dire a cavallo tra l'attività politica (seppure 'mediata') e quella scientifica. Mi riferisco all'importante funzione di *avvocati dei socialisti* che molti dei nostri penalisti svolsero e della quale dirò tra breve.

Il terzo riguarda l'attività concreta di *divulgazione* culturale e politica, condotta per mezzo di opuscoli, articoli di giornale, conferenze o interventi all'interno di strutture 'alternative' di insegnamento popolare, che credo di dover considerare interamente nel suo spessore politico-propagandistico anche se si fonda, ovviamente, sulla credibilità 'scientifica' dell'intellettuale che la svolge. Vanno riferiti a questo genere di attività non tanto gli interventi politici connessi al dibattito in corso nel partito o nel paese (basti pensare all'enorme produzione, su questo terreno, di uomini come Colajanni o Ferri), ma piuttosto scritti come *Il socialismo e le*

⁽⁶⁰⁾ C. VIVANTE, *La penetrazione del socialismo nel diritto privato* [dalla Prolusione romana dell'8 novembre 1902, pubblicata integralmente col titolo *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*, Roma, Pallotta, 1902], in *Critica sociale*, XII, 1902, 345-351.

⁽⁶¹⁾ G. B. IMPALLOMENI, *Il diritto penale è diritto di classe?* [dalla Prolusione romana del 1° febbraio 1905, pubblicata integralmente col titolo *Funzione sociale del diritto punitivo*, Roma, Audisio, 1905], in *Critica sociale*, XV, 1905, 237-238.

obiezioni più comuni di Adolfo Zerboglio ⁽⁶²⁾, come *Socialismo e socialisti in Italia* o *Il collettivismo spiegato* di Alfredo Angiolini ⁽⁶³⁾, come le *Questioni ardenti* di Francesco De Luca ⁽⁶⁴⁾ o le conferenze sul diritto di sciopero tenute da Eugenio Florian alla Camera del lavoro di Padova ⁽⁶⁵⁾.

Sono contributi spesso discutibili, legati magari all'esigenza di dichiarare o mettere a punto la posizione politica dell'autore, e che conseguono solo in via mediata il loro fine divulgativo; ma hanno un indiscutibile valore di indicazione e di documentazione che va tenuto presente ⁽⁶⁶⁾. Così come vanno ricordate, per la funzione che ebbero, le conferenze che questi giuristi tenevano con fitta regolarità un po' in tutta Italia ⁽⁶⁷⁾ e la loro opera organizzativa, didattica e pubblicistica, legata alle nascenti università popolari ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶²⁾ A. ZERBOGLIO, *Il socialismo e le obiezioni più comuni*, Palermo, Sandron, 1895.

⁽⁶³⁾ A. ANGIOLINI, *Socialismo e socialisti in Italia*, cit. (si veda, sul valore e sulla fortuna di questo famoso libro, l'*Introduzione* di P. Spriano alla ristampa anastatica curata nel 1966 dagli Editori riuniti di Roma), e *Il collettivismo spiegato*, Roma, Mongini, 1904.

⁽⁶⁴⁾ F. DE LUCA, *Questioni ardenti, o: il socialismo rispetto alla patria, alla libertà, alla morale positiva. Appunti*, Girgenti, Tip. Formica, 1895. Di F. De Luca si possono ricordare anche altri scritti di immediato intervento politico o di divulgazione, come *Il signor Di Rudinì e i latifondi*, in *Critica sociale*, V, 1895, 97-99; *Per l'organizzazione dei socialisti siciliani*, in *Rivista popolare di politica...*, III, 1898, 251-253; *La Monarchia italiana ed il partito socialista. Brevi appunti di storia e d'attualità*, Catania, Tip. Siculo, 1901; *Mazzini, Marx e Cavallotti*, Catania, Giannotta, 1901; *Prigionie e processi*, cit.; *Il partito socialista e la questione meridionale*, Milano, Vita internazionale, 1911.

⁽⁶⁵⁾ E. FLORIAN, *Il diritto di sciopero*, in *Conferenze di legislazione sociale* a cura della Camera del lavoro di Padova, Padova, 1904, 57-64.

⁽⁶⁶⁾ Pensare, per esempio, alla « Biblioteca di propaganda » curata dalla *Critica sociale*, nella quale accanto ad opere di Marx, Engels, Malon, Schäffle, Bakunin o Kautsky, compaiono anche scritti di Agostino Berenini, Giuseppe Salvio, Francesco De Luca, Enrico Ferri e Napoleone Colajanni.

⁽⁶⁷⁾ Ne abbiamo, numerosissime, di Ferri, Florian, Zerboglio, De Luca, Impallomeni, Colajanni, Pozzolini, e praticamente di tutti gli altri giuristi 'socialisti'. Il lettore può riferirsi a quelle che vengono ricordate nella *Bibliografia* curata da chi scrive e pubblicata in questo stesso numero dei *Quaderni fiorentini*.

⁽⁶⁸⁾ M. G. ROSADA, *Le università popolari*, cit., ricorda tra gli altri nomi di organizzatori, insegnanti o collaboratori, anche quelli di giuristi come Enrico Ferri

Ma l'opera più significativa di questi giuristi militanti è senza dubbio quella che essi svolgono nei tribunali, in difesa di dirigenti del partito o di lavoratori colpiti dalla repressione in conseguenza delle lotte politiche che li avevano visti come protagonisti.

Si tratta, come ben si comprende, di un momento specifico ed a suo modo 'tecnico' della loro attività, che però ha un riflesso enorme sul piano politico e che viene ad occupare una posizione preminente per almeno due ordini di ragioni. In primo luogo per l'importanza che il movimento operaio e contadino italiano assegna nella fase della sua prima crescita (grosso modo negli anni tra l'85 e il 900) alle occasioni processuali, viste non solo come momenti utili per ottenere certi risultati, a coronamento delle lotte, ma anche come tribune di particolare efficacia per propagandare i termini dello scontro in atto, le ragioni dei lavoratori e, spesso, la vittoria conseguita ⁽⁶⁹⁾.

In secondo luogo perchè i grandi processi politici vengono giustamente sentiti come una sorta di 'rappresentazione' particolarmente fedele e quindi singolarmente efficace del più grande scontro tra lo Stato borghese (rappresentato nel 'dramma' processuale dalla *giustizia* borghese) ed i lavoratori in marcia: il primo con la ragione della forza ma anche con lo spettacolo della sua ottusità, della sua arroganza e della sua fondamentale fragilità, messa in chiaro risalto dalle frequenti assoluzioni; i secondi, forti della loro ragione e della prova che riescono a dare — col fatto stesso dell'ingiusta persecuzione — di avere con sé 'il diritto', impegnati a mostrare attraverso l'iniquità della repressione la giustezza delle lotte.

Talora, poi, i grandi processi si legano al movimento reale e si inseriscono in una mobilitazione di opinioni e di masse che va ben

ri, Alfredo Angiolini, Alessandro Groppali, Agostino Berenini, Eugenio Rignano, Luigi Majno, Eugenio Florian, Vittorio Olivieri, Pio Viazzi, Adolfo Zerboglio.

⁽⁶⁹⁾ È indicativo, credo, il fatto che Alfredo Angiolini nel suo *Socialismo e socialisti in Italia*, che si proponeva una divulgazione largamente 'agiografica' se non trionfalistica della storia del movimento socialista, abbia molto insistito su numerosi processi svoltisi contro singoli militanti, scioperanti, dirigenti delle varie organizzazioni o gruppi di essi: A. ANGIOLINI, *Socialismo e socialisti*, cit., 104 ss., 107 ss., 138, 139 ss., 164 ss., 250 ss., 330 ss.

al di là delle organizzazioni socialiste, rappresentando il punto di coagulazione di tendenze diverse: come accadde ad esempio nel luglio-agosto 1898, quando i processi a Turati, Morgari, De Andreis, Lazzari, Valera, Kuliscioff, Don Albertario ed altri, svoltisi davanti al tribunale di guerra insediato a Milano in stato d'assedio, rappresentarono il punto d'arrivo di una battaglia 'giuridica' (combattuta 'dentro' la battaglia politica) che aveva visto impegnati per lungo tempo i giuristi socialisti e 'democratici' (in particolare nei primi mesi del '97, contro il disegno di legge Di Rudinì sul domicilio coatto), ed il punto di partenza per ulteriori battaglie, da quella per l'amnistia ai condannati dell'estate del '98 a quella ostruzionistica contro i 'provvedimenti politici' presentati dal governo Pelloux, che venne sostenuta fuori del Parlamento anche da giuristi che erano certo assai lontani dalle posizioni politiche di socialisti e radicali ⁽⁷⁰⁾.

Il primo dei giuristi 'democratici' che si trova impegnato in un processo politico è probabilmente l'allora giovane avvocato Pietro Nocito (poi senatore e professore 'riformista' di diritto penale) che entra a far parte del collegio di difesa degli internazionalisti processati a Firenze nel maggio del 1875 per i moti dell'anno precedente. Ma l'episodio processuale di maggior rilievo, prima che inizi il 'decennio di sangue' con i suoi clamorosi risvolti giudiziari, è certamente quello che vede Enrico Ferri, « marxista

⁽⁷⁰⁾ Penso soprattutto a Luigi Lucchini che sulla sua *Rivista penale* condusse una vera e propria 'campagna' contro quei provvedimenti. Si veda soprattutto lo scritto *Il decreto-legge sui provvedimenti politici*, in *Rivista penale*, L, 1899, 125-143, e poi gli interventi, sempre sulla *Rivista penale*, L, 1899, alle pp. 104-106, 326, 451-453, 544-547. Lucchini, insieme a Tancredi Canonico (allora presidente della prima sezione della Cassazione) ebbe un suo ruolo anche nell'annullamento del R.D. 22 giugno 1899, n. 227 (poi revocato, dopo l'intervento della Cassazione, con il R.D. 5 aprile 1900): cfr. *Intemperanze di giornali*, in *Rivista penale*, LI, 1900, 468-469. Egli avrebbe continuato a combattere una (risalente) battaglia contro alcuni istituti di polizia preventiva (cfr. *Rivista penale*, XLVIII, 1898, 478; XLIX, 1899, 438-450; LI, 1900, 101-102; LIV, 1901, 348-350; LIII, 1901, 222-228), che considerava incompatibili con la natura 'liberale' dello Stato e che lo avevano visto apertamente ostile fin dai primi anni ottanta. Un cenno, un po' riduttivo tuttavia, al suo ruolo nella questione dei 'provvedimenti politici' è ora in U. LEVRA, *Il colpo di Stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia 1896-1900*, Milano, Feltrinelli, 1975, 382.

senza saperlo » ⁽⁷¹⁾, protagonista nella difesa dei contadini mantovani accusati di eccitamento alla guerra civile in seguito agli scioperi agrari dell'84-85.

Il processo si svolge a Venezia nella primavera del 1886 e può essere considerato esemplarmente all'interno del tipo che ho già delineato. Processo, si direbbe oggi, 'di connivenza' ⁽⁷²⁾, esso ha una notevole ripercussione nel paese, in parlamento, nei rapporti tra magistratura e governo ⁽⁷³⁾. Enrico Ferri svolge la sua arringa di difesa ⁽⁷⁴⁾ descrivendo le condizioni economiche della provincia di Mantova: critica il sistema dei patti colonici vigente e la distribuzione della proprietà fondiaria, denuncia la gravità delle condizioni di vita e di lavoro di quei contadini, mostra 'l'errore' di una risposta poliziesca a rivendicazioni che possono essere evitate soltanto con iniziative di riforma ed ammodernamento:

accumulandosi via via i dolori della miseria — dice ⁽⁷⁵⁾ — si giunge poi ad un punto in cui la coscienza di chi soffre protesta e reclama il diritto di vivere; alle quali domande è inumano ed è pericoloso rispondere con gli arresti in massa, anzichè ispirarsi al grande principio vivificatore della fratellanza umana, e cercare, coi fatti e non solo a parole, gli accordi ragionevoli, nei limiti del possibile.

Perchè, infine, questo popolo, a cui si danno tante parole e della cui secolare pazienza da tanti si abusa, da una parte si accontenta pure di poco, quando alle ampie promesse almeno qualche parziale miglioramento effettivo consegua... e d'altra parte quando si vegga troppo a lungo frustrato nelle sue aspet-

⁽⁷¹⁾ « ... nella difesa dei *contadini mantovani*, io stesso, rileggendola ora, mi sono accorto come fin da allora (nel 1886) io fossi marxista senza saperlo. Quella difesa è infatti tutta orientata sul determinismo economico o materialismo storico, per cui si dimostra come i fatti storici (individuali e sociali) siano il prodotto diretto o indiretto delle sottostanti e determinanti condizioni economiche dell'individuo e della collettività » (E. FERRI, *Prefazione a Difese penali e studi di giurisprudenza*, Torino, Bocca, 1899, XIII).

⁽⁷²⁾ Secondo la nota distinzione avanzata da J. M. VERGÈS, *Strategia del processo politico*, tr. it., Torino, Einaudi, 1969.

⁽⁷³⁾ Vedere quanto ne scrive G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura, 1870-1922*, Bari, Laterza, 1969, 37-38.

⁽⁷⁴⁾ E. FERRI, *I contadini mantovani al processo di Venezia*, in *Difese penali*, cit., 1-62.

⁽⁷⁵⁾ E. FERRI, *I contadini mantovani*, cit., 39-40.

tative o, per ragioni di crisi generale si veda ricacciato nelle miserie più profonde, da cui siasi per poco sollevato, allora non può adattarsi alla rassegnazione supina ed oppone la coscienza della propria dignità, con moti che potranno anche essere minacciosi, ma che sono umanamente inevitabili e dei quali, ripeto, il rimedio è ben lontano dalla Corte d'Assise.

Un discorso assai moderato, dunque, reso ancor più debole dal contesto di 'connivenza' in cui cade, intriso di umanitarismo retorico e rinunciatario, ma tale da determinare un'autentica rottura nei confronti delle consolidate liturgie giudiziarie.

Il processo veneziano del 1886, conclusosi con provvedimenti di generale assoluzione, finì per rappresentare un incoraggiante precedente e l'esempio di Ferri venne spesso seguito negli anni successivi. Penalisti come Majno, Berenini, Laschi, Angiolini, Zerboglio ⁽⁷⁶⁾, si trovarono al centro di una serie numerosa di episodi processuali negli anni novanta ⁽⁷⁷⁾, legati ai fatti del '94 e del '98, oltre che alla linea di 'contenimento' del giovane partito socialista portata avanti dall'amministrazione crispina specialmente

⁽⁷⁶⁾ In due passaggi (p. 25 e p. 29) del capitolo dedicato alla *istigazione a delinquere* nel suo *Trattato Dei delitti contro l'ordine pubblico, la fede pubblica e la pubblica incolumità*, Milano, Vallardi, 1903, Adolfo Zerboglio ci informa che, tra il 1890 e il 1902, *per i soli reati previsti dall'art. 247 c.p.* (apologia di un fatto che la legge prevede come delitto; incitamento all'odio fra le varie classi sociali), si è trovato a difendere un numero imprecisato di accusati in oltre 40 processi.

⁽⁷⁷⁾ Solo per citare qualche episodio posso ricordare l'azione difensiva svolta da Alfredo Angiolini per l'anarchico Batacchi (A. ANGIOLINI, *Socialismo e socialisti*, cit., 138), quella di Alberto Borciani per Camillo Prampolini (A. BORCIANI, *Contro-ricorso in Cassazione per il deputato Prampolini (art. 45 dello Statuto)*, Reggio Emilia, 1895), quelle di Luigi Majno per Prampolini e per altri nel 1895 (L. MAJNO, *Le condanne per l'art. 5 legge 19 luglio 1894. Memoria per la Cassazione*, Milano, 1896), per Turati, De Andreis e gli altri accusati per i fatti di Milano nel 1898 (ID., *Ricorso alla Cassazione di Roma*, in *La scuola positiva*, VIII, 1898, 473-503; *La Cassazione e i tribunali di guerra*, in *Rivista popolare di politica...*, IV, 1898, 121-123; *Ricorso alla Cassazione di Roma per Turati avv. Filippo e De Andreis ing. Luigi, deputati al Parlamento contro la sentenza 1° agosto 1898 del Tribunale di guerra di Milano*, in *La scuola positiva*, VIII, 1898, 524-533; *Questioni legali riguardanti la difesa ai tribunali di guerra*, in *La giustizia penale*, IV, 1898, 743-760; *La purgazione della contumacia pei condannati dai tribunali militari. Ricorso alla Cassazione penale*, in *La scuola positiva*, IX, 1899, 166-177).

dopo le leggi speciali del luglio 1894 ⁽⁷⁸⁾. E questo con grave preoccupazione degli esponenti dell'establishment giuridico moderato, resisi conto ben presto del significato 'eversivo' che l'ingresso nelle aule dei tribunali delle « teorie socialistiche » rivestiva obiettivamente ⁽⁷⁹⁾.

Ma la figura più interessante, sotto questo profilo, è senza dubbio quella di Giovan Battista Impallomeni. Ho già accennato alla progressiva maturazione politica che lo porterà da posizioni che si potrebbero dire 'zanardelliane' fino all'impegno nel partito radicale ed al fiancheggiamento delle posizioni socialiste: tale maturazione prese le mosse proprio dalla sua presenza in un processo politico (quello contro De Felice, Barbato, Bosco e gli altri organizzatori dei fasci in Sicilia ⁽⁸⁰⁾), nel quale intervenne con un ricorso in Cassazione ⁽⁸¹⁾ contro la sentenza di condanna che, si

(78) Cfr. E. FERRI, *I socialisti e l'art. 247 codice penale*, in *Difese penali*, cit., 198-220: discorso in difesa di Ezio Marabini, Vittorio Lollini, Guido Podrecca ed altri, pronunciato davanti alla IX sezione del tribunale di Roma il 9 febbraio 1895.

(79) Ecco quanto scrive, per esempio, Filippo Manduca, penalista di buon livello e Consigliere di Cassazione a proposito di questo fenomeno: « Le cattedre di trasformismo politico-sociale si trasportano non solo all'Ateneo, al comizio, alle Camere legislative, all'esercito, ma dinanzi alla maestà della giustizia. Da Bovio, che al Tribunale di Napoli parlò della libertà del pensiero, dell'ideale delle nuove generazioni, della plebe, a Ferri che nel Tribunale di Roma, in occasione della causa dei socialisti (1895), parlò di lotta ed odio di classe, affermando essere i socialisti gli avversari del presente ordinamento della società, per quanto guidati e sorretti da un grande ideale; da De Felice, Barbato, Bosco, ecc., che dinanzi al Tribunale di Palermo hanno svolto le loro teoriche socialiste, e da questi ultimi a Turati, Costa, Ferri, Socci, Agnini, Badaloni, che in occasione delle interpellanze ed interrogazioni sulla politica interna del Governo, nella seduta del 9 dicembre 1896, svolgono ampiamente le loro socialistiche teorie; o da questi ultimi propugnatori di socialismo e collettivismo, a Merlino e Sulli, che alla Corte di Assise di Firenze (18 febbraio 1895) e al Tribunale penale di Catania svolgono i loro principii anarchico-socialisti, non è un crescendo continuo? » (F. MANDUCA, *Le moderne scuole anarchico-socialiste ed il nuovo diritto penale italiano*, in *Cassazione unica*, X, 1899, 713).

(80) S. F. ROMANO, *Storia dei fasci sciliani*, Bari, Laterza, 1959, 480 ss.

(81) G. B. IMPALLOMENI, *Cenni sul ricorso in Cassazione dell'onor. Giuseppe De Felice Giuffrida e c. contro la sentenza del Tribunale militare di guerra di Palermo del 30 maggio 1894*, Palermo, Amenta, 1894, e poi *I metodi della Corte di Cassazione nel ricorso De Felice e C.*, in *Rivista penale*, XL, 1894, 224-251.

disse, condusse la suprema corte ad un rigetto costruito in modo da determinare poi la successiva amnistia per i condannati ⁽⁸²⁾.

Il processo, impostato come ' processo di rottura ' dagli imputati (è restata famosa l'autodifesa di Nicola Barbato ⁽⁸³⁾), aveva determinato reazioni preoccupate negli ambienti governativi ⁽⁸⁴⁾ e suscitato un ampio movimento di solidarietà con gli accusati, al quale non era rimasto estraneo l'ordinario di diritto penale dell'università palermitana. « L'Impallomeni era da allora acquisito alla causa democratica », dirà Pozzolini.

Lo troviamo infatti impegnato in altri momenti di tensione sociale o di pericolo per le libertà dei cittadini, sempre sensibile al momento istituzionale dello scontro e particolarmente attento ai numerosi slittamenti progressivi verso il regime di polizia che si realizzavano con i ripetuti interventi di legislazione speciale e con la pratica quotidiana degli arbitrii repressivi avallati e coperti dalle autorità di governo.

Impallomeni insorge in occasione del « caso Frezzi » ⁽⁸⁵⁾, si batte contro il progetto Di Rudinì che introduceva il domicilio

⁽⁸²⁾ Garibaldi Bosco, uno dei condannati in quel processo, commemorando Impallomeni nel Consiglio comunale di Palermo, gliene diede atto: « Allorchè imperversava la reazione crispina — disse — ed i tribunali di guerra mi condannarono alla reclusione, un uomo sorse a difendere me ed i miei compagni, ponendosi a capo dell'agitazione per l'amnistia » (cfr. A. POZZOLINI, *In memoria di Gio. Batt. Impallomeni*, cit., 11).

⁽⁸³⁾ Ci si riferisca all'opuscolo *Il socialismo difeso da N. Barbato al Tribunale di guerra*, Torino, 1896.

⁽⁸⁴⁾ S. F. ROMANO, *Storia dei fasci siciliani*, cit., 481 ss.

⁽⁸⁵⁾ G. B. IMPALLOMENI, *Responsabilità ministeriale e responsabilità comune a proposito del caso Frezzi*, in *La giustizia penale*, III, 1897, 817-822.

« Dopo l'attentato di Acciarito contro il re Umberto — scrive A. POZZOLINI, *In memoria di Gio. Batt. Impallomeni*, cit., 12-14. — furono in Roma compiuti numerosi arresti, nel consueto sospetto di immaginari complotti. Era questa purtroppo dolorosa e vergognosa abitudine dei nostri governi, pei quali sembra necessità la confessione della propria impotenza anche quando la prevenzione è impossibile, perchè è pressochè impossibile prevenire le manifestazioni criminose individuali. Fra questi arrestati, così a casaccio, come suol farsi, vi fu un tal Romeo Frezzi. Costui fu dalla polizia trattenuto per tre giorni nel carcere senza che ne fosse data partecipazione all'autorità giudiziaria: e di poi fu trovato morto, si disse per suicidio, mentre una perizia medica collegiale fatta a cura del giudice istruttore accertò trattarsi di omicidio. In conseguenza fu spiccato mandato di

coatto per coloro che con atti preparatorii avessero manifestato il deliberato proposito di attentare con vie di fatto all'ordinamento della famiglia e della proprietà ⁽⁸⁶⁾, ritorna in tribunale per difendere Turati, De Andreis e gli altri dirigenti socialisti processati per i fatti del '98 a Milano ⁽⁸⁷⁾.

Un impegno prolungato e coerente, dunque, che prova come la combattività di questi 'avvocati dei socialisti' ⁽⁸⁸⁾ si esprimesse

comparizione contro il Questore di Roma per arresto arbitrario. Si vide allora l'inaudito spettacolo del Presidente del Consiglio on. Rudini il quale coprì colla propria responsabilità ministeriale il Questore di Roma impedendo così la prosecuzione dell'istruttoria! È storia di ieri ed ognun la rammenta.

Era un triste, degradante spettacolo: un arbitrio flagrante che poneva la polizia fuori della legge; e la vita e la libertà dei cittadini alla sua mercé. Giovan Battista Impallomeni insorse con un vigoroso scritto che, mentre è una serrata argomentazione giuridica contro la strana teoria del ministro dell'interno, è una staffilante invettiva contro il regime di polizia che si andava consolidando in Italia ».

⁽⁸⁶⁾ G. B. IMPALLOMENI, *Il domicilio coatto. La legge menzogna*, in *Critica sociale*, VII, 1897, 277-280 e *Il domicilio coatto politico*, in *La giustizia penale*, III, 1897, 1025-1033.

« Ciò che con questo progetto si vuole — scrive ne *La giustizia penale*, cit., 1028-1029 — è quello stesso che si volle con la legge eccezionale del 19 luglio '94 con la formula presso che identica « coloro che abbiano manifestato il deliberato proposito di commettere vie di fatto contro gli ordinamenti sociali », cioè reprimere la propaganda socialista: sopprimere il giornale, il libro, l'insegnamento socialista, le associazioni socialiste soprattutto (...). Or una legge poliziesca come questa può farsi — che cosa non si fa in Italia anche senza legge? — ma quel che non può assolutamente farsi è il dare a credere ciò che nella relazione ministeriale è detto, vale a dire che con questa legge si restringa l'istituto del domicilio coatto, e lo si metta in armonia con le leggi fondamentali della civile comunanza, quando si estende l'istituto del domicilio coatto dalle persone sospette di malefici comuni com'è attualmente, ai partiti politici, e si fa una legge che sopprime semplicemente la libertà di associazione, la libertà di discussione, e mette i cittadini più pacifici, sol perchè in odore di eterodossia economica, in balla del potere di polizia, qualunque siano le persone e la qualità delle persone dalle quali questo potere è esercitato ».

⁽⁸⁷⁾ G. B. IMPALLOMENI, *Mezzi aggiunti per il ricorso di Turati e De Andreis in Cassazione*, Milano, 1898, e poi *Per l'amnistia*, in *La giustizia penale*, V, 1899, 127-128. Cfr. anche A. COLOMBO, *Turati, Impallomeni e il '98*, in A. C., *Teorie politiche e dialettica democratica. Saggi di storia e politica*, Milano, Cisalpino, 1974, 57-65.

⁽⁸⁸⁾ Un episodio indicativo del loro impegno civile, anche al di fuori dei processi strettamente politici, è dato dalla massiccia presenza di giuristi appartenenti

anche in concreto, nel settore di specializzazione loro proprio, e non senza qualche risultato. La stessa produzione dottrinale si trovava spesso ad essere occasionata dall'esperienza di battaglie giudiziarie condotte per la preservazione di alcuni elementari diritti di libertà e traeva dalla logica stessa di quelle battaglie il suo carattere difensivo da un lato, ma anche — dall'altro — una acuta consapevolezza della natura del diritto penale e dell'uso apertamente reazionario che se ne veniva facendo.

La legge — ricordava Impallomeni nel suo scritto sul caso Frezzi ⁽⁸⁹⁾ — ha posto limiti rigorosi all'adempimento degli ordini arbitrari, affinchè ciascuno impari quanto importi porre la legge al di sopra dell'arbitrio. Dica chi vuole che questo è *dottrinarismo liberale*: questo è semplicemente la legge. E sappiano i putridi, vecchi e nuovi arnesi di reazionarismo autoritario, che i più pericolosi nemici delle istituzioni sono quelli che le vorrebbero puntellate di violenza e di arbitrio, poichè, scosso in basso il rispetto della legge manomessa dall'alto, esse precipitano sopra gl'improvvidi e farisaici loro sostenitori.

(qualcuno *olim*) al 'socialismo giuridico' nei collegi di difesa per il processo a Tullio e Linda Murri nel 1905. La cosa ha un suo significato, come si sa, perchè su quel famoso fatto di cronaca l'Italia si divise in due, ed il movimento socialista, si sentì per un motivo o per l'altro chiamato in causa. Tra i difensori dei Murri o di altri imputati con essi troviamo E. FERRI, *In difesa di Tullio Murri* (1905), in *Difese penali*, I, Torino, 1923, 491-561; A. BORCIANI, *Arringa in difesa del dott. Carlo Secchi dinanzi alla Corte d'assise di Torino, 26 e 27 luglio 1905. Appunti stenografici*, Torino, UTET, 1905; A. BERENINI, *Perchè Linda Murri è innocente. Arringhe pronunciate avanti la Corte d'assise di Torino...*, Torino, UTET, 1906; P. COGLIOLO, *La costituzione di parte civile dei figli Bonmartini nel processo Murri, con speciale riguardo al dott. Secchi*, in *Scritti vari di diritto privato*, II, Torino, UTET, 1917, 185-204; E. GIANTURCO, *Parere per la verità. Sulla costituzione di parte civile dei minori Bonmartini al processo Murri*, Napoli, Piero, 1906. Tra i 'socialisti' che vi intervenirono con loro scritti anche non strettamente giuridici: G. FERRERO, *Le grandi ingiustizie della giustizia. La costituzione di parte civile nel processo Murri*, Milano, s.l. e s.d., ma 1906; F. PAPAFAVA, *Per la cassazione del processo Murri*, in *Rivista popolare di politica...*, XII, 1906, 44-45; A. G. BIANCHI, *Autopsia di un delitto (processo Murri-Bonmartini)*, Milano, 1904; A. ZERBOGLIO, *Il problema della giustizia penale. A proposito del verdetto di Torino*, in *Critica sociale*, XV, 1905, 242-243.

⁽⁸⁹⁾ G. B. IMPALLOMENI, *Responsabilità ministeriale e responsabilità comune a proposito del caso Frezzi*, cit., 822.

Il diritto penale è diritto di classe?

Intitolando con questa domanda un suo intervento sulla *Critica sociale* (nel quale riduceva la sua prolusione romana del 1905), Giovan Battista Impallomeni chiude, praticamente, una sequenza di contributi dottrinali sulla natura del diritto penale che per una ventina d'anni aveva occupato numerosi penalisti d'estrazione variamente 'progressista'. Non mancherà, ovviamente, chi riprenderà questo tema, ma si tratterà di 'sistemazioni' (seppure di livello accettabile, come quella di Carlo Manes⁽⁹⁰⁾) e di 'revisioni' che cominciano ad impostare i problemi del *nuovo diritto penale* ⁽⁹¹⁾ secondo una chiara direttrice di riflusso politico.

La questione, lo abbiamo visto, era apparsa chiaramente fin negli 'incunaboli' del *socialismo giuridico* penale, a partire dallo scritto turatiano del 1883. Era stata tuttavia in qualche modo messa in ombra dalla 'falsa' polemica sui fattori criminogeni (Turati, Ferri, Colajanni) e dall'altra, intrecciata con essa, sul peso da dare a darwinismo sociale e spencerismo (Colajanni, Ferri) nella costruzione di una sociologia criminale. Ed è proprio innestandosi su questi temi che un 'darwinista sociale' il quale dichiara di non riconoscersi né nella vecchia tendenza classica né nel nuovo indirizzo positivista, Michele Angelo Vaccaro, avvia esplicitamente un primo discorso sul carattere 'classista' del diritto penale.

Il recente revival del *socialismo giuridico* ha ormai reso famoso il luogo vaccariano sul diritto penale come strumento per la difesa dello *status quo*, ma sarà utile riportarlo ancora ⁽⁹²⁾:

⁽⁹⁰⁾ C. MANES, *Capitalismo e criminalità. Saggio critico di sociologia criminale*, Roma, Tip. editr. nazionale, 1912.

⁽⁹¹⁾ Mi riferisco alla prolusione pisana del 1908 di A. POZZOLINI, *Verso il nuovo diritto penale*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, IX, 1908, 343-351, sulla quale avrò modo di tornare brevemente più avanti.

⁽⁹²⁾ Del resto, questo passo della *Genesi e funzione delle leggi penali* di Vaccaro fece colpo anche sui suoi contemporanei. Per ricordarne solo alcuni, posso dire che lo citano e lo discutono, tra gli altri, A. LORIA, *Les bases économiques de la constitution sociale*, Paris, Alcan, 1893, 120; A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, in *La scuola positiva*, VI, 1896, 70; E. FERRI, *Sociologia criminale* ⁴, 1900, cit., 546; E. FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, I, Milano, Vallardi, 1910, 70; C. MANES, *Capitalismo e criminalità*, cit., 124; F. DE LUCA, *Principi di criminologia. I. Parte generale*, Catania, Giannotta, 1916, 78.

L'ufficio delle leggi penali — dice Vaccaro concludendo una sua rassegna 'storica' sulla « funzione della giustizia punitiva »⁽⁹³⁾ — non è stato finora quello di difendere la società, vale a dire tutti i ceti che la compongono, ma segnatamente gl'interessi di coloro in favore dei quali è costituito il potere politico. Le leggi penali, per esprimermi con una vecchia formula, ma vera, tendono a conservare e a difendere l'ordine giuridico costituito.

L'affermazione ha una sua importanza, ma va inquadrata in un contesto che certo molto la ridimensiona. Vaccaro pubblica il suo studio nel 1888, nel pieno della polemica nata intorno alla 'nuova scuola' e mentre stavano precisandosi gli schieramenti anche *all'interno* dell'indirizzo positivista, ma la sua scelta si era già orientata in uno studio del 1885, pubblicato nell'86⁽⁹⁴⁾, nel quale aveva fatto interamente proprie le teorie del c.d. darwinismo sociale. La cosa va ben considerata, perchè serve a mostrare come affermazioni quale quella riportata qui sopra vadano viste nella prospettiva 'darwiniana' della lotta per l'esistenza tra forti e deboli, piuttosto che in quella materialistico storica (alla quale pure Vaccaro dichiarava di aderire⁽⁹⁶⁾) dello scontro fra le classi.

Accanto a riflessioni sull'uso difensivo del diritto penale messo in atto dai ceti dominanti (che non costituiscono ancora prese di posizione 'ideologiche', né tanto meno prodromi di un programma politico di riforma giuridica) troviamo infatti impostazioni che oscillano tra un quieto minimalismo rinunciatario⁽⁹⁷⁾ ed un più aperto

⁽⁹³⁾ M. A. VACCARO, *Genesi e funzione delle leggi penali*, Torino, Bocca, 1889, 101.

⁽⁹⁴⁾ M. A. VACCARO, *La lotta per l'esistenza e i suoi effetti nell'umanità*, Roma, Bocca, 1886. Io terrò presente la terza edizione, riveduta ed aumentata, pubblicata sempre dai fratelli Bocca a Torino nel 1902.

⁽⁹⁶⁾ M. A. VACCARO, *Genesi e funzione*, cit., ma terza edizione, 1908, p. 8. « Lascio immutato il testo del mio libro », dice Vaccaro nell'avvertenza a questa terza edizione, che è identica alla prima, scritta nel 1888 e pubblicata a Torino nell'89, anch'essa dall'editore Bocca.

⁽⁹⁷⁾ « Tutto quello che può pretendersi dunque dalle istituzioni democratiche rispetto alle leggi penali, che sono leggi di natura politica, è che tutelino *principalmente* gl'interessi della *gran maggioranza* dei consociati, senza aggravar molto la condizione delle minoranze, il che, a dir vero, costituisce un tal progresso, di cui può restarsi, almeno per ora, discretamente soddisfatti » (M. A. VACCARO, *Genesi e funzione*³, 1908, cit., 84. Corsivi nel testo).

e dichiarato timore di ciò che potrebbe accadere se le classi lavoratrici non arrivassero « a persuadersi che gran parte dei mali e delle miserie umane derivano da cause, le quali, o non sono affatto eliminabili, o lo sono molto lentamente » ⁽⁹⁸⁾. In Italia, dice Vaccaro, « sarà difficile evitare gravi e dolorosi rivolgimenti », perchè

i proletari che hanno finora ascoltato la voce dei loro condottieri cominciano ormai ad emanciparsi, e a seguire i consigli dei più audaci, di chi fa sperare più prossima e più lieta la futura redenzione. E poichè le plebi sono sempre impulsive, tutto induce a ritenere che prima o poi si verificheranno qua e là delle sollevazioni, capaci di compromettere gravemente la pace pubblica. Questo pericolo è maggiore in Italia, dove la borghesia è più incolta, più egoista, e più disgregata che altrove, il Governo più debole, più incerto e più imprevedente, e i proletari più miseri, più ignoranti, più sconsigliati e impulsivi che in qualunque altro paese civile.

Auguriamoci, tuttavia, che tale pericolo possa scongiurarsi, e che nulla verrà a intorbidare i lieti miraggi dell'avvenire ⁽⁹⁹⁾.

Siamo in presenza di affermazioni che ridimensionano, evidentemente, il versante *politico* di alcune intuizioni, che pure non mancano nell'opera di questo sociologo-giurista, sulla *natura* del diritto penale, o « funzione della giustizia punitiva », come egli diceva. Non dimentichiamo che Michele Angelo Vaccaro, direttore generale del Ministero di grazia e giustizia, segretario particolare di Crispi ⁽¹⁰⁰⁾, professore a Roma e poi Procuratore generale ono-

⁽⁹⁸⁾ M. A. VACCARO, *La lotta per l'esistenza*, cit., 185. Prosegue dicendo che « La cosa più verosimile è invece che le classi sofferenti credano che tutti i mali dell'umanità, e principalmente quelli di cui sono afflitte, derivino soltanto dalla viziosa organizzazione economica e politica, e che, mutando questa, l'Eden fiorirà sulla terra.

A tale credenza le classi lavoratrici saranno indotte, vuoi dal loro interesse, il quale fa sempre travedere, vuoi da quegli spiriti esaltati, che sinceramente ritengono possibile si fatta utopia, vuoi dagli anarchici e dagli arruffapopoli, che cercano sempre di far nascere dei torbidi ».

⁽⁹⁹⁾ M. A. VACCARO, *La lotta per l'esistenza*, cit., 187.

⁽¹⁰⁰⁾ In un libretto apologetico dedicato al « popolo italiano rigenerato », Vaccaro racconta alcuni episodi significativi del periodo (fine 1893 — primi mesi 1896) in cui era stato stretto collaboratore di Crispi a Palazzo Braschi (M. A. VACCARO, *Crispi. Dal martirio all'apoteosi*, Roma, Industrie grafiche editoriali, 1927, 99-121). Ne emerge un'immagine, in parte inaspettata, di un Vaccaro convinto

rario presso la Corte di cassazione, non fu mai socialista ⁽¹⁰¹⁾. Il suo resta un riformismo moderato, nel quale non bisogna scambiare la logica fuorviante che sottostà al suo 'darwinismo spenceriano' ⁽¹⁰²⁾, con una sorta di materialismo dialettico magari inconsapevole; così come non ci si deve arrestare a certe sue affermazioni dall'apparenza 'eversiva', perchè esse si inseriscono in un discorso che riduce il riformismo politico nell'evoluzione del diritto e dello Stato, e che quindi non può accettare in nessun modo alcuna forma di cambiamento radicale nell'assetto della società.

Tutto sommato, se il lettore mi intende, siamo in presenza non tanto di un riformista che teme la rivoluzione, quanto piuttosto di uno 'scienziato' che la ritiene 'impossibile' e quindi paventa le conseguenze di un avvenimento che, verificandosi, forzerebbe una logica 'naturale', spezzando gli stessi presupposti generali di esistenza della società civile ⁽¹⁰³⁾.

della necessità di risolvere con la dichiarazione dello stato d'assedio la questione siciliana esplosa all'inizio del 1894 (e probabilmente non estraneo alla decisione di valersi di quello strumento, anche nella sua qualità di consigliere giuridico); un Vaccaro che assiste con convinta partecipazione (se non con attiva collaborazione 'tecnica') alla legislazione speciale dell'estate del 1894 ed allo « scioglimento dei circoli anarchici e delle leghe socialiste del 22 ottobre 1894 » (p. 105): « Si affermò allora — scrive Vaccaro — e si ripete da qualcuno anche oggi, che Crispi non avesse un'idea esatta del socialismo. Crispi non era un dottrinario, ma era uomo di governo, e perciò egli, invece di attenersi alle sottili distinzioni teoriche fra socialismo ed anarchia, guardava all'azione che questi due partiti spiegavano allora nel Paese: ed essendosi convinto che la propaganda socialista era in quel tempo non meno pericolosa di quella degli anarchici, volle porre una remora ad entrambe ».

⁽¹⁰¹⁾ Antonio Labriola in una lettera a Engels del 13 dicembre 1894 si esprime su di lui in termini piuttosto duri. Sta parlando di Nitti, ed accusa Turati di averlo lodato, carezzato ed adulato per *far popolo*, « come del resto ha fatto con tanti altri, perfino con l'illustre Vaccaro, segretario particolare di Crispi ed autore del regolamento per il domicilio coatto! » (A. LABRIOLA, *Lettere ad Engels*, Roma, Rinascita, 1949, 177, ed ora anche in *Scritti filosofici e politici*, a cura di F. Sbarberi, I, Torino, Einaudi, 1973, 429).

⁽¹⁰²⁾ Nel suo studio più impegnativo ed ambizioso, *Le basi del diritto e dello Stato*, Torino, Bocca, 1903, Vaccaro tentò di formulare « con dati positivi, una teorica generale del diritto », che integra largamente con apporti di provenienza spenceriana l'impostazione rigorosamente darwinista de *La lotta per l'esistenza*.

⁽¹⁰³⁾ « Ma uno scoppio di questo genere — scrive in un passaggio de *La lotta per l'esistenza*, cit., 186 — non potrebbe che essere disastroso per tutti, sia per lo

In lui troviamo il tipico livello riformistico della cultura evolucionistica in cui si riconosce. Rimprovera la borghesia per la resistenza che oppone alle classi emergenti (in questo senso completando un tema tipicamente elleriano ⁽¹⁰⁴⁾): perchè quella resistenza,

spargimento del sangue, sia per la distruzione di opifici, di monumenti e di ogni altra ricchezza accumulata, sia pel grave pericolo d'un lungo stato di anarchia. Giacchè fino a quando la ricchezza sociale non sarà notevolmente aumentata; fino a quando, in grazia di nuove invenzioni e di nuove scoperte, il regime economico presente non si trasformerà; *nessun rivolgimento politico potrà rendere migliore la condizione degli uomini*, i quali non potranno fare altro che dibattersi in tentativi inutili e dannosi ».

⁽¹⁰⁴⁾ La critica fondamentale, seppure talora ambigua, rivolta da Pietro Ellero alla borghesia per le responsabilità connesse alla sua brevimiranza, ai suoi egoismi, alla rinuncia al suo ruolo di guida politica e morale del paese, viene riecheggiata spesso, e non solo da Vaccaro, ma da numerosi intellettuali che, pur dissentendo nei confronti del modo in cui è gestita la società italiana, non si sentono di arrivare ad un'opposizione più radicale ed alternativa, né di schierarsi apertamente con la nuova organizzazione politica dei socialisti italiani. È così che i temi elleriani circolano nella 'cultura del dissenso', ma più come argomento (avvalorato dalla fama di 'saggio' non sospettabile di animosità che circonda quella «singolare figura di censore catoniano dell'Italia post-unitaria») che come dato reale e concretamente avvertito o rielaborato. Sul peso avuto da Ellero nella cultura italiana di fine secolo si possono ora leggere le pagine di E. RIPEPE, *Le origini della teoria della classe politica*, Milano, Giuffrè, 1971, 207-249, ma credo che andrebbe al più presto colmato il vuoto di riflessione che sui temi elleriani, così strettamente legati alla elaborazione giuridica, permane tutt'oggi: retaggio forse di una tradizione culturale rispetto alla quale Ellero appariva segnato da una sorta di *strangeness* difficilmente penetrabile.

Umberto Guerini, di recente, avvertendo l'esistenza di alcuni spazi di 'paternità culturale' che legano Pietro Ellero al nostro *socialismo giuridico*, ha tentato un primo abbozzo che coglie in parte, e non sempre con sufficiente chiarezza e precisione, il ruolo di 'critico eccentrico all'interno della cultura post-risorgimentale' svolto dal giurista friulano, appiattito forse eccessivamente in un dilemma (penalista classico o penalista positivo?) che non sembra adattarglisi felicemente (U. G., *Socialismo giuridico e diritto penale*, cit., 435-440).

La doppia valenza elleriana (il giurista liberale ed il singolare moralista-sociologo delle *opere sociali*) andrebbe esaminata a fondo prima che della figura di Pietro Ellero si possa fare un 'uso scientifico' utile e corretto anche nella ricostruzione di una *tranche* di pensiero giuridico come quella che sto tentando. È per questa ragione che mi sono sottratto alla tentazione stessa di utilizzare 'spezzoni' elleriani in questo scritto: non ritenendo che questo genere di avvicinamento — in genere sbagliato, ma in questo caso pericoloso — si legittimasse nella fase in cui siamo degli studi elleriani.

dice Vaccaro, è innaturale, tende a fermare l'evoluzione sociale e quindi prepara tempi peggiori ⁽¹⁰⁵⁾), e l'accusa di non comprendere la necessità di una *razionalizzazione dello sfruttamento* che impedisca la radicalizzazione di un confronto che può essere ancora padroneggiabile, se verrà abbandonato il costume per cui « i vincitori, per soggiogare i vinti e trarne profitto, adoperano mezzi brutali ed iniqui che, a lungo andare, spingono gli uni e gli altri alla rovina » ⁽¹⁰⁶⁾:

Ineducato, vizioso e brutale — scrive ancora Vaccaro ⁽¹⁰⁷⁾ — il povero, il degenerato vi molesta, vi offende, vi ruba, vi uccide, e vi costringe a mantenerlo nelle carceri, da dove esce più abbruttito e più pericoloso di prima. Debole e malfermo nella salute, il povero lavora poco, produce meno, e, a lungo andare, il suo stato si aggrava, ed egli finisce all'ospedale, o al manicomio, mentre la moglie e i figliuoli vanno mendicando sulle pubbliche vie, si corrompono, si abbrutiscono. La scarsa e cattiva alimentazione, gli abiti impropri, la trascuratezza e l'immondizia delle case e della persona fanno divampare terribili epidemie, che colpiscono anche i forti, e cagionano perdite, dolori ed affezioni per tutti.

Questi e molti altri inconvenienti oggi si tollerano perchè *l'ignoranza e l'egoismo delle classi dirigenti*, invece di attribuirli

⁽¹⁰⁵⁾ M. A. VACCARO, *Le basi del diritto e dello Stato*, cit., 259: « I detentori del reddito capitalistico, per la generale depressione economica, dovuta a un gran numero di cause che non importa qui ricordare, non sapendo o non potendo rinunciare al loro genere di vita spensierato e sfarzoso, cercano di limitare la spesa necessaria per l'amministrazione della giustizia e dello Stato.

A tal uopo, ora si cerca di ridurre il numero degli impiegati, ed ora di ritardare la loro carriera, il che importa una indiretta diminuzione di stipendio. Ma col primo di questi mezzi la borghesia assottiglia la falange dei suoi ausiliari, e crea degli spostati; col secondo accresce la miseria e il malcontento nella burocrazia, la quale, quando sarà scesa del tutto al livello dei proletari, non potrà che far causa comune con loro.

L'avvenire adunque si presenta molto fosco e minaccioso. La borghesia però crede di poter scongiurare questi ed altri simili pericoli col dissimularli, ma s'inganna; essa fa come quel tale che dovendo percorrere un sentiero fra dirupi e precipizi, invece di aprire gli occhi ed andar cauto, li chiude per paura, in modo da rendere inevitabile la sua rovina ».

⁽¹⁰⁶⁾ M. A. VACCARO, *Le basi del diritto e dello Stato*, cit., 368.

⁽¹⁰⁷⁾ M. A. VACCARO, *Le basi del diritto e dello Stato*, cit., 369. I corsivi sono nel testo.

in gran parte a se stesse, credono o fingono che si tratti di mali inevitabili dovuti interamente alla natura. Ma un giorno, quando i rapporti sociali saranno conosciuti meglio dalla generalità degli uomini, essi cercheranno, se non altro, di opprimere meno e di sfruttare in modo più razionale i propri fratelli.

Resta ancora nascosto tra le pieghe di contraddizioni come queste il problema teorico principale che muoverà i penalisti 'socialisti' negli anni successivi. Un intellettuale come Vaccaro, che è certo capace di cogliere il ruolo di classe proprio in genere della legislazione (e di quella penale in particolare) in un sistema dominato dalle classi borghesi e strutturato per la difesa dei loro privilegi e del loro potere, non riesce tuttavia ad uscire da un atteggiamento di 'constatazione' e non cerca soluzioni innovatrici.

La sua sola preoccupazione sta nel garantire il corretto funzionamento del meccanismo selettivo della società e nell'assicurarsi che la sua evoluzione non venga rallentata dalle resistenze dei vecchi ceti conservatori né accelerata dai colpi di mano delle nuove classi impazienti. Le 'necessarie' modificazioni che verranno da quel 'corretto funzionamento' all'ordinamento giuridico ⁽¹⁰⁸⁾ esauriscono poi praticamente tutto il suo cauto riformismo.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. M. A. VACCARO, *Le basi del diritto e dello Stato*, cit., 365 ss.: «Parlando dei gruppi composti, abbiamo veduto come i vincitori non riescono mai ad *adattare in modo stabile e duraturo* i vinti ai loro bisogni e ai loro capricci. Abbiamo inoltre che i vinti, profittando d'ogni circostanza favorevole, strappano ai vincitori delle *concessioni*, li *costringono* a far delle leggi *meno oppressive ed inique*. Abbiamo veduto infine che, a lungo andare, i vinti riescono, per questa via, a costituirsi come *classe politica*, cioè come classe che *partecipa al governo dello Stato*.

Ora ciascuno di questi cangiamenti che si verificano nei gruppi umani per l'azione e la reazione delle forze *in contrasto fra loro*, importa un *progresso nelle leggi e nelle istituzioni*, un *migliore adattamento* degli uomini alla *vita sociale*.

L'esame poi del modo come si svolge la *lotta* fra le varie classi sociali ci ha mostrato, in primo luogo, come, per *ragioni di comune utilità*, siansi introdotti dei *temperamenti*, dei *compromessi*, che rendono meno aspre le contese per la conquista del *potere politico*; ed in secondo luogo come *per necessità di cose*, gli utili che derivano dall'*esercizio del medesimo*, invece di ridondare soltanto a favore d'*una piccola minoranza privilegiata*, tendono ad *avvantaggiare e a tutelare giuridicamente gli interessi della maggioranza*. A questi diversi fattori dell'evoluzione del diritto deve aggiungersene un altro, che è una conseguenza dello svolgimento progressivo delle cognizioni umane (...). Ogni legge fatta dall'uomo non è che un'ipotesi fondata su certe previsioni, un *mezzo* che tende a raggiungere *dati fini*. Ora, quando gli

Si può dire, comunque, che il dibattito interno al positivismo giuridico evoluzionistico si esaurisce sostanzialmente all'inizio degli anni novanta.

Colajanni, Ferri, Vaccaro, lo stesso Turati e la numerosa schiera dei giuristi non penalisti che vi parteciparono (Icilio Vanni ⁽¹⁰⁹⁾, Giuseppe Vadalà Papale ⁽¹¹⁰⁾, Giuseppe D'Auganno ⁽¹¹¹⁾ ed altri, come Cogliolo o Brugi ⁽¹¹²⁾), si erano mossi su un terreno che era *di per sé* ambiguo, perchè li costringeva a fare i conti con la valenza (politicamente) bifronte del darwinismo sociale e dell'evoluzionismo spenceriano.

Da quell'ambivalenza e su quell'infido terreno poterono nascere equivoci scientifici e clamorosi infortuni politici; come quello che costrinse Colajanni a 'scusarsi' di aver troppo precocemente arruo-

uomini hanno inesatte cognizioni intorno a se stessi e alla natura dei rapporti sociali, fanno erronee previsioni, e quindi leggi che non raggiungono lo scopo a cui mirano (...).

Sebbene ai dì nostri, anche nelle nazioni più illuminate e civili, siano moltissime le leggi inconsulte e dannose dovute all'insipienza dei parlamenti, tuttavia è certo che in altri tempi, quando maggiore era l'ignoranza dei veri rapporti sociali, maggiore era il numero delle leggi improprie e difettose, le quali avevano altresì una più lunga durata. Col progredire delle cognizioni intorno alla vita sociale diminuiscono i danni derivanti non solo da leggi fondate su calcoli e previsioni erronee, ma anche quelli dovuti all'egoismo umano ».

⁽¹⁰⁹⁾ Specie con le *Prime linee di un programma critico di sociologia*, Perugia, Santucci, 1888, nelle quali si enunciava già l'esigenza programmatica che « la sociologia facesse, per dir così, il processo a se stessa... ». Anche nell'opera vanniana, e da molti indizi, appare ormai acquisita la necessità di una revisione critica degli indirizzi positivisti.

⁽¹¹⁰⁾ *Darwinismo naturale e darwinismo sociale. Schizzi di scienza sociale*, Torino, Loescher, 1882; *Della necessità del metodo positivo nella filosofia del diritto*, Catania, Galatola, 1882; *La sociologia, la filosofia della storia, la filosofia del diritto*, Catania, Stesicoro, 1883.

⁽¹¹¹⁾ *La missione dello Stato*, Palermo, Vena, 1884; *I sistemi filosofici del diritto nell'epoca moderna*, Palermo, Vena, 1886; *La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico-sociali, con applicazioni pratiche al codice vigente*, Torino, Bocca, 1890.

⁽¹¹²⁾ P. COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato*, Camerino, Savini, 1882, e *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, Torino, Bocca, 1885. B. BRUGI, *Il moderno positivismo e la filosofia dei giureconsulti romani*, Urbino, Righi, 1880 e *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, Firenze, Barbera, 1891.

lato Herbert Spencer tra i socialisti ⁽¹¹³⁾, o quello che portò Ferri, « lodato dai conservatori » per il suo *Socialismo e criminalità*, a giustificarsi con un discorso (del 1883, ma risottoscritto nel 1898!) che per l'appunto è la più disarmante prova — e la più candida rivendicazione — di quella ambiguità ⁽¹¹⁴⁾. Ma maturavano tempi nuovi.

È la maggiore conoscenza che si comincia ad avere dell'opera di Marx ⁽¹¹⁵⁾ a far compiere un certo progresso, dal '90 in poi, all'analisi del fenomeno giuridico e dei suoi nessi con la realtà sociale.

Tale conoscenza, però, non è il risultato di un contatto diretto. Il marxismo entra nella cultura dei nostri giuristi come elemento 'aggiuntivo' (pensare alla « triunità Darwin-Spencer-Marx » di Enrico Ferri ⁽¹¹⁶⁾) e per l'opera di accreditati mediatori: in primo

⁽¹¹³⁾ N. COLAJANNI, *Il socialismo*, Palermo ², Sandron, 1898, v.

⁽¹¹⁴⁾ E. FERRI, *Recensione a N. Colajanni, Il socialismo* ², in *La scuola positiva*, VIII, 1898, 618-619.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. G. BOSIO, *La diffusione degli scritti di Marx e di Engels in Italia dal 1871 al 1892*, in appendice a K. Marx, F. Engels, *Scritti italiani*, a cura di G. Bosio, Roma, Samonà e Savelli, 1972, 213-263. Un elenco delle *Traduzioni e compendi italiani di opere del Marx e dell'Engels*, dal 1879 al 1906 sta in R. MICHELS, *Storia del marxismo in Italia. Compendio critico con annessa bibliografia*, Roma, Mongini, 1909, *bibliografia*, p. XL ss.

⁽¹¹⁶⁾ Così, con ironia non nuova nei suoi giudizi su Ferri, si esprime A. LABRIOLA, *Discorrendo di socialismo e filosofia* (2^a ediz., 1902), ora in A. L., *Scritti filosofici e politici*, cit., II, 731. « Molti di quelli che in Italia si danno al socialismo — scrive Labriola poco oltre — e non da semplici agitatori, conferenzieri e candidati, sentono che è impossibile di farsene una persuasione scientifica, se non riallacciandolo per qualche via o tramite alla rimanente concezione genetica delle cose, che sta più o meno in fondo a tutte le altre scienze. Di qui la mania che è in molti, di cacciar dentro al socialismo tutta quella rimanente scienza di cui più o meno essi dispongono. Di qui i molti spropositi e le molte ingenuità, in fondo sempre spiegabili. Ma di qui anche un grave pericolo; che, cioè, molti di cotesti intellettuali dimentichino che il socialismo ha il suo fondamento reale soltanto nella presente condizione della società capitalistica, e in ciò che il proletariato e il rimanente popolo minuto possono *volere e fare*; — che per opera degli intellettuali Marx divenga un mito; — e che, mentre essi discorrono, dall'alto al basso e dal basso all'alto, tutta la scala dell'evoluzione, da ultimo in un non lontano congresso di *compagni* si metta ai voti questo *filosofema*: il primo fondamento del socialismo è nelle vibrazioni dell'etere » (pp. 731-732).

luogo Achille Loria ⁽¹¹⁷⁾, che in un certo senso 'sequestrerà' il pensiero marxista attribuendosene il monopolio per oltre un decennio, e poi Anton Menger, leader riconosciuto del *socialismo giuridico* europeo, che viene senz'altro considerato la massima autorità in fatto di « applicazione giuridica », come si usava dire, del marxismo.

Già nel 1886 Achille Loria aveva pubblicato il suo primo studio di teoria politica e istituzionale, nel quale aveva affermato in conclusione che « la legge non è... un primo arbitrario ma... una produzione organica del tessuto stesso economico » e che « alla prima e superficiale concezione de' rapporti fra la legislazione e l'economia sociale » si era ormai sostituito « il concetto più penetrante e profondo, che ravvisa nella costruzione politica una superstruttura della costituzione economica ed il suo necessario prodotto » ⁽¹¹⁸⁾.

La ripercussione tra i giuristi delle tesi esposte in quello scritto fu subito assai notevole ⁽¹¹⁹⁾, ma l'intervento di Loria che avrebbe più degli altri influenzato il nostro *socialismo giuridico* è senz'altro

⁽¹¹⁷⁾ Negli anni ottanta, e nei primissimi anni novanta, Achille Loria si presenta come l'unico tramite italiano delle opere di Marx. Non è qui il caso di rievocare le polemiche che dall'83 in poi opposero Loria, Engels, Labriola, lo stesso Turati, sull'attendibilità delle 'versioni' loriane, sul suo 'superamento' di Marx o sulle sue revisioni. Basterà ricordare alcuni suoi titoli che più spesso ricorrono negli scritti dei giuristi 'socialisti', a riprova della loro accettazione del ruolo di 'divulgazione' assunto da Loria nei confronti dell'opera di Marx: *Karl Marx*, in *Nuova antologia*, 1883, cit.; *La théorie de la valeur de Karl Marx*, in *Journal des économistes*, XXVIII, 1884, 137-139; *La teoria economica della costituzione politica*, Torino, Bocca, 1886; *Le basi economiche del diritto*, in *Giornale degli economisti*, 2ª serie, VII, 1893, 346-377; *Les bases économiques de la constitution sociale*, Paris², Alcan, 1893; *L'opera postuma di Carlo Marx*, in *Nuova antologia*, CXXXIX, 1895, 460-496; *Intorno ad alcune critiche dell'Engels*, in *La riforma sociale*, III, 1895, 265-270. Alcuni di questi scritti, insieme ad altri, sono raccolti in *Marx e la sua dottrina*, Palermo, Sandron, 1902.

⁽¹¹⁸⁾ A. LORIA, *La teoria economica della costituzione politica*, Torino, Bocca, 1886, 105. Occorre dire che già ne *La rendita fondiaria e la sua elisione naturale*, Milano, Hoepli, 1880 (ma in realtà 1879), che è l'opera con cui ha esordito Achille Loria, si trova una precisa critica di quelle dottrine che facevano derivare i rapporti economici dal diritto e dall'assetto giuridico della società (cfr., in particolare, il cap. VI).

⁽¹¹⁹⁾ Penso per esempio alla lunga esposizione delle tesi loriane presente in M. A. VACCARO, *La lotta per l'esistenza*, cit., 176 ss.

quello pubblicato nel *Giornale degli economisti* del 1893, con il titolo *Le basi economiche del diritto* ⁽¹²⁰⁾.

In esso, dopo aver discusso della « configurazione » conseguita dal diritto in ragione della sua origine nell'economia ⁽¹²¹⁾, e dopo un *vol d'oiseau* 'storico' teso a ricostruire le « basi economiche delle trasformazioni del diritto » ⁽¹²²⁾, Achille Loria passa in rassegna una serie di « istituzioni giuridiche », per giungere poi ad una riflessione specifica sul 'diritto penale'.

Le droit — aveva detto all'inizio ⁽¹²³⁾ — comme institution coactive, impérative, est un produit nécessaire de l'économie capitaliste; c'est le moyen matériel par lequel on protège ceux qui perçoivent un revenu contre leurs propres emportements et contre les attentats des travailleurs.

Nessuna sorpresa, dunque, se le conclusioni in materia di 'diritto penale' risultano coerenti con questa premessa generale, e magari aggravate dal forte taglio deterministico che percorre tutta l'analisi lorianiana ⁽¹²⁴⁾, tendente spesso a spostarsi sul terreno dei

⁽¹²⁰⁾ A. LORIA, *Le basi economiche del diritto*, in *Giornale degli economisti*, 2ª serie, VII, 1893, 346-377. Si tratta della riproduzione di un capitolo aggiuntivo (al quale farò riferimento nelle citazioni) scritto per la traduzione francese della *Teoria economica della costituzione politica*. Tale traduzione rappresentava la 2ª edizione della *Teoria economica* ed uscì col titolo *Les bases économiques de la constitution sociale*, Paris, Alcan, 1893. Il capitolo in questione (pp. 77-122 nell'ediz. francese) è poi entrato regolarmente nelle edizioni successive de *La teoria economica*, pubblicate col nuovo titolo *Le basi economiche della costituzione sociale*, Torino, Bocca, 1902 (3ª ediz. completamente rifatta) e 1913 (4ª ediz. riveduta e rinnovata).

⁽¹²¹⁾ A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 77 ss.

⁽¹²²⁾ A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 85 ss.

⁽¹²³⁾ A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 81.

⁽¹²⁴⁾ Taglio 'deterministico' accentuato, occorre dire, nelle edizioni successive dell'opera. Si vedano, per esempio, i passaggi dedicati al rapporto tra incremento del delitto e mutazione dei fatti economici (p. 188 ss.) o quelli relativi alla 'trasformazione' delle pene (p. 197 ss.) nell'edizione torinese del 1913. A titolo di esempio, è opinione del Loria che « la pena della mutilazione viene abrogata solo per non gravare la società del mantenimento di un invalido » (p. 197): cosa che farebbe pensare che il carcere sia dunque sorto per sostituire le troppo costose pene corporali, mentre lo stesso Loria aggiunge — di seguito — che « il diffondersi della pena del carcere nei nuovi tempi debbesi al fatto che lo stato moderno possiede, a' suoi esordii, molte manifatture e trova conveniente, nella generale scarshezza (?) della mano d'opera, di adibirvi i criminali ».

fattori criminogeni e della ' parzialità ' classista della legislazione penale (scelta e destinazione delle pene), piuttosto che su quello, dichiarato, del *diritto* penale.

Il delitto, afferma Loria, è il risultato pressochè esclusivo dei rapporti economici ⁽¹²⁵⁾: donde una critica decisa (anche se a tratti ' lombrosiana ') al punto di vista strettamente antropologico di Cesare Lombroso ⁽¹²⁶⁾. Ed anche la pena, aggiunge, « est une production juridique de ces rapports, exclusivement destinée à les consolider et à les protéger » ⁽¹²⁷⁾.

Ma al di là di queste affermazioni, a loro modo ' ovvie ' nell'ambiente culturale ' socialista ' del 1893, valgono le osservazioni sulla dinamica in atto dello scontro sociale e sul ruolo che vi viene assumendo il fenomeno giuridico.

Dans ses formes les plus variées — insiste Loria ⁽¹²⁸⁾ — le droit est toujours un instrument très puissant, destiné à empêcher les réactions des travailleurs et à assurer la persistance et l'accroissement de la propriété.

Ciò vuol dire che se è possibile fare un uso difensivo del diritto da parte delle classi che detengono il potere, sarà altrettanto pos-

⁽¹²⁵⁾ « Il n'est pas besoin, en effet, de longues démonstrations pour établir qu'une classe très importante de crimes — les crimes contre la propriété — sont un résultat des rapports économiques et de la misère qui afflige la plus grande partie de la population dans les pays les plus riches et les plus civilisés; mais les crimes mêmes qui, en apparence, présentent une moindre corrélation avec les conditions économiques du criminel, comme les crimes contre les personnes, et ceux mêmes qui sont commis par des riches, révèlent, à un examen attentif, l'essence économique qui se cache en eux » (A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 114-115).

⁽¹²⁶⁾ « L'anthropologie criminelle — et, en particulier, son illustre chef Lombroso — ne voit que le crâne asymétrique, ou l'oreille à anse, ou l'épilepsie, et elle attribue la criminalité à ces facteurs; mais l'imperfection de son procédé ressort immédiatement, car elle ne se demande point d'où proviennent et ce crâne asymétrique et les autres particularités anthropologiques, qui, pour elle, sont des phénomènes mystérieux, dérivés d'une réversion atavique plus mytique que la Trimourti indienne; elle ne voit pas que ces phénomènes anthropologiques sont précisément le dernier détrit et l'indice extérieur d'une longue élaboration accomplie par les rapports économiques sur un matériel humain martyrisé sans pitié » (A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 117-118).

⁽¹²⁷⁾ A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 118.

⁽¹²⁸⁾ A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 120.

sibile farne un uso 'offensivo' da parte di coloro che vogliono modificare l'assetto esistente della società: uso offensivo che consiste, però, non nel pretendere di modificare la struttura sociale attraverso una 'battaglia per il diritto' ⁽¹²⁹⁾, ma nell'indebolire lo strumento di classe che esso è, approfittando della crisi che invariabilmente lo investe « dans les périodes critiques de la société, où le choc des éléments luttant entre eux dans la sous-couche économique engendre, par contre-coup, un conflit des éléments et des tendances, dans les divers champs de la législation » ⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁹⁾ Dello stesso periodo è anche lo scritto *Socialismo giuridico*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893, 519-527, nel quale pure viene criticata la posizione di quei giuristi che « ... ammettono che l'assetto sociale di un popolo, l'insieme dei rapporti di proprietà che lo reggono, siano l'opera del legislatore » (p. 522) e quindi respinta la linea di coloro che pensano di modificare la realtà agendo sul momento giuridico.

« Noi crediamo che la nuova scuola — scrive — non potrà raggiungere un carattere scientifico e preciso, se non quando, invece di dedurre l'economia dal diritto positivo e questo da una entità imponderabile, abbia compreso che *il diritto positivo non è che la emanazione necessaria dei rapporti economici*, imposti dalle condizioni storiche della popolazione e della terra, e che il diritto naturale, concepito in modo diverso nelle varie epoche, non è che la idealizzazione appurata e levigata del diritto positivo in essa vigente. A norma di questo concetto, infatti, tutte le nozioni divengono d'un tratto precise, sicura ogni illazione, positiva ogni critica. A norma di tale dottrina i rapporti giuridici non possono essere modificati dalle contemplazioni di un filosofo, il quale si affissi nel cielo per leggersi il diritto naturale, *ma possono modificarsi soltanto per la mutazione dei rapporti economici, per la loro inesorabile evoluzione*. Così, per esempio, la modificazione delle disposizioni di legge sul contratto di lavoro non sarà già l'opera di una riforma iniziata da qualche giurista; ma saranno gli stessi rapporti dell'economia capitalista che, afforzando sempre meglio e rendendo più compatta la resistenza della classe lavoratrice, le permetteranno di strappare concessioni crescenti alla classe degli imprenditori, modificando con ciò sostanzialmente il rapporto economico fra capitalista ed operaio; e questa mutazione economica avrà per necessario risultato una mutazione corrispondente del rapporto giuridico, una riforma delle disposizioni del Codice relative al contratto di lavoro » (A. LORIA, *Socialismo giuridico*, cit., 525).

⁽¹³⁰⁾ A. LORIA, *Les bases économiques*, cit., 121. « Dès lors — prosegue — rien de surprenant si la crise sociale, qui commence effrayante, détermine, dans le droit, une crise correspondante qui s'est déjà annoncée et qui nous prépare, dans un avenir peu éloigné, les phénomènes les plus intéressants et les plus dignes d'observation. *Cette crise juridique ne cessera que le jour où sera constituée une nouvelle forme sociale, adéquate, sur la base de laquelle viendra s'asseoir le droit égalitaire, un droit qui ne sera plus la justification et l'appui du privilège, mais la consécration du travail* ».

Il contributo di Achille Loria, nello specifico del rapporto tra diritto e struttura economica, e al di là di quella che fu la sua discussa influenza (intesa globalmente ed in termini generali) sulla cultura italiana a cavallo tra i due secoli, fu certo determinante per una presa di coscienza, tra i giuristi, del carattere di classe della legislazione (e del diritto) penale.

È così che lo stesso Ferri, che pure non aveva mai dato l'impressione di volersi occupare realmente ed a fondo degli aspetti 'teorici' del rapporto tra diritto penale e società capitalistica, torna, dopo oltre dieci anni, ad occuparsi di «tematiche generali». Il suo *Socialismo e scienza positiva* rappresenta infatti il tentativo di inserirsi nel nuovo livello di discussione sui nessi tra diritto e politica, per non perdere, tra l'altro, quella leadership sui giovani penalisti partiti *olim* dalle sue posizioni, che il mutato quadro culturale (la 'scoperta di Marx' e la nascita dei primi dissensi sul positivismo antistoricista) poteva portare ad allontanarsi da lui.

Quel libretto, malgrado l'opinione di Antonio Labriola ⁽¹³¹⁾, ebbe un successo notevole ⁽¹³²⁾, e pur non costituendo un contributo specifico alla discussione che stava per avviarsi sul 'carattere di classe del diritto penale', aspirava a rappresentarne la base culturale e teorica.

Inutile dire che il pasticcio sincretistico operato 'conciliando' Marx con Darwin e Spencer, ma non solo con essi ⁽¹³³⁾, poteva testi-

⁽¹³¹⁾ A. LABRIOLA, *Discorrendo di socialismo e filosofia*, cit., 731.

⁽¹³²⁾ Ha ragione V. GERRATANA, *Darwin e il marxismo*, in *Il contemporaneo*, II, 1959, 41, ed ora col titolo *Marxismo e darwinismo*, in V. G., *Ricerche di storia del marxismo*, Roma, Editori Riuniti, 1972, 98.

⁽¹³³⁾ «La storia umana — scrive Ferri nella fase conclusiva del suo ragionamento — ebbe due spiegazioni unilaterali, e perciò incomplete per quanto positive e scientifiche — all'infuori di quelle antiscientifiche del libero arbitrio o della provvidenza divina — e sono il *determinismo tellurico* sostenuto da Montesquieu, a Buckle a Metschnikoff ed il *determinismo antropologico* sostenuto da tutti gli etnologi, limitanti ai caratteri organici e psichici di razza la ragione storica degli eventi.

Carlo Marx col *determinismo economico* riassume e completa le due teorie rendendole veramente psicologiche.

Le condizioni economiche — che sono la risultante delle energie ed attitudini *etniche* operanti in un dato ambiente *tellurico* — sono la base determinante di ogni altra manifestazione morale, giuridica, politica, nell'esistenza umana, individuale e sociale » (E. FERRI, *Socialismo e scienza positiva*, cit., 160).

moniare soltanto della superficialità, della carenza di metodo e della trascuratezza nello svolgimento dell'attività scientifica, tipiche in generale di quel mondo culturale e quasi simboleggiate nel taglio puramente oratorio delle esercitazioni extra moenia di Enrico Ferri. Ed è inutile dire che ciò non impedì che il 'maestro' si installasse a pieno titolo alla testa della *sua* 'scuola' anche per ciò che riguardava la componente 'socialista' di essa, se non altro per aver gridato più forte di ogni altro le lodi della «geniale teoria marxista, positiva e scientifica se altra mai, che non teme obbiezioni, suffragata com'è dalle più sicure indagini della geologia (!), come della biologia, della psicologia come della sociologia.

Per essa sola — aggiunge Ferri, inserendosi nella linea già tracciata da Loria e registrata da Vaccaro — possono i filosofi del diritto ed i sociologi determinare la vera natura e le funzioni dello *Stato*, il quale non essendo altro che «la *Società* giuridicamente e politicamente organizzata», evidentemente *non è che il braccio secolare di cui dispone la classe detentrica del potere economico — e quindi del potere politico, giudiziario ed amministrativo — per conservare e cedere il meno e il più tardi possibile i propri privilegi*» ⁽¹³⁴⁾.

C'è da aggiungere che l'approdo marxista ⁽¹³⁵⁾, diciamo così, del leader del positivismo penale italiano restò largamente un fatto declamatorio. Ferri continuò a difendere la sua tesi del diritto penale come strumento di difesa dell'intera società *prima* che della classe al potere ⁽¹³⁶⁾ e conservò a lungo la tendenza a

⁽¹³⁴⁾ E. FERRI, *Socialismo e scienza positiva*, cit., 160-161.

⁽¹³⁵⁾ È lo stesso Ferri a 'datarlo' in una nota polemica del 1898 (*Una piccola operazione di cateratte*, a M. A. Vaccaro, in *La scuola positiva*, VIII, 1898, 705); «Nella 3^a edizione della *Sociologia criminale* (1892), quando ancora io non avevo la conoscenza della sociologia marxista...». Ma si veda anche il passaggio presente nella quarta edizione della *Sociologia criminale* (1900), nel quale F. dichiara che «... datomi, dopo la 3^a edizione (1892) di questo libro, allo studio della teoria marxista, come dottrina sociologica, ... arrivai alla conclusione che il socialismo scientifico è la conclusione logica ed inevitabile della sociologia, altrimenti condannata alla sterilità inconcludente...» (E. FERRI, *Sociologia criminale* ⁴, cit., 549).

⁽¹³⁶⁾ È indicativo il fatto che nella terza edizione della *Sociologia criminale*, del 1892, la questione già aperta sul diritto penale come *difesa sociale* e/o *difesa di classe* non viene neanche affrontata. È nel 1897 che Ferri la avverte per la prima volta: «... a Bruxelles, in un corso di sociologia criminale riassunto nell'opuscolo

confondere la *querelle* sui 'fattori criminogeni' con la discussione sulla valenza classista della legislazione e della giustizia penale: nel senso di assorbire e ridurre il ruolo della struttura della società e quello del suo assetto politico, nello specifico della *formazione del*

La justice pénale [Bruxelles, 1898, e poi, in parte, in *La scuola positiva*, VIII, 1898, 65-75] ho sostenuto — colle nozioni di sociologia marxista apprese dal '93 in poi, che realmente nella giustizia penale non si può escludere l'elemento della *difesa di classe*, e ora aggiungo anche della *prepotenza di classe*, dopo le esperienze fatte in Italia nel 1894 e soprattutto nel 1898. *Però io non abbandono l'idea della difesa sociale, come fondamento positivo della giustizia penale, di questa propugnando la trasformazione in clinica preservativa* » (E. FERRI, *Una piccola operazione di catteratte*, cit., 705-706).

Un paragrafo (n. 53, pp. 546-559) viene dunque aggiunto a questo proposito nella quarta edizione della *Sociologia criminale* (1900), ma esso serve sostanzialmente e soltanto:

a) per riproporre quella che in Ferri è una ossessiva costante dell'atteggiamento 'scientifico' e dello stile espositivo, e cioè per riaffermare che ciò che gli si rimprovera da parte degli avversari non ha senso, che lui aveva già detto tutto prima di ogni altro e che tutto si spiega col fatto che gli altri non lo leggono o non comprendono ciò che egli effettivamente dice;

b) per riportare la questione sul terreno della *nascita del delitto* e della *classificazione dei comportamenti criminali*, attraverso la distinzione della criminalità in *atavica* ed *evolutiva*. « Fu allora — egli scrive, e cioè dopo aver aderito al marxismo — che io diedi alla distinzione fra criminalità atavica e criminalità evolutiva il valore genetico-causale di offesa alle condizioni di esistenza individuale e sociale per motivi egoistici e antisociali (criminalità atavica) o per motivi altruistici e sociali (criminalità evolutiva) » (p. 550). Il che riduce l'intero problema e lo sottrae all'ambito più generale di un'analisi sul ruolo del diritto nella società e sull'uso che ne fanno i ceti dominanti, aprendo così la strada ad operazioni delle quali Ferri stesso si accorgeva con imbarazzo respingendole come poteva: operazioni che, per ripetere parole sue, tentavano di « adoperare, falsandole, le teorie positiviste a sostegno di misure reazionarie: esempio il progetto di legge contro i delinquenti recidivi, ispirato a concetto plausibile nei riguardi della criminalità atavica o comune... ma includente anche la persecuzione più feroce dei condannati politici... » (p. 556, in nota). Del resto, come sarà sempre più chiaro negli anni a venire, e come lui stesso scriveva « ... lo Stato avrebbe potuto — con tattica inversa a quella adoperata di fronte alle conclusioni della scuola classica — accettare l'indirizzo di più efficace difesa contro la criminalità atavica iniziato dalla scuola positiva, per dissimulare e giustificare con esso anche gli eccessi a cui, in questi ultimi anni, le classi dominanti sono arrivate, abusando della giustizia penale, contro le manifestazioni della criminalità evolutiva ed anche contro le manifestazioni non criminose di pensieri politicamente o socialmente eterodossi » (E. FERRI, *Sociologia criminale* ⁴, 1900, cit., 556).

delinquente e del *verificarsi del delitto*, piuttosto che vedere quella stessa struttura e quell'assetto alle origini del sistema generale di compressione dei ceti subalterni e di contenimento globale della società realizzato (anche) per mezzo del diritto. In una parola, Enrico Ferri vide sempre nelle « più acute disuguaglianze fra classi dominanti e classi soggette » ⁽¹³⁷⁾ una causa tra le altre della criminalità delle seconde, più che l'origine storica (o strutturale) di un sistema giuridico, ed in particolare penalistico, posto a tutela delle prime ed a garanzia della permanenza di quelle disuguaglianze.

Diverso è il tenore della discussione sui 'difetti sociali' della legislazione penale, ed in genere sul suo carattere classista, che verrà svolgendosi *intorno* a Ferri.

Infatti, se Pietro Nocito (per citare uno degli autori più attenti, anche se non partecipi ⁽¹³⁸⁾), al movimento della nuova 'penalistica sociale', nella prolusione del 1894 alla quale premise il significativo titolo *Lo stato e il proletariato*, non andò oltre i limiti

⁽¹³⁷⁾ E. FERRI, *Sociologia criminale* ⁴, 1900, cit., 548.

⁽¹³⁸⁾ Anche G. NEPPI MODONA, *Una « scuola » dimenticata*, cit., 32, elenca Nocito tra i « penalisti socialisti o aperti alle idee sociali », ma occorre dire che un esame più ravvicinato della sua produzione scientifica sembra consigliare un giudizio più articolato. In effetti Pietro Nocito, soprattutto nella prolusione del 1894 ma anche in altri scritti contemporanei a quella o precedenti, prende un po' le distanze dalla penalistica 'agnostica' per porsi una serie di domande sul rapporto che esiste tra il diritto penale e la 'questione sociale'. Ciò avviene, come accennavo, nello scritto *Le riforme sociali nella legislazione civile*, in *Rinnovamento economico*, I, 1894, 431-446, ed in parte anche nei suoi scritti in materia carceraria (specie nel primo, del lontano 1868, su *Il diritto penale e le colonie agricole*, Siena, A. Mucci) ed in materia di delitti politici (*I reati di Stato con speciale riguardo all'alto tradimento...*, Torino, UTE, 1893 e *Corso di diritto penale... Reati contro il diritto politico*, Roma, Forzani, 1901). Tuttavia, il suo impegno appare appena abbozzato e, per così dire, discontinuo. Onde mi pare di poter affermare che, al di là del 'programma minimo' del quale parlo nella nota che segue, a proposito delle linee tracciate nella prolusione del 1894, i principi ispiratori della visione 'politica' di Pietro Nocito sono principi liberali, arricchiti da una apprezzabile sensibilità democratica che li rende a loro modo 'd'opposizione' nel quadro generale della penalistica italiana di fine secolo. Lo stesso Angiolini, in *Socialismo e socialisti*, ricorda il suo contributo alla battaglia contro i provvedimenti del luglio 1894 (p. 263), e queste non erano posizioni da sottovalutare, se non altro perchè offrivano uno sfondo di coerenza nell'azione politica pratica alle dichiarazioni di principio fatte nelle aule universitarie.

di un timidissimo riformismo ⁽¹³⁹⁾, Eugenio Florian e Adolfo Zerboglio posero la questione, con due articoli entrambi del 1896 ⁽¹⁴⁰⁾ in termini che mettevano a frutto in modo certo più avanzato sia la 'lettura loriana' di Marx che quella 'salvioliana' di Menger ⁽¹⁴¹⁾.

Nello scritto di Florian, dopo alcune affermazioni di indole generale ⁽¹⁴²⁾, troviamo un duplice indirizzo di analisi incentrato

⁽¹³⁹⁾ P. NOCITO, *Lo Stato e il proletariato*. Discorso... nella R. Università di Roma fatto per la solenne inaugurazione dell'anno accademico..., Roma, Pallotta, 1894.

Ho già ricordato altrove (*Dissenso politico e diritto penale*, cit., 665), che in quel suo discorso Nocito nega la natura di classe dello Stato, critica a fondo socialisti rivoluzionari e riformisti, si oppone ad ogni idea di riforma agraria, ad ogni ipotesi di nazionalizzazione o di gestione socializzata. «Lo Stato — egli afferma (p. 20) — non può dirsi *borghese* sol perchè tutela la proprietà individuale del capitale, della terra, delle macchine; ma deve dirsi *umano*, perchè nella individualità di questi mezzi di produzione c'è la tutela della libertà e dell'attività dell'individuo, che ha saputo con l'ingegno formare i congegni, ed incarnare ed accumulare il lavoro nella terra fertile e nel capitale fruttifero». La sua è, ancora una volta, visione solidarista e corporativa (un intero paragrafo sulla 'attualità' dell'apologo di Menenio Agrippa: p. 18-19), sostenuta da una serie di proposte di miglioramento delle condizioni di vita delle classi meno abbienti, delle quali non si sa se sottolineare la timidezza o la finalità 'maligna' di spuntare a vantaggio dello *status quo* la prevedibile carica alternativa espressa dai ceti subalterni. In questa prospettiva sono le proposte di valorizzare ulteriormente la mezzadria nelle campagne (p. 35), di riformare il credito agrario e combattere l'usura (p. 39), di rivedere il contratto di pegno e quello di prestito ad interesse (p. 41), di promuovere il cooperativismo (p. 44 ss.), di affrontare la questione degli infortuni del lavoro (p. 52 ss.) e quella del trattamento previdenziale e pensionistico dei lavoratori operai.

⁽¹⁴⁰⁾ E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali del codice penale*, in *La scienza del diritto privato*, IV, 1896, 47-55, 81-95; A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, in *La scuola positiva*, VI, 1896, 68-79.

⁽¹⁴¹⁾ Penso soprattutto a G. SALVIOLI, *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*, in *Annuario della R. Università di Palermo*, 1890-91, Palermo, Tip. dello Statuto, 1890, nel quale vengono messi a frutto schemi d'analisi tipicamente mengeriani. Anzi, Ch. U. SCHMINCK, *Stato di diritto e movimento operaio. Per la storia del diritto penale politico in Italia*, in *Studi storici*, XI, 1970, 465, sembra propendere, piuttosto che per la tesi dell'influenza di Menger su Salvioli, per quella di un plagio salvioliano maldestramente celato.

⁽¹⁴²⁾ «Avuto riguardo al *fondamento prevalentemente se non esclusivamente economico del diritto* e soprattutto al *carattere di organo di classe che ebbe ed ha lo*

sull'osservazione che « la unicità del criterio sancito per l'imputabilità dei poveri e dei ricchi, rappresenta in realtà una palese ingiustizia » ⁽¹⁴³⁾ e sul fatto che anche la pena non colpisce con lo stesso grado di afflizione chi occupa differenti posizioni economiche o sociali. È una critica al fondamentale principio della legislazione borghese — il 'diritto eguale' — che nell'ordinamento penalistico di una società fortemente squilibrata diviene strumento tra gli altri di discriminazione e ragione a sua volta di ulteriore aggravamento degli squilibri.

Florian la rende operante e la approfondisce andando poi al tema (abbastanza scontato, ma ancora capace di suscitare 'scandalo') della particolare durezza con cui si puniscono i reati contro la proprietà (e quindi della particolare forza con cui la proprietà è protetta), anche rispetto ai reati contro la persona, contro l'onore o contro la morale ⁽¹⁴⁴⁾: ed il discorso non si limita all'entità delle pene previste — che pure non sembrano commisurate al diverso peso dei beni protetti — ma va sui mezzi di difesa consentiti, sul sistema delle aggravanti, attenuanti e scriminanti, sul « movimento dell'azione penale » (perseguibilità d'ufficio o a querela degli autori di reati), che pure sono tutti strumenti concepiti per funzionare a difesa della proprietà, piuttosto che a protezione della persona ⁽¹⁴⁵⁾.

Una critica lucida, dunque, ma incrinata da due elementi almeno: il fatto di muoversi tutta all'interno di quel sistema (un dissenso di 'connivenza', per così dire), chiedendo che si 'attenuino e leniscano' le disuguaglianze e le 'ingiustizie sociali' del codice, ed il fatto di inserirsi in un disegno generale che può essere

Stato, è evidente che anche la legislazione penale mira soprattutto alla protezione delle classi economicamente dominanti, lasciando debole, deficiente e talora anche mancante del tutto, la protezione e la difesa delle classi povere ed economicamente soggette » (E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali*, cit., 48).

⁽¹⁴³⁾ E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali*, cit., 52.

⁽¹⁴⁴⁾ E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali*, cit., 87 ss.

⁽¹⁴⁵⁾ « Noi vediamo che mentre gli elementi della *difesa legittima della persona* sono rigorosamente determinati e tali che in qualche caso l'esercizio della difesa ne è ristretto, quelli invece della *difesa legittima della proprietà* sono molto oscillanti ed indeterminati, in modo da lasciare aperto un largo varco all'arbitrio (...) » (E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali*, cit., 88).

definito solidaristico-corporativo: secondo Florian il carattere di classe della legislazione penale va eliminato con interventi progressivi di riduzione e compensazione delle «ingiustizie da essa sancite», i quali tendano a realizzare un contemperamento degli interessi contrapposti, garantito dalla mediazione di uno Stato che accetti di comportarsi da arbitro e mediatore, ponendosi sopra le parti in posizione neutrale.

... la completa ed eguale protezione di tutte le classi sociali solo allora sarà possibile, a rigor di logica, quando nessuna classe avrà più alcun predominio economico e politico, *ma lo Stato sarà l'organo vero e sincero degli interessi comuni*; ... la protezione della legge penale si estende sempre più alle classi povere mano a mano che si allarga la partecipazione dei cittadini all'esercizio della sovranità e più intensamente sociali diventano gli scopi che lo Stato si propone di raggiungere.

(...) Un'attenta ed accurata revisione del codice penale, fatta col criterio e coll'animo di *diminuire, per quanto la presente condizione di cose lo permette, le ingiustizie da esso sancite e derivanti dal conflitto di classe, e di aumentare la protezione dei deboli*, è opera conforme perfettamente allo spirito dei tempi nostri (...).

Sospingiamo, dunque, anche il codice penale sulla via della riforma sociale, consapevoli di una verità acquisita definitivamente al senso comune, che *natura non facit saltus*, che l'evoluzione si compie per gradi e che *sarebbe inconsulto ed incivile rinunciare al meglio di attuazione immediata*, per un bene od un ottimo che si delinea lontano lontano, sull'orizzonte di una nuova aurora sociale. Certo, *la radice delle disuguaglianze che si deplorano è nelle viscere del sistema* e perciò le disuguaglianze rimarranno fino a che durerà il sistema; *ma ciò non toglie che si possano lenire e d a t t e n u a r e*, seguendo ed affrettando l'evoluzione, coll'opera assidua e vigilante ⁽¹⁴⁶⁾.

Diverso, ma non opposto, l'intervento di Zerboglio. Giocano a vantaggio di una sua maggiore consapevolezza politica la ormai lunga dimestichezza con la 'dottrina del socialismo', e l'aver avuto già occasione di riflessione e di confronto su questi temi. La pubblicazione, avvenuta l'anno precedente, dell'opuscolo *Il socialismo e le obiezioni più comuni* mostra del resto come la prospet-

(146) E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali*, cit., 48-49.

tiva offerta dal programma della seconda internazionale fosse stata integralmente accolta da questi intellettuali ed innestata perfettamente nella loro cultura 'evoluzionistica'.

Ciò che manca in Zerboglio è soltanto l'indicazione (più chiara nell'articolo del « compagno Florian » ⁽¹⁴⁷⁾), di una strategia corporativistica, mentre troviamo nei suoi scritti di questo periodo una teoria della lotta di classe fortemente inquinata da elementi di 'darwinismo sociale' ⁽¹⁴⁸⁾, una concezione della 'rivoluzione' come fatto legato all'irrefrenabile anche se lento evolversi delle cose in senso 'progressista' — il socialismo è inevitabile ⁽¹⁴⁹⁾ —, un orizzonte culturale (ma anche morale, politico e civile) che è interamente mutuato dai 'buoni sentimenti' della classe dominante e

⁽¹⁴⁷⁾ L'appellativo di 'compagno', certo insolito nelle discussioni scientifiche riportate in sedi tecniche e specialistiche, era stato usato da Zerboglio nei confronti di Florian in uno scritto di tre anni prima, *Lo sterminio delle « applicazioni giuridiche »*, comparso ne *La scuola positiva*, III, 1893 (p. 968).

⁽¹⁴⁸⁾ A. ZERBOGLIO, *Il socialismo*, cit., 115 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ « È un fenomenale errore quello di identificare la *rivoluzione* con la *rivoluzione violenta*, dimenticando che l'una è la conseguenza logica dell'evoluzione e l'altra è uno sforzo contro natura dell'evoluzione medesima (...). I socialisti, seguaci del positivismo, non possono volere una rivoluzione violenta che sarebbe un controsenso pari a quello d'un naturalista o d'un medico che volessero far superare ad un essere organizzato delle date fasi di sviluppo e pretendessero, a mo' d'esempio, di ottenere la fecondazione attiva o passiva innanzi della opportuna maturità degli organi corrispondenti (...). La rivoluzione violenta potrà probabilmente accadere e forse accadrà — e v'è da rabbrivire a pensarvi —, ma non per la propaganda socialista, sibbene nonostante la propaganda socialista. Essa potrà accadere in risposta alla violenza quotidiana della classe dominante, che semina con i suoi arbitrii, le sue prepotenze, i dolori che rovescia sulle famiglie, una libidine insaziabile di vendette.

(...) I rivoluzionari più realmente tali sono gli accaniti conservatori che si impuntano a voler fermare il moto storico, quando non cercano, più pazzi ancora, di farlo camminare a ritroso. Se la rivoluzione avverrà i socialisti non ne avranno colpa. I socialisti sanno che la rivoluzione violenta è un cumulo orrendo d'orrori, ed essi che pure sono legati al mondo da dolcissimi affetti, non sognano di sanguinose riscosse cieche nel loro cammino, di distruzione e di strage. I socialisti sanno che una rivoluzione violenta si scatena sulle migliori conquiste della civiltà e tenta nel dissolvimento di ogni senso morale, artistico, umano, ai più elevati prodotti della scienza, della letteratura, dell'industria, dell'arte, ed essi, i pionieri d'una società più progredita aborriscono dall'imperversare di una siffatta barbarie » (A. ZERBOGLIO, *Il socialismo*, cit., 142-147).

che si riconosce perfettamente in essi, purchè depurati delle loro componenti più apertamente filistee ⁽¹⁵⁰⁾.

Ciò che invece vi è in lui di comune con Florian ⁽¹⁵¹⁾ è una (non particolarmente vivace, ma certo inaspettata) sottolineatura critica dei limiti del positivismo penale, « sprovvisto di una opportuna coltura storica ed economica », la critica del 'diritto eguale' e, soprattutto, l'andamento 'mengeriano' del suo intervento sul codice.

E prima — scrive Zerboglio ⁽¹⁵²⁾ — mi fermo ad una massima di indole generale « la legge è uguale per tutti » che innestandosi su di una disuguaglianza di fatto, portata dal meccanismo capitalista, si risolve in un principio ingiusto rispetto alla classe povera le cui condizioni, favorevoli all'attività criminosa, non restano così prese in considerazione.

L'applicazione della regola *la legge è uguale per tutti*, specifica Zerboglio, stravolge « a beneficio della classe più fortunata e a pregiudizio della più immeritatamente infelice » anche il sistema delle pene ⁽¹⁵³⁾, quello delle garanzie processuali, e tutta un'altra serie di principi fondamentali dell'ordinamento che sembrano non costituire di per sé ragione di privilegio per categorie particolari, ma finiscono per favorire i più abbienti (o « colpire specialmente le basse classi sociali ») dal momento che rappresentano un'ennesima occasione di trattamento uguale per condizioni diseguali.

⁽¹⁵⁰⁾ A ZERBOGLIO, *Il socialismo*, cit., 45 ss. (*Il socialismo e la libertà*), 83 ss. (*Il socialismo e la patria*), 91 ss. (*Il socialismo e la famiglia*), 99 ss. (*Il socialismo e la morale*).

⁽¹⁵¹⁾ Non sarà inutile notare che i due articoli uscirono, come ho già ricordato, nello stesso anno, e che nessuno dei due autori fece in tempo a vedere lo scritto dell'altro. Cfr. la N.d.R. pubblicata alla fine dello scritto di Zerboglio ne *La scuola positiva*, VI, 1896, 79.

⁽¹⁵²⁾ A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., 75.

⁽¹⁵³⁾ « La legge è uguale per tutti, ma forse che è uguale per tutti pagare un'amenda e perdere un mese, un anno, dieci anni di lavoro? Al benestante, al capitalista un'amenda, una multa di 10, 200, di 1000 lire reca la stessa rovina che all'artigiano, al proletario? Stare in carcere sei mesi per un uomo che vive di rendita è lo stesso che per un individuo che campa del frutto delle sue braccia? La famiglia del povero, perde quanto quella del ricco se ha il proprio capo, il proprio sostegno in prigione? È di peso alla famiglia del ricco aiutare il congiunto che sconta la sua pena, quanto è di peso alla famiglia del nullatenente? » (A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., 75).

Tipico di quest'ordine di principi oggettivamente classisti è «l'assioma giuridico... che l'errore di diritto non scusa e nessuno può quindi invocare a proprio scarico l'ignoranza della legge penale» ⁽¹⁵⁴⁾, così come alla iperprotezione dello status quo affidata alle leggi penali può essere ascritta una serie ulteriore di meccanismi quali quelli delle aggravanti, della prevenzione nei confronti delle c.d. classi pericolose, del particolare favore accordato alla proprietà privata, dello squilibrio che esiste tra la severità con cui si punisce la delinquenza dei poveri e l'indulgenza con cui si guarda ai delitti delle classi abbienti e dirigenti ⁽¹⁵⁵⁾.

Poichè queste istituzioni sanciscono, col predominio politico d'una classe, il predominio economico da cui derivano, le disposizioni penali che tendono a garantirle sono essenzialmente disposizioni penali di classe ⁽¹⁵⁶⁾.

E poi ancora:

La lotta di classe si manifesta nell'intreccio delle complicazioni procedurali malamente superabili da chi non possiede; nella nota tendenza alla severità pei delitti contro gli averi a preferenza che per quelli contro persone; nella non rara corruzione delle magistrature a giovamento di imputati danarosi; nella impunità di criminali autentici ma *asserviti*, nella politica, nelle amministrazioni, nelle banche, alla classe capitalista, o nelle leggi di eccezione intese a spazzar via in modo più spiccio ed arbitrario gli avversari dell'*ordine costituito*; nelle polizie specialmente adibite a inquisire, rincorrere i cosiddetti *sovvertitori*, creando talora complotti, attentati, violenze per giustificarne la persecuzione.

Spesso le leggi penali, in sé, sono buone per tutti, ma è negli attriti e nel meccanismo del loro tradursi in pratica che finiscono per riuscire a vantaggio degli uni rispetto agli altri.

Spesso inoltre non possono essere che come sono ed è a dispetto

⁽¹⁵⁴⁾ Tema 'mengeriano' (una lunga citazione di Menger a p. 76) che era stato ripreso anche da E. FLORIAN, *Ingiustizie sociali*, cit., 50-51. Per rendersi conto della ripercussione avuta dall'opera di Menger, in questa fase, sui nostri giuristi, basterà leggere l'articolo di FLORIAN, *Un notevole contributo alla teoria della lotta di classe*, in *Critica sociale*, III, 1893, 203-205, e poi la breve recensione alla traduzione italiana di *Das burgerliche Recht...* in *La scuola positiva*, IV, 1894, 375-376.

⁽¹⁵⁵⁾ A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., 77-78.

⁽¹⁵⁶⁾ A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., 77.

della stessa volontà cosciente del legislatore, per causa della piattaforma di divisione economica di classe su cui riposano, che assumono il carattere di disposizioni di privilegio ⁽¹⁵⁷⁾.

Come si vede, un intreccio di questioni problematiche appena accennate, poste quasi a formare una sorta di *manifesto* programmatico, che verranno poi sviluppate (ed anche ripuntualizzate e rivedute) negli scritti successivi sia di Zerboglio che di Florian. I quali non furono, del resto, i soli penalisti 'socialisti' ad impegnarsi su questo terreno.

È lo stesso Ferri a ricordare che molti positivisti si erano posti il problema di quanta parte « nella giustizia penale... spetti agli interessi transitori della classe dirigente » ⁽¹⁵⁸⁾, e certo si può dire che nell'arco di tempo che va dalla metà degli anni novanta ai primi anni novecento il problema della 'funzione sociale' della legislazione penale, quello del suo rapporto con la lotta di classe e quello — persistente — dei suoi 'difetti sociali', tornano molto spesso nell'opera dei penalisti 'socialisti'.

Posso, per esempio, ricordare alcuni tra gli scrittori minori, come Giuseppe De Felice, autore di un'operetta molto scadente ed intrisa di un deteriore lombrosismo malamente orecchiato ⁽¹⁵⁹⁾; o come Brunetto Griziotti, al quale si deve un breve ma acceso scritto in materia di reati politici particolarmente segnato dall'influenza del Loria delle *Bases économiques* ⁽¹⁶⁰⁾; come Lapo Rinieri

⁽¹⁵⁷⁾ A. ZERBOGLIO, *La lotta di classe nella legislazione penale*, cit., 78.

⁽¹⁵⁸⁾ E. FERRI, *Sociologia criminale* ⁴, 1900, cit., 553-554.

⁽¹⁵⁹⁾ G. DE FELICE, *Principii di sociologia criminale. Criminalità e socialismo*, Palermo, Sandron, 1902, spec. III ss.

Tanto per offrire un'idea di come il metodo lombrosiano veniva utilizzato dai meno provveduti tra questi epigoni della seconda generazione, posso citare alcuni passi della 'teoria del criminale nato', così come viene ripresentata da De Felice: « Il criminale nato — scrive il deputato di Catania — suole essere sbarbato, o suole avere scarsi peli sul mento... Altro carattere del criminale nato è l'ordinario pallore del viso, forse dovuto al carcere (?!), forse ai timori, forse ai rimorsi che non riescono più a frenare l'istinto... » (G. DE FELICE, *Principii*, cit., 53).

⁽¹⁶⁰⁾ Su B. GRIZIOTTI, *Teoria del reato politico*, in *Rinascimento*, Foggia, 1896, fasc. 17-18, 1-36, ho già espresso alcune valutazioni in *Dissenso politico e diritto penale*, cit., 671-672, riferendo anche i passi salienti di quello scritto proprio per

De' Rocchi ⁽¹⁶¹⁾, Alfredo Angiolini ⁽¹⁶²⁾, Camillo Cavagnari ⁽¹⁶³⁾, Francesco Magri ⁽¹⁶⁴⁾, il primo De Luca ⁽¹⁶⁵⁾ o Antonio Guarnieri Ventimiglia ⁽¹⁶⁶⁾.

quanto riguarda la natura di classe dello Stato e l'uso di classe del diritto penale da parte « di chi sta al potere » (B. GRIZIOTTI, *Teoria del reato politico*, cit., 35).

⁽¹⁶¹⁾ Specie per certi suoi interventi in materia di riforma della legislazione, quali *Incongruenze della legislazione*, in *La scuola positiva*, IV, 1894, 695-701; *La legislazione penale nella sua funzione sociale*, in *La scuola positiva*, IV, 1067-1070 con postilla in *La scuola positiva*, V, 1895, 29-32; si devono però tenere presenti altri scritti, quali *Il diritto penale e un'opera recente del Loria*, in *La scuola positiva*, IV, 1894, 124-129; *Neo-idealismo e questione sociale*, in *Critica sociale*, VII, 1897, 364-366; *Il fattore economico nella rivoluzione italiana*, in *Critica sociale*, X, 1900, 168-170 e *L'inefficacia del carcere*, in *Il socialismo*, III, 1904, 342-343.

⁽¹⁶²⁾ A. ANGIOLINI, *La nuova scuola penale e i diritti individuali*, in *Rivista popolare di politica...*, IV, 1898, 93-95, oltre ovviamente, all'opera principale, *Dei delitti colposi. Studio sociologico-giuridico*, Torino, Bocca, 1900 e agli studi sulla giuria e sulla questione delle aggravanti.

⁽¹⁶³⁾ Di Cavagnari si segnalano in modo particolare gli interventi di politica giudiziaria: sui *Reati di udienza* e sulla *Polizia delle udienze* (del 1884 e del 1885: cfr. *Bibliografia del socialismo giuridico* già citata e pubblicata in questo numero dei *Quaderni fiorentini*) e poi: *I pretori e le riforme giudiziarie*, Cremona, Tip. interessi cremonesi, 1886; *Politica e giustizia*, in *Cuore e critica*, II, 1888, 235 ss., e poi III, 1889, 4 ss.; *Giudici civili e giudici criminali*, in *L'anomalo*, II, 1890, 289 ss.; *La funzione sociale della giurisprudenza nella criminalità*, in *L'anomalo*, III, 1891, 65 ss.; *La questione operaia a Milano*, in *La scuola positiva*, I, 1891, 132-135. E gli interventi in materia di lavoro, dal 1900 in poi (cfr. ancora, la *Bibliografia del socialismo giuridico* a cura di chi scrive).

⁽¹⁶⁴⁾ In particolare: *Una nuova teoria generale della criminalità*, Pisa, Mariotti, 1891; *Studio sperimentale intorno ai sistemi repressivi*, Pisa, Galileiana, 1893; *Saggio di un sistema etico-giuridico*, Pisa, Mariotti, 1897, dedicato in parte (pagg. 64-71) proprio al tema 'diritto penale e lotta di classe', ma assai influenzato da un eclettismo positivista che — nella sua versione 'politica' — diviene concezione solidaristico-corporativa, perdendo ogni connotazione socialista, per quanto moderata o minimalista.

⁽¹⁶⁵⁾ Il 'primo' De Luca sente forse in modo preponderante l'influsso delle teorie di Colajanni ed affronta in modo mediato il rapporto tra il diritto penale e la 'questione sociale'. Cfr. per es. *Teoria del punire e dei reati di Stato, con brevi note sul codice penale italiano*, Catania, Giannotta, 1897, 31 ss., o gli scritti *Il carcere preventivo e l'economia sociale*, in *La scuola positiva*, IV, 1894, 293-295, e *Nessi fra la scienza penale e l'economia sociale*, in *Rivista di politica e scienze sociali*, I, 1895-96, 282-283.

⁽¹⁶⁶⁾ Antonio Guarnieri-Ventimiglia produce in realtà dopo il 1900, e quindi rientra solo in parte nella prospettiva particolare che sto ora esaminando. Di lui ricordo in particolare il suo lavoro più conosciuto, *I conflitti sociali*, Torino, Bocca,

Accanto ad essi sta una serie di giuristi di maggior peso, spesso militanti politici di primo piano, che individuano proprio nell'analisi del fenomeno giuridico, condotta alla luce delle nuove 'idee sociali', l'unica via per mantenere la questione penale al centro del loro programma riformistico, ed il modo più convincente per farne una sorta di banco di prova della volontà politica delle classi dirigenti, oltre che un indice importante del livello di egemonia raggiunto dai ceti emergenti.

Penso a Rodolfo Laschi, che cerca uno sbocco politico in senso riformistico (sulla falsariga dei 'sostitutivi' ferriani) ⁽¹⁶⁷⁾ per le ricerche antropologico-criminali che conduce spesso in tandem con Cesare Lombroso; penso a Luigi Majno ⁽¹⁶⁸⁾, impegnato nella difesa degli spazi 'liberali' del codice zanardelliano, convinto com'è che ad una legislazione di tipo borghese non si può chiedere niente di più del rispetto delle (sue) regole, e che usando i margini da esse (regole) consentiti le classi lavoratrici e le loro organizzazioni politiche potranno continuare a battersi per un ordine più giusto. Penso infine ad Alberto Borciani ⁽¹⁶⁹⁾, a Vittorio Olivie-

1905 ed interventi minori quali *Innovazioni sociali e misonieismi giuridici*, in *Critica sociale*, XV, 1905, 292-294; *Verso il diritto sociale. La difesa dei poveri ed il potere popolare*, in *Rivista popolare di politica...*, XIII, 1907, 600-602; *I difetti sociali del codice di procedura penale*, in *Critica sociale*, XXII, 1912, 188-190 e *La riforma sociale della procedura penale*, in *Rivista popolare di politica...*, XIX, 1913, 243-245.

⁽¹⁶⁷⁾ Si veda, in particolare, il cap. III della parte seconda de *Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto al diritto, all'antropologia criminale ed alla scienza di governo*, Torino, Bocca, 1890, 467-496. L'opera, di cui era autore principale Cesare Lombroso fu il risultato, per la parte scritta da Laschi, anche di studi precedenti e si appaia ad altri lavori, ai quali avrò modo di accennare in seguito, in tema di *Reati contro la libertà di lavoro* e di *Delinquenza bancaria*. Il programma minimo di Laschi, ispirato alla teoria dei sostitutivi ferriani per la prevenzione del reato politico, è riassunto in una nota del mio *Dissenso politico e diritto penale*, cit., 692-693.

⁽¹⁶⁸⁾ Anche per quanto riguarda Luigi Majno ed il taglio particolare dato al suo *Commento al codice penale*, chi volesse potrebbe riferirsi alle annotazioni presenti in M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale*, cit., 679-682.

⁽¹⁶⁹⁾ In particolare *Dei reati di ribellione e violenza pubblica. Studio di dottrina e giurisprudenza penale*, Torino, UTET, 1887, e *Dei delitti contro lo Stato*, in *Completo trattato teorico-pratico di diritto penale* dir. da P. Cogliolo, cit., II, 1, 1888, 3-236.

ri ⁽¹⁷⁰⁾ e soprattutto ad Alfredo Pozzolini ⁽¹⁷¹⁾, che raccoglie il « nuovo indirizzo di critica e di riforma sociale del diritto » ⁽¹⁷²⁾ per applicarlo allo studio della procedura penale.

Pozzolini non è socialista e si affretta a dichiararlo.

Ora — egli scrive — per quanto io convenga coi socialisti che il diritto è, almeno in parte, una superstruttura dell'organismo economico, un riflesso della costituzione economica, siccome ritengo nello stesso tempo che risente anche delle condizioni intellettuali e morali possibili a modificarsi all'infuori di una radicale riforma su schema socialista, la quale d'altronde non soddisfa alle mie convinzioni, così, vicino alla critica negativa, *movendo da un punto di vista sociale, potrà indicare la ricostruzione, indipendentemente dalla trasformazione degli ordini economici, basata unicamente sulla comprensione del danno e dell'ingiustizia inerenti agli istituti attuali* ⁽¹⁷³⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ Di Vittorio Olivieri va ricordata soprattutto l'opera continua e di grande rilevanza svolta nel commento di sentenze, atti legislativi, provvedimenti delle autorità, che servì per molti anni di orientamento agli 'avvocati dei socialisti' ed agli stessi giuristi più sensibili ed attenti. Ricordo tra tanti interventi, *L'art. 3 della legge eccezionale 19 luglio 1894 e la competenza del giurì*, in *La scuola positiva*, IV, 1894, 840-848 e *La lotta di classe nella giustizia penale* (note a sentenze), in *La scuola positiva*, VI, 1896, 725 ss.

⁽¹⁷¹⁾ A. POZZOLINI, *L'idea sociale nella procedura penale. Appunti critici*, in *Archivio giuridico*, LX, 1898, 303-319 e LXI, 1898, 30-62, 279-303. Poi, in estratto, Modena, Direz. dell'Arch. giur., 1898.

⁽¹⁷²⁾ « Il problema della disuguaglianza economica, la coscienza dei mali che affliggono le classi povere, l'ideale di elevazione ed integrazione sociale da parte di quest'ultime, hanno, da tempo, varcato il dominio delle scienze giuridiche, recandovi un criterio nuovo di critica ed insieme di riforma. Se il diritto codificato è il riflesso delle condizioni economiche d'un popolo, evidentemente esso deve riprodurre le disuguaglianze che per avventura sieno in queste; e che tale sia il carattere dei codici moderni fu detto non solo dagli scrittori socialisti e riformatori, ma anche da autori ortodossi. Questo nuovo indirizzo di critica e di riforma sociale del diritto, ha fornito materia di nuove ed interessanti indagini intorno al Codice civile, al Codice di commercio, al Codice di procedura civile ed al Codice penale, ed ora il Pozzolini lo applica al Codice di procedura penale » (E. FLORIAN, *Recensione* ad A. Pozzolini, *L'idea sociale nella procedura penale*, in *La scuola positiva*, VIII, 1898, 734-735).

⁽¹⁷³⁾ « Duplice quindi è il compito che mi propongo — prosegue Pozzolini (*L'idea sociale*, cit., LX, 307) — Mostrare che per un'applicazione a rovescio del principio — la giustizia è uguale per tutti — le maglie di questa sono troppo forti pei deboli economicamente, troppo deboli per gli economicamente forti. Indicare

Una linea programmaticamente riformista, dunque, che dichiara di volersi sviluppare soltanto all'interno dello specifico giuridico, partendo però anch'essa dalla fondamentale critica del 'diritto eguale' (174).

I 'difetti sociali' del codice di procedura penale, tuttavia, non sono ridicibili a quelli, più evidenti, che derivano dal pari trattamento stabilito per soggetti non uguali; essi nascono anche da scelte politiche 'sbagliate' che talora credono di favorire il principio di uguaglianza di fronte alla giustizia, mentre in realtà si muovono in senso contrario. È così che Pozzolini indica una serie 'composita' di inconvenienti presenti nell'ordinamento processuale penale, quali il modo di formare le giurie così dette popolari (175) o la prevalen-

quando sia possibile, quelle riforme che, dentro l'orbita del sistema giuridico vigente, si possano attuare nella procedura penale, allo scopo di smussare anche in questo campo l'antagonismo di classe ».

(174) « Né vale il dire, come il Nani [*Il socialismo nel codice civile*, Torino, 1892] che i codici attuali tutelano ugualmente il diritto di tutti per il solo fatto che sono ispirati al principio dell'eguaglianza giuridica. Ma è appunto per una malintesa applicazione di cotesto principio che le nostre leggi frustrano il diritto del povero. Esse considerano i cittadini tutti eguali, e trattano di conseguenza alla stregua dei medesimi principii individui di forza economica diversa, i cui bisogni quindi ed i cui mezzi materiali e morali son così differenti. Ciò fa che si arrivi in pratica a risultati opposti alla vera eguaglianza. Differenti sono le condizioni sociali: differente dovrebbe essere il trattamento. Così e non altrimenti deve applicarsi, come vedremo anche meglio in seguito il principio dell'eguaglianza giuridica. Se no si arriva mediante l'eguaglianza alla più stridente disuguaglianza, e mentre si caccia il privilegio dalla porta, questo rientra per la finestra » (A. Pozzolini, *L'idea sociale*, cit., LX, 310-311).

(175) Il meccanismo di selezione dei giurati introdotto con la legge 8 giugno 1874 era basato sulla scelta all'interno di categorie tassativamente stabilite. « La determinazione di tali categorie — scrive Pozzolini — almeno nello spirito della legge, è desunta dalla presunzione che coloro i quali vi appartengono siano dotati di capacità intellettuale sufficiente all'esercizio della funzione di giurato. Fra queste categorie la 21ª stabilisce il censo come condizione che lascia presumere tale capacità intellettuale, e quindi ammette i censiti senz'altro alla funzione di giurati (...) Sta di fatto che i giurati iscritti in base alla categoria 21ª rappresentano una percentuale assai elevata 36,7%... Ora è evidente che data la prevalenza degli abbienti nelle liste dei giurati, l'organizzazione di queste, anche per il fatto che il giudizio dei giurati è proscioltto dall'obbligo della motivazione, costituisce gli imputati poveri in una condizione di inferiorità per rispetto a quelli ricchi, pei quali il giury composto in prevalenza di individui appartenenti alla medesima classe sociale, avrà sempre delle debolezze. E così si spiegano gli scan-

za nei giudici di una cultura 'civilistica' che li porta a sopravvalutare gli aspetti tecnici relativi al reato, alla sua natura, alla sua consumazione, e non a curarsi e preoccuparsi di *chi* lo ha commesso ⁽¹⁷⁶⁾; e poi ancora: la condizionabilità di fatto dei giudici da parte dell'esecutivo, che specie in materia di conflitti sociali li porta spesso a giudicare « secondo gli interessi dei ricchi, che forzano la mano al governo, carne d'altronde della loro carne » (LXI, p. 41); il fatto che il pubblico ministero che è « un organo della magistratura avente funzioni governative, incaricato cioè della repressione dei reati per via d'azione penale », sia notoriamente « unito al governo, e quindi alla classe dominante, con un nesso correggibile certo, ma non eliminabile » ⁽¹⁷⁷⁾; infine, i problemi che riguardano la difesa (la questione del gratuito patrocinio, in primo luogo); il cattivo funzionamento della polizia e quindi gli errori — quando non gli abusi — che « spesso conducono ad ingiuste persecuzioni di innocenti, le quali novantanove volte su cento sono sempre a danno di povera gente » (LXI, p. 59); le carenze e le contraddizioni del rito ⁽¹⁷⁸⁾.

Pozzolini coglie con notevole acutezza una serie di punti nodali che si presentano non solo come causa di 'crisi' o di cattivo funzionamento dell'amministrazione della giustizia, ma anche come reale

dalosi verdeti assolutori dei saccheggiatori delle pubbliche casse, e si spiega pure la severità che i giurati hanno verso gli imputati di furto comune. (...) Quindi ad ovviare a questo grave inconveniente riterrei doversi affatto sopprimere la categoria 21^a, abolendo così il criterio del censo, che il prof. Impallomeni giustamente chiama ingiurioso a gente civile » (A. POZZOLINI, *L'idea sociale*, cit., LXI, 34-35).

⁽¹⁷⁶⁾ « Il giudice attuale, dunque, essenzialmente civilista, quando è chiamato a giudicare in materia penale non guarda affatto al delinquente: non si cura della sua condizione sociale in quanto questa abbia relazione col reato commesso: unica sua preoccupazione è la classificazione del reato fra le tante specie e sottospecie: è il ritrovarne gli estremi e le circostanze aggravanti e diminuenti; la sua operazione è quasi meccanica, tanto è abituato nei suoi studi a contemplare non l'uomo vivente, ma un tipo ideale di uomo astratto sempre eguale. Di qui il grande svantaggio su cui vengono a trovarsi di fronte il giudice togato i poveri, i quali senza paragone hanno molto maggiori e più numerosi impulsi a delinquere che non i ricchi: le condizioni economiche soprattutto » (A. POZZOLINI, *L'idea sociale*, cit., LXI, 37-38).

⁽¹⁷⁷⁾ A. POZZOLINI, *L'idea sociale*, cit., LXI, 47.

⁽¹⁷⁸⁾ A. POZZOLINI, *L'idea sociale*, cit., LXI, 279 ss.

motivo di ingiustizia. Il suo scritto suggella così un'intera stagione di letteratura giuridica (quella dei 'difetti sociali', della 'funzione sociale', del diritto confrontato con le 'idee sociali' ⁽¹⁷⁹⁾) che aveva a suo modo contribuito a fare proprio del diritto penale e della sua riforma uno dei terreni principali di confronto per l'ammodernamento della società italiana.

I primi anni del novecento vedono, su questo tema, qualche risottolineatura ⁽¹⁸⁰⁾ di impostazioni già acquisite (talora compilativamente versate in opere di sistemazione, come nel caso dell'*unum opus* di Carlo Manes) ed anche il segno delle prime *revisioni*.

⁽¹⁷⁹⁾ Oltre alla *Idea sociale* di Pozzolini, ai *Difetti sociali* di Salvio, alle *Ingiustizie sociali* di Florian, abbiamo gli scritti di V. POLACCO, *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile*, Camerino, Savini, 1885; U. PIPIA, *I difetti sociali nel codice di commercio*, in *La riforma sociale*, II, 1895, 3, 271 ss.; F. PERRONE, *L'idea sociale nel diritto commerciale*, Napoli, Pierro, 1894; G. D'AGUANNO, *La funzione sociale del diritto civile*, in *Rivista di politica e scienze sociali*, I, 1895-96, 55-59, 189-191, 196-199; C. LESSONA, *I doveri sociali del diritto giudiziario civile*, Torino, Bocca, 1897; C. VIVANTE, *I difetti sociali del codice di commercio*, in *Monitore dei tribunali*, XL, 1899, 341-345; G. B. IMPALLOMENI, *Funzione sociale del diritto punitivo*, cit., A. GUARNIERI VENTIMIGLIA, *I difetti sociali del codice di procedura penale*, cit.

⁽¹⁸⁰⁾ Per esempio quelle che vengono dalle riedizioni di vecchi studi. Tipico il caso di A. LORIA, *Le basi economiche della costituzione sociale*, Torino, Bocca, 1913 (3ª ediz.), p. 158: « Quando infatti si riconosca, come noi abbiám fatto, che nel presente momento storico la società non può progredire se non sulla base dell'assetto economico capitalista, il quale a sua volta non può persistere ed evolvere se non grazie al predominio politico della classe proprietaria, è forza ammettere che tutti i provvedimenti intesi direttamente a difendere questa classe, e perciò le stesse sanzioni contro i reati politici, sono presidio dell'intera società contemporanea e preordinato strumento della sua evoluzione.

Per lo meno dunque converrebbe dire che le sanzioni contro i reati politici s'ispirano definitivamente all'interesse sociale, ma immediatamente all'interesse dei proprietari. Mentre le sanzioni contro i reati comuni sono definitivamente ed immediatamente ispirate dall'interesse sociale. Ma la verità è che questa differenza così enunciata non esiste, poichè le stesse sanzioni della seconda specie si ispirano immediatamente all'interesse dei proprietari. E i numerosi esempi che adducemmo nel testo, e che sarebbe agevole moltiplicare, dimostrano che la stessa legislazione penale rivolta contro i reati comuni, e perciò a diretta tutela della società complessivamente presa, si ispira nelle sue manifestazioni concrete esclusivamente al vantaggio della classe regnante. cui privilegia in tutti i modi e con ogni sorta di preminenze e favori ».

Ritroviamo così i nomi di Florian, Zerboglio, Impallomeni, Pozzolini, De Luca, variamente orientati in un'opera di ripensamento probabilmente non estranea (anzi, in larga misura, prodromica) rispetto alla svolta che si realizzerà alla fine del primo decennio del secolo nella scienza penalistica italiana.

Già nella prolusione padovana del 1900 ⁽¹⁸¹⁾, e poi subito dopo nel primo volume del trattato vallardiano diretto oltre che da lui da Pozzolini, Zerboglio e Viazzi ⁽¹⁸²⁾, Eugenio Florian aveva iniziato un'operazione di 'isolamento' del diritto penale che, pur nel quadro generale di un discorso ancorato alle linee di un 'positivismo di sinistra', era tale da incrinare il principio politico della centralità della questione penale. Egli affermava infatti come necessaria la separazione tra il momento giuridico e quello economico-sociale della prevenzione, mettendo praticamente in moto un meccanismo di 'sterilizzazione' del diritto penale che avrebbe finito per accreditarlo sempre di più come strumento 'neutrale'. Per chi sa leggerlo, questo è evidentemente lo sviluppo delle tesi floriniane di qualche anno prima sullo Stato-mediatore, sul diritto come entità *super partes*, al quale vanno solo tolti i numerosi 'difetti' che gli impediscono di svolgere la sua funzione equilibratrice.

Lo Stato, afferma Florian ne *La fase odierna*, ha una funzione che può dirsi di « prevenzione indiretta o sociale », che consiste

nella copiosa e benefica serie di quei provvedimenti d'ordine politico, amministrativo, educativo, domestico, economico, che migliorando le condizioni sociali, servono a combattere le tendenze ed i germi della delinquenza. *Questo ramo di attività dello Stato appartiene alla funzione di politica sociale*, ed è questo il campo più nobile e più fecondo della lotta contro il delitto. *Esso, però, non appartiene al diritto penale* ⁽¹⁸³⁾.

Ciò non toglie, naturalmente, che si debba proseguire in un'opera di riforma della legislazione che metta in grado il diritto pe-

⁽¹⁸¹⁾ E. FLORIAN, *La fase odierna del problema penale*. Prelezione letta il 20 gennaio 1900 nella R. Università di Padova, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, I, 1900, 4-21.

⁽¹⁸²⁾ E. FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, Vallardi, 1901.

⁽¹⁸³⁾ E. FLORIAN, *La fase odierna del problema penale*, cit., 8.

nale di « difendere le varie classi sociali con eguale energia » ⁽¹⁸⁴⁾, ma il punto 'nuovo' resta l'affermazione secondo cui « *Il diritto penale non ha altro scopo che quello di serbare con speciali sanzioni la disciplina e l'assetto sociale esistenti* » ⁽¹⁸⁵⁾: affermazione ribadita nell'introduzione del *Trattato*, che non ha più il senso di una constatazione critica dalla quale partire per un'analisi ulteriore del nesso diritto-società, ma che rappresenta il primo passo di una *Isolierungshandlung* simile a quella che aveva preceduto, per esempio (attraverso il suo distacco dalle scienze sociali e dal *politische Tatsache*), la 'formalizzazione' del diritto pubblico da parte della scienza giuridica tedesca.

Difatti *il diritto penale non ha altro compito che quello di serbare con speciali sanzioni la disciplina e l'assetto sociale esistenti. Spetta ad altre scienze e ad altri rami dell'azione legislativa la funzione nobilissima di correggere e di togliere, quanto più possibile, i disagi e le disuguaglianze*, che nell'organizzazione odierna si deplorano. Il diritto penale trova la società qual'è e provvede alla conservazione di essa; e qui il suo compito cessa, per quanto sia desiderabile che non perda interamente di vista un ideale di minore ineguaglianza e di maggiore integrazione sociale, cui ispirarsi anche immediatamente ⁽¹⁸⁶⁾.

Poi, nella edizione successiva del *Trattato*, che è del 1910, la conferma della tendenza e l'esplicitazione del suo approdo 'formalistico'; non ancora raggiunto, ma significativamente avvicinato da quello che ormai era considerato il leader indiscusso della se-

⁽¹⁸⁴⁾ « È necessario, anzi, a tal uopo, che più larga ed efficace difesa esso porga alle classi dei poveri, degli umili, dei deboli, a quelli che di protezione hanno maggiore bisogno. Questa, che potrebbe dirsi la funzione sociale del diritto penale, concorda colle più vitali esigenze e colle più ardenti aspirazioni dell'epoca nostra, come dimostrano, fra altro, le numerose disposizioni penali inserite nelle diverse leggi, che vennero quasi ovunque promulgate in difesa degli operai nelle industrie (...).

Dal concetto della difesa sociale qual'è modernamente inteso, deriva, pertanto, un importantissimo e nuovo principio direttivo per la critica e per la elaborazione della legislazione penale: *quello di segnalare le lacune ed i difetti, che rendono disuguale la legge penale di fronte alle varie classi sociali*, ed insieme di adattare pienamente la legge stessa ai fini di eguale protezione per le diverse classi, che le sono propri » (E. FLORIAN, *La fase odierna del problema penale*, cit., 10-11).

⁽¹⁸⁵⁾ E. FLORIAN, *La fase odierna del problema penale*, cit., 10.

⁽¹⁸⁶⁾ E. FLORIAN, *Dei reati e delle pene*, cit., 24-25.

conda generazione dei penalisti positivisti. «La funzione punitiva — dice Florian ⁽¹⁸⁷⁾ — dal punto di vista scientifico, quasi *prescinde dalla forma e dall'organizzazione concreta della società; essa è quasi a dire formale*». Con ciò, aggiunge, il diritto penale esercita la funzione, che gli è propria, di difesa e di preservazione, qualunque sia la forma dell'organizzazione politica e sociale, secondo la legge della maggioranza: e, come ben si comprende, esso si avvia per questa strada ad un ruolo del tutto strumentale, non più *centrale* nell'ambito di una problematica politica globale, ma *periferico*, e relativo al solo settore della conservazione dello *status quo*, intesa principalmente come ossequio al versante *law* per la tutela del valore *order*. Onde cessa il diritto penale di rappresentare il *terreno* sul quale si svolge uno scontro 'storico' tra un moderatismo incline alle scelte autoritarie ed una visione più aperta e moderna della società che si batte per la sua 'rifondazione'; cessa anche di essere l'*oggetto* di quello scontro, per diventare soltanto *uno degli strumenti* di esso, brandito però esclusivamente, «secondo la funzione che gli è propria» dalla «maggioranza» ed a vantaggio del suo disegno di occupazione prima e di conservazione del potere poi.

Nello stesso ordine di idee, ma forse con minori reticenze, l'Impallomeni della prolusione romana del 1905. Egli ha infatti una remora in meno nel fatto di non avere alle spalle un'esperienza da 'positivista', di non muoversi nell'equivoco evoluzionista, di giungere — proprio in quel giro di anni — a posizioni 'eclettiche'. Accoglie così la nozione di un diritto penale posto a tutela delle condizioni comuni di esistenza (principio della difesa sociale) e quasi rovescia la polemica degli anni novanta (non sua, per la verità) contro il 'diritto eguale'.

Nelle leggi penali e «nell'indole della garanzia che loro è propria», egli ravvisa

un grado di giustizia sociale che avanza quella di ogni altro grado del diritto. Il diritto penale, non ostante le sue disuguaglianze, è pure il solo diritto che in ogni tempo e in ogni luogo ha dato agli uomini la maggiore quantità di doveri e di facoltà uguali per

⁽¹⁸⁷⁾ E. FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, vol. I, Milano ², Vallardi, 1910, 75.

tutti. Esso non è sovente forza di conservazione, se non a condizione di essere una leva di trasformazione sociale, promuovendo un migliore adattamento dell'individuo alla società; perchè, nato ad attenuare o a domare, per il bisogno della pace pubblica, i conflitti sociali, rappresenta il predominio dei bisogni della collettività sulle esigenze egoistiche degl'individui e delle classi ⁽¹⁸⁸⁾.

Vi sono, è vero, dice Impallomeni, individui o categorie di individui che dei « benefici tutelari della legge penale » godono in modo limitato o non godono affatto, « in conseguenza di che essi hanno una posizione secondaria e subordinata nella forza tutelare dello Stato ». « Ciò non ostante, aggiunge, noi non siamo autorizzati a concludere che l'ufficio costante, universale e specifico del diritto penale sia la difesa degl'interessi di alcune classi » ⁽¹⁸⁹⁾. Ad esso si assegna dunque un ruolo di difesa generalizzata, fondato non tanto su di un principio di mediazione, quanto piuttosto sulla convinzione che *la difesa procacciata ai beni di uno è virtualmente la difesa della generalità* (p. 36). E si può ben dire, stando così le cose, che un diritto penale che 'difende tutti' è certo anche un diritto che 'non difende nessuno in modo particolare': caratteristiche entrambe, e per l'appunto, di un sistema difensivo *neutrale*,

⁽¹⁸⁸⁾ G. B. IMPALLOMENI, *Funzione sociale del diritto punitivo*, cit., 37.

⁽¹⁸⁹⁾ G. B. IMPALLOMENI, *Funzione sociale del diritto punitivo*, cit., 35.

« Il diritto penale — prosegue (pp. 36-37) — nasce quando si sente il bisogno di porre un limite all'urto delle forze umane, e questa funzione di limite operata con il costringimento personale, ciò che è appunto la proprietà organica specifica del diritto punitivo, è sempre e presso tutti i regimi una sottrazione di forza agl'individui e alle classi, ed un potere conferito agl'interessi della generalità (...).

Se poi, è vero che anche nei regimi democratici, a causa delle permanenti disuguaglianze di fatto, la tutela conferita ai beni di cui alcuni si trovino in possesso contribuisce a mantenere la inferiorità degli altri che ne siano privi, è dall'altro lato pur vero che, essendo in tutti uguale la capacità giuridica, *la difesa procacciata ai beni di uno è virtualmente la difesa della generalità* (...).

Così, mentre il diritto costituzionale e il diritto amministrativo garantiscono e favoriscono dei diritti in coloro che, per la loro condizione sociale, sono in grado di esercitarli, *il diritto punitivo, garantendo le libertà politiche e il diritto di associazione, facilita la formazione di nuove forze politiche che valgono a fare ascendere le classi inferiori alla partecipazione della vita pubblica*; se il diritto civile è la ricognizione dei domini economici acquisiti, *le leggi penali, garantendo la libertà individuale con la libertà del lavoro e di sciopero, hanno per loro naturale effetto di limitare il profitto del capitale in favore dei lavoratori* ».

che in forza di questa logica non può essere gestito e sviluppato se non nel suo versante 'tecnico': l'unico che ponga l'interprete al sicuro dal rischio di interventi nel merito dei contenuti, al riparo da ogni tentazione di opzione politica, e quindi allontani il pericolo che venga stravolto, con incaute operazioni, il senso di quella neutralità.

Man mano che nel nuovo quadro del paternalismo giolittiano si fa evanescente il ricordo della stagione degli abusi, dell'uso più apertamente classista del diritto penale e di quello arrogante e provocatorio degli apparati repressivi, anche in giuristi come Impallomeni si attenua la capacità di cogliere la 'parzialità del neutrale' e la pericolosa politicità di tutto ciò che si pretende apolitico. E ci si avvia, secondo l'immagine che in un'altra prolusione userà Alfredo Pozzolini, verso un 'nuovo diritto penale'.

Si è compreso, afferma il penalista pisano, che altra cosa sono l'antropologia, la sociologia, la terapeutica criminale, ed altra cosa è il diritto penale; «mentre le une sono scienze sociali e naturali, l'altra è scienza giuridica d'applicazione... (e) se il diritto penale come fenomeno e prodotto sociale è esso stesso oggetto d'indagine sociologica, *ha però dignità sua propria di scienza autonoma, in quanto regola e disciplina mediante norme coattive i rapporti sociali*» ⁽¹⁹⁰⁾.

Anche l'indirizzo che si chiamerà tecnico-giuridico ebbe dunque, come è evidente, i suoi incunaboli. Ed a poco varranno le contraddittorie e talvolta sconnesse mediazioni del 'secondo' De Luca ⁽¹⁹¹⁾,

⁽¹⁹⁰⁾ A. POZZOLINI, *Verso il nuovo diritto penale*, Prelezione al corso di diritto e procedura penale per l'anno accademico 1908-909, letta nell'Università di Pisa il 10 novembre 1908, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, IX, 1908, 346.

⁽¹⁹¹⁾ F. DE LUCA, *Principii di criminologia*. I. *Parte generale (legge penale, reato, delinquente)* Catania, Giannotta, 1916, spc. 77 ss. e 123 ss.; ma anche *La criminologia e le scienze economico-sociali*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, VII, 1906, 3-16; *Il preteso tramonto del diritto penale e l'essenza o la funzione della pena*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, XI, 1910, 237-245 e *I difetti del nostro procedimento penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, III, 1912, 271-278, nel quale ultimo scritto significativamente non vengono presi in esame, come si sarebbe fatto dieci anni prima, i 'difetti sociali' dell'ordinamento, ma una serie di inconvenienti pratici (tra i quali la presenza delle giurie *tout court*) che finiscono per relegare questo contributo nel novero, meno nobile, delle tante 'lamentele da avvocati'.

l'impegno sempre più debole di Zerboglio sul terreno della riforma della legislazione ⁽¹⁹²⁾, l'approdo alla visione *politica* del diritto penale di un altro radicale come Ugo Conti ⁽¹⁹³⁾ o la *summa* tardo-positivista di un Carlo Manes, esponente della terza generazione 'socialista' accolto piuttosto malamente dai sopravvissuti della prima ⁽¹⁹⁴⁾.

⁽¹⁹²⁾ Penso soprattutto al trattato *Dei delitti contro l'ordine pubblico, la fede pubblica e la pubblica incolumità*, Milano, Vallardi, 1903, spc. 20 ss. ed alla prolusione romana del 1905, *Realtà e illusioni della giustizia penale*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, VI, 1905, 257-272, nella quale non mancano critiche radicali al modo di funzionare dei meccanismi giudiziari e si ritrovano riferimenti al carattere di classe della giustizia penale (p. 269). Ma, in complesso, si tratta di un contributo deludente.

⁽¹⁹³⁾ Ugo Conti, giurista di impostazione 'classica' come Impallomeni o Nocito, tenne sempre posizioni 'democratico-progressiste' che lo rendono interessante a questo punto della ricerca. Voglio riferirmi soprattutto ad una sua comunicazione al terzo congresso del Partito radicale, pubblicata nella *Rivista di diritto penale e sociologia criminale* (VIII, 1907, 196-211, 287-307) con il titolo *Delle riforme alla legislazione penale*. In essa Conti propugna una riforma del quadro legislativo che escluda il predominio delle «classi più fortunate»: democratizzazione effettiva del codice penale; modificazione dei meccanismi relativi all'estradizione; abolizione della pena di morte per i militari in tempo di pace; cancellazione dall'ordinamento di istituti 'del sospetto' come la vigilanza speciale, l'ammonizione, il domicilio coatto; soppressione delle speciali incriminazioni di violenza contro la libertà di lavoro. Un quadro che sottintende un chiaro giudizio sulla 'parzialità' dell'ordinamento vigente, ma che non va oltre quello che era ormai un invecchiato, se non velleitario e superato, elenco di *doléances*.

⁽¹⁹⁴⁾ C. MANES, *Capitalismo e criminalità*, cit. Con questa che è la sua sola opera di diritto penale, Carlo Manes (poi dedicatosi al diritto amministrativo) contribuisce ad un «lavoro di sistemazione giuridica, che, dopo i primi cenni degli iniziatori, sta ora in prima linea nella produzione scientifica della scuola criminale positiva» (E. FERRI, *Prefazione*, VII). Il suo è dunque un contributo da circoscrivere entro limiti dichiarati: senza sopravvalutazioni del suo peso scientifico, perchè si tratta in grandissima parte di una compilazione (spesso maldestra) condotta a termine con una mole eccessiva di materiale di seconda mano; e senza accordare soverchia attenzione alle frequenti dichiarazioni 'marxiste', che poi in realtà sono soltanto ri-citazioni loriane. Una lettura collazionata del *Capitalismo* di Manes, della *Sociologia* ⁴ di Ferri e delle *Basi economiche* ³ (magari integrate dai *Problemi sociali contemporanei*) di Loria, darebbe la misura di quei limiti. Per quanto riguarda Manes, dunque, mi sembra di dover condividere sostanzialmente le riserve espresse da U. GUERINI, *Socialismo giuridico e diritto penale*, cit., 460-462.

E forse, il nuovo clima, il riflusso politico della 'penalistica sociale' può essere colto proprio nella stroncatura che Zerboglio, *padre nobile* del socialismo positivista (proprio in quei giorni esponente dei 'destri' bissolatiani e membro fondatore del nuovo Partito socialista riformista) fa del *Capitalismo e criminalità* di Carlo Manes, ultimo *rejeton* del positivismo ferriano e del socialismo di Filippo Turati. Lo stile d'attacco è tipico, appunto, del notabile: « Venti anni fa queste indagini sociologiche erano opportune... oggi bisogna restringersi in campi più limitati » e soprattutto evitare « frasi altisonanti, ottime per un comizio, ma fuori posto nelle pagine di un lavoro scientifico » ⁽¹⁹⁵⁾; così come occorre tener presente — a proposito di una questione che riguarda « il nervosismo come causa di abuso alcolico » ⁽¹⁹⁶⁾ — che

l'ordinamento capitalistico produce il nervosismo, ma noi possiamo ben *concepire dei correttivi* a questo ordinamento che, *pur lasciandolo intatto nelle sue qualità essenziali*, diminuiscano i fattori della 'bancarotta nervosa' ⁽¹⁹⁷⁾.

Una chiusa quasi simbolica, che mostra con chiarezza, ed insieme, l'approdo non ancora dichiaratamente 'tecnicista' di un movimento dottrinale che però ha ormai perso respiro civile e mordente politico; e la volontà di chiudere definitivamente un'epoca di dure battaglie nelle quali non ci si riconosce più. Salvo poi iniziarne di nuove, vent'anni dopo, contro la propria stessa immagine *d'antan*, rievocata da un giovane (anche lui mediocre, anche lui 'socialista') che ci si affretta a contrastare proprio coi vecchi 'argomenti d'ordine' usati dall'avversario di vent'anni prima.

⁽¹⁹⁵⁾ A. ZERBOGLIO, *Recensione* a C. Manes, *Capitalismo e criminalità*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, III, 1912, 320-321.

⁽¹⁹⁶⁾ C. MANES, *Capitalismo e criminalità*, cit., 103, aveva scritto: « Poiché che cosa è mai cotesto nervosismo, concetto troppo vago e inafferrabile, messo in voga dagli americani, se non quella febbre di pervenire, accresciuta da tutte le difficoltà che si incontrano lungo la via, da un lato, e dall'altro quello stato d'inquietudine e d'incertezza continua che assedia le classi lavoratrici? (...). Che cosa è cotesto nervosismo che lo Zerboglio mette a causa dell'acoolismo, fenomeno di patologia sociale, se non l'effetto mediato e lontano di cotesti antagonismi, di coteste contraddizioni, di cotesti interessi cozzanti? E perchè allora non risalire alla causa prima e vera? ».

⁽¹⁹⁷⁾ A. ZERBOGLIO, *Recensione* a C. Manes, *Capitalismo e criminalità*, cit., 320.

La riforma della legislazione.

Il discorso fin qui condotto potrebbe anche far ritenere chiusa la questione. Dopo tutto, il senso reale e la presenza storica della 'penalistica sociale' a cavallo del secolo possono essere legittimamente ridotti al contributo che essa seppe dare sul terreno dell'analisi del diritto penale come *diritto del più forte*.

Ciò non ostante ritengo che vada riservata ancora un po' di attenzione a quella che si potrebbe considerare una tendenza nella tendenza, o forse, meglio, una specificazione programmatica del movimento penalista riformista.

Mi riferisco alla battaglia per la riforma della legislazione penale che quei giuristi condussero *in concreto* non solo nella sede per così dire 'competente' (il parlamento), e non solo in quella che si usa definire 'reale' (le lotte sociali e politiche, nel paese, per cambiare indirizzo e contenuti di governo), ma anche e soprattutto in sede scientifica, con una serie di contributi articolati (e classificabili secondo un significativo ordine logico-politico) che offrono nel loro complesso, oltre che un modello di ordinamento 'alternativo', quasi un progetto di nuova società.

Questo movimento (nel movimento) ha due referenti. Uno principale, applicato qui in modo direi esemplare, che sta proprio nel considerare il diritto penale (ma sarebbe meglio dire, ora, *la legislazione* penale) come terreno naturale e privilegiato sul quale far progredire il livello civile del paese, l'eguaglianza tra i cittadini, le condizioni generali di esistenza in termini — soprattutto — di libertà dei singoli e di spazi di azione per l'organizzazione dei lavoratori e della lotta politica diretta al mutamento delle strutture sociali. Un altro secondario, correlato al primo, ma anche segnato dal suo nascere come *teoria anti-crimine*, che si racchiude in quel nucleo di potenzialità riformatrice che sta nella linea dei 'sostitutivi penali'.

Tale doppia valenza ha, come è evidente, una sua motivazione storica di fondo. Essa verifica infatti come la *centralità della questione penale* fosse avvertita non soltanto in relazione alla battaglia per far progredire il paese sulla via del progresso civile e del superamento dei suoi problemi storici (primo fra tutti quello dell'enorme distanza tra il livello di vita — non solo economico — dei ceti pri-

vilegiati rispetto a quello delle classi subalterne, operai e contadini soprattutto), ma anche come ineludibile terreno di confronto nel merito dell'azione diretta a diminuire le cause oggettive (e le occasioni di ordine sociale e culturale) del permanere e del crescere di un alto grado di criminalità in tutta Italia.

In una famosa ricerca pubblicata nel 1894, Ettore Fornasari di Vercè aveva messo a raffronto i livelli della criminalità in Italia, nel periodo 1873-1890, con le condizioni economiche del paese ⁽¹⁹⁸⁾. Aveva così fornito una prima base teorica per l'analisi di un fenomeno già largamente individuato a livello politico (pensare al Turati de *Il delitto e la questione sociale*) e poi riconfermato, per il decennio successivo, dalle stesse indagini ufficiali comandate dal parlamento ⁽¹⁹⁹⁾. Fornasari analizza, rispetto al delitto, «l'azione *predisponente* e l'azione *determinante* della miseria», raffrontando la 'curva della delinquenza' all'emigrazione, alle vicende agrarie, al livello dei prezzi dei generi di prima necessità, alle condizioni economiche degli operai, alle vicende del mondo industriale e dei conflitti di lavoro, all'aumento della distanza tra il crescente benessere di pochi privilegiati e le condizioni pressoché pauperistiche della restante popolazione ⁽²⁰⁰⁾: la sua previsione (condizionata indubbiamente, come del resto tutta l'analisi, da un determinismo spesso rozzo e arbitrario, ma tuttavia rappresentativo del *milieu* culturale a cui era destinata la ricerca) è nel senso che «dovremo prepararci... a subire un aumento continuo di criminalità», «dato che resti identico l'attuale ambiente sociale, del progresso economico»; la sua proposta è di operare secondo le indicazioni già offerte da Ferri, sintetizzate nei *sostitutivi penali* da lui indicati in relazione all'*ordine economico* ⁽²⁰¹⁾; le sue conclu-

⁽¹⁹⁸⁾ E. FORNASARI DI VERCE, *La criminalità e le vicende economiche d'Italia dal 1873 al 1890*, Torino, Bocca, 1894.

⁽¹⁹⁹⁾ *Inchiesta parlamentare sulle condizioni dei contadini nelle province meridionali e nella Sicilia*. Vol. VII, Monografie speciali: Tomo I e II: F. COLETTI, *Classi sociali e delinquenza in Italia nel periodo 1891-1900. Con particolare considerazione delle classi rurali dell'Italia meridionale, della Sicilia e della Sardegna*, Roma, Bertero, 1910.

⁽²⁰⁰⁾ E. FORNASARI DI VERCE, *La criminalità e le vicende economiche*, cit., 5 ss., 23-137.

⁽²⁰¹⁾ «Come si può contrastare con rimedi economici e opporsi a tal aumento

sioni, abbastanza esplicite nella loro tentata sibillinità, sono invece nel senso indicato nel *Troppo presto* e ne *L'incremento del delitto* di Cesare Lombroso: il delinquente va estirpato dalla società con pene risolutive, perchè non si riproducano i germi patogeni che egli porta indistruttibilmente su di sé ⁽²⁰²⁾.

Il libro di Fornasari, con tutti i suoi limiti, registrava una tendenza culturale contribuendo in modo rilevante anche a diffonderla, e lo ritroveremo spesso utilizzato e citato in *auctoritas* anche dai nostri giuristi. Quel libro, però, come ho detto, offriva una base 'teorica', magari del materiale probatorio, ma non un preciso indirizzo di valutazione politica.

È su quest'ultimo terreno che si muovono invece, se non mi sbaglio, gli interventi che alcuni giuristi forniscono sul problema ('fornasariano', ante e post litteram) delle ragioni sociali e culturali della criminalità delle classi subalterne.

di criminalità, aumento che, sebbene accompagnato da questa evoluzione in meglio [diminuzione dei reati più gravi, aumento dei meno gravi], non cessa di essere pericoloso? E come oggi si cerca di opporcisi?

Circa i mezzi con i quali si potrebbe e si dovrebbe prevenire l'aumento dei reati è inutile parlare: non potrei che ripetere quanto Enrico Ferri ha scritto sopra i sostitutivi penali d'indole economica a p. 315 e seguenti della sua *Sociologia criminale* [3ª ediz., 1892] ... » (E. FORNASARI DI VERCE, *La criminalità e le vicende economiche*, cit., 150).

⁽²⁰²⁾ « Ma s'avvicina l'ora in cui sarà necessario svegliarci. Come le maggiori cure, dirò così, repressive delle malattie che affliggono gli organismi umani, impedendo o ritardando le eliminazioni dei deboli, sono state causa potente dello estendersi delle umane infermità, così forse non sono state le cure repressive della delinquenza quelle che, conservando alla società i criminali, e peggiorandoli, hanno favorito l'aumento dei reati? Quando non esisteva giustizia penale la vendetta privata eliminava in modo molto più spiccio, sicuro e completo, il delinquente e il delitto.

Come nel caso delle malattie, così in questo dei reati non si può tornare senz'altro all'antico; per l'uno e per l'altro occorre progredire, e al più presto. Facciamo un altro passo e accompagniamo una più oculata repressione con una provvida prevenzione.

Togliendo le cause o diminuendo la loro azione scemeranno gli effetti. E se pure in tal modo i mezzi di lotta contro il delitto si mostreranno in qualche lato insufficienti, un giorno ad essi i nostri nepoti accompagneranno forse una eliminazione che a noi sembrerebbe barbara, e che allora riterranno pietosa » (E. FORNASARI DI VERCE, *La criminalità e le vicende economiche*, cit., 154-155).

Lo spazio d'indagine viene diviso, diciamo così, per settori chiave. In primo luogo si affrontano i temi dell'*alcoholismo* ⁽²⁰³⁾ e della *prostituzione* ⁽²⁰⁴⁾, due momenti fondamentali nei quali è possibile insieme analizzare il livello di disgregazione indotto dalla società industriale nel tessuto sociale subalterno delle aree urbane ed il grado di criminogenità indiretta di quella società, quando essa non sia tenuta sotto controllo e gestita avendo riguardo alle necessità della generalità dei cittadini e del paese. Anche la questione del *vagabondaggio* ⁽²⁰⁵⁾ è vista ovviamente in questa prospettiva e registra forse, nell'opera di Florian e Cavaglieri, uno dei contributi più seri ed utili (specie se paragonato al tenore generale della produzione scientifica del momento) di analisi e riflessione.

Poi l'attenzione si volge ad altri minori 'fattori criminogeni' connessi alla struttura ingiusta della società (per esempio la questione dell'*usura* ⁽²⁰⁶⁾), che aggiunge ulteriori occasioni di sfrutta-

⁽²⁰³⁾ Ricordo tra gli altri gli interventi di N. COLAJANNI, *Miseria ed alcoholismo*, in *Giornale degli economisti*, I, 1886, 537-555, e *L'alcoholismo. Sue conseguenze morali e sue cause*, Catania, Tropea, 1887; di E. FERRI, *La giustizia penale. Sua evoluzione. Suoi difetti. Suo avvenire* (1898), tr. it., Mantova, Tip. Univ. popolare, 1905, 36 ss.; e soprattutto di A. ZERBOGLIO, *L'alcoholismo. Studio sociologico-giuridico*, Torino, Bocca, 1892, preceduto da *Nervosismo ed alcoholismo*, in *L'anomalo*, III, 1891, 287-290, *La cura sociale dell'alcoholismo*, in *La scuola positiva*, I, 1891, 531-534 e seguito da *Alcoholismo e criminalità*, Milano, Società umanitaria, 1909 e *Provvedimenti legislativi contro l'alcoholismo*. Relazione al VI congresso nazionale per la lotta contro l'alcoholismo (Milano, 30-31 ott. 1910), Milano, 1911.

⁽²⁰⁴⁾ Il problema viene affrontato come 'problema sociale', e quindi in connessione con la struttura della società e con la sua organizzazione economica, secondo un'indicazione che era già stata data da F. TURATI, *Il delitto e la questione sociale*, cit., 107 ss. Ma esistono anche altri profili (studio dei reati connessi al fatto sociale della prostituzione: lenocinio, corruzione, ecc.; e studio del fenomeno prostituzione all'interno, in genere, dei reati contro la morale sessuale). Il primo profilo, che è certo il più rilevante nella prospettiva di una riforma della legislazione penale, è messo meglio in evidenza, per esempio, da A. ZERBOGLIO, *Sulla prostituzione*, in *L'anomalo*, III, 1891, 38-46; da E. FLORIAN, *Prostituzione*, in *Enc. giur. ital.*, e poi Milano, SEL, 1901 (preceduto da *La prostituzione e la legge penale*, in *La scuola positiva*, IX, 1899, 193-203); e da C. CAVAGNARI, *Il reato di lenocinio*, Parma, Grazioli, 1894.

⁽²⁰⁵⁾ E. FLORIAN, G. CAVAGLIERI, *I vagabondi. Studio sociologico giuridico*, Torino, Bocca, 1897 (1° vol.) e 1900 (2° vol.).

⁽²⁰⁶⁾ N. COLAJANNI, *Le leggi contro l'usura*, in *Cuore e critica*, II, 1888, 201 ss.,

mento proprio nei confronti di coloro che maggiormente vengono colpiti dal meccanismo di selezione ed emarginazione economica), per vertere quindi sulle istituzioni repressive che, come nel caso del *sistema carcerario* ⁽²⁰⁷⁾, si presentano paradossalmente anch'esse come fattori di incremento della criminalità e di raffinamento e incrudimento insieme del suo modo di manifestarsi.

e C. CAVAGNARI, *La repressione dell'usura dal punto di vista sociale*, in *Il giurista*, I, 1891, 97 ss.

⁽²⁰⁷⁾ La questione carceraria è molto risalente, anche nella storia interna del movimento 'progressista' dei penalisti prima positivisti e poi anche 'socialisti'. Resa urgente dalla situazione estremamente grave in cui si trovava il sistema carcerario ed anche da una serie di 'teorie' della reclusione che venivano d'oltre oceano e che sembravano, a seconda dei casi, velleitarie o pericolose, essa si incentrò intorno a due temi essenziali: quello della inettitudine del carcere nella riabilitazione del condannato — e, peggio, del suo ruolo di ulteriore corruzione della personalità del recluso — e quello (particolarmente sentito da socialisti come Ferri) della così detta « concorrenza del lavoro dei carcerati al lavoro dei liberi ed onesti ». G. NEPPI MODONA, *Carcere e società civile dall'Unità a Giolitti*, in *Rivista di storia contemporanea*, I, 1972, 341-380 (poi rifiuto e ampliato in *Carcere e società civile*, in *Storia d'Italia*, V. I documenti, Torino, Einaudi, 1973, 1904-1998) ha ricostruito in modo efficace e convincente tutta la questione, sottolineando anche i limiti della battaglia dei penalisti 'socialisti'.

Gli interventi di questi ultimi furono numerosissimi. La questione carceraria ha infatti una sua centralità rispetto alla questione penale, che non sfuggì a uomini come Ferri, Florian, Laschi, o a studiosi anche non 'socialisti' come Ugo Conti o Pietro Nocito. Da parte mia, per completezza riguardo a queste conclusive indicazioni bibliografiche, ricorderò per l'appunto gli interventi di E. FERRI, *Studi sui carcerati nelle case correzionali e penali*, Torino, Loescher, 1881; *Lavoro e celle dei condannati*, ora in *Studi sulla criminalità*, 1901, cit., 163-195; *Carceri e carcerati*, ora in *Studi sulla criminalità*, 1901, cit., 446-459 (studi entrambi del 1885); *Intorno alla concorrenza del lavoro carcerario al lavoro libero*, in *Giornale degli economisti*, I, 1886, 692-698; *Sulla polizia e l'amministrazione carceraria*, Discorso alla Camera dei deputati del 19 maggio 1887, Roma, Tip. della Camera, 1887. Il risalente ma importante e 'riformistico' studio di P. NOCITO, *Il diritto penale e le colonie agricole. Considerazioni*, Siena, Mucci, 1868, seguito dagli studi sulla *Libertà condizionale dei condannati* (del 1880 e del 1891) e da un famoso intervento su *La legge di Lynch ed il conflitto italo-americano*, in *Nuova Antologia*, CXVII, 1891, 337 ss., e 551 ss. Infine i contributi di R. LASCHI, *Nuovi indirizzi penitenziari in Francia ed in Russia*, in *Rivista di discipline carcerarie*, XV, 1895, 311 ss.; E. FLORIAN, *Il carcere preventivo e la scuola positiva*, in *La scuola positiva*, VII, 1897, 342-351; F. DE LUCA, *Il carcere preventivo e l'economia sociale*, Girgenti, Formica, 1894; ed infine di F. TURATI, *I cimiteri dei vivi. Per la riforma carceraria*, Discorso alla Camera dei deputati, 18 marzo 1904, Roma, Tip. della Cam. dei dep., 1904.

I problemi connessi con l'organizzazione della giustizia ⁽²⁰⁸⁾ con la presenza di sacche di criminalità qualificata ed endemica — pagata anche essa in termini di oppressione e sfruttamento dalle classi subalterne — ⁽²⁰⁹⁾, con l'uso arbitrario (e pur'esso criminogeno) di polizia, esercito, strumenti eccezionali di repressione, vengono esaminati in questa prospettiva ed arricchiscono la portata riformatrice e la forza innovativa della presenza scientifica dell'intero movimento.

Dove però l'analisi si fa più penetrante ed accorta è sul terreno delle *controversie del lavoro*, scelto da molti penalisti ⁽²¹⁰⁾ per l'avvertita necessità di contrastare proprio sulla 'prima linea' dello scontro sociale la tendenza all'uso di classe dello strumento penalistico. È in questo quadro che Rodolfo Laschi può affermare che

conservare uno speciale reato di sciopero equivale... a perpetuare... una difesa esclusivamente di classe. La quale o tende a proteggere i padroni contro gli operai e crea a favore dei padroni un odioso privilegio: o gli operai contro di essi, e manca al suo dovere di imparzialità nella lotta economica che fra loro si svolge. Ed anche giungesse a riunire in una sola formula la difesa dei diritti degli uni e degli altri, ciò che la storia e la critica giu-

⁽²⁰⁸⁾ In particolare la questione della *giuria*, affrontata da Pozzolini, Angiolini, Conti, De Luca, Impallomeni, e quella dell'organizzazione della magistratura (Impallomeni, nel 1899 e nel 1903).

⁽²⁰⁹⁾ Interessanti sono gli scritti sulla *mafia* di N. COLAJANNI, *La mafia. Dai Borboni ai Sabaudi*, in *Rivista popolare di politica...*, V, 1899, 201-206 e *Nel regno della mafia*, Palermo, Sandron, 1900; di M. A. VACCARO, *La mafia*, Roma, Soc. ed. D. Alighieri, 1899 e di F. DE LUCA, *La mafia e la scuola penale positiva*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, VI, 1905, 126-134.

⁽²¹⁰⁾ Se ne occupano, in particolare, N. COLAJANNI, *La legislazione internazionale del lavoro*, in *Cuore e critica*, IV, 1890, 97-101; *Le otto ore e la legislazione internazionale del lavoro*, in *Critica sociale*, II, 1892, 172-173; 190-191, 205-206, 222-223; *Le otto ore*, in *Rivista popolare*, II, 1894, 245-249; *La grande battaglia del lavoro*, in *Rivista politica e letteraria*, II, 1898, 3, 52-95; E. FERRI, *Violenza privata e delitti contro la libertà del lavoro*, in *La scuola positiva*, II, 1892, 193-199; A. POZZOLINI, *Stretto diritto e interesse sociale nella legge sugli infortuni del lavoro*, ora in *Scritti giuridici*, Pisa, Folchetto, 1922, 131-138; C. CAVAGNARI, *Le controversie del lavoro. Note di giurisprudenza*, Milano, SEL, 1900; E. FLORIAN, *Il diritto di sciopero*, cit., ma soprattutto R. LASCHI, *Il « reato » di sciopero*, in *Archivio di psichiatria*, XXIII, 1902, 219-236, 420-437, e *I delitti contro la libertà del lavoro*, Torino, UTE, 1903.

ridica dimostrano quasi impossibile, riuscirebbe sempre alla protezione di una classe, mentre l'evoluzione e il fine della legge penale devono consistere nel provvedere alla tutela degli interessi generale della collettività ⁽²¹¹⁾.

Una riforma della legislazione penale, dunque, che abolisca il privilegio dei ceti dominanti senza stabilirne uno nuovo per le classi emergenti: richiesta dall'apparenza equa, ispirata ad un plausibile principio di eguaglianza, ma la cui obbiettiva carica di 'eversione' non sfugge all'osservatore attento. Non fosse altro che per la 'pretesa' di voler recuperare sul piano di una parità legislativa, un handicap altrettanto obiettivo sul piano della forza contrattuale reale delle due parti in causa. Ma, insieme, e ancora una volta, la precisa affermazione del ruolo 'neutrale' del diritto 'giusto', in una visione dello Stato e dei rapporti tra le classi che sta in coerenza col movimento 'revisionista' di cui si è parlato nel paragrafo precedente.

Nella medesima prospettiva viene poi scelto anche il terreno sul quale si studiano quelli che oggi si direbbero i *white collars' crimes* ⁽²¹²⁾: per mostrare come non solo dalle classi subalterne — che almeno hanno le loro attenuanti — viene un pericolo per la società, ma che anche da parte delle aristocrazie del denaro e dei ceti dirigenti, che pure sono i responsabili e i beneficiari dell'assetto sociale, vengono attacchi pericolosi al benessere collettivo e violazioni gravi di quelle norme penalistiche che peraltro sono state stabilite proprio dalle classi al potere per la difesa armata dei loro privilegi. C'è una arroganza del potere e della ricchezza che va piegata, si afferma, perchè essa — oltre che il risultato di un'attività in sé antisociale — è spesso causa di reazioni (comprensibili, ma facili a sconfinare nella illegalità) da parte di coloro che

⁽²¹¹⁾ R. LASCHI, *I delitti contro la libertà del lavoro*, cit., 172.

⁽²¹²⁾ In particolare, i reati finanziari, quelli bancari in specie, ed altri delitti 'fraudolenti' (truffa, falsi, ecc.) che presumono nell'autore un livello culturale ed una disponibilità economica tali da collocarlo senz'altro al livello delle classi agiate. Il contributo più completo ed interessante su questo terreno credo possa essere considerato lo studio di R. LASCHI, *La delinquenza bancaria nella sociologia criminale, nella storia e nel diritto*, Torino, Bocca, 1899. Abbiamo poi diversi contributi in materia di 'reati bancari' (Colajanni, soprattutto, per la sua polemica sui fatti della Banca romana), di truffa (Pozzolini), di bancarotta, eccetera.

avvertono di esserne ingiustamente le vittime ⁽²¹³⁾. E non manca, come c'era da attendersi, un appello alla « classe del denaro », perchè si ravveda, avverta la fragilità delle basi su cui poggia il suo potere, e ricostruisca intorno a sé il consenso di cui ha bisogno, « dando per prima l'esempio dell'onestà e respingendo dal proprio seno tutti gli elementi criminali che la disonorano » ⁽²¹⁴⁾.

Tuttavia, e senza dubbio, il punto sul quale i penalisti 'socialisti' si battono con maggiore forza e nel quale individuano in misura molto maggiore che altrove la necessità di mettere alla prova *la coincidenza tra la riforma della legislazione penale ed il progresso globale delle libertà e della democrazia nel paese*, è quello che riguarda la repressione del dissenso politico, le misure di polizia preventiva, l'uso illegale degli apparati dello Stato contro le organizzazioni politiche e sindacali dei lavoratori, la legislazione speciale contro le associazioni politiche non conformiste.

Ho già accennato alla battaglia condotta da giuristi come Impallomeni contro il domicilio coatto per i politici, alle polemiche sul 'caso Frezzi', all'opera degli 'avvocati dei socialisti' nelle

⁽²¹³⁾ « Occorre che cessi il quotidiano spettacolo delle fortune rapidamente e malamente acquistate, che non è soltanto immorale per sé, ma dannoso per gli effetti che produce: perchè vi guarda chi ha logorato la sua vita negli studii e lo confronta con amarezza colle lotte sofferte per il trionfo della verità; perchè l'industriale, l'agricoltore, sentono di fronte ad esso l'inermità dei loro sforzi per affrancare il proprio paese dalla servitù economica; e così si fiacca ogni iniziativa, ogni geniale ricerca, e l'utilitarismo instaura la sua nuova morale.

Frattanto nelle classi umili, neglette, l'odio cova e divampa, e certi scoppi di violenza non sono in fondo che una rivolta contro questa grande ingiustizia della frode trionfante, con la complicità di quanti stanno in alto: ora piuttosto di predicare poi contro le selvagge aggressioni e deplorarle come un'onta alla civiltà, vediamo se veramente l'esempio delle classi superiori non sia tale da giustificarle in qualche maniera e non sia d'uopo ch'esse curino il male, cominciando dal riformare se stesse » (R. LASCHI, *La delinquenza bancaria*, cit., 176).

⁽²¹⁴⁾ R. LASCHI, *La delinquenza bancaria*, cit., 175. « ... l'aristocrazia del denaro — aggiunge Laschi (pp. 174-175) — non ha ragione di esistere non perchè il denaro non sia utile in sé, ma perchè, mentre essa basa già la sua potenza sopra necessità fittizie, non solo non arreca vantaggi corrispondenti all'enorme quantità di capitali che assorbe dalla circolazione, ricavandone un premio sproporzionato, ma è effettivamente dannosa, insidiando, in mille modi, colle truffe finanziarie, la libera espansione della vita economica e indirizzandola a proprio esclusivo interesse.

Ora invece, accarezzata, adulata, cercata dai governi, che devono scontare presso di essa i propri errori politici ed economici, questa classe del denaro è dive-

vicende del 1894-95 e del 1898. Ora sarebbe troppo lungo insistere dettagliatamente sull'opera e sul contributo specifico di altri giuristi, ma è almeno il caso di accennare brevemente a questo settore del loro impegno.

Le dure condizioni di lotta politica degli anni novanta, come ho già avuto modo di documentare in altra sede ⁽²¹⁵⁾, spingono quasi tutti i giuristi 'socialisti' ad impegnarsi sul terreno dei delitti politici: da Ferri a Borciani, da Florian a Laschi, da De Luca a Nocito, a Impallomeni, Griziotti, Pozzolini, Zerboglio ed altri ancora. Molti di essi si battono apertamente e con grande decisione e fierezza contro i *provvedimenti politici* tra il '97 e il '99 ⁽²¹⁶⁾, altri contro la repressione di cui è fatto oggetto il partito socialista nel 1894-95 ed anche in seguito ⁽²¹⁷⁾, altri ancora combattono gli

nuta onnipotente e non crede che la sua potenza debba mai tramontare. « Il carattere dell'evoluzione sociale, scrive Loria [*Problemi sociali contemporanei*, Milano, Kantorowicz, 1894, 119], è d'essere un fenomeno affatto inconscio agli sfruttatori di ciascuna fase storica: nati e cresciuti all'ombra di diritti secolari essi ne ignorano la base contingente e il carattere fuggitivo: essi credono di esserne investiti in eterno, per il diritto divino, e non concepiscono neppure la possibilità che il moto delle cose valga ad annientare il loro potere » (...).

Ora, qualunque possa essere il risultato della lotta, che già varca i confini politici e stringe sempre più le falangi dei lavoratori a mezzo del cosmopolitismo socialistico, non è certo colla resistenza passiva che le classi capitalistiche potranno cimentare l'urto poderoso che si prepara.

Esse dovranno comprendere che su altra base e ben più stabile devono ricostituire la loro potenza, se vogliono conservarla, dando per prime l'esempio dell'onestà e respingendo dal proprio seno tutti gli elementi criminali che le disonorano ».

⁽²¹⁵⁾ M. S., *Dissenso politico e diritto penale*, cit., 662 ss.

⁽²¹⁶⁾ E. FERRI, *Il domicilio coatto*, in *La scuola positiva*, VII, 1897, 281-286; *Il progetto di legge sui delinquenti recidivi*, in *La scuola positiva*, IX, 1899, 142-165; *Contro l'utopia reazionaria*. Discorso parlamentare, 3 marzo 1899, Roma, Tip. della Camera, 1899; *Il decreto per i provvedimenti politici*, in *La scuola positiva*, IX, 1899, 506-507; *Battaglie parlamentari. Una campagna ostruzionistica*, Milano, Soc. editr. lombarda, 1899.

Di G. B. Impallomeni vedi i contributi citati nella nota 86. Poi A. ZERBOGLIO, *Contro il domicilio coatto*, in *Rivista popolare di politica...*, III, 1897, 168-173 e M. A. VACCARO, *Intorno ai recidivi e al domicilio coatto*, in *Rivista penale*, LI, 1900, 451-464.

⁽²¹⁷⁾ Penso a A. BERENINI, *I socialisti e la reazione borghese*, Discorso parlamentare, Roma, Tip. operaia, 1896, ma anche all'altro suo discorso *La lotta di classe e la legge del domicilio coatto*, Milano, Ufficio de La lotta di classe, 1894. E penso a

abusi dei «tribunali giberna» in occasione della rivolta dei Fasci ⁽²¹⁸⁾ o di altre proclamazioni di stati d'assedio.

E non si tratta soltanto, si badi bene, di interventi difensivi di tipo strettamente politico, mascherati di scientificità magari dalla sede (una rivista penalistica, o addirittura una prolusione accademica) in cui vengono svolti. Si tratta di momenti distinti ma collegati di un'offensiva generale per la conquista di spazi di libertà reale e di autonomia per le organizzazioni politiche di opposizione.

Ciò che si rivendica è un nuovo assetto della legislazione penale (o un uso corretto, legittimo, coerente con le regole di uno Stato fondato sul diritto, della normativa stabilita), perchè si avverte che è quello il terreno sul quale, al limite, la prima battaglia per l'emancipazione del movimento dei lavoratori può essere vinta. Certo, i limiti, le contraddizioni del movimento che si faceva portatore di queste istanze, fecero della vittoria — che arrivò — una mezza sconfitta. Ma si era dimostrato il nesso esistente tra il rinnovamento del diritto penale — o del modo di gestirlo — e l'avanzata, sia pure limitata, condizionata, insoddisfacente, dei ceti popolari e della loro proposta di alternativa politica.

In realtà credo che sia possibile dire che sul terreno della difesa delle libertà e su quello del miglioramento delle condizioni di esistenza delle classi lavoratrici, i nostri giuristi avvertirono in pieno il significato strategico della loro battaglia.

Nell'atto stesso della rivendicazione di una riforma della legislazione penale che andasse nel senso di far uscire i ceti subalterni dalle condizioni di abbruttimento e disgregazione in cui si trovavano in particolare le loro componenti più deboli; che le liberasse da una serie di congegni obiettivi di oppressione ed emarginazione

E. FERRI, *I socialisti e l'art. 247 codice penale*, cit., e poi *La legge eccezionale 19 luglio 1894 e l'art. 2 cod. pen.*, in *La scuola positiva*, VI, 1896, 105-106 e *Grida sediziose*, in *La scuola positiva*, VI, 1896, 728-730; a L. MAJNO, *Le condanne per l'art. 5 legge 19 luglio 1894*, cit.; a G. B. IMPALLOMENI, *Per la riforma degli art. 247 e 251 del codice penale*, in *Critica sociale*, XI, 1901, 138-140; ad A. POZZOLINI, *Eccitamento all'odio fra le classi. Inno dei lavoratori*, in *Archivio giuridico*, LXII, 1899, 367-368 e *La musica sediziosa*, in *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, III, 1902, 263-264; ed infine ad A. ZERBOGLIO, *Dei delitti contro l'ordine pubblico*, cit., 26 ss.

⁽²¹⁸⁾ Tra questi, Impallomeni, di cui ho già detto, Colajanni e De Luca.

spesso causa diretta della risposta criminale di molti loro componenti; che rovesciasse « la tradizione delle persecuzioni che le sommosse dei lavoratori hanno sempre trovato nella legislazione penale » ⁽²¹⁹⁾; nell'atto stesso di quella rivendicazione, dicevo, i giuristi 'socialisti' avvertivano di stare portando avanti non tanto un programma di riforma penale, ma una linea di rinnovamento generale del paese che confermava il momento penalistico tra i momenti-perno di quel rinnovamento e proponeva proprio essi, gli intellettuali che si erano fatti interpreti delle nuove esigenze, come classe dirigente reale.

Mai forse come in questo caso — scriveva Rodolfo Laschi nel 1903 ⁽²²⁰⁾, sulla soglia di tempi mutati, con parole che posso qui mettere in explicit — *l'arte di governo si trovò di fronte alla necessità di mutar rotta, né più maturo ne fu il momento per noi, da che un periodo di operosità industriale sembra sostituirsi alle inquietudini politiche, chiamando a raccolta le sane energie della nazione.*

Disciplinare queste con una legislazione non ispirata al terrore ma alla necessità dei nuovi rapporti economici, sì che essa segua, se non preceda, l'evoluzione sociale per non venirne rimorchiata e travolta: tale il compito delle classi che si dissero fin qui dirigenti e sembrano smarrite di fronte alle nuove responsabilità che l'epoca attuale loro impone.

Pure non è più lecito ad esse ignorare od illudersi: a loro spetta opporre alla formula della lotta di classe una tattica più saggia e più generosa, e che per questo appunto sarà la più forte.

L'arma civile delle leggi è ancora nelle loro mani: sappiano usarne con prudente larghezza, impugnandola contro il privilegio, voglia esso imporsi dall'alto o dal basso: diversamente l'arma cadrà loro inutile dal pugno, o, peggio, verrà strappata a forza. E sarà, allora, per sempre.

⁽²¹⁹⁾ R. LASCHI, *I delitti contro la libertà del lavoro*, cit., 171.

⁽²²⁰⁾ R. LASCHI, *I delitti contro la libertà del lavoro*, prefazione.

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

3-4

(1974-75)

Il “Socialismo giuridico”
Ipotesi e letture

TOMO II



giuffrè editore milano

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1975) Tipografia MORI - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

Letture

Günther BERNERT, *Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert* (Beiträge zum Arbeitsrecht, Band 8), Elwert Verlag, Marburg, 1972, 359 p.

Sobald sich ein Rechtsgebiet in seiner Eigentümlichkeit ausgeprägt hat, bildet es die vordringliche Aufgabe der Generation, die diesen Prozess erfahren und wahrgenommen hat, dessen Entstehung und Entwicklung verständlich zu machen. Deshalb zählt die Erstellung einer *Arbeitsrechtsgeschichte* zu den großen Aufgaben unserer Zeit ⁽¹⁾. Der Verfasser, dessen übrige Arbeiten ihn mehr als Arbeitsrechtler denn als Rechtshistoriker ausweisen ⁽²⁾, hat dazu einen anspruchsvollen, freilich auch schwierigen Beitrag geleistet. Es wird der Versuch gemacht, die wissenschaftlichen Aussagen über das Arbeitsverhältnis einer «kritisch dogmatischen» Untersuchung zu unterziehen. Die rechtshistorische Intention dominiert daher nicht ⁽³⁾. Der Leser muß sich vielmehr in die Situation eines Juristen des vergangenen Jahrhunderts versetzen, um sich mit diesem die Frage vorzulegen, ob eine wissenschaftliche Aussage aus der damaligen Zeit die Rechtslage zutreffend erfaßt. Da aber dieses Urteil auch für den Dogmatiker der Gegenwart nur von begrenztem Interesse ist, liegt der *Erkenntniswert* des Buches dennoch in erster Linie auf rechtshistorischem Gebiet. Dieser allerdings leidet

⁽¹⁾ Vgl. MAYER-MALY, *Aufgaben und Probleme einer Geschichte des Arbeitsrechts*, in *Das Recht der Arbeit*, (Wien), 1956, 126 ff.; Römische Grundlagen des modernen Arbeitsrechts, in *Recht der Arbeit*, (Köln), 1967, 281 ff.; *Vorindustrielles Arbeitsrecht*, ebenda 1975, 59 ff.; OGRIS, *Geschichte des Arbeitsrechts vom Mittelalters bis in das 19. Jahrhundert*, ebenso 286 ff.; im Druck: MAYER-MALY, *Elemente der Entwicklung des Arbeitsrechts*, in *Atti del III congresso int. della Società Italiana di Storia del Diritto*, (1973); für den 3. Band des von COING herausgegebenen *Handbuchs der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* habe ich eine Darstellung der Entwicklung des Arbeitsrechts im 19. Jahrhundert übernommen.

⁽²⁾ Vg. BERNERT, *Zur Lehre von der «sozialen Adäquanz» und den «sozialadäquaten Handlungen»* (Beiträge zum Arbeitsrecht, Band 3, 1966); *Die Leerformel von der «Adäquanz»*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 169 (1969), 421 ff.; andererseits stammt vom Verf. immerhin die Bibliographie zum ALR in dessen Ausgabe durch HATTENHAUER (Berlin, 1970).

⁽³⁾ Darin liegt ein Unterschied zur nützlichen Dissertation von E. Frh. v. VIETINGHOFF-SCHEEL, *Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht in Preussen während des 19. Jahrhunderts*, (Göttingen Diss., 1972); die Dissertation von A. KAISER (*Zum Verhältnis zwischen Vertragsfreiheit und Gesellschaftsordnung während des 19. Jahrhunderts, insbesondere in den Auseinandersetzungen über den Arbeitsvertrag*, Berliner Diss. 1972) wird gerade durch ihre marxistische Orientierung von einer rechtshistorischen Realanalyse abgehalten; wertvolle Hinweise gibt Versal SÖLLNER, *Der industrielle Arbeitsvertrag in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in: *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte* (hg. von W. Wilhelm, 1972) 288 ff.

unter vom kritisch-dogmatischen Ansatz ausgelösten Verengungen. Dies gilt nicht nur für die bewußte Abstraktion von der Rechtswirklichkeit, sondern auch für die Auswahl der ins Auge gefaßten Normierungen. Der Verfasser teilt den Anachronismus der Pandektisten, wenn er zwar bis auf mittelalterliche Vorschriften zurückgreift, bloß weil sie noch in der Denkschrift zum Entwurf des BGB angeführt wurden und formell noch galten (dies zu S. 45 ff.), andererseits aber die Ansätze einer spezialisierten Arbeitsrechtslehre im späteren gemeinen Recht ⁽⁴⁾ völlig übergeht. Den Aussagen zum Codex Maximilianeus Bavaricus civilis (S. 56 ff.) und zum preussischen ALR (S. 59 ff.) fehlt durch die (gleichfalls bewußte) Abstraktion von der österreichischen Kodifikationsgeschichte ⁽⁵⁾ das unerläßliche Pendant.

Das Buch beginnt mit Abschnitten über den Arbeitsvertrag bei den Pandektisten und in den von der Denkschrift zum BGB genannten Partikularrechten. Es hat jeder dieser Abschnitte — für sich besehen — seinen Wert. Die Untersuchung der pandektistischen Dogmen bleibt allerdings blutleer wie diese selbst. Wahrscheinlich wäre es lohnend gewesen, innerhalb der Wissenschaft des 19. Jahrhunderts nach Strömungen zu differenzieren. Der Verfasser stellt dagegen die gemeinrechtlichen Lehren des 19. Jahrhunderts dar, ohne die sich in diesen vollziehenden Entwicklungen zu berücksichtigen. Noch empfindlichere Nachteile ergeben sich aus dem Verzicht auf die Klarstellung der Relation zum älteren gemeinen Recht. So bleibt die *Herkunft der Kündigung* offen, die der Antike fremd war und sich auch bei den Autoritäten des mittelalterlichen *ius commune* noch nicht findet ⁽⁶⁾. Die pandektistischen

⁽⁴⁾ BONACOSSA, *Tractatus de servis vel famulis*, 1620; STAMM, *Tractatus de servitute personali*, 1634; Lanfranchi ZACCHIA, *De salario seu operariorum mercede*, 1679.

⁽⁵⁾ Bemerkenswert ist aus dieser vor allem das Schwanken in der Behandlung des Rechts der Dienstleute. Der Codex Theresianus (I 7) stellte dieses ins Personenrecht, der Entwurf Hortens (III 13) dagegen zog es ins Obligationenrecht, um es an den Dingungskontakt anzuschließen. Martinis Entwurf machte diese Entscheidung rückgängig, so daß im Personenrecht des Westgalizischen Gesetzbuchs von 1797 ein gutes Stück Arbeitsrecht enthalten war. Dann aber setzte ZEILLER die Verbannung dieser Materie ins öffentliche Recht durch (vgl. zur Vorgeschichte von § 1172 des ABGB von 1811 die Angaben bei OFNER, *Der Ur-Entwurf und die Beratungsprotokolle des österr. ABGB* (1889), I 211 f. und II, 102 f.). Inhaltlich fällt an den Vorentwürfen zum ABGB auf, daß sie (wohl im Gefolge der wohlfahrtsstaatlichen Haltung des aufgeklärten Absolutismus der theresianischen Ära) den Rechten der Dienstnehmer mehr Aufmerksamkeit schenken als das bayerische Landrecht. Nach dem Codex Theresianus (I 7, 19) entfiel bei culpa levissima ebenso wie nach den modernen Grundsätzen der Schadenshaftung von Arbeitnehmern (vgl. GAMILLSCHEG-HANAU, *Die Haftung des Arbeitnehmers*, 2. Auflage, 1974, 77) eine Verantwortlichkeit. Das alles resultiert natürlich nicht aus Sozialpolitik, sondern aus die Dienstleute nicht ausschließenden Gerechtigkeitsverwägungen. Das preußische ALR läßt Werkmeister und Künstler (I 11, § 921), nicht aber gedungene Handarbeiter (I 11, § 899) für geringes Versehen haften.

⁽⁶⁾ Es scheint, daß dieses auch bei Gesellschafts- und Mietverträgen wichtige Mittel, auf unbestimmte Zeit eingegangenen Obligationen ein Ende zu setzen, der spätmittelalterlichen Vertragspraxis entstammt.

Diskussionen über die Anwendung der *laesio enormis* auf Arbeitsverhältnisse ⁽⁷⁾ kann man nur verstehen, wenn man sich auch vor Augen hält, daß schon *Pacionus* ⁽⁸⁾ die Lehre von der Verletzung über die Hälfte auf die *locatio conductio* erstreckt hat.

Unterschätzt wird von *Bernert* die Leistung pandektistisch orientierter Praktiker, wie der Rostocker Advokat *Dankwardt* einer war. Zu seiner Abhandlung über den Arbeiter-Vertrag ⁽⁹⁾ bemerkt *Bernert* (S. 9), sie beschränke sich mit Ausnahme einiger Hinweise auf partikularrechtliche Regelungen über Gesindeverhältnisse auf die Wiedergabe gemeinrechtlicher und reichsrechtlicher Regelungen über Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse. Gerade in dieser Abhandlung wird jedoch das « Arbeiterrecht » als ein besonderes Rechtsgebiet angesprochen und als « Complex von Rechtssätzen, welcher sich auf die 'arbeitende Classe' bezieht » ⁽¹⁰⁾, definiert. Hier kündigt sich schon das Verständnis des Arbeitsrechts als Sonderrecht der Personen an, die fremdbestimmte Arbeit leisten ⁽¹¹⁾. *Dankwardt* erfaßte aber auch die « Gemengelage » von privatem und öffentlichem Recht im Arbeitsrecht ⁽¹²⁾, wenn er sagte, das Arbeitsrecht gehöre teils dem Staatsrecht und teils dem Privatrecht an ⁽¹³⁾.

Bernerts Bemerkungen zu den in der Denkschrift zum Entwurf des BGB genannten Partikularrechten (S. 45 ff.) leiden zwar unter dem Verzicht auf eine historische Würdigung der einzelnen Quellen (Sachsenspiegel, bremisches und Lübecker Stadtrecht ⁽¹⁴⁾, Hamburger Stadtrecht, Kurpfälzer und Württemberger Landrecht u.a.), erschließen aber doch den relativen Reichtum dieser Quellschicht und erweisen deren juristische Qualität. Der Codex Maximilaneus Bavaricus civilis (zu ihm S. 56 ff.) wäre allerdings besser neben das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten und die übrigen Kodifikationsversuche größerer Territorien gestellt worden. Die Beziehungen seiner zivilrechtlichen Sätze zu handwerks- und gesinderechtlichen Regelungen sollten stärker beachtet werden. In IV 6, 7, 2 verweist der Codex selbst zum unbegründeten, vorzeitigen Austritt aus dem Dienst auf die Strafen der Ehehalt-Ordnung (vom 14. März 1761).

Kreittmayr, der seinen Anmerkungen über den Codicem (ed. 1821) auch Traktate über das Recht einzelner Stände angeschlossen hat

⁽⁷⁾ Vgl. BERNERT, S. 36, A 162.

⁽⁸⁾ *De locatione et conductione tractatus*, (1677), 163 ff.

⁽⁹⁾ *Jherings Jahrbücher*, 14 (1875), 228 ff.

⁽¹⁰⁾ DANKWARDT, a.a.O., 237.

⁽¹¹⁾ Vgl. SÖLLNER, *Arbeitsrecht* ⁴ (1974), 13.

⁽¹²⁾ Zu ihr W. SCHWARZ, *Öffentliches und privates Recht in der arbeitsrechtlichen Systembildung* (1973), 33 ff.

⁽¹³⁾ *Jherings Jahrbücher*, 14 (1875), 237; über andere rechtswissenschaftliche Stimmen zum Arbeitsvertrag aus dem 19. Jahrhundert vgl. nun SÖLLNER, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, 1972, S. 288 ff.

⁽¹⁴⁾ Zum Stadtrecht von 1586 nun EBEL, *Lübisches Recht*, I (1971), 212 ff

(vgl. Vorrede S. XI), präsentiert überhaupt Grundsätze über die Stellung der Lehrlinge und Gesellen (Bd. 5, S. 1010 ff.). Sie sind ein wichtiges Stück Arbeitsrechtsgeschichte.

Sehr eingehend bespricht *Bernert* (S. 59-141) die Regelung der Arbeitsverhältnisse im preußischen ALR. Da dieses neben die obligationen-rechtlichen Grundsätze des 11. Titels des 1. Buches (§§ 894 ff.) berufsbezogene Vorschriften (vor allem im 8. Titel des 2. Buches) gestellt hat, konzentriert sich *Bernert* mit Recht auf die allgemeinste, den Handarbeitern und Tagelöhnern geltende Normierung, wobei er mit Leistungstörungen zusammenhängende Probleme besonders eingehend behandelt. Das rechtshistorische Gewicht seiner Ausführungen leidet jedoch darunter, daß es ihm mehr um Entscheidungen über die dogmatische Richtigkeit der besprochenen Lehre als um ihr einführendes Verstehen geht ⁽¹⁵⁾. Wenn auf S. 72 erwähnt wird, daß um die Mitte des 19. Jahrhunderts Lehrmeinungen auftauchen, die die Unterordnung der Arbeiter betonen, sollte dies nicht zur Kritik am Fehlen einer Begründung dieser Lehren veranlassen, sondern als Anzeichen einer sich verändernden Betrachtungsweise gewürdigt werden. Als Defizit empfindet der Leser auch die geringe Berücksichtigung der zu den behandelten Bestimmungen einsetzenden Judikatur.

An den Abschnitten über das rheinische Recht und das badische Landrecht (142-154) erweist sich die vom Verfasser gewählte Methode als besonders problematisch. Der Code civil enthielt ja nur zwei Bestimmungen über den Arbeitsvertrag. Eine von diesen (Art. 1781) wurde in Frankreich sogar früher aufgehoben (nämlich mit Gesetz vom 2. 8. 1868) als in Deutschland ⁽¹⁶⁾. Die rechtswissenschaftlichen Lehren und die Richtersprüche, mit denen sich der Verfasser beschäftigt, wurden aus dem allgemeinen Vertragsrecht des Code civil geschöpft. Sie erschließen aber nur allgemeine zivilistische Positionen ohne arbeitsrechts-geschichtliche Signifikanz. Dagegen kommen die arbeitsrechtsgeschichtlich wichtigen Querverbindungen zwischen Frankreich und Deutschland zu kurz. Für diese ist auf die Übernahme der prud'hommes und der Arbeitsinspektion durch die deutsche Gesetzgebung zu verweisen, während in der eigentlichen Arbeitsschutzgesetzgebung Deutschland eher als Vorbild gewirkt hat. In den Ansätzen zu einer rechtlichen Verankerung der kollektiven Rechtssetzung ⁽¹⁷⁾ und in kodifikatorischen Entwürfen für das Arbeitsvertragsrecht ⁽¹⁸⁾ ist wiederum Frank-

⁽¹⁵⁾ Besonders deutlich wird dies auf S. 91, wo man den Eindruck gewinnt, dem Verfasser gehe es vor allem darum, wenigstens im nachhinein die dogmatisch richtige Lösung aufzuzeigen, ferner auf S. 109 und 126.

⁽¹⁶⁾ Zum Geltungsende in Deutschland Verf. S. 145 bei Anm. 52.

⁽¹⁷⁾ Vgl. einerseits ARNION, *L'évolution des conventions collectives du travail*, Thèse Lille, ohne Jahr (wahrscheinlich 1939 oder 1940), andererseits RUNDSTEIN, *Die Tarifverträge im französischen Privatrecht*, 1905.

⁽¹⁸⁾ Zum Projekt Doumergue (Doc. parl. Ch. Nr. 1885) vom 2. 7. 1906 d'EICHTHAL, *Le projet de loi sur le contrat du travail*, 1907 und HAYEM, *La loi et le contrat de travail*, 1908, aber auch BARTSCH, *Allg. österr. Gerichts-Zeitung*, 1907, 121 ff.

reich vorangegangen. Im arbeitsrechtlichen Schrifttum um 1900 nahmen Deutsche und Franzosen kaum weniger aufeinander Bedacht als in der Literatur der Gegenwart ⁽¹⁹⁾. All das mußte der Verfasser nach seiner Gegenstandsbegrenzung und Methode zwar nicht aufgreifen. Dennoch läßt sich die wichtige Aufgabe, eine Geschichte des Arbeitsrechts wenigstens in den Grundzügen zu erstellen, nicht anders bewältigen.

Außer den Normen, die von den vor 1900 in Deutschland geltenden Zivilgesetzbüchern für Arbeitsverhältnisse aufgestellt wurden, behandelt *Bernert* auch die in den verschiedenen *Entwürfen* für neue oder revidierte Zivilgesetzbücher vorgesehenen Regelungen. Es handelt sich dabei um den Entwurf einer Revision des ALR (1831), den Entwurf eines BGB für Sachsen ⁽²⁰⁾ (1852), den hessischen Entwurf (1853) und den Entwurf eines BGB für das Königreich Bayern (1861), schließlich den Dresdner Entwurf von 1866, der ein für die deutschen Bundesstaaten gemeinsames Gesetz über Schuldverhältnisse anstrebte. Alle diese Entwürfe unterzieht der Verfasser der dogmatischen Analyse nach dem eingangs aufgestellten Schema, das sich auch hier als der historischen Einsicht feindlich erweist. Immerhin werden sonst oft zu wenig beachtete Dokumente ins Licht gerückt; auch wird der Zusammenhang verdeutlicht, der einerseits zwischen der österreichischen und der sächsischen Regelung, andererseits zwischen dem hessischen Entwurf und dem Code civil besteht. Von einer Erfassung der sozialen Aufgabe einer gesetzlichen Regelung der Arbeitsverhältnisse blieben alle behandelten Entwürfe gleich weit entfernt. Ihre historische Funktion erschöpfte sich in einer Beseitigung der letzten Verbindungen mit der berufsständisch differenzierenden Ordnung des Ancien Régime und dem Entwurf einer den Arbeitsvertrag ebenbürtig neben die anderen bürgerlichen Verträge stellenden Regelung.

Den Abschluss des Buches bildet ein Vergleich der in den voranstehenden Abschnitten gewonnenen Ergebnisse mit den im BGB von 1900 enthaltenen Regelungen. Die Auseinandersetzungen während der zum BGB führenden Vorarbeiten ⁽²¹⁾ läßt der Verfasser dagegen unberücksichtigt. Die ans Ende (S. 250) gestellte Behauptung, aus dogmatischen Gründen sei es nicht möglich, mit Hilfe der Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse als einer Art von Schuldverträgen und Schuldverhältnissen mit gegenseitigen Leistungen die soziale Frage zu lösen, überzeugt nicht. Das vorher vom Autor ausgebreitete Material ist nicht geeignet, diese These zu erhärten. Die neueste, im Zeichen von Kodifikationsver-

⁽¹⁹⁾ Vgl. MATAJA, *Die Anfänge des Arbeitsschutzes in Frankreich*, in *Ztschr. f. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung*, 5 (1896).

⁽²⁰⁾ Eine störende, sich aber aus der Anlage des Buches ergebende Unebenheit der Darstellung liegt darin, daß das vom sächsischen BGB von 1863 geschaffene Recht schon auf S. 154 ff. behandelt wurde, während der zu diesem führende Entwurf erst ab S. 188 erörtert wird.

⁽²¹⁾ Vgl. bloß die «Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB», gefertigt im Reichs-Justizamt, Bd 2, 1890/1967, 301 ff.

suchen stehende Entwicklung des Arbeitsrechts spricht vielmehr dafür, daß auch eine die Arbeitsverhältnisse als Schuldverhältnisse begreifende Ordnung geeignet ist, zur Lösung der « sozialen Frage » beizutragen. Der österreichische Kodifikationsentwurf ⁽²²⁾ von 1960 und die gut geglückte Neufassung der Art. 319 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts weisen in diese Richtung.

Dem an der Geschichte des Arbeitsrechts Interessierten bringt das Buch von Bernert trotz aller vorgetragenen Kritik viele nützliche Hinweise. Als methodologisches Exempel ist es jedoch bedenklich. Zumeist leiden rechtshistorische Schriften unter einer Neigung ihrer Verfasser zum Historisieren, zum Vernachlässigen des dogmatischen Gehaltes der behandelten Quellen ⁽²³⁾. Bernert ist ins andere Extrem verfallen. Er hat durch extremes Dogmatisieren den historischen Erkenntniswert seiner Arbeit ohne Not beschränkt. Wer aber dem in vielen Anmerkungen zusammengedrängten Material Beachtung schenkt, legt auch dann, wenn es ihm mehr um die Erfassung des Geschichtlichen geht, das Buch mit Gewinn aus der Hand.

THEO MAYER-MALY

Roberto BONINI, *I Romanisti e il I libro del codice civile del 1942*, parte prima, capitoli I e II, in *Arch. Giur.* 187, 1973, rist. in *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, Bologna, Patron, 1973; e parte prima, capitolo III, in *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa II*, Bologna, Patron, 1975, in corso di stampa in *Arch. Giur.* 189, 1975.

I. V'è ormai più di un segno da cui si può capire che qualcosa sta cambiando nella romanistica italiana. Certo, siamo ancora molto lontani da trasformazioni generalizzate e profonde nel quadro d'insieme delle nostre ricerche, ma pure si colgono con sempre maggiore frequenza inversioni di linea, modifiche di posizioni che apparivano solo qualche anno fa solidissime, diverse disponibilità: in una parola, tutto un emergere di « nuovo » che rende sempre più evidente quanto fosse giustificata, già da qualche tempo, in taluni di noi, l'ansia di rinnovamento.

È chiaro: questo confronto così schematico di « vecchio » e di « nuovo » vale solo in una prima approssimazione, più come riferimento di comodo che come modello interpretativo. In realtà l'intreccio è molto più complesso, e i cambiamenti di cui si stanno realizzando i primi

⁽²²⁾ Text in *Das Recht der Arbeit* (Wien), 1961, 49 ff.

⁽²³⁾ Zutreffend, wenn auch wohl zu weit gehend über die Unerläßlichkeit einer Einbeziehung dogmatischer Elemente bei der Erfassung der Quellen BETTI, TRG, 15 (1937), 137 ff.; *Archiv f. Rechts- u. Sozialphilosophie*, 40 (1952), 354 ff.; in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche* (1966), 105 ff.

esiti hanno premesse che stanno anche ben dentro la tradizione dei nostri studi. Riproporre una polarizzazione tanto drastica, serve solo a indicare il consolidarsi — pur nella diversità delle singole posizioni — di un « clima » diverso, o, fuori da questa logora metafora idealistica, di un diverso rapporto fra passato e presente nella ricerca romanistica: cosa sempre molto significativa, quando accade, come nel nostro caso, all'interno di un sapere apparentemente specialistico e « separato ».

Fra i segni della diversità, uno di quelli che merita maggiore attenzione, anche se, finora, si è affermato in modo meno largo di altri, è la tendenza a intraprendere delle serie ricerche di storia della storiografia, che sottraggano il nostro recente passato a una estenuata agiografia di scuole, e lo rendano disponibile, come ormai è tempo, per un responsabile discorso storico e critico.

Mi sembra che indagini di questo tipo possano, in ipotesi, seguire due vie. O quella di una storia, per così dire, « interna » della romanistica, volta a ricostruire le connessioni fra oggetti e metodi della storiografia giuridica, vale a dire, in altri termini, a delucidare le forme teoriche delle nostre ricerche in periodi determinati, le loro « fonti », la loro genesi, il loro sviluppo, ecc.; oppure quella di una storia « esterna », che restituisca i rapporti fra storia della romanistica, storia delle codificazioni e del pensiero giuridico, e, più in generale, storia della cultura e delle formazioni ideologiche in momenti definiti della storia europea. Entrambe queste prospettive possono condurre a risultati storiografici importanti; e tutt'e due, prima o poi, incontrano sulla loro strada nuclei problematici di grande portata: e innanzi tutto quello del rapporto — di volta in volta determinato storicamente in modo diverso — fra *qualità* delle forme giuridiche (e della cultura che le teorizza) e oggettività sociale complessiva di un modo di produzione.

La seconda di queste vie, indubbiamente di grande interesse e suggestione, è quella decisamente scelta da Roberto Bonini, con questa sua ricerca cui va attendendo da molti anni, e di cui dà ora i primi risultati.

Dell'intero lavoro (che si preannuncia di mole non ridotta) sono finora leggibili, oltre una breve introduzione, solo i primi tre capitoli (il quarto, e ultimo, è previsto per il 1976) della prima parte, che ha per titolo « Dalla Commissione per il dopo guerra (1918-19) al progetto della Commissione Reale (1930-31) ». Sarebbe quindi senz'altro incauto, e forse addirittura scorretto, esprimere già ora un giudizio compiuto; nè spinge in questa direzione l'esplicito invito dell'autore, esemplare per modestia e misura, a considerare per adesso il suo contributo « una semplice raccolta di materiali, soltanto in parte criticamente vagliati » ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Così a p. 3 dell'estratto da *Arch. Giur.* 1973. Questa pagina non è riprodotta in *Problemi* I.

Ma l'interesse e la vastità delle questioni obiettivamente implicate da una ricerca di questo tipo, la sua novità, e la serietà indiscussa dello studioso che vi lavora intorno inducono tuttavia a tentare subito alcune considerazioni generali, e un primo inventario di problemi e di difficoltà. Successivamente, quando si avrà (speriamo al più presto) l'intera ricerca davanti, non mancherà l'occasione per un discorso più motivato.

2. È certamente nel giusto Bonini quando, pur assegnando alla sua ricerca un compito molto limitato, (e su questi « limiti » avrò modo di tornare), la iscrive, sia pure con molta prudenza, entro la dimensione più generale dello « studio delle posizioni assunte dagli intellettuali italiani durante il fascismo » ⁽²⁾. Vi sono molti motivi per dargli ragione in questa collocazione, sia pure tendenziale. Nessuna ricerca di storia del pensiero giuridico italiano tra il '20 e il '40 può sfuggire al nodo storiografico cruciale dei legami intellettuali-fascismo, nel quadro più ampio della vicenda degli intellettuali italiani del novecento. Campi di ricerca, questi, certamente nuovi per la storiografia italiana, ma subito diventati, in qualche modo, « classici »: e questa nuova attenzione tradisce una svolta storiografica profonda, che pone finalmente al centro dell'analisi non astratte storie di idee, ma il nesso ben preciso degli intellettuali italiani con la politica e con l'organizzazione civile della società nazionale.

Le ricerche cui alludo sono del resto ben note: dai saggi raccolti di recente da Eugenio Garin, al libro — molto bello — di Luisa Mangoni, ai contributi di Paggi, di Racinaro, di De Giovanni ⁽³⁾, per non ricordare che alcune cose. Ora, il tratto caratteristico di questa nuova storiografia (dominante in alcuni di questi lavori, per esempio nel libro della Mangoni, più sfumato in altri) mi sembra il tentativo di individuare l'oggetto specifico della ricerca su questi temi nel rapporto intellettuali-Stato, e di ripercorrere tutti i fili che hanno intrecciato storia degli intellettuali e storia dello Stato in uno spazio *separato* ma altamente *specifico* rispetto alle contraddizioni materiali della società civile. Compito senza dubbio non facile, perchè se è vero che noi sappiamo ormai molto bene a partire da quali categorie teoriche il legame tra forma di Stato, forma del dominio e storia degli intellettuali diventa visibile nel tempo storico della società moderna, altro è poi la ritraduzione di questo quadro teorico in termini di specifica

⁽²⁾ Estratto *Arch. Giur.* 1973 p. 6 nt. 5 = *Problemi* I p. 141.

⁽³⁾ Cfr. E. GARIN, *Intellettuali italiani del XX secolo*, Roma 1974; L. MANGONI, *L'interventismo della cultura. Intellettuali e riviste del fascismo*, Bari 1974; L. PAGGI, *Gli intellettuali nella rivoluzione antifascista*, in *Rinascita - Il Contemporaneo*, settembre 1973, p. 27 ss.; R. RACINARO, *Intellettuali e fascismo*, in *Critica marxista* 1975, I, p. 177 ss.; B. DE GIOVANNI, *Il revisionismo di B. Croce e la critica di Gramsci all'idealismo dello Stato*, in *Lavoro critico*, 1975, I, p. 131 ss.; ID., *Cultura e fascismo*, in *Rinascita* 26, 1975, p. 31 s.

ricerca storica, su punti e temi definiti (si ripropone così il problema — per me decisivo e non risolvibile empiricamente — della trasformazione delle forme teoriche di comprensione complessiva di un processo in categorie di una conoscenza storica analitica).

Muovendoci in questa direzione, mi pare che non sia azzardato avanzare l'ipotesi che uno dei modi tipici che hanno caratterizzato l'intreccio fra Stato, dominio e intellettuali nell'ultimo secolo della nostra storia nazionale sia costituito proprio dalla larga egemonia ideale e morale esercitata dal ceto dei giuristi e dal loro sapere nella proposizione di un « modello ideologico » di portata generale attraverso il quale tendevano a esprimersi le forme di coscienza che gli intellettuali in genere (e non solo i giuristi) acquisivano dei loro compiti e della loro collocazione nei confronti della società civile italiana.

Solo a voler delineare un po' meglio questa ipotesi, non dico poi per iniziare a verificarla, ci vorrebbe ben altro che queste poche righe: ma pure è difficile sfuggire all'impressione (e qui mi limito solo a fermare un'impressione) che l'unificazione politica del paese abbia giocato molto per favorire, nella storia degli intellettuali italiani, l'attrazione più o meno esplicita verso il modello del giurista come quello dell'intellettuale per certi aspetti più avanzato, e in grado di offrire una concezione totalizzante, attraverso la « separazione », la « neutralità » e la apparente circolarità « astratto-concreto » del proprio lavoro, del destino civile di interi ceti. Viene fuori, dunque, con molta evidenza che implicazioni abbia riuscire finalmente a scrivere, e a scrivere in modo non idealistico, una storia della cultura giuridica dell'Italia unita: tutta la storia dell'organizzazione degli intellettuali italiani fra otto e novecento ne uscirebbe grandemente arricchita: dalle stanche posizioni di una storiografia che sembra farsi sempre di più irrimediabilmente « minore », una intera generazione di storici del diritto potrebbe arrivare al cuore di temi centrali della nostra storia nazionale.

In questa chiave, l'incontro dei giuristi con il fascismo diventa cruciale. Il rapporto fra Stato e società tende ad alterarsi in questi anni in modo irreversibile: all'organizzazione reazionaria delle masse corrisponde un profondo mutamento nella qualità dello Stato: come si collocano in questo processo gli intellettuali giuristi? Al di là di singole posizioni soggettive, e di teorizzazioni di breve respiro, che ruolo svolge l'ideologia giuridica nel processo di direzione reazionaria delle masse, e nella dialettica continuità-rottura rispetto alle vecchie forme dello Stato e della società liberale e paleocapitalistica? Le risposte non sono certo dietro la porta, e prima di arrivare a formulazioni accettabili, molti luoghi comuni dovranno essere definitivamente spazzati via, soprattutto nei confronti di chi continua a riproporre una storia del diritto parallela ma separata dalla politica durante il fascismo, e a guardare a quei vent'anni di cultura giuridica, conclusi con le codi-

ficazioni, attraverso l'ottica deformante di una presunta neutralità delle «tecniche», scudo sicuro contro ogni «inquinamento».

3. Leggendo le pagine di Bonini, di questo arco di problemi si avverte solo un'eco molto lontana, quando non una scoperta assenza. Le spiegazioni di questi silenzi possono essere certamente molte, e anche molto serie. Innanzitutto, la settorialità dell'indagine (solo i romanisti, e solo il primo libro del codice civile), che certo sconsigliava valutazioni e prospettazioni d'insieme: e d'altra parte la scelta di un terreno d'approccio così limitato era in qualche modo obbligata, dato l'intento, lodevolissimo, di Bonini di compiere, finalmente, uno spoglio esauriente dei documenti (almeno quelli editi) a disposizione. E poi, credo, un giustificatissimo gusto a mettere prima di tutto avanti il documento, dopo non pochi giudizi azzardati, e tante vecchie petizioni di principio fondate sul nulla. E la mole di documenti utilizzata da Bonini, la sua attenzione e il suo rigore, sono davvero notevoli, e appaiono già una premessa indispensabile per ogni futura ricerca.

Ma pure, mi sia consentita qualche riserva, che certamente la pubblicazione del resto del lavoro renderà superflua.

Prima di tutto i documenti; e va bene. Ma i documenti per quale ricostruzione? Non certo, io credo, per un dizionario biografico dei romanisti (e civilisti) impegnati nei lavori delle commissioni per il primo libro del codice civile. E allora era proprio necessaria la catena di biografie che, intrecciate al minuzioso resoconto delle Relazioni, costituisce tutta la trama del secondo e del terzo capitolo? Non era proprio possibile alcun altro approccio al materiale documentario (o una diversa selezione di esso), che, pur rispettandone la ricchezza, lo «tagliasse», per dir così, secondo una diversa angolatura, meno debitrice a un soggettivismo biografico un po' rapsodico e staccato rispetto al tessuto culturale e civile che pur si vorrebbe ricostruire?

In realtà, si ha più volte la sensazione che Bonini sia stato preso, se posso esprimermi così, da una «vertigine del documento», giustificata, certo, e addirittura opportuna, quando si intraprendono ricerche che hanno innanzi solo uno spaventoso vuoto storiografico, ma pur sempre un po' rischiosa. I documenti, Bonini senza dubbio lo sa bene, una volta *disposti* in un certo ordine possono diventare accecanti: siamo sicuri che quello scelto sia il più fruttuoso?

Ma si tratta di dubbi e perplessità che non possono in nessun caso oscurare i meriti di fondo del lavoro intrapreso da Bonini: semplici osservazioni di lettura di un'indagine ricca e stimolante. Il discorso andrebbe invece continuato (ma non in questa sede) sulla povertà della tradizione teorica e metodologica della nostra storiografia, che ci fa compiere solo ora i primi passi (che il valore di chi li compie non può trasformare d'un colpo in una corsa sicura) su terreni troppo a lungo colpevolmente abbandonati.

ALDO SCHIAVONE

Gaetano CATALANO, *Studi sulla Legazia apostolica di Sicilia*, Reggio Calabria, Ed. Parallelo 38, 1973 (« *Historica* », 4), pp. XIII + 367.

L'inizio delle ricerche di Gaetano Catalano sulla Legazia apostolica di Sicilia risale ormai a venticinque anni addietro: questo volume costituisce l'ultimo frutto di un vivo interesse per il singolare istituto, manifestato dallo studioso fin dai suoi primi scritti e mai attenuatosi col passare degli anni e con l'arricchirsi delle esperienze culturali, e rappresenta al tempo stesso il bilancio della storiografia contemporanea in argomento.

Nel 1950 l'A. pubblicava il lavoro su *Le ultime vicende della Legazia apostolica di Sicilia* ⁽¹⁾, nel quale aveva ricostruito minutamente la storia dell'istituto fra Sette ed Ottocento, tracciando un profilo alfine esauriente della sua evoluzione nei due secoli precedenti l'abolizione. Poichè tema dominante della letteratura antica e moderna era stato il problema della fondatezza giuridica dei poteri esercitati dai re di Sicilia nella qualità di legati nati del Pontefice, il Catalano, quasi per reagire col silenzio alla precedente impostazione in prevalenza agiografica e polemica, aveva volutamente messo da parte la vecchia questione concernente le origini e la legittimità del privilegio siciliano, giustamente convinto che essa, del resto, avrebbe potuto essere risolta in modo soddisfacente solo attraverso un approfondimento critico della storia della Legazia sulla scorta di nuove indagini e col reperimento di nuove fonti. Il volume su *Le ultime vicende* intendeva appunto recare un primo contributo a tale ordine di ricerche, riesaminando, sulla base di un'imponente documentazione in gran parte inedita o poco nota, la storia dell'istituto fra il 1711, data di inizio della cosiddetta controversia liparitana, ed il 1871, data della rinuncia al privilegio da parte del Regno d'Italia con la legge delle guarentigie.

Il problema posto ai margini dell'iniziale programma doveva tuttavia ben presto suscitare l'interesse dello studioso. Egli spostò prima le indagini sull'ancora oscuro periodo spagnuolo, occupandosi, in un lavoro di più ampio respiro, anche delle vicende dell'istituto durante il regno di Filippo II ⁽²⁾. Nel corso di una ricerca sull'opera di Cesare Baronio fu quindi posto a contatto coi problemi riguardanti l'interpretazione della bolla di Urbano II, cui si fa risalire la concessione del privilegio, sollevati dalla letteratura storico-giuridica e dall'attività di politici e magistrati a partire dal Cinquecento ⁽³⁾. I suoi interessi storiografici si spostarono infine decisamente sul periodo normanno, per affrontare il problema delle origini del privilegio e del suo inquadramento nella politica eccle-

⁽¹⁾ *Le ultime vicende della Legazia apostolica di Sicilia. Dalla controversia liparitana alla legge delle guarentigie (1711-1871)*, Catania, 1950.

⁽²⁾ *Controversie giurisdizionali fra Chiesa e Stato nell'età di Gregorio XIII e Filippo II*, Palermo, 1955.

⁽³⁾ *Il cardinale Cesare Baronio e la « Regia Monarchia Sicula »*, nella *Racc. di scritti in onore di A. C. Jemolo*, Milano, 1964, I, 1, pp. 167 ss.

siastica dei Normanni e nel sistema di relazioni fra il Regno di Sicilia e la Santa Sede ⁽⁴⁾.

Il volume ora apparso consta di una breve introduzione, nella quale l'A. richiama gli scritti da lui pubblicati in precedenza e chiarisce la genesi del libro rispetto ad essi, e di tre distinte parti. La prima, intitolata « *Le origini della Legazia apostolica di Sicilia (1088-1178)* », è costituita da un ampio saggio nel quale sono rifusi i due scritti pubblicati nel 1967 e nel 1968. Prendendo lo spunto dalle meno recenti controverse circa l'autenticità, la datazione e l'originaria effettiva portata della bolla « *Quia propter prudentiam tuam* » di Urbano II, il Catalano effettua anzitutto un attento esame testuale del documento, puntualizzando anche lo *status* della storiografia sul problema delle origini, che si è di recente arricchita di non pochi importanti contributi ad opera di studiosi italiani e stranieri. Egli inquadra poi l'istituto nella più vasta cornice della politica ecclesiastica normanna e dei rapporti fra il Regno di Sicilia e la Santa Sede: a questo proposito, pur senza respingere totalmente l'autorevole tesi della continuità dell'assetto dato dai Normanni ai rapporti fra Stato e Chiesa col sistema cesareo-papista bizantino ⁽⁵⁾, individua piuttosto nella Legazia apostolica di Sicilia un istituto coerente con l'antica consuetudine, manifestatasi in quell'epoca anche in altri Stati europei, di attribuire vastissimi poteri *circa sacra* ai principi che avessero contribuito ad allargare ed a difendere i confini della cristianità, e accede infine all'opinione di Mario Caravale, il quale ha sottolineato come nella concessione del privilegio debba scorgersi anche un espediente posto in essere dal Pontefice per avvicinare i Normanni con un più saldo legame alla causa di Pietro mediante l'implicito riconoscimento del Re di Sicilia, con l'accettazione e l'uso del titolo di legato, di derivare dalla Santa Sede i poteri che esercitava in campo ecclesiastico ⁽⁶⁾. Chiude il saggio l'esame di alcune testimonianze contemporanee dei poteri esercitati in materia ecclesiastica dal *rex Siciliae* in epoca normanna, in particolare di quelle fornite dal canonista Uguccone da Pisa nella sua ancora inedita *Summa super Decretum*, le quali attesterebbero, secondo il Catalano, l'esistenza di istituti giuridici traenti titolo dalla concessione pontificia e la loro persistente vitalità ancora verso la fine del periodo normanno. L'analisi di queste testimonianze induce il Catalano a ritenere inattendibile l'opinione di Salvatore Fodale, il quale ha negato alla bolla di Urbano II un'effettiva rilevanza

⁽⁴⁾ La « *Regia Monarchia* » di Sicilia, in *Arch. stor. sic.*, 1967, pp. 9 ss.; *Osservazioni sulle origini della Legazia apostolica di Sicilia*, in *Il dir. eccles.*, 1968, I, pp. 205 ss., nonché negli *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1970, IV, pp. 115 ss.

⁽⁵⁾ Tesi, questa, che, enunciata in modo organico ed ampiamente documentato da F. BRANDILEONE (*Il diritto greco-romano nell'Italia meridionale sotto la dominazione normanna*, in *Arch. giur.*, XXXVI-1886, pp. 238 ss.), ottiene ancora larghissimo credito. Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Lezioni di storia del diritto italiano. Il diritto pubblico italiano nei secoli XII-XV*, vol. II, 3^a ed., Milano, 1959, pp. 25 s., 36 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. M. CARAVALE, *Il Regno normanno di Sicilia*, Milano, 1966, pp. 30 ss.

nella strutturazione del diritto ecclesiastico dell'epoca normanna, che sarebbe venuto assumendo la propria fisionomia ancor prima e comunque a prescindere dalla concessione pontificia (7). In effetti, conclude il Catalano, il privilegio legaziale della Corona siciliana verrà smantellato e perciò dimenticato soltanto in età sveva ed angioina, mentre l'opera di costruzione di un diritto ecclesiastico siculo in cui tutti i poteri regi *circa sacra* vengono ricondotti alla Legazia, concepita in forma e dimensioni assai più ampie che all'origine, sarà iniziata dai ministri dell'età aragonese sui residui dell'antico privilegio, ridotto ormai al titolo meramente onorifico di legato nato spettante al re.

La seconda parte del volume riproduce sostanzialmente il libro pubblicato nel 1950, del quale conserva anche inalterati il titolo e la struttura originaria: sette densi capitoli nei quali, con costante ed opportuno riferimento alla dottrina ed alla prassi dell'epoca, il Catalano delinea, sulla base di un'imponente documentazione tratta per la maggior parte da archivi e biblioteche siciliani, le vicende dell'istituto e la sua evoluzione, fra controversie giurisdizionali, concordati e moti rivoluzionari, dal Regno di Vittorio Amedeo II al Regno d'Italia. La ristampa è però aggiornata con richiami bibliografici alla letteratura apparsa successivamente ed arricchita dal riferimento ai problemi aperti ed alle prospettive suggerite dalla recente storiografia sul Sette-Ottocento siciliano.

La terza ed ultima parte del volume, una vasta e preziosa appendice documentaria, oltre a quanto già pubblicato nell'appendice del volume del 1950, riproduce alcuni documenti concernenti il periodo normanno, uno dei quali, il testo della *glossa* di Uguccione da Pisa al c. 97, C. XI, q. 3 del Decreto di Graziano, finora inedito nella sua integrità, costituisce un'interessante primizia.

Della ristampa del libro del 1950, di un contributo, cioè, che un venticinquennio di dibattito storiografico e di ricerche particolari ha sottoposto ad attento e prolungato collaudo, non sarebbe agevole nè proficuo discutere senza tener conto appunto di quel dibattito e di quelle ricerche. In questa sede, nondimeno, occorre precisare che il saggio rimane tuttora uno strumento indispensabile per gli studiosi di storia siciliana, anche se il lavoro di aggiornamento bibliografico ed il riferimento ai problemi aperti ed alle prospettive suggerite dalla recente storiografia, confinati come sono in note assai stringate, non sono forse riusciti a dare pienamente la misura dell'effettivo progresso che la vasta messe di ricerche sulla cultura e sulle esperienze politiche, giuridiche e religiose della Sicilia moderna ha segnato nella conoscenza e nella comprensione del periodo studiato. Basterà qui accennare, a titolo di esempio, al fondamentale problema dei collegamenti, instauratisi nel corso del Settecento, fra il tradizionale giurisdizionalismo siciliano e le

(7) Cfr. S. FODALE, *Comes et legatus Siciliae. Sul privilegio di Urbano II e la pretesa Apostolica Legazia dei Normanni di Sicilia*, Palermo, 1970, pp. 119 ss., 131 ss.

correnti più vive della cultura europea, dal gallicanismo, al giansenismo, all'illuminismo, donde nuova linfa e più moderni contenuti etici e politici trassero i vecchi istituti giuridici della Monarchia Sicula; su questo problema ha giustamente insistito la storiografia più recente ⁽⁸⁾ ed in conseguenza un mutamento delle prospettive di ricerca è intervenuto anche per lo storico del diritto.

Quanto al saggio che costituisce la prima parte del volume, al lettore è agevole constatare che esso si inserisce efficacemente nel rinnovato dibattito storiografico degli ultimi anni, suggerendo anche nuove prospettive di indagine sul tema. Su due questioni, l'una d'indole più generale, l'altra più specifica, sembra nondimeno che le conclusioni cui perviene il Catalano possano essere discusse e che le ricerche da lui effettuate siano suscettibili di opportuni approfondimenti.

La prima concerne la collocazione della Legazia apostolica nell'ambito della politica ecclesiastica normanna e dei rapporti fra il Regno di Sicilia e la Santa Sede. A questo riguardo va attentamente distinto, a mio modo di vedere, il significato attribuibile all'apostolica Legazia nel quadro della politica della Santa Sede verso il nuovo Stato normanno, da quello che l'istituto veniva ad assumere all'interno delle strutture del Regno di Sicilia. Sotto il primo profilo, la proposta interpretativa del Catalano appare perfettamente coerente con la consolidata prassi ecclesiastica del tempo e con la politica di Roma nei confronti degli organismi territoriali di nuova formazione: la concessione pontificia trovava fondamento giuridico nella consuetudine di attribuire vastissimi poteri *circa sacra* ai principi che avessero contribuito ad allargare e difendere i confini della cristianità, e giustificazione politica nella ricerca di un mezzo per avvicinare i Normanni con un più saldo legame al Papato. Ma occorre riflettere anche sul fatto che i Normanni, dal canto loro, avevano esercitato assai prima della concessione pontificia tutti i poteri *circa sacra* che in seguito furono loro formalmente riconosciuti dal Pontefice ⁽⁹⁾, e che tali poteri, al paragone di quelli esercitati da altri principi cristiani nell'Europa del tempo, assumevano ampiezza e profondità destinate a rimanere insuperate ⁽¹⁰⁾. L'instaurazione da parte dei conquistatori di un simile indirizzo di politica ecclesiastica, di un assetto di relazioni fra Stato e Chiesa che richiamava assai da vicino il cesareo-papismo bizantino, fu certo facilitato dalla persistente vitalità della tradizione culturale bizantina e dalla prevalenza numerica del clero greco nei loro dominî ⁽¹¹⁾: questo contesto, infatti, dovette suggerire ai Nor-

⁽⁸⁾ Cfr. in proposito, anche per un bilancio dello stato delle ricerche, G. GIARRIZZO, *Appunti per la storia culturale della Sicilia settecentesca*, in *Riv. stor. ital.*, 1967, pp. 569 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. DE VERGOTTINI, *op. e loc. cit.*

⁽¹⁰⁾ Si veda in proposito il fondamentale saggio di J. DEÉR, *Der Anspruch der Herrscher des 12. Jahrhunderts auf die Apostolische Legation*, in *Arch. historiae pontif.*, 2 (1964), pp. 117 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr., su questi elementi, M. SCADUTO, *Il monachesimo basiliano nella*

manni l'opportunità di atteggiarsi a continuatori del sistema bizantino, riallacciandosi ad una tradizione non interrotta neanche dalla lunga dominazione musulmana, per imporre più agevolmente la loro ingerenza in materia ecclesiastica, anche se la concezione politica posta dai conquistatori alla base di tale ingerenza si ricollegava — come è stato giustamente osservato — più immediatamente e naturalmente a « tradizioni e vicende di Normandia » e di Inghilterra, paesi nei quali la politica ecclesiastica dei Normanni rivela un significativo parallelismo con quella da loro attuata in Sicilia ⁽¹²⁾.

Quanto al problema concernente il reperimento di testimonianze coeve dei poteri legaziali esercitati dal *rex Siciliae* in epoca normanna e l'individuazione del loro significato, le conclusioni formulate dal Catalano aprono la via ad un discorso più complesso e certo più difficile in relazione allo stato attuale della conoscenza delle fonti. Occorre intanto sottolineare che nessuno dei testi all'uopo studiati dal Catalano fa riferimento alla bolla urbaniana come alla fonte del complesso sistema di privilegi in materia ecclesiastica vigente in Sicilia nel XII secolo. Sotto questo profilo, pertanto, non si può dire che le testimonianze addotte dal Catalano costituiscano un solido argomento contro la tesi di recente avanzata dal Fodale, che ha negato alla bolla urbaniana un'effettiva rilevanza nella strutturazione del diritto ecclesiastico siculo dell'epoca normanna: poichè pretendevano di esercitare autonomamente i poteri loro attribuiti dal pontefice, i normanni, che non avevano perciò sollecitato nè accettato con vero entusiasmo la bolla, si astennero in genere dal farvi riferimento, al fine di svincolare dalla concessione pontificia i poteri da loro esercitati; la bolla urbaniana passava così in secondo piano e veniva infine dimenticata, rimanendo nel più completo oblio per secoli, sino al ritrovamento avvenuto nel 1508 ad opera di Giovan Luca Barberi.

L'imponente complesso di poteri in materia ecclesiastica esercitato dai re di Sicilia costituiva nondimeno un dato di fatto macroscopico, che non poteva certo passare inosservato davanti agli occhi di cronisti e di giuristi, anche se non veniva più ricollegato ad una precisa concessione pontificia, ormai dimenticata, e veniva anzi spesso riguardato come un intollerabile abuso. Molte delle testimonianze prese in esame dal Catalano si riferiscono, in verità, ad ingerenze in materia ecclesiastica non necessariamente connesse coi poteri legaziali del sovrano: ciò è a dire, ad esempio, dei ripetuti riferimenti, riscontrabili nella canonistica dell'epoca, al sistema di collazione dei benefici ecclesiastici vigente in Sicilia, giustificabile in base al regio patronato sulle chiese

Sicilia medievale. Rinascita e decadenza (secc. XI-XIV), Roma, 1947; F. GIUNTA, *Bizantini e bizantinismo nella Sicilia normanna*, Palermo, 1950, spec. pp. 137 ss.

⁽¹²⁾ Ciò è stato sottolineato da V. D'ALESSANDRO, *Fidelitas normannorum. Note sulla fondazione dello Stato normanno e sui rapporti col papato*, in *Annali Fac. Magistero Univ. Palermo*, 1969, pp. 308 sgg.; e dal FODALE, *op. cit.*, pp. 112 ss.

siciliane piuttosto che in riferimento ai poteri legaziali del re ⁽¹³⁾. Anche a questo proposito, tuttavia, la dottrina canonistica doveva avere ben presente la singolare ampiezza dei poteri spettanti ai re di Sicilia, se ricollegava il diritto del *rex Apuliae* di « dare cui vult » i benefici del regno, non già alla posizione di regio patrono del fondatore dei medesimi ma ad una specifica seppur non meglio identificata « *auctoritas Papae* » ⁽¹⁴⁾. In questo accenno alla « *auctoritas Papae* » come al fondamento ed alla legittimazione dei poteri in materia beneficiaria spettanti al re di Sicilia, qualche studioso ha infatti colto, forse non a torto, un implicito riferimento alla Legazia apostolica ⁽¹⁵⁾.

Altre testimonianze analizzate dal Catalano alludono invece indubbiamente ai poteri legaziali. Particolarmente espliciti al riguardo sono due passi della *Summa super decretum* di Uguccione: nel primo, il canonista pisano, ricordando la pretesa del *rex Siciliae* di ricevere dai vescovi un omaggio di carattere religioso, dichiara di ritenere che al monarca non spetti tale privilegio « *quamvis sit legatus et in multis privilegiatus ut dicunt* » ⁽¹⁶⁾; nell'altro, esaminando una particolare ipotesi di contrasto fra un ordine del potere civile ed uno del potere ecclesiastico, prospetta la possibilità di risolverlo a favore del primo quando trattisi di comando impartito da un re « *qui maior est archiepiscopo iure legationis ut nunc est apulus* » ⁽¹⁷⁾. Sembra fuori di dubbio che i due passi della *Summa* di Uguccione si riferiscano esplicitamente alla posizione di legato, attribuita al *rex Siciliae*, come ad una situazione giuridica ancora attuale al momento della composizione dell'opera, cioè verso la fine del regno normanno. Ma sarebbe interessante accertare donde l'autore abbia attinto la notizia di quella situazione, giacchè egli non soltanto non allude minimamente nè alla bolla urbaniana nè ai successivi accordi dei normanni con la Santa Sede, ma mostra addirittura, nel primo dei

⁽¹³⁾ Cfr., in proposito, F. SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle Due Sicilie dai normanni ai giorni nostri*, nuova ed., Palermo, 1969, I, pp. 216 ss.

⁽¹⁴⁾ Mi riferisco, in particolare, ad un passo della *gl. ord. ad v. « Ecclesias »* in dicto ante c. I, C. XVI, q. 7: « ... Ostendit postea Gratianus quid iuris in ecclesiis ab eis fundatis laici sibi valeant vendicare. Dic ergo quod qui ecclesiam consequitur a laico, ipso iure suspensus est... nisi auctoritate Papae habeat laicus investituram, sicut rex Apuliae: tunc potest dare cui vult praeter auctoritatem episcopi... ».

⁽¹⁵⁾ Cfr. F. LIOTTA, *Note in margine all'edizione dei Beneficia ecclesiastica di Giovan Luca Barberi*, in *Annali della Scuola spec. per archivisti e bibliotecari dell'Univ. di Roma*, V (1965), p. 223.

⁽¹⁶⁾ *Gl. ad v. « genibus sacerdotum et osculata eorum »* in C. 10, D. 96. Il passo completo è stato edito da S. MOCHI ONORY, *Fonti canonistiche dell'idea moderna dello Stato*, Milano, 1951, p. 155, n. 1, trascrivendolo dal ms. Vat. Lat. 2280, f. 87 v., della Biblioteca Apostolica Vaticana; utilizzato anche da A. MARONGIU, *La forma religiosa del matrimonio nel diritto bizantino normanno e svevo*, nella *Racc. di scritti in onore di A. C. Femolo*, cit., I, 2, pp. 870 s., il passo è stato infine analizzato dal CATALANO, p. 35, che però lo tronca senza riferire il finale « *ut dicunt* ».

⁽¹⁷⁾ È il commento conclusivo al c. 97, C. XI, q. 3, edito ed analizzato dal CATALANO, pp. 36 s., 263 ss., trascrivendolo dal ms. 10247, f. 160 r. e v., della Staatsbibliothek di Monaco.

due passi citati, di riferire l'opinione di altri, senza però fornire indizio alcuno in merito alla paternità della medesima ⁽¹⁸⁾. Un proseguimento ed un approfondimento delle indagini del Catalano in questa direzione sarebbero pertanto auspicabili al fine di acquisire una più precisa conoscenza del grado di diffusione delle notizie concernenti la peculiare situazione siciliana dei rapporti fra Stato e Chiesa nella cultura giuridica dell'epoca. Una ricerca del genere dovrebbe dare con ogni probabilità risultati assai fecondi, come è dato arguire dalla ricchezza di precisi riferimenti e dalla grande attenzione alle particolari situazioni politiche e giuridiche dell'Europa di quei tempi, non esclusa appunto la Sicilia, riscontrabili nelle opere dei canonisti ⁽¹⁹⁾, e come del resto lascia intravedere il saggio offertone dal Catalano.

MARIO CONDORELLI

Dottrine giuridiche e ideologie sindacali, Materiali per una storia della cultura giuridica, a cura di Giovanni TARELLO, ed. Il Mulino, Bologna, 1973, pp. 404.

1. Come chiarisce Giovanni Tarello nell'avvertenza introduttiva, questo è il primo dei volumi monografici, cioè dedicati a singole discipline, che si inserisce nella collana « Materiali per una storia della cultura giuridica » promossa dal filosofo del diritto genovese presso *Il Mulino* e della quale sono stati finora editi tre volumi « generali », nell'intento di fornire, col contributo di giuristi cui sia congeniale la prospettiva storico-politica, apporti sulla storia recente di singole ripartizioni del giure. Ovviamente, come il prefatore pure precisa, la destinazione del primo impegno al giussindacalismo risponde al ben noto amore del promotore per questa branca, in termini di scoprimento del nesso ognora corrente tra ideologie e costruzioni giuridico-formali e qui, altrettanto notoriamente, viepiù accentuato.

Nel giussindacalismo opererebbe, in particolare, una ideologia specificatamente « giuridica », secondo la quale la natura stessa delle cose produrrebbe automaticamente una propria disciplina ed organizzazione giuridica. Aggiunge ancora T., che il materiale raccolto avvalorerebbe la tesi « sulla funzione conservatrice cui la dottrina « giuridica » adempie anche quando adoperata con propositi sovvertitori »; con un'affermazione che ribadisce una millenaria constatazione, essere cioè intrinsecamente il giurista uomo d'ordine, di quello costituito o di quello ideale

⁽¹⁸⁾ Il testo edito dal Mochi Onory non differisce se non in alcune varianti formali da quello del ms. Lat. 15396, f. 97 v.a., della Bibliothèque Nationale di Parigi, nel quale pure all' « *ut dicunt* » non segue indicazione alcuna. Non ho potuto invece riscontrare il testo del ms. 10247 della Staatsbibliothek di Monaco.

⁽¹⁹⁾ Su questo atteggiamento della canonistica cfr., anche per un notevolissimo numero di esempi e di citazioni testuali, MOCHI ONORY. *op. cit.*, *passim*.

propugnato, così come, *mutatis mutandis*, « conservatore » è il politico vuoi dichiaratamente tale nella contingenza vuoi perché s'industria per instaurare qualcosa di infinitamente migliore dell'esistente e con ciò stesso degno di essere domani conservato e difeso. Cosicché, a questo livello della generalizzazione, potremmo chiederci se, per avventura, l'uomo in sé, in quanto disposto ad un minimo di socialità (anche, putacaso, in quella ristrettamente egoistica che è tipica delle società dei malfattori), non sia « conservatore ».

In concreto il volume consta di cinque contributi: sulle origini del pensiero giuridico-sindacale in Italia, di Umberto Romagnoli; sulla teoria dei Consigli in Gramsci, di Riccardo Guastini; « *property in job* », di Franco Lombardi; sulle vicende della CGIL e della CISL negli anni « 50 », rispettivamente di Mario Ricciardi e di Tiziano Treu. A parte i primi tre saggi « monografici », negli ultimi due dedicati alla nostra storia più recente nella sua concretezza c'è, com'era inevitabile, un poco di tutto e non soltanto un discorso serrato e puntuale in conformità al titolo del libro; non solo, cioè, il tema specifico dei rapporti tra dottrine giuridiche e ideologie sindacali, condotto con un certo impegno da Treu e in maniera più sfumata se non collaterale da Ricciardi, ma le linee politiche in concreto perseguite dalle nostre due massime confederazioni sindacali dei lavoratori nel contesto generale e sui capitoli decisivi di quella nostra storia e quindi e strategie e tattiche, in generale e nei particolari. Quanto questo valga sul piano specifico dell'ideologia potrebbe dubitarsi, se per ideologia deve intendersi un complesso di concezioni relativamente consolidato nella vicenda politico-sociale-culturale, nonché di conseguenti idee-forza destinate ad incidere alquanto durevolmente. Ma, invero, il discorso può anche rovesciarsi, per il continuo scontro dialettico tra credenze e miti acquisiti e ragioni e occasioni dell'operare nel contrasto delle forze e nella spinta permanente all'esistere e all'operare in situazioni costantemente cangianti per il sopravvenire dei più vari fattori; cosicché non è infrequente il verificarsi della reciproca, che l'occasione contingente spinga a rovesciamenti ideologici, a derivare dalla contingenza nuove impostazioni d'idee, talora in senso nettamente divergente rispetto a quelle ritenute in precedenza. Il caso jugoslavo dopo la rottura del 1948 insegna; così come nella nostra specifica esperienza il 1968 fu in larga misura un fatto estraneo, certo non divisato, comportante per le chiese già costituite, a torto o a ragione non importa, inevitabilità di rovesciamenti anche teorici.

2. Guastini riepiloga felicemente la concezione gramsciana, elaborata a caldo nell'esperienza torinese del primo dopoguerra, del divenire socialista secondo le prospettive obiettive del proletariato nella crisi del vecchio « concorrenziale » (e quindi individualista e perciò « anarchico ») mondo borghese. Per G. nella fabbrica moderna, considerata come un fatto oggettivo o indipendente o neutro, e quindi nella naturale coesione dei proletari, come produttori, in quell'ambito, sus-

sistevano le basi naturali del salto qualitativo; esprimendosi la classe, nel superamento delle vecchie strutture partitiche e sindacali del tutto congeniali al modello capitalistico, con effettive capacità dirigenziali nei consigli di fabbrica, nella prospettiva dello stato operaio poggiate, appunto, sul sistema consiliare; di qui esprimendosi una nuova psicologia, una nuova moralità, concretizzandosi, in breve, gli ideali socialistici ed un nuovo ordinamento *naturaliter* basato su quei nuovi valori. Caratteristiche di questa elaborazione sono l'estraneità della tematica relativa all'organizzazione e alla direzione capitalistica del lavoro, la sottovalutazione del ruolo del partito, l'identificazione del nuovo diritto come facente corpo con la nuova realtà, quest'ultimo assunto potendosi considerare nella tormentata problematica delle teorie marxiste del diritto. Lacune (forse, meglio scolasticismi) nel giovane pensatore, come nota Guastini? Certo. Ma sono le lacune intrinseche in ogni tentativo, teorico, d'identificare in certi aspetti della realtà l'inevitabilità di spinte ideologicamente condizionate. L'alternativa seria non è questo o quell'altro teorico. Il modello contrapposto, rispetto a chi puntò su una carta in una vicenda che si concluse in cocente sconfitta, si rinviene, al contrario, in chi ebbe la ventura di poter cavalcare, anche per sua grandezza politica, il cavallo vincente ed in qualche modo costruire e, costruendo passo dopo passo secondo il succedersi delle concrete contingenze, mostrò, se necessario, di saper buttare alle ortiche ogni dogma ed ogni pregiudizio, magari non scartando nemmeno la soluzione napoleonico-personale (Lenin).

3. Lombardi riferisce sulla singolare teoria della « proprietà del posto di lavoro », naturalmente da parte del lavoratore, accennata talora, negli Stati Uniti d'America, in ambienti sindacali e da alcuni teorici, ovviamente in un contesto giuridico-formale nel quale, per le particolarità di quell'ordinamento, non c'è corrispondenza tra *property* e la proprietà quale diritto reale nell'accezione europea- continentale. In concreto siffatta teorica è emersa a proposito di due questioni: per giustificare, negli anni '30, l'occupazione dei luoghi di lavoro come mezzo di lotta sindacale e per garantire al massimo il posto di lavoro ai lavoratori anziani (*seniority rights*) in caso di riduzione del personale e in particolare quando la minaccia di licenziamento discenda da mutamenti tecnologici, proponendosi ad es. in quest'ultimo caso la liquidazione di uno speciale indennizzo compensativo dell'apporto complessivo del lavoro. La prima questione è ormai superata in ragione della scelta consolidata nel senso dell'illegittimità di quella forma di lotta. Al contrario la seconda è di più consistente attualità e l'A. ne esamina in concreto gli svolgimenti, acquisiti o possibili, in quel concreto contesto sindacale.

Afferma L. che c'è una differenza di qualità tra l'impostazione statunitense volta alla specifica tutela dei lavoratori anziani « in vista della tutela dell'integrazione sociale » e il senso che, invece, potrebbe avere da noi la tesi del « diritto al posto di lavoro » come tutela generalizzata

contro la possibilità di licenziamento in quanto tale a favore di tutti i lavoratori (p. 118). Certo gli americani non adoperano quella teorica nel possibile senso « italiano », proprio perché in quell'ordinamento il problema generale non è maturo nei termini nostrani. Ma, se si pon mente all'implicazione in concreto (tutela degli anziani in quelle situazioni), non mi sentirei di sottoscrivere la comparazione, avvertendo uno scarto di piano. Tracce di quella problematica vi sono anche nel nostro diritto del lavoro; ad es. nella normativa vigente per il settore dell'industria in ordine ai criteri di individuazione dei licenziandi in caso di riduzione di massa del personale, quivi essendo in linea di principio maggiormente tutelati gli anziani per ovvie ragioni di maggiore difficoltà di rioccupazione. Dopo di che non direi, come dice L. (*ivi*), che oltre Oceano è in questione la tutela di una minoranza « privilegiata ».

4. Nei due saggi di Ricciardi e di Treu è rievocata, direi piuttosto bene, la vicenda, allora ferocemente concorrenziale, della CGIL e della CISL negli anni '50 e la lettura complessiva dei due contributi è, almeno allo stato, quanto di meglio il mercato offre. Rispetto alla confederazione tradizionale, costituitasi saldamente sulla base delle vecchie strutture accentrate poste in periodo corporativo con larga fedeltà di massa, su posizioni nettamente antiaziendalistiche (ma ferma nella difesa della commissione interna come istanza unitaria) e con ciò disponibile per l'attuazione dell'art. 39 Cost. (non a caso in gran parte creatura dell'on. Di Vittorio), la CISL minoritaria fu l'organizzazione di rottura e di revisione in termini di superamento dell'antico pensiero corporativistico della scuola cristiano-sociale e di un'impostazione strategico-tattica del movimento del tutto nuova, nell'ipotesi ottimistica dello sviluppo progressivo del capitalismo, con una concezione irriducibilmente associativa-privatistica di modello statunitense.

Esimendomi dal sintetizzare gli svolgimenti delle due trattazioni, mi limito ad alcuni rilievi e ad una considerazione d'insieme. Ricciardi ricorda (p. 202) come e perché la CGIL ad un certo punto praticò una politica di rivalutazione delle distanze retributive tra le diverse posizioni di lavoro, specie tra le più umili categorie operaie e quelle impiegate, sostanzialmente criticando questa scelta in quanto apportatrice di divisioni all'interno della classe operaia (p. 209). Ma è da ricordare che quella scelta fu allora necessitata, perché, una volta sanate le più grosse ferite della guerra, ripresasi l'economia e apertasi la possibilità, allora largamente praticata, di concessioni unilaterali dei datori di lavoro, per il sindacato si trattava semplicemente di poter essere qualcosa anche per le più elevate categorie e di poter tenere insieme alla men peggio ed in termini di concrete utilità tutti.

L'affermazione, sempre di R. (p. 222), che la CGIL evitò di essere coinvolta in una politica « partecipazionistica » non tanto per volontà propria (si ricordi il piano del lavoro), ma per la scelta avversaria di una netta chiusura (sindacale e politica), lascia, in termini di valutazione

storica, perplessi. Il dato certo è che non vi fu né matrimonio né colloquio, mentre il processo alle intenzioni lascia, come quasi sempre, il tempo che trova.

Non capisco poi perché mai lo sganciamento delle imprese a prevalente partecipazione pubblica dalla Confindustria, non sarebbe stato una vittoria del sindacato, ma « forse il primo sintomo di una scelta strategica di una parte della borghesia italiana volta piuttosto a coinvolgere il sindacato... » (p. 234). Vittoria di *questi* sindacati almeno fu certamente; giacché da quella decisione ebbe inizio l'esperienza del settore « pilota » pesantemente condizionante tutti gli esiti contrattuali in generale. Poi, certamente, la scelta non può attribuirsi alla borghesia nell'accezione almeno tradizionale di ceto autonomo vivente e padrone di « sue » cose. La scelta fu semmai di quell'altra più recente specie di borghesia *sui generis* che ora rappresenta la classe dominante, e cioè dell'aristocrazia politica parassitaria in senso vasto come classe indipendente.

Non direi, infine, con R. (p. 235) che la legge n. 741 del 1959 sulla « conversione » in legge dei contratti collettivi di lavoro rispose alla esigenza dei sindacati tradizionali di difendersi dal sindacato « giallo » in espansione; di un siffatto fenomeno non vi fu traccia nel lavoro preparatorio della legge: il complesso dei tre sindacati « più rappresentativi » esauriva pressoché integralmente il movimento ed aveva in pratica l'esclusiva della contrattazione. Quella legge fu il risultato del consolidamento della nostra situazione sindacale « di fatto » in un sistema di reciproco riconoscimento di pari rappresentatività da parte delle tre centrali (una volta scontato che le due « democratiche » non erano in grado di eliminare la CGIL e questa a sua volta doveva forzatamente convivere, in quella situazione politica, con le prime); onde i contratti stipulati in unità d'azione ben potevano divenire legge.

Treu tratta ampiamente del superamento cislino dell'antica teorica della « categoria » (a proposito della quale, a mio avviso, vi sono tuttora interessati equivoci in giro) e dice bene (p. 278) che la fedeltà ai vecchi postulati avrebbe comportato « conseguenze confliggenti con i presupposti fondamentali dell'esperienza appena avviata dalla CISL »; soprattutto, aggiungo io, la fedeltà ai principi del vecchio sindacalismo bianco avrebbe portato diritto all'accettazione dell'art. 39 e, con tutta probabilità, al riconoscimento legale, per questa via, della posizione maggioritaria della CGIL. Quindi la questione era vitale per una centrale assunta come minoritaria; dove si constata, come dicevo agli inizi, che è spesso la contingenza che fa l'ideologia. In questo senso non è vero che la contraria impostazione avrebbe ridotto « a un non senso il pluralismo associativo di cui la CISL era espressione » (p. 280), perché le carte antiche, come il codice di Malines del 1933, parlavano chiaro: piena libertà associativa, ma confronto necessario nel quadro della categoria organizzata e rispetto della regola democratica della maggioranza (in questo in definitiva sostanzandosi l'art. 39).

Rispetto all'epoca, è dubbia l'affermazione che la CISL « nelle sue azioni concrete di pressione e di sciopero rispettava rigorosamente la distinzione tra ambito economico-contrattuale e politico » (p. 300). In verità allora, dopo il grosso episodio dello sciopero generale a seguito dell'attentato all'on. Togliatti, e che dette occasione alla scissione, si ebbero sporadicamente, da parte della CGIL, scioperi prettamente politici a carattere delimitato, sostanzialmente dimostrativo, come per la protesta contro la « legge truffa » o in occasione della venuta in Italia di qualche « boia » alleato, mentre l'esperienza recente dei massicci scioperi generali, che i giuristi sogliono denominare di imposizione economico-politica, era ancora da inventare. Si trattava piuttosto, oltre la condanna di quelle azioni dimostrative (perché la CISL era politicamente nella maggioranza), di programmata prevenzione verso un sindacato concorrente, allora sulla difensiva, ritenuto, come più volte Treu ricorda, intrinsecamente politico (ed in quanto tale per la CISL non-sindacato) e capace, all'occorrenza, di azione prettamente politica. Per questo riterrei più corretta una diversa formulazione del giudizio, nella sostanza in larga parte condividibile.

Semmai Treu limita eccessivamente la trattazione alle elaborazioni interne, in generale e su singoli problemi, della CISL; manca, ed è questa la lacuna di fondo forse deliberatamente voluta secondo il taglio isolato prescelto, il riepilogo della vicenda nei suoi genuini termini concorrenziali tra centrali di diversa ispirazione. Non v'è dubbio che, agli inizi degli anni '50, il centro dirigente della CISL coltivò il disegno di poter sostanzialmente eliminare la CGIL; i tentativi di legge sindacale diversa da quella costituzionalmente imposta furono il corrispondente della legge elettorale maggioritaria del 1953, al pari degli accordi separati del tempo. Ci fu anche un momento in cui la soluzione legalistica parve facilitata dall'incerto rapporto di forza, grosso modo verso il 1955 in ragione delle sconfitte della CGIL alle elezioni per le commissioni interne. Quel disegno naufragò per un complesso di fattori; in particolare per la sostanziale forza di resistenza della confederazione rossa nonché per il fatto che, dopo la sconfitta politica del 1953, la maggioranza andava incubando il centro-sinistra faticosamente giunto in porto dopo un decennio e questa strategia passava di necessità attraverso una qualche legittimazione della centrale nella quale i socialisti del PSI militavano. Dopo di che, sullo scorcio di quel decennio, fu inevitabile accettare come indiscutibile la necessaria coesistenza delle tre centrali con pari potere rappresentativo e, quindi, l'unità di azione: potendosi così constatare che al centro di tutto c'è la politica nel senso più eminente.

5. Nel suo saggio Umberto Romagnoli concentra in settanta serrate pagine un tema imponente, quale quello delle origini del nostro pensiero giuridico-sindacale agli albori del secolo. E si tratta del contributo di gran lunga più impegnativo alla lettura e alla valutazione critica proprio perché, mentre negli altri la narrazione di gran lunga prevale ac-

compagnandosi la riflessione degli AA. negli svolgimenti e ai margini, qui domina, al contrario, tra i puntelli dei rapidi cenni riepilogativi della vicenda, la valutazione, prepotente, in prima persona, in un succedersi rapido di giudizi. Che il contributo sia, come tutte le cose di questo A., stimolante, è indubbio. È altrettanto certo che si tratta di trattazione, come suol dirsi, fortemente « datata », cioè condotta sulla scorta immediata, troppo immediata, di talune idee-forza nella considerazione dei fatti sociali e intimamente derivanti dalla riflessione sulle più recenti vicende del movimento operaio in questa stagione italiana ed europea. La tesi di fondo può così riassumersi: in quell'età giolittiana si contesero politicamente il campo la maggioranza borghese angustamente conservatrice, ferma nel non voler concedere niente alle esigenze della controparte sociale e delle sue entità sindacali rappresentative, e dall'altra un manipolo di riformisti, arroccati nel Consiglio Superiore del Lavoro, che concepiva il sindacato come volto di necessità al compromesso ad ogni costo, nell'assoluta incapacità di progettare un'alternativa strategica di classe (pp. 51 e 52) e, quindi, coltivanti l'illusione di poter ottenere in via paternalistica taluni riconoscimenti per l'organizzazione, massimamente quello dell'efficacia generalizzata dei contratti collettivi. In campo giuridico, egualmente si contrapponevano una maggioranza retriva pronta a manipolare il diritto comune per quanto vantaggioso alla parte imprenditoriale (ed es. con la costruzione del recesso *ad nutum*), ma non per il riconoscimento dell'attività sindacale che volevasi, al contrario, stringere nel letto di Procuste del codice; ed una minoranza illuminata che, nel limite antico del naturale aristocraticismo (p. 46), mirava sostanzialmente, con talune riforme, a salvaguardare gli interessi globali del sistema (p. 45). In questa minoranza si distinse, in particolare, Giuseppe Messina nella misura in cui superò l'ostacolo del previo riconoscimento giuridico dei sindacati, avversato dalle organizzazioni in quanto suscettivo di limitare la loro libertà, come presupposto indispensabile dell'efficacia dei contratti, prospettando la possibilità di una legislazione volta a regolamentare non i soggetti, sibbene le attività dai medesimi poste in essere (p. 55). Si distinsero anche, in questa pattuglia illuminata, Redenti e Carnelutti. Il tutto però cospirando nel rilevamento delle insufficienze del diritto comune rispetto ai nuovi fenomeni collettivi e, quindi, nell'invocazione di una legislazione *ad hoc*, in un modello liberale- autoritario che poi sarebbe logicamente sboccato nella legge Rocco del 1926, non a caso salutata da Carnelutti come il coronamento della vecchia battaglia.

Per il momento voglio prescindere da valutazioni o impressioni di merito, per limitarmi al taglio, al tono, alla dimensione, rispetto al tempo e al molteplice e complesso mondo considerato, del lavoro. Il filone può essere, al pari della conclusione, giusto; ma non mi pare che il saggio possa valutarsi oltre la prospettazione di talune ipotesi di lavoro. Nego cioè che quest'opera dell'amico, almeno in questi termini, sia opera di storico. Vi contrasta la programmatica assertorietà, se è

vero che lo storico può « condannare » in blocco, ma non prima di essere penetrato nello spirito nonché nelle *nuances* della situazione considerata. Né par lecito allo storico, ad es., estrapolare in assoluto, come R. fa, un ammonimento rivolto da una rivista, *Il Monitore dei Tribunali*, ai probiviri di « studiarsi in ogni modo di sfruttare al più possibile il diritto vigente, che è pieno di risorse svariate e quasi inesauribili » (p. 21), concludendo che con quell'appello si mentiva sapendo di mentire, trattandosi in ogni caso di una manifestazione di conservatorismo giuridico in vista dell'intervento legislativo; la valutazione sarà certamente esatta, proprio perché proviene da un giurista che dell'utilizzazione del diritto in questa o quella direzione è sagace conoscitore, ma il lettore vorrebbe essere condotto per mano e con dati precisi per poter condividere o no, questo esigendo in primo luogo che si chiarisca in quale preciso contesto, rispetto a quale questione e rispetto a quali fini quell'affermazione venne fatta. Tanto più che talora R. visibilmente procede, nei riferimenti, con una certa disinvoltura, come quando (p. 43), rispetto ad un'affermazione giudiziaria giusta la quale una questione sarebbe stata eminentemente giuridica, riporta nel testo subito dopo una frase di Carnelutti « Io ho invece una gran voglia di scrivere che si tratta di una questione politica... », precisando poi in nota (n. 80) che la medesima venne scritta ad altro proposito.

In secondo luogo l'indagine storica non può non essere « interna » al mondo considerato, al sistema di valori e di miti, reali nella vita, nella cultura e nella psicologia dell'ambiente, donde una certa vicenda prende avvio; e proprio per intenderne meglio travagli, contraddizioni, mistificazioni e inadeguatezze, nonché le ragioni profonde di superamento verso inevitabili altre stagioni del divenire sociale. E questo è certamente vero anche per la storia giuridica; una storia, questa qui specificatamente considerata e giudicata, che, piaccia o no, ha alle spalle i codici della borghesia, le incrollabili certezze che vi erano riposte e quella particolare certezza che nel nostro settore è andata sotto il nome di dommatica: dietro la dommatica essendovi, ovviamente, tutta una concezione sociale. Sennonché a R., come esplicitamente afferma a p. 40, la critica « interna » dei dialoghi giuridici del passato remoto non interessa. Ci si può chiedere la ragione di questo atteggiamento. Probabilmente perché ha preso la mano la spinta d'istinto del novatore, nella tensione tipica, a livello di massa, a rivoluzionare il mondo; essendo caratteristico di questa mentalità, secondo inclinazioni pratiche di questo operare, vedere e leggere il passato in chiave di costruzione del maligno da negare e superare *in toto*. Che è poi un atteggiamento comprensibile, ma esclusivamente politico e agli antipodi da quello che allo storico si richiede, se storia è comprensione totale del passato e del suo superamento e se nella storia autentica non ci sono mai colonne infami, ma cose assai più corpose nella dialettica permanente del conflitto a vario livello. Solo eccezionalmente, invero, qualità eminenti di storico e impegno pratico possono coesistere in rara combinazione; l'esempio più

illustre è dato da Marx, profeta della rivoluzione e nel contempo storico del capitalismo e non a caso storicisticamente esaltatore di quel passaggio obbligato (con riserva del discorso, da ultimo egregiamente fatto da Domenico Settembrini, sul doppio Marx).

Ora, in termini di storia « interna » (e quindi di esatta ricostruzione della storia giuridica), la trattazione di R. mi pare spesso volte carente. Si veda, ad es., la questione di legittimità o no dello sciopero, ed in ipotesi in quali limiti, che costituì, com'è noto, un grosso e tormentato capitolo della giurisprudenza teorica e pratica a cavallo dei due secoli in tutti i paesi dell'Occidente europeo, qui sbrigata in due pagine (26 e 27), dapprima con l'asserzione che la risposta positiva al quesito avrebbe dovuto imporsi giusta il principio *inadimplenti non est adimplendum*, non essendo l'autotutela privata disconosciuta dalla migliore trattatistica, e subito dopo con l'ammissione che codesta tesi avrebbe potuto valere, in ipotesi, per quel solo tipo di sciopero che suol dirsi di protesta, lasciando aperto il problema della liceità o no dell'astensione collettiva dal lavoro fuori dei limiti dell'inadempimento. Egualmente dicasi per il problema delle conseguenze dello sciopero sul piano delle obbligazioni del datore di lavoro verso i terzi (p. 40 e ss.); qui sono d'accordo con R. per quanto attiene alla rilevanza politica della soluzione che andò allora affermandosi, anche perché sono indubbie le mie simpatie per l'impostazione, credo più rigorosa, che da ultimo, nella nostra esperienza, è legata alla solitaria testimonianza di Giuseppe Osti. Ma è altrettanto vero che, si voglia o no, le moderne e prevalenti teoriche sul problema generale dell'impossibilità liberatoria, che storicamente presero avvio da quel grosso problema, suonano in altra direzione, in termini di maggiore « comprensività », magari ed ancora in collegamento a principi ora esaltati, come la buona fede, per ricostruire l'intero diritto delle obbligazioni. E so per scienza diretta che autorevoli studiosi, elaboratori e sistematori di queste concezioni ora correnti e nel contempo ideologicamente alieni dalla causa « padronale », giungono per coerenza interna di teoria alla conclusione della rilevanza liberante, di massima, da responsabilità; dove si può constatare che le costruzioni teoriche, una volta enunciate in un contesto generale, hanno un'inevitabile portata indipendente che s'impone alla casistica, donde il *quid* specifico della giurisprudenza e la sua logica interna *relativamente* autonoma. Per altro verso potrebbe osservarsi, in termini economici, che la conclusione liberatoria non funziona solo come una sorta di mutua assicurazione della classe imprenditoriale contro il rischio di sciopero, ma incide e si ripercuote nella sfera della parte sociale contrapposta, distribuendo altrimenti il costo che in secondo grado anche qui naturalmente si ripercuote, facendone le spese questi e non altri.

Resta, politicamente, la valutazione del riformismo socialista. R. mprovera (p. 51) ai componenti « operai » del Consiglio Superiore del Lavoro di aver affrontato i problemi relativi all'eventuale regolamentazione sindacale « nella prospettiva e con la logica proprie dell'avver-

sario di classe », concependo, come ho detto, il sindacato secondo una politica integrazionistica, rinunciando ad elaborare una politica di classe antagonistica. E riporta a testimonianza diverse dichiarazioni di comprensione, se non « piagnone ». Senonché tutto questo mi pare insufficiente ai fini di una valutazione globale, trascurando la sede e l'occasione di quelle prese di posizione e, soprattutto, dimenticando che per la parte operaia la posta in giuoco, socialmente non indifferente, era quella dell'efficacia generalizzata e cogente dei contratti collettivi a fine di protezione sociale e per le fortune intrinseche del sindacalismo; anche perché, trattandosi di convincere esponenti di altre forze contrapposte, la spinta meramente oratoria alla presentazione della buona causa, con talune concessioni alle ragioni dell'altro, certo agiva. Tanto più che le prese di posizione in senso critico R. le ricava non dall'infiammata oratoria parolaia di Enrico Ferri o dai fogli del sindacalismo rivoluzionario, ma dalle pagine della turatiana *Critica Sociale* e per la penna, guarda caso, di Ivanoe Bonomi! (p. 63 e p. 70). Dopodiché i diversi materiali, tutti provenienti da uomini del medesimo cenacolo, vanno pur coordinati. Lasciamo da parte il discorso, storicamente ozioso, se era allora possibile un'alternativa globale. Il fatto è che, giudizio sulla congruità o no della prospettiva globale, tutta la rete delle istituzioni proletarie fu allora, e lo fu fino al fascismo, di promozione e direzione riformistica: il sindacalismo nell'industria con le prime conquiste contrattuali frutto dell'azione diretta e degli scioperi dai quali non consta che quegli integrazionisti fossero assenti; le leghe contadine, le cooperative, le società di mutuo soccorso etc. Mentre l'alternativa globale degli altri non venne fuori, quel poco o quel molto che in quell'epoca si costruì fu di fattura riformistica, naturalmente giuocando su tutti i piani del possibile e del realizzabile, nel duro scontro di classe e nel contempo utilizzando tutte le occasioni « legali ». Né si può certo pretendere di operare una valutazione integrale, considerando di un movimento un solo spaccato, per giunta largamente tattico. Si dica piuttosto, condividendo o no, che un'alternativa ed una strategia c'erano, ovviamente, anche in questa linea, nel senso del progressivo estendersi e consolidarsi delle istituzioni proletarie, nella lotta « di mestiere » di cui al manifesto costitutivo di Genova e secondo modelli che allora parevano acquisiti in qualche altro paese più avanzato.

Certo l'incontro possibile tra questo movimento e la minoranza illuminata mancò o fu parziale; così come è vero che, rispetto a quei progetti, la classe padronale ancora preferì « la misurazione dei rapporti di forza » (p. 65). Ma, ancora una volta, è da dissentirsi dal tentativo di presentare Luigi Einaudi come teorico di questa sorda resistenza conservatrice (v. p. 65 e p. 67), estrapolando all'uopo le posizioni critiche verso le soluzioni arbitrali caratteristiche dell'A. E questo non solo perché, su questa questione specifica, vi era concordanza tra l'economista liberale e i più di parte operaia (v. i passi citati a p. 70). Ma soprattutto perché Einaudi, liberista convinto e quindi avverso ad ogni intervento

eteronomo, teorizzò il salto, qualitativo, dal liberismo angustamente atomistico o individualistico al liberismo che volle fare i conti, proprio in termini modernamente contrattuali nella nuova realtà, col libero sviluppo delle organizzazioni sindacali sul modello, esaltato, dell'esperienza britannica. Einaudi era stato, nello scorcio drammatico del secolo in cui l'avvenire liberaldemocratico del paese era parso in crisi, il teorico del necessario ed utile sviluppo del nostro « tradeunionismo » in termini di libertà a livello collettivo. Chi dedicò attenzione agli scioperi del biellese, chi violentemente insorse contro lo scioglimento prefettizio della camera del lavoro genovese, chi raccolse i numerosi ed ancora essenziali contributi, sotto il titolo *Le lotte del lavoro*, nella collana gobettiana, non può essere presentato, a mio avviso, come il giustificatore di un arido e miope calcolo della borghesia, valido solo nella contingenza. Il liberale Einaudi non fu mai un sordo conservatore.

Infine, certamente il brano del Vidari che R. riporta a p. 28 sulla tirannide popolare insita nelle realizzazioni e nelle azioni del proletariato, nella sua assolutezza è di inequivocabile animo sanfedista. Ma anche qui le situazioni sono, come sempre, a molte facce, senza possibilità di tracciare confini netti tra bene e male. Il processo di crescita, anche civile e quindi di generale utilità, di quel movimento fu indubbio; ma non senza, talora, aspetti negativi o parassitari specie per la situazione determinatasi nelle campagne della Bassa e nella prospettiva di decollo o no della nostra economia; si veda, in proposito, la lucida analisi di Giuseppe Are, *Economia e politica nell'Italia liberale*, ed. Il Mulino, Bologna, 1974, spec. p. 149 e ss.

GIUSEPPE PERA

Carlo GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*, Bari, Laterza, 1974, pp. XIII-460.

Può sembrare persino assurdo che dalla lontana pubblicazione della *Storia costituzionale del Regno d'Italia (1848-1898)* di Gaetano Arancio Ruiz siano dovuti passare più di settanta anni prima di poter rileggere una nuova organica *Storia costituzionale d'Italia (1849-1948)*, quella che Carlo Ghisalberti ha pubblicato lo scorso anno presso l'Editore Laterza. Ma a pensarci se ne comprende il motivo. Perché gli anni giolittiani erano troppo vicini alla prima pubblicazione e così poco portatori di cambiamenti istituzionali pur nella grande ascesa del Paese, per consentire una riconsiderazione critica; e perchè, dopo la prima guerra mondiale, quando i mutamenti lo avrebbero consentito, l'avvento del fascismo stravolse ogni possibilità di valutare serenamente il lungo e difficile affermarsi di una democrazia parlamentare dalle originarie forme costituzionali, e finì per dare risalto polemico a quelli che erano stati gli aspetti deteriori ma non essenziali del sistema parlamentare italiano.

Nè, dopo la seconda guerra mondiale, vi è stato un riaccendersi d'interesse per le tematiche istituzionali. Nel clima di ripudio dell'esperienza prefascista come portatrice del fascismo, e di globale riconsiderazione, talora aprioristicamente negativa, del Risorgimento e del post-Risorgimento, la storiografia italiana del secondo dopoguerra ha volto le proprie attenzioni ai movimenti politici che avevano osteggiato l'Italia ufficiale pre-fascista e che ora erano i massimi protagonisti della lotta politica italiana, come la Democrazia Cristiana e il partito socialista e il comunista. Sì che sappiamo ormai tutto o quasi del movimento cattolico e del movimento operaio di ispirazione marxista dell'Italia pre-fascista, ma pochissimo delle forze politiche che per un sessantennio hanno detenuto il potere. Solo recentemente gli studiosi sono tornati a interessarsi di quelle forze politiche, a riconsiderarle nelle loro differenziazioni e contrapposizioni anzichè vederle come un solo blocco conservatore, e a calarne i dibattiti nella realtà politica e sociale dell'epoca in cui operarono. E più in generale si sono volti all'esame della società italiana, nelle sue articolazioni sociali, nei suoi mutamenti economici, nelle sue espressioni politiche; e anche nella sua organizzazione istituzionale, come attestano gli studi sull'amministrazione apparsi negli ultimi anni.

Ma mancava appunto una riconsiderazione globale dell'esperienza costituzionale italiana. Nel 1960 era già uscito, in verità, *Il regime parlamentare nella Storia dello Statuto albertino* di Giacomo Perticone, che affrontava con un rapido excursus i termini essenziali del problema; e nel 1967 era uscita *La Storia del potere in Italia (1848-1967)* di Giuseppe Maranini, uno studioso che aveva sempre volto i suoi interessi alle tematiche istituzionali e che da posizioni e convinzioni personalissime, come l'indispensabilità di un sistema elettorale uninominale a un turno al fine di creare solide maggioranze di governo e un'effettiva indipendenza dell'esecutivo dal Parlamento e un efficace controllo di quest'ultimo sull'esecutivo, e in nome di ferme battaglie contingenti, come quella contro la degenerazione partitocratica, riusciva come pochi a individuare e a far individuare il nesso e le interdipendenze fra istituzioni e vicende politiche e sociali. Ma erano libri di approccio o di battaglia dietro la pur penetrante analisi.

Lo studio di Carlo Ghisalberti ha costituito così una novità significativa. Sia per il tema affrontato, colmando una grave lacuna dei nostri studi, sia perchè giunge dopo il ripensamento critico cui la storiografia ha sottoposto l'esperienza italiana post-unitaria.

Muovendo dall'elargizione degli statuti da parte dei sovrani italiani nei primi mesi della grande rivoluzione europea del 1848, l'autore giunge alla costituzione repubblicana di cento anni più tardi, esaminando l'esperienza subalpina nel decennio che preluse all'unità nazionale, e poi il contrastato imporsi dell'interpretazione parlamentare dello statuto su quella costituzionale, e tramite essa l'avvento della democrazia nel sessantennio dall'unità al fascismo, e poi lo stravolgimento del regime

e la nascita delle istituzioni repubblicane, nelle novità e nella continuità con quelle prefasciste. Non solo quindi la storia dello statuto albertino, ma la storia della democrazia parlamentare italiana, nella sua difficile genesi, nel suo travagliato affermarsi: e con l'occhio rivolto non solo agli esclusivi aspetti istituzionali ma anche alle vicende politiche e agli sviluppi della società. Una storia delle istituzioni quindi continuamente legata al mutare della vita economica, sociale e politica dell'Italia, e nella quale lo statuto albertino è solo il punto di avvio e poi il punto di riferimento di una più vasta problematica: punto di avvio di un regime di libertà politiche, e punto di riferimento nel dibattito fra coloro che dallo statuto muovevano per un più aperto progredire democratico, e coloro che con intenti conservatori si rifacevano proprio alla lettera dello statuto per impedirlo.

Le vicende del '48 e del '49 erano state subito emblematiche nel precisare i limiti del punto di avvio, che nascevano dall'indispensabilità di un atto costituzionale concesso dai sovrani, e dall'inattuabilità di una costituzione conquistata per un moto rivoluzionario. Era una conclusione cui la classe dirigente liberale e in primo luogo il ceto borghese in ascesa era già giunta sulla base delle vicende del 1821 e poi del 1831, ma che le vicende siciliane e la tragedia della Repubblica Romana nel '49 ribadirono indiscutibilmente. Ma se i condizionamenti internazionali, e all'interno dei singoli stati l'attaccamento tradizionale per le rispettive dinastie, o nel caso della Santa Sede il secolare rispetto per i valori religiosi, rendevano impossibile una vittoriosa affermazione rivoluzionaria, e senza alternative una concessione dello statuto dall'alto, proprio questa genesi apriva immediatamente il problema sui poteri effettivi della Camera eletta rispetto alla sovranità regia.

Tutti gli statuti elargiti nei vari stati italiani avevano una simile impronta costituzionale, di una Camera eletta a suffragio ristretto e affiancata da una di nomina regia, e con poteri esclusivamente legislativi senza possibilità di condizionare il governo, che era nominato e rispondeva solo ed esclusivamente al sovrano. Nell'euforia della concessione degli statuti e più ancora dello scoppio della prima guerra d'indipendenza contro l'Austria le possibili divergenze fra le aspirazioni della rappresentanza elettiva e la politica dei sovrani non apparvero. Ma quando Pio IX fu costretto a ritirare il proprio contingente dalla guerra di fronte alla minaccia di uno scisma austriaco, rispondendo all'indiscutibile prevalenza del principio dell'universalismo cattolico su quello nazionale italiano, e poi quando la sconfitta piemontese e toscana rivelò inadeguati i criteri tradizionali di conduzione della guerra, suscitando le illusioni della minoranza democratica di una guerra popolare, immediatamente il rapporto fra sovrani e governi e rappresentanza eletta entrò in crisi, che si trasformò a Roma e a Firenze in crisi di regime con l'abbandono delle rispettive capitali da parte di Pio IX e del Granduca Leopoldo II (cui seguirono a Roma la tragedia epica della Repubblica Ro-

mana e a Firenze l'ingloriosa tragi-commedia di Guerrazzi e Montanelli). Solo a Torino la crisi non diventò crisi di regime per l'autorità indiscussa della dinastia sabauda e per l'immedesimazione di Carlo Alberto con la causa della guerra all'Austria, fino a identificarsi con la denuncia dell'armistizio voluta dal governo e essere poi costretto dal repentino disastro all'abdicazione. Non a caso le conseguenze nei tre paesi furono difformi: se a Roma e a Firenze proprio l'esperienza del '48 sospinse i sovrani dopo la restaurazione a non ripristinare gli statuti, per non incorrere nuovamente nel pericolo di veder espressa nella rappresentanza eletta una politica nazionale che non potevano condividere per motivi religiosi o vincoli familiari, a Torino il nesso tra aspirazioni liberali e nazionali fece sì che lo statuto sopravvivesse alla disfatta. Uno dei motivi di fondo del rapido processo unitario di un decennio più tardi, e del modo plebiscitario e dinastico con cui si attuò, è proprio qui: perchè il mancato ripristino degli statuti allontanò definitivamente dal Pontefice e dal Granduca (così come dal Re delle Due Sicilie), quei ceti liberal-costituzionali, che costituivano indubbiamente la maggioranza nel mondo politico italiano dell'epoca, e che avevano plaudito alla restaurazione, fiduciosi di un pacifico e graduale ritorno ai principii statutari, nel rispetto delle dinastie e delle tradizioni, come Ricasoli a Firenze e Minghetti e Pasolini nello Stato Pontificio. Ciò che spiega il fulmineo precipitare di secolari poteri sovrani nel '59 e nel '60 dopo un decennio di stasi politica quasi totale, senza che nessuno si levasse a difenderli, a differenza di dieci anni prima.

La delusione interna e lo straordinario alone che circondò per contro il regime piemontese sono perciò alla base degli sviluppi successivi. Ma ciò non toglie che la stessa esperienza di Torino fosse stata tutt'altro che facile, e anzi subito solcata da profondi contrasti. Perchè subito il principio per cui i governi rispondevano al sovrano senza bisogno della fiducia della Camera fu infranto dalle dimissioni del primo Ministero costituzionale piemontese, quello di Cesare Balbo, in seguito a un voto della Camera che respingeva un emendamento governativo; e poi travolto dai Ministeri successivi, in particolare da quelli di Gioberti e di Chiodo, di evidente emanazione parlamentare. Il fallimentare esito della guerra consentì, e più ancora costrinse, il nuovo sovrano Vittorio Emanuele II a riassumere veri e propri poteri di capo dell'esecutivo mediante il Ministero D'Azeglio e a ricorrere allo scioglimento ripetuto della Camera per piegarla ad accettare i termini della pace. Dalle prime convulse « estensioni parlamentari » delle norme statutarie si era tornati così alla lettera costituzionale; ma la crisi aveva dimostrato da un lato la volontà della Camera di porsi come espressione della volontà del paese anche nelle scelte politiche, e dall'altro aveva sollevato un problema di fondo, la necessità di una sostanziale identità di massima fra la linea del sovrano e quella della Camera anche per l'attuazione rigorosamente « costituzionale » dello statuto, senza di che diventava inevita-

bile rifluire su un regime assoluto oppure riprendere la via di un'interpretazione parlamentare. In effetti quest'ultima prevalse nuovamente e rapidamente con Cavour, fin dal momento in cui, nel 1852, con il « conubio » famoso fra la parte meno conservatrice della Destra e quella meno avanzata della Sinistra ascese alla presidenza del Consiglio. Vi era, nella scelta di Cavour, molto di contingente e di personalistico, e anche di anormale, nel senso che non era tanto la maggioranza parlamentare a indicare una politica e il suo esecutore, quanto lui stesso a promuovere e ad appoggiarsi ad una certa maggioranza per farsene forte contro gli altri esponenti della Destra e contro lo stesso sovrano. Ma al di là dell'anomalia, con Cavour l'interpretazione parlamentare si afferma pienamente assieme all'altro fondamentale aspetto della politica italiana, che parve momentaneo e doveva rivelarsi invece una costante, e cioè che le maggioranze politiche italiane si sarebbero impennate nel centro della Camera, talora verso il centro-destra o talora verso il centro-sinistra, ma quasi sempre con una opposizione diversificata ma contemporanea alle due ali.

* * *

L'unificazione nazionale esaltò al massimo il prestigio del sovrano, ma ne attenuò indubbiamente i già scossi poteri. Simbolo e personificazione suprema dell'unità di un paese che unito non era stato mai, che era abitato da venticinque milioni di abitanti per due terzi analfabeti, e che per almeno altrettanti neppure comprendevano la lingua italiana, e che erano in maggioranza fedeli a una Chiesa privata del suo millenario scudo territoriale e perciò ostile all'unità, Vittorio Emanuele II aveva una funzione insostituibile. Nel senso che solo il sentirsi tutti sudditi dello stesso re creava quel vincolo unitario, che invano si sarebbe cercato nella consapevolezza di comuni valori nazionali e civili, se non nella borghesia o nei ceti popolari di città.

Ma era altresì vero che i plebisciti che avevano sanzionato l'unificazione avevano riconosciuto ai cittadini un'irreversibile possibilità di scelta politica. Da quel momento i termini stessi del dibattito istituzionale cambiano. Cavour volutamente aveva dato ai plebisciti il significato di adesione all'unità, ma non di alterazione del sistema statutario corretto dall'interpretazione parlamentare, e aveva ribadito, contro le velleità garibaldine di una Costituente, il valore della mediazione parlamentare. Su questa base nascerà lo stato accentrato e uniforme di stampo francese, che sopravviverà sostanzialmente fino al varo delle regioni, cinque anni fa; ma proprio per questo la mediazione parlamentare diventava essenziale e nello statuto, diventato carta fondamentale del nuovo Regno d'Italia dopo esserlo stato del Regno di Sardegna, si vedevano più gli aspetti « flessibili » e aperti che la pura lettera costituzionale, superata e smentita dalla prassi cavouriana. Certo, questo non significava che la Corona accettasse di buon grado l'ac-

centuazione parlamentare; al contrario, almeno nel primo decennio post-unitario vi sono evidenti fasi di ritorni « costituzionali », ma non tanto per rivalse di principio, quanto per evidenti e contingenti esigenze di governo di fronte alle frantumazioni della Camera e alla sua incapacità di esprimere scelte precise e maggioranze solide, sì che le iniziative del sovrano erano riconducibili all'immagine del re garante dell'unità e della continuità di governo, più che a quella del re « costituzionale ». Sul principio, era ormai incontestabile che il governo dovesse godere della fiducia sostanziale, comunque espressa o anche non espressa, della Camera.

L'avvento della Sinistra al potere, e poi l'allargamento del diritto di voto nell'82 pur senza giungere al suffragio universale, cui ostavano il nesso ritenuto fondamentale fra il voto e un minimo di istruzione e il pericolo clericale (non a caso il suffragio universale si avrà quando l'ascesa del paese si sarà rivelata più rapida dei lentissimi tempi di applicazione dell'obbligo scolastico, e quando il contrasto tra Italia e Santa Sede sarà stato superato), non potevano che rafforzare quella tendenza. Ma unitamente all'altra, di governi che si rifacevano a maggioranze eterogenee e composite e pertanto propense a modificarsi marginalmente senza scelte approfondite e meditate, accentuando la preferenza per crisi extraparlamentari.

Giustamente Carlo Ghisalberti si sofferma a lungo su questi aspetti degenerativi, che vanno in verità ben al di là del fenomeno trasformistico di Depretis, e che sono impliciti in un sistema rigido che ha smentito l'illusione di ricreare a Montecitorio l'immagine britannica dell'alternanza di due partiti, e che al contrario vede le maggioranze ancorate al centro della Camera con piccoli spostamenti ai margini. Perchè è da essi, e dagli aspetti corruttori che assunsero, che nacque quel discredito parlamentare, dettato anche dall'evidente incapacità delle forze politiche di saper affrontare con provvedimenti adeguati il prorompente problema sociale, che fece riesumare sullo scorcio del secolo i miraggi costituzionali. La cui riesumazione non era però un ritorno convinto a principi caduti in disuetudine, ma un ritorno strumentale. O per una chiara esigenza di conservazione contro il crescente e dilagante movimento operaio con tutto quello di tenebroso e sconvolgente che pareva prefigurare, o nel caso migliore, come in Sonnino, per fini progressisti (un governo efficiente, sottratto alle paralizzanti diatribe e divisioni parlamentari, e pertanto in grado di affrontare i problemi; e nello stesso tempo una Camera ricondotta — non dovendosi più occupare di giochi di maggioranza — a una proficua produzione legislativa), ma con uno strumento che negava e smentiva il progrediente moto di democratizzazione.

Non era per quella via che si sarebbero risolti i problemi istituzionali che nascevano dall'inserimento nella lotta politica delle grandi masse operaie e contadine, fino allora estranee. Ma la crisi tragica di quella fine di secolo, conclusasi con l'assassinio di Umberto I, servì a spegnere

per sempre ritorni velleitari a principii superati, e a mettere invece in risalto la grandezza del disegno di Giolitti e l'importanza fondamentale della svolta di cui si fece promotore all'inizio del '900, al fine di superare la contrapposizione fra ascesa popolare e Stato, incanalandola anzi nell'alveo istituzionale. Carlo Ghisalberti approfondisce gli aspetti positivi della scelta giolittiana, e l'indiscutibile ripresa delle istituzioni parlamentari, in un clima di aperture sociali e di prorompente sviluppo economico, che dettero la sensazione che l'Italia si fosse finalmente inoltrata sulla via di un generale progresso e mantenesse il passo con i grandi paesi europei. Ma ne rivela altresì gli aspetti negativi, la diminuzione di fatto del potere delle assemblee rispetto a quello del governo, nel momento stesso in cui il principio della sovranità popolare veniva sancito dal suffragio universale, il peso crescente della pubblica amministrazione, il peso nuovo degli interessi industriali, i deteriori metodi elettorali nel Mezzogiorno, e in genere la sensazione di spegnere le contrapposizioni ideologiche proprio quando la nuova atmosfera del '900 faceva germogliare nuovi ed estremisti fermenti ideali, da quelli nazionalisti a destra a quelli rivoluzionari a sinistra, pericolosi proprio per i principii democratico-rappresentativi nei quali Giolitti si identificava.

Al termine del quindicennio che da lui prese il nome il risultato della sua opera era imponente: un paese in straordinaria ascesa e soprattutto fiducioso di se stesso e del proprio avvenire, una democrazia affermatasi mediante il suo strumento massimo, le forze tradizionalmente ostili allo Stato — quelle cattoliche e quelle socialiste — inserite in tutto o in parte nell'ambito istituzionale. Ma era una costruzione che avrebbe avuto bisogno di tempo per assestarsi e consolidarsi. Dovette invece affrontare la prima guerra mondiale.

* * *

La dichiarazione di guerra parve colpire duramente le prerogative parlamentari. Fu più una sensazione che una realtà. Perché avendo la maggioranza giolittiana e neutralista accettato spontaneamente il principio che dovesse essere inderogabilmente risolto il problema delle terre irredente, ne veniva implicita l'accettazione della guerra se non si fosse raggiunta una soluzione pacifica; e poichè le trattative erano fallite (e Giolitti si era volutamente tenuto in disparte), la guerra diveniva inevitabile. Non fu pertanto un'accettazione coartata, ma la necessaria conclusione dell'impostazione data al problema. Ma non v'è dubbio che nacquero sensazioni e stati d'animo che dovevano pesare dipoi: da un lato si spezzò il nesso fra istituzioni e movimento operaio, dall'altro nacque l'impressione di un Parlamento incapace di comprendere le grandi idealità nazionali. E ove si consideri poi l'esautoramento, questo sì, effettivo, delle Camere per tutto il corso della guerra, ne viene in piena evidenza come dopo il conflitto fosse da ricostituire dalle fondamenta il prestigio delle istituzioni parlamentari.

In apparenza non avrebbe dovuto essere difficile, stante il trionfo dell'ideale democratico al termine del conflitto. Invece, proprio quando la democrazia rappresentativa si affermava in tutta Europa sulle rovine degli imperi centrali, il regime in Italia precipitò in una crisi mortale. Il paese si disarticolò in tre settori, fra un'imponente sinistra socialista proiettata verso il miraggio rivoluzionario sulla scia della rivoluzione sovietica, una destra eversiva in nome della rivendicazione di Fiume e della Dalmazia — numericamente debole, ma con l'appoggio delle forze armate e dell'opinione pubblica sensibile ai valori patriottici — e in mezzo il tradizionale mondo politico liberal-democratico, ma paurosamente ridimensionato dalla proporzionale (che Ghisalberti critica non in sè, ma per il momento e l'avventatezza con cui fu attuata), e in ogni caso frantumato in più nuclei incapaci di creare maggioranze solide con il nuovo partito popolare. Per la prima volta dall'unità lo statuto fu messo in discussione, specialmente per quella parte che sottraeva la politica estera al diretto assenso parlamentare; ma ancora una volta le istanze di rinnovamento istituzionale furono calate da Giolitti nella forza mediatrice dello statuto, visto come cornice che consentiva di allargare in senso democratico il contenuto. Il vero problema però non era più lì. Era che larghi settori non si riconoscevano più nei valori statutari, e quelli che vi si riconoscevano — per dissensi paralizzanti o per timore della minaccia rivoluzionaria — non poterono o non vollero sbarrare la via al nascente fascismo. Invano i partiti allora e poi si appelleranno e accuseranno Vittorio Emanuele III di essere venuto meno ai suoi compiti sovrani: ma — a parte l'anacronismo di questo riconoscimento di poteri che erano stati duramente contestati, specialmente negli ultimi anni — era pressochè impensabile che un sovrano timoroso del futuro (era il solo rimasto sul trono fra i grandi paesi del continente) assumesse iniziative di conflitti interni contro la parte politica che si rifaceva ai valori nazionali e patriottici nei quali si identificava la dinastia, e per giunta per impedirne l'ascesa al potere quando tutti i partiti liberal-democratici l'avevano già patteggiata.

Lo statuto si avviò a una fine ingloriosa: non solo spento nei suoi valori essenziali, ma con l'amara ironia di vedere quella che era stata la sua grande forza — la capacità mediatrice di recepire nei suoi articoli tutte le nuove istanze democratiche — servire a rendere meno traumatico l'avvento della dittatura.

* * *

Non era un fenomeno isolato all'Italia, anche se fu l'Italia la prima a darsi e a proporre agli altri paesi la nuova immagine delle moderne dittature di massa di stampo fascista. Ben presto quasi tutti i paesi dell'Europa centrale, mediterranea e balcanica avevano seguito l'esempio. Di riflesso la posizione già precaria della dinastia ne fu sempre più coinvolta. Il formalismo giuridico di Vittorio Emanuele III, il suo

trincerarsi dietro le decisioni e le volontà parlamentari (proprio quello che suo padre e soprattutto suo nonno avevano cercato di evitare) non bastavano più ad assolverlo da ogni responsabilità. Eppure proprio al momento dell'abbattimento del regime fascista, alla vigilia della disfatta militare nella seconda guerra mondiale si vide quale grande funzione la dinastia poteva ancora svolgere. Perchè, come del resto anche negli altri paesi monarchici alleati della Germania, la dinastia ha potuto scindere le proprie sorti da quelle del regime, nell'intento di sottrarre il paese al disastro finale. Nella realtà l'iniziativa di Vittorio Emanuele III, salutata dal tripudio generale, fu inficiata dalla catastrofica attuazione dell'armistizio, che spaccò il paese e lo precipitò nella più spaventosa tragedia della sua storia recente. Ma sul piano istituzionale la presenza fisica del re nel sud d'Italia salvò la legittimità del governo e la continuità del potere. Era ovvio che i partiti antifascisti non vi si riconoscessero, soprattutto quelli di sinistra; ovvio di conseguenza il divampare del dibattito che paralizzò al sud ogni iniziativa politica, non avendo i partiti la forza per imporre la propria volontà a Vittorio Emanuele III che non intendeva abdicare. Finchè la svolta togliattiana di Salerno inalveò le nuove istanze politiche nel tradizionale quadro istituzionale, in attesa che libere elezioni potessero decidere del futuro aspetto istituzionale e della nuova carta costituzionale.

Carlo Ghisalberti esamina quanto è rimasto nella nuova costituzione repubblicana degli ordinamenti pre-fascisti. Vi sono aspetti di matrice cattolica, come le regioni, e di matrice socialista, come nelle disposizioni programmatiche, ma il corpo centrale delle norme che riguardano l'ordinamento dello stato e le garanzie a tutela dei cittadini si ricongiungono alla tradizione risorgimentale e liberale e più in genere al modello delle democrazie occidentali. Con formulazioni che in parte modificano ma soprattutto scrivono quanto nell'esperienza statutaria era diventata una prassi non scritta. Fondando comunque un regime democratico che a quasi trent'anni dalla nascita si è finora mostrato vitale.

Un quadro — come si vede, questo offertoci da Carlo Ghisalberti — di straordinaria ampiezza. E proprio perchè tale, sollecitatore di studi e di problemi, che ci riportano al dramma della libertà in questo secolo, al nesso essenziale fra istituzioni che vivono nella misura in cui riflettono le istanze genuine del paese, ed a un tempo le sollecitano e le inalveano in ordinamenti rispettosi della libertà.

LUIGI LOTTI

Mario GIULIANO, *Diritto internazionale*, voll. I (pp. XLII-611): *La società internazionale e il diritto*; II (pp. XXXV-520): *Gli aspetti giuridici della coesistenza degli Stati*; Milano, Giuffrè, 1974.

I. Con quest'opera il G. conferma di essere tra i protagonisti del pensiero giuridico italiano, nel quale rappresenta una posizione-chiave dai primissimi anni del dopoguerra in poi. Un bilancio più approfondito

potrà essere fatto solo dopo la lettura del terzo volume, che concluderà l'opera, e che sarà dedicato al tema degli aspetti giuridici della cooperazione tra Stati. Questo ultimo volume non è ancora uscito nel momento in cui scriviamo (l'a. ne promette la pubblicazione entro il 1975), ma già i primi due consentono di rendersi ampiamente conto del significato di questa nuova fatica del nostro internazionalista, la cui operosità scientifica è eguagliata da pochi altri studiosi, pur presenti vivamente sul campo.

L'altissimo significato pratico del manuale è fuori discussione, di ogni discussione. Il G. profonde anche in quest'ultimo lavoro alcune qualità sue inimitabili: lo scrupolo documentario e la capacità di far *vivere* nella pagina la prassi e le questioni che essa solleva. In particolare, la chiarezza del dettato e lo stile lucidissimo, l'eleganza dell'argomentare e la solidità dell'impostazione caratterizzano anche questo manuale del G., che sembra abbia direttamente derivato nella forma più pura le suddette qualità dal suo maestro Roberto Ago.

L'architettura dell'opera è maestosa. Il primo volume si divide in tre parti. La prima (suddivisa in tre capitoli) riguarda il tema « diritto internazionale e società internazionale ». La seconda (suddivisa in quattro capitoli) tratta di « scienza giuridica e diritto internazionale ». La terza (che comprende otto capitoli) è dedicata alle « questioni generali del diritto internazionale ». Questa terza parte meriterebbe di per sé una recensione: basti dire che essa riguarda, tra gli altri non meno interessanti, gli argomenti della codificazione, del diritto dei trattati, dei soggetti, dell'illecito e della responsabilità e che, in particolare, i tre capitoli dedicati al diritto dei trattati (formazione, applicazione, vicende invalidanti), costituiscono la prima trattazione italiana della materia, di carattere completo, alla luce della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

Il secondo volume si divide, a sua volta, in tre parti. La prima (articolata in quattro capitoli) esamina la materia della « delimitazione territoriale dell'autorità degli Stati ». La seconda (che comprende quattro capitoli) riguarda la « delimitazione non territoriale dell'autorità degli Stati ». La terza (suddivisa in cinque capitoli) attiene allo « esercizio dell'autorità dello Stato e la sua tutela in territorio altrui ». Il terzo volume riguarderà, come si accennava, « gli aspetti giuridici della cooperazione tra Stati » e comprenderà altre quattro parti, suddivise a loro volta in capitoli, dedicate la prima (settima dell'opera completa) alla « cooperazione tra Stati in materia economica », la seconda alla « cooperazione tra Stati in materia sociale », la terza alla « cooperazione tra Stati per il regolamento pacifico delle controversie », la quarta (decima nella numerazione complessiva) alla « cooperazione tra Stati in materia di sicurezza ».

È evidente ed ovvio che il G. trasfonda, in questo suo manuale, suoi precedenti lavori, ma non manca mai anche delle meditazioni precedenti un puntuale ed ampio esame diretto alla rete dei nessi e all'arric-

chimento con nuovi elementi, sicché ciò che ne risulta è sempre un'autentica, originale ricerca d'insieme, rinnovata rispetto ai trascorsi studi dell'a.

Ma l'opera del G. acquista un grande significato innanzi tutto per il momento in cui interviene. Partendo da questa circostanza di tempo, intendiamo soffermarci ora sull'importanza teorica del manuale.

2. Il secondo dopoguerra (che io chiamerei il periodo degli entusiasmi e delle disillusioni, e ne capiremo il perché) ha visto da noi tutto un fiorire di importantissimi contributi rivolti a *nuovamente* individuare i momenti costitutivi della cultura giuridica internazionalistica nel suo spessore logico-storico. Questa stagione fu aperta, sul piano della manualistica, con il *Diritto internazionale pubblico* del Quadri, uscito nel 1949, sulla base di un corso di lezioni del 1945-46. Quest'opera fu il primo esempio di «realismo», in una particolare accezione italiana del termine, applicato ad una trattazione generale: realismo nel senso di ricostruzione della materia da parte di un'internazionalistica che per la prima volta si vedeva come *scienza critica del presente storico*. Il manuale del Quadri fece allora capire che occorreva bensì ricostruire gli istituti teorici più conseguenti espressi dalla borghesia come forme tipiche della sua coscienza collettiva, ma al di fuori di ogni intento di conferma di una modellistica per manuali concepita in relazione ad uno scontro sociale in Europa e nel mondo in cui ancora non si avvertivano i segni di una vera e propria modificazione strutturale: quella modificazione poi notata in collegamento col dilagare del fenomeno imperialistico, da una parte, e, dall'altra, con la sostanziale avanzata del movimento socialista e la crescita della sua egemonia, divenuta fenomeno visibile a livello inter-statale stesso.

Per capire la ricchezza di fermenti di allora, occorre ricordare però che in quel momento lo stesso G. si muoveva in direzione del realismo in un'accezione materialistico-storica del termine, e scriveva nel 1948 un saggio su *La concezione marxista del diritto* (in *Rinascita*, febbraio 1948, p. 68 ss.), mostrando così di voler seguire un'esperienza culturale organica ad una concezione classista della società.

Su tali premesse si istituì il dibattito degli anni cinquanta e sessanta su alcune tematiche generali e specialmente su scienza giuridica e diritto internazionale (fu questo il felice titolo di una notissima opera del periodo dovuta all'Ago). L'alimento iniziale delle dispute e delle polemiche scientifiche su alcuni degli argomenti basilari della nostra materia fu l'intento critico di cui si è detto, ma è da osservare che poi la spinta primigenia progressivamente si affievolì, fino a spegnersi quasi completamente già nell'ultimo scorcio degli anni sessanta. Si può dire che, alla fine della parabola, sopraggiunge il manuale del G., quasi a chiudere un intero ciclo di studi.

Più specificamente, la suddetta congiuntura temporale è importante sotto vari profili. Innanzi tutto, contro coloro che non avessero capito

abbastanza (ce ne è purtroppo di studiosi che vedono oggi con sufficienza contributi su argomenti generali), e avessero scambiato l'accertamento del fatto che la dottrina italiana non si occupa più di questioni generali, con una valutazione negativa, cioè che si trattava, in fondo, di questioni oziose, l'opera del G. provvede a far intendere che il dibattito anche su certi temi che appaiono astratti e maggiormente lontani dalla pratica ha un suo uso politico, cioè appunto pratico, da parte di forze sociali determinate, onde — ed in questo non c'è nulla di avvilente — non è a caso che le dispute e le polemiche si accendano, crepitino e poi si illanguidiscano fino a smorzarsi. Il lavoro del G. mostra inoltre che occorre indagare su questo uso politico delle esperienze culturali importanti; occorre tenerlo presente nel quadro più ampio del rapporto tra politica e ricerca scientifica, senza di che i vari digesti a disposizione diventano raccolte di rottami e di carcasse di fatti, per nulla utilizzabili al fine di fare delle belle ricerche su argomenti... concreti. Ma la fatica del G. costituisce proprio la prova che l'esperienza culturale italiana degli anni cinquanta e sessanta, tenuta dai protagonisti ad un elevatissimo livello di astrazione, era specificamente funzionale ad una serie vastissima di problemi concreti e di soluzioni operative per l'ermeneutica. Nel manuale del G. è consegnata infatti tutta una estesa e completa interpretazione, fin nei minimi particolari, del fenomeno sociale e giuridico internazionale, che trae alimento proprio dai dibattiti di quegli anni, dalla piega che presero allora gli avvenimenti, dalle lacerazioni sul piano sociale (ed anche su quello individuale) che questi rappresentarono, dalla torsione ideologica che una difficilissima esperienza sociopolitica comportò fin nei recessi della scienza giuridica, apparentemente intoccabili (e invece i più vulnerabili) dal concreto e dagli eventi della lotta politico-sociale. Al punto che le ragioni per le quali il realismo del manuale del G. non può oggi soddisfare sono le stesse che portano a vedere negativamente — nell'ieri — la deviazione della nostra teoria post-bellica dall'originario suo intento critico e quindi la progressiva degenerazione di questa esperienza culturale e la sua consunzione.

Paradossalmente (ma è una stranezza che può stupire relativamente) quel dibattito degli anni cinquanta e sessanta — in virtù del quale si può ancor oggi considerare la teoria italiana come una cosa viva e vitale in quel periodo — solo ora dà i suoi frutti completi, sul piano dell'analisi, con questo manuale del G., che costituisce a mio parere una sistemazione magistrale del processo di effettiva destorificazione della scienza giuridica internazionalistica italiana, in cui si risolse quel dibattito riguardante le questioni generali. Con buona pace di coloro che pensano al carattere « accademico » di certe controversie, al loro disinteresse e alla loro inesistente presa ideologica sul piano dei fatti quotidiani!

3. Il G. osserva che al suo modo di vedere il fenomeno giuridico internazionale hanno aderito l'Ago, il Barile e lo Ziccardi (I, p. 225), ai quali tutti, però, egli imputa di non avere attribuito al fondamento

sociale e storico del diritto — che è il punto di vista fondamentale del suo pensiero — l'importanza dovuta ai fini dell'analisi giuridica (I, p. 226, nota 79, e 229, nota 84). Si può dire che in quest'appunto del Giuliano sta tutto il problema del significato del manuale e la lente della sua lettura.

C'è da chiedersi come mai una teoria che nasce in termini marxisti abbia potuto lasciare spazio a tentativi di inserimento o di appropriazione delle sue categorie da parte di teorie che presuppongono o, comunque sia, mettono capo alla fuoruscita da un discorso storicamente e materialisticamente fondato. La risposta è una, a mio modesto parere: il punto di partenza del G. fu l'accettazione di una certa versione del marxismo impregnata di positivismo ed idealismo, sicché il G. mosse da un'ipotesi di definizione del diritto, e del diritto internazionale per quel che ci interessa, radicalmente divergente da una concezione rigorosamente marxista del problema. Poi il G., nel tempo di qualche anno, amputò, corresse, sfumò molte delle sue iniziali asserzioni, ma il nucleo restò e in quel nocciolo sbagliato sta il largo consenso avuto dalla sua teoria.

Diceva il G. nel 1948, nel citato saggio, che il diritto *non* è un fenomeno strettamente condizionato da una determinata struttura economico-sociale della società, ma solo un fenomeno influenzato o correlativo a tale struttura, rispetto al quale agisce in parallelo. Insomma, *ubi societas ibi ius*, niente di più o di diverso da questo, e la socialità del diritto riguardava sia quello interno sia quello internazionale. In particolare, quanto al diritto internazionale, il G. si riferiva alle conclusioni dell'Engels sul diritto gentilizio, e dava una definizione di questo diritto in tutto e per tutto identica a quella del diritto internazionale ancor oggi messa a base del manuale. Il diritto gentilizio — osservava allora il G. — « ci si presenta normalmente come un diritto consuetudinario, un sistema cioè di norme disciplinatrici della condotta sociale che si affermano in modo del tutto spontaneo sotto l'immediato impulso delle esigenze della vita reale riflesse nella coscienza dei consociati » (*La concezione*, ecc., cit., p. 72). Nel corso di tutto il primo volume del manuale, il G. ancor oggi ripetutamente avverte che il diritto internazionale non può intendersi se non come fenomeno « sociale », « consuetudinario », cioè « spontaneo », germinante dalla « coscienza dei consociati », cioè riflesso di questa coscienza.

Siamo, come è chiaro, ad un punto di partenza che svela le sue precise origini idealistiche, vale a dire al diritto internazionale come « diritto primitivo », prodotto di una realtà di carattere tribale o prestatuale. Il profilo positivistico di questo pensiero è poi rivelato dal modo stesso in cui il G. vedeva il passaggio dal diritto gentilizio a quello statale, ritenendo ovviamente che questo passaggio non fosse avvenuto per il diritto internazionale, che anche nel profilo organizzativo non poteva quindi essere visto se non come diritto gentilizio. Osservava allora il G. che la società gentilizia è munita di un « complesso di organi ammini-

strativi immedesimati, per così dire, con la massa della popolazione, aventi le loro radici nel popolo, strumenti della volontà popolare, che costituivano l'elemento direttivo della società gentilizia»; ma a questa società subentra lo Stato, che apporta bensì modificazioni profonde, ma di carattere meramente organizzativo, sicché va ammesso che « quella istituzione che è lo Stato si sia imposta e rafforzata in corrispondenza ad un processo di accentramento, di monopolizzazione e, naturalmente, anche di caratterizzazione a suo uso del fenomeno giuridico, anzi che di « creazione » del medesimo » (*La concezione*, ecc., cit., p. 72). Nel manuale (I, p. 42 ss.) la moderna società internazionale continua a venire caratterizzata dal G. né più né meno che come una società paritaria del tipo di quella gentilizia, vale a dire una comunità di carattere prestatuale, qualificata da un fatto negativo: la mancanza di una propria struttura istituzionale come quella che invece possiede lo Stato, inteso positivamente come puro monopolio del diritto e della forza.

Osservavo che da questa *démarche* iniziale dipende tutto ciò che non convince nella lettura del manuale. Ma è bene sottoporre questo mio parere alla verifica e alla meditazione dei lettori dei « Quaderni ». Debbo procedere, ovviamente, per sommi capi e scegliendo alcuni dei possibili temi di analisi.

4. a) Tra la comunità delle genti cristiane e la società internazionale sussiste, per il G., un vero e proprio salto qualitativo e non una mera diversità. La seconda infatti è radicata nei complessi eventi economico-sociali avvenuti tra la seconda metà del XV e la prima metà del XVII secolo (I, p. 22, 27 s.). Resta però da chiarire che cosa possa significare un salto qualitativo, quale quello asserito dal G., quando poi la società internazionale viene connotata con i caratteri di quella gentilizia. Durante il medioevo, dove stava questa società gentilizia? Nascosta nelle increspature del mondo feudale, quiescente, presente in qualche altra misteriosa maniera? E poiché la società gentilizia cessa assai prima del medioevo, anteriormente che cosa si riscontra? Lo Stato? E lo Stato nello stesso senso — qualitativamente parlando — in cui se ne discute prima e dopo la rivoluzione francese? Il G. considera calzante la nota immagine dell'Arancio Ruiz sulla società internazionale assestatasi nello spazio vuoto lasciato dalla disgregazione dell'ordine gerarchico del medioevo e non occupato da una comunità universale tra gli uomini (I, p. 23). Ma in questo modo — e diremmo anche verbalmente, perché si parla di un assestamento entro uno spazio « vuoto » — si perdono del tutto di vista i punti di riferimento delle epoche storiche e quindi i connotati specifici, storicamente determinati della società internazionale. La società suddetta diventa un fenomeno falsamente « datato », perché non è altro che la comunità gentilizia che vive al di sopra (o al di sotto, a questo punto non interessa affatto) del corso storico.

C'è da chiedersi se tutto questo resti senza conseguenze. La risposta è agevole. In effetti, la società internazionale è collegata dal G. ai rap-

porti reciproci tra le sue componenti — e non soltanto a quelli positivi (concordanze o accordi), ma anche a quelli negativi (opposizioni e contrasti) — che sono propri della compagine sociale capitalistica, e non già di quella gentilizia, di cui tra l'altro si sa nulla o assai poco e che ad ogni modo è solo uno schermo per velare il presente. È chiaro allora che lo sviluppo della compagine capitalistica (e del processo di produzione corrispondente) in termini di svolgimento generale della società gentilizia, è solo proiezione dell'ideologia borghese che vuole dimostrare la razionalità, l'universalità e necessità naturale della sua struttura, di cui del resto parla esplicitamente il G. stesso (I, p. 28 ss.), dandone per scontata l'immutabilità. Forma immutabile delle relazioni sociali che diventa l'espressione più compiuta dell'eguaglianza e della libertà umane, come pure il G. non esita a sottoscrivere (I, p. 45 ss., 251 ss.), ma identificando l'eguaglianza con l'assenza di subordinazione o « indipendenza » e la libertà con il non impedimento nell'azione o « libertà negativa », cioè proprio e nient'altro che valori specifici dell'individualismo borghese.

Potrebbe replicare il G. che questo è il punto di vista della sociologia scientifica, perché non è mai riuscita ad imporsi una pratica diversa seguita dai membri della comunità internazionale nel suo insieme. Ammesso e non concesso che sia così, resta però — ed innanzi tutto — che il G. copre, più che metterla in luce, tutta un'altra realtà, che invita a chiarire che la società internazionale è bensì un fenomeno retto da leggi *oggettive* (in questo non si può non essere d'accordo con il G.), ma *non* è un fenomeno razionale, *non* è un fenomeno universale, *non* è un fenomeno necessario o naturale. Essa è il luogo di un processo di produzione improntato ad una *reale diseguaglianza* di chi vi partecipa.

D'altronde non è affatto scientifico (e la prassi che contrariamente si rileva è frutto essa stessa di un procedimento non scientifico di « ritaglio » della realtà sociale, cioè non è tutta la prassi) pensare che la comunità internazionale sia costituita dal *fenomeno isolato* dello strato sociale dirigente, creatore dei valori in senso lato culturali e delle norme sociali. Il G. ha questa concezione secondo me deformata dell'ambiente sociale internazionale, limitandolo a quello dei ceti dirigenti, dei « governi », con esclusione di tutto ciò che non si identifichi con l'apparato governativo (I, p. 41 ss.). Ma il G. crede sul serio che *non* entrino in contatto due interi sistemi: la *struttura* delle norme e la *struttura* della società, per la quale quelle date norme sono il contenuto della coscienza collettiva; la struttura dell'apparato di governo e la struttura della società? E che, insomma, essendo per lui i membri della comunità internazionale i singoli nuclei del personale di governo, tra il Pentagono e l'*entourage* militare di un capo tribù — tanto per fare un esempio — non ci sia differenza di coscienza collettiva? Differenza — beninteso — *organica* o *strutturale*?

Vero è che la rilevazione scientifica della comunità internazionale, che è un fenomeno « d'insieme » (come il G. più volte sottolinea: per es.,

I, p. 242), implica il *confronto* tra più elementi da cui risulta l'insieme, tra più ambienti (e più coscienze sociali, diremmo): quello dei governi o dirigente, quello popolare corrispondente alla nozione di Stato, cioè l'ambiente dei cittadini così come si è cristallizzato con lo sviluppo dello Stato moderno, e infine quello propriamente popolare dei ceti sottoprotetti o non protetti, che è poi il vero e proprio ambiente sociale internazionale, nel senso che è direttamente e di per sé tale, perché vive con costanza ed uniformità, senza cambiamenti sostanziali di là dalle differenziazioni politico-statuali. Ma con ciò siamo alla struttura della società moderna e contemporanea come formazione economico-sociale che vive innanzi tutto a livello mondiale, o sul piano internazionale.

È chiaro che quest'articolazione, a differenza dello strato sociale assolutamente omogeneo che il G. rinviene sul piano internazionale a causa (per lui assorbente) dell'*eterna* divisione orizzontale tra governanti e governati, determina una possibile complicazione non solo nella stratificazione sociale, ma anche nella coscienza collettiva, in quanto possono rinvenirsi canoni diversi e plurimi tra i vari strati sociali e in uno stesso strato, e dato che, altresì, la loro vicinanza nello stesso ambiente sociale complessivo esclude tra loro ogni barriera ermetica, ed ammette che una norma giuridica dello strato dirigente possa trasformarsi in una norma diversa e viceversa. I riflessi sul piano della rilevazione sociologica e su quella del materiale giuridico sono evidenti. Troppi sono i concetti tenuti accuratamente fuori dell'orizzonte della sociologia internazionalistica in omaggio all'idea della società internazionale come luogo delle gesta dei « governi »: e così il concetto di « nazione », che la prassi sta portando invece a nuova vita e il concetto di *livello sociale antagonistico* non assorbito né assorbibile dalla funzione politica mediatrice che lo Stato svolge al suo interno, e che dunque persiste al suo esterno, cioè essenzialmente come contrasto sociale di carattere internazionale, altro concetto che la prassi internazionale più recente, collegata al fenomeno dell'organizzazione internazionale e al nucleo di questa costituito dalle Nazioni Unite, pone al centro dei suoi sforzi non sempre esclusivamente riformistici.

Ma, come si accennava, se si intende la prassi internazionale come la manifestazione di un fenomeno sociale che riguarda esso stesso la collocazione *oggettiva* delle classi sociali in contrasto e quindi i possibili risultati o sviluppi della lotta antagonistica correlativa, i riflessi si avvertono sul piano stesso della interpretazione e rilevazione del diritto internazionale vigente. Se veramente si intende il processo delle valutazioni giuridiche in relazione con l'evoluzione della società — dandosi così quella spiegazione genetica della norma come fatto storico, cioè a partire dalla sua variabilità nel tempo, che invece non intende assolutamente dare lo spontaneismo (lo vedremo di qui a poco) — risulta che la violazione della norma astratta per mezzo di un comportamento concreto difforme e la violazione della vecchia norma per opera di una nuova sono due cose essenzialmente diverse e che la storia del diritto

internazionale appare come la storia delle rivolte contro la norma (o le norme) dominanti. E che, comunque sia, è questo il punto di vista odierno dal quale la scienza giuridica deve porsi: occorre non tanto riportare incessantemente ad un unico denominatore comune tutta la varietà delle norme giuridiche internazionali, quanto spiegare la molteplicità di norme rivali e chiarire *come* si arrivi nella realtà a questa molteplicità. Per il G., in aderenza alla concezione di fondo del fenomeno giuridico che egli propugna, non possono esserci scarti da ciò, che la funzione giuridica ha una posizione sempre ed esclusivamente secondaria, una posizione subordinata rispetto alla funzione extragiuridica, sicché la prima è sempre programmaticamente subordinata all'uso o alla minaccia — assolutamente liberi — della forza *individuale*. Ed è evidente che se si ammette che la coscienza sociale internazionale non possa che sentire spontaneamente come valore dominante quello della forza *individuale* (che non è certo il punto di vista delle classi sottoprotette e non protette), ne consegue come elemento fuori di discussione che la presenza e l'attività delle organizzazioni internazionali *non* è suscettibile di incidere sul diritto internazionale generale: e così — per esempio — l'art. 2, n. 4, dello Statuto delle Nazioni Unite (divieto assoluto dell'autotutela) è norma di stretto diritto particolare, e tutta l'attività delle Nazioni Unite in favore dei ceti sottoprotetti e non protetti è sempre, per sua *natura* e per i suoi effetti, estranea al diritto internazionale generale (I, p. 272 ss.).

b) Altro punto che il G. diffusamente tratta nel suo manuale è quello del rapporto tra scienza giuridica e diritto internazionale (I, p. 117-231). La tesi del G. è che una rilevazione scientifica del fenomeno sociale e giuridico internazionale può essere fatta solo ritornando al metodo e ai concetti teorici della dottrina classica o giusnaturalistica. Secondo il G., il pensiero contemporaneo deve rompere radicalmente con il positivismo statalistico e quello critico, ponendosi come successore di quello classico; pensiero classico che, pertanto, va contrapposto, come uno logicamente corretto ad uno scorretto, al pensiero positivistico. Tranne eccezioni, la rappresentazione antiscientifica della società e del diritto internazionale è cominciata ai primi dell'ottocento. Gli anni bui cessano solo con la teoria spontaneistica, erede del pensiero classico (teoria neoclassica, diremmo).

Secondo me, quello che è inammissibile in questa dottrina non è il fatto che il G. offra una rappresentazione caricata dell'esperienza culturale nel nostro settore (anche se i toni appaiono leggermente smorzati rispetto a quelli di una celebre monografia dell'a. sullo stesso tema, uscita nel 1950). Certo, fa impressione vedere, per esempio, il Grasso, il Léseur ed altri scrittori minori se non minimi del secolo scorso qualificati dal G. come campioni del metodo scientifico, mentre il Triepel e l'Anzilotti, per non dire del Kelsen e di altri maestri a noi più vicini nel tempo e nello spazio, vengono da lui considerati autori infradiciati di metafisica e assolutamente inservibili. Ma, come dicevamo, la vera critica è un'al-

tra: il G. perviene, secondo quel che mi sembra, a valutazioni assolutamente arbitrarie dello sviluppo scientifico, per la semplice ma decisiva ragione che la sua concezione del fenomeno sociale e giuridico internazionale consente *ogni* conclusione anche a questo proposito. Consente, più specificamente, di pervenire a risultati diametralmente opposti: e così all'esaltazione del positivismo e alla condanna del giusnaturalismo. La prova è offerta dallo stesso G. il quale nel 1948 (*La concezione* ecc., cit., p. 69 s.) diceva che, qualora il diritto internazionale venga correttamente costruito come fenomeno consuetudinario e spontaneo, la scienza giuridica deve essere *positivistica*, « se con tale attributo si vogliono indicare tutte quelle costruzioni del diritto che hanno definitivamente rotto i ponti col giusnaturalismo, che apertamente respingono i presupposti delle teorie del diritto naturale ».

La verità è che il G. concepisce tuttora il diritto come sovrastruttura necessaria di *ogni* forma di organizzazione sociale (*La concezione* ecc., cit., p. 73), sicché un'unica e sola concezione del diritto solca il corso dei secoli, e rispetto ad essa l'ingresso stesso dello Stato (il G. continua a credere — con Engels — che si possa parlare *sempre* di Stato, dalle XII tavole in poi) è un puro accidente organizzativo, e che la forma più pura del diritto primitivo è il diritto internazionale, tuttora non toccato da questa accidentalità in forma di super-Stato. Su questa base è chiaro che il collegamento col giusnaturalismo diventi un fatto spontaneo (non fu il pensiero classico, e in particolare l'illuminismo, ad enunciare il precetto che consiglia di stare sulle spalle degli antichi?). Ma esso non ha nulla di scientifico. La scienza, anche nel nostro settore, è legata alla critica dell'ideologia borghese delle leggi « eterne », « naturali », che implicano l'immutabilità di un dato sistema sociale, e questa critica riguarda *tutta* la scienza giuridica, ivi compresa quella giusnaturalistica, la quale pure nega le classi o le ammette ma rendendo anche queste un fatto eterno della natura (per i classici, occorre ricordare, la società internazionale aveva bensì un inizio storico, ma non una fine perché essa era la perfetta realizzazione dell'ordine della natura). Ma questa critica suppone l'abbandono (effettivo, non a parole) dell'orientamento che il G. condivide, cioè della teoria che mira essenzialmente ad individuare le incongruenze logiche e gli errori delle teorie passate e magari, come nel caso del G., a criticare i vizi logici del positivismo allo scopo di rendere coerente — per contrasto — il sistema teorico della scuola classica.

Voglio forse con questo sostenere che non sia possibile una critica all'*interno* della teoria? Niente affatto. Questo tipo di critica si può ben fare, ma tenendosi sempre presente che ciò che decide (e quindi ciò che produce) nel campo teorico stesso non è lo scontro tra « pensieri » e « scuole » diverse, ciascuna meglio o peggio attrezzata delle altre sul piano dei concetti, ma il contrasto tra i ceti, le categorie, le classi che esprimono quei pensieri e quelle scuole. Quando, come fa il G., ci si schiera dalla parte della concezione che il diritto internazionale sia di-

ritto della coscienza o spontaneo e non già diritto della volontà, nel senso di diritto che promana da una volontà sopraordinata (comunque questa sia configurata), e poi, parallelamente, si ritiene — come sempre fa il G. — che il diritto internazionale non abbia *essenzialmente* mosso una piega dal secolo XV al 1974, non solo debbo concludere che a questo risultato si può benissimo pervenire continuando a considerare il diritto internazionale un diritto della volontà, ma debbo anche riconoscere che la disputa stessa sul diritto della coscienza e diritto della volontà è frutto della concezione reazionaria che la scienza sia neutrale, al di sopra dei contrasti e antagonismi sociali, e che la teoria giuridica è concepita in realtà come un ambito separato nel quale, con i procedimenti della logica formale o di quella dialettica o di quella storica e così via, un gruppo di distinti signori litighino tra loro per passare il tempo.

c) Il G. sostiene 1) che le regole di diritto internazionale generale sono valori *indipendenti* « dal modo in cui esse sono venute in esistenza, si sono formate, sono state generate » (I, p. 239, e in genere 236 ss.); 2) che non è possibile distinguere tra norme primarie e norme generali (I, p. 215 ss.); 3) che le norme particolari strutturalmente sono solo « analoghe » a quelle contrattuali, dato che il trattato è fonte di diritto, atto produttivo o creativo piuttosto che meramente applicativo di diritto preesistente (I, p. 246 ss.); 4) che il diritto internazionale generale è diritto della « coesistenza », nel senso che si limita a prendere atto dell'esistente, evitando gli urti tra gli Stati, laddove il diritto particolare è diritto della « cooperazione », fenomeno dunque rimesso dal diritto internazionale interamente o quasi alla volontà regolatrice dei singoli Stati (I, p. 253 ss.); 5) che il diritto generale considera la libertà degli Stati nel proprio territorio come materia da disciplinare in via negativa e residuale (del problema il G. si occupa analiticamente nel secondo volume del manuale).

Dobbiamo fermarci qui, nell'elencazione, e passare a vedere come ciascuno degli indicati assunti vada contestato o, quanto meno, nettamente delimitato.

Intanto è evidente che da essi risulta una concezione garantistica — *esclusivamente* garantistica — del diritto internazionale, per nulla diversa da quella rinvenibile in manuali improntati ai più rigorosi principi del liberalismo ottocentesco. Secondo me, c'è invece tutto un altro filone di esperienza giuridica di carattere *non* garantistico, già formatasi o in via di formazione sul piano stesso del diritto internazionale generale, che il manuale del G. non solo non aiuta a mettere in luce, ma ricaccia decisamente nel limbo dei valori che non si sa che cosa siano attualmente o nella zona dei canoni senza dubbio extragiuridici.

Sul piano più specifico, e riguardo al primo punto (sopra *sub* 1), è chiaro che il pensiero del G. si pone in contrasto con tutte quelle teorie che considerano essenziale recuperare alla scienza giuridica la dimensione sociale. Non già nel senso che non sia possibile volersi limitare ad *accla-*

rare la violazione delle norme giuridiche internazionali, senza *ricercare* le cause economiche, sociali e politiche delle norme suddette. Ma nel senso di ammettere che questo lavoro astratto del giurista, corrispondente all'esistenza indipendente della norma rispetto alla causa che la genera, non è un fatto assoluto — come intende lo spontaneismo — ma esso stesso un fatto squisitamente sociale, una realtà legata ad un dato sistema di relazioni sociali. La norma che vive come valore astratto, indipendente dalle sue cause politiche, sociali, ecc., si realizza, si manifesta concretamente, praticamente nella società internazionale come società capitalistica, basata sul macchinismo industriale e sulla spinta della divisione sociale del lavoro. È antiscientifico estendere il fatto della recisione tra norma e proprie cause fino al punto di pensare che questa realtà dovrà regolare *sempre*, come avrebbe *sempre* regolato, la convivenza sociale, quasi si trattasse di una legge naturalistica o meramente tecnica. In questo profilo, lo spontaneismo, volendo stabilire, per il fatto solo di porsi come la sola teoria scientifica, una separazione assoluta tra norma giuridica e causa della norma giuridica, si presenta come una teoria puramente ideologica. Esprime le tendenze di certe forze sociali che usano volentieri la funzione giuridica a copertura di altre funzioni non tollerate dalla società (cioè da esse forze interessate), che vogliono *non* scoprire gli interessi che sono dietro le norme e che, a volta a volta, le appoggiano o le violano, ecc.

Riguardo al secondo punto (sopra *sub* 2), ci limitiamo qui ad avanzare il dubbio che la tesi della inesistente gerarchia dei canoni giuridici sia in diretta relazione con quella dell'inesistenza di una gerarchia tra i diversi strati sociali; e che, poiché nonostante tutto le norme hanno una loro fonte ben precisa, la teoria spontaneistica finisca col rendere estremamente difficile i criteri di giudizio sull'originaria appartenenza sociale del canone di cui a volta a volta si tratta, teoria particolarmente adatta in un momento in cui si manifesta in una data collettività (come quella internazionale del presente) la tendenza al rimpasto non tanto della gerarchia delle norme quanto della gerarchia sociale. Certo è che la teoria del G. — come quella spontaneistica in genere — apparentemente così aperta verso il sociale, la coscienza sociale, ecc., a contatto con la realtà diventa fortemente dogmatica: come il manuale giudiziosamente avverte, « non è il caso di esagerare » le profonde differenze di strutture nazionali economiche e sociali che oggi dividono la comunità internazionale (I, p. 244).

Sul terzo, quarto e quinto punto (sopra *sub* 3, 4 e 5), è chiaro concludere che lo spontaneismo si ferma a considerare il livello o strato più superficiale della società internazionale. In particolare, la sua negazione che il trattato sia strutturalmente un contratto, significa proprio che essa fa puro riferimento ad una realtà sociale caratterizzata dallo scambio, nella quale l'incontro di volontà è atto-fonte piuttosto che atto-condizione (per utilizzare una terminologia dall'Arangio Ruiz espressa in uno studio del 1950 sui rapporti contrattuali tra Stati e l'organizza-

zione internazionale), e pertanto lo spontaneismo è di pieno diritto una teoria contrattualistica della società e del diritto internazionale. Ma il trattato può apparire allo spontaneismo come fonte di norme perché quest'orientamento si ferma alla realtà fenomenica esterna dello scambio o del mercantilismo semplice delle relazioni internazionali: semplice perché prescinde dalla considerazione della struttura economico-sociale che sottende lo scambio, onde già il Mommsen — non è inutile ricordarlo —, pur ammettendo che « un diritto internazionale nel senso odierno... contraddice a tutto rigore in ogni epoca agli ordinamenti romani », aggiungeva che « pur nondimeno diritto internazionale e commercio internazionale non solo si ebbe presso i romani, ma esercitò una parte saliente nello sviluppo politico di Roma » (*Disegno del diritto pubblico romano*, Milano, 1973, p. 91, 102 s.). Se invece si arriva allo strato della produzione, la sopraddeffinita identificazione viene meno, in quanto il processo produttivo cui si riferisce il diritto internazionale odierno è peculiare al tempo storico della borghesia capitalistica e, poiché ivi la produzione domina lo scambio (e non viceversa), l'essenza della società internazionale si trova al di sotto (e quindi al di sopra, nella misura in cui questa realtà si trasfonde in norme primarie o costituzionali) della superficie del puro e semplice libero scambio. La *cooperazione* stessa — con l'uso dei moduli organizzativi a volta a volta più appropriati — non è un fatto meramente tecnico, puro effetto dell'accordo o della volontà degli interessati, ma conseguenza delle relazioni sociali stesse fuori dall'accordo e dal raggio delle volontà individuali, effetto della forma dominante che dette relazioni assumono in una data fase di sviluppo della società internazionale. Coesistenza e cooperazione *non* sono, infatti, forme indipendenti, l'una esterna all'altra, di cui non si riesca ad afferrare la reciproca effettiva connessione.

Qui si aprirebbe però un discorso assai ampio, che non possiamo neppure iniziare. I suoi punti salienti riguardano i profondi mutamenti della struttura del sistema di là dal modulo della coesistenza e della « giustapposizione » degli Stati. Il fatto, cioè, che l'*organizzazione* della società internazionale diventa diversa nella misura in cui il potere viene in essa *concentrato*, onde le variazioni nella gradazione del monopolio del potere internazionale e della forza, nonostante la forma anarchica persistente della medesima società. Riguardano quindi i crescenti processi di integrazione verticale e orizzontale di tale potere, con l'effetto di rimettere ai centri decisionali di questo potere, e non già all'accordo libero degli interessati, la cooperazione internazionale. Tutti elementi e fatti dell'odierna società internazionale che lo spontaneismo ignora, non meno di altre e meno aperte o « sociali » teorie della comunità internazionale e del suo diritto.

5. Ma ora occorre veramente terminare. Quali le conclusioni? Essenzialmente queste. È indiscutibile che il manuale del G. è opera di un grande artefice della nostra materia. Ma è altrettanto fuor di dubbio,

a mio parere, che esso costituisce elaborazione del fenomeno sociale e giuridico internazionale per le grandi potenze, preordinato alla difesa di un certo sistema di vita, non certo all'accertamento e allo sviluppo (o almeno al non impedimento) del diritto internazionale come diritto dei popoli.

È onesto dire che in direzione di questo diritto si è ad una fase tutt'altro che avanzata di studio. Si tratta di un campo irto di difficoltà e sono solo i primi passi che si stanno muovendo. La soluzione dei problemi non è certo a portata di mano. Ma questo è dipeso e dipende anche dal fatto che il dibattito italiano postbellico sul diritto internazionale e sulle questioni generali avrebbe potuto vivere con grandi e vere idee e invece i suoi protagonisti sono restati senza valori di ricambio, risospinti nel positivismo, nell'empirismo, nel pragmatismo di piccolo e grande cabotaggio, a seconda delle capacità di ciascuno. Stagione, come dicevamo, degli entusiasmi ma anche delle disillusioni.

È calato dunque il sipario e si sono spente le luci? Non credo. La parola « fine » non può essere scritta da nessuno di noi giuristi, fosse pure dell'eccezionale statura dell'autore di questo manuale.

PASQUALE PAONE

Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, I Bd, *Mittelalter (1100-1500) - Die gelehrten Rechte und die Gesetzgebung*; Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte. Herausgegeben von Helmut COING; München, C. H. Beck, 1973, pp. XXIV-911.

1. Può apparire strano che in un'effemeride come questa, intitolata alla storia del pensiero giuridico moderno, si ragioni d'un libro dedicato tutto al Medioevo.

Ma, a ben guardare, la stranezza è solo apparente.

Anzitutto per una ragione che chiamerei sostanziale: perchè, se l'esperienza giuridica moderna si vuol definire tale per il suo essere « tipico terreno di continuità, al di là delle fratture legislative, tra presente e passato » (1), allora il dato cronologico desumibile dalle pur ben costrutte periodizzazioni scolastiche si scolora di fronte a una continuità (2) che sia riscontrabile *in re* e che scopra quei nessi che nessuna testarda cronologia estrinseca saprebbe cogliere. Ora, se questo punto di vista metodico è corretto (e chi scrive non ha dubbî in proposito), la questione si sposta dal preteso terreno « oggettivo » delle provincie cronologiche a quello del modo di utilizzazione dei dati storici analizzati

(1) GROSSI, *Quad. fior.*, I (1972), p. 3.

(2) Per tutti v. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*², Göttingen, 1967, p. 43-45.

e del fondamento di rilevanza che si riconosca loro. In tal senso il disegno di questo libro non si presta ad equivoci di lettura: fin dalle prime righe del *Vorwort* il suo ideatore e curatore — Helmut Coing — giustifica il molto spazio dato al Medioevo proprio col proposito di meglio comprendere la storia dell'esperienza giuridica europea dell'età moderna; la quale, egli osserva, è rimasta segnata in modo indelebile da quel *jus commune canonicum et civile* la cui formazione è il frutto più alto dell'esperienza giuridica basso-medievale. Da ciò consegue che « la conoscenza delle fonti del diritto romano-canónico del Basso Medioevo è premessa immancabile allo studio della storia del diritto privato moderno ». Non un interesse puramente « erudito », dunque, ha mosso gli autori di questo grosso volume alla loro lunga fatica, nè il gusto sterile delle *Antiquitates*; ma, piuttosto, quel desiderio vitale di autocoscienza del proprio passato nel quale, secondo la illuminante definizione di Huizinga⁽³⁾, consiste la vera sostanza d'ogni indagine storica.

Per un'altra ragione, poi, sembra legittimo ragionare di un tal libro in questa sede: perchè esso è, anche formalmente, il primo volume d'un'opera dedicata per l'appunto alle fonti e alla letteratura giuridica dell'Europa moderna. Una ragione formale che, sul piano suo proprio, conferma (e, in certo modo, traduce) le ragioni di sostanza or ora accennate: perchè è pure istruttivo che nel primo volume d'un lavoro dedicato all'Età moderna si discorra solamente di Medioevo. E — verrebbe fatto d'aggiungere — *honni soit qui mal y pense*.

2. Recensire un lavoro di quest'ampiezza, frutto della collaborazione di tanti specialisti, non dovrebbe esser cosa da farsi da un solo. Nè, forse, è di per sè possibile valutare « a prima lettura » un manuale che, per la sua mole la sua articolazione e le dichiarate intenzioni di chi l'ha voluto e curato (pp. 3-4), è destinato ad essere — per lungo ordine d'anni — strumento di lavoro principalissimo di tutti coloro che vorranno occuparsi della storia giuridica europea. Un manuale così fatto è, per sua natura, recensito dall'uso e, direbbe un economista, nei tempi lunghissimi: decisivo sarà, insomma, il giudizio che, nei decenni a venire, daranno (direi: *per facta concludentia*) coloro che — accingendosi a una ricerca, o da essa « emergendo » assillati da un irrisolto problema di conoscenza delle fonti — cercheranno in questo manuale il necessario sussidio d'impianto o la risposta puntuale ed esauriente.

Oppure, se questo manuale avesse (ma direi proprio che non ha) misure e destinazione scolastica, potrebbe esser valutato convenientemente solo dopo che in esso generazioni di studenti avessero cercato i rudimenti storici del loro sapere di giuristi. E in tal caso diversi sarebbero i parametri di valutazione: perchè, accanto a quelli riguardanti il pregio sostanziale del contenuto dell'opera, certo sarebbero da non

(3) HUIZINGA, *Per una definizione del concetto di storia*, trad. it. (in J. H., *La mia via alla storia e altri saggi*, Bari, 1967, p. 13).

dimenticare gli altri attinenti piuttosto alla capacità del libro di offrirsi in modo accettabile all'apprendimento dei discenti.

3. Alludevamo or ora alla mole e all'articolazione di questo libro: la mole è lì (più di novecento fittissime pagine) e si lascia giudicare da sè sola; della complessità dell'articolazione è facile rendersi conto anche solamente scorrendo l'indice. A un'introduzione generale, dedicata all'intero Manuale e non solo a questo primo volume medievalistico (dovuta, naturalmente, al Coing) ⁽⁴⁾, seguono quattro parti dedicate rispettivamente alla scienza giuridica, alle istituzioni, alla legislazione e alla amministrazione della giustizia.

La prima parte si apre con uno studio sulle Università e i loro programmi d'insegnamento ⁽⁵⁾, e si sviluppa poi con un'assai complessa trattazione sui Glossatori ⁽⁶⁾ e i Commentatori ⁽⁷⁾ del *Jus Civile*, sulla letteratura canonistica ⁽⁸⁾ e su quella processualistica ⁽⁹⁾. La seconda parte consta di tre capitoli: il primo che traccia un quadro generale delle istituzioni fondamentali dei diversi territori ⁽¹⁰⁾, il secondo dedicato alla giurisdizione ecclesiastica esercitata da giuristi « colti » ⁽¹¹⁾, il terzo che — sulla base del non moltissimo di cui oggi si dispone ⁽¹²⁾ — offre una sintesi sul notariato ⁽¹³⁾. La terza parte comprende tre saggi: il primo sulla legislazione dei nascenti « Stati » territoriali ⁽¹⁴⁾, il secondo sulle fonti del diritto commerciale ⁽¹⁵⁾ e il terzo sul processo di formazione del *Corpus Juris Canonici* ⁽¹⁶⁾. La quarta ed ultima — infine — consta d'un unico scritto sulle raccolte delle *decisiones* delle Rote medievali ⁽¹⁷⁾.

La complessità del disegno appare tanto più degna di nota (e di consenso), se non si dimentica che questo è un manuale dedicato alle fonti.

(4) COING, *Einleitung*, pp. 3-35. La prima parte è dedicata all'intero manuale (pp. 3-15); nella seconda si ragiona, più specificamente, dei dati fondamentali della storia dell'esperienza giuridica medievale (p. 15-33).

(5) COING, *Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm*, p. 39-128.

(6) WEIMAR, *Die legistische Literatur der Glossatorenzeit*, p. 129-260.

(7) HORN, *Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts*, p. 261-364.

(8) NÖRR, *Die kanonistische Literatur*, p. 365-382.

(9) NÖRR, *Die Literatur zum gemeinen Zivilprozess*, p. 383-397.

(10) GUDIAN, *Die grundlegenden Institutionen der Länder*, p. 401-466.

(11) TRUSEN, *Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche*, p. 467-504.

(12) Un bilancio della situazione attuale in questo speciale settore della ricerca storico-giuridica e una prospettiva di lavoro sono stati felicemente tracciati dal NICOLINI, *Per una storia del notariato italiano* a premessa del libro di G. COSTAMAGNA, *Il notaio a Genova tra prestigio e potere*, Roma, 1970.

(13) WOLF, *Das öffentliche Notariat*, p. 505-514.

(14) WOLF, *Die Gesetzgebung der entstehenden Territorialstaaten*, p. 517-800 (cui seguono alcune carte geografiche).

(15) POHLMANN, *Die Quellen des Handelsrechts*, p. 801-834.

(16) NÖRR, *Die Entwicklung des Corpus Juris Canonici*, p. 835-846.

(17) DOLEZALEK e NÖRR, *Die Rechtssprechungssammlungen der mittelalterlichen Rota*, p. 849-856 (questi due Autori si son giovati dei materiali lasciati da CARL BLELL).

Viene alla mente, per confronto, il disegno che il Calasso tracciava di sfuggita licenziando il primo volume del suo *Medio Evo* (che poi, purtroppo, sarebbe rimasto l'unico): quel suo dir subito che al volume sulle fonti altri due ne sarebbero seguiti, uno dedicato agli *Ordinamenti* e un terzo alle *Istituzioni*. Le ragioni di metodo erano, per Calasso, assolutamente ovvie: e si sintetizzavano nella « fondamentale unità del problema e del metodo, nella lavorazione di campi che troppo a lungo rimasero separati e quasi estranei tra loro, qualificati da assurde graduatorie di giuridicità, e obbligati nei letti di tortura di non meno assurde partizioni scolastiche, estranee alla storia, e agli andirivieni dei secoli, negazioni della storia » (18). Sotto lo scintillio delle immagini l'intenzione metodologica era chiara e felice: un discorso intorno all'esperienza giuridica (*verbi gratia*: medievale) non può soffrire vivisezioni; ed ogni sua « proposizione », se non vuol riuscire falsa nè falsante, deve tendere a comporsi con le altre nelle trame « naturali » di quell'unico disegno che le conferisce la sua propria credibilità.

Ritourneremo tra poco su questo tema: qui ci premeva solamente accennarvi per rilevare quanto progresso vi sia tra le affermazioni pur ineccepibili di Calasso (rapportate a un disegno storico che assumeva a proprio oggetto un complesso d'esperienza tutto intero) e la loro cosciente trasposizione nel più limitato quadro d'una storia delle fonti (19). Proprio misurando questo progresso è dato di capire quanta strada si sia fatta in questi anni per ritrovare il valore autentico e la misura reale del lavoro dello storico del diritto: e da un tal progresso si sono avvantaggiate, a un tempo, la correttezza del metodo e la bontà dei risultati.

Naturalmente non possiamo, in queste poche note, ripercorrer criticamente tutto l'itinerario tracciato dagli Autori di questo manuale. Diremo solamente che, pur con qualche (inevitabile) diversità di tono, tutti i collaboratori — alcuni dei quali avevano già offerto qualche specifico saggio della loro fatica (20) — hanno mantenuto fede in modo asso-

(18) CALASSO, *Medio Evo del Diritto*, I, *Le fonti*, Milano, 1954, p. VII.

(19) Son da leggere le lucide notazioni del COING, *Einleitung*, p. 4 e 7-8.

(20) Tali son da considerare alcuni scritti comparsi sulla Rivista del *Max-Planck-Institut* di cui ecco un elenco: WEIMAR, *Tractatus de violento possessore « Cum varie multiplicesque » a Pilio Medicinensi compositus*, « *Jus commune* », I (1967), p. 61 ss.; ID., *Die legistische Literatur und die Methode des Rechts-unterrichts der Glossatorenzeit*, « *Jus commune* », II (1969), p. 43 ss. (cfr. *Handbuch*, p. 129 ss.); HORN, *Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren*, « *Jus commune* », I (1967), p. 104 ss.; ID., *Die juristische Literatur der Kommentatorenzeit*, « *Jus commune* », II (1969), p. 84 ss. (cfr. *Handbuch*, p. 261 ss.); GUDIAN, *Gemeinde deutsches Recht im Mittelalter?*, « *Jus commune* », II (1969), p. 33 ss. (cfr. *Handbuch*, p. 401 ss.); NÖRR, *Päpstliche Dekretalen in den ordines iudiciorum der frühen Legistik*, « *Jus commune* », III (1970), p. 1 ss. (cfr. *Handbuch*, p. 835 ss.). Lo stesso A. ha recentemente offerto un altro contributo su un tema simile (NÖRR, *Päpstliche Dekretalen und römisch-kanonischer Zivilprozess*, in *Studien für europäischen Rechtsgeschichte*, hrg. von W. WILHELM, Frankfurt a/M, 1972, che ha dato spunto a talune notazioni del CORTESE, *Studi Senesi*, LXXXVI (1974), p. 168 ss.

lutamente concorde a taluni canoni espositivi discendenti dalla *natura rei* d'un manuale: i dati, cioè, offerti al lettore secondo un disegno nitido e sempre rigorosamente osservato ⁽²¹⁾, gli strumenti per una eventuale ricognizione diretta delle fonti approntati con assoluta chiarezza ⁽²²⁾, le bibliografie offerte in gran copia e senza sostituirsi al lettore nella valutazione dei singoli contributi citati (dote, quest'ultima, che ci sembra da tenere in gran conto in uno strumento di lavoro che voglia esser davvero completo e perfettamente « disponibile »).

4. Se è vero quel che or ora dicevamo, non esser possibile — nè in fondo utile, nè certamente a noi consentito — discuter passo passo tutto il libro, si potrà però offrire qualche « saggio di lettura » che giovi a dar conto del pregio di quest'ottimo manuale.

Abbiam già detto quanto sia stato consiglio avveduto dedicare addirittura un'intera parte di questo manuale sulle Fonti ad illustrar la storia delle Istituzioni: perchè così la storia delle fonti lascia quel suo certo limbo di « storia est e r n a » ⁽²³⁾ per trovar la sua naturale collocazione *ab intus* della ricostruzione d'ogni complesso d'esperienza giuridica come suo momento ineliminabile. Semmai, si poteva desiderar di trovare, pur nella stringatezza propria d'un manuale, qualche approfondimento di prospettiva. Per esempio, il sorgere dei Comuni italiani può essere anche inteso come un fatto più complesso che non « la dissoluzione del nucleo territoriale del *Regnum* italico in una serie di città-stato dotate di fatto dell'autonomia » (pag. 437). Così come una maggior attenzione poteva forse meritare la vicenda storica che oppose quegli stessi Comuni al Barbarossa (*ivi*), o la loro trasformazione in Signorie (pag. 438 seg.). Nè avrebbe contraddetto alla natura « informativa » propria d'ogni manuale tentare un giudizio (che superasse la pura *narratio rerum gestarum*) sul fatto che « già nel XII secolo l'amministra-

⁽²¹⁾ Nitidezza e costanza d'applicazione, ovviamente, non significano bontà « intrinseca », pur se a questa si possono — forse — agguagliare nel nostro caso, trattandosi d'un manuale. Per esempio, l'aver ordinato il discorso sui Glossatori e i Commentatori per « generi letterari » e non per autori, è certamente criterio espositivo nitido. Quanto pregevole, poi, non sapremmo dire; ma forse non ha grande importanza il giudicarlo, quando si sappia che — attraverso il *Personenregister* — è facile scomporre tutto il libro e ricomporlo secondo quest'altro criterio. D'altronde — a parte gli speciali gusti d'ognuno a proposito di *Typologisierung der Quellen* (cfr. p. 8 s.) — tutto dipende (sempre in un manuale) dal problema che spinge il suo « utente » a consultarlo, e che di volta in volta gli fa preferire questo o quel modo di organizzare ed esporre i dati: sicchè il miglior partito è quello di render il manuale stesso « pervio » alla consultazione secondo tutti i possibili moduli ricostruttivi (che è, per l'appunto, quel che accade nel nostro caso, sol che il lettore sappia usar con giudizio i molti indici analitici di cui può giovarsi).

⁽²²⁾ Si vedano, anche per questo, il contributo del WEIMAR sui Commentatori.

⁽²³⁾ Su questo, che può ormai considerarsi (per fortuna) gergo del passato, cfr. per tutti RAGGI, BIDR, 1959, p. 199 (ora anche in L.R., *Scritti*, Milano, 1975, p. 73) e CALASSO, RISG, 1952-53, p. 447 (ora anche in ASD, 1965, p. 581).

zione della giustizia fosse in larga misura prerogativa dei giuristi colti » (pag. 438) ⁽²⁴⁾.

Questo tema è poi ripreso nella terza parte, tutta dedicata alle fonti legislative, nella quale esso è analizzato dal duplice angolo visuale, sistematico e storico-geografico.

Sotto la prima prospettiva la ricostruzione appare vigorosa proprio nella misura in cui il discorso sui limiti geografici (pag. 527-534) e cronologici (pag. 534-539) ⁽²⁵⁾ offre il destro, non già per tracciare una cornice che delimiti la materia, quanto piuttosto per individuare certi tratti fisionomici tipici d'un complesso d'esperienza se altri mai caratterizzato. Perchè, per esempio, l'affermarsi della scrittura come forma tipica ed essenziale della legge (pag. 534 segg.) — se può consentire anche di porre un netto limite cronologico — ha prima di tutto un significato che va infinitamente al di là di questa modesta funzione periodizzante: in realtà il valore ultimo di questo attributo essenziale della legge — lungi da funzionare come pura regola cronologica — si pone come autentica « conquista di civiltà », ad oggi non superata (e, sperabilmente, non superabile), di garanzia sia della legge che dei suoi destinatari ⁽²⁶⁾.

Così, il ragionamento sulla concreta incidenza avuta dalle legislazioni particolari e sul fondamento della loro affermata vigenza (pag. 539-548) consente di dar vita a una ricostruzione ampiamente articolata. Si potrà discutere se lo schema assunto — leggi che si fondano unicamente sulla volontà d'un signore (pag. 540-542), leggi che rifiutano un simile fondamento (pag. 542-543), leggi infine che ripetono la loro vigenza da un accordo tra signore e « *Optimaten* (*Ständen*) » (pag. 543-548) — sia di per sè valido, e quale posto potrebbe avere al suo interno il non trascurabile (ma qui, inspiegabilmente, trascurato) fenomeno della

⁽²⁴⁾ Tanto più che non mancano recenti contributi, assai ragguardevoli, in materia: p. es.: SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto*, Milano, 1968. Anzi, vien fatto d'osservare che un approfondimento in questo senso avrebbe giovato proprio sul piano della storia delle fonti a collegare in modo non estrinseco scienza giuridica e legislazione.

⁽²⁵⁾ Può apparire strano che di limiti geografici e cronologici si parli nella « parte sistematica » e non, per l'appunto, in quella « storico-geografica »; la ricerca del perchè di questa dislocazione della materia ci porterebbe, probabilmente, assai lontano: a ragionare del rapporto tra *sincronia* e *diacronia* nel « discorso » storico-giuridico e del come i due momenti siano tra loro correttamente come i due momenti siano tra loro correttamente delimitabili. Un ragionamento d'una tal quale importanza, come ognun vede, da non farsi qui alla svelta e *incidenter tantum*.

⁽²⁶⁾ Su questa materia cfr. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*, II ed., Padova, 1955. Sul valore « generale » della legge scritta, così come comunemente intesa a garanzia della legalità, non mancano pareri discordi di chi preferirebbe piuttosto una normazione in certo modo più elastica, redatta — come si dice — « per clausole generali »: per tutti cfr. ROBORÀ, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1252 ss.; ID., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 86 (dove son da notare le date istruttive della bibliografia citata nella nota 13), 116, 126 ss.; ID., *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss. (partic. p. 94 ss.); ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, rist. Milano, 1970, p. 184 ss.

legislazione statutaria italiana: ma resta l'estrema coerenza interna di queste pagine ⁽²⁷⁾.

Ancora di grande interesse è il discorso intorno al rapporto tra *jus novum* (quello posto dalle legislazioni particolari, cioè) e *jus vetus* (pag. 548-552), che tocca uno dei problemi fondamentali coi quali deve misurarsi lo storico dell'esperienza giuridica medievale. Qui come altrove il consenso (o il dissenso) sulle conclusioni dipende dal giudizio che si voglia dare sul criterio assunto: chi scrive queste note, per esempio, non crede (come invece mostra di credere il Wolf) che si possa far troppo largo riferimento alle intenzioni dichiarate dei legislatori: queste, infatti, si leggono per solito in quei luoghi nei quali assai arduo appare il distinguere tra sostanza normativa e *dictamen* cancelleresco; eppoi non sempre tra la volontà d'un legislatore e il suo concreto effetto nel tessuto dell'esperienza v'è necessariamente concordanza ⁽²⁸⁾.

Circa la forma di volta in volta assunta dalle legislazioni — che, certamente, è il dato in certo modo più estrinseco — sembra che la bipartizione proposta dal Wolf (pag. 552-555), Statuti/Codex, soffra per l'appunto d'un eccesso d'estrinsecità. Che nel primo modello fossero comprese genericamente tutte le norme emanate senza un reciproco collegamento (*Einzelgesetze*) e il secondo, al contrario, tendesse a regolare ogni possibile fattispecie o rapporto (*die Gesamtheit des Rechts*) secondo l'esempio offerto dal Codex giustiniano, è affermazione che può lasciar perplessi. Valga, ad avvalorare la perplessità, il solito esempio della legislazione dei Comuni italiani: che sembrerebbe da ricomprendere tra gli *Statuten* di quelli che il Wolf genericamente indica come i territori dell'Europa meridionale. Ed invece, per esempio, di legislazione veneta si parla sia tra gli Statuti ⁽²⁹⁾ che tra i « codici » per via della compilazione del doge Jacopo Tiepolo del 1242 ⁽³⁰⁾. Ora, non sembra dubbio che tra le compilazioni di statuti che — a detta dello stesso Wolf (pag. 552) — eran dettate unicamente da scopi pratici senza alcun sottinteso « co-

⁽²⁷⁾ Qui, come altrove, il discorso potrebbe semmai farsi *in apicibus*, sull'utilità di certe tipizzazioni così rigorose, che, col voler chiarire tutto, finiscono col rendere storicamente tutto un po' astratto (e, per ciò stesso, oscuro). Ma preferiamo non impegnarci in siffatte questioni.

⁽²⁸⁾ Quest'ultimo problema, dell'incidenza della volontà del legislatore nel tessuto dell'esperienza, ovviamente, ha — per dir così — un suo « terreno di disponibilità » che va al di là delle fonti legislative: nel senso che, per apprezzare convenientemente quell'incidenza, sarebbe necessario interrogare fonti che diano testimonianza diretta di tutta l'esperienza giuridica medievale (nel suo momento giurisdizionale, e, soprattutto, in quello riflesso della *scientia juris*, cioè). Una operazione euristica (e non solamente euristica, com'è ovvio) in certo modo opposta a quella del limitarsi ai propositi espressi dai singoli legislatori.

⁽²⁹⁾ Con speciale riferimento, sembra (p. 552), a quegli statuti di Enrico Dandolo del 1204 i quali, a chi se ne intende, danno più problemi che certezze: cfr. PANSOLLI, *La gerarchia delle fonti di diritto nella legislazione medievale veneziana*, Milano, 1970, p. 35 ss.

⁽³⁰⁾ Sulla quale, con dovizia di riferimenti, cfr. PANSOLLI, *Gerarchia*, cit., p. 50 ss.

dificatorio » (*in der Natur der Sache lag es, solche Statuten zu sammeln*) e l'opera del Tiepolo non vi siano differenze sostanziali che allo storico sia consentito di cogliere. Non di nome ⁽³¹⁾, non di intenzioni dichiarate ⁽³²⁾; e, certamente, non di sostanza: chè l'idea di codice ⁽³³⁾ era ancor troppo lungi dall'esser pensata, nè si pretendeva di regolare ogni possibile rapporto o addirittura di contender fama al *Codex giustiniano*. Insomma quel che, forse, desta perplessità è lo schema ricostruttivo assunto per sistemare il quadro (estremamente vario e mal sistemabile) delle legislazioni particolari basso-medievali: uno schema nel quale la pur lucidissima contrapposizione statuti-codice si palesa in qualche modo falsante proprio per il suo eccessivo rigore.

Che, poi, gli autori di queste legislazioni particolari (pag. 555-558) siano riconducibili a due tipi alternativi — legislatori, per di così, « laici » legati alla tradizione giuridica di stampo altomedievale (specie nell'Europa settentrionale); e legislatori che, specie nell'Europa meridionale, erano invece partecipi di quei fatti culturali riconducibili ai *gelehrte Rechte* ⁽³⁴⁾ — è, probabilmente, in sè vero. Ma resta aperto il problema ulteriore (e di gran lunga più interessante per il giurista): se da quella diversità d'autori (forse non così nettamente traducibile in termini di assoluta alternatività) sia derivata un'altrettale diversità nelle rispettive produzioni legislative. Perchè non si può dimenticare che il *doctor juris* si faceva legislatore *uti civis* o, come che fosse, rispettando un suo preciso « impegno politico » ⁽³⁵⁾; e che, d'altronde, l'intera legislazione

⁽³¹⁾ Il titolo della compilazione tiepolesca — *Liber Statutorum* — è, come ognuno sa, assolutamente generico e identico a mille altri d'ogni parte dell'Italia centrosettentrionale.

⁽³²⁾ La commissione nominata dal doge fu incaricata *super compositione et reformatione nostrorum statutorum* ed ebbe istruzioni *ut secundum eorum floridam provisionem deberent ea corrigere, dilucidare, componere omniaque facere, que ipsi operi noverint oportuna*; e alla fine si constatò che *dispersa et disgregata et nova statuta per eos composita sub competentibus rubricis vel titulis compilantes, ipsas rubricas vel titulos in libros debito ordine aggregarunt, quos quidem libros in ipso volumine disponere modo congruo studuerunt* (PANSOLLI, *Gerarchia*, cit., p. 53). Non sapremmo dire cosa questo discorso abbia di originale, e, perciò, cosa di diverso abbia avuto l'opera del Giustiniano, del Centranico, del Michiel e del Badoer rispetto a quella d'ogni altra commissione incaricata della *compilatio statutorum* d'un qualsivoglia altro Comune. Per totale diversità di situazione, e nel contempo per illuminante similitudine testuale, potremmo citare, tra i mille, lo statuto quattrocentesco d'una minuscola sperduta comunità del contado fiorentino (*Statuto dei Comuni di Rincine e Fornace (1446)*) « Fonti sui comuni rurali toscani », VI, Firenze, 1969, prologo p. 40): a riprova della nessuna originalità sostanziale del testo veneziano che abbiamo letto or ora.

⁽³³⁾ È ovvio il riferimento all'ASCARELLI (*L'idea di codice nel diritto privato*, in *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 41 ss.) e alla sua felicissima scelta terminologica.

⁽³⁴⁾ Tra questi ultimi è da ricomprendere, nota il Wolf, il caso della legislazione statutaria italiana: *in zahlreichen Statuten italienischer Kommunen ist die Redaktionsarbeit gelehrten Juristen bezeugt* (p. 556).

⁽³⁵⁾ Da ultimo cfr. SBRICCOLI, *Interpretazione*, cit., p. 49 ss. con esaurientissima bibliografia.

statutaria può essere (e, nel fatto, è stata) ⁽³⁶⁾ interpretata proprio in chiave di « misoneismo » rispetto a quei *gelehrte Rechte* nella cui orbita, invece, la si vorrebbe veder riassorbita per via della (pur innegabile) cultura di molti suoi compilatori.

Alla esposizione « sistematica » ⁽³⁷⁾ segue quella — più lunga e incomparabilmente più analitica ⁽³⁸⁾ — ordinata in guisa « storico-geografica ». Nella quale alla legislazione statutaria italiana è riconosciuto quel posto che appariva alcun poco negletto nelle pagine precedenti ⁽³⁹⁾, a cominciare dalla vicenda storica che va dalla dieta di Roncaglia ⁽⁴⁰⁾ alla Pace di Costanza (pag. 568) e che pone in certo modo il fondamento della *potestas statuendi* dei Comuni italiani ⁽⁴¹⁾. Naturalmente questo discorso vale solamente per le città dell'Italia centrosettentrionale dove il fenomeno istituzionale comunale raggiunse il suo pieno compimento: e non è più che una coincidenza la contemporaneità — che il Wolf pone invece in speciale rilievo (pag. 573) — tra la promulgazione del *Liber Augustalis* fredericiano e il fiorire di sempre più organiche e complesse compilazioni statutarie nell'Italia comunale. In realtà, come il *Liber Augustalis* incise su una società che aveva una storia e una struttura nettamente caratterizzate senza travolgere la fisionomia che secoli di sedimento consuetudinario le avevano conferito (pag. 700) ⁽⁴²⁾; così

⁽³⁶⁾ Son da rileggere, in questa prospettiva, certe acute pagine del PITZORNO (*Il diritto romano come diritto consuetudinario*, in « Per il XIV centenario della codificazione di Giustiniano », Pavia, 1934, p. 743 ss.) e del TORELLI (*Tradizione romana e rinascimento degli studi di diritto nella vita pratica dei secoli XII e XIII*, in « Studi e mem. per la st. della Univ. di Bologna », vol. XV, p. 1-24, ed ora in P. T., *Scritti di storia del diritto italiano*, Milano, 1959, p. 497 ss.).

⁽³⁷⁾ La quale si conclude con un cenno alle regole di promulgazione (p. 558-562). Quest'ultima avveniva, avverte il Wolf, oralmente ovvero tramite la scrittura oppure (ma sostanzialmente fuori dei limiti cronologici del Medioevo) attraverso la stampa. Nulla da eccepire, ovviamente, a questa che, sotto specie di tipizzazione, altro non è — a ben guardare — che una mera descrizione del fatto. C'è, semmai, da osservare che non si vede come possa esser ritenuta pubblicazione orale d'una norma la sua lettura previa di fronte all'organo collegiale chiamato ad approvarla (p. 559); a meno di non pensare a un singolare procedimento legislativo, nel quale la promulgazione precedesse la approvazione.

⁽³⁸⁾ La prima parte comprende quarantanove pagine (517-565) e la seconda ben dugentotrentacinque (566-800).

⁽³⁹⁾ Fin dall'inizio di questo capitolo, infatti, non si esita a riconoscere che « eine zentrale Stellung in der europäischen Gesetzgebungsgeschichte nahm im Mittelalter das sogenannte Reichsitalien ein » (p. 566); e poco dopo (p. 571) si sottolinea che il contributo dato dalle città alla storia della legislazione sia stato per qualità diverso (oltre che per quantità incomparabilmente maggiore) in Italia rispetto alla Germania: da noi, infatti, Piemonte e Friuli furono i due soli esempi ragguardevoli di signorie feudali (laico il primo, ecclesiastico il secondo) posti però ai margini, geografici e forse non solamente geografici, del paese.

⁽⁴⁰⁾ Sulla quale è da vedere il fondamentale contributo del COLORNI, *Studi Giuffrè*, Milano, 1966, vol. I, p. 113 ss.

⁽⁴¹⁾ Su questo problema, e su quello della « natura » della pace di Costanza (che Wolf definisce « formal... ein Privileg des Kaisers und seines Sohnes zugunsten der lombardischen Städte »), cfr. anche SANTARELLI, *Studia Albornoiana*, XIII, p. 69 ss.

⁽⁴²⁾ Basta pensare, per questo, al problema della convivenza dei due *jura com-*

la struttura stessa di quella società impedì l'espandersi al suo interno del « fenomeno » comunale, e le città d'altro non avvertirono la necessità che di raccogliere (con atto meramente « ricognitivo ») le loro consuetudini, mentre altrove — nell'Italia comunale — prendeva forma e consistenza lo *jus novum* nascente nel travaglio degli arenghi cittadini (43).

Il quadro che si offre allo storico delle legislazioni statutarie italiane è, come ognuno sa, dei più complessi: non solo per la gran copia delle fonti (44), ma anche per la articolatissima (45) trama di soggezioni dei Comuni minori rispetto ai maggiori o alle Signorie o — dove questa ebbe anche la *potestas in temporalibus* (46) — alla Santa Sede (47). Ed è merito del Wolf averlo ricostruito con tutta la ricchezza di dati e la limpidezza d'esposizione che sono da sempre le doti che più si apprezzano in un buon manuale.

munia — romano e longobardo — all'interno dei quell'esperienza: restano classiche, per la sua impostazione, le pagine del CALASSO in *Studi Calisse*, I, p. 499 ss. (= RSDI 1940, p. 53; *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, p. 235 ss.).

(43) Per tutti è ancora da ricordare, per la legislazione cittadina meridionale, il CALASSO, *La legislazione statutaria dell'Italia Meridionale*, Roma, 1929.

(44) *Numeras stellas si potes* (Gen., XV, 5), verrebbe fatto di ripetere, pensando agli statuti. Ed anche in questo manuale non mancano i ragguagli bibliografici (p. 579-586; 696; 708-712; 716 s.; 720 s.) certo numerosi, ma senza pretese d'un'impossibile completezza.

(45) Che le posizioni di supremazia di Milano e di Firenze nei confronti dei rispettivi territori siano state particolarmente nette sembra indubitabile; ma non sappiamo se sia, per ciò solo, consentito allo storico-giurista di parlare di casi « qualitativamente » diversi da tutti gli altri. Wolf, invece, sembra di un più netto parere quando afferma che « *unter den Städten hoben sich Mailand und Florenz heraus* » (p. 576). Quest'affermazione è in parte giustificata dal fatto che il Wolf dalla storia delle fonti legislative del *Reichsitalien* (p. 566-586) distingue nettamente quella dello Stato della Chiesa (p. 712-717) e di Venezia (p. 717-721), oltre al *Regnum* meridionale (p. 696-712) e alla Sardegna (p. 694-696).

(46) Tra questi Comuni il Wolf comprende quello di Bologna anche per il periodo delle sue prime compilazioni statutarie del 1250 e del 1288 (p. 715): cosa, questa, di cui sembra legittimo dubitare.

(47) Di questa supremazia furono strumento legislativo principalissimo le Costituzioni che Egidio d'Albornoz promulgò a Fano nel 1357. Alle quali è difficile dare un nome che sia coerente sia alla tradizione testuale manoscritta che a quella delle citazioni. La prima testimonianza una estrema varietà di denominazioni raggruppiabili secondo il riferimento alla persona di Egidio d'Albornoz e alla sua qualità di Legato (ms. « albornoziano »; ms. Bibl. Naz. Vitt. Em. II; ms. Bibl. Felin. Lucca; ms. Bibl. Angelica; ms. Ottob. Lat. 1402; ms. Vat. Lat. 11498) o al territorio in cui le *Constitutiones* erano destinate ad avere vigore (ms. Bibl. Ang., ms. Ottob. lat. 1401, ms. Ottob. lat. 741, ms. Vat. lat. 6742). La seconda, altrettanto varia, è parimenti divisa tra il riferimento ad Egidio (Stat. Forl. 1359, Forl. 1373 *approbatio*; Stat. Motnalbodo 1366) e quello al territorio (Stat. Cingoli 1364; Stat. Narni 1371; Stat. Bagnoregio 1373). Osserviamo solo che la denominazione accettata dal Wolf (*Constitutiones Sancte Romane Ecclesie*) non è la più largamente testimoniata, anche se può vantare una tradizione manoscritta assai risalente (ms. Ottob. Lat. 1402). Chi scrive deve questi ragguagli sui manoscritti albornoziani al suo amico Paolo Colliva (uno specialista di questa materia, come tutti sanno) che vuol qui ringraziare.

Vorremmo, infine, accennar brevemente alle non molte pagine (pag. 801-815) dedicate dal Pohlmann alle fonti del diritto commerciale: fatica che appare tanto più meritoria quando non si dimentichi lo stato certo non felice in cui si trova oggi questo speciale settore degli studi storico-giuridici. Nessuno dubita, infatti, che sia giunto il tempo per una nuova e più provveduta valutazione delle linee di sviluppo del diritto commerciale tra il Basso Medioevo e l'Età Moderna. Il Pohlmann crede che queste linee siano da ricercarsi nel quadro di un « processo di europeizzazione » dei singoli ordinamenti su tre precise direttrici: *a*) il commercio all'ingrosso su scala continentale attraverso le fiere e le borse tra il Duecento e il Quattrocento (pag. 803-805); *b*) il diritto della navigazione e del commercio marittimo nell'Europa medievale (pag. 805-810), *c*) il diritto della classe dei mercanti nel Medioevo (pag. 810-815); e, all'interno di queste due ultime direttrici, tiene a distinguere (opportunamente) la storia dell'Europa meridionale (l'area mediterranea nel primo caso, e il diritto statutario delle città mercantili italiane nel secondo) da quella dell'ambiente franco-germano-anseatico con le sue caratteristiche tanto nettamente differenziate rispetto all'esperienza sud-europea.

Tralasciando il resto ⁽⁴⁸⁾, vorremmo limitarci a una sola osservazione. Quando il Pohlmann imposta la sua ricostruzione storica tendente a individuare i tre successivi « momenti di europeizzazione » del diritto commerciale (pag. 801 seg.) crede di poter cogliere nel modo seguente due primi passaggi: *a*) una prassi commerciale divenuta (sulla base delle concrete esigenze economiche) — fra il XII e il XIV secolo — un diritto commerciale consuetudinario formatosi in guisa del tutto indipendente dallo *jus commune* (dai *gelehrten Rechte*, cioè); *b*) una successiva tendenza, riscontrabile a partire dal XVI secolo, a condurre un'autentica riflessione scientifica anche sulle materie commercialistiche e sulle « pratiche » ad esse pertinenti.

Crediamo che un siffatto punto di vista meriti, per lo meno, d'esser discusso. È, bensì, vero che gl'istituti più caratteristici del diritto commerciale (si pensi, tipicamente, al fallimento) nacquero dal travaglio d'una prassi vivissima nell'ambiente mercantile delle città basso-medievali e in modo certo indipendente dalla riflessione che nel contempo si conduceva sul *Corpus* giustiniano. Nè è men vero che col Cinquecento la *scientia juris* si accostò con spirito nuovo ai problemi posti dal *jus*

⁽⁴⁸⁾ Ma non di segnalare la sterminata (e quasi esauriente) bibliografia che si può vedere alle p. 815-834. Dalla quale, semmai, si sarebbe potuto levare — senza danno — il troppo e il vano: chè il *Medio Evo* di CALASSO non ha qui la sua naturale sede di citazione; e si può fare a meno di rammentare singolarmente quegli scritti del SAVORI che son poi confluiti negli *Studi* sansoniani (anch'essi citati); nè ha un senso far posto alla citazione d'una collana (nella specie: i « Documenti e studi » di CHIAUDANO e PATETTA) quando poi si registrino, com'è naturale, i singoli contributi che vi son comparsi. Ma son manchevolezze da poco, che si perdonan più che volentieri a chi ha tanto (e così utilmente) faticato.

mercatorum: una novità d'approccio che ha suggerito addirittura il paragone con Galileo ⁽⁴⁹⁾. Ma non crediamo che questa novità debba esser, come si dice, sopravvalutata: essa consiste fondamentalmente nel fare degli istituti del diritto commerciale l'oggetto formale del discorso del giurista sostituendolo al commento delle fonti romane ⁽⁵⁰⁾. Non fu, certo, novità di poco conto, e giustamente lo storico della scienza giuridica la sottolinea ⁽⁵¹⁾.

Ma essa riguardò il modulo formale del discorso giuridico, non già il suo contenuto: sicchè sarebbe indebito concludere che solo dopo di essa gl'istituti del diritto commerciale siano stati oggetto di riflessione scientifica.

Non disponiamo per ora, in questa materia, di cognizioni tali da consentire illazioni sufficientemente controllate ⁽⁵²⁾. Ma, nell'attesa, possiamo pur fare, a mo' di saggio, qualche constatazione provvisoria. In un significativo scritto di Benvenuto Stracca, per esempio, si può facilmente osservare che, per una materia rigorosamente « specialistica » e certamente di formazione medievale e legislativa, il discorso è inteso da *auctoritates* provenienti da opere di giuristi ⁽⁵³⁾ che — se fosse valido in assoluto quel certo *discrimen* cronologico — avrebbero dovuto essere affatto disattenti agl'istituti propri dello *jus mercatorum* ed emergenti dalle legislazioni statutarie.

Ora, questa constatazione (pur estrinseca) lascia per lo meno intuire che forse non son del tutto legittime certe schematizzazioni, al-

⁽⁴⁹⁾ CALASSO, *Il negozio giuridico*, II ed., Milano, 1959, p. 311 ss.

⁽⁵⁰⁾ CALASSO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁵¹⁾ Cfr. per esempio, PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza*, ASD, 1957, p. 293 ss.; ID., *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano, 1962; ID., *La sistematica come ideale umanistico nell'opera di Francesco Connano*, in « La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche », Firenze, 1966, p. 521 ss.; MAZZACANE, *Scienza logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, Milano, 1971; e, più in generale, ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, II ed., Torino, 1961, p. 39 ss.

⁽⁵²⁾ Lo lamentava, quasi vent'anni fa, il CALASSO (*Negozio*, cit., p. 312, nota 2); e non ci sembra che nel frattempo la situazione sia migliorata.

⁽⁵³⁾ Ci riferiamo al *Tractatus de decoctoribus* (in *Tractatus de mercatura et mercatore* BENVENUTO STRACCA [...] *autore* [...], Lugduni [...] 1558; nelle cui prime due *partes* (p. 287-312), alle quali abbiamo limitato questo sommarissimo saggio d'indagine, delle dugentoventidue citazioni, cinquantasette spettano a Baldo degli Ubaldi, diciassette a Bartolo di Sassoferrato, sedici ad Accursio, quindici a Giasone del Maino, tredici a Filippo Decio, dieci ad Alessandro Tartagni, nove ciascuno a Nicolas Bohier e a Pier Paolo Parisio, otto a Paolo di Castro, sette ad Angelo degli Ubaldi, sei a Francesco Accolti, cinque ciascuno ad André Tiraquaeu e a Guillaume Budé, quattro a Giovanni Battista Caccialupi, tre per ciascuno a Luca da Penne, Matteo d'Afflito e Felino Sandeo, due ad Alciato, Pietro d'Ancharano, Azzone, Dino del Mugello, Marco Mantua Bonaviti, Lodovico Gozzadini, Lodovico Pontani, Mariano Socino jr., Pietro degli Ubaldi; una ciascuno a Cino da Pistoia, Bartolommeo da Saliceto, Aymon Cravetta, Raffaele Cumano, Guglielmo Durante, Ippolito Marsili, Oldrado da Ponte, Francesco Zabarella; quattro autori, infine (due citati due volte e due una sola volta ciascuno) risultano di difficile identificazione.

l'apparenza tanto chiarificatrici d'una materia che invece attende ancora d'essere studiata in modo conveniente.

5. Tornando, dai pochi saggi di lettura or ora tentati, a problemi più direttamente connessi all'impianto generale del libro, vien fatto di notare com'esso si fondi tutto sulla giustapposizione tra « diritto dei dotti » e legislazione, posta fin dal titolo quasi ad offrire la chiave interpretativa dell'esperienza giuridica medievale. Questa giustapposizione tra *jura communia* — così tradurremmo l'espressione, altrimenti in traducibile, *die gelehrten Rechte* ⁽⁵⁴⁾ — e legislazione ⁽⁵⁵⁾ ripropone un modulo interpretativo che merita a nostro giudizio una radicale revisione. La differenza strutturale e funzionale tra i due termini così giustapposti è ormai talmente entrata nel nostro modo di ragionare che la si presuppone spesso senza nemmeno discuterne il fondamento ⁽⁵⁶⁾. E, invece, a ben considerare, essa deriva da una radicata incapacità a riscoprire — sotto i dati emergenti, e per ciò più facilmente accertabili — l'inscindibile unità del tessuto dell'esperienza giuridica dell'età di mezzo. Certo, è constatazione fin troppo ovvia che gli *jura communia* trovarono la loro sostanza nell'*interpretatio* delle fonti romane e canoniche, mentre gli *jura propria* si identificarono con le legislazioni delle sorgenti istituzionali politiche particolari. Ma, se questo è vero sur un piano grezzamente fenomenico, non è men vero che allo storico-giurista sia tempo di chiedere un approfondimento di analisi: la ricerca, cioè, della radice unificante dei due fatti apparentemente incoerenti (e perciò dell'oggetto reale della sua ricostruzione storica). Ora, questo dato unitario è possibile individuarlo nell'inscindibile *esperienza giuridica* dell'Europa medievale: un'esperienza che allo sguardo attento dell'interprete rivela il suo essere « l'inconsutile tunica che non era lecito dividere » ⁽⁵⁷⁾. Certo, questa più profonda consapevolezza del proprio campo d'indagine, lungi dall'alleviarla, aggrava la fatica dello storico dell'esperienza giuridica medievale: perchè non gli potrà esser consentito trasporre in modo acritico i risultati altrove conseguiti nell'analisi della struttura dell'esperienza giuridica in generale ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁴⁾ In quest'espressione crediamo che sia volutamente sottolineata la natura « giurisprudenziale » (di *Juristenrecht*) del diritto comune: per questo cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 79 ss.

⁽⁵⁵⁾ Forse sarebbe meglio dire *legislazioni*, per sottolineare la loro pluralità; la loro riferibilità, cioè, a ordinamenti tra loro diversi e non riconducibili a un'indiscriminata unità istituzionale.

⁽⁵⁶⁾ Cfr., per es., in questo manuale, COING, *Einleitung*, p. 27 s.

⁽⁵⁷⁾ La felice trasposizione dell'immagine evangelica (Io, 19, 23) fu di FRANCESCO CALASSO (*Enc. del dir.* voce *Equità*, in fine; = *Id.*, *Storicità del diritto*, cit., p. 376): le ultime parole che scrisse per noi.

⁽⁵⁸⁾ Il pensiero corre alla lezione di CAPOGRASSI (di cui cfr., in special modo, gli *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, 1932, e ora in *Opere*, Milano, 1959, vol. II, p. 213 ss.); ma non soltanto a quella, naturalmente (per una sintesi cfr. OPOCHER, in *Enc. del Dir.*, voce *Esperienza giuridica*).

per farne lo stampo in cui calare i risultati delle sue ricerche. Le quali, invece, dovranno prima riscoprire all'interno dell'esperienza medievale la reale funzione della *scientia juris* (non solo come puro momento riflesso dell'esperienza stessa ma anche come matrice diretta di un *Juristenrecht*) o delle legislazioni (non come unica fonte normativa, ma in un contesto estremamente complesso e non facilmente riducibile a chiara lettura): però la prospettiva d'indagine non potrà che essere in questo senso, e proprio intorno a questo suo naturale centro di gravità essa potrà trovare la sua intima e naturale coerenza. Resta da chiedersi quanto a questo giovi un impianto metodico che prenda le mosse, per l'appunto, da quella giustapposizione di cui dicevamo; la quale finisce col suggerire un duplice percorso a ricercar le storie dei *gelehrten Rechte* e della legislazione in un medesimo arco di tempo e in uno stesso contesto geografico, a costo — però — d'una vivisezione inaccettabile e per giungere a risultati solo in parte soddisfacenti.

Nel manuale di cui stiamo discutendo questo nodo irrisolto (non solo nel titolo, ovviamente) affiora più volte, anche nel confronto con un'altra opera collettanea da tempo iniziata e tuttavia incompiuta: lo *Jus Romanum Medii Aevi*. Un confronto che, al di là dei riconoscimenti formali ⁽⁵⁹⁾, tende fin dalla prima pagina a porre in luce la diversità dei punti di vista che distingue gl'ideatori dell'IRMAE dai redattori di questo manuale ⁽⁶⁰⁾. E non v'è dubbio che la diversità, in teoria, sia ragguardevole: chè altro è parlare di *Jus romanum Medii Aevi* e altro ragionar dello studio delle fonti basso-medievali come premessa necessaria alla storia del diritto privato moderno ⁽⁶¹⁾. D'altronde, fin dagli'inizi, la polemica sull'IRMAE fu vivace e son noti gli argomenti messi in campo dai suoi detrattori ⁽⁶²⁾: non tenui, certo, nè facili ad esser ribattuti, anche se nessuno aveva mai pensato a una semplice « riedizione aggiornata » della *Geschichte* del Savigny ⁽⁶³⁾ e se ragionamenti di non trascurabile buon senso ⁽⁶⁴⁾ o più compiuti discorsi metodologici ⁽⁶⁵⁾ mostrarono non incolmabili le distanze tra i contendenti. A nostro avviso, però, il discorso sul metodo che si deve fare resta, forse, quello che facevamo or ora: la storia giuridica del Medioevo troverà una strada realmente nuova per arrivare a risultati « qualitativamente » più apprezzabili di quelli fin qui raggiunti nella misura in cui riscoprirà il proprio oggetto nell'*inconsutile tunica* dell'esperienza giuridica. Ma, al di là degli esiti particolari pur sempre raggiungibili, questo me-

⁽⁵⁹⁾ Cfr. p. es., COING, *Einleitung*, p. 8.

⁽⁶⁰⁾ COING, *Vorwort*.

⁽⁶¹⁾ COING, *loc. ult. cit.*

⁽⁶²⁾ CALASSO, *RIDA*, 1953, p. 441 ss. (= F. C., *Storicità del diritto*, cit., p. 205 ss.).

⁽⁶³⁾ GENZMER, *RIDA*, 1953, p. 431 ss. (cfr. partic. p. 436).

⁽⁶⁴⁾ NICOLINI, *RIDA*, p. 465 ss.

⁽⁶⁵⁾ NICOLINI, *RSDI*, 1953-54, p. 175 ss.

todo si smentisce in modo parimenti irrimediabile sia scindendo quell'unità lungo l'asse della diacronia (e cioè, per esempio, dandosi a ricostruire la pretesa storia del « diritto romano medievale » in chiave di « rinascita ») sia infrangendola secondo la linea della sincronia (e separando magari, per questa via, i *gelehrte Rechte* e la legislazione come dati tra loro radicalmente distinti).

6. Un merito, certo, (e grande) deve riconoscersi a questo manuale, e vi abbiám già accennato. Esso consiste nell'avere esplicitamente collocato, con intuizione metodologicamente lucidissima, la « storia delle fonti » nel suo alveo naturale, che è quello della storia dell'esperienza giuridica *tout court*: nell'avere, insomma, risolto quella in questa. Malgrado le contrarie apparenze, non s'è trattato di un'operazione da nulla, e proprio per questo essa merita una specialissima sottolineatura. Perché non si può negare che vi sia in taluno, stranamente coperta d'un tal quale « complesso di superiorità », una sorta di « mistica dell'erudizione » che tende a dare alla « storia esterna » delle fonti (ricostruita col puntiglio del cattivo filologo) una sua perfetta dignità di *scientia juris*, mentre in realtà — così sradicata dal suo naturale terreno di riferimento — *scientia juris* essa non è: nè per l'oggetto che assume come suo proprio (in guisa esclusiva) nè per l'impulso da cui si è mossi a coltivarla.

In questo manuale, invece, la storia delle fonti — pur ricostruita col sussidio d'uno strumentario di prim'ordine — è e rimane storia giuridica: è letta, cioè, tenendo saldamente inforcati quelli che Jemolo ha chiamato gli occhiali del giurista; si risolve, insomma, e rientra in modo perfettamente legittimo in un discorso storico intorno a un'esperienza giuridica ripensata criticamente nel suo complesso.

Ancora una volta la domanda volge all'essenziale: « di che cosa fanno la storia gli storici del diritto? » ⁽⁶⁶⁾. E, più ancora, qual è l'interebbe di fondo che li sospinge alla loro fatica? Ripensando a un celebre episodio della vita di Galileo ⁽⁶⁷⁾ diremo che lo storico del diritto può dirsi veramente tale, non se guarda la lampada per contarne le luci o descriverne pedantemente la forma, nè se contempla il suo oscillare (il fatto, cioè, che essa oscilla), ma se è in grado di leggerne e decifrarne il modo di oscillazione, se dalla visione della lampada come cosa sa arrivare alla intuizione del pendolo e dell'isocronismo delle sue oscillazioni come concetti. Fuori da questa prospettiva la storia delle fonti non si solleverà mai dal terreno piatto dell'erudizione, e tra essa e la autentica storia dell'espe-

⁽⁶⁶⁾ La riproponeva, tempo fa, acutamente, il FIORELLI, *Giuristi e linguisti tra istituzione e storia*, in « La storia del diritto e le altre scienze storiche », cit., p. 457.

⁽⁶⁷⁾ Il quale, com'è noto, ci è documentato dalla *Lettera di Vincenzo Viviani al Principe Leopoldo de' Medici intorno all'applicazione del pendolo all'orologio*, edita ne *Le opere di Galileo Galilei*, ed. naz., rist., vol. XIX, Firenze, 1938, VI, p. 647 ss.

rienza giuridica vi sarà tutt'al più un'estrinseca e apparente similitudine di oggetto, non già reale concordanza sul piano più profondo dell'epistemologia. Nè questo può in alcun modo significare una specie di appiattimento delle singole « vocazioni ». Qui, come in ogni autentico sapere, *mansiones multae sunt* ⁽⁶⁸⁾, certo: dalla ricostruzione dei « momenti progettuali » d'ogni complesso d'esperienza ⁽⁶⁹⁾, attraverso la storia di quelle che in questi *Quaderni* si sono felicemente chiamate « figure dell'esperienza » fino al lavoro sugli strumenti d'indagine disponibili per lo storico del diritto e all'affinamento e infoltimento di questo strumentario: son tutti campi di ricerca ognuno dei quali si pone in guisa perfettamente legittima nell'ambito dei nostri studi. Ma, quale che sia la scelta di ognuno e la motivazione soggettiva di questa scelta, deve restar fermo, sul piano epistemologico e del metodo, che tutte quelle *mansiones* si legittimano solamente in grazia del loro porsi coscientemente sul piano d'oscillazione di quel certo pendolo; e ognuna a suo luogo: dove il pendolo ha il massimo d'accelerazione per essere al punto estremo della sua oscillazione (e vi collocherei da una parte il momento progettuale e dell'altra il lavoro sugli strumenti d'indagine) e dove invece ha il massimo di velocità e si trova al mezzo della sua corsa (le figure dell'esperienza).

Senza alcuna assurda graduazione di dignità tra questi diversi campi di ricerca, tutti a pari titolo perfettamente legittimi per una loro legittimità oggettiva e per la legittimazione soggettiva di coloro che li coltivano, l'una e l'altra limpidamente derivanti da quella scelta epistemologica di cui dicevamo. Ma, sembrerebbe quasi inutile soggiungerlo a questo punto, la pluralità della *mansiones* rende, non solo legittima, ma financo doverosa quella quotidiana riproposizione dell'*actio finium regundorum* che saremmo tentati di chiamare *dovere di coscienza* d'ogni storico del diritto.

UMBERTO SANTARELLI

E.-H. KADEN, *Le jurisconsulte Germain Colladon, ami de Jean Calvin et de Théodore de Bèze*. Mémoires de la Faculté de Droit de Genève N° 41, Georg, Genève, 1974, 174 p.

Dans le vaste champ de recherches de l'histoire du Droit privé moderne, les monographies consacrées à l'étude des Rédactions ou des Réformations de coutumes, des Droits municipaux ou des Droits territoriaux, comme à la figure de leurs auteurs ou de leurs principaux protagonistes, ont de tout temps occupé une place de choix. Il paraîtra

⁽⁶⁸⁾ Io, 14, 2.

⁽⁶⁹⁾ È fin troppo ovvio il riferimento al contributo recente del COSTA, *Il progetto giuridico - Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, 1974.

dès lors étonnant que l'ancien Droit de la Rome protestante, tel que l'ont fixé pour des siècles les Edits Civils de 1568 et leur principal auteur, le Français Germain Colladon, n'aient guère fait l'objet jusqu'à présent d'investigations approfondies. Aussi est-ce une importante lacune que vient combler l'ouvrage d'E.-H. Kaden. Du même coup l'historiographie juridique de langue française s'enrichit d'une précieuse contribution propre à réveiller l'intérêt des historiens pour un chapitre relativement peu connu de l'histoire du Droit privé. Mais c'est aussi que le *Germain Colladon* de l'éminent romaniste allemand, disparu il y a deux ans, n'est pas une simple biographie de caractère plus ou moins hagiographique comme son sous-titre pourrait le laisser accroire; dans la plus pure tradition de la *Gelehrten-geschichte* d'Outre-Rhin, il constitue en effet une étude extrêmement fouillée de la formation, de la vie et surtout de l'oeuvre d'un des jurisconsultes les plus marquants de l'histoire de la science juridique genevoise.

Brillant avocat berrichon réfugié à Genève pour cause de religion et devenu l'éminence grise de la Cité de Calvin et de Bèze, davantage connu de la postérité pour son rôle dans la rédaction des Edits Civils de 1568, Germain Colladon avait certes déjà fait l'objet de sérieuses recherches en ce qui concerne son oeuvre de législateur de la part d'E. Peretti de la Rocca dans sa thèse de l'Ecole des Chartes de 1893 consacrée à « l'influence des Coutumes de Berry sur la législation de Genève au XVI^e siècle ». Mais en dépit de ses mérites — l'élucidation de la place de Colladon dans la Politique de Calvin comme dans l'histoire juridique genevoise — ce travail devait demeurer essentiellement manuscrit ⁽¹⁾; de plus, il laissait dans l'ombre non seulement les années de formation de Colladon, si importantes pour la pleine intelligence de son oeuvre de jurisconsulte, de diplomate et de législateur, mais encore sa profonde influence sur la Justice de l'ancienne Genève. C'est précisément le double intérêt de l'ouvrage d'E.H. Kaden que de permettre, d'une part, aux historiens du Droit de se familiariser avec l'une des grandes personnalités du XVI^e siècle genevois, trop longtemps demeurée dans l'ombre, et de faire, d'autre part, toute la lumière possible sur ses origines, ses études et son évolution religieuse dans son Berry natal comme sur les multiples aspects de son activité dans sa patrie d'adoption. C'est d'ailleurs précisément en fonction de ces deux volets de la vie et de l'oeuvre de Colladon, qui s'articulent autour de son départ de Bourges au plus fort de la persécution en Berry, que s'ordonne l'étude d'E.-H. Kaden.

Consacrée aux années de jeunesse et d'études, d'enseignement et de ralliement à la Réforme, de la Châtre à Bourges (1508-1550), la première partie, plus directement biographique, montre bien tout ce que Colladon doit au mouvement de l'humanisme juridique, mais aussi à son activité de praticien. Formé aux Universités d'Orléans et de Bourges dans la tradition du *mos gallicus* » au mariage de la Jurisprudence et

(1) Cf. Ms. fr. 1083, Bibliothèque publique et universitaire de Genève.

des Belles-Lettres », il alliera sa vie durant à une exceptionnelle connaissance du Droit romain une remarquable culture qui feront de lui tout naturellement dès 1531 l'un des collègues d'Alciat et de François Le Douaren à Bourges. Témoin — et peut-être davantage — de la rédaction officielle des Coutumes du Berry en 1539, qu'il pratique parallèlement dans le Barreau, il n'apparaît pas moins versé dans le Droit Coutumier. Son intérêt pour la pratique, qui n'y est pas étranger, ne tardera d'ailleurs pas à avoir raison de sa prime orientation universitaire et c'est définitivement qu'il quittera en 1542 le Magistère pour le Barreau, dans lequel il s'assurera rapidement « une brillante position ». Ce n'est pas le moindre mérite d'E.-H. Kaden que de retracer aussi les conditions et les circonstances dans lesquelles Germain Colladon allait sacrifier cette situation en vue. Depuis ses années d'études, relève-t-il, « sous l'influence peut-être de Calvin qu'il a dû rencontrer, pour devenir son ami, soit sur les bancs de l'Université, dans les cours de leurs maîtres communs, Pierre de l'Etoile à Orléans et André Alciat à Bourges, soit dans les cercles de la société qu'ils fréquentèrent ensemble dans l'une ou l'autre de ces villes (p. 35) », Colladon s'était rallié à la cause de la Réforme; aussi « jusqu'à 1550, poursuit l'auteur, l'histoire de Colladon se confond avec celle de la Réforme à Bourges dont il était, selon toute vraisemblance un des piliers les plus sûrs et un des collaborateurs les plus actifs » (Ibid). Fruit d'un voeu solennel assez mystérieux, c'est en définitive sa fidélité aux idées évangéliques qui l'amènera à quitter son pays natal et à gagner, sur les instances de Calvin, la citadelle de la Réforme « pour y faire profession de la religion réformée ».

Mais l'intérêt primordial des recherches d'E.-H. Kaden tient sans doute dans l'élucidation des multiples aspects de l'activité et de l'oeuvre de Germain Colladon à Genève à partir de 1550. Tel est l'objet de la seconde partie du livre, de loin la plus importante, qui offre après une étude circonstanciée des conditions d'existence et de la place du jurisconsulte berrichon dans la vie genevoise et une brève évocation de sa carrière au service de la jeune République, une analyse approfondie de ses avis et consultations politiques et juridiques comme de ses travaux législatifs.

Admis gratuitement — faveur insigne — à la bourgeoisie en 1555, membre du Conseil des Soixante et du Conseil des Deux Cents de 1559 à sa mort en 1594, Germain Colladon devait être tout d'abord associé, sinon consulté, dans toutes les affaires importantes de l'histoire politique et diplomatique genevoise, du renouvellement de la Combourgeoisie avec Berne en 1556, aux Journées de Lausanne (1564), de St. Julien (1565), de Nyon (1568) et de Berne (1569) et de la Trêve de 1570 qui s'ensuivit aux débats relatifs à la Guerre de 1589 contre la Savoie. C'est ce dont témoignent ses nombreux Avis et Mémoires, rédigés au titre de « conseiller », d'« adjoint », voire d'« ambassadeur » de la République, dans les négociations avec Berne ou la Savoie. Diplomate avisé, Colladon s'y révèle aussi conciliant à l'égard de la politique savoyarde de la

puissante alliée qu'intransigeant sur les droits de Genève à l'égard de la Savoie. Sa ferme conviction du « bon droit » des Genevois face aux prétentions savoyardes se manifeste en particulier dans son « Avis pour la défense des droits et libertés de Genève » de 1580, curieusement ignoré jusqu'à présent par l'historiographie genevoise et qu'E.-H. Kaden a le double mérite d'analyser et de publier ici pour la première fois (cf. Annexes, Documents justificatifs, 4, p. 145-161).

Colladon n'apparaît pas moins mêlé à la politique intérieure de la Cité, du procès de Michel Servet au complot des Perrinistes. De fait, il n'est pas une des grandes affaires de l'histoire religieuse ou criminelle genevoise à laquelle il n'ait été associé. En raison directe du caractère essentiellement coutumier et jurisprudentiel du Droit pénal genevois du XVI^e siècle, le jurisconsulte berrichon paraît avoir influé à cet égard de manière déterminante, non seulement sur la conduite des procès de l'époque, mais encore sur l'orientation de toute la justice pénale à Genève par les assises doctrinales, inspirées du Droit romain et de l'oeuvre des Consiliateurs, qu'il donne à ses consultations. Mais à vrai dire ce n'est pas seulement le Digeste et l'*opinio communis doctorum* qu'il allègue avec l'esprit critique de ses maîtres humanistes; ainsi que le souligne bien E.-H. Kaden, Germain Colladon invoque tout aussi bien en ce domaine « les lois divines baillies par Moïse », reconnaissant dans « la Parole et Loi de Dieu... non pas simplement des règles spirituelles, mais des règles de vie, des vérités rationnelles, des lois formant le fondement même de l'ordre social, qui déterminent dans bien des cas la nature criminelle d'un acte et précisent sa peine » (p. 82). Rien d'étonnant dès lors à sa sévérité à l'égard des sorciers ou des hérétiques — comme Michel Servet — qu'il punit également par le feu. Rien d'étonnant surtout à sa conception même de la peine, dont la fonction est à son sens moins régénératrice qu'expiatoire et déterritive. Si Colladon partage à cet égard les opinions de la science pénale de son temps, il renforce cependant leurs fondements théologiques par un retour aux sources bibliques qui fait de lui à Genève en même temps qu'« un conseiller juridique d'une sévérité implacable... l'avocat zélé et avisé de la Réforme et le gardien toujours vigilant de ses principes devant les tribunaux » (p. 98-99).

À la fois l'éminence grise de la République et le « bras séculier » de Calvin, c'est cependant avant tout comme législateur que Germain Colladon est passé à la postérité. « Auteur principal » des *Edits* de 1568, qui régiront la vie politique et juridique genevoise jusqu'à l'Annexion française, le collaborateur de Calvin et de Bèze est en effet tout d'abord l'un des grands artisans de la consolidation de l'organisation politique et judiciaire de la République, qui prendra forme dans le recueil des *Edits politiques*. La même volonté de continuité avec l'oeuvre entreprise par Calvin se retrouve dans les *Edits civils*, vaste compilation de règles de procédure et de Droit privé, où il faut chercher sans doute l'oeuvre la plus originale de G. Colladon. C'est que l'ancien condisciple de Calvin

aux Universités d'Orléans et de Bourges, loin de se borner à reprendre et à codifier les dispositions de procédure civile et criminelle des Ordonnances et Edits antérieurs et à modifier certains points des Franchises d'Adhémar Fabri, fait véritablement office de législateur en matière de Droit privé dans la ligne des plus éminents représentants de l'humanisme juridique européen, rédigeant ce que Jean Cramer, le collègue de Burlamaqui à l'Auditoire de Droit de Genève, saluera au XVIII^e siècle comme un « Code de Loix ». Fixant les règles du Droit des personnes et des biens, plus particulièrement celles du Droit de la famille — le mariage excepté, qui relève des *Ordonnances ecclésiastiques* — et celles du Droit des successions, si cet aspect des Edits Civils en constitue sans doute, selon la formule de l'auteur, « la partie la plus nouvelle et la plus personnelle » (p. 115), c'est que l'ancien Droit genevois, n'offrant guère jusqu'alors en ce domaine que des dispositions disparates, Colladon avait à faire oeuvre créatrice. Romaniste de formation, rompu de par son activité à Bourges à la pratique des Coutumes du Berry, il n'y a pas lieu d'être surpris ici de ce que devenu législateur à Genève, le juriconsulte berrichon n'ait pas moins su rendre justice à la tradition romaniste de toute une partie du Droit genevois de son temps que reprendre les solutions et jusqu'à la terminologie des Coutumes du Berry tout en respectant nombre d'institutions coutumières genevoises (cf. p. 116-118). Montrant dans les Edits civils l'harmonieuse synthèse de traditions juridiques différentes, E.-H. Kaden confirme dans le cours de son analyse le bien-fondé des thèses d'A. Flammer ⁽²⁾ et de L. Fulpius ⁽³⁾ sur les limites de l'apport berrichon et la place des traditions coutumières genevoises dans l'oeuvre de Colladon (p. 118) comme l'importance de la thèse de G. Partsch ⁽⁴⁾ sur la coexistence dès la fin du Haut Moyen Age à Genève du Droit romain avec les coutumes locales (p. 120-121). S'il devait naturellement revenir à un romaniste de saisir les affinités profondes existant entre les règles du Droit genevois d'origine savante et celles des Coutumes de Berry — « les plus romanistes des Coutumes françaises de l'époque », selon Jean Cramer (cf. p. 120) — des choix n'en devaient pas moins s'imposer à lui lorsque les traditions coutumières locales en divergeaient, que ce soit en matière de puissance paternelle, de droits réels limités ou de successions (cf. p. 124).

Encore qu'aucun document ne nous permette de connaître les raisons des choix opérés à cet égard par G. Colladon, un « leitmotiv » semble l'inspirer, qu'E.-H. Kaden croit reconnaître dans « la recherche du *bien général* comme l'entendait l'économie de la Cité et comme le postulait l'Eglise calviniste de l'époque » (p. 124) et l'auteur pense en trou-

⁽²⁾ A. FLAMMER, *Le Droit civil de Genève, ses principes et son histoire*, Genève, 1875, Bulletin de l'Institut National genevois, t. 20, p. 13.

⁽³⁾ L. FULPIUS, *Le régime hypothécaire genevois*, Genève, 1947, 2^eme part. p. 125.

⁽⁴⁾ G. PARTSCH, *Der Einfluss des römischen Rechts auf das Genferrecht vom 13. bis zum ausgehenden 15. Jahrhundert*, Tranchepied, 1962, dactyl.

ver les indices les plus révélateurs autant dans la réglementation minutieuse du Droit immobilier et du Droit des affaires, condition de la prospérité matérielle de toute société, que dans l'élimination des principales sources d'inégalité sociale comme les privilèges de masculinité et de primogéniture et dans l'organisation détaillée de l'assistance publique, condition du bien-être personnel de chacun. C'est donc dans une *pensée politique*, que sous-tendrait une « pensée sociale » (p. 127), qu'il faudrait chercher la *clé* de l'oeuvre législative de Germain Colladon à Genève. Quelque réserve que l'on puisse formuler à l'égard de cette dernière thèse, force est de constater en tout cas avec l'auteur « la rare longévité » (p. 129) du « Code de Colladon ». Celle-ci tient sans doute à ses ambitions limitées, davantage peut-être à son enracinement national, et bien plus encore à l'harmonisation qu'il assurait « des lois avec le nouvel ordre politique et religieux ». « Comme la Réforme, conclut à ce propos E.-H. Kaden, Colladon s'est toujours efforcé d'assurer le bien-être général et individuel, la prospérité de la Cité et la sauvegarde des intérêts du peuple » (p. 131).

D'un style remarquablement concis et d'une érudition sûre, fruit de vingt ans de recherches minutieuses dans les différentes Archives départementales françaises comme aux Archives d'Etat de Genève, l'ouvrage d'E.-H. Kaden, qui est assorti de près d'une dizaine de planches, reproduisant pour la plupart tout ou partie des avis de droit de G. Colladon et que viennent enrichir une étude graphologique de son écriture et nombre de documents justificatifs, ressuscite en définitive à travers le tableau des diverses activités politiques, diplomatiques et juridiques du savant jurisconsulte berrichon, toute une époque, sans doute l'âge d'or, de l'histoire juridique genevoise. Mais il y a plus. En se situant au coeur d'un des problèmes spécifiques de l'histoire du Droit privé, celui des conditions de la Réception d'un Droit, l'auteur nous paraît avoir jeté les premiers jalons d'une étude plus approfondie de l'histoire de la Réception du Droit français à Genève aux XVIII^e et XIX^e siècles. A ce titre, quelque limité que soit son propos, le livre d'E.-H. Kaden constitue en conclusion un nouvel apport à la grande entreprise de l'histoire du Droit privé européen menée depuis plus d'une décennie par ses compatriotes rhénans.

ALFRED DUFOUR

Bruno PARADISI, *Apologia della storia giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1973, pp. 545.

1. Questo ponderoso libro di Bruno Paradisi è una raccolta di saggi che hanno rilevanza specialmente dal punto di vista del nuovo orientamento che egli ha proposto e riproposto alla cultura storico-giuridica contemporanea con argomenti sempre più efficaci in un arco di tempo che oltrepassa venti anni di intensa e appassionata meditazione. La di-

versità cronologica e di contenuti specifici dei dodici vasti capitoli di cui l'opera si compone non toglie a essa il pregio di una omogeneità sostanziale e formale.

« Indirizzi e problemi della più recente storiografia giuridica italiana » è un lungo capitolo in cui è ripresentata una relazione al I Congresso della Società degli Storici italiani del 1963. In esso l'A. si muove con grande agilità fra i tanti contributi diversi per metodo e per argomenti offerti dalla storiografia giuridica del nostro paese. E il suo atteggiamento critico di fondo si accompagna all'intento di dare risalto a peculiari pregi della letteratura presa in esame delineando rapidamente, in alcuni casi, figure di studiosi fra i più notevoli.

Titoli generali di altri argomenti trattati dall'A. sono: « Storia e dogma di fronte alla storiografia giuridica »; « Considerazioni attuali sulla storiografia giuridica »; « Sulla proposta di bipartizione dell'attuale insegnamento della storia del diritto italiano »; « Il problema della storia del diritto nel contesto della storiografia italiana »; « Storia del diritto, dogmatica e sociologia »; « Storia del diritto e filologia »; « Diritto volgare e volgarismo (note sulla validità del concetto di 'stile' come strumento di ermeneutica storica) »; « Storia del diritto moderno e palingenesi della scienza giuridica ».

Di fronte a una tale molteplicità di temi trattati tengo qui come centro focale in rapporto con le altre parti del libro il significativo capitolo « Questioni fondamentali per una moderna storia del diritto ». In esso infatti la tensione speculativa animatrice di tutta l'opera sembra raggiungere un punto culminante anche attraverso certe « insistenze e ripetizioni » che (come diceva ad altro proposito Roland Barthes) non costituiscono elementi negativi quando servono a esprimere, in maniera forse altrimenti inesprimibile, i motivi ispiratori e le linee di sviluppo di pensieri profondamente vissuti.

2. Per ciò che riguarda l'aspetto critico del suo discorso l'A. insiste su di una specie di divorzio, nell'ambito del sapere giuridico, fra dogmatica del diritto e storia giuridica. Il motivo di questo divorzio dipende in parte dal modo di pensare la storia del diritto. Si crede anche oggi che la storia del diritto sia soltanto « la ricostruzione dogmatico-filologica del diritto del passato » « senza che il diritto del passato sia » in quanto tale pensato « anche » come « il diritto del presente » (p. 467). È necessaria pertanto una nuova « ispirazione storicistica » che per varie ragioni mancò, secondo l'A., anche ai romanisti della scuola storica e ai Pandettisti (p. 470). La storiografia giuridica non ha adeguato la sua funzione al periodo nuovo che si è aperto col fenomeno della codificazione come manifestazione della caduta dell'*ancien régime* (p. 471). L'A. ricollega la situazione nella quale oggi viviamo all'avvento di tale periodo e dà risalto ai seguenti elementi della situazione sociale attuale ai quali la odierna storiografia giuridica dovrebbe adeguarsi: 1) « Un evento, mai verificatosi prima, consistente nella partecipazione di tutti

i componenti della società al potere politico e ai beni economici » (p. 473). Qui, fra parentesi, credo che l'A. intenda riferirsi, come io intenderei, non tanto a una partecipazione effettiva quanto a una esigenza di partecipazione più o meno proclamata e soddisfatta secondo i casi. 2) « Immenso allargarsi dell'orizzonte ' spirituale ', politico ed economico, al mondo intero che ha avuto come conseguenza un profondo mutamento nella funzione storica e nell'importanza dell'Europa ». 3) « Revisione » ed « anche » « negazione dei valori prodotti dalla cultura europea e che erano stati per tanti secoli considerati immutabili ». 4) « L'apparente caduta di ogni limite alle possibilità e all'arbitrio dell'uomo » (*ib.*).

Questi eventi ed altri ancora ai quali ci si potrebbe riferire, in quanto hanno mutato « la vita » sociale, « reclamano mutamenti nella sua disciplina che è il diritto » e di conseguenza « un diverso modo di considerarne la storia ». Mentre « la storia » deve aiutarci a comprendere il presente, il presente dovrebbe essere condizione essenziale per interpretare il passato e comprenderne il valore (*ib.*). Invece, secondo l'A., alla storiografia contemporanea manca quel carattere e quel vigore nuovo che dovrebbe derivarle — ripeto — da una intensa consapevolezza delle situazioni presenti: le è rimasta « la filologia, che il Rinascimento aveva inaugurato e che si era dimostrata d'altronde una conquista definitiva »; le è rimasta « l'erudizione che aveva conquistato vette tanto elevate nelle età precedenti ». « L'indagine e la descrizione delle strutture degli istituti giuridici del passato » è stata perseguita come « scopo fondamentale » della ricerca « storica intorno al diritto » senza sufficiente « collegamento con la vita giuridica contemporanea. La mancanza di tale collegamento » ha anzi « esasperato » « quelle altre attività, tutto sommato ausiliarie, che si sono andate esplicando intorno al diritto storico » (p. 474). La filologia è evidentemente indispensabile « per l'esatta conoscenza del materiale che è oggetto della speculazione storiografica », ma l'attività dello storico ha bisogno oltre che della filologia di « una ispirazione profonda », di « un interesse umano che coincida » con l'interesse del suo tempo, e ha bisogno di una filosofia che esprima quella ispirazione e questo interesse (p. 476).

Il pensiero marxiano ha contribuito agli studi storici in generale ma non a « una storicizzazione del diritto che sarebbe stata ricca di conseguenze positive se non fosse stata nello stesso tempo travolta e soffocata dalla definizione del diritto esistente in quanto espressione della società borghese » (p. 475). L'A. si ferma a illustrare quelli che sono per lui (e nell'ambito del suo discorso) gli aspetti positivi e utilizzabili del pensiero di Marx e, dopo una sottile e penetrante distinzione del pensiero di Labriola rispetto a Marx, rigetta la riduzione delle forme dello « spirito » alla economia rifacendosi a Croce (p. 480). Ma poi, contro Croce, egli vuole difendere l'autonoma concretezza della storia giuridica rispetto alla storia *tout court*. Non v'è dubbio che, nonostante certe affermazioni particolari del Croce che potrebbero apparire in

contrasto con la linea centrale del pensiero crociano, la storia giuridica è per Croce una pseudostoria in quanto il diritto è la legge e la legge volizione di una classe di azioni, vale a dire un «volere-volere» (e non un volere concreto) a cui non corrisponde un concetto implicante una sua universalità ma soltanto uno pseudoconcetto (p. 483). Ebbene, l'A. vuole sottrarsi a questo riduttivismo crociano pur sentendo tutto il fascino e l'importanza del pensiero di Croce e ricevendone una influenza. Alla concezione del Croce egli contrappone il fatto per cui il diritto è in primo luogo «un modo di essere e di divenire di una società» non riducibile a volizione individuale. «Non v'è dottrina giuridica valida, come non v'è legge duratura», egli dice, «se non si ispiri alla realtà» (*ib.*). E qui arriviamo a un punto molto delicato.

3. Credo si possa precisare e ribadire il pensiero dell'A. dicendo che non una legge qualunque ma una legge *valida* dura in quanto si ispira alla realtà sociale. Non si tratta alla fin fine di validità esclusivamente formale. In tutto il libro è presente la critica di ogni assolutizzazione formale. La storia giuridica non è riducibile a storia di forme. La validità della legge di cui l'A. parla non può pertanto equivalere alla copertura meramente formale della volontà di dominio e della forza. La nozione di validità implica un contenuto morale. In fondo, la storia del diritto è anche esplicazione di impliciti contenuti morali inerenti a situazioni sociali ed economiche diverse. Infatti l'A. letteralmente dice che ogni ordinamento giuridico, considerato in rapporto con la situazione sociale a cui si riconnette, ha «in sé la propria moralità» «la quale viene meno quando ciò che era stato accettato come giusto e necessario» «divenga al contrario ingiusto e arbitrario» (p. 491).

Ma come intendere questa moralità del diritto? L'A. non sembra volersi riferire né a fondamenti trascendenti né a condizioni trascendentali costitutive della (da lui detta) moralità del diritto ed esplicitamente si appella alla coscienza sociale: dalla coscienza sociale deriva la moralità e anche la coerenza interna del diritto. Sembra proprio che la coerenza sia qui intesa come determinazione di un aspetto della moralità del diritto in quanto espressione della coscienza sociale. «Proprio perché il diritto è l'espressione e quasi la proiezione della società nel suo insieme, di una società che si esprime indipendentemente dallo Stato e di una società che si esprime in quanto Stato, la sua costituzione è spontaneamente tendente alla coerenza» (p. 487). Tuttavia resta la difficoltà di determinare quando un ordinamento giuridico corrisponda o non corrisponda alle esigenze della società nel loro insieme. Ma io credo che tale difficoltà possa essere superata tenendo calcolo del discorso complessivo dell'A. considerato nella relazione dei suoi vari elementi e nel modo che segue.

Il diritto è dunque tanto più valido quanto più è morale ed è tanto più morale quanto più corrisponde alla coscienza sociale. A sua volta la coscienza sociale è tanto più soddisfatta quanto più l'ordinamento

giuridico realizza una integrazione « coerente » di interessi socialmente emergenti, quanto maggiore è la quantità di tali interessi che nell'ordinamento giuridico trovano modo di essere realizzati nella forma di una concreta solidarietà (si pensi a Duguit a cui molto spesso l'A. si riferisce). Mi pare proprio che qui la moralità del diritto sia pensabile come concetto limite che coincide con il concetto limite di validità (e di efficacia, mettendo fra parentesi tutte le note distinzioni proposte in vari sensi e per varie ragioni nella letteratura contemporanea fra validità ed efficacia). In concreto, storicamente considerato, il diritto si pone fra due limiti tendenziali: moralità e immoralità. La realizzazione di una presunta assoluta moralità è al di là del diritto come viceversa la caduta in una presunta assoluta immoralità. Spetta all'indagine storiografica il compito di cogliere di volta in volta nelle varie situazioni ambientali la intensità e la portata della moralità del diritto, della sua validità ed efficacia, della sua possibilità di integrare fra loro interessi socialmente emergenti. Un ordinamento giuridico che in una determinata situazione passata aveva una sua validità non l'ha più o la va perdendo in una situazione successiva. Ciò può avvenire in quanto successivamente (rispetto a una situazione passata) non sia più possibile nel medesimo ordinamento giuridico l'integrazione di nuovi interessi — di individui e di gruppi — determinatisi attraverso il mutare di condizioni e situazioni relative all'ambiente sociale.

Di conseguenza il giudizio di validità giuridica è storico-valutativo, come tale non riducibile a pura proposizione descrittiva né a puro giudizio analitico *a priori*. Il che equivale a dire che la risposta dello storico del diritto alla domanda sulla validità di un ordinamento giuridico non è esprimibile in termini di « sì » o di « no » ma invece nei termini di una maggiore o minore corrispondenza a *esigenze* umane ambientalmente e situazionalmente rilevanti.

4. Il fenomeno giuridico è considerato dall'A. come esplicazione « cauta » e graduale di tali *esigenze*. « Questa più stretta dipendenza dalla vita collettiva che è propria del diritto e che caratterizza perciò l'attività del pensiero giuridico » rispetto ad altre forme del pensiero umano « ha riscontro soltanto nel linguaggio col quale il diritto », come egli dice, « ha affinità profonde » (p. 488).

Una visione storica del diritto è dunque la visione di una esplicazione graduale nella quale l'A. cerca di minimizzare al massimo ogni elemento di antitesi, di negazione, di frattura. Valga una sua metafora che mi sembra assai significativa là dove egli paragona « l'ordine giuridico » a « un immenso orologio che abbia infiniti ingranaggi e parti rotanti. Alcuni di questi ingranaggi hanno un movimento più rapido e visibile; e sono quelli che corrispondono all'interpretazione che la legislazione dà della vita associata e dei suoi bisogni. Altri sono più lenti e tuttavia percettibili; e corrispondono agli aspetti particolari di quella disciplina. Altri ancora ve ne sono il cui movimento è così lento da sem-

brare immobilità. Ma il loro movimento, pur essendo impercettibile, esiste tuttavia; e per misurarlo occorre considerarlo in lunghissimi periodi di tempo » (p. 488).

Anche Lévi-Strauss, a cui l'A. non ha occasione di riferirsi, usava molto efficacemente, ad altro proposito, una metafora analoga. Un orologio non è come una macchina a vapore la quale funziona sulla base di una differenza di temperatura e di potenziale. L'orologio è una macchina che utilizza l'energia ricevuta in partenza e che teoricamente, cioè a prescindere da fenomeni di attrito, di riscaldamento, ecc., ha la tendenza a mantenere indefinitamente il suo movimento iniziale. Tutti i congegni dell'orologio « partecipano armoniosamente » (come diceva Lévi-Strauss) « alla medesima attività » non come le macchine a vapore che sembrano « nascondere » un loro interno « antagonismo latente » fra calore e raffreddamento.

Ebbene, il diritto, a differenza della politica, è più simile, come si è visto, a un orologio, proprio nei suoi movimenti più lenti e armoniosi, che a una macchina a vapore. L'A., ripeto, si oppone a ogni riduzione essenziale del diritto in termini di fratture e di antitesi sulla base di una concezione di fondo del fenomeno giuridico come graduale tendenza più o meno lenta alla integrazione e all'accordo di interessi socialmente emergenti. Dando rilievo ai processi giuridici di lento movimento storico e riferendosi fra l'altro alla « costruzione intellettuale contenuta nel concetto romano della proprietà » (p. 489), l'A. spiega in che modo la permanente validità degli istituti romani, nonostante l'opera interpretatrice della giurisprudenza, abbia potuto contribuire — come egli dice — alla trasformazione dei « prodotti della storia in dati naturali e quindi immutabili per definizione » (p. 491). Qui e altrove il ridimensionamento storico dei concetti dogmatici operato dall'A. appare criticamente fondato sulla individuazione — con abbondanza di riferimenti particolari — delle cause di certe assolutizzazioni erronee di concetti giuridici nelle quali i prodotti dei movimenti storici più lenti sono stati alterati in quanto assunti e fissati nei termini di una loro presunta paradigmatica immobilità.

Queste false assolutizzazioni per le quali ciò che è storicamente mobile è stato assunto come immobile sono appunto il prodotto di una ragione che si oppone alla storia, quindi, potremmo dire, di una ragione astorica. Per altro verso in un'epoca di grande crisi dei cosiddetti valori tradizionali, come quella odierna caratterizzata da una crescente fiducia nelle conoscenze scientifico-tecniche, la ragione specificamente scientifica e tecnica (che l'A. chiama « astratta ») sembra avere lanciato una sfida al pensiero storiografico e minacciarne una eclissi (p. 495). Mentre il passato, la tradizione, la storia costituiscono un limite al pensiero scientifico — empirico, tecnico e pragmatico —, il mito delle assolute e illimitate possibilità delle scienze sperimentali è l'espressione di una mentalità dogmatica volta a superare illusoriamente ogni limite storico.

Peraltro giova forse qui appena aggiungere (da parte mia) che non

bisogna scambiare la ragione scientifica con l'assolutizzazione dei suoi risultati, cioè la scienza con lo scientismo. Il discorso scientifico più avanzato sia nel campo fisico (si pensi a Heisenberg, a Max Born, ecc.) sia nel campo biofisico (si pensi ad esempio a Jacques Monod) rivela una consapevolezza critica della sua interna relatività e dei suoi limiti. Si pensi ancora al principio di indeterminazione, al concetto di legge scientifica come relazione probabilistica, come « invariante », ecc., a ciò che dice Monod sulla « casualità essenziale » di certi fenomeni distinta dalla « casualità operativa » o a ciò che diceva, ad esempio, Andrade nel suo « Approach to Modern Physics » sulle scelte « arbitrarie » che costituiscono di volta in volta, per così dire, i punti di partenza iniziali delle ricerche fisiche ma che in se stesse implicano una problematica metascientifica rispetto alle scienze empiriche: una problematica peraltro indubbiamente rilevante sotto l'aspetto storico e umano. Per queste e altre ragioni lo scientismo è appunto una deformazione assolutizzante e metascientifica della scienza. Ad esso e non alla ragione scientifica *tout court* è quindi attribuibile, se passiamo al campo giuridico, quella tendenza alla assolutizzazione e immobilizzazione di certe categorie che l'A. denuncia in nome della comprensione storica. Egli afferma inoltre esplicitamente che « la pura ragione » « confina troppo spesso con l'irrazionale, e qualche volta anche con la follia » (p. 495). Ciò ovviamente significa, a mio avviso, che non la ragione, di per se stessa, è generatrice di follia bensì invece può esserlo l'idea che la ragione debba attuarsi soffocando o sopprimendo l'esplicazione di ogni altra facoltà umana emozionale, immaginativa e sensitiva. L'inverso, cioè l'attribuzione a fattori emozionali e irrazionali di una importanza esclusiva ed escludente rispetto ai fattori razionali, può essere pure pazzesco e spaventoso, come dice Henri Baruk in sede di psicologia e psichiatria.

5. Riferendosi ai grandi sconvolgimenti del passato l'A. prende come esempio fra i più rilevanti « la crisi del mondo antico a partire dal secolo IV e dalla sostituzione della visione cristiana del mondo a quella che aveva dominato fino ad allora il mondo pagano » (p. 496). Di fronte a tale crisi il diritto rispose (mi esprimo con le parole dell'A.) con una grande riforma senza fratture vere e proprie. Il che dimostra ancora che a differenza delle trasformazioni politiche il diritto, anche attraverso situazioni di crisi, generalmente non procede per rivoluzioni. « Il diritto è portatore di una realtà che va al di là della volontà politica » e « le trasformazioni della società che condizionano il diritto, sono, per quanto rapide, più lente delle decisioni del potere » (p. 498).

Anche sotto questo aspetto cogliere di volta in volta le implicazioni di giuridico e metagiuridico è compito della storiografia giuridica. L'A. infatti si pone esplicitamente problemi relativi ai rapporti fra idea di Stato, conoscenza storico-giuridica, storia sociale e sociologia. Riguardo allo « Stato », in quanto non sia esclusivamente ridotto a mera figura giuridico-formale, esso è un centro di convergenza di elementi sociali

corrispondenti a una « ispirazione » (dice l'A.) da cui qualsiasi conoscenza della realtà sociale non può prescindere (p. 499). E per ciò che si riferisce alla sociologia mi sembra che l'atteggiamento critico dell'A. sia proficuamente semplificatore quando in sostanza egli considera l'indagine sociologica come indagine empirica rivolta alla determinazione di cosiddette « invarianti », di relazioni probabilistiche e di « tipi » come risultati appunto di generalizzazioni empiriche. Questa semplificazione, tutt'altro che semplicistica, corrisponde a una valutazione positiva della sociologia appunto come conoscenza scientifico-empirica la quale oggi può offrire allo storico materiale imprescindibilmente utile ma che non deve essere confusa né con la storia né con la filosofia onde evitare proprio quelle assolutizzazioni di generalizzazioni empiriche e quelle commistioni acritiche e arbitrarie che non mancano in certa letteratura corrente.

Di conseguenza l'A. ha indubbiamente ragione quando si oppone a qualsiasi « sovrapposizione meccanica » della storia politica e giuridica ai tipi offerti dalla sociologia. « ' Tipi ' e storia corrispondono », egli dice, « a due speculazioni non omogenee, e perciò non riducibili a unità. O si astrae dalla storia, pervenendo a stabilire dei ' tipi ', e si avrà della sociologia; o si farà l'opposto, sciogliendo i tipi dall'astrazione e restituendoli all'esperienza dalla quale provengono, e si avrà della storia del diritto » (p. 500). Fra parentesi questa considerazione vale a mio avviso, almeno in parte, anche per lo strutturalismo al quale l'A. peraltro non ha avuto occasione di riferirsi. Anche il concetto di struttura sociale usato ai fini dell'odierno strutturalismo risulta da una elaborazione intellettuale non esclusivamente riducibile a comprensione storica e, in certo senso, rispetto ad essa eterogenea (per cui non credo che si possa parlare di storicizzazione delle strutture così come è stata prospettata da alcuni pur notevoli personaggi).

6. Il discorso dell'A. procede animato dalla convinzione che una autentica storiografia giuridica implica una dialettica. Mi pare che l'idea di questa dialettica abbia subito una trasformazione *evolutiva* di sempre più profonda consapevolezza critica dagli scritti intorno al '50 a quelli intorno al '70. Tralascio l'esame, che pur sarebbe molto interessante, delle varie modificazioni inerenti a tale *evoluzione* e mi limito alla fase più recente. Ebbene, per capire di quale dialettica si tratti e come essa possa essere caratterizzata mi riferisco subito a due importanti considerazioni dell'A. che ho già posto in evidenza e ai miei relativi commenti.

A) Nella storicità giuridica, a differenza della politica, prevale il carattere di una trasformazione lenta contro fratture, antitesi, rivoluzioni, ecc. Prevale — ripeto — l'immagine dell'orologio su quella della macchina a vapore. Il processo storico giuridico non è caratterizzato principalmente da antitesi né da fratture e quindi la comprensione di esso non è configurabile né come mediazione né come sintesi di termini presupposti, l'uno rispetto all'altro, come opposti.

B) Ogni assolutizzazione «scientistica» (nel senso della parola qui già usato) di «tipi» sociologici, di «invarianti» scientifiche empiriche, di cosiddetti dogmi giuridici (in quanto questi ultimi siano assunti come immutabili e storicamente incondizionati) è in contrasto con la comprensione storica concreta. Ma il contrasto è appunto fra storia e illusione scientifica (nell'ambito di tale illusione il sapere storico perde qualsiasi sua peculiarità, per esempio rispetto alle scienze fisiche e biologiche) non è fra comprensione storica e conoscenza scientifica. Il sapere storico non è negazione dei risultati delle scienze empiriche (di una negazione che si realizzi in una presunta sfera superiore rispetto al discorso scientifico ed empirico) bensì al contrario costituisce la loro massima valorizzazione in relazione alle situazioni a cui di volta in volta ogni ricerca scientifica si riconnette. Non ci può essere insomma (stando al nucleo centrale del pensiero dell'A.) alcuna opposizione fra discorso storico e discorso scientifico (come non c'è opposizione fra storia giuridica, dogmatica giuridica e cosiddette scienze giuridiche positive), c'è piuttosto un rapporto profondo di polarità, di complementarietà, di reciproca implicazione, che si tratta di rendere esplicito riguardo al mutare delle esigenze e delle circostanze evitando semplicità ed erronee commistioni di metodi differenti.

Questi due rilievi (A e B) si integrano fra loro e costituiscono insieme il motivo per cui credo si possa dire che dal punto di vista dell'A. la dialettica giuridica non può essere riducibile a «dialettica di opposti» in senso neohegeliano implicante un interno processo di negazione (tesi, antitesi, sintesi da cui tesi, antitesi, e di nuovo sintesi, ecc.). Non è riducibile né alla dialettica di opposizione di un certo neohegelismo di destra né alla dialettica della lotta di classe implicante negazione (e «negazione della negazione», come ad esempio secondo Robert Havemann) né, ad esempio, a una concezione come quella di Louis Althusser in cui la lotta di classe è l'«unico motore» della storia (e la storia è concepita come tale che non ha né «Principio» né «Fine(i)»). Accettando l'una o l'altra di queste configurazioni dialettiche cadrebbero tutte le speranze, che l'A. manifesta, di salvare la storia del diritto dalla sua «eclissi» e di preservarne e potenziarne l'autonomia.

Ora, eliminata ogni assolutizzazione dell'antitesi (dell'opposizione, della frattura, della lotta, della negazione, della negazione della negazione, ecc.), a me sembra che la dialettica a cui l'A. si appella di continuo possa essere plausibilmente proposta come dialettica delle forme temporali (passato, presente e futuro) considerate nella loro interpenetrazione coscienziale. L'A. parla della storia come attuazione dello spirito. Io preferirei parlare della storia come esplicazione della coscienza umana. Comunque, intendendo il termine «coscienza» nel suo più largo senso non soltanto teoretico, non soltanto pratico, non soltanto morale, evitando quindi ogni riduzionismo, si può dire, per esprimerci schematicamente, che la coscienza comprende in sé la conoscenza, la sensazione (e la percezione) e la volontà. Cioè secondo i significati d'uso più comuni

delle parole « conoscenza », « sensazione » e « volontà » il mio « avere coscienza di qualcosa » equivale alla interpenetrazione unitaria del mio « conoscere, sentire, volere qualcosa » in relazione (relazione su cui qui non mi posso fermare) con l'altrui « conoscere, sentire e volere qualcosa ». Nell'ambito di questa interpenetrazione unitaria ciascuno dei tre modi di attuazione della coscienza (conoscere, sentire, volere) può prevalere sugli altri senza tuttavia poterli annullare. Se ciò è vero diventa plausibile ammettere che ai tre modi della coscienza corrispondono le tre dimensioni temporali del passato, del presente e del futuro. Basta pensare che il contenuto del conoscere (in quanto il conoscere sia distinto dal sentire e dal volere) è passato rispetto all'atto del conoscere, il contenuto del sentire (in quanto il sentire sia distinto dal conoscere e dal volere) è presente rispetto all'atto del sentire, il contenuto del volere (in quanto il volere sia distinto dal conoscere e dal sentire) è futuro rispetto all'atto del volere. Intesi nella loro interpenetrazione, passato, presente e futuro sono dimensioni positive della coscienza, ciascuna per l'appunto suscettibile di prevalere sull'altra senza annullarla. In ciò sembra consistere effettivamente la condizione di possibilità della connessione e del movimento dialettico dei vari momenti della ricerca storiografica su cui insiste l'A. e cioè sia la comprensione del passato in funzione del presente sia la comprensione del presente in funzione del passato sia la reiterata tendenza di comprensione del passato e del presente in funzione di possibilità future.

Così configurato il tempo storico non è riducibile al tempo « obiettivato nello spazio » ovvero al tempo « convenzionale » rispetto al quale, come dice Sartre, l'« essere » appartiene soltanto al presente; ad esempio dal punto di vista dell'osservatore di un pendolo l'essere è soltanto il presente: le posizioni passate non ci sono più, le posizioni future non ci sono ancora. Il tempo obiettivato come successione lineare come « Jetzt-Zeit », come successione di « adesso » (l'« adesso » che non è più, l'« adesso » che è ora, l'« adesso » che non è ancora) è condizione di conoscenza empirica e analitica, è condizione imprescindibile del vivere quotidiano ma non basta alla comprensione storica. Applicato integralmente e senza riserve alla comprensione storica il tempo « convenzionale » (che Bergson appunto dice « obiettivato nello spazio », che Heidegger chiama « volgare ») può condurci a quella « vana » ed erronea « finzione di una storia lineare » di cui parlava Spengler, quella finzione cui si opponeva Toynbee e che ovviamente neppure dal punto di vista dell'A. è accettabile. Fra parentesi bisognerebbe dimostrare (ciò che in questa sede non è possibile) come attraverso la considerazione del tempo coscienziale si riveli il costituirsi del tempo « convenzionale » (e non viceversa). E anche per tale aspetto questo mio accenno a una dialettica temporale implicante il tempo coscienziale distinto dal cosiddetto tempo « obiettivato » o « convenzionale » esigerebbe una ampia trattazione che altrove ho tentato di fare. Comunque qui si tratta semplicemente del riferimento a una ipotesi determinata dalla volontà buona

(almeno spero) di rendere il più possibile esplicito qualche elemento fra i molti speculativamente avvincenti e stimolanti di questo libro dal quale può dunque ricavare grande profitto chi riesca a meritarselo con attenta e meditata lettura.

LUIGI BAGOLINI

Chaïm PERELMAN, *Diritto, morale e filosofia*, traduzione di P. NEGRO, Napoli, Guida Editori, 1974 (« Micromegas », II), pp. 340.

Il nome di Chaïm Perelman è così noto agli studiosi italiani di diritto e di discipline filosofiche che non occorre davvero un lungo discorso introduttivo per presentare questa raccolta di studi, riuniti in volume con l'« autorevole mediazione » di Guido Calogero. I suoi scritti sono, infatti, comparsi più volte anche in riviste e pubblicazioni italiane. E si sa quale risonanza ebbe, già nel 1966, la versione del *Traité de l'argumentation* (opera appunto del Perelman e di Lucie Olbrechts-Tyteca), le discussioni che ne seguirono, culminate, in tempi più recenti, con il numero monografico del « Il Verri » (1970, ma il volume apparve nella primavera del '71) dedicato a *Le istituzioni e la retorica*. D'altro canto, è anche ben nota la storia « personale » del Perelman, giunto agli studi sull'argomentazione ed alle sue indagini intorno all'epistemologia delle « scienze dell'uomo » (e, in particolare, dell'etica e del diritto) dai primitivi interessi per la logica formale. Né credo di dover insistere sui suoi continui e costanti interventi nell'ambito della teoria filosofica del diritto, a cominciare da quel saggio sul concetto di « giustizia », apparso nell'immediato dopoguerra, assai originale per il suo rigoroso impianto analitico, e che mirava a sviluppare analisi simili anche su altre nozioni affini, muovendo, sempre, dalla netta distinzione tra l'elemento « formale » e i « contenuti » o « valori ».

Mosso dal proposito di applicare ai « discorsi » delle scienze e dottrine pratiche i canoni dell'empirismo metodologico del Frege, quel saggio individuava perfettamente un momento cruciale dell'evoluzione filosofica del Perelman, in piena sintonia con la rinnovata diffusione e fortuna europea delle logiche neopositiviste. Più tardi, però, il suo interesse doveva spostarsi verso l'indagine di forme di comunicazione non « formalizzate » secondo procedimenti logici puri, e, tuttavia, non riducibili a mere espressioni irrazionali ed emotive. Così, specialmente dopo l'incontro con la Olbrechts-Tyteca, il lavoro concorde dei due studiosi si concentrò sulla ricerca di modelli teorici « non formali », indagando sia il ricchissimo materiale offerto dai dibattiti politici e parlamentari, sia certi tentativi di logiche non formali, già elaborati o in corso di elaborazione (la *Logique des sentiments* del Ribot, la *Logique sociale* del Tarde, la « logica dei valori » del Goblott, la *Logique de la contradiction* di François Paulhan, nonché taluni lavori del Lalande e del Gonsseth e gli studi dello Stevenson e del Lasswell sulla « logica della pro-

paganda»). Simili precedenti — come ha più volte sottolineato la Olbrechts-Tyteca — non si rivelarono però molto utili. Ché, anzi, al confronto con l'analisi specifica dei testi, risultarono subito evidenti le incertezze, le insufficienze e i limiti di dottrine rimaste sempre ai margini dei problemi concreti; mentre apparve chiaro che nel discorso politico intervenivano argomenti estranei alla logica formale, ma che avevano una notevole efficacia persuasiva, dipendente dalla particolare disposizione degli enunciati e dalle sfumature « funzionali » dell'espressione.

Simili considerazioni dovevano indurre presto i due studiosi a risalire ai modelli della retorica classica e, specialmente, all'Aristotele dei *Topici* e della *Rhetorica*. E proprio il riconoscimento del nesso indiscutibile tra retorica ed argomentazione permise loro di assumere da quella tradizione il concetto centrale di « auditorio » (con i suoi corollari: l'« adesione » e l'« accordo ») e di elaborare un nuovo concetto di « ragione », fondato sulla ricerca di possibili « accordi razionali », nell'ambito di decisioni pratiche e non sull'illusoria certezza di un « accordo universale e assoluto », connesso a schiaccianti presupposti ontologici. Per questa via, il Perelman e la Olbrechts-Tyteca si sono poi spinti assai oltre, come testimonia appunto il *Traité de l'argumentation*; ed hanno considerato la « prospettiva retorica » come il cammino più adatto per stabilire almeno un terreno comune d'intesa sul quale potessero incontrarsi le analisi che muovono dai « fatti » e quelle che, invece, partono dalle « norme », nella ricerca costante di una tecnica di persuasione non deduttiva e ben radicata del dominio degli eventi pratici. Convinti che un procedimento di questo genere potesse dimostrare anche la sostanziale labilità delle frontiere già poste tra « giudizio di valore » e « giudizio di realtà », essi hanno mirato a rilevare la natura precaria e contingente di tutti gli « accordi » e la necessità di studiarli nella loro continua variazione, con lo scopo di delimitare chiaramente il « corpus » delle premesse che è lecito riconoscere nella pratica argomentativa.

È chiaro che queste ricerche conducevano, per necessità, ad affrontare i problemi più delicati dei rapporti tra etica, filosofia e diritto e, quindi, a discutere, con precisione, le convergenze e distinzioni tra discorso morale, giudizio politico e la struttura molto complessa dell'argomentazione giuridica. Se poi ricordiamo che, per oltre trent'anni, il Perelman ha continuato ad affrontare problemi di epistemologia e logica giuridica, si potrà subito comprendere l'interesse di questi saggi nei quali l'analisi del filosofo è continuamente posta a confronto con i propositi del teorico della « nouvelle rhétorique » e lo studio del « formalismo » giuridico è sempre connesso alla meditazione sul carattere epistémico dei « valori ».

Come è scritto nella breve introduzione all'edizione italiana delle « cinque lezioni sulla giustizia » (che costituiscono il I capitolo), questa nozione, così centrale nella meditazione etica e giuridica, è, infatti, « estremamente difficile a maneggiare » e può sembrare addirittura paradoss-

sale, nella misura in cui al suo apparente carattere universale e razionale corrispondono le più vaste obiezioni e divergenze sul significato dei suoi contenuti. E, invero, la riflessione del Perelman muove sempre da un dilemma radicale e inquietante: se, cioè, i « valori » e le « norme » presupposte nel « mettere in atto la giustizia » siano oggetto di un esame razionale, oppure soltanto l'espressione delle nostre passioni e dei nostri interessi. La giustizia — scrive — « è una delle nozioni più prestigiose di tutto il nostro universo spirituale », un'idea sempre invocata da ogni uomo, credente o ateo, conservatore o rivoluzionario, e chiamata, di volta in volta, a difendere l'ordine costituito e a giustificare le più profonde trasformazioni eversive. Ma è anche una « nozione confusa », la cui interpretazione sembra oscillare tra una « linea » realistica, oggettiva e dogmatica ed un'opposta « linea » nominalistica ed utilitaristica. Eppure è un fatto innegabile che la giustizia assume aspetti differenti, adattati, di volta in volta, alle tesi degli avversari che si scontrano; che intorno ad essa corrono le definizioni filosofiche più diverse, secondo un vasto prisma di usi e di sensi; e che essa, in ogni caso, non può e non deve esaurirsi nella mera conformità alla legge o nell'accettazione formale di principi precostituiti da decisioni arbitrarie o dall'inerzia del « costume ». Ciò spiega il lungo dibattito sulla giustizia che, sino ai nostri giorni, attraversa tutta la storia della filosofia e della cultura; ma soprattutto chiarisce il motivo che ha indotto tutti i giusnaturalisti antichi e moderni a indicare nella « ragione » la facoltà che ci permette di conoscere non solo ciò che è obiettivamente vero o falso, bensì anche ciò che è giusto o ingiusto. Senonchè contro questa soluzione si oppone un'altra linea di pensiero « due volte secolare » (e che Perelman esemplifica nei nomi dello Hume e del Kelsen), la quale si oppone alla stessa idea di una « ragione pratica », nega l'esistenza di principi di un diritto naturale, accessibili a tutti con le facoltà razionali e tali da stabilire « norme di condotta giuste per guidare la nostra volontà ».

Il problema che il filosofo deve affrontare è, dunque, estremamente grave e decisivo. Perchè egli deve chiedersi se la sua antica funzione di « maestro di saggezza » e « guida della società civile » sia soltanto una pura illusione, « un mito analogo a quello del paradiso perduto », o se invece gli resti ancora un compito costruttivo per la condotta degli individui e delle società di cui dovrebbe determinare razionalmente le norme e i valori.

Un quesito di questo genere presuppone però che siano chiariti i rapporti tra « ragione » e « giustizia » e che si faccia davvero luce sul loro reciproco fondamento. Il Perelman osserva, infatti, che la « saggezza » (come virtù che ci fa scegliere i mezzi più sicuri e meno onerosi per raggiungere i nostri fini, e la « giustizia » sono state sempre considerate come le virtù razionali per eccellenza, ma che la « giustizia » è il criterio caratteristico dell'uomo ragionevole al quale si ricorre quando si vuole sottoporre al vaglio della ragione l'insieme di una condotta e non soltanto i suoi aspetti meramente strumentali e tecnici. Resta, tuttavia,

da chiedersi in che consista questa razionalità e in quale misura la « regola di giustizia » sia davvero capace di giudicare le nostre azioni. Se non si è mai riusciti a individuare un concetto di giustizia che imponga l'adesione se non di tutti gli uomini, almeno di coloro che si segnalano per intelligenza e moralità, sembra assai difficile fornire una risposta soddisfacente a una domanda che resta, in ogni caso, pregiudiziale. E il Perelman, che cita una celebre definizione leibniziana, può facilmente obiettare che anche il criterio della proporzionalità del bene ai meriti ed alle necessità di ciascuno non è sufficiente, perchè subito si possono facilmente prospettare altrettante regole altrettanto ragionevoli. È ben vero che, sin dal tempo di Aristotele, il concetto di giustizia è stato accostato a quello di « uguaglianza », nel senso che è giusto « trattare nella stessa maniera esseri uguali ». Tuttavia, anche questa norma, apparentemente indiscutibile, ha un campo di applicazione assai limitato o addirittura nullo, ove si accetti il principio leibniziano dell'assoluta e irriducibile diversità di tutti gli esseri esistenti. In tale caso, la « regola di giustizia » può mantenere la sua importanza, solo se sa dirci « come trattare esseri che non sono identici ».

Gli esempi che il Perelman reca per illustrare questo assunto sono chiari ed evidenti e conducono a riconoscere il « carattere formale » della « regola di giustizia » che « non precisa *quando* due esseri sono essenzialmente simili, né *come* bisogna trattarli per essere giusti ». Ma ciò non diminuisce affatto la sua importanza e l'esigenza che, nella propria azione, si sia sempre fedeli ad una linea di condotta regolare; giacchè la « regola » conduce alla « certezza giuridica » e « s'incarna nel sillogismo giudiziario che prescrive al giudice di trattare ogni membro di una categoria nel modo in cui debbono essere trattati tutti i membri di quella categoria ». Certo — e il Perelman ne è ben consapevole — al di là della « regola di giustizia » sta la « regola d'oro », propria di tutte le grandi tradizioni morali e religiose, che c'impone di trattare tutti gli altri come noi stessi e, così, precisa che per « simile » si deve intendere « il nostro prossimo o tutti coloro che sono uomini come noi », mentre assume a modello di condotta l'atteggiamento che vorremmo assunto da tutti nei nostri confronti. In ogni caso, però, la « regola di giustizia », esigendo l'uniformità, consente « il funzionamento coerente e stabile di un ordine giuridico » che il nostro bisogno di giustizia esige sia esso stesso giusto. Non solo: all'applicazione meccanica e uniforme della « regola » si oppone, in qualche misura, l'equità, il cui ricorso fu già giustificato da Aristotele ogni volta che « la legge applicata rigorosamente, in conformità alla regola di giustizia, o il precedente seguito alla lettera, conducano a conseguenze inique. « La funzione sociale dell'equità — scrive, a questo proposito il Perelman — non ci consente di affermare che è necessario e sufficiente che una decisione si conformi alla regola di giustizia per essere giusta. Quest'ultima ci insegna semplicemente che un atto è *formalmente* giusto se tratta un membro di una determinata categoria in maniera conforme al modo in cui devono essere trattati

tutti i membri di tale categoria. L'atto è formalmente giusto perchè è conforme alla conclusione di un sillogismo giuridico. Ma l'equità può prevalere sulla certezza, e la volontà di evitare conseguenze ingiuste può portare il giudice a reinterpretare la legge, a modificare le condizioni di applicazione ».

Inoltre, se la « regola di giustizia » non è sempre sufficiente per un'applicazione giusta della legge, è addirittura « impotente » quando si tratti di giudicare la legge stessa ed accertare se essa sia giusta o ingiusta. Ed è appunto per questo che, contro il possibile abuso di potere dei governanti e dei legislatori, i teorici del diritto naturale « hanno fatto ricorso alla *giusta ragione*, alla *natura delle cose* ». Resta, tuttavia, da vedere se le loro teorie abbiano davvero un fondamento solido, diverso dalle « intuizioni comunicabili » e dalle « prese di posizioni controverse ». In realtà, un sistema di regole giusto in modo assoluto e che possa imporsi come tale a tutte le menti ragionevoli dovrebbe « presentare delle classificazioni in categorie » e « prevedere dei trattamenti che siano indiscutibili, perchè gli unici conformi a ragione » o coerenti con il supposto « ordine » naturale. Ma il Perelman sa bene che la ricerca di un tale sistema rischia di risultare del tutto illusoria, di fronte alla « grande varietà delle nostre società » ed alle molteplici concezioni religiose, filosofiche e politiche, le quali impongono « valori » e « classificazioni » tra loro del tutto diverse.

Naturalmente il Perelman non ignora che, in tempi abbastanza recenti, sono stati compiuti nuovi tentativi di elaborare dei « principi fondati razionalmente, che possano servire di base a istituzioni considerate giuste da tutti gli esseri ragionevoli ». Ed, anzi, analizza, in particolare, le concezioni di John Rawls (fondate sull'idea di « correttezza » (*fairness*), in analogia al concetto di « giuoco corretto » (*fair-play*)) e le obiezioni del Chapman, molto critiche nei confronti di questo « sistema ». Ma anch'egli ritiene che il modello fornito dalle regole del « fair-play » non rispondano affatto alle esigenze di chi aspira ad una maggiore giustizia sociale, proprio perchè « le regole di una società costituita, le persone che vi esercitano i diritti politici, così come le rispettive situazioni, i loro diritti e i loro obblighi », non sono l'oggetto di una scelta convenzionale, bensì « il risultato di un passato storico », di una realtà già costituita e determinata. Ora è vero — e il Perelman cita appunto Cartesio — che alcuni pensatori razionalisti, dopo aver fatto *tabula rasa* dei pregiudizi, tradizioni, costumi del loro tempo e del loro ambiente, hanno proposto di ricostruire *ab ovo* un nuovo sapere, e che questo esempio ha attratto anche filosofi e riformatori sociali. È, però, assai difficile accertare se una simile ipotesi (la quale conduce piuttosto all'instaurazione di una giustizia egualitaria tra gli uomini che al miglioramento delle istituzioni di una società politicamente organizzata) sia dotata della stessa evidenza razionale su cui dovrebbero riposare le scienze positive e se lo stesso principio dell'uguaglianza non sia suscettibile delle più diverse connotazioni. Il Rawls (che — come nota il Pe-

relman — propende per la concezione liberale o « negativa » dell'uguaglianza) vorrebbe, infatti, « limitare la libertà individuale solo nella misura in cui tale limitazione si giustifichi con i vantaggi che procura a ciascuno e non alla maggioranza ». Ed anche il filosofo belga concede che « in una società democratica e pluralistica, ciascuno è libero di adottare una morale, di elaborare regole di vita, di ispirarsi a un ideale, di vivere la sua vita come preferisce, a condizione di non trasgredire le regole di ordine pubblico ». Ma la situazione muta profondamente quando « si tratta di regole giuridiche che determinano i diritti e gli obblighi di ciascuno conformemente ai desideri e alle aspirazioni delle comunità politicamente organizzate, o almeno a come li concepiscono e li interpretano i suoi rappresentanti e funzionari ». In questo caso, l'espressione dei desideri e delle aspirazioni non potrà mai essere oggetto di un accordo unanime; e, dunque, il sistema giuridico dello Stato sarà tenuto soprattutto ad evitare che le questioni controverse vengano risolte con la violenza. Dovrà, perciò, prevedere delle regole di procedura che riguardino « l'elaborazione e la modificazione delle leggi » e delle regole di competenza per comporre i conflitti che potrebbero sorgere dalla stessa applicazione delle leggi.

Il Perelman, che mira così a svincolare il problema della « giustizia delle istituzioni » dalla soluzione formalistica del Rawls, è appunto convinto che le regole morali e giuridiche debbano governare, « in modo complementare », i rapporti tra i membri di una società e che, anzi, i sentimenti morali possano avere « una parte considerevole nell'adozione e nell'interpretazioni delle leggi, le quali », a loro volta, possono, però, modificare gli stessi sentimenti. Non per questo si nasconde le profonde differenze che distinguono diritto e morale, le regole giuridiche, sanzionate da una coercizione legale, e gli ideali etici fondati sulla libera coscienza di ciascuno. Queste differenze sono appunto la dimostrazione che nessun principio o concetto di giustizia è così assoluto ed evidente da generare il comune consenso di tutti i membri di una società umana. E, invero, non avrebbe alcun senso organizzare un potere esecutivo e un potere giudiziario, se tutti gli uomini ragionevoli si conformassero ad unico modello di giustizia e concordassero — come pensano gli utopisti — nell'evidenza delle medesime regole.

Ciononostante, il Perelman, nella sua quarta lezione, non nega che esistano dei criteri che permettono di qualificare come « giusto » un atto, « nella misura in cui consiste nell'applicazione di una regola, conformemente alla regola di giustizia », e di constatare che « una regola è giusta nella misura in cui non è arbitraria, e può venire giustificata ricorrendo a principi più generali ». Ma richiamandosi al suo vecchio saggio *De la Justice* (1945), ricorda che, sin d'allora, questi criteri gli sembravano fondati, in ultima analisi, su delle « norme irriducibili » e su « una visione del mondo che esprime aspirazioni e valori non razionali ». I differenti valori che si possono concepire anche in una società perfetta gli apparivano arbitrari, perchè né l'esperienza né il calcolo sono in grado di fon-

darli; e, dunque, ogni sforzo di giustificare le regole ed eliminare i loro contenuti arbitrari doveva « fermarsi dinanzi a principî ingiustificati e non evidenti, a prese di posizione e a valori controversi ». Per il Perelman del 1945, l'unica via di uscita dall'*impasse* consisteva nella distinzione tra i tre elementi della giustizia (« il valore su cui è fondata, la norma che l'enuncia, l'atto che la realizza ») e nella conclusione che soltanto gli ultimi due, i « meno importanti », possono essere sottoposti ad esigenze razionali, perchè si può esigere « che l'atto sia regolare, che tratti allo stesso modo gli esseri che fanno parte della medesima categoria essenziale » e « la norma sia giustificata » e « derivi logicamente dal sistema normativo adottato ».

Questa convinzione è ancora presente al filosofo belga. Ma egli non ne trae affatto la conclusione che i valori e le norme fondamentali dell'azione umana siano estranei a qualsiasi razionalità, non possano venir criticati o giustificati e restino affidati soltanto a scelte utilitaristiche o passionali. Certo, non può pensare diversamente chi fonda ogni prova « sul calcolo e sull'esperienza » e ritiene che ogni ragionamento convincente sia sempre una forma di deduzione o di induzione; e tutti i filosofi positivisti, dallo Hume allo Ayer, hanno, appunto, accettato questa tesi, considerando tutti i tentativi di elaborare un'etica, una filosofia del diritto e una filosofia politica come « l'espressione di un sogno millenario, nutrito di illusioni e di paralogismi ». Prima di accedere al punto di vista positivistico, il Perelman ritiene però che si debba compiere un nuovo sforzo per elaborare una « logica dei giudizi di valore », muovendo proprio « da un esame particolareggiato del modo con cui gli uomini ragionano effettivamente sui valori ». Ed è naturale che, a questo punto, egli si richiami direttamente alla teoria dell'argomentazione, così profondamente connessa con il problema della giustizia. Le ricerche condotte per tanti anni su materiali così complessi dimostrano, appunto, che « non esiste una logica specifica concernente i valori, ma che le medesime regole di ragionamento che si usano per criticare e per giustificare opinioni, scelte, pretese e decisioni, vengono impiegate quando si tratta di criticare e di giustificare quegli enunciati che abitualmente sono qualificati giudizi di valore ». Il Perelman (che — com'è noto — respinge decisamente le opposte soluzioni « realiste » e « nominaliste ») ritiene che, troppo a lungo, i logici abbiano trascurato di giustificare la scelta degli assiomi, considerati semplicemente ora come assolutamente evidenti ed ora come semplicemente arbitrari. Se però si superano questi atteggiamenti così unilaterali, si può comprendere che, ove si ammetta una scelta degli assiomi « non del tutto arbitraria », il problema della sua giustificazione diventa molto serio e per nulla trascurabile. Anzi, trasferendo lo stesso ragionamento ai primi principî della filosofia, il centro stesso della riflessione filosofica si sposta dalla teoria alla pratica, « verso la giustificazione delle nostre scelte e delle nostre decisioni nel campo della filosofia ».

È chiaro che, per il Perelman, una giustificazione filosofica non può essere mai riferita agli interessi ed alle passioni di un gruppo particolare, ma deve essere presentata come « valida per tutti ». Come egli scrive: « una giustificazione filosofica deve essere razionale o, perlomeno, ragionevole ». Ma ciò significa ammettere un « uso pratico » della ragione, riconoscere che « ragionare non significa soltanto verificare o dimostrare », bensì anche « deliberare, criticare, giustificare... presentare delle ragioni *pro* e delle ragioni *contro* », in una parola, « argomentare ». La giustificazione e la critica vertono, infatti, proprio sulla moralità, la legalità, la regolarità, l'utilità o l'opportunità « di un comportamento, di una decisione, di un provvedimento preso o proposto ». È vero che la ricerca di principî universalmente validi, che possono « fornire il contesto comune per ogni critica e per ogni giustificazione », resta l'aspirazione millenaria di qualsiasi filosofia e, in particolare, di ogni forma di razionalismo. Nè il Perelman dubita che, per ogni società e per ogni mente, « esistano degli atti, degli agenti, delle credenze, dei valori che, a un certo momento, sono approvati senza reticenza, senza venir discussi, e che quindi non c'è motivo di giustificare ». È, nondimeno, altrettanto certo che la critica e la giustificazione si inseriscono sempre in un contesto storicamente determinato, i cui modelli, convinzioni e valori sono relativi a « un ambiente e a una disciplina determinata », possono mutare nel tempo e nello spazio e non hanno alcuna garanzia di validità assoluta e universale. In questa situazione diventa, dunque, essenziale il problema di sapere chi sia « competente » per criticare e giustificare, e, quindi, estremamente importante il « modello giuridico ».

I giuristi (« il cui compito è quello di mantenere e di far funzionare un ordine sociale stabile, riducendo il numero dei conflitti, cercando di comporli pacificamente ») hanno appunto concepito istituzioni e regole di procedura che distinguono il potere di legiferare, quello di governare e la competenza di giudicare ed esercitare la giurisdizione. Ed è proprio per l'esistenza di queste regole che il diritto si distingue dalla morale, così come i presupposti e i metodi propri delle varie discipline le individuano nei confronti della filosofia. Stabilire chi abbia l'autorità di legiferare e chi la competenza di giudicare è pertanto — il Perelman insiste particolarmente su questo punto — il problema centrale di tutta la scienza giuridica. Ma, anche in questo caso, le soluzioni sono tutt'altro che univoche; se, da un lato, una tesi ottimista ammette che ogni uomo è il riflesso della ragione divina » e crede che ogniuno rechi nella coscienza i medesimi criteri del bene e del male, d'altro canto, dottrine diverse riservano soltanto ad un'*élite* o, addirittura, a un singolo il privilegio di « conoscere le buone regole e l'arte di applicarle ». La prima tesi giustifica le dottrine anarchiche e una società senza governo, senza legislatori e senza giudici; la seconda attribuisce la competenza di legiferare o di giudicare « soltanto a un'assemblea di saggi o di sacerdoti, soltanto a un re-filosofo ». Se, però, si ritiene che per queste vie si giunga facilmente al disordine o al dispotismo, il filosofo dovrà cercare altrove

il vero fondamento dell'autorità del legislatore e del giudice; in mancanza di criteri obiettivi ed universalmente ammessi, dovrà ammettere che il potere di legiferare e di governare e la competenza di giudicare sia attribuito a *taluni* e giustificato dalla fiducia che costoro ispirano alle persone nel cui nome lo esercitano.

La soluzione rappresentativa cui il Perelman aderisce, senza riserve, è però precisata dall'affermazione che il compito del legislatore non consiste nel decidere ciò di cui è personalmente convinto, bensì nel tener conto delle aspirazioni del pubblico da cui emana la sua autorità. Certamente, tali aspirazioni sono spesso difformi e contrastanti tra loro, talvolta addirittura mal formulate e incoerenti. Eppure la funzione del legislatore è davvero « creativa » proprio perchè, mentre tiene conto dei desideri del pubblico, sa formulare delle regole e dei criteri che « sintetizzino questi stessi desideri ». Nello stesso senso, la critica potrà operare liberamente, dimostrando il contrasto tra le particolari disposizioni legali e le aspirazioni della comunità, la loro incapacità a perseguire i fini desiderati, la loro incompatibilità con i valori generalmente riconosciuti. Convinto che il prestigio di qualsiasi autorità non potrà mai mantenersi, se il potere è esercitato in modo opposto alle aspirazioni più diffuse, il Perelman ritiene che solo la funzione legittima della critica possa impedire le crisi politiche più pericolose e radicali. Egli sa che la sua analisi conduce necessariamente alla « relativizzazione » dell'idea di giustizia politica ed alla sua riduzione in termini storico-sociologici, dal momento che le leggi e i regolamenti « non arbitrari » sono soltanto quelli corrispondenti alle aspirazioni ed ai valori delle singole comunità politiche. Pure questa concezione, « conforme alla ideologia democratica » e « soddisfacente dal punto di vista filosofico », gli sembra più funzionale della pretesa coincidenza tra il « giusto filosofico » e il « giusto politico » che, « alla maniera di Rousseau », conduce « alla deificazione della volontà popolare ed all'assolutismo che ne deriva ». Accettare che la volontà generale sia una norma assoluta, irraggiungibile da qualsiasi critica, significa abbandonare la ricerca di un criterio razionale che permetta di criticare le credenze, le aspirazioni e i valori, mutevoli e manifestamente imperfetti, di cui sono portatrici le varie comunità e gruppi umani. Peggio ancora: il filosofo pratico che rinunziasse a elaborare norme e criteri trascendenti quelli della comunità, non solo abdicherebbe al ruolo tradizionale della filosofia morale, della filosofia del diritto e della filosofia politica, ma si limiterebbe ad abbandonare alla forza e soltanto alla forza la soluzione dei conflitti tra comunità politiche le cui credenze e valori risultassero incompatibili.

Il « naufragio » di tutte le « imprese filosofiche » che nella sfera pratica si sforzano di sostituire la ragione alla violenza sembra però chiudere il discorso teorico entro un dilemma insolubile che, al limite, dovrebbe sciogliersi con il franco riconoscimento dell'arbitrarietà di tutti i valori e della ragione del più forte. Ma il Perelman non intende arrendersi, perchè crede che al filosofo, deciso a rinunciare alla forza delle

armi per imporre le proprie idee, resti pur sempre il compito di far valere tutti gli elementi di convincimento utili per « far diventare l'umanità più giusta in quanto più ragionevole ». Espressione di quelle tendenze del pensiero occidentale che sono maturate nell'angosciosa età della « strategia del terrore », sempre sospesa sull'orlo dello sterminio atomico, la sua filosofia vuole affrontare adesso decisamente il problema di fondo dei rapporti tra la giustizia e la ragione, ossia l'indagine sul carattere « ragionevole » dei valori, criteri e norme e dei principi filosofici che permettono di criticarli e giustificarli. Riprendendo dallo Husserl la metafora del filosofo « funzionario dell'umanità », egli afferma che il suo compito non consiste nella difesa di un ordine costituito e neppure nella conformità con le aspettative di particolari gruppi politici, quanto piuttosto nel presentarsi come il « portavoce della ragione » e il « difensore dei valori universali che si presume valgano per tutta l'umanità ». Ora è fin troppo facile obiettare a questa concezione neo-illuministica dell'intellettuale e dei suoi compiti la dura realtà di fatto che contesta radicalmente un'idea della cultura legata piuttosto alla temperie degli anni Trenta e degli anni Quaranta. Ed è anche abbastanza ovvio sottolineare il carattere astratto ed « aristocratico » di una nozione della filosofia che le attribuisce un ruolo « superideologico » e intende svincolarla dalla « realtà effettuale ». Resta però da considerare che lo stesso Perelman è perfettamente consapevole dei limiti dell'appello filosofico ai « valori universali », invocati da tutti e, tuttavia, interpretati e intesi con il più profondo dissenso. La « ragion pratica » che dovrebbe guidare gli uomini nelle loro azioni, non conduce infatti « tutti coloro che parlano in suo nome alle medesime decisioni ». Ma la constatazione di questo dato di fatto non può indurre alla « disincantata conclusione » che l'accordo generale sui valori e sulle norme universali concerne soltanto delle vuote formule, delle regole che nessuno rifiuta proprio perchè è libero di interpretarle con il massimo arbitrio. Al contrario, il Perelman è convinto che proprio l'esame della funzione svolta dal giudice e dal legislatore possa meglio illuminarci sul compito che la ragione esercita nell'azione, evitando il « nihilismo filosofico » dei positivisti e la loro rinuncia a una teoria dei valori.

Il giudice — scrive il Perelman — « non è uno spettatore oggettivo e disinteressato, il cui giudizio sarebbe giusto, perchè descrivendo fedelmente ciò che vede, si conformerebbe a una realtà esteriore data ». Egli, invece, deve prender posizione, per far rispettare le leggi della comunità ed applicare le norme di diritto prescritte dal sistema da cui dipendono i giudicabili. In modo simile, il legislatore giusto ricerca quelle regole che, senza essere legate a interessi determinati, si propongono di realizzare i valori e fini più corrispondenti alle aspirazioni della intera comunità. E, non diversamente, in analogia a questi modelli, il filosofo deve « ricercare criterî e principî, formulare valori e norme, tali che possano ricevere l'adesione di tutti gli esseri ragionevoli ». Deve però essere anche consapevole che l'apparente accettazione uni-

versale dei principî può essere dovuta al fatto che essi sono ambigui o equivoci; e deve comprendere che il suo compito consiste nel « precisarli », scartando tutte le formule e interpretazioni non difendibili di fronte ad un « uditorio universale ». Perciò egli elaborerà le tecniche di prova e di argomentazioni indispensabili per l'accertamento dei fatti e l'applicazione delle leggi; e, come il giudice della *common law*, cercherà dei « precedenti » atti a guidare il suo giudizio, accettando, però, soltanto le massime suscettibili di diventare leggi di una legislazione universale.

Non credo si debba insistere oltre per notare la sostanziale adesione del Perelman ad una prospettiva neokantiana, confermata, del resto, dalla puntuale citazione della *Kritik der praktischen Vernunft*. Senonchè egli vuole spingere più oltre le sue preoccupazioni e non limitare l'impegno del filosofo all'elaborazione di una legge puramente formale, paragonabile alla « regola di giustizia ». Il fatto che la concordia astratta sui valori celi spessissimo il disaccordo concreto sui loro contenuti sembra, infatti, ridurre le sue costruzioni intellettuali a pure fantasticherie o a miti individuali destinati a sostituire i miti tradizionali e collettivi. Ed è chiaro che non si esce da questo equivoco, se non si dichiara che l'attività del filosofo, « maestro di saggezza » è « una presa di posizione, correlativa a una determinata visione del mondo », ispirata « da una selezione, da una scelta ». La difficoltà della sua impresa consiste proprio nel fatto che, come il giudice, egli deve decidere, pur restando imparziale, ascoltare tutti i punti di vista, valutandone il significato e la portata, la loro coincidenza o conflitto con « visioni di portata universale ».

Conclusioni di questo genere implicano — è evidente — la ripresa di nozioni come *discorso*, *oratore*, *uditorio* che la retorica classica ha sempre connesso con tutte le tecniche di giustificazione e di argomentazione. Secondo il Perelman, per dar loro una portata filosofica è però indispensabile « generalizzarle », ossia intendere per « discorso » « ogni forma di argomentazione destinata a conquistare l'adesione delle menti, qualunque sia la sua lunghezza e il modo in cui viene presentata », per « oratore » « colui che pronunzia questa argomentazione » e per « uditorio » « l'insieme di coloro di cui egli vuole conquistare l'adesione ». Inoltre, questo « discorso » deve rivolgersi e adattarsi a qualsiasi « uditorio », si tratti di una folla riunita in piazza, di una « dotta accolta », oppure del giudice che deve decidere, del soggetto che delibera o, infine, dell'« uditorio universale » nel quale s'incarna il concetto tradizionale di « ragione ».

Il Perelman che conferma la sua costante adesione a un'idea del tutto razionale della filosofia, non nasconde però la sua distanza dalla concezione « classica » della « ragione » e, in particolare, dalla sua variante cartesiana. Per lui la « ragione » è appunto « un uditorio privilegiato, l'uditorio universale », e l'« appello alla ragione » coincide con « il tentativo di convincere mediante il discorso i membri di tale uditorio, composto da quel che il senso comune chiamerebbe uomini ra-

gionevoli e informati». Costoro possono, ovviamente, contestare le convinzioni e le aspirazioni che il filosofo attribuisce loro, respingere il modo con cui egli le formula, opporsi all'argomentazione su cui costruisce le proprie conclusioni. Nè, senza questa costante possibilità di dialogo, egli può pretendere di trascendere le credenze, gli interessi e le aspirazioni di quei gruppi particolari, ai quali è rivolto, ad esempio, il discorso del teologo e dell'uomo politico. Ma la sua argomentazione razionale, il cui successo non è mai garantito, è caratterizzata proprio da un'«intenzione di universalità»; ed i suoi argomenti non sono «corretti» o «scorretti», come quelli del ragionamento dimostrativo, bensì «forti» o «deboli», «rilevanti» o «irrilevanti» in funzione della «regola di giustizia» e delle norme riconosciute nelle singole discipline e nelle loro metodologie.

Come il Perelman sottolinea, a conclusione delle sue «lezioni», la filosofia non possiede infatti una metodologia comune che le permetta di decidere il valore delle sue argomentazioni. Ond'è che il filosofo, sia che muova dalla storia della filosofia, «collocandosi sul prolungamento di un sistema», sia che parta da altre, diverse discipline, non potrà mai disporre di criterî soddisfacenti «se non dopo aver costruito la propria filosofia». Questa, però, non è e non può essere mai compiuta, perchè dovrà sempre fornire criterî più sicuri e meglio elaborati per giudicare la forza dei propri argomenti e di quelli opposti. Senza dubbio sarà sempre difficile che il filosofo riesca a rifiutare gli argomenti *ad hominem* e gli argomenti di critica interna fondati su tesi di cui egli riconosce implicitamente il valore; così come gli sarà quasi impossibile convincere tutti i suoi interlocutori. Anche questo è un carattere tipico della controversia filosofica, la cui argomentazione, però, anche se razionale, non è «cogente», ma implica la libertà di giudizio del filosofo e la sua correlativa responsabilità. I criterî, i valori, le norme su cui egli fa assegnamento non corrispondono, infatti, a verità e valori assoluti e personali; esprimono, piuttosto, le convinzioni e le aspirazioni di un uomo libero, ma ragionevole, impegnato nel suo sforzo personale e storico di presentare all'uditorio universale delle tesi ragionevoli ed accettabili. Conscio di questi limiti, il filosofo non ignora che la sua opera non sarà mai definitiva, perchè la storia modificherà sempre le convinzioni che gli sembravano accettabili dall'uditorio universale. E, quindi, lascerà ad altri, dopo di lui, il compito di «continuare lo sforzo che egli ha intrapreso perchè vi sia più razionalità e giustizia, e meno violenza, nei rapporti umani».

* * *

Sono questi, appunto, i temi centrali della meditazione del Perelman che il lettore trova ripresi e sviluppati nei vari capitoli del volume e, specialmente, nell'appendice sulla «regola di giustizia» e nel saggio sulla possibile fondazione dei «diritti dell'uomo». Per il filosofo belga, «supporre che sia possibile giungere ad un accordo su tutti i problemi

impliciti nell'uso della nozione di giustizia, senza ricorrere alla violenza, significa ammettere la possibilità di formulare un ideale dell'uomo e della società, valevole per tutti gli esseri forniti di ragione, e che sia ammesso da quell'uditorio che abbiamo chiamato universale». Ma la discussione può poi, naturalmente, estendersi, come nel serrato dibattito con Leonard G. Miller sullo «scetticismo morale e la filosofia morale», ove il principio di confutazione è esteso anche all'ambito dell'etica e del diritto («giustificare un principio non significa farlo dipendere da un principio considerato più fondamentale», bensì «confutare le obiezioni eventualmente opposte alla sua validità universale, ispirandosi ad altri principî e facendo appello all'esperienza morale e alla regola di giustizia»). Anche qui il Perelman insiste, dunque, su un'idea che gli è particolarmente cara: e, cioè, che la vita morale, come la vita del diritto, presuppone regole e precetti, sempre adattati dall'esperienza e dalla riflessione ai bisogni storici degli uomini posti di fronte ai problemi dell'esistenza. Indubbiamente questi principî — lo ribadisce il IV capitolo, «giudizio morale e principî morali» — «non possiedono l'univocità degli assiomi matematici», così come i giudizi morali «non sono certi né facilmente comunicabili come i giudizi di esperienza». Ma appunto perciò, il loro significato dialettico è più comprensibile, quando essi vengono riferiti ai modelli del diritto e delle sue applicazioni, piuttosto che ai modelli delle scienze matematiche e naturali; e, soprattutto, quando si considera il modo con cui il giurista mira a conciliare il rispetto del formalismo con la considerazione delle conseguenze sociali dell'applicazione delle norme. Discutendo, nel capitolo V, della «specificità della prova giuridica», il Perelman può quindi insistere, con significativo interesse, su quei caratteri peculiari che distinguono il ragionamento giuridico da quello matematico e si riflettono anche sul meccanismo delle prove. La prova giudiziaria — scrive — è estremamente lontana dal metodo proposto dal Descartes per garantire il sapere umano, poiché il principio dell'evidenza e il rifiuto di tutto ciò che è opinione, congettura, presunzione renderebbe impossibile non solo la decisione giudiziaria, ma, in generale, qualsiasi attività dipendente da deliberazioni. Del resto, il campo dell'evidenza geometrica è ora molto più ristretto anche all'interno delle scienze formali, mentre nell'ambito delle scienze naturali, l'impiego massiccio del calcolo delle probabilità ha profondamente mutato i metodi, attribuendo alle presunzioni d'ipotesi e di prova un valore essenziale nella costruzione del sapere. Insomma: proprio come avviene nel diritto, la prova che mira a stabilire la verità di una proposizione dubbia, consiste principalmente nella confutazione di certe premesse avverse. Ma un'altra differenza sussiste e resta essenziale: nel diritto, il modo di contrastare la prova avversaria raramente viene lasciato del tutto all'apprezzamento del giudice, limitato da una gerarchia di prove già stabilite dalla legge. Senza dubbio si tratta di gerarchie storiche, stabilite, in generale, «su quel che in un ambiente e in un'epoca determinati sembra offrire le maggiori garanzie alla giustizia» e, dunque,

sulla struttura sociale e politica di società storicamente costituite. Eppure i problemi della prova giuridica, (nei quali preoccupazioni teoriche, come la ricerca della verità oggettiva, si mescolano alle preoccupazioni pratiche derivate dalla protezione di un determinato ordine sociale) offrono al filosofo un materiale di grande interesse, non solo dal punto di vista storico e sociologico, ma anche da quello epistemologico.

Ecco perchè il Perelman, quando tratta del «ragionamento giuridico», riconosce subito che esso è sottoposto a regole e prescrizioni che limitano il potere di apprezzamento del giudice nella ricerca della verità e nella determinazione del giusto, ma nega che sia una semplice deduzione, limitata ad applicare delle regole generali a dei casi particolari. Piuttosto, il potere attribuito al giudice di interpretare e, se occorra, di completare la legge, di verificare i fatti e valutare le presunzioni e le prove, è «per lo più» sufficiente a che egli possa motivare, in maniera soddisfacente, quelle decisioni «eque» per lui più auspicabili, dal punto di vista morale e sociale. Un tipo di ragionamento di questo genere, dove formalismo e pragmatismo si combinano nella valutazione delle conseguenze dell'applicazione della legge, può quindi fornire un utile esempio sia per il logico interessato allo studio della struttura di un procedimento non formale, sia per il moralista che voglia cogliere «dal vivo» i reciproci rapporti dialettici che legano le regole generali ai casi particolari. Anzi, per il Perelman, questa è la via migliore per tentare di elaborare una metodologia delle scienze umane, del diritto e della filosofia morale, sganciata dai presupposti della scienze fisiche e naturali e fondata sullo studio di quei ragionamenti «che conducono a conclusioni d'ordine pratico».

Da simili conclusioni l'Autore muove poi ad affrontare problemi più particolari, sia nella relazione sul problema delle «lacune» in diritto, presentata al «centre national des recherches de logique» nel 1967 (che indica nella logica giuridica lo strumento di cui il giudice deve servirsi per rendere più «feconda» la legge, in conformità con «lo spirito del diritto» e trarre nuove premesse a partire dai testi esistenti), sia nelle sue riflessioni metodologiche «a proposito della regola di diritto», ove proprio al giudice è attribuita una crescente funzione nell'elaborazione del diritto, secondo una concezione «più topica che formalistica» del ragionamento giuridico. E che, del resto, l'argomentazione sia, per lui, il punto focale della logica giuridica è dimostrato dal saggio su «la teoria pura del diritto e l'argomentazione» concluso con l'appello ad «un uso ragionevole della libertà», ideale della «ragion pratica», non solo nell'ambito della morale e della politica, ma anche in quello del diritto. Definendo il «ragionamento pratico» come quel procedimento razionale che giustifica una decisione» (e, in questo, nettamente si distingue dal «ragionamento teorico»), il Perelman scrive che esso «acquista tutta la sua importanza filosofica nell'assenza di una verità o di un'autorità perfetta tale da fornire il criterio indiscutibile del valore delle nostre decisioni». Di fronte «a valori e norme multiple, autorità

imperfette», esigenze «temporali» di particolare urgenza e necessità, la dialettica «aristotelica» torna perciò a rivendicare i suoi diritti, come «tecnica di discussione... capacità di obiettare e criticare, rifiutare e giustificare». Così la «logica del giudizio di valore» può svilupparsi concretamente «dall'analisi delle diverse forme di giustificazione», come tecnica argomentativa, al più alto grado di flessibilità. In questo senso, anche il richiamo all'analisi della nozione di conoscenza svolta dallo Ayer («ciò che si dice sapere deve esser vero, se ne deve esser sicuri, e si deve avere il diritto di esserne sicuri»), serve al Perelman per ricordare che pure il diritto alla certezza dovrà essere giustificato se verrà posto in contestazione. Perciò ogni filosofia che «voglia esser razionalistica senza pretendere di limitare il razionale all'evidenza» sarà indotta ad elaborare le norme ed i criteri dell'argomentazione convincente, per dare una più sicura risposta epistemologica.

Come si vede, il Perelman torna continuamente a toccare i temi centrali del *Traité* che qui sono del resto ripresi, in una prospettiva particolare, nel saggio su «retorica e filosofia» (già noto ai lettori italiani per essere stato compreso nel numero monografico de «Il Verri») e nell'altro sulle «ricerche interdisciplinari sull'argomentazione». Anche in queste pagine, alla netta distinzione tra il «discorso filosofico» (che tien conto di tutti gli uomini ragionevoli) e il «discorso teologico» rivolto ai credenti e quello «politico» che vuol convincere una comunità particolare, risponde la ferma fiducia nella «prospettiva retorica», capace di «comprendere meglio il fatto filosofico in sè, definendolo in funzione di una razionalità che supera l'idea di verità». Naturalmente, la «prospettiva retorica» di cui parla il Perelman è aperta alla più vasta collaborazione con le altre discipline «moralì» e, non solo con la filosofia e l'etica, ma anche la psicologia, la psicopatologia e la sociologia. Proprio in queste connessioni e rapporti può meglio manifestarsi la fecondità del «dialogo» che, al cospetto del pluralismo delle filosofie e delle diverse scale di valori, non solo consente l'espressione più completa degli opposti punti di vista, ma, al tempo stesso, lascia sperare nell'ulteriore elaborazione di un punto di vista più globale non ignaro delle tesi poste in confronto.

Ora, si dirà — ed anche questa è un'obiezione naturale, facilmente deducibile dalla realtà dei nostri tempi — che il compito «educativo» e «dialogico», così assegnato alla filosofia è profondamente mistificatorio, poichè traduce, con espressioni e metodi più raffinati, l'antica e permanente illusione dell'intellettuale, sempre pronto a ridurre al livello delle «combinazioni» linguistiche e verbali i conflitti veri e insuperabili. E può essere. Ma il tentativo del Perelman non credo possa essere ridotto a questa «illusione» ed ai giuochi ingannevoli che ne conseguono. Perchè, a differenza di altre posizioni, assai più «disarmate» nella loro fragilità ideologica, esso punta ad una precisa distinzione di «campi» e di «piani» del discorso nei quali sia possibile far prevalere gli elementi comuni di una crescente consapevolezza dello stato generale di pericolo

e delle minacce che incombono su tutto l'«uditório» umano. Ecco perchè, in una sua conferenza tenuta nel 1969, all'indomani della contestazione, il Perelman ha difeso il valore delle ideologie, affermando che il loro rifiuto, in quanto «razionalizzazioni prive di consistenza», implica di fatto la riduzione di tutta la vita politica a mero rapporto di forze. «Negare ogni valore alle ideologia — scrive — significa riportare la vita politica ad una lotta armata per il potere, dalla quale uscirà vincitore incontestabilmente il capo militare più influente». Nè le sue preoccupazioni si arrestano soltanto alla sfera politica, bensì si estendono anche alla vita religiosa, nella prospettiva del «libero esame», in quanto «rifiuto di considerare un principio di obbedienza — obbedienza a una autorità religiosa o politica — come principio ultimo in materia di condotta». Al puro criterio dell'obbedienza sempre e comunque dovuta all'autorità, il Perelman contrappone il criterio dell'autonomia della coscienza, «ultima garante dei nostri valori». Ed è significativo che questo criterio sia per lui esattamente corrispondente, nel campo pratico, al rifiuto dell'argomento di autorità, nel campo teorico.

Tuttavia, anche queste analisi di carattere etico restano sempre connesse all'interesse costante per il diritto, della cui importanza come «modello» filosofico il Perelman è sempre fermamente convinto. Sicchè non stupisce che, nel riprendere il tema dei rapporti tra diritto e morale, riconosca — è vero — che le regole morali possono non essere del tutto conformi alle regole giuridiche («le quali sono sottoposte a condizioni di certezza, a presunzioni o a tecniche di prova di cui il giudizio morale non si preoccupa troppo»), ma ribadisca che «la regola generale, o almeno la presunzione, è la conformità tra le regole morali e le regole giuridiche», e che, appunto per questo, lo studio del diritto potrà impedire al teorico di «gettarsi in estremistiche considerazioni, relative tanto al contenuto delle regole quanto alla loro applicazione a situazioni concrete». Egli ritiene che i diversi principî presentati dai filosofi «come la norma suprema in etica» siano, in realtà, dei «luoghi comuni», nel senso della retorica classica, cioè capaci di «fornire delle giustificazioni di cui è il caso di tener conto in ogni situazione concreta», e non degli «assiomi, come quelli della geometria» le cui conseguenze pratiche possano essere tratte per semplice deduzione. Ma il filosofo che, «proprio come il giudice», ha interesse a conoscere gli opposti punti di vista prima di giungere alla sua decisione e non è, quindi, mai del tutto sicuro dell'universalità dei suoi valori, potrà trarre dal tipo di argomentazione giuridica e dal carattere delle sue prove un insegnamento prezioso, insieme, etico e metodologico. Dallo studio del diritto saprà infatti apprendere «cosa diventa, in pratica, un potere decisionale privo di regole preliminari e che cosa è il presupposto dell'elaborazione di regole tali da consentire di evitare ogni potere decisionale»; e comprenderà così cosa significhi avere una giustizia senza legislazione o una legislazione senza giudici. Non solo: il diritto gli offrirà l'esempio di una disciplina in cui ogni regola nuova trae ispirazione da qualche principio

più generale che essa stessa «precisa e struttura», in cui ogni decisione è fondata su qualche regola che la giustifica e dove esiste una costante dialettica tra ragione e volontà e le azioni e le decisioni sono fissate entro quadri e strutture razionali precise. Per il filosofo belga, l'analisi delle tecniche giuridiche di procedura «che consentono agli uomini di vivere in uno Stato di diritto» può appunto rivelare al filosofo i frutti di una lunga esperienza che ha tentato di «organizzare sulla terra una società ragionevole». Disciplina che esiste solo nelle società ove il puro «calcolabile» («che elimina ogni decisione individuale») e il potere politico illimitato e arbitrario hanno lasciato posto a un ordine cui concorrono molteplici individualità umane, il diritto è, infatti, il prodotto storico di una tradizione ineliminabile e fondamentale. Ed è questa, in fondo, la vera ragione per cui, nel tentare la costruzione di una tecnica morale, sorretta dal principio della «ragion pratica», il Perelman vuole ancorarla alla teoria del discorso giuridico, ai suoi metodi di discussione, argomentazione e «prova» che estendono il dominio della razionalità anche al mondo della prassi.

CESARE VASOLI

Francesco RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*, a cura di Francesco MARGIOTTA BROGLIO. Premessa di Arturo Carlo JEMOLO, Bologna, Società. Ed. «Il Mulino», 1974, pp. 313.

La recente introduzione di nuove materie di insegnamento nei corsi dei nostri Atenei dovrebbe essere salutata con compiacimento se tale fenomeno rispondesse ad una crescita scientifica del mondo universitario o se si trattasse di una più puntuale applicazione del criterio della divisione del lavoro di ricerca. Bisogna purtroppo constatare che la moltiplicazione delle cattedre ha origini meno nobili e si ricollega quasi sempre all'idea demagogica che tende a trasformare la Università in scuola di massa e in fabbrica di diplomi inutili. A comprovare tale amaro rilievo si potrebbe tra l'altro constatare che per molte materie nuove manca persino la possibilità di porre in mano agli studenti testi idonei e di natura istituzionale.

Merita dunque un particolare elogio chi come il Margiotta Broglio non si è limitato ad esprimere la propria vocazione per la storia, mettendo la personale esperienza di cattedratico di diritto ecclesiastico al servizio di una nuova materia (quale è sotto il profilo didattico la «storia delle relazioni tra Stato e Chiesa»), ma si è anche preoccupato di affrontare il concreto ed urgente problema di fornire agli studenti un primo idoneo manuale. Al qual fine ha voluto utilizzare gli scritti di Francesco Ruffini, un maestro che nella sua lunga carriera di insegnamento riservò sempre un largo posto alla storia, come è possibile rilevare da una semplice rilettura di tutti i suoi scritti e di quelli dedicati alla scuola. Mi

riferisco in particolare alle lezioni dettate tra il 1908 e il 1915, all'ampio corso pubblicato nel 1924 dai fratelli Bocca, alle dispense litografate nel 1931. Si può anzi affermare che la suggestione storicistica è stata talmente viva nel Ruffini che in tutta la sua attività scientifica e didattica le dimensioni del diritto ecclesiastico non solo hanno superato i confini dello «Staatskirchenrecht», ma sono venute a coincidere, almeno in parte, con quella materia ch'egli amava definire, con pregnante espressione, «storia e sistema delle relazioni tra lo Stato e la Chiesa».

Scelta opportuna, ma in certo senso obbligata, quella compiuta dal Margiotta Broglio, posto che pochi cultori del diritto ecclesiastico hanno dedicato tanto spazio alla problematica dei rapporti Stato-Chiesa ed espresso un netto rifiuto alla separazione della storia dal sistema.

Peraltro il Margiotta Broglio avrebbe potuto conseguire l'obbiettivo di fornire «agli studenti delle facoltà di Scienze politiche e di Giurisprudenza un testo base» (p. 15), limitandosi a ripubblicare uno dei tanti corsi universitari dettati o pubblicati dal Ruffini e nei quali sempre ci si preoccupa di dare una visione plastica delle conquiste storiche di un diritto formatosi per l'appunto dal confronto e dall'urto tra l'azione «ora concomitante, ora contrastante, strettamente intrecciata sempre» della Chiesa e dello Stato. Ma il Margiotta Broglio non ha seguito tale facile strada ed ha preferito dar vita a un libro costruito «ex novo» attraverso l'utilizzazione di vari pezzi ruffiniani, tratti da quasi tutti i corsi del maestro in ragione della loro intrinseca completezza e idoneità a meglio illustrare alcuni temi fondamentali quali sono appunto quelli: delle origini della libertà religiosa; della lotta per la supremazia tra le due potestà; dei rapporti tra Stato e Chiesa in regime di libertà religiosa.

Ci troviamo, pertanto, di fronte a un libro che — come avverte lo stesso Margiotta Broglio — non è stato concepito nella sua struttura e nel suo titolo dal Ruffini.

Il «nuovo» libro (corredato da una *premessa* nella quale Arturo Carlo Jemolo traccia con lo stile che lo distingue un suggestivo profilo del maestro subalpino) si articola in quattro distinte parti, suddivise in più capitoli: la *prima* raggruppa scritti dedicati all'idea della tolleranza e alla condizione giuridica dei dissidenti in seno allo Stato «ancien régime» (p. 25/63); la *seconda* raccoglie scritti descrittivi i tre tipici sistemi di relazione tra le due potestà in auge nel passato (cesaro papismo bizantino e carolingio, giurisdizionalismo, sistema curialista o teocratico) (p. 67/137); la *terza* raggruppa in quattro distinti capitoli scritti dedicati al separatismo, alla teoria dei «due soli», alla natura giuridica dei concordati, agli accordi lateranensi (p. 141/215); la *quarta* ripubblica il sintetico, ma utilissimo, profilo storico sui rapporti tra Chiesa e potestà civile in Italia, che arricchì a suo tempo la traduzione italiana, curata dallo stesso Ruffini, del monumentale «Trattato di diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico» di Emilio Friedberg (p. 219/305).

È d'uopo riconoscere che il Margiotta Broglio ha brillantemente superato il rischio di dare vita a una mera antologia di scritti ruffiniani, giacché la sequenza degli argomenti e il ritmo complessivo del libro imitano talmente lo stile ruffiniano da occultare le cesure fra i vari pezzi, sicché il carattere antologico affiora con alquanto evidenza solo nella terza parte, dove se i primi capitoli raccolgono in organica trattazione scritti dedicati al separatismo nelle sue diverse accezioni ideali (antistatale, antichiesastico, liberale) e nei suoi tentativi di realizzazione, per contro i successivi capitoli appaiono slegati tra di loro e autonomi rispetto ai primi. Il terzo capitolo è, infatti, dedicato all'illustrazione della teoria della coordinazione tra le due potestà nella sua duplice versione medievale e moderna, mentre che l'ultimo raccoglie i primi commenti del Ruffini agli accordi lateranensi, tratti da dispense del 1931. Si tratta, comunque, di un inconveniente minimo, in quanto, essendo stata opportunamente scartata l'idea di procedere ad interpolazioni, risultava inevitabile lasciar sussistere spazi bianchi tra alcune figure del mosaico.

Ma a questo punto è opportuno spostare il nostro discorso sul contenuto dell'opera per riaffrontare un quesito, che deve avere preoccupato anche il Margiotta Broglio. Mi riferisco al dubbio circa l'utilità di offrire agli studenti dei testi invecchiati e in taluni punti ispirati ai canoni di una scuola quale quella germanica, che la moderna dottrina considera superati sia sul piano storico che su quello dogmatico. Si tratta però di dubbi e perplessità di breve durata, in quanto anche al lettore più superficiale non potrà sfuggire l'attualità di talune pagine del Ruffini, specie in un momento contrassegnato, in tema di rapporti tra Stato e Chiesa, da un'ansia di rinnovamento e da istanze di revisione o abrogazione concordataria. La spietata critica che il Ruffini riserva all'ideologia separatistica, laddove nega che Stato e Chiesa vivano in campi diversi ed affatto indipendenti, dovrebbe, infatti, indurre a riflessione gli apostoli contemporanei di tale vecchio ideale che, come scrive il Ruffini, comporta una « vivisezione » dell'individuo, che sia nel contempo cittadino e credente. Altrettanto valida è la lucida alternativa posta dal Ruffini relativamente alla problematica concordataria, laddove il maestro, opponendosi a teorie ai suoi tempi ancora imperanti, afferma recisamente che ove « *gli Stati stimino una deroga troppo grave alla loro sovranità il regolare dei rapporti giuridici interni, sia pure di carattere ecclesiastico, non già con la più assoluta indipendenza e autonomia, ma in base ad accordi* », debbono necessariamente riconoscere il diritto esterno che tali accordi giustifica, non che la personalità giuridica internazionale della S. Sede, e che per gli Stati che tali risultati non vogliano non si pone altra via che quella di « *non stipulare concordati o di denunciare i già conclusi* » (p. 188). Ed è insegnamento tuttavia valido quello che invita lo Stato a dar vita (autonomamente o seguendo la via bilaterale) ad una legislazione che rispetti il sentimento religioso dei popoli e la libertà dell'individuo. Per non parlare di quelle pagine nelle quali il Ruffini,

con acuto senso giuridico, respinge la tesi (oggi da tutti accantonata ma nel 1931 largamente seguita) della inscindibilità dei Patti lateranensi.

I testi del Ruffini possono, dunque, con profitto circolare ancora in mano agli studenti. Ritengo altresì che la memoria del maestro subalpino, nel quarantesimo anniversario della sua scomparsa (Ruffini nato nel 1863 è morto a Torino nel 1934), non poteva essere meglio onorata che reimmettendo le sue dispense nella scuola che Egli tanto amava.

È facile prevedere per il libro successo e diffusione: mi auguro, anzi, ch'esso possa raggiungere il traguardo di una seconda edizione, che giudicherei più positivamente se fosse arricchita da un'appendice di aggiornamento bibliografico.

GAETANO CATALANO

Jürgen SANDWEG, *Rationales Naturrecht als revolutionäre Praxis. Untersuchungen zur « Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte » von 1789*, « Historische Forschungen » Band 6, Duncker und Humblot, Berlin, 1972, pp. 345.

Jürgen Sandweg ha dedicato un interessante volume allo studio delle origini e della formazione della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, compiuto attraverso un ampio e dettagliato esame della pubblicistica pre-rivoluzionaria, degli scritti contemporanei alla convocazione degli Stati generali, e dei dibattiti all'Assemblea nazionale.

L'autore non accetta il metodo tradizionalmente seguito dai lavori specialistici sull'argomento, i quali si sono limitati, a suo dire, a indicare la presenza dell'« influsso » di questo o quel pensatore sulla Dichiarazione dei diritti, allo scopo di determinare l'origine spirituale e il valore politico di quest'ultima; tale operazione è stata compiuta, in generale, isolando un'idea centrale dal complesso dottrinale di un dato studioso (ad es. la separazione dei poteri in Montesquieu, la volontà generale in Rousseau), e lasciando da parte gli elementi ad essa contrari, pur presenti nella Dichiarazione (pp. 17-18). A una simile « *Geistesgeschichte* » altamente personalizzata, il Sandweg contrappone la necessità di una « *Sozialgeschichte* » delle idee, la quale prenda in considerazione il processo illuministico di comunicazione determinato dal sorgere di un'opinione pubblica « borghese » nella Francia della seconda metà del Settecento, e in tal modo renda possibile in modo completo la comprensione delle condizioni e degli effetti delle idee proclamate nella Dichiarazione dei diritti del 1789 (p. 18).

Sviluppandosi lungo questa linea, il lavoro si articola in quattro parti.

La prima prende in considerazione il rapporto tra i pensatori politici del tardo illuminismo francese e il fenomeno della « rivoluzione » americana e in particolare le Dichiarazioni dei diritti proclamate dai sin-

goli stati americani. L'autore non intende indagare il problema dibattuto dalla tradizionale letteratura su questo argomento, cioè se la Dichiarazione francese dipenda, in relazione al proprio contenuto, dalle Dichiarazioni americane; storicamente più importante gli appare il fatto che la Dichiarazione della Virginia — e quelle degli altri stati, che seguivano il suo esempio — aveva per prima osato « *theoretisches Naturrecht in positives Staatsrecht umzusetzen* » (p. 26). Egli nota poi che le Dichiarazioni americane dei diritti vennero intese in Europa come più rivoluzionarie di quanto fossero considerate nella stessa America; ciò perché nell'Europa continentale, in mancanza di una tradizione di *common law*, l'idea dei diritti dell'uomo si era posta fin dall'inizio sul terreno del diritto naturale razionale, sviluppando in tal modo una propria virulenza politica nei confronti dell'*Ancien Régime* (p. 27).

Il Sandweg esamina poi le idee e i contributi al dibattito sui diritti dell'uomo del cosiddetto « partito americano » alla vigilia della Rivoluzione francese; si tratta di un gruppo caratterizzato in modo abbastanza preciso, anche se formato da personalità diverse fra loro dal punto di vista morale e sociale. La sua analisi si concentra sul richiamo all'esperienza della rivoluzione americana come modello ed esempio per la situazione francese, quale risulta dal pensiero di quattro figure che avrebbero dato un contributo di primo piano alla Rivoluzione francese: Lafayette, Brissot, Mirabeau e Condorcet (pp. 52-81).

La seconda parte è dedicata all'esame dello sviluppo dell'opinione pubblica — e all'espansione dell'idea dei diritti dell'uomo nel suo ambito — di fronte alla crisi dello Stato assolutistico-feudale negli anni 1788-89; l'autore esamina la pubblicistica preparatoria della Rivoluzione, e dedica ampia attenzione alla presenza dell'idea di una Dichiarazione dei diritti nei *cahiers de doléance*: la maggioranza dei *cahiers*, nota il Sandweg, presenta una commistione di rivendicazioni dei diritti basate su principi giusnaturalistici, e di rivendicazioni fondate sul richiamo alla tradizione storica (p. 123). Un particolare interesse riveste l'esame dell'attività della *Société des Amis des Noirs* e della pubblicistica contraria alla schiavitù dei negri nelle colonie (p. 90 ss.).

La terza parte riguarda il punto storicamente centrale, cioè il dibattito relativo alla Dichiarazione dei diritti nell'Assemblea nazionale. Particolarmente rilevante mi pare l'esame dedicato dal Sandweg al ruolo degli avvocati fra i deputati dell'Assemblea: l'autore nota come manchi finora uno studio monografico sul gruppo sociale degli avvocati nella Rivoluzione francese, fatto tanto più degno di meraviglia, in quanto la loro importanza era stata colta e sottolineata dai contemporanei (ad es. da Jefferson) (pp. 164-165). Questo punto è anche interessante — sia detto di passata — perché l'indicazione della presenza attiva di molti avvocati e giuristi nell'ambito rivoluzionario francese costituisce un'indiretta smentita della tesi oggi assai diffusa, e anzi di moda, secondo cui la scienza giuridica e i giuristi sono « per natura » conservatori. Un problema che sarebbe interessante sviluppare ed esa-

minare a fondo è la questione, a cui l'autore accenna, di come gli avvocati rivoluzionari siano venuti a contatto e abbiano acquistato grande familiarità con il diritto naturale, dato che l'educazione giuridica dell'*Ancien Régime* si fondava esclusivamente sul diritto romano, sul diritto canonico e sul diritto francese; anzi, come nota il Sandweg, in Francia mancava — contrariamente a quanto avveniva in Svizzera e negli Stati tedeschi — una cattedra di diritto naturale. Certo è, osserva sempre l'autore, che in Francia erano assai diffuse le opere di Burlamaqui, e che giuristi come Target, Brissot, Linguet, Pétion, Mounier avevano grande familiarità con le teorie giusnaturalistiche (p. 169).

In questa terza parte del volume molta attenzione è dedicata all'esame del contenuto dei diversi progetti di Dichiarazione dei diritti presentati all'Assemblea da personaggi come Lafayette, Sieyès, Mounier, Servan, Pétion. Comune a tutti questi progetti era l'idea che lo scopo principale della costituzione e del governo dovesse essere quello di assicurare — secondo una frase di Pétion — « la plus grande somme de bonheur » (pp. 204-205).

La quarta parte, infine, contiene in primo luogo alcune considerazioni sul significato e sulle caratteristiche del testo definitivo della Dichiarazione, la cui interpretazione — sottolinea l'autore — non può essere esauriente e precisa senza una conoscenza della formazione dell'opinione e della volontà parlamentare (che ha formato oggetto della precedente trattazione) (p. 248). La Dichiarazione è il risultato di un dibattito con molti contrasti: in relazione a taluni punti — ad esempio la libertà di stampa e la libertà religiosa — essa ha portato a soluzioni di compromesso (p. 249). Nei suoi articoli manca l'enunciazione di diversi diritti che pure nella coscienza pubblica avevano ormai raggiunto dignità di diritti naturali; tuttavia l'Assemblea nazionale era consapevole dell'incompletezza della Dichiarazione, tanto è vero che la Costituzione del 1791 l'avrebbe integrata, inserendo (nel Titolo I) una serie di diritti in essa mancanti, come ad esempio la libertà di riunione, il diritto di petizione, e così via (p. 252). L'autore sottolinea anche il significato e l'importanza dell'art. XVII della Dichiarazione, che sancisce il diritto di proprietà, e indica l'assenza, nel 1789, di qualsiasi influsso delle dottrine critiche verso la proprietà di Rousseau (nel *Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes* o nel *Discours sur l'économie politique*, non certo nel *Contrat Social*), di Mably, di Linguet, di Brissot; ed egli nota come la coincidenza di interessi dei tre stati nel proclamare l'inviolabilità della proprietà privata derivasse dal comune rifiuto della concezione — allora praticamente presente anche se assai raramente sostenuta teoricamente nella seconda metà del Settecento — dello Stato patrimoniale (pp. 260-262).

Successivamente, questa quarta parte, sotto il titolo *Naturrecht und Revolution*, esamina il significato teorico della Dichiarazione dei diritti, il rapporto tra la Dichiarazione nella sua portata politica con-

creta e il suo fondamento nelle dottrine giusnaturalistiche. Il Sandweg mette in rilievo il fatto che gli avversari conservatori della Dichiarazione dei diritti — e sostenitori di una Dichiarazione dei doveri — avevano chiaramente colto il significato rivoluzionario della Dichiarazione stessa, nel momento in cui polemizzavano contro l'astrattezza del diritto naturale richiamandosi ai reali rapporti giuridici e di potere di una società storica e in divenire (p. 281). In simili critiche degli avversari, egli osserva ancora, era presente la chiara percezione del fatto che il diritto naturale, calato nella forma di Dichiarazione dei diritti, indipendente, nella sua costruzione, dai concreti rapporti sociali e di potere, e avente pretese normative, aveva carattere rivoluzionario (p. 283). L'autore polemizza con la tesi del Redslob ⁽¹⁾, secondo il quale la Dichiarazione del 1789 non contiene una proclamazione di diritti naturali nel senso lockiano, cioè anteriori allo Stato, ma conosce soltanto diritti nella società e nello Stato. Il Sandweg confuta agevolmente una tesi così palesemente infondata, basandosi su passi di diversi « padri » della Dichiarazione (quali Condorcet, Mounier, Mirabeau), i quali parlano chiaramente di diritti naturali anteriori allo Stato. Egli ricorda poi come l'articolo II della Dichiarazione stabilisca che « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme »: si tratta quindi di *conservazione* di diritti già esistenti per natura, prima della nascita dello Stato. Inoltre, non si deve dimenticare che i rivoluzionari chiamavano il loro documento fondamentale « Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino »: se essi avessero inteso i diritti dell'uomo come diritti *nella* società, una simile doppia indicazione avrebbe costituito una tautologia (pp. 284-286).

In una simile prospettiva, ha poca importanza, secondo l'autore, la questione se lo stato di natura — cioè la situazione precedente allo Stato, nella quale l'uomo gode già di diritti naturali — sia da intendersi come un fatto storico o no: « Der Mensch hat im Naturzustande, der ein staatsfreier Zustand ist, individuelle Rechte. Dabei kann in diesem Zusammenhang das Problem, ob man den Naturzustand als historische Tatsache oder als logische Fiktion auffasste, getrost beiseite gelassen werden. Wichtig war allein sein normativer Charakter » (p. 285). Lungo questa linea, il Sandweg afferma che — se si vuole andare alla ricerca dei « padri spirituali » della Dichiarazione — allora si deve dire che essa ha la propria radice più nel sistema giusnaturalistico-liberale di Locke, il quale mira a una comunità di interessi, al servizio del bene del libero individuo interessato all'accumulazione della proprietà, piuttosto che nel modello di Rousseau, nel quale è soltanto il passaggio dallo stato di natura allo stato civile che trasforma l'uomo dominato dagli istinti in personalità morale (p. 289).

(1) Il Sandweg si riferisce all'opera di R. REDSLOB, *Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789. Ihre Grundlagen in der Staatslehre der Aufklärungszeit und in den englischen und amerikanischen Verfassungsgedanken*, Leipzig, 1912, p. 100 ss.

Ma soprattutto all'autore sta a cuore mettere in evidenza il significato di momento rivoluzionario della Dichiarazione del 1789, consistente nell'aver riconosciuto per la prima volta in Europa la teoria giusnaturalistica (di ispirazione liberale-lockiana) come obbligatoria per l'azione sociale e per l'autorità politica (p. 295). Tutti gli articoli della Dichiarazione dei diritti possono, a suo giudizio, venire intesi sia come « positivizzazione » delle norme di diritto naturale fino ad allora valide soltanto sul piano teorico, sia come reazione politica verso gli inconvenienti concreti dell'assolutismo feudale e burocratico; non si tratta di un contrasto, bensì di due diversi aspetti presenti nello stesso momento illuministico-rivoluzionario, insito nella Dichiarazione (pp. 296-297). Quest'ultima, egli conclude, era una porta verso il futuro: e ciò non solo nel senso che essa per un lato guardava al passato da distruggere mediante la Rivoluzione, e per un altro guardava al futuro; ma anche nel senso che ogni ulteriore sviluppo storico avrebbe dovuto passare, a giudizio dei suoi autori, attraverso tale porta (p. 300).

* * *

Nell'insieme il valore e il significato maggiore di questo libro è, a mio giudizio, di carattere storico. Il Sandweg ha dato un importante contributo, mediante un'analisi e una presentazione organica e sistematica, alla conoscenza della pubblicistica pre-rivoluzionaria — o, com'egli la definisce, tardo-illuministica — e del dibattito rivoluzionario sulla Dichiarazione dei diritti; dalla sua trattazione viene lumeggiata la formazione di quest'ultima a livello di sviluppo dell'opinione pubblica, cioè attraverso una divulgazione e vasta diffusione nei varî ceti sociali delle idee illuministiche e giusnaturalistiche; del resto, la battaglia delle idee compiuta attraverso la loro propagazione a livello popolare era stato uno dei caratteri della filosofia illuministica. Particolarmente degne di rilievo mi sembrano — per fare alcuni esempî — l'indagine relativa al significato della Rivoluzione americana per lo sviluppo dell'idea di Dichiarazione dei diritti in Francia, e l'analisi dei diversi progetti di Dichiarazione presentati all'Assemblea nazionale. Non avrei particolari osservazioni da compiere a tale riguardo; forse, potrei notare soltanto che, mentre il Sandweg si sofferma con particolare attenzione, e con ragione, sul dibattito relativo a problemi indubbiamente importanti — nella situazione caratterizzata dal tardo illuminismo — come quello della libertà religiosa (p. 239 ss.), o mette in notevole evidenza l'affermazione dell'inviolabilità della proprietà privata (pp. 262 e 291), egli in una certa misura trascura un altro punto: mi riferisco all'esigenza di una riforma penale in senso umanitario, che formava un elemento primario del pensiero sia illuministico sia rivoluzionario, e che trovò espressione anche nella Dichiarazione dei diritti del 1789 (v. artt. V, VII, VIII, IX). Occupandosi del pensiero di Brissot l'autore tocca indubbiamente questo punto, riportando le idee del futuro girondino

vòlte a sostenere la necessità di una prevenzione « indiretta » dei crimini, nella linea di Montesquieu, Beccaria e Voltaire (p. 61); è curioso però notare che, benché egli tocchi in due passi (pp. 120 e 201) il pensiero di Servan, avvocato generale al Parlamento di Grenoble, tuttavia non ricorda gli scritti in favore della riforma penale di questo giurista, che è una figura di grande importanza, anche se non molto nota, nell'ambito dell'illuminismo giuridico-penale in Francia ⁽²⁾.

Minore originalità mi sembra invece di dover indicare in relazione all'apporto teorico del volume. Abbiamo visto, infatti, che se l'autore è contrario, conformemente alla sua generale impostazione storica, alla ricerca di un singolo autore il cui pensiero abbia esercitato un influsso sulla Dichiarazione dei diritti, egli giunge poi a indicare, quale dottrina giusnaturalistica che costituisce il modello della Dichiarazione stessa, la concezione lockiana. Si tratta, indubbiamente, di una interpretazione fondata e convincente, nella misura in cui il giusnaturalismo di Locke concepisce i diritti individuali, di cui l'uomo gode nello stato di natura, e cioè anteriormente alla società civile, quale oggetto di protezione da parte dello Stato e insieme quale limite del potere dello Stato stesso; tale è esattamente la funzione che ha la Dichiarazione dei diritti nel pensiero dei rivoluzionari francesi. Si tratta, tuttavia, di un'indicazione teorica non nuova; dicendo questo l'autore è giunto a conclusioni analoghe a quelle di buona parte della critica. Altrettanto si può dire della sua negazione che la dottrina di Rousseau abbia potuto costituire il modello ispiratore della Dichiarazione; anche questa interpretazione, che risulta avere diversi argomenti a proprio favore, è già stata sostenuta: si pensi al volume della McDonald, *Rousseau and the French Revolution 1762-1791* (London 1965), che è ricordato dallo stesso Sandweg, pur se questi avanza, nei suoi confronti, alcune riserve metodologiche (p. 18). Nello stesso tempo non si deve dimenticare, però, che il problema del passaggio dai diritti *naturali* ai diritti *civili* nella dottrina di Rousseau è controverso e può dar luogo a diverse interpretazioni, che non è possibile approfondire in questa sede ⁽³⁾.

Il contributo di maggiore rilievo teorico del volume del Sandweg sta, a mio avviso, nell'insistente e ripetuta sottolineatura del significato rivoluzionario del diritto naturale, chiaramente risultante dal calarsi di quest'ultimo nella forma di Dichiarazione dei diritti. Con

⁽²⁾ J. M. A. SERVAN, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève 1767. Su Servan criminalista v. J. GRAVEN, *Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne (1738-1794)*, in « Grandes figures et grandes oeuvres juridiques », Coll. de Mémoires publiées par la Faculté de Droit de Genève, 1947, pp. 124-125; M. A. AIMO, Introduzione a J. P. MARAT, *Disegno di legislazione criminale*, trad. it., Milano, 1971, pp. 15 e 17 n.

⁽³⁾ Mi sono occupato di tale problema ne *Le dottrine politiche di Montesquieu e di Rousseau* (corso di dispense), Milano, 1964, p. 14 ss. e p. 50 ss., e ne *Il partito politico nel pensiero dell'illuminismo e della Rivoluzione francese*, Milano, 1964, p. 21 ss.

questa affermazione l'autore è giunto a una conclusione opposta a quella a cui era pervenuto, con un'analisi storica tendenziosa e un po' superficiale, il Kelsen; questi ha infatti affermato: « il carattere della dottrina giusnaturalistica in generale, e della sua corrente principale, era strettamente conservatore. Il diritto naturale, quale era affermato dalla teoria, era essenzialmente una ideologia, che serviva a sostenere, giustificare e rendere assoluto il diritto positivo, o, ciò che è la stessa cosa, l'autorità dello Stato » ⁽⁴⁾; e successivamente ha osservato che la tesi secondo lui oggi prevalente « del carattere rivoluzionario-demolitore del diritto naturale ... fu causata dal fatto che una fase particolare di questa corrente millenaria, e precisamente la teoria giuridico-politica di Rousseau della metà del secolo XVIII, venne identificata senz'altro con la dottrina giusnaturalistica in generale » ⁽⁵⁾. Anzitutto, l'interpretazione kelseniana ha il torto, a mio avviso, di appiattire troppo il giusnaturalismo nella sua vicenda storica, di porre cioè sullo stesso piano il giusnaturalismo classico e medioevale, e il giusnaturalismo moderno, i quali rispondevano in realtà a esigenze etico-politiche assai diverse. Inoltre, un'analisi attenta delle dottrine dei pensatori del giusnaturalismo moderno — che è poi la corrente filosofico-giuridica alla quale nel modo più tipico viene attribuita l'etichetta « diritto naturale » e che in questa sede maggiormente interessa — mostra che esse erano tutte tese, nella sostanza, a riformare la realtà politico-giuridica esistente e a costruire un nuovo tipo di società civile conforme ai principi del diritto naturale. Se si pensa ai caratteri fondamentali della scuola moderna del diritto naturale — la secolarizzazione del diritto naturale, ovvero il suo distacco dalla teologia, la teoria dei diritti innati, la concezione del contratto sociale — ci si rende conto di trovarsi in presenza di motivi e principi volti al rinnovamento e non certo alla conservazione della realtà esistente. In una simile prospettiva mi sembra quanto mai opportuna l'osservazione del Sandweg secondo cui, in rapporto alla Dichiarazione dei diritti, non ha alcuna importanza la questione se lo stato di natura venga inteso come fatto storico o come finzione logica: ciò che conta, egli afferma giustamente, è il suo carattere normativo (p. 285). In fondo, la vecchia distinzione tra i giusnaturalisti che concepiscono stato di natura e contratto sociale come fatti storici e i giusnaturalisti che li concepiscono come finzioni logiche o postulati ideali deve considerarsi in un certo senso come superata. È vero che vi sono alcuni autori (Hobbes, Locke) che indicano degli esempî storici di stato di natura (gli Indiani d'America) e altri (Rousseau, Kant) che invece negano esplicitamente che lo stato di natura sia mai esistito nella storia dell'uomo; tuttavia proprio i caratteri di fondo del giusnaturalismo mo-

⁽⁴⁾ H. KELSEN, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, Appendice a « Teoria generale del diritto e dello Stato », trad. S. Cotta e G. Treves, Milano, 1954, p. 423.

⁽⁵⁾ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 424.

dero indicano chiaramente che ciò che stava a cuore a *tutti* i suoi pensatori non era la ricerca delle mitiche origini della società civile, ma la costruzione di un nuovo tipo di Stato e di società civile, fondato sui principi del diritto naturale; in questo senso ciò che conta è, come dice il Sandweg, il carattere *normativo* dello stato di natura e del contratto sociale. Da tale angolo visuale la Dichiarazione dei diritti del 1789 appare veramente come il coronamento, il punto terminale di tutta la speculazione giusnaturalistica moderna.

Naturalmente, è un coronamento che si attua però — come sottolinea l'autore, sulla scorta anche delle analisi del Habermas ⁽⁶⁾ (p. 295) — con una manifestazione di tipo nuovo, cioè mediante la « positivizzazione » del diritto naturale; con la Dichiarazione dei diritti si ha la trasformazione del diritto naturale in diritto positivo: questo è il significato precipuo e nuovo della Dichiarazione nella storia del giusnaturalismo moderno. Infatti, se pur teso in ultima analisi, come ho sottolineato, verso un rinnovamento politico, il giusnaturalismo dei secoli XVII e XVIII era stato pur sempre elaborato a livello teorico ad opera degli studiosi; con la Dichiarazione il diritto naturale per la prima volta scendeva sul terreno pratico e concreto, e, trasformandosi in diritto positivo, si traduceva in una dichiarazione di guerra all'assolutismo. Ha affermato P. J. A. Feuerbach: « Während die Probleme des Naturrechts sonst nur in den Studirstuben der Gelehrten verhandelt, von der spekulirenden Vernunft aufgegeben und als blos für ihr Forum gehörig betrachtet wurden, wurden sie heut zu Tage in den Conventssälen der Volksrepräsentanten einer umgeschaffenen Nation debattirt und durch die Praxis selbst der theoretischen Vernunft vorgelegt » ⁽⁷⁾.

La Dichiarazione dei diritti esprimeva quindi delle esigenze assai concrete, lottava contro abusi e sopraffazioni reali; la critica della sua presunta « astrattezza » — svolta dagli avversari contemporanei, con argomentazioni che saranno riprese, sia pure in modo più sofisticato, dagli esponenti delle correnti storicistiche dell'Ottocento (compresa quella che oggi è considerata come la dottrina « rivoluzionaria » per eccellenza, il marxismo) — se pure di per sé infondata, conduce tuttavia a utili risultati dal punto di vista interpretativo: come ha osservato il Sandweg (p. 281), proprio la critica dell'astrattezza del diritto naturale mostra che gli avversari della Dichiarazione dei diritti avevano colto il significato eminentemente *rivoluzionario* di essa. In altre parole, la Dichiarazione dei diritti del 1789 poteva compiere una rottura rivoluzionaria ed esprimere una condanna della barbarie del despotismo, proprio perché traeva la propria forza da principi normativi atti-

⁽⁶⁾ Il Sandweg si riferisce all'opera di J. HABERMAS, *Theorie und Praxis. Sozialphilosophische Studien*, II ed., Neuwied, 1967, p. 55.

⁽⁷⁾ P. J. A. FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, Altona, 1796, ristampa anastatica Georg Olms Verlagsbuchhandlung, Hildesheim, 1963, pp. 3-4.

nenti alla natura dell'uomo e trascendenti rispetto alla storia: in ciò consisteva la sua « astrattezza ».

In conclusione si può dire che l'indagine del Sandweg, anche se mi è sembrata più rilevante e originale nel suo aspetto storico, costituisce anche dal punto di vista teorico — in particolare nella sua insistenza sul significato rivoluzionario del diritto naturale calato nella Dichiarazione dei diritti — un utile spunto per ulteriori riflessioni su questo tema, sempre ricco di attrattive e di interesse.

MARIO A. CATTANEO

Wolfgang WIEGAND, *Plus petitio* (Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Band 11), Berlin, J. Schweitzer Verlag, 1974, XX und 232 Seiten.

Wiegand beschreibt nicht lediglich die « Ausformung der heutigen Lösung » (5) des Problems der prozessualen Zuvielforderung (*plus petitio*), sondern stellt vielmehr ein Beispiel vor, an dessen Geschichte « die großen Bahnen spürbar (werden), in denen die Entwicklung des europäischen Rechtsdenkens verlaufen ist » (230). Der Verfasser schildert somit die Ausformung der *plus petitio* als « ein besonders anschauliches Beispiel des Rezeptionsvorganges », der « Arbeits- und Wirkungsweise des *usus modernus* », (229) des Einflusses vernunftrechtlicher Vorstellungen (191) und schließlich auch als Ausprägung allgemeiner Strömungen der Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts (198). Die verschiedenen historischen Lösungen des Problems der Zuvielforderung in der neueren Privatrechtsgeschichte zeigen, daß die « grundlegenden Strömungen, maßgeblichen Vorstellungen und methodischen Prinzipien im Detail ihren Niederschlag finden und umgekehrt an ihnen (gemeint ist wohl « ihm », sc. dem Detail) ablesbar sind » (198).

Den Absichten Wiegands entsprechend soll diese Rezension in erster Linie die aus der Geschichte des Spezialfalles *plus petitio* für das Schicksal des römischen Rechts in Europa gezogenen Schlußfolgerungen referieren. Die technischen Details der *plus petitio* lassen sich hier kaum wiedergeben. Trotzdem soll kurz gesagt werden, worum es sich handelt. Gaius unterscheidet vier Fallgestaltungen, in denen sich eine Klage als prozessuale Zuvielforderung darstellen kann: *Plus autem quattuor modis petitur: re, tempore, loco, causa*. Die rechtliche Folge ist in allen vier Fällen die gleiche. Der Kläger verliert den Prozeß. Doch Zenon und ihm nachfolgend Justinian gestalten das System um und bestrafen den Kläger durch Verdopplung der Klagefristen im Falle der Zufrühforderung und im übrigen durch strafweise Auferlegung der dreifachen Summe der Kosten des Gegners (*poena tripli*). Nur im Falle der dolosen Zuvielforderung bestraft Justinian den Kläger mit Prozeßverlust (35).

Wiegand verfolgt nun die anfängliche Rezeption und dann den Abbau dieser justinianischen Pluspetitionsstrafen im *Usus modernus*, danach die Ausbildung und anschließende Überwindung der *exceptio plus petitionis* als dilatorischer Einrede und endlich die Ausformung der heutigen materiellrechtlichen Lösung und ihrer Kostenfolge im 19. Jahrhundert. All das findet im Grunde statt als Problem der Interpretation des *Corpus iuris*. Also nur insofern, als es darum geht, verfolgt Wiegand die Bahnen des europäischen Rechtsdenkens.

Den mittelalterlichen Interpreten des *Corpus iuris* ist die justinianische Lösung von Anfang an problematisch. Im Grunde ist aus der gesamten mittelalterlichen legistischen und kanonistischen Literatur und auch aus der deutschen Literatur und Gesetzgebung der Rezeptionszeit trotz völliger theoretischer Übernahme der *plus petitio* kein eindeutiges Bild zu der Frage zu gewinnen, wann nun wirklich in der Praxis das *plus petere* die *poena tripli* oder die *duplicatio induciarum* nach sich zieht. Und so setzt sich denn auch allmählich, und zwar ohne prinzipielle Leugnung der Rezeption dieser Regeln, die Auffassung durch, daß in der Praxis angesichts des zeitgenössischen Kostenrechts kein Fall denkbar ist, wo die Strafdrohungen angewendet werden könnten. Das ist nach Wiegand ein typisches Beispiel dafür, daß die mittelalterlichen Juristen und ihre Epigonen in Deutschland ein in den römischen Quellen verankertes Institut auch dann nicht aufgeben, wenn sie zu der Überzeugung kommen, daß es völlig obsolet geworden ist (24 Note 11). Im kanonischen Recht jedoch erfolgt eine Anpassung veralteten Rechts an die Erfordernisse der Zeit in den entscheidenden Phasen durch die Gesetzgebung, die in Rechtsprechung und Lehre bereits angelegte Entwicklungen fixieren kann (39, 40). So ordnet Gregor IX. die *plus petitio* neu. Die *poena tripli* fällt weg. Aber auch Ersatz der einfachen Kosten kommt nicht in Betracht, da in der kirchlichen Gerichtsbarkeit keine Gebühren erhoben werden (41). In die Gesetzgebung in Deutschland findet die justinianische Regelung dagegen ohne weiteres Eingang. Im Ergebnis wird man dafür wohl deren «Lehrbuchcharakter» (cf. Fr. Ebel, *Legaldefinitionen*, Berlin 1974, 72 ss.) verantwortlich machen müssen.

Der *Usus modernus* baut jedoch die Pluspetitionsstrafen bewußt ab (75). Wo sie in der akademischen und praktischen Literatur noch erläutert werden, muß man annehmen, daß es sich um «theoretisierende Darstellungen» handelt, die durch die «Praxis längst unterhöhlt» sind (83). Entscheidend ist aber die Entwicklung, die schließlich zu einer vollständigen theoretisch fundierten Nichtgeltung der Regeln des *Corpus iuris* in dieser Frage führt. Für das sächsische Recht bemerkt Coler, das in der Frage der Strafen an sich geltende römische Recht sei außer Gebrauch. Coler stellt dies aber nicht als speziell sächsische Abweichung vom römischen Recht dar, sondern wählt aus dem «Gesamtgefüge des römisch-kanonischen Rechts die Entscheidungsmöglichkeit aus, die den sächsischen Verhältnissen am meisten entspricht» (86, 90).

Auch in Frankreich und den Niederlanden werden die Pluspetitionsstrafen nicht mehr praktiziert. Angesichts der starken Anlehnung Carpzovs an Fabers «Codex definitionum» (Carpzov bezeichnet in der Vorrede seine Definitiones als «imitatio» des Werkes von Faber) kann man hier wohl gegen Wiegands Annahme (92, 103) eher an einen französischen Einfluß als an eine zufällige Parallelentwicklung glauben. Im Unterschied zu der Lage in Sachsen bedarf aber in Frankreich und den Niederlanden die Nichtanwendung des römischen Rechts außer dem Hinweis auf die Praxis keiner besonderen Begründung. Seit der Mitte des 17. Jahrhunderts kommt es dann auch außerhalb Sachsens in ganz Deutschland zum Abbau der Pluspetitionsstrafen (93). Die Überzeugung, daß die entsprechenden Vorschriften des römischen Rechts nicht mehr anwendbar seien, ist jetzt so fest verwurzelt, daß einige Autoren ernsthaft daran zweifeln, ob dem römischen Recht nachgebildete Pluspetitionsstrafen in Statutarrechten aus der Rezeptionszeit noch Anwendung finden könnten (95, 98, 100). Die lediglich aus dem römischen Recht übernommenen Partien der Statutargesetzgebung machen hier offenbar alle Bewegungen des gemeinen Rechts mit.

Obwohl die Entwicklung in ganz Deutschland parallel verläuft, beschränken sich die Autoren in der Regel darauf, die Nichtgeltung der römischen Strafen nur für ihren speziellen Rechtskreis zu behaupten. Nur Stryk wagt generell für die Lage in Deutschland die — seiner Lehre von der *fundata intentio* widersprechende — These, daß die *observantia* des römischen Rechts beweisen müsse, wer sich auf die justinianischen Strafvorschriften berufe (96, 97 und dort Note 29). Insgesamt sieht Wiegand in der Abschaffung der Pluspetitionsstrafen durch den *Usus modernus* einen weiteren Beweis für die Bereitschaft dieser Epoche, das überkommene römische Recht auf seine Praktikabilität hin zu überprüfen. Mit vernunftrechtlicher Kritik am römischen Recht hat diese Entwicklung nichts zu tun (102).

Ging es bisher um die Schilderung der Eliminierung einer nicht mehr passenden Regel des römischen Rechts, so stellt sich Wiegand im Anschluß daran die Aufgabe, an Hand der selbstverständlich verbleibenden rechtlichen Konsequenzen der *plus petitio* im Prozeß die Entstehung neuer, dem römischen Recht nicht zu entnehmender Problemlösungen zu schildern. Allerdings geht es hier nicht um den Fall der Erarbeitung einer vollständig neuen Lösung. Die Dogmatik kann immer an gewissen in römischen Recht vorhandenen Ansatzpunkten anknüpfen. Dabei zeigt sich folgendes: Die deutschen Kommentatoren und Praktiker des 16. Jahrhunderts übernehmen von der legistisch-kanonistischen Doktrin des Mittelalters das auf der Grundlage einer *Corpus-iuris*-Stelle entwickelte Institut der *exceptio plus petitionis* als dilatorischer Einrede. Im Mittelpunkt der Erörterungen stehen dabei die Fälle der Zufrühforderung (119). Die Reformgesetzgebung der Städte dehnt die *exceptio* aber auf alle vier Fälle der Zuvielforderung aus, ohne daß sich dafür — wohl ausnahmsweise — ein literarisches Vorbild finden

ließe. Diese Regelung findet dann Eingang in die Literatur (123). Im Gegensatz dazu geht die französische Lösung auf mittelalterlich legistisch-kanonistische Erörterungen des Problems der *plus petitio re* zurück (129). Immer ausgehend von der Frage « *an possit (reus) totum negare* » ergibt sich hier nach langer Diskussion um die Mitte des 16. Jahrhunderts eine neue Lösung, die als Hauptgedanken hat, daß der Beklagte bei der *plus petitio re* die tatsächliche Schuld anbieten muß, wenn er Verzugs- und Kostenfolgen vermeiden will (152). Die Praxis ist die treibende Kraft bei der Entwicklung dieser Lösung. Die Literatur dieser Zeit sieht ebenso wie in Deutschland ihre Aufgabe in erster Linie in der Verarbeitung der Ergebnisse der gerichtlichen Praxis (152, 153). Dieser Vorrang der Praxis von einander unabhängiger Gerichte führt aber dazu, daß sich in Frankreich und Deutschland, trotz prinzipieller Einheit des *ius commune*, auf der Grundlage verschiedener bei der Argumentation verwendeter *leges des Corpus iuris* verschiedene Lösungen entwickeln. Gleich beim nächsten Entwicklungsschritt zeigt sich aber wieder die trotzdem fortbestehende Internationalität der gemeinrechtlichen Literatur. Den Schlußpunkt unter die Entwicklung der französischen Lösung setzen nämlich die Niederländer Christinaeus und Vinnius, deren Einfluß für eine Verbreitung dieser Lehre auch in Deutschland sorgt (160). Sie kann hier eine Lücke ausfüllen, die die *exceptio plus petitionis* noch nicht erfaßt hatte (165). Dadurch allerdings wird das Bild, das das deutsche Recht in dieser Frage im 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts bietet, noch bunter. Wiegand unternimmt aber nicht den Versuch einer neuen Systematisierung der verschiedenen Lösungsmöglichkeiten, der ja auch damals der Rechtswissenschaft nicht gelungen ist (171). So ergibt sich das für die eigentlich fehlende Dogmatik des *Usus modernus* typische Bild, daß ein und dasselbe Problem von vielen verschiedenen Ansatzpunkten aus angegangen werden kann, die alle gewisse Grundlagen in Quellen, Judikatur und Literatur haben.

Erst im 19. Jahrhundert bringt die « durch die historische Schule initiierte Rückbesinnung auf die römischen Quellen » etwas Neues (180). Nach Anfängen bei Gesterding und Albrecht entwickelt Bülow in seiner Schrift « Die Lehre von den Prozeßeinreden und die Prozeßvoraussetzungen » die moderne Lösung der Pluspetition, soweit der Aspekt « Einrede » betroffen ist (184). Bülow schafft in dieser Frage vollkommene logische und begriffliche Klarheit auf der Grundlage einer « entwicklungsgeschichtlichen Deduktion » ganz im Sinne der aus der historischen Schule hervorgegangenen Begriffsjurisprudenz. Ebenso wie Windscheid geht Bülow so vor, daß « eine völlig neue Konzeption, die dem begrifflich-systematischen Denken entspringt, zunächst ganz eigenständig entworfen und dann historisch legitimiert wird » (190 Note 90), wobei man jedoch anmerken muß, daß diese historische Legitimation eine Legitimation mit Hilfe der römischen Quellen ist.

Typisch « vernunftrechtliches » Denken spielt dann überraschenderweise nur eine Rolle bei der jetzt noch verbleibenden Frage der Kosten-

tragung. Vernunftrechtliches Denken wirkt sich hier so aus, daß der « wildwuchernde » Gebrauch der Kostenkompensation durch das Prinzip der Repartition (quotenmäßige Teilung nach dem Maß der Verurteilung) ersetzt wird. Diese Lösung hatte zwar schon Jacobus d'Arena aus dem allgemeinen Prinzip « victus victori condemnandus » abgeleitet (196 Note 114). Sie setzt sich aber erst jetzt durch auf der Grundlage von prinzipiellen vernunftrechtlichen Änderungen im Prozeßrecht, nämlich dem Abbau der Behandlung der Kostenfolge als Strafe (= Reduzierung subjektiver Elemente im Kostenrecht) und der Trennung von materiellem Recht und Prozeßrecht (Überwindung des aktionenrechtlichen Denkens) mit ihrer Folge der Trennung der Kostenfrage vom materiellen Recht (198).

Bei der Untersuchung der größeren Zusammenhänge der Probleme von Zuvielforderung, Mahnung und Verzug kommt Wiegand zu zu der Erkenntnis einer Kontinuität der zentralen Gesichtspunkte der Verzugslehre, die zu allen Zeiten und überall mit « sachimmanenter Folgerichtigkeit » zu ähnlichen Lösungen führen mußte (221). Das Gegenteil ist nun aber bei der *plus petitio* der Fall, wo, wie gezeigt, die Folgen der möglichen Fallgestaltungen ständigem Wechsel unterliegen. Dies ist bedingt durch die verschiedenen Entwicklungstendenzen des gemeinen Prozesses, der sich seinerseits stets gewandelt hat mit den Hauptströmungen des rechtswissenschaftlichen Denkens. Damit wirken nach der Deutung von Wiegand bei der Entwicklung der Dogmen des Privatrechts sachimmanente Folgerichtigkeit und die Hauptströmungen rechtswissenschaftlichen Denkens nebeneinander. Insbesondere zur Aufhellung dieser Hauptströmungen, die in den einzelnen Epochen der Rechtsgeschichte ein Klima schaffen, das ganz offensichtlich bestimmte Arten von Lösungen begünstigt, hat Wiegand einen wesentlichen Beitrag geleistet. Die Umstände des Entstehens solcher Strömungen einerseits und etwaige besondere Bedingungen des Wirkens dieser Strömungen am konkreten Einzelfall andererseits mußten dabei zunächst außer Betracht bleiben. Bei der Weiterarbeit an Problemen der Dogmengeschichte wird man zunächst Wiegands Ergebnisse an anderen dogmengeschichtlichen Fragen überprüfen müssen. Man wird dann zur Erkenntnis der grundlegenden Strömungen, maßgeblichen Vorstellungen und methodischen Prinzipien kommen (cfr. 198), die in den Epochen der neueren Privatrechtsgeschichte bei der Entwicklung der einzelnen Dogmen wirksam geworden sind.

KLAUS LUIG

Walter WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, trad. it. di P. L. Lucchini (Civiltà del diritto, 32), Milano, Giuffrè, 1974, pp. XIII-180.

1. La recentissima traduzione italiana del libro di Walter Wilhelm, da tempo ben noto agli specialisti, propone oggi ad un più vasto pubblico

di lettori un testo che si è già imposto efficacemente nei dibattiti e nelle polemiche degli ultimi anni sull'eredità ideologica dell'ottocento, per tanti versi ancor viva e operante nel pensiero giuridico contemporaneo.

L'interesse via via crescente per simili temi della storiografia ha prodotto anche in Italia numerosi lavori monografici, spesso di grande rilievo, ma per lo più rivolti a ricostruire singole fasi della storia del diritto pubblico, e comunque non tutti egualmente capaci di riassumere in una prospettiva unitaria l'intreccio delle dottrine e delle ideologie giuridiche con i movimenti profondi della società e della cultura. Sicché, ad oltre quindici anni dalla pubblicazione, lo studio del W. rimane tra i pochissimi contributi, che abbiano fornito un quadro d'insieme dell'intero sviluppo del pensiero giuridico tedesco dall'età della Restaurazione, fino alle svolte determinatesi negli anni ottanta dell'ottocento. A fianco ad esso, non potrebbero ricordarsi che il libro autorevole di Wieacker ⁽¹⁾; i lavori di Böckenförde, dedicati alle dottrine giuspubblicistiche ed alla storiografia costituzionale tedesca ⁽²⁾; ed il recentissimo volumetto di von Oertzen ⁽³⁾, che riproduce una dissertazione del 1953, e che si vedrebbe volentieri tradotto, per l'acutezza e la forza di penetrazione della sua indagine.

La traduzione di questo libro appare dunque particolarmente opportuna, tanto più che la limpidezza del tessuto espositivo e la chiarezza delle tesi di fondo lo raccomandano utilmente anche per l'uso didattico. Il merito, oltre che all'Editore, va riconosciuto a Pier Luigi Lucchini, scomparso ancor giovanissimo, cui si deve la versione e il frammento d'una presentazione, che rivela da solo la sua precoce maturità di studioso e la vivacità intellettuale del suo esplicito impegno politico. Una traduzione che del testo solo apparentemente « facile » del W. rende tutta l'agilità e la scioltezza e che un'ultima revisione, impedita dalla tragica fine, avrebbe anche migliorato talvolta in precisione ed accuratezza, come dimostra la precedente prova fornita con la versione di Gerber ⁽⁴⁾.

Presentando il volume, Lucchini citava opportunamente un passaggio della recensione di Böckenförde ⁽⁵⁾, che può ancora costituire l'avvio per un discorso sui molti problemi che quel libro poneva, e pone tutt'oggi, sulle interpretazioni che esso avanzava e sul dibattito che ha suscitato

⁽¹⁾ *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967², spec. pp. 348-358.

⁽²⁾ *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin, 1958; e *La storiografia costituzionale tedesca. Problematica e modelli dell'epoca* (1961), trad. it. di P. A. Schiera, Milano, 1970.

⁽³⁾ *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt am Main, 1974.

⁽⁴⁾ Si tratta delle opere *Ueber öffentliche Rechte* (1852) e *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (1880), pubblicate sotto il titolo: C.F.v. GERBER, *Diritto pubblico*, Milano, 1971, nella stessa collana « Civiltà del diritto » dell'Editore Giuffrè.

⁽⁵⁾ Pubblicata nell'« Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », 48 (1962), pp. 249-254.

fin dal suo primo apparire. Scriveva Böckenförde: « In un periodo in cui la scienza giuridica tedesca non è del tutto sicura dei propri fondamenti metodici, ben può pretendere a una particolare attenzione una ricerca, la quale si faccia compito d' esporre e d' interpretare lo sviluppo della dottrina giuridica del secolo XIX. Ché, nel far ciò, non viene soltanto trattato un dettaglio di storia della scienza del diritto, ma si rischia nel contempo la problematica, nella quale oggi noi stessi versiamo ».

Quanto largamente simili considerazioni si adattino alla situazione degli ultimi anni, non solo in Germania, ma anche in Italia, potrà riconoscere con facilità chiunque frequenti, in modo sia pur discontinuo, i dibattiti che investono sempre più radicalmente l'assetto tradizionale delle discipline giuridiche positive. Se nel 1955 Luigi Caiani poteva osservare come « uno dei sintomi ed insieme una delle conseguenze più notevoli della sensibilità e della inquietudine problematica che caratterizzano l'odierna scienza del diritto, fossero proprio costituiti dal diverso atteggiamento dimostrato attualmente da non pochi giuristi intorno al problema del metodo » ⁽⁶⁾, è diventato sempre più frequente osservare dei tentativi, da parte degli studiosi di diritto vigente, di specificare i termini della loro indagine metodologica attraverso una più attenta verifica storica, suggerita da ragioni interne alla loro stessa professione di giuristi, anzi « da un'esigenza di carattere strutturale, da un bisogno reale cioè di conoscere il passato », che viene imposto da quella « crisi di identità, che in epoca recente ha colpito i giuristi contemporanei, ne siano o no consapevoli al livello soggettivo » ⁽⁷⁾. Sicché si rischia persino di citare un po' a caso, se tra numerose testimonianze si ricordano gli inviti di quei privatisti, che richiedono un nuovo « colloquio con gli storici », nella convinzione che « la diagnosi della crisi e [...] la necessità di una fondazione storiografica del metodo (ossia di legare le decisioni del presente alla lucida coscienza del passato) sono state avvertite piuttosto da filosofi e da storici professionali che da giuristi positivi » ⁽⁸⁾.

A questo colloquio ed a questo confronto, che alcuni storici del diritto, in Italia forse più che altrove, hanno sollecitato e proposto, ha contribuito sicuramente il libro di W., e potrà di certo più ampiamente giovare nella sua nuova versione italiana ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955, p. 130.

⁽⁷⁾ Cfr. U. ROMAGNOLI, *Lavoratori e sindacato tra vecchio e nuovo diritto*, Bologna, 1973, p. 6.

⁽⁸⁾ Cfr. N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1974, p. 163 e p. 160. Ma la ricerca più accorta e più complessa sul piano teorico è sicuramente quella di P. BARCELLONA, del quale v. soprattutto *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973; e, insieme con G. COTTURRI, *Stato e giuristi tra crisi e riforma*, Bari, 1974.

⁽⁹⁾ Oltre alla *Pagina introduttiva*, con cui P. GROSSI presentava il primo numero dei « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno » (1972), pp. 1 ss., v. anche i saggi di B. PARADISI, che risalgono fino al 1950 e sono attualmente raccolti in *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973. Un'attenzione par-

Tuttavia, se si vuole fissare con maggior precisione la sua presenza nei dibattiti ancora aperti, occorre individuarne il nocciolo vivo, al di là delle singole tesi, che potranno essere rivisitate o discusse — ed in parte lo sono state —, e che consiste, a mio avviso, nella capacità di configurare un livello *teorico*, all'altezza del quale la storia delle dottrine giuridiche dell'ottocento può essere misurata. Questo piano — o questo approccio della ricerca — è determinato dall'impiego sistematico del concetto di ideologia, intorno al quale rifluiscono le singole osservazioni e la prospettiva medesima dell'indagine.

Del resto, questo punto fu segnalato dagli stessi recensori del libro, sebbene con atteggiamenti che denunciavano un'incomprensione, frutto piuttosto del clima politico e culturale complessivo della Germania alle soglie degli anni sessanta, che di un argomentato dissenso dei singoli.

2. Nel suo libro l'a. tracciava una storia della metodologia giuridica tedesca del secolo XIX, come storia dell'emergere e del consolidarsi del formalismo giuridico ⁽¹⁰⁾, mirando a porre in primo luogo in rilievo i postulati ideologici, o gli elementi di ideologia, impliciti nella scienza giuridica, e particolarmente nelle sue forme sistematiche moderne. In questo aspetto, più ancora che nel rigore e nell'esattezza del ricorso alle fonti ⁽¹¹⁾, consisteva la novità della ricerca, in confronto con le classiche pagine, ad esempio di un Landsberg. Le origini del formalismo venivano colte nell'ambito stesso di quella Scuola storica, cui è dedicata una larga parte del libro, e nel pensiero di Savigny, il cui contributo essenziale viene ancor oggi diffusamente riconosciuto nella fondazione d'una considerazione storicistica del diritto.

Tra i risultati storiografici di maggior rilievo del lavoro del W., mi pare sia certo da porre l'individuazione d'una continuità profonda, da Savigny alla Pandettistica, al positivismo giuridico dei pubblicisti, che si fondava su ragioni interne allo sviluppo delle dottrine giuridiche e si riannodava lungo l'asse d'una determinazione della scienza giuridica come lettura complessiva ed esauriente della realtà sociale, come mediatrice esclusiva dei suoi conflitti, e quindi ad un tempo come ideologia. In questo senso, W. apriva di fatto la strada per una ricerca su due versanti: da un lato verso l'individuazione del piano epistemologico su cui si svolgeva il processo attraverso il quale la giurisprudenza otto-

ticolare meritano anche i « Materiali per una storia della cultura giuridica », pubblicati annualmente dal 1971 a cura di G. Tarello.

⁽¹⁰⁾ In questa chiave leggeva il libro di W. già il suo primo entusiasta commentatore italiano, che l'utilizzava in un saggio, con puntualità persino troppo letterale: cfr. M. PORZIO, *Le origini del formalismo giuridico*, in « Boll. della Bibl. Giur. dell'Univ. di Napoli », 7 (1961), pp. 254-310.

⁽¹¹⁾ Segnalavano questo merito sia E. W. BÖCKENFÖRDE, *rec. cit.*, p. 250 e p. 254; sia G. E. LANGEMEIJER, nella sua recensione, in « Tijdschr. v. Rechtsgesch. », 18 (1960), p. 113.

centesca costruiva il proprio oggetto; dall'altro verso la definizione della « lettura » giuridica ottocentesca della società come momento « totalmente » ideologico, che travalica quindi la dimensione soggettiva della volontà esplicita o dell'« interesse mascherato », per scoprire la complessiva funzionalità sociale, ossia la necessità obiettiva che quel processo portava con sé, in quanto capace di soddisfare, nell'ambito di una logica unitaria di definizione ed articolazione dello Stato, esigenze diverse ed apparentemente contraddittorie ⁽¹²⁾.

Per quanto riguarda Savigny, W. coglieva la tendenza unitaria del suo programma scientifico, pur muovendo dal riconoscimento d'una « dualistische Methodik » nel suo pensiero, che del resto sembra testimoniata da vari testi savignyani, ed alla quale comunque si riferiscono le interpretazioni più diffuse, specie in Italia, dove contano alla loro origine la lettura autorevole di Gioele Solari.

Per parte mia, credo che occorra andare al di là della constatazione d'un contrasto tra le enunciazioni di principio e la pratica scientifica effettiva, per muovere decisamente verso l'individuazione di quel filo rosso che percorre le opere di Savigny e permette di spiegarne anche le apparenti contraddizioni. Esso consiste nella sostanziale coerenza d'una proposta teorica, incentrata sull'idea di sistema; nella compattezza della sua struttura logica, a partire dalla quale soltanto possiamo comprendere storicamente le ambiguità e le oscillazioni, che non erano solo di un uomo, ma appartenevano ad un ambiente e, a monte di esso, ad una classe.

Su questa strada, W. muoveva già i primi passi decisivi, che ho cercato di ripercorrere e di spingere oltre in un recente intervento ⁽¹³⁾, che spero possa riuscire filologicamente e teoricamente persuasivo. Egli infatti sottolineava come il razionalismo giusnaturalistico, contro il quale sia Hugo che Savigny avevano combattuto, ricomparisse nell'esigenza sistematica, che l'inclinazione alla storia non riuscì mai a subordinare a sé. Per questi motivi, la Scuola storica « non tradusse in pratica il principio storico-evolutivo, ma fornì storie frammentarie, distaccate dal terreno del presente » (p. 38). Lo stesso Savigny non riuscì a formulare un metodo di studio che gli consentisse di realizzare il programma storiografico enunciato: anche la sua maggiore opera storica, la *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, « non offrì alcuna storia giuridica nel senso stretto della scuola » (p. 31), né esaurì l'aspirazione « verso una storia dello sviluppo dei singoli istituti e dottrine giuridiche »

⁽¹²⁾ Ha richiamato da ult. l'attenzione sull'opportunità di una simile impostazione, nell'affrontare lo studio delle dottrine giuridiche ottocentesche, M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in « Riv. trimestrale di dir. pubblico », 1970, spec. pp. 729 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, estr. (1974) da *Studi in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano, Giuffrè; pubblicato anche per uso degli studenti, con un'Appendice di testi ed in una forma litografata non priva di mende, presso l'Editore Liguori, Napoli, 1974.

(p. 30). Tra la visione storica del diritto, inteso quale risultato di uno sviluppo «organico» delle forze spirituali d'una nazione, e la concezione sistematica, che intendeva spiegare il diritto al di fuori d'ogni condizionamento, come una tecnica risolvibile tutta nelle sue regole, Savigny venne inclinando di fatto verso una considerazione puramente «concettuale» della scienza giuridica, volta a ricondurre il diritto positivo ad un astratto sistema di norme obiettive, dedotte mediante un calcolo logico da concetti o «istituti» considerati al di fuori d'ogni funzione storico-sociale. Lo stesso diritto antico veniva staccato dall'insieme della realtà storica che l'aveva prodotto, mentre il diritto positivo si configurava come un complesso di figure tipiche, poste al di sopra d'ogni relazione concreta. Si giungeva così a stabilire un rapporto causale tra il concetto giuridico e le singole realtà normative, e l'apologia della storia si risolveva in un'apologia della giurisprudenza e del diritto positivo⁽¹⁴⁾, in cui traspariva con evidenza una vocazione quietistica e legittimistica.

Se nel discorso di W. v'è dunque una traccia precisa di quelle interpretazioni che riconoscono nel pensiero di Savigny una polarità irrisolta tra «storia» e «sistema», occorre anche dire che vi è colta con esattezza l'ambiguità e la debolezza teorica di quei termini, come «Volksgeist» (p. 36), cui veniva affidato il compito preminente di farsi carico d'una riduzione del diritto alla storia. A partire da simili considerazioni, credo ci si possa facilmente avviare alla conclusione che la vocazione al sistema non fosse in Savigny estranea ed opposta alle sottolineature storicistiche, presenti particolarmente in un'opera come il *Beruf*, ma si ponesse al contrario come una connotazione del tutto omogenea e correlativa all'organicismo cui si riduceva la storia; nascesse al suo interno come necessità intrinseca d'un idealismo che appare tra l'altro tanto più reazionario se confrontato con la visione dialettica propria dell'hegelismo. Si tratta di un punto non secondario, perché se si valuta appieno questa profonda coerenza dell'organicismo con il concettualismo sistematico e formalistico, appariranno assai più retoriche e di maniera certe professioni di storicismo «volksgeistlich», sicuramente presenti nell'opera savignyana. Appariranno inoltre assai meno impreviste le convergenze del formalismo col naturalismo della fine del secolo, se si osserverà come in esso riaffiorino ancora una volta precisi motivi dello spiritualismo e del vitalismo organicistico⁽¹⁵⁾.

Con Puchta, comunque, s'accentuano le tendenze formalistiche del pensiero di Savigny, attraverso l'esplicita affermazione del valore produttivo della scienza giuridica: i giuristi, «rappresentanti naturali del popolo e depositari della coscienza giuridica nazionale», foggiano il

⁽¹⁴⁾ Ha insistito sul punto A. SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in «Democrazia e diritto», 1973, fasc. 2, pp. 65-86.

⁽¹⁵⁾ Cfr. *Presentazione*, p. VIII, nt. 11. V. anche N. BOBBIO, *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Bari, 1969, p. 18.

diritto attraverso l'elaborazione sistematica, deduttiva, che è l'unica fonte « scientifica » di produzione del diritto. A differenza del diritto consuetudinario o legislativo, il diritto scientifico si presentava per Puchta come il solo dotato d'intrinseca autorità, come il solo capace di ritrovare al suo interno un criterio di verità. La validità delle norme e dell'intero ordinamento si affidava dunque alla natura sistematica del « concetto »; la giustizia si risolveva nella validità formale di una necessità puramente logica; il diritto stesso si esauriva nel sistema ed il suo perfezionamento nel puro sviluppo dei concetti. Le formulazioni scientifiche divenivano « essenze reali ».

A questo punto era ormai consumato il passaggio da uno storicismo giuridico, per quanto debole e contraddittorio, a quella « Begriffsjurisprudenz », di cui Jhering e Gerber rappresentano il momento culminante.

3. Gerber intendeva sollevare il diritto privato tedesco al livello di elaborazione dogmatica del diritto romano, convinto della superiorità di quest'ultimo, in quanto insieme di norme astratte e non semplice disciplina di situazioni concrete. « Che il diritto fosse essenzialmente sanzione di rapporti economico-politici e che in generale esso si rapportasse alle condizioni ' materiali ' della società come forma a contenuto, era considerato proprietà assolutamente anomala del diritto tedesco medioevale » (p. 104). Il diritto infatti non rappresentava per Gerber il riconoscimento formale dei rapporti di fatto. Al contrario, si era a poco a poco costruito un'indipendenza da essi, sicché al termine di questo processo di obiettivizzazione i fatti stessi si presentavano come espressione del diritto. La vera base dei rapporti giuridici andava dunque ricercata nelle formulazioni concettuali, anziché nelle situazioni storico-sociali, ed il diritto assumeva una natura autonoma ed una vita indipendente e ' separata ', mentre la frattura avvenuta tra la sfera giuridica e le strutture materiali veniva presentata come una conquista realizzata al termine di un lungo processo evolutivo. Diritto e storia imboccavano strade divergenti e per il giurista appariva quale compito preminente l'elaborazione esclusivamente logico-formale del primo.

Questa tendenza ad una nozione specifica di sistematica fu rafforzata da Jhering, in connessione anche con quella parificazione tra i fenomeni naturali e le espressioni della cultura, che il naturalismo positivistico perseguiva negli stessi anni, e che comunque intendeva generalizzare. Jhering mirava appunto ad attribuire alla giurisprudenza una dignità scientifica pari a quella delle scienze naturali, trasformandola in una disciplina rigorosamente fissata entro criteri di esatta dimostrabilità.

Per questa strada, il graduale distacco della scienza giuridica dalle sue radici storiche e sociali diveniva definitivo e si fissava la distinzione tra una forma inferiore ed una superiore della giurisprudenza, in cui il diritto positivo, con le sue impure contaminazioni storiche ed i compro-

messi con i semplici dati della realtà normativa, veniva relegato tra le attività non scientifiche e puramente interpretative o applicative, cioè meramente ricognitive del giurista. I « corpi giuridici », cioè quei complessi di norme viste nella loro « qualità » imperativa che sono gli istituti, vere « individualità logiche » ed « essenze giuridiche », divenivano invece l'oggetto proprio di un'« arte che dà forma artistica alla materia », di una « scienza che, malgrado quanto v'è di positivo nel suo oggetto, si può chiamare scienza naturale del mondo spirituale ».

In tal modo la « naturhistorische Wissenschaft » di Jhering riusciva a liberare radicalmente la giurisprudenza da ogni elemento di carattere pratico, o comunque storico e mutevole, assegnandole un'esistenza formale ed indipendente da qualsiasi condizionamento o funzione. Nello stesso tempo ne riaffermava in modo ancor più deciso la « produttività ». Nella trasformazione del materiale giuridico in « corpo giuridico », infatti, essa giungeva a creare realtà totalmente nuove, nuove norme e nuovi concetti: il sistema diveniva fonte inesauribile di un materiale autonomo, offrendo al giurista la possibilità di « precedere con le sue risposte la prassi ». Scrive W.: « Sotto l'aspetto di tale immanente forza di sviluppo del diritto, la storia doveva necessariamente retrocedere ed accontentarsi della modesta funzione di offrire al diritto, logicamente onnipresente, le occasioni per venire alla luce. La storia del diritto era, ora, soltanto svolgimento del sistema » (p. 127). La separazione del diritto dalle strutture politico-sociali, avviata da Puchta, si risolveva quindi con Gerber e Jhering in una contrapposizione metodica di diritto e storia.

4. Con i tentativi di Gerber e Laband di trasferire tale impostazione nell'ambito del diritto pubblico siamo al momento in cui più scoperte si fanno le implicazioni politiche e ideologiche della *Begriffsjurisprudenz*. Ed è a questo punto che l'analisi del W. rivela alcune delle sue più felici interpretazioni, al di là degli irrigidimenti impliciti in ogni tentativo rigoroso di scomporre dei nuclei concettuali.

Egli osserva infatti come la riduzione del diritto ai suoi aspetti logico-formali fosse chiara espressione di un atteggiamento politico di natura conservatrice, di cui peraltro erano spesso ben consapevoli gli stessi autori. Sotto le apparenze di un dissenso scientifico, ad esempio nella polemica sul diritto germanico ed il diritto romano, come in quella sul fedecommesso, si celavano precisi schieramenti politico-ideologici. « Un particolare conservatorismo veniva qui in luce, che [...] non era affatto puramente scientifico. Un diritto antiquato, essenzialmente staccato dal progresso compiuto dalla società ed il cui contenuto non era più salvabile, doveva essere conservato come pura forma, nella speranza che anche sotto mutati rapporti sociali finisse per trovare un nuovo contenuto » (p. 114).

La scelta a favore di una trattazione apolitica del diritto statuale — scrive ancora W. — « significava di per se stessa una scelta politica »

(p. 161). La conclusione del W. è perciò esplicita: « La funzione giuridico-politica del metodo 'giuridico' dopo il 1870 consistette specialmente nel legittimare i nuovi rapporti di diritto pubblico dell'Impero e nell'assicurarne la stabilità, escludendo qualsiasi critica di natura politica » (p. 177).

Attraverso la formalizzazione del fenomeno giuridico, insomma, passava il piano, non sempre inconsapevole né soltanto oggettivo, di sottrarre gli istituti e l'ordinamento (sullo sfondo l'intero ordine politico) ad ogni critica di fini o di funzioni. Il conflitto degli interessi materiali, esistente nella società, veniva ridotto ad un contrasto di grandezze formali e si esauriva in un problema di carattere logico.

5. Il profilo che qui si è sommariamente e liberamente riassunto costituisce di certo una lettura « determinata » dello sviluppo delle metodologie giuridiche nel corso del secolo XIX. Ma che questa conversione del pensiero giuridico ottocentesco nei termini di « un problema di critica ideologica » sia un modo parziale di fare storia, o addirittura di sovrapporvi dei « preconcezioni », non credo sia oggi un appunto che possa così facilmente venir ripetuto. Non solo perché i risultati concreti di quell'indagine « si tendono a generalmente accettare nella sostanza » — come ha osservato Lucchini —, ma soprattutto perché proprio un simile approccio costituisce il motivo di maggior vitalità della ricerca ed il miglior contributo che uno storico del diritto possa offrire, in un momento in cui si presenta in primo piano il problema di un esaurimento delle possibilità di mediazione fornite dalle tecniche giuridiche tradizionali ai conflitti reali, politici e sociali, ed in cui le trasformazioni indotte dallo sviluppo interno del sistema capitalistico e dall'irrompere del movimento operaio organizzato sul terreno stesso delle istituzioni hanno reso in gran parte inutilizzabile un pensiero giuridico costruito sulla rappresentazione *totalmente* ideologica di un sereno universo di competitività ben regolate.

I limiti del lavoro di W. sono piuttosto da cercare altrove. Se Böckenförde rimproverava all'a. l'echeggiamento d'un « marxismo volgare », muovendo forse a sua volta da un intransigente sociologismo cattolico, che gli era più congeniale in quegli anni, è pur vero che l'uso del concetto di ideologia si poneva a monte di quel dibattito che, riallacciandosi a certi testi troppo presto dimenticati, incominciava allora a dominare il marxismo teorico occidentale, soprattutto italiano e francese. Deriva da ciò l'analisi a volte sfocata di alcuni nodi centrali della storia che W. ripercorreva: ad esempio tutto il discorso su Puchta sarebbe da approfondire, e mentre su Gerber il dibattito storiografico successivo si è accresciuto e allargato ⁽¹⁶⁾, su Jhering invece molto resta ancora da fare ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. da ult. M. NIGRO, *Il « segreto » di Gerber*, in « Quad. fiorentini per la storia del pensiero giur. moderno », 2 (1973), pp. 293-333.

⁽¹⁷⁾ V. intanto i saggi raccolti nel vol. collettaneo *Jhering's Erbe*, Göttingen, 1970; e gli studi che viene conducendo in Italia M. G. LOSANO, del quale cfr. per tutti l'*Introduzione a Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, pp. VII-CI.

Si tratta dunque di prospettive critiche rese in gran parte possibili soprattutto dall'impetuoso sviluppo storiografico degli ultimi anni, che ha affrontato in termini nuovi l'indagine sul *Vormärz* ⁽¹⁸⁾ e la *Paulskirche* ⁽¹⁹⁾, su Bismarck e la fondazione del *Reich* ⁽²⁰⁾ e sull'età dell'imperialismo in Germania ⁽²¹⁾, con una spiccata attenzione per la storia dei partiti politici, delle ideologie, delle scienze sociali ⁽²²⁾. Una storiografia che è tra i frutti migliori degli studi storici in Germania, e nella quale i giuristi potrebbero facilmente trovare più d'una indicazione e d'un insegnamento.

In questo senso, le critiche più calzanti al libro di W. restano quelle di von Oertzen, che poneva in rilievo le ambiguità e le ambivalenze del positivismo giuridico ottocentesco, attraverso un'analisi più ravvicinata delle correnti e della composizione interna del liberalismo tedesco dell'ottocento ⁽²³⁾. Assai dubbio invece è che W. si sia limitato a documentare, come voleva il recensore olandese, la prevedibile constatazione « che nel diciannovesimo secolo in Germania le teste più importanti fossero state in misura di gran lunga preponderante dalla parte dei conservatori » ⁽²⁴⁾. Al contrario, credo non si possa negare come l'indagine condotta dal W., con la sua capacità di cogliere le oggettive valenze ideologiche di una pratica scientifica, conducesse piuttosto a scoprire, in un modo assai meglio determinato, le discriminanti precise che dividevano, in quello stesso periodo di tempo, certi giuristi da altre « Köpfe » tedesche, di grandezza non certo minore.

ALDO MAZZACANE

⁽¹⁸⁾ Dell'ampia bibliografia si ricordano qui soltanto gli importanti saggi raccolti nel vol. collettaneo *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848*, hg. v. W. Conze, Stuttgart, 1962; e H. ROSENBERG, *Politische Denkströmungen im deutschen Vormärz*, Göttingen, 1972.

⁽¹⁹⁾ V. soprattutto W. HOCK, *Liberale Denken im Zeitalter der Paulskirche*, Münster Westf., 1957. Ulteriore bibl. nell'antologia di H. SCHOLLER, *Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche. Eine Dokumentation*, Darmstadt, 1973.

⁽²⁰⁾ Cfr. per tutti H. BÖHME, *L'ascesa della Germania a grande potenza* (1966), trad. it. di L. Emery, Milano-Napoli, 1970; H. U. WEHLER, *Bismarck und der Imperialismus*, Köln-Berlin, 1969; e l'antologia *Probleme der Reichsgründungszeit 1848-1879*, hg. v. H. Böhme, Köln-Berlin, 1972. Molto utile anche la rassegna di K. W. HARDACH, *Some Remarks on German Economic Historiography and its Understanding of the Industrial Revolution in Germany*, in « The Journ. of European Economic History », 1972, pp. 37-99.

⁽²¹⁾ Ha condotto un'accurata rassegna di questi studi, importante per acutezza e penetrazione critica, I. CERVELLI, *Stato nazionale ed imperialismo in Germania*, estr. da « Studi storici », 16 (1975).

⁽²²⁾ V. in partic. le classiche pagine di Th. SCHIEDER, *Staat und Gesellschaft im Wandel unserer Zeit*, München, 1958; e E. PANKOKE, *Soziale Bewegung - Soziale Frage - Soziale Politik. Grundfragen der deutschen « Socialwissenschaft » im 19. Jahrhundert*, Stuttgart, 1970.

⁽²³⁾ *Die Bedeutung C. F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend*, Berlin, 1962, pp. 183-207. V. anche le osservazioni di M. NIGRO, nell'art. cit. *Il « segreto » di Gerber*.

⁽²⁴⁾ Cfr. G. E. LANGEMEIJER, *rec. cit.*, p. 114.

A PROPOSITO DI ...

MASSIMO BRUTTI

ALCUNI USI DEL CONCETTO DI STRUTTURA NELLA CONOSCENZA GIURIDICA

(A proposito di André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*)

1. Di solito le indagini sugli impieghi del concetto di struttura nell'etnologia o nell'antropologia, ed in genere nelle così dette scienze umane, distinguono un significato tradizionale del termine, legato a visioni organicistiche, da uno nuovo, che rinvia al campo teorico dello strutturalismo. La prima accezione sembra derivare da una particolare forza espansiva del linguaggio biologico. Nella seconda il termine struttura non designa più un'anatomia identificabile nella realtà, ma piuttosto un quadro astratto di riferimento.

Non è raro che il linguaggio giuridico si serva di questo vocabolo, nel senso tradizionale, per la descrizione di istituti vigenti e la messa a fuoco di oggetti storici. Appare chiaro, inoltre, che il ricorso all'idea di struttura, come a talune metafore biologiche, precede nella cultura giuridica la fortuna e la diffusione del positivismo.

Vi sono quindi contesti storicamente lontani nel cui ambito il termine struttura è spia semantica di teorie volte all'unificazione ed alla sistemazione del diritto.

L'uso dei metodi strutturalistici entro la conoscenza giuridica, auspicato e sperimentato negli ultimi anni, implica naturalmente una rottura con l'organicismo ed una critica del concetto tradizionale di sistema ⁽¹⁾. Ma ogni innovazione di metodo deve misurarsi in rapporto

⁽¹⁾ Per una rassegna degli scritti recenti sull'uso dei metodi strutturalistici nello studio e nell'analisi critica del diritto, cfr. M. G. LOSANO, *Strutturalismo e scienza giuridica contemporanea* (appendice), in R. BOUDON, *Strutturalismo e scienze umane* (1968), tr. it., Torino 1970, p. 181 ss. Vedi anche, uscito successivamente allo scritto di Losano, A.-J. ARNAUD, *Nouvelles du structuralisme*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 15, 1970, p. 466 ss. Sulle prospettive e sul lavoro di Arnaud ci soffermeremo a lungo più avanti. Le conclusioni cui giunge Losano sono ispirate ad estrema cautela. Egli teme che l'applicazione dello strutturalismo al diritto imponga un'arbitraria semplificazione di questo. L'idea di una realtà giuridica ordinata e la convinzione che il giurista debba scoprire o costruire il sistema del diritto sono alla base, come emerge dalla rassegna di

ai fini conoscitivi che con essa si vogliono raggiungere. Vi è perciò una domanda che bisogna subito proporre. Quale funzione possono svolgere le forme teoriche dello strutturalismo, nate da specifici campi di ricerca come l'etnologia e la linguistica, rispetto alla conoscenza giuridica, che è estranea ad esse e non ha affatto contribuito al loro sviluppo?

In realtà il giurista si avvicina allo strutturalismo come ad un complesso di metodi *sovradisciplinari*, risultanti da studi e riflessioni di cui egli non può controllare del tutto l'itinerario e la logica interna. Il rischio è perciò che questi schemi cadano dall'alto sul suo lavoro di ricerca ed offrano soluzioni di ordine speculativo all'analisi degli istituti giuridici, proprio mentre la dottrina e la storiografia contemporanee cercano di superare il concettualismo della tradizione (il primato del sistema), per cogliere la realtà non coerente né unitaria, e quindi l'eteronomia, delle forme giuridiche.

Per sollecitare il dibattito su questi temi e perché anche la conoscenza giuridica definisca al proprio interno le condizioni vecchie e nuove di impiego del concetto di struttura, mi sembra utile una rassegna dei materiali da cui tale problematica prende spunto.

Sono anzitutto da vedere gli usi organicistici della nozione, ancora non superati nel nostro pensiero giuridico. In secondo luogo è necessaria un'attenta analisi delle componenti filosofiche, talvolta celate, che concorrono all'attuale fortuna dell'idea di struttura. Il significato nuovo assunto dal termine riflette esperienze culturali che vanno ricollegate al loro tempo e ai loro motivi ispiratori; solo dopo una simile operazione ci si potrà domandare quali suggerimenti forniscano per lo studio del diritto.

Dalle considerazioni e dai problemi finora accennati nascono queste pagine. Esse dapprima ripercorrono alcuni orientamenti d'impronta tradizionale (struttura = sistema). Segue un tentativo di lettura unitaria del pensiero di Claude Lévi-Strauss, con particolare attenzione per gli spunti di teoria giuridica che se ne possono ricavare. Viene infine esaminata l'utilizzazione del metodo strutturalistico in un recente saggio sul codice civile francese. Si tratta di un lavoro presentato ed accolto come esempio di un nuovo stile ⁽²⁾. È mio proposito qui valu-

Losano, di numerosi impieghi del termine struttura. È questo un esempio della «ingenua credenza secondo cui esisterebbero nella realtà strutture più o meno facilmente reperibili ed identificabili» (BOUDON, *op. cit.*, p. 65; ma cfr. anche p. 130, nt. 1, circa la differenza di significato tra i due aggettivi *structural* e *structurel*, su cui v. *infra*, nt. 16).

⁽²⁾ A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris 1973. Si vedano la *préface* di M. VILLEY (*ibid.*, pp. i-v) e la *postface* di G. MOUNIN (*ibid.*, pp. 171-182); accanto a queste le recensioni: J. LACROIX, *Code civil et analyse structurale*, in *Le Monde*, 3-4 juin 1973, p. 15; M. SBRICCOLI, *Strutturalismo e storia del diritto privato. La regola del gioco nel gioco delle regole*, in *Politica del diritto*, 4, 1973, p. 551 ss.; G. TARELLO, 'Code civil' e regola del gioco borghese, in *Sociologia del diritto*, 1, 1974, p. 143 ss.

tare separatamente le scelte teoriche generali e i contributi più specifici che riguardano l'oggetto storico prescelto.

Non credo sia opportuno tentare conclusioni definitive; queste pagine avranno raggiunto il risultato che l'autore si prefigge se contribuiranno a storicizzare alcuni impieghi del termine struttura ed alcune idee relativamente nuove, che il giurista (o lo storico del diritto) non può ignorare per le esigenze che esprimono, né può accettare ad occhi chiusi, perché non sono neutre, ma implicano scelte generali in tema di concezione del diritto.

2. Il termine *structure* ci appare usato con riferimento a regole giuridiche in una pagina di Jean Domat il cui interesse non è solo archeologico ⁽³⁾. Mi sembra infatti che vi sia delineato uno dei significati moderni più frequenti del termine, come denominatore di un complesso di modalità, individuato in base al suo rapporto con un fine. Si tratta di un testo significativo, nel quale il concetto di struttura, pur indicando un insieme fenomenico e non un simulacro, sottintende un procedimento di qualificazione: la scoperta di un ordine nella serie di dati empirici su cui si compie l'attività conoscitiva. Le modalità che si considerano strutturate vengono pensate unitariamente nella misura in cui sono in relazione oggettiva (ontologicamente predisposta) con un fine.

Dobbiamo rifarci al punto di avvio dal quale muove l'esposizione sistematica del giurista francese: il concetto di legge come regola della condotta umana ed insieme l'idea di un ordine della legge strettamente connesso all'ordine dell'azione. Se le leggi dell'uomo non sono che le regole della sua condotta e se questa non è che il perseguimento di un fine da parte dell'uomo, conoscere il fine, il perché dell'azione, come dato determinante entro il complesso delle sue modalità, significa scoprire a che cosa si rapporti la struttura, quindi fondare la struttura medesima come pensabile. « Connaitre la fin d'une chose — spiega Domat — c'est simplement savoir pourquoi elle est faite; et on connaît pourquoi une chose est faite si, voyant comme elle est faite, on découvre à quoi la structure peut se rapporter, parce qu'il est certain que Dieu a proportionné la nature de chaque chose à la fin pour laquelle il l'a destinée » ⁽⁴⁾.

Il concetto di fine non solo rende possibile il processo conoscitivo col quale si scorge la struttura del comportamento regolato, ma offre insieme una giustificazione etica alla legge regolatrice. Non è un caso

⁽³⁾ Essa è proprio all'inizio dell'opera di J. DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel* (Paris 1689-1694). Sulla composizione e le edizioni di questa vedi ora G. TARELLO, *Sistemazione e ideologia nelle 'Loix civiles' di Jean Domat*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1972, p. 127 ss., spec. pp. 127-129 e nt. 1. Per il passo che ci interessa v. comunque *Traité des lois*, ch. I, 3.

⁽⁴⁾ *Loc. ult. cit.*, in *Oeuvres complètes de J. DOMAT*, ediz. curata da J. Remy, I, Paris 1835, p. 3.

che al rapporto struttura-fine Domat faccia seguire una trattazione intorno al fine degno dell'uomo, o — con altre parole — intorno al sommo bene. Perciò, a partire dalla centralità del problema etico (definizione e gerarchia dei fini) entro la scienza giuridica, si ritrova facilmente un nesso fra la struttura dell'azione (« proporzionata » da Dio al suo scopo) e la « construction de l'homme, formé pour connaître et pour aimer Dieu ».

Ma questa dottrina etica non ricava dalla trascendenza solo la legittimazione a ordinare per un verso piuttosto che per altri la gerarchia dei fini. Dal richiamo alla divinità come sommo bene scaturisce un'idea della natura umana che diventa il fondamento del diritto e dalla cui definizione si fanno scaturire i concetti-base per una teoria complessiva della società e delle sue norme.

Si fissano così due principi immediatamente ricavati dal rapporto struttura-fine, che appaiono confitti nello spirito e nel cuore dell'uomo: la ricerca e l'amore del sommo bene; l'unione e la collaborazione tra i membri della società. Attorno a questi si dispone il sistema: « l'enchaînement qui lie toutes les lois à ces deux premières » ⁽⁵⁾.

La presenza determinante della divinità entro la convivenza terrena e l'idea che ne deriva di un mutuo amore tra i consociati come fonte degli impegni che reciprocamente li legano non devono far dimenticare il nucleo del discorso, che è la scoperta di una base ontologica (natura dell'uomo, volontà di Dio) del diritto privato in via di unificazione e dei suoi istituti particolari ⁽⁶⁾. Anche l'organicismo dell'ottocento, nonostante il mutamento del contesto storico e delle forme del diritto, immaginerà un ordine ontologico (della società, dei rapporti) sottostante al sistema giuridico.

In sintesi si coglie nella teoria di Domat la tendenza a far convergere, fino ad identificarle, l'individuazione della struttura dei comportamenti umani e dello stesso essere umano, simile a Dio, con la identificazione (che contiene in sé un giudizio comparativo) dei fini

⁽⁵⁾ *Traité des lois*, ch. I, 8 (ed. Remy, I, p. 5).

⁽⁶⁾ *Traité des lois*, ch. II, 1-2 (ed. Remy, I, p. 7): « Ainsi, dans l'homme, on voit que Dieu l'a formé, par un lien inconcevable, de l'esprit et de la matière, et qu'il l'a composé, par l'union d'une âme et d'un corps, pour faire de ce corps uni à l'esprit, et de cette structure divine (corsivo mio) des sens et des membres, l'instrument de deux usages essentiels à la société. Le premier de ces deux usages est celui de lier les esprits et les cœurs des hommes entre eux, ce qui se fait par une suite naturelle de l'union de l'âme et du corps; car c'est par l'usage des sens unis à l'esprit, et par les impressions de l'esprit sur les sens et des sens sur l'esprit que les hommes se communiquent les uns aux autres leurs pensées et leurs sentimens... Le second usage du corps est celui d'appliquer les hommes à tous les différens travaux que Dieu a rendus nécessaires pour tous leurs besoins; car c'est pour le travail que Dieu nous a donné des sens et des membres... ». A questi due usi corrispondono da un lato il diritto matrimoniale e familiare (ch. III), dall'altro il complesso di *engagemens* che rendono possibile il soddisfacimento dei bisogni (ch. IV e ch. V).

degni. Questi sono, trasfigurati, i fini del diritto privato e della borghesia in ascesa (7).

L'impostazione del giurista francese anticipa uno schema euristico che avrà fortuna nella cultura della seconda metà dell'ottocento. Su di esso si svilupperanno — specie per l'influsso del positivismo — nuove prospettive di ricerca nelle scienze sociali e storiche. Intendo riferirmi alla coppia concettuale struttura-funzione, costituita da due termini dei quali si postula sempre la corrispondenza, al di là di apparenti contraddizioni e sfasature. La storia o l'evoluzione dell'oggetto strutturato è data dai mutamenti di funzione (o di funzioni) che esso attraversa ed è conoscibile mediante l'analisi dei residui strutturali.

Nel *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* di Lalande (8), che tenta, com'è noto, una riduzione del linguaggio filosofico all'omogeneità entro il quadro del positivismo (9), il termine *structure* è definito anzitutto in opposizione a *fonction*: « Disposizione delle *parti* che formano un tutto, in opposizione alle loro *funzioni* » (10).

La dicotomia isola in realtà i due elementi di una correlazione; essi ci appaiono strettamente solidali, se considerati dal punto di vista del concetto di « organismo », capace di abbracciarli entrambi. A proposito di tale vocabolo leggiamo nel dizionario di Lalande: « Essere vivente, considerato soprattutto in quanto composto di *parti* che possono compiere *funzioni* diverse e coordinate » (11) (in ambedue le citazioni i corsivi sono miei).

Questa terminologia, prima di estendersi con adattamenti e con diminuito rigore alle scienze sociali, si costruisce e si precisa sul terreno della conoscenza biologica. È un campo dominato, durante l'ottocento, dalla ricerca paziente di schemi classificatori e dalla ricorrente attenzione per il problema della finalità (12). Anche nel darwinismo queste istanze giocano una parte essenziale; anzi alcune considerazioni parzialmente autocritiche di Darwin nell'*Origine dell'uomo* (1871) mettono in luce l'impianto teleologico che sorregge la teoria della selezione naturale: la persuasione che ogni particolarità strutturale abbia una speciale utilità ed ogni variazione una sua importanza fisiologica (13).

Fuori dalla storia della biologia, forse sviluppando suggestioni aristoteliche, Domat aveva già teorizzato, due secoli prima, la corrispon-

(7) Cfr. G. TARELLO, *Sistemazione e ideologia*, cit., p. 156 s.

(8) Paris 1926, tr. it., Milano 1971.

(9) Si veda la prefazione di M. DAL PRA alla edizione italiana cit. *supra*, pp. IX-XIII.

(10) A. LALANDE, *op. cit.*, tr. it., p. 888; su *funzione*, cfr. p. 334 s.

(11) *Op. cit.*, tr. it., p. 598 s.

(12) Cfr. su queste prospettive d'indagine e riflessione E. CASSIRER, *Storia della filosofia moderna*. IV. *Il problema della conoscenza nei sistemi posthegeliani* (scritto nel 1940, pubblicato per la prima volta in traduzione inglese nel 1950, I ediz. it., Torino 1952), Milano 1968, p. 193 ss.; 219 ss.; 238 ss.; 252 ss., spec. pp. 262-264.

(13) Cfr. C. DARWIN, *L'origine dell'uomo*, tr. it., Roma 1971, p. 74 s.

denza tra ordine della natura e ordine degli scopi. Ma nel suo pensiero la coppia concettuale struttura-fine non tollera l'apparenza di contraddizioni storicamente indotte; non si innestano funzioni nuove su una struttura ereditata. L'analisi quindi si svolge nell'ambito di una teoria della natura umana come entità non variabile, in quanto delimitata e sorretta da un rapporto definito con Dio.

Perché allora richiamare le formulazioni di Domat e perché un passaggio così brusco all'orizzonte teorico dell'evoluzionismo e dell'organicismo, in cui non si tratta più di sistemare il diritto a ridosso dell'etica, ma piuttosto di ricostruirne gli usi concreti e le trasformazioni? Vi è a mio parere un preciso legame culturale fra queste diverse visioni degli oggetti storici come strutturati.

Esse presuppongono tutte che una legalità storicamente determinata qual è quella del diritto privato borghese (in via di formazione o già consolidato) trovi il proprio fondamento in un ordine immanente alla realtà, che sia perciò necessaria e che la volontà dell'uomo possa agire (anche incisivamente) all'interno di essa, ma non vi si possa contrapporre se non al prezzo di divenire sterile e vana.

3. André-Jean Arnaud nel suo recente *Essai d'analyse structurale du Code civil français* ha tracciato una netta distinzione tra l'immagine tradizionale di un ordine che si suppone immanente alla realtà e l'idea nuova di struttura come sintassi organizzata a partire dalla conoscenza del reale, per rendere questa significativa, cioè rapportabile alla conoscenza di una serie di reali diversi o possibili.

Vi è qui implicita una presa di distanze rispetto all'ontologismo e all'organicismo presenti, con varie combinazioni, negli usi tradizionali del concetto di struttura, da Domat fino alla fondazione positivista delle scienze sociali ed oltre.

Questa rivendicazione di autonomia, che è una condizione per includere il lavoro di Arnaud nel «campo» dello strutturalismo⁽¹⁴⁾, ha come termine di riferimento più vicino e specifico il saggio di Jean Ray, pubblicato nel 1926, «sur la structure logique du Code civil français»: un libro da cui traspaiono, come vedremo tra poco, la sensibilità ad una visione storica del fenomeno giuridico e l'esigenza di una descrizione complessiva del diritto, non ridotta alla mera esegesi dei suoi enunciati⁽¹⁵⁾. Scrive Arnaud: «Tandis que J. Ray plaçait très lucidement son oeuvre sous le signe d'une contribution à la logique de la pensée pratique et des jugements de valeur, tandis qu'il situait la structure du Code au niveau des 'coordinations implicites et d'ailleurs changeantes (de la) vie profonde, des sentiments et des conceptions cachées qui constituent le ciment véritable des dispositions

⁽¹⁴⁾ Sulla nozione di *champ structuraliste*, vedi J.-M. AUZIAS, *Clefs pour le structuralisme*, Paris 1967, p. 11 ss.

⁽¹⁵⁾ J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris 1926.

légales', renvoyant à la structure comme réalité, notre attitude sera, plutôt que structurelle, structurale, cherchant à renvoyer à la structure comme syntaxe » (16).

La prima intenzione di Ray nell'analisi del codice è superare i limiti del commento. A suo giudizio, la scuola di Saleilles e Geny, costituita da pratici che si limitano a descrivere le tecniche interpretative in uso o a proporre modelli di procedimenti per gli interpreti, lascia insoddisfatta l'esigenza di una visione e di una spiegazione del codice in sé, come documento e come « fatto » (17). Occorre invece una lettura più comprensiva, che abbracci insieme il profilo razionale del codice, come organizzazione di molteplici rapporti pensabile unitariamente, e quello storico, rappresentato dalla corrispondenza dei contenuti normativi alla società che li ha espressi.

Non vi è reale opposizione tra questi due profili: le critiche storicistiche nei riguardi delle codificazioni, come quelle rivolte in Germania da Savigny alla proposta di Thibaut, nella misura in cui presuppongono l'inconciliabilità tra una ragione ordinatrice ed una storia che non si lascia ordinare, poggiano su un falso problema. Secondo Ray la ragione ordina la tradizione dall'interno e partecipa del suo costituirsi. Perciò il codice appare « l'achèvement d'une évolution depuis longtemps commencée ». L'impianto razionale del diritto codificato, la semplificazione che risulta dalle idee di libertà ed uguaglianza, l'unificazione delle norme intorno alla figura e alla volontà del soggetto si sviluppano dalla vita stessa delle istituzioni. Per questa via lo studio logico e lo studio sociologico del codice si avvicinano fino a confondersi: « La raison n'apparaît plus comme l'ennemie de l'histoire, mais au contraire comme une donnée de l'histoire... les faits logiques sont en même temps des faits sociaux » (18).

Nella costruzione logica del codice le rappresentazioni s'intrecciano alle prescrizioni, i giudizi di realtà ai giudizi di valore (19); la forma indicativa sembra anzi dominante rispetto a quella imperativa e ciò corrisponde ad un livello alto di evoluzione del diritto, per cui le regole si aggregano e si trasformano in nozioni (20). In questa luce anche la rigidità o l'indeterminatezza del testo diventa un dato significativo. Alle qualità degli enunciati si ricollegano alcune importanti caratteristiche funzionali: l'ambito più ristretto o più ampio nel quale opera l'interpretazione; le condizioni di adattamento della norma al mutare del quadro sociale entro cui è applicata (21).

(16) A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale*, cit., p. 18 s. La distinzione tra *structurel* e *structural*, cui già si è fatto cenno (*supra*, nt. 1), rinvia ai due concetti di struttura come organizzazione e struttura come sintassi, delineati compiutamente in un articolo di J. Pouillon (v. *infra*, nt. 50).

(17) J. RAY, *op. cit.*, p. 1 s.

(18) J. RAY, *op. cit.*, pp. 3-9.

(19) *Op. cit.*, p. 11 s.

(20) *Op. cit.*, p. 44 ss.

(21) *Op. cit.*, p. 18 s.; 32 ss.

La struttura logica del codice viene indagata nelle unità proposizionali che costituiscono il dettato normativo, analizzando i rapporti enunciati, la forma complessa che le regole assumono ⁽²²⁾. Proprio in quanto si misura con la molteplicità dei rapporti e proprio perché il contenuto della normazione non può essere arbitrario, il lavoro del legislatore è pari, per riflessione ed elaborazione (per « spirito »), a quello del giurista ⁽²³⁾. Bisogna guardare perciò alla sostanza del pensiero che esso esprime. Ray intende superare la visione del codice come serie non unificata di prescrizioni, che per strade diverse è comune alla scuola dell'esegesi ed alle teorie dell'interpretazione libera. Basterà a tale scopo pensare il diritto civile ed analizzarlo come un insieme, un « sistema » non artificiale ma organico ⁽²⁴⁾.

Vi sono nell'opera di Ray alcuni richiami non casuali al pensiero della scuola storica tedesca. Lo storicismo è un valido antidoto alla *École de l'exégèse* e in genere alle tendenze « pratiche » della dottrina. Esso unifica nel concetto di tradizione regole eterogenee e pone solidamente la scienza giuridica *dentro* il processo di formazione del diritto, riducendo le operazioni del legislatore ad operazioni giurisprudenziali dotate di una particolare rilevanza, che le fa non eludibili né sovvertibili dall'interprete ⁽²⁵⁾.

La visione del diritto come insieme organico ripropone l'idea di certezza. Senza allargare troppo il campo dell'analisi, direi che questo superamento dell'orizzonte esegetico e l'emersione del binomio sistema-certezza del diritto restringano la libertà dell'interprete. Si attribuisce alla scienza giuridica la responsabilità di pensare il diritto come sistema in ogni operazione ermeneutica, dalla dichiarazione (compiuta in via deduttiva) della regola applicabile, alla costruzione dell'istituto, che serve a predeterminare gli strumenti di concettualizzazione delle fattispecie reali. Ma contemporaneamente si richiama l'interprete al rispetto di una disciplina dettata dalla tradizione e dalle ideologie dominanti, di cui l'intero ceto dei giuristi dev'essere portatore.

Tale è il quadro teorico in cui si muove il lavoro di Jean Ray. Se il distacco dalla scuola dell'esegesi, come da quella di Geny e Saleilles, può genericamente ricondursi ad una riappropriazione dei temi del pensiero giuridico tedesco anteriore alla *Freirechtsbewegung*, tuttavia, guardando da vicino questa analisi del codice civile come insieme organico, è possibile cogliere un influsso più netto e determinante del pensiero di Jhering su Ray ⁽²⁶⁾.

L'esame delle pagine del *Geist des römischen Rechts* più direttamente riflesse nell'opera del giurista francese porta in primo piano

⁽²²⁾ *Op. cit.*, p. 65 ss.; 72 ss.

⁽²³⁾ *Op. cit.*, p. 74 s.

⁽²⁴⁾ Vedi la conclusione cui giunge RAY, *op. cit.*, p. 260.

⁽²⁵⁾ Cfr. J. RAY, *op. cit.*, p. 10; 236 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. J. RAY, *op. cit.*, p. 44; 188.

un uso del concetto di *Struktur* che da un lato sembra inconsapevolmente vicino ai presupposti teorici ed ai metodi del positivismo, dall'altro appare in continuità con le tesi di Savigny e Puchta sul sistema.

Queste pagine, in cui vengono affrontati alcuni problemi cruciali per la civilistica contemporanea, meritano il massimo interesse: delineano compiutamente un'idea organicistica di struttura che durerà fino a noi.

Il diritto è definito da Jhering «organismo oggettivo della libertà umana»: non somma di disposizioni arbitrarie, ma prodotto storico intimamente coerente e concluso. Come ogni organismo, esso può considerarsi dal punto di vista dell'anatomia e della fisiologia. Il primo metodo di conoscenza ha per oggetto la struttura dell'organismo; il secondo le sue funzioni ⁽²⁷⁾.

Il dato da cui si parte per formulare il diritto e conoscerne l'organizzazione è costituito dalle regole; ma queste si deducono per via di astrazione attraverso un esame dei rapporti della vita ⁽²⁸⁾. Vediamo come dal piano dei *Lebensverhältnisse* si passi a quello del sistema giuridico. Bisogna anzitutto stabilire la forma giuridica di ogni rapporto della vita, mettendo insieme tutte le regole che da esso si deducono ed in esso trovano il loro punto di riunione. Viene alla mente il concetto kelseniano di *Zurechnungspunkt*: anche nei primi paragrafi del *Geist* si delinea una lettura delle regole volta a stabilire concordanze negli enunciati e a raggruppare intorno a queste complessi determinati di norme. L'idea che tali complessi debbano riflettere l'ordine delle relazioni tra gli uomini è ciò che differenzia la proposta teorica di Jhering da un'organizzazione meramente proposizionale del diritto; ed è — mi sembra — la stessa ispirazione del lavoro di Ray: andare oltre la forma delle regole, per cogliere la logica delle relazioni inter-individuali implicita nel dettato legislativo. Queste relazioni sono prima immaginate da Jhering in una forma statica, come base teorica delle norme; nella parte che tratta l'anatomia non viene concettualizzato il loro movimento, che riguarda invece il profilo funzionale del diritto.

«Il rapporto di vita così tradotto in forma giuridica — leggiamo nel *Geist* — può stare a sua volta in una relazione di dipendenza con un altro rapporto, e porsi nei suoi confronti alla stregua di una fase o momento transitorio, come l'acquisto e la perdita dei diritti rispetto ai diritti medesimi: o esserne una conseguenza, come la successione dell'eredità nei debiti del suo dante causa, rispetto alla adizione dell'eredità; o la specie di un genere, come il contratto di vendita rispetto ai contratti in generale, e questi rispetto alle obbligazioni. In questo modo i diversi rapporti giuridici, che come tali possono essere oggetto

⁽²⁷⁾ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Erster Teil* (1852), VI ediz., Leipzig 1907, p. 25 ss.

⁽²⁸⁾ Cfr. *op. cit.*, p. 36. V. anche *Zweiter Teil. Zweite Abtheilung*, § 41.

di un esame giuridico separato, si riuniscono intorno a più grandi unità sistematiche — gli istituti giuridici — che, per parlare in modo figurato, ci rappresentano il solido scheletro del diritto, al quale si attacca l'intera sostanza di esso nelle regole giuridiche » ⁽²⁹⁾.

Il tema è ripreso e svolto ampiamente da Ray, che sottolinea l'irriducibilità del concetto di *institutions* al piano degli enunciati normativi ed il compito, cui esso assolve, di rappresentare la compenetrazione tra regole e vita sociale. Quando il giurista francese osserva che le rubriche del codice civile contengono tutte nomi di *institutions*, è chiaro che il termine esprime la stessa nozione indicata da Jhering col nome di *Rechtsinstitut*. Vediamo letteralmente ripresa anche la raffigurazione degli istituti come scheletro, oltre il quale c'è uno spirito, un mondo di sentimenti ed una tradizione, che bisogna cogliere per comprendere il diritto ⁽³⁰⁾. Questo rilievo attribuito agli elementi soggettivi della convivenza ricorda le teorie di Hauriou, secondo le quali può parlarsi di istituzione con riferimento alle realtà più svariate, dalla regola giuridica alla corporazione, purché vi sia un'idea che si propaga e vive con mezzi e forme giuridici nell'ambiente sociale ⁽³¹⁾.

Mi pare che tale rapporto tra idee ispiratrici ed organizzazione sia già presente come problema nel primo libro del *Geist*. Infatti per Jhering il traguardo dell'esame anatomico o strutturale del diritto è nella identificazione delle forze attive che determinano lo spirito, il carattere e la tendenza delle istituzioni. Queste « forze impulsive » nelle quali « si avvera l'unità e l'individualità dell'organismo » sono idee generali, vedute, aspirazioni di un popolo e di un'epoca. « Il fatto che la cultura del diritto romano prenda slancio nello stesso momento in cui la libertà romana comincia a languire non comporta esteriormente una omogeneità tra i due fenomeni; così quando gli alberi fioriscono nella valle ed il ghiaccio si scioglie sulle cime dei monti; tuttavia in entrambi i casi è stata una sola causa ad agire. Quanto più è esuberante la forza vitale, tanto più varia è la forma in cui si manifesta; quanto quella è debole, tanto più questa è povera. Dunque anche nel diritto le stesse forze possono determinare il restringimento di un istituto e l'estensione di un altro, affievolendo taluni aspetti e potenziandone altri » ⁽³²⁾. Nella stessa prospettiva bisogna intendere i riferimenti di Ray alle coordinazioni implicite, alla *vie profonde*, ai

⁽²⁹⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽³⁰⁾ Cfr. J. RAY, *op. cit.*, pp. 193-195; 230 ss.

⁽³¹⁾ Vedi M. HAURIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)*, in *Cahiers de la nouvelle journée*, Paris 1925, n. 4, ripubblicato nella raccolta *Aux sources du droit: le Pouvoir, l'Ordre et la Liberté*, Paris 1933, ed ora tradotto in *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini Sforza, Milano 1967, p. 3 ss., spec. pp. 12-14.

⁽³²⁾ Cfr. R. VON JHERING, *op. cit.*, p. 43 s.

sentimenti sociali ed alle volontà regolatrici di cui deve tener conto la descrizione del giurista ⁽³³⁾.

L'indagine sugli elementi costitutivi e le forze animatrici è seguita nel *Geist* da quella sulla fisiologia, che è in primo luogo analisi dei fini del diritto. Va messo in luce qui un aspetto peculiare dell'impostazione di Jhering, che consiste nel far corrispondere ad una singola struttura non necessariamente una sola funzione, e a differenti strutture non necessariamente funzioni diverse.

Vediamo com'è esemplificata questa flessibilità del nesso teorico tra anatomia e fisiologia degli organismi: « Si possono avere istituti di struttura anatomica differente con funzioni identiche o simili, per esempio il legato e la *donatio mortis causa*, il pignoramento dell'antico diritto romano in forma di *fiducia* (trasferimento della proprietà) ed il più recente *pignus*, la cessione e la delegazione, la *cura* e la *tutela*, l'estinzione dell'azione e la perdita del diritto per compensazione, etc. Al contrario la struttura può essere simile o restare essenzialmente la stessa in un solo e medesimo istituto, e le funzioni essere nettamente diverse, come per esempio nella costituzione della repubblica che agli inizi del principato rimane identica nella sua struttura anatomica (popolo, senato, magistrato) » ⁽³⁴⁾.

Dalla possibilità che strutture diverse abbiano una medesima funzione si ricava l'esigenza di connettere saldamente la ricerca intorno all'uso e allo scopo di un istituto con l'analisi della struttura. Non basta ritrarre un'anatomia statica, ma è necessario verificarne le utilizzazioni concrete. Per questa via possono scoprirsi omologie e parentele tra istituti vigenti nella stessa epoca. D'altra parte, nei casi di corrispondenza di funzioni diverse ad una medesima struttura, la conservazione s'inquadra in un mutamento non parziale, non astrattamente circoscritto alla funzione, ma complessivo, quindi da riferire all'intero organismo ⁽³⁵⁾.

Una volta delineato l'ordine che si può cogliere nell'insieme dei rapporti tradotti in norme, bisogna guardare al momento pratico: la realizzazione delle regole è il punto di vista da cui si spiega il sistema e da cui si può modificare la stessa immagine della struttura, per farla corrispondere di più al diritto effettivo (*tatsächliche Recht*) oltre che a quello formulato ⁽³⁶⁾.

« La formulazione del diritto — scrive Jhering — che abbiamo di fronte non è altro che il progetto di una macchina; la migliore spiegazione e nel medesimo tempo la critica di esso (corsivo mio) ce le dà la macchina nel momento in cui funziona. Allora più di una molla non tenuta in particolare considerazione rivela la sua profonda impor-

⁽³³⁾ Cfr. J. RAY, *op. cit.*, p. 195.

⁽³⁴⁾ R. VON JHERING, *op. cit.*, p. 50, nt. 19.

⁽³⁵⁾ *Op. cit.*, p. 43 ss.

⁽³⁶⁾ *Op. cit.*, p. 31.

tanza e più di un cilindro che attira lo sguardo ed è apparentemente necessario si scopre quasi superfluo. Negli scopi e nei bisogni di *questo* periodo determinato sta il motivo per cui *questo* istituto esiste o assume *questa* figura (*Gestalt*); nelle condizioni che sono stabilite dall'epoca sta il fondamento che determina la possibilità di un istituto e l'inutilità di un altro. Quest'idea che ogni diritto può essere compreso solo dal punto di vista della vita reale, non ha bisogno di essere ulteriormente sviluppata, neanche per gli estranei agli studi giuridici ... » ⁽³⁷⁾.

Non solo il diritto come struttura, ma anche il suo divenire si comprende ponendo al centro dell'indagine la funzione. Questa spiega la possibilità — quindi l'esistenza — di un istituto e rivela l'inutilità di un altro, rendendo possibile anche la distinzione all'interno della struttura tra elementi attivi e parti superflue, superate dai bisogni e dalle finalità dell'epoca.

Siamo alle soglie di una teoria evoluzionistica: le differenti gerarchie interne alla struttura corrispondono infatti ad epoche diverse. D'altronde il valore attribuito all'aspetto pratico per la definizione degli istituti contiene già spunti critici nei riguardi della pandettistica ed anticipa la teoria generale che Jhering proporrà nell'opera *Der Zweck im Recht*, circa il rapporto tra volizione economica e forme giuridiche nel diritto privato, come punto di vista necessario all'analisi e all'interpretazione di questo ⁽³⁸⁾.

Se vogliamo scorgere quale sia la radice culturale più profonda delle metafore biologiche usate da Jhering, già nel 1852, come del

⁽³⁷⁾ *Op. cit.*, p. 50.

⁽³⁸⁾ Il primo volume di quest'opera esce a Lipsia nel 1877. Il secondo nel 1883. Cfr. alcune formulazioni più generali in R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, a cura di M. G. Losano, Torino 1972, p. 45 ss. (il diritto fa appello « all'interesse, cioè alla libera azione secondo la propria scelta »); 64 ss. (il contratto come forma dello scambio e fissazione di uno *scopo* comune: di una *finalità pratica* in vista della quale si attua una cooperazione delle parti); ed infine il cap. VII (pp. 79-173) sulla « ricompensa ». All'inizio di questo capitolo troviamo l'immagine della società come macchina, sorretta e guidata nel suo funzionamento dalla volontà umana. Il passaggio dalla concezione espressa nel *Geist* alla teoria dello scopo è descritto senza trascurare la iato fra le tendenze costruttivistiche del primo periodo e le posizioni maturate durante gli anni 70, nell'*Introduzione* di M. G. LOSANO a *Lo scopo nel diritto*, cit., pp. xxxvi-xlviii. Il concetto di egoismo, che è l'astrazione corrispondente al movimento dello scambio nella società civile, indica lo scopo a cui si rapporta la disciplina legale posta dallo stato. È la base dell'autoaffermazione economica e giuridica. Su quest'ultima cfr. R. VON JHERING, *Der Kampf um's Recht*, Wien 1872, tr. it. riveduta a cura di P. Piovani (e con un'introduzione di B. Croce scritta nel 1934), Bari 1960. Secondo Croce, vi sarebbe una contraddizione tra l'idea, profondamente morale, della necessità di una lotta per il diritto e il principio dell'egoismo. In effetti si tratta per Jhering di rappresentazioni convergenti del perseguimento di un interesse da parte del singolo e della sua difesa con mezzi giuridici. Cfr. H. SOMMER, *Rudolf von Jherings Theorie des gesellschaftlichen Utilitarismus*, in *Preussische Jahrbücher*, 54, 1884, p. 533 ss.; 55, 1885, p. 28 ss.; G. E. LANGEMEIJER, *Jherings 'Zweck im Recht' im Lichte der seitherigen Wertlehren*, in *Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Göttingen 1960, p. 127 ss.

binomio struttura-funzione, attraverso il quale passa in ultima analisi una teoria del movimento del diritto, dobbiamo andare oltre le assonanze con alcune tesi di Darwin o Spencer, espresse del resto in anni successivi ⁽³⁹⁾, per mettere a fuoco i nessi che legano le formulazioni del *Geist* al pensiero tedesco del primo ottocento, ed insieme gli elementi di novità.

È lo stesso Jhering che nel 1861, scrivendo un necrologio a Savigny, solo parzialmente celebrativo, ravvisa nel concetto di *organische Werden* il nucleo del pensiero romantico ⁽⁴⁰⁾. Questo schema si ritrova nelle sue teorie, anche se egli critica il fatalismo della scuola storica, cioè lo scarso rilievo attribuito alla volontà e all'azione dell'uomo. Perché negare al presente ciò che si riconosce al passato: il diritto di divenire (*das Recht des Werdens*)? Già nelle prime pagine del *Geist* il richiamo alle forze attive che sorreggono ed orientano l'organismo mostra il distacco dalla nozione assai meno « drammatica » di *Entwicklung* presupposta da Savigny ⁽⁴¹⁾.

Il problema su cui Jhering tornerà più volte è quello di aprire un confronto tra il movimento del diritto e la rappresentazione sistematica tradizionale ⁽⁴²⁾. Dominante nelle sue riflessioni è il tema della

⁽³⁹⁾ Cfr. in proposito J. GAUDEMET, *Organicisme et évolution dans la conception de l'histoire du droit chez Jhering*, in *Jherings Erbe*, cit., p. 29 ss. Il primo libro del *Geist* esce nel 1852. Le pubblicazioni in cui Spencer espone il suo sistema cominciano nel 1855. Del 1860 è un articolo sull'*organismo sociale*. L'*origine della specie* di Darwin esce nel 1859. Tuttavia — osserva Gaudemet — « il faut relever certaines convergences de pensée qui s'exprimeront encore plus nettement dans d'autres oeuvres maîtresses de Jhering publiées plus tard et pour lesquelles l'influence des deux philosophes est moins improbable ». Ma bisogna ricordare che ancora nel 1877 Jhering, pur dichiarando di essere darwinista, confessa di non aver studiato il pensiero di Darwin: cfr. M. G. LOSANO, *Introduzione a Lo scopo del dir.*, cit., p. XLIV. V. anche F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, p. 452.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. R. VON JHERING, *Friedrich Karl von Savigny*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. u. deutsch. Privatrechts*, 5, 1861, p. 354 ss., ora in *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern f. die Dogmatik*. II, Jena 1882, p. 1 ss., spec. p. 14.

⁽⁴¹⁾ R. VON JHERING, *Geist*. I, cit., pp. 44-47. Sull'idea dello « sviluppo » nella scuola storica si tengano presenti le osservazioni di BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono* (1961), Milano 1970, p. 118 ss.

⁽⁴²⁾ Nella parte del carteggio fra Jhering e Gerber pubblicata di recente, ove sono incluse lettere scritte durante il periodo di elaborazione del primo libro del *Geist*, troviamo alcuni spunti utili: cfr. M. G. LOSANO, *Undici lettere inedite dal carteggio fra Jhering e Gerber*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1972, p. 291 ss., spec. p. 303 (Gerber a Jhering, 13 dic. 1849); 311 (Jhering a Gerber, 23 mag. 1850); 321 (Jhering a Gerber, 21 gen. 1851); 327 (Jhering a Gerber, 6 apr. 1851): « L'idea, da Lei nuovamente portata sul tappeto, di una rivista di dogmatica romanistica e germanistica mi ha sempre occupato e voglio solamente aver terminato il mio attuale lavoro per dedicarmi con tutte le forze e portarla alla pubblicazione... Circa il libro che sto scrivendo ho alcune idee che si riallacciano al progresso della nostra coscienza giuridica attuale o più esattamente della sua superiorità nei confronti di quella dei Romani. Le accen-

distanza storica tra il diritto romano (un diritto che bisogna in tante parti eliminare) e quello odierno ⁽⁴³⁾. Si arriva così a mettere in discussione il quadro teorico entro cui lavorano i pandettisti: l'attualità della tradizione romanistica. Egli intuisce la contraddizione implicita nel mito della continuità ed avverte che il diritto privato moderno e contemporaneo, costituitosi con la formazione sociale borghese, è nella sua effettività (quindi non solo come *formulierte Recht*) ⁽⁴⁴⁾ diverso dal diritto privato romano di cui utilizza gli schemi ⁽⁴⁵⁾.

Dunque il concetto di struttura ha il compito di rappresentare il sistema come unità e come anatomia stabile di una realtà più complessa, mentre le trasformazioni e gli adattamenti che il diritto privato subisce sono visti come risultanti dall'applicazione pratica del diritto, dal « funzionamento della macchina ».

Se questo è il punto di arrivo delle visioni organicistiche, destinate a trarre vigore dall'influsso del positivismo ⁽⁴⁶⁾, si può fin da ora anticipare in che modo la prospettiva strutturalistica capovolga tali conclusioni.

Non vi è per lo strutturalismo un'anatomia immediatamente ravvisabile nella realtà, di cui si discutano gli usi pratici o vengano delineate le metamorfosi. Si tratta di costruire piuttosto un quadro teorico che comprenda in sé tutte le possibili soluzioni ai problemi di

nerò nel libro e le giustificherò più compiutamente in seguito e spero di raggiungerle con esse un sedimento dogmatico non privo d'importanza ».

⁽⁴³⁾ Cfr. R. VON JHERING, *Unsere Aufgabe*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen röm. u. deutsch. Privatrechts*, I, 1857, p. I ss., ora in *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern f. die Dogmatik*, I, Jena 1881, p. I ss., spec. p. 24 ss.; 32 ss. (v. in particolare l'accento alla « struttura attuale dei contratti innominati »).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. R. VON JHERING, *Geist*, I, cit., p. 31.

⁽⁴⁵⁾ Vedi al riguardo W. WILHELM, *Das Recht im römischen Recht*, in *Jherings Erbe*, cit., p. 228 ss.: « Jhering sieht die Aufgabe in einem 'Konstruieren' des römischen Rechts, d.h. in dessen wissenschaftlicher Fortbildung, andererseits in einem 'Destruieren'. Dieses zweite Verfahren, das Windscheid Reinigung nennt, versteht Jhering wie seine Fachgenossen als die Eliminierung derjenigen Bestandteile des römischen Rechts, die unpraktisch geworden sind, weil sie 'rein römisch', 'spezifisch römisch' seien ».

⁽⁴⁶⁾ Sul concetto di « struttura sociale » in Spencer, vedi R. BASTIDE, *Introduzione allo studio del termine struttura*, in *Usi e significati del termine struttura nelle scienze umane e sociali* (1962), Milano 1974, p. 5 ss., spec. p. 7 s. (ivi bibl.); nell'Appendice, vedi le notazioni di Lévi-Strauss, p. 172 ss. Qui è richiamato anche Morgan. Su alcune peculiari applicazioni del pensiero positivistico alla storiografia giuridica, in Italia, vedi P. VOCI, *Esame delle tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, in *Studi in on. di V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1952, p. 101 ss. È centrale la dicotomia struttura-funzione, già delineata da Jhering. La teoria storicistica del divenire organico viene riproposta da Bonfante con un linguaggio positivistico. Cfr. P. BONFANTE, *Il metodo naturalistico nella storia del diritto* (1917), in *Scritti giuridici vari*, IV, 1925, p. 46 ss. Sulla polemica apertasi tra Bonfante da un lato e Croce e Gentile dall'altro, vedi M. BRETONE, *Il naturalismo del Bonfante e la critica idealistica*, in *Labeo*, 5, 1959, p. 275 ss. Cfr. anche P. FREZZA, *A proposito della riedizione delle opere di Pietro Bonfante*, in *SDHI*, 25, 1959, p. 371 ss., spec. p. 387 ss., sul significato del termine struttura in Jhering e in Bonfante.

cui si fa la storia ⁽⁴⁷⁾: problemi che appaiono dati prima e fuori della storia. Per questa via il diritto privato borghese può apparire come una delle forme possibili del modello astratto-universale dello scambio ed i suoi istituti possono essere analizzati come altrettante variazioni sullo stesso tema.

4. « Il principio fondamentale è che il concetto di struttura sociale non si riferisca alla realtà empirica, ma ai modelli costruiti in base ad essa » ⁽⁴⁸⁾. Queste parole di Lévi-Strauss rappresentano un buon punto di partenza per chiarire la definizione di « struttura » come sintassi. Il fatto di marcare una netta distinzione tra ordine empirico ed ordine euristico mi pare un passaggio obbligato per chi voglia servirsi in modo non superficiale dei metodi strutturalistici. È la premessa su cui André-Jean Arnaud ha fondato il suo lavoro ⁽⁴⁹⁾.

Ma dobbiamo ora analizzarne brevemente le condizioni, almeno quelle che ci portano più lontano dall'idea di struttura presente nel pensiero giuridico moderno e usata per fingere con maggiore efficacia l'unità e la coerenza interna del diritto.

In un *Essai de définition* scritto nel 1966 per introdurre un fascicolo di *Les Temps Modernes* dedicato allo strutturalismo, Jean Pouillon ha illustrato la distinzione tra struttura come scheletro dell'oggetto,

⁽⁴⁷⁾ Secondo questo metodo l'individuale si definisce in rapporto ad un modello. Lo strutturalismo « preleva i fatti sociali nell'esperienza e li trasporta in laboratorio. Qui si sforza di rappresentarli sotto forma di modelli, prendendo sempre in considerazione non i termini, bensì le relazioni tra i termini. Esso tratta poi ogni sistema di relazioni come un caso particolare di altri sistemi reali o soltanto possibili, e ne cerca la spiegazione globale al livello delle regole di trasformazione che permettono di passare da un sistema ad un altro sistema, quali può coglierle l'osservazione concreta, linguistica o etnologica. Esso avvicina così le scienze umane alle scienze fisiche e naturali » (C. LÉVI-STRAUSS, Intervista a *Le Nouvelle Observateur*, 115, 1967, p. 32). Cfr., sulla polemica contro l'originarietà del fatto umano, che è tutt'uno con le prospettive antistoricistiche diffuse nella cultura francese degli ultimi venti anni, O. POMPEO FARACOVÌ, *Il marxismo francese contemporaneo fra dialettica e struttura*, Milano 1972, pp. 219 s.; 222-226.

⁽⁴⁸⁾ C. LÉVI-STRAUSS, *Antropologia strutturale* (1958), Milano 1966, p. 311.

⁽⁴⁹⁾ Vedi *supra*, nt. 16. Nella stessa direzione cfr. R. BARTHES, *L'activité structuraliste*, in *Essais critiques*, Paris 1964, p. 213. Si vedano inoltre E. PACI, *Il senso delle strutture in Lévi-Strauss*, in *Paragone*, febr. 1966, p. 114 ss.; A. SCHMIDT, *La negazione della storia. Strutturalismo e marxismo in Althusser e Lévi-Strauss* (1969), Milano 1972, pp. 68-71. Sottolinea la non corrispondenza della struttura alle relazioni reali L. SEBAG, *Marxismo e strutturalismo* (1964), Milano 1972, pp. 120 ss. La produzione dei modelli implica l'inventario di realtà osservabili empiricamente e la loro categorizzazione; l'induzione non basta da sola; o meglio essa diviene legittima solo in quanto presupponga un nesso tra il particolare indagato e l'universale. Si ha conoscenza del particolare solo entro l'universale, che viene costruito pensando i particolari come varianti rispetto a schemi logici generali e sottratti alla relatività storica. Cfr. S. MORAVIA, *La ragione nascosta. Scienza e filosofia nel pensiero di Claude Lévi-Strauss*, Firenze 1969, p. 304 ss.; 350 ss.

come combinazione di elementi, come organizzazione, e struttura come « sintassi »: in particolare, « sintassi delle trasformazioni » ⁽⁵⁰⁾.

Nel primo significato, è una realtà empirica che viene descritta. L'osservazione rivela quali rapporti fra gli elementi costitutivi siano fondamentali e quali subordinati; sui primi si costruisce la struttura. Essa è il piano secondo cui si articola la totalità: un piano che può essere astrattamente riprodotto ed in seguito riconosciuto in altri oggetti. L'autore sottolinea il legame di tale analisi con il metodo comparativo. Realtà diverse vengono messe a raffronto e si individuano le loro somiglianze. La struttura appare come denominatore comune.

Del tutto estraneo a questa ricerca delle costanti, lo strutturalista, secondo Pouillon, non costruisce un « tipo » eliminando come inessenziali le differenze tra gli oggetti considerati. Egli non rivolge la propria attenzione a ciò che è identico, ma si sforza di pensare i legami che uniscono cose diverse. Per questa via, insieme dissimili possono essere avvicinati e comparati non malgrado le loro differenze, ma in virtù di esse.

Tale indirizzo di ricerca, secondo quanto ha sostenuto Lévi-Strauss in uno scritto del 1961, avrebbe come fine ultimo la conquista di una visione non umanistica. Le scienze umane dovrebbero superare un denominatore comune che ha agito, con aspetti diversi, entro la tradizione del pensiero occidentale: l'idea di uomo come entità che emerge e si differenzia dal mondo; come soggetto, capace di conoscere le situazioni e i processi solo in quanto se ne appropria, cioè li interiorizza nella sua coscienza ⁽⁵¹⁾.

In polemica con Sartre, viene proposto per l'interpretazione delle realtà « costituite » attraverso le varie pratiche ed azioni umane un punto di vista diverso da quello di un immaginario « costituente », che si identifica in realtà con la cultura e il gruppo sociale cui appartiene il soggetto dell'operazione conoscitiva.

Nelle pagine scritte per confutare le tesi sartriane, Lévi-Strauss non respinge l'idea che la conoscenza scientifica debba alla fine raggiungere delle « invarianti », ma sottolinea come esse si situino nei punti più imprevisi e quindi debbano essere scoperte al di là dell'ordine apparente. Esse insomma non coincidono con « le presunte

⁽⁵⁰⁾ Cfr. J. POUILLON, *Presentation: un essai de définition*, in *Les Temps modernes*, 22, 1966, *Problèmes du structuralisme*, p. 769 ss. Il saggio di Pouillon è utilizzato da A.-J. ARNAUD, *Structuralisme et droit. (Notes de lecture et directions de recherche)*, in *Archives de philosophie du droit*, 13, 1968, p. 283 ss. Questo scritto, su cui si sofferma la rassegna di Losano cit. *supra*, nt. 1, contiene già le enunciazioni programmatiche e di metodo poi sviluppate nell'indagine di Arnaud sul codice civile.

⁽⁵¹⁾ Cfr. C. LÉVI-STRAUSS, *Storia e dialettica* (1961), in *Il pensiero selvaggio* (1962), Milano 1964, p. 267 ss. V. in proposito O. POMPEO FARACOVÌ, *op. cit.*, p. 221. Sulla tradizione coscienzialistica francese, come bersaglio della polemica di Lévi-Strauss, v. S. MORAVIA, *op. cit.*, p. 18 ss.

evidenze dell'io » ⁽⁵²⁾ né possono derivare da una semplice lettura del mondo e dell'uomo a partire dall'epoca e dal gruppo sociale che si assumono come costitutivi della coscienza. Bisogna dunque andare al di là della coscienza come luogo di unificazione del reale, perché bisogna riuscire a superare i limiti storici della *nostra* coscienza, le determinazioni che la condannano ad essere parziale, quindi incapace di cogliere il diverso: ciò significherebbe infatti mettersi radicalmente in discussione.

« In realtà — egli osserva precisando la polemica contro il primato della coscienza — Sartre diventa prigioniero del suo *Cogito*: quello di Cartesio permetteva di accedere all'universale, ma a condizione di restare psicologico e individuale; socializzando il *Cogito*, Sartre si limita a cambiare di prigioniero. Ormai, il gruppo e l'epoca di ogni soggetto sostituiranno per lui la coscienza atemporale. Perciò lo sguardo di Sartre sul mondo e sull'uomo è caratterizzato da quell'angustia in base a cui tradizionalmente ci si compiace di riconoscere le società chiuse. La sua insistenza nel tracciare una distinzione tra primitivo e civile a furia di contrasti gratuiti riflette, in una forma appena più sfumata, l'opposizione fondamentale che egli postula tra l'io e l'altro » ⁽⁵³⁾.

La distinzione tra primitivo e civile su cui si era formata gran parte della scienza etnologica e su cui aveva meditato a lungo Lucien Lévy-Bruhl, sempre tenendo fermo il carattere mistico ed affettivo del pensiero selvaggio ⁽⁵⁴⁾, rinvia alla distinzione tra natura e cultura, come al suo presupposto. Questa sembra, secondo Lévi-Strauss, la prima certezza della coscienza teorizzata da Sartre, cioè della *sua* società (che nella *Critica della ragione dialettica* sarebbe isolata e privilegiata rispetto ad ogni altra società).

Ho preso in esame lo scritto del 1961 su *Storia e dialettica* perché sviluppa con chiarezza teorica un atteggiamento sempre presente nel lavoro di Lévi-Strauss: atteggiamento di « rispetto », di « adesione » per le società diverse dalla nostra, e forte intento critico verso ogni posizione eurocentrica ⁽⁵⁵⁾. Questa volontà di rifiutare nella scienza le pratiche di assimilazione che son state proprie del colonialismo lo porta a denunciare la limitatezza (e quindi — noi diremmo — a postulare la storicizzazione) delle dicotomie civile-primitivo, uomo-natura, razionale-irrazionale.

L'estraneamento dalle forme di pensiero e dai modi di esistenza consueti per la cultura occidentale e per l'uomo bianco adulto apre

⁽⁵²⁾ C. LÉVI-STRAUSS, *Il pensiero selvaggio*, cit., p. 271.

⁽⁵³⁾ C. LÉVI-STRAUSS, *loc. ult. cit.*

⁽⁵⁴⁾ Vedi al riguardo J. PIAGET, *Lo strutturalismo* (1968), Milano 1968, p. 145 s.; S. MORAVIA, *op. cit.*, p. 242 s.; 359 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. C. LÉVI-STRAUSS, *Tristi tropici* (1955), Milano 1960, p. 371 ss. (« ... Spesso sovversivo fra i suoi e ribelle agli usi tradizionali, l'etnografo appare rispettoso fino al conservatorismo, appena la società in questione si trova ad essere diversa dalla sua... »); ID., *Antropologia strutturale*, cit., p. 368 s.

la via non solo alla comprensione del mondo, ma anche ad una conciliazione con il mondo. Ecco la funzione pratica della scienza: liberare il sapere umano dalle apparenze, per portare l'azione umana fuori dall'inquietudine morale ⁽⁵⁶⁾. Di qui il valore positivo attribuito al distacco dell'intellettuale, ma anche il compito concreto che gli viene affidato: esporre «le tare di un umanismo decisamente incapace di fondare, nell'uomo, l'esercizio della virtù» ⁽⁵⁷⁾. È caratteristico nell'opera di Lévi-Strauss il ricorso a considerazioni morali anche quando si discute di problemi epistemologici.

Una simile sovrapposizione può spiegarsi ricordando che per il teorico dello strutturalismo la molla della conoscenza è una specie di disagio nei confronti del proprio tempo: il medesimo disagio dal quale scaturiscono, negli anni tra le due guerre in Francia, movimenti culturali come il surrealismo e l'esistenzialismo ⁽⁵⁸⁾. È un orientamento che egli chiamerà «autocritica» o «rifiuto dell'identificazione a se stesso, cioè... rifiuto di tutto ciò che può rendere 'accettabile' l'io» ⁽⁵⁹⁾, e che lo condurrà ad una complessa opera di revisione e di fondazione delle procedure della conoscenza.

Fin dalle ricerche etnografiche degli anni quaranta, egli affronta il problema di un superamento del concetto di razionalità delle istituzioni umane come immediata leggibilità di esse, come aderenza ai sistemi di riferimento di cui l'osservatore dispone e che pregiudicano la ricerca ⁽⁶⁰⁾. In alcune pagine notissime di *Tristi tropici* (1955) è espressa questa direttiva fondamentale del suo pensiero ed assumono particolare rilievo alcuni motivi ricorrenti nelle sue formulazioni teo-

⁽⁵⁶⁾ C. LÉVI-STRAUSS, *Tristi Tropici*, cit., p. 372.

⁽⁵⁷⁾ C. LÉVI-STRAUSS, *Jean-Jacques Rousseau, fondatore delle scienze dell'uomo* (1962), in *Razza e storia e altri studi di antropologia*, a cura di P. Caruso, Torino 1967, p. 83 ss., spec. p. 93.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. S. MORAVIA, *op. cit.*, pp. 47-83.

⁽⁵⁹⁾ C. LÉVI-STRAUSS, *Jean-Jacques Rousseau*, cit., p. 91.

⁽⁶⁰⁾ Nell'opera *Le strutture elementari della parentela* (cit. *infra*, nt. 66) si ha una prima compiuta ricerca della razionalità implicita nelle forme di organizzazione familiare. Da questa indagine appare chiaro che «per Lévi-Strauss la struttura è data ... dai rapporti elementari di scambio (corsivo dell'autore), il cui insieme costituisce l'essenza di una data società...» (P. CARUSO, *Introduzione* a C. LÉVI-STRAUSS, *Razza e storia*, cit., p. 24). Secondo Caruso vi è qui un elemento di analogia con il marxismo. Ma la nozione di scambio che usa Lévi-Strauss è assai indeterminata: scambio di donne nel sistema di parentela, scambio d'informazioni, scambio economico, scambio rituale, ecc. (*op. cit.*, p. 25). Sembra che «scambio» sia piuttosto sinonimo di «comunicazione» e non indichi una categoria economica o sociale definita. Sulla polivalenza del termine «scambio» nel linguaggio strutturalistico cfr. A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale*, cit., p. 20, nt. 48: «... dans une conversation, chaque interlocuteur ne 'prend' il pas à l'autre un peu de lui-même en 'acceptant' ses paroles (au sens où les juristes entendent l'*acceptation*)? Il pourrait bien y avoir isomorphisme entre l'échange de paroles et le contrat juridique d'échange...». Cfr. *op. cit.*, p. 62, nt. 4. Più ampiamente, riguardo ai fondamenti teorici del lavoro di Lévi-Strauss sulle strutture della parentela, cfr. S. MORAVIA, *op. cit.*, p. 192 ss.

riche, come espliciti punti di riferimento culturali: l'influsso della psicanalisi per il superamento dell'angusta dicotomia razionale-irrazionale; l'utilità entro questa prospettiva della linguistica ed in particolare del pensiero di De Saussure; la risoluzione dell'unità uomo-natura in una sorta di nuovo materialismo, fermo ad una logica classificatoria, che sarebbe capace non solo di ordinare « esseri e cose », ma anche di ritrovarne la storia ⁽⁶¹⁾; infine il valore paradigmatico del marxismo, come ricerca di una realtà nascosta sotto le apparenze quotidiane.

L'influenza della psicanalisi è posta da Lévi-Strauss all'origine della propria formazione e della stessa vocazione per l'etnologia:

« Il periodo dal 1920 al 1930 in Francia è stato quello delle teorie psicanalitiche. Attraverso queste, ho imparato che le antinomie statiche intorno alle quali ci consigliavano di costruire le nostre dissertazioni filosofiche e più tardi le nostre lezioni — razionale e irrazionale, intellettuale e affettivo, logico e prelogico — si riducevano a un gioco gratuito. Anzitutto, al di là del razionale, esisteva una categoria più importante e valida, quella del significante, che è la più alta maniera d'essere del razionale, ma di cui i nostri maestri (occupati senza dubbio a meditare più il *Saggio sui dati immediati della coscienza* che i *Corsi di linguistica generale* di F. de Saussure) non pronunciavano neppure il nome. In secondo luogo l'opera di Freud mi rivelava che quelle opposizioni non erano veramente tali, poiché proprio i comportamenti in apparenza più affettivi, gli atti meno razionali, le manifestazioni definite prelogiche, sono appunto i più significanti » ⁽⁶²⁾.

Se il valore delle indagini freudiane consiste nel mostrare la decifrabilità dell'inconscio, anche la nozione di « significante » si colloca al di là dell'equazione razionalità-evidenza. Il significante è infatti immotivato ed il suo rapporto con il significato non si coglie nel segno singolo, ma nella totalità della lingua ⁽⁶³⁾.

Per Lévi-Strauss la scienza implica sempre la costruzione di una totalità. Ma se questa travalica i « modi di esistenza » della società

⁽⁶¹⁾ La geologia diviene il modello di questa conoscenza materialistica: decifra il mondo oggettivo, inanimato, ma scopre anche il segno dei suoi processi interni. Cfr. C. LÉVI-STRAUSS, *Tristi Tropici*, p. 55: « ... che nello stesso momento si scoprono nella roccia due ammoniti fossili dalle involuzioni diversamente complicate, con le quali attestano uno scarto di alcune decine di millenni, ed ecco che subito lo spazio e il tempo si confondono; la differenza viva dell'istante sovrappone e perpetua le età... A differenza della storia degli storici, quella del geologo, come quella dello psicanalista, cerca di proiettare nel tempo, un po' come in un quadro vivente, certe proprietà fondamentali dell'universo fisico o psichico... ». Mi pare che il concetto di tempo abbia in questo contesto un valore del tutto convenzionale: la conoscenza delle proprietà fondamentali si proietta e si articola nella rappresentazione diacronica. Questa espone le differenze che possono essere colte nell'istante, ma non sembra aggiungere nulla alla loro comprensione.

⁽⁶²⁾ C. LÉVI-STRAUSS, *Tristi Tropici*, p. 53 s.

⁽⁶³⁾ Vedi F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, a cura di T. De Mauro, Bari 1967, p. 85 ss.

Sui rapporti fra strutturalismo di Lévi-Strauss e linguistica cfr., tra gli altri, A. SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 40-48; S. MORAVIA, *op. cit.*, pp. 163-174.

cui appartiene l'osservatore, se non può essere interiorizzata, e ridotta a ciò di cui l'osservatore è già padrone, dovrà individuarsi in termini negativi rispetto ai quadri di riferimento della nostra coscienza. Essa viene infatti definita da Lévi-Strauss «attività inconscia dello spirito». L'enunciazione forse più netta al riguardo è contenuta in un articolo del 1951, dove è prospettata la corrispondenza formale tra i sistemi di parentela e le strutture linguistiche di determinate aree geografiche ⁽⁶⁴⁾. Traendo spunto da questo si è parlato di «posizioni inaspettatamente filosofiche al di sotto della prospettiva strutturale» ⁽⁶⁵⁾.

Vi è qui in realtà una formulazione riassuntiva di ciò che l'etnologia, convergendo con altre discipline, vuole delineare.

Già nelle *Structures élémentaires de la parenté*, un'opera uscita nel 1947, viene usato come elemento costitutivo della ricerca il concetto di «strutture fondamentali dello spirito umano». Su di esse si fondano i «quadri generalissimi della vita sociale» entro cui l'autore ricerca una spiegazione unitaria della proibizione dell'incesto e delle sue diverse modalità. Si mette in luce anzitutto il carattere universale di tale istituzione: è, com'è stato sottolineato, la proibizione categorica di far coincidere in pieno il legame di parentela con quello di apparentamento matrimoniale, la consanguineità con l'alleanza ⁽⁶⁶⁾. Ma il suo significato si comprende solo presupponendo il concetto di scambio. Possiamo dire che all'analisi delle strutture dello spirito si giunga attraverso una scomposizione logica del «fatto sociale totale» che è a base del procedimento esplicativo. Questo fatto è appunto lo *scambio*, di cui i sistemi di regolamentazione del matrimonio, visti come modalità della proibizione dell'incesto, rappresentano altrettante varianti.

Escludere l'incesto, cioè una serie determinata di rapporti matrimoniali entro la consanguineità, significa orientare alla costituzione di un'altra serie di rapporti, in direzione diversa, fuori della consanguineità. È una limitazione, ma è anche un incentivo. È perciò un modo di organizzazione del gruppo ⁽⁶⁷⁾.

L'universalità del divieto segna un punto d'incontro tra natura e cultura; ed è significativo che questa convergenza sia individuabile in una regola ⁽⁶⁸⁾.

Non sfugge quanto ciò possa diventare importante per lo studio delle forme giuridiche, se non altro perché si riallacciano così i legami

⁽⁶⁴⁾ C. LÉVI-STRAUSS, *Linguaggio e società*, in *Antropologia strutturale*, cit., p. 70 ss., spec. p. 81. Vedi, nello stesso volume, altri scritti degli anni 50, nella stessa direzione: ad es., p. 83 ss.; 309 ss.

⁽⁶⁵⁾ O. POMPEO FARACOVÌ, *op. cit.*, p. 218 s.

⁽⁶⁶⁾ Vedi C. LÉVI-STRAUSS, *Le strutture elementari della parentela*, a cura di A. M. Cirese, p. 49 s.; 139 ss. Cfr. P. CARUSO, *op. cit.*, p. 22 ss.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. S. MORAVIA, *op. cit.*, p. 175 ss. Vedi C. LÉVI-STRAUSS, *Le strutture elementari*, cit., p. 91; 98 s.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. C. LÉVI-STRAUSS, *Le strutture elementari*, cit., p. 46 s.

tra il diritto e la natura, pur seguendo vie diverse da quelle della tradizione giusnaturalistica.

Vediamo anzitutto che per Lévi-Strauss la regola matrimoniale riempie un vuoto della natura. Questa impone l'accoppiamento, ma non ne determina le modalità, che sono quindi un prodotto culturale ⁽⁶⁹⁾. La proibizione dell'incesto è assunta come la forma più generale d'intervento nel vuoto esistente entro la natura. Ma il problema di un intervento (cioè del sorgere di un'organizzazione) non si pone soltanto nel caso specifico della regolamentazione matrimoniale: « viene invece sollevato ed è risolto per l'affermativa, ogni volta che il gruppo deve affrontare l'insufficienza o la distribuzione casuale di un bene il cui uso abbia importanza fondamentale » ⁽⁷⁰⁾. Nelle norme matrimoniali questo bene oggetto di scambio sarebbe rappresentato dalle donne ⁽⁷¹⁾.

Si costituisce quindi un ordine nella vita del gruppo per assicurare la distribuzione, per stabilire diritti ed obblighi in un quadro di reciprocità. Se esaminiamo nel contesto dell'indagine i concetti giuridici di diritto e di obbligo impiegati da Lévi-Strauss, vediamo che queste situazioni soggettive nascono da comportamenti concreti, fissano l'avvenuta integrazione tra i soggetti, ma ci appaiono come schemi in qualche modo presupposti alle esperienze psico-sociali ove si sviluppano. « Lo schema concettuale impone e definisce le varie pratiche » ⁽⁷²⁾.

È la medesima condizione di priorità logica in cui si trova lo scambio rispetto ad ogni regola che ne stabilisca le forme particolari, perché lo scambio corrisponde a strutture mentali universali, cui spetta di riempire il vuoto nella natura ⁽⁷³⁾. Movendo da esse si sostituisce l'ordine al caso, e mi sembra che Lévi-Strauss le consideri in sostanziale continuità con la natura.

Infatti nel rapporto tra pensiero e natura può cogliersi la distanza di Lévi-Strauss dal soggettivismo kantiano. La convinzione che le strutture dello spirito siano uguali a quelle del mondo naturale legittima una rinnovata fiducia nella scienza. Ciò spiega anche perché Lévi-Strauss sia in polemica con gli indirizzi bergsoniani diffusi in Francia all'epoca della sua formazione:

« Malgrado gli atti di fede o le dichiarazioni di principio del bergsonismo, che riducono esseri e cose a un unico denominatore per farne meglio risaltare la natura ineffabile, ero venuto nella convinzione che esseri e cose potevano conservare i loro valori senza perdere la nettezza di contorni che delimitano ciascuno di essi in rapporto agli altri e che danno ad ognuno una struttura intelligibile. La conoscenza non consiste in una rinuncia o in un baratto, ma in

⁽⁶⁹⁾ *Op. ult. cit.*, p. 74.

⁽⁷⁰⁾ C. LÉVI-STRAUSS, *op. ult. cit.*, p. 75.

⁽⁷¹⁾ Su questo punto cfr. C. LÉVI-STRAUSS, *Antropologia strutturale*, cit., p. 76.

⁽⁷²⁾ Così si legge nel *Pensiero selvaggio*, cit., p. 145. Cfr. C. LÉVI-STRAUSS, *Le strutture elementari*, cit., pp. 108-111.

⁽⁷³⁾ C. LÉVI-STRAUSS, *op. ult. cit.*, p. 100 ss.; 139 ss.

una selezione degli aspetti 'veri', di quelli, cioè, che coincidono con le particolarità del mio pensiero; non perché, come pretendevano i neo-kantiani, queste esercitassero sulle cose una inevitabile pressione, ma piuttosto perché il mio stesso pensiero è un oggetto. Essendo di 'questo mondo' esso partecipa della sua stessa natura » (74).

Nello spirito o nella mente sta il principio trascendentale non solo della conoscenza, ma anche del costituirsi di regole che ordinano l'agire umano; quindi anche il fondamento del diritto, senza scissioni rispetto al mondo naturale.

Da tutta l'opera di Lévi-Strauss e non solo dalle *Structures élémentaires* si ricava una teoria generale delle regole in cui il giurista può trovare problemi non nuovi e spunti significativi. Viene riproposto l'obiettivo di un sapere unificato entro il quale le forme del diritto appaiano connesse all'insieme dei modelli che sorreggono ed orientano la vita sociale (75).

È un'esigenza valida, anche se è necessario mettere in luce come questo nesso di modelli e quindi di pratiche sia proiettato da Lévi-Strauss in un momento anteriore (e indifferente) rispetto alla storia concreta del diritto e dei rapporti sociali.

Da un lato quindi vi è la base delle regole che possiamo definire, per intenderci, trascendentale, ma che non si unifica nel soggetto, coincidendo invece con la totalità che il soggetto raggiunge negandosi. Vediamo qui una specie di giusrazionalismo che si fonde singolarmente con motivi anticartesiani: la negazione dell'io come principio di un'etica altruistica. Dall'altro lato vi sono le istituzioni giuridiche e le norme positive: « modelli coscienti », la cui funzione consiste nel perpetuare le credenze e gli usi piuttosto che esporne le molle segrete.

Resta la necessità di dare evidenza al fondamento del diritto. L'osservazione empirica si intreccia perciò con il filosofema.

A proposito delle forme di parentela, Lévi-Strauss sostiene che la base universale di ogni sistema di regole può scoprirsi anche in via, per così dire, induttiva, attraverso lo studio del pensiero infantile. Risulta in questo particolarmente netto l'itinerario che va dal desiderio esclusivo di possesso all'accettazione dell'arbitrato, per raggiungere « l'attitudine a condividere e ad attendere il proprio turno »: in breve, il sentimento della reciprocità, la legge interna dello scambio.

(74) C. LÉVI-STRAUSS, *Tristi Tropici*, cit., p. 54. Cfr. anche C. LÉVI-STRAUSS, *Storia e dialettica*, cit., p. 270; 291, nt. 2. Sul pensiero come « cosa tra cose » vedi le pagine lucidissime di A. SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 72-78.

(75) Vedi C. LÉVI-STRAUSS, *Antropologia strutturale*, cit., p. 81. Qui è esplicito il rinvio dal diritto (assunto come manifestazione della vita in società) alle leggi universali in cui consiste l'attività inconscia dello spirito. Riguardo al diritto ed alle istituzioni, v. anche *Antropologia strutturale*, cit., p. 313 s. (sulle norme come « modelli coscienti »); *Tristi Tropici*, cit., p. 402 s. (sulle istituzioni gli usi, i costumi, come « efflorescenza »; cfr. A.-J. ARNAUD, *Structuralisme*, cit., pp. 297-298; S. MORAVIA, *op. cit.*, p. 130).

Proprio il richiamo alla psicologia infantile mostra come l'autore si raffiguri qui le strutture fondamentali dello spirito passando attraverso lo stesso procedimento di negazione, di rimozione dei limiti del proprio io e della propria epoca che ritroviamo nel concetto di attività inconscia:

« Una volta posta la distinzione tra il fanciullo e l'adulto — ed abbiamo visto che non bisogna sopravvalutarne la natura — in che consiste infatti il rapporto fondamentale che si può stabilire tra le loro rispettive manifestazioni mentali? Sta nel fatto che il pensiero dell'adulto si costruisce intorno ad un certo numero di strutture (che esso precisa, organizza e sviluppa per il solo fatto di questo suo specializzarsi), le quali costituiscono soltanto una parte di quelle che inizialmente sono date, in maniera ancora sommaria ed indifferenziata, nel pensiero del fanciullo. In altri termini, gli schemi mentali dell'adulto divergono a seconda della cultura e dell'epoca cui ciascuno appartiene; ma sono tutti elaborati a partire da un fondo universale, infinitamente più ricco di quello di cui dispone ciascuna società particolare: nascendo, ogni fanciullo porta con sé, in forma embrionale, la somma totale delle possibilità di cui ogni cultura ed ogni periodo della storia si limitano a scegliere una parte, per mantenerle e per svilupparle... In rapporto al pensiero dell'adulto, il quale ha scelto e ha respinto conformemente alle esigenze del gruppo, il pensiero del fanciullo costituisce quindi una specie di sostrato universale, al cui livello non si sono ancora prodotte le cristallizzazioni, e dove resta ancora possibile la comunicazione tra forme ancora non completamente solidificate » (76).

Tutto ciò che è « altro » rispetto ai quadri culturali e mentali di cui dispone l'osservatore si recupera nel pensiero del fanciullo. Non ancora differenziato, esso è l'insieme delle potenzialità eterne che lo spirito umano utilizza nella storia, in modi diversi. È dunque la totalità.

Fin dalla *Thèse* sui sistemi di parentela, lo scopo del metodo strutturalistico è cogliere questa totalità: come dirà più avanti, l'ordine degli ordini (77), le leggi dell'attività inconscia dello spirito. È costruire una sintassi complessiva dei modelli. Ma è anche individuare i modelli a partire dalle differenze tra gli oggetti (78), in modo tale che l'insieme dei modelli comparati e collegati formi una sorta di declinazione (79).

Il procedimento costitutivo dei modelli non è riducibile all'induzione; ma d'altra parte, non si tratta neppure di una formulazione deduttiva che solleciti una verifica nei fatti. Vi è una costruzione di assiomi sorretti da complessi e minuziosi inventari e assunti « non a titolo di convenzioni arbitrarie, ma proprio come dati affermati costitutivi della struttura fondamentale umana » (80).

Riassumendo, già la comparazione come individuazione di differenze presuppone il modello, lo svela; e le leggi dell'attività dello spi-

(76) C. LÉVI-STRAUSS, *Le strutture elementari*, cit., p. 150.

(77) Cfr. C. LÉVI-STRAUSS, *Antropologia strutturale*, cit., p. 347.

(78) Cfr. S. MORAVIA, *op. cit.*, p. 198.

(79) Cfr. J. POUILLON, *op. cit.*, p. 776.

(80) Così G. DAVY, cit. da S. MORAVIA, *op. cit.*, p. 221, nt. 56, che dedica alcune considerazioni acute al procedimento di « assiomatizzazione categorica » caratteristico di Lévi-Strauss (*op. cit.*, pp. 218-222; ma v. anche sui limiti dell'induzione, p. 305; 350 ss.).

rito non sono che il risultato ultimo della costruzione di modelli a partire dalla comparazione. Ma questa procedura implica necessariamente una teoria gnoseologica, per cui la possibilità di connettere forme diverse di reali esistenti o possibili trova il proprio fondamento nella oggettività e naturalità dei meccanismi mentali. Ogni fatto, ogni realtà, in ultima istanza, è riducibile ad essi: le produzioni intellettuali, come gli accadimenti storici ⁽⁸¹⁾.

Il superamento delle forme di coscienza che sono alle spalle dell'osservatore e lo condizionano si realizza così nella scoperta non lineare ma problematica di questi meccanismi fondamentali.

Non credo sia possibile considerare la parte ora esposta del pensiero di Lévi-Strauss come un corpo estraneo inatteso rispetto all'insieme delle sue formulazioni teoriche. Altro problema sarebbe quello di stabilire se essa non rappresenti una forzatura sui procedimenti e sugli esiti del lavoro di ricerca etnografica da lui condotto ⁽⁸²⁾. Ma tale profilo esula dal nostro esame, che qui è limitato al terreno delle riflessioni dichiaratamente metodologiche, cioè allo strutturalismo come complesso di tecniche «sovradisciplinari».

Quanto si è detto è sufficiente a dimostrare la lontananza di Lévi-Strauss dal marxismo, a meno di non voler operare una serie di riduzioni, tra cui quella del concetto di produzione della vita materiale alla semplice e indeterminata idea di attività dello spirito (o del cervello) ⁽⁸³⁾. Con il pensiero di Marx, tuttavia, egli mostra di condividere un'esigenza — già messa in luce — di storicizzazione del presente ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸¹⁾ Cfr. C. LÉVI-STRAUSS, *Storia e dialettica*, cit., p. 276 ss.

⁽⁸²⁾ A questo problema mi pare che faccia riferimento M. GODELIER, *Logica dialettica e analisi delle strutture. Risposta a Lucien Sève*, in M. GODELIER - L. SÈVE, *Marxismo e strutturalismo*, Torino 1970, p. 99 ss., spec. p. 132 s.

⁽⁸³⁾ Cfr. M. GODELIER, *loc. ult. cit.*

⁽⁸⁴⁾ Vedi in proposito K. MARX, *Introduzione a 'Per la critica dell'economia politica'* (1857), in *Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica* (1857-1858), I ed., 1953 (l'*Introduzione* del '57 è stata invece pubblicata per la prima volta nel 1903), ora in trad. it., Firenze 1968-1970, I, p. 33 s. Qui l'auto-critica del presente è posta come condizione per intendere il passato. Il passo di Marx è utilizzato da C. LÉVI-STRAUSS, *Antropologia strutturale*, cit., p. 370. Ma come si è già detto, per il maestro dell'antropologia strutturale questa nozione di autocritica coincide con un atteggiamento di negazione, di rifiuto del proprio io. Marx ha analizzato un atteggiamento di questo genere, sottolineandone il carattere mistificatorio, nell'*Ideologia tedesca*. L'analisi si riferisce al pensiero di Stirner, e mette in luce come il «malcontento di sé» presupponga e celi un processo di identificazione con l'esistente. Esso coincide con il desiderio di «trarsi fuori da ciò che esiste», senza pensare che lo «stato di cose» è lo stato degli individui reali sussunti sotto la divisione del lavoro. L'impotenza del desiderio ne misura l'erroneità. Solo l'abolizione della divisione del lavoro, investendo il nesso rapporti sociali-individuo produce un mutamento reale. Cfr. K. MARX - F. ENGELS, *L'ideologia tedesca* (1845-1846), I ed. 1932, trad. it., II ed., Roma 1967, p. 365 s.; 368 (cfr. p. 8 s.; 12 ss.; 41). Si respinge in sostanza l'indeterminatezza del malcontento morale di se stessi, che non sa trasformarsi in malcontento di sé nell'ambito di un certo stato di cose, quindi in una spinta al superamento della situazione esi-

Tralasciando i contenuti ed il significato storico del metodo strutturalistico, l'esposizione di Pouillon, che già abbiamo ampiamente richiamato, ne fissa alcuni punti-chiave sotto il profilo formale. Vediamo le sue conclusioni.

L'*analyse structurale* consiste nel riconoscere tra gli insiemi ⁽⁸⁵⁾ che si raffrontano differenze che non sono pure alterità, ma indicano il rapporto comune secondo il quale si definiscono ⁽⁸⁶⁾. « Il nostro fine ultimo — ha precisato Lévi-Strauss — non consiste tanto nel sapere che cosa siano, ciascuna per conto proprio, le società su cui concentriamo il nostro studio, quanto quello di scoprire la maniera in cui differiscono fra di loro » ⁽⁸⁷⁾. Abbiamo già visto quali siano i risvolti morali di questo primato del diverso, dell'« altro », rispetto ad ogni egocentrismo.

Le variabili che spiegano le differenze — prosegue Pouillon — non si riferiscono a nessun'altra invariante che non sia la loro regola di variabilità. Dunque la struttura è essenzialmente la sintassi delle trasformazioni che fanno passare da una variante all'altra, e questa sintassi rende conto del loro numero limitato ⁽⁸⁸⁾.

Nel concetto di variante o di « scarto differenziale » mi pare che possano raccogliersi senza difficoltà tanto le differenze tra società contemporanee e non comunicanti, quanto quelle indotte in una stessa società da processi di mutamento. Si può costruire perciò la struttura di una sincronia come di una diacronia ⁽⁸⁹⁾.

Infine, se ci si domanda quale possa essere il rendimento concreto e la validità euristica di tali schemi, non credo sia utile rispondere limitandoci ancora al terreno metodologico, cioè a semplici presunzioni. È questo un problema che va risolto di volta in volta nell'ambito della ricerca. Là può verificarsi, entro il rapporto con oggetti determinati, a quali torsioni e adattamenti la teoria vada incontro, quanto essi giovino all'indagine, in che misura il metodo assunto come sovradiisciplinare diventi (per usare un'espressione di Della Volpe) « logica specifica dell'oggetto specifico ».

Nel campo degli studi giuridici, Arnaud ha ora il merito di aver applicato ad un'analisi concreta i modelli dello strutturalismo, rifacendosi in particolare alle tesi di Lévi-Strauss. Egli ha messo in luce, oltre l'apparenza del sistema individualistico del codice, la sua struttura interna prevalentemente autoritaria; nel medesimo tempo ha ri-

stante, presa nel suo complesso, valutata nella sua realtà (storica, cioè costituita) e nelle sue condizioni generali di trasformazione.

⁽⁸⁵⁾ L'autore usa questo termine per riferire esplicitamente il discorso ai medesimi oggetti concettualizzabili mediante la nozione di struttura come organizzazione.

⁽⁸⁶⁾ J. POUILLON, *op. cit.*, p. 774.

⁽⁸⁷⁾ C. LÉVI-STRAUSS, *Antropologia strutturale*, cit., p. 361.

⁽⁸⁸⁾ J. POUILLON, *op. cit.*, p. 775.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. al riguardo A. J. GREIMAS, *Structure et histoire*, in *Les Temps modernes*, 22, 1966, cit., p. 815 ss.; A.-J. ARNAUD, *Structuralisme et droit*, cit., p. 289 ss.

proposto, in modo più netto, l'idea di un impianto logico sottostante alle regole, mai negato o superato dal processo storico ed innalzato invece a presupposto delle sue combinazioni.

5. L'indagine di Arnaud si apre con l'enunciazione di alcune metafore. Anzitutto la figura del *gioco*, che rappresenta la vita degli uomini in società; poi quella della *pace*, usata per indicare il complesso dei presupposti che assicurano stabilmente una posizione di dominio. Il gioco rimanda alle proprie regole, che si identificano con il diritto vigente, nella misura in cui questo s'impone a tutti i consociati ⁽⁹⁰⁾. L'osservanza delle regole coincide con l'effettività del dominio e, nei diritti moderni, con la pace borghese, con il sistema dell'individualismo e le sue garanzie.

L'autore introduce il concetto di «umanismo giuridico» per designare unitariamente questo insieme di situazioni e di ideologie. Non si tratta di uno schema d'indagine storiografica, ma piuttosto della denominazione di un atteggiamento mentale: la preoccupazione costante di giuristi consapevoli del posto essenziale che l'uomo occupa nella determinazione di un sistema normativo. Al fondo di questo atteggiamento vi è però qualcosa di più: si considera l'uomo «un essere strutturalmente invariabile» ⁽⁹¹⁾. Possiamo rilevare come una simile convinzione corrisponda bene alle tesi di Domat che abbiamo visto sopra, riguardanti il rapporto fra diritto e natura umana.

Per lo strutturalismo di Lévi-Strauss soltanto la totalità è invariabile, e in essa tutte le regole virtuali trovano un fondamento. Arnaud affronta l'analisi del *Code civil* utilizzando questa premessa teorica, che rende possibile, accanto alla riduzione dell'oggetto in schemi dedotti da un ordine complessivo e metaempirico, anche la formulazione di giudizi di valore.

L'autore spiega perché il diritto privato rappresenti meglio le relazioni tra gli uomini di quanto non faccia il diritto penale ⁽⁹²⁾. Questo reprime le attitudini antisociali; indica ciò che è contrario all'ordine, ma non ci dice quale sia l'ordine. Nella concezione umanistica-borghese le norme penali sono un'estensione del diritto civile; tutelano il singolo mediatamente, consolidando lo stato che ne costituisce il presidio, o immediatamente, proteggendo il suo patrimonio. Il singolo ci appare definito come individuo libero, uguale e (potenzialmente) proprietario. Perciò, solo nella sfera del diritto privato si stabilisce quali siano i beni tutelati, o — come dirà più avanti Arnaud — le poste in gioco.

Scartata l'ipotesi di una ricostruzione genetica, l'autore si propone di decifrare il sistema del codice. Ma, una volta messo da parte l'organicismo che ancora dominava il saggio di Jean Ray, oggetto del-

⁽⁹⁰⁾ A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale*, cit., p. 4.

⁽⁹¹⁾ A.-J. ARNAUD, *Essai*, cit., p. 9.

⁽⁹²⁾ A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, p. 13 s.

l'indagine non è più il sistema della tradizione privatistica; l'ordine che il ricercatore vuol portare alla luce non coincide con le forme che i legislatori e la dottrina hanno scelto per l'organizzazione logica e l'apprendimento degli enunciati normativi ⁽⁹³⁾.

Anche su questo punto si ripropone la linea teorica tracciata da Lévi-Strauss. Sono significative le osservazioni con le quali il maestro dell'antropologia strutturale commenta, in una lettera di cui è riportato uno stralcio, il progetto della ricerca di Arnaud: «appliquée au Droit des sociétés contemporaines, l'analyse structurale y découvrirait des codes qui démentiraient souvent le Code. Toute la question est là, elle tourne autour de la notion de 'décodage': tout structuraliste est par essence un juriste, mais qui reprocherait volontiers aux juristes de profession de ne pas chercher le 'code' là où il est» ⁽⁹⁴⁾.

Il *décodage* viene perseguito in primo luogo attraverso un'analisi del *Livre préliminaire* del Progetto dell'anno VIII redatto da Portalis. L'autore isola in questa parte del progetto, legata alla tradizione giusnaturalistica, alcuni «livelli» (cioè aspetti della regolamentazione introduttiva raggruppabili intorno a punti di vista unificanti). A partire da essi si propone poi di affrontare la lettura del codice ⁽⁹⁵⁾.

Vengono distinti i livelli di ispirazione della norma da quelli di applicazione. Tra i primi: la sottomissione delle leggi positive al diritto naturale ⁽⁹⁶⁾; la definizione complessa della giuridicità delle azioni in rapporto ad un sistema duplice: legge naturale e legge positiva ⁽⁹⁷⁾; l'attribuzione della universalità ed immutabilità al diritto naturale, della territorialità e stabilità temporale (*longevité*) alle leggi positive, mentre i regolamenti sono variabili ⁽⁹⁸⁾.

Tra i livelli di applicazione: il materializzarsi della legge nella disciplina di fatti individuali colti nella loro generalità, che significa non solo indifferenza per il variabile e l'istantaneo, ma assunzione dell'utilità comune a scopo della legge ⁽⁹⁹⁾; l'efficacia spaziale e temporale della norma, cioè la portata dei limiti segnati alla libertà individuale; l'autosufficienza della legge, che comporta subordinazione dei magistrati e dei giuristi ⁽¹⁰⁰⁾.

Secondo Arnaud, nella redazione definitiva dell'anno XII il titolo preliminare rivela un mutamento netto di prospettiva. Ci si è allontanati dal giusnaturalismo; si separa ormai rigorosamente il diritto dalla morale e si afferma il primato della legge scritta, escludendo *coutume* e giurisprudenza dalla nozione stessa di diritto. Questo ab-

⁽⁹³⁾ *Op. cit.*, p. 15 ss.

⁽⁹⁴⁾ *Op. cit.*, p. 21.

⁽⁹⁵⁾ *Op. cit.*, p. 25 ss.

⁽⁹⁶⁾ *Op. cit.*, pp. 27-29.

⁽⁹⁷⁾ *Op. cit.*, p. 29 s.

⁽⁹⁸⁾ *Op. cit.*, p. 30 s.

⁽⁹⁹⁾ *Op. cit.*, pp. 34-36.

⁽¹⁰⁰⁾ *Op. cit.*, pp. 36-40.

bandono delle idee giusnaturalistiche spiega perché la legislazione napoleonica, a parte certe definizioni generali (celebre quella della proprietà), tenda a restringere fortemente la libertà dell'individuo ⁽¹⁰¹⁾.

Eccoci dunque di fronte ad un processo storico formalizzato attraverso la rilevazione di differenze tra due oggetti. Non si può non sottolineare da un lato la povertà degli oggetti sottoposti ad analisi rispetto all'insieme di situazioni politico-giuridiche di cui la formazione del codice è intessuta, dall'altro l'indeterminatezza degli schemi giusnaturalismo-positivismo.

Viene ora assunta come chiave euristica per tutta l'analisi del codice la contraddizione interna fra ordine delle norme positive sovrastante la sfera privata e libertà evocata dalle definizioni che ancora s'ispirano alla teoria giusnaturalistica. Quest'ordine che si impone ai singoli è espresso in modi diversi. È una specie di equilibrio, considerato rispondente all'interesse di tutti, anche se sacrifica alcuni.

Non manca una conciliazione teorica tra autodeterminazione e sistema dei limiti, tra libertà individuale ed interesse pubblico. Essa risiede nei due principi della proprietà e del consensualismo. Questa parte del discorso di Arnaud richiama alla mente il nesso più di una volta ricorrente nella tradizione giusprivatistica e teorizzato da Pufendorf per primo, tra le forme storiche di distribuzione dei beni ed il principio del libero consenso, che le spiega e le legittima. Ma l'ipotesi di un'organizzazione consensuale della società è solo una finzione, che serve ad immaginare l'esistenza della libertà, anche laddove manchi ogni possibile esercizio di essa.

Il sistema privatistico distingue infatti il piano della capacità giuridica, ove i diritti soggettivi non hanno che un valore virtuale, dalla possibilità materiale di compimento degli atti, che son divenuti realizzabili con l'acquisizione della relativa capacità ⁽¹⁰²⁾. Il riferimento ad un punto di vista generale, ad un'utilità superiore giustifica e idealizza la privazione di molti.

In realtà quindi il contrasto fra libertà ed interesse pubblico non viene superato. Arnaud spiega le riduzioni di autonomia dei singoli e lo scarto tra capacità e godimento, come manifestazioni di un dilemma tra assoluto e limiti umani. A tale opposizione ci riportano il concetto giuridico di ordine pubblico, quello di buon costume e la stessa autorità della morale nella convivenza organizzata: vincoli diversi coi quali si comprime la libertà ⁽¹⁰³⁾.

Si tratta di vedere quale sviluppo abbia il dilemma nel *Code civil*, e a questo punto l'autore ricorre ad uno schema teorico già ampiamente utilizzato da Lévi-Strauss. Parte cioè dalla nozione di scambio per analizzare le regole; così la sua analisi diventa costruzione e compa-

⁽¹⁰¹⁾ *Op. cit.*, p. 45.

⁽¹⁰²⁾ *Op. cit.*, p. 47.

⁽¹⁰³⁾ *Op. cit.*, pp. 43-50.

razione di varianti rispetto a tale figura. Riassumendo in anticipo il senso delle varianti, egli scrive che il tipo di scambio delineato dal codice è essenzialmente limitativo. Esistono, in altre parole, numerose restrizioni alla libertà del singolo ed alla facoltà di stringere contratti, che vanno esaminate come soluzioni di problemi non storici, ma « fondamentali dell'uomo ». Le regole non si individuano a partire dalla società che le ha prodotte, ma piuttosto definendo l'equilibrio che esse creano tra i bisogni umani, tra gli stati psicologici a cui sono sottese.

Rifacendosi ancora a Lévi-Strauss, Arnaud osserva: « Nous sommes ici, en connotation, au niveau de l'activité inconsciente de l'esprit... »⁽¹⁰⁴⁾. È su questo piano l'equilibrio tra bisogno di permanenza e di cambiamento, che si trova nel rapporto diritto naturale-leggi positive.

Così, le opposte esigenze di rigore e flessibilità trovano risposta in un dosaggio di legislazione e giurisprudenza. Il bisogno di sicurezza e il desiderio di mobilità appaiono soddisfatti dalle norme in tema di abrogazione e retroattività delle leggi. Questi stati psicologici che occorre mettere in ordine nascono appunto dalla già rilevata contraddizione tra assoluto e limiti umani. Come fa lo stregone nelle pratiche magiche di terapia, il legislatore fornisce un linguaggio capace di riorganizzare entro una sequenza ordinata le situazioni di squilibrio o di disagio, ove si rende necessario l'intervento dell'autorità e della regola⁽¹⁰⁵⁾.

Se l'angoscia è vista come la base psicologica di ogni attività normativa, il problema umano da cui sorgono le leggi, mi sembra che secondo Arnaud la soluzione del *Code civil* consista in un ordine fondato su una serie di procedimenti di emarginazione. Questi vengono occultati dall'ideologia individualistica; si celano dietro la libertà e l'uguaglianza formalmente attribuite ai membri disuguali della società civile.

L'autore si chiede anzitutto quali siano le persone ammesse allo scambio e indica per questi (i « giocatori ») un primo requisito: l'adesione ad un gruppo, l'integrazione del singolo secondo modalità che definiscono un vero e proprio statuto personale. Vengono esaminate le norme del codice in tema di domicilio (artt. 102-116). L'inserzione locale è una determinazione dell'individuo e stabilisce limiti rigidi alla sua libertà. Il singolo sottomesso dalla nascita a tali regole si trova nell'obbligo di aderire al gruppo nel quale è stato inserito per caso o in seguito ad una scelta compiuta secondo condizioni tassative. Il vagabondo, privo di domicilio, è emarginato dal gruppo e di lui si occupa il codice penale. Un'ipotesi di integrazione limitata è quella dello straniero. Egli gode dei diritti civili solo in condizioni di reci-

⁽¹⁰⁴⁾ *Op. cit.*, p. 51.

⁽¹⁰⁵⁾ *Op. cit.*, p. 54 s. Cfr. C. LÉVI-STRAUSS, *Lo stregone e la sua magia*, in *Antropologia strutturale*, cit., p. 189 ss.; ID., *L'efficacia simbolica*, in *Antropologia strutturale*, cit., p. 210 ss.

procià, o meglio di simmetria tra le regole del gruppo da cui proviene e quelle del gruppo che lo accoglie ⁽¹⁰⁶⁾.

Tali considerazioni bastano già a mostrare, secondo l'autore, il significato ideologico di mascheramento che ha l'art. 7: «L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle». Non mi sembra però che qui si vogliano attribuire, come ritiene Arnaud, i diritti civili all'uomo piuttosto che al cittadino; si stabilisce soltanto la separazione, l'indipendenza reciproca tra esercizio dei diritti civili e riconoscimento dei diritti politici. Sono diverse le basi normative di queste due categorie di diritti, diverse le sfere di attività cui si riferiscono. Le norme privatistiche fissano limiti alla libertà, cioè, seguendo l'impostazione dell'autore, allo scambio, mentre la legge costituzionale prevede le condizioni di acquisto della cittadinanza e di partecipazione all'esercizio della «puissance publique».

Altra figura sociale nei cui confronti si applica un procedimento di emarginazione è l'assente. In due tempi e passando attraverso due stadi di accertamento, la presunzione e la dichiarazione d'assenza, l'individuo che ha lasciato la sua residenza abituale ed interrotto i rapporti di cui era parte viene abbandonato dal gruppo, e ciò al fine di riattivare lo scambio ⁽¹⁰⁷⁾.

Anche nelle modalità secondo le quali i singoli aderiscono al gruppo, e si determinano le varie classi di giocatori, riaffiora l'emarginazione. Esistono individui il cui statuto è quello di esseri giuridicamente imperfetti, sia che possiedano solo in linea di principio la piena capacità, sia che questa risulti diminuita o estinta: casi che i civilisti definiscono attraverso variazioni nella coppia capacità-godimento ⁽¹⁰⁸⁾.

Il primo giocatore preso in esame, al quale è riconosciuta piena capacità, è il maschio entrato nella vita adulta in seguito al raggiungimento della maggiore età o ad emancipazione (art. 372; 377). In parte diversa è la posizione della donna maggiorenne non sposata (o vedova non rimaritata senza figli), cui sono preclusi alcuni comportamenti giuridicamente rilevanti: per esempio la testimonianza relativa al testamento (art. 980).

La donna sposata o la vedova non rimaritata madre di famiglia partecipa ancora meno al gioco. Sceglie il più delle volte per lei un maschio adulto, marito o tutore. La discriminazione del soggetto femminile è tratteggiata qui nei suoi aspetti formali. Sembra che il legislatore si sia preoccupato soprattutto di limitare l'intervento della donna nell'amministrazione del patrimonio familiare. Ricordiamo in proposito l'art. 442. Il sesso femminile è posto come causa di esclusione dalla tutela, fatta eccezione per la madre e le ascendenti, o per

⁽¹⁰⁶⁾ A.-J. ARNAUD, *Essai*, cit., pp. 59-63.

⁽¹⁰⁷⁾ *Op. cit.*, p. 63 s.

⁽¹⁰⁸⁾ *Op. cit.*, p. 64 ss.

la moglie dell'interdetto (cfr. art. 507). Il richiamo alla madre ed alle ascendenti può essere riferito alle vedove non rimaritate. Nel caso di un nuovo matrimonio, infatti, vi sarebbe un marito da nominare co-tutore; e questo concorso andrebbe guardato anch'esso sullo sfondo della subordinazione della donna al marito (cfr. art. 213; 108; 214).

Ma l'art. 394, non esaminato da Arnaud, mostra come il sesso femminile sia motivo di scusa rispetto ad un'attribuzione di tutela alla madre. Mi pare che si riproponga così, nonostante la riserva di cui all'art. 442 (« Ne peuvent être tuteurs, ni membres de conseils de famille... les femmes, autres que la mère et les ascendantes... »), un meccanismo di compressione della libertà della donna, che passa attraverso la sua stessa volontà, condizionata dal costume e dalle ideologie dominanti. La strada è aperta perché il soggetto femminile rinunci spontaneamente all'amministrazione del patrimonio familiare, nei rari casi in cui questa non gli è preclusa per legge.

Gli esempi citati danno ragione ad Arnaud quando denuncia la disuguaglianza tra uomo e donna, la limitata partecipazione di quest'ultima allo scambio. Basta rammentare l'art. 1388, per vedere come il primato maritale sia molto chiaro nel codice: « Les époux ne peuvent déroger ... aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef ... ». L'ultima proposizione, una volta che si è parlato di diritti derivanti dalla *puissance maritale*, sembra superflua e tuttavia sottolinea l'idea di sovranità nel potere dell'uomo sulla donna e sui figli.

Vengono poi esaminate altre limitazioni. Il minore e l'interdetto sono esclusi dal gioco e bisognosi di sostegno da parte di un soggetto valido. Infine la posizione più grave è quella del morto civilmente, nei cui confronti si ha un'interruzione netta degli scambi (« Cette absence de statut est son statut ») ⁽¹⁰⁹⁾.

Soffermandosi ancora sulla condizione femminile, l'autore richiama l'art. 215, secondo il quale la donna sposata non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del marito.

In apparente contrasto con tale regola è l'art. 216: « L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police ». Siamo di fronte ad una « illusione di libertà ». La donna è sottratta all'autorità maritale, per cadere « tra le mani della giustizia » ⁽¹¹⁰⁾.

Il rapporto fra sottomissione privata e repressione pubblica che Arnaud mette in luce ci appare analogo a quello per cui nel diritto romano gli schiavi che commettersero un *crimen* erano sottratti alla *potestas* del *pater* ed esposti ad un procedimento penale pubblico.

⁽¹⁰⁹⁾ *Op. cit.*, p. 69.

⁽¹¹⁰⁾ *Op. cit.*, p. 75 ss.

Esaminati i personaggi dello scambio, si passa a considerare i suoi oggetti, divisi in tre categorie: persone, beni, servizi ⁽¹¹¹⁾.

Nel codice le persone non figurano come oggetto di diritti; tuttavia, secondo l'autore, possono cogliersi residui di reificazione. È ancora lo stato di dipendenza della donna dal marito ad offrire le tracce di un simile rapporto. Il fatto che la donna sia tra i primi oggetti di scambio era stato uno dei risultati dell'indagine di Lévi-Strauss sui sistemi di parentela. Arnaud utilizza quelle conclusioni, ma la reificazione di cui parla non si incardina in una fase storica determinata dei rapporti giuridici tra uomo e donna. È piuttosto un modello teorico che sembra però in contraddizione con la figura della donna delineata finora, come soggetto di statuti personali che ne limitano la facoltà di scambio.

Qui in realtà si usano le tesi di Lévi-Strauss ricavate da studi etnologici per disegnare la faccia « primitiva » e l'origine ideale della emarginazione della donna. Ma ciò non aiuta affatto a comprenderne le condizioni effettive nel *Code civil* e nella società sottostante.

Altri oggetti di scambio sono i beni — tra cui più importanti gli immobili — ed i servizi.

In questa terza categoria vengono unificati, attraverso una denominazione comune, oggetti diversi. Il termine *services* indica nel codice le prestazioni rese da domestici ed operai (*gens de travail*: artt. 1779-1781), in base a contratti di locazione; ed è anche riferito alle servitù prediali. Si può quindi parlare di servizi personali e servizi fondiari.

Muovendo da questi dati del linguaggio normativo, Arnaud compie due operazioni che gli servono per rapportare la materia complessiva del codice al modello dello scambio (e per costruire, più in là, gli istituti come varianti rispetto ad esso).

Da una parte dilata il concetto di servizi personali, facendovi rientrare ogni comportamento capace di adempiere ad un obbligo di fare o non fare; dall'altra stringe, oltre il piano linguistico, un preciso nesso teorico tra questa idea di servizi e le servitù prediali. Parlare di servitù imposte ai fondi è solo, secondo Arnaud, una finzione giuridica. Ciò che rileva, nel rapporto interindividuale, è il fare o non fare del proprietario del fondo.

A questo punto l'indagine si sposta sulle varianti relative allo scambio, di cui già sono stati definiti i termini, sulla *partie en action* ⁽¹¹²⁾. Per comprendere in che cosa consista questa fase dinamica, possiamo richiamare l'art. 711: « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations ». A cominciare da questo punto, tutti i rapporti sono

⁽¹¹¹⁾ *Op. cit.*, p. 80 ss.

⁽¹¹²⁾ *Op. cit.*, p. 91 ss.

analizzati e ordinati in base alla loro rispondenza ai seguenti schemi: simmetria, riflessività, antisimmetria, transitività ⁽¹¹³⁾.

Tra questi la simmetria e l'antisimmetria sono i più immediatamente comprensibili e ricordano la tradizionale figura del *συνάλλαγμα*: si misura cioè la corrispondenza fra prestazioni e comportamenti reciproci delle parti. Per la transitività e la riflessività sarebbero state opportune definizioni più esaurienti. Sembra che la transitività indichi l'operazione per cui un soggetto entra in rapporto con un altro, assumendo la condizione di un terzo già legato a questo; mentre la riflessività designa la situazione, considerata isolatamente, di un soggetto (il socio) che conferisce qualcosa con altri nel proprio interesse e può ricavare benefici da tale atto. Se questo è il senso delle due ultime categorie, mi pare che esse presuppongano sempre rapporti simmetrici o antisimmetrici: nel primo caso tra il soggetto con cui si entra in rapporto e l'altro di cui si assume la condizione; nel secondo caso tra il soggetto e l'entità destinataria delle dazioni o distributrice degli eventuali benefici.

Senza voler ripercorrere l'intera classificazione, vediamo alcuni dei suoi risultati più significativi, nell'analisi degli istituti e nella rilevazione di differenze tra questi.

In effetti la partita — osserva l'autore — comincia davvero a giocarsi con le donazioni e le obbligazioni ⁽¹¹⁴⁾. Ciò che individua le prime è la gratuità: è la loro differenza rispetto agli altri contratti e più in generale rispetto alla figura dello scambio ⁽¹¹⁵⁾.

Seguendo l'ordine del terzo libro del codice, si mette in luce nell'accessione e nell'occupazione un rapporto « antisimmetrico » tra l'ipotesico soggetto che ha ceduto il bene ed il soggetto che lo riceve. Lo stesso vale per l'invenzione, in cui lo scopritore e il proprietario del terreno hanno lo stesso tipo di rapporto con chi ha abbandonato il bene. Alla dazione corrisponde un'accettazione non contestuale e non una dazione in senso inverso. Così nel regime successorio vi sono rapporti di transitività, ma manca la simmetria.

Sembra invece simmetrico il contratto di vendita. Alla dazione della cosa corrisponde la dazione del prezzo; ma poichè gli oggetti sono diversi, la simmetria è imperfetta.

Il modello di relazione simmetrica perfetta è offerto dal contratto di scambio (art. 1702) « *par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* ». Si distingue dallo scambio la locazione di cose (art. 1709). Da una parte *faire jouir*: si dà un certo godimento (uso) della cosa. Dall'altra *rendre*: si restituisce la cosa diminuita del suo uso e si paga il prezzo.

⁽¹¹³⁾ *Op. cit.*, p. 94 ss.

⁽¹¹⁴⁾ *Op. cit.*, p. 92.

⁽¹¹⁵⁾ *Op. cit.*, p. 97 ss.

Anche nella locazione d'opera (art. 1710) si ha simmetria imperfetta perché ad un servizio corrisponde una dazione di denaro.

Con il contratto di società sembra che si esca dal tipo simmetrico ⁽¹¹⁶⁾: « deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commune dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». Si hanno in questo caso due (o più) soggetti, che mettono qualcosa in comune, simultaneamente; e vi è un'entità separata, la società, che è destinataria di ogni dazione. In seguito ha luogo una divisione dei benefici, ugualmente simultanea. Si ha quindi una dazione in senso inverso dalla società alle parti, ed il rapporto, visto in questa luce, appare ancora simmetrico, mentre per ognuno dei soggetti conferenti si parla di riflessività. L'unione dei giocatori (soci) funziona come garanzia per il raggiungimento dello scopo.

Un tipo particolare di società è l'associazione coniugale relativa ai beni (art. 1387). La variante più vistosa si ha nell'assenza di una dazione in senso inverso a favore dei coniugi. I beni non son stati conferiti per una successiva ripartizione degli utili risultanti da rapporti fra società e terzi, ma in vista del funzionamento stesso della società coniugale ⁽¹¹⁷⁾.

Arnaud definisce poi in termini di simmetria imperfetta il comodato (artt. 1865-1879) ⁽¹¹⁸⁾. Alla dazione corrisponde qui la restituzione della cosa usata, cioè diminuita dell'uso che ne è stato fatto. Non è lo stesso nel prestito di consumo (artt. 1892-1897), dove alla dazione segue la restituzione del *tantundem*. L'opposizione *chose - même chose*, che traccia un rapporto simmetrico, distingue questo prestito dal modello dello scambio, caratterizzato dalla coppia *chose - autre chose* ⁽¹¹⁹⁾.

Nel prestito ad interesse o con costituzione di rendita (artt. 1905-1914) si introduce, accanto alla controprestazione, una dazione di denaro che rende imperfetta la simmetria. Il contratto di deposito è invece a sua volta caratterizzato da una simmetria perfetta. Si tratta per il depositario di conservare la cosa data e di restituirla in natura. Il rapporto si differenzia dallo scambio perché la seconda dazione non ha ad oggetto un'altra cosa. Messa in luce l'analogia tra deposito e sequestro, ed insieme chiarito il carattere di transitività di quest'ultimo, per cui la cosa può essere restituita ad un soggetto diverso da colui che l'ha data, Arnaud passa ad esaminare i contratti aleatori, che occupano un intero titolo del codice (L. III, tit. XII) ⁽¹²⁰⁾.

Il legislatore accorda o no la sua tutela a seconda che il rischio possa essere dominato o no dal potere dell'uomo: nel gioco prevede un'azione a tutela del vincitore solo quando vi sia questione di de-

⁽¹¹⁶⁾ *Op. cit.*, p. 100.

⁽¹¹⁷⁾ *Op. cit.*, p. 101 ss.

⁽¹¹⁸⁾ *Op. cit.*, p. 103.

⁽¹¹⁹⁾ *Op. cit.*, p. 104 s.

⁽¹²⁰⁾ *Op. cit.*, p. 105 ss.

strezza e di abilità fisica; nella rendita vitalizia continua a riconoscere un diritto alla percezione anche dopo la morte civile, che a differenza di quella naturale non è incontrollabile dall'uomo. Nell'assicurazione abbiamo due distinti rapporti, quando l'alea non si verifica e quando si verifica. Entrambi sono di simmetria imperfetta. Nel primo alla dazione di denaro corrisponde un servizio reso dall'assicuratore garantendo. Nel secondo alla dazione di denaro corrisponde un servizio riducibile ad un'altra dazione di denaro. Se diamo per scontata tale riduzione si può anche parlare di simmetria perfetta.

Un'altra relazione simmetrica perfetta si ha nel mandato, quando al conferimento del potere segue l'accettazione del mandatario ⁽¹²¹⁾. Nel mandato retribuito, ad un servizio corrisponde un altro servizio aumentato dalla dazione di una somma di denaro. È ancora visibile un rapporto di transività, poiché attraverso il mandatario si stabilisce una comunicazione tra il mandante e il terzo.

Nella prestazione di garanzia tra garante e debitore vi è una simmetria perfetta, mentre tra il garante e il creditore vi è transività, cioè una comunicazione non rapportabile allo scambio ⁽¹²²⁾.

La transazione (art. 2044) è una relazione simmetrica perfetta ma negativa, consistente in una doppia e reciproca rinuncia delle parti ⁽¹²³⁾.

Con il pegno siamo davanti ad una relazione antisimmetrica (la dazione in pegno) che si sovrappone ad un rapporto preesistente. Se questo rapporto non trova esecuzione, il creditore può ottenere che il pegno copra l'inadempimento. Altrimenti si ha una dazione (dell'oggetto del pegno) in senso inverso e, come nel deposito, simmetria perfetta ⁽¹²⁴⁾.

Si analizzano infine i quasi-contratti ⁽¹²⁵⁾. La gestione di affari è simile al mandato, con una differenza: mentre questo nasce da un rapporto simmetrico, la *negotiorum gestio* nasce da una relazione antisimmetrica, anche se in seguito alla ratifica o all'accertata utilità della gestione da cui nascono obbligazioni a carico dell'interessato, si ristabilisce la simmetria. Vi è anche qui un rapporto di transività.

Nel caso di restituzione o ripetizione dell'indebito vi è ancora un rapporto di simmetria, perfetta se la seconda dazione ha per oggetto la cosa, imperfetta se si restituisce il *tantundem*.

Il diritto delle obbligazioni, nonostante si fondi in linea di principio sul puro consensualismo, è un sistema chiuso di varianti determinate rispetto al modello dello scambio. Un sistema di limiti che vanno rispettati se si vuol partecipare al gioco.

⁽¹²¹⁾ *Op. cit.*, p. 111 s.

⁽¹²²⁾ *Op. cit.*, p. 112 s.

⁽¹²³⁾ *Op. cit.*, p. 113.

⁽¹²⁴⁾ *Op. cit.*, p. 113 s.

⁽¹²⁵⁾ *Op. cit.*, p. 114 s.

La continuazione dei rapporti è assicurata da una serie di garanzie, che Arnaud esamina al termine dell'indagine ⁽¹²⁶⁾. Così il matrimonio, la parentela, l'amicizia, costituiscono modi d'integrazione di nuovi soggetti, mentre le prestazioni alimentari, la gestione d'affari e le successioni garantiscono la conservazione dei beni e la loro messa in gioco. Altri supporti allo sviluppo degli scambi sono le convenzioni che rispondono ad interessi economici, l'associazione o la divisione tra i privati, alcune misure punitive come l'espropriazione forzata e l'esecuzione personale, e da ultimo il formalismo dei contratti col quale si sottomette la libertà d'azione dell'individuo allo stato.

Questa subordinazione ci riporta al dilemma teso tra libertà e limiti, tra le ragioni del singolo, che sembrano riflesse negli ideali del diritto privato, e l'ordine della società o delle norme statuali. Il dilemma traspare nella nozione di responsabilità, che viene orientata verso l'eteronomia del singolo e l'osservanza dei limiti.

« C'est en donnant à la notion de responsabilité un tour très particulier que le Code civil français — et le Droit bourgeois en général — acquiert une spécificité à l'égard des divers systèmes juridiques possibles » ⁽¹²⁷⁾. Vediamo in queste parole un aspetto dell'analisi strutturalistica di Arnaud, che si avvicina agli spunti di teoria del diritto già rilevati in Lévi-Strauss. Infatti il concetto di responsabilità è presupposto rispetto alle diverse forme di rapporti che vengono ad esso ricondotte. È un modello di rappresentazione e di organizzazione della realtà di cui si afferma la costanza e si moltiplicano le possibilità. In tutti i sistemi pensabili esso è presente ed assume volta a volta una particolare latitudine.

Nel sistema specifico del Code civil ogni individuo è sottomesso ad uno statuto: è integrato in un gruppo sociale ed al suo interno appartiene ad una classe giuridica statutaria. Questo insieme di limitazioni non è visto come la dimensione storica dell'individualismo giuridico: non è il regime concreto legittimato e trasfigurato dai principi di libertà. È invece la negazione dell'individualismo ⁽¹²⁸⁾.

Siamo di fronte ad un altro aspetto caratteristico dell'analisi di Arnaud. Le teorie del giusnaturalismo « puro », più che essere forme ideologiche, del loro tempo, segnano una possibilità di organizzazione reale da prospettare, un termine di riferimento dell'analisi strutturale, un'idea che nel diritto borghese sarebbe compressa, non sviluppata appieno. L'effettiva autonomia della volontà è negata anche al proprietario, che può solo compiere un certo numero di azioni concettualmente delimitate ⁽¹²⁹⁾. Nella stessa luce vanno guardati gli adattamenti e le limitazioni dello scambio sinallagmatico nel traffico privato.

⁽¹²⁶⁾ *Op. cit.*, p. 127 ss.

⁽¹²⁷⁾ *Op. cit.*, p. 145.

⁽¹²⁸⁾ *Op. cit.*, p. 147.

⁽¹²⁹⁾ *Op. cit.*, p. 148.

Questo principio ideale di libertà, separato dai suoi limiti storici e dalla sua concreta funzione, è il dover essere che Arnaud ripropone in alternativa al sistema borghese ⁽¹³⁰⁾. È l'individualismo isolato dalle sue ragioni; l'autonomia senza la proprietà privata.

È abbastanza comprensibile che, una volta messi fuori della storia e radicati nell'attività inconscia dello spirito i concetti del diritto privato, si affermi la tendenza a presentarli come valori, a rimuovere l'accidentale autoritarismo del codice napoleonico, per recuperare, in positivo, l'idea giusnaturalistica di una libertà vera ed intatta ⁽¹³¹⁾. Se è lo spirito la base trascendentale del diritto — stando a ciò che si ricava da Lévi-Strauss —, non è difficile riproporre la soggettività come uno dei modi possibili in cui lo spirito si ordina. Possiamo vedere qui un distacco dalle posizioni «antiumanistiche» dell'antropologia strutturale, reso possibile dalla mancata o insufficiente storicizzazione degli schemi fondamentali del diritto privato.

⁽¹³⁰⁾ Di una «conclusione in chiave psicologica» (massimo rilievo dato al tema dell'angoscia ed agli aspetti di limitazione della libertà che avrebbero quasi una funzione rassicurante per il borghese destinatario del codice) parla G. TARELLO, *'Code civil' e regola del gioco*, cit., p. 147 s. Si tratta comunque di una conclusione che è strettamente legata all'insieme della ricerca di Arnaud e a certe sue premesse teoriche: in primo luogo il ritrovamento degli schemi giuridici nell'attività inconscia dello spirito.

⁽¹³¹⁾ Si veda quanto scrive Arnaud a proposito della irresponsabilità cui porta fatalmente l'individualismo giuridico e la possibilità di formulare una idea nuova di responsabilità: A.-J. ARNAUD, *Essai*, cit., p. 145: «Ce n'est qu'avec le retour à la conscience individuelle de responsabilité — et cela ne peut être que par l'éducation, mais point l'éducation bourgeoise — que commencera à poindre l'espoir de sortir de la paix bourgeoise».

ALESSANDRO ALBERTO CALVI

UGO SPIRITO CRIMINALISTA

(Riflessioni sulla terza edizione
della « *Storia del diritto penale italiano* »)

1. Il titolo di questo scritto non sembri troppo presuntuoso.

In verità, mai abbiamo coltivata la pretesa di « giudicare » l'opera di Ugo Spirito, nemmeno quella criminalistica. Continuiamo a ritenere, anzi, che un pensatore di tale statura, qualora assuma veste di « giudicando », meriti quanto meno il doveroso riguardo d'esser citato a comparire avanti a tribunali di pari autorità.

Ma tant'è. Per i *Quaderni Fiorentini*, ci è stata chiesta una « rilettura da giuristi » della *Storia del diritto penale italiano*, e precisamente della terza edizione pubblicata nel 1974 ⁽¹⁾. E dunque, sappiamo già che rileggere significa rimeditare; e quindi, inevitabilmente, prender posizione, giudicare ⁽²⁾.

Di certo, lo faremo con un senso di sgomento. Non basta infatti che pazientemente ci sia stato insegnato, fin dai primi anni di apprendistato scientifico, che « Il diritto penale è una filosofia » ⁽³⁾. Come non basta sentirsi intimamente convinti, conforme oltre tutto al costante insegnamento di Spirito, di quanto sia errato separare, isolare nei rispettivi

⁽¹⁾ Per la precisione: SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Firenze, 1974.

Desideriamo avvertire subito che queste « note » non pretendono affatto di costituire la consueta « documentazione bibliografica ». Dato il tema, ciò sarebbe del tutto impensabile. Dovremmo sconfinare, altrimenti, in dimensioni addirittura trattatistiche. Ci limiteremo perciò a richiami bibliografici dettati, talvolta, dalla loro essenzialità, e altre volte, invece, dalla loro coincidenza, o parimenti diretta contraddizione, con le tesi sostenute nel testo che ci accingiamo a commentare. Ma la gran parte delle citazioni riguarderà, come utili per un ampliamento di orizzonte rispetto a quel testo, altri scritti di Ugo Spirito: sempre, naturalmente, senza pretesa alcuna di documentazione esauriente, preclusa oltre tutto dalla nostra riconosciuta incompetenza.

⁽²⁾ « Pensare significa obiettare », è la proposizione con cui s'apre, tra l'altro, una tra le più significative e toccanti opere di SPIRITO, *La vita come ricerca*, Firenze, 1937, p. 7.

⁽³⁾ Altra proposizione iniziale di un'opera non meno significativa, e a noi particolarmente cara: BERTIOL, *Il problema penale* [1945], ora in *Scritti giuridici*, tomo II, Padova, 1966, p. 623.

« ruoli convenzionali », il pensiero e quindi il giudizio del giurista, dello storico, del filosofo.

Malgrado tutto, le perplessità permangono vive. Il pensiero del giurista avverte il limite d'un proprio « carattere episodico » nell'atto di accostarsi, con inevitabili pretese di valutazione critica, al pensiero « totale » del filosofo ⁽⁴⁾.

V'è tuttavia una circostanza, che, per quanto paradossalmente, ci conforta. In effetti, sappiamo già che Spirito ci ritiene giudici incompetenti, essendo una radicale dichiarazione di incompetenza il verdetto che oggi egli pronunzia nei confronti dei penalisti italiani, nel capitolo introduttivo premesso alla terza edizione della *Storia*. Una sentenza estremamente severa che ci coinvolge tutti, dal più illustre al più modesto: « Dal 1925 in poi dalle cattedre di diritto penale, non è venuto più l'esempio di una critica dissolutrice delle contraddizioni codificate. La scienza del diritto penale si è consolidata nel compromesso tra le due scuole del passato, e nulla oggi autorizza a prevedere un mutamento essenziale della situazione. Questa *Storia* segna per ora, e non si sa per quanto tempo futuro, l'epilogo di una scienza incapace di continuare il proprio cammino ».

Ebbene, paradossalmente — dicevamo —, proprio questa dichiarazione di incompetenza, proprio il fatto di sentirci annoverati, nella *Storia*, tra i cultori d'una scienza che sta già conoscendo la struggente stagione dell'epilogo, vince ogni esitazione a « rileggere ».

2. Certo, il fatto di leggere il volume — o meglio, di « rileggerlo da giuristi », a cinquant'anni di distanza dalla prima edizione — non deve equivalere, nemmeno per chi accetti quel proprio « ruolo convenzionale », al tentativo di stenderlo sul letto di Procuste di un'arida scienza giuridica troppo « tradizionalmente » intesa: d'una scienza del diritto, cioè, decisa ancora a menar vanto d'una propria « purezza », che la *Storia* si incarica di smentire giorno dopo giorno.

Se così intendessimo fare, preferiremmo, allora, non accettare il compito. Disconosceremmo, infatti, proprio quello che a noi sembra essere, invece, il primo, il principale suggerimento di Ugo Spirito al giurista ⁽⁵⁾: suggerimento valido, a nostro avviso, come lo era mezzo

⁽⁴⁾ Sensazione, questa, che l'autore ben comprende (cfr. SPIRITO, *La vita come arte*, Firenze, 1943, p. 7 s.), pure avendola sempre giudicata, ben s'intende, come posizione di pensiero scientificamente errata: SPIRITO, *Il problematicismo*, Firenze, 1948, pp. 28-29; ID., *La vita come amore (Il tramonto della civiltà cristiana)*, Firenze, 1953, p. 190 s.; ID., *Ideali che tramontano e ideali che sorgono* [1969], nel volume di SPIRITO e DEL NOCE, *Tramonto o eclissi dei valori tradizionali?*, Milano, 1971, p. 40 s.

⁽⁵⁾ Si tratta d'un suggerimento costante, così spesso ribadito da lasciare, per una o più citazioni, soltanto l'imbarazzo della scelta. Preferiamo ricordare, tutto sommato, questi due passi: SPIRITO, *L'autonomia delle scienze* [1933], ora nel volume *Scienza e filosofia*, Firenze, 1950, p. 138 s.; ID., *Dal mito alla scienza*, Firenze, 1966, pp. 339, 347-348.

secolo addietro; e forse oggi, alla luce di una più ricca esperienza storica, chiaro come mai lo è stato.

Diciamo, piuttosto, che una « rilettura da giuristi » deve semplicemente ma precipuamente risolversi nella posizione di determinati interrogativi, direttamente riguardanti il mondo del diritto, la tradizionale sfera del « giuridico ». Quivi ci si dovrà chiedere, allora, che cosa precisamente abbia detto, e cosa vada ancor oggi dicendo Ugo Spirito, in termini giuridicamente traducibili, al penalista; quali siano, cioè, le soluzioni che egli addita, per l'avvenire della legislazione penale; e quale, infine, la loro esatta portata e la loro attuabilità sul piano di quelle categorie giuridico-politiche che formalmente e sostanzialmente inquadrano la materia.

L'accettazione del nostro ruolo convenzionale, tutto sommato, si riduce a questo. E detto questo, possiamo dire d'aver vinte, almeno in gran parte, le nostre perplessità.

3. Di questo fortunato volume, varrà la pena, anzitutto, che si tracci brevemente la storia.

Esso, com'è noto, ha conosciuta la sua prima edizione nel 1925 ⁽⁶⁾, e la seconda nel 1932 ⁽⁷⁾.

L'intento dell'autore, il suo programma preciso circa il contenuto e le finalità dell'opera, appaiono chiari sol che si abbia cura di tornare a leggere la breve prefazione dettata per la prima edizione.

Una cosa, avanti tutte le altre, risulta subito di estrema evidenza: Ugo Spirito si propone di ricostruire la storia dei principi penalistici, non invece di compilare una storia legislativa o di redigere una storia dei « dogmi ». E in questo senso, egli scrive d'essere stato indotto « a tale criterio direttivo dell'opera » dal fatto « che la storia della legislazione, per quel che riguarda più propriamente i principi legislativi, si risolve nella storia delle dottrine » ⁽⁸⁾.

Ad avviso dell'autore, anzi, proprio questa concezione dell'opera, questo particolare programma di ricerca, vale a giustificarne la necessità nel quadro della scienza penalistica italiana. Vero è infatti — osserva Spirito — che « nell'immensa congerie degli scritti dei penalisti italiani da Beccaria a oggi si rivela sempre la mancanza di una vera consapevolezza storica dello sviluppo del diritto penale. E anche oggi può dirsi che tutta la storia delle dottrine criminali negli ultimi centocinquanta anni non sappia vedersi in altro modo che nell'astratta contrapposizione della scuola classica e della scuola positiva, di cui si ignorano generalmente le vere origini speculative ».

⁽⁶⁾ Il titolo esatto: SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano* (Parte prima: *Da Beccaria a Carrara*), Roma, 1925; ID., *Storia del diritto penale italiano* (Parte seconda: *Dalle origini della scuola positiva al nuovo idealismo*), Roma, 1925.

⁽⁷⁾ Ancora, per l'esattezza: SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Torino, 1932.

⁽⁸⁾ In senso analogo, *sed amplius*, SPIRITO, *Dal mito alla scienza*, cit., p. 194 s.

D'altra parte, il programma dell'opera resta sostanzialmente immutato anche nelle edizioni successive.

In quella del 1932, Spirito si limita a rivedere il testo, ad aggiornare « la storia della legislazione » fino al Codice Rocco, e ad aggiungere « un capitolo sulle teorie dei tecnico-giuridici ». Nell'edizione del 1974, infine, il testo rimane invariato, e solo vengono aggiunti un capitolo introduttivo intitolato « Dopo cinquanta anni », e una appendice su « La nuova legislazione penale sovietica » ⁽⁹⁾.

Dovremmo qui segnalare, per completezza, che tra la prima e la seconda edizione della *Storia*, vede la luce un altro volume criminalistico di Ugo Spirito, e precisamente « Il nuovo diritto penale » ⁽¹⁰⁾. Un volume, ovviamente, che non costituiva allora parte della *Storia*, e che non vi viene inglobato oggi in occasione della terza edizione. Un volume, tuttavia, il cui contenuto va tenuto presente, come qui cercheremo di fare, per una compiuta rilettura odierna della *Storia*.

Varrà la pena che ci si chieda subito, invece, se l'intento, le finalità di Ugo Spirito non abbiano subito per avventura mutamenti nella terza edizione. Il testo, come già s'è detto, riproduce integralmente quello della seconda. Ma in una simile opera, si sa, già la sola aggiunta di un capitolo introduttivo potrebbe segnare profonde modificazioni, decisivi ripensamenti d'ordine metodologico.

Non diremmo, però, che ciò si sia verificato: per lo meno, rileggendo il volume « da giuristi ».

Ed è affermazione, questa, di cui daremo conto quanto prima.

4. « Dopo cinquanta anni » — tale è, appunto, la denominazione del nuovo capitolo premesso alla terza edizione — Spirito ritorna anzitutto a giustificare l'impostazione originaria dell'opera: non una semplice storia di fatti esauriti nel tempo, bensì la storia di una « problematica in atto », in guisa tale che « la ricerca storica assume una fisionomia inconfondibile, per cui la conclusione degli eventi è insieme la esposizione di una crisi essenziale da affrontare con criteri nuovi ». È questa un'opera — scrive oggi Spirito — « di cinquanta anni addietro, ma che, proprio per la sua data di nascita, è rimasta come documento di una situazione non superata. Il cammino da riprendere è quello indicato da allora, senza che nuove esigenze siano apparse all'orizzonte. È una storia, ma è anche, soprattutto, un programma ».

Ed è un programma, dobbiamo aggiungere, assolutamente inattuato, secondo l'autore, sul terreno concreto dell'elaborazione scienti-

⁽⁹⁾ Si noti, però, come l'autore stesso fa presente, che tale saggio precede di un decennio la terza edizione della *Storia*, in quanto già pubblicato in *Critica storica*, 1964, p. 715 s.

⁽¹⁰⁾ Per la precisione: SPIRITO, *Il nuovo diritto penale*, Venezia, 1929. (Va tuttavia segnalato che la « Avvertenza » a p. 5 dell'*op. cit.*, porta la data del novembre 1928).

fica, anzitutto politico-legislativa. Se la redazione del Codice Rocco è rimasta sorda al rilievo di tenaci contraddizioni, che Spirito a suo tempo aveva creduto di dover segnalare ⁽¹¹⁾, « dopo il codice Rocco la scienza si è arrestata in modo totale » ⁽¹²⁾. « In tal maniera — prosegue l'autore —, dopo un mezzo secolo di costruzione, abbiamo assistito a un mezzo secolo di silenzio. L'ultima parola è ancora segnata dal dualismo di pene e di misure di sicurezza. Nessuno scienziato sa andare oltre e tutti si fermano in un atteggiamento di rinunzia, che non si sa come giudicare ».

D'un tale bilancio pessimistico, per il momento, dobbiamo limitarci a prender atto. Se questa diagnosi di Ugo Spirito — *ictu oculi*, di certo, non priva di apprezzabile fondamento — sia però da considerarsi eccessivamente severa, è cosa che cercheremo di discutere in seguito. Per ora, volevamo soltanto mostrare come il programma dell'opera, la sua impostazione metodologica — in una parola, il suo preciso significato per il giurista — dopo cinquant'anni non siano affatto mutati. Rimane infatti viva — anzi, più vitale che mai — la polemica dell'autore contro il « dualismo mostruoso » di pene e misure di sicurezza ⁽¹³⁾, così come gli appunti radicali avverso « la pretesa di giudicare moralmente il delinquente », così come il meditato ostracismo di fondo al « mito delle responsabilità individuali » ⁽¹⁴⁾.

Nulla, dunque, sembra esser cambiato. Par di rileggere, tutto sommato, la *Introduzione* premessa all'edizione del lontano 1925. Rivive oggi, e quindi permane saldamente radicata nel pensiero di Spirito, sia l'opposizione alle teorie di derivazione « classica », sia il rifiuto all'« eclettismo ambiguo della così detta *terza scuola* », sia la critica all'accettazione semplicistica del positivismo criminologico da parte del pensiero penale contemporaneo ⁽¹⁵⁾.

⁽¹¹⁾ Ci riferiamo, in senso specifico, al volume di SPIRITO, *Il nuovo diritto penale*, cit., pp. 14 s., 22 s., 74 s.

⁽¹²⁾ Testualmente, SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 10. Ma un tale giudizio dell'autore risulta implicito in molte altre pagine, dettate ben prima del nuovo capitolo introduttivo alla terza edizione della *Storia*: ad esempio, ID., *Dal mito alla scienza*, cit., p. 192 s.

⁽¹³⁾ Rilievo, anche questo, più volte ricorrente, e non solo nella *Storia*: sempre a titolo d'esempio, ancora, SPIRITO, *Dal mito alla scienza*, cit., p. 199 s.

⁽¹⁴⁾ La citazione, ovviamente, è ancora una volta testuale da SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 13. Ma, invece, ciò che a noi preme segnalare, è che tale tesi dell'autore viene costantemente ribadita, con particolare riguardo al problema penale, lungo l'intero arco del mezzo secolo che separa cronologicamente la prima edizione della *Storia* dalla terza. Tra i vari scritti: SPIRITO, *Il nuovo diritto penale*, cit., p. 30 s.; ID., *La vita come amore*, cit., pp. 203 s., 223 s.; ID., *Non giudicare* [1954], ora nel volume *Significato del nostro tempo*, Firenze, 1955, p. 93 s.; ID., *Itinerario del problematicismo* [1953], *ibidem*, p. 244; ID., *Inizio di una nuova epoca*, Firenze, 1961, p. 30 s.; ID., *Dal mito alla scienza*, cit., pp. 162 s., 198 s.; ID., *Critica della democrazia*, Firenze, 1963, p. 76 s.; ID., *Ideali che tramontano*, cit., loc. cit., p. 47 s.

⁽¹⁵⁾ Ancora una volta, le citazioni, in proposito, propongono soltanto una priorità di scelte, da operarsi sul metro del significato decisivo loro attribuibile

5. Né rileva poi, a tal proposito, il fatto che, con il trascorrere degli anni, sia mutato il pensiero filosofico di Ugo Spirito: o, per meglio dire, il risultato della sua « *Vita come ricerca* »: una vita spesa non per appagarsi del problema risolto, ma per cogliere, nella *storicità* della soluzione pensata, l'emergenza di un nuovo *problema*.

Alla presente edizione della *Storia*, ciò viene chiaramente premesso: « Se le idee dell'autore sono in gran parte mutate e se il suo rapporto con l'attualismo ha avuto una nuova fisionomia, il programma ha sempre le stesse esigenze e importa la stessa opera di revisione di tutta la scienza del diritto penale » ⁽¹⁶⁾.

Converrà che lo si esamini, allora, questo immutato programma.

Ebbene, a noi pare lo si possa efficacemente sintetizzare utilizzando le icastiche parole dell'autore stesso: « porre nuovi fondamenti a una scienza del diritto penale » che così si adegui, per davvero, « ai risultati del pensiero filosofico » ⁽¹⁷⁾.

Il disegno di fondo, come ben si vede, è categoricamente radicale. Né potrebbe esser diverso, a pena di risultare incoerente, posto ch'esso proviene da un filosofo, ed anzi da un filosofo saldamente ancorato al filone del pensiero idealistico.

Il che dà subito conto, al « giurista », della recisa opposizione al *substrato razionalistico* della Scuola Classica, all'ingenuo *antifilosofismo* della Scuola Positiva, all'antistorico quanto illusorio *disimpegno ideologico* della Terza Scuola.

Vero è, infatti, che ognuna di queste correnti di pensiero rimane insanabilmente affetta, a parere dell'autore, da « naturalismo »: un vizio di fondo, un vizio comune che ne segna, insieme, anche la condanna, di fronte alla *Storia*.

Secondo Ugo Spirito, era dunque necessario — e lo è oggi, non meno di allora — che il giurista si risolvesse a battere una via nuova, capace

nel pensiero criminalistico dell'autore. In questo senso, ci sembra vada ricordata, tra le molte prese di posizione sul punto, quella contenuta nel saggio di SPIRITO, *La persona* [1951], ora nel volume *Significato del nostro tempo*, cit., p. 116 s., ma spec. p. 118: « La comprensione si allarga, ma la persona scompare. O almeno scompare in quanto persona libera, in quanto valore essenziale, in quanto realtà individuale definibile nella sua autonomia. Diventa espressione finita, contingente, mortale, di una vita che infinitamente la trascende e la condiziona. Il suo orgoglio non ha più ragione d'essere, la sua dignità è quella della cosa necessitata. E chi, alla luce di questa concezione, si ripiega su se stesso, e cerca di dare un significato all'affermazione dell'io, non può non essere colto dalla disperazione ».

⁽¹⁶⁾ L'identico programma è ribadito a distanza d'un quarto di secolo, e quindi esattamente alla metà degli anni che separano la prima edizione della *Storia* dalla terza, nel capitolo introduttivo premesso da SPIRITO (*Dall'attualismo al problematicismo*) al volume *Scienza e filosofia*, cit., pp. 9 s., spec. 13 s. e 25.

⁽¹⁷⁾ Testualmente, sempre, da SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano*, cit., p. 17. Ma ciò che preme sottolineare, al di là d'una citazione testuale ovviamente superflua, è la persistenza di simile intento: a distanza di pochi, come di molti anni. Si vedano allora, rispettivamente: SPIRITO, *Il nuovo diritto penale*, cit., p. 5, e 30 s.; ID., *Critica della democrazia*, cit., p. 27 s.

di condurre a un diritto penale del tutto nuovo. A un diritto penale, cioè, realmente in sintonia con le esigenze del tempo, e dunque, in primo luogo, con il pensiero filosofico ad esso coevo.

Ma il giurista — da solo, chiuso nella vulnerabile armatura della sua insufficiente, frammentaria preparazione tradizionale — difficilmente avrebbe saputo individuare e percorrere una simile strada.

Perciò, nella Storia, diveniva compito doveroso del filosofo, l'additargliela. D'un filosofo, però, che non esitasse, per fare questo, a svestire i paludamenti solenni e altrettanto « tradizionali » propri al cultore di quella disciplina astrattamente intesa, per indossare « concretamente » quelli dello storico e quelli del giurista ⁽¹⁸⁾. Ed è ciò che ha creduto di *dover fare*, per l'appunto, Ugo Spirito.

Vorremmo lusingarci d'aver colto, d'aver compreso puntualmente, con questo ed in questo, il senso primo della sua opera, del suo impegno di criminalista: e d'aver colto, quel che forse più conta, il significato genuino del principale suggerimento che egli, ormai da cinquant'anni, va proponendo all'attenzione, spesso troppo distratta, del penalista italiano.

6. Se ciò abbiamo rettamente inteso, ebbene, pensiamo allora di detenere la chiave per consapevolmente rileggere il volume: per comprenderne certe cadenze che al giurista potrebbero apparire, oggi come ieri, sconcertanti; e per renderci conto, infine, del perché la terza edizione rifiuti di spazzare quel presunto velo di polvere che dovrebbe accumularsi, secondo una visione parimenti « tradizionale » delle cose, sul contenuto *giuridico* di un libro « pensato » mezzo secolo avanti.

Qui giunti, taluno potrebbe ritenere superfluo esporre le tesi, i passi salienti dell'opera. È noto che quando uno studioso premette alla propria ricerca un « programma », egli di regola ne anticipa, più o meno consciamente, le cadenze basilari, e, con ciò stesso, le più impegnative conclusioni. Ed è altresì noto che codesta constatazione d'ordine metodologico si mostra tanto più esatta, quanto più essa venga concretamente riferita, anzi che al familiare « disimpegno » del giurista, all'impegno storico d'un filosofo ⁽¹⁹⁾.

Pur tuttavia, ciò non esime una « rilettura » dall'onere di segnalare, a nostro avviso, i punti fondamentali della *Storia*. Si può correre alle conclusioni, forse, scontando i passaggi intermedi, ove si legga un tradizionale volume « dogmatico ». Ma sarebbe temerario pensar di rileggere una *Storia* che dichiaratamente non è di « dogmi », e quindi pretendere di « riviverla » in termini critici, senza prospettarne l'intero sviluppo.

⁽¹⁸⁾ Sul significato di tale esperienza, di tale scelta coerente rispetto alle convinzioni filosofiche professate, l'autore ritorna in seguito a meditare più volte in altri scritti: SPIRITO, *Scienza e filosofia*, cit., pp. 11 s., 48 s.; ID., *La riforma della scuola*, Firenze, 1956, p. 196 s.; ID., *Critica della democrazia*, cit., p. 24 s.

⁽¹⁹⁾ Si veda, infatti, in quali termini viene concepito dall'autore stesso tale rapporto, ed in specie proprio la funzione assegnata a questa ricerca storica sul diritto penale: SPIRITO, *Scienza e filosofia*, cit., pp. 13-14.

7. Prendiamo atto che v'è una precisa ragione, anzitutto, per dettare una *Storia del diritto penale italiano*, posponendo al titolo, a guisa di sottotitolo, *da Cesare Beccaria ai nostri giorni*.

E Ugo Spirito, aprendo l'opera con una riflessione sui « presupposti illuministici », non esita a dichiararlo: « Per l'intelligenza del problema del diritto penale quale oggi si presenta alla mente dello studioso non è necessario risalire storicamente più in su del Beccaria e in genere della corrente illuministica a cui il Beccaria si riconnette ».

La premessa è chiara. Si tratta dunque, per usare un linguaggio convenzionale, d'una storia quasi interamente « contemporanea ». Su questa impostazione, del resto, il penalista odierno sembra non aver obiezioni. Certo, anche ciò che viene prima di Beccaria, e prima di chi contribuì alla fondazione del pensiero illuministico, appartiene alla Storia, e dunque finisce con il rivelarsi per il penalista di non trascurabile interesse. Ma un trasferimento di simili indagini storiche su mondi remoti, su anticipazioni sporadiche e frammentarie di problematiche vive in quanto « attuali », può stimolare, almeno secondo la logica dei « ruoli convenzionali », l'erudito interesse dello storico, più che quello del giurista.

Proprio di ciò, Ugo Spirito si rende ben conto, ed inizia conseguentemente la trattazione dai « presupposti illuministici ». In ordine a questi, egli propone subito una distinzione tra due correnti principali di pensiero, riconducibili, rispettivamente, « l'una al razionalismo cartesiano, l'altra all'empirismo e al sensismo d'origine inglese ». Esse, pur dando luogo, sul terreno del diritto, da una parte alle « teorie contrattualistiche » e, dall'altra, a quelle più propriamente *giusnaturalistiche*, riconquistano nondimeno l'unità, sia pure in termini giudicati negativi, nel contesto della globale sentenza di condanna che Spirito non esita a pronunciare: « Contrattualismo e giusnaturalismo si presentano entrambi con il carattere dell'*antistoricità* ».

Tale sentenza, naturalmente, è motivata con particolare riguardo al settore del diritto penale. Ad avviso dell'autore, infatti, proprio il « fine della pena » finisce così con il rimanere « astratto ». Ed è l'astrattismo in rapporto alla Storia, ciò che Spirito, in via principale, per l'appunto denuncia: « L'astrattismo nel campo giuridico, e particolarmente in quello del diritto penale, è dipeso appunto dalla mancata consapevolezza storica — che è quanto dire filosofica — dei suoi problemi » ⁽²⁰⁾.

Perentorio diventa per il giurista, già a questo punto, il richiamo dell'autore alla imprescindibilità di tale consapevolezza storica, o, parimenti, filosofica: « Dobbiamo farci questa coscienza ».

Non deve dunque stupire, dopo codeste premesse, la circostanza che l'opera di Cesare Beccaria non esca dalla *Storia* di Spirito con gli

⁽²⁰⁾ Assunto di carattere fondamentale, sovente ribadito in altre opere: per esempio, SPIRITO, *Dal mito alla scienza*, cit., p. 171 s., ma spec. 194 s.

onori pressoché tradizionali d'un encomiastico giudizio. Né dovrà stupire, nel contesto d'un volume la cui sostanza rimane, almeno per il giurista, essenzialmente immutata, che Spirito non tenga conto di ulteriori valutazioni nel frattempo intervenute a ribadire la stima, la gratitudine dei penalisti per il celebre volumetto di Beccaria ⁽²¹⁾.

Pronunciata invero una sentenza di condanna avverso i presupposti illuministici, è naturale che agli effetti soggettivi della medesima non possa sottrarsi, per evidente « correità » storico-culturale, lo stesso Beccaria: la cui opera — e difficilmente, al riguardo, si potrebbe dissentire da Spirito — costituisce una « rigorosa espressione del pensiero illuministico », e, più precisamente, « un'applicazione saldamente coerente dell'idea *contrattualistica* al problema del diritto penale ».

Così, dalla ricostruzione storica di Spirito, residua al penalista la figura d'un Cesare Beccaria dotato di statura assai più modesta rispetto a quella ch'egli è solito attribuirgli: la figura quasi meschina d'un intellettuale per anodina propensione di rango sociale, più che per intima vocazione spirituale, che va accattando qua e là pareri ormai scontati su di un tema per sua natura già impostosi all'attenzione degli illuminati contemporanei. E in effetti, questa è, in merito, la conclusione dell'autore: « Il libro *Dei delitti e delle pene*, più che essere la creazione geniale di un uomo che apre nuove vie alla scienza, è l'espressione della comune mentalità dominante, di cui il Beccaria è quasi uno strumento, che, come tale, avrebbe potuto essere sostituito più o meno bene da qualche altro pensatore illuminista dell'epoca ».

Il severo giudizio, tuttavia, viene poi rettificato almeno parzialmente. V'è un merito, infatti, che a Beccaria il penalista contemporaneo non può disconoscere: quello di aver compiuto il « primo vero tentativo di un ordinamento sistematico del diritto penale attorno a un chiaro e preciso pensiero informatore ».

Certo, si tratta d'un pensiero informatore che Spirito ha già recisamente condannato, sicché la sistematicità della costruzione di Beccaria fa perno, in buona sostanza, su di un presupposto fallace: « la difesa sociale; la difesa cioè di individui contro alcuni individui; della particolarità di fronte alla particolarità ». Ed è proprio questo — suggerisce

(21) Tra i saggi più recenti, in senso sostanzialmente positivo: PISAPIA, *Presentazione alla riedizione di BECCARIA, Dei delitti e delle pene*, Milano, 1964, pp. v s., spec. ix s.; esplicitamente, poi, DELITALA (*Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, pp. 965 s., spec. 996) invita « gli storici del diritto penale italiano a rivedere il giudizio sul valore strettamente giuridico « Dei delitti e delle pene », che è stato anch'esso [...] prevalentemente negativo »; parimenti, in ordine al valore e all'autentica paternità dell'opera, FIRPO, *Introduzione a BECCARIA, Dei delitti e delle pene*, Torino, 1965, pp. 7 s., spec. 16 s.; e in ultimo, per un meditato e accuratamente documentato giudizio, essenzialmente positivo malgrado il consenso con certi appunti ricorrenti specie presso gli storici, COPPI, *Due nuove edizioni del libro « Dei delitti e delle pene » di Cesare Beccaria*, in *Arch. pen.*, 1966, I, pp. 58 ss., spec. 97 s.

Spirito al penalista — « il residuo illuministico di cui dobbiamo interamente liberarci; principio teorizzato da Beccaria e trascinosi dopo di lui in tutta la storia del diritto » ⁽²²⁾.

E quivi dovrebbe saldarsi, anzitutto, il debito del giurista nei confronti dello storico, o del filosofo, o, meglio, della Storia *tout-court*: « Elevare a coscienza assolutamente etica il diritto in una società concepita come eticità: ecco il nuovo compito ».

Il discorso storico-filosofico di Spirito, a questo punto, potrebbe anche chiudersi, se concepito come tradizionale discorso giuridico « di principio »: viene definitivamente contestata infatti, non già l'idea, di per sé, di difendere la società con il diritto penale, bensì il fatto che tale difesa sfoci nel « punire in altro modo che non sia quello dell'educatore ».

8. Né l'impostazione del giudizio muta, nei suoi accenti di fondo, allorché l'autore ricostruisce l'opera di quegli studiosi che accompagnano il graduale passaggio del pensiero penale — senza fratture, ovviamente, che la Storia non conosce — dalla prima impostazione *stricto sensu* illuministica, all'orientamento che andrà sotto il nome di Scuola Classica.

Così, a Filangieri viene riconosciuto il merito di avere per primo elaborato e approfondito il « sistema » di Beccaria « in una trattazione compiuta, complessa e organica, dove i principi generali accennati dal Beccaria sono portati quasi alla concretezza delle determinazioni di un codice ». Filangieri, per l'autore, è quasi un meritevole sistematore « dogmatico », potremmo dire, d'una materia già data, già compiutamente « pensata » a suo tempo: « figura non di innovatore, ma di sistematore ». E tuttavia, il giudizio, pure alimentandosi di questi dati in apparenza positivi, sfocia, per ciò stesso, in un verdetto negativo: per tal modo — scrive infatti Spirito — « si perde la linea speculativa iniziale per dar luogo a un'inconsapevole molteplicità di punti di vista ».

Né il diffuso modo di pensare conosce mutamenti, poi, con l'opera di Pagano. Il fine del diritto penale « è ancora come per il Filangieri e per il Beccaria quello della difesa sociale ». Tuttavia, nel pensiero di Pagano l'autore coglie « sia pure in forma astratta, un'esigenza profondamente morale ben differente dal concetto di vendetta ». Per conseguenza, si sarebbe legittimati a dire che Pagano ha comunque compiuto un « tentativo di liberazione dalla comune mentalità illuministica ».

In tal senso, però, ancor più sensibile, più positiva l'evoluzione evidente nel pensiero di Romagnosi. Questi avrebbe infatti « compreso la necessità di far scaturire il sistema del diritto penale da una vera e propria *filosofia del diritto* ». Ne sarebbe derivato un « superamento del

⁽²²⁾ Su questo tema, con forse ancor maggiore incisività, ancora, SPIRITO, *Non giudicare*, cit., loc. cit., p. 93 s.

sensismo e dell'empirismo», e, di conseguenza, «l'affermazione della libertà razionale di fronte alla schiavitù del senso». Perciò, se pure la pena — concepita nei termini della fortunata teoria della contropinta alla spinta criminosa — conserva come suo fine quello della difesa sociale, nel pensiero di Romagnosi comincerebbe «ad affermarsi in qualche modo un concetto più propriamente etico della stessa pena e ad aprirsi la strada per la soluzione idealistica del problema del diritto penale» ⁽²³⁾.

Il merito di passi in avanti veramente decisivi, peraltro, nemmeno viene riconosciuto, dall'autore, all'opera di Carmignani. Negatole il pregio d'una sostanziale originalità, essa vien vista, piuttosto, come una *summa* di esperienze precedenti o coeve: «Di qui il carattere eclettico dell'opera del Carmignani, ma di un eclettismo il cui nucleo sostanziale rimane tuttavia la vecchia concezione del Beccaria, un po' modificata secondo il sistema del Romagnosi». Ciò che infatti non subisce revisione alcuna, nel sistema di Carmignani, sarebbe proprio il concetto basilare, ovverossia quello di pena, al quale «rimane estraneo ogni criterio di moralità o di espiatione». In ultima analisi — scrive Spirito — il fine della pena rimane dunque la «pura intimidazione e difesa, e trova sempre il suo fondamento nel presupposto utilitaristico del contrattualismo».

Sensibilmente diversa la valutazione, per contro, in merito all'opera di Pellegrino Rossi. L'autore riconosce infatti che «con Pellegrino Rossi si afferma per la prima volta l'esigenza di porre il diritto penale sul fondamento della giustizia *morale*», anche se «la dimostrazione, condotta con molta perizia e con molta efficacia, non ha sempre un vero rigore logico, poiché [...] la concezione filosofica del Rossi non era molto chiara e la sua esigenza etica non aveva potuto ben concretarsi». Va quindi ascritto a merito di Pellegrino Rossi il fatto che egli «si propone di dimostrare l'assoluta eterogeneità dei due concetti di difesa e di punizione, e quindi l'impossibilità di giustificare il diritto di punire come diritto di difesa». Eppure, se «così il Rossi riesce finalmente a cogliere nel suo intimo il difetto essenziale di tutte le teorie illuministiche e giunge alla posizione del problema nei suoi veri termini etici», nondimeno «l'eticità che egli riesce a concepire è ancora irretita nella trascendenza del giusnaturalismo». Il vero è dunque che l'opera di Rossi

⁽²³⁾ Può risultare interessante, al riguardo, richiamare la valutazione del pensiero romagnosiano espressa, in quegli stessi anni, da SPIRITO, *Romagnosi e l'idealismo*, in *Giornale critico della fil. it.*, vol. VI (1925), p. 42 s.: il pensiero di Romagnosi, pure caratterizzato nella polemica antikantiana da «una certa fobia idealistica», avrebbe tuttavia avuto per lo meno una intuizione del nuovo concetto di soggettività» sì da rappresentare una «posizione di transizione dall'empirismo all'idealismo»: in tal modo, si può concludere che «Romagnosi è in fondo un kantiano che nettamente si è posto il problema fondamentale della filosofia moderna (dualità o unità di soggetto e oggetto) e ha fatto un vigoroso sforzo per risolverlo riconoscendo l'essenzialità dell'attività soggettiva».

costituisce espressione d'un « astrattismo moralistico »: di talché, « se pure in lui v'è l'intuizione di un'immanenza molto più profonda, i residui trascendentistici della morale e del diritto naturale finiscono col soffocarla in gran parte ».

D'altro canto, quel vizio di fondo, che Spirito crede di cogliere nel pensiero di Pellegrino Rossi, non può non riemergere anche nell'opera di Antonio Rosmini.

Scriva infatti Spirito: « Il Rosmini — come prima il Rossi — ha avuto il grandissimo merito di dimostrare che la pena non può aver altro fondamento che quello etico, cioè lo stesso fondamento della pena divina ». Pur tuttavia, secondo l'autore, « questa grande intuizione non poteva poi avere alcuna efficacia, perché il mondo etico era da lui scisso dal mondo più propriamente umano, e all'uomo non poteva restare che un'ombra di realtà ». Il pensiero di Rosmini, dunque, ancorché sterile nelle sue proiezioni penalistiche immediate, conterrebbe nondimeno un seme fecondo, suscettibile di germogliare a distanza: l'esatta teorizzazione del fatto, cioè, che « se il delinquente rappresenta una realtà trascendente rispetto alla società che lo giudica, la società non ha diritto alcuno di giudicarlo »; mentre, per converso, perché la società « possa conoscerlo, e quindi punirlo, bisogna che il delinquente cessi di essere *altro* rispetto al giudice e alla società e diventi la stessa società autogiudicante ».

Ed ecco ribadito così il principale *punto fermo* nella ricostruzione storica del filosofo, e parimenti del criminalista, Ugo Spirito: l'aporeticità d'un giudizio che voglia essere « morale », se pronunciato dal « tutto » nei confronti d'una sua « parte » ⁽²⁴⁾. Un punto fermo, e non certo per semplice coincidenza singolare, individuato come emergente dal sistema filosofico di Antonio Rosmini ⁽²⁵⁾. Ma un punto fermo che, secondo Ugo Spirito, sarà destinato a vacillare nel grigiore di equivoci chiaroscuri per l'intero secolo decimonono; e anche oltre: via via, fino all'ambigua vocazione conservatrice del Codice Rocco, e oltre il Codice Rocco, dal tempo della prima edizione della *Storia* fino a quello della terza, cioè fino ai nostri giorni.

In effetti, esso illanguidisce già nel pensiero, coevo a quello di Rosmini, di Terenzio Mamiani e di Pasquale Stanislao Mancini. Eppure — scrive Spirito — « nel Mamiani la teoria morale della pena e dell'identità di diritto e morale è affermata in modo perentorio », sicché scompare « ogni residuo di eclettismo e di temperamento del principio del-

⁽²⁴⁾ Ciò viene prospettato nei suoi riflessi penalistici, in termini forse ancor più chiari e dettagliati, nella prima parte, stesa in quegli stessi anni, del volume di SPIRITO, *Il nuovo diritto penale*, cit.

⁽²⁵⁾ Giova sicuramente vedere, per meglio rendersi conto della posizione dell'autore in ordine al pensiero rosminiano, ed al significato attribuitogli in rapporto all'idealismo, il saggio parimenti coevo di SPIRITO, *Introduzione* [1924] a ROSMINI, *Nuovo saggio sull'origine delle idee*, Bari, 1948, pp. 7 s., spec. 25.

l'utile con quello del bene ». Ma il Mamiani finisce comunque per risolvere il problema della pena « seguendo il criterio del *taglione* [...]: *occhio per occhio, dente per dente* ». Né l'insufficienza del pensiero di Mamiani viene riscattata dalle « obiezioni troppo empiriche » di Mancini, fermo, circa il fine della pena, ad un « ingenuo dualismo »: « se per i moralisti essa ha il solo fine dell'espiazione, e per gli utilitaristi il solo fine della prevenzione, [...] la pena avrà entrambi gli scopi e si rivolgerà insieme al passato e al futuro ». Non si esce dunque, nemmeno per Mamiani, dalla « astrattezza » di derivazione illuministica, la quale trova « massima espressione [...] nella conseguente concezione della pena come *taglione* ».

Francesco Carrara, da ultimo, mostrerebbe « evidentemente di tornare al principio della difesa sociale e particolarmente al principio romagnosiano della prevenzione ». Di fronte ad altri possibili scopi della pena, infatti, la posizione di Carrara sembra a Spirito inequivocabile, laddove il grande giurista toscano assume che « il fine primario della pena è il *ristabilimento dell'ordine esterno della società* ».

Secondo Spirito, riaffiora dunque, ancora una volta, il criterio bruto della « difesa sociale »: criterio che quindi non conosce soluzione di continuità, dalla grettezza antistorica della sua prima astratta formulazione razionalistica, dalla sua fondazione cioè in chiave illuministica, fino all'apogeo del classicismo penale italiano.

9. E difatti, se ben si nota, nell'aprire la *Parte Seconda* dell'opera, nell'affrontare cioè l'analisi del periodo che va *dalle origini della scuola positiva al nuovo idealismo*, Spirito non esita a formulare una diagnosi che, peraltro, all'attento lettore della *Storia* non può non apparire già largamente anticipata: « L'illuminismo si era ormai esaurito nella monotona ripetizione dei suoi motivi principali e si erano via via accentuati i caratteri della sua astrattezza e della sua antistoricità ».

« Astrattezza », dunque, e « antistoricità ». Legittimo attendersi quindi nel divenire della *Storia*, anche per le dottrine penalistiche, l'avvento di un'epoca nuova, d'un pensiero caratterizzato, a correzione di impostazioni precedenti, da un senso di concretezza e da un puntuale senso storicistico.

E giunge, così, il momento della pretesa concretezza scientifica del Positivismo. Il momento più critico, di certo, nell'evoluzione contemporanea del diritto penale: quasi il segno di un'attesa ormai maturata, di una fondata speranza nella liberazione razionale dell'Uomo da disumane contraddizioni ⁽²⁶⁾.

Ugo Spirito rivive — e sa farci rivivere ancor oggi — l'autentico significato, per la storia del diritto penale, di quel momento. E naturalmente, procedendo sul metro coerente delle sue premesse filosofiche,

⁽²⁶⁾ Parimenti, SPIRITO, *La vita come amore*, cit., p. 203 s.

non lo isola affatto, quasi paradossale capitolo a sé, dalla storia del pensiero ⁽²⁷⁾.

Si osservi, infatti. Non per nulla — cioè, non a caso — il capitolo sul Positivismo criminologico si apre con un'analisi dedicata al pensiero di Giovanni Bovio e di Jacopo Moleschott: due studiosi, in realtà, la cui opera, pur gravitando senza dubbio nell'orbita metodologica del Positivismo, lascia ben poca traccia nella corrente informazione del penalista intorno a quel movimento.

Secondo Ugo Spirito, invece, bisogna notare che già « la figura del Bovio acquista [...] un particolare rilievo nella storia del diritto penale [...] sebbene egli abbia dedicato all'argomento solo il breve *Saggio critico sul diritto penale* ». Il vero è, per l'autore, che se in Bovio « non è possibile trovare l'enunciazione esplicita dei principi affermati dai criminalisti posteriori, pur tuttavia già in lui si rivelano le nuove esigenze di carattere positivistico, e anche di carattere idealistico ».

Ecco, dunque — così ci par di capire —, il significato autentico, secondo Spirito, di questo frammento culturale, di questa anticipazione storica: vi si ritrovano « le nuove esigenze di carattere positivistico, e anche di carattere idealistico ». Per chi conosca — sia pure, come noi, sommariamente — il pensiero di Spirito, e la sua evoluzione, ciò non potrà apparire di secondaria importanza. Tutt'altro. Muovendo da questo punto, e proprio da questo, si può consapevolmente « rileggere », a nostro avviso, tutto ciò che vien poi, nella sua *Storia del diritto penale italiano* ⁽²⁸⁾.

Ma seguiamo, senza soggettive anticipazioni, la ricostruzione dell'autore: « Il quesito fondamentale che il Bovio si propone nel *Saggio* è quello della possibilità di un rapporto logico tra reato e pena », e quindi, in altri termini, del diritto della società a « punire ». Talché, Bovio giunge a chiedersi se « egli rilevi o no che si sappia qual parte del reato è nettamente imputabile all'individuo, e quale alle forze soverchianti della natura e della società ».

Il perentorio *redde rationem* del Positivismo, con ciò stesso, è già pronunziato. Per singolare coincidenza, la seconda edizione del *Saggio*

⁽²⁷⁾ Sull'indirizzo positivistico e sul suo significato culturale, con particolare riguardo ai temi penalistici di fondo, l'autore appunerà in seguito più volte la propria attenzione critica, via via chiarendo altresì il senso del proprio atteggiamento che di primo acchito potrebbe non apparire chiaro. Tra i numerosi passi in materia, possiamo ricordare: SPIRITO, *Il nuovo diritto penale*, cit., p. 16 s.; ID., *La vita come ricerca*, cit., p. 119 s.; ID., *La vita come arte*, cit., p. 224 s.; ID., *La crisi della civiltà* [1949], ora nel volume *Significato del nostro tempo*, cit., p. 10 s.; ID., *Non giudicare*, cit., *ibidem*, p. 93 s.; ID., *La persona*, cit., *ibidem*, p. 116 s.; ID., *Il pensiero filosofico italiano contemporaneo* [1951], *ibidem*, p. 209 s.; ID., *La sociologia in Italia* [1950], *ibidem*, p. 275 s.; ID., *Scienza e filosofia*, cit., p. 222 s.; ID., *Inizio di una epoca*, cit., p. 124 s.; ID., *Critica della democrazia*, cit., p. 75 s.; ID., *Dal mito alla scienza*, cit., pp. 194 s., 227, 338 s.

⁽²⁸⁾ Assai chiare in questo senso, per quanto sintetiche, le successive pagine di SPIRITO, *L'idealismo italiano e i suoi critici* [1930], Roma, 1974, pp. 17-18.

di Bovio, cui Spirito fa riferimento, data dello stesso anno in cui appare la prima edizione de *L'uomo delinquente* di Cesare Lombroso. È il tempo, ormai, in cui Enrico Ferri si appresta ad attaccare il « mito del libero arbitrio », e a trarre da quelle premesse ogni debita conseguenza d'ordine politico-criminale.

Ma proprio del pensiero di Ferri, non meno che di Lombroso, Bovio viene così a porsi, nella Storia, come diretto precursore. E come lui, Moleschott, benché di questi — scrive Spirito — « non dovrebbe parlarsi, a rigore, in una storia del diritto penale, non essendosi egli esplicitamente occupato se non per incidente di questo problema ».

Pur tuttavia, quel che conta — e non si può, in questo, non consentire con Spirito — è il cogliere certe manifestazioni, particolarmente significative, d'una corrente di pensiero, anzi che ricercarne vanamente l'atto ufficiale di nascita: il quale, in effetti, mai si lascia precisare in un momento ben determinato, sibbene individuare impersonalmente nella progressiva evoluzione del pensiero.

In questo senso, dalle premesse materialistiche di Moleschott, Spirito già risale ad una sintesi che suona lezione esemplare per il giurista, forse, ancor prima che per lo storico e per il filosofo: « se si guarda al positivismo opponendolo astrattamente all'idealismo posteriore ci si preclude la via ad ogni possibile comprensione del passaggio dall'uno all'altro. Parlare di semplice reazione, e ridurre quindi il positivismo a pura negatività dialettica dell'idealismo, significa negare il concetto di sviluppo e svalutare lo stesso idealismo ».

E ancora: « anche nel primo rozzo materialismo fisiologico del Moleschott, che brutalmente riduce il pensiero a materia e annulla ogni libertà e ogni responsabilità morale, un problema è posto che non può ripudiarsi. L'unità dell'uomo e della natura, sebbene malamente intesa nel senso di una riduzione dell'uomo alla natura, è affermata in modo decisivo ».

10. Perciò, quand'è la volta di Cesare Lombroso, Spirito, dapprima, sembra non aver più nulla di nuovo da soggiungere. Nulla che già non si sappia, cioè: nulla che oggi non sia noto al penalista, al criminologo, allo storico e, in genere, a chiunque abbia seguito con attenzione critica la storia del diritto penale contemporaneo.

Sennonché, v'è una cosa che, al proposito, va sottolineata. In effetti, la rileva Spirito, così come dovrebbe rilevarla ogni studioso che non rifiuti, in materia, il necessario supporto di un'impostazione critica: « ammessa la necessità naturale del delitto, il Lombroso ne arguisce l'eguale necessità naturale della pena ». Parrebbe poco, ad una lettura superficiale. Ma il vero è, invece, che proprio in tal modo, e seppure per il tramite d'una nuova motivazione, si viene a perpetuare la fondazione della pena sulla « difesa sociale ».

Con un'aggravante, però: che il rapporto tra difesa sociale e punizione, ormai, non trova più alibi alcuno nella diffusa credenza in quel « libero

arbitrio » che lo scientismo positivista pretende di avere definitivamente palesato come affatto illusorio.

I meriti scientifici ed umanitari di Lombroso, ovviamente, nella *Storia di Spirito* trovano aperto riconoscimento. E tuttavia, nel pensiero del grande medico veronese l'autore rileva presente il « semplicismo della metafisica materialistica », che in lui « troppo spesso soffocava la viva intuizione della realtà umana ».

Più palesi e gravi si fan queste contraddizioni, però, in Raffaele Garofalo, giurista per vocazione e per elezione professionale.

Non v'è infatti, rispetto al medico Lombroso, alcun vero processo di chiarificazione nel giurista Garofalo. Scrive Spirito: « Il Garofalo può illudersi di una maggiore scientificità, ma in fondo la sua psicologia è ben più indeterminata e vaga dell'antropologia del Lombroso. Appunto perché la psicologia ha un'esistenza spirituale superiore all'antropologia, ha poi un valore scientifico infinitamente inferiore: più si avvicina allo spirito e più si rivela insufficiente ogni classificazione e sistemazione naturalistica ».

E non basta. Il fine della pena non si estolle, in Garofalo, oltre il criterio grettamente materialistico della « selezione naturale ». In termini definitivi, alla ricerca del soggetto, anche in chiave giuridica, si sostituisce la determinazione del « tipo ».

E siamo, per Spirito, all'equivoco fondamentale del Positivismo e, insieme, del diritto penale contemporaneo. Il quale « rimane sempre lo stesso: [...] sulla base dei criteri psicologici si accentua ancor più la riduzione della soggettività del delinquente al *tipo* e cioè alla determinazione oggettiva ». L'autore, pertanto, non si meraviglia della contraddizione in cui culmina, tragicamente, il sistema « scientifico » di Raffaele Garofalo: determinista, sì, e dunque convinto che il criminale sia uno sventurato, ma pronto a reclamare l'estremo supplizio ove quegli abbia concretamente la sventura di delinquere ⁽²⁹⁾.

Conviene rileggere quanto osserva, al riguardo, Ugo Spirito: « V'è in tutto questo la dimostrazione evidente dell'incapacità di intendere che cosa sia vita spirituale e quale valore abbia il concetto di individuo. Sui fondamenti di una morale positivista, per cui gli individui sono considerati atomisticamente nell'assoluta estraneità reciproca, si parla del reo soltanto come del nemico da respingere, e non si sospetta neppure lontanamente che il reo non è fuori, ma dentro la società, e che la società può liberarsene solo redimendolo ».

In sostanza, dunque, l'opera di Garofalo vien valutata in termini tutt'altro che positivi. Gli schemi mentali del « giurista », lungi dal promuovere per il diritto penale una proficua razionalizzazione del-

⁽²⁹⁾ La contraddizione non può di certo sfuggire a chi rifletta sulle motivazioni addotte per giustificare simile conclusione: GAROFALO, *Criminologia (Studio sul delitto e sulla teoria della repressione)*, Torino, 1891, rispettivamente pp. 65 s. e 457 s.

l'esperienza scientifico-naturalistica, dell'ultima avrebbero anzi finito con l'exasperare le contraddizioni.

Quivi si renderebbe grave più che mai — se la nostra comprensione risulta esatta — la pericolosa, acritica accettazione integrale del proprio « ruolo convenzionale », qual è appunto, come dicevamo all'inizio, anche e soprattutto quello del giurista. Un ruolo, questo, troppo integralmente accettato, secondo l'autore, da Raffaele Garofalo.

Soggiunge infatti Spirito: « Il Garofalo ha portato il contributo della sua astratta mentalità di giurista all'astratto naturalismo dell'antropologia criminale, depauperandolo anche delle sue esigenze più vive e riducendolo quasi irriconoscibile attraverso gli schematismi di una casistica psicologico-giuridica. Delinquente e delitto diventano entrambi pure astrazioni e su di essi si ragiona con la fredda analisi di uno pseudo-scientificismo da cui esula ogni vera consapevolezza della vita morale. Si inaridisce l'anima dello scienziato di fronte all'*oggetto-delinquente* ».

E si inaridisce fino a tal punto, che « il Garofalo crede di poter avere la sicurezza incrollabile e la prova scientifica, assoluta, della incorreggibilità permanente, e ha la coscienza di pronunziare con fede di scienziato la condanna a morte » ⁽³⁰⁾.

II. Ma non era questa, non poteva ancora esser questa, secondo Spirito, la « coerenza » definitiva della Scuola Positiva.

Essa, per vero, viene raggiunta soltanto con l'opera di Enrico Ferri, che corregge « da un lato l'indirizzo prevalentemente antropologico del Lombroso e da un altro l'astrattismo psicologico-giuridico del Garofalo ».

Resterebbe merito principale di Enrico Ferri, dunque, quello di elaborare « il concetto di sociologia criminale e il suo carattere di sistematicità e di universalità per cui il delitto è ricondotto a tutto il mondo naturale e sociale ».

Secondo Spirito, pertanto, Ferri non imbocca una via metodologicamente errata. Sennonché, egli cade comunque nel « determinismo assoluto che involge, con la natura e la società, l'uomo che ne fa parte, riducendolo a passiva espressione di una realtà che infinitamente lo trascende »: un'aporia, questa, destinata a riaffiorare fatalmente nella costruzione giuridico-politica che ne consegue.

Che Ferri edifichi infatti il proprio sistema su premesse speculative inaccettabili, è cosa, secondo Spirito, fuor d'ogni possibile discussione: « è molto, troppo facile dimostrare filosoficamente l'assurdità e l'ingenua empiricità degli argomenti addotti dal Ferri ». Ma l'opera dello storico non deve arrestarsi a questo elementare riscontro, sibbene riconoscere

⁽³⁰⁾ La « Criminologia » di Garofalo è oggetto invece d'un giudizio più benevolo, anche se contenuto nei limiti d'un breve accenno, in un saggio più recente di SPIRITO, *La sociologia in Italia*, cit., loc. cit., p. 278.

che « la critica mossa alla concezione del libero arbitrio ha un fondamento indiscutibile », anche se « il Ferri non si è accorto ch'egli combatteva contro un nemico già sconfitto e che tutto l'idealismo moderno aveva affermato un nuovo concetto di libertà come legge e cioè come sintesi di necessità e libertà » ⁽³¹⁾.

Una battaglia più che legittima, quindi, quella di Ferri, ma condotta con armi inadatte, per niente in linea con valide, coerenti premesse. Erravano infatti i positivisti, nel loro tentativo di dimostrare, con argomenti tutt'altro che decisivi, ciò che l'esperienza idealistica già aveva chiaramente posto in luce, e nel deformare perciò ogni conseguenza operativa in rapporto a presupposti speculativi fallaci. Ma erravano pure, e forse in misura ancor maggiore, gli impenitenti seguaci del classicismo penale, nel fondare integralmente la loro opposizione al pensiero positivistico sulla sola e fin troppo agevole confutazione delle sue fragili premesse filosofiche. Spirito, in questo senso, è quanto mai esplicito: « Il filosofo non può non sorridere a certe pretese degli apostoli del determinismo, ma il suo sorriso non deve confondersi con lo scherno incosciente con cui le teorie positiviste sono state accolte dai seguaci della scuola classica ».

E la condanna del filosofo, a questo punto, travolge, insieme, classici e positivisti: travolge, anzi, le ragioni stesse della loro disputa, che oggi è ormai secolare: « Il libero arbitrio era stato debellato da un pezzo, ma i classicisti come i positivisti non ne erano e non ne sono ancor oggi informati » ⁽³²⁾.

La Scuola Positiva, ben s'intende, può vantare, secondo l'autore, dei meriti non trascurabili ⁽³³⁾. Certo, « con la negazione della libertà e della responsabilità morale, e con la riduzione del mondo dello spirito a quello della natura, viene ad annullarsi ogni concetto di valore e viene a rendersi inconcepibile la stessa vita sociale »; nondimeno, la Scuola Positiva, e « Ferri in particolar modo », specie con la sua « teoria dei sostitutivi », tenta di instaurare, « sia pure sul terreno contraddittorio di una teoria deterministica », un sistema criminale *essenzialmente educativo*.

Ciò vale a dire — e ci lusinghiamo di non fraintendere — che l'indirizzamento positivistico, malgrado l'ostacolo costituito dalla sua mancata consapevolezza di non rappresentare affatto, nella storia del pensiero, una frattura culturale rispetto alla continuità dell'esperienza ideali-

⁽³¹⁾ Su questo tema, per una critica più diffusa all'impostazione positivistica, SPIRITO, *Inizio di una nuova epoca*, cit., p. 124 s.

⁽³²⁾ Motivo, anche questo, ripreso ben presto dall'autore nella sua successiva teorizzazione politico-criminale: cfr. SPIRITO, *Il nuovo diritto penale*, cit., pp. 16 s., 34 s.

⁽³³⁾ Tale riconoscimento è del pari tenuto fermo, non meno che gli appunti critici, nell'ambito di scritti successivi. Per esempio: SPIRITO, *Il pensiero filosofico italiano contemporaneo*, cit., loc. cit., p. 210 s.; ID., *Dal mito alla scienza*, cit., p. 196 s.

stica, sul terreno del diritto criminale si avvicina notevolmente, secondo Spirito, ad una soddisfacente impostazione dei problemi di fondo. Ma dovremo dire altresì — sempre, s'intende, seguendo il pensiero dell'autore — ch'esso ha nondimeno eretto, particolarmente con il sistema di Ferri, una contraddittoria barriera su quel cammino: la pervicace obiettivazione del delinquente nello schema esangue del *tipo*, anzi che la sua prospettazione come irripetibile *individualità*.

Ci lusinghiamo — giova ripeterlo — di non fraintendere, trattandosi a nostro avviso, nella struttura dell'opera, di un passo decisivo. Ma si tratta di un passo della *Storia*, che, peraltro, non sembra davvero dar luogo ad equivoci.

Vediamo dunque di rileggerlo attentamente, sia pure scomponendolo ai fini di una più puntuale comprensione.

Costituisce merito della Scuola Positiva, la tendenza « a cogliere il delitto nella sua individualità concreta e a negare l'astratta classificazione obiettiva dei delitti su cui si impervia tutto il sistema della scuola classica ». Tuttavia, anche i positivisti parlano « di classificazioni in cui il delinquente non può non perdere la sua individualità e non diventare l'espressione di un genere o di una classe ». Lo stesso Ferri, in effetti, ha coscienza di questo dato negativo, di questa limitazione, « e riconosce la necessità ideale dell'assoluta individualizzazione dei criteri punitivi dalla quale dice di aver dovuto prescindere solo per ragioni di attuazione pratica ».

L'assunto è di Ferri — si badi — e non di Spirito. Poco sopra, ma sempre nel contesto del passo citato, Spirito esprime invece una diversa diagnosi: la costante riduzione della « individualità » al « tipo », nell'indirizzo positivistico e specificamente nelle elaborazioni di Ferri, « era l'inevitabile conseguenza di una considerazione naturalistica del delinquente e a tale inconveniente non poteva porsi riparo sulla base dei principi della sociologia criminale » ⁽³⁴⁾.

Necessità d'ordine pratico, dunque, secondo Ferri; necessità come ineluttabile conseguenza di determinate premesse culturali, invece, secondo Spirito. Possiamo allora chiederci, per meglio porre il problema: persistente tipizzazione dell'uomo-delinquente, alla stessa stregua classica del fatto delittuoso, come portato di presupposti speculativi fallaci, cioè della considerazione « naturalistica » propria al Positivismo? O non, piuttosto, come perdurante ossequio alle esigenze « obiettivo-garantistiche » d'un diritto penale ancora concepito, malgrado tutto, in aderenza ai dettami — sia pure « astratti », sia pure « antistorici » — del tradizionale « contrattualismo » di derivazione illuministica?

A mezzo secolo dalla prima edizione della *Storia*, tale quesito — che riflette, nella sua essenza, il decisivo problema politico-criminale della

⁽³⁴⁾ Più diffusamente, in seguito, contro l'impostazione « tipologica » come correlata alle dottrine positivistiche, SPIRITO, *Non giudicare*, cit., loc. cit., p. 93 s

« individualizzazione » — ha continuato a venir posto e riproposto. Da parte nostra, a pena di contraddire quanto altrove sostenuto ⁽³⁵⁾, dobbiamo propendere per le ragioni addotte da Ferri, pur non disconoscendo che la diagnosi di Spirito contenga a sua volta un rilievo esatto. Rimaniamo convinti, in altri termini, che l'indirizzo positivistico sia stato, sì, indotto dalle proprie premesse metodologiche alla tenace classificazione dei soggetti delinquenti negli schemi dei « tipi criminologici », ma sul terreno politico-legislativo abbia parimenti costretto l'individualizzazione delle sanzioni nei paradigmi spersonalizzati dei corrispondenti « tipi normativi » spintovi dalla sostanziale adesione alle classiche istanze di « certezza », legate pur sempre al filone di pensiero liberale-illuministico.

12. Conviene però, a questo punto, che decisamente si prosegua la rilettura del volume.

Poste le premesse delle quali in ultimo abbiamo detto, ogni pagina successiva risulta ancor più chiara; e determinate conclusioni, anzi, quasi scontate, ormai anticipate con sicurezza nella trama critica del discorso che le precede.

Appurate invero le contraddizioni del pensiero positivistico, ma segnalata altresì la miopia delle obiezioni mosse al medesimo dai seguaci dell'indirizzo classico, Ugo Spirito vede inevitabilmente profilarsi, sull'orizzonte storico del diritto penale italiano, « l'eclettismo » della « Terza Scuola ».

Prima di rivolgere l'attenzione a questa, ovverossia a quegli studiosi ch'egli denomina « pavidì assertori di un positivismo a metà », l'autore si sofferma sugli « ultimi epigoni della scuola classica »: Enrico Pessina e Luigi Lucchini.

La valutazione contiene qualche nota positiva per Pessina, nelle cui pagine viene riconosciuto presente « un vero e proprio abbozzo di sociologia criminale, dove tutte le principali teorie della scuola positiva sono riconosciute come essenzialmente rispondenti alla realtà ». Per contro, solo di inappellabile condanna è ritenuta degna la contraddizione che si agita al fondo del pensiero di Lucchini. Da questi, invero, « lo spiritualismo viene a essere esplicitamente negato nei suoi presupposti filosofici e solo astrattamente e arbitrariamente riaffermato nella sua esigenza ». Lucchini, per polemizzare con la Scuola Positiva, scende infatti « *sullo stesso terreno* », tant'è vero che la sua accusa « è appunto quella di non attenersi scrupolosamente al metodo positivo e di procedere arbitrariamente nelle conclusioni » ⁽³⁶⁾. Sicché, in ultimo, « quanto

⁽³⁵⁾ Tale tesi è appunto sostenuta in un nostro volume, al quale ci permettiamo di rinviare: CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, pp. 435 s., 540 s., 561 s.

⁽³⁶⁾ Non ci sembra fuor di luogo segnalare come tale posizione di pensiero, che Spirito tanto vigorosamente rimprovera a Lucchini quale suo principale de-

al problema delle libertà umane, il Lucchini, che già si era posto sulla via del determinismo, non sa precisamente che cosa opporre alla scuola positiva e tronca la questione con un appello al sentimento ». Dal che risulterebbe palese, secondo Spirito, « non solo l'incapacità del Lucchini a risolvere men che superficialmente la questione, ma anche la sua inconsapevolezza dell'importanza del problema ai fini della scienza del diritto penale ».

E la « Terza Scuola », quasi un trionfo codificato del vacuo « eclettismo », nasce perciò fatalmente, ormai per forza di cose: « Una creazione così indeterminata e così superficiale non poteva dare che un unico frutto: il compromesso. E al compromesso si sono appigliati i più pavidisti tra i positivisti, i quali hanno avuto la velleità di fare della loro debolezza il principio della loro forza e si sono atteggiati nientemeno che a fondatori di una *terza scuola* ».

Non meno severo, naturalmente, il giudizio complessivo dell'autore sui risultati scientifici di questo indirizzo: « Il valore della terza scuola, perciò, non può essere giudicato se non come meramente negativo: essa non è che la espressione della generale insofferenza di fronte alle ardite teorie della scuola positiva, e il tentativo affatto empirico di reagire a esse risolvendo in qualche modo la loro immanente contraddizione ». Di talché — prosegue Spirito —, « come avviene per ogni eclettismo, i risultati conseguiti, lungi dal rappresentare un ulteriore sviluppo scientifico e pratico, non segnano che un arresto e addirittura un passo indietro nell'elaborazione del diritto penale ».

Addirittura, dunque, *un passo indietro*. E il fatto che simile giudizio provenga da un pensatore saldamente legato all'indirizzo idealistico, dà a sufficienza la misura, crediamo, della sua negatività.

13. Ma l'« eclettismo », a sua volta, produce frutti ulteriori. Anzi, frutti inevitabili, del tutto conseguenti alle premesse. La concezione « tecnico-giuridica », ormai, bussa prepotentemente alle porte, nella storia del diritto penale italiano.

Così, mentre la « Terza Scuola » era sembrata volersi prodigare, quanto meno, nel conato d'un impegno di fondo, d'una pur dimessa polemica chiarificatrice sui presupposti sostanziali dello *jus puniendi*, l'indirizzo tecnico-giuridico predica a gran voce il ripiegamento culturale del penalista su trincee assai più arretrate. Potremmo dire anzi — insistendo per un attimo nell'impiego della terminologia bellica — su una fascia di presunto terreno neutrale, a protezione della cui invio-

merito scientifico, presso i penalisti gli venga talora rivendicata, invece, come un non trascurabile merito: in quest'ordine di idee, per esempio, assai di recente, BETTIOL, *Luigi Lucchini e i cento anni della Rivista Penale*, in *Riv. pen.*, 1974, pp. 578-579.

labilità vengono affannosamente stese le gravi cortine fumogene del formalismo giuridico ⁽³⁷⁾.

Secondo Ugo Spirito, naturalmente, si tratta di un alibi. Un alibi forse elegante, anche se non ancora teorizzato compiutamente, cioè fino alle conseguenze estreme. Per il momento, ci si appaga di limitare l'opera del giurista, con il pretesto di garantirne la «scientificità», alla sola esegesi «classificatoria» del diritto positivo. Siamo ancor lontani dunque, nella Storia, dal meriggio formalistico d'una *Reine Rechtslehre*. Mentre Arturo Rocco pronunzia quella sorta di «manifesto» che è, per il tecnicismo giuridico, la prolusione sassarese ⁽³⁸⁾, Hans Kelsen è intento a rivedere le bozze degli *Hauptprobleme*. Ma, evidentemente, il clima culturale della scienza penalistica italiana è già maturo per farle imboccare, proprio sul terreno «culturale», la via d'un contraddittorio «disimpegno».

Vengono così spalancate trionfalmente le porte ad una metodologia, ad un modo di pensare il «problema penale» — o, meglio, di non pensarlo affatto in termini «problematici» — e di condizionarne ogni risvolto pratico, di cui Ugo Spirito, nel 1925, lucidamente intuisce le conseguenze ulteriori.

E Spirito, in effetti, formula subito, al riguardo, una diagnosi culturale precisa: «L'esigenza che muove i tecnico-giuridici nell'elaborazione della loro dottrina è essenzialmente positivistica. Non di quel positivismo che caratterizza la scuola del Lombroso e del Ferri, e che anzi è ripudiato o per lo meno lasciato in disparte, bensì di un positivismo quasi alla seconda potenza, che scarta il primo, perché non lo ritiene sufficientemente adeguato alla realtà del diritto» ⁽³⁹⁾.

Date queste premesse, la conclusione sgorga assai piana: «L'atteggiamento speculativo non è affatto mutato, e solo è cambiato l'oggetto, il dato, che naturalisticamente si vuol studiare: non più il delinquente e tutti i fenomeni sociali ad esso relativi, bensì il sistema delle norme legislative, che hanno per scopo la repressione del delitto». Un atteggiamento, quindi, che è «proprio del positivista nei confronti della realtà che si accinge a studiare. Egli si propone di intendere il dato con il dato, l'oggetto con sé stesso, senza assumere mai altro criterio di giudizio che non sia quello inerente alla stessa realtà da studiare».

⁽³⁷⁾ Si noti che la polemica contro tale modo di concepire la scienza giuridica viene proseguita dall'autore ben oltre la seconda edizione della *Storia*, e, anzi, pur sempre negli anni che videro i massimi fasti di quella metodologia. Pagine oltre-modo efficaci, tra le altre, ci paiono quelle comprese nel saggio di SPIRITO, *L'autonomia delle scienze* [1933], ora nel volume *Scienza e filosofia*, cit., p. 137 s.; ma si veda, inoltre, ID., *La vita come ricerca*, cit., p. 217 s.

⁽³⁸⁾ Per l'esattezza: Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* [1910], ora in *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, 1933, p. 263 s.

⁽³⁹⁾ Su questo punto, invece, può venire segnalata una singolare analogia di diagnosi con BETTIOL, *Il problema penale*, cit., loc. cit., p. 666 s.

Ecco, questa è la decisiva diagnosi metodologica del « filosofo »: pretendere di intendere, nel costituirsi dell'esperienza giuridica, « il dato con il dato ».

E va da sé che simile impostazione, secondo l'autore, non fosse suscettibile di produrre alcun frutto positivo: né prima del 1925, né dopo. Era fatale — scrive infatti Spirito — che gli sforzi dell'indirizzo tecnico-giuridico mettessero « capo a teorie e costruzioni giuridiche affatto formali e inconsistenti, nelle quali i problemi si riducono in gran parte a mere convenzioni terminologiche ».

Ma dopo la « diagnosi », nelle pagine di Spirito si può chiaramente leggere anche una « prognosi » — anzi, una « prognosi infausta » —, laddove egli soggiunge: « Tra un macchinoso verbalismo e un vago filosofismo vedremo continuamente oscillare quella che oggi si ritiene la più rigorosa scienza del diritto penale ».

Per conseguenza, gli strali dell'autore subito si rivolgono, senza remore di sorta, a colpire le teorizzazioni di tre studiosi unanimemente annoverati tra i sommi sacerdoti del tecnicismo giuridico: Eduardo Massari, Arturo Rocco e Vincenzo Manzini.

Massari è il solo « imputato » cui venga riconosciuto, nella implacabile « requisitoria » di Ugo Spirito, il beneficio di certe circostanze attenuanti: fondate, queste, su di una tensione — viva, malgrado tutto, nel suo pensiero, ed anzi avvertita non senza intimo travaglio — tra l'adesione ai canoni incolori del tecnicismo giuridico e una vocazione speculativa mai del tutto sopita. Ciò che infatti Massari nega, finisce poi con il riaffiorare in una ammissione: « la riammissione esplicita di quel diritto razionale o ideale che, a detta dello stesso Massari, non esiste, ma del quale, tuttavia, l'intero volume su *Il momento esecutivo del reato*, impostato su presupposti speculativi e tendente a ritrovare nella discussione con i filosofi la conferma delle proprie tesi, è una delle più evidenti e perentorie affermazioni ».

Rocco, per contro, vede sottoposto ad una critica corrosiva, principalmente, quella sorta di testo sacro ch'è, per il penalista italiano, il « grosso volume pubblicato nel 1913 [...] con il titolo *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale* », perentoriamente giudicato da Spirito « espressione più significativa del nuovo indirizzo scientifico ». E tali motivi critici, giust'appunto, sfociano in un verdetto — per i tecnico-giuridici, e per Rocco avanti tutti — severo, forse, quant'altro mai: « La loro scienza, per tal guisa, vive in realtà al margine dei problemi che studia, e che pur è costretta implicitamente a risolvere, presupponendone la soluzione ». E ancora: « Con spregiudicatezza che potrà sembrare irriverente, non ci facciamo scrupolo di lasciare in disparte tutto il loro armamentario così detto giuridico e di spingere lo sguardo a quella qualsiasi concezione umana del delitto e della pena, ch'essi pur debbono avere, per quanto immiserita e soffocata da sì pesante paludamento ».

E qui, s'avverte quasi la sensazione che l'« antifilosofia » della « purezza tecnico-giuridica » — che si avvia a porsi, nell'ambito del pensiero penale italiano, come metodologia pressoché « ufficiale » — da Spirito venga imperiosamente trascinata avanti il tribunale della Storia. In nome di quale « Diritto » parla Arturo Rocco — chiede infatti Ugo Spirito: « Diritto naturale o razionale o ideale? E quale consistenza possono vantare, nella Storia, le categorie sulle quali egli costruisce il proprio sistema? « Non presume forse egli di parlare *sub specie aeternitatis*, quando distingue e definisce bene, interesse, utilità, bisogno, desiderio, danno, male, materia, forma, ecc.? ».

L'antifilosofia della tradizionale scienza penalistica, cioè dell'ormai dominante tecnicismo giuridico — ecco, a nostro avviso, il punto cruciale dell'intero discorso storico-filosofico — cela ingannevolmente, nei propri panni artificiosamente stinti, l'adesione più o meno consapevole a premesse ideologiche ben individuabili, facilmente smascherabili: « anche a prescindere da questi nuovi tentativi ricostruttivi della scienza del diritto penale — osserva infatti Spirito —, è relativamente facile individuare i vecchi principi giusnaturalistici della scuola classica che affiorano qua e là nelle costruzioni dei tecnico-giuridici ».

E questa evidente ma tragica contraddizione, si staglia sullo sfondo d'un altro testo sacro a generazioni di penalisti italiani: il *Trattato* di Vincenzo Manzini. « L'antifilosofo Manzini — afferma Ugo Spirito —, discutendo il problema della libertà del volere, trova modo, naturalmente, di tirare una delle sue solite frecce contro le discussioni di carattere speculativo ».

A ciò vien fatta seguire, puntualmente, una digressione sugli argomenti « filosofici » utilizzati dall'« antifilosofo » Manzini. In esito alla quale, Spirito amaramente conclude: « Non c'è che da rassegnarsi alla sua grama filosofia d'altri tempi ».

Vi ci si può rassegnare tutti, volendo: giuristi, storici, filosofi.

E tuttavia, desideriamo aggiungere, non senza prender nota di quanto Spirito vuol segnalare, *in primis*, al giurista.

Ciò che nelle pagine di questi sacri testi da oltre mezzo secolo sconcerta, non è tanto la pretesa, in sé pur censurabile, alla « antifilosofia »; quanto quella, più o meno conscia, di contrabbandare sotto mentite spoglie un'altra « filosofia »: spicciola, volutamente disancorata dai problemi e dalla cultura del tempo, e quindi dalla Storia. Il che, da parte dei giuristi — « uomini di cultura » per definizione — chiaramente equivale, secondo Spirito, ad una autentica *trahison des clercs* ⁽⁴⁰⁾.

Ed è proprio questo, ad avviso dell'autore, il magro bilancio del tecnicismo giuridico, e con ciò stesso, in gran parte, d'un mezzo secolo di scienza penalistica italiana: « Classicismo e positivismo si riaffermano

⁽⁴⁰⁾ Si veda, infatti, quanto al riguardo scrive SPIRITO, *L'autonomia delle scienze*, cit., loc. cit., p. 140 s.

proprio attraverso quei principi per i quali sono stati combattuti, ed esauriscono da soli tutto il contenuto speculativo del nuovo indirizzo ».

Tutto, dunque, e non una sola parte. Secondo Ugo Spirito, pertanto, nient'altro che cenere: cenere d'un ceppo che, un tempo, aveva pur saputo ardere di fiamma viva: al tempo in cui la scienza del diritto penale non invocava, a garanzia della propria « scientificità », l'alibi mortificante di pretese neutralità ideologiche, ma coerentemente si costituiva, nella Storia, come dichiarato impegno culturale, e quindi come portato di chiari presupposti filosofici.

Così, il tecnicismo giuridico, orgoglioso rampollo di un'illusoria partenogenesi « afilosofica », da Ugo Spirito si vede negare, all'atto pratico, financo il tradizionale onore delle armi.

14. L'ultima vicenda, ovviamente, non è una conclusione. O è, più precisamente, la conclusione d'un particolare capitolo, nella Storia. Chiuso un capitolo, se ne apre uno di nuovo: legato, ben s'intende, a quello precedente, o meglio a tutti quelli che l'han preceduto.

E in effetti, mentre Spirito licenzia la prima edizione del volume, per il diritto penale un nuovo capitolo sembra davvero sul punto di aprirsi: la lunga, travagliata gestazione della riforma penale italiana si sta avviando alle sue tappe cruciali.

Spirito, per ciò stesso, deve affrettarsi ad indicare una « via nuova », capace di condurre ad un diritto penale veramente « nuovo ». La Storia non sopporta indugi. L'operoso impegno « attualistico » non li giustifica. E la Storia sembra in ultimo, con il suo corso, sconfessare definitivamente il pavido disimpegno tecnico-giuridico, le remore individualistiche d'un tardo illuminismo incarnato nel neo-classicismo penale, la velleitaria rivolta del troppo insicuro Positivismo criminologico.

Bisogna far presto, nel 1925: riformare il diritto, renderlo coerente alla nuova atmosfera culturale, sottrarlo a mummificazioni antistoriche; e, per ciò stesso, abbattere gli steccati che dividono l'una scienza dalle altre, restituire l'individuo alla società, l'Uomo alla Storia ⁽⁴¹⁾.

In questa fervida, giovanile stagione, mentre presiede alla nascita dei *Nuovi Studi* — un programma e, insieme, una sintesi di questo impegno —, Ugo Spirito addita al diritto penale italiano la « nuova via » da battere: una via, per la precisione, che si diparte, per poi coerentemente seguirle, dalle fondamentali prospettive filosofiche del *Nuovo Idealismo*.

Vero è infatti che proprio tale corrente di pensiero sarebbe finalmente in grado di chiarire i due presupposti, i due cardini fonamen-

⁽⁴¹⁾ Per una ricostruzione efficace, affascinante, di quel momento culturale, dei suoi motivi e delle sue ansie, SPIRITO, *Scienza e filosofia*, cit., p. 9 s.

tali del diritto penale: il concetto di responsabilità e, conseguentemente, il fine della pena ⁽⁴²⁾.

A tale risultato, però, non sarebbe dato giungere — come l'autore si affretta a sottolineare — accogliendo l'impostazione speculativa di Benedetto Croce. Il suo « concetto di libertà », invero, mostrerebbe un carattere « in parte deterministico e in parte arbitraristico ». Resterebbe sostanzialmente irrisolto, per conseguenza, il problema del fine della pena, poiché esso, « così come il fine di qualsiasi legge, non può essere determinato *a priori*, ma solo *a posteriori*, attraverso la conoscenza di quel fine arbitrario che vuol con essa raggiungere il legislatore ». In ultima analisi, dunque, simile impostazione nulla saprebbe suggerire di concreto « al giurista e al criminologo che vogliano procedere nella loro opera con una finalità pienamente consapevole »: « La filosofia non può loro dir nulla, poiché, per il Croce, essa è contemplazione che trascende l'azione ».

Ben diversa invece, secondo l'autore, l'impostazione data a quegli stessi problemi da Giovanni Gentile; e ben diversi, cioè assolutamente positivi, i suoi risultati, per un moderno, integrale « ripensamento » del diritto penale.

Per intanto, la concezione puramente « contemplativa » della filosofia troverebbe, in Gentile, un definitivo superamento: « Conoscere e agire sono per lui due termini che si indentificano, sì che l'opera del filosofo o dello storico e quella dell'uomo d'azione non differiscono sostanzialmente ». Inoltre, nel pensiero di Gentile risulterebbe alfine rifondata l'autentica nozione di responsabilità, tramite « un concetto rigorosamente dialettico di libertà ». E proprio quella nozione, dal filosofo, o parimenti dal giurista, dovrebbe venir posta a base d'un nuovo diritto penale, secondo l'esplicita indicazione offerta dallo stesso Gentile nell'ambito d'un suo saggio su « *C. Lombroso e la scuola italiana di antropologia* ».

Movendo pertanto da questi validi presupposti speculativi — prosegue Spirito — è possibile, anzi necessario, riorganizzare anzitutto compiti e metodi dell'antropologia e della sociologia criminale. Alla base di tutto, naturalmente, andrà posto « un nuovo concetto di responsabilità, sul cui fondamento sarà possibile una costruzione veramente organica e coerente del diritto penale ». Va da sé, però, che tale concetto nulla dovrà avere in comune con quello della « vecchia scuola classica », la quale « concepiva la responsabilità del delinquente in modo affatto empirico ed ingenuo e non riusciva neppure a sfiorare la vera essenza del problema ». Né potrà esser quello della Scuola Positiva, la quale, pur potendo vantare il meritorio « tentativo di costruire un sistema criminale che muovesse dal principio dell'unità inscindibile di individuo e mondo », aveva concluso che « l'individuo è irresponsabile »: cadendo

⁽⁴²⁾ Una più ampia e motivata discussione filosofica può trovarsi nel volume di SPIRITO, *L'idealismo italiano e i suoi critici*, cit., p. 40 s.

così, secondo Spirito, in una vera e propria «immoralità», anzi divenendo essa medesima «scuola di immoralità». Il vero concetto di responsabilità, in linea con le conclusioni del Nuovo Idealismo, andrà direttamente colto, invece, nella definizione stessa del «soggetto», nella posizione di questi rispetto al «tutto».

Ma chi è dunque — può chiedere legittimamente il «giurista» — il «vero soggetto»? È quello — risponde Ugo Spirito — «per cui tutti i soggetti empirici diventano oggetti, natura, e, come natura, la stessa realtà di tutte le cose, di tutto l'universo; il quale tutto, poi, è la realtà del soggetto che lo giudica natura, e giudicandolo lo crea, e ne assume la responsabilità» ⁽⁴³⁾.

Naturalmente, non vorremmo che, nella «rilettura da giuristi», la nostra *parva sapientia* ci portasse a fraintendere. Quel che a noi par di capire, è che i caratteri della piena soggettività competerebbero a quegli che possa trascendere ogni realtà diversa da sé e ricomprenderla come prodotto della propria attività. Perciò i caratteri della soggettività non spetterebbero mai pienamente all'«io empirico», il quale non può riguardare alla società come ad un proprio prodotto, essendo da essa, anzi, ricompreso e in qualche modo determinato. Di conseguenza, anche il «rappresentante» della società, come sarebbe ad esempio il giudice, non potrebbe né considerare il reo dotato di quella totale libertà che è propria solo del puro soggetto, né considerarlo totalmente estraneo alla libertà e alla responsabilità della società stessa, quasi si trattasse di un frammento caduto fuori dal «tutto». Pertanto, il problema di chi giudica il presunto reo, sarebbe quello di porre in evidenza e in atto i legami che — magari nascosti e apparentemente contraddetti — stringono inevitabilmente il singolo alla collettività come la parte al tutto: un'operazione, dunque, che ben potrebbe definirsi di riscatto, di redenzione, di rieducazione reciproca, tra giudicato e giudicante, ove tali termini siano sottratti ad una interpretazione meramente naturalistica e psicologista.

Risulta evidente, per ciò stesso, che la finalità della pena viene posta in termini decisamente «pedagogici», pur se l'eventuale momento «affittivo» a noi non sembra scadere, nella concezione di Spirito, a mera modalità accidentale o strumentale. Un atteggiamento radicalmente nuovo, per conseguenza, si imporrebbe anche nella pratica, concreta applicazione d'una «nuova» legge penale: «Quando il giudice giudica e punisce, non si volge propriamente all'altro da sé, ma a sé stesso, e giudica e punisce sé stesso in quanto umanità» ⁽⁴⁴⁾.

Da ciò rimarrebbe precisato, oltre tutto, anche il compito dell'antropologia criminale: «individuazione della personalità antropologica del

⁽⁴³⁾ Sempre sul tema della «responsabilità», si può segnalare tra le più recenti prese di posizione, seppure in termini di discorso filosofico forse non del tutto identici, SPIRITO, *Dal mito alla scienza*, cit., p. 159 s.

⁽⁴⁴⁾ Parimenti, SPIRITO, *La vita come amore*, cit., p. 223 s.

delinquente ai fini della valutazione e educazione della sua personalità morale». La sociologia criminale, del pari, dovrebbe concorrere a questa funzione socio-pedagogica, poiché « nell'opera del criminalista il delinquente non deve trovare più l'*alibi* del proprio delitto, ma solo la determinazione della propria responsabilità ».

Questo dunque, nel 1925, il concetto di responsabilità, per Ugo Spirito; e questo, conseguentemente, il fine della pena.

Naturalmente, vien fatto di chiedersi se, con il volgere degli anni, simile impostazione non sia mutata, nei suoi riflessi penalistici. La risposta, a nostro avviso, deve suonare decisamente negativa. Ma per motivarla esaurientemente, non ci sembra fuor di luogo esaminare il pensiero criminalistico di Ugo Spirito oltre la *Storia del diritto penale italiano*, o, comunque, oltre la prima edizione del volume.

15. Un fatto nuovo, un fatto tanto atteso e sollecitato dall'autore nel 1925, viene in essere nello spazio di brevi anni: la riforma del codice penale italiano.

Ma esso segna, per Ugo Spirito, motivo d'una profonda delusione. Ed egli, per muovere una critica di fondo a quello che sarà il Codice Rocco, non attende di dare alle stampe, nel 1932, la seconda edizione della *Storia*, ma già nel 1928 licenzia il manoscritto del volume *Il nuovo diritto penale*.

Le linee portanti della riforma, sulla scorta della « relazione preliminare » del 1927, ormai appaiono sufficientemente chiare. Ma l'autore, evidentemente, non cessa di sperare in radicali ripensamenti che conducano il legislatore — e non solo in materia penale, vorremmo soggiungere — all'approvazione di complessi normativi veramente « nuovi ».

Del *Progetto Rocco*, pertanto, Spirito cerca di porre in evidenza quelle contraddizioni ch'egli giudica come le più palesi e pericolose. Il *Progetto*, anzitutto, riproporrebbe l'« eclettismo » del Codice Zanardelli ⁽⁴⁵⁾, sicché rimarrebbe irrisolto il problema della « libertà umana e però della libertà e responsabilità morale dell'azione del delinquente » ⁽⁴⁶⁾. Per conseguenza, nel codice continuerebbe a vivere l'intollerabile dualismo di pene e misure di sicurezza: mentre, invece, la pena dovrebbe essere « unica », orientata naturalmente alla finalità « rieducativa », e, in quanto tale, « prorogabile », cioè indeterminata nella sua durata massima ⁽⁴⁷⁾.

Appare di tutta evidenza che l'impostazione di Spirito, proprio per il fatto di patrocinare l'adozione di una « pena pedagogica unificata », viene a dilatare in assai ampia misura i poteri discrezionali del giudice. Ciò non sfugge ovviamente all'autore, il quale teorizza all'uopo una nuova, particolare figura di giudice: preparato moralmente e scientifi-

⁽⁴⁵⁾ Cfr. SPIRITO, *Il nuovo diritto penale*, cit., pp. 14 s., 71 s.

⁽⁴⁶⁾ SPIRITO, *op. ult. cit.*, pp. 16 s., 30 s.

⁽⁴⁷⁾ SPIRITO, *op. ult. cit.*, pp. 22 s., 34 s., 38 s., 74 s.

camente a quelle delicatissime funzioni, capace di penetrare l'animo del reo, di comprenderne i più riposti problemi, di trattarlo insomma non come un reprobato da isolare dalla società, sibbene come un amico, un fratello da recuperare alla vita ordinata della società medesima ⁽⁴⁸⁾. Ma, naturalmente, un giudice siffatto dovrebbe possedere ben altra *forma mentis* da quella che gli impone la tradizionale educazione impostata sugli aridi canoni del tecnicismo giuridico ⁽⁴⁹⁾.

E qui, a nostro avviso, Spirito mostra chiaramente di ritenere che proprio la dominante mentalità forgiata dal tecnicismo giuridico, oltre ad esprimere operatori del diritto ben diversi da quelli che una nuova legislazione penale richiederebbe, costituisce, ormai alle soglie degli Anni Trenta, uno tra gli ostacoli principali all'auspicata riforma radicale della normazione penale.

La polemica avverso quell'indirizzo, infatti, tosto prosegue, e talvolta con accenti aspri, nel capitolo su « Il nuovo codice e la nuova scienza del diritto penale », che Spirito aggiunge nel 1932 alla seconda edizione della *Storia*. Vien preso di mira, sì, il nuovo codice, nel frattempo entrato in vigore, ma ancor di più il pensiero di Arturo Rocco, quasi a sottolineare l'inscindibilità di quel prodotto legislativo dai massimi esponenti dell'imperante metodologia. Il codice — ribadisce l'autore — vive su inconcepibili contraddizioni di fondo, le quali culminano nel dualismo di pene e misure di sicurezza ⁽⁵⁰⁾. Ma vano è tentare — come fa Rocco, affidandosi alle « acutezze del tecnicismo giuridico » — di risolvere, di superare codeste contraddizioni con sofismi propri d'una scienza giuridica palesemente disarticolata dalla realtà. Certo, l'apologia del nuovo codice penale, nato dai « compromessi » d'una sorta di pseudoscienza del diritto, non può che venir commessa alla medesima, e per essa alla penna autorevole di Arturo Rocco ⁽⁵¹⁾: ma « pretendere di far della scienza con criteri che non sono né storici, né tecnici, né speculativi — incalza animosamente Spirito —, vuol dire indulgere al

⁽⁴⁸⁾ SPIRITO, *op. ult. cit.*, pp. 53 s., 114 s.

⁽⁴⁹⁾ SPIRITO, *op. ult. cit.*, p. 102 s.

Non ci sembra fuor di luogo ricordare, in proposito, un altro, significativo accenno polemico, sia pure indiretto, nei confronti di tale metodologia della scienza giuridica, nell'ambito di un'opera di molti anni posteriore: SPIRITO, *La riforma della scuola*, cit., p. 46 s. Lamentando la mancata riforma della Facoltà di Giurisprudenza, e attribuendone la conservazione al pertinace dominio d'una mentalità « tradizionale », l'autore finisce con evidenza per porre in istato d'accusa, anche sotto questo profilo, la metodologia tecnico-giuridica. E la conclusione, nel 1956, suona altrettanto sconsolata, per gli studi giuridici, quanto lo è quella, da noi ricordata nel testo all'inizio, per il progresso della scienza penalistica: « Non c'è alunno tanto deficiente che non riesca a prendere una laurea in legge » (cfr. *op. ult. cit.*, p. 47).

⁽⁵⁰⁾ Obiezione di fondo, questa, già anticipata, con riguardo al « Progetto Rocco », nel volume di SPIRITO, *Il nuovo diritto penale*, cit., pp. 22 s., 74 s.

⁽⁵¹⁾ E precisamente, Rocco, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica* [1930], ora in *Opere giuridiche*, cit., vol. III, cit., p. 713 s.

peggiore di tutti i dilettantismi che hanno funestato il cammino delle dottrine giuridiche e in particolar modo di quelle penali».

Secondo l'autore, dunque, nulla è mutato, con il Codice Rocco. I suggerimenti rivoluzionari del Nuovo Idealismo son rimasti pressoché lettera morta: dissolti nell'atmosfera inerte d'un contesto politico-sociale che, evidentemente, di vere «rivoluzioni» si dimostra, all'atto pratico, totalmente incapace.

16. Per il suo impegno di studioso, coerentemente formatosi alla scuola dell'Attualismo, Ugo Spirito non tarderà a trarre da tutto ciò, nel volgere di brevi anni, ogni debita conclusione. Di certo, conclusioni sconfortanti: e non solo per l'avvenire del diritto penale, in Italia ⁽⁵²⁾.

Ma è al diritto penale, e più propriamente al pensiero criminalistico di Spirito, che in questa sede dobbiamo attenerci.

E allora, sciogliendo una riserva poc'anzi formulata, diremo che le concezioni penalistiche di fondo — o, se si vuole, le linee portanti d'una moderna riforma penale — non ci sembra abbiano subite in questi decenni, per l'autore, modificazioni di rilievo. Per sincerarsene, basterà meditare il capitolo su «La nuova legislazione penale sovietica», aggiunto alla terza edizione della *Storia*. Ma prima di far questo, una premessa ci pare necessaria.

Ebbene, non v'è dubbio che una determinata legislazione penale esprime — e quindi, al tempo stesso, presuppone — un determinato assetto politico-sociale. Di ciò, nella sua opera di criminalista, Spirito s'è sempre reso ben conto. Di conseguenza, patrocinare, com'egli fa, una pena «unica» in funzione socio-pedagogica, una pena interamente affidata ai poteri discrezionali d'un giudice compenetrato quasi fraternamente nei problemi umani del reo ⁽⁵³⁾, è praticamente impensabile nel quadro d'una società egoisticamente chiusa nelle maglie di strutture individualistiche. In altri termini: tutto ciò presupporrebbe, in realtà, la presenza d'un assoluto «solidarismo», che, nato sul piano sociale d'una generale consapevolezza, fosse poi assunto a struttura istituzionale, per riflettersi con rinnovato vigore, integralisticamente, nelle coscienze dei singoli.

Ed è appunto questa, la visione «comunista», o «comunistica», di Ugo Spirito ⁽⁵⁴⁾. Visione, ovviamente, alla quale s'accompagna l'al-

⁽⁵²⁾ Ci riferiamo, in linea principale, a questi due volumi: SPIRITO, *Scienza e filosofia*, cit., p. 17 s.; ID., *Critica della democrazia*, cit., p. 28 s.

⁽⁵³⁾ Cfr. SPIRITO, *Il nuovo diritto penale*, cit., pp. 53 s., 114 s.

Singolarmente vicina, molti anni dopo, a questa posizione, benché poggiata chiaramente a premesse proprie dell'esistenzialismo jaspersiano, quella di un autore germanico: END, *Existentielle Handlungen im Strafrecht (Die Pflichtenkollektion im Lichte der Philosophie von Karl Jaspers)*, München, 1959, *passim* e spec. p. 90 s.

⁽⁵⁴⁾ Su come si debba propriamente intendere tale posizione, l'autore insiste più volte negli scritti successivi. Tra le molte precisazioni, ricordiamo: SPIRITO,

tra, intimamente connessa, d'un diritto penale « nuovo »: non più, in nome di un'irrazionale, inconcepibile « difesa », strumento di « espulsione », sibbene di « reintegrazione » del singolo nella società ⁽⁵⁵⁾.

Talché, risulta comprensibile che la delusione di Spirito si rinnovi, allorché egli deve prender atto che nemmeno un Paese postosi nominalmente da decenni sulla via del « comunismo », ha saputo realizzare, sul terreno del diritto penale, una riforma per davvero coerente a premesse « comunistiche » ⁽⁵⁶⁾.

Ma è d'uopo seguire, qui giunti, l'iter dell'argomentazione: la quale costituisce, in definitiva, suggello alla terza edizione della *Storia*.

Premesso che il codice penale « è un po' il codice morale di una nazione e vale a caratterizzare la fisionomia morale di essa », si rende necessario « vedere se e fino a quale punto la concezione dell'uomo che è implicita nel nuovo codice penale sovietico possa dirsi davvero comunista ».

I risultati dell'analisi, quanto a « trattamento comunista del delinquente », non appaiono confortanti. In proposito, l'autore rileva una « persistenza della concezione individualistica del delinquente », considerato « come autore indipendente del delitto commesso, come soggetto libero e perciò unicamente responsabile delle proprie azioni ». Continua a dominare, in altre parole, la « convinzione che l'individuo sia libero nel senso di una libertà del singolo avulso dall'organismo sociale di cui è elemento costitutivo, e che possa e debba assumere da solo la responsabilità delle sue azioni, le quali dalla società e nella società acquistano significato e concretezza ». Perciò, secondo l'autore, « bisogna convenire che la legislazione penale sovietica è espressione manifesta e perentoria di uno spirito decisamente, irriducibilmente anticomunista; e che si allinea senza riserve con le legislazioni tradizionali, addirittura accentuandone i principi anacronistici e antiscientifici ».

La filosofia del comunismo, Firenze, 1948, *passim*, spec. p. 87 s.; ID., *Scienza e filosofia*, cit., p. 25 s.; ID., *La vita come amore*, cit., pp. 144 s., 292 s.; ID., *Inizio di una nuova epoca*, cit., pp. 44 s., 95 s.; ID., *Critica della democrazia*, cit., pp. 20 s., 31 s., 71 s., 133 s., 209 s.; ID., *Dal mito alla scienza*, cit., p. 75 s.; ID., *Il comunismo*, Firenze, 1965, p. 275 s.

⁽⁵⁵⁾ In particolare, per l'accurata motivazione, tra gli scritti degli anni a noi più vicini, SPIRITO, *Dal mito alla scienza*, cit., pp. 165 s., 198 s.

⁽⁵⁶⁾ Ma ciò, tutto sommato, a noi non sembra debba costituire, per l'autore, costatazione per davvero sorprendente. È vero infatti che se, a suo giudizio, l'avvento del comunismo costituisce un dato storicamente ineluttabile (si veda, a titolo di esempio, SPIRITO, *Critica della democrazia*, cit., pp. 71 s., 97 s.), esso tuttavia non ha finora trovato affatto realizzazione nei termini scientifici e operativi del marxismo (sempre a titolo di esempio: SPIRITO, *Inizio di una nuova epoca*, cit., p. 98 s.; ID., *Scienza e filosofia*, cit., p. 26 s.): il quale ultimo, anzi, rappresenterebbe in sostanza nient'altro che una continuazione dei vecchi ideali borghesi (in tal senso, con decisione e articolata motivazione: SPIRITO, *Cristianesimo e comunismo*, Firenze, 1958, pp. 54, 64 s., 104 s., 119 s.; ID., *Il comunismo cinese* [1961], ora nel volume *Comunismo russo e comunismo cinese*, Firenze, 1962, p. 57 s.).

Ciò sarebbe desumibile — ed ecco, per noi, una esplicita, ulteriore conferma delle immutate tesi penalistiche di fondo dell'autore — da tutta una serie di principi e di disposti, ritenuti gravemente contraddittori rispetto al pensiero filosofico-scientifico contemporaneo. Il fine della pena, anzitutto, chiaramente enunciato dall'art. 20 del codice sovietico in termini compositi — « castigo », « emenda » e « rieducazione » — lascierebbe in vita « il solito dualismo che deriva dalla contrapposizione di individuo e società ». Parimenti, la distinzione tra soggetti « imputabili » e « non imputabili » equivarrebbe a quella tra « anima e corpo », lasciando inequivocabilmente intendere che « la pena è sottratta radicalmente a ogni determinazione di carattere scientifico » ⁽⁵⁷⁾. Una pena, dunque, come « opera di intimidazione rispetto al reo e insieme ai non rei, intimidazione portata agli estremi con il mantenimento della pena di morte, che, ovviamente, esclude ogni possibilità di guarigione e di recupero del delinquente ». Ultima e suprema contraddizione legislativa, infine, l'accoglimento della pena determinata, anzi che d'una pena prorogabile fino alla « effettiva guarigione » del reo.

Com'è dunque agevole costatare, a giudizio di Spirito, un panorama repressivo tra i più desolanti e scientificamente retrivi.

Ma non è il codice penale sovietico, ciò che in questa sede ci interessa. Ci premeva, piuttosto, ottenere conferma del fatto che il pensiero criminalistico di Spirito non è, nei suoi accenti di fondo, assolutamente cambiato. E quanto siamo andati riportando, crediamo costituisca, di ciò, la più squisita riprova.

Quelle convinzioni filosofico-scientifiche, *seu* criminalistiche, suscitano anzi l'impressione, in noi, d'essersi andate rafforzando, con lo scorrere degli anni e con il progredire di un'incessante meditazione sulla Storia. In quel senso, difatti, Ugo Spirito impiega oggi un linguaggio perentorio, categorico, forse, come non mai: « Ogni altro modo d'intendere la funzione penale non può essere che profondamente ingiusto e inumano, e perciò destinato necessariamente a fare il male del delinquente e della società ». Ed è evidente — conclude l'autore — che nemmeno « il comunismo sovietico riesce ancora a staccarsi dalle ideologie illuministiche proprie della borghesia »; tant'è che il codice penale, « nella sua attuale formulazione, rivela purtroppo un carattere decisamente reazionario, proprio nel senso di diseducativo, antiscientifico e anticomunistico ».

17. Qui giunti, potremmo anche dire d'aver portato a termine il compito affidatoci, d'aver cioè esaurita la « rilettura da giuristi » della *Storia del diritto penale italiano*.

⁽⁵⁷⁾ Antiscientifica viene infatti ritenuta, ovviamente alla stregua del concetto di « scientificità » che l'autore propone, la pretesa stessa di distinguere soggetti imputabili da non imputabili: cfr. SPIRITO, *Dal mito alla scienza*, cit., pp. 198 s., 227.

Ma se ciò affermassimo, non saremmo affatto sinceri. Pensiamo di aver ancora qualcosa da dire, da aggiungere. E pensiamo che dirlo sia doveroso. Com'è doveroso che il penalista italiano saldi, in capo a mezzo secolo, i debiti contratti con Ugo Spirito: non foss'altro per la schiettezza, per la coerenza della sua posizione, cui sarebbe vano opporre, nella Storia, l'incosciente, « antistorico » sorriso di sufficienza benevolmente elargitoci in retaggio dalla mentalità del tecnicismo giuridico.

Di certo — e l'abbiamo premesso all'inizio — non osiamo sortire dalla trincea del nostro « ruolo convenzionale ». Dovremmo chiederci, altrimenti, se Spirito, per avventura, nel suo sistema criminalistico, non finisca per riassumere ciò che prima rifiuta e confuta: attribuendo ad un giudice una decisione assolutamente « giusta », e concependo la pena come « mediazione pedagogica » tra il « tutto » e il « soggetto empirico », nell'atto in cui la « totalità » è fatta però coincidere con una situazione *storica* particolare, e cioè con una determinata società.

Tanto vale che si ritorni, e quanto prima, al « ruolo convenzionale ». Il quale presenta per noi l'innegabile vantaggio d'impiegare concetti, categorie, o semplici nomenclature, assai più familiari: ma non per questo, ben s'intende, poste al di fuori della Storia, né tampoco sottratte al controllo d'un pensiero « critico »: che respinge, in quanto tale, l'insulto verbale d'ogni altra aggettivazione convenzionale.

Chiediamoci, allora, come verrebbe a porsi, sul piano delle tradizionali categorie giuridiche, il sistema penale auspicato da Spirito: e come si porgano, in termini di diritto positivo, le possibilità di una sua effettiva consacrazione.

Sono dunque due, tutto sommato, gli interrogativi principali, cui cercare una risposta « da giuristi ».

Conviene, pertanto, procedere con ordine. E chiedersi dunque, per prima cosa, quale fisionomia « codificata » presenterebbe allora, in linea di massima, una normazione penale redatta, nella sua « parte generale », secondo i principi affermati da Ugo Spirito.

Pensiamo che potrebbe rimanere in vita, anzitutto, la tipologia tassativa dei fatti delittuosi, delle condotte incriminabili: intatto, cioè, il rispetto per il consolidato principio di legalità. Ma intatte, altresì, le norme-limite all'incriminabilità, le cosiddette disposizioni esimenti: escluse, ben s'intende, quelle appoggiate alla tradizionale dicotomia soggettiva, ritenuta sommamente arbitraria, « imputabile - non imputabile ». Un discorso a parte dovrebbe farsi — e non è questa, naturalmente, la sede per proporlo, dato oltre tutto il carattere presuntivo, approssimativo dei suoi termini — per le cause di estinzione del reato e della pena. Ci sentiamo soltanto di affermare che questo capitolo del codice penale andrebbe modellato, non diversamente dagli altri, sulla cifra concreta del rapporto « reo-società », cioè sulla necessità « pedago-

gica » della sanzione in capo al concreto autore d'un fatto-reato ⁽⁵⁸⁾. Quanto poi alle cosiddette forme di manifestazione del reato, crediamo d'essere nel vero presumendo ch'esse dovrebbero sostanzialmente scomparire, o quanto meno affievolirsi in guisa tale da adempiere, tutt'al più, ad una funzione garantistica circa i limiti di incriminabilità oggettiva, senza tuttavia spiegare ruolo alcuno sulla determinazione di *quantum* e *species* della pena. Non avrebbe senso, in altre parole, nell'ambito d'un codice siffatto, ancorare rigidamente i massimali d'una pena per sua natura « prorogabile », per esempio, alla contrapposizione tra delitto consumato e tentato, o a quella tra reato semplice e variamente circostanziato: salvo, s'intende, il ruolo eventualmente riconoscibile alla forma di manifestazione come indice soggettivo di carattere socio-antropologico nella scelta e commisurazione concreta del trattamento pedagogico.

E in ultimo, naturalmente, unificazione tra pena e misura di sicurezza; ovvero, sotto il profilo giuridico, unicità di sanzione, sia pure articolata in una tipologia di specifici provvedimenti pedagogico-emendativi, codificati perché ritenuti in linea con l'esperienza scientifica storicamente coeva ⁽⁵⁹⁾.

Dal punto di vista filosofico, pertanto, la pena assorbirebbe così, secondo Spirito, la misura di sicurezza: ma non già per il fatto che la sanzione « unificata » dovrebbe necessariamente intridersi di « afflittività », sibbene perché la sua concreta irrogazione — foss'anche il caritatevole ricovero d'un criminale del tutto demente in una casa di salute — non potrebbe comunque prescindere dal previo giudizio etico di responsabilità per le proprie azioni, cui nessun soggetto può sottrarsi per il fatto stesso d'essere uomo.

Sotto il profilo giuridico, però, tale diagnosi andrebbe a nostro avviso capovolta. Diagnosi da condursi alla stregua di categorie convenzionali, d'accordo, quali sono appunto quelle giuridiche; e tuttavia, categorie certo non prive d'un ruolo sostanziale nella definizione pratica, operativa dei rapporti tra individuo e società. Ma diagnosi capovolta, dicevamo dunque, perché, nel sistema penale prospettato da Spirito, è la misura di sicurezza in realtà ad assorbire la pena, e non viceversa.

Non occorre, per affermare ciò, andare alla faticosa ricerca di assai discutibili parametri « ontologici » per sceverare concettualmente pene da misure di sicurezza, né affidarsi alla pur consolidata profilazione teleologica ben distinta dei due tipi di conseguenze giuridico-criminali. Basta invero, per formulare la diagnosi su di un metro convenzionale ma nient'affatto opinabile, por mente al fatto che il criterio discreitivo

⁽⁵⁸⁾ In merito, rimane trattazione più diffusa quella contenuta nel volume di SPIRITO, *Il nuovo diritto penale*, cit., p. 34 s.

⁽⁵⁹⁾ Naturalmente, con esclusione, o comunque assai rigorosa limitazione, di misure detentive: cfr. SPIRITO, *Non giudicare*, cit., loc. cit., p. 99.

tra pene e misure di sicurezza — di carattere formale, sì, ma non per questo meno valido sostanzialmente, nel senso testé precisato — riposa pacificamente su questo dato: la seconda, contrariamente alla prima, venendo commisurata ad una variabile situazione soggettiva del destinatario, è provvedimento « prorogabile », indeterminato tendenzialmente nella sua dimensione cronologica massima.

Dopo questa precisazione, il complessivo giudizio su quello schema di normazione penale, da parte del « giurista », diventa agevole, tanto sono elementari le categorie elette a parametro di valutazione.

Sotto un tal profilo, riteniamo dunque si possa dire che Spirito, coerentemente alle proprie convinzioni filosofiche, tratteggia le linee generali d'un diritto penale interamente fondato su misure di sicurezza pedagogico-ementative, ovviamente a tempo indeterminato e affidate, per la loro assoluta individualizzazione, ad un assai ampio potere discrezionale del giudice. Superata così quella grossa remora di carattere liberale-individualistico che tradizionalmente viene opposta al dominio della misura di sicurezza, non meno che alla sua individualizzazione integrale anzi che contenuta negli schemi delle tipologie legali soggettive, ne scaturisce la parte generale d'un codice dotato — sempre alla stregua delle comuni categorie giuridico-politiche — di fisionomia palesemente « illiberale ».

Ancora qualche passo — anzitutto il ripudio del principio di legalità, parimenti di derivazione storico-culturale illuministica —, e taluno potrebbe esser tentato di soggiungere che una simile normazione penale si avvicina sensibilmente alla struttura d'un codice « totalitario ».

Ma le cose, a nostro avviso, stanno in ben altro modo da quello che una superficiale impressione parrebbe avvalorare. Per intanto, giova notare che un codice penale veramente, integralmente « totalitario » finora non ha mai vista la luce. Usualmente, si designa come totalitario — guardando, in modo pressoché esclusivo, a certi prodotti legislativi e dottrinali germanici del periodo nazionalsocialista — quel codice che dichiaratamente sacrifichi ogni interesse del singolo a quelli della collettività, concorrendo così, nell'ordinamento giuridico, a consacrare l'integrale subordinazione morale e materiale del cittadino allo Stato, come d'una « parte » scindibile dal « tutto » ⁽⁶⁰⁾.

Il vero è però — come abbiamo avuto modo di scrivere in altra sede — che, per ciò stesso, simili teorizzazioni invano hanno cercato rivestimenti « spiritualistici » per mascherare un inconfessato e brutale

⁽⁶⁰⁾ Ci riferiamo alla precisazione del concetto proposta da BETTIOL, *Il problema penale*, cit., loc. cit., p. 646 s.

S'intende, con ciò, che non vogliamo prender posizione circa il concetto, tuttora assai controverso, di « Stato totalitario », il quale ultimo tuttavia non sembra necessariamente correlato, almeno nelle sue manifestazioni storiche, al totalitarismo penale. Per una precisazione in merito, secondo il pensiero dell'autore, si veda: SPIRITO, *La filosofia del comunismo*, cit., p. 33 s.

« materialismo » di fondo ⁽⁶¹⁾. Sul piano dei presupposti culturali, dunque, quel diritto penale « totalitario » risulta oltremodo lontano dal pensiero di Spirito. Nel « suo » diritto penale, il reo deve trovare punizione, sì, ma questa si rivela, in pratica, per una sorta di atto d'amore con cui la società si sforza di ricondurlo a sé ⁽⁶²⁾. Per contro, nelle teorizzazioni propriamente totalitarie, la società, nel punire il delinquente, lo respinge da sé come « parte indegna »: punisce, insomma, per mettere in condizione di non nuocere, se necessario anche con il ricorso alla eliminazione fisica, il « nemico del popolo » ⁽⁶³⁾.

Ebbene, con quel che da ultimo siamo venuti dicendo, pensiamo d'aver fornito ellitticamente risposta, quanto meno per gran parte, anche al secondo quesito dianzi propostoci: quali siano, cioè, le concrete prospettive, le possibilità d'una traduzione in termini di diritto positivo per il sistema penale tratteggiato da Spirito.

Per gran parte, dicevamo dunque, e non interamente. Prima di formulare una risposta esauriente, infatti, v'è una cosa che dobbiamo ulteriormente sottolineare, se ancor non apparisse sufficientemente chiara. Quella particolare normazione penale, in realtà, non viene, non può venire pensata da Spirito in linea « astratta », ovvero sia come indifferentemente realizzabile in un qualsiasi contesto politico-sociale: bensì, « concretamente », quale coerente espressione d'un assetto « comunitario » improntato ad un assoluto solidarismo. Se non andiamo dunque errati, quel diritto penale « presuppone » l'esistenza d'un tipo di società realmente solidaristica, ma non può avere, invece, la pretesa di storicamente « precederla » ⁽⁶⁴⁾.

Ma se ciò è vero, se nella « rilettura » non abbiamo frainteso, ebbene, allora non è difficile concludere nel senso che le premesse per una effettiva consacrazione di quelle istanze nel quadro d'un ordinamento positivo, risultano, oggi, quanto mai remote. Del resto, l'autore stesso nemmeno le rinviene presenti nell'assetto attuale dell'Unione Sovietica, troppo poco « comunistico » per accordare diritto di cittadinanza ad una siffatta legislazione penale ⁽⁶⁵⁾.

Certo, non ci possiamo nascondere il pericolo che un simile schema legislativo possa venir preso a modello da chi, tradendone lo spirito genuino, intenda farne strumento efficace di discriminazione politica.

⁽⁶¹⁾ Per la motivazione dell'assunto, CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., p. 530 s.

⁽⁶²⁾ Estremamente chiara questa prospettiva, più volte ribadita, anche nel volume, relativamente recente, di SPIRITO, *Dal mito alla scienza*, cit., p. 175 s.

⁽⁶³⁾ Siamo costretti a rinviare nuovamente, per motivazione e documentazione, al nostro volume già citato: CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., pp. 96 s. e 500 s.

⁽⁶⁴⁾ Questo ci sembra sia dato leggere con chiarezza, particolarmente, in SPIRITO, *Critica della democrazia*, cit., pp. 27 s. e 75 s.

⁽⁶⁵⁾ In questo senso, cfr. SPIRITO, *Cristianesimo e comunismo*, cit., *passim*, ma spec. p. 61 s.

La pena « pedagogica prorogabile », in quel senso, offrirebbe elegante copertura alla sua vera funzione « eliminativa » degli avversari politici, o quanto meno a quei trattamenti « rieducativi » che nel mondo contemporaneo si sono guadagnati la triste denominazione di *lavaggio del cervello*.

A ben riflettere, però, sembra praticamente impossibile che un odierno legislatore, se animato da quelle intenzioni, debba necessariamente far ricorso a simile teorizzazione. In realtà, il modello d'un codice penale proteso integralmente alla discriminazione politico-sociale tra cittadini, è tanto semplice, tanto elementare nelle sue linee, da preesistere sicuramente alla elaborazione di Spirito.

Ma l'ultima acquisto per ciò stesso, a nostro avviso, altro significato da quello d'una mera ipotesi politico-legislativa. Ed anzi ci sembra debba acquistare così, almeno agli occhi del giurista, il suo significato più autentico.

Siamo pronti a spiegarci. Poniamoci, allora, una domanda decisiva: ridotto in aride cifre legislative, residuerebbe, al sistema penale prospettato da Spirito, una vera originalità?

Pensiamo che la risposta debba suonar negativa. È lo stesso autore, del resto, ad ammetterlo implicitamente più volte, specie là dov'egli affronta una spiegazione con l'indirizzo positivistico ⁽⁶⁶⁾. Quest'ultimo, in effetti, già andava predicando, quando Ugo Spirito ancor non aveva vista la luce, una unificazione delle sanzioni criminali consistente, in pratica, nella surrogazione integrale della pena con misure di sicurezza accuratamente individualizzate, in funzione di recupero sociale, alla personalità criminologica del reo. È ben vero che Spirito rimprovera al Positivismo, e segnatamente a Ferri, la costruzione delle « tipologie soggettive », fraposte come ostacolo ad una individualizzazione integrale. Ma non è in questo — o in questo solo, per lo meno — che si può cogliere l'originalità del suo contributo criminalistico.

Tale originalità, intesa come novità particolarmente nei confronti del movimento positivistico, va invece cercata, a nostro parere, in una dimensione più ampia di quella sola realtà che un codice penale rinsera tra le braccia. Si noti, allora, che il Positivismo criminologico, movendo esplicitamente da una visione materialistica della Storia, teorizzava la propria riforma penale — indubbiamente vicina, come « sistema » di norme, a quella proposta da Spirito — in nome di una « difesa sociale » che in sostanza postulava, forte di quel menzionato presupposto speculativo, la subordinazione materialistica del singolo delinquente alle ragioni della collettività. E si noti, per contro, che Ugo Spirito preliminarmente configura sul piano speculativo in modo affatto diverso il rapporto individuo-società, deducendone poi un sistema penale che

⁽⁶⁶⁾ Tra gli scritti più recenti, si veda, ancora, SPIRITO, *Dal mito alla scienza*, cit., p. 193 s.

quindi non è pensato — come quelli di ispirazione positivistica — soltanto per « difendere » la collettività; né pensato in termini quasi indifferenti rispetto alla varietà delle possibili strutture politico-sociali, bensì elaborato come espressione coerente d'un loro assetto ottimale: un codice penale cioè destinato, in altre parole, non ad un'egoistica società che intenda solamente « difendersi », sibbene ad una tanto solidaristica da tendere lealmente, fraternamente la mano a quei suoi membri meno fortunati che sono i delinquenti.

E un'ulteriore conclusione, allora, ci si va prospettando.

Il « giurista » che pretendesse di rigorosamente giudicare Ugo Spirito stesso « come giurista », analizzandone così il pensiero penale sul solo metro delle convenzionali categorie giuridiche, non riuscirebbe sicuramente a cogliere alcun senso profondo, alcun suggerimento originale, alcun significato nuovo. Gli rimarrebbe sotto gli occhi, a conti fatti, nient'altro che lo scheletro inerte di una ipotesi politico-legislativa più radicale di quella positivistica nel senso d'una conversione « special-preventiva » del diritto penale.

Non è così, che van dunque cercati l'originalità del contributo, e, quel che per noi più conta, i suggerimenti rivolti proprio al giurista. L'avevamo detto all'inizio della « rilettura », ed ora ne otteniamo riprova: sarebbe errato, sostanzialmente sterile, tentar di stendere il pensiero penale di Spirito sul letto di Procuste delle sole categorie giuridiche convenzionali.

E la conclusione sopra annunciata, ci si delinea, per ciò stesso, in termini chiari: nella *Storia del diritto penale italiano* — e, più in generale, nell'opera criminalistica di Ugo Spirito — non ci riesce tanto di leggere la teorizzazione di un diritto penale « nuovo », quanto invece quella d'una società « nuova ». È quest'ultima, a nostro avviso, che realmente viene teorizzata ed auspicata, come assetto completamente nuovo d'ogni rapporto tra singolo e collettività, tra ogni singola « parte » e il « tutto ».

Il diritto penale « nuovo », in ultima analisi, d'un tale assetto, d'un tale mutato rapporto tra la « parte » e il « tutto », non potrebbe costituire che una tra le più significative e coerenti espressioni « etiche ».

18. Giunti alle battute conclusive, potremmo sentirci forse rivolgere la domanda se una « rilettura da giuristi » della *Storia* non si riveli, tutto sommato, improduttiva.

S'intende bene che, per noi, la risposta sarebbe categoricamente negativa. Se così avessimo pensato fin dall'inizio, di certo non avremmo accettato il compito. Ci saremmo tacitamente appagati, se non altro, di avere « letto », senza avvertire bisogno alcuno di « rileggere »: e di rileggere, per di più, di fronte ad un pubblico, ponendo mano alla penna per affidare le nostre riflessioni alle pagine dei *Quaderni Fiorentini*.

Ci premeva oltre tutto appurare se questa *Storia*, scritta mezzo secolo addietro, avesse trovato un seguito, e quale seguito, nella *Storia*

successiva; e cosa essa fosse in grado di dire, particolarmente al giurista, in ordine alla Storia non ancora attuata.

Lo sappiamo bene, ne abbiamo fatto cenno più volte: Ugo Spirito professa, al riguardo, il pessimismo più sconsolato.

Per quanto ci concerne, ci permettiamo di non condividere appieno il pessimismo del Maestro. V'è un segno del suo pensiero, delle sue istanze, nel diritto penale odierno, assai più marcato di quello ch'egli mostra di credere. E darne dimostrazione, non pare a noi troppo arduo impegno.

Di certo, egli è nel giusto quando assume che una radicale riforma del diritto penale italiano ancora non è venuta, e che la scienza penalistica, dopo il 1925, nemmeno ha più saputo esprimerne l'esigenza. Ma ciò, vorremmo aggiungere, va imputato — e ci par di seguire ancora, così, il pensiero di Spirito — previamente ad un mancato rinnovamento dell'assetto politico-sociale, senza del quale una simile riforma rivoluzionaria in materia penale risulta difficilmente pensabile.

Dobbiamo altresì dissentire dal pessimismo di Ugo Spirito, allorché egli mostra di ritenere che la metodologia e gli interessi del penalista italiano non abbiano subito, dal 1925 in avanti, alcun mutamento, non abbiamo acquisita alcuna consapevolezza nuova. S'intende bene che pronunciare oggi, in tutta tranquillità, una dichiarazione di morte presunta del tecnicismo giuridico, e più ancora di quello sconsolato e cauto disimpegno culturale del giurista che ne constitui l'esito pernicioso, sarebbe troppo azzardato, forse temerario. Eppure, non ci sembra si possa negare che tale indirizzo — o, meglio, tale atteggiamento mentale — proprio dagli anni che videro la prima edizione della *Storia*, sia andato gradatamente ma costantemente perdendo terreno. Non accade più, ormai da lungo tempo, di leggerne quelle lucide teorizzazioni metodologiche, ed altresì quelle coerenti applicazioni ermeneutiche, che fecero di Arturo Rocco, ad esempio, uno dei massimi bersagli per gli strali di Ugo Spirito. Come parimenti non accade, da molti anni, di imbattersi in una esplicita, coraggiosa apologia di quella « chiusura » culturale perentoriamente intimata al penalista, chiusura che sicuramente constitui in seguito il più deleterio ma tenace retaggio del tecnicismo giuridico: il divieto di ogni possibile ricorso, per intendere i contenuti « positivi » della legge penale, a dati e realtà d'ordine « meta-positivo », e parimenti la limitazione del lavoro « scientifico » alla sola catalogazione esegetico-dogmatica del diritto vigente.

A noi sembra, anzi, che la situazione, in larga misura, si sia capovolta. Altre teorizzazioni esplicite sono infatti sopravvenute, ma di segno sicuramente opposto alle prime. Da lustri, ormai, un *appello alla realtà* — sotto le pur mutevoli specie di « teleologismo interpretativo », di « concezione realistica », di riferimento ai dati dell'« ordinamento-istituzione », e via dicendo — s'è fatto rapidamente strada e

ha dato i propri frutti ⁽⁶⁷⁾. Del pari, per il penalista, la severa diffida a non occuparsi « scientificamente » di ciò che non fosse già diritto positivo, s'è più volte mutata decisamente nella compiuta costruzione metodologica dell'istanza avversa ⁽⁶⁸⁾: tanto che s'è finito con il richiamarlo categoricamente ad una vera e propria responsabilità scientifica di fronte ai problemi riformistici, allo *jus condendum*, e financo a dubitare circa la effettiva « scientificità » di edifici concettuali costruiti sul terreno malsicuro di un solo, transeunte sistema penale positivo ⁽⁶⁹⁾.

Orbene, se ciò s'è verificato, se la situazione è così mutata, il penalista deve allora riconoscere che un merito, e di certo non secondario, va in quel senso ascritto anche ad Ugo Spirito. A tutto ciò, la *Storia del diritto penale italiano* — con la sua risonanza, con il suo significato di coraggiosa denuncia, per il penalista del tempo — lungo l'arco di mezzo secolo non può non avere contribuito.

S'intende bene, però, che non s'è trattato di revisioni tanto rivoluzionarie quanto quelle che Spirito andava e va ancora auspicando. In particolare, ponendo mente al tema fondamentale — la concezione della responsabilità e il fine della pena, e di conseguenza la loro esatta traduzione in termini politico-legislativi —, si deve consentire che i passi non sono stati molti né decisivi, nella direzione indicata dall'autore.

Pernangono infatti vive presso i penalisti italiani — e dobbiamo ammettere, modestamente, di militare con piena convinzione in questo campo — visioni dell'Uomo che Spirito confuta come espressioni astratte d'un arcaico pensiero religioso o filosofico, oppure, non diversamente, quali manifestazioni di remore individualistico-illuministiche storicamente superate: visioni dell'Uomo, naturalmente, alle quali corrisponde, nella scienza del diritto penale, l'impegno a tener fermo il tradizionale principio di responsabilità individuale, la concezione tendenzialmente retributiva della pena, l'area limitata in cui contenere le misure di sicurezza.

⁽⁶⁷⁾ Una documentata rassegna analitica di tali orientamenti, in questa sede, per le ragioni esposte all'inizio, non è ovviamente pensabile. Ci limitiamo pertanto a segnalare la recente esposizione, con complessivo giudizio parimenti positivo, di BARATTA, *Filosofia e Diritto Penale (Note su alcuni aspetti del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni)*, in *Riv. int. di fil. del dir.*, 1972, pp. 29 s., spec. 48 s., il quale vede sicuramente profilarsi, nella scienza penalistica italiana dopo gli Anni Trenta, una « alternativa critica alla prevalenza dell'indirizzio tecnico-giuridico »; e a rinviare, per una documentata disamina dei più moderni orientamenti metodologici, al volume di GREGORI, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969, *passim*.

⁽⁶⁸⁾ Vogliamo soltanto ricordare, per l'autorevolezza e l'incontestabile priorità di enunciazione, due saggi, tra i più impegnativi e penetranti, di NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale* [1948], ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1969, vol. I, p. 151 s.; ID., *Natura e storia nella scienza del diritto penale* [1951], *ibidem*, p. 190 s.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. NUVOLONE, *I fini e i mezzi*, cit., loc. cit., p. 154 s.; ID., *Natura e storia*, cit., loc. cit., p. 197 s.

Permane ugualmente viva però, d'altro canto, anche la polemica sulla legittimità, sui fondamenti scientifici di simile impostazione; polemica oggi condotta non più con gli ingenui accenti scientifici del vecchio Positivismo, bensì con quelli, spesso più sottili e raffinati, delle moderne visioni « neo-defensionistiche ». Una posizione, quest'ultima, che, malgrado la gamma assai varia delle sue sfumature, potrebbe per certi aspetti richiamare proprio quella di Spirito: se non fosse per il fatto — sicuramente d'ordine fondamentale, secondo Spirito, e non già marginale — che nel suo complesso essa tende, in nome di istanze pratiche e proprio « pedagogiche », ad eludere o a lasciare comunque in ombra il problema « etico » della responsabilità.

Di recente, però, a noi non pare siano mancati penalisti decisi a spingersi oltre, su di una strada la quale ricorda, ancor più sensibilmente, quella additata da Spirito. Movendo da una lettura in chiave marcatamente solidaristica, o socialista, della Costituzione repubblicana e particolarmente di certi suoi disposti, s'è voluta tentare infatti una più decisa erosione del diaframma che separa pene e misure di sicurezza, ponendosi all'uopo l'accento risolutivo sulla loro asserita omogeneità di funzione integralmente « rieducativa ». In tal senso — così s'è scritto —, l'art. 27, comma terzo della Costituzione non lascierebbe adito a dubbi: la pena può dunque conservare, sì, la tradizionale funzione retributiva come suo « momento logico ed ineliminabile » ⁽⁷⁰⁾, e tuttavia « la funzione di prevenzione speciale (o rieducativa) è ovviamente destinata a prevalere in sede di applicazione (scelta del tipo e della misura) ed esecuzione della pena » ⁽⁷¹⁾. D'altro canto — si è soggiunto —, se questa omogeneità sostanziale di funzione già depone, alla luce di quei principi costituzionali, in senso decisamente favorevole al superamento del *doppio binario*, ciò nemmeno troverebbe ostacolo alcuno, come altri continua invece a ritenere, nell'art. 25 della Costituzione medesima. Erroneo sarebbe infatti pensare che il Costituente, sancendo separatamente in due diversi commi dell'art. 25 il « rispetto di certe garanzie di legalità » per le pene e per le misure di sicurezza, « abbia voluto esplicitamente costituzionalizzare il sistema del doppio binario, nelle sue estrinsecazioni tipologiche fissate dal codice Rocco,

⁽⁷⁰⁾ Così, di recente, BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Dig. It.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 82.

È noto che sul tema della unificazione tra pene e misure di sicurezza, tema quanto mai controverso specie in rapporto all'interpretazione di disposti costituzionali, la bibliografia è ormai imponente. Ancora una volta dunque, per le anzidette ragioni, rinunciamo a citazioni esaurienti. Segnaliamo tuttavia, per la precisa documentazione e l'approfondita discussione, il volume di CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, *passim*, ma spec. pp. 157 s. e 595 s.

⁽⁷¹⁾ Testualmente, ancora, BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., loc. cit., in nota.

e renderlo pertanto imm modificabile » (72). Pensare altrimenti, equivarrebbe anzi, secondo quest'ordine di idee, ad « interpretare le norme costituzionali alla luce delle norme penali ordinarie, risalenti ad una diversa matrice ideologica » (73). Proprio quest'ultima, del resto, nel Codice Rocco, e nella scelta stessa del doppio binario, si lascerebbe facilmente individuare come l'ideologia della classe allora dominante. Vero è infatti che il Codice Rocco invano avrebbe « presentato tale sistema come il risultato di un compromesso faticosamente raggiunto tra le due opposte scuole: poiché « in realtà al di sotto di questa giustificazione ideologica o di *scuola* si nascondeva la precisa volontà di creare tramite la misura di sicurezza uno strumento di maggior repressione *aggiuntivo* rispetto alla pena nei casi in cui (per esempio colonia agricola o casa di lavoro) la misura di sicurezza si applica anche ai soggetti imputabili, ovvero *sostitutivo* della pena, nei casi in cui quest'ultima per una speciale incapacità di intendere e di volere non è applicabile (per esempio manicomio giudiziario) » (74). Se dunque pene e misure di sicurezza ancor oggi « si risolvono in pure misure di emarginazione dalla società dell'autore di un reato » (75) — e di regola, si soggiunge, anzi, nell'emarginazione classicamente odiosa dei membri meno fortunati della nostra attuale società (76) —, almeno le misure di sicurezza detentive, per loro natura dotate di esigui supporti garantistici per le libertà individuali, andrebbero quanto prima eliminate. Avviato questo processo di unificazione delle sanzioni criminali, ritenuto appunto perfettamente in linea con la lettera e lo spirito della Costituzione, la pena dovrebbe tuttavia mutare radicalmente fisionomia: non più strumento di mera repressione, poggiato all'arcaica *ratio* della prevenzione generale e affidato per gran parte alla detenzione carceraria, bensì strumento tendente « al recupero sociale del condannato, alla sua valorizzazione di uomo e di cittadino » (77), in base alla « equazione rieducazione - reinserimento sociale » (78).

Ebbene, queste conclusioni, come avevamo premesso, a noi non paiono eccessivamente lontane dalle fondamentali istanze criminalistiche di Ugo Spirito: la pena verrebbe ad incorporare in sé la misura di sicurezza, e, affidata ad un'ampia tipologia di « sostitutivi » capaci di togliere quanto più spazio possibile allo strumento detentivo, tenderebbe integralmente a « recuperare » il reo alla società.

(72) Cfr. BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale nel codice Rocco e nel progetto di riforma*, nel volume *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, Roma, 1974, p. 43.

(73) BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale*, cit., loc. cit., p. 51.

(74) BRICOLA, *op. ult. cit.*, loc. cit., p. 46.

(75) BRICOLA, *op. ult. cit.*, loc. cit., p. 47.

(76) Cfr. NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nell'ordinamento penitenziario*, nel volume *Giustizia penale e riforma carceraria in Italia*, cit., p. 11 s.

(77) NEPPI MODONA, *Vecchio e nuovo nell'ordinamento penitenziario*, cit., loc. cit., p. 12.

(78) BRICOLA, *Il sistema sanzionatorio penale*, cit., loc. cit., p. 73.

Certo, le premesse culturali ancorate al filone del pensiero marxiano, da cui chiaramente mostra di muovere la posizione da ultimo ricordata, non possono sicuramente dirsi in linea con le convinzioni filosofiche di Spirito ⁽⁷⁹⁾. Per le tradizionali categorie e strutture del diritto penale, e quindi per l'analisi del « giurista », il risultato però non muta: una pena siffatta, dovendo modellarsi in misura decisiva sulla personalità del reo per efficacemente promuoverne il recupero sociale, finirebbe per segnare il totale tramonto della *pena*, cioè del provvedimento garantisticamente predeterminato su rigorosi parametri, conservandone al più il ricordo sbiadito nella sopravvivenza dell'irrilevante *nomen juris*.

Ancora una volta, dunque, un diritto penale radicalmente « nuovo » ci sembra venga pensato quale coerente espressione d'una società altrettanto « nuova », di una società permeata in tutte le sue strutture da un reale, operante solidarismo umano.

Rimane comunque il dubbio, ovviamente, se un tale diritto penale debba conseguire, come suo naturale portato, alla realizzazione d'un simile tipo di società, o se debba invece precorrerla bandendo ottimisticamente, già fin d'ora, ogni remora di natura liberale-individualistica. Permane perciò il dubbio circa l'opportunità, la legittimità di rimettere le preziose libertà del singolo cittadino « rieducando », in piena e assoluta fiducia, nelle mani di giudici espressi da una sorta di costituenda « società dei perfetti »: la cui reale edificazione potrebbe poi rivelarsi — come taluno, di recente, ha voluto scrivere — nient'altro che per una « pretesa indebita » ⁽⁸⁰⁾.

Se ciò sarà vero, nella Storia futura, noi certamente non sappiamo. Ma sappiamo che se ciò accadesse, il « giurista » un giorno dovrà dire che s'è trattato d'una « pretesa indebita » tenacemente, amorevolmente coltivata, in oltre mezzo secolo di riflessioni sulla Storia, anche da Ugo Spirito: e soprattutto, da *Ugo Spirito criminalista*.

⁽⁷⁹⁾ Affermazione, questa, assai facilmente documentabile: SPIRITO, *La filosofia del comunismo*, cit., p. 86 s.; ID., *Scienza e filosofia*, cit., p. 26 s.; ID., *Cristianesimo e comunismo*, cit., *passim*, spec. p. 53 s.; ID., *Inizio di una nuova epoca*, cit., p. 95 s.; ID., *Comunismo russo e comunismo cinese*, cit., p. 57 s., 87 s.; ID., *Critica della democrazia*, cit., pp. 18 s., 133 s.; ID., *Dal mito alla scienza*, cit., pp. 76-77.

⁽⁸⁰⁾ Abbiamo impiegato, scomponendolo, il titolo di un recente saggio di CAVALLA, *La pretesa indebita alla « società dei perfetti »*, nel volume *La società criticata*, Napoli, 1974, p. 333 s.

GABRIELE CRESPI REGHIZZI

SOCIALISMO E DIRITTO CIVILE NELL'ESPERIENZA SOVIETICA

(In margine a: Norbert REICH, *Sozialismus und Zivilrecht. Eine rechtstheoretisch-rechtshistorische Studie zur Zivilrechtstheorie und Kodifikationspraxis im sowjetischen Gesellschafts- und Rechtssystem*, Athenaeum Verlag, Frankfurt M., 1972, pp. 363)

1. La data di nascita di un diritto civile nell'Unione Sovietica non è controversa. Essa coincide con la chiusura del periodo denominato Comunismo di Guerra e con l'inizio della Nuova Politica Economica (NEP), che nel 1922 scatena la prima ondata di codificazioni in grande stile.

Il fenomeno è stato ampiamente studiato, e ne sono note, pur con qualche dissenso nella storiografia giuridica sovietica e straniera, le cause interne e internazionali che vi hanno dato origine.

Forse è eccessivo definire gli anni 1917-1920 come epoca del non-diritto, ma certamente essi apparvero alla quasi totalità dei giuristi contemporanei come « un sistema di norme coercitive, in cui i rapporti economici scaturivano da una disciplina accentrata e coattiva, in cui rigide forme di ripartizione e di razionamento stavano a base dei rapporti fra classe operaia e contadini, in cui il principio della distribuzione in natura acquistava significato sempre maggiore nel settore della distribuzione, in cui, lottando sul fronte internazionale e respingendo di continuo seri attentati sul fronte interno, noi fummo costretti ad estendere il campo delle repressioni extragiudiziarie, e ci trovammo di fronte alla necessità, allo scopo di accelerare l'attività economica, ... di applicare estesamente misure amministrative... e di restringere sempre di più la sfera delle norme private e dei rapporti contrattuali » ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ KURSIJ D. J., *Izbrannye stat'i i reči*, 2^a ed. riveduta, Mosca, 1958, p. 107.

Lenin stesso, parlando di questo periodo, nega l'esistenza di un sistema giuridico: gli sporadici decreti, fonti quasi esclusive del diritto dell'epoca, erano nella sostanza semplici appelli alle masse per chiarire gli obbiettivi del governo sovietico. Cfr. la serie *Lenin o gosudarstve i prave*, 2 voll., Mosca, 1938; *Lenin o socialističeskoj zakonnosti*, 2^a ed., Mosca, 1969, e *Lenin o socialističeskom gosudarstve i prave*, Mosca, 1969. V. inoltre SZABÓ I., *Lénine et le droit*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1970, pp. 675-686, dove si afferma che il diritto non ha mai giocato in Lenin un ruolo centrale e che la portata giuridica delle idee di Lenin consiste nell'analisi approfondita del rapporto fra politica e diritto.

Ben presto, però, i nuovi impegni internazionali della Russia sovietica consigliano di dar vita a un sistema di norme giuridiche che consenta di avere con i paesi dell'area capitalista rapporti duraturi. Ma sono soprattutto ragioni economiche interne — la crisi industriale, lo sviluppo di un sistema monetario, la creazione di imprese pubbliche autonome, la provvisoria e parziale riabilitazione del capitale privato — che pongono lo Stato operaio-contadino — per dirla con le parole di Dmitrij Ivanovič KURSKIJ, commissario del popolo alla giustizia e futuro ministro plenipotenziario in Italia — di fronte al « compito grandioso di introdurre un ordinamento giuridico ». In ogni caso noi dobbiamo constatare — dichiarava nel 1922 lo stesso KURSKIJ al IV Congresso panrusso degli operatori della giustizia sovietica — il passaggio a norme contrattuali, ossia « *la creazione di un diritto civile, che noi non conoscevamo nel tempo addietro* » ⁽²⁾.

Un diritto civile *sui generis* è dunque nato (o risorto) in terra sovietica. Ma di che diritto civile si tratta? Del diritto privato occidentale o russo prerivoluzionario — che la nuova dottrina accomuna nell'espressione « borghese » e che, secondo la più parte dei pensatori dell'epoca, intende fissare « le posizioni fondamentali al di là delle quali non intendiamo fare ulteriori concessioni nel campo dei diritti patrimoniali » (LENIN), le pietre miliari di una ritirata provvisoria (STUČKA) — o invece dell'embrione di un nuovo diritto civile sovietico e socialista? E qualora si preferisca la seconda ipotesi, come si concilia questa scelta — che è quella ufficiale e sostanzialmente pacifica degli interpreti odierni — con le previsioni dei classici del marxismo sulla scomparsa del diritto e dello Stato? Accanto al diritto civile borghese può esistere un diritto civile socialista, con caratteri propri e originali? È concepibile, possibile o doverosa una codificazione di questo diritto in un codice civile socialista?

Il libro di Norbert REICH è la storia tormentata, affascinante e riccamente illustrata del conflitto fra il socialismo come teoria sociale e il diritto civile come sistema giuridico di soggetti privati autonomi; è l'analisi, condotta attraverso un'ampia documentazione, di uno stato di tensione continuo, che da astratta disputa ideologica sulla natura del diritto civile (nella letteratura anteriore al 1917) diventa, con la vittoria della rivoluzione, « conflitto concreto di politica giuridica e sociale » fra il nuovo sistema socialista e le idee ed istituzioni giuriscivilistiche tralazie o recepite (p. 16).

La situazione non differiva soverchiamente nel campo penalistico, poichè il preambolo ai Principi fondamentali di diritto penale del 1919 enunciava che « nel processo della lotta contro i nemici di classe il proletariato prende questo o quel provvedimento repressivo, ma, in un primo periodo, senza un sistema particolare, da caso a caso, in modo non organizzato ».

(2) KURSKIJ, *op. cit.*, p. 110.

2. Il lavoro del REICH si compone di cinque capitoli. Il primo capitolo è dedicato ai fondamenti teorici del conflitto fra socialismo e diritto civile e si divide in una prima parte, che vede Marx ed Engels come protagonisti e passa in rassegna gli elementi costitutivi della concezione marxista del diritto, e in una seconda parte, che illustra le dottrine di alcuni esponenti noti del socialismo giuridico dopo Marx e prima della rivoluzione russa (MENDER, DUGUIT, RENNER, REJSNER), scelti in base al criterio dell'influsso esercitato sullo sviluppo del pensiero giuridico sovietico successivo ⁽³⁾.

Non sorprende che questa prima parte non possa aggiungere molto a quanto si conosce sulla concezione marxista del diritto e sulla sua ricostruzione da parte sovietica (il diritto privato nella prospettiva della sua abolizione mediante la rivoluzione proletaria e della sua provvisoria sopravvivenza nell'epoca di transizione; la dinamica del rapporto base-soprastruttura, ecc.), oggetto di diverse indagini, di valore diseguale e talora di dubbia originalità, nell'ultimo biennio ⁽⁴⁾; essa è stata ripresa dall'autore nella prefazione ad una antologia del socialismo giuridico da lui curata contemporaneamente al lavoro in discorso ⁽⁵⁾, e sviluppata in un opuscolo pubblicato un anno dopo ⁽⁶⁾. In quello scritto il REICH attribuisce l'esistenza di più varianti del marxismo giuridico o, in altre parole, di una differenza fra Marx e il marxismo classico ⁽⁷⁾, alla incompleta o incompiuta esposizione da parte di Marx ed Engels della propria dottrina giuridica, e sembra aderire personal-

⁽³⁾ Proprio per questa ragione — spiega il REICH a p. 18 — non ci si diffonde sulla dottrina del diritto privato sociale di GIERKE e di OBER.

⁽⁴⁾ V. per es. CHAMBRE H., *L'évolution du marxisme soviétique. Théorie économique et droit*, Parigi, 1974 e STOYANOVITCH K., *La pensée marxiste et le droit (Avant propos)*, Parigi, 1974, dove però, a differenza del primo lavoro citato, viene illustrato solamente il pensiero di Marx (e di Engels) sul diritto, senza riferimento ai sistemi giuridici vigenti nei cosiddetti paesi socialisti contemporanei o alle dottrine giuridiche elaborate a partire da questi sistemi, «perché il pensiero marxista è innanzitutto quello di Marx».

⁽⁵⁾ REICH N., *Marxistische und sozialistische Rechtstheorie*, Francoforte, 1972.

⁽⁶⁾ REICH, *Marxistische Rechtstheorie. Historische und aktuelle Diskussionen und Tendenzen*, Tubinga, 1973 soprattutto a p. 9 ss. e 20 ss. Vedine la recensione di MAMPEL S. in *Recht in Ost und West (Zeitschrift für Rechtsvergleichung und innerdeutsche Rechtsprobleme)*, 1974, 3, p. 133, e un severo rimprovero di «incoerenza» in PAUL W., *Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts. Intention, Aporien und Folgen des Rechtsdenkens von Karl Marx — eine kritische Rekonstruktion*, Francoforte, 1974, specialmente a p. 154. Si tenga presente che questo ultimo lavoro si propone di ricostruire la teoria marxistica del diritto (intesa come critica ideologica della «giurisprudenza tradizionale») sulla scorta, fra l'altro, della ricerca neomarxista contemporanea, così da rendere possibile, come si legge nella prefazione, «una critica del dogmatismo della dottrina materialistica del diritto e delle sue conseguenze antiemancipazionistiche».

⁽⁷⁾ Così MAIHOFFER W., *Demokratie im Sozialismus. Recht und Staat im Denken des jungen Marx*, Francoforte, 1968, p. 7 ss. Sul punto cfr. anche CERRONI U., *Marxisme et droit. Considérations historico-critiques*, in *Marx et le droit moderne*, Parigi, 1967, p. 133 ss., trad. it. *Marx e il diritto moderno*, 3ª ed., Roma, 1972.

mente ad una non sempre consistente mutazione strutturalistica (di derivazione althusseriana) che vede nel diritto un elemento autonomo della sovrastruttura, il quale non si risolve in economia nè viene determinato esclusivamente dall'economia ed è suscettibile come tale di analisi scientifica.

La seconda parte del cap. I ci conduce in rapida cavalcata attraverso la giurisprudenza politico-legislativa e il socialismo democratico riformista di Anton MENGER, la dottrina della funzione sociale del diritto di Léon DUGUIT (la cui critica del diritto soggettivo eserciterà una influenza determinante sul futuro deperimento di questa categoria, bandita come simbolo dell'individualismo e dell'egoismo giuridico borghese) ⁽⁸⁾, il funzionalismo meno apologetico e più critico di Karl RENNER alias JOSEF KARNER. Essa illumina quindi qualche figura meno nota di una asserita scuola sociologica russa (ma è esistita davvero una « scuola » di questo nome?), fortemente influenzata dallo JHERING di *Der Zweck im Recht* (tradotto in russo nel 1880) ⁽⁹⁾ e, in misura minore, dal MENGER di *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag* (tradotto in russo nel 1905), e il cui atteggiamento verso la scienza occidentale « può paragonarsi all'atteggiamento dei glossatori verso la giurisprudenza romana » ⁽¹⁰⁾: MUROMCEV, il fondatore, allievo di Jhering a Gottinga; KORKUNOV, che anticipa la critica di Duguit al diritto soggettivo e avversa il giusnaturalismo e l'ideologia liberistica nel diritto civile; GAMBAROV, KISTJAKOVSKIJ, POKROVSKIJ, il quale ultimo, muovendo dalle equazioni diritto privato = sistema della libertà e del decentramento, diritto pubblico = sistema della soggezione e dell'accentramento, preconizza la trasformazione del diritto privato in diritto pubblico ad opera del socialismo.

Il capitolo si chiude soffermandosi sulla figura chiave di M. A. REJSNER, futuro vicecommissario del popolo alla giustizia e principale esponente, durante il Comunismo di Guerra, delle tendenze « giusnichilistiche » e « idealistiche » poi riprese da PAŠUKANIS e sbrigativamente liquidate da VYŠINSKIJ vent'anni dopo. Nella sua dottrina del diritto intuitivo e non scritto del proletariato si fonde lo psicologismo di PETRAŽICKIJ con alcuni aspetti della concezione marxengelsiana del diritto e del socialismo giuridico non marxista. Questo diritto intuitivo, orale e spontaneo, si contrappone innanzitutto al diritto scritto, coercitivo e repressivo dello Stato borghese. Il diritto patrimoniale o civile, in particolare, è destinato ad atrofizzarsi e a svanire dopo la rivoluzione,

⁽⁸⁾ Cfr. nella dottrina italiana CERRONI U., *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969, il quale nota che l'interesse teorico per la categoria del diritto soggettivo si è manifestato nell'URSS solo dopo il 1956 (p. 119 ss.).

⁽⁹⁾ Conforme LOSANO M. G., nella introduzione a JHERING R. VON, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, p. LXXIX. In Russia sarebbe stato pubblicato il maggior numero di traduzioni di Jhering, accolte calorosamente grazie alla mediazione critica, prima e dopo il 1917, di Lev Josifovič PETRAŽICKIJ.

⁽¹⁰⁾ KORKUNOV N. M., *Istorija filosofii prava*, Pietroburgo, 1915, p. 272.

sostituito da un non meglio definito sistema distributivo informale; esso non potrà mai trasformarsi in un diritto civile socialista o proletario.

Nei confronti del diritto privato o civile che dir si voglia la concezione di REJSNER esprime, infatti, una duplice protesta: da un lato lo si accusa di incorporare gli interessi di classe della borghesia (« il codice civile non può balzare al di là della propria ombra borghese neppure sotto la dittatura del proletariato »), dall'altro gli si rimprovera di negare, in quanto diritto scritto, il valore della giustizia intuitiva. Un codice civile proletario (STUČKA) o sociale (GOJHBARG) è impensabile nella forma e nella sostanza, perchè come codice offende l'intuitività del diritto e come diritto civile (cioè borghese) lede gli interessi di classe del proletariato ⁽¹¹⁾. È invece la coscienza giuridica rivoluzionaria che deve prendere il posto, anche nell'epoca di transizione, della norma codificata.

3. Con il capitolo II il lettore è ormai trasportato nella prima fase, forse la più vivace e la più creativa, della storia giuridica sovietica: il Comunismo di Guerra (1917-1920). Pur con lo sguardo attento alla problematica del diritto civile, l'autore accoglie in sostanza, sia in questo capitolo che nei successivi, la periodizzazione ufficiale della storiografia sovietica ⁽¹²⁾, da cui si discosta solamente per gli anni 1923-1929 (inizio della collettivizzazione agricola) e 1930-1935 (« piena vittoria degli elementi socialistici sugli elementi capitalistici », secondo il famoso slogan staliniano).

Gli anni della rivoluzione e del Comunismo di Guerra sono caratterizzati dall'assenza di una dottrina giuridica ufficiale, univoca o dominante. I classici del marxismo giocano ancora un ruolo mediato nella formulazione della teoria giuridica. Il dibattito sui grandi problemi del diritto si è appena aperto; per i marxisti — scrive STUČKA a ragion veduta ⁽¹³⁾ — « la regione del diritto è finora rimasta vergine ». Le opi-

⁽¹¹⁾ Nella sua opera matura (*Pravo - naše pravo, žužoe pravo, obščee pravo*, Mosca e Leningrado, 1925), tuttavia, il REJSNER non può ignorare la nuova situazione creatasi con l'apertura della NEP, e ammette, a fianco del diritto di classe della borghesia (confluito nel codice civile), un diritto del proletariato e un diritto dei contadini, entrambi di rango privilegiato, raccolti rispettivamente nel codice del lavoro e nel codice agrario. In questi due codici e nella Costituzione russa del 1918 (della quale il REJSNER ha scritto precedentemente un'analisi in *Osnovy sovetской Konstitucii*, Mosca, 1920) avrebbe fatto il suo « ingresso trionfale », durante il Comunismo di Guerra, il diritto intuitivo del proletariato. Attraverso argomentazioni piuttosto sibilline, e in evidente contrasto con le proprie posizioni originarie, il REJSNER prevede la futura fusione dei tre distinti ordinamenti giuridici momentaneamente in conflitto.

⁽¹²⁾ V. per tutti NOVICKIJ I. B., *Istorija sovetskogo graždanskogo prava*, Mosca, 1957.

⁽¹³⁾ Trad. it. in Pëtr I. Stučka, *La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato e altri scritti*, a cura di CERRONI, Torino, 1967, p. 6. V. anche l'introduzione del REICH alla traduzione tedesca (*Die revolutionnäre Rolle von Recht und Staat*, Francoforte, 1969) della medesima opera.

nioni divergono, così fra gli studiosi come fra i funzionari della giustizia, secondo un ventaglio che abbraccia una fazione moderatamente conservatrice, una sinistra (più tardi definita anarchica e nichilista) che ritiene sin da allora parzialmente realizzata la predizione marxiana sul deperimento del diritto, e il gruppo facente capo a Lenin, che assegna anche al diritto (secondo la dottrina espressa nel 1917 in « Stato e rivoluzione ») un ruolo sostanzialmente positivo nel periodo di transizione al comunismo:

« Nella prima fase della società comunista (che solitamente è denominata 'Socialismo') il 'diritto borghese' non viene abrogato completamente, ma solo in parte, solo in ordine alle trasformazioni economiche già effettuate, ossia unicamente in relazione ai beni di produzione ». Esso mantiene invece il proprio significato come regolatore dello scambio e della divisione dei beni, limitatamente ai beni di consumo. « Se non vogliamo cadere nell'utopia — scrive Lenin — noi non dobbiamo immaginare che gli uomini, una volta rovesciato il capitalismo, imparino d'un solo colpo a lavorare nell'interesse della società senza alcuna norma giuridica ».

Che fare, in particolare, del diritto civile?

Il celeberrimo primo decreto sui tribunali (*O Sude*) del 5 dicembre 1917, nella sua formulazione finale, frutto di un compromesso fra *Stučka* e le correnti più moderate, si limita a prescrivere ai tribunali locali di non applicare le leggi del regime zarista che siano state abrogate dalla rivoluzione o si rivelino in contrasto con la coscienza rivoluzionaria (*revoljucionnaja sovest'*) e con il senso rivoluzionario della giustizia (*revoljucionnoe pravosoznanie*) (par. 5).

Il commissario all'istruzione popolare *LUNAČARSKIJ*, sulla *Pravda*, e *REJSNER*, al primo Congresso panrusso dei funzionari della giustizia, interpretano questo decreto come il trionfo della scuola psicologistico-marxista del diritto e l'inizio di una nuova giustizia proletaria che ha come unica fonte l'intuizione giuridica rivoluzionaria e come unico scopo l'abolizione del diritto privato borghese.

Stučka invece, la cui figura più pacata e più concreta ormai giganteggia sulla scena giuridica sovietica, è di diverso avviso, e si propone sin dall'inizio di sottolineare l'aspetto anche formalmente costruttivo della rivoluzione del diritto. Non è vero che il decreto n. 1 tolga ogni valore al diritto scritto e formale; anzi, le decisioni dei tribunali popolari debbono porre le basi per un nuovo diritto proletario. « Sebbene non nel senso del diritto inglese precedenziale — egli scrive nel 1918 — noi crediamo che già le pronuncie dei tribunali del popolo, che non appena possibile sono libere e indipendenti dal vecchio diritto..., ci forniscano materiale di estremo valore per il futuro codice » (14).

(14) Nello stesso senso si esprime il *KURSKIJ* in *Desiat' let na straže sovetskogo prava*, in *Eženedel'nik sovetskoj justicii*, 1927, 43: « La classe operaia ha cominciato dal tribunale la costruzione del proprio sistema di diritto sovietico, e per questo

Ma neanche l'abrogazione *in toto* del diritto civile presocialista, avvenuta con il terzo decreto sui tribunali del 30 novembre 1918 (par. 22), risolve la questione dell'edificabilità di un nuovo diritto socialista. Gli indizi, peraltro, non sembrano favorevoli. Le nazionalizzazioni della terra, dell'industria e del commercio hanno fracassato i presupposti economici della disciplina civilistica, la proprietà privata e la libertà contrattuale. L'ideologia socialrivoluzionaria si scaglia contro il diritto civile come strumento di distribuzione capitalistica inadatto allo Stato proletario. Mediante codificazioni separate il legislatore sottrae al diritto privato (concettualmente ancora indistinto dal diritto civile nonostante gli accenni di Lenin) tre branche che tradizionalmente gli appartengono ⁽¹⁵⁾: il diritto del lavoro (di cui si respinge la concezione del contratto di lavoro come semplice negozio di scambio), il diritto di famiglia (nel quale si intende in tal modo sottolineare la prevalenza del momento personale sul momento patrimoniale) e il diritto agrario (in seguito alla totale nazionalizzazione del suolo), che, ispirati da principi diversi da quelli preposti al diritto civile, debbono formare il nocciolo del futuro diritto sociale.

La dottrina che conta è divisa sulla qualificazione dei nuovi fenomeni giuridici registrabili nell'epoca di transizione: « diritto sociale collettivo », che deve sostituirsi, secondo GOJHBARG, all'individualismo della civilistica borghese, o « diritto proletario » progressista, presentato da STUČKA come diritto provvisorio della dittatura del proletariato. Essa è comunque concorde nel sostenere che diritto civile e diritto privato sono concetti identici, e che non può esistere alcun diritto socialista e tanto meno alcun diritto civile socialista. A maggior ragione non avrebbe senso parlare di una codificazione del diritto civile, ma se mai del diritto sociale o proletario, secondo i diversi punti di vista: di un codice proletario impostato non già sulla proprietà privata, il contratto o le successioni, bensì sull'obbligo di lavorare e sulla previdenza sociale.

Convienne ribadire che l'inesistenza di un diritto civile negli anni 1917-1920 è nozione pacifica nella dottrina sovietica anteriore alla Costituzione staliniana. « Nei primi anni della rivoluzione le norme del diritto penale e civile erano create in larga misura dai tribunali — scrive il ricordato KURSKIJ — e con rare eccezioni ci si regolava in questi set-

i momenti fondamentali nello sviluppo dell'organizzazione giudiziaria durante i 10 anni trascorsi additano anche le prime tappe dello sviluppo del diritto sovietico, il quale nei primi anni della rivoluzione è stato appunto creato in misura significativa dal tribunale (popolare e rivoluzionario) ».

⁽¹⁵⁾ Non però, a bene vedere, nella tradizione russa presovietica, nella quale il diritto contadino ha una storia a sè stante, le vicende del diritto di famiglia, fino alla sua inclusione nel libro primo del tomo X dello *Svod zakonov*, sono strettamente collegate a quelle della Chiesa ortodossa, e il diritto del lavoro è l'invitato dell'ultima ora. Cfr. il nostro *Diritto sovietico*, in SACCO R. e CRESPI REGHIZZI G., *Rassegna delle fonti del diritto civile, dell'economia e della famiglia nei paesi socialisti*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1967, supplemento speciale.

tori secondo un diritto non scritto » ⁽¹⁶⁾. Il diritto civile ha smesso di essere diritto, ha perduto la protezione del nuovo Stato, è diventato non-diritto, illecito, fenomeno socialmente dannoso — dichiara nel 1929 il presidente della corte suprema russa, il quale del resto ancora nel 1921, nella polemica prefazione alla prima edizione del proprio capolavoro (*Revoljucionnaja rol' prava i gosudarstva*, ossia « La funzione rivoluzionaria del diritto e dello Stato »), si domandava chi « in questa nostra epoca di tensione rivoluzionaria, si metterà a leggere ragionamenti su oggetti tanto ' controrivoluzionari ' come il diritto » ⁽¹⁷⁾.

4. Il primo biennio della NEP coincide con il primo tentativo di reintroduzione del diritto civile in un contesto ideologico, politico e sociale ad esso ostile.

Questo tentativo sarà coronato da successo, ma il conflitto tra socialismo e diritto civile accompagnerà tutte le fasi della codificazione, i cui momenti sono troppo noti per essere illustrati in questa sede ⁽¹⁸⁾: le direttive del IX Congresso dei Sovieti (p. 9: « Per la risoluzione di ogni tipo di controversie nel campo dei diritti patrimoniali occorre stabilire norme rigorose di diritto civile... I cittadini e le cooperative che allaccino rapporti contrattuali con organismi statali debbono avere la certezza che i loro diritti saranno protetti »); il progetto, respinto da Lenin, della prima commissione (il codice non deve essere « una imitazione servile del diritto civile occidentale », sibbene « una serie di limitazioni allo stesso, nello spirito delle nostre leggi, (peraltro) senza impedimento alla attività economica o commerciale ») ⁽¹⁹⁾; la temporanea rinuncia al codice e l'approvazione di un testo di legge circoscritto alla Dichiarazione dei diritti privati patrimoniali fondamentali dei cittadini della RSFSR (22 maggio 1922); il nuovo disegno, ritenuto troppo borghese, della commissione KRASNOKUTSKIJ; il progetto definitivo del professor GOJHBARG e del suo assistente BERNŠTEJN; con il probabile zampino di STUČKA nelle disposizioni sull'entrata in vigore (il 1° gennaio 1923) e nella parte generale; le critiche e il biasimo di ambienti politici e giuridici durante e dopo la codificazione a un « codice borghese creato da giuristi borghesi » (REJSNER) o comunque molto indebitato verso la civilistica occidentale, nonostante l'inserimento di *Generalklauseln* con portata collettivizzante e funzionalizzante (gli art. 1 e 4 sul divieto

⁽¹⁶⁾ KURSKIJ, *Izbrannye*, p. 322.

⁽¹⁷⁾ Pëtr I. STUČKA, *La funzione rivoluzionaria*, p. 6.

⁽¹⁸⁾ V. la *Rassegna* ricordata alla nt. 15, le voci *Civil Law* (CRESPI REGHIZZI) e *Codes and Codification* (BERMAN), nella *Encyclopedia of Soviet Law*, a cura di FELDBRUGGE F. J. M., Leida, 1973, e soprattutto le relazioni e i dibattiti della Conferenza su *Codification in the Communist World*, di imminente pubblicazione nella serie del Centro di documentazione sul diritto dell'Europa orientale dell'Università di Leida.

⁽¹⁹⁾ Sull'intervento personale di Lenin nella preparazione del codice civile russo del 1922 cfr. fra i molti, *Rol' V. I. Lenina v stanovlenii i razvitii sovetskogo zakonodatel'stva*, a cura di BRATUS' S. N. e SAMOŠČENKO I. S., Mosca, 1969.

dell'abuso del diritto e sul vincolo della capacità giuridica allo scopo di sviluppare le forze produttive del paese) ⁽²⁰⁾, l'introduzione di principi comunisti nella legge di applicazione ⁽²¹⁾ e la subordinazione della materia privatistica in senso stretto a « leve di comando » dello Stato (per es. la famosa disposizione dell'art. 30 sulla nullità dei negozi giuridici anti-statali e, in generale, il favore per la proprietà dello Stato).

Codice della transizione (GOJHBARG), forma giuridica della NEP (STUČKA), composto di più strati in soluzione instabile (diritto tedesco, svizzero, francese, russo prerivoluzionario, con qualche ingrediente tratto dalla dottrina marxleninista), ricco di contraddizioni, il *Graždanskij Kodeks RSFSR* (GK) — che pure fungerà da modello ai codici civili delle future repubbliche dell'Unione e resterà in vigore fino all'anno 1964 (benchè la sua durata fosse prevista in soli due anni) — riflette la dialettica civilistica sovietica dei suoi tempi e annunzia, nelle sue opposte interpretazioni, il grande dibattito intorno al diritto civile degli anni venturi: capitolazione (o restaurazione) di fronte al diritto privato borghese (REJSNER), ritirata strategica ma necessaria e dunque, a differenza di PAŠUKANIS, positiva (STUČKA), o germe e principio di una nuova legislazione socialista, fondata sulla proprietà statale e la distribuzione secondo il lavoro (VYŠINSKIJ)?

La tesi del REICH è molto semplice. La dottrina civilistica sovietica successiva al 1936-1937 afferma il carattere socialista sin dall'origine del GK, carattere che in verità è il prodotto di valutazioni postume e di interpretazioni tardive, mentre il codice civile della NEP è nato come compilazione di diritto privato borghese, sia pure limitato temperato o corretto, per trasformarsi solo successivamente in diritto civile del socialismo (p. 170).

Questa metamorfosi è il frutto dell'oblio delle concezioni giuridiche del passato e di una costante, inammissibile confusione fra interpretazione storica e interpretazione obbiettiva della legge, di cui soffre senza

⁽²⁰⁾ Art. 1: « I diritti civili sono protetti dalla legge, salvo nei casi in cui essi siano esercitati in contrasto con la loro destinazione economico-sociale ».

Art. 4: « Al fine di sviluppare le forze produttive del paese, la RSFSR attribuisce la capacità giuridica civile (la capacità di avere diritti ed obbligazioni civili) a tutti i cittadini i cui diritti non siano stati limitati in sede giudiziaria ».

⁽²¹⁾ Decreto 11 novembre 1922 del Comitato esecutivo centrale panrusso. Questi « principi comunisti », per i quali si è battuto STUČKA e sui quali egli imporrà la propria attività pratica e scientifica, sono contenuti negli art. 5 e 6 del decreto:

Art. 5: « L'interpretazione estensiva del Codice civile della RSFSR è ammessa soltanto nei casi in cui lo esiga la tutela degli interessi dello Stato operaio-contadino e delle masse lavoratrici ».

Art. 6: « È vietata l'interpretazione delle disposizioni del Codice sulla base di leggi dei governi rovesciati o della prassi dei tribunali prerivoluzionari ».

Proprio la presenza di questi principi, nell'opinione dello STUČKA, consente una valutazione del diritto civile della NEP come categoria positiva nella lotta di classe, che, mentre fissa i limiti estremi della ritirata, consente contemporaneamente una « avanzata verso il settore socialista ».

eccezioni la sparuta schiera degli storici sovietici del diritto (NOVICKIJ, IOFFE, KRASAVČIKOV, UŠAKOV).

4. Nel capitolo III il REICH esamina — come si è detto — le tappe della prima codificazione civile sovietica, la composizione del primo codice civile russo e il giudizio che il medesimo ottenne nella letteratura sovietica e occidentale coetanea. Abolito negli anni spregiudicati della rivoluzione e del Comunismo di Guerra o « confinato nella sfera dell'illegalità, della speculazione e del mercato nero » (p. 126), il diritto civile è ricomparso una prima volta per decisione sovrana in concomitanza con la Nuova Politica Economica.

Gli anni dal 1923 al 1928, ossia dall'entrata in vigore del codice della RSFSR alla condanna delle tesi di BUHARIN e all'avvio della campagna di collettivizzazione agricola, sono fra i più interessanti per lo studioso del diritto civile. La discussione sulla natura e le funzioni del diritto e del codice civile in una società dichiaratamente socialista si propaga, divampa, si ingarbuglia, non v'è studioso od operatore giuridico che non ne sia direttamente coinvolto.

Quattro scuole o correnti si dividono il campo, identificate attraverso i loro esponenti più noti:

1) La corrente di destra, o dei cosiddetti giuristi o civilisti borghesi (KANTOROVIČ, VOL'F, GORDON, ŠRETER), raccolti intorno alla rivista *Pravo i žizn'* (« Diritto e vita », fondata nel 1922 e apparsa regolarmente sino al 1928, e idealmente collegata alla rivista progressista prerivoluzionaria *Pravo*) e fautori dello stabilimento di uno Stato di diritto, del ritorno ai principi di legalità e certezza giuridica, e di una liberalizzazione della vita giuridica nazionale; a questa corrente si deve un progetto non realizzato di codice del commercio (*torgovyj kodeks*) in senso tradizionale;

2) Le tendenze negatrici del diritto civile dello Stato sovietico, di cui sono portavoce REJSNER e soprattutto PAŠUKANIS, il cui insegnamento, respinto ma sempre latente nel pensiero giuridico socialista, tacciato dai detrattori di estremismo nichilistico, costituisce, agli occhi dei seguaci, la migliore sistemazione e la più razionale elaborazione delle idee di Marx e di Engels sul diritto;

3) La scuola di GOJHBARG, artefice del GK e autore o direttore di periodici commentari al codice civile di grande diffusione, che avvalendosi di una miscela peculiare di Marx e Duguit propone una interpretazione esclusivamente collettivistica del diritto civile della NEP, di cui pronostica la trasformazione in diritto dell'economia;

4) La duttile e solitaria concezione di STUČKA, l'unica volta a gettare le fondamenta di una specifica teoria sovietica del diritto civile, sulla scorta del pensiero leniniano.

Su questi orientamenti dottrinari nell'epoca della « lotta per e contro il diritto civile » (1923-1936), sull'apparizione della teoria nettamente anticivilistica del diritto economico dopo il 1933, e sui falliti e male

investigati tentativi di codificazione del diritto civile e dell'economia (il progetto GOJHBARG del 1924, dopo la pubblicazione della prima Costituzione federale; i Principi fondamentali di legislazione civile dell'URSS di Stucka, del 1931; il testo unico sui contratti di AMFITEATROV, del 1934; i lavori preparatori del codice dell'economia della commissione GINCBURG, nel 1933-1937) si sofferma il corposo capitolo IV dello studio del REICH.

Il lettore vi troverà cose note e meno note, ma soprattutto il ritratto vivo dei protagonisti della storia del diritto civile sovietico ⁽²²⁾, che è poi storia del diritto sovietico *tout court*, dato il legame indissolubile esistente in tutti questi personaggi fra teoria generale e dottrina del diritto civile, da cui ogni indagine sulla prima prende invariabilmente le mosse.

Ecco in prima fila GOJHBARG, l'enigmatico professore socialrivoluzionario che innesta le dottrine della *fonction sociale* e dell'*abus de droit*, in una loro versione estrema, su un codice proclamato strumento della dittatura del proletariato e espediente per l'attuazione di finalità collettive; la cui figura tuttavia, nonostante ogni affermazione in senso contrario, simboleggia pur sempre la continuità delle tradizioni, la vischiosità delle istituzioni, la permeabilità dei modelli (BGB, codice svizzero, giurisprudenza sociologica francese, scuola del diritto libero, nozione weimariana della proprietà che obbliga, e così via).

Durante tutta la NEP e fino al 1928 — quando il GOJHBARG lascerà la poltrona di direttore dell'Istituto per il Diritto Sovietico — l'attenzione dei civilisti sovietici sarà rivolta precipuamente agli artt. 1 e 4 del codice civile (ossia ai limiti della soggettività e al controllo dell'autonomia privata) e alla formazione di un nuovo ramo del diritto sovietico, il diritto dell'economia, regolatore dei rapporti fra le sempre più importanti imprese di Stato e le ancora tollerate imprese private ⁽²³⁾.

La teoria dell'interpretazione teleologica (il giudice è legato allo scopo generale e non alla lettera della legge, deve accertare che non vi sia un abuso oggettivo e che l'esercizio del diritto non contrasti con la sua destinazione economico-sociale), l'idea della caducità, risolubilità e revocabilità della capacità giuridica (art. 4 GK), la funzionalizzazione sociale della proprietà privata capitalistica (riscontrabile « perfino negli Stati capitalistici e dunque a maggior ragione nel capitalismo di Stato della NEP »), l'illusorietà della bipartizione ulpiana (in un sistema eco-

⁽²²⁾ Il REICH non intende fare una storia dettagliata delle istituzioni e dei dogmi (p. 17), in polemica con chi si limita a descrivere lo svolgimento del diritto positivo (cfr. da ultimo MEDER W., *Das Sowjetrecht. Grundzüge der Entwicklung 1917-1970*, Francoforte e Berlino, 1971). Ma anche la sua storia trae giovamento e non può prescindere dalle ricerche specialistiche su determinati istituti del diritto sovietico.

⁽²³⁾ L'opera principale di GOJHBARG A. G. si intitola appunto « Diritto economico della RSFSR. vol. I. Codice civile » (*Hozhajstvennoe pravo RSFSR. t. I. Graždanskij kodeks*, Mosca, 1923; la 3^a ed. è del 1924, e una edizione abbreviata è apparsa anche a Leningrado nel 1928).

nomico-sociale in cui il diritto privato serve a scopi pubblici e il soggetto privato è equiparato al pubblico funzionario), sono tanti elementi qualificanti della dottrina che a partire dal 1929 verrà liquidata con l'etichetta di gohbargismo.

La figura di PAŠUKANIS è fin troppo conosciuta, anche nelle sue drammatiche vicende umane (l'autocritica, la condanna, la scomparsa). Scrittore della rivoluzione — osserva il REICH — egli ostacola e colpevolizza il legislatore sovietico (costretto a giustificare la propria esistenza e il proprio ruolo) nella fase della stabilizzazione e dell'edificazione socialista.

Ma la teoria lineare di questo tardivo rappresentante dell'utopismo russo non cessa di esercitare un fascino sottile. Ogni diritto è il prodotto della circolazione delle merci ed è destinato a venir meno con l'avvento dell'economia pianificata. Non v'è altro diritto al di fuori del diritto borghese — nel quale il diritto privato, come insieme dei rapporti reciproci di autonomi proprietari di merci, costituisce la forma più alta e più perfezionata — la cui scomparsa, conseguentemente, significherà « la morte del diritto in generale, ossia la scomparsa del momento giuridico dai rapporti degli uomini gli uni con gli altri ». Rifiutata persino la contrapposizione di REJSNER fra diritto statale e diritto intuitivo, PAŠUKANIS dà del diritto civile una valutazione assolutamente negativa. Il codice civile russo si distingue a malapena dal diritto privato dell'Occidente (è la stessa tesi dei giuristi « borghesi ») e manterrà una funzione di strumento distributivo solo fino al suo completo esaurimento da parte dell'economia di piano. Poi la dottrina civilistica dell'autore di « La teoria generale del diritto e il marxismo » ⁽²⁴⁾ prevede la sparizione del diritto e la fine della giurisprudenza.

In modo più costruttivo di PAŠUKANIS, STUČKA — come si è visto — si propone di determinare il contenuto e le funzioni che il diritto civile conserva durante la dittatura del proletariato. E poichè a base del diritto civile (e del diritto in generale) egli colloca non solo i rapporti di produzione e di scambio, ma anche la proprietà privata nelle sue diverse forme storiche, il diritto civile, secondo STUČKA, esiste finchè si mantiene in vita la proprietà privata: soppressa nel Comunismo di Guerra, questa è risorta nella NEP, e con essa è rinato il diritto civile. Ma questa categoria deve essere ormai scomposta e analizzata, dal giurista marxista, nei tre tipi di forme o rapporti (uno concreto e due astratti) che la costituiscono: la proprietà (che, diversamente da Marx, appartiene alla base di ogni sistema giuridico), la legge (che può essere

⁽²⁴⁾ PAŠUKANIS E. B., *Obščaja teorija prava i marksizm*, Mosca, 1924.

La contraddizione principale nell'opera di PAŠUKANIS consisterebbe, secondo PAUL (*Marxistische Rechtstheorie*, cit., p. 151 ss.), nel contrasto tra l'autonomia attribuita al diritto come oggetto di ricerca, sul piano metodologico, e la sua riduzione a mera forma dello scambio di merci, l'equiparazione dello stesso a fenomeno borghese in via di scomparsa, il rifiuto cioè dell'autonomia del diritto secondo i canoni del materialismo dialettico.

positiva o negativa, rivoluzionaria o controrivoluzionaria, ed è tanto più rivoluzionaria quanto più si distingue dal diritto privato borghese) e l'ideologia, divenuta fonte autonoma e strumento di indirizzo del diritto legislativo.

Il codice civile russo non è un codice socialista (sarebbe una contraddizione logica), ma non è neppure uno «strumentario impersonale» (secondo la formula di ŠRETER)⁽²⁵⁾, è la «traduzione in articoli di legge della politica economica del periodo di transizione». Ne consegue che il giudice socialista non deve darne una interpretazione formale o letterale, propugnata dai giuristi borghesi, bensì una interpretazione rivoluzionario-dialettica, condotta con coscienza di classe e spirito di partito.

Il diritto civile è diritto dell'ineguaglianza, ma non dello sfruttamento, poichè la legge dell'equivalenza vi trova un correttivo prioritario nel principio di panificazione, che ha precedenza sul libero scambio di merci, sulla libera concorrenza e sulla uguaglianza giuridica formale. Il piano però — secondo la visione di STUČKA che segue da presso le posizioni di BUHARIN — non è uno strumento politico, ma un ordigno economico che serve a prevenire l'anarchia della produzione capitalistica, è «la circolazione studiata anticipatamente, che nella società capitalistica viene constatata solo *post factum*». Ma fra diritto civile e pianificazione non esiste alcun contrasto insanabile, il primo essendo uno strumento ausiliario al servizio della seconda.

Chiusa la NEP, avviata la collettivizzazione, condannato BUHARIN, anche STUČKA deve escogitare una nuova sistemazione giuridica dei mutati rapporti fra il diritto civile e un piano che è diventato strumento politico-giuridico cogente, diretto ormai apertamente contro il settore privato.

Ecco l'origine storica della famosa concezione stučkiana del diritto bisettoriale (*dvuhsektornoe pravo*), della contrapposizione antagonistica fra il vecchio diritto civile, astratto e ineguale, e il nuovo diritto amministrativo dell'economia, concreto, contenutistico e tendenzialmente uguale. Diritto civile e diritto economico-amministrativo regolano settori economici diversi e si attengono a diversi principi: proprietà privata, contratto come forma dello scambio, criterio della stretta legalità nella soluzione delle controversie ad opera dei tribunali ordinari, nel primo caso; proprietà statale, programmazione e previdenza, criterio del merito o della convenienza economica nella soluzione dei conflitti ad opera di commissioni arbitrali, nel secondo.

Fra i due poli o settori vi è conflitto insanabile, vera e propria lotta di classe. Il confine fra i due settori si sposta continuamente a favore del diritto della pianificazione, che nella fase della costruzione socialista assorbirà definitivamente il diritto civile.

Ma alla pari del gojhbargismo, del marxismo psicologico e della

(25) ŠRETER V. N., *Pravovye osnovy vnutrennego tovarooborota SSSR*, Mosca, 1926; ID., *Vnutrennjaja trgovlja. Sovetskoe hozjajstvennoe pravo (Pravo trgovopromyslennoe)*, Mosca e Leningrado, 1928.

giurisprudenza borghese anche la dottrina del diritto bisettoriale ⁽²⁶⁾, ancorata com'è alle condizioni di economia mista o dualistica della NEP, non resiste alla nuova ventata antiggiuridica ed anticivilistica successiva al 1929. Due interrogativi sorgono spontanei. Perché STUČKA continua a dissertare del diritto civile nonostante la chiusura della NEP? Come dimostra il presidente della corte suprema il carattere giuridico del diritto economico-amministrativo, le cui norme hanno invece, secondo l'orientamento di PAŠUKANIS, natura meramente tecnico-organizzativa?

Una nuova dottrina, avversa alle tendenze autonomistiche del diritto civile, la dottrina del diritto economico (*hoz'jajstvennoe pravo*) unitario, « espressione formale della politica economica monistica della collettivizzazione e della socializzazione » nella prospettiva dell'ulteriore passaggio alla « pianificazione immediata dell'intera economia » (dalla risoluzione del Congresso del 1931 dei funzionari sovietici dello Stato e del diritto), si afferma rapidamente dopo il 1931 e domina incontrastata fino al 1936-1937.

Il diritto civile cessa di costituire materia di insegnamento, soppiantato da nuovi manuali di diritto economico. Nel 1933 L. JA. GINCBURG, il caposcuola e il teorico fondamentale di questa corrente, enuncia il proprio programma, e nel 1935 pubblica in due tomi — il primo dei quali porta anche la firma di PAŠUKANIS, che nel frattempo ha riconosciuto l'esagerazione della propria teoria della morte del diritto — il corso più rinomato di diritto sovietico dell'economia ⁽²⁷⁾. È il trionfo della soprastruttura sulla base: il diritto economico vi è definito come « una forma particolare di politica dello Stato proletario per l'organizzazione della produzione socialista e del commercio sovietico » (p. 6), secondo i principi della legalità socialista.

Il trattamento privilegiato della proprietà di Stato, il *hozrasčēt* (o principio del rendimento economico delle imprese pubbliche ⁽²⁸⁾, la monocrazia nella direzione dell'impresa, la disciplina contrattuale, la subordinazione di ogni contratto al piano, sono i temi cardinali del nuovo diritto, nel quale il soggetto privato — come ad esso rinfaccerà la critica successiva — compare unicamente come elemento della struttura economica organizzativa o come partecipe di rapporti di natura economica.

⁽²⁶⁾ Elaborata da STUČKA specialmente nel suo corso di diritto civile (STUČKA P. I., *Kurs sovetskogo graždanskogo prava*, 3 voll., Mosca, 1927-1931).

⁽²⁷⁾ *Kurs sovetskogo hoz'jajstvennogo prava*, a cura di GINCBURG e PAŠUKANIS, 2 voll., Mosca, 1935. V. anche RAEVIČ S. I., *Osnovy hoz'jajstvennogo prava*, 2 voll., Mosca, 1932-1933, e RUBINŠTEJN B. M., *Sovetskoe hoz'jajstvennoe pravo*, Mosca, 1935. Di un diritto economico inteso in senso diverso (come sostitutivo socialista del diritto commerciale o piuttosto nel significato attribuito alla espressione dalla scuola di GOJHBARG) si tratta invece in una serie di manuali (VOL'F, VOL'FSON, ŠRETER, MAGAZINER) apparsi negli anni 1927-1928. L'uso della medesima etichetta per contenuti diversi non facilita certo la ricerca.

⁽²⁸⁾ CRESPI REGHIZZI, voce *Khozraschet*, in *Encyclopedia of Soviet Law*.

5. La Costituzione sovietica del 1936 segna l'inizio di un nuovo ciclo, l'apertura di una fase conservatrice nella storia dello Stato e del diritto sovietico.

Nel redigere una Costituzione — dichiara Stalin il 25 novembre 1936 ai delegati presenti all'VIII Congresso straordinario dei Sovieti dell'URSS chiamato a pronunciarsi sulla carta fondamentale — « non si deve procedere dal futuro, ma dal presente, da ciò che già esiste; una Costituzione non dovrebbe e non deve correre avanti » ⁽²⁹⁾.

Il nuovo testo delinea un modello di Stato forte e rispettabile, che non può fare a meno di un modello di diritto altrettanto forte e altrettanto rispettabile. Anche la scienza giuridica è bruscamente sollecitata a rafforzare lo Stato e il diritto sovietico in ogni modo possibile, in armonia con la tesi staliniana dell'esigenza del massimo consolidamento, della esasperazione dello Stato e del diritto prima della loro definitiva scomparsa.

Il diritto dell'epoca di transizione dal capitalismo al comunismo non è più diritto borghese, ma *diritto sovietico socialista*, alla cui stabile costruzione ed armonica sistemazione ogni giurista ha il dovere di contribuire. La differenza rispetto alle timide concezioni del diritto caduco o transitorio non potrebbe essere più appariscente!

L'uomo responsabile della costruzione (o ricostruzione) del diritto socialista è VYŠINSKIJ, che nel 1936 succede a PAŠUKANIS alla presidenza del rinnovato Istituto per il Diritto della Accademia delle Scienze dell'URSS e assume la direzione della prestigiosa rivista « Lo Stato sovietico » (*Sovetskoe gosudarstvo*) ⁽³⁰⁾.

Una massiccia campagna di critiche ed epurazioni percorre gli ambienti giuridici del paese. PAŠUKANIS, KRYLENKO, BERMAN, e in un secondo momento anche STUČKA ⁽³¹⁾, diventano, nonostante le autocritiche, il bersaglio preferito del primo giurista del paese in un articolo

⁽²⁹⁾ Il documento integrale è pubblicato da ZILE E. L. in *Ideas and forces in Soviet legal history*, 2ª ed. Madison, 1970, p. 238 ss. Una concezione radicalmente diversa delle funzioni della Carta fondamentale sovietica emerge dalla nuova Costituzione di un altro Stato socialista, la Repubblica Popolare Cinese, che incorpora la teoria della « continuazione della rivoluzione sotto la dittatura del proletariato ». Il testo italiano di questa Costituzione, in vigore dal 17 gennaio 1975, appare in *Documenti della IV Assemblea nazionale del popolo della Repubblica Popolare Cinese*, Roma, 1975.

⁽³⁰⁾ Ribattezzato più tardi « Lo Stato e il diritto sovietico » (*Sovetskoe gosudarstvo i pravo*), organo ufficiale dell'attuale Istituto per lo Stato e il diritto dell'Accademia delle Scienze dell'URSS.

⁽³¹⁾ Risparmiato in un primo tempo, neppure STUČKA sfugge, dopo il 1938, alla critica normativista ed antisociologica di VYŠINSKIJ. Accomunato al PAŠUKANIS, gli si rimprovera di aver condannato all'atrofia il diritto sovietico. La sua dottrina del diritto bisettoriale è definita opportunistica. Il metodo dell'interpretazione rivoluzionario-dialettica è accusato di provocare uno « scontro degli interessi dell'economia socialista e dell'uomo socialista » e soprattutto la svalutazione del diritto civile, di quel diritto che « assicura e protegge gli interessi personali e patri-momiali dei lavoratori e dei cittadini dell'URSS ».

infuocato che descrive, nel 1937, la « situazione sul fronte del diritto »: « uno degli scopi dei nemici del popolo attivi nel settore teoretico dello Stato e del diritto era quello di disarmare il proletariato... screditando il diritto sovietico e la legge sovietica e coltivando un atteggiamento nichilistico verso i medesimi ».

Anche la sostituzione del diritto civile con il diritto dell'economia « è stata un prezioso servizio per i nemici e i calunniatori del comunismo, che sopprimono la personalità e non riconoscono altre categorie fuori della società, dell'economia e della produzione ». Ma il diritto — dichiara VYŠINSKIJ nel 1938 al Congresso panfederale dei giuristi sovietici che ne approva le tesi all'unanimità — non si identifica con la sola politica, nè con la sola economia, nè con un puro sistema di interrelazioni sociali. Il diritto è « un complesso di regole di condotta che esprimono il volere della classe dominante elevato a legge » ⁽³²⁾. Proprio la riduzione del diritto a politica o ad economia ha reso possibile la liquidazione del diritto civile ad opera del diritto economico, che si preoccupa della politica economica e non dei diritti e degli interessi dei cittadini (proprietà personale, famiglia, successioni, ecc.) ⁽³³⁾.

Ora il nuovo compito della scienza giuridica sovietica sarà invece la ricostruzione del diritto civile nazionale, non antitetico al socialismo ed anzi postulato come socialista *ab origine*.

Ripetuta acriticamente nella manualistica anteriore al XX Congresso del PCUS (manuali MIKOLENKO-BRATUS' del 1938, AGARKOV-GENKIN del 1944, GENKIN-BRATUS' del 1950-1951), la tesi del carattere originariamente socialista del diritto civile sovietico e della perfetta conciliabilità di socialismo e diritto civile regna sostanzialmente incontrastata nell'odierna dottrina. Negli anni venti — si legge in un lavoro storico-teorico del 1972 — si sentiva affermare che il diritto civile era una categoria borghese e che a misura della costruzione del socialismo esso avrebbe dovuto gradualmente deperire. Ma « oggi, certamente, nessuno più dice questo » ⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ VYŠINSKIJ A. Ja., *Položenie na pravovom fronte*, in *Sovetskoe pravo*, 1937, 3-4, p. 29 ss.; ID., *K položeniju na fronte pravovoj teorii*, Mosca, 1937; ID., *Osnovnye zadachi nauki sovetskogo socialističeskogo prava* (« I compiti fondamentali della scienza del diritto socialista sovietico »), in *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, 1938, 5, p. 4 ss.

⁽³³⁾ Cfr. anche VOL'FSON F. I. (*Semejnoe pravo*, Mosca, 1938, pp. 20-21), il quale critica GOJHBARG per una sua asserita teoria del deperimento del diritto di famiglia (« Gojhbarg insegnava... che i diritti e doveri prescritti dal nostro diritto di famiglia costituiscono un parametro interinale, limitato alla durata del periodo in cui lo Stato non si è ancora assunto il mantenimento e l'educazione di tutti i bambini »).

⁽³⁴⁾ KURICYN V. M., *Perehod k NEPU i revoljucionnaja zakonnost'*, Mosca, 1972, p. 71. In realtà il libro prende lo spunto proprio dalla constatazione dell'esistenza di qualche voce di dissenso (soprattutto fra gli economisti), che insiste nel considerare il codice civile del 1922 » o dal punto di vista delle garanzie patrimoniali dell'imprenditore-proprietario privato o come una forma di imbrigliamento degli elementi capitalistici privati » (p. 69-70).

6. Il dibattito sul sistema, l'oggetto e il metodo del diritto civile sovietico; la riapparizione intorno al 1957 di una nuova versione, più tecnica e meno politica, del diritto economico; l'approvazione nel 1961, per la prima volta nella storia giuridica dell'URSS, di un nucleo di norme federali sul diritto civile (gli OGZ, o « Principi fondamentali di legislazione civile dell'URSS e delle Repubbliche federate ») previa riforma costituzionale 11 febbraio 1957, e la promulgazione di quindici codici civili repubblicani negli anni 1963-1965 formano l'argomento della seconda metà del capitolo V.

Si tratta ormai di una storia più recente e meglio esplorata, anche se per questo non meno interessante, nella quale tuttavia il contributo dell'autore, sempre attento ai profili ideologici, ma forse non altrettanto sensibile al diritto positivo e alla sua effettiva applicazione, è meno esauriente e originale.

Sui grandi problemi di contenuto e di metodo del diritto civile, accantonata come borghese l'opinione più antica che indicava come tipico della disciplina civilistica il criterio della autonomia negoziale, si è oggi raggiunto un accordo di massima, solennizzato nel preambolo e nella parte generale dei Principi federali.

Oggetto del diritto civile sono « i rapporti patrimoniali e i rapporti personali non patrimoniali ad essi connessi » (secondo la formula della FLEJŠIC accolta dall'art. 1 OGZ) ⁽³⁵⁾ in un periodo (detto della « costruzione avanzata della società comunista ») nel quale mantengono pieno impiego la legge del valore e i rapporti monetari-mercantili, sia pure « nel quadro della funzione che essi svolgono nell'economia socialista pianificata ».

Metodo della disciplina civilistica è il metodo dell'uguaglianza, il criterio della posizione di parità delle parti, che esclude i rapporti patrimoniali basati sulla dipendenza amministrativa (art. 2 OGZ).

L'ultima codificazione ha respinto la dottrina del diritto economico, anche nella versione edulcorata e tollerante del diritto civile dei vari LAPTEV, PAVLOV, TADEVOSJAN e GINCBURG seconda maniera, tornata alla ribalta dopo la morte di Stalin e il successo di omonime dottrine in altri paesi dell'Est europeo (Cecoslovacchia, Germania orientale). I Principi federali accolgono la tesi unitaria del diritto civile (art. 2), che non distingue fra rapporti all'interno del settore socialista (diritto economico) e rapporti con partecipazione di persone fisiche (diritto civile in senso stretto) ⁽³⁶⁾. Ma la polemica è lungi dall'essere conclusa,

⁽³⁵⁾ FLEJŠIC E. A., *Lišnye prava v graždanskom prave SSSR i kapitalističeskikh stran*, Mosca, 1941, *passim*.

⁽³⁶⁾ L'unità del diritto civile non esclude tuttavia una notevole differenziazione nella disciplina degli uni e degli altri rapporti nella parte speciale o all'interno di singoli istituti. Così, per esempio, i principi generali sul diritto delle obbligazioni regolano sia i contratti pianificati sia i contratti liberi, ma la compravendita (di cui è parte il cittadino) e la fornitura (di cui sono parti due organizzazioni socialiste) sono disciplinate in modo diverso, e la seconda in ampia misura al di fuori degli

ed anzi il diritto economico ha segnato qualche punto con la pubblicazione di un nuovo trattato ⁽³⁷⁾ e una risoluzione del partito che dal 1964 ne rende obbligatorio l'insegnamento in determinati istituti.

Sul perchè della preferenza legislativa si possono unicamente avanzare congetture: ragioni di tecnica legislativa, rispetto più o meno consapevole delle tradizioni nazionali, sensibilità alle tendenze prevalentemente monistiche della famiglia europea. Si sa che il partito non ha imposto nel 1961, diversamente dal 1937, una propria soluzione, limitandosi a ratificare la scelta tecnico-pratica dei giuristi. L'accoglimento del diritto economico — ha scritto POLJANSKIJ, presidente della commissione legislativa del Soviet dell'Unione, sulla *Pravda* del 9 dicembre 1961 — avrebbe creato « una frattura artificiosa del sistema dei rapporti patrimoniali, fondato sull'unità dell'intera economia socialista, con ciò compromettendo l'armonica combinazione degli interessi della società e di quelli della personalità ».

Non siamo convinti di questa spiegazione? Cerchiamone un'altra. La storia del diritto sovietico dell'economia è sì la storia della cattiva coscienza, dell'*alter ego*, del dottor Jekyll del diritto civile, ma è anche una saga inesauribile di contrasti personali, di scontri di opinione, di conflitti dogmatici (nel seno di una dottrina che si propone di combattere la « scolastica astratta della giurisprudenza borghese »), di concorrenza anche geografica fra enti, istituti e centri di ricerca.

Non a caso presiede la commissione preparatoria del progetto di Principi federali il dottor BRATUS', presidente dell'Istituto federale di ricerche scientifiche sulla legislazione sovietica (VNIISZ) presso il ministero della giustizia dell'URSS, che da tempo combatte sistematicamente i seguaci del diritto economico (pur essendone stato, prima della guerra, sostenitore) e che nel 1963 svilupperà la propria tesi in una insuperata monografia ⁽³⁸⁾.

Si può forse capire perchè l'Università si sia schierata compatta con BRATUS' e i partigiani dell'unità del diritto civile, mentre il diritto economico raccoglie aderenti nei circoli della prassi (i « giureconsulti » d'impresa) e dell'arbitrato, dove all'ansia della ricerca scientifica si aggiunge il ragionevole desiderio di tirare acqua al proprio mulino. Ma perchè mai l'Istituto per lo Stato e il Diritto dell'Accademia delle Scienze dell'URSS (IGiPAN) ha adottato nel 1958 una risoluzione

OGZ e dei codici civili. Cfr. anche CRESPI REGHEZZI, *L'impresa nel diritto sovietico*, Padova, 1969, p. 44 ss.

⁽³⁷⁾ LAPTEV V. V. (coordinatore), *Hozjajstvennoe pravo*, Mosca, 1967 (la seconda edizione è del 1970); di quest'opera è in preparazione una traduzione italiana). Il LAPTEV dirige dall'inizio la sezione di diritto dell'economia dell'Istituto per lo Stato e il diritto di Mosca.

⁽³⁸⁾ BRATUS' S. N., *Predmet i sistema sovetskogo grazhdanskogo prava*, Mosca, 1963, p. 144 ss. Alla tesi monistica aderiscono tutti i cultori del diritto amministrativo, con argomentazioni distinte, che non è possibile ricordare in questa sede. V. per es. *Administrativnoe pravo*, a cura di KOZLOV Ju. M., Mosca, 1968, p. 43 ss.

antiunitaria a maggioranza dei componenti, e costituito nel proprio seno una sezione di diritto dell'economia?

Forse il nostro paese coltiva ancora la dogmatica giuridica (nel senso peggiorativo del termine), certo è venuto meno l'entusiasmo per questa dogmatica che sembra invece trapelare incessantemente nell'Unione Sovietica dalle vicende semisecolari del diritto economico e dei suoi tormentati rapporti con il diritto civile. Si immagina il lettore italiano una nostra facoltà di giurisprudenza che, come quella di Leningrado nel 1956 (su proposta di IOFFE) delibera all'unanimità sulla tesi dell'indivisibilità del diritto civile? O il capo del servizio legale di una grande circoscrizione amministrativa che scrive un libro di oltre trecento pagine per provare l'esistenza di « rapporti diagonali », di natura mista amministrativo-patrimoniale, che formerebbero appunto il contenuto del diritto economico (MAMUTOV, ŠOR)? O due arbitri delle supreme istanze repubblicane che, fra un'udienza e l'altra, stendono due monografie ispirate al diritto dell'economia come branca autonoma della giurisprudenza (ABOVA, ZAMENGOV)?

Sono domande che non attendono risposta, ma che, a prescindere dalla soluzione contingente data al dilemma diritto civile — diritto dell'economia, provano se non altro l'estrema « giuridicizzazione » della società sovietica, a prima vista difficilmente reversibile, in un momento di crisi evidente del diritto occidentale.

Sono anche fatti imprescindibili per chi voglia far luce sul diritto sovietico inteso nella sua realtà o attività giuridica complessiva, sulla sua *legal machine* di cui anche gli operatori umani sono inseparabili meccanismi, secondo nozioni ormai acquisite nel campo della comparazione, di cui il libro di REICH fornisce un esempio riuscito.

7. La storia del pensiero giuridico sovietico è dominata dalla discussione sul diritto civile, la cui sistemazione teorica rimane, oggi, come ieri, il problema più difficile affrontato dalla dottrina ⁽³⁹⁾. D'altra parte, la

⁽³⁹⁾ Problemi molto minori susciterebbero invece, secondo il REICH, il diritto costituzionale, penale e amministrativo, nei quali sarebbe assente « la contraddizione fondamentale con il sistema socialista » (p. 22).

Questa affermazione suscita molta perplessità, a meno di stabilire una precisa equivalenza fra sistema socialista e prassi sovietica. Ma perfino in questa ipotesi, balza agli occhi che la sistemazione del diritto penale o del diritto amministrativo ha dato molto filo da torcere ai teorici dell'URSS.

Nel 1936, in via di autocritica, Ja. A. BERMAN (*O pravovom obrazovanii*, in *Sovetskoe pravo*, 1936, 5, p. 115 e *passim*) riconosceva che « dobbiamo biasimare noi stessi per aver sottovalutato il diritto sovietico nel passato e avere in tal modo favorito una attitudine negativa nei confronti della formazione giuridica ». In quel periodo — egli confessava — « noi stavamo infatti liquidando le varie discipline giuridiche. Un bel giorno, per esempio, liquidammo il diritto amministrativo. Concludiamo che questo corso era stato escogitato dai vecchi professori borghesi e che la continuazione dell'insegnamento di questa disciplina era incompatibile con la dottrina generale dello Stato sovietico. Certamente allora avevamo ragione nel criticare il tentativo dei vecchi professori borghesi, come ELISTRATOV, di riesumare il

storia del conflitto fra socialismo e diritto civile non può naturalmente prescindere dall'esame dei tentativi di appianamento di quel conflitto e dei compromessi proposti o raggiunti, in linea pratica o teorica, nel corso di oltre cinquant'anni di evoluzione del diritto sovietico.

In questa cornice generale, l'indagine dell'autore corre contemporaneamente lungo due filoni, uno dottrinario ed uno empirico. Per un verso essa mira a ricercare in che modo la teoria generale del diritto civile sia stata formulata nelle successive fasi del suo sviluppo storico; per l'altro verso, essa tende ad accertare se e come ogni dottrina generale abbia trovato la propria espressione in determinate codificazioni o progetti di codificazione, che sono pertanto descritte e analizzate solo nella misura in cui siano o possano sembrare portatrici di una particolare ideologia del diritto civile.

L'analisi parallela delle teorie generali del diritto e delle prassi codificatorie e codicistiche, della loro reciproca influenza e del loro costante interscambio — svolta con mano sicura attraverso i vari periodi della storia giuridica sovietica —, rappresenta l'aspetto più interessante del lavoro presentato. Essa conduce l'autore a concludere, confermando risultati noti benchè non sempre pacifici, che la teoria del diritto civile ha nell'URSS il duplice e difficile compito « di legittimare lo sviluppo giuridico nazionale e di contendere con il diritto borghese » (p. 18), di sottolineare la propria continuità storica con il codice civile del 1922 e i propri tratti differenziali rispetto al diritto dell'Occidente europeo (p. 264). E poichè essa teoria esplica in definitiva funzioni di politica giuridica, che trasferisce sui movimenti di codificazione, questa non è soltanto raccolta o *restatement* del diritto sovietico positivo, ma anche e sempre « progetto e attuazione di un modello teoretico civilistico particolare » (p. 337).

8. Qual'è dunque la vera, ultima origine di questi modelli? E, in particolare, fra l'asserito nuovo diritto civile socialista sovietico e il diritto privato borghese esistono ancora modi di intendersi e punti di contatto?

No, asserisce troppo sbrigativamente l'autore di un recentissimo manuale di *Istituzioni di diritto sovietico* (che delle « istituzioni » porta

vecchio diritto amministrativo. Il nostro errore, tuttavia, fu di fare di ogni erba un fascio [lett.: di gettare il neonato insieme con l'acqua della vasca]. Liquidammo il diritto amministrativo e lo escludemmo dai curricula degli istituti di istruzione superiore. Ora è evidente che un procuratore può difficilmente eseguire i suoi compiti di supervisione generale se non è ben versato nel diritto amministrativo sovietico. Lo stesso si può dire di ogni giudice, che spesso si occupa di processi relativi a delitti contro l'ordinamento amministrativo che sono violazioni del diritto amministrativo ».

Ci si avvicina maggiormente al vero dicendo, piuttosto, che le vicende del diritto amministrativo hanno avuto meno risonanza, anche in considerazione della politica dirigistica ben presto avviata nel paese, dei casi, più immediati e più studiati, del diritto civile.

peraltro solamente il titolo), poiché non avrebbe senso « parlare di rapporti privatistici (civili, commerciali, industriali, marillimi, agrari, ecc.) in seno ad una società che ha sostituito la proprietà sociale a quella privata, e dove ' tutto è comune all'infuori dello spazzolino da denti ' » ⁽⁴⁰⁾.

Invece il REICH ha implicitamente risposto a questa domanda, in modo affermativo, nel corso di trecento pagine. Nel diritto civile sovietico contemporaneo sarebbe dato di ritrovare la presenza di almeno tre gruppi di modelli: 1) i modelli ricavati dalla teoria giuridica e dalla economica sovietica nelle varie tappe della rispettiva evoluzione (anche a proposito dei quali peraltro, si pone un problema di ricerca della paternità); 2) varianti o combinazioni delle dottrine del diritto privato sociale, della funzione sociale del diritto civile e della relatività dei diritti soggettivi (ammesse apertamente fino al 1927, poi sottintese mediante il mantenimento dell'art. 1 GK sull'abuso del diritto e la sua sostanziale ripetizione nell'art. 5 OGZ) ⁽⁴¹⁾; 3) modelli dovuti all'influsso, prima e dopo la rivoluzione, della cultura giuridica occidentale.

Il REICH non affronta se non indirettamente e superficialmente i problemi dell'origine e della diffusione dei modelli, ma il giudizio che egli esprime nei confronti del diritto sovietico codificato, del quale nota le grandi affinità di forme e di struttura con il « diritto borghese tradizionale », è molto chiaro:

« L'approccio alla materia giuridica è dogmatico, non organizzativo-sociologico come esige la teoria del diritto economico. Un collegamento del diritto con la realtà viene a malapena cercato. La separazione borghese del diritto civile e del diritto pubblico non è definitivamente superata. I concetti scientifici e codicistici ricalcano, *con nuovi contenuti socialisti* [la sottolineatura non è dell'autore], la dogmatica borghese, come essa fu coltivata per esempio in Germania per influsso della pandettistica e del BGB e nella Russia prerivoluzionaria » (p. 335) ⁽⁴²⁾.

Quella breve riserva circa i « nuovi contenuti socialisti » sarà sufficiente a rendere questo giudizio accettabile al giurista sovietico? È dubbio che quel giurista possa assentire alle conclusioni dell'autore quando questi scrive che il più grosso apporto del pensiero occidentale alla dottrina sovietica è l'idea del carattere normativo del diritto civile, che nel linguaggio marxista si esprime nella formula della relativa autonomia della sovrastruttura rispetto alla base. È probabile, invece,

⁽⁴⁰⁾ NAPOLITANO T., *Istituzioni di diritto sovietico*, Torino, 1975, p. XXII dell'introduzione. In contrasto con il *Leitmotiv* di *Sozialismus und Zivilrecht* l'autore afferma anche che « i giuristi occidentali devono evitare di perdersi nel labirinto di accademiche discussioni come quella, ad esempio, sulla compatibilità del diritto col socialismo » (p. XVIII).

⁽⁴¹⁾ Art. 5: « I diritti civili sono protetti dalla legge, salvo nei casi in cui essi siano esercitati in contrasto con la loro destinazione nella società socialista nel periodo della costruzione del comunismo ».

⁽⁴²⁾ Non vi sarebbero invece elementi comuni fra diritto civile sovietico e diritto privato del nazionalsocialismo, per i motivi che l'autore espone, troppo sinteticamente, a p. 23.

che egli sottoscriva le parole di commiato del REICH (p. 337): « il distacco del diritto civile dal diritto privato è verosimilmente la nozione più importante che la moderna civilistica sovietica possa offrire alla teoria generale del diritto e alla comparazione giuridica ».

Del resto come ogni giudizio, anche la ricordata opinione dell'autore presenta il suo aspetto positivo. Proprio la somiglianza strutturale e concettuale e l'innegabile presenza di una comune matrice romanistica, che rende il diritto sovietico almeno formalmente accessibile senza grosse difficoltà al giurista continentale, determina l'esistenza di una problematica civilistica comune al diritto sovietico e al diritto europeo — il REICH menziona l'alternativa fra metodi dogmatici e metodi sociologici nello studio del diritto civile, i rapporti fra diritto civile e diritto dell'economia, il sistema e le tecniche della codificazione, l'inquadramento dei diritti della personalità —, che potrebbe essere studiata e risolta congiuntamente.

9. Si è già detto che i risultati dell'indagine di Norbert REICH non sono sorprendenti, ma che essi danno una solida conferma di quanto si sapeva, si doveva immaginare o si poteva comunque prevedere, almeno negli ambienti specializzati in questo genere di studi, sul diritto civile sovietico, sulla sua storia e sulla sua storiografia.

Il pregio di *Sozialismus und Zivilrecht* consiste, più che nelle conclusioni, nel suo contenuto antologico e nel suo valore probatorio: nella ricchezza della informazione (che ricerca il dettaglio senza perdere di vista l'insieme, risultando a volte ripetuta o prolissa per la volontà di esaminare l'apporto di ogni studioso in ciascuno degli intervalli storici considerati), nella chiarezza della esposizione, nella sobrietà del commento.

L'odissea del diritto civile sovietico va letta e non raccontata. Se è vero che ormai il tedesco si cita ma non si legge, questo romanzo a lieto fine meriterebbe una traduzione.

L'autore si avvale di una estesa bibliografia in lingua russa e tedesca; trascura maggiormente l'importante saggistica angloamericana; ignora quel poco che si è fatto da noi negli studi sovietologici, per esempio il CERRONI delle preziose antologie e soprattutto de *Il pensiero giuridico sovietico* ⁽⁴³⁾, che nei capitoli I e II ricerca proprio i presupposti generali e i principali orientamenti teorici della dottrina sovietica (anche se non solo civilistica) e nel capitolo IV (« Il soggetto e la norma ») esamina alcuni fra i problemi più scottanti (il rapporto giuridico e il diritto soggettivo) del diritto civile dell'URSS.

Come si precisa nel sottotitolo dell'opera, l'indagine è circoscritta al sistema giuridico e sociale sovietico, benchè il contrasto socialismo-

⁽⁴³⁾ Cfr., oltre alle opere citate alle nt. 8 e 13, CERRONI, *Stužka, Pašukanis, Vyšinskij, Strogovič. Teorie sovietiche del diritto*, Milano, 1964.

diritto civile si manifesti in tutti i paesi socialisti europei ⁽⁴⁴⁾. È vero, tuttavia, che nell'Europa orientale il conflitto è meno acuto o forse meno palese, per ragioni inerenti la tradizione e soprattutto la cronologia: questi Stati — come osserva il REICH (p. 17) — hanno infatti davanti agli occhi un modello giuridico che ha ormai superato le tappe decisive della discussione teorica, il modello civilistico sovietico, a cui essi possono, più o meno liberamente, fare riferimento.

Ma il lavoro del REICH non intende restare confinato nella regione degli *Ostrechtler*, dei sovietologi, degli specialisti di sistemi giuridici socialisti (in Germania più numerosi che altrove), ma si propone anche uno scopo mediato molto più ambizioso: fornire gli elementi per un riesame e un approfondimento critico della «teoria borghese del diritto civile» (poichè anche in Occidente vi sarebbe contraddizione fra socialismo e diritto civile), nella quale «il retroterra economico, politico e ideologico è stato oggetto di una attenzione trascurabile» (p. 24).

La *reductio ad unum* di tutto il diritto non sovietico e di tutte le dottrine civilistiche non sovietiche nelle nozioni ipersemplificate di diritto borghese e di teoria civilistica borghese — semplificazione che ha avuto un significato rilevante e una grande importanza politica nei primi anni del potere sovietico, ma che oggi è usata con maggiore cautela e senso critico negli stessi paesi dell'Oriente europeo (si ricordi che un autorevole giurista ungherese rimprovera a Lenin di avere trascurato le differenze esistenti fra diritto zarista e diritti liberali dell'occidente) — ed altre generalizzazioni ed affermazioni di simile tenore (la civilistica borghese «ignora i momenti politico-costituzionali qualificanti del diritto civile» ed accoglie acriticamente i principi della autonomia privata e della tutela indifferenziata della proprietà privata dei beni di produzione e dei beni di consumo) potranno forse apparire un poco ingenue o superate dagli eventi, almeno nell'Italia di «Politica del diritto», di «Quale giustizia» e dell'«Uso alternativo».

Certo questo studio del REICH costringerà a meditare alcuni romantici interpreti del nostro diritto civile, alcuni affrettati ricostruttori delle sue vicende passate e alcuni arditi indovini dei suoi casi avvenire: sui motivi reali delle scelte giuridiche teoriche e pratiche, sui cicli della storia, sul solco che può diventare abisso fra diritto scritto e diritto vivo, sul dovere di conoscenza dei modelli come irrinunciabile premessa di ogni raffronto, e insomma sui grandi temi della comparazione, che mai, soprattutto nelle ipotesi di macrocomparazione, può farsi senza storia, e che, nel caso specifico, è strumento indispensabile dell'analisi storica.

⁽⁴⁴⁾ Sulla Repubblica Democratica Tedesca, per esempio, v. BRUNNER G., *Einführung in das Recht der DDR*, Monaco, 1975, e soprattutto MARKOVITS I., *Sozialistisches und bürgerliches Zivilrechtsdenken in der DDR*, Colonia, 1969.

SEGNALAZIONI

Repertorium bibliographicum Institutorum et Sodalitatum Iuris Historiae, iussu Societatis C. N. Association internationale d'histoire du droit et des institutions, compositum curis R. FEENSTRA, Leiden, E. J. Brill, 1969.

Supplementum 1969-1974, compositum curis R. FEENSTRA, Leiden, E. J. Brill, 1975.

Fu nel 1969 che, sotto gli auspicii della ' Association internationale d'histoire du droit et des institutions ', egregiamente curato dal Prof. Robert Feenstra, della Università di Leiden, apparve il *Repertorium*: una miniera di dati concernenti gli istituti di ricerca, gli istituti di insegnamento, le società e le fondazioni aventi come scopo lo sviluppo delle conoscenze nell'ambito della storia del diritto e delle istituzioni. Essendo stati aggiunti i dati particolarmente preziosi relativi alle pubblicazioni dei vari enti e ai vari periodici, il *Repertorium* si rivelò non soltanto un utile strumento di informazione, ma altresì un notevole sussidio bibliografico, e assolutamente unico nel suo genere.

Esce ora un ricco *Supplementum*, sempre a cura del collega Feenstra, che, aggiornando accuratamente i dati fino al 1974, contribuisce a fare del *Repertorium* uno strumento vivo e funzionale. Vi si offre un puntuale quadro dello stato della ricerca storico-giuridica a livello mondiale.

Storia del pensiero economico - bollettino di informazione, Milano, Celuc, 1-2 (1973); 3-4 (1974).

Curato dall'Istituto di storia del pensiero economico della Università di Firenze, diretto dal Prof. Piero Barucci, ma con apporti provenienti da tutte le cattedre italiane della disciplina, esce dal 1973 una pubblicazione semestrale che ci pare opportuno segnalare ai lettori dei nostri *Quaderni*.

Nel campo della storia del pensiero economico sembrava davvero giunto il momento di tentar di colmare, nel panorama culturale italiano, quel vuoto che durava ormai da molti decenni, cioè — se non andiamo errati — dalla data risalente di certe felici ma concluse esperienze einaudiane.

La pubblicazione non ha manti trionfalistici e si pone su un terreno — tanto modesto quanto solido — di informazione e di critica.

Partizioni ricorrenti sono ' Carte d'archivio ', ' Congressi e Convegni ', ' Rassegna di opere ', ' Nel mondo si scrive ', etc., dove traspare l'umiltà e la serietà dei curatori.

Consapevoli che gli storici del pensiero giuridico e del pensiero economico dovranno compiere, in un prossimo futuro, numerosi incontri, se non vorranno continuare a guardarsi, ciascuno, narcisisticamente, nell'angustia del proprio specchio difettoso e limitato, auguriamo lunga vita a questo utile e lodevole foglio, nella certezza che si tratta di una iniziativa destinata ad accrescersi.

Zeitschrift für historische Forschung, hrsg. von Johannes Kunisch, Klaus Luig, Peter Moraw, Volker Press, Horst Stuke, Berlin, Duncker & Humblot, I. B. 1974.

Un nuovo foglio storiografico, frutto di energie vive e vigili dei centri culturali tedeschi di Frankfurt/M. e Giessen. Si segnala per alcune rilevanti scelte metodologiche.

Una prima scelta — positivamente apprezzabile — consiste nel rifiuto di partizioni periodiche rivelatesi incapaci alla comprensione della complessità dei mondi storici. Il sottotitolo della rivista è indicativo: ' Halbjahresschrift zur Erforschung des Spätmittelalters und des frühen Neuzeit '. Lo sguardo dei Redattori è autonomamente volto a quella zona del ' tardo medioevo ' e della ' risalente età moderna ' che indagini sempre più numerose hanno additato, negli ultimi decenni, come una zona storica privilegiata, terreno d'incontro di sensibilità diverse, crocevia folto e ricchissimo, momento di germinazione; un periodo storico però che le lenti del medievista o del modernista, isolatamente usate, sono insufficienti a cogliere nella sua complessità.

Si legge ancora nell'interessante *Vorwort* premesso al primo numero: ' Ein besonders Anliegen dieser Zeitschrift ist der Abbau von Vorstellungen, wie sie immer wieder nach Modellen der eigenen Gegenwart in die Vergangenheit projiziert worden sind, ohne die Quellen stets genügend ernstzunehmen '. L'autodisciplina che i Redattori intendono imporsi si ricollega a un vecchio nodo di sempre della metodologia storiografica generale avvertito in modo particolare — e per comprensibili motivi — nell'ambito di quella propriamente giuridica. Nella sua enunciazione generica, così come si legge nel *Vorwort*, non può non destare qualche perplessità. Occorrerà vedere in qual misura sarà reso efficace nella vita concreta della Rivista.

Senz'altro apprezzabile, invece, l'atteggiamento di disponibilità e di attenzione verso le cosiddette ' scienze sociali ', che disancora l'analisi storica dalle labilità cronologiche e la fonda sul terreno dell'effettività. È in questo senso che i Redattori — taluni dei quali sono giuristi — si sentono impegnati ad assegnare un ruolo preminente alla ricerca storico-giuridica.

P. G.

Strumenti

MARIO SBRICCOLI

ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO

Di ogni bibliografia, un po' per prudenza, un po' per rendere omaggio ad una liturgia consolidata, si usa dire che essa è, presumibilmente, incompleta.

Questa che qui presento lo è volutamente, e le ragioni sono evidenti.

Il lettore vi troverà l'indicazione di una serie di scritti coevi sul fenomeno del socialismo giuridico che vanno dal 1881 al 1914: due date che, soprattutto la seconda, tagliano fuori un lungo periodo nel quale pure si è fatto qualche cenno e parzialmente si è riflettuto su quel fenomeno. Ma ho ritenuto di fermarmi nella ricerca al 1914, perchè è prima di quella data che i giuristi 'socialisti' conservano caratteri e impegno tali da rendere interessante per gli storici la riflessione coeva sulla 'corrente' di pensiero giuridico che li accomunava.

Allo stesso modo, le due serie di autori — i maggiori ed i minori — dei quali si indicano le opere (più estesamente per i maggiori, più sinteticamente per gli altri), non possono essere considerate 'complete'. Una scelta si imponeva, ed è stata una scelta che, specie per quanto riguarda gli autori 'minori', ha avuto quasi *carattere antologico*.

Così, per ciascun autore, ho dovuto isolare un *periodo* (raramente si va oltre il 1914) che legittimasse la sua presenza in una bibliografia del socialismo giuridico: onde non si troveranno, poniamo, le opere più tarde di autori come Vivante, Salvioli o Zerboglio, che conclusero — come del resto moltissimi altri — il loro periodo 'socialista' molto prima di cessare la loro produzione scientifica.

Infine, specie per ciò che riguarda alcuni degli autori, ho ritenuto di dover fare un'*ulteriore selezione*. Non si troveranno perciò in questa bibliografia, per esempio, gli scritti strettamente economici di Achille Loria, quelli strettamente antropologici o medici di Cesare Lombroso, quelli soltanto politici di Enrico Ferri, Filippo Turati, Napoleone Colajanni, ecc., quelli romanistici di Biagio Brugi o Pietro Cogliolo. Si tratta infatti di una bibliografia giuridica che, se pure estesa ampiamente oltre il limite dello stretto campo giuridico, non copre zone troppo lontane dall'oggetto che la giustifica.

Limiti, restrizioni, tagli, che si imponevano e che spero abbiano contribuito a dare allo studioso uno strumento utile, non solo per i dati che fornisce, ma anche per l'opera di cernita e selezione della quale è il prodotto e che è stata condotta nella prospettiva di una qualificazione di quegli stessi dati.

* * *

Ancora un'annotazione. Chi come me ha lavorato nell'arco di quasi due anni attorno ad una ricerca puramente bibliografica, è in grado di valutare — ed ha il dovere di denunciare una volta di più — il livello drammatico di crisi, disfunzione, paralisi, in cui è caduto e si trova il sistema delle biblioteche pubbliche italiane.

Quello che è stato da sempre uno dei più preziosi e dei più prestigiosi tra i beni culturali del nostro paese, sta divenendo forse il primo ed il più clamoroso dei sintomi di una rovina delle strutture culturali pubbliche alla quale deve essere al più presto posto rimedio.

Occorre che chi ha la grave — ed ormai storica — responsabilità di conservare ed aumentare il nostro patrimonio culturale, accumulato nei secoli ed ora al repentaglio di una degradazione che non potrebbe esserci perdonata, dia un serio colpo di timone, imponendo un'inversione di tendenza, un vero cambiamento nel modo di gestire la conservazione e l'utilizzazione del materiale che le biblioteche pubbliche custodiscono.

La crescente domanda di utilizzare queste strutture, di arrivare 'al libro', non deve essere ragione di paralisi e occasione di fuga dalle responsabilità politiche: essa è fatto positivo, auspicato per anni ed anni, è fatto di crescita civile ed è una delle garanzie della maturazione democratica del nostro paese. Non deve quindi essere frustrata dall'inefficienza, dalla disorganizzazione, dalle lentezze disarmanti, perfino dalla scortesia e dall'inciviltà, che non sono — sia ben chiaro — fatto individuale, e talora comprensibile, di un impiegato troppo stanco, ma sono troppo spesso lo stile, la divisa ed il costume dell'intera istituzione.

Le masse che accedono alla cultura e che per questo oggi affollano le biblioteche devono trovare una risposta positiva alle loro esigenze, e le biblioteche devono trarre da questa esaltante presenza (peraltro ancora insufficiente e limitata a grandi numeri che sono in realtà piccole élites) un motivo di rin vigorimento, di crescita, non di degradazione e paralisi mortale. So bene che si tratta di un cammino lungo e difficile, ma occorre — perché è già tardi — iniziarlo subito. Tutto il paese ha bisogno urgente di aggiornarsi e di mettersi all'altezza dei nuovi bisogni sociali, delle nuove esigenze civili. So di non osare troppo se aggiungo queste mie deboli parole al coro di coloro che da tempo ormai chiedono che proprio dalle istituzioni culturali, dalla scuola,

dalle biblioteche, dai musei, abbia inizio il cambiamento di cui c'è bisogno.

Le amare considerazioni che chiudono questa premessa sarebbero però troppo generiche se non dicessi che ho trovato collaborazione, serietà, efficienza, starei per dire un reale e positivo spirito di sacrificio, in moltissimi degli operatori delle biblioteche coi quali ho avuto modo di prendere contatto. Ed in particolare sento il gradito dovere di ringraziare, tra gli altri, il Direttore della Biblioteca Estense di Modena, Dott. Gian Albino Ravalli Modoni, la Direzione e tutto il personale della Biblioteca Braidense di Milano, la Direzione della Biblioteca dell'Istituto Gian Giacomo Feltrinelli di Milano, tutto il personale della Biblioteca Mozzi-Borgetti di Macerata ed il suo Direttore Dott. Aldo Adversi. Grazie ad essi questa mia fatica, improba per sua natura e resa spesso ingrata dal modo in cui è stata costretta a svolgersi, ha avuto momenti autenticamente confortanti.

* * *

Dedico questo lavoro alla memoria di Luigi Raggi.

Venti anni fa, quando l'esperienza del *socialismo giuridico* giaceva ancora dimenticata (e non soltanto per la 'disattenzione' degli storici, ma anche per un'elusione calcolata, e tutta ideologica, della cultura giuridica) aveva iniziato ad annotare in un suo quaderno le prime linee di uno studio su di essa ed i primi dati bibliografici.

Nessuno può dire se quello studio avrebbe poi visto effettivamente la luce. Sta però il fatto che un uomo di cultura della statura e del rigore di Luigi Raggi aveva visto fin da allora nel *socialismo giuridico* un terreno speciale di indagine, e nella ricostruzione di quell'esperienza l'occasione per confrontare e verificare più d'uno dei temi di fondo di una nuova cultura giuridica 'alternativa', allora appena intravedibile.

Questa bibliografia, per sua natura strumento 'povero' di ricerche future, è dedicata a lui perchè vuole servire quel suo stesso progetto, raccogliendone interamente lo spirito ed il segno.

M.S.

San Giuseppe i Quattrolmi, luglio 1975.

ABBREVIAZIONI

(Le testate delle riviste sono citate in forma talora non completa dei sottotitoli o di altre indicazioni, per non creare incertezze nel lettore. Si sono infatti indicate le testate nella loro versione tradizionalmente più nota).

AG	<i>Archivio giuridico</i>
<i>Ant. giur.</i>	<i>Antologia giuridica</i>
AP	<i>Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale...</i> In seguito, <i>Archivio di antropologia criminale...</i>
<i>Cass. un.</i>	<i>La cassazione unica</i>
CC	<i>Cuore e critica</i>
CD, 1923	A. POZZOLINI, <i>Commemorazioni e discorsi. 1906-1921</i> , Pisa, Folchetto, 1923.
CG	<i>Circolo giuridico</i>
<i>Cinquantesimo Pessina</i>	<i>Pel cinquantesimo anno di insegnamento di Enrico Pessina</i> , Napoli, A. Trani, 1899 (tre volumi).
<i>Conf. Arg.</i>	E. FERRI, <i>Le conferenze di E. F. nella Repubblica Argentina</i> , raccolte ed annotate da F. Testena, Cordoba-Buenos Aires, Buffarini, 1911.
CS	<i>Critica sociale</i>
<i>DA.Conf.</i>	E. FERRI, <i>I delinquenti nell'arte ed altre conferenze e saggi di scienza ed arte</i> , Torino, UTET, 1926 (2 ^a ediz.).
<i>Difese, 1899</i>	E. FERRI, <i>Difese penali e studi di giurisprudenza</i> , Torino, Bocca, 1899.
<i>Difese, 1923</i>	E. FERRI, <i>Difese penali. Studi di giurisprudenza penale. Arringhe civili</i> , Torino, UTET, 1923 (2 ^a ediz., in due volumi).
<i>Difese, 1925</i>	E. FERRI, <i>Difese penali. Studi di giurisprudenza penale. Arringhe civili</i> , Torino, UTET, 1925 (3 ^a ediz., in tre volumi).
<i>Dig. it.</i>	<i>Digesto italiano</i>
<i>Dir. comm.</i>	<i>Il diritto commerciale</i>
DP	E. GIANTURCO, <i>Discorsi parlamentari</i> pubblicati per deliberazione della Camera dei deputati, Roma, Tip. della Cam. dei dep., 1909.
DS	<i>Il divenire sociale</i>
DVDN, 1902	C. LOMBROSO, <i>Delitti vecchi e delitti nuovi</i> , Torino, Bocca, 1902.
EC	<i>La vita e le opere di Enrico Cimbali nella critica italiana e straniera e nei ricordi di amici e discepoli. Con appendice di scritti vari di lui</i> , Torino, UTET, 1916.
<i>Enc. Pessina</i>	<i>Enciclopedia del diritto penale italiano</i> . Raccolta di monografie a cura di Enrico Pessina, Milano, SEL, 1904-1913.
<i>Fil.</i>	<i>Il Filangieri</i>
<i>Fo. it.</i>	<i>Il foro italiano</i>
GAPM	<i>Giornale per l'abolizione della pena di morte</i>

GdE	<i>Giornale degli economisti [e Rivista di statistica]</i>
Giur. it.	<i>La giurisprudenza italiana</i>
Giur. pen.	<i>Giurisprudenza penale</i>
GP	<i>La giustizia penale</i>
LDD	<i>La lega della democrazia</i>
MA, 1904	C. LOMBROSO, <i>Il momento attuale</i> , Milano, Casa ed. moderna, 1904 (ma la data del frontespizio è 1903. La prefazione è datata 20 luglio 1903).
Mo. pret.	<i>Il monitore dei pretori</i>
Mo. Trib.	<i>Il monitore dei tribunali</i>
NA	<i>Nuova antologia</i>
NSQ	G. P. CHIRONI, <i>Nuovi studi e questioni di diritto civile</i> , Torino, Bocca, 1922.
OG	E. GIANTURCO, <i>Opere giuridiche</i> . Ediz. nazionale, Roma, Libr. dello Stato, 1947 (tre volumi).
Onoranze Carrara	<i>Per le onoranze a Francesco Carrara. Studi giuridici offerti da vari autori</i> , Lucca, Tip. A. Marchi, 1899.
Op. crim.	P. ELLERO, <i>Opuscoli criminali</i> , Bologna, Zanichelli, 1874.
PA, 1890	C. LOMBROSO, <i>Pazzi ed anomali. Saggi</i> , Città di Castello, Lapi, 1890.
QD, 1908	E. CIMBALI, <i>Questioni di diritto</i> , Torino, UTET, 1908 (2ª ediz.).
RCSGS	<i>Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali</i>
RDCarc	<i>Rivista di discipline carcerarie</i>
RDCiv	<i>Rivista di diritto civile</i>
RDComm	<i>Rivista di diritto commerciale</i>
RDPP	<i>Rivista di diritto e procedura penale</i>
RDPSC	<i>Rivista di diritto penale e sociologia criminale</i>
RDPubbl	<i>Rivista di diritto pubblico</i>
Re.Soc.	<i>La revue socialiste</i>
RFS	<i>Rivista di filosofia scientifica</i>
Rif. soc.	<i>La riforma sociale</i>
RIL	<i>Rendiconti dell'Istituto lombardo...</i>
RIS	<i>Rivista italiana di sociologia</i>
RISG	<i>Rivista italiana per le scienze giuridiche</i>
RISocial	<i>Rivista italiana del socialismo</i>
Riv. Inf. Lav.	<i>Rivista di diritto e giurisprudenza... sugli infortuni del lavoro</i>
RP	<i>Rivista penale</i>
RPL	<i>Rivista politica e letteraria</i>
RPol	<i>Rivista di politica e scienze sociali</i> (poi fusa con <i>La rivista popolare. Politica-economica-scientifica-letteraria-artistica</i> nella nuova <i>Rivista popolare di politica lettere e scienze sociali</i>)
RPop	<i>La rivista popolare. Politica-economica-scientifica-letteraria-artistica</i> (poi fusa con la <i>Rivista di politica e scienze sociali</i> nella nuova <i>Rivista popolare di politica lettere e scienze sociali</i>)

- RPopPol*
RPS
RS
RSD
RSFD
RSSP
RUGD
Scr. min., 1875
Scr. pol., 1876
SCSC, 1903

Sc. soc.
SDGC, 1889

SDP
SFSG, 1906

SG, 1920
SG, 1922
Soc
SP
Spe
SQ

St. crim., 1901

St. crim., 1926

Studi Ciccaglione

Studi illustrativi

SV, 1908

SVDP

Trattato Cogliolo

Tr. crim., 1875
VGS
- Rivista popolare di politica lettere e scienze sociali*
Rivista di polizia scientifica
Rivista di sociologia
Rivista scientifica del diritto
Rivista di storia e filosofia del diritto
Rassegna di scienze sociali e politiche
Rivista universale di giurisprudenza e dottrina
P. ELLERO, *Scritti minori*, Bologna, Zanichelli, 1875.
P. ELLERO, *Scritti politici*, Bologna, Zanichelli, 1876.
M. A. VACCARO, *Saggi critici di sociologia e di criminologia*, Torino, Bocca, 1903.
La scienza sociale
E. CIMBALI, *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, Lanciano, Carabba, 1889.
La scienza del diritto privato
I. VANNI, *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, Bologna, Zanichelli, 1906.
A. POZZOLINI, *Scritti giuridici*, I, Pisa, Folchetto, 1920.
A. POZZOLINI, *Scritti giuridici*, II, Pisa, Folchetto, 1922.
Il socialismo
La scuola positiva
Lo Spedaliere
G. P. CHIRONI, *Studi e questioni di diritto civile*, Torino, Bocca, 1914-1915 (quattro volumi).
E. FERRI, *Studi sulla criminalità e altri saggi*, Torino, Bocca, 1901.
E. FERRI, *Studi sulla criminalità*, Torino, UTET, 1926 (2^a ediz.).
Studi storici dedicati ed offerti a Federico Ciccaglione nella ricorrenza del XXV anniversario del suo insegnamento, Catania, Giannotta, 1910 (due volumi).
Studi illustrativi del codice penale italiano, pubblicati sotto la direzione di Luigi Lucchini. *Supplemento alla Rivista penale*, Torino, UTE, 1892 e ss.
E. VIDARI, *Scritti vari...* pubblicati per il 45^o anno del suo insegnamento nella Università di Pavia. I. *Studi giuridici*, II. *Studi sociali*, III. *Studi politici*, Milano, Hoepli, 1908.
P. COGLIOLO, *Scritti vari di diritto privato*. I., Torino, UTET, 1925 (6^a ediz.), II., Torino, UTET, 1917 (2^a ediz.).
Completo trattato teorico e pratico di diritto penale secondo il codice unico del Regno d'Italia, pubblicato da Pietro Cogliolo, Milano, Vallardi, 1888-1890.
P. ELLERO, *Trattati criminali*, Bologna, Zanichelli, 1875.
A. LORIA, *Verso la giustizia sociale (idee, battaglie, apostoli)*, I. *Nel tramonto di un secolo (1880-1904)*, Milano, SEL, 1920 (3^a ediz.). II. *Nell'alba di un secolo (1904-1915)*, Milano, SEL, 1915.

SOCIALISMO GIURIDICO

SCRITTI COEVI SUL S.G.

1881P. ELLERO, *La riforma civile*, Torino, Roux e Favale, 1881, 16.**1883**E. FERRI, *Socialismo e criminalità*, Torino, Bocca, 1883, 53 ss.**1886**G. CIMBALI, *Il diritto della rivoluzione* (1886), in *Ant. giur.*, I, 1886-87, 559-631, 657-680, 720-746, 826-872, 937-959.F. FILOMUSI GUELFI, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*. Prolusione, Roma, 3 novembre 1886. Ora in *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1949, 181-207.F. ENGELS (con K. Kautsky), *Juristen-Sozialismus* (1886), portato a termine da K. Kautsky in *Neue Zeit*, 1887, ed ora in K. Marx, F. Engels, *Werke*, XXI, Berlin, Dietz Verlag, 1962, 491-509.**1888**D. PAOLUCCI, *Il nuovo indirizzo nella scienza giuridica e nel diritto positivo*, Salerno, Migliaccio, 1888.**1889**E. FOURNIÈRE, *Principes et lois du droit social*, in *Re. soc.*, V, 1889, 139-156.**1891**P. PELLEGRINI, *Diritto sociale*, Borgo a Mozzano, Tip. Vannini, 1891.**1892**C. NANI, *Il socialismo nel codice civile*, Torino, 1892.**1893**Ch. BURCKLI, *Législation directe par le peuple*, in *Re. soc.*, IX, 1893, 326-330.A. LORIA, *Socialismo giuridico*, in SDP, I, 1893, 519-527, e poi in VGS, I, 476-482.E. VIDARI, *Sul 'socialismo giuridico' del prof. Loria*, in SDP, I, 1893, 577-582.G. D'AGUANO, *Ancora sul 'socialismo giuridico' del prof. Loria*, in SDP, I, 1893, 641-643.A. REDENTI, *Intorno alle riforme del codice civile*, Palermo, Virzì, 1893.A. VEBER, *Le droit*, in *Re. soc.*, IX, 1893, 513-527.

1894

- G. CIMBALI, *Il diritto civile e il proletariato*, in *Rassegna nazionale*, 1894, e poi in G.C., *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, Roma, Bocca, 1903, 199-231.
- A. GRAZIANI, *Il fondamento economico del diritto*, in *Annali dell'Università di Siena*, IV, 1893, e poi Siena, Lazzeri, 1894.
- A. LORIA, *Le basi economiche del diritto*, in GdE, VIII, 1893, 346-377.
- F. S. MERLINO, *I progressi della scienza giuridica e Herbert Spencer*, in *La société nouvelle*, 1894, ed ora in F.S.M., *Concezione critica del socialismo libertario*, a cura di A. Venturini e P. C. Masini, Firenze, La Nuova Italia, 1957, 203-231.
- M. SIOTTO PINTOR, *La riforma sociale in Italia*, Firenze, Bemporad, 1894.
- A. TORTORI, *Socialismo e diritto privato*, Colle d'Elsa, 1894.
- C. TREVES, *Socialismo e diritto civile*, in CS, IV, 1894, 313-317, e poi in AP, XV, 1894, 530 ss.
- I. VANNI, *La funzione pratica della filosofia del diritto considerata in sé ed in rapporto al socialismo contemporaneo*. Prelezione, 15 gennaio 1894, Bologna, Zanichelli, 1894.

1895

- A. LABRIOLA, *In memoria del manifesto dei comunisti*. Roma, Loescher, 1895. Edizioni recenti: in *Saggi sul materialismo storico*, a cura di V. Gerratana e A. Guerra, Roma, Edit. Riun., 1964, ed in *Scritti filosofici e politici*, a cura di F. Sbarberi, Torino, Einaudi, 1973, II, 469-530.
- F. PERRONE, *A proposito di socialismo giuridico*, in SDP, III, 1895, 146-157.
- A. ROSSI, *Il socialismo nel codice civile*, in *Rassegna nazionale*, 16 gennaio 1895.
- B. ZANI, *La giustizia sociale e il socialismo giuridico*, in *Il pensiero italiano*, V, 1895, 13, 129-157, 267-280, 413-428.

1896

- A. RICHARD, *Le réalisme socialiste et l'idée du droit*, in *Re. soc.*, XII, 1896, 654-675.
- A. VEBER, *La législation ouvrière comparée*, in *Re. soc.*, XII, 1896, 23-50.

1897

- G. ASCOLI, *Il professore socialista. Lettera a Arturo Graf*, in *Il pensiero italiano*, VII, 1897, 21, 129-142.
- V. PARETO, *I professori socialisti. Lettera aperta al senatore Negri*, in *Il secolo*, 18-19 luglio 1897.

1899

- F. MANDUCA, *Le moderne scuole anarchico-socialiste ed il nuovo diritto penale italiano*, in *Cass. un.*, X, 1899, 705-714.

- G. SOREL, *Le idee giuridiche del marxismo*, in RSFD, II, 1899, 145-173, e poi anche in G.S. *Saggi di critica del marxismo*, Palermo, Sandron, 1903, 189-223.
- G. SOREL, *Marxismo e scienza sociale*, in RIS, III, 1899, 69-81.
- N. REICHERSBERG, *Der Sozialismus. Die soziale Frage u. der sog. Rechtssozialismus*, Bern, 1899.
- J. WOLF, *Der Kathedersozialismus u. der soziale Frage*, Berlin, 1899.

1900

- F. E. RESTIVO, *Il socialismo di Stato dal punto di vista della filosofia giuridica*, Palermo, Sandron, 1900.
- G. SOREL, *Les aspects juridiques du socialisme*, in *Re. soc.*, XVI, 1900, 385-415, 558-585.

1901

- K. KAUTSKY, *Akademiker und Proletarier* (1901), in *Neue Zeit*, XIX, 1900-1901, 89 ss.
- R. CALWER, *Die Akademiker in der Sozialdemokratie*, in *Sozialistische Monatshefte*, 1901.

1902

- C. VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nel diritto privato*. Discorso inaugurale, Univ. di Roma, 8 novembre 1902, Roma, Pallotta, 1902. Poi riassunto in CS, XII, 1902, 345 ss., col titolo *La penetrazione del socialismo nel diritto privato*.
- M. IMPERTRO, *Akademiker und Proletarier*, in *Neue Zeit*, XX, 1901-1902, 221 ss.

1904

- A. CRESPI, *Gli orizzonti giuridici del movimento socialista*, in CS, XIV, 1904, 21-25.
- M. LEROY, *Le code civil et le droit nouveau*, Paris, 1904.
- A. MATER, *Le socialisme juridique*, in *Re. soc.*, XX, 1904.
- G. SOLARI, *Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato* (1904). Saggio inedito presente presso l'Istituto Lombardo di Scienze Lettere ed Arti. Fondo Pizzamiglio, 1904.

1905

- A. GRAZIANI, *Un sistema di socialismo giuridico*. Lettura fatta nel Circolo Giuridico di Napoli il 29 gennaio 1905, Napoli, Priore, 1905.
- S. PANUNZIO, *Il socialismo giuridico*, in DS, I, 1905, 287-292, 301-307.
- J. RAE, *Il socialismo contemporaneo*, Firenze, Le Monnier, 1895 (2^a ediz.), 271-302, 566-611.
- P. LOUIS, *Les intellectuels et le socialisme*, in *La vie socialiste*, I, 1905.

1906

- F. COSENTINI, *Socialismo giuridico*, in CS, XVI, 1906, 76-78, 106-108, 119-122, 136-138.

- J. HITIER, *La dernière évolution doctrinale du socialisme: le socialisme juridique*, Paris, 1906.
 S. PANUNZIO, *Critique du 'socialisme juridique'*, in *Le mouvement socialiste*, 1906.
 S. PANUNZIO, *Il socialismo giuridico*, Genova, Libreria moderna, 1906.

1907

- I. BONOMI, *Le vie nuove del socialismo*, Palermo, Sandron, 1907.
 E. BRUNI, *Socialismo e diritto privato*, Palermo, Sandron, 1907.
 A. RAVÀ, *Il socialismo di Fichte e le sue basi filosofico-giuridiche*, Palermo, 1907.
 G. SOREL, *Le prétendu socialisme juridique*, in *Le mouvement socialiste*, 1907.

1908

- E. BERTH, *Rivoluzione sociale o evoluzione giuridica?*, in DS, IV, 1908, 209-213, 231-233.
 F. COSENTINI, *Le socialisme juridique et le droit naturel*, in *Le progrès*, 1908.
 F. WEISS, *Lo Stato e la legislazione sociale*, in DS, IV, 1908, 285-288, 332-335.

1910

- A. DE PIETRI TONELLI, *Per l'esatta valutazione del socialismo giuridico*, in DS, VI, 1910, 71-72.
 F. COSENTINI, *Il socialismo giuridico*, in *Studi Ciccaglione*, 157-280, e poi autonomamente e con nota bibliografica aggiunta, Catania, Giannotta, 1910.
 B. DONATI, *Il socialismo giuridico e la riforma del diritto*, Torino, Bocca, 1910.

1911

- F. COSENTINI, *La riforma della legislazione civile*, Modena, 1911.
 B. DONATI, *Il socialismo giuridico e la riforma del diritto*, in RIS, XV, 1911, 719-734.
 S. PEROZZI, *Socialismo giuridico*, in *Scientia*, V, 1911, e poi in S.P., *Critica politica*, Bologna, Zanichelli, 1922, 37-82.

1913

- P. GENTILE, *Per una concezione etico-giuridica del socialismo secondo i principi dell'idealismo critico*, Bologna, Zanichelli, 1913.

1914

- L. LUZZATTI, *I primi saggi della legislazione etico-sociale in Italia*, in NA, 1914, 3-13.

AUTORI PRINCIPALI (BIBLIOGRAFIA ANALITICA)

Alfredo Angiolini**1893**

La giuria a proposito di recenti verdeti, in SP, III, 1893, 1024-1028.

1894

Aggravanti e qualifiche nel furto, in SP, IV, 1894, 740-745.

La falsa confessione, in SP, IV, 1894, 959-967.

1895

Ancora le aggravanti e qualifiche del furto, in SP, V, 1895, 145-152.

Recensione a I. Scarabelli, Il socialismo e la lotta di classe, in RS, II, 1895, 77-79.

Recensione a H. George e E. Masè-Dari, Problemi sociali, in RS, II, 1895, 788-790.

1896

La complicità è sempre un'aggravante?, in SP, VI, 1896, 278-284.

1897

L'aggravante dell'arma e la psicologia criminale, in SP, VII, 1897, 222-231.

Il tentativo ne' delitti colposi, in SP, VII, 1897, 599-609.

1898

La nuova scuola penale e i diritti individuali, in RPopPol, IV, 1898, 93-95.

1899

Colpa, risarcimento e pena, in SP, IX, 1899, 449-465.

Les elections communales en Italie [con A. Drapè], in Re. Soc., XV, 1899, 216-221.

1900

Dei delitti colposi. Studio sociologico-giuridico, Torino, Bocca, 1900.

Socialismo e socialisti in Italia, Firenze, Nerbini, 1900.

I socialisti a congresso. Resoconto, appunti, ricordi, impressioni, Firenze, Nerbini, 1900.

Relazione sulla stampa. Congresso naz. del PSI, Roma, 8-10 settembre 1900, Modena, Tip. degli Operai, 1900.

1901

Dei delitti colposi. Studio sociologico-giuridico, Torino, Bocca, 1902 (2^a ediz.).

1902

Il giurì e la riforma della procedura penale. Osservazioni e critiche alla relazione Pessina, in SP, XII, 1902, 193-220.

La « reformatio in peius » delle sentenze penali, in SP, XII, 1902, 385-394.
Sul cpv dell'art. 356 c.p. (Nota di giurisprudenza), in RDPSC, III, 1902, 172-182.

Se nel periodo del carcere preventivo ingiustamente sofferto da persona sottoposta alla vigilanza speciale rimanga sospeso il corso della vigilanza, in Cass. un., XIII, 1902, 811 ss.

1903

Cinquant'anni di socialismo in Italia. Storia completa e documentata dal martirio di Carlo Pisacane (1856) al Congresso di Imola, Firenze, Nerbini, 1903 (2ª ediz.).

1904

Il collettivismo spiegato, Roma, Mongini e Firenze, Nerbini, 1904.

Agostino Berenini**1884**

Alcune considerazioni sulla responsabilità giuridica dei duellanti, in AP, V, 1884, 230 ss.

1886

Offese e difese. Appunti di diritto criminale, I, Parma, Battei, 1886.

1888

Il duello nel progetto Zanardelli, presentato alla Camera nella seduta del 22 novembre 1887, in appendice a C. Lombroso, *Troppo presto*, Torino, Bocca, 1888, 71-73, e poi, con il titolo *Sul duello*, in AA. VV., *Appunti al nuovo codice penale*, Torino², Bocca, 1889, 71-73.
 Infine in AP, IX, 1888, 175 ss.

Azione ed istruzione penale: Organi e funzioni. Saggio critico, Parma, Battei, 1888.

Limiti della prova in criminale. Brevi considerazioni con particolare riferimento all'art. 848 del codice di procedura penale, Parma, Battei, 1888.

Teoria delle pene, in *Trattato Cogliolo*, I, 2, 1888, 89-342.

Degli effetti e della esecuzione delle condanne penale, in *Trattato Cogliolo*, I, 2, 1888, 343-404.

Dell'ubriachezza, considerata sotto il triplice aspetto di contravvenzione, causa diminuyente e causa dirimente la responsabilità penale, Parma, Battei, 1888.

1889

Teoria delle pene, Milano, Vallardi, 1889 (2ª ediz.).

1890

Interruzione della prescrizione in tema di reato di stampa, in *Temi Veneta*, XV, 1890, 61 ss.

1891

Se l'abitudine e il fine di lucro sieno circostanze costitutive o aggravanti del reato di lenocinio, in *Temi Veneta*, XVI, 1891, 301 ss.

1892

Pregiudizi correnti, in CS, II, 1892, 318-319.

Democrazia sociale. Nomi e cose, in CS, II, 1892, 331-332.

1894

La lotta di classe e la legge del domicilio coatto. Discorso alla Camera dei deputati, Milano, Ufficio della lotta di classe, 1894.

1895

Saggio di una teoria sul momento consumativo del reato, Parma, Battei, 1895.

Sunti dalle lezioni di diritto penale (Univ. di Parma, anno acc. 1894-1895), Parma Zafferri, 1895.

Sunti dalle lezioni di procedura penale (Univ. di Parma, anno acc. 1893-94), Parma, Zafferri, 1895.

1896

Il momento consumativo del reato, in SP, VI, 1896, 1- .

Procedura penale. lezioni dettate nella R. Univ. di Parma, anno acc. 1895-96, Parma, Zafferri, 1896.

I socialisti e la reazione borghese. Discorso alla Camera dei deputati, Roma, Tip. Operaia, 1896.

1897

Lezioni di diritto penale. Univ. di Parma, anno acc. 1896-97, Parma, Zafferri, 1896-97.

1899

La subiettività del reato (note di studio), in *Cinquantesimo Pessina*, II, 1899, 147-166.

1900

Dell'unità organica del diritto e della procedura penale, in SP, X, 1900, 705-729.

Lezioni di procedura penale. Univ. di Parma, anno acc. 1899-90, Parma, Bartoli, 1900.

Agli elettori politici del collegio di Borgo San Donnino, Parma, Pellegrini, 1900.

1902

Lezioni di procedura penale, Parma, Bartoli, 1902.

Il divorzio dinanzi alla Camera (con una risposta di Mons. Achille Ruffoni), Milano, Bacchini, 1902).

1904

Lezioni di diritto penale per l'anno acc. 1904-1905. Univ. di Parma, Parma, Bartoli, 1904.

1906

Sunto dalle lezioni di procedura penale. Univ. di Parma, anno acc. 1905-906, Parma, Bartoli, 1906.

Arringa in difesa di Linda Murri, in *Perchè Linda Murri è innocente. Arringhe pronunciate avanti la Corte d'Assise di Torino*, Torino, 1906.

1907

Lezioni di diritto penale. Appunti per l'anno acc. 1906-907. Univ. di Parma, Parma, Bartoli, 1907.

Alberto Borciani

1875

Sull'abolizione del giuramento delle parti nei giudizi civili (dissertazione di laurea), Reggio Emilia, 1875.

1878

Della subornazione di testimoni, in *Rivista legale parmense-modenese*, II, 1878, nn. 14-15, e poi Parma-Modena, 1878.

1887

Dei reati di ribellione e violenza pubblica. Studio di dottrina e giurisprudenza Penale, Torino, UTE, 1887.

1888

Dei delitti contro lo Stato, in *Trattato Cogliolo*, II, 1, 1888, 3-236.

1890

Miseria e delitto, Reggio Emilia, 1890.

1891

Memoria dopo l'udienza nella causa civile Ferrari-Dallari (azione di sfratto e « ius retentionis »), Reggio Emilia, Tip. della « Sinistra », 1891.

1892

L'articolo 390 del codice penale, Reggio Emilia, Tip. Sociale, 1892.
Per un maestro elementare imputato di abuso di mezzi di correzione, Reggio Emilia, Tip. Gasparini, 1892.

1893

La scuola di diritto penale. Prolusione, 1893, Reggio nell'Emilia, Tip. Sociale, 1893.

Un caso di coscienza a proposito dell'infanticidio, in SP, III, 1893, 136-137.

1894

Prolusione, Modena, 1894 (riassunto), in SP, IV, 1894, 1083- .

Abuso dei mezzi di correzione, in *Studi illustrativi*, II, 1893, 94, 201-205.

1895

I giudici. Prolusione al corso di procedura penale nell'Università di Modena, Reggio Emilia, Caselli, 1895.

Controricorso in Cassazione per il deputato Prampolini (art. 45 dello Statuto) [insieme a L. Majno e B. Ferrari], Reggio Emilia, 1895.

1902

Sulla municipalizzazione dei pubblici servizi. Discorso pronunciato alla Camera dei deputati il 28 novembre 1902, Roma, Tip. della Cam. dei dep., 1902.

1924

Le offese all'onore. Studio giuridico riassuntivo sui reati di ingiuria e diffamazione nel diritto italiano, Torino, UTET, 1924.

1927

Le offese all'onore. Studio giuridico riassuntivo sui reati di ingiuria e diffamazione nel diritto italiano, Torino, UTET, 1927 (ediz. riveduta e aumentata con l'aggiunta di un breve scritto sul duello).

Biagio Brugi**1880**

Il moderno positivismo e la filosofia dei giureconsulti romani, Urbino, Tip. Righi, 1880.

1883

I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea, in CG, XIV, 1883, 151-167.

Recensione a G. Vadalà Papale, La sociologia, la filosofia della storia, la filosofia del diritto, in RCSGS, I, 1883, 162-164.

Recensione a G. Vadalà Papale, Darwinismo naturale e darwinismo sociale, in AG, XXXI, 1883, 339-341.

1884

Alcune osservazioni sul concetto di persona giuridica suggerite dalla storia del diritto romano e del diritto antico, in CG, XV, 1884, e poi Palermo, Virzi, 1884.

Recensione a C. Prestandrea, Commento teorico-pratico sulla nuova legge elettorale politica, in RCSGS, II, 1884, 173-174.

1885

Recensione a E. Cimbali, La nuova fase del diritto civile..., in AG, XXXIV, 1885, 188-192.

1886

Le cause intrinseche della universalità del diritto romano. Prolusione al corso di Istituz. di dir. rom. nell'Univ. di Padova, in CG, XVII, 1886, 3-22.

Recensione a I. Vanni, I giuristi della scuola storica in Germania ..., in AG, XXXVI, 1886, 389-391.

1887

L'ambitus e il paries communis nella storia e nel sistema del diritto romano, in RISG, IV, 1887, 161-212, 363-407.

Su l'abuso e i difetti della bibliografia (1887), in *Ant. giur.*, II, 1887-1888, 26-32.

1889

Studi sulla dottrina romana della proprietà, in AG, XLII, 1889, 287-338.

1891

Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali, Firenze, Barbera, 1891.

La riforma della nostra legislazione civile, in *Antologia giuridica*, III, 1891, 181-208.

1892

Le cause economiche delle riforme della costituzione ateniese secondo Aristotele, in *Studi giuridici per il 35° anno di insegnamento di Filippo Serafini*, Firenze, 1892.

1893

I romanisti e le riforme del diritto civile, in SDP, I, 1893, 86-92.

Una saggia proposta dell'on. Rava a proposito della legge sulle cooperative, in SDP, I, 1893, 695-697.

1894

La guerra al diritto romano, in SDP, III, 1894, 449-462.

Gli studenti tedeschi e la Santa Inquisizione a Padova nella seconda metà del sec. XVI, Venezia, Ferrari, 1894.

Recensione a A. Sraffa, La lotta commerciale, in RISG, XVII, 1894, 412-414.

1898

L'opera di Roberto Ardigò nella filosofia del diritto, Venezia, Ferrari, 1898.

Evoluzione o formazione naturale del diritto?, in RIS, II, 1898, 321-324.
Disegno del corso di istituzioni di diritto civile, Verona-Padova, Drucker, 1898.

Della psicologia come sussidio alla ricerca storica nel diritto, in *Atti e memorie della R. Acc. di scienze, lettere ed arti di Padova*, XIV, 1898, e poi Padova, Tip. Randi, 1898.

Recensione a E. Bensa, Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche e d'Istituzioni di diritto civile, in RISG, XXVI, 1898, 74-76.

1899

Una pagina di Francesco Forti e l'opera di Francesco Carrara, in *Onoranze Carrara*, 1899, 277 ss.

1900

Recenti studi su antichi maestri di diritto, Padova, Randi, 1900.

Di alcuni caratteri psicologici della proprietà fondiaria romana nel suolo diviso dallo Stato o appartenente ad esso, in RIS, IV, 1900, 35-42.

1901

Il periodo del diritto naturale in Germania. Nota, in RISG, XXXII, 1901, 404-422.

Logica di leggi e logica di scienza, in RIS, V, 1901, 164-170.

1902

Due altre parole sul divorzio: lettera al Prof. Vittorio Polacco, Verona-Padova, Drucker, 1902.

I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea, in RIS, VI, 1902, 228-234.

1903

La giurisprudenza e le scienze sociali, in RIS, VII, 1903, 47-53.

Recensione a V. Lilla, Manuale di filosofia del diritto, in RISG, XXXV, 1903, 405-408.

1905

Arringa in difesa del dott. Carlo Secchi dinanzi alla Corte d'assise di Torino, 26 e 27 luglio 1905. Appunti stenografici, Torino, UTET, 1905.

Istituzioni di diritto civile italiano, Milano, SEL, 1905.

Giurisprudenza e sociologia, in RIS, IX, 1905, 298-307.

1906

Recensione a C. Vivante, Trattato di diritto commerciale, voll. III e IV, in RISG, XLII, 1906, 106-111.

Il diritto greco classico e la sociologia, in RIS, X, 1906, 33-42.

1907

Istituzioni di diritto civile italiano, Milano, SEL, 1907 (2^a ediz.).

Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza, Milano, SEL, 1907 (4^a ediz.).

1908

Eguaglianza di diritto e disuguaglianza di fatto, in RIS, XII, 1908, 49-55.

1909

Scienze giuridiche e scienze sociali, in RIS, XIII, 1909, 305-312.

1910

Di un fondamento filosofico della c.d. integrazione storica delle leggi, in *Studi Ciccaglione*, II, 1910.

1911

La concezione sociologica del progresso. Scritti, Torino, 1911.

Realtà sociale e metafisica politica, in RIS, XV, 1911, 169-177.

Il diritto nella concezione sociologica del progresso, in RIS, XV, 1911, 630-634.

1914

Società e Stato, in RIS, XVIII, 1914, 353-362.

Interpretazione autentica e riforma del codice civile, Roma, Acc. dei Lincei, 1914.

1915

Ammonimenti sociali della grande guerra, in RIS, XIX, 1915, 173-182.

Camillo Cavagnari**1884**

I reati di udienza, Cremona, Tip. degli Interessi Cremonesi, 1884.

1885

Della polizia delle udienze, Cremona, Tip. degli Interessi Cremonesi, 1885.

1886

I pretori e le riforme giudiziarie, Cremona, Tip. degli Interessi Cremonesi, 1886.

1887

Note sulla tutela dei minori e sul modo di funzionare dei consigli di famiglia, in *Mo. trib.*, XXVIII, 1887, 661-672.

1888

Appunti sul libro I del progetto Zanardelli del nuovo Codice penale, Savona, Ribalta, 1888.

Sul libro I del progetto di codice penale italiano, Savona, Ricci, 1888.

La scuola criminale positiva e il nuovo codice penale, in CC, II, 1888, 65, 89, 125, 136.

Politica e giustizia, in CC, II, 1888, 235 ss.

Recensioni a L. Gatti, *Rapsodie teorico-pratiche sui consigli di famiglia e di tutela* (p. 564); a F. Bianchi, *I contratti conchiusi per telefono* (pp. 659-660); a G. Mirabelli, *Dell'anticresi* (p. 680); a A. Rinaldi, *Dell'errore di indicazione nei contratti sopra stabili* (p. 720); a L. Majno, *Le questioni subalterne nei giudizi di assise* (pp. 759-760); a I. Luzzatti, *Dei privilegi agrari secondo la legge 23 gennaio 1887 e successive sul credito agrario* (pp. 939-940)., in *Mo. trib.*, XXIX, 1888.

Rassegna giuridica: legislazione sociale, in *Il pensiero italiano*, VIII, 1888 (fasc. 33).

1889

Sulle circostanze attenuanti, commisurazione delle pene, minorenni, recidiva, complicità, in AA.VV., *Appunti al nuovo codice penale*, Torino², Bocca, 1889, 387-396.

Politica e giustizia, pregiudizi classici, in CC, III, 1889, 4 ss.

1890

I progressi della nuova scuola criminale antropologica, in CC, IV, 1900, 218, 221.

Sull'art. 12 del codice di procedura penale modificato dal R.D. 1 dicembre 1889, in *Mo. Trib.*, XXXI, 1890, 226-

Sull'art. 206 del codice di procedura penale modificato dal R.D. 1 dicembre 1889, in *Mo. Trib.*, XXXI, 1890, 314-317.

La magistratura nelle elezioni [firmato Y., ma di C. Cavagnari], in *Mo. Trib.*, XXXI, 1890, 617-620.

Giudici civili e giudici criminali, in *L'anomalo*, II, 1890, 289 ss.

Recensione a N. Colajanni, *La sociologia criminale*, in AG, XLIV, 1890, 426-436.

Recensioni a O. W. Holmes, *Il diritto comune anglo-americano* (pp. 57-60); a G. P. Chironi, *Questioni di diritto civile* (pp. 595-596); A. G. Salvioi, *Manuale di storia del diritto italiano* (p. 664); a. G. D'Aguanno, *Genesi ed evoluzione del diritto civile* (pp. 879-880); a G. De Mattos, *La pazzia* (p. 792), in *Mo. Trib.*, XXXI, 1890.

1891

I nuovi orizzonti del diritto civile in rapporto colle istituzioni pupillari, Milano, Dumolard, 1891.

Il codice civile e la questione sociale, in appendice a *Nuovi orizzonti del diritto civile*, 421-451.

La quistione operaia a Milano, in SP, I, 1891, 132-135.

Il processo Partini, in SP, I, 1891, 282-284.

L'infanzia abbandonata e la delinquenza precoce a Milano, in SP, I, 1891, 376-379.

Fra i sostitutivi penali dell'ordine sociale, in *L'anomalo*, III, 1891, 10-12.

La funzione sociale della giurisprudenza nella criminalità, in *L'anomalo*, III, 1891, 65-67.

Ancora sulla funzione sociale della giurisprudenza nella criminalità, in *L'anomalo*, III, 1891, 175-179.

La repressione dell'usura dal punto di vista sociale, in *Il giurista*, I, 1891, 97 ss.

Per l'istituto di riforme legislative, in *Il giurista*, I, 1891.

Interpretazione del concetto dell'infermità di mente nella giurisprudenza italiana, in *Il giurista*, I, 1891, 209 ss.

Recensioni a L. Mortara, Principi di procedura civile (p. 72) e *Istituzioni di ordinamento giudiziario* (pp. 91-92), in *Mo. Trib.*, XXXII, 1891.

1892

L'educazione nel diritto italiano, Milano, SEL, 1892.

1893

Le sentenze per non provata reità possono essere appellate dall'imputato?, in *Mo. Pret.*, XIX, 1893, 281 ss.

Leggi civili speciali, in SDP, I, 1893, 93-116, 229-235, 275-283.

Il diritto ferroviario, in SDP, I, 1893, 475-481.

La pubblicità dei dibattimenti e l'educazione del carattere, in SP, III, 1893, 216-224.

Ancora sulla pubblicità dei dibattimenti e l'educazione del carattere, in SP, III, 1893, 507-512.

I progetti di legislazione sociale, in *Il pensiero italiano*, III, 1893, vol. 9, 67-85.

Rassegna giuridica, in *Il pensiero italiano*, III, 1893, vol. 7, 346-353.

1894

Del reato di lenocinio, Parma, Grazioli, 1894.

L'emancipazione: concetti generali, in SDP, II, 1894, 88-89.

Educazione pubblica e privata, in SDP, II, 1894, 144-156.

Recensione a A. Zerboglio, Della prescrizione penale, in *Il pensiero italiano*, IV, 1894, vol. II, 201.

1895

Emancipazione, Milano, Vallardi, 1905.

La responsabilità civile nella giurisprudenza, in SP, V, 1895, 345-360.

Le basi psicologiche del diritto pubblico, in SDP, III, 1895, 36-49.

Recensione a G. D'Aguanno, La génesis y la evolucion del derecho civil, in *Mo. Trib.*, XXXVI, 1895, 280.

Recensione a E. Ferri, *L'omicidio nell'antropologia criminale*, in *Mo. Trib.*, XXXVI, 1895, 418-420.

1896

Del passaggio in giudicato delle sentenze penali contumaciali, in *SP*, VI, 1896, 493-501.

Recensione a A. Tortori, *Sociologia e diritto commerciale*, in *Mo. Trib.*, XXXVII, 1896, 118-120.

La responsabilità civile nella giurisprudenza, Firenze, Tip. cooperativa, 1896.

1897

Riforme all'istituto della tutela e della patria potestà specialmente nello interesse dei minorenni poveri, in *IV° Congresso giuridico nazionale*, II., *Relazioni della sezione di diritto civile*, Napoli, Tip. Tocco, 1897, 235-308.

Il diritto marittimo e il contratto di lavoro, in *Il pensiero italiano*, VII, 1897, 20, 35-47.

La donna nel codice civile, in *Il pensiero italiano*, VII, 1897, 20, 246-252.

1898

Avvocati e procuratori, Milano, Vallardi, 1898.

Recensione a L. Majno, *Commento al codice penale italiano*, in *Mo. Trib.*, XXXIX, 1898, 997-998.

1900

Le controversie del lavoro. Note di giurisprudenza, Milano, SEL, 1900.

Recensione a R. Fubini, *Delle locazioni immobiliari*, in *Mo. Trib.*, XLI 1900, 819-820.

1901

Contratti agrari e contratti di lavoro (Lavori della Commissione...), Roma, Stamperia Reale, 1901.

Psicologia dello Stato, Padova, Soc. cooper. tipografica, 1901.

Delinquenza precoce nell'arte (Conferenza), RDPSC, II, 1901, 414-425.

La sociologia, in *Mo. Trib.*, XLII, 1901, 581-584 e poi Milano, SEL, 1901.

La funzione sociale della ragioneria (Conferenza), Cremona, Mandelli, 1901.

Per la riforma della procedura penale, in *Fil.*, XXVI, 1901, 1-3, 98-112, 179-194, 255-266.

Il diritto marittimo e il contratto di lavoro, Torino, UTET, 1901.

1902

Studi sul contratto di lavoro col testo del progetto di legge sul contratto di lavoro presentato alla Camera dei deputati, Roma, Soc. ed. D. Alighieri, 1902.

La funzione sociale delle professioni (Conferenza), Milano, Pirola, 1902.
Rassegna di periodici giuridici, in *Il pensiero italiano*, IV, 1904, vol. 10, 220-222.

1903

La riforma dell'ordinamento giudiziario avanti al Parlamento, in *Mo. Trib.*, XLIV, 1903, 141-147, 161-169.
L'arbitrato negli scioperi dei servizi pubblici secondo il progetto di legge sul contratto di lavoro, in *Problemi del lavoro*, II, 1903, 1-6.

Gian Pietro Chironi

1882

Il diritto civile nella sua ultima evoluzione. Prolusione al corso di Diritto civile nella R. Univ. di Siena, 17 gennaio 1882, Siena, Lazzeri, 1882, e poi SQ, I, 32-48.
Studio intorno al sequestro giudiziario, in AG, XXIX, 1882, 389-400.
Dell'assicurazione sulla vita, in AG, XXVIII, 1882, 487-502; XXXI, 1883, 305-332; e poi SQ, III, 323-365.
Il darwinismo nel diritto, Siena, Lazzeri, 1882.

1883

Il riordinamento universitario. Discorso inaugurale, Univ. di Siena, 5 novembre 1883, in *Annuario della R. Università di Siena*, 1883-1884, 5-29, e poi Siena, Lazzeri, 1884.

1884

La colpa nel diritto civile odierno. I. *Colpa contrattuale*, Torino, Bocca, 1884.
La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali, in *Studi Senesi*, I, 1884, 5-35, e poi SQ, II, 304-333.
Della responsabilità dei padroni e della garanzia contro gli infortuni del lavoro, in *Studi Senesi*, I, 1884, 127-155, 231-305.
Della non retroattività delle leggi in materia civile. *Studi critici e dottrinali*, Siena, Torrini, 1884, e poi SQ, I, 109-154.

1885

Sulla validità dei doni manuali, in *Studi Senesi*, II, 1885, 3-79, e poi SQ, III, 179-247.
Sociologia e diritto civile. Prolusione al corso di Diritto civile nella R. Università di Torino, 25 novembre 1885, Torino, Bocca, 1886.

1886

La colpa nel diritto civile odierno. II. *Colpa extra-contrattuale (aquiliana)*, vol. I, Torino, Bocca, 1886.
Recensione a G. Carle, *Prolusione al corso di Storia del diritto romano*, in RISG, I, 1886, 445-446.

Recensione a V. Polacco, *La funzione sociale dell'odierna legislazione civile ed Una questione in materia di subingresso legale*, in RISG, II, 1886, 472-473 e 473-474.

Recensione a E. Vidari, *La cosiddetta inversione della prova a proposito del progetto di legge intorno alla responsabilità dei padroni*, in RISG, II, 1886, 315-318.

1887

La colpa nel diritto civile odierno. II. Colpa extra-contrattuale (aquiliana), vol. II, Torino, Bocca, 1887.

Sulla capacità ad essere testimone in un testamento (nota a sentenza), in *Fo.It.*, XII, 1887, parte 1^a, 1259-1261.

1888

Istituzioni di diritto civile italiano, vol. I, Torino, Bocca, 1888.

Dell'obbligo dell'erede apparente alla restituzione dei frutti. Concetto della buona fede (nota a sentenza), in *Fo.It.*, XIII, 1888, parte 1^a, 168-170.

Se il patrocinatore della parte ammessa al gratuito patrocinio possa agire contro il suo cliente riuscito vittorioso per il pagamento degli onorari, (nota a sentenza), in *Fo.It.*, XIII, 1888, parte 1^a, 185-187.

1889

Istituzioni di diritto civile italiano, vol. II, Torino, Bocca, 1889.

Sulla dazione in pagamento. A proposito di un libro recente, in *Mo. Trib.*, XXIX, 1889, 237-240.

Del carattere degli edifizii destinati al culto (nota a sentenza), in *Fo.It.*, XIV, 1889, parte 1^a 580-588, e poi in SQ, I, 424-441.

Recensione a G. Carle, *Le origini del diritto romano*, in *Rivista storica italiana*, VI, 1889, 519-524.

1890

Questioni di diritto civile. Studi critici di giurisprudenza civile italiana, Torino, Bocca, 1890.

La teoria della responsabilità degli amministratori della società anonima, Torino, Roux, 1890.

Introduzione a G. D'Aguanno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile* ..., Torino, Bocca, 1890.

1891

Se e sotto quali condizioni sia da ammettersi l'istituto del divorzio, Relazione al Congresso giuridico nazionale, Firenze, 1891, in *Fil.*, XVI, 1891, parte 1^a, 577-617, e poi Firenze, Niccolai, 1891, infine in SQ, IV, 3-48.

1892

Il titolo al portatore nella recente giurisprudenza italiana, in *Giur. it.*, XLIV, 1892, parte 4^a, 129-152, e poi in SQ, II, 227-258.

Sull'entità dei consorzi di bonifica ed irrigazione (nota e sentenza), in *Fo. It.*, XVII, 1892, parte 1^a, 581-587, e poi in SQ, II, 116-128.

1894

Se il privilegio fiscale spetti ai Comuni per l'esazione di capitali, Sassari, 1894.

L'opera musicale e la legge sui diritti d'autore, in *Rivista musicale italiana*, I, 1894, 275-296, poi Torino, Bocca, 1894, ed infine, in SQ, I, 377-398.

Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno. I. *Parte generale*, Torino, Bocca, 1894.

1895

Della responsabilità degli amministratori delle Casse di risparmio. II *Contributo*, Sassari, 1895.

1896

Il Parsifal e il Barbiere di Siviglia nel movimento legislativo sul « diritto d'autore », in *Rivista musicale italiana*, III, 1896, 514-525.

Dell'ammissibilità e del contenuto dell'actio de in rem verso nel diritto civile odierno, in *Fo. It.*, XXI, 1896, parte 1^a, 82-93, e poi in SQ, II, 348-363.

1897

La colpa nel diritto civile italiano. I. *Colpa contrattuale*, Torino, Bocca, 1897 (2^a ediz. interamente rifatta).

Sulla mutazione in appello della qualità nella persona del convenuto e nel titolo dell'obbligazione (nota a sentenza), in *Giur. It.*, XLIX, 1897, parte 1^a, 939-942, e poi in SQ, II, 279-283,

Se il fatto materiale della continuazione dei pagamenti con mezzi attinti al credito serva a provare lo stato di cessazione dei medesimi..., (nota a sentenza), in *Giur. It.*, XLIX, 1897, parte 1^a, 945-948, e poi in SQ, III, 3-6.

Il diritto di palco. Della ragione sua nei rapporti tra i vari titolari cui spetti, ed il proprietario o comproprietario del teatro: e del concorso specialmente detto « dote teatrale », in *Rivista musicale italiana*, IV, 1897, 525-527, 672-688, e poi in SQ, II, 59-78.

Del pegno e del sequestro dei titoli nominativi del debito pubblico, Pesaro, 1897.

1898

L'individualismo e la funzione sociale del diritto. Discorso per l'apertura degli studi nell'Univ. di Torino, 17 novembre 1898, in *Annuario della R. Università di Torino*, 1898-99, 11,30, poi Torino, Paravia, 1898 ed in SQ, I, 21-31.

1900

Dell'estimazione dei danni per colpa contrattuale in confronto ai danni per colpa aquiliana, Venezia, 1900, e poi in SQ, III, 20-33.

1901

Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno. II. Parte speciale, Torino, Bocca, 1901.

La personalità giuridica delle associazioni, in *La legge*, XLI, 1901, 176-180, e poi in SQ, I, 203-216.

1902

Del matrimonio celebrato all'estero fra cittadini italiani davanti agli agenti diplomatici o consolari, in *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, XXXVII, 1901-1902, 522-529; poi in *La legge*, XLIII, 1903, 778-782, ed infine in SQ, III, 382-389.

Del movimento per il divorzio in Italia (1902), in *Memorie della R. Accademia delle scienze di Torino*, 2^a serie, LII, 1902, 1-32, e poi in SQ, IV, 3-48.

Degli studi di diritto commerciale in Italia. A proposito della pubblicazione del prof. Manara intorno alle « società commerciali », in *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, XXXVII, 1901-1902, 562-564.

1903

La colpa nel diritto civile odierno. II. Colpa extra-contrattuale, vol. I, Torino, Bocca, 1903 (2^a ediz. completamente rifatta).

Della concorrenza sleale in rapporto all'uso del nome di un prodotto naturale (nota a sentenza), in *Giur. It.*, LV, 1903, parte 1^a, 633-644, e poi in SQ, I, 344-354.

Di una petizione intorno al divorzio presentata dalla Camera francese, in *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, XXXVIII, 1902-1903, 33-40, e poi in SQ, IV, 49-55.

Prefazione a M. Sarfatti, Il torto nel diritto e nella giurisprudenza inglese, Milano, 1903.

1904

Le Code civil et son influence en Italie, in *Le Code civil (1804-1904). Livre du centenaire*, Paris, Rousseau, 1904, II, 763-777, e poi in SQ, I, 49-66.

A proposito della conversione quale mezzo sanatorio dell'invalidità dei negozi giuridici, in *La legge*, XLIV, 1904, e poi Roma, tip. Laziale, 1904.

Trattato di diritto civile italiano. I. Parte generale (sola pubblicata), Torino, Bocca, 1904.

1905

La responsabilità o la garanzia nella formazione del negozio contrattuale, in *Studi in onore di Vittorio Scialoja*, Milano, Hoepli, 1905, II, 493-501, e poi in SQ, I, 283-288.

1906

La colpa nel diritto civile italiano. II. Colpa extra-contrattuale, vol. II, Torino, Bocca, 1906 (2^a ediz. interamente rifatta).

A proposito del legato di cosa propria dell'erede o del legatario, in *Studi senesi in onore di Luigi Mariani*, Torino, Bocca, 1906, II, 279-288, e poi in SQ, IV, 318-324.

Di alcune riforme sociali nella legislazione e nell'antico diritto sardo, in *Scritti giuridici in onore di Carlo Fadda per XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, Pierro, 1906, II, 191-202, e poi in SQ, I, 67-74.

1907

Se in mancanza di esplicito patto esista nell'autore il diritto d'apporre la propria firma in ciascuno degli esemplari componente l'edizione (nota a sentenza), in *La legge*, XLVII, 1907, 146-150, e poi in SQ, I, 399-403.

Natura e limiti del divieto fatto dall'art. 127 cod. comm. ai promotori di società per azioni di riservarsi alcun particolare premio o beneficio (nota a sentenza), in *Fo. It.*, XXXII, 1907, parte 1^a, 1520-1523, e poi in SQ, III, 296-302.

Se la disposizione dell'art. 71 cod. comm. consenta una facoltà o imponga un obbligo (nota a sentenza), in *RDComm*, V, 1907, parte 2^a, 316-321, e poi in SQ, III, 172-178.

La revision des codes italiens de droit privé, in *Bulletin de la société d'études législatives*, VI, 1907, 146-150.

La formazione del Codice civile italiano e i lavori di Oreste Regnoli (1907), in *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, XLIII, 1907-1908, 124-130 e poi in SQ, I, 83-89.

L'opera di E. Pacifici Mazzoni e lo studio del diritto civile in Italia, in *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, XLII, 1906-1907, 439-444, poi in *La legge*, XLVII, 1907, 1138-1142, ed infine in SQ, I, 77-82.

Il diritto al nome. A proposito di una pubblicazione di N. Stolfi, in *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, XLII, 1906-1907, 801-802.

Il diritto commerciale e gli studi del prof. Cesare Vivante, in *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, XLII, 1906-1907, 1195-1201, e poi in SQ, I, 90-95.

1908

La rivendicazione dei titoli al portatore, in *RDComm*, VI, 1908, 1-9, e poi in SQ, I, 527-538.

Dolo civile e responsabilità civile del terzo (1908), in SQ, I, 295-304.

Del « nome » quale oggetto di potere giuridico (nota a sentenza), in *Giur. It.*, LX, 1908, 481-490.

1909

Sull'incarico dato dal defunto ad un terzo di distruggere il proprio testamento olografo (nota a sentenza), in *La legge*, XLIX, 1909, 1374-1376, e poi in SQ, IV, 307-309.

Sulla competenza giudiziaria in materia di espulsione d'un membro di associazione privata (nota a sentenza), in *La legge*, XLIX, 1909, 1489-1491, e poi in SQ, I, 263-265.

L'imposta di ricchezza mobile e il sopraprezzo delle azioni (nota a sentenza), in *Giur. It.*, LXI, 1909, 802-808, e poi in SQ, I, 233-244.

Criteri giuridici sulla responsabilità in caso d'urto tra automobili, Torino, Bocca, 1909, e poi in SQ, II, 404-413.

Il diritto del cittadino italiano alla protezione diplomatica contro il diniego di giustizia (1909), in SQ, I, 273-280.

L'istruzione superiore. Riforme necessarie, Discorso al Senato del Regno, 15 luglio 1909, Roma, Tip. del Senato, 1909.

1910

Sul contratto di lavoro giornalistico (nota a sentenza), in *RDPubbl.*, II, 1910, parte 2^a, 32-36, e poi in SQ, III, 284-291.

Natura giuridica del concordato e sue conseguenze in caso di inadempimento degli obblighi del debitore concordatario, in *Fo. It.*, XXXV, 1910, 1365-1368, e poi in SQ, III, 7-14.

Personalità e persona giuridica (a proposito di un lavoro recente: Saleilles, De la personnalité juridique, Paris, Rousseau, 1910), in *RDComm.*, VIII, 1901, 908-916, e poi in SQ, I, 191-202.

La legale costituzione delle società anonime e l'invalidità ordinata dall'art. 137 cod. di comm., in *RDComm.*, VIII, 1910, parte 2^a, 323-332, e poi in SQ, III, 303-332.

Sulla procedura di stima agli effetti delle tasse di registro (nota a sentenza), in *Dir. comm.*, XXIX, 1910, 178-195, e poi in SQ, I, 415-418.

Il diritto del « nome » e il diritto del « marchio » (nota a sentenza), in *Giur. it.*, LXII, 1910, 705-718, e poi in SQ, I, 326-343.

Sull'azione di regresso dell'assicuratore contro il terzo colpevole dell'infortunio sul lavoro, in *La legge*, L, 1910, 2001-2004, e poi in SQ, III, 366-370.

1911

L'obbligazione di dare (nota a sentenza), in *RDComm.*, IX, 1911, parte 2^a, 633-642, e poi SQ, II, 295-303.

Gli aumenti sessennali ordinati a favore dei maestri elementari dalla legge del 1903, in *Giur. it.*, LXIII, 1911, 335-364, e poi in SQ, I, 155-167.

Se l'illegittima rappresentanza nel giudizio di primo grado possa essere regolarizzata in grado d'appello (nota a sentenza), in *La legge*, LI, 1911, 1082-1085, e poi in SQ, I, 289-294.

Tassa di occupazione del sottosuolo (1911), in SQ, I, 409-414.

Sul nuovo ordinamento dello « stato di cittadinanza ». Discorso al Senato del Regno, 19 giugno 1911, in *Atti Parlam. Senato, legisl.*, XXIII, *Discussioni*, VIII, 5760-5763, e poi in SQ, I, 266-272.

Marchi di fabbrica e di commercio. Relazione, in *Atti della Commissione Reale per le riforme alla legislazione vigente sulla proprietà industriale*, Roma, Bertero, 1909 ss., vol. II, 1911, 1-19, e poi in SQ, I, 355-371.

1912

La validità del riconoscimento di prole naturale fatta in testamento olografo (nota a sentenza), in *Giur. it.*, LXIV, 1912, 739-744, e poi in SQ, IV, 144-150.

Sul « diritto » e « l'interesse », in *RDComm*, X, 1912, 160-169, e poi SQ, I, 168-180.

Ancora sulla imponibilità del sopraprezzo nelle azioni di nuova emissione, in *RDComm*, X, 1912, 972-985, e poi in SQ, I, 245-262.

La responsabilità degli amministratori di società anonime e l'azione individuale dei soci (nota a sentenza), in *RDComm*, X, 1912, parte 2^a, 950-962, e poi in SQ, I, 217-231.

Ancora del movimento legislativo in riguardo al divorzio, in *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, XLVII, 1912, 127-140, e poi in SQ, IV, 56-69.

Sul disegno di legge recante provvedimenti sull'esercizio delle assicurazioni sulla durata della vita umana da parte di un Istituto nazionale di assicurazioni, Relazione al Senato, in *Atti parlamentari. Senato, legisl. XXIII, Documenti*, doc. 713 A, e poi in SQ, I, 181-188.

A proposito dell'art. 5 del progetto di legge concernente la circolazione degli automobili sulle strade ordinarie, Discorso al Senato, in *Atti parlamentari. Senato, Legisl. XXIII, Discussioni*, XII, 8882-8884, e poi in SQ, II, 425-429.

L'istruzione commerciale in Italia. Discorso in Senato, in *Atti parlamentari. Senato, Legisl. XXIII, Discussioni*, XIII, 9677-9679.

Dell'istituzione fiduciaria, in *La sentenza*, I, 1912, 553-562, e poi in SQ, IV, 285-296.

Comunione di utili fra coniugi (1912), in SQ, III, 492-499.

Il concetto economico-giuridico del danno risarcibile in ispecie del « danno morale », in *La giurisprudenza*, V, 1913, 321-326, ma già: Sassari, Gallizzi, 1912, e poi in SQ, II, 374-382.

L'opera scientifica di Giorgio Giorgi nel diritto italiano, in *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, XLVIII, 1912-13, 90-94, e poi in SQ, I, 96-101.

La « causa di donare » e « l'obbligo di garantire » (nota a sentenza), in *RDComm*, X, 1912, parte 2^a, 1-7, e poi in SQ, III, 263-270.

1913

Del danno morale (nota a sentenza), in *RDComm*, XI, 1913, parte 2^a, 801-814, e poi in SQ, II, 383-392.

Responsabilità oggettiva e obbligo di garanzia (nota a sentenza), in *Fo. It.*, XXXVIII, 1913, 903-907.

La colpa del danneggiato (nota a sentenza), in *Giure penale. Archivio di diritto industriale*, VII, 1913- 186-188, e poi in SQ, II, 437-438.
Sui criteri giuridici della responsabilità professionale. Parere, in AP, XXXIV, 1913, 334-336, e poi in SQ, II, 370-373.

1914

L'inesistenza del negozio giuridico (nota a sentenza), in *RDComm*, XII, 1914, parte 2^a, 182-196, e poi in SQ, III, 92-112.

L'indipendenza dei brevetti (nota a sentenza), in *RDComm*, XII, 1914, parte 2^a, 283-290.

I vizi del consenso nel matrimonio e l'«error virginitatis» (nota a sentenza), in *Fo. It.*, XXXIX, 1914, 881-888, e poi in SQ, IV, 475-487.

1915

La licenza d'uso dell'attestato di privativa. Dei terzi e degli aventi causa, in *RDComm*, XIII, 1915, 970-991, e poi in NSQ, 183-212.

Colpa e risarcimento (nota a sentenza), in *RDComm*, XIII, 1915, parte 2^a, 111-145, e poi in NSQ, 350-377.

La legge sull'«equo trattamento» e il valor giuridico delle «concessioni» già costituite, in *Giur. It.*, LXVII, 1915, parte 4^a, 99-118, e poi in NSQ, 3-31.

1916

Competenza e giurisdizione, in *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, LI, 1915-16, 1361-1362, e poi in NSQ, 32-33.

La rescissione per lesione enorme e la vendita commerciale, in *RDComm*, XIV, 1916, 261-266, e poi in NSQ, 320-328.

Note in tema di proprietà industriale (nota a sentenza), in *RDComm*, XIV, 1916, parte 2^a, 106-126, e poi in NSQ, 144-160.

Responsabilità per danni da edifici (nota a sentenza), in *RDComm*, XIV, 1916, parte 2^a, 375-382, e poi in NSQ, 401-410.

1917

Del «contrattare con se medesimo», in *RDComm*, XV, 1917, 41-54, e poi in NSQ, 247-254.

L'interesse il diritto soggettivo e la responsabilità dell'amministrazione, (nota a sentenza), in *RDComm*, XV, 1917, parte 2^a, 563-593, e poi in NSQ, 95-132.

Ipoteca e patto commissorio (nota a sentenza), in *RDComm*, XV, 1917, parte 2^a, 706-716, e poi in NSQ, 213-220.

Il natural difetto di «volere» e l'«incapacità», in *Fo. It.*, XLII, 1917, 658-663, e poi in NSQ, 34-48.

Il diritto del legatario di «conseguire» la cosa legata (nota a sentenza), in *Fo. It.*, XLII, 1917, 1050-1054, e poi in NSQ, 450-458.

La forza maggiore, l'«onerosità eccessiva» della prestazione e la clausola «rebus sic stantibus» (nota a sentenza), in *Fo. It.*, XLII, 1917, 812-824, e poi in NSQ, 265-287.

Ancora sul concorso della colpa contrattuale con la extra-contrattuale, in *Giur. It.*, LXIX, 1917, 1011-1024, e poi in NSQ, 298-316.

Verso la demanialità del sottosuolo, in *La miniera italiana*, I, 1917, 143-146.

Sul disegno di legge sugli orfani di guerra, in *RDPubbl*, IX, 1917, 305-315, e poi in NSQ, 415-426.

1918

Sulla frode nell'azione revocatoria, in *Cass. Un.*, XXIX, 1918, 1-6.

Il «potere discrezionale» delle pubbliche amministrazioni e l'obbligo dell'amministrazione delle ferrovie di mantenere in convenienti condizioni di comodità e sicurezza le comunicazioni fra le parti dei fondi attraversate dalla strada ferrata (nota a sentenza), in *Fo. It.*, XLIII, 1918, 156-165, e poi in NSQ, 76-92.

La surrogazione ipotecaria a favore del creditore perdente, in *RDComm*, XVI, 1918, 477-489, e poi in NSQ, 231-246.

Accettazione con beneficio di inventario (nota a sentenza), in *Giurisprudenza*, LV, 1918, 591-596, e poi in NSQ, 427-431.

Dottrina della demanialità e sua applicazione alle acque, in *Acque e trasporti*, II, 1918, 413-422.

Enrico Cimbali

1879

Del possesso per acquistare i frutti. Saggio, Napoli, Marghieri, 1879.

Il creditore di una rendita perpetua, se esige in buona fede, non è tenuto a restituire più di quattro annualità a colui che, reputandosi erroneamente debitore, l'abbia pagato per molti anni, in *Gazzetta del procuratore*, 1879, e poi SDGC, 1889, 211-220.

1880

Sulla prescrizione degli interessi moratori. Memoria legale (1880), in SDGC, 1889, 509-548, e poi in QD, 1908, 185-222.

La proprietà e i suoi limiti nella legislazione civile italiana, in *AG*, XXIV, 1880, 125-161, e poi in SDGC, 1889, 119-168.

Recensione a De Luca-Carnazza, Elementi di diritto amministrativo, in *Giornale napoletano di filos. e lett., scienze morali e politiche*, 1880, e poi in E.C., 1916, 435-437.

1881

Lo studio del diritto civile negli stati moderni. Prolusione letta nell'Università di Roma il 25 gennaio 1881, Torino, Bocca, 1881, e poi SDGC, 1889, 3-34.

I partiti politici in Italia: lettera al comm. Francesco Crispi, Roma, 1881.

Discorso pronunciato nel collegio «Capizzi» dopo l'elezione a consigliere provinciale, 26 agosto 1881, in E.C., 1916, 407-414.

1882

Il curatore speciale nominato al minore da un terzo, a norma dell'art. 247 del Codice civile per amministrare la sostanza che gli trasmette, è tenuto a dare cauzione?, in *Foro catanese*, II, 1882, e poi in SDGC, 1889, 221-230.

1883

La dottrina delle fiducie nel codice civile italiano, in *Fil.*, VIII, 1883, e poi in SDGC, 1889, 75-102.

Se i redditi sui demani divisi delle province meridionali siano soggetti all'imposta di ricchezza mobile, in *Fo. It.*, VIII, 1883, poi in SDGC, 1889, 549 ss. e poi in QD, 1908, 223-249.

Recensione a E. Gianturco, Le fiducie nel diritto civile italiano, in RCGS, I, 1883, 142-144.

1884

La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria, in AG, XXXIII, 1884, 187-217, e poi in SDGC, 1889, 35-74.

Il testamento è contratto?, in *Fil.*, IX, 1884, e poi in SDGC, 1889, 103-118.

Se al coniuge superstite per la quota di usufrutto nella successione legittima compete la qualità di erede, in *Fo. It.*, IX, 1884, e poi in SDGC, 1889, 169-210.

Recensione a G. Giorgi, Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, in RCGS, II, 1884, 329-332.

1885

La nuova fase evolutiva del diritto civile nei rapporti economico sociali, Torino, UTE, 1885, poi ripubblicato con il titolo *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente*, Torino, UTE, 1885.

La forza probante del testamento olografo regolarmente depositato presso notaio, Memoria legale (1885), in SDGC, 1889, 311-398, e poi in QD, 1908, 3-81.

Del possesso reale in materia di successione. Memoria legale (1885), in SDGC, 1889, 399-508, e poi in QD, 1908, 83-184.

Recensione a S. Battistini, Dei contratti in genere secondo il codice civile italiano, in RCGS, III, 1885, 40-43.

Recensione a C. F. Gabba, Il divorzio nella legislazione italiana, in RCGS, III, 1885, 268-271.

I contratti innominati nel diritto romano e nella legislazione italiana, in *Foro catanese*, V, 1885, e poi in SDGC, 1889, 231-246.

Sulla perequazione fondiaria. Discorso al Consiglio provinciale di Catania (4 dicembre 1885), in E.C., 1916, 424-428.

1886

La questione del divorzio in Italia (1886), in SDGC, 1889, 247-308.
Diritto di proprietà ed igiene pubblica. Competenza dell'autorità giudiziaria. Memoria legale (1886), in QD, 1908, 251-338.
Agli amici del secondo collegio di Catania. Discorso, Roma, Forzani, 1886.

1887

Le obbligazioni civili, complemento e funzione della vita sociale. Prolusione letta nell'Università di Messina il 25 gennaio 1887, Torino, UTET, 1887.
Della capacità di contrattare secondo il codice civile e di commercio. Preceduta da cenni biografici dell'Autore e dalla Prolusione «Le obbligazioni civili, complemento e funzione della vita civile», Torino, UTET, 1887.

1889

Studi di dottrina e giurisprudenza civile, Lanciano, Carabba, 1889.

1891

La questione del divorzio (1886), in *Spe*, I, 1891, 220-274.

1895

La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali, con proposte di riforma della legislazione civile vigente (1885), Torino, UTET, 1895 (2ª edizione).

1897

Del possesso per acquistare i frutti. Saggio, Torino, UTET, 1897 (2ª edizione).

1900

Studi di diritto civile, Torino, UTET, 1900 (2ª edizione).

1902

Due riforme urgenti. Il divorzio e la ricerca della paternità naturale, Torino, UTET, 1902.

1908

Questioni di diritto, Torino, UTET, 1908.

Pietro Cogliolo**1881**

La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato. Prolusione detta nell'Università di Camerino il 21 novembre 1881, Camerino, Savini, 1882.

1882

Se gli interessi di una dote da collazionarsi sieno soggetti alla prescrizione dell'art. 2144, in *La legge*, XXII, 1882, 34-36.

Dello spillatico, in *Fo. It.*, 1882, e poi Fano, 1882. Quindi in *SVDP*, I, 448-454 (*I lucri dotali e spillatico*).

1883

Trattato teorico-pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il Codice civile italiano con accenni al diritto intermedio, Torino, Bocca, 1883 (vol. 1^o).

Se, ed in quali casi possa il padre agire giudizialmente nell'interesse dei figli sotto la sua patria potestà, senza l'autorizzazione del tribunale, in *La legge*, XXIII, 1883.

Se le sentenze straniere per avere in Italia l'autorità di cosa giudicata debbano essere sottoposte ad un giudizio di delibazione, in *La legge*, XXIII, 1883, e poi in *SVDP*, I, 59-64.

1884

Studi storici sull'evoluzione del diritto in Italia, Torino, Bocca, 1884.
Recensione a B. Brugi, Sul concetto di persona giuridica, in *AG*, XXXIII, 1884, 422.

Recensione a G. Vadalà Papale, Gli ospedali e il darwinismo, in *AG*, XXXIII, 1884, 423.

1885

La cosa giudicata di fronte ai terzi, Napoli, Vallardi, 1885.

Manuale delle fonti del diritto romano secondo i risultati della più recente critica filologica e giuridica, vol. I, Torino, UTE, 1885.

Parere nella causa Debbasche-Samana sopra l'ammissibilità dell'exceptio rei iudicatae, Livorno, 1885.

Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato,

contiene:

- I. *La moda nella scienza*
 - II. *Le scienze naturali e le scienze sociali*
 - III. *La sociologia e il diritto*
 - IV. *Concetto ed origine del fenomeno giuridico*
 - V. *L'evoluzione giuridica*
 - VI. *L'evoluzione del diritto ed il diritto romano*
 - VII. *Un po' di programma ed un'avvertenza*
 - VIII. *Sviluppo storico delle norme circa l'evizione della dote*
 - IX. *L'infante e l'acquisto del possesso*
 - X. *La logica nel diritto ed il linguaggio giuridico*
 - XI. *Il sistema nel diritto privato*
 - XII. *Origine storica della distinzione dei diritti in reali e personali*
 - XIII. *Actio e ius*
 - XIV. *La famiglia e la proprietà nell'antico diritto romano*
 - XV. *La patria potestà*
 - XVI. *L'annui promissum*
 - XVII. *Commiato*
- Torino, Bocca, 1885.

1886

- I recenti disordini sociali*, in RSSP, IV, 1886, I, 185-194.
Un caso di contrabbando e una proposta, in RSSP, IV, 1886, I, 661-662.
Studi inglesi di sociologia, in RSSP, IV, 1886, I, 467-475.
Recensione a A. Berenini, Offese e difese, in RSSP, IV, 1886, I, 630-632.
Studi francesi di sociologia, in RSSP, IV, 1886, II, 3-10.
La riforma universitaria, in RSSP, IV, 1886, II, 465-483.

1887

- Manuale delle fonti del diritto romano secondo i risultati della più recente critica filologica e giuridica*, vol. II, Torino, UTE, 1887.
Le sorti del canone enfiteutico dopo l'alienazione del fondo, in AG, XXXIX, 1887, 443-474, poi in SVDP, I, 161-195.
Un caso di colpa aquiliana, in AG, XXXIX, 1887, 342-357, e poi in SVDP, I, 196-209.
Lo « ius ambulandi » come diritto reale (1887), in SVDP, I, 149-152.
La riforma universitaria, Firenze, Ricci, 1887.

1888

- I diritti del creditore sopra l'isola nata dal fiume*, negli scritti *Per l'VIII centenario dell'Università di Bologna*, Roma, 1888, 69 ss., e poi in SVDP, I, 249-258.
La filosofia giuridica nelle università, in AG, XL, 1888, 132-136.
Filosofia del diritto privato, Firenze, Barbera, 1888.
Fondamento al diritto di punire, in *Trattato Cogliolo*, I, 2, 1888, 1-12.
Il prossimo codice penale, in RSSP, VI, 1888, II, 277-287.
Legato delle cose mobili che si trovano in un dato luogo (1888), in SVDP, I, 158-160.
Giordano Bruno, in RSSP, VI, 1888, I, 113-127.
La grande festa della scienza, in RSSP, VI, 1888, I, 523-526.

1889

- Storia del diritto privato romano (dalle origini all'impero)*, Firenze, Barbera, 1889 (2 voll.).
A proposito di una nuova opera di giurisprudenza pratica, in RSSP, VII, 1889, II, 275-278.

1890

- Trattato teorico-pratico della amministrazione degli affari altrui nel diritto civile, commerciale e marittimo*, Firenze, Niccolai, 1890 (2 voll.).

1891

- La responsabilità degli imprenditori negli infortuni del lavoro* (nota di giurisprudenza), in RUDG, XIII, 1891, 201 ss.
L'azione di disconoscimento della maternità nel diritto civile italiano, in RUDG, XIII, 1891, e poi Roma, 1891.

Frasi vuote, in SP, I, 1891, 359-360.

Filosofia del diritto privato, Firenze, Barbera, 1891 (2^a ediz.).

Capacità di stare in giudizio delle associazioni non elevate in ente morale, in *Mo. Trib.*, XXXII, 1891, 509-510, e poi in SVDP, I, 105-108.

Validità dei titoli al portatore emessi da privati, secondo il diritto civile italiano, in *Mo. Trib.*, XXXII, 1891, 869-871, e poi in SVDP, I, 226-234.

Se il grado della colpa aquiliana influisca nella misura del risarcimento del danno, in *Mo. Trib.*, XXXII, 1891, 989-991, e poi in SVDP, I, 210-216.

Fondamento giuridico della responsabilità del committente, in *Mo. Trib.*, XXXII, 1891, 991-993, e poi in SVDP, 217-222.

Valore della transazione in rapporto ai danni posteriori, in *Mo. Trib.*, XXXII, 1891, 991.

1892

Il municipio parte civile nei processi di contravvenzioni, in *Il giurista*, II, 1892, e poi Genova, 1892.

Relazione in materia di urto fra navi al Congresso marittimo di Genova, Genova, 1892, e poi in SVDP, I, 318-327.

Se le clausole regolamentari esoneranti lo Stato da ogni responsabilità per gli errori telegrafici abbiano oppur no efficacia giuridica, in *Scritti giuridici per il XXXV di insegnamento di Filippo Serafini*, Firenze, 1892, e poi in SVDP, I, 259-270.

Codice per la marina mercantile. Codice commerciale marittimo (co-curatore A. Sraffa), Firenze, Barbera, 1892.

Codice scolastico del Regno d'Italia (co-curatore A. Majorana), Firenze, Barbera, 1892.

Se i legati annui perpetui e successivi contengano un vincolo fedecommesario, in *Mo. Trib.*, XXXIII, 1892, 345-346.

1893

Mostra operaia in Genova. Luglio-novembre. Relazione della giuria, Genova, Pagano, 1893.

Relazione sopra le società cooperative e di soccorso presentate alla mostra operaia nella Esposizione di Genova, Genova, Pagano, 1893.

1894

Sulla quota di eredità spettante ai fratelli consanguinei quando concorrono con fratelli germani (nota di giurisprudenza), in RUGD, XVI, 1894.

Per un corso di scuola pratica civile. Discorso di chiusura del corso di pratica civile tenuto nell'Università di Genova il 22 maggio 1894, in SVDP, II, 37-43.

1897

Sulla responsabilità del capitano di nave, in *Annuario critico di giurisprudenza pratica*, IX, 1897, parte 2^a, 58-66.

1898

Le alte idealità del diritto. Discorso inaugurale tenuto nell'Università di Genova il 17 novembre 1897, Genova, Martini, 1898, e poi in SVDP, I, 1-28.

Considerazioni circa la così detta « culpa levissima », in *Cass. Un.*, IX, 1898, 769-773.

Commemorazione di Ferdinando Bianchi. Il metodo civilistico sul finire del milleottocento (1898), in SVDP, II, 53-63.

Cosa debba intendersi agli effetti della competenza in materia penale per luogo di primo approdo, in *RUGD*, XX, 1898, 114-123, e poi in SVDP, I, 228-294.

1899

La questione dei medici condotti, in *NA*, CLXVII, 1899, 508.

1900

Interpretazione dell'art. 28 della legge di pubblica sicurezza, in *Cass. Un.*, XI, 1900, 633 ss.

1901

Discorso inaugurale all'Università popolare di Genova, in *L'Università popolare*, I, 1901, n. 5.

* * *

Elenco degli scritti contenuti nei due volumi degli *Scritti vari di diritto privato*, I, Torino, UTET, 1925 (6^a ediz.), e II, Torino, UTET, 1917 (2^a ediz.), non indicati nell'elenco soprastante:

volume primo:

- II. *Glosse preaccursiane* (1888)
- III. *L'interpretazione sociale del codice civile*
- IV. *Quali diritti ed in quali casi sorgono ai privati dalle prescrizioni dei regolamenti edilizi comunali*
- V. *Questioni giurisprudenziali sulla cosa giudicata*
- VII. *Le prove del giudizio penale nel giudizio civile*
- VIII. *Se una malattia impedisce il coito possa esser causa di disconoscimento della prole*
- IX. *Impugnativa della legitimatio per subsequens matrimonium*
- XI. *Limiti al diritto di aprire stabilimenti industriali nel proprio fondo*
- XVII. *La responsabilità dello Stato per i depositi giudiziari*
- XIX. *Indennità ai conduttori espropriati per pubblica utilità*
- XX. *La gestione del terzo contraente*
- XXI. *Il deposito irregolare*
- XXIV. *Remissione del debito*
- XXV. *Donazioni larvate*
- XXVI. *La restituzione anticipata del fedecommesso*
- XXVIII. *Responsabilità riflessa del proprietario di nave*

- XXX. *Colpa in eligendo* (1910)
- XXXI. *Il contratto di impiego*
- XXXII. *I contratti di borsa e i foglietti bollati*
- XXXIII. *Colpa civile e colpa penale*
- XXXIV. *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*
- XXXV. *La validità del patto retenti dominii nella vendita*
- XXXVII. *La funzione giurisprudenziale nella creazione delle norme giuridiche*
- XXXVIII. *La tendenza democratica nella scienza e nella pratica del diritto civile* (1914)
- XXXIX. *I «principi generali» del diritto*
- XL. *Il divorzio*
- XLI. *Figli legittimi che sono illegittimi*
- XLII. *Note minime e sparse di notizie storiche utili per alcuni concetti giuridici attuali*
- XLIII. *Il valore dei contratti collettivi di fronte alle ditte non concordatarie*
- XLIV. *Arbitrati senza le forme del codice*
- XLV. *L'azione possessoria contro la pubblica amministrazione in materia di acque*
- XLVI. *La exceptio doli nel diritto commerciale*
- XLVII. *L'amichevole compositore* (1921)
- XLVIII. *Vendita e promessa di vendita*
- XLIX. *Limiti delle delegazioni fatte dall'assemblea di una società anonima al consiglio, specialmente per l'aumento del capitale*
- L. *I principi fondamentali del diritto aeronautico*

volume secondo:

- I. *Sul metodo nelle ricerche di diritto privato* (1913)
- II. *Il progresso del diritto privato nell'ultimo cinquantennio* (1911)
- III. *Il lavoro logico dei giuristi. Forme e formule giuridiche*
- IV. *«Bonus iudex»*
- V. *La lingua giuridica*
- VII. *«In fraudem legis»*
- IX. *Le donne avvocate secondo il diritto italiano* (1912)
- X. *Limiti alla proprietà nascenti dai rapporti di vicinanza. Stabilimenti industriali vicini a case di abitazione*
- XI. *Rapporto fra le sorgenti di acqua e le industrie stabilite sul corso d'acqua*
- XII. *Parere: se un'associazione priva di personalità giuridica può stare in giudizio per mezzo del suo presidente*
- XIII. *Idee direttive per il contratto di impiego pubblico e privato* (1911)
- XIV. *Di nuovo del «presupposto contrattuale»*
- XV. *«Unum negotium»*
- XVI. *La teoria della colpa*
- XVII. *Il bonus pater familias e l'«arbitrium boni viri»*
- XVIII. *La validità dei sindacati*
- XIX. *Il mediatore di matrimoni (conciliator nuptiarum)*
- XX. *La ricerca della paternità* (1912)
- XXI. *Se la rottura degli sponsali obblighi ai danni*
- XXII. *Parere: La costituzione di parte civile dei figli Bonmartini nel processo Murri con speciale riguardo al dott. Secchi*
- XXIII. *Le cassette forti di custodia noleggiate sotto nome fittizio*
- XXIV. *Parere: La revoca delle concessioni governative. Rapporti tra il Governo ed il Consorzio autonomo di Genova*
- XXV. *Parere: Le antiche locazioni perpetue ed il Codice italiano*
- XXVI. *Se i caricatori abbiano diritto a partecipare al premio di assistenza*
- XXVII. *Se sia valida la girata del «Bollettino di consegna»*
- XXVIII. *Il prolungamento della vita delle società per finzione di legge*

- XXIX. *Parere: Sull'indennità da darsi alle società di assicurazione su la vita nel caso di monopolio da parte dello Stato*
- XXX. *Parere: Gli interessi non pattuiti della cauzione data dal conduttore*
- XXXI. *I fedecommissi e la prescrizione centenaria (1911)*
- XXXII. *La clausola arbitrare nei testamenti. Il giudice familiare*
- XXXIII. *Disputa giuridica circa un caso pratico di legato perpetuo a tratto successivo*
- XXXIV. *Parere: Di una disposizione orale « mortis causa »*
- XXXV. *Possibilità di coesistenza della legittimità dell'atto di impero con l'obbligo nello Stato di pagare un'indennità per i danni di guerra (1913)*
- XXXVI. *Il « pignus nominis » nel diritto italiano (1913)*
- XXXVII. *Concetti fondamentali circa la « negotiorum gestio »*
- XXXVIII. *I doni manuali*
- XXXIX. *Parere: Se e quando è valida la clausola di inalienabilità posta da un testatore al legato di usufrutto*
- XL. *La guerra ed i contratti commerciali (1915)*
- XLI. *L'indennizzo al mandatario per le perdite sofferte « in occasione del mandato »*
- XLII. *Questioni in materia cambiaria*
- XLIII. *L'« ius entraturae » nell'attuale diritto commerciale*
- XLIV. *La tassa camerale per le Casse di risparmio*
- XLV. *Azione civile per la manutenzione delle strade*
- XLVI. *Arbitrati senza le forme rituali*
- XLVII. *Alleanza legislativa fra gli Stati dell'Intesa (1916)*
- XLVIII. *Proprietà speciale nel diritto esattoriale*

Napoleone Colajanni

1879

La questione sociale e la libertà, in *La rivista repubblicana*, I, 1878, 506-510; II, 1879, 560-571, 604-611, 651-670, e poi Milano, Gattinoni, 1879.

1882

La repubblica e le guerre civili, Firenze, Gherardi, 1882.

1883

Le istituzioni municipali. Cenni ed osservazioni, Piazza Armerina, Pansini, 1883.

La monarchia democratica, in LDD, IV, 1883, e poi Roma, Capaccini, 1883.

Il delitto e la questione sociale di Filippo Turati, in LDD, IV, 1883, e poi Roma, Capaccini, 1883.

1884

Socialismo e sociologia criminale. I. Il socialismo, Catania, Tropea, 1884.

Aggiotaggio e crisi, in *Il fascio della democrazia*, V, 1884, e poi Roma, Tip. Romana, 1884.

1885

La delinquenza della Sicilia e le sue cause, Palermo, Giornale della Sicilia, 1885.

1886

Miseria ed alcoolismo, in GdE, I, 1886, 537-555.

Un sociologo pessimista. L. Gumplowicz, in RFS, V, 1886, 284-298.

Criteri sulle conseguenze dell'alcoolismo, in AP, VII, 1886, 321 ss.

Oscillations thermométriques et délits contre les personnes, Lyon, A. Storck, 1886.

Fatti e teorie, in RISocial., I, 1886, e poi Imola, Lega tipografica, 1886.

La proprietà collettiva, Bologna, 1886.

1887

L'alcoolismo. Sue conseguenze morali e sue cause, Catania, Tropea, 1887.

I caratteri della sociologia, in RFS, VI, 488-496.

Federalismo, in CC, I, 1887, 85-87.

Le colonie, sbocchi agli uomini e ai prodotti, in CC, I, 1887, 129.

Saggi sulla teoria della popolazione di Icilio Vanni, in CC, I, 1887, 139.

Il socialismo e Schaeffle, in RISocial., II, 1887, 85-87, e poi Imola, Lega tipografica, 1887.

Les causes de la criminalité, Paris, 1887.

Di alcuni studi recenti sulla proprietà collettiva, in GdE, II, 1887, 519-532.

«*Le due utupie*», in RISocial., II, 1887, 94-105.

Zolfare e zolfatai in Sicilia, in RISocial, II, 1887, 257-271.

1888

Concetto e limiti della sociologia criminale, in RFS, VII, 1888, 682-692.

La question contemporaine de la criminalité, in Re. Soc., IV, 1888, 59-68.

Di uno studio recentissimo sul collettivismo, in CC, II, 1888, 87-89.

La filosofia e la scuola, in CC, II, 1888, 98.

Intorno alla nuova legge comunale, in CC, II, 1888, 131.

Le leggi contro l'usura, in CC, II, 1888, 201.

L'evoluzione del matrimonio e della famiglia, in CC, II, 1888, 212.

Corruzione politica, Catania, Tropea, 1888.

Riforme insufficienti, in RISocial, III, 1888, 321-327.

1889

Sulla definizione del delitto secondo gli ultimi studi di sociologia criminale, in RFS, VIII, 1889, 103-117.

Un sociologo ottimista. Il prof. Icilio Vanni, in RFS, VIII, 1889, 286-301.

I suicidi nell'esercito, in CC, II, 1889, 36.

Delinquenti ed onesti, in CC, III, 1889, 78.

Recensione a G. Vadalà Papale, Dati psicologici nella dottrina di G. B. Vico, in CC, III, 1889, 250.

Il divorzio, in CC, III, 1889, 183.

Gli zingari, in CC, III, 1889, 25.

Stabilità fisica ed evoluzione mentale dell'uomo, in *La rinascenza. Rivista di scienze, politica, lettere ed arte*, I, 1889, e poi rifuso in *La sociologia criminale*, 1889.

La sociologia criminale. Appunti, Catania, Tropea, 1889 (2 voll.).

Francia. La grande degenerata, in CC, 1889, 121, e poi Bergamo, Cataneo, 1889.

Corruzione politica. Chiarimenti e risposte, Catania, Tropea, 1889 (2^a ediz.).

1890

Ire e spropositi di Cesare Lombroso, Catania, Tropea, 1890.

La legislazione internazionale del lavoro, in CC, IV, 1890, 97-101.

Recensione a A. Bosco, Gli omicidi in Europa, in CC, IV, 1890, 203.

1891

Politica coloniale, Palermo, Clausen, 1891.

Colonie e commercio, in GdE, VI, 1891, 410-442.

Cause di guerra in Europa e rimedi, in RFS, X, 1891, 232-238.

1892

La terra e il sistema sociale, in CS, II, 1892, 58-59.

Le otto ore e la legislazione internazionale del lavoro, in CS, II, 1892, 172-173, 190-191, 205-206, 222-223.

La difesa nazionale e le economie nelle spese militari, Catania, Giannotta, 1892.

La politica coloniale, Palermo, Sandron, 1892 (2^a ediz.).

1893

Banche e Parlamento. Fatti discussioni e commenti, Milano, Treves, 1893.

Una questione ardente: la concorrenza del lavoro, Roma, Bibl. della Riv. pop., 1893.

Me poenitet, in RPop, I, 1893, 6-11.

Il movimento socialista in Sicilia, in RPop, I, 1893, 35-41.

La nazione armata, in RPop, I, 1893, 69-73, 104-110, 129-137.

La caccia all'italiano, in RPop, I, 1893, 161-166.

Il verbo di Dronero, in RPop, I, 1893, 225-255.

Il gabinetto particolare dei ministri, in RPop, I, 1893, 289-292.

L'imposta progressiva, in RPop, I, 1893, 342-349.

Socialisme et socialistes en Italie, in *Grande revue de Paris*, 1893, fasc. del 25 febr.

Lettera aperta al Presidente del Fascio dei lavoratori, in *L'isola*, 27 gennaio 1893.

Zanardelli, in *Giornale di Sicilia*, 30 novembre 1893.

1894

- I casi di Sicilia*, in *Rif. soc.*, I, 1894, 117-125.
I lavoratori delle zolfare in Sicilia, in *Rif. soc.*, I, 1894, 637-660.
Il latifondo in Sicilia, in *Rinnovam. econ. amministr.*, I, 1894, 99-106.
L'industria dello zolfo in Sicilia, in *Rif. soc.*, I, 1894, 435 ss.
Le otto ore, in *RPop*, II, 1894, 245-249.
Socialisti e clericali in Sicilia, in *RPop*, II, 1894, 257-263, 293-298.
I linciaggi siciliani, in *CS*, IV, 1894, 305-308.
Lettera a F. Turati, in *CS*, IV, 1894, 340.
In Sicilia. Gli avvenimenti e le cause, Roma, Perino, 1894.
Les tribunaux militaires en Sicile, in *Re. soc.*, X, 1894, 267-284.

1895

- Minorenni delinquenti*, in *Rif. soc.*, II, 1895, 62-70.
Consule Crispi: ai miei elettori, Castrogiovanni, Scandaliato, 1895.
Gli avvenimenti in Sicilia e le loro cause, Palermo, Sandron, 1895 (2^a ediz.).
Finanza e quistione sociale, Torino, Roux e Favale, 1895.
Melanconie costituzionali, in *RPol*, I, 1895-96, 19-24.
La polizia, in *RPol*, I, 1895-96, 117-122.
Per una lettera di Spencer, in *RPol*, I, 1895-96, 10-12.
Aggiotaggio. A proposito del processo Frascara, in *RPol*, I, 1895-96, 84-87, 131-133, 148-150, 169-171, 185-188.

1896

- La delinquenza dei minorenni*, Torino, Roux e Frassati, 1896.
L'estrema sinistra. A Felice Cavallotti, in *RPopPol*, II, 1896, 1-6.
La propaganda per la pace, in *RPopPol*, II, 1896, 143-147.
Di un libro sulla scienza politica (G. Mosca, *Elementi di scienza politica*), in *RPopPol*, II, 1896, 172-174.
Liquidazione coloniale, in *RPopPol*, II, 1896, 182-184.
La vita politica italiana (supposizioni e realtà), in *RPopPol*, II, 1896, 203-205.
Verso la banca di Stato, in *RPopPol*, II, 1896, 221-225.
Finanza e quistione sociale, in *Rif. soc.*, III, 1896, 433 ss.

1897

- Il programma dei liberali in materia di politica ecclesiastica*, in *GdE*, XII, 1897, 398-400.
Francia e Italia, in *RPopPol*, II, 1897, 262-264.
Giustizia fin de siècle, in *RPopPol*, II, 1897, 443-446.
Alla scoperta della razza giovane, in *RPopPol*, II, 1897, 407-411.
Contrasti economici regionali, in *RPopPol*, II, 1897, 242-245.
La cura del piombo (a proposito degli scioperi agrari), in *RPopPol*, III, 1897, 44-46.
Il presente e l'avvenire di fronte ai socialisti italiani, in *RPopPol*, III, 1897, 121-123.

- Un liberista veramente liberale che se ne va* (Maffeo Pantaleoni), in *RPopPol*, III, 1897, 143-144, 167.
La bandiera di Cavallotti, in *RPopPol*, III, 1897, 164-167, 207-209.
L'anarchia e gli anarchici, in *RPopPol*, III, 1897, 61-63, 82-84.
Per la razza maledetta, in *RPopPol*, III, 1897, 102-107.
Distribuzione regionale della miseria in Italia, in *RPopPol*, III, 1897, 7-9.

1898

- L'Italia nel 1898. Tumulti e reazione*, Milano, Soc. ed. lomb., 1898 = Lodi, Wilmant, 1898.
Mouvements sociaux en Italie, in *Re. Soc.*, XIV, 1898, 397-428, e poi Paris, Libr. de la Rev. Soc., 1898.
Per la razza maledetta. Osservazioni, Palermo, Sandron, 1898.
Settentrionali e meridionali. Agli italiani del mezzogiorno, Palermo, Sandron, 1898.
La grande battaglia del lavoro, in *RPL*, II, 1898, 3, 52-95, e poi Roma, La tribuna, 1898.
Per la libertà fondamentale (la libertà di stampa), in *RPopPol*, III, 1898, 281-283.
La causa delle rivoluzioni (politica e finanza), in *RPopPol*, III, 1898, 323-325.
La fame e le cifre. Ricordi e moniti, in *RPopPol*, III, 1898, 305-308.
Al prof. Cesare Lombroso (una rettifica inopportuna), in *RPopPol*, III, 1898, 328-329.
Il socialismo, Palermo, Sandron, 1898 (2ª ediz.).

1899

- Enrico Ferri il saggio*, in *RPopPol*, IV, 1899, 243-247, poi seguito da *Polemica personale*, pp. 292-297, 316.
Il problema finanziario italiano, Roma, 1899.
Il dissidio tra Nord e Sud. Esortazioni di un parricida, Palermo, Sandron, 1899.
Bilancio dello Stato ed economia nazionale, in *RPopPol*, IV, 1899, 341-344.
In Sardegna, in *RPopPol*, IV, 1899, 361-363.
Brigantaggio collettivo, in *RPopPol*, IV, 1899, 402-404.
Per un mio libro boicottato (Gli avvenimenti in Sicilia), in *RPopPol*, IV, 1899, 445-447.
A proposito di una storia della finanza italiana, in *RPopPol*, IV, 1899, 469-470.
L'assenteismo dello Stato italiano nel mezzogiorno, in *RPopPol*, V, 1899, 64-66.
La mafia (dai Borboni ai Sabaudi), in *RPopPol*, V, 1899, 201-206.
Raza y delito, in *Criminalogia moderna*, II, 1899, e poi Buenos Aires, 1899.

1900

- Nel regno della mafia (dai Borboni ai Sabaudi)*, Roma, Bibl. della Riv. Pop., 1900 = Palermo, Sandron, 1900.
- Gli uffici del lavoro*, Torino, Roux e Viarengo, 1900, Già in *Rif. soc.*, VII, 1900, 159-190, 387-421.
- Difendiamo il Parlamento*, in *RPopPol*, VI, 1900, 202-206.
- Il problema finanziario italiano*, Napoli, Pierro-Veraldi, 1900.
- Le socialisme*, Paris, Giard et Brière, 1900.
- L'istruzione elementare. Spese e risultati*, Firenze, Tip. cooperativa, 1900.
- Ad un militare che esercita la propria professione*, in *RPopPol*, VI, 1900, 302-304.
- Il punto debole (intorno alla riforma tributaria)*, in *RPopPol*, VI, 1900, 362-366.
- La grazia e la giustizia*, in *RPopPol*, VI, 1900, 381-383.
- La responsabilità del governo nella corruzione italiana*, in *RPopPol*, VI, 1900, 461-462.

1901

- L'omicidio in Italia*, in *RP*, LIII, 1901, 5-25.
- Per l'economia nazionale e pel dazio sul grano*, Palermo, Sandron, 1901, e già in *RPopPol*, II, 1901, 25-29, 44-49, 90 ss.
- La decadenza della razza anglosassone*, in *RPopPol*, VII, 1901, 4-7.
- Per la rinnovazione dei trattati di commercio*, in *RPopPol*, VII, 1901, 183-184, 226-227.
- La crisi del socialismo*, in *RPopPol*, VII, 1901, 268-271.
- La mafia antica settentrionale (a proposito del processo Palizzolo)*, in *RPopPol*, VII, 1901, 341-342.
- Dalla scienza alla politica*, in *RPopPol*, VII, 447-450.
- Mazzini e il socialismo*. Conferenza, Messina, Nicotra, 1901.
- In difesa del Mezzogiorno*. Discorso alla Camera, 11 dicembre 1901, Napoli, Soc. coop. tipogr., 1901.

1902

- Musolino, Cesare Lombroso e le Calabrie*, in *La domenica giudiziaria*, VII, 1902, 169 ss., e poi in *RPopPol*, VIII, 1902, 204-209.
- La delinquenza italiana*, in *RPopPol*, VIII, 1902, 40-46, 61-65.
- Quanti uomini sono ammazzati ogni anno in Italia?*, in *RPopPol*, VIII, 1902, 119-121.
- In tema di credito agrario (illusioni e previsioni)*, in *RPopPol*, VIII, 1902, 317-321.
- La delinquenza della Sicilia*, in *RPopPol*, VIII, 1902, 426-429.
- Suffragio universale e riduzione delle spese militari*, in *RPopPol*, VIII, 1902, 510-513.
- Il movimento agrario in Italia*, in *RPopPol*, VIII, 1902, 595-599.
- Sul divorzio*, in *RPopPol*, VIII, 1902, 618-625.
- Lo sviluppo delle grandi città*, in *RPopPol*, VIII, 1902, 370-372.

1903

Sul divorzio, Roma, Bibl. della Riv. Pop., 1903 (2^a ediz.).

Preti e socialisti contro Mazzini, Roma, Bibl. della Riv. Pop., 1903, ma già in *RPopPol*, IX, 1903, 144-153.

L'esperimento della libertà, in NA, CLXXXIX, 1903, 604-609.

Razze inferiori e razze superiori o Latini e Anglo-sassoni, Roma, ed. La riv. pop. illustrata, 1903.

Unità politica e giustizia tributaria, in *RPopPol*, IX, 1903, 5-8.

Verso la fine della commedia filo-meridionale?, in *RPopPol*, IX, 1903, 118-123.

La conciliazione in seno alla commissione per gli sgravii, in *RPopPol*, IX, 1903, 180-184.

Giovanni Bovio, in *RPopPol*, IX, 1903, 201-208.

Il socialismo italiano giudicato da un compagno rivoluzionario, in *RPopPol*, IX, 1903, 229-230.

Il liberalismo agrario, in *RPopPol*, IX, 1903, 285-288.

Giuseppe Zanardelli, in *RPopPol*, IX, 1903, 645.

L'utopia liberista (l'esempio dell'Inghilterra), in *RPopPol*, IX, 1903, 405-409, 427-432.

La lotta per la industrializzazione (in Ungheria e in Italia), in *RPopPol*, IX, 1903, 514-517.

Il socialismo nelle campagne, in *Rivista d'Italia*, VI, 1903, 220-233.

1904

Statistica e demografia. I. Statistica teorica. II. Demografia, Napoli, Pierro, 1904.

Gli uomini e le istituzioni, in *Giovanni Bovio*, II, 1904, giu.-luglio.

Uomini contro uomini o razze contro razze?, in *RPopPol*, X, 1904, 148-150.

La ricchezza privata in Italia, in *RPopPol*, X, 1904, 177-178.

Armi e politica, in *RPopPol*, X, 1904, 313-314.

Pei nuovi trattati di commercio, in *RPopPol*, X, 1904, 540-548.

Per la difesa degli interessi regionali, in *RPopPol*, X, 1904, 600-603.

Socialismo e criminalità, in *RPopPol*, X, 1904, 8-11, 39-42, 94-97, 203-206, 344-347, 485-487, 569-572, e poi Roma, ed. Riv. pop., 1904.

La Dante e gli emigrati analfabeti. Discorso, Roma, Civelli, 1904.

1905

Come si amministra la giustizia in Italia, Roma-Napoli, Bibl. della Riv. pop., 1905.

Diritto di sciopero e sciopero privilegiato, in *RPopPol*, XI, 1905, 119-123.

Diritto di sciopero e compartecipazione agli utili tra gl'impiegati dello Stato, in *RPopPol*, XI, 1905, 227.

Contratto collettivo del lavoro e arbitrato obbligatorio, in *RPopPol*, XI, 1905, 261-265.

- La Costituzione in Russia*, in *RPopPol*, XI, 1905, 465-466.
Per la sincerità e per la educazione politica (ad Enrico Ferri), in *RPopPol*, XI, 1905, 494-497.
Per la riforma tributaria e pel Mezzogiorno, in *RPopPol*, XI, 1905, 578-582.
L'impotenza costituzionale della democrazia cristiana, in *RPopPol*, XI, 1905, 612-614.

1906

- Le condizioni economiche, demografiche, biologiche, intellettuali, morali di alcune regioni italiane*, Napoli, Coop. tipografica, 1906.
Mazzini non fu mai sorpassato, Genova, Chiesa, 1906.
Pro Ferrer e contro il pericolo cattolico, Conferenza nell'Aula Magna dell'Università di Roma, Roma-Napoli, ed. Riv. Pop., 1906.
Il femminismo nell'esegesi giuridica, in *RPopPol*, XII, 1906, 398-401.
L'anarchia italiana, in *RPopPol*, XII, 1906, 596-598.
Gli scioperi in Italia, in *RPopPol*, XII, 1906, 577-580.
La delinquenza e la razza in Italia, in *RPopPol*, XII, 1906, 542-547.
Latini e anglosassoni (razze inferiori e razze superiori), Roma, ed. Riv. Pop., 1906 (2ª ediz.).

1907

- L'urbanismo*. Conferenza, Milano, Treves, 1907.
Nel tempio di Temi, in *RPopPol*, XIII, 1907, 203-206.
I primi passi per la epurazione della magistratura, in *RPopPol*, XIII, 1907, 290-291.
Sulla questione degli impiegati, in *RPopPol*, XIII, 1907, 127-128.
La riabilitazione della razza maledetta, in *RPopPol*, XIII, 1907, 258-264.
Per l'abolizione della pena di morte in Francia, in *RPopPol*, XIII, 1907, 482-486.
Il regime della violenza, in *RPopPol*, XIII, 1907, 539-546.
Prefazione a E. Altavilla, I fattori della delinquenza colposa, Napoli, Pierro, 1907.
Prefazione a L. Camboni, La delinquenza della Sardegna. Note di statistica penale, Sassari, Tip. Gallizzi, 1907.

1908

- Lo stato giuridico degli impiegati*, in *RPopPol*, XIV, 1908, 315-318.
Dai concorsi giudiziari agli esami universitari, in *RPopPol*, XIV, 1908, 597-601.
Dalla mafia alla teppa, in *RPopPol*, XIV, 1908, 627-630.
Manuale di statistica teorica e demografica, Napoli, Pierro, 1908.
I partiti politici italiani, in *Rassegna contemporanea*, I, 1908, 100-133.

1909

- Come si amministra la giustizia in Italia*, in *RPopPol*, XV, 1909, 228-232.
Enrico Ferri e la questione delle razze, in *RPopPol*, XV, 1909, 343-344.

È necessaria la pena di morte per la difesa sociale?, in *RPopPol*, XV, 1909, 518-521, 543-547, 571-577.

Manuale di demografia, Napoli, Pierro, 1909 (2ª ediz.).

I non desiderabili (The Undesirables), in *Gli italiani negli Stati Uniti*, Roma-Napoli, 1909, 81-192.

1910

La criminalità degli italiani negli Stati Uniti, in NA, CCXXIX, 1910, 693 ss.

Dal trionfo della nazionalità al problema sociale, in *RPopPol*, XVI, 1910, 514-517.

Ancora dell'omicidio in Italia, in *RPopPol*, XVI, 1910, 43-47.

1911

Per Giuseppe De Felice, in *RPopPol*, XVII, 1911, 316-318.

A proposito di una storia del marxismo in Italia, in *RPopPol*, XVII, 1911, 93-96.

Analfabetismo e delinquenza, in *RPopPol*, XVII, 1911, 261-262, 343-347, 432-435, 654-657.

Il cinquantenario dell'unità italiana. Conferenza, Milano, 7 maggio 1911, Milano, Soc. ed. milanese, 1911.

1912

I partiti politici in Italia, Roma, Libr. Polit. Moderna, 1912.

I pacifisti italiani e il determinismo economico di A. Loria, in *RPopPol*, XVIII, 1912, 119-122.

William T. Stead, l'apostolo della giustizia e della pace, in *RPopPol*, XVIII, 1912, 261-264.

Crispi e Cavallotti, in *RPopPol*, XVIII, 1912, 371-374.

Di un monopolio delle assicurazioni per gli infortuni del lavoro, in GdE, XXVII, 1912, 171-177.

1913

Il progresso economico, Roma, Bontempelli, 1913 (in 3 voll.).

Le contraddizioni del malthusismo nell'ora presente, in *Studi giuridici in onore di Alberto Marghieri*, Milano, 1913.

Ancora del pregiudizio regionalista e del settarismo politico sullo scandalo del palazzo di giustizia, in *RPopPol*, XIX, 1913, 259-260.

Repubblica e regime rappresentativo, in *RPopPol*, XIX, 1913, 290-292.

La reazione militarista, in *RPopPol*, XIX, 1913, 458-461.

Democrazia e oligarchia, in *RPopPol*, XIX, 1913, 400-402.

Ugo Conti

1886

Intorno alle nuove dottrine di diritto penale con particolare riguardo alla pena di morte, Bologna, Zanichelli, 1886.

1888

I minorenni delinquenti e il progetto Zanardelli, in *Fil.*, XIII, 1888.
I fanciulli delinquenti, Bologna, Zanichelli, 1888.

1889

La recidiva e il progetto Zanardelli, Bologna, Zanichelli, 1889.
Carte da giuoco, in *Dig. it.*, 1889, e poi Torino, UTE, 1889.
Casi di custodia, in *Dig. it.*, 1889, e poi Torino, UTE, 1889.

1890

Della imputabilità e delle cause che la escludono o la diminuiscono, in
Trattato Cogliolo, I, 2. a, 1890, *per totum*.

1891

L'ordinamento giudiziario militare, Milano, Vallardi, 1891.
La récidive dans le Code pénal italien, Lyon, Storck, 1891.
Questioni penali in Francia. Note di viaggio, in RP, XXXIII, 1891,
 475-497.
Stabilimenti penitenziari all'estero. Nuove note di viaggio, in RP, XXXIV,
 1891, 402-418, 504-527.

1892

Gli articoli 49 a 60 del codice penale italiano, Milano, Vallardi, 1892.

1894

Il problema dei riformatori, Milano, Tip. del Riformatorio, 1894.
Luigi Martini e i piccoli abbandonati. Conferenza, Bologna, Soc. tipografica, 1894.
Il delinquente nel diritto criminale, in AG, LII, 1894, 266 ss., e poi
 Modena, Soc. Tip. Mod., 1894.
Provocazione e giusto dolore, in *Studi illustrativi*, II, 1893-94, 16-29.

1895

L'intervento della difesa nell'istruttoria, in RP, XLI, 1895, 5-43.
Cause escludenti e diminuenti, giustificanti e scusanti, in *Dig. it.*, 1895,
 e poi Torino, UTE, 1895.
In tema di legittima difesa e di responsabilità civile per fatto altrui, Bologna, Azzoguidi, 1895.

1896

Il V congresso penitenziario internazionale. Impressioni, in RP, XLIII,
 1896, 74-88, 277-286.

1897

I moventi a delinquere e il Codice penale italiano (1897), in *Studi illustrativi*, V, 1896-97, 129-153, 193-212.
Ancora dei moventi a delinquere, in *RDCarc.*, XXII, 1897, 605-617,
 e poi in *Onoranze Carrara*, 1899, 113-149.

Il ricorso del responsabile civile in Cassazione: notificazione, in *Cass. un.*, VIII, 1897, 193-196.

L'atto di vendita al minuto agli effetti delle leggi daziarie, in *Dir. e giurisprudenza in materia d'imposte, ecc.*, III, 1897, fasc. 6.

1898

Nuove ricerche intorno ai moventi a delinquere, in *RP*, XLVIII, 1898, 413-428, e poi in *Cinquantesimo Pessina*, II, 313-339.

Sul valore discriminante dell'art. 192 cod. pen., in *GP*, IV, 1898, 666-669.

La soccombenza della parte civile, in *Cass. un.*, IX, 1898, 1-4.

1899

Sulla pena indeterminata, in *Cass. un.*, X, 1899, 1121-1123.

1900

Sempre sui moventi a delinquere, in *RP*, LI, 1900, 249-279, 609-629.
Della polizia giudiziaria. Prolusione, Cagliari, 20 gennaio 1900, in *GP*, VI, 1900, 129-144.

Sulla protezione dell'infanzia abbandonata e sull'applicazione delle disposizioni del codice civile che vi hanno riguardo. Relazione al V congresso nazionale delle opere pie, Venezia, Tip. Orfanatrofio, 1900.

1901

Il sesto congresso penitenziario internazionale, in *RP*, LIII, 1901, 341-355, 722-731.

La nuova procedura criminale italiana, in *Cass. un.*, XII, 1901, 1457-1468, 1489-1500.

Se sia applicabile l'amnistia ai reati commessi nel giorno della sua concessione, in *Giur. it.*, LIII, 1901, 305-310.

1902

La nuova procedura criminale italiana, in *RDPSC*, III, 1902, 337-376, 425-464.

L'omicidio giustificabile e l'omicidio scusabile nel progetto di codice penale per gli Stati Uniti d'America, in *RP*, LV, 1902, 653-659.

Abbonamento od appalto?, in *GP*, VIII, 1902, 33-41.

Locatore e colono in rapporto all'articolo 60 del codice penale italiano, in *Giur. it.*, LIV, 1902, 75 ss., poi in *Foro sardo*, I, 1902 e quindi Sassari, 1902.

Minorenni delinquenti, in *Riv. di beneficenza pubblica, previdenza e igiene sociale*, XXX, 1902, e poi Bologna, Zamorani & Albertazzi, 1902.

Minorenni abbandonati, in *Riv. di beneficenza ecc.*, XXX, 1902, e poi Bologna, Zamorani & Albertazzi, 1902.

1903

La delinquenza in varii stati d'Europa, in *RDPSC*, IV, 1903, 218-238, ed in *NA*, CXCI, 1903, 303.

Interdizione dai pubblici uffici e capacità a fare da testimone nei testamenti, in *Giur. it.*, LV, 1903.

Omicidio volontario e infanticidio (art. 364 e 369 c.p.), in *La legge*, XLIII, 1903, 1651-1655.

Difesa legittima rispetto ai diritti che si difendono, in *Ronda giudiziaria*, I, 1903, 217 ss., e poi Verona, Drucker, 193.

1904

Offese in atti o arringhe giudiziarie, Cagliari, tip. Unione Sarda, 1904.
Contro il delitto, in AA.VV., *Per le onoranze al prof. V. Lilla*, Messina, 1904, 75-79.

1905

Statistica carceraria italiana, in RDPSC, VI, 1905, 9-24.

Ancora dei giurati. Relazione sulla quarta questione della sezione prima al Congresso penitenziario internazionale in Budapest, 1905, in GP, XI, 1905, 285-287.

Sull'eccesso di difesa, in *La legge*, XLV, 1905, 51-55.

Per i minorenni abbandonati, in *Cass. un.*, XVI, 1905, 337-340.

La statistica dei riformatori, Bologna, Zamorani & Albertazzi, 1905.

1906

Sulla liberazione condizionale, in RDPSC, VII, 1906, 85-114.

Ciò che dovrebbe essere un giudizio penale, in RP, LXIII, 1906, 5-19.

Sulla detenzione semplice, in *Cass. un.*, XVII, 1906, 1465 ss.

Sul mantenimento dei carcerati, in *Giur. pen.*, XXVI, 1906, 405 ss.

1907

L'arresto, in GP, XIII, 1907, 1329-1337.

Delle riforme alla legislazione penale. Comunicazione al terzo Congresso nazionale del Partito Radicale (Bologna, 30 maggio 1907), in RDPSC, VIII, 1907, 196-212, 287-307.

1908

Sul sistema di governo dei detenuti indisciplinati, ribelli e agitati negli stabilimenti carcerari. Risposta al « referendum » della Rivista di discipline carcerarie (con altri Autori), in *RDCarc.*, XXXIII, 1908, 66-91, 137-191.

1909

Concordato e bancarotta, in *Dir. comm.*, XXVIII, 1909 (= n.s., I, 1909), e poi Torino, UTET, 1910.

Sospensione di procedimento, in *Giur. pen.*, XXIX, 1909, 197 ss.

Sospensione della pena come surrogato penale, in *Il progresso del dir. criminale*, I, 1909, 24 ss.

Recensione a F. Racioppi, I. Brunelli, Commento allo Statuto del Regno, in GP, XV, 1909, 447-448.

1910

Saggio del programma di un corso di diritto penale coloniale, Roma, Pallotta, 1910.

I complementi di pena. Relazione all'VIII Congresso penitenziario internazionale, Washington, 1910.

Il trattamento dei recidivi, in *Cass. un.*, XXI, 1910, 97 ss.

Pei minorenni delinquenti, in *RDCarc.*, XXXV, 1910.

Il magistrato dei minorenni, Bologna, Zamorani & Albertazzi, 1910.

La pena e il sistema penale del codice italiano, in *Enc. Pessina*, IV, 1910, per totum.

Diritto penale coloniale. Linee generali, in *RP*, LXXII, 1910, 398-408.

1911

Diritto penale e suoi limiti naturali. I. Le ultime sistemazioni proposte, Cagliari, Dessi, 1911.

Relazione sul Congresso penitenziario internazionale di Washington, Roma, Tip. delle Mantellate, 1911.

Le prigioni americane. Conferenza, Milano, 1911, Roma, soc. editr. Laziale, 1911.

1912

Diritto penale e suoi limiti naturali. II. Concetto della pericolosità criminale, Cagliari, Dessi, 1912.

1913

Diritto penale e suoi limiti naturali. III. Giurisdizione e amministrazione, Cagliari, soc. tipogr. Sarda, 1913.

Decisioni penali definitive e non definitive, in *RDPP*, IV, 1913, parte 2^a, 227-230.

Libertà vigilata, in *RDCarc.*, XXXVIII, 1913.

1914

Pena e complemento di pena, in *RP*, LXXX, 1914, 533-557.

1915

Dell'opera scientifica di Francesco Faranda, in *RDPP*, VI, 1915, 65-79.

Giuseppe D'Aguanno**1883**

Sul contratto di locazione immobiliare. Quistione di diritto, Palermo, Vena, 1883.

1884

Del conflitto delle leggi in materia civile, Palermo, Vena, 1884.

La missione dello Stato, Palermo, Vena, 1884.

Il diritto di prelazione, Palermo, Vena, 1884.

1886

I sistemi filosofici del diritto nell'epoca moderna (da Grozio a Hegel) (1886), in *Ant. giur.*, I, 1886-87, 539-558, e poi Palermo, Vena, 1886.

1888

Sulla ricerca genetica del diritto di proprietà. Saggio, in AG, XLI, 1888, 217-238.

Origine del diritto di successione. I. *Sul fondamento scientifico del diritto di successione*, in RFS, VII, 1888, 568-601.

1889

La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze delle scienze antropologiche, con applicazioni pratiche al diritto vigente, in AP, X, 1889, 382 ss.

1890

La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico-sociali, con applicazioni pratiche al codice vigente, Torino, Bocca, 1890.

La missione sociale della donna secondo i dati dell'antropologia e della sociologia. I. *I dati antropologici*. II. *La missione sociale della donna e la funzione legislativa*, in RFS, IX, 1890, 449-478, 608-628.

La donna nella legislazione italiana, in RFS, IX, 1890, 629-631.

1891

Sulla influenza della donna nella etiologia del delitto, in CG, XXII, 1891, 236 ss.

La riforma della procedura civile, in CS, I, 1891, 187.

Il gratuito patrocinio, in CS, I, 1891, 220.

Sul diritto di successione. Risposta al signor Avv. Antonio Di Bella, in *Spe*, II, 1891, 52-57.

Sull'efficacia pratica della scuola positiva di filosofia giuridica, in SP, I, 1891, 58-64.

L'abolizione della guerra come effetto della trasformazione della lotta per l'esistenza, in RFS, X, 1891, 508-535, e poi Milano, Dumolard, 1891.

Recensione a C. Carle, La vita del diritto nei suoi rapporti con la vita sociale (2ª ediz.), in CG, XXII, 1891, 150 ss.

1892

La scuola popolare nel suo processo storico e nella sua idealità scientifica, in *La libertà e la pace*, II, 1892, e poi Palermo, Tip. del Giornale di Sicilia, 1892.

I problemi fondamentali della pedagogia, in *La libertà e la pace*, II, 1892, e poi Palermo, Tip. del Giornale di Sicilia, 1892.

La nuova fase della procedura civile, in *Tribuna giudiziaria*, VI, 1892, e poi Napoli, 1892.

La riforma della procedura civile. I vicepretori, in CS, II, 1892, 109-110.
L'istituto della Cassazione, in CS, II, 1892, 319-320.

1893

La riforma integrale della legislazione civile, in SDP, I, 1893, 42-48, 138-152, 321-338, 598-621, 672-694, 733-760, e poi Firenze, Ciardi, 1893.

Ancora sul socialismo giuridico del prof. Loria, in SDP, I, 1893, 641-643.

Recensione a M. A. Vaccaro, *Le basi del diritto e dello Stato*, in SDP, I, 1893, 635-640.

La funzione dello Stato nel magistero educativo, in *La libertà e la pace*, III, 1893, e poi Palermo, Tip. del Giornale di Sicilia, 1893.

1894

L'ideale scientifico della pace internazionale, in RS, I, 1894, 241-258.

Recensione a R. Schiattarella, *Saggio d'una spiegazione analitica del fenomeno ereditario*, in SDP, II, 1894, 306-307.

Recensione a F. Magri, *Studio sperimentale intorno ai sistemi repressivi*, in SDP, II, 1894, 768-772.

Recensione a P. Cogliolo, *Discorso di chiusura del corso annuale di pratica civile ed esercitazioni forensi*, in CG, XXV, 1894, 301 ss.

Recensione a F. Magri, *L'ipnotismo come mezzo di educazione nelle case dei corrigendi*, in CG, XXV, 1894, 216 ss.

Recensione a F. Savagnone, *L'uomo e le sue illusioni nel campo della religione della morale e del diritto*, in CG, XXV, 1894, 172 ss.

1895

Lo spiritualismo e il positivismo nella filosofia giuridica contemporanea, Palermo, Puccio, 1895.

La filosofia giuridica da Kant a Spencer, Palermo, Puccio, 1895.

La funzione sociale del diritto civile (1895), in RPol., I, 1895-96, 55-59, 189-191, 196-199.

Recensioni a Di Bernardo, *La pubblica amministrazione e la sociologia*, e a G. Dandolo, *Appunti di filosofia*, in RPol., I, 1895-96, 30-31, 110-111.

1896

La morale e il diritto nel sistema filosofico di Augusto Comte, Palermo, Zappulla, 1896.

Recensione a A. Tortori, *Sociologia e diritto commerciale*, in CG, XXVII, 1896, 93 ss.

Appunti di lezioni di filosofia del diritto. I sistemi idealisti posteriori ad E. Kant (Fichte, Schelling, Hegel), Palermo, Puccio, 1896.

1897

I monti di famiglia in Sicilia, Palermo, Puccio, 1897.

Appunti dalle lezioni di filosofia del diritto. I sistemi idealisti tedeschi posteriori a E. Kant (Fichte, Hegel, Schelling), Palermo, Puccio, 1897 (2^a ediz.).

I recenti progressi della causa della pace, in RSFD, I, 1897, 49-51.

Lo spiritualismo e il positivismo nella filosofia giuridica contemporanea, in RSFD, I, 1897, 25-39, 91-104.

1898

La filosofia giuridica dai primordi fino ad Aristotele, in RSFD, I, 1897, e II, 1898, 14-31.

1899

Recensione a G. Vadalà Papale, Le leggi nella dottrina di Dante Alighieri e Marsilio da Padova, in RSFD, II, 1899, 191.

1900

Dell'influenza del pensiero filosofico sulla legislazione e sulla vita sociale. Discorso inaugurale letto nell'Università di Camerino il 19 novembre 1899, Camerino, Savini, 1900.

Compendio storico della filosofia morale e giuridica in Oriente e in Grecia dalle origini al sec. II d.C., Palermo, Puccio, 1900.

La morale e il diritto nei sistemi stoico ed epicureo, in RSFD, II, 1900, 193-232.

1901

Il compito perenne della filosofia del diritto. Prolusione detta il 19 maggio 1901 nella R. Università di Parma, Parma, Bartoli, 1901.

Sunti dalle lezioni di filosofia del diritto, Parma, Bartoli, 1901.

1902

Lezioni di filosofia del diritto, Parma, Bartoli, 1902.

Per il centenario di G. D. Romagnosi, in RSFD, II, 1902, 465-467.

1903

Giandomenico Romagnosi filosofo e giureconsulto, in RSFD, II, 1903, 476-586.

1906

Giandomenico Romagnosi filosofo e giureconsulto, Parma, Tip. cooper. parmense, 1906.

Lezioni di filosofia del diritto, anno accad. 1905-1906, Parma, Bartoli, 1906.

1908

I nuovi ideali del diritto e della giustizia, in AG, LXXIX-LXXX, 1908, e poi Roma, Direz. dell'Arch. giur., 1908 = Modena, Soc. tip. modenese, 1908.

Francesco De Luca

1891

La diffamazione e la stampa periodica, Roma, Società Laziale, 1891.

1893

L'evoluzione e la giuria, Girgenti, Tip. Formica, 1893.

1894

L'anarchia e la legge penale, Girgenti, Tip. Formica, 1894.

Il carcere preventivo e l'economia sociale, in SP, IV, 1894, 293-295.

La legge sui latifondi e l'aristocrazia siciliana, in CS, IV, 1894, 262-263.

I « Fasci » e la questione siciliana, in CS, IV, 1894, 166-169, 183-187.

1895

Il signor Di Rudinì e i latifondi, in CS, V, 1895, 97-99.

L'evoluzione giuridica e il duello, in GP, I, 1895, 824-827, 886-889.

È necessaria la possibilità del danno nel reato di violazione di doveri inerenti ad un pubblico ufficio?, in GP, I, 1895, 1201-1202.

Questioni ardenti o: il socialismo rispetto alla patria, alla libertà, alla morale positiva. Appunti, Girgenti, Tip. Formica, 1895.

L'evoluzione e la giuria, Girgenti, 1895 (2^a ediz.?).

A proposito del congresso di Breslavia, in RPol, I, 1895-96, 141-143.

1896

I compartecipi del duello, in SP, VI, 1896, 24-28.

Un bel caso, in SP, VI, 1896, 245-248.

Due famiglie di neuropatici e delinquenti, in SP, VI, 1896, 695-699.

Degli effetti dell'amnistia sulla elezione dei deputati, in Cass. un., VII, 1906, 595-597.

Nessi fra la scienza penale e l'economia sociale, in RPol, I, 1895-96, 282-283.

1897

Teorica del punire e dei reati di Stato, con brevi note sul codice penale italiano, Catania, Giannotta, 1897.

L'appropriazione indebita ed il furto del condomino in Cassazione, in SP, VII, 1897, 32-35.

Se gli art. 358 e 403 c.p.p. riguardino solo gli effetti delle sentenze, in GP, III, 1897, 339-341.

1898

Antropologia criminale e scuola positiva, in SP, VIII, 1898, 51-56.

Per l'organizzazione dei socialisti siciliani, in RPopPol, III, 1898, 251-253.

1899

I diritti delle diobolarie, in SP, IX, 1899, 428-430.

L'unificazione del diritto penale svizzero, in Cass. un., X, 1899, 225-233.

1900

Un caso di pretesa diffamazione, in SP, X, 1900, 600-603.

L'elemento politico-sociale nel reato (a proposito di colpa), in RDPSC, I, 1900, 217-226.

L'anarchia nella sociologia e nella legge penale, in RDPSC, I, 1900, 397-412.

1901

Specie di falso in atti pubblici, in SP, XI, 1901, 32-42.

L'art. 89 legge elettorale politica; l'art. 92 legge com. e l'art. 290 c.p., in SP, XI, 1901, 405-413.

Linee generali del nuovo indirizzo penale (sempre a proposito di colpa), in RDPSC, II, 1901, 27-44.

La classificazione delle delinquenze, in RDPSC, II, 1901, 257-314.

La Monarchia italiana ed il partito socialista. Brevi appunti di storia e d'attualità, Catania, Tip. Sicula, Monaco e Mollica, 1901.

Mazzini, Marx e Cavallotti. Conferenza, Catania, Giannotta, 1901.

1902

Libero arbitrio e determinismo, in SP, XII, 1902, 1-19.

1903

Giudici e gravami penali. Note di dottrina e giurisprudenza, Catania, Giannotta, 1903.

Le finalità del giure punitivo, in RDPSC, IV, 1903, 129-147.

Morale, diritto e delitto, in RDPSC, IV, 1903, 208-217.

I vaglia postali nella legge penale (1903), in Studi illustrativi, XI, 1902-1903, 193-200.

Ultime schermaglie intorno a Mazzini e al socialismo, in CS, XIII, 1903, 148.

1904

La guardia campestre particolare, in SP, XIV, 1904, 246-257.

Limiti dell'appello della parte civile, in SP, XIV, 1904, 583-593.

Il bacio nella psicologia e nel giure penale, in RDPSC, V, 1904, 45-52.

Repubblica e socialismo riformista, in RPopPol, X, 1904, 293-297.

Marx e Mazzini (vessate questioni), in Vita internazionale, VII, 1904, n. 13.

1905

La mafia e la scuola penale positiva, in RDPSC, VI, 1905, 126-134.

1906

La criminalologia e le scienze economico-sociali. Prolusione, Catania 3 dicembre 1906, in RDPSC, VII, 1906, 3-16.

Per gl'illustri e gli umili. Conferenze e discorsi, Catania, Giannotta, 1906.

1907

La contravvenzione. Tentativo d'una ricostruzione giuridico-sociale, in RDPSC, VIII, 1907, 81-96, 162-195, 257-286.

La responsabilità penale dei ministri ed il potere giudiziario, Catania, Giannotta, 1907. Già in SP, XVII, 1907, 641-653.

Prigionie e processi: una pagina di storia siciliana. Ricordi del 1894, Catania, Giannotta, 1907.

La falsificazione della cartolina-vaglia e l'atto pubblico faciente piena fede, in GP, XIII, 1907, 1115-1118.

Sempre a proposito di falso in cartoline-vaglia, in GP, XIII, 1907, 1455-1456.

1909

Lo stato d'assedio. La fucilazione e le pubbliche calamità, in RDPSC, X, 1909, 122-140.

L'elemento etnico nei reati di libidine, Catania, Giannotta, 1909.

1910

L'elemento etnico nei reati di libidine. Considerazioni per l'Italia con speciale riguardo ad alcune città siciliane, in Studi Ciccaglione, II, 1910 (già pubbl. nel 1909, Catania, Giannotta).

L'anarchia e la federazione giuridica degli Stati civili, in RDPSC, XI, 1910, 55-63.

Il preteso tramonto del diritto penale e l'essenza o la funzione della pena, in RDPSC, XI, 1910, 237-245.

La congiunzione carnale con la minore di 16 anni è sempre un delitto?, in RDPP, I, 1910, 590-598.

Il ricorso contro le sentenze dei tribunali di guerra creati durante lo stato d'assedio politico, in *Il progresso del diritto criminale*, II, 1910, 231 ss.

1911

Concorso materiale e formale di reati. Falso documentale pubblico, in SP, XXI, 1911, 64-69.

Appunti polemici. Ancora sugli atti di libidine e sul ricorso contro le sentenze dei tribunali di guerra, in RDPP, II, 1911, 470-480.

La natura giuridica della cartolina vaglia... in relazione al reato di falso, in RDPP, II, parte 2^a, 1911, 321-327.

Il Partito Socialista e la questione meridionale, Milano, Vita Internazionale, 1911.

1912

Rapine, estorsioni e ricatti. Stato di fatto e confronti. Relazione al Primo Congresso nazionale contro la delinquenza e l'analfabetismo, Girgenti, 21-25 maggio 1911, in RDPSC, XIII, 1912, 122-143.

Rapporti tra gli elementi del falso documentale e quelli della compravendita. Falso materiale ed ideologico. Le ipotesi degli artt. 275, 276 e 279 c.p., in SP, XXII, 1912, 332-338.

I difetti del nostro procedimento penale, in RDPP, III, 1912, 271-278.

Di alcuni principi fondamentali della criminologia nell'attuale momento storico, in RDPP, III, 1912, 705-723.

Note a sentenza, in RDPP, III, 1912, 658, 744.

Il Congresso di Reggio Emilia. Note retrospettive di un vecchio socialista, Roma, La Sintesi, s.d. (ma 1912?).

1913

La libertà personale e la difesa dell'imputato, in RDPP, IV, 1913, 257-263.

La pubblicità del dibattimento ed il nuovo codice di procedura penale, in *Il progresso del diritto criminale*, V, 1913, 69 ss.

L'educazione dei fanciulli, la donna e la felicità. Conferenza, Catania, 1913.

Giuseppe Mazzini e le più importanti questioni politico-sociali odierne, Conferenza, Catania, Giannotta, 1913.

Quale reato può costituire il bacio violento? in SP, XXIII, 1913, 71.

1914

L'anarchia e la bomba nella delinquenza settaria e comune. Confronto tra l'art. 255 del cod. pen. it. e la legge eccezionale 19 luglio 1894, n. 314, in RDPP, V, 1914, 211-217.

Brevi considerazioni sugli artt. 72 e 196 del nuovo codice di procedura penale, in RDPP, V, 1914, 491-494.

L'essenza del ricorso in cassazione ed il c.p.v. dell'art. 500 del nuovo codice di proc. pen., in *Il progresso del diritto criminale*, VI, 1914, 217 ss.

La necessità delle scuole e dei sistemi, in RIS, XVIII, 1914, 484-490.

La riapertura dell'istruzione, in *Studi illustrativi*, secondo supplemento alla RP, I, 1914, e poi Torino, UTET, 1914.

1916

Principi di criminologia. I. Parte generale (legge penale, reato, delinquente), Catania, Giannotta, 1916.

Note a sentenza, in SP, XXVI, 1916, 82, 628, 932.

L'internazionalismo e le cause del presente conflitto, 1916.

1917

La dichiarazione dei parenti dell'imputato attraverso le testimonianze dei terzi, in SP, XXVII, 1917, 13-14.

Appellabilità e conflitto in materia di competenza, in SP, XXVII, 1917, 206-210.

A proposito della quasi recensione della « Rivista penale » ai « Principi di criminologia », in SP, XXVII, 1917, 559-561.

La criminologia e la classificazione dei delinquenti, in AP, XXXVIII, 1917.

1918

Estremi e caratteri del delitto di spendita di falsa moneta, in SP, XXVIII, 1918, 84-85.

1919

Il furto e la sottrazione di documenti, in SP, XXIX, 1919, 352-355.

1920

Principii di criminologia. II. Parte generale (circostanze discriminanti, scusanti ed aggravanti), Catania, Giannotta, 1920.

1921

La scienza italiana e la scienza tedesca in rapporto al progetto di riforma del codice penale italiano, in AP, XLII, 1921, e poi anche Milano, Bocca, 1922.

Pietro Ellero

1858

Della pena capitale (1858), poi in *Tr. crim.*, 1875, 5-92.

1859

Delle superstizioni volgari in Friuli (1859), poi in *Scr. min.*, 1875, 5-50.

Delle condizioni morali degli agricoltori in Friuli (1859), poi in *Scr. min.*, 1875, 61-68.

Delle raccomandazioni ai giudici (1859), poi in *Scr. min.*, 1875, 75-83.

Della federazione italiana (1859), poi in *Scr. min.*, 1875, 101-148.

In difesa dalla imputazione di perturbata tranquillità pel libro « Della pena capitale » (1859), poi in *Scr. min.*, 1875, 175-184.

1860

Della critica criminale, Venezia, 1860, e poi in *Tr. crim.*, 1875, 93-281.

In difesa del saggio sulle superstizioni volgari in Friuli (1860), poi in *Scr. min.*, 1875, 51-60.

Della verificaione dei miracoli da parte dell'autorità civile (1860), poi in *Scr. min.*, 1875, 69-74.

Della jerocrazia (1860), poi in *Scr. min.*, 1875, 84-92.

Del fondamento giuridico della sovranità (1860), poi in *Scr. min.*, 1875, 93-100.

Sul rapporto all'Istituto veneto delle scienze intorno al libro « Della pena capitale » (1860), poi in *Scr. min.*, 1875, 185-191.

Delle recenti discussioni al Parlamento subalpino sull'abolizione dell'estremo supplicio (1860), poi in *Scr. min.*, 1875, 192-205.

1861

- La filosofia del diritto*. Prolusione all'Accademia scientifico letteraria di Milano, Milano, 1861, e poi in *Scr. pol.*, 1876, 304-321.
- Del duello* (1861), poi in *Op. crim.*, 1874, 169-244.
- Delle origini storiche del diritto di punire* (1861), in GAPM, I, 1861-1862, 218-262, e poi in *Op. crim.*, 1874, 5-40.
- Della prevenzione dei crimini* (1861), in GAPM, I, 1861-62, 103-151, e poi in *Op. crim.*, 1874, 41-86.
- Di un Istituto giuridico in Italia* (1861), poi in *Scr. min.*, 1875, 149-159.
- Programma del giornale per l'abolizione della pena di morte* (1861), in GAPM, I, 1861-62, 3-12, e poi in *Scr. min.*, 1875, 206-215.
- Cronaca del giornale per l'abolizione della pena di morte* (1861), in GAPM, I, 1861-62, 58-71, e poi in *Scr. min.*, 1875, 216-225.

1862

- Sul progetto dell'Istituto giuridico* (1862), poi in *Scr. min.*, 1875, 160-168.
- Della emenda penale* (1862), poi in *Op. crim.*, 1874, 129-168.
- Sul «Beccaria e il diritto penale» di Cesare Cantù* (1862), in GAPM, II, 1862-63, 102-137, e poi in *Op. crim.*, 1874, 100-128.
- Il giuri in Italia* (1862), in GAPM, I, 1861-62, 361-400, e poi in *Op. crim.*, 1874, 245-275.

1863

- Sulle prove criminali* (1863), poi in *Op. crim.*, 1874, 276-287.
- Della minore responsabilità penale delle donne* (1863), poi in *Op. crim.*, 1874, 87-99.
- Al Consigliere Bonneville de Massangy* (1863), in GAPM, II, 1862-63, 195-222.
- Sulla revisione delle leggi penali del Regno d'Italia* (1863), in GAPM, III, 1864-65, 200-221, e poi in *Op. crim.*, 1874, 301-317.
- Note critiche al primo libro del codice penale italiano* (1863), in GAPM, III, 1864-65, 331-341, e poi in *Op. crim.*, 318-324.
- Note critiche al progetto di codice penale portoghese* (1863), in GAPM, II, 1862-63, 314-346, 410-437, e poi in *Op. crim.*, 1874, 296-440.
- Ragioni contro la supposta necessità della pena capitale* (1863), poi in *Scr. min.*, 1875, 237-259.
- Ragioni contro l'apologia della pena capitale di Augusto Vera* (1863), in GAPM, III, 1864-65, 73-134, e poi in *Scr. min.*, 1875, 260-308.

1864

- Delle leggi sulla stampa* (1864), poi in AG, III, 1869, 181-226, 294-306, 432-459, 609-654, 745-767, e quindi in *Tr. crim.*, 1875, 282-438.
- Sull'Istituto Savigny* (1864), poi in *Scr. min.*, 1875, 169-174.
- Stato della questione sulla pena capitale in Italia* (1864), poi in *Scr. min.*, 1875, 313-316.

Additare i mezzi più atti a procurare il miglioramento morale dei carcerati, Modena, Soliani, 1864.

1865

Le doglianze di ser Giusto (1865), poi in *Scr. pol.*, 1876, 5-156.

Epilogo del giornale per l'abolizione della pena di morte (1865), in GAPM, III, 1864-65, 406-419, e poi in *Scr. min.*, 1875, 226-236.

Orazione per l'abolizione della pena capitale (1865), poi in *Scr. min.*, 1875, 309-312.

Dei mezzi più opportuni a bandire dalla società il duello, o almeno a renderlo meno frequente, Modena, Soliani, 1865.

Sunto del libro « Il Friuli orientale » di Prospero Antonini. All'avvocato Francesco Carrara, professore della Università di Pisa (1865), poi in *Scr. pol.*, 1876, 244-262.

1866

Primo manifesto agli elettori del collegio di Pordenone (1866), poi in *Scr. pol.*, 1876, 263-288.

1867

Relazione della Repubblica Sammarinese (1867), poi in AG, I, 1868, 264-308, 361-404 e quindi in *Scr. pol.*, 1876, 157-243.

Osservazioni sul progetto del codice penale italiano (1867), poi in *Op. crim.*, 1867, 325-349.

Secondo manifesto agli elettori del collegio di Pordenone (1867), poi in *Scr. pol.*, 1876, 289-293.

Stato della questione sulla pena capitale in Europa (1867), poi in *Scr. min.*, 1875, 317-321.

1868

Manifesto dell'Archivio giuridico (1868), in AG, I, 1868, 3-12, e poi in *Scr. pol.*, 1876, 294-303.

Sul progetto di codice penale pel Regno d'Italia (1868), in AG, II, 1868, 316-336, 423-448, e poi in *Op. crim.*, 350-395.

Recensione a P. Nocito, Prolegomeni alla filosofia del diritto giudiziario penale e civile, in AG, I, 1868, 94.

Recensione a E. Vidari, Del rispetto della proprietà privata degli Stati in guerra ed allo stesso, Del principio di intervento e di non intervento, in AG, I, 1868, 488.

1872

La sanzione della natura. Prolusione per l'Università di Roma (1872), poi in *Scr. pol.*, 1876, 323-331.

Considerazioni critiche sul processo contro Giacomo Martignoni e Filippo Borgomanero per grassazione con omicidio (1872), poi in *Op. crim.*, 1874, 288-300.

1873

Il codice penale germanico (1873), poi in *Op. crim.*, 1874, 441-474.

1874

Opuscoli criminali, Bologna, Fava e Garagnani, 1874.

La questione sociale, Bologna, Fava e Garagnani, 1874.

1875

Scritti minori, Bologna, Fava e Garagnani, 1875.

Trattati criminali, Bologna, Fava e Garagnani, 1875.

1876

Scritti politici, Bologna, Fava e Garagnani, 1876.

I vincoli dell'umana alleanza. Prolusione all'Università di Bologna, Bologna, Fava e Garagnani, 1876, e poi in *Scr. pol.*, 1876, 332-348.

1879

La tirannide borghese, Bologna, Fava e Garagnani, 1879.

La riforma civile, Bologna, Fava e Garagnani, 1879, e poi Torino, Roux e Favale, 1881 (2^a ediz.).

1885

La psichiatria, la libertà morale e la responsabilità penale, Padova, 1885

1886

La sovranità popolare, Bologna, Fava e Garagnani, 1886.

1896

De la certidumbre en los juicios criminales, in *Revista de legislacion y jurisprudencia*, 1896, e poi Madrid, 1896.

1901

L'eclissi dell'idealità, Bologna, Zanichelli, 1901.

1912

La vita dei popoli, Torino, UTET, 1912 (2 voll.).

1915

Aforismi morali, Torino, UTET, 1915.

Enrico Ferri**1878**

La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio, Firenze, Barbera, 1878.

Studi critici su «L'uomo delinquente» del Prof. Cesare Lombroso, in *Rivista europea*, 1878, e poi in *St. crim.*, 1901, 1-12.

1879

Risposta ad una critica dell'avv. Cavaglià, in RP, 1879, e poi in *St. crim.*, 1901, 13-16.

La necessità del reato, in RP, X, 1879, 90-92.

1880

Dei sostitutivi penali, in AP, I, 1880, 67 ss., 214 ss.

Diritto penale ed antropologia criminale, in AP, I, 1880, 448 ss.

1881

I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale, Bologna, Zanichelli, 1881.

Studi sulla criminalità in Francia dal 1826 al 1878, Roma, 1881, e poi in *St. crim.*, 1901, 17-59.

Il divorzio come sostitutivo penale (*Risposta di E. F. a Crivellari e Lombroso*), in AP, II, 1881, 91 ss.

Studi comparati d'antropometria criminale e normale, in AP, II, 1881, 475 ss.

Dei limiti fra diritto penale ed antropologia criminale, Torino, Roux e Frassati, 1881.

Studi sui carcerati nelle case correzionali e penali, Torino, Loescher, 1881.

1882

Il riordinamento della statistica giudiziaria in Italia, in AP, III, 1882, 262 ss.

Evoluzione dell'omicidio, in AP, III, 1882, 288 ss.

Benessere e criminalità, in *La Rassegna*, 25 ottobre 1882, poi rifiuto in *Socialismo e criminalità. Appunti*, Torino, Bocca, 1883, 71-89.

Educazione e criminalità, in *La Rassegna*, 26 novembre 1882, poi rifiuto in *Socialismo e criminalità. Appunti*, Torino, Bocca, 1883, 90-115.

Il patronato dei giovani discoli [Conferenza], in *RDCarc*, XII, 1882, 193-203.

Le ragioni storiche della scuola positiva di diritto criminale, in RFS, II, 1882-83, 321-337, e poi Milano, Dumolard, 1883.

Le idee nuove nella scienza, nell'arte, nella politica, in *Il Mincio*, 26 ottobre 1882, e poi Mantova, 1882.

La criminalità in rapporto alle variazioni termometriche annuali, in *Zeitschr. f. die ges. Strafrechtswiss.*, 1882, poi in AP, III, 1882, 149 ss., e poi in *St. crim.*, 1901, 60-97.

Il diritto di punire come funzione sociale, in AP, III, 1882, 51 ss., e poi Torino, Loescher, 1882.

1883

La scuola positiva di diritto criminale [Prelezione al corso di diritto e procedura penale nella R. Università di Siena, 18 novembre 1882], Siena, Torrini, 1883.

Obbiezioni comuni all'antropologia criminale, in *Il Gravina. Rivista giuridica calabrese*, I, 1883, 58-64.

Educazione, ambiente e criminalità, in AP, IV, 1883, 21 ss.

Studi di antropometria su criminali pazzi e sani, in AP, IV, 1883, 110 ss.

La criminalità in Italia e la relazione De Renzis sul bilancio dell'Interno, in AP, IV, 1883, 179 ss.

L'omicidio-suicidio: responsabilità giuridica, in AP, IV, 1883, 350 ss., 448 ss., V, 53 ss., poi Torino, Bocca, 1883.

Socialismo e criminalità. Appunti, Torino, Bocca, 1883.

Socialismo, psicologia e statistica nel diritto criminale. Rassegna critica, Torino, Bocca, 1883.

Studi di psicologia comparata. Le uccisioni criminose tra gli animali, in RFS, II, 1882-83, 411-443.

Il cannibalismo nelle razze umane, in RFS, III, 1883-84, 332-344.

Recensione a F. Turati, Il delitto e la questione sociale, in RCSGS, I, 1883, 289-290.

Recensione a G. Vadalà Papale, Darwinismo naturale e darwinismo sociale, in RCSGS, I, 1883, 289-290.

Recensione a G. Orano, La recidiva nei reati, in RSSP, I, vol. 2, 1883, 94-97.

1884

Il contegno dei delinquenti: una pagina di psicologia dell'omicidio, in AP, V, 1884, 81 ss.

Risposta alle critiche dell'Omicidio-suicidio, in AP, V, 1884, 207 ss.

Il sentimento religioso negli omicidi, in AP, V, 1884, 276 ss.

Il rimorso nei delinquenti, in AP, V, 1884, 464 ss.

L'omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica, Torino, Bocca, 1884 (2^a ediz. con aggiunte polemiche).

Discorso commemorativo di Vittorio Emanuele II, pronunciato da E.F. il 9 gennaio 1884, Siena, Torrini, 1902.

I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale, Bologna, Zanichelli, 1884 (2^a ediz.).

Recensione a C. Lombroso, L'uomo delinquente, in RCSGS, II, 1884, 206-211.

Recensione a W. Starke, Verbrechen und Verbrecher in Preussen, 1854-1878, in RCSGS, II, 1884, 145-147.

La responsabilità del delinquente, in RDCarc, XIV, 1884, 18-28.

1885

L'imprevidenza negli omicidi comuni, in AP, VI, 1885, 258 ss.

La scuola criminale positiva [conferenza, 1885], Napoli, 1885.

Lavoro e celle dei condannati [conferenza, 1885], Roma, Libreria Nuova, 1886, e poi in *St. crim.*, 1901, 163-195.

Bibliografia intorno a recenti lavori di sociologia criminale, in *Studi senesi*, 1885, e poi Siena, 1885.

Carceri e carcerati. Piccole avventure di un criminalista antropologo, in *La domenica del fracassa*, 10 e 17 maggio 1885, e poi in *St. crim.*, 1901, 446-459.

Recensione a F. v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, in RCSGS, III, 1885, 209-211.

1886

Intorno alla concorrenza del lavoro carcerario al lavoro libero, in GdE, 1886, 692-698, e poi in *St. crim.*, 1901, 196-201.

L'antropologia criminale nel 1885, in *Revue scientifique*, 1886, e poi in *St. crim.*, 1901, 202-215.

Rapport sur les travaux du premier Congrès international d'anthropologie criminelle, in AP, VII, 1886, 3 ss.

Psicopatologia dell'omicidio: il momento deliberativo negli omicidi pazzi, in AP, VII, 1886, 112 ss.

I discorsi inaugurali del Pubblico Ministero (1884-85), in AP, VII, 1886, 361 ss.

Sentimenti ed affetti nei delinquenti, in AP, VII, 1886, 434 ss.

I contadini mantovani nell'Assise di Venezia. Eccitamento alla guerra civile (1886), Venezia, Ferrari, 1886, poi in *Difese*, 1899, 1-62, ed infine Città di Castello, Lapi, 1911.

Polemica in difesa della scuola positiva, nel volume dallo stesso titolo contenente scritti di E. F., C. Lombroso, R. Garofalo, e G. Fioretti, Bologna, Zanichelli, 1886, 51-179, e poi in *St. crim.*, 1901, 234-319.

1887

Uno spiritista del diritto penale, in AP, VIII, 1887, 11 ss., e poi in *St. crim.*, 1901, 334-338.

Manicomio criminale di Montelupo, in AP, VIII, 1887, 523 ss.

Risposta al prof. De Aramburu [Prefazione alla trad. spagnola dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, 1887], poi in *St. crim.*, 1901, 320-333.

Variations thermometriques et criminalité, in *Archives d'anthropologie criminelle*, 1887, e poi in *St. crim.*, 1901, 98-113; trad. in ital., in *St. crim.*, 1926, 95-105.

Sulla polizia e l'amministrazione carceraria. Discorso alla Camera dei deputati, 19 maggio 1887, Roma, Tipogr. della Cam. dei dep., 1887.

Le società cooperative di lavoratori e le opere pubbliche. Interpellanza, Roma, Tip. della Cam. dei dep., 1887.

Manicomio criminale, in RDCarc., XVII, 1887, 415-419.

Di nuovo del Montello, in RISocial, II, 1887, 106-107.

1888

Sull'emigrazione. Discorso alla Camera dei deputati, 15 dicembre 1888, s.l., 1888.

Frammenti dei discorsi pronunciati alla Camera dei deputati nelle tornate 26, 28 maggio e 8 giugno 1888, in AA.VV., *Appunti al nuovo Codice penale*, Torino², 1889, 97-118.

Contro l'ammonizione. Discorso alla Camera dei deputati, 16 novembre 1888, Roma, Tip. della Cam. dei dep., 1888.

Il progetto Zanardelli di codice penale Discorso alla Camera dei deputati, 26 maggio 1888, poi in *St. crim.*, 1926, 378-419.

1889

Delitti e delinquenti nella scienza e nella vita. Conferenze, Milano, Treves, 1889, e poi in *St. crim.*, 1901, 114-151.

Sull'ammonizione, in AP, X, 1889, 21 ss.

In difesa della proprietà intellettuale. Il vocabolario Melzi (1889), in *Difese*, 1899, 247-272.

Sul valore relativo delle condizioni individuali, fisiche, sociali, che determinano il crimine. Rapporto al Congresso di antropologia criminale, Parigi, 1889, in *Archives d'anthropologie criminelle*, IV, 1889, e poi in *L'anomalo*, I, 1889, 193-197.

Il suicidio dell'Arciduca Rodolfo d'Austria, in *La rinascenza*, I, 1889.

Intorno al nuovo Codice penale, in NA, CVI, 1889, 657 ss., e poi in *Difese*, 1899, 323-350.

Il nuovo Codice penale e la Scuola positiva (1889), in *Difese*, 1899, 351-356.

Una diagnosi a distanza. Mattoidi politici (1889), in *Difese*, 1899, 453-458.

La psicologia di Garibaldi, in NA, CIV, 1889, 430 ss., e poi in *DA. Conf.*, 1926, 160-195. Con il titolo *Garibaldi nelle sue «memorie»*, già in *St. crim.*, 1901, 485-514.

Sul nuovo codice penale. Discorsi alla Camera dei deputati con note di V. Morello, Napoli, Piero, 1889.

1890

Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara, in AG, 1890, e poi in *St. crim.*, 1901, 389-406.

La guerra, Conferenza, 1890, in *La gazzetta piemontese*, 17-18 luglio 1890, e poi in *St. crim.*, 1901, 515-532.

Lo studente Martellotta (1890), in *Difese*, 1899, 63-80.

Relazione di E.F. in Il patto di Roma del 13 maggio 1890. Programma della Democrazia italiana per la XVII legislatura (Testo riveduto del programma Cavallotti, Relazione Ferri, Discorsi di Bovio e Cavallotti...), Milano, 1890.

1891

Il tipo criminale e la natura della delinquenza, in AP, XII, 1891, 185 ss.

Sentenze dei tribunali di Bologna e di Bari in tema di delitto collettivo, in AP, XII, 1891, 323 ss.

- Il giudizio della folla. Gli studenti fischiatori di Giosuè Carducci* (1891), in *Difese*, 1899, 221-246.
- Le corbellerie del monumento zanardelliano*, in *CS*, I, 1891, 28.
- Il disastro ferroviario di Grazzano* (1891), in *Difese*, 1899, 273-322.
- Sul tentativo di subornazione* (1891), in *Difese*, 1899, 368-370.
- La cosiddetta volontarietà nelle contravvenzioni*, in *SP*, I, 1891, 1-10, e poi in *Difese*, 1899, 402-411.
- Criminalità in Italia e sostitutivi penali a rovescio*, in *SP*, I, 1891, 102-117.
- Provocazione e premeditazione*, in *SP*, I, 1891, 255-263, e poi in *Difese*, 1899, 436-445.
- Volontarietà e ricettazione*, in *SP*, I, 1891, 352-358, e poi in *Difese*, 1899, 428-435.
- Nota all'articolo di G. Leti, Colonie penitenziarie all'Eritrea*, in *SP*, I, 1891, 621-624.
- Condanna condizionale*, in *SP*, I, 1891, 673-686.

1892

- Violenza privata e delitti contro la libertà del lavoro*, in *SP*, II, 1892, 193-199.
- La riabilitazione del diritto penale romano*, nel volume per le *Onoranze a F. Serafini per il 35° anno del suo insegnamento...*, Firenze, 1892, e poi in *St. crim.*, 1901, 413-415.
- Corso di filosofia del diritto*, Roma, 1892.
- Sociologia criminale*. Terza edizione completamente rifatta dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Torino, Bocca, 1892.
- L'omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica*, Torino, Bocca, 1892 (3^a ediz. molto aumentata).

1893

- L'art. 46 c.p. nelle Corti d'Assise*, in *SP*, III, 1893, 9-19, e poi in *Difese*, 1899, 376-386.
- Rigorismo penale e scuola positiva*, in *SP*, III, 1893, 110-115, e poi in *Difese*, 1899, 357-362.
- Interpretazione della legge e scuola positiva*, in *SP*, III, 1893, 158-163, e poi in *Difese*, 1899, 363-367.
- Il progetto Bonacci sulla condanna condizionale*, in *SP*, III, 1893, 228-231.
- L'omicidio in Europa*, in *SP*, III, 1893, 248-251.
- Legittima difesa reciproca*, in *SP*, III, 1893, 264-268, e poi in *Difese*, 1899, 446-450.
- La psicologia del reato nella giurisprudenza della Cassazione*, in *SP*, III, 1893, 338-348, e poi in *Difese*, 1899, 412-422.
- Recensione a C. Lombroso e G. Ferrero, La donna delinquente*, in *SP*, III, 1893, 357-365, e poi in *St. crim.*, 1926, 420-432.
- Passanante, Caporale, Berardi*, in *SP*, III, 1893, 365-367, e poi in *Difese*, 1923, II, 649-652.

- Il contegno degli omicidi pazzi*. I. *Prima del delitto*, in SP, III, 1893, 398-409; II. *Durante il delitto*, in SP, III, 1893, 446-461; III. *Dopo il delitto*, in SP, III, 1893, 481-502; IV. *Dopo il delitto*, in SP, III, 1893, 543-561.
- Ancora delle dirimenti e scusanti nelle questioni ai giurati*, in SP, III, 1893, 651-657, e poi in *Difese*, 1899, 395-401.
- Divorzio e sociologia*, in SP, III, 1893, 744-746.
- Il progetto di codice penale svizzero*, in SP, III, 1893, 753-759.
- Inchiesta svizzera sui delinquenti incorreggibili*, in SP, III, 1893, 838-843, e poi in *St. crim.*, 1926, 574-579.
- La notte nel codice penale*, in SP, III, 1893, 1028-1032, poi in *Difese*, 1899, 371-375.
- La provocazione nei delitti di stampa*, in SP, III, 1893, 1057-1059.
- L'antisemitismo*, in *Nuova rassegna*, 1893, e poi in *St. crim.*, 1901, 533-542.
- L'art. 49 davanti ai giurati* (Cassazione penale, sez. I, 7 luglio 1893), in *Difese*, 1899, 387-394.

1894

- Proprietà collettiva e lotta di classe (in polemica con M. R. Imbriani)*. Discorso parlamentare, 13 marzo 1894, Roma, Tip. della Cam. dei dep., 1894.
- Socialismo e scienza positiva (Darwin, Spencer, Marx)*, Roma, Casa editrice italiana, 1894.
- Socialismo, anarchia e leggi eccezionali*. Discorso parlamentare, 7 luglio, 1894, Roma, Tip. della Cam. dei dep., 1894.
- La bancarotta nel nuovo codice penale*, in SP, IV, 1894, 438-456.
- Omicidi, pazzi comuni e pazzi omicidi*, in SP, IV, 1894, 948-952.
- Sunto della conferenza sul socialismo* tenuta a Montepulciano il 13 aprile 1894, Montepulciano, 1894.
- Intelligenza e moralità della folla. Analogie. Nota alla lettera di Scipio Sighele*, in CS, IV, 1894, 329-331, e poi SP, IV, 1894, 728-734.

1895

- La teoria positivista del dolo e la Cassazione*, in SP, V, 1895, 23-28, e poi in *Difese*, 1899, 423-427.
- Superstition socialiste et myopie individualiste*, in *Re. Soc.*, XI, 1895, 515-548.
- Le socialisme en Italie*. Pref. di E. Vandervelde, Bruxelles, Maison du Peuple, 1895.
- Sociologie et socialisme*, in *Annales de l'Inst. Internat. de Sociologie*, I, 1895, 157 ss.
- La teoria sociologica di Tarde*, in SP, V, 1895, 161-171, e poi in *St. crim.*, 1926, 433-443.
- I socialisti e l'art. 247 Codice penale* (1895), in *Difese*, 1899, 198-220.
- Leçon d'ouverture du cours de sociologie criminelle donnée à l'Institut des hautes études de l'Université Nouvelle de Bruxelles*, in *Revue*

universitaire, 1895, poi in *St. crim.*, 1901, 152-162; trad. in ital. col titolo *La sociologia criminale*, in *St. crim.*, 1926, 614-623.
Discordie positiviste sul socialismo (Ferri contro Garofalo), Palermo, Sandron, 1895. Ma già in RS, II, 1895, 241-277.
L'omicidio nell'antropologia criminale (omicida nato e omicida pazzo), Torino, Bocca, 1895 (due volumi).
Atlante antropologico-statistico dell'omicidio, Torino, Bocca, 1895.
L'omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica, Torino, Bocca, 1895 (4ª ediz. ampliata).

1896

La legge eccezionale 19 luglio 1894 e l'art. 2 cod. pen., in SP, VI, 1896, 105-106.
Delinquenti ed onesti, in SP, VI, 1896, 321-328, e poi in *St. crim.*, 1901, 416-422.
Temperamento e criminalità, in SP, VI, 1896, 449-455, e poi in *St. crim.*, 1901, 423-428.
Grida sediziose, in SP, VI, 1896, 728-730.
La phisionomie nerveuse des femmes artistes, in *Revue des revues*, 1896, e poi in *St. crim.*, 1901, 478-484. trad. in ital. in *DA.Conf.*, 1926, 221-228.
Il Congresso d'antropologia criminale a Ginevra, in *Revue scientifique*, 1896, poi in *Zentralblatt. f. Nervenheilkunde u. Psychiatrie*, 1896, e poi in *St. crim.*, 1901, 216-233.
I delinquenti nell'arte, Genova, Libreria moderna, 1896.
La tattica del Partito socialista italiano, Firenze, Tip. cooperativa, 1896.
Repubblicani, socialisti e... criminalisti, in *RPol*, I, 1895-96, 302-303.

1897

Il domicilio coatto, in SP, VII, 1897, 281-286, e poi in *Difese*, 1899, 459-465.
La pubblica censura e la degenerazione parlamentare (In causa di pretesa diffamazione politica), Ostuni, 1897, poi in *Difese*, 1899, 81-171; poi, col titolo *Pubblica censura e feudalismo politico* (In causa di pretesa « diffamazione politica »), in *Difese*, 1923, I, 217-324.
La pubblica censura e le fornicazioni politico-bancarie (1897), Forlì, 1898, e poi in *Difese*, 1899, 172-197.
La science et la vie au XIXe siècle [Discorso tenuto nell'Université Nouvelle di Bruxelles, l'11 ottobre 1897], in *Devenir social*, 1897, poi in CS, VII, 1897, 327-329, 347-349, poi in *St. crim.*, 1901, 460-473, e poi in *DA.Conf.*, 1926, 207-220.
Primo maggio. Suffragio universale. Conferenza tenuta a Parma il 1º maggio 1897, Parma, Ferrari & Pellegrini, 1897.

1898

La justice pénale, son évolution, ses défauts, son avenir, Bruxelles, 1898, e poi in SP, VIII, 1898, 65-75.

- Ricordi e consigli di psicologia oratoria*, in SP, VIII, 1898, 513-523.
Una piccola operazione di cateratte (a M. A. Vaccaro), in SP, VIII, 1898, 705-706.
Tra il vecchio e il nuovo, in SP, VIII, 1898, 762-763.
Ricordi liceali, nel volume per le onoranze a Roberto Ardigò, Torino, 1898, poi in *St. crim.*, 1901, 474-477 e poi in *DA.Conf.*, 1926, 196-199.
Prefazione al volume *Difese penali e studi di giurisprudenza*, Torino, Bocca, 1899 [cit. nell'indice delle abbreviazioni].
Républicaines et socialistes en Italie, in *Re. Soc.*, XIV, 1898, 620-624.
Arringa in difesa di Alessandro Balducci contro la querela per diffamazione politica del comm. Alessandro Fortis, Forlì, Tip. Democratica, 1898.
Recensioni a N. Colajanni, *Il socialismo*²; a F. S. Merlino, *Formes et essence du socialisme*; a V. K. Rienzi, *Socialisme et liberté*; a E. Ciccotti, *Il tramonto della schiavitù*; in SP, VIII, 1898, 614-629.

1899

- Il delitto naturale* [dal cap. I della 4^a ediz. della *Sociologia criminale*], in SP, IX, 1899, 1-24.
Il progetto di legge sui delinquenti recidivi, in SP, IX, 1899, 142-165, poi in *St. crim.*, 1926, 546-477.
Pedantucolerie [polemica con M. A. Vaccaro e V. M. (V. Manzini)], in SP, IX, 1899, 248-251.
Un trionfo della dottrina positivista sulla diffamazione, in SP, IX, 1899, 295.
Polemica personale (con N. Colajanni), in *RPopPol*, IV, 1899, 292-297.
Contro l'utopia reazionaria. Discorso alla Camera dei dep., 3 marzo 1899, Roma, Tip. della Camera dei dep., 1899.
Francesco Carrara, in *Onoranze Carrara*, 299-306.
Socialismo rivoluzionario o riformismo filantropico?, in *Rivista critica del socialismo*, I, 1899, 122-127.
Difesa sociale e difesa di classe nella giustizia penale, in CS, IX, 1899, 279-283, poi in SP, IX, 1899, 577-591, e poi rifiuto nel cap. II, § 53 della *Sociologia criminale*, Torino, Bocca, 1900 (4^a ediz.).
Il decreto per i provvedimenti politici, in SP, XI, 1899, 506-507.
Classici defunti e microcefali superstiti, in SP, IX, 1899, 759-761.
Gli anormali, in *Revue des revues*, 1899, e poi in *St. crim.*, 1901, 429-439.
Francesco Carrara e l'evoluzione del diritto penale, in NA, CLXVII, 1899, 668 ss., e poi in *St. crim.*, 1901, 407-412.
Battaglie parlamentari. Una campagna ostruzionista, Milano, Soc. editrice lombarda, 1899.
Discordie positiviste sul socialismo. Ferri contro Garofalo, Palermo, Sandron, 1899 (2^a ediz.).

1900

Sociologia criminale, Torino, Bocca, 1900 (4^a ediz.).

Socialismo e scienza positiva. *Spencer, Darwin, Marx*, Palermo, Sandron, 1900 (2^a ediz.).

Le grazie condizionali, in SP, X, 1900, 638-640.

Gli anormali, in SP, X, 1900, 321-333, e poi in *St. crim.*, 1901, 429-439.

Il regicidio, in SP, X, 1900, 503-507, e poi in *St. crim.*, 1901, 440-445.

Pubblica censura o diffamazione personale? (1900), in *Difese*, 1923, II, 135-169.

Pubblica censura e feudalismo amministrativo (1900), in *Difese*, 1923, I, 356-387.

Il nuovo regno. Interpellanza del deputato E. F. svolta alla Camera dei deputati nelle tornate del 3 e 4 dicembre 1900, Roma, Tip. della Camera dei dep., 1900.

Arringa in difesa di R. Palieri (Diffamazione), Cerignola, 1900.

L'arte di educare i nostri figli (conferenza, 1900), in *DA.Conf.*, 1926, 254-269.

Sulla tubercolosi (conferenza, Salerno, 17 giugno 1900), Salerno, Tip. del Commercio, 1900.

Prefazione a P. Materi, La rissa. Studio psicologico-giuridico, Torino, Bocca, 1900.

Evolution économique et évolution sociale. Conferenza, Parigi, 19 gennaio 1900, Paris, Librairie Jacques et C., 1901.

I socialisti e i delinquenti, Milano, Soc. ed. lombarda, 1900.

1901

La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio, Torino, Bocca, 1901 (2^a ediz.).

I delinquenti nell'arte, Genova, Libreria Moderna, 1901 (ristampa).

La scuola criminale positiva. Tre lezioni all'Università di Napoli, 22-23-24 aprile 1901, Napoli, Laganà, 1901.

Eclettici, riformisti e... microcefali, in SP, XI, 1901, 241-245.

Le cinquième congrès international d'anthropologie criminelle, in SP, XI, 1901, 752-762, poi tr. in it. in *St. crim.*, 1926, 765-778.

Evolution économique et évolution politique, Paris, Jacques, 1901.

In tema di calunnia e di cambiali false (1901), in *Difese*, 1923, I, 693-727.

Tra i filibustieri della vita comunale (1901), in *Difese*, 1923, II, 170-210.

Associazioni operaie e socialismo: il conto dello scozzese, Roma, Tip. Laziale, 1901.

La lotta di classe nell'campagne mantovane, Roma, Libr. socialista ital., 1901, e già in NA, CLXXVI, 1901, 668-675.

Leghe e socialismo in Parlamento. Discorsi dei deputati Gatti, Badaloni e F., 17, 18 e 22 giugno 1901, Roma, Tip. della Camera dei dep., 1901.

Contro il militarismo. Discorsi dei deputati Ciccotti e F. pronunziati alla Camera dei deputati nella 2ª tornata del 30 marzo 1901, Roma, Tip. della Camera dei dep., 1901.

Arringa nel processo per calunnia contro Carmine Fischietti all'Assise di Lucera, Montesantangelo, Flaman, 1901.

Contro la Marina militare. Discorso alla Camera dei deputati, 3 maggio 1901, in *Contro la Marina militare*, Roma, Tip. della Cam. dei dep., 1901, 34-56.

1902

Un'ultima fiamma di brigantaggio. Processo Cola Morra - De Nittis (1902), in *Difese*, 1923, II, 92-134.

Il discorso della Corona, in *Soc.* I, 1902, 1-2.

Il coraggio della libertà, in *Soc.* I, 1902, 17-19.

I socialisti e il Ministero, in *Soc.* I, 1902, 33-35.

I richiamati, in *Soc.* I, 1902, 49-50.

Guerra e lavoro, in *Soc.* I, 1902, 65-68, e poi Milano, Tip. Operai, 1902.

Il metodo rivoluzionario, in *Soc.* I, 1902, 97-106.

Il prossimo congresso socialista, in *Soc.*, I, 1902, 161-164.

La bancarotta del popolarismo, in *Soc.* I, 1902, 177-180.

Il congresso unitario, in *Soc.* I, 1902, 209-211.

L'agitazione contro le spese improduttive, in *Soc.* I, 1902, 256.

Il Partito socialista e l'Italia meridionale, in *Soc.* I, 1902, 257-258.

Gruppo socialista e Ministero, in *Soc.* I, 1902, 321-322.

La questione del mezzogiorno e il socialismo, Napoli, Laganà e Micca, 1902.

La questione meridionale alla Camera, Roma, Tip. della Camera dei dep., 1902.

La questione meridionale. Discorso tenuto la sera del 22 dicembre 1901 ai cittadini di Roma, Roma, Tip. dell'Asino, 1902.

Tolstoj e la questione sessuale, in *Revue blanche*, 1902, e poi in *DA.Conf.*, 1926, 270-273.

1903

Autobiografia. Preceduta da uno studio intimo di Carlo Monticelli, Milano, Tip. Magnaghi, 1903.

I socialisti e lo Czar, in *Opuscolo czarifugo*, Roma, 1903, 3-15.

I socialisti e la caserma. Discorso pronunciato alla Camera dei deputati, Genova, Tip. Operaia, 1903.

Il Ministero, l'on. Sonnino e i socialisti nella questione meridionale, in *Soc.* I, 1903, 369-372.

A proposito di una statistica del regicidio, in *Soc.* I, 1903, 397-398.

Dopo un anno, in *Soc.* II, 1903, 1-2.

A proposito della mozione contro le spese militari, in *Soc.* II, 1903, 4-5.

Lo sciopero di Roma, in *Soc.* II, 1903, 49-51.

Primo Maggio, in *Soc.* II, 1903, 65-66.

- Due insegnamenti*, in *Soc*, II, 1903, 129-130.
Il Ministero nuovo, in *Soc*, II, 1903, 305-306.
Una lega nazionale antisocialista. Esempio di psicologismo sociale, in *Avanti!* 1903, n. 2433.
Il processo di Candela, Napoli, Borrelli, 1903.
Memoria su la domanda di estradizione del cittadino russo Michele Gotz, in *SP*, XIII, 1903, 4-25, e poi in *Difese*, 1923, II, 400-421.
Un intermezzo. Dichiarazioni di imputato nel processo dei 35 ufficiali di marina (1903), in *Difese*, 1923, I, 472-488.
Associazioni operaie e socialismo. Il conto dello scozzese, Castrocara, Tip. Moderna, 1903. (Ristampa).
Per la riduzione delle spese militari, in *Per la riduz. delle sp. milit. Discorsi*, Castrocara, Tip. Moderna, 1903, 2-14.

1904

- Il caso Olivo e la giustizia penale* (con B. Franchi), in *SP*, XIV, 1904, 321-357.
Lavoriamo, dunque, in *Soc*, II, 1904, 353-356.
In vista del congresso nazionale. L'unità del partito, in *Soc*, II, 1904, 370-372.
Incubo!, in *Soc*, III, 1894, 33-34.
Il compito pratico del congresso di Bologna. La direzione del partito, in *Soc*, III, 1904, 49-50.
La mania dei congressi. La discussione delle tendenze al Congresso di Bologna, in *Soc*, III, 1904, 65-67.
Vaticano e borghesia, in *Soc*, III, 1904, 113-116.
L'unità del partito, in *Soc*, III, 1904, 129-130.
Il congresso di Amsterdam, in *Soc*, III, 1904, 177-178.
Dopo il congresso di Amsterdam, in *Soc*, III, 1904, 209-211.
Dopo la battaglia, in *Soc*, III, 1904, 273-275.
La politica interna del Gabinetto e lo sciopero generale. Discorso parlamentare, 18 dicembre 1904, in *Soc*, III, 1904, 321-328.
Lo sciopero generale, in *Soc*, III, 1904, 213-214.
L'Avanti! Resoconto della direzione del giornale. Relaz. al Congresso naz. del PSI, Bologna, 1904, Roma, Tip. Ed. Romana, 1904.
Sfruttamento e parassitismo. Conferenza, Firenze, 14 febbraio 1904, Firenze, Cenni, 1904.
Il congresso socialista di Bologna, in *NA*, CXCIV, 1904, 120-124.

1905

- In difesa di Tullio Murri* (1905), in *Difese*, 1923, I, 491-561.
I benefici del terremoto. Conferenza detta in Catanzaro il 28 settembre 1905, Catanzaro, 1905, e poi in *DA.Conf.*, 1926, 278-298.
La giustizia penale. Sua evoluzione. Suoi difetti. Suo avvenire. Riassunto del corso di sociologia criminale tenuto all'Istituto di alti studi

della Université Nouvelle di Bruxelles, in *Università popolare*, 1905, e poi Mantova, Tip. della Univ. Popol., 1905.

Un saluto ed un augurio, in *Soc.*, III, 1905, 321-323.

Primo maggio e suffragio universale. Conferenza tenuta in Parma il 1º maggio 1897, Firenze, Nerbini, 1905 (2ª ediz.).

1906

L'opera di Cesare Lombroso e la giustizia penale, in AA.VV., *L'opera di Cesare Lombroso*, Torino, 1906, poi in SP, XVI, 1906, 131-137, ed infine in *St. crim.*, 1926, 504-509.

Il delinquente nel diritto penale. Nota all'articolo del prof. Givanovitch, in SP, XVI, 1906, e poi in *St. crim.*, 1926, 609-613.

La simbiosi del delitto. Relazione al Congresso di antropologia criminale, Torino, 1906, in *St. crim.*, 1926, 624-628.

1908

Emilio Zola artista e cittadino. Conferenza (1908), in *DA.Conf.*, 1926, 229-247.

Carlo Marx e il partito socialista, Roma, Tip. popolare, 1908.

Apparenze e realtà della Scuola positiva, in SP, XVIII, 1908, 50-56.

1909

Il progetto Orlando sul reato di diffamazione, in SP, XIX, 1909, 12-22, e poi in *St. crim.*, 1926, 494-503.

Il delitto passionale nella civiltà contemporanea. Prolusione al corso di dir. e proc. pen. nell'Università di Roma, 19 gennaio 1909, in SP, 1909, 65-74, 129-137, e poi in *Difese*, 1923, II, 661-679.

In morte di Cesare Lombroso, in SP, XIX, 1909, 577-594.

Antonio Ballvé e la « Penitenciaría nacional » di Buenos Aires, in SP, XIX, 1909, 714-724.

Cesare Lombroso e la funzione sociale della scienza, in RIS, XIII, 1909, 547-562, e poi in *St. crim.*, 1926, 524-537.

Cesare Lombroso, in NA, CCXXVIII, 1909, 146 ss., e poi in *St. crim.*, 1926, 510-523.

L'Italia alle esposizioni internazionali di Buenos Aires, in NA, CCXXVIII, 1909, 502 ss.

1910

I delitti della donna. Prolusione al corso di dir. e proc. pen. nell'Università di Roma, novembre 1910, in *Difese*, 1923, II, 680-691.

La donna europea e la donna americana. Conferenza, 1910, in *DA.Conf.*, 1926, 312-326.

Panamericanismo. Conferenza, 1910, in *DA.Conf.*, 1926, 327-340.

Ricordi di giornalismo. Conferenza, 1910, in *DA.Conf.*, 1926, 341-457.

Le conferenze di E. F. nella Repubblica Argentina (1910), raccolte ed annotate da F. Testina, con una conclusione polemica di raccoglimento, Cordoba-Buenos Aires, ed. A. Guidi Buffarini, 1911.

Contiene il testo delle seguenti conferenze:

- *Prolusione al corso di lezioni alla facoltà di diritto (sulla giustizia sociale)* (pp. 19-36).
- *Le energie sociali* (pp. 37-44).
- *Le malattie sociali* (pp. 45-54).
- *La profilassi delle malattie sociali. Giustizia preventiva* (pp. 55-68).
- *La repressione e la giustizia penale* (pp. 69-82).
- *L'organizzazione operaia nella giustizia sociale* (pp. 83-102).
- *Legislazione sociale e legislazione del lavoro nei rapporti della giustizia sociale* (pp. 103-120).
- *Le basi sociologiche della legislazione e della politica moderna* (pp. 121-134).
- *L'attuale momento politico e sociale dell'Argentina* (pp. 135-158).
- *Italiani e stranieri nella Repubblica Argentina* (pp. 159-174).
- *L'educazione morale e fisica del popolo argentino* (pp. 211-228).
- *La donna delinquente* (pp. 229-244.)

N.B. Questo elenco va integrato con il sunto delle tre conferenze ricordate tra quelle tenute nel 1910 e riportate in *DA.Conf.*, 1926, alle pagine 312-326, 327-340, 341-357.

Conferenze: Il titolo, il luogo e la data di 43 conferenze diverse, si possono vedere riportati in un elenco pubblicato in *DA.Conf.*, 1926, XV-XVIII.

1911

- Giustizia penale e giustizia sociale.* Prolusione al corso di dir. e proc. pen. nell'Università di Roma, 12 gennaio 1911, in *SP*, XXI, 1911, 18-44, poi Milano, *SEL*, 1911 e poi in *Difese*, 1923, II, 744-773.
- Lezioni di diritto e procedura penale.* Univ. di Roma, 1910-11, Roma, Associaz. universitaria romana, 1911.
- Psicologia criminale e psicologia giudiziaria.* Discorso al Congresso internazionale di antropologia criminale, Colonia, 1911, in *St. crim.*, 1926, 559-565.
- I progetti preliminari di codice penale per la Germania, Austria e Svizzera dal punto di vista della sociologia criminale.* Rapporto al Congresso internazionale di antropologia criminale, Colonia, 1911, in *St. crim.*, 1926, 566-573.

1912

- Il congresso internazionale di antropologia criminale a Colonia.* Prolusione detta nell'Aula Magna dell'Università di Roma il 23 novembre 1911, in *SP*, XXII, 1912, 1-20, poi in *St. crim.*, 1926, 779-800.
- Difesa di Antonio D'Alba.* Arringa alla Corte d'Assise di Roma, 9 ottobre 1912, in *SP*, XXII, 1912, 601-621.
- La scienza dei delitti e delle pene.* Prolusione, Roma, 16 novembre 1912, riassunta in *RDPP*, III, 1912, 763-765.
- Un attentato al Re* (1912), in *Difese*, 1923, I, 623-646.
- Per le vittime dell'omicida* (1912), in *Difese*, 1923, II, 211-244.
- Il progetto del Codice di procedura penale.* Discorso parlamentare (1912), in *Difese*, 1923, II, 691-732.

La giustizia nel secolo XX. Conferenza, 28 gennaio 1912, Roma, Athenaeum S.E.R., 1912, dal *Bollettino del Circolo giuridico di Roma*, I, 1912, e poi in *Difese*, 1925, III, 314-364.

Lezioni di diritto penale. Il reato (1911-12), Roma, Ass. universit. romana, 1912.

1913

La teoria e la pratica della giustizia penale. Prolusione, Roma, 4 dicembre 1913, in *St. crim.*, 1926, 591-608.

L'attuale momento dell'antropologia criminale. A proposito di un'inchiesta biologica nelle carceri inglesi, in SP, XXIII, 1913, 961-970, e poi in *St. crim.*, 1926, 580-590.

Il testimone-imputato. In difesa di A. Rubini (1913), in *Difese*, 1923, I, 728-740.

In difesa della paternità intellettuale. Leone Caetani contro Costanzo Chauvet (1913), in *Difese*, 1923, II, 245-269.

La psicologia di Leonardo da Vinci: Prefazione a Modigliani, Psicologia vinciana, Milano, 1913, in *DA.Conf.*, 1926, 248-253.

Viaggiando... Conferenza (1913), in *DA.Conf.*, 1926, 371-387.

Lezioni di diritto penale. Roma, 1912-13, Roma, 1913.

La nuova legge sul notariato, lo stato d'animo degli avvocati, e la riforma organica della loro legge professionale. Discorso alla Camera dei deputati, 8 febbraio 1913, in SP, XXIII, 1913, 103-108.

Sul terzo e sul quarto dei mezzi di ricorso presentati dalla difesa del « Polo romano », in SP, XXIII, 1913, 1101-1106.

1914

Il nuovo codice di procedura penale (prime impressioni), in SP, XXIV, 1914, 1-7.

Il primo convegno della « Società italiana di antropologia, sociologia e diritto criminale », in SP, XXIV, 1914, 385-390.

Arringa per A. Rubini nella causa Cresta c. Brunicardi ed altri, in SP, XXIV, 1914, 86-93.

Risarcimento di danni per arbitrario invio al manicomio (1914), in *Difese*, 1923, II, 600-623.

Proprietaria o creditrice? In difesa dei principi R. (1914), in *Difese*, 1923, II, 624-641.

1915

Dalla morte alla vita, in *DA.Conf.*, 1926, 299-311.

1916

Nota a T. Givanovitch, Sulle nozioni fondamentali del diritto criminale nella letteratura criminale-giuridica italiana, in SP, XXVI, 1916, 496-500.

Il diritto staccionata (a proposito del « fine nella diffamazione » e del « risarcimento del danno ex delicto »), in SP, XXVI, 1916, 865-878, e poi in *Difese*, 1923, II, 551-566.

L'azione di risarcimento dei danni dell'imputato assolto contro il denunziante e il querelante, e il grado di colpa necessario ad integrarla, in SP, XXVI, 1916, 280-286, poi in *Difese*, 1923, II, 434-448, con titolo diverso.

Amore e morte. In difesa di Carlo Cienfuegos (1916), in *Difese*, 1923, I, 562-622.

Onore accademico ed onore personale (1916), in *Difese*, 1923, II, 270-334.

Enrico Pessina e il pensiero italiano sulla giustizia penale. Conferenza, 1916, in *Difese*, 1923, II, 733-743.

Contro la più grande guerra e per la sincerità parlamentare. Discorso parlamentare, 18 marzo 1916, Roma, Tip. della Cam. dei dep., 1916.

1917

Enrico Pessina e il pensiero italiano sulla giustizia penale, in SP, XXVII, 1917, I-10.

Nota a E. Pili, Classificazione dei criminali, in SP, XXVII, 1917, 714-716.

Vita bancaria e complicità negativa in truffa e falso (1917), in *Difese*, 1923, I, 741-776.

Diritto penale. Corso di lezioni sul I° libro del Codice (anno accad. 1916-1917), Roma, Libr. della Sapienza, 1917.

L'Italia in guerra e le responsabilità del Ministero Salandra-Sonnino. Discorso parlamentare, 7 marzo 1917, Roma, Tip. della Cam. dei dep., 1917.

Quando finirà la guerra?. Discorso parlamentare, 23 ottobre 1917, Roma, Tip. della Cam. dei dep., 1917.

1918

Contro la nomina di un amministratore provvisorio (1918), in *Difese*, 1923, II, 569-599.

1919

La riforma della giustizia penale in Italia. Prolusione al corso di dir. e proc. pen. nell'Università di Roma, 9 dicembre 1919, in SP, XXIX, 1919, 433-458, e poi in *Difese*, 1923, II, 774-802.

L'omicidio. Corso di lezioni di diritto e procedura penale. Università di Roma, anno accadem. 1918-19, Roma, Libr. della Sapienza, 1919.

Le colpe della guerra. Discorso parlamentare, 9 luglio 1919, con polemica d'annunziana, Siena, Stab. tip. S. Bernardino, 1919.

Il giornalismo moderno, in *La prensa*, 1919, e poi in *DA.Conf.*, 1926, 358-370.

La responsabilità per le conseguenze di lesioni volontarie nel sistema del Codice penale, in SP, XXIX, 1919, 1-3.

1920

- Roberto Ardigò*, in SP, XXX, 1920, 289-294, e poi in *DA.Conf.*, 1926, 200-206.
- Contro l'accusa di una bambina e di una zia isterica* (1920), in *Difese*, 1923, I, 777-827.
- Lezioni di diritto e procedura penale. Commento al primo libro del codice penale*. Roma, Anno accad. 1919-20, Roma, Libr. della Sapienza, 1920.
- La riforma della giustizia penale in Italia*, in NA, CCLXXXVIII, 1920, 17 ss.
- Organizzazione della giustizia nella Russia dei Sovieti*, in *Comunismo. Rivista della III^a Internazionale*, I, 1919-20, 540-547, poi in SP, XXX, 1920, 36-41, ed infine in *St. crim.*, 1926, 629-635.

1921

- Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti (libro I^o). Relazione approvata dalla Commissione reale per la riforma delle leggi penali*, Milano, Vallardi, 1921. Ovvero:
- Relazione del Presidente della Commissione* (Enrico Ferri) *al Progetto preliminare di Codice penale italiano (libro I^o)*, gennaio 1921, in E.F., *Principi di diritto criminale*, Torino, UTET, 1928, 602-755.
- La scienza e la vita*. Conferenza tenuta il 13 febbraio 1921 al Teatro del Popolo di Milano, per l'inaugurazione della Università proletaria milanese, Milano, Univ. prolet. milanese, 1921.
- Commemorazione di Cesare Lombroso per l'inaugurazione del suo monumento a Verona*, 25 settembre 1921, in AP, XLI, 1921, e poi in *St. crim.*, 1926, 538-558.
- Lezioni di diritto e procedura penale* tenute nella R. Università di Roma. Anno accad. 1920-21, Roma, Libr. della Sapienza, 1921.

1922

- Pubblica censura ed epurazione sociale*, in *Difese*, 1923, I, 388-471.
- La colpa penale*, in *Difese*, 1932, II, 422-433.
- Un accesso di febbre rivoluzionaria. L'uccisione di Scimula e Sonzini* (1922), in *Difese*, 1923, I, 647-690.
- Lezioni di diritto e procedura penale*. Università di Roma, anno accad. 1921-22, Roma, Libr. della Sapienza, 1922.

1923

- Diffamazione, ingiuria, ingiuria diffamatoria* (s.d.), in *Difese*, 1923, II, 452-463.
- Le diverse conseguenze di lesioni volontarie nel sistema del codice penale vigente* (s.d.), in *Difese*, 1923, II, 449-451.
- Prefazione alla seconda edizione di Difese penali. Studi di giurisprudenza penale. Arringhe civili*, Torino, UTET, 1923, I, 18-48.

Lezioni di diritto e procedura penale. La pena (1922-23), Roma, Sampaolesi, 1923.

I socialisti nazionali e il Governo fascista, Roma, La Gironda, 1923.

1924

Gli istituti esistenti in Roma per la lotta tecnica contro la delinquenza, in SP, XXXIV, 1924, e poi in *St. crim.*, 1926, 636-644.

Azione penale per bancarotta senza dichiarazione di fallimento (1924), in *Difese*, 1925, III, 249-267.

Scuola positiva e filosofia idealista. Prolusione detta nell'Università di Roma il 4 dicembre 1924, in *Difese*, 1925, III, 503-520.

L'umana giustizia. Discorso pronunciato nell'Università di Napoli alle classi riunite del Congresso per il progresso delle scienze, 2 maggio 1924, Torino, Tip. sociale torinese, 1924, e poi in *Difese*, 1925, III, 478-501.

Lezioni di procedura penale (stenografate da G. Tesoro), Roma, Libr. della Sapienza, 1924.

1925

Il protagonista nella giustizia penale. Discorso per l'inaugurazione del XVI anno della Scuola di applicazione giuridico-criminale in Roma, in SP, XXXV, 1925, e poi in *St. crim.*, 1926, 645-653.

Il trionfo della scienza italiana al Congresso penitenziario internazionale di Londra. Prolusione detta nell'Università di Roma il 16 novembre 1925, in SP, XXXV, 1935, e poi in *St. crim.*, 1926, 801-830.

Complicità e colpevolezza nei delitti colposi, in *Difese*, 1925, III, 100-115.

L'omicida nella psicologia e nella psicopatologia criminale, Torino, UTET, 1925, (2^a ediz.).

L'omicidio-suicidio. Responsabilità giuridica, Torino, UTET, 1925 (5^a ediz. completamente rifatta).

Lezioni di diritto penale (stenografate da G. Moscarini), Roma, Libr. della Minerva, 1925.

1926

Funzione giuridica del criterio di pericolosità criminale, in SP, XXXVI, 1926, 433-446.

La criminologia italiana nei congressi di Bruxelles e di Vienna, in SP, XXXVI, 1926, 529-544.

La solidarietà degli Stati nella lotta contro la delinquenza. Prolusione all'inaugurazione del XV anno accademico della Scuola di applicazione giuridico-criminale dell'Università di Roma, 18 gennaio 1926, in *St. crim.*, 1926, 652-664.

Pene e misure di sicurezza. Relazione al Gruppo italiano dell'Associazione internaz. di diritto penale al Congresso di Bruxelles, luglio 1926, in *St. crim.*, 1926, 665-676.

La riforma penale. La prevenzione della criminalità. Prolusione al corso di Sociologia criminale nella Facoltà di Scienze politiche dell'Uni-

versità di Roma, 12 febbraio 1926, in NA, CCCXXV, 1926, 307 ss., poi in SP, XXXVI, 1926, ed infine in *St. crim.*, 1926, 677-695.
Fascismo e scuola positiva nella difesa sociale contro la criminalità, in SP, XXXVI, 1926, e poi in *St. crim.*, 1926, 696-736.
In difesa di Mario Perrone, in *L'eloquenza*, 1926, 306-325.
I delinquenti nell'arte, in *DA.Conf.*, 1926, V-XIX, 1-159 (2ª ediz. completamente rifatta).
Studi sulla criminalità, Torino, UTET, 1926 (2ª ediz. riveduta e molto aumentata).

1927

Il principio di responsabilità legale nel nuovo Codice penale russo (1927) e nel progetto per Cuba (1926), in E.F. *Principii di diritto criminale*, Torino, UTET, 1928, 787-809.
Il progetto Rocco di Codice penale italiano. Prolusione detta il 22 novembre 1927, nell'Università di Roma, in E.F. *Principii di diritto criminale*, Torino, UTET, 1928, 810-829.
Documenti di criminologia: la personalità di Violetta Gibson, in SP, XXXVII, 1927, 127-134.
Dante e la psicologia criminale: a proposito del Conte Ugolino, in *L'eloquenza*, 1927, 419-433.
La criminologia italiana nei congressi internazionali di Bruxelles e di Vienna, in NA, CCCXXIX, 1927, 205 ss.
Mussolini Uomo di Stato. Conferenza, 1927, Mantova, « Mussolinia », ed. Paladino, 1927.

1928

I cattolici e gli scogli del libero arbitrio, in SP, XXXVIII, 1928, 1-4.
La lotta contro la mafia in Sicilia, in SP, XXXVIII, 1928, 288-296.
Il problema della delinquenza in Sicilia, in SP, XXXVIII, 1928, 389-408.
Principi di diritto criminale. Delinquenti e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice penale vigente - Progetto 1921 - Progetto 1927, Torino, UTET, 1928.
Il fascismo in Italia e l'opera di Benito Mussolini, Mantova, « Mussolinia » ed. Paladino, 1928.
La lotta contro la tubercolosi. Conferenza, Avellino, 1928.
Lezioni di diritto e procedura penale. Anni accademici 1925-26, 1926-27, Roma, 1928 (due volumi).

1929

Il metodo nel diritto criminale, in SP, XXXIX, 1929, 114-117.
In difesa del canonico Vincenzo Saponaro, in *L'eloquenza*, 1929, 274-333.
Sociologia criminale, Torino, UTET, 1929 (Quinta ediz. in due volumi, riveduta ed ampliata con note di A. Santoro). Postuma.

Eugenio Florian

1893

La teoria psicologica della diffamazione. Studio sociologico-giuridico, Torino, Bocca, 1893.

La teoria psicologica della diffamazione (un estratto), in SP, III, 1893, 260-264.

Pel diritto di conoscere i fatti criminosi, in SP, III, 1893, 319-325.

L'animus iniurandi nel codice penale italiano, in SP, III, 1893, 384-397.

Appunti critici sulle lesioni personali, in SP, III, 1893, 502-507.

Note critiche all'opera di Lombroso e Ferrero, in SP, III, 1893, 708-712.

Un'assoluzione per ubriachezza, in SP, III, 1893, 716-720.

Giurisprudenza positiva sulla diffamazione, in SP, III, 1893, 843-847.

Lo sterminio delle «applicazioni giuridiche», in SP, III, 1893, 959-967.

Il terzo congresso d'antropologia criminale, in SP, III, 1893, 1118-1139.

Evoluzione e rivoluzione, in CS, III, 1893, 198-200.

Un notevole contributo alla teoria della lotta di classe, in CS, III, 1893, 203-305.

La violenza e la rivoluzione, in CS, III, 1893, 233.

Utilitarismo e socialismo, in CS, III, 1893, 299.

La lotta e la giustizia internazionale, in CS, III, 1893, 360-362.

Novikow e il socialismo, in CS, III, 1893, 360-362.

1894

I motivi determinanti e la legittima difesa, in SP, IV, 1894, 150-158.

I vagabondi (con G. Cavaglieri), in SP, IV, 1894, 385-425.

La legge penale nel tempo, in SP, IV, 1894, 491-505.

La diffamazione al congresso dei giornalisti italiani, in SP, IV, 1894, 632-639.

Il concetto dell'onore e la incriminabilità delle offese all'onore, in SP, IV, 1894, 913-926.

La diffamazione al cospetto della filosofia morale, in SP, IV, 1894, 1031-1048.

Le obiezioni di Novikow al socialismo, in CS, IV, 1894, 126-127.

Giuseppe Mazzini e il socialismo, Milano, 1894.

Recensione a B. Alimena, I limiti e i modificatori dell'imputabilità, in SP, IV, 1894, 457-460.

Recensione a A. Menger, Il diritto civile e il proletariato, in SP, IV, 1894, 375-376.

1895

Dei reati contro l'onore (1895), in *Trattato Cogliolo*, II, 2, 1889 (sic), 541-1268, e poi Milano, Vallardi, 1895.

La funzione dei motivi propri dell'esecutore nella responsabilità dell'istigatore, in SP, V, 1895, 65-78.

La statistica dei motivi determinanti al reato, in SP, V, 1895, 207-254.
L'exceptio veritatis nella diffamazione contro i defunti, in Cass. un., VI, 1895, 193 ss.

1896

La censura morale dei ministri, in SP, VI, 1896, 257-264.
La scuola criminale positiva in Germania, in SP, VI, 1896, 349-362.
Ingiustizie sociali del codice penale, in SDP, IV, 1896, 47-55, 81-95.
I motivi psicologici del reato considerati nella legislazione penale comparata, in AG, LVI, 1896, 395-429.
Il reato di vagabondaggio nella legislazione italiana, in Fil., XXI, 1896, 321-337, 419-428, 481-495, 654-670.
Un dubbio sulla non aumentabilità della pena quando appellante è il solo imputato, in Cass. un., VII, 1896, 820-822.
De iniuriis (vexatae quaestiones), in Cass. un., VIII, 1896, 33-35.

1897

I vagabondi. Studio sociologico-giuridico (con G. Cavaglieri), vol. I, Torino, Bocca, 1897. Sono opera di Florian la parte prima: *L'evoluzione del vagabondaggio* e la parte seconda: *I moderni sistemi repressivi*.
Il carcere preventivo e la scuola positiva, in SP, VII, 1897, 342-351.
I mandati di comparizione e di cattura nella legislazione italiana, in Encicl. giur. ital., III, 1897, e poi Milano, SEL, 1897.
Criminalité et vagabondage. Dai resoconti del IV Congresso internazionale di antropologia criminale, Genève, W. Hündig et fils, 1897.
Lo studio del vagabondaggio, in Cass. un., VIII, 1897, 833-835.
Sull'applicazione dell'amnistia, in Cass. un., VIII, 1897.
L'imputabilità della coppia criminale, in Cass. un., VIII, 1897, 1057-1059.
Se il magistrato penale abbia giurisdizione per la concessione dei benefici di legge al fallito, in Cass. un., VIII, 1897, 673-675.
Il delitto di partecipazione alla rissa: cod. pen. art. 379, in Temi veneta, XXII, 1897, 377-381.
Recensione a A. Chiappelli, Il socialismo e il pensiero moderno, in RIS, I, 1897, 228-229.

1898

Sulla decadenza degli appelli e dei ricorsi, in GP, IV, 1898, 665-666.
Dei conflitti di competenza relativi alla giurisdizione penale, in Fil., XXIII, 1898, 241-249, e poi Milano, SEL, 1898.
Società cooperative di consumo. Nota ad una sentenza della Corte d'appello veneta, 24 settembre 1897, in Temi veneta, XXIII, 1898, 12 ss.
Note di giurisprudenza, in Temi veneta, XXIII, 1898.
Una teoria obbiettiva della colpa criminale, in Fil., XXIII, 1898, 748-753.

Recensione a A. Pozzolini, L'idea sociale nella procedura penale, in SP, VIII, 1898, 734-735.

1899

La prostituzione e la legge penale, in SP, IX, 1899, 193-203.

La psicologia dei vagabondi, in SP, IX, 1899, 257-287.

La prostituzione e la legge penale. Studio di dottrina e giurisprudenza con commento del Regolamento 21 ottobre 1891, in *Encicl. giur. ital.*, e poi Milano, SEL, 1899.

Della correlazione tra la formula dell'azione e la sentenza nel processo penale, in *Temi veneta*, XXIV, 1899, 233 ss., e poi Venezia, Ferrari, 1899.

1900

I vagabondi. Studio sociologico-giuridico (con G. Cavaglieri), vol. II, Torino, Bocca, 1900. Sono opera di Florian la parte quarta: *Il vagabondaggio come fatto individuale* e la parte sesta: *La teoria del vagabondaggio*.

La fase odierna del problema penale, in RDPSC, I, 1900, 4-21, e poi Pisa, Mariotti, 1900.

Sull'appello della sola parte civile in caso di proscioglimento dell'imputato e di condanna di essa nei danni e nelle spese, in *Temi veneta*, XXV, 1900, 409-412.

Del concorso tra le varie circostanze diminuenti, minoranti, scusanti e aggravanti, in *Cass. un.*, XI, 1900, 1313-1315.

1901

Dei reati e delle pene in generale, Milano, Vallardi, 1901.

Prostituzione (con E. Pietriboni), in *Encicl. giur. ital.*, e poi Milano, SEL, 1901.

1903

Delitti contro la sicurezza dello Stato, Milano, Vallardi, 1903.

Sull'insegnamento del diritto penale secondo gli attuali regolamenti universitari, in GP, IX, 1903, 321-330.

Sul dolo specifico nel reato di diffamazione, in *La legge*, XLIII, 1903, 997-1006.

Dell'azione penale esercitata contro l'autore dello scritto incriminato e non anche contro il gerente responsabile del periodico che pubblicò lo scritto, in *La legge*, XLIII, 1903, 2269-2281.

1904

Il diritto di sciopero, in *Conferenze di legislazione sociale*. Camera del lavoro di Padova, Padova, 1904, 57-64.

Nota alla sentenza della Corte di cassazione 18 febbraio 1904 in causa Salierno ed Ajello, in *Fo. it.*, XXIX, 1904, parte 2^a, 217-219.

Giuseppe Mazzini e il socialismo, in *Il pensiero italiano*, IV, 1904, vol. 10, 249-270.

1905

Della violenza privata in relazione ai delitti contro la libertà del lavoro, in GP, XI, 1905, 561-563.

Nota critica alla sentenza 28 giugno 1905, ric. P.M. in causa Bambana, in GP, XI, 1905, 1354-1356.

La perseguibilità della rissa in ipotesi di lesioni lievissime, in *La legge*, XLV, 1905, 1308-1311.

Questioni teorico-pratiche sull'art. 161 del cod. pen., in *Cass. un.*, XVI, 1905, 1361-1369.

1906

Delitti contro la libertà, Milano, Vallardi, 1906.

La condizione di antiggiuridicità speciale nei delitti, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Napoli, Pierro, 1906, I, 281-287.

Cesare Lombroso e la procedura penale, in AA.VV., *L'opera di Cesare Lombroso nella scienza e nelle sue applicazioni*, Torino, Bocca, 1906.

La minaccia della folla, in GP, XII, 1906, 1540-1541.

Stato della giurisprudenza sull'elemento soggettivo nella diffamazione, in *La legge*, XLVI, 1906, 2467 ss.

1907

Il fine della pubblica censura nell'ingiuria, in SP, XVII, 1907, 150-154.

Contro una presunzione iniqua a carico del gerente responsabile dei delitti commessi mediante la stampa periodica, in *Fo. it.*, XXXII, 1907, parte 2^a, 265-272.

I soggetti responsabili per l'omessa denuncia d'infortunio, in *Cass. un.*, XVIII, 1907, 1249-1253.

1908

Il civilmente responsabile nel processo penale, in *La legge*, XLVIII, 1908, 395 ss.

In tema di procedibilità per reati commessi all'estero, in *Cass. un.*, XIX, 1908, 106 ss.

1909

Dei delitti contro l'incolumità pubblica, in *Enc. Pessina*, VIII, 1909, 165-444.

1910

Dei reati e delle pene in generale, parte 1^a, Milano, Vallardi, 1910 (2^a ediz.).

Le due giustizie, in RDPP, I, 1910, 143-149.

Sul divieto di pubblicare i dibattimenti a porte chiuse, in RDPP, I, 1910, 229-231.

Recesso dal delitto e riparazione degli effetti dello stesso dopo avvenuta la consumazione (pentimento operoso), in RDPP, I, 1910, 321-327.

Sulla natura giuridica di talune nuove facoltà del giudice penale, in RDPP, I, 1910, 737-748.

La riforma del deposito per multa nei ricorsi in Cassazione (appunti polemici al progetto Merlani), in RDPP, I, 1910, 603-604.

Se il boicottaggio possa costituire minaccia punibile (nota a sentenza), in RDPP, I, 1910, parte 2^a, 19-25.

Note a sentenza, in RDPP, I, 1910, parte 2^a, 43, 47, 75, 195, 408, 473, 568, 796.

1911

Dei reati e delle pene in generale, parte 2^a, Milano, Vallardi, 1911 (2^a ediz.).

Note a sentenza, in RDPP, II, 1911, parte 2^a, 233, 282, 382.

1912

Il progetto preliminare di codice penale per la Serbia, in RDPP, III, 1912, 164-174.

Degli organi per l'esercizio dell'azione penale e gli scopi del processo, in RDPP, III, 1912, 398-430, 449-471.

La presenza della difesa alla composizione della lista dei trenta giurati in Assise, in RDPP, III, 1912, parte 2^a, 705-709.

Note a sentenza, in RDPP, III, 1912, parte 2^a, 26, 63, 366, 470, 476, 481, 752, 767.

1913

Il boicottaggio degli operai contro il loro compagno dissenziente, in RDPP, IV, 1913, parte 2^a, 602-603.

Il segreto medico in relazione agli infortuni degli operai sul lavoro, in RDPP, IV, 1913, parte 2^a, 702-703.

La facoltà di arresto data al privato e la tutela della libertà individuale, in RDPP, IV, 1913, parte 2^a, 715-716.

Note a sentenza (altre, diverse), in RDPP, IV, 1913, parte 2^a, 21, 189, 250, 441.

1914

Il processo penale e il nuovo codice. Introduzione al Commentario del nuovo Codice di procedura penale dir. da Garofalo, Berenini, Florian, Zerboglio, I, Milano, Vallardi, 1914.

Le nuove esigenze del processo penale, in RDPP, V, 1914, 65-73, e poi in SP, XXXIV, 1914, 62-66.

Controversie sul nuovo codice di procedura penale, in RDPP, V, 1914, 110-112.

La personalità del giudicabile nel nuovo codice di procedura penale. Relazione al primo convegno della Società di antropologia, sociologia e diritto criminale, Roma, 7-19 aprile 1914, in RDPP, V, 1914, 199-210.

Cognizione e prova delle leggi straniere nel processo penale, in RDPP, V, 1914, 664-669.

Proroga a decidere sulla costituzione della parte civile nel giudizio, in RDPP, V, 1914, 738-739.

1915

Introduzione ai delitti in ispecie e delitti contro la sicurezza dello Stato, Milano, Vallardi, 1915 (2^a ediz.).

Lo stato di guerra e la legge penale, in RDPP, VI, 1915, 459-461.

Disposizioni transitorie del c.p.p. e libertà personale dell'imputato, in RDPP, VI, 1915, 445-447.

Giudice e perito, in RDPP, VI, 1915, 556-561.

Emanuele Gianturco

1881

Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia, in OG, I, 3-19, già in *Fil.*, VI, 1881.

1882

Delle fiducie nel diritto civile italiano, in OG, I, 20-64, già Napoli, Tip. dell'Università, 1882.

1883

Di una proposta revisione della dottrina delle fiducie, in OG, I, 65-70.

Di un principio fondamentale nelle disposizioni fiduciarie, in OG, I, 71-72.

1884

Sistema di diritto civile italiano, in OG, II, 3-242, già Napoli, Pierro, 1884.

Esame critico del fondamento e dell'utilità della perenzione d'istanza, in OG, III, 90-115, già Melfi, 1884.

Crestomazia di casi giuridici in uso accademico, Napoli, Salvati, 1884.

Prefazione alla crestomazia di casi giuridici, in OG, I, 73-88.

1885

Diritto di famiglia, in OG, III, 3-89, già Napoli, Salvati, 1885.

Degli alberghi e degli albergatori, in OG, III, 116-201.

1886

Istituzioni di diritto civile italiano, Firenze, Barbera, 1886.

1888

Introduzione al manuale di legislazione universale, in OG, I, 89-123.

Del mandato a donare « cui voles », in OG, II, 243-261, già Napoli, Pierro, 1888.

Della inopportunità della Cassazione unica in materia penale, in *Il foro abruzzese*, 1888, nn. 3-4.

1889

Lettera agli elettori del 3° collegio di Potenza, in DP, 1-2.

Sulle opere pie. Discorso alla Camera dei deputati, 14 dicembre 1889, in DP 62-70.

Sulle modificazioni alle leggi di pubblica sicurezza e stampa. Discorso alla Camera dei deputati, 1 marzo 1889, in DP, 76-90.

1890

Studi e ricerche sulla trascrizione e sul diritto ipotecario, in OG, I, 124-183, già Napoli, Margheri, 1890.

Sul divorzio, in *Mo. trib.*, XXXI, 1890. 981-982.

Ammissione e promozioni nella magistratura. Discorso alla Camera dei deputati, 3 marzo 1890, in DP, 255-260.

1891

La questione del divorzio, in OG, I, 184-189.

L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale. Prolusione, Napoli, 1890, in OG, II, 262-269, già Napoli, Pierro, 1891.

Lettere agli agricoltori italiani, in OG, I, 190-199.

Sulla condizione giuridica dei figli naturali e delle donne sedotte, in OG, I, 200-203, già in SP, I, 1891, 36-38.

1892

Dei diritti reali. Corso universitario, in OG, I, 363-550.

1893

Del diritto delle successioni. Lezioni di diritto civile, in OG, II, 315-443, già Napoli, Pierro, 1893.

Le indagini sulla paternità, in OG, I, 204-208.

Sulla precedenza del matrimonio civile. Discorso alla Camera dei deputati, 1° giugno 1893, in DP, 121-122.

Sulla ricerca della paternità. Discorso alla Camera dei deputati, 1° febbraio 1893, in DP, 161-175.

Sulla commissione permanente di codificazione. Discorso alla Camera dei deputati, 15 febbraio 1893, in DP, 176-178.

Sul codice di commercio. Discorso alla Camera dei deputati, 14 giugno 1893, in DP, 179-180.

Sull'istituzione dei collegi di probiviri per le controversie di lavoro. Discorso alla Camera dei deputati 6 giugno 1893, in DP, 843-850.

1894

Del diritto delle obbligazioni. Lezioni di diritto civile, in OG, II, 454-563, già Napoli, Pierro, 1894.

Sui provvedimenti di pubblica sicurezza. Discorso alla Camera dei deputati, 11 luglio 1894, in DP, 71-75.

1895

Don Ciccio Correrà, in OG, I, 209-211.

Sul caso Giolitti. Discorso alla Camera dei deputati, 13 dicembre 1895, in DP, 146-148.

Discorso agli elettori del collegio di Acerenza, 18 maggio 1895, in DP, 3-12.

1896

L'avocazione delle scuole elementari allo Stato. Discorso alla Camera dei deputati, 6 maggio 1896, in DP, 323-325.

Sui rapporti disciplinari coi professori. Discorso alla Camera dei deputati, 8 maggio 1896, in DP, 326-331.

Sulla Università di Napoli. Discorsi alla Camera dei deputati, 22 e 29 luglio 1896, in DP, 420-429.

Sui libri di testo. Discorso alla Camera dei deputati, 11 dicembre 1896, in DP, 430-432.

1897

Sulle nomine di professori universitari. Discorso alla Camera dei deputati, 17 giugno 1897, in DP, 441-448.

Discorso su temi di politica generale pronunciato in Isernia il 16 marzo 1897, in DP, 13-28.

Sulla elezione del candidato Amilcare Cipriani nel collegio di Forlì. Discorso alla Camera dei deputati, 30 novembre 1897, in DP, 126-131.

Sul caso Crispi. Discorso alla Camera dei deputati, 2 dicembre 1897, in DP, 159-160.

1898

Sullo stato civile degli scomparsi in guerra. Discorso alla Camera dei deputati, 12 luglio 1898, in DP, 181-183.

1899

Sull'istituto dei giurati, in OG, I, 212-221.

1900

Provvedimenti per la repressione dell'usura, in OG, I, 222-228.

Sui discorsi dei Procuratori generali presso le Corti d'appello intorno all'amministrazione della giustizia civile. Relazione alla Commissione per la statistica giudiziaria, in OG, I, 229-276.

Discorso agli elettori del collegio di Acerenza, 1º giugno 1900, in DP, 29-34.

Sul disegno di legge sull'emigrazione. Discorso alla Camera dei deputati, 2 dicembre 1900, in DP, 100-104.

Sul regolamento giudiziario del Senato. Discorso alla Camera dei deputati, 30 novembre 1900, in DP, 132-145.

1901

Sulla conferenza internazionale per la difesa sociale contro gli anarchici.

Discorso alla Camera dei deputati, 2 febbraio 1901, in DP, 91-93.

Sul disegno di legge sull'emigrazione. Discorso alla Camera dei deputati, 29 gennaio 1901, in DP, 105-111.

Sul disegno di legge per la riforma del procedimento sommario. Discorsi alla Camera dei deputati, 25 e 26 gennaio 1901, in DP, 184-198.

Sulla proposta di legge dell'on. Sonnino relativa all'usura. Discorso alla Camera dei deputati, 29 gennaio 1901, in DP, 199-200.

1902

Sul contratto di lavoro. Conferenza tenuta nel Circolo giuridico di Napoli il 23 aprile 1902, in OG, II, 270-281, già Napoli, Pierro, 1902.

Sugli infortuni degli operai sul lavoro. Discorso alla Camera dei deputati, 18 aprile 1902, in DP, 851-853.

1903

Valore ed efficacia della clausola esclusiva della concorrenza, in OG, II, 282-286, già in RCSGS, I, 1903.

Sull'ordinamento giudiziario. Discorso alla Camera dei deputati, 20 marzo 1903, in DP, 273-297.

1904

Sulla riforma giudiziaria, in OG, I, 277-280.

Separazioni personali di coniugi nel triennio 1899-1901, Relazione alla Commissione per la statistica giudiziaria, in OG, I, 281-296.

L'ordinamento legislativo della Colonia Eritrea, in OG, I, 297-311.

Delle donazioni. Corso universitario, a cura di N. Stolfi, in OG, III, 237-303.

Dell'enfiteusi. Corso universitario, a cura di N. Stolfi, in OG, III, 304-325.

Della superficie. Corso universitario, a cura di N. Stolfi, in OG, III, 326-330.

Del mutuo. Corso universitario, a cura di N. Stolfi, in OG, III, 331-355.

Del comodato. Corso universitario, a cura di N. Stolfi, in OG, III, 356-360.

Del deposito. Corso universitario, a cura di N. Stolfi, in OG, III, 361-373.

Del sequestro. Corso universitario, a cura di N. Stolfi, in OG, III, 374-377.

Discorso agli elettori del I collegio di Napoli, 3 novembre 1904, in DP, 35-43.

Sul disegno di legge del Ministro Ronchetti sulla condanna condizionale.

Discorso alla Camera dei deputati, 28 maggio 1904, in DP, 201-209.

Sui provvedimenti per la Basilicata. Discorsi alla Camera dei deputati, 16 e 18 febbraio 1904, in DP, 854-863.

1905

- Sullo sgravio del debito ipotecario*, in OG, I, 312-331.
Disposizioni sulla pubblicità dei diritti immobiliari, in OG, I, 332-362.
Il Congo e l'Inghilterra secondo la convenzione internazionale di Berlino, in OG, II, 287-302.
Tre convenzioni firmate all'Aja il 12 giugno 1902 fra l'Italia e vari Stati di Europa, in OG, II, 303-307.
Sulla costituzione di parte civile dei minori Bonmartini nel processo Murri, in OG, III, 202-236.
Della compravendita. Corso universitario, a cura di N. Stolfi, in OG, III, 378-504.
Presentazione del Ministero Tittoni. Discorso alla Camera dei deputati, 24 marzo 1905, in DP, 44-47.
Sulle decime. Discorso alla Camera dei deputati, 24 gennaio 1905, in DP, 210-213.
Sullo sgravio del debito ipotecario. Discorso alla Camera dei deputati, 24 febbraio 1905, in DP, 214-236.
Sulla procedura esecutiva immobiliare. Discorso alla Camera dei deputati, 17 dicembre 1905, in DP, 237.
Sui mutui fondiari. Discorso alla Camera dei deputati, 17 dicembre 1905, in DP, 238-240.
Sull'ordinamento giudiziario. Discorso alla Camera dei deputati, 17 febbraio 1905, in DP, 298-303.

1906

- L'influenza dell'imperatrice Teodora nella legislazione giustinianea*, in OG, II, 308-314, già in *Scritti giuridici in onore di Carlo Fadda*, Napoli, Pierro, 1906.
Della cessione dei crediti e altri diritti. Corso universitario, a cura di F. e N. Stolfi, in OG, III, 505-538.
Della permuta. Corso universitario a cura di F. e N. Stolfi, in OG, III, 539-542.
Dell'associazione e delle società. Corso universitario, a cura di F. e N. Stolfi, in OG, III, 543-604.
Della comunione. Corso universitario, a cura di F. e N. Stolfi, in OG, III, 605-626.
Presentazione del secondo Ministero Fortis. Discorso alla Camera dei deputati, 1º febbraio 1906, in DP, 48-51.
Sullo scioglimento dei consigli provinciali e comunali. Discorso alla Camera dei deputati, 28 marzo 1906, in DP, 94-96.
Sulla pubblicità dei diritti immobiliari. Discorsi alla Camera dei deputati, in DP, 241-254.

1907

- Sulle opere pubbliche*. Discorsi alla Camera dei deputati, 8 maggio e 3 giugno 1907, in DP, 561-572.

Sulla usurpazione di terreni demaniali. Discorso alla Camera dei deputati, 20 maggio 1907, in DP, 595-605.

Sul Palazzo di Giustizia in Roma. Discorsi alla Camera dei deputati, 5 e 11 luglio 1907, in DP, 606-628.

Giovan Battista Impallomeni

1880

Della frode punibile, in CG, XI, 1880 e poi Palermo, 1880.

1882

Sul reato continuato, in *Foro catanese*, II, 1882, e poi Catania, Tip. Stesicorea, 1882.

1884

Concorrenza reale e concorrenza formale di reati, in *Foro catanese*, IV, 1884, e poi Catania, F.lli Galati, 1884-85.

1886

La difesa dell'imputato nell'istruzione preparatoria, I., Palermo, Lauriel, 1886.

Reati commessi all'estero da cittadini o in danno di cittadini, in RP, XXIV, 1886, 213-235.

1887

Sul reato continuato, in RP, XXV, 1887, 297-302.

Del concorso di più persone in un reato con speciale riguardo al Codice italiano in progetto, in RP, XXVI, 1887, 101-137, 201-235, 301-317, e poi Torino, UTE, 1887.

1888

Il carattere dei moventi nell'omicidio premeditato, Roma, Bocca, 1888.

Il sistema generale delle contravvenzioni nel diritto penale e nel progetto di codice penale, in RP, XXVIII, 1888, 205-229.

Facoltà istruttorie dei tribunali correzionali, in *Mo. trib.*, XXIX, 1888, 621-630.

1889

Delitti contro la persona, in *Trattato Cogliolo*, II, 1889, 3-382.

La recidiva secondo il nuovo codice penale italiano, in RP, XXX, 1889, 222-231, 328-349.

1890

Il codice penale italiano illustrato. I. Parte generale. II. Parte speciale, Firenze, Civelli, 1890.

La «nuova scuola» di diritto penale al Congresso antropologico di Parigi, in RP, XXXI, 1890, 213-230, 309-324.

1891

Il codice penale italiano illustrato. III. Parte speciale, Firenze, Civelli, 1901.

Il principio specifico della penalità. Prolusione letta nell'Università di Parma l'11 dicembre 1890, in RP, XXXIII, 1891, 221-237.

Diffamazione ed eccitamento al duello, in RP, XXXIII, 1891, 529-536.

Ancora dell'articolo 203 del Codice penale, in *Temi veneta*, XVI, 1891, 227 ss.

1892

Il titolo del reato per gli effetti della competenza, in RP, XXXV, 1892, 5-28.

Provocazione e premeditazione per l'art. 377 c.p., in *Mo. trib.*, XXXIII, 1892, 217-220.

Ancora sulla provocazione nell'omicidio premeditato. In risposta ad alcune osservazioni del prof. Lucchini, in *Mo. trib.*, XXXIII, 1892, 413-417.

1893

La corruzione dei membri del Parlamento secondo il codice penale, Palermo, Tip. dello Statuto, 1893.

Recensione a G. Leto, Il principio della imputabilità e il codice penale italiano, in CG, XXIV, 1893, 58.

Recensione a Piccono della Valle, La evoluzione del concetto dell'illecito penale, in CG, XXIV, 1893, 147.

1894

La responsabilità penale nella legge sulla polizia delle miniere e nel progetto Lacava sugli infortuni sul lavoro, in RP, XXXIX, 1894, 25-29.

Equivoci a proposito di cooperazione criminosa, in RP, XXXIX, 1894, 313-324.

I metodi della Corte di Cassazione nel ricorso De Felice e compagni, in RP, XL, 1894, 224-251.

Cenni sul ricorso in Cassazione dell'onor. Giuseppe De Felice Giuffrida e c. contro la sentenza del tribunale militare di guerra di Palermo del 30 maggio '94, Palermo, Amenta, 1894.

A proposito di bigamia e di pubblici ufficiali, in *Studi illustrativi*, II, 1893-94, 189-192.

Colpa o omicidio colposo: fondamenti psicologici, in *Ant. giur.*, VII, 1894, 733 ss., e poi Catania, 1894.

Sull'ammissibilità del ricorso in Cassazione per non effettuato deposito nonostante i certificati di povertà regolarmente prodotti, in *Cass. un.*, V, 1894, 307.

Un dubbio sull'elemento morale della ricettazione, in *Cass. un.*, V, 1894, 545.

La scienza del ricettatore rispetto alla pena, in *Cass. un.*, V, 1894, 868.

Recensione a M. A. Vaccaro, Le basi del diritto e dello stato, in CG, XXV, 1894, 235.

1895

Della giuria. Discorso inaugurale nell'Università di Palermo, 4 novembre 1894, Palermo, Tip. dello Statuto, 1895.

A proposito di apologia di delitto, in GP, I, 1895, 235-237.

Risposta alle « note di studio » sui giurati del prof. Lucchini, in GP, I, 1895, 289-304.

Magistrato competente a giudicare del reato preveduto nell'art. 5 della legge 19 luglio 1894, in GP, I, 1895, 401-402.

Il recente decreto di amnistia e il gerente responsabile, in GP, I, 1895, 625-626.

Ancora sulla reità del gerente, in GP, I, 1895, 625-626.

Note alla sentenza della Cassazione 4 luglio 1895 in causa Monroy, in GP, I, 1895, 1567-1571.

Pubblici ufficiali e persone legittimamente incaricate di un pubblico servizio (1895), in *Studi illustrativi*, III, 1894-95, 341-345.

Introduzione a Dell'efficacia e necessità delle pene ed altri scritti di Tommaso Natale, con uno studio critico di F. Guardione, Palermo, Clausen, 1895.

1896

A proposito di giurati, in GP, II, 1896, 1-4.

La retroattività dell'amnistia, in GP, II, 1896, 449-450.

Se costituisce abuso di autorità la surroga, fatta da ufficiale incompetente, di un nuovo custode, a quello precedentemente nominato, in persona del debitore proprietario dei mobili pignorati, in GP, II, 1896, 929-930.

Inesistenza di reato nel rifiuto di consegna dei mobili pignorati, nei casi di sospensione legale della vendita, in GP, II, 1896, 977-978.

Irresponsabilità civile dell'esattore per il fatto del messo, in GP, II, 1896, 1361-1368.

Recensione a G. Leto, Il reato di ricettazione, in GP, II, 1896, 1136.

Recensione a A. Bosco, Sulla statistica dell'omicidio in Italia, in GP, II, 1896, 1423-1424.

L'omicidio del discendente o ascendente naturale, in Cass. un., VII, 1896, 193-196.

1897

Il domicilio coatto. La legge menzogna, in CS, VII, 1897, 277-280.

I Ministri di grazia e giustizia e della pubblica istruzione. Auguri e voti, in GP, III, 1897, 1247.

A proposito di un discorso inaugurale, in GP, III, 1897, 249-255.

Se la produzione in giudizio di una scrittura privata falsa renda permanente il reato di falsità in scrittura privata sino all'esito del giudizio nel quale la produzione fu fatta, in GP, III, 1897, 690-691.

Responsabilità ministeriale e responsabilità comune a proposito del caso Frezzi, in GP, III, 1897, 817-822.

Il domicilio coatto politico, in GP, III, 1897, 1025-1033, e poi Prato, Tip. Giachetti, 1897.

Se, per quali reati, e con quali forme debba conservarsi la istituzione dei giurati (con statistiche), in GP, III, 1897, 1409-1428, e già in *Quarto congresso giuridico nazionale* (Napoli, 1897). *Relazioni della sezione di diritto penale*, Napoli, Tocco, 1897, 369-394.

L'ordinamento dei medici periti in Italia e le sue riforme. Relazione alla Società Lancisiana degli ospedali di Roma, Roma, s.i.t., 1897.

Discorso pronunciato al Congresso giuridico nazionale di Napoli il 21 ottobre 1897 in risposta al discorso del prof. Pessina, in GP, III, 1897, 1465-1468.

Recensione a L. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, in GP, III, 1897, 783.

Recensione a C. Castori, *Trattato della procedura penale italiana*, in GP, III, 1897, 783.

Recensione a C. De Benedetti, *Vademecum del penalista*, in CG, XXVIII, 1897, 142.

1898

Contro le violenze dei «gentiluomini», in CS, VIII-IX, 1898-99, 100.

Il pane quotidiano, in RPopPol, III, 1898, 266 bis-270.

Sulla sentenza della Corte di cassazione in causa Crispi, Palermo, Tip. cooper. fra gli operai, 1898.

La riforma dell'ordinamento giudiziario, in GP, IV, 1898, 256.

Quesiti ai giurati sull'eccesso scusabile nella difesa personale, in GP, IV, 1898, 193-194.

Mezzi aggiunti pel ricorso di Turati e De Andreis in Cassazione. Agosto 1898, Milano, 1898, memoria legale.

Una conferenza sul duello. Palermo, 26 marzo 1898, in GP, IV, 1898, 414-416.

Recensione a G. Romano, *Filippo Buonarroti. Notizie storiche sul comunismo*, in GP, IV, 1898, 535.

1899

L'omicidio nel diritto penale, Torino, UTE, 1899.

Fondamento scientifico del diritto penale, in *Onoranze Carrara*, 1899, 461-478.

A proposito di delinquenti passionali, in *Cinquantesimo Pessina*, 1899, 107-115.

Critica ed azione, in RPopPol, IV, 1899, 370.

Per l'amnistia, in GP, V, 1899, 127-128.

Per l'indipendenza della magistratura. Giudici e pubblico ministero, in GP, V, 1899, 1425-1428.

Commemorazione di Felice Cavallotti, Palermo, 1899.

Recensione a N. Colajanni, *Il socialismo*, in GP, V, 1899, 159.

Recensione a S. Longhi, *La bancarotta*, in GP, V, 1899, 160.

1900

Il codice penale italiano illustrato (3 voll.), Firenze, Civelli, 1900 (2^a ediz.).

L'omicidio nel diritto penale, Torino, UTE, 1900 (2^a ediz.).

1901

Per la riforma degli art. 247 e 251 del codice penale, in CS, XI, 1901, 138-140.

L'azione penale, in *Rivista del circolo giuridico*, (Napoli), I, 1901, 54-64, e poi in GP, VII, 1901, 353-361.

A proposito di estradizione, in *La Sicilia giudiziaria*, I, 1901, e poi Palermo, Amenta, 1901.

Di alcune differenze tra la riprensione giudiziale obbligatoria e quella facoltativa, in *Cass. un.*, XII, 1901, 497-499.

Recensione a P. Tuozzi, *L'autorità della cosa giudicata nel civile e nel penale*, in GP, VII, 1901, 350-352.

1902

Recensione a E. Lonca, *L'inviolabilità del domicilio nell'antico diritto germanico*, in RIS, VI, 1902, 469-470.

1903

Delinquenti passionali. Prolusione, Palermo, 22 novembre 1902, Palermo, Giannitrapani, 1903.

Applicabilità dell'attenuante dei « motivi propri » dell'istigato, in *La legge*, XLIII, 1903, 85-86.

Sulla riforma giudiziaria. Discorso al V congresso giuridico nazionale, Palermo, 25 aprile 1903, in *Relazioni sui temi al V Congresso nazionale giuridico-forense*, Palermo, Tip. Barravecchia, 1904, 381-413, e già in *Rivista giuridica della Sicilia*, I, 1903, 49 ss.

Eterogeneità del concorso formale di reati, in *Rivista giuridica della Sicilia*, I, 1903, 81-83.

L'ingiuria a un corpo costituito, in *Rivista giuridica della Sicilia*, I, 1903, 113-117.

Rassegna bibliografica in tema di costituzione di parte civile, in *Rivista giuridica della Sicilia*, I, 1903, e poi riprodotta in *Istituzioni di diritto penale* (postuma), Torino, UTET, 1908, 80-84.

Quali dovrebbero essere l'oggetto e le condizioni di esercizio dell'azione penale popolare da introdursi in un nuovo codice di procedura penale, in *Relazioni sui temi al V congresso nazionale giuridico-forense* (1903), Palermo, Tip. Barravecchia, 1904, 281-284.

1904

Vita pubblica siciliana. Relazione al 1^o congresso radicale siciliano, Palermo, s.i.t., 1904.

Sull'ammissibilità del ricorso del p.m. contro la sentenza della Corte d'assise dichiarante non luogo in base al verdetto, in *La legge*, XLIV, 1904, 1923-1925.

Lezioni di diritto penale per l'anno 1903-1904, Palermo, 1904.

1905

Funzione sociale del diritto punitivo, Prolusione all'insegnamento del diritto e della procedura penale detta nell'Università di Roma il 1° febbraio 1905, Roma, Audisio, 1905.

Il diritto penale è diritto di classe?, in *CS*, XV, 1905, 237-238 (sunto della prolusione romana sopra indicata).

Sulla necessità dell'uso della cambiale falsa e sull'unicità del reato, allorchè tal uso sia diretto alla consumazione di una truffa, in *La legge*, XLV, 1905, 2035-2036.

Contributo alla nozione delle contravvenzioni, in *Cass. un.*, XVI, 1905, 737-745.

Limiti della costituzione di parte civile degli enti politici, in *Giur. pen.*, XXV, 1905, 225-227.

Competenza nei reati ministeriali, in *Giur. pen.*, XXV, 1905, 433-435.

Un caso di estradizione, in *Il diritto*, II, 1905, 49-51.

Divergenze etiche nel diritto penale, in *La voce della pace*, Rep. di S. Marino, 1905, poi largamente riprodotto in *Istituzioni di diritto penale* (postuma), Torino, UTET, 1908, 48 ss.

1908

Istituzioni di diritto penale. Opera postuma curata da V. Lanza, Torino, UTET, 1908.

Rodolfo Laschi

1885

Delitto politico. Relazione, in *Actes du premier congrès international d'anthropologie criminelle*, Roma, 1885, 37-40, 379-389.

1886

Una nuova pena per i rei politici per passione (con C. Lombroso), in *AP*, VII, 1886, 90.

Rei politici per occasione e per passione (con C. Lombroso), in *AP*, XI, 1890, 34.

La pena del delitto politico (con C. Lombroso), in *AP*, XI, 1890, 139.

1889

La pazzia, la criminalità e il delitto politico (con C. Lombroso), in *AP*, X, 1889, 473.

Misoneismo e delitto politico (con C. Lombroso), in *AP*, X, 1889, 455.

I fattori individuali nel delitto politico (con C. Lombroso), in AP, X, 1889, 581.

1890

Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto al diritto, all'antropologia criminale ed alla scienza di governo (con C. Lombroso), Torino, Bocca, 1890. Sono esclusiva opera di R. Laschi, nella *parte seconda* dello studio, i capitoli I (*Parte giuridica. Storia*), II (*Mezzi preventivi del reato politico. Profilassi economica*).

Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto all'antropologia ed al diritto criminale ed alla scienza di Stato, in *L'anomalo*, II, 1890, 97-100.

1891

Perchè i novatori si trovano più spesso nelle razze vecchie e le novazioni nelle razze giovani, in AP, XII, 1891, 298.

Mondo tenebroso, Verona, L'Arena, 1891.

1893

Delinquente nato, in *L'Arena*, 5-6 agosto 1893, e poi in SP, III, 1893, 663.

1894

Processo Valente, in AP, V, 1884, 120.

Delinquente-nato, grassatore e omicida, in AP, XV, 1894, 108.

L'anarchia, gli anarchici e la scuola positiva (a proposito di una recente pubblicazione), in SP, IV, 1894, 891-897.

1895

Nuovi indirizzi penitenziari in Francia ed in Russia, in *RDCarc.*, XXV, 1895, 311.

1896

Una visita al carcere dell'Evêché a Ginevra, in SP, VI, 1896, 692-695.

1897

Polizia e magistratura, in *Rivista di polizia scientifica*, I, 1897, 100-103.

Di un metodo positivo nell'educazione preventiva, in AP, XVIII, 1897, 182-185.

La colonizzazione della Nuova Caledonia, in AP, XVIII, 1897, 620-621.

1898

I delitti di frode ed i fattori della delinquenza bancaria, in SP, VIII, 1898, 641-657.

I delinquenti bancari in rapporto all'antropologia e alla psicologia criminale, in AP, XIX, 1898, 549-564.

1899

La delinquenza bancaria nella sociologia criminale, nella storia e nel diritto Torino, Bocca, 1899.

La pena indeterminata alla « Società delle prigionie » in Francia, in *RDCarc.*, XXIV, 1899.

1900

La pena indeterminata secondo il Van Hamel, in AP, XXI, 1900, 76-85.
Nuovi indirizzi penitenziari in Francia e in Russia, in RDCarc., XXV, 1900.

Tolstoj e la scuola criminale positiva (a proposito di « Resurrezione »), in SP, X, 1900, 367-371.

1901

Le crime financier dans la sociologie criminelle, l'histoire et le droit, Lyon-Paris, Storck & Masson, 1901.

I principi direttivi del nuovo codice di procedura penale, in RDCarc., XXVI, 1901.

Recensione a E. Rignano, Di un socialismo in accordo colla dottrina economica liberale, in RIS, V, 1901, 388-389.

Recensione a R. De la Grasserie, Des principes sociologiques de la criminologie, in RIS, V, 1901, 398-401.

1902

Il « reato » di sciopero, in AP, XXIII, 1902, 219-236, 420-437, e poi Torino, Bocca, 1902.

1903

I delitti contro la libertà del lavoro, Torino, UTE, 1903.

A proposito di un processo, in *La ronda giudiziaria*, I, 1903, e poi Verona, Drucker, 1903.

1904

Il delitto politico in Russia, in RDCarc., XXIX, 1904, 45-50.

Pene e carceri nella storia di Verona, Venezia, Ferrari, 1904.

Recensione a A. Bosco, La delinquenza nei vari stati d'Europa, in RIS, VIII, 1904, 134-137.

1905

La legittima resistenza nel diritto penale italiano, Verona, Drucker, 1905.

Recenti questioni in materia di sciopero, in SP, XV, 1905, 329.

I primi risultati della condanna condizionale, in GP, XI, 1905, 632-634.

Cesare Lombroso

Bibliografia limitata alle opere ' giuridiche ', criminologiche e di antropologia criminale, nonchè ad alcuni interventi ' politici '. Un elenco praticamente completo degli scritti lombrosiani (fino al 1905), ma privo di sufficienti indicazioni, sta in: P. e G. LOMBROSO, Cesare Lombroso. Appunti sulla vita. Le opere, Torino, Bocca, 1906, 213-230.

1874

Pazzi e delinquenti. Analogie e caratteri differenziali, in RP, I, 1874, 38-45.

Studio su alcuni delinquenti visitati nelle carceri di Pavia il giorno 19 maggio 1874, in RP, I, 1874, 328-332.

1875

Sulle associazioni al mal fare. Studi d'antropologia, in RP, III, 1875, 166-174, 420-428.

1876

L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie, Milano, Hoepli, 1876.

1878

Dei suicidi veri e simulati nei delinquenti, in RP, VIII, 1878, 89-94.
Antropologia e medicina legale. La cura del crimine, in RP, IX, 1878, 566-576, con continuazione in RP, XI, 1879, 555-567.

Pensiero e meteore. Studi di un alienista, Milano, Dumolard, 1878.

L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, giurisprudenza e alle discipline carcerarie, Torino, Bocca, 1878 (2ª edizione molto aumentata ed interamente rifatta).

Recensione a E. Ferri, Teorica dell'imputabilità e negazione del libero arbitrio, in AG, XXI, 1878, 324-336.

Polemiche sulle riforme penali. I pretesi sentimentalismi della nuova scuola penale, in *Fanfulla della domenica*, 1878, e poi in PA, 1890, 34-36.

Mittelstadt e la nuova scuola penale, in *Il diritto*, 1878, e poi in PA, 1890, 36-38.

La forza irresistibile, in *Gazzetta del popolo*, 1878, e poi in PA, 1890, 39-40.

1879

Sull'incremento del delitto in Italia e sui modi per arrestarlo, Torino, Bocca, 1879.

Considerazioni al processo Passanante, in *Giornale internaz. delle scienze mediche*, IX, 1879, e poi in DVDN, 1902, 185-216, ma già in PA, 1890, 302-341.

Studi su Passanante, Napoli, Detken, 1879. Cfr. anche PA, 1890, 344-355 (*Su Passanante*) e PA, 1890, 356-358 (*Nuovi studi su Passanante*).

1880

Il vino e il delitto, in AP, I, 1880, 192.

La grettezza della giustizia in Italia e i suoi danni economici e sociali, in AP, I, 1880, 374.

Davide Lazzaretti (con P. Nocito), in AP, I, 1880, 113-145, e poi in DVDN, 1902, 121-156, ma già in PA, 1890, 85-128.

Sull'abolizione della giuria, in *La libertà*, 1880, e poi in PA, 1890, 186-188.

1881

- La nuova proposta di legge sui manicomi criminali*, in AP, II, 1881, 184.
Imbecillità morale in donna ladra e prostituta, in AP, II, 1881, 198 ss.,
 e poi in PA, 1890, 129-136.
Delinquenti d'occasione, in AP, II, 1881, 313.
Sull'alcolismo acuto e cronico e sui mezzi per prevenirlo, Torino, Loescher,
 1881.

1882

- Sul delitto e le meteore. Studi critici*, Milano, Bocca, 1882.
Genio e follia, Milano, Bocca, 1882 (4ª ediz. La prima edizione è del
 1872, Milano, ed. Brigola).
Gasparone (1882), in PA, 1890, 43-45, e poi in DVDN, 1902, 61-73.
Errori giudiziari per colpa di periti alienisti, in AP, III, 1882, 19 ss.,
 e poi in PA, 1890, 137-148.
Delitto e pazzia da trauma, in AP, III, 1882, 43.
La pazzia morale e il delinquente nato, in AP, III, 1882, 365.
Il delitto nella coscienza popolare, in AP, III, 1882, 451 ss., e poi in
 PA, 1890, 26-33.
*Sulla pellagra e sulle condizioni della proprietà fondiaria e della classe
 agricola in Italia*, Milano, 1882.

1883

- Due tribuni studiati da un alienista*, Roma, Sommaruga, 1883.
Processo Peltzer, in AP, IV, 1883, 130.
Omicidio e furto per amore pazzesco, in AP, IV, 1883, 306.
Primordi delle pene, in AP, IV, 1883, 44, 168, 320, e poi Torino, Bocca,
 1883.
Delitti di libidine e di amore, in AP, IV, 1883, 168, 320.
Fossa occipitale mediana nelle razze umane e nei criminali, in AP, IV,
 1883, 505.

1884

- Misdea e la nuova scuola penale* (con L. Bianchi), Torino, Bocca, 1884.
Pazzia morale e delinquente nato, in AP, V, 1884, 17.
Processo Spada (1880), in AP, V, 1884, 119.
*L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia alla giurisprudenza ed
 alle discipline carcerarie. Delinquente nato e pazzo morale*, Torino,
 Bocca, 1884 (3ª ediz. completamente rifatta).

1885

- Lettere politiche e polemiche sulla pellagra in Italia*, Roma, Stab. tipogr.
 italiano, 1885.
Il primo congresso di antropologia criminale. Discorso, Roma, 1885,
 in PA, 1890, 262-264.
I processi Pel e Zerbini e la nuova scuola criminale, in AP, VI, 1885,
 251.

Sugli ultimi studi di antropologia criminale, in *RDCarc.*, XV, 1885, 149-168.

I ladri a Berlino, in *RDCarc.*, XV, 1885, 666.

La difesa della nuova scuola penale, in *L'opinione*, 1885, e poi in PA, 1890, 243-246.

Pazzi ed anomali, Città di Castello, Lapi, 1885.

1886

Polemica in difesa della scuola criminale positiva, nel volume dallo stesso titolo contenente scritti di C. L., E. Ferri, R. Garofalo e G. Fioretti, Bologna, Zanichelli, 1886.

Illusioni dei giuristi sulle carceri, in AP, VII, 1886, 563.

La polizia scientifica, in AP, VII, 1886, 611, e poi in PA, 1890, 255-260.

Una nuova pena per i rei politici per passione (con R. Laschi), in AP, VII, 1886, 90.

I delitti di libidine, Torino, Bocca, 1886.

1887

Tre tribuni studiati da un alienista, Torino, Bocca, 1887.

L'influenza della temperatura sulle rivoluzioni (con Rossi), in AP, VIII, 1887.

L'ipnotismo applicato alla procedura penale, in AP, VIII, 1887, 243.

1888

Palimsesti del carcere. Raccolta unicamente destinata agli uomini di scienza, in AP, VIII, 1887 - IX, 1888, e poi Torino, Bocca, 1888.

Troppo presto. Appunti al nuovo progetto di codice penale, Torino, Bocca, 1888.

I pazzi criminali, in AP, IX, 1888, 156.

Sui pazzi criminali, in *Il corriere della sera*, 1888, e poi in PA, 1890, 300-301.

L'Italia è unita, non unificata, in AP, IX, 1888, 144.

Il manicomio criminale e la forza irresistibile nel nuovo progetto di codice penale, in AP, IX, 1888, 264.

Genio e follia di Giordano Bruno, in AP, IX, 1888, 298.

Risposta alle obiezioni sugli Appunti al Codice penale, in AP, IX, 1888, 301.

Omicidio-suicidio, in AP, IX, 1888, 515.

L'uomo delinquente. I. *Delinquente nato e pazzo morale*, Torino, Bocca, 1888 (4^a ediz.). II. *Delinquente epilettico, d'impeto, pazzo, criminale*, Torino, Bocca, 1888.

Siamo archeologi, in *La riforma*, 1888, e poi in PA, 1890, 296-298.

L'uomo di genio in rapporto alla psichiatria, storia ed estetica, Torino, Bocca (5^a ediz. di *Genio e follia*, completamente rifatta).

1889

I criminaloidi, in AP, X, 1889, 121 e poi in PA, 1890, 358-366.

Morselli e la pena di morte, in AP, X, 1889, 210.

Donna criminale e prostituta, in AP, X, 1889, 381.

Misoneismo e delitto politico (con R. Laschi), in AP, X, 1889, 455.

La pazzia, la criminalità ed il delitto politico (con R. Laschi), in AP, X, 1889, 473.

I fattori individuali nel delitto politico, in AP, X, 1889, 581.

Errori della sociologia criminale di Colajanni, in *La tribuna giudiziaria*, III, 1889, n. 38.

1890

Pazzi ed anormali. Saggi, Città di Castello, Lapi, 1890 (2ª ediz. di molto accresciuta).

Contiene, oltre a quelli già richiamati fino ad ora, i seguenti scritti di argomento giuridico e criminologico:

— *La scienza impopolare*, 9-16.

— *I mattoidi e l'antropologia criminale*, 3-9.

— *Sui processi Pel, Z... e Sbarbaro*, 221-227.

— *Ancora sulla Ze... e su Sbar...*, 228-232.

— *Una famiglia di delinquenti nati*, 234-240, e poi anche in DVDN, 1902, 85-90.

— *A proposito dell'articolo su Tozzi*, 240-243.

— *Un esperimento nuovo sulla fisionomia criminale*, 246-248.

— *I delitti letterari (a Matilde Serao)*, 248-252.

— *Criminalità e semitismo in Sicilia (a Colajanni)*, 252-254.

— *Sulla frequenza dei regicidi fra i matti e mattoidi, e necessità dei manicomi criminali*, 342-344.

Il delitto politico e le rivoluzioni in rapporto al diritto, all'antropologia criminale ed alla scienza di governo (con R. Laschi), Torino, Bocca, 1890.

L'anthropologie criminelle et ses récents progrès, Paris, Alcan, 1890.

Anomalie di Carlotta Corday e del Generale Ramorino, in AP, XI, 1890, 96.

Anomalie di Carlotta Corday, in *L'anomalo*, II, 1890, 72-73.

Rei politici per occasione e per passione (con R. Laschi), in AP, XI, 1890, 34.

La pena del delitto politico (con R. Laschi), in AP, XI, 1890, 139.

1891

Educazione anticriminale, in AP, XII, 1891, 364, e poi in CS, I, 1891, 136-137.

Un'applicazione pratica dell'antropologia criminale, in AP, XII, 1891, 504.

Influence des météores et du climat sur les révolutions, in *Archives d'anthropologie criminelle*, 1891, 117 ss.

1892

Applicazioni pratiche dell'antropologia criminale, in SP, II, 1892, 353-365.

Criminel d'occasion et criminelle née, in AP, XIII, 1892, 87.

Palimsesti del carcere femminile, in AP, XIII, 1892, 250.

Processo Bonaglia, in AP, XIII, 1892, 559.

1893

Le più recenti scoperte ed applicazioni della psichiatria ed antropologia criminale, Torino, Bocca, 1893.

La donna delinquente, la prostituta e la donna normale (con G. Ferrero), Torino, Roux, 1893.

Il mondo criminale (Prefazione), Milano, Omodei e Zorini, 1893.

Avvelenatori nati, in AP, XIV, 1893, 123.

Due parricidi, in AP, XIV, 1893, 131.

Su alcuni caratteri virili della criminale, in SP, III, 1893, 769-771.

Les corrupteurs actuels, in *La nouvelle revue*, 1893.

Contro il latino. Alla Eccellenza del ministro Martini, in CS, III, 1893, 305.

Atavism and evolution, New York, 1893.

Le piaghe d'Italia (1893), in MA, 1904, 13-26.

1894

Gli anarchici, Torino, Bocca, 1894.

L'antisemitismo e le scienze moderne, Torino, Roux, 1894.

Gli ebrei nell'evoluzione economica, in CS, IV, 1894, 5-7.

Assassino monomane, in AP, XV, 1894, 114.

Genio e degenerazione, in AP, XV, 1894, 572.

L'uomo di genio in rapporto alla psichiatria, alla storia ed all'estetica, Torino, Bocca, 1894 (6^a ediz. completamente mutata).

1895

Gli anarchici, Torino, Bocca, 1895 (2^a ediz. rifatta ed aumentata).

La funzione sociale del delitto, in RS, II, 1895, 801-811.

1896

Il caso Amerling (con D. Giuriati), Milano, Treves, 1896.

I dodici corpi d'esercito e il resto, in CS, VI, 1896, 244-245.

La libertà di parola ai professori, in CS, VI, 1896, 163.

L'uomo delinquente, in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie. I. *Delinquente nato e pazzo morale*, Torino, Bocca, 1896 (5^a ediz. definitiva). II. *Delinquente epilettico, d'impeto, pazzo, criminaloide*, Torino, Bocca, 1896 (2^a ediz., definitiva).

1897

Genio e degenerazione. Nuovi studi e nuove battaglie, Palermo, Sandron, 1897 (data della prefazione e del frontespizio. La copertina porta la data 1898).

La delinquenza nella rivoluzione francese. Conferenza, Torino, Roux, 1897.

La funzione sociale del delitto, Palermo, Sandron, 1897.

Documents d'études sociales sur l'anarchie (con Bérard e Van Hamel), Lyon, Stork, 1897.

Un'altra campana. La ribellione degli studenti e il socialismo, in CS, VII, 1897, 51-52.

Quel che ci insegna la Grecia (con F. Turati), in CS, VII, 1897, 145.

L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie, III. *Cause e rimedi*. Aggiunto un *Atlante*, Torino, Bocca, 1897.

Il trattamento razionale del delinquente, in AP, XVIII, 1897, 186-192.

Il cervello del brigante Tiburzi, in AP, XVIII, 1897, 145-156.

1898

In Calabria, 1862-1897. Studii, Catania, Giannotta, 1898. Un estratto in MA, 1904, 179-194.

La nozione dell'antropologia criminale nei pensatori antichi, in RSD, II, 1898, III-III8.

L'emigrazione degli ingegni italiani (1898), in MA, 1904, 51-56.

I fenomeni regressivi dell'evoluzione (1898), in MA, 1904, 127-136.

I vantaggi della libertà nell'arte all'epoca dei Comuni (1898), in MA, 1904, 143-178.

Rivolte e rivoluzioni. Agli avversari delle mie idee sulle rivoluzioni, in AP, XIX, 1898, 105-109.

1899

Per la libertà della stampa (1899), in MA, 1904, 71-76.

Le crime, causes et remèdes. In appendice: *Sur les progrès de l'anthropologie criminelle pendant les années 1895-98*, Paris, Schleicher, 1899. *Anarchici-monarchici con doppia personalità* (1899), in DVDN, 1902, 239-244.

Luigi Luccheni e l'antropologia criminale, Torino, Bocca, 1899, e poi in DVDN, 1902, 217-238.

Los hermanos Mangachi y la antropologia criminal (1899), in DVDN, 1902, 91-96.

Le cristallizzazioni politiche (1899), in MA, 1904, 57-64.

Il delinquente ed il pazzo nel dramma e nel romanzo moderno, in NA, CLXIII, 1899, 665 ss., e poi in DVDN, 1902, 307-324.

L'italia in China. Il pericolo giallo, in NA, CLXIV, 1899, 335 ss., e poi in MA, 1904, 223-232.

I regicidi. [Indicazione che non si è potuta riscontrare].

Perchè i Boeri hanno resistito (1899), in MA, 1904, 255-264.

1900

La spedizione in China e l'offesa allo Statuto, in CS, X, 1900, 226-228.

Il ciclismo nel delitto, in NA, XXXV, 1900, 5-16, e poi, col titolo *Delitti ciclistici e benefizi del ciclismo*, in DVDN, 1902, 293-306.

Les peines des femmes, in AP, XXI, 1900, 274-280.

Il governo e la piazza (1900), in MA, 1904, 65-70.

La cattiva organizzazione della polizia e i sistemi carcerari in Italia (1900), in MA, 1904, 77-96.

Gaetano Bresci (1900), in DVDN, 1902, 245-252.

Perchè molti criminali moderni non hanno il tipo (1900), in DVDN, 1902, 263-272.

La insufficienza diplomatica e la guerra in China (1900), in MA, 1904, 237-244.

1901

Nouvelles recherches d'anthropologie criminelle, Paris, Alcan, 1901 (4^a ediz.).

Il suicidio di Bresci, in *Tribuna giudiziaria*, XV, 1901, n. 22, e poi Napoli, Pierro, 1901.

Il pericolo nero in Francia, in NA, CLXXIX, 1901, 139 ss., e poi in MA, 1904, 195-214.

Il nuovo secolo (1901), in MA, 1904, 27-36.

I piccoli vetrai italiani in Francia (1901), in MA, 1904, 113-118.

1902

Delitti vecchi e delitti nuovi, Torino, Bocca, 1902.

Contiene, oltre a quelli già richiamati fino ad ora, i seguenti scritti di argomento giuridico o criminologico:

— *Sulle cause dell'accrescimento dell'omicidio in America*, 3-28.

— *La criminalità in Australia nel decennio 1888-1898*, 29-46.

— *La criminalità nel Messico*, 47-58.

— *Vacher*, 97-108.

— *Il brigante Tiburzi*, 75-84.

— *Il dottor Holmes*, 159-168.

— *Un consulto criminologico oltre l'oceano*, 169-174.

— *Mistress Place*, 175-184.

— *Forme nuove di delitti e nuovi mezzi contro i delinquenti*, 275-292.

I giudizi di classe, in Soc, I, 1902, 258-259.

Enrico Ballor detto il martellatore (1902), in AP, XXIII, 1902, 121-132, e poi in DVDN, 1902, 109-120.

Il pericolo tripolitano (1902), in NA, CLXXXII, 1902, 721 ss., e poi in MA, 1904, 245-254.

Militarismo e Tripoli, in Soc, I, 1902, 69-70.

Giuseppe Musolino, in AP, XXIII, 1902, 1-10.

Dopo la cattura del bandito Musolino, in RDCarc., XXVI, 1902, 468 ss.

L'ultimo brigante. Giuseppe Musolino, in NA, CLXXXI, 1902, 508 ss.

Il brigante Giuseppe Musolino, in DVDN, 1902, 325-335.

Innocenza di gravissima imputazione dimostrata dall'antropologia criminale, in AP, XXIII, 1902, 539-545.

Nuovi studi sul genio. I. *Da Colombo a Manzoni*. II. *Origine e natura dei geni*, Palermo, Sandron, 1902.

1903

Il momento attuale, Milano, Casa editrice moderna, 1903 (1903 è la data segnata sul frontespizio e quella della prefazione. La copertina reca 1904).

- Razze e criminalità in Italia*, in AP, XXIV, 1903, 245-248.
L'uomo di genio e l'uomo medio nella trasformazione sociale, in Soc, II, 1903, 102-104.
La donna delinquente, la prostituta e la donna normale (con G. Ferrero), Torino, Bocca, 1903 (2^a ediz. economica).

1904

- La libertà condizionale e la magistratura italiana*, in SP, XIV, 1904, 1-4.
Ladro pazzo morale, in AP, XXV, 1904, 453-454.
Rapina di un tenente dipsomane, in AP, XXV, 1904, 497-500.

1905

- Il caso Olivo* (con A. G. Bianchi), Milano, Libr. editr. nazionale, 1905.
La perizia psichiatrico-legale coi metodi per eseguirla e la casuistica penale classificata antropologicamente, Torino, Bocca, 1905.
La psicologia dei testimoni nei processi penali, in SP, XV, 1905, 521-526.
Vittoria di Pirro? Le elezioni generali, in DS, I, 1905, 8-9.

1906

- Dell'anarchia in Spagna e delle sue cause*, in NA, CCV, 1906, 668-673.
La demografia d'Italia negli ultimi anni, in DS, II, 1906, 279-281.

1908

- Perchè i criminali aumentano e peggiorano con le mitezze penali e carcerarie*, in SP, XVIII, 1908, 406-410.
Sul sistema di governo dei detenuti indisciplinati, ribelli e agitati negli stabilimenti carcerari. Risposte ad un « referendum », in RDCarc., XXXIII, 1908, 66-91, 137-191.
Per la riforma universitaria, in NA, CCXXI, 1908, 560 ss.

1909

- Nuove norme di delitti*, in AP, XXX, 1909, e poi in NA, CCXXVI, 1909, II ss.
Pensieri sul processo Stainheil, in AP, XXX, 1909, 87.

Luigi Majno**1877**

- La tradizione penale nel diritto romano*, in RP, V, 1877, 265-290.

1878

- Il regolamento sul lotto 17 settembre 1871 eccede la facoltà del potere esecutivo*, in Mo. trib., XIX, 1878, e poi Milano, Tip. F.lli Rechiedei, 1878.

1879

- Sulla punizione della falsa testimonianza. Stato della giurisprudenza sull'art. 365 del codice penale*, in Mo. trib., XX, 1879, 977-988, 1009-1016.

1880

Recensione a R. Garofalo, Di un criterio positivo della penalità, in *Mo. trib.*, XXI, 1880, 745-753, 770-774.

Recensione a R. Schiattarella, Dei reati commessi all'estero, in *Mo. trib.*, XXI, 1880, 229-231.

Recensione a P. Celli, Della polizia, in *Mo. trib.*, XXI, 1880, 982-984.

1881

Della confisca e del sequestro nei reati di contrabbando, in *Mo. trib.*, XXII, 1881, 713-721.

Sul diritto dei privati ad aver copia degli atti di processi penali, in *Mo. trib.*, XXII, 1881, 1106-1110.

Della rettifica dei verdetti incompleti contraddittori o irregolari, in *Mo. trib.*, XXII, 1881, 449-458.

1882

La premeditazione nell'omicidio con errore di persona, in *AP*, III, 1882, 238.

1883

Della competenza a conoscere dei reati elettorali, in *Mo. trib.*, XXIV, 1883, 17-21.

Processo Barré e Lebiez, in *AP*, IV, 1883, 232.

1884

Del segreto epistolare, in *Mo. trib.*, XXV, 1884, 545-552.

Della revisione dei processi penali, in *AP*, V, 1884, 251.

Recensione a A. Buccellati, Istituzioni di diritto e procedura penale secondo la ragione e il diritto romano, in *Mo. trib.*, XXV, 1884, 1073-1078.

Recensione a G. Crivellari, Il duello nella dottrina e nella giurisprudenza, in *Mo. trib.*, XXV, 1884, 1041-1042.

Recensione a L. Lucchini, Soldati delinquenti, giudici e carnefici, in *Mo. trib.*, XXV, 1884, 960-964.

Recensione a A. Setti, La forza irresistibile, in *Mo. trib.*, XXV, 1884, 804-807.

1885

La scuola positiva di diritto penale, in *Mo. trib.*, XXVI, 1885, 1161-1167, 1185-1194, e poi Milano, Tip. fratelli Rechiedei, 1885.

Appunti intorno alle modificazioni che l'onor. Pessina ha introdotto nel Progetto di Codice penale presentato dall'onor. Savelli, in *Mo. trib.*, XXVI, 1885, 585-591.

Appunti intorno alle modificazioni introdotte dalla Commissione della Camera dei deputati nel libro primo del Progetto di codice penale presentato dall'on. Pessina, in *Mo. trib.*, XXVI, 1885, 921-925.

Recensione a G. Contino, Oltraggio agli avvocati e ai procuratori, in *Mo. trib.*, XXVI, 1885, 462-463.

1886

Di una sentenza della Cassazione di Roma in materia di bollo, in *Mo. trib.*, XXVII, 1886, 425-428.

Ancora sul punto se i civilmente responsabili possono, agli effetti dell'art. 403 cod. p.p. parificarsi agli agenti principali o complici del reato, in *Mo. trib.*, XXVII, 1886, 705-706.

Ricorso Mattioli. Corte di Cassazione di Torino, in *AP*, VII, 1886, 283.
Recensione a A. Setti, L'esercito e la sua criminalità, in *Mo. trib.*, XXVII, 1886, 440-447.

Recensione a A. Berenini, Offese e difese, in *Mo. trib.*, XXVII, 1886, 651-652.

Recensione a G. Campili, Il grande ipnotismo e la suggestione ipnotica nei rapporti del diritto civile e penale, in *Mo. trib.*, XXVII, 1886, 606.

1887

Codice di procedura penale italiano. Commentato da G. Borsani e L. Casorati fino al § 2389 del vol. VII, e poi completato dall'avv. L. Majno, Milano, Pirola, 1887 (vol. VII).

Relazione presentata il 6 giugno 1887 dall'on. Ettore Sacchi alla Camera dei deputati sul punto se l'art. 45 dello Statuto permetta la esecuzione di condanne a pena di detenzione contro deputati, in *Mo. trib.*, XXVIII, 1887, 559-560.

Recensione a D. Castelli, La giustizia in Italia, in *Mo. trib.*, XXVIII, 1887, 26.

Recensione a A. F. Berner, Trattato di diritto penale, in *Mo. trib.*, XXVIII, 1887, 480.

Recensione a G. Semmola, La censura pubblica nei liberi ordinamenti e la repressione delle ingiurie, in *Mo. trib.*, XXVIII, 1887, 904.

Recensione a R. Garofalo, Riparazione alle vittime del delitto, in *Mo. trib.*, XXVIII, 1887, 1004.

1888

Il progetto Zanardelli di codice penale, in *Mo. trib.*, XXIX, 1888, 81-90, 841-846, 861-865, 881-888.

Le questioni subalterne nei giudizi d'assise, in *Temi veneta*, XIII, 1888, e poi Venezia, Ferrari, 1888.

Recensione a A. Borciani, Dei reati di ribellione e violenza pubblica, in *Mo. trib.*, XXIX, 1888, 80.

Recensione a G. B. Impallomeni, Il carattere dei moventi nell'omicidio premeditato, in *Mo. trib.*, XXIX, 1888, 799-800.

Recensione a C. Lombroso ed altri, Appunti al nuovo codice penale, in *Mo. trib.*, XXIX, 1888, 1008.

1889

Recensione a E. Brusa, Bibliographie pénitentiaire et pénale en Italie, depuis le commencement du siècle jusqu'à nos jours, in *Mo. trib.*, XXX, 1889, 20.

Recensione a R. Garofalo, L. Carelli, *Riforme della procedura penale in Italia*, in *Mo. trib.*, XXX, 1889, 490-492.

1890

Il nuovo codice penale e la scuola positiva. Prolusione letta nell'Università di Pavia, il 14 gennaio 1890, in *Mo. trib.*, XXXI, 1890, 61-72, e poi Milano, Tip. F.lli Rechiedei, 1890.

Commento al codice penale italiano, Verona, Tedeschi, 1890-1894 (pubblicato a dispense).

Questioni transitorie sui reati di azione privata, in *Mo. trib.*, XXXI, 1890, 205-207.

Sull'art. 16 del codice penale nuovo, in *Mo. trib.*, XXXI, 1890, 207-208.

Sull'art. 33 del nuovo codice penale (Interdizione legale del condannato. Potestà patria e maritale), in *Mo. trib.*, XXXI, 1890, 225-226.

1891

Recensione a J. Lacointa, *Code pénal d'Italie*, in *Mo. trib.*, XXXII, 1891, 160.

1892

Modernità e diritto, in *Il pensiero italiano*, II, 1892, 16.

Relazione della Commissione per lo studio delle modificazioni al codice di commercio sui quesiti ministeriali, nominata dai Consigli dell'ordine degli avvocati e di disciplina dei procuratori, Milano, Tip. del Riformatorio e Patronato, 1892.

1893

Gli spezzati d'argento e la legge, in *Mo. trib.*, XXXIV, 1893, 808-811.

1894

Novità fiscali, in *Mo. trib.*, XXXV, 1894, 361-362.

1895

Controricorso in Cassazione per il deputato Prampolini (art. 45 dello Statuto), (con Borciani e Ferrari) Reggio Emilia, 1895.

1896

Le condanne per l'art. 5 legge 19 luglio 1894. Memoria per la Cassazione (con V. Lollini), Milano, 1896.

1898

La Cassazione e i tribunali di guerra, in *RPopPol*, IV, 1898, 121-123. *Ricorso alla Cassazione di Roma* (con G. Marcora), in *SP*, VIII, 1898, 473-503.

Ricorso alla Cassazione di Roma per Turati avv. Filippo e De Andreis ing. Luigi, Deputati al Parlamento, contro la sentenza 1° agosto 1898 del Tribunale di guerra di Milano, in *SP*, VIII, 1898, 524-533.

Questioni legati riguardanti la difesa davanti ai tribunali di guerra. *Relazione della Commissione per l'esame della medesima*, (con altri autori), in *GP*, IV, 1898, 743-760, e poi Milano, Tip. Ripamonti, 1898.

1899

La purgazione della contumacia per condannati dai tribunali militari (con altri autori: ricorso alla Cassazione penale), in SP, IX, 1899, 166-177.

1902

Discorsi pronunziati alla Camera dei deputati nelle tornate del 21 e 23 marzo 1902, in *La difesa della vita*, 1902, 65-72.

Commento al codice penale, Verona, Tedeschi, 1902-1906 (2^a ediz. riveduta ed aggiornata).

1906

Relazioni per gli anni 1902-1903 e 1904-1905, per il comitato italiano contro la tratta delle bianche, Milano, 1906.

Pubblicazione a sua cura dell'opera di C. Pisacane, Guerra combattuta in Italia negli anni 1848-1849, Roma-Milano, 1906.

1908

Relazione per gli anni 1906-1907 per il Comitato italiano contro la tratta delle bianche, Milano, 1908.

Pietro Nocito**1865**

Filosofia del dovere, Palermo, Pagano, 1865.

Sulla necessità di rendere popolare l'insegnamento dell'economia politica, Palermo, Polizzi, 1865.

Sul diritto penale internazionale, Palermo, Polizzi, 1865.

1867

Prolegomeni alla filosofia del diritto giudiziario penale e civile, riscontrata con le vigenti leggi, Siena, Tip. dell'Ancora (Bargellini), 1867.

1868

Il diritto penale e le colonie agricole. Considerazioni, Siena, Mucci, 1868.

1869

Il giudizio di rinvio secondo l'art. 509 del Codice italiano di procedura penale, in AG, III, 1869, 392-412, 696-722; IV, 1869, 84-117. Poi Bologna, Fava e Garagnani, 1870.

1872

Del sistema delle grazie applicato alle condanne capitali, in I^o Congresso giuridico italiano. Relazione sulla tesi 1^a Abolizione della pena di morte e proposta di una scala penale, Roma, Tip. Pallotta, 1872.

Del Senato costituito in Alta Corte di Giustizia, in AG, IX, 1872, 461-510, 587-656, e poi Bologna, Fava e Garagnani, 1872.

1874

La Corte d'assise. Esposizione teorica e pratica delle relative leggi di procedura ed ordinamento giudiziario compresa la legge sui giurati 8 giugno 1874, Roma, Botta, 1874.

1877

Discorso del deputato Pietro Nocito sul progetto di legge per provvedimenti sopra gli abusi dei ministri del culto nell'esercizio del loro ministero, Roma, Tip. della Camera dei deputati, 1877.

1880

Della libertà condizionale dei condannati. Studio, Roma, Artero, 1880. Riunisce due scritti precedenti ed altre annotazioni. Gli scritti sono: *Esame della questione della liberazione condizionale dei condannati, astrazione fatta dal sistema irlandese*. Congresso penitenziario di Stoccolma, 1878; e *Sulla liberazione condizionale dei condannati* (continuazione e fine), in *RDCarc.*, VIII, 1878, e IX, 1879. Davide Lazzaretti, in *AP*, I, 1880, 113-145, e poi Torino, Roux e Favale, 1880.

1882

Una escursione alla colonia penale delle tre fontane, in *NA*, LXV, 1882, 264-293.

1883

Dell'influenza delle circostanze attenuanti sulla prescrizione dell'azione penale, in *RP*, XVIII, 1883, 389-409.

1885

Una famiglia di avvelenatori. Appendice alla memoria defensionale di Carlo Colucci e C.i. innanzi alla Sezione d'accusa presso la Corte d'appello delle Puglie, Trani, Tip. Nazionale, 1885.

1886

Del sequestro civile in materia penale, in *RP*, XXIV, 1886, 401-431. *Difesa del cav. Giorgio Braitano in causa di diffamazione al trib. di Firenze*, Roma, Pallotta, 1886.

Alta Corte di Giustizia. Studio di diritto costituzionale e penale, Torino, UTE, 1886, ma già in *Digesto italiano*, 1886.

Abolizione dell'azione penale, in *Digesto italiano*, 1886.

Abuso di autorità, in *Digesto italiano*, 1886.

Abuso di firma in bianco, in *Digesto italiano*, 1886.

Alto tradimento (ma vedi il 1893).

1888

Sul progetto di codice penale. Discorso e relazione del deputato P. Nocito, Roma, Tip. della Camera dei deputati, 1888.

1890

Il congresso penitenziario internazionale di Pietroburgo, in *NA*, CXII, 1890, 243 ss.

1891

La liberazione condizionale dei condannati secondo il nuovo codice penale italiano e la procedura del R.D. 1 dicembre 1890, Roma, Società laziale, 1891.

La legge di Lynch ed il conflitto italo-americano, in NA, CXVII, 1891, 337 ss., 551 ss., e poi Roma, Tip. della Camera dei deputati, 1891.

1893

I reati di Stato con speciale riguardo all'alto tradimento esaminati nella legislazione, nella giurisprudenza e nella storia, in *Digesto italiano*, e poi Torino, UTE, 1893.

1894

Lo stato e il proletariato. Discorso inaugurale tenuto nella R. Università di Roma, Roma, Pallotta, 1894.

Le riforme sociali nella legislazione civile, in *Rinnovamento economico*, I, 1894, 431-446.

Diritto e procedura penale. Lezioni del prof. P.N. raccolte e compilate dagli studenti L. Zanardi e L. Sotis, Roma, Lit. Landi, 1894.

1896

Lezioni di diritto penale dettate dal prof. P.N. per uso degli scolari, Roma, Tip. del Genio Civile, 1896.

1898

Relazione sui discorsi inaugurali dell'anno giuridico 1897 pronunciati dai Procuratori generali presso le Corti d'appello del Regno (parte penale), rivolta alla Commissione per la statistica giudiziaria, in GP, IV, 1898, 608-616, 660-663, 733-743.

Sunto del d.d.l. apprestato dall'on. Pietro Nocito sulla proclamazione dello Stato d'assedio in tempo di pace, per incarico della Commissione nominata dal Ministro Guardasigilli, in GP, IV, 1898, 1312.

1899

Polizia giudiziaria. Studi di riforma legislativa, in RP, L, 1899, 5-34. Poi anche Torino, UTE, 1899.

1901

Corso di diritto penale col commento delle relative leggi. Reati contro il diritto politico, Roma, Forzani, 1901.

Istruzione preparatoria, in RP, LIV, 1901, 373-398.

1903

Difesa di Michele Utreggio imputato di omicidio colposo (per franamento di terreno adibito a costruzione), Viterbo, Agnesotti, 1903.

1904

Del concorso di più persone in uno stesso reato, in *Enc. Pessina*, V, 1904, 305-386.

Alfredo Pozzolini**1897***Sul voto plurimo*, in *RPopPol*, III, 1897, 212-214.**1898***Stretto diritto ed interesse sociale nella legge sugli infortuni del lavoro*, in *SG*, 1922, 131-138.*La dottrina della colpa penale in un volume di Alessandro Stoppato*, in *AG*, LX, 1898, 386-389, e poi in *SG*, 1922, 123-129.*L'idea sociale nella procedura penale. Appunti critici*, in *AG*, LX, 1898, 305-319, e LXI, 1898, 30-62, 279-303, e poi Modena, *Direz. Arch. Giurid.*, 1898. Quindi in *SG*, 1920, 1-100.*Il ratto non violento*, in *Foro penale*, VII, 1898, 37-48. Poi in *SG*, 1920, 103-124.*La cosiddetta eguaglianza nella giustizia penale*, in *RPopPol*, III, 1898, 288-289.*Competenza dell'Alta Corte di giustizia a conoscere dei reati commessi da non senatori, ma aventi connessione con quelli per i quali è iniziato procedimento contro un senatore*, in *Giur. it.*, L, 1898, 105-106.*Rivista critica di giurisprudenza controversa in materia di diritto penale*, in *AG*, LX, 1898, 147-160, poi Bologna, Garagnani e figli, 1898.*Rivista critica di giurisprudenza controversa in materia di procedura penale*, in *AG*, LX, 1898, 352-360, e poi Bologna, Garagnani e figli, 1898.**1899***Il codice penale illustrato con la dottrina e la giurisprudenza* (con E. Serafini), Firenze, Cammelli, 1899 (vol. I, parte 1^a, artt. 1-60).*Contributo alla teorica della responsabilità penale*, in *Onoranze Carrara*, 1899, 47-56, e poi in *SG*, 1920, 125-137.*Bases para una teoria positiva de la responsabilidad penal*, in *Revista general de legislacion y jurisprudencia*, XLVII, 1899, 435-444.*Dei reati sessuali*, Milano, Vallardi, 1899 (estr. anticipato dal volume del 1903).*Le disposizioni penali nella legislazione sugli infortuni del lavoro*, in *Rivista ... sugli infortuni del lavoro*, I, 1899, poi Modena, Soc. tip. modenese, 1899 ed infine, in *SG*, 1922, 43-65.*Reato commesso in territorio estero ove vigono le capitolazioni. Inapplicabilità dell'art. 5 cod. pen.*, in *AG*, LXII, 1899, 364-366.*Eccitamento all'odio fra le classi. Inno dei lavoratori*, in *AG*, LXII, 1899, 369-370.*Rivista critica di giurisprudenza controversa in materia di diritto e procedura penale*, (contiene le due note precedenti ed altre quattro), in *AG*, LXII, 1899, 364-380, e poi Modena, *Direz. Arch. Giur.*, 1899.

1900

Il codice penale illustrato, I., (con E. Serafini), Firenze, Cammelli, 1900 (2^a ediz. e completamento del vol. I).

Contributo alla teorica della truffa, in AG, LXV, 1900, 11-39, e poi in SG, 1922, 1-41.

Il concetto giuridico e la classificazione dei reati sessuali, in RDPSC, I, 1900, 237-244.

L'evoluzione storica della nozione del reato d'illecito congiungimento carnale, in RDPSC, I, 1900, 413-428.

Rassegna di giurisprudenza (comprende 26 diverse note), in RDPSC, I, 1900, sub indice.

Recensione a F. Puglia, Principii fondamentali del diritto giudiziario penale, in RDPSC, I, 1900, 352-355.

Recensione a G. B. Impallomeni, L'omicidio nel diritto penale, in RDPSC, I, 1900, 149-153.

Recensione a C. Lessona, La legalità della norma ed il potere giudiziario, in RDPSC, I, 1900, 62-63.

Recensione a N. Pinsero, Intorno ad una riforma dell'istruzione preparatoria, in RDPSC, I, 1900, 269-271.

1901

Il problema della giustizia militare. Prolusione al corso di dir. e proc. penale, Pisa, 15 novembre 1901, in RDPSC, II, 1901, 497-516, e poi in SG, 1920, 235-258.

Il giudicato istruttorio e l'azione civile nascente dal reato, in RDPSC, II, 1901, 3-26, poi in SG, 1922, 139-169.

Il delitto di lenocinio, in *Digesto italiano*, 1901, e poi in SG, 1920, 141-231.

Rassegna di giurisprudenza, (comprende sei diverse note), in RDPSC, II, 1901, 52, 54, 190, 192, 194, 228.

Recensione a G. Rosadi, Del domicilio coatto e dei delinquenti recidivi, in RDPSC, II, 1901, 70-71.

Recensione a E. Ferri, Sociologia criminale ⁴, in RDPSC, II, 1901, 195-200. Ma v. anche AG, LXVI, 1901, e poi SG, 1922, 171-179.

Recensione a A. Hamon, Psicologia del militare di professione, in RDPSC, II, 1901, 427-429.

1902

Note di studio sul tentativo, in RDPSC, III, 1902, 57-62.

Rassegna di giurisprudenza, in RDPSC, III, 1902, 259.

La musica sediziosa, (nota di giurisprudenza), in RDPSC, III, 1902, 263-264.

Vigilanza speciale e domicilio coatto, (nota di giurisprudenza), in RDPSC, III, 1902, 264-265.

1903

Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie, Milano, Valardi, 1903.

- Lenocinio*, in *Digesto italiano*, XIV, e poi Torino, UTE, 1903 (2^a ediz.).
La comunicabilità delle circostanze del delitto. Note di studio, in RDPSC, IV, 1903, 148-165.
La responsabilità penale nel concorso di reati e di pene, in RDPSC, IV, 1903, 337-344, e poi in SG, 1922, 181-193.
Rassegna di giurisprudenza, in RDPSC, IV, 1903, 363.
Recensione a F. De Luca, Giudici e gravami penali, in RDPSC, IV, 1903, 383-384.
Tribunale penale di Pisa. Per i signori Mathurin Moreau, ved. Carpeaux e F.lli Cain (Contraffazione artistica), (con A. Zerboglio), Pisa, Mariotti, 1903.
Intorno al reato di contraffazione artistica in rapporto alla legge francese, in RDPSC, IV, 1903, 366-376, e poi anche in SG, 1922, 77-97.

1904

- Delitto o contravvenzione? Sull'art. 31 del T.U. delle leggi sugli infortuni del lavoro*, in *Rivista sugli infortuni del lavoro*, VI, 1904, e poi in SG, 1922, 69-76.
Rassegna di giurisprudenza, in RDPSC, V, 1904, 127-136.

1905

- Recensione a C. Lombroso, A. G. Bianchi, Il caso Olivo*, in RDPSC, VI, 1905, 234-236.

1906

- Partecipazione accessoria. Note di studio*, in RDPSC, VII, 1906, 17-29.
Per una costruzione giuridica della dottrina della partecipazione al reato, in RDPSC, VII, 1906, 115-131, e poi in SG, 1922, 99-122.
Il principio di esecuzione nel tentativo. Note di studio, in RDPSC, VII, 1906, 197-210.
L'idoneità dei mezzi nel tentativo. Note di studio, in RDPSC, VII, 1906, 315-335.
Rassegna di giurisprudenza, in RDPSC, VII, 1906, 46-64, 257-263.
Per l'inchiesta sull'amministrazione della guerra. Discorso, Pisa, 15 dicembre 1906, in CD, 1923, 1-11.

1907

- La condanna condizionale e la riabilitazione di diritto*, in RDPSC, VIII, 1907, 54-55.
Atti di libidine e corruzione di minorenni, in RDPSC, VIII, 1907, 55-56.
L'azione penale nell'adulterio, in RDPSC, VIII, 1907, 57-60.
In tema di delega di competenza, in RDPSC, VIII, 1907, 60-61.
Sull'appellabilità delle sentenze di condanna a tenore dell'art. 31 della legge infortuni, in RDPSC, VIII, 1907, 247-250.
In memoria di Gio. Batt. Impallomeni. Discorso letto il 4 maggio 1907 in Roma, nella commemorazione tenuta per iniziativa della « Unione

democratica romana », Pisa, Mariotti, 1907, e poi in SG, 1922, 195-212.

Garibaldi. Discorso, Marina di Pisa, 4 luglio 1907, in SD, 1923, 13-20.

1908

Verso il nuovo diritto penale. Prolusione al corso di diritto e procedura penale, Pisa, 10 novembre 1908, in RDPSC, IX, 1908, 343-351, poi Pisa, Mariotti, 1908 ed infine in SG, 1922, 213-224.

1909

Incriminatione e condizioni di punibilità della bancarotta, in RDPSC, X, 1909, 177-182, e poi in SG, 1922, 225-233.

inoltre:

Scritti giuridici, I, Pisa, Folchetto, 1920.

Istituzioni di diritto penale italiano. I. *Prenozioni e generalità. Le norme generali del diritto penale*, Firenze, Barbera, 1921.

Scritti giuridici, II, Pisa, Folchetto, 1922.

Commemorazioni e discorsi, Pisa, Folchetto, 1923.

Giuseppe Salvioli

1884

Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano. Prolusione letta il 20 dicembre 1884 nell'Università di Palermo, in CG, XVI, 1885, e poi Palermo, Virzi, 1885.

1890

I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operai. Discorso letto nella solenne inaugurazione degli studi il 9 novembre 1890, in *Annuario della R. Università degli studi di Palermo, 1890-91*, Palermo, Tip. dello Statuto, 1890.

1891

Gli aforismi giuridici, in SP, I, 1891, 289-295.

1892

Il lavoro delle donne e dei fanciulli nelle leggi straniere più recenti, in SP, II, 1892, 68-84.

I 'Masuirs' del Belgio e le recenti questioni sull'origine delle proprietà comunali in Europa, in SP, II, 1892, 337-352.

1893

Il passato e l'avvenire della « lotta di classe » in Inghilterra, in CS, III, 1893, 118-122, 135-138.

Le menzogne della mezzadria, in CS, III, 1893, 357-360.

La riforma dei contratti agrari, in *RPop*, I, 1893, 273-277, 321-325.
I pagamenti a rate nei contratti di vendita, in *SDP*, I, 1893, 74-85.

1894

Gabellotti e contadini in Sicilia nella zona del latifondo, in *Rif. soc.*, I, 1894, I, 63-81.

La questione delle otto ore di lavoro in Europa nel 1893-94, in *Rif. soc.*, I, 1894, I, 463-468.

La legge agraria per la Sicilia, in *Rif. soc.*, I, 1894, 2, 120-130.

La guerra della birra, in *Rif. soc.*, I, 1894, 2, 471.

La proprietà fondiaria in Sicilia. Una questione storica sugli usi civici, in *RPop*, II, 1894, 65-72.

Protezionismo agrario e intellettuale. Da un convegno ad un altro, in *RPop*, II, 1894, 242-245, 263-266.

L'assicurazione operaia, in *RPop*, II, 1894, 587-591.

Sopra la legge delle guarentigie, in *Archivio di diritto pubblico*, I, 1894.

1895

La teoria storica di Marx, in *Rivista di sociologia*, II, 1895, 161-182.

Le latifondum sicilien, Paris, Giard et Brière, 1895 (extr. da *Devenir social*, I, 1895).

Socialismo comunale (1895), in *RPol.*, I, 1895-96, 8-10.

La nuova fase del diritto al lavoro, in *RPop*, III, 1895, 65-73, 149-158.

In mezzo alle superstizioni, in *RPop*, III, 1895, 266-275.

Gli scioperi americani, in *Rif. soc.*, II, 1895, 3, 231-237.

A proposito delle elezioni inglesi, in *Rif. soc.*, II, 1895, 4, 451- .

« L'Homestead » in America e in Europa, in *Rif. soc.*, II, 1895, 4, 713- .

Recensione a G. P. Chironi, La colpa nel diritto civile odierno (2ª ediz.), in *CG*, XXVI, 1895, 691.

Recensione a G. Vadalà Papale, Il processo dinamico della legge e delle codificazioni nell'organamento sociale, in *CG*, XXVI, 1895, 693.

1896

La questione delle case operaie (1896), in *RPol*, I, 1895-96, 294-297.

Le otto ore, in *RPop*, IV, 1896, 201-203.

Il nuovo progetto di codice civile tedesco e i suoi difetti sociali, in *Rif. soc.*, III, 1896, 5, 587- .

La nationalisation du sol en Allemagne, Paris, Giard et Brière, 1896 (extr. da *Devenir social*, II, 1896).

1897

La nuova fase della storia del diritto, in *RSFD*, I, 1897, 3-8.

Psicologia sociale e scienze economiche, in *RPopPol*, III, 1897, 184-186, 209-210, 236-237.

Due inchieste sulla Sicilia, in *Rif. soc.*, IV, 1897, 7, 17-25.

La crisi agrumaria, in *Rif. soc.*, IV, 1897, 7, 476- .

1898

I teologi spagnoli e le loro trattazioni di filosofia del diritto, in RSFD, II, 1898, 1-6.

Le lotte fra pastori e agricoltori nella storia della civiltà, in RIS, II, 1898, 1-17.

1899

Manuale di storia del diritto italiano dalle invasioni germaniche ai nostri giorni, Torino, UTE, 1899.

Gli esordi dell'agricoltura, in RIS, III, 1899, 543-571.

1900

Sullo studio della storia economica medievale, in *Scienza sociale*, III, 1900, fasc. 3.

Recensione a G. Ricca Salerno, *La teoria del salario nella storia delle dottrine e dei fatti economici*, in RIS, IV, 1900, 237-240.

1901

Le clausole protettrici del lavoro nei pubblici appalti, in *RPopPol*, VII, 1901, 369-372.

La riforma dell'istruzione superiore, in *Rif. soc.*, VIII, 1901, 11, 479- .

Le decime di Sicilia e specialmente quelle di Girgenti, Palermo, 1901.

1902

Il villanaggio in Sicilia e la sua abolizione, in RIS, VI, 1902, 371-401.

1904

Lezioni di filosofia del diritto. Parte generale, Anno accad. 1903-1904, Napoli, Pierro, 1904.

Lo Stato dell'avvenire, in *RPopPol*, X, 1904, 437-440.

1905

Lezioni di filosofia del diritto, anno accad. 1904-1905, Napoli, Pierro, 1905.

1906

Le capitalisme dans le monde antique. Recherches sur l'histoire économique romaine, Paris, Giard et Brière, 1906.

I difetti sociali delle leggi vigenti di fronte al proletariato e il diritto nuovo, Palermo, Reber, 1906 (2ª ediz. aumentata).

Inoltre:

L'origine degli usi civici in Sicilia, in RIS, XIII, 1909, 154-179.

I problemi del progresso, in RIS, XV, 1911, 519-525.

La Tripolitania fu il granaio di Roma?, in *RPopPol*, XVIII, 1912, 15-17.

Legge e consuetudine a proposito di riforme legislative, in *Rivista giuridica d'Italia*, I, 1915, e poi Napoli, Pierro, 1915.

In date diverse, in *Digesto italiano*, le voci:

Cavalleria
Composizioni
Consulitore
Decime
Foro ecclesiastico
Seminari

Alfredo Tortori

1891

Sull'interpretazione ed applicazione dell'art. 247 codice civile, in *Rivista giuridica*, XIX, 1891, e poi *Bologna, Tip. militare*, 1891.

Azione di danni in favore della donna sedotta, in *SP*, I, 1891, 314-316.

Notificazione delle liste testimoniali (1891), in *Ant. giur.*, V, 1891-92, 495-504.

La reciprocità nella compensazione, in *La legge*, XXXI, 1891, 788-790.

Le condizioni nelle donazioni, in *La legge*, XXXI, 1891, 322-323.

Responsabilità ferroviaria in materia di contravvenzioni, in *Fil.*, XVI, 1891, 33 ss., e poi in *Note giuridiche*, 1894.

La ricognizione di debito fatta con testamento non perde il suo valore per avere il testatore revocato il testamento in cui la fece, *Roma, Civelli*, 1891, e poi in *Note giuridiche*, 1894.

Se il giuramento decisorio debba o no deferirsi alla parte che ha pienamente provato il suo assunto, in *Giur. it.*, 1891, e poi in *Note giuridiche*, 1894.

1892

La restitutio in integrum rispetto ai minori (1892), in *Ant. giur.*, V, 1891-92, 751-776, 909-947.

1893

Studi di diritto civile, *Pisa, Spoerri*, 1893.

Limitazione del grado di parentela nelle successioni legittime, in *SDP*, I, 1893, 49-56, e poi in *Note giuridiche*, 1894.

Contro la inalienabilità della dote, in *SDP*, I, 1893, 153-157, e poi in *Note giuridiche*, 1894.

La residenza notarile, in *SDP*, I, 1893, 668-671, e poi in *Note giuridiche*, 1894.

1894

Note giuridiche, *Firenze, Niccolai*, 1894.

Contiene gli scritti:

1. *Curatela di minore erede*
2. *Responsabilità ferroviaria in materia di contravvenzioni*
3. *Le condizioni nelle donazioni*
4. *La ricognizione di debito fatta con testamento*

5. *Questione sul giuramento decisorio*
6. *Notificazione delle liste testimoniali*
7. *Il divorzio nelle leggi romane*
8. *Limitazione del grado di parentela nelle successioni legittime*
9. *Contro la inalienabilità della dote*
10. *La residenza notarile*

Il mezzo foglio nel testamento segreto (art. 728 del codice civile), Padiva, Draghi, 1894.

Socialismo e diritto privato, Colle d'Elsa, 1894.

L'azione reibitoria nella vendita di animali (legislazione italiana e francese), in SDP, II, 1894, 542-548.

I piccoli fallimenti, in SDP, II, 1894, 611-615.

Massimario critico, in SDP, II, 1894, 417-423.

Se possa procedersi per bancarotta senza precedente dichiarazione di fallimento, in Fo. it., XIX, 1894, 234 ss.

Recensione a R. Schiattarella, Saggio di una spiegazione analitica del fenomeno ereditario, in SP, IV, 1894, 129-131.

Le Casse di risparmio e la loro liquidazione, Firenze, Ciardi, 1894.

1895

Sociologia e diritto commerciale. I. L'unità del diritto privato e la sua ricostruzione a base sociologica, Torino, Bocca, 1895.

Il codice unico delle obbligazioni e le legislazioni straniere, in SDP, III, 1895, 198-203.

Sociologia e diritto commerciale, in SDP, III, 1895, 304-310.

La base unica del diritto privato, in SDP, III, 1895, 433-447.

Individualismo e socialismo nella riforma del diritto privato, in SDP, III, 1895, 567-596.

I fenomeni sociali e il fondamento economico del diritto, in SDP, III, 1895, 638-643.

Recensione a I. Santangelo Spoto, La legislazione civile e i «beni di famiglia», in SDP, III, 1895, 58-62.

L'attività procacciatrice umana e il diritto privato, in RS, II, 1895, 755-767.

1897

La girata cambiaria. Suo sviluppo storico e sua natura nel diritto vigente in Germania e in Italia, Roma, Loescher, 1897.

L'aumento del sesto, Prato, 1897.

Falsificazione di cambiale posteriormente all'avallo. Girata od accettazione, Roma, Balbi, 1897.

Le decisioni interlocutorie della Corte dei conti e la perenzione triennale, in CG, XXVIII, 1897, 309 ss.

Il fallimento dell'imprenditore e il contratto d'appalto, in *Rivista universale di giurispr. e dottrina*, XI, 1897, e poi Roma, Unione cooperativa editrice, 1897.

1898

La promessa di matrimonio nel diritto e nella giurisprudenza, Torino, UTE, 1898.

Michele Angelo Vaccaro**1886**

La lotta per l'esistenza e i suoi effetti nell'umanità, Roma, Tip. Tiberina, 1886.

Sulla vita dei popoli in relazione alla lotta per l'esistenza. Studio sociologico, in RFS, V, 1886, 591-612, e poi in SCSC, 1903, 15-36.

1887

Sulla vita degli animali in relazione alla lotta per l'esistenza. Studio presociologico, in RFS, VI, 1887, poi Milano, Dumolard, 1888, ed infine, in SCSC, 1903, 1-14.

Progresso e regresso, in RSSP, V, 1887, 2, 31-36, e poi in SCSC, 1903, 37-42.

1888

La scuola penale positiva e la sociologia, in RDCarc., XVIII, 1888, 28-41, 321-344, 384-406, 481-504.

Sulla genesi del delitto e della delinquenza. Ricerche sociologiche, in RFS, VII, 1888, 348-361.

Intorno a un programma critico di sociologia, in RSSP, VI, 1888, 2, 581-590, e poi in SCSC, 1903, 91-100.

Giovanni Agostini de Cosmi, in CC, II, 1888, 233-237.

1889

Genesis e funzione delle leggi penali, Torino, Bocca, 1889.

L'amministrazione della giustizia e la democrazia, in RSSP, VII, 1889, 2, 370-383.

Antropologia e sociologia criminale, in RDCarc., XIX, 1889, 512-521, e poi in SCSC, 1903, 173-181.

1890

Recensione a R. Schiattarella, Note e problemi di filosofia contemporanea, in RSSP, VIII, 1890, 2, 344-345.

I zolfatai della Sicilia, Roma, Tip. Seth, 1890.

1891

I presupposti del diritto penale classico, in AG, XLVI, 1891, 80-105.

L'utilità nel diritto penale classico, in *Rivista di giurisprudenza*, XVI, 1891, e poi Trani, Vecchi, 1891.

L'espiazione e la giustizia assoluta in diritto penale, in RFS, X, 1891, 15-46.

L'evoluzione dell'amore, Torino, Bocca, 1891.
I zolfatai di Sicilia, in GdE, VI, 1891, I, 170-187.

1892

Un attentato all'antropologia criminale e al metodo positivo, in RP, XXXV, 1892, 449-469, e poi in SCSC, 1903, 195-219.
La evoluzione dell'amore, Roma, Tip. Centenari, 1892 (2^a ediz.).
La lutte pour l'existence et ses effets dans l'humanité, Paris, Chevalier Marescq, 1892 (Deuxième édition revue et augmentée d'une discussion sur la question sociale actuelle).

1893

Le basi del diritto e dello Stato, Torino, Bocca, 1893.
 Recensione a P. Nocito, *I reati di stato con speciale riguardo all'alto tradimento...*, in RISG, XV, 1893, 434-436.

1895

Sul delitto naturale, in RDCarc, XXV, 1895, e poi in SCSC, 1903, 183-193.

1897

Psicologia e procedura penale, in Ant. giur., IX, 1897, 397-422.
Determinismo e scienza penale, in RSD, I, 1897, 201-212, e poi in SCSC, 1903, 221-232.
La corruzione dei minorenni in Grecia ed in Roma, in RSD, I, 1897, 373-386.
La sanzione religiosa e il progresso umano secondo il Kidd, in RSD, I, 1897, 179-190, e poi in SCSC, 1903, 43-54.
Ancora sul sensorio sociale, in RPopPol, II, 1897, 464.
La legge ultima dell'evoluzione sociale, in RIS, I, 1897, 269-304.
Coscienza e volontà sociale, in RSD, I, 1897, e poi in SCSC, 1903, 101-107.
L'Italia presente e i suoi fati (pubblicato sotto lo pseudonimo di Filippo Ottonieri), Roma, Loescher, 1897.

1898

Sulla riforma del codice di procedura penale, in RSD, II, 1898, 306-320.
Polemica con E. Ferri, in RSD, II, 1898, 513-521 (pubblicato senza titolo), e poi con il titolo indicato qui in SCSC, 1903, 233-247.
Grandezza ed infelicità, in Rivista moderna di coltura, 1898, e poi in SCSC, 1903, 77-89.

1899

Sul rinnovamento scientifico del diritto penale. Prolusione al corso di Diritto e procedura penale, letta nell'Università di Roma il 26 gennaio 1899, in RSD, III, 1899, 35-59, e poi in SCSC, 1903, 153-171.
 Risposta a R. Garofalo, *A proposito di procedura penale*, in RSD, III, 1899, 105-109.
La mafia, Roma, Soc. editr. Dante Alighieri, 1899.

1900

Intorno ai recidivi e al domicilio coatto, in RP, LI, 1900, 451-464, e poi in SCSC, 1903, 249-267.

Sull'incivilimento e la democrazia delle nazioni, in RIS, IV, 1900, 169-175, e poi in SCSC, 1903, 55-61.

Pour la sociologie et « pro domo », in *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 1900, e poi in SCSC, 1903, 109-126.

Ancora per la Sociologia e « pro domo », in SCSC, 1903, 127-133.

1901

Resistenza e progresso, in RIS, V, 1901, 295-309, e poi in SCSC, 1903, 63-76.

1902

Sul rinnovamento della filosofia del diritto. Prolusione al corso di filosofia del diritto letta nell'Università di Roma il 20 novembre 1902, in RIS, VI, 1902, 511-526, e poi in SCSC, 1903, 135-149.

L'évolution de l'amour. Le féminisme, Paris, Molière, 1902.

Recensione a E. Carnevale, La dottrina morale nel diritto penale, in RISG, XXXIII, 1902, 436-437.

La lotta per l'esistenza e i suoi effetti nell'umanità, Torino, Bocca, 1902 (3^a ediz. e 2^a italiana).

1903

Saggi critici di sociologia e di criminologia, Torino, Bocca, 1903.

Recensione a G. Amadori Virgili, L'istituto familiare nelle società primordiali, in RISG, XXXVI, 1903, 218-219.

1904

Appunti delle lezioni di filosofia del diritto, anno accademico 1903-1904, Roma, Audisio, 1904.

Genesi e funzione delle leggi penali, Torino, Bocca, 1904 (2^a edizione).

Inoltre:

Appunti dalle lezioni di filosofia del diritto. 1904-1905, Roma, Audisio, 1905.

Lezioni di filosofia del diritto. Roma, 1905-1906, Roma, 1906.

Lotta di classe e pensiero moderno, in RIS, XI, 1907, 20-40.

Femminismo e famiglia, in *Rivista d'Italia*, XI, 1908, 559-580.

Genesi e funzione delle leggi penali, Torino, Bocca, 1908 (3^a edizione).

La concezione sociologica del progresso, in RIS, XVI, 1912, 161-174.

Il problema della pace e del futuro assetto mondiale, Torino, Bocca, 1917.

Il problema della popolazione dopo la guerra, in NA, CCLXXXII, 1918, 311 ss.

La lotta per l'esistenza e i suoi effetti nell'umanità. Quinta edizione con nuove aggiunte e considerazioni sulla guerra mondiale e sull'odierna lotta fra la borghesia e il proletariato, Torino, Bocca, 1921.

- Antichi fasti e presenti condizioni della Sicilia*, in NA, CCC, 1922, 89 ss.
Il diritto penale. Critica e sistemazione scientifica di esso, Torino, Bocca, 1927.
Crispi. Dal martirio all'apoteosi, Roma, Industrie Grafiche Editoriali, 1927.

Giuseppe Vadalà Papale

1881

- Morale e diritto nella vita. Studi*, Napoli, De Angelis, dep. Detken & Rocholl, 1881.
Il codice civile italiano e la scienza. Parte prima, Napoli, Morano, 1881.
Il diritto civile nell'insegnamento universitario, in AG, XXVII, 1881, 447-457.

1882

- Darwinismo naturale e darwinismo sociale. Schizzi di scienza sociale*, Torino, Loescher, 1882 (ma, sulla copertina, 1883. Sul frontespizio 1882).
Di una scienza delle legislazioni comparate nei rapporti sociologico, storico, legislativo e politico, in CG, XIII, 1882, e poi Palermo, Virzì, 1882.
La proprietà e la vita sociale, Napoli, Morano, 1882.
La giurisprudenza nell'insegnamento e negli studi di diritto civile, in *Foro messinese*, I, 1882, I-II.
Della necessità del metodo positivo nella filosofia del diritto, Catania, Tip. Galatola, 1882.
I legatari e l'art. 2057 codice civile italiano, in AG, XXIX, 1882, 528-537.

1883

- La sociologia, la filosofia della storia, la filosofia del diritto*. Prelezione, Catania, Stesicoro, 1883.
La nuova tendenza del diritto civile in Italia, in *Rivista di Giureprudenza*, VIII, 1883, e poi Trani, Vecchi, 1883.
L'ordinamento della legge positiva nella società, Catania, Galati, 1883.

1884

- Gli ospedali e il darwinismo. Studi sociologici*, Roma, Forzani, 1884.

1885

- La filosofia del diritto a base sociologica*, in CG, XVI, 1885, e poi Palermo, Virzì, 1885.
L'istituto della trascrizione e le sue riforme, in CG, XVI, 1885, e poi Palermo, Virzì, 1885.
La scienza del diritto civile, Catania, 1885.

Recensione a N. Colajanni, *Socialismo e sociologia criminale*. I. *Il socialismo*, in RCSGS, III, 1885, 17-20.

1886

Malthus, Darwin, Spencer, Schäffle intorno al problema della popolazione (1886), in *Ant. giur.*, I, 1886-87, 683-704.

L'eguaglianza sociale (1886), in *Ant. giur.*, I, 1886-87, 27-44, 243-260, 317-341.

1887

La funzione organica della società e dello Stato nella dottrina di G. D. Romagnosi, in RISG, III, 1887, 341-395, e poi Roma, Loescher, 1887.

Il carattere del sistema ipotecario e del credito fondiario in diversi stati d'Europa e la scienza della legislazione, in CG, XVIII, 1887, fasc. 7-9.

Commemorazione del prof. Enrico Cimbali, tenuta nell'Università di Catania il 2 luglio 1887, Catania, Martinez, 1887, poi in *Ant. giur.*, II, 1887-88, 395 ss. (numerazione autonoma da I a XXVI), ed infine, in EC, 1916, 112-130.

1888

La dottrina filosofico-giuridica di Schopenhauer e di Hartmann. Studio critico-sistematico, in *Rivista di giureprudenza*, XIII, 1888, e poi Trani, Tip. Vecchi, 1888.

Giordano Bruno. Commemorazione letta nell'aula magna della R. Università di Catania il 18 marzo 1888, nella ricorrenza del CCLXXXVIII anniversario della sua morte, Catania, 1888.

1889

Dati psicologici nella dottrina giuridica e sociale di G. B. Vico, Roma, Bocca, 1889.

1891

Necessità della codificazione dell'economia politica per la costituzione del codice privato-sociale, in SP, I, 1891, 152-170.

Per un codice privato-sociale, in *Spe*, I, 1891, fasc. 1, 50-83.

1892

Il processo dinamico della legge e delle codificazioni nell'organamento sociale, in *Spe*, II, 1892, 363-387.

Il fenomeno sociale della proprietà privata, in *Il pensiero italiano*, II, 1892, 6, 503-547.

Recensione a I. Vanni, *Il problema della filosofia del diritto...*, ed allo Stesso, *Gli studi di Henry Sumner Maine e le dottrine del diritto*, in AG, XLIX, 1892, 475-480.

1893

Diritto privato e codice privato-sociale, in SDP, I, 1893, 7-39.

L'ordinamento della legge positiva nella società, in *Ant. giur.*, VII, 1893, e poi Catania, Pansini, 1893.

1894

Le leggi nella dottrina di Platone, Aristotile, Cicerone, Catania, 1894.

Le leggi nella dottrina di S. Agostino e S. Tommaso, Catania, 1894.

Inconscio e conscio nel processo evolutivo della vita sociale e del diritto.

Prelezione al corso di filosofia del diritto letta nella R. Università di Catania il dì 25 novembre 1894, Bologna, Zanichelli, 1895.

Recensione a G. Simmel, Uber sociale Differenzierung. Sociologische u. psychologische Untersuchungen, in RS, I, 1894, 219-235.

1896

Il pensiero di Nicola Spedalieri e il secolo XVIII, in *Il pensiero italiano*, VI, 1896, e poi Catania, Galatola, 1896.

1897

La costruzione giuridica del contratto di lavoro, in IV Congresso giuridico nazionale (1897), II. *Relazioni della sezione di Diritto civile*, Napoli, Tip. Tocco, 1887, 9-91.

Inoltre:

Un programma di psicologia sociale, (1899), in *Cinquantesimo Pessina*, II, 53-73.

Il pessimismo del secolo e la patologia sociale, in RISG, XXIX, 1900, 305-353.

Progresso e parassitismo. Discorso letto il 6 novembre 1900 per la solenne inaugurazione degli studi nella R. Università di Catania, Catania, 1901.

L'addio del secolo. Conferenza, 18 marzo 1900, Catania, Giannotta, 1901.

Dei metodi d'interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato, in *Quinto Congresso nazionale giuridico-forense* (Palermo, 1903). *Relazione*, Palermo, Barravecchia, 1904, 107-122.

La riforma del diritto ereditario, in *VI congresso giuridico nazionale* (1906). *Relazioni*, Milano, Bellinzaghi, 1906, 1-29.

L'anima e i suoi viaggi. Conferenza, Catania, Giannotta, 1908.

Per il compito della moderna filosofia del diritto, in AG, LXXXII, 1909, e poi Modena, Soc. tip. modenese, 1909.

Pregiudizi e destini umani. Conferenza, Catania, Giannotta, 1910.

Una concezione integrale del diritto, in *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, Palermo, Gaipa, 1910, 3-23.

Diritto civile, in *Studi giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi*, Torino, 1915.

La scienza della politica nelle università italiane, in *Scritti in memoria di Angelo Majorana*, Catania, 1916.

Icilio Vanni**1877**

Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione. Dissertazione di laurea, Perugia, Tip. Santucci, 1877, e poi in SFSG, 1906, 1-127.

1878

I progressi della legislazione civile in Italia dopo la rivoluzione. Discorso letto nella libera Università di Perugia nel giugno 1878, Perugia, Tip. Santucci, 1878, e poi in SFSG, 1906, 129-163.

1882

Filosofia morale e sociale, Firenze, Cellini, 1882.

1883

Lo studio comparativo delle razze inferiori nella sociologia contemporanea. Discorso per l'inaugurazione degli studi letto il giorno 19 novembre 1883 nella libera Università di Perugia, Perugia, Tip. Santucci, 1884, e poi in SFSG, 1906, 165-200.

1885

I giuristi della scuola storica in Germania nella storia della sociologia e della filosofia positiva, (1885), in RFS, IV, 1884-85, 693-721, poi Milano, Dumolard, 1885 ed infine in SFSG, 1906, 201-237.

1886

Saggi critici sulla teoria sociologica della popolazione. I. Teoria biologica e teoria sociologica della popolazione. II. Questioni malthusiane in Germania ed il momento etico della teoria della popolazione, in *Annali dell'Università di Perugia*, II, 1886, poi Città di Castello, Lapi, 1886, ed infine in SFSG, 1906, 239-388.

1887

Sulla costituzione dei senati. Nota critica, (Recensione dell'opera di V. Ansidei, *Studio sulla costituzione dei Senati ed alcuni criteri per la riforma di quello italiano*, in RISG, III, 1887, 471-477, e poi in SFSG, 1906, 389-398.

1888

Prime linee di un programma critico di sociologia, Perugia, Tip. Santucci, 1888, e poi in SFSG, 1906, 419-560.

Giordano Bruno. Discorso di commemorazione pronunciato nella Sala dei Notari il 19 febbraio 1888, Perugia, Tip. Guerra, 1888 e poi in SFSG, 1906, 399-417.

1890

Il problema della filosofia del diritto nella filosofia nella scienza e nella vita ai tempi nostri. Prelezione letta il giorno 15 gennaio 1890 nella R. Università di Parma, Verona, Tedeschi, 1890.

1891

La filosofia e le discipline scientifiche, in RFS, X, 1891, 1-14.

Recensione a G. Carle, La vita del diritto nei suoi rapporti con la vita sociale, in RISG, XII, 1891, 96-102.

Recensione a L. Cossa, Primi elementi di economia politica. I. Economia sociale, in *Temì veneta*, XVI, 1891, 140.

1892

Gli studi di Henry Sumner Maine e le dottrine della filosofia del diritto, Verona, Tedeschi, 1892.

1893

Il sistema etico-giuridico di Herbert Spencer. Prefazione alla tr. it. di H. Spencer, *La giustizia*, Città di Castello, Lapi, 1893.

Sunto organico del saggio 'Gli studi di Henry Sumner Maine...', in RISG, XVI, 1893.

1894

La funzione pratica della filosofia del diritto, considerata in sé ed in rapporto al socialismo contemporaneo. Prelezione al corso di filosofia del diritto letta nella R. Università di Bologna il 15 gennaio 1894, Bologna, Zanichelli, 1894.

*Recensione a L. Miraglia, Filosofia del diritto*², in RISG, XVIII, 69-102.

1896

La filosofia del diritto in Germania e la ricerca positiva. Nota critica, in RISG, XXII, 1896, 77-95.

Recensione a P. Bianco, La filosofia del diritto in Germania, in RISG, XXI, 1896, 427-429.

1897

In memoria di don Vincenzo Ferranti professore di filosofia del diritto nella R. Università di Bologna, in *Annuario dell'Università di Bologna*, 1896-97, Bologna, Tip. Monti, 1897.

1900

Il diritto nella totalità dei suoi rapporti e la ricerca oggettiva. Prelezione al corso di filosofia del diritto letta nella R. Università di Roma l'11 gennaio 1900, in RIS, IV, 1900, 1-25.

Filosofia del diritto. Lezioni. Anno accademico 1899-1900, Roma, Casetti, 1900.

1901

La teoria della conoscenza come induzione sociologica e l'esigenza critica del positivismo, in RIS, V, 1901, 549-602.

Lezioni di filosofia del diritto. Anno accademico 1900-1901, Roma, Casetti, 1901 (= ediz. litografata, poi ripubblicata a stampa nel 1906).

Postumi:

Lezioni di filosofia del diritto, Bologna, Zanichelli, 1906.

Saggi di filosofia sociale e giuridica, Bologna, Zanichelli, 1906.

Ercole Vidari**1868**

Le società commerciali secondo la legge francese del 24 luglio 1867 e la legislazione italiana, in AG, II, 1868, 3-30, 129-153, e poi in SV, 1908, 3-60.

Della libertà commerciale, in *Politecnico*, 1868, e poi in SV, 1908, 317-349.

Ferdinando Galiani, Giovanni Maria Lampredi e Alberto Domenico Azuni, in AG, II, 1868, 210-241, e poi in SV, 1908, 351-385.

Studio critico comparativo di legislazione cambiaria, in AG, I, 1868, 528-581.

1869

Carattere storico, economico e giuridico della lettera di cambio, in AG, III, 1869, 413-431, 592-608.

Cronaca giuridica, in AG, III, 1869, 356-359.

Sul potere elettorale nei governi liberi. Osservazioni sull'opera di Luigi Palma, in AG, IV, 1869, 574-582.

1870

Rapporti del diritto commerciale colla pubblica economia e col diritto civile, in AG, V, 1870, 92-135.

1871

Di alcuni recenti progetti di legge sulle cambiali, in AG, VI, 1870, 368-380, 432-447; VII, 1871, 71-90, 344-357, 483-497; VIII, 1871, 68-82, e poi autonomamente, Bologna, Fava e Garagnani, 1871.

Sovra un caso di decadenza dell'azione di regresso in materia cambiaria, in AG, VII, 1871, 263-270.

Sulla teoria della elezione politica di Guido Padelletti, in AG, VII, 1871, 301-310.

Unificazione delle leggi commerciali nella Svizzera, in AG, VIII, 1871, 575-596.

1872

Della prima Camera nei Parlamenti e del Senato nel regno d'Italia, in AG, X, 1872, 5-60, poi Bologna, Fava e Garagnani, 1872, ed infine in SV, 1908, 619-684.

La sentenza 6 marzo 1872 della cassazione di Torino sul moratorio cambiario, in AG, IX, 1872, 187-199.

1873

Dei principali provvedimenti legislativi chiesti dal commercio italiano e desunti dalle proposte delle Camere di commercio. Note, Milano, Hoepli, 1873.

Della clausola salvo incasso nelle rimesse in conto corrente, in AG, XI, 1873, 266-281.

Della fattura, in AG, XI, 1873, 3-43.

Del riporto, in AG, XI, 1873, 567-595.

1874

Sul progetto per la riforma del codice di commercio, Milano-Napoli, 1874.

La cultura letteraria negli studi giuridici, in RIL, serie 2^a, VII, 1874, e poi in SV, 1908, 61-74.

Della bancarotta secondo il progetto di codice di commercio e il progetto di codice penale, in AG, XIII, 1874, 3-23.

1875

Note sul definitivo progetto di legge intorno alle società commerciali, in AG, XIV, 1875, 3-32, 215-251, 439-482.

Sulla prima tesi trattata nel congresso degli economisti, in RIL, serie 2^a, VIII, 1875, e poi in SV, 1908, 387-400.

1876

I magazzini generali secondo la legislazione italiana e le principali leggi straniere, Milano, Hoepli, 1876.

1877

Corso di diritto commerciale, Milano, Hoepli, 1877.

1879

La società di legislazione comparata di Parigi, in RIL, serie 2^a, XII, 1879, e poi in SV, 1908, 87-93.

1880

Prova per telegrammi, in *La legge*, XX, 1880, 67-70.

1883

Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, Milano, Hoepli, 1883.

1884

La donna può fare l'avvocato?, in RIL, serie 2^a, XVII, 1884, e poi in SV, 1908, 95-106.

La corte di cassazione di Torino e la questione delle donne avvocate, in RIL, serie 2^a, XVII, 1884, e poi in SV, 1908, 107-111.

Il nuovo codice di commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso, Milano, Hoepli, 1884 (2^a ediz. riveduta, aggiuntevi le disposizioni transitorie e regolamentari).

1885

La cambiale, gli ordini in derrate e l'assegno bancario, Milano, Hoepli, 1885.

Il riso contrabbando di guerra, in RIL, serie 2^a, XVIII, 1885, e poi in SV, 1908, 113-120.

Sui danni di guerra. Due lettere, in *Mo. trib.*, XXVI, 1885, 447-448, 561-563.

Note sull'art. 773 del codice di commercio, in *Mo. trib.*, XXVI, 1885, 1089-1094, 1170.

1886

La legislazione sociale in Italia. Discorso inaugurale pronunciato nell'Aula magna dell'Università di Pavia, il 3 novembre 1886, in *Annuario dell'Università di Pavia*, 1886; in *Mo. trib.*, XXVII, 1886, 1045-1061, e poi in SV, 1908, 401-443.

Trasferimento di brevetto e licenza di fabbrica, in *La legge*, XXVI, 1886, n. 12.

La così detta inversione della prova a proposito del progetto di legge intorno alla responsabilità dei padroni, degli intraprenditori e di altri committenti per i casi di infortunio, Milano, Bernardoni, 1886.

I fallimenti. Trattazione sistematica secondo il nuovo codice di commercio italiano, Milano, Hoepli, 1886 (in due volumi).

1887

Del mandato commerciale e della commissione, Milano, Hoepli, 1887.

Sulla opportunità che anche nei licei si insegnino i primi elementi del diritto privato e pubblico, in RIL, serie 2^a, XX, 1887, e poi in SV, 1908, 75-86.

Recensione a R. Calamandrei, Il contratto di trasporto, in *Mo. trib.*, XXVIII, 1887, 600.

1888

La convenzione internazionale di Berna del 9 settembre 1886 per la protezione delle opere letterarie ed artistiche, in *Fil*, XIII, 1888.

Di nuovo sull'art. 763 codice di commercio e la legge 25 gennaio 1888, (con L. Mortara), in *Mo. trib.*, XXIX, 1888, 505-506.

1889

La società e le associazioni commerciali. Trattazione sistematica secondo il nuovo codice di commercio italiano, Milano, Hoepli, 1889.

Pasquale Stanislao Mancini, giureconsulto, in *Fil*, XIV, 1889, e poi in SV, 1908, 121-134.

Il congresso per la pace in Roma, in RIL, serie 2^a, XXII, 1889, e poi in SV, 1908, 685-692.

1890

Il contratto di trasporto terrestre. Trattazione sistematica secondo il diritto italiano vigente, Milano, Hoepli, 1890.

La protezione del commercio nel nuovo codice penale, in RIL, serie 2^a, XXIII, 1890, e poi in SV, 1908, 135-147.
Sulla rivendicazione dei titoli al portatore, in *Mo. trib.*, XXXI, 1890, 489.

1891

Il divorzio e il congresso giuridico di Firenze, in *Mo. trib.*, XXXII, 1891, 749.
Le riforme al codice di commercio. Lettera, in *Mo. trib.*, XXXII, 1891, 769-770.
Il questionario del ministro guardasigilli per la revisione del codice di commercio, in *Mo. trib.*, XXXII, 1891, 809-810.
Pensieri sulla riforma universitaria, in RIL, serie 2^a, XXIV, 1891, e poi in SV, 1908, 451-462.
La formazione dei seggi elettorali, in *Fil.*, XVI, 1891, e poi in SV, 1908, 463-472.
Il congresso per la pace e l'arbitrato in Roma, in RIL, serie 2^a, XXIV, 1891, e poi in SV, 1908, 693-699.
Recensione a G. Carle, La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale, in *Mo. trib.*, XXXII, 1891, 239-240.

1892

Contro un codice unico per le obbligazioni, in *La legge*, XXXII, 1892, 643-648; poi in *appendice* al vol. I del *Corso di dir. commerc.*, Milano⁴, Hoepli, 1893; infine in SV, 1908, 179-197.
La riforma legislativa delle società anonime, in *Fil.*, XVII, 1892, e poi in SV, 1908, 149-168.
Convenzione internazionale per il trasporto delle merci sulle strade ferrate, in RIL, serie 2^a, XXVI, 1892, e poi in SV, 1908, 169-177.
Il diritto marittimo italiano esposto sistematicamente, Milano, Hoepli, 1892 (due volumi).

1893

Sul socialismo giuridico del prof. Loria, in SDP, I, 1893, 577-582, e poi in SV, 1908, 445-450.
Il progetto di legge sulla precedenza obbligatoria del matrimonio civile al religioso, in *Mo. trib.*, XXXIV, 1893, 61-64, e poi in SV, 1908, 472-483.
L'art. 860 del codice di commercio, in *Temi veneta*, XVIII, 1893, 401 ss.
Sulla costituzione delle società per azioni, in *Mo. trib.*, XXXIV, 1893, 641-821.
Il congresso economico di Torino e le proposte riforme del codice di commercio, in *La legge*, XXXIII, 1893, 681-684.
Nuovo progetto di legge per tassare i contratti di borsa, in *La legge*, XXXIII, 1893, 286-287.

1894

Ancora di un progetto di legge contro l'usura, in RIL, serie 2^a, XXVII, 1894, poi in *La legge*, XXXIV, 1894, 31 ss., ed infine in SV, 1908, 485-498.

Se l'art. 2146 del codice civile sia applicabile alla materia commerciale, in SDP, II, 1894, 400-403.

Sulla proroga della scadenza delle cambiali in Sicilia, in *Mo. trib.*, XXXV, 1894, 99-100.

Della prova fotografica in diritto civile, in RIL, serie 2^a, XXVII, 1894, e poi in SV, 1908, 199-208.

I sindacati di borsa e l'aggiotaggio, in *La legge*, XXXIV, 1894, 32-36.

Vexata quaestio. Il codice unico delle obbligazioni, in *La legge*, XXXIV, 1894, 287-288.

1895

A proposito di alcuni progetti di legge sugli infortuni del lavoro, in RIL, serie 2^a, XXVIII, 1895, poi in *La legge*, XXXV, 1895, 789-792, e poi in SV, 1908, 209-221.

La revisione del codice di commercio, in SDP, III, 1895, 26-27.

Note a sentenza, in *La legge*, XXXV, 1895, 7, 163, 235, 342, 379, 523, 551, 562, 631, 740, 809.

1896

Di un progetto di legge sulle imprese di assicurazioni, in RIL, serie 2^a, XXIX, 1896, e poi in SV, 1908, 223-238.

Note a sentenza, in *La legge*, XXXVI, 1896, 12, 117, 259, 299, 411, 452, 589, 667.

1897

Gli infortuni del lavoro ed il Senato, in RIL, serie 2^a, XXX, 1897, e poi in SV, 1908, 243-247.

Lewin Goldschmidt, in AG, XLIX, 1897, e poi in SV, 1908, 239-242.

Note a sentenza, in *La legge*, XXXVII, 1897, 150, 197, 227, 476, 511, 738.

Amministratori ed azionisti nelle società anonime, in *La legge*, XXXVII, 1897, 322-324.

1898

Delle presenti condizioni d'Italia, in NA, CLX, 1898, 535 ss.

Progetto di legge sul concordato preventivo, in RIL, serie 2^a, XXXI, 1898, e poi in SV, 1908, 249-274.

Proposta di riforma alla legge del fallimento, in RIL, serie 2^a, XXXI, 1898, e poi in SV, 1908, 275-300.

Note a sentenza, in *La legge*, XXXVIII, 1898, 118, 150, 295, 305, 457, 483, 703.

1899

La presente vita italiana politica e sociale, Milano, Hoepli, 1899.

Il progetto di legge sull'autonomia delle università, in NA, CLXIII, 1899, 731 ss., e poi in SV, 1908, 499-525.

I fallimenti in Italia, in *La legge*, XXXIX, 1899, 249-252.

Note a sentenza, in *La legge*, XXXIX, 1899, 84, 187, 266, 306, 338, 408, 473, 585, 661, 727, 810.

1900

La statistica degli scioperi in Italia, in NA, CLXX, 1900, 103 ss., e poi in SV, 1908, 527-539.

Dopo la morte del Re, in NA, CLXXIII, 1900, 41 ss., e poi in SV, 1908, 701-723.

Note a sentenza, in *La legge*, XL, 1900, 237, 259, 296, 372, 476, 512, 582, 806.

1902

Sul divorzio, in NA, CLXXXIV, 1902, 478 ss., e poi in SV, 1908, 541-561.

I nuovi regolamenti per le facoltà di giurisprudenza, in *Rif. soc.*, IX, 1902, 12, 469 ss., e poi in SV, 1908, 563-574.

Il nuovo regolamento generale universitario, in *Rif. soc.*, IX, 1902, 12, 944 ss., e poi in SV, 1908, 575-597.

Discorsi della corona, in *Rif. soc.*, IX, 1902, 12, 264 ss.

Inoltre:

L'interesse del denaro e l'usura a proposito di alcuni recenti progetti di legge, in RIL, serie 2ª, XXXVI, 1903, e poi in SV, 1908, 599-615.

A proposito della convenzione per gli arbitrati internazionali, in NA, CXCI, 1904, 639 ss., e poi in SV, 1908, 725-739.

L'insegnamento del diritto commerciale nelle università, in RIL, serie 2ª, XXXIX, 1906, e poi in SV, 1908, 301-313.

Difese contro gli scioperi, in *Il dir. comm.*, XXVI, 1907, 5 ss.

Scritti vari pubblicati per il 45º anno del suo insegnamento nella Università di Pavia. *Studi giuridici. Studi sociali. Studi politici*, Milano, Hoepli, 1908.

Per la riforma universitaria, in NA, CCXX, 1908, 637 ss.

La riforma del Senato, in NA, CCXXXIII, 1910, 676 ss.

Cesare Vivante *Bibliografia essenziale* *

1881

Studi intorno al progetto pel nuovo codice di commercio. Della contribuzione nelle avarie comuni, in AG, XXVI, 1881, 101-112.

La polizza di carico. Studio, Milano, Hoepli, 1881.

(*) Di Cesare Vivante si riportano soltanto i titoli delle opere che più direttamente possono essere ricondotte alla sua esperienza di giurista 'progressista' e riformatore.

1882

Usi mercantili, in AG, XXIX, 1882, 234-278.

1883

Il nuovo codice di commercio illustrato, Verona, Drucker, 1883 e ss.

Natura giuridica del contratto di assicurazione sulla vita, in AG, XXXI, 1883, 94-105.

1884

L'assicurazione delle cose: evoluzione storica, in AG, XXXII, 1884, 80-109.

Un contratto di previdenza: l'assicurazione sulla vita, Milano, Lombardi, 1884.

1885

Il contratto di assicurazione. I. Le assicurazioni terrestri, Milano, Hoepli, 1885.

1886

Le imprese di assicurazione sulla vita. Necessità di una legislazione speciale e di una sorveglianza governativa, in RISG, I, 1886, 77-108, e poi Roma, Loescher, 1886.

1887

Per un codice unico delle obbligazioni. Prolusione al corso di diritto commerciale, Bologna, 1887, in AG, XXXIX, 1887, 497-516. Poi anche in *Mo. trib.*, XXIX, 1888, 169-176.

Il contratto di assicurazione. III. Le assicurazioni sulla vita, Milano, Hoepli, 1887.

1890

Il suicidio nelle assicurazioni sulla vita, Bologna, Zamorani e Albertazzi, 1890.

Il contratto di assicurazione. II. Le assicurazioni marittime, Milano, Hoepli, 1890.

I limiti della cooperazione, Città di Castello, Lapi, 1890.

1891

Responsabilità dei padroni che non presero i provvedimenti necessari per prevenire gli infortuni del lavoro, in *Mo. trib.*, XXXII, 1891, 441-443.

Costituzione delle mutue assicuratrici. Interpretazione e critica del codice, in *Mo. trib.*, XXXII, 1891, 709-711.

L'agitazione per la riforma del codice di commercio, in *Mo. trib.*, XXXII, 1891, 829-830.

Una nuova teoria dei contratti di assicurazione, in RISG, XI, 1891, 161-190, e poi Roma, Loescher, 1891.

1892

Ancora per un codice unico delle obbligazioni, in *Mo. trib.*, XXXIII, 1892, 749-760.

Ancora per un codice unico delle obbligazioni. Storia e polemica, in RISG, XIII, 1892, 378-403.

1893

Trattato teorico-pratico di diritto commerciale, Torino, 1893, e ss.

L'unità del diritto privato, Introd. al vol. I del *Trattato*, Torino, 1893.

1894

Le nuove influenze sociali nello studio del diritto commerciale, in SDP, II, 1894, 616-620. Poi come *Prefazione* al vol. II, del *Trattato*, Torino, 1894. Infine in *Mo. trib.*, XXXV, 1894, 729-731.

Una difesa delle società per azioni. Un rimedio contro gli abusi delle borse, in *Mo. trib.*, XXXV, 1894, 241.

1895

La riforma delle società commerciali, in *Mo. trib.*, XXXVI, 1895, 321-322.

Relazione sulla riforma delle società commerciali, in *Giurisprudenza italiana*, XLVII, 1895.

Ancora sulla riforma delle società per azioni, in *Mo. trib.*, XXXVI, 1895, 361-362.

1897

Relazione sulla riforma delle società cooperative, in *Giurisprudenza italiana*, XLIX, 1897.

1899

I difetti sociali del codice di commercio. Prolusione al corso di diritto commerciale nell'Università di Roma, in *Mo. trib.*, XL, 1899, 341-345, poi Milano, SEL, 1899 e Torino, Bocca, 1899.

1901

I concordati preventivi e gli agricoltori, in *Mo. trib.*, XLII, 1901, 41-42.

1902

Le nuove influenze sociali nel diritto privato. Discorso inaugurale letto nell'Università di Roma il giorno 8 novembre 1902, Roma, Pallotta, 1902. Poi riassunto in:

La penetrazione del socialismo nel diritto privato, in CS, XII, 1902, 345-351.

1903

La pénétration du socialisme dans le droit privé, Lyon, Storck, 1903.

Adolfo Zerboglio

1889

Il giuramento dei militari, in CC, III, 1889, 178 ss.

Le cause dell'avversione all'antropologia criminale, in *Gazzetta letteraria*, n. 31, 3 agosto 1889.

1890

Sulla mancanza del carattere, in CC, IV, 1890, 264 ss.

Per una statistica dei duelli, in AP, XI, 1890, 325 ss.

Il delitto politico, in *Gazzetta letteraria*, n. 22-23, 1890.

La camorra, in *Gazzetta letteraria*, n. 46, 1890.

1891

Sulla prostituzione, in *L'anomalo*, III, 1891, 38-46.

Nervosismo ed alcoolismo, in *L'anomalo*, III, 1891, 287-290.

La cura sociale dell'alcoolismo, in SP, I, 1891, 531-534.

Per il « diritto del più forte » (polemica con G. Cimbali), in CS, I, 1891, 172.

Il trionfo dei migliori nella vita sociale (a proposito del « Diritto del più forte » di G. Cimbali), in CS, I, 1891, 157.

La criminalità della folla, in CS, I, 1891, 174.

1892

L'alcoolismo. Studio sociologico-giuridico, Torino, Bocca, 1892.

La donna e la sua missione futura, in SP, II, 1892, 245-257.

Pessimismo e socialismo, in CS, II, 1892, 14-15.

La monotonia della società socialista, in CS, II, 1892, 332-334.

L'uomo futuro, in *Gazzetta letteraria*, n. 30, 1892.

La nuova scuola penale in Italia e all'estero, in *Gazzetta letteraria*, n. 2, 1892.

Lo sperimentalismo nel diritto penale, in *Gazzetta letteraria*, n. 49, 1892.

1893

Della prescrizione penale. Studio giuridico, Torino, Bocca, 1893.

La prescrizione penale secondo la scuola classica e la scuola positiva, in SP, III, 1893, 369-384.

Premeditazione generica e premeditazione specifica, in SP, III, 1893, 438-440.

Un assioma matematico e gli articoli 49, 50 e 376 del codice penale, in SP, III, 1893, 643-645.

Lo sterminio delle « applicazioni giuridiche », in SP, III, 1893, 968-976.

L'attuabilità pratica del socialismo, in CS, III, 1893, 138-140.

Arti, lettere e scienze nel socialismo, in CS, III, 1893, 155-157.

Per una affermazione individualista, in CS, III, 1893, 13-14.

La donna delinquente, la prostituta e la donna normale, in CS, III, 1893, 205-207, 222-223, 236-238.

L'uomo dell'avvenire, in *Il pensiero italiano*, III, 1893, 9, 417-426.

Recensione a H. Spencer, La morale des différents peuples et la morale personnelle, in SP, III, 1893, 904-906.

Recensione a E. Masé Dari, L'economia politica e le riforme nella proprietà della terra, in CS, III, 1893, 128.

1894

Su la legittima difesa. Studio giuridico, (con G. Fioretti), Torino, Bocca, 1894 (2^a ediz. La prima edizione è del solo G. Fioretti. A questa seconda Z. ha aggiunto un'appendice: pp. 89-134).

Il rinnovamento scientifico della procedura penale. Prolusione al corso libero di diritto e procedura penale, Pisa, anno acc. 1894-95, in SP, IV, 1894, 817-831.

L'inconvénient de l'honnêteté, in *Ere nouvelle. Revue de socialisme scientifique*, I, 1894, agosto.

La lotta contro la vita, Gli anarchici, Socialismo e scienza positiva, I difetti minimi e l'educazione, L'ignoranza e la malvagità nelle azioni umane, Il pregiudizio dell'incredulità, tutti in *La vita moderna*, III, 1894, sparsim.

Recensione a C. Lombroso, *L'uomo di genio*, in *Il pensiero italiano*, IV, 1894, 12, 481-484. Ed anche in SP, IV, 1894, 801-803.

Recensione a F. Magri, *Studio sperimentale intorno ai sistemi repressivi*, in RISG, XVIII, 1894, 403-404.

Recensione a H. Spencer, *Beneficenza negativa e positiva*, in SP, IV, 1894, 319-320.

1895

Il socialismo e le obiezioni più comuni, Palermo, Sandron, 1895.

L'alcoolisme et ses remèdes, in *Devenir social*, I, 1895, e poi Paris, Giard et Brière, 1895.

Il socialismo e la libertà, in CS, V, 1895, 30-31.

Recensione a A. Loria, *Problemi sociali contemporanei*, in SDP, III, 1895, 114-116.

1896

La lotta di classe nella legislazione penale, in SP, VI, 1896, 68-79. (poi anche in *Devenir Social*, II, 1896).

Le socialisme et la psychologie du raisonnement, in *Re. soc.*, XII, 1896, 345-350.

Gli ultimi lazzarettisti, in *Il pensiero italiano*, VI, 1896.

Il penitenziario di Volterra, in *Vita italiana*, 16 ottobre 1896.

1897

I poteri del presidente delle Assise per l'art. 494 cpp, in SP, VII, 1897, 396-405.

Le pene e la loro efficacia, in SP, VII, 1897, 523-519.

Contro il domicilio coatto, in RPopPol, III, 1897, 168-173.

Zur Psychologie der Kerkenlebens, in *Wiener Rundschau*, 15 Juni, 1897.

Les révoltes et la reaction en Italie, in *Devenir social*, III, 1897, e poi Paris, Giard et Brière, 1897.

Le basi economiche della salute, Alessandria, Mellana, 1900.

1898

Rinvio da una ad altra assise per errore di verdetto, in SP, VIII, 1898, 193-204, 257-270.

Introduzione ad una nuova teoria della prova in materia penale, in RSD, II, 1898, 43-49.

La reazione onesta, in RPopPol, IV, 1898, 123-124.

Il giuoco della vita, in *Il pensiero italiano*, VIII, 1898.

1899

La teoria e la pratica delle contravvenzioni, Milano, Sonzogno, 1899.

Dalla responsabilità morale alla responsabilità sociale, in *Onoranze Car-rara*, 1899, 271-275.

1900

Del concorso formale fra oltraggio e diffamazione nel codice penale italiano, in RDPSC, I, 1900, 123-129.

Delitti, delinquenti, pene e tribunali in « Resurrezione » di Leone Tolstoj, in RDPSC, I, 1900, 294-306.

Il regicidio e le sue cause, Alessandria, Tip. Mellana, 1900.

La tattica. Relazione al Congresso Nazionale del PSI, Roma, 8-10 settembre 1900, Alessandria, Tip. degli Operai, 1900.

Recensione a V. Manzini, La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale, in RDPSC, I, 1900, 63-69.

1901

La sociologia criminale, in RIS, V, 1901, 115-120.

La criminalità e la giustizia penale nel secolo XIX, in *La vita internazionale*, IV, 1901, 5 aprile.

Imputabilità penale, in *Encicl. giur. ital.*, 1901.

Recensione a A. Angiolini, Dei delitti colpiti, in RDPSC, II, 1901, 56-58.

Recensione a F. Mehring, Dodici anni di leggi eccezionali, in RDPSC, II, 1901, 244-246.

1902

La Corte d'Assise, in *Encicl. giur. ital.*, e poi Milano, SEL, 1902.

Dei delitti contro la pubblica amministrazione e l'amministrazione della giustizia, Milano, Vallardi, 1902.

Il sentimento della « proprietà » e il socialismo, in CS, XII, 1902, 351-352.

Nella rivista *La vita internazionale*, V, 1902: *Le illusioni del divorzio* (20 febbraio 1902). *A proposito di un libro di Sociologia criminale* (5 luglio 1902). *Nuovi studi sul genio* (20 aprile 1902). *La legge del perdono e la difesa sociale* (5 agosto 1902). *Il vero Musolino* (29 dicembre 1902).

1903

Dei delitti contro l'ordine pubblico, la fede pubblica e la pubblica incolumità, Milano, Vallardi, 1903.

Propaganda improduttiva, in CS, XIII, 1903, 179-180, 211-212.

La psicologia del movimento socialista, in *La vita internazionale*, VI, 1903, 20 marzo.

Tribunale penale di Pisa. Per i signori Mathurin Moreau, ved. Carpeaux e f.lli Cain. Contraffazione artistica (con A. Pozzolini), Pisa, Mariotti, 1903.

1904

Perchè si è socialisti, in *Avanti! della domenica*, II, 1904, 14 febbraio.

Recensione a E. Masè Dari, L. A. Muratori come economista, in *Il pensiero italiano*, IV, 1904, 10, 59-61.

1905

Realtà ed illusioni della giustizia penale. Prolusione al corso libero di diritto e procedura penale, Roma, 23 novembre 1905, in RDPSC, VI, 1905, 257-272.

Il problema della giustizia penale. A proposito del verdetto di Torino, in CS, XV, 1905, 242-243.

1906

Interrogatorio penale, in *Encicl. giur. ital.*, 1906, e poi Milano, SEL, 1906.

Rimessione di causa da una ad altra autorità penale, in *Encicl. giur. ital.*, 1906, e poi Milano, SEL, 1906.

Il processo penale e la difesa sociale. Discorso di inaugurazione dell'anno accademico nell'Università di Urbino, Urbino, 1906.

Le forze attive del progresso sociale, in *La vita internazionale*, IX, 1906, 5 settembre.

Le funzioni e l'opera del gruppo parlamentare socialista, in CS, XVI, 1906, 209-210.

La nuova polizia giudiziaria, in *Il lavoro*, I, 1906, 5 ottobre.

1907

Per la riforma della legge penale in materia di diffamazione, in CS, XVII, 1907, 51-53.

Modificazione di alcuni articoli del codice penale sulla diffamazione. Proposta di legge e relazione, in *Atti parlamentari*, sess. 1904-1907, n. 712.

I reati sessuali e la legge penale, in *Il lavoro*, II, 1907, 9 agosto.

I problemi del diritto penale. Dopo la grazia a Soliland, in *Il lavoro*, II, 1907, 23 settembre.

Diffamazione, diffamati e diffamatori, in *Il lavoro*, II, 1907, 9 marzo.

L'iniziazione parlamentare socialista. L'indennità ai deputati, in CS, XVII, 1907, 17-18.

Per una « destra » di estrema sinistra, in *La vita internazionale*, X, 1907, 5 febbraio.

Recensione a L. Ferriani, *Delinquenti scaltri e fortunati*, in CS, VII, 1907, 128.

1908

Sul sistema di governo dei detenuti indisciplinati, ribelli e agitati negli stabilimenti carcerari. Risposta, con altri autori, al referendum della Rivista di discipline carcerarie, in *RDCarc.*, XXXIII, 1908, 66-91, 137-191.

Per la riforma della legge sulla diffamazione, in *La rassegna contemporanea*, I, 1908.

1909

Il maestro. Cesare Lombroso, in *Natura ed arte*, 1 novembre 1909.

L'opera scientifica di Cesare Lombroso, in *La rassegna contemporanea*, II, 1909, n. 11.

Alcoolismo e criminalità, in *L'alcoolismo è un pericolo per l'Italia?*, Milano, Società Umanitaria, 1909.

1910

Cesare Lombroso e la giustizia penale, in *RDPP*, I, 1910, 3-10.

La riforma del deposito per multa nei ricorsi in cassazione. Appunti polemici al progetto Merlani, in *RDPP*, I, 1910, 599-603.

I discorsi dei procuratori generali per l'anno 1910, in *RDPP*, I, 1910, 665-682.

Note a sentenza, in *RDPP*, I, parte 2^a, 98, 234, 835.

Provvedimenti legislativi contro l'alcoolismo. Relazione al VI Convegno naz.le per la lotta contro l'alcoolismo, Milano, 30-31 ottobre 1910, Milano, 1911.

Contro l'alcoolismo. Relazione al Congresso socialista, in CS, XX, 1910, 267-269.

1911

Intorno ai giuochi d'azzardo e particolarmente sul giuoco della morra, in *RDPP*, II, parte 2^a, 1911, 36-38.

L'oltraggio al pudore nella riproduzione di opere letterarie, in *RDPP*, II, parte 2^a, 251-256.

Il significato e le conseguenze del congresso socialista di Modena, in NA, CCXL, 1911, 150 ss.

Per la riforma della libera docenza. Interpellanza svolta il 20 febbraio 1911, Roma, Tip. della Camera dei deputati, 1911.

1912

Cesare Lombroso, Genova, Formiggini, 1912.

La natura e i limiti del diritto di querela nel gerente per le offese al giornale, in *RDPP*, III, 1912, 347-352.

Note a sentenza, in *RDPP*, III, 1912, parte 2^a, 184, 212, 277, 297, 382, 421, 430, 593.

Recensione a C. Manes, *Capitalismo e criminalità*, in RDPP, III, 1912, 319-320.

La lotta antialcoolista in Italia, in *La voce*, 1912, n. 46.

1913

Il progresso della giustizia penale. Discorso d'inaugurazione dell'anno accademico all'Università di Urbino, 17 novembre 1912, in RDPP, IV, 1913, 65-74.

L'essenza dell'associazione nel reato di associazione a delinquere, in RDPP, IV, 1913, 672-676.

Delitti contro l'ordine pubblico, Milano, Vallardi, 1913 (2ª ediz.).

Note a sentenza, in RDPP, IV, 1913, parte 2ª, 74, 221, 301, 304, 528, 677.

La nuova procedura penale, in *Il secolo*, 17 maggio 1913.

1914

La « critica sociale » del nuovo codice di procedura penale, in CS, XXIV, 1914, 23-27.

Note a sentenza, in RDPP, V, 1914, parte 2ª, 1-3, 126, 170, 337, 481-482, 494, 612, 675, 677, 680-682.

Delitti contro la pubblica incolumità, Milano, Vallardi, 1914, (2ª ediz.).

Inoltre:

Luigi Majno criminalista, in CS, XXV, 1915, 75-76.

I presupposti sociali di una giustizia penale positiva, in RDPP, VIII, 1917.

Martirio di Cesare Battisti, patriota socialista, Milano, Unione Insegnanti, 1917.

Lezioni di diritto e procedura penale, Padova, La Litotipo, 1921.

L'uomo delinquente. Note critiche di un positivista « aggiornato », Milano, Alpes, 1924.

ALTRI AUTORI (BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE)

ABATE LONGO GIOVANNI

La filosofia del diritto nel suo indirizzo odierno, Catania, Martinez, 1885.

La protezione dei deboli come funzione dello Stato e l'influenza di questa nel diritto civile, Catania, Martinez, 1886.

La legge del diritto in rispetto alle varie leggi della natura, Catania, Martinez, 1888.

Il monismo nelle diverse forme di esistenza e nella libertà umana, Catania, Ponsini, 1893.

Partizione organica della scienza del diritto, in SDP, IV, 1896, 273-298.

ABISSO ANGELO

I fattori sociali della delinquenza, in RPopPol, XII, 1906, 19-21, 70-72.

ALIMENA BERNARDINO

Il disagio economico e la criminalità, in CS, II, 1892, 295-297.

ALINOVİ G.

Gli anacronismi del diritto civile, in CS, I, 1891, 137-138.

ANGIOLELLA GAETANO

I delinquenti politici delle classi dominatrici, in Soc., II, 1903, 325-329.

ARMELANI FRANCESCO

Consolato operaio. Studio, Scansano, Tip. degli Olmi, 1893.

ASCOLI GRAZIADIO

Il professore socialista. Lettera ad Arturo Graf, in *Il pensiero italiano*, VII, 1897, 21, 129-142.

AURITI L.

Responsabilità civile dei padroni per gli infortuni del lavoro. Discorsi due, Roma, 1886.

BATTAGLIA BRUNO

L'organizzazione economica in rapporto alla genesi della delinquenza (1884), in RFS, IV, 1884-85, 305-314.

BERTH EDUARDO

Rivoluzione sociale o evoluzione giuridica?, in DS, IV, 1908, 209-213, 231-233.

BERTI DOMENICO

Le classi lavoratrici e il Parlamento, Roma, Tip. Voghera, 1885.

Disposizioni sul lavoro dei fanciulli, Roma, Tip. Botta, 1884.

BETOCCHI CARLO

Le coalizioni industriali nell'economia e nel diritto, Napoli, 1891.

Birmingham. Il comune modello, Napoli, 1893.

Il contratto di lavoro nell'economia e nel diritto, Napoli, Jovene, 1897.

La costruzione giuridica del contratto di lavoro, in IV congresso giuridico nazionale (1897). II. *Relazioni della sezione di diritto civile*, Napoli, A. Tocco, 1897, 93-216.

Concorrenza sleale, in *Diritto e giurisprudenza*, XV, 1899, 6-11.

BIONDI ULRICO

Individualismo o socialismo? Problemi di legislazione sociale, Città di Castello, Lapi, 1887.

BISSOLATI LEONIDA

L'ipocrisia del nuovo codice penale, in CS, I, 1891, 10-11.

Pseudopositivismo. Note all'opuscolo di Scipio Sighele «Contro il parlamentarismo», in CS, V, 1895, 87-89, 102-105.

CARLE GIUSEPPE

La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale. Studio comparativo di filosofia giuridica, Torino, Bocca, 1880.

Degli studi sociali all'età nostra. Discorso per l'inaugurazione degli studi nell'Università di Torino, 3 novembre 1882, Torino, Stamperia Reale, 1883.

Il comparire della sociologia e la filosofia del diritto, in RIS, V, 1901, 1-24.

CASAZZA GIUSEPPE

I delitti della giustizia sanciti dal codice penale, in *Il pensiero italiano*, II, 1892, 4, 199-206.

CAVAGLIERI GUIDO

Proprietà collettiva. Proposte di riordinamento, in RSSP, XI, 1893, I, 217-228.

Il diritto di tutti gli uomini al godimento effettivo della terra. A proposito di alcuni avanzi di proprietà collettiva nel Polesine. Osservazioni d'ordine economico, Venezia, Tip. Visentini, 1893.

- L'evoluzione della beneficenza*, Roma, 1896.
Cassa comunale, Milano, SEL, 1896.
Per la banca cooperativa operaia di Fermo (con C. Vivante e altri), Roma, 1896.
I vagabondi. Studio sociologico giuridico (con E. Florian), vol. I, Torino, Bocca, 1897.
Lo studio del vagabondaggio (con E. Florian), in *Cass. un.*, VIII, 1897, 833-835.
Criminalité et vagabondage (con E. Florian), Genève, Künding, 1897.
Funzioni pubbliche e atti amministrativi, Torino, Bocca, 1898.
I vagabondi. Studio sociologico-giuridico (con E. Florian), vol. II, Torino, Bocca, 1900.
I contratti agrari in Italia, in *L'Italia agricola alla fine del sec. XIX*, Roma, 1901, 1-31.
I rapporti tra le società esercenti il servizio ferroviario in Italia ed il personale, in *Rif. soc.*, VIII, 1901, XI, 599-620.
Il problema ferroviario in Italia, in *RPopPol*, VII, 1901, 128-130.
L'emigrazione del Polesine (1881-1901), in *Rif. soc.*, IX, 1902, XII, 925-932, 1031-1058, e poi Torino, Roux, 1902.
Istruzione popolare e riforma elettorale, Roma, Un. Tip. Cooper., 1910.
Progresso e Stato, in *RIS*, XV, 1911, 650-654.
La socializzazione del diritto, in *RIS*, XVI, 1912, 134 ss.

CERASA ALESSI IGNAZIO

- Le funzioni sociali. Riforme amministrative, economiche, monetarie e tributarie*, in *SDP*, III, 1895, 77-89.
Il partito del lavoro e il quarto stato, Treviso, Tip. Nardi, 1913.

CICCARELLI ANGELO

- Per l'abolizione della pena pecuniaria*, in *SP*, VII, 1897, 577-598, 631-665.
Ancora contro la pena pecuniaria, in *SP*, VIII, 1898, 149-156.

CIMBALI GIUSEPPE

- Il diritto della rivoluzione*, Catania, Martinez, 1887.
La volontà umana in rapporto all'organismo naturale, sociale, giuridico, Roma, Bocca, 1890.
Il diritto del più forte. Saggio di scienza sociale e giuridica, Torino, Roux, 1891.
 * *Diritto ed evoluzione*, in *Spe*, I, 1891, 318-356.

* = poi ripubblicato in *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, 1903.

Le scienze morali e politiche, il loro metodo ed i loro risultati, in *Spe*, II, 1892, 289-362.

* *Herbert Spencer restauratore del diritto naturale*, Roma, Tip. Unione Cooperative, 1893.

* *Il diritto civile e il proletariato*, in *Rassegna nazionale*, 16 ottobre 1894.

* *Lotta di classe e civiltà*, Milano, Verzi, 1895.

Bakounine nelle sue lettere intime, in *NA*, XXXI, 1896, 601-629.

* *Tommaso Natale e il diritto penale*, in *RP*, XLIII, 1896, 376-386.

La morale e il diritto nell'esigenza teorica e nella realtà pratica, Roma-Torino, Bocca, 1898.

Saggi di filosofia sociale e giuridica, Roma, Bocca, 1903. Contiene, oltre ai saggi già indicati e segnati con *, i seguenti:

Fatti e realtà. Critica del materialismo sociale contemporaneo (1892).

Una nuova difesa del diritto naturale (1897).

Dopo la crisi del diritto penale (1892).

Papato e socialismo (1901).

Per l'insegnamento della filosofia del diritto in Italia (1897).

Per la storia del socialismo italiano, Roma, Centenari, 1905.

La città terrena, Roma, Roux e Viarengo, 1906.

Marx e il diritto, in *Carlo Marx nel XXV anniversario della sua morte*. Numero speciale de *L'avanguardia socialista*, VI, 1908, n. 28, e poi Milano, Koschitz, 1908.

Ragione e libertà. Nuovi saggi di filosofia sociale e giuridica, Torino, UTET, 1912. Contiene, tra gli altri, i seguenti saggi:

La coscienza del diritto in cospetto del secolo XX (1902).

Le correnti inconsciamente negative e la crisi del diritto (1904).

Divorzio politico e divorzio domestico (1905).

Per la storia del socialismo italiano (1905, già citato).

COLETTI FRANCESCO

Proprietà collettiva e usi civici. Nota bibliografica, in *RSSP*, XI, 1893, I, 23-37.

Il furto campestre nella psicologia economica, in *SP*, VIII, 1898, 409-414, ma già in *Rif. soc.*, III, 1896, 5, 845 ss.

Liberismo e legislazione di classe, in *GdE*, XVII, 1902, II, 139-165, e poi Bologna, Garagnani, 1902.

I contratti agrari e il contratto di lavoro agricolo in Italia. Inchiesta intorno ai disegni di legge sui contratti agrari e sul contratto di lavoro presentati alla Camera dai Ministri competenti il 26 novembre 1902 e relazione di F. Coletti, Roma, Unione Tip. Cooperativa, 1903.

Del costo degli scioperi per la classe lavoratrice, in *GdE*, XX, 1905, II, 525-532, e XXI, 1906, I, 20-34. Poi v. anche *Rif. soc.*, XIII, 1906, 16, 100 ss., 313 ss.

CORRADINO CORRADO

La famiglia nello Stato socialista, in CS, III, 1893, 187-188.

COSENTINI FRANCESCO

La sociologia genetica, Sassari, Satta, 1896.

Le esigenze e lo stato attuale della sociologia. Esigenze di un metodo critico, in *La scienza sociale*, I, 1898.

Genio e delinquenza dal punto di vista sociologico, in *La scienza sociale*, III, 1900.

La nozione di progresso nella filosofia sociale contemporanea. Nota critica, in *Rivista filosofica*, 1900 e poi Pavia, Bizzoni, 1900.

La filosofia socialista, Napoli, Tocco, 1904.

La giustizia e il potere nel loro fondamento genetico, Napoli, Tocco, 1905.

La filosofia positiva del diritto penale, Napoli, Tocco, 1905, e poi Paris, Giard et Brière, 1907.

Socialismo giuridico, in CS, XVI, 1906, 76-78, 106-108, 119-122, 136-138.

Le odierne rivendicazioni giuridiche del femminismo. 1. Il problema biologico. 2. Il problema sociologico. 3. Il problema giuridico, Napoli, Coop. tipogr., 1907.

Le socialisme juridique et le droit naturel, in *Le progrès*, 1908.

Il socialismo giuridico, in *Studi Ciccaglione*, 157-280, e poi autonomamente e con nota bibliografica aggiunta, Catania, Giannotta, 1910.

La riforma della legislazione civile, Modena, 1911.

CRESPI ANGELO

Herbert Spencer e il socialismo, in CS, XIII, 1903, 376-379.

Le municipalizzazioni in Italia, in CS, XIII, 1903, 167-168.

Gli orizzonti giuridici del movimento socialista, in CS, XIV, 1904, 21-25.

Un secolo di legislazione inglese, in CS, XV, 1905, 373-375.

La crisi del regime parlamentare in Italia, in CS, XVI, 1906, 39-44.

Il movimento suffragista inglese, in CS, XVII, 1907, 82-83.

DALLA VOLTA RICCARDO

La riforma sociale ed il codice civile, in RSSP, XI, 1893.

Della giustizia sociale, in RS, II, 1895, 326-343.

Terre pubbliche e questione sociale, in *Atti della R. Acc. econ.-agricola dei Georgofili di Firenze*, serie 4^a, XX, 1897, 134-159. Poi Firenze, Ricci, 1897.

D'AMBROSIO ANGELO

Questioni femminili. I diritti della donna, in CC, III, 1889, 83-84.

Il diritto e la violenza, in CS, III, 1893, 63-64, 90.
Sulla riforma della legge di emigrazione, Napoli, Giacco, s.d.

D'AMBROSIO MANLIO ANDREA

Passività economica e delinquenza, in RPopPol, XV, 1909, 349-355.
Passività economica. Primi principi di una teoria sociologica della popolazione economicamente passiva, Napoli, Pierro, 1909.

DE FELICE GIUSEPPE

Principi di sociologia criminale. Criminalità e socialismo, Palermo, Sandron, 1902.
Commenti e note alla sentenza di condanna pronunciata dal tribunale militare di Palermo il 30 maggio 1894 contro De Felice Giuffrida, Bosco Garibaldi, Barbato, Verro, etc., Firenze, Tip. Bonducciana, 1894.
Mafia e delinquenza in Sicilia, Milano, Soc. lombarda, 1900.

DELOGU PIETRO

Codice privato e codice sociale (1891), in *Ant. giur.*, V, 1891-92, 5-28.

DE PIETRI TONELLI ALFONSO

Lo Stato nella concezione marxista, in DS, I, 1905, 272-275.
Lo svolgimento e la portata sociale della espropriazione forzata dei beni per causa di pubblica utilità, in DS, III, 1907, 211-219.
La questione delle abitazioni, in DS, III, 1907, 321-324.
Diritto nuovo e diritto libero, in DS, IV, 1908, 207-209.
Marx e il marxismo, Pistoia, Ciottini, 1908.
Il sindacalismo come problema della libertà operaia, in *Pagine libere*, III, 1909, 437-454.
Per l'esatta valutazione del socialismo giuridico, in DS, VI, 1910, 71-72.

FERRARIS CARLO FRANCESCO

Della partecipazione degli operai ai benefici dell'imprenditore, in GdE, I, 1875-76, 345-346.
L'assicurazione obbligatoria e la responsabilità dei padroni e imprenditori per gli infortuni sul lavoro, Roma, Botta, 1889.
I provvedimenti per gli infortuni sul lavoro alla Camera dei deputati, Bologna, Fava e Garagnani, 1890.
Il materialismo storico e lo Stato, in NA, XXXI, 1896, II, 623-658, III, 41-70, 332-361.
Il materialismo storico e lo Stato, Palermo, Sandron, 1897 (2ª ediz. riveduta ed ampliata).
Gli infortuni sul lavoro e la legge, Roma, Bertero, 1897.
La disoccupazione e l'assicurazione degli operai, in NA, XXXII, 1897, I, 73-103, 322-347, e poi Firenze, Le Monnier, 1897.

Socialismo e riforma sociale nel morente e nel nascente secolo, in *Rif. soc.*, VII, 1900, 10, 719-756.

Il materialismo storico e lo Stato, in *Rif. soc.*, IX, 1902, 12, 513-526, 609-625, 705-723.

FERRERO GUGLIELMO

La lotta per la vita e la questione sociale, in *CS*, I, 1891, 279-281.

L'individuo e lo Stato, in *CS*, II, 1892, 41, 70, 91, 117.

Gli ultimi attentati anarchici e la loro repressione, in *Rif. soc.*, I, 1894, 1, 986-994.

FIAMINGO GIUSEPPE

Le leggi sociologiche, in *RSSP*, XI, 1893, II, 290-305.

Per un nuovo volume sulla teoria della popolazione, in *RSSP*, XI, 1893, II, 739-742.

Critica ad un sistema sociologico, in *Ant. giur.*, VII, 1893, 361-382.

Il metodo sociologico e la scienza giuridica, in *Il pensiero italiano*, IV, 1894, 10, 203-208.

Il diritto nella lotta delle razze, in *Il pensiero italiano*, IV, 1894, 11, 47-54.

Insufficienza del metodo storico nella sociologia moderna, in *Il pensiero italiano*, IV, 1894, 12, 139-149.

Il determinismo individuale e le scienze sociali, in *RS*, II, 1895, 641-657.

Il socialismo scientifico in Italia, in *Rassegna nazionale*, XVII, 1895 e poi Firenze, Tip. minori corrigendi, 1895.

FILOMUSI GUELFI FRANCESCO

La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono.

Prolusione, Roma, 3 novembre 1886, Roma, 1887 ed ora in F.F.-G., *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1949, 181-207.

FUSINATO GUIDO

Gli infortuni sul lavoro e il diritto civile, in *RISG*, III, 1887, 46-70, 181-233.

Gli infortuni sul lavoro e la questione sociale. Discorso alla Camera dei deputati, 30 aprile 1896, Roma, Tip. della Cam. dei dep., 1896.

Gli infortuni sul lavoro alla Camera dei deputati, in *Rif. soc.*, III, 1896, 6, 113-132.

GABBA BASSANO

Trent'anni di legislazione sociale, Torino, Bocca, 1901.

Sul progetto di legge per la riforma giudiziaria, in *Mo. trib.*, XLIV, 1903, 221-226.

GARELLI ALESSANDRO

I contadini in Italia, Torino, Artigianelli, 1874.

I salari e la classe operaia in Italia, Torino, Pennato, 1874 (poi anche UTE, 1881).

Sull'ordinamento dei sindacati agricoli, Torino, Celanza, 1892.

La proprietà sociale, Milano, Hoepli, 1898.

GNOCCHI VIANI OSVALDO

Il lavoro dei carcerati, Alessandria, Tip. sociale, 1889.

Cooperazione e lavoro di carcerati, in CS, II, 1892, 279-280.

Casa di lavoro. Prima relazione, Milano, Soc. Umanitaria, 1902.

GORI PIETRO

Il nostro processo. La difesa di Pietro Gori, Chieti, Tip. del popolo, 1894.

Delitos contra la libertad, in *Criminalogia moderna*, I, 1899, 39-42.

L'agonia del bandolerismo, in *Criminalogia moderna*, I, 1899, 72-76.

Alcoholismo y criminalidad en Chile, in *Archivos de criminalogia*, I, 1902, 31-33.

Gli anarchici sono malfattori?, Firenze, Serantoni, 1905.

La delinquenza all'indomani della rivoluzione, in *Il pensiero*, IV, 1906, 83-85.

Gli anarchici e l'art. 248. Difesa innanzi al tribunale di guerra, Rimini, L'iniziativa ed., 1907.

Il nostro processo. La difesa di Pietro Gori, Chieti, Di Sciuillo, 1910 (ristampa).

Le difese pronunciate innanzi ai Tribunali e alle Corti d'Assise, La Spezia, Binazzi, 1911.

Sociologia criminale, La Spezia, Binazzi, 1911. (È una raccolta di saggi giuridici).

Conferenze politiche. Lettere politiche. In difesa delle vittime del lavoro, La Spezia, Binazzi, 1912.

GRANATA LETTERIO

Il giudizio dei probi-viri. Osservazioni e studi sulla legge 15 giugno 1893, Messina, Libreria internazionale, 1894.

La sociabilità e il diritto, in SDP, III, 1895, 561-566.

GRAZIANI AUGUSTO

Il fondamento economico del diritto, Siena, Lazzeri, 1894, e già in *Annali dell'Univ. di Siena*, IV, 1893.

Recensione a A. Menger, Il diritto civile e il proletariato, in RS, I, 1894, 309-312.

Le basi economiche della costituzione sociale, in RIS, VI, 1902, 277-282.

A proposito di una nuova dottrina dello Stato, in RIS, IX, 1905, 573-592.

Del socialismo italiano, in DS, I, 1905, 217-219.

Un sistema di socialismo giuridico. Lettura fatta al Circolo giuridico di Napoli il 29 gennaio 1905, Napoli, Tip. Priore, 1905.

Le basi economiche della costituzione sociale, in RPopPol, XIX, 1913, 15-16 (secondo intervento).

GRIZIOTTI BRUNETTO

Teoria del reato politico, Foggia, Il Rinascimento, 1896.

GUARNIERI VENTIMIGLIA ANTONIO

Fondamento positivo della repressione nei delitti politici, in RPopPol, IV, 1898-99, 250-252.

La famiglia moderna, Torino, UTE, 1904.

I conflitti sociali, Torino, Bocca, 1905.

Gli effetti giuridici dello sciopero, in CS, XV, 1905, 120-121.

La maggioranza legale nel verdetto dei giurati, in CS, XV, 1905, 264-265.

Innovazioni sociali e misoneismi giuridici, in CS, XV, 1905, 292-294.

Equivoci a proposito di psicologia criminale e collettiva, in CS, XV, 1905, 205-206.

La riforma sociale del diritto privato [volume di 400 pagine, in 8°, annunciato come « di prossima pubblicazione » nel 1905: non ne ho trovato tuttavia riscontro].

La delinquenza e la correzione dei minorenni, Torino, Roux e Viarengo, 1906.

Il supremo collegio e il rinnovamento giudiziario, in RPopPol, XIII, 1907, 402-404.

Verso il diritto sociale. La difesa dei poveri ed il pretore popolare, in RPopPol, XIII, 1907, 600-602.

La tutela sociale dei minorenni e il progetto Giolitti per l'infanzia abbandonata, in SP, XVIII, 1908, 129-153.

I giudici dei giudici, in RPopPol, XIV, 1908, 269-271.

Deputati che offendono e cittadini che raegiscono, in RDPP, II, 1911, 603-606.

I difetti sociali del progetto della Procedura penale, in CS, XXII, 1912, 188-190.

La riforma sociale della procedura penale, in RPopPol, XIX, 1913, 243-245.

GUELPA LUIGI

Urgenza di una legislazione sociale e su linee generali. Conferenza, Biella, Amosso, 1895.

Arringa pronunciata nelle udienze del 25 e 27 luglio 1896 in difesa degli accusati pei fatti di Sala Biellese, Biella, Amosso, 1896.

LESSONA CARLO

- Guerra alla guerra*, in CC, III, 1889, 194-196.
La legge nel diritto positivo italiano, Torino, Roux, 1890.
Una questione pratica sul furto, in RP, XXXIII, 1891, 130-133.
L'interpretazione delle leggi, in SP, III, 1893, 313-318.
Prove penali e risarcimento dei danni, in SP, III, 1893, 984-989.
Codice dei probi-viri. Legge e regolamento sui probi-viri nell'industria..., Firenze, Barbera, 1894.
L'emigrazione, Torino, Roux e Frassati, 1897.
I doveri sociali del diritto giudiziario civile, Torino, Bocca, 1897.
Sull'art. 394 c.p.p. e di un suo possibile rapporto con l'art. 37 dello Statuto, in GP, VII, 1901, 240-253.
Il duello nei nuovi studi e nelle nuove idee, in RDPSC, II, 1901, 89-121.

LEVI ALESSANDRO

- Determinismo economico e psicologia sociale*, in *Rivista di filosofia e scienze affini*, III, 1902, 201-224.
Il diritto latente, il diritto in formazione e la filosofia giuridica, in SP, XV, 1905.
Per un programma di filosofia del diritto, Torino, Bocca, 1905.
Le idealità giuridiche nella filosofia positiva del diritto, Padova, 1906.

LORIA ACHILLE

- La teoria economica della costituzione politica*, Torino, Bocca, 1886.
Nota sulla concorrenza del lavoro carcerario al lavoro libero, in GdE, I, 1886, 533-536, e poi in VGS, I, 308-312.
La vecchia e la nuova fase nella questione della proprietà, in *Studi senesi*, suppl. al vol. V, 1888, 101-113.
Le basi economiche del diritto, in GdE, VII, 1893, 346-377.
Les bases économiques de la constitution sociale, Paris, Alcan, 1893 (2ª ediz. de *La teoria economica...*).
Socialismo giuridico, in SDP, I, 1893, 519-527, poi in VGS, I, 476-482.
Problemi sociali contemporanei, Milano, Kantorowicz, 1895.
Scienza sociale e riforma sociale, in *Rif. soc.*, I, 1894, 13-17, e poi in VGS, I, 235-239.
Darwinisme social, in *Revue internationale de sociologie*, IV, 1896, 440-451.
La proprietà fondiaria e la questione sociale. Studi, Verona, Drucker, 1897.
La costituzione economica odierna, Torino, Bocca, 1899.
La sociologia. Il suo compito. Le sue scuole. I suoi recenti progressi, Verona, Drucker, 1901.

- Movimento operaio e legislazione sociale*, in NA, CLXXIX, 1901, 28-48, e poi in VGS, I, 391-413.
Marx e la sua dottrina, Palermo, Sandron, 1902 (Raccolta di saggi).
Il movimento operaio. Origini. Forme. Sviluppo, Palermo, Sandron, 1903 (Raccolta di saggi).
Verso la giustizia sociale. I. Nel tramonto di un secolo (1880-1904), Milano, SEL, 1920 (3^a ediz. Raccolta di saggi).
Verso la giustizia sociale. II. Nell'alba di un secolo (1904-1915), Milano, SEL, 1915 (1^a ediz. Raccolta di saggi).

MAGRI FRANCESCO

- Una nuova teoria generale della criminalità*, Pisa, Mariotti, 1891.
Studio sperimentale intorno ai sistemi repressivi, Pisa, Galileiana, 1893.
Saggio di un sistema etico-giuridico, Pisa, Mariotti, 1897.
Recensione a C. Manes, Capitalismo e criminalità, in RDPSC, XIII, 1912, 171-179.
La riforma della procedura penale in Italia, in RDPSC, XIV, 1913, 3-67, 199-231; XV, 1914, 12-96.

MAJORANA ANGELO

- Del parlamentarismo. Mali cause, rimedi*, Roma, Loescher, 1885.
Del principio sovrano nella costituzione degli Stati, Roma, Loescher, 1886.
Teoria costituzionale delle entrate e delle spese dello stato (1886), in *Ant. giur.*, I, 1886-87, 99-112, 211-242, 342-393.
La tutela del diritto nel governo rappresentativo. Prolusione, Catania, 1887.
Il sistema dello stato giuridico (1889), in *Ant. giur.*, III, 1888-89, e poi Roma, Loescher, 1889.
L'evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione, in AG, XLIII, 1889, 568-587.
Socialismo inglese, in NA, CXII, 1890, 119-140.
La funzione sociale della Monarchia, in *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, Torino, 1891.
La legge di bilancio e i suoi effetti civili rispetto ai diritti de' terzi (1891), in *Ant. giur.*, V, 1891-92, 29-56.
Forze e forme politiche e loro valutazione giuridica, in RISG, XI, 1891, 30-78.
I primi principi della sociologia, Roma, Loescher, 1891.
Il nuovo indirizzo del diritto pubblico in rapporto alla sociologia ed al diritto privato, in SDP, I, 1893, 117-131.
Teoria sociologica della costituzione politica, in *Ant. giur.*, VI, 1892-1893, 377-409, e poi, in seconda edizione, Torino, Bocca, 1894.
Lo stato d'assedio, Catania, Giannotta, 1894.

Unità e regionalismo, in *RPopPol*, VIII, 1902, 569-572.

La psicologia del socialismo. A proposito di una recente pubblicazione, in *Archivio del dir. pubblico*, I, 1902, e poi Roma, Associazione per lo studio del dir. pubbl., 1903.

MANES CARLO

Il pauperismo. Cenni storici e statistici sulle sue cause e sulla possibilità di combatterlo, in *CS*, XX, 1910, 213-218.

Una parola di anticritica sul plusvalore di Marx, in *CS*, XX, 1910, 47-48.

Capitalismo e criminalità. Saggio critico di sociologia criminale, Roma, Tipografia editrice nazionale, 1912.

MARCELLINI MARCELLINO

I fattori sociali del delitto, Pisa, Tip. coop. «Germinal», 1910.

MARESCOTTI ANGELO

L'economia sociale e l'esperienza. Studi, Roma, Loescher, 1884.

La legislazione sociale e le questioni economiche, Milano, Vallardi, 1886.

MERLINO SAVERIO

A proposito del processo di Benevento. Bozzetto della questione sociale, Napoli, A. Eugenio, 1878.

La nuova scuola penale italiana, in *Combattiamo*, Genova, 5 ottobre 1889.

Le nouveau code pénal italien et la question sociale, in *La société nouvelle*, févr. 1890.

La criminalité, in *La société nouvelle*, juillet, 1890.

L'Italie telle qu'elle est, Paris, Savine, 1890. Poi tr. in it., *Questa è l'Italia*, Milano, Coop. del libro popolare, 1953.

La penalità, in *La questione sociale* (Imola), numero unico, 14 giugno 1891.

Le progrès de la science juridique et M. Herbert Spencer, in *La société nouvelle*, mars, 1894, ed ora in F.S.M., *Concezione critica del socialismo libertario*, Firenze, La Nuova Italia, 1957, 203-231.

Amnistia o giustizia?, in *RPop*, I, 1895-96, 328-330 (sulla legge d'amnistia per socialisti ed anarchici dopo il 1894).

Commento all'art. 263 cod. proc. pen., in *La domenica giudiziaria*, II, 1897.

Il diritto di legittima difesa dello Stato contro i cittadini. Lettera d'un conservatore, in *Rivista critica del socialismo*, I, 1899, 22-28.

Il disegno di legge sull'autonomia delle università, in *Rivista critica del socialismo*, I, 1899, 132-134.

Un delitto del governo, in *La propaganda*, Napoli, I, 1899, 14-23 luglio.

Per i coatti politici. Continuiamo!, in *La propaganda*, Napoli, I, 1899, 3 settembre.

Per i coatti politici, in *Rivista critica del socialismo*, I, 1899, 750-752, 986-988.

In difesa di Gaetano Bresci alla Corte d'Assise di Milano, in *Il pensiero* (Roma), I, 1903, 25 dicembre. Poi, in seconda edizione, Roma, Tip. popolare, 1904.

Politica e magistratura dal 1860 ad oggi in Italia, Torino, Gobetti, 1925.

MINGHETTI MARCO

La legislazione sociale. Conferenza tenuta al teatro Castelli in Milano il 28 maggio 1882, Milano, Treves, 1882.

MOLINARI LUIGI

Il tramonto del diritto penale, Marmirola, Tip. dell'Univ. popolare, 1904.

MORTARA AUGUSTO

I doveri della proprietà fondiaria e la questione sociale, Roma, Botta, 1885. Poi: 2^a ediz. Milano, Brigola, 1888. 3^a ediz. Torino, UTE, 1912.

I doveri sociali della proprietà fondiaria. Primo congresso del partito democratico costituzionale italiano, Roma, Maggio 1913, Roma, Bertero, 1913.

MORTARA LODOVICO

Alcune questioni di diritto e procedura civile. Prima serie, Mantova, Mondovì, 1884.

Lo Stato moderno e la giustizia, Torino, UTE, 1885.

Sui progetti di riforma dei processi civili, Mantova, Manuzio, 1886.

La lotta per l'uguaglianza. Prolusione al corso di diritto costituzionale, Pisa, anno accad. 1888-89, Pisa, Mariotti, 1889.

La riforma del processo sommario, in *Mo. trib.*, XXXII, 1891, 361-374, e poi Firenze, Niccolai, 1891.

Un pericolo sociale: la decadenza della magistratura in Italia, in *Rif. soc.*, I, 1894, 2, 617 ss.

Il diritto di amnistia e il Parlamento, in *Rif. soc.*, II, 1895, 3, 391 ss.

I decreti-legge nel diritto costituzionale italiano, in *Rif. soc.*, II, 1895, 3, 907 ss.

Riforma universitaria (1896), in *RPol*, I, 1895-96, 259-262.

Riforme giudiziarie urgenti, in *Rif. soc.*, III, 1896, 6, 101 ss.

Comuni e camere del lavoro dinanzi al consiglio di Stato, in *Rif. soc.*, IV, 1897, 7, 35-40.

Statuto, Corona e Parlamento, in *Rif. soc.*, IV, 1897, 7, 175 ss.

- Il nuovo regno di Giuda*, in *Rif. soc.*, IV, 1897, 7, 934 ss.
- Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*. Prolusione al corso di procedura civile, Napoli, 13 dicembre 1898, in *Mo. trib.*, XL, 1899, 241-247, e poi Milano, SEL, 1899.
- Nuove considerazioni sulla competenza giurisdizionale in tema di concentramenti e trasformazioni di opere pie*, in *La legge*, XXXVIII, 1898, 532-538.
- Il decreto legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, LII, 1900, parte 2^a, 53-56.
- Le piccole espropriazioni*, in *Mo. trib.*, XLII, 1901, 941-946.
- Per la riforma dei procedimenti di esecuzione forzata*. Due conferenze al Circolo giuridico di Napoli, Napoli, Priore, 1901.
- Discorso inaugurale per l'Università popolare di Napoli*, in *L'università popolare*, I, 1901, 32 ss.
- Una piaga nell'ordinamento attuale della magistratura*, in *Rif. soc.*, X, 1903, 13, 991 ss.
- Per la riforma della legge sui probiviri 15 giugno 1893*, in *Giur. it.*, LVI, 1904, e poi Torino, Bellin, 1904.
- La Corte di cassazione come è e come dovrebbe essere*, in *La rivista d'Italia*, VII, 1904, 534 ss., e poi Roma, Unione coop. editrice, 1904.
- Mentre si studia per la riforma del Senato*, Roma, Tip. dell'Unione editoriale, 1910.
- La giustizia nello Stato democratico*, in SP, XXIII, 1913, 37-39, 125-128.

MUSCI LEONE

- Il fattore sociale nella delinquenza secondo la dottrina della scuola positiva*, San Severo, G. Morrico, 1898.

NANI CESARE

- Il socialismo nel codice civile*, in *Atti della R. Accademia delle scienze di Torino*, 1892, e poi Torino, Clausen, 1892.

OLIVIERI VITTORIO

- La prescrizione dell'azione penale. Appunti al nuovo codice penale*, in AP, IX, 1888, 597 ss.
- Le circostanze attenuanti in tema di contravvenzioni a leggi speciali*, in RP, XXIX, 1889, 44-49.
- Per il diritto di vivere*, in CS, III, 1893, 172-173, 235-236.
- La compensazione nelle ingiurie e lesioni*, in SP, III, 1893, 303-306.
- L'art. 3 della legge eccezionale 19 luglio 1894 e la competenza del giurì*, in SP, IV, 1894, 840-848.
- Assiomi e problemi sociali*. 1^o maggio 1895, Verona, Zannoni, 1895.

- Sociologia e diritto commerciale*, (1896), in *RPol*, I, 1895-96, 245-246, 263-265.
- Il metodo sperimentale nella politica*, in *CS*, VI, 1896, 151-154.
- La lotta di classe nella giustizia penale* (note a sentenza), in *SP*, VI, 1896, 725 ss.
- Gli errori giudiziari e l'istituto della revisione*, in *Temi veneta*, XXI, 1896.
- Mariti bestiali e giudici pietosi. Determinazione al suicidio*, in *SP*, VII, 1897, 412-417.
- Le manifestazioni sediziose e l'art. 3 della legge di P.S.*, in *SP*, VIII, 1898, 414-427.
- I bisogni elementari e le responsabilità del furto necessario*, in *SP*, VIII, 1898, 271-280.
- Le condanne a tempo indeterminato*, in *SP*, IX, 1899, 129-138.
- L'influenza dell'elemento etico sulla nozione positiva di «dolo»*, in *SP*, XVI, 1906, 705-729.

PELLEGRINI PIERO

- Il diritto sociale*, Borgo a Mozzano, Tip. Vannini, 1891.
- I diseredati e i loro diritti*, Borgo a Mozzano, Tip. Vannini, 1897.

PERRONE FRANCESCO

- Saggio sull'associazione di mutua assicurazione*, Napoli, Prete, 1891.
- Il sistema del licenziamento nella preposizione*, in *SDP*, II, 1894, 470-541.
- L'idea sociale nel diritto commerciale*, Napoli, Pierro, 1894.
- Della assicurazione mutua. Forma privata*, Torino, Roux, 1894.
- Lo spirito sociologico nel diritto commerciale*, in *SDP*, III, 1895, 71-76.
- A proposito di socialismo giuridico*, in *SDP*, III, 1895, 146-157.
- Se l'art. 1641 del Codice civile possa e debba estendersi alla preposizione*, in *SDP*, III, 1895, 505-518.
- Origine della garanzia dei terzi. Cause determinatrici dello sviluppo di tal garentia*, in *SDP*, IV, 1896, 154-168.
- Sul saggio scandaloso dell'interesse nelle città*, in *RPopPol*, IV, 1898, 210-211.
- Inesistenza giuridica dell'ultimo decreto legge...*, Napoli, 1899.
- La tutela burocratica sull'emigrazione. Un caso di follia politica*, Napoli, Velardi, 1900.

PICCIONE ENRICO

- Concetto positivo del diritto di proprietà. Questione sociale*, Bologna, Civelli, 1890.
- Le leggi biologiche e le leggi giuridiche in rapporto alla questione sociale. Saggio critico*, Roma, Forzani, 1892.

PIERANTONI AUGUSTO

Il Senato e le leggi sociali, Roma, Perino, 1886.

Il domicilio coatto. Il discorso del sen. Pierantoni, in CS, VII, 1897, 308-309.

I linciaggi negli Stati Uniti e l'emigrazione italiana, Roma, Tip. cooperativa sociale, s.d.

PINSERO NICCOLÒ

Il concetto di pena e la nuova scuola di diritto penale, Palermo, Carosio, 1892.

Intorno ad alcuni criterii della responsabilità sociale, in SP, III, 1893, 721-744, 814-822.

Sulla punizione dei delinquenti minorenni, in SP, III, 1893, 1060-1070.

Nuovi studi sul problema della responsabilità penale, Torino-Palermo, Clausen, 1894.

Protezione alle vittime del delitto, in SP, IV, 1894, 677-688.

La delinquenza occulta, in AP, XVII, 1896, 243-259.

Repressione penale e coazione civile, in SP, VI, 1896, 385-404.

Miseria e delitto (di alcuni sostitutivi penali), in SP, VIII, 1898, 321-340, 449-466.

Intorno ad una riforma della istruzione preparatoria, Modica, Papa, 1899.

L'individualismo economico ed il socialismo contemporaneo, Milano, SEL, 1901.

PIPIA UMBERTO

I difetti sociali nel codice di commercio, in Rif. soc., II, 1895, 3, 271 ss.

Contro i contratti differenziali, in Rif. soc., III, 1896, 5, 345 ss.

POLACCO VITTORIO

La funzione sociale dell'odierna legislazione civile. Prelezione, 22 gennaio 1885, Camerino, Savini, 1885.

Prelezione ad un corso di istituzioni di diritto civile, Padova, Tip. del Seminario, 1885.

Recensione a E. Cimbali, Della capacità di contrattare, in Mo. trib., XXIX, 1888, 403-404.

La nuova legge sui probiviri con particolare riguardo alla capacità giuridica delle donne e dei minorenni, in Mo. trib., XXXIV, 1893, 721-729.

Gli inabili al lavoro e l'obbligazione alimentare fra congiunti, in SDP, I, 1893, 170-212, e poi Firenze, Ciardi, 1893.

La culpa in concreto nel vigente diritto civile italiano, Padova, Randi, 1894.

RIGNANO EUGENIO

- Le condizioni del progresso e la coscienza sociale*, in CS, VI, 1896, 315-317.
Dal feudalismo al regime futuro. La transizione borghese, in CS, VI, 1896, 341-344.
Di un socialismo in accordo colla dottrina economica liberale, Torino, Bocca, 1901.
Du régime économique déterminé par le droit de propriété actuel, in *Revue internationale de sociologie*, XI, 1903.
La morale razionale, in RIS, X, 1906, 91-103.
Il socialismo, Bologna, Zanichelli, 1910.
Per una riforma socialista del diritto successorio, Bologna, Zanichelli, 1920.

RINIERI DE ROCCHI LAPO

- La miseria. Appunti*, Siena, Tip. dell'Orfanatrofio, 1880.
Il senso etico e l'antropologia, Roma, Soc. laziale, 1891.
A proposito di una interpellanza sulla Pubblica Sicurezza, in AP, XIII, 1892, 35 ss.
Incongruenze della legislazione, in SP, IV, 1894, 695-701.
La legislazione penale nella sua funzione sociale, in SP, IV, 1894, 1067-1070. Poi anche SP, V, 1895, 29-32.
Delinquenti d'occasione, in AP, XV, 1894, 71 ss.
Il diritto penale in un'opera recente del Loria, in SP, IV, 1894, 124-129.
La classificazione dei delinquenti e il Rapporto sulle carceri inglesi, in SP, V, 1895, 141-144.
Una sentenza ingiustamente criticata, in SP, VI, 1896, 740-742.
Un'idea fissa. A proposito di 'Socialismo e superstizione borghese' del prof. Scarabelli, in SP, VI, 1896, 40-42.
Neo-idealismo e questione sociale, in CS, VII, 1897, 364-366.
La nostra polizia, in SP, VII, 1897, 125-127.
Il rifiorire della teppa, in SP, VIII, 1898, 567-571.
Dei maltrattamenti verso la moglie, in SP, IX, 1899, 244-247.
Il fattore economico nella rivoluzione italiana, in CS, X, 1900, 168-170.
La delinquenza più pericolosa, in SP, X, 1900, 257-264.
Un delitto passionale, in SP, XI, 1901, 381-384.
L'inefficiacia del carcere, in Soc. III, 1904, 342-343.

SANTANGELO SPOTO IPPOLITO

- La monografia d'officina. Saggio per lo studio sperimentale della condizione degli operai e dell'industria*, Bologna, Fava e Garagnani, 1880.
Studi di questioni sociali, Firenze, Cellini, 1885.

- La quistione del pane*, in *Rassegna nazionale*, VII, 1885, 463-477, 646-653.
- La famiglia in rapporto alla questione sociale*, Torino, Loescher, 1886.
- La tendenza delle classi sociali inferiori nella seconda metà del secolo XIX*, Palermo, Pedone Lauriel, 1886.
- Terapeutica municipale. A proposito del disegno di legge Crispi per la riforma della legge comunale e provinciale*, in *RSSP*, V, 1887, II, 549-559.
- Gli operai solfatori in Sicilia*, in *Rassegna nazionale*, X, 1888, 369-398.
- L'« Homestead exemption law » in rapporto ai bisogni politici ed economici d'Italia*, in *RSSP*, VII, 1889, II, 515-538; VIII, 1890, I, 541-559; VIII, 1890, II, 465-476, 529-544, 580-592.
- L'homestead e le condizioni della proprietà e della famiglia in Italia*, Palermo, Virzì, 1890.
- La nuova fase della questione operaia di fronte ai rescritti imperiali ed alla conferenza di Berlino*, Teramo, Tip. del Corriere abruzzese, 1890.
- La Sardegna si può e si deve colonizzare a « Homestead »*, in *RSSP*, IX, 1891, I, 692-715.
- Propriété et salariat*, Paris, 1891.
- Una quistione pratica di legislazione tributaria intorno ad un progetto di legge di S.E. il ministro Colombo sui contribuenti espropriati* (1891), in *Ant. giur.*, V, 1891-92, 561-592.
- Ancora intorno ad un progetto di legge Colombo sui contribuenti espropriati* (1892), in *Ant. giur.*, V, 1891-92, 841-849.
- Esposizione e critica di una pretesa nuova teoria del capitale*, in *Ant. giur.*, VI, 1892-93, 81-102, 161-184.
- I fasci dei lavoratori in Sicilia*, in *RSSP*, XI, 1893, II, 321-345.
- Prosperitati publicae augendae*, in *RSSP*, XI, 1893, I, 672-686.
- Proprietà e collettivismo al XVIII congresso operaio italiano di Palermo*, in *Rassegna nazionale*, XV, 1893, 697-733, e poi Firenze, Cellini, 1893.
- La istituzione dei beni di famiglia. Chiarimenti e note al disegno di legge dell'on. Pandolfi*, in *Ant. giur.*, VIII, 1894, 209-238.
- Il fidecomesso democratico. Note critiche alla proposta dell'on. Pandolfi per la istituzione dei « beni di famiglia »*, in *AG*, LIII, 1894, e poi Bologna, Fava e Garagnani, 1894.
- La legislazione civile e i « beni di famiglia » in rapporto all'Homestead e all'Höferecht*, Catania, Marino, 1894.
- Recensione a G. Cimbali, Il diritto del più forte*, in *SDP*, II, 1894, 380-382.
- Recensione a A. Menger, Il diritto civile e il proletariato*, in *SDP*, III, 1895, 420-425.

In *Digesto italiano*, le voci: *Credito agrario*, *Credito fondiario*, *Credito marittimo*, *Crisi (economia e statistica)*, *Homestead*, *Imposta*, *Impresa*, *Indemniamento*, *Industria*, *Lavoro (economia)*, *Lavoro (polizia del —)*, *Legge com.le e prov.le*, *Statistica*.

SCHIATTARELLA RAFFAELLO

Della coltura morale ed intellettuale delle classi lavoratrici, Napoli, Giannini, 1873.

La filosofia positiva e gli ultimi economisti inglesi, Milano, 1876. Poi Roma, Hoepli, 1880.

Profili di sociologia industriale nell'evoluzione delle società moderne, s.l., 1878.

L'idea del diritto nell'antropologia, nella storia e nella filosofia, Firenze, Pellas, 1880.

Dei reati commessi all'estero, Firenze, Pellas, 1880.

I presupposti del diritto scientifico, Palermo, Tip. dello Statuto, 1883. Poi, 3^a ediz. 1885.

La dottrina di Giordano Bruno, Palermo, Pedone-Lauriel, 1888.

I precursori di Giordano Bruno, in RFS, VII, 1888, 513-567.

La missione dello Stato nella storia, in *Biblioteca di scienze politiche*, dir. Brunialti, VII, Torino, 1891.

La riforma sociale, Palermo, Carosio, 1893.

Saggio di una spiegazione analitica del fenomeno ereditario. Prelezione al corso di Antropologia criminale, Palermo, 1893, Palermo, Carosio, 1893.

Che cosa è l'antropologia scientifica, in RSD, I, 1897, 537-555.

Che cos'è la sociologia?, in RIS, IV, 1900, 265-301.

SPADARO DOMENICO

Evoluzione dei contratti e loro funzione sociale, in SDP, II, 1894, 549-565, 577-602.

TADDEI ATTILIO

La questione sociale e il codice civile, Firenze, Landi, 1888.

TARTUFARI LUIGI

Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo. Discorso letto il 5 novembre 1893 per l'inaugurazione dell'anno accademico nella R. Università di Macerata, Macerata, Bianchini, 1893.

TREVES CLAUDIO

L'alcoolismo (A proposito di A. Zerboglio, *L'alcoolismo*, Torino, 1892), in CS, II, 1892, 237-238, 253-255.

Socialismo e diritto civile, in CS, IV, 1894, 313-317.

- Socialismo e diritto civile*, in AP, XV, 1894, 530 ss.
Toghe e codici, in CS, IV, 1894, 303-304.
Borghesia e burocrazia, in CS, IV, 1894, 359-361.
La lotta contro la polizia, in CS, VII, 1897, 178-180.
L'alcoolismo in Francia, in *RPopPol*, IV, 1898, 10-12.
La «giustizia» giacobina (1899), in CS, VIII-IX, 1898-99, 242-244.

TURATI FILIPPO

- Sulle critiche alla nuova scuola antropologica penale*, in AP, II, 1881, 363 ss.
Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale, Milano, Unione autori-editori, 1883.
Lo Stato delinquente, Milano, Tip. Annoni, 1883.
Socialismo e scienza, in CC, I, 1887, 9-11.
Lo scisma della nuova scuola penale, in CC, I, 1887, 34 ss.
La liberazione condizionale dei delinquenti, in CC, II, 1888, 129 ss.
Le quote minime della delinquenza, in CS, I, 1891, 56-60.
Per il «diritto del più forte» [polemica con G. Cimbali], in CS, I, 1891, 172 e poi in *Pel diritto del più forte...*, Torino, 1894, 15-21.
La violenza morale nello sciopero, in CS, I, 1891, 29-30.
Lo scandalo giudiziario di Roma [Processo agli anarchici], in CS, I, 1891, 241-242.
Pel diritto e per la logica, in CS, III, 1893, 91.
Il dovere della resistenza, Milano, Tip. degli operai, 1893.
Questioni di nomenclatura. Ancora sul diritto e la violenza, in CS, III, 1893, 90 (con A. D'Ambrosio).
 (Con G. Ferrero), *Prostituzione e criminalità. Polemica*, in CS, III, 1893, 280-282.
I fondamenti dello Stato borghese e l'abolizione del diritto di voto, in CS, IV, 1894, 113-115.
Socialismo e scienza. A proposito di un nuovo libro di N. Colajanni, Como, Giorgetti, 1894.
Ire e spropositi di Napoleone Colajanni, in CS, IV, 1894, 37-41.
Le grandi lotte moderne. Il nuovo diritto proletario, in CS, V, 1895, 341-343.
Il domicilio coatto. La prima difesa del disegno di legge. Il divieto dei comizi e le bugie dell'«Opinione», in CS, VII, 1897, 322-325.
La bancarotta dello Statuto. Discorsi alla Camera dei deputati, 8 e 9 dicembre 1896, discutendosi le interpellanze sulla politica interna del ministero Di Rudini, Milano, Critica sociale, 1896.
Il dovere della resistenza, Milano, Critica sociale, 1898 (4^a ediz.).
Per i coatti politici (1899), in CS, VIII-IX, 1898-99, 218-219.
Il diritto di riunione. Discorso pronunciato alla Camera dei deputati il 13 marzo 1900 discutendosi i provvedimenti politici del Ministero Pelloux, Milano, Critica sociale, 1900.

- Le riforme urgenti del processo penale. Interpellanza*, Roma, Tip. della Camera dei deputati, 1901.
- Gli agenti dello Stato e i partiti reazionari*, in CS, XII, 1902, 253-255.
- Gli agenti dello Stato e le Camere del lavoro*, in CS, XII, 1902, 227-230.
- La legislazione sociale: ai proletari organizzati del mio paese*, in CS, XIV, 1904, 110. Poi in prefazione al volume *I tribunali del lavoro* (cfr. di seguito).
- I tribunali del lavoro*. Relazione al Consiglio superiore del lavoro per la riforma della legge sui probiviri industriali, Roma, Tip. Nazionale, 1904.
- I tribunali del lavoro e l'unificazione delle leggi che li concernono*, in CS, XIV, 1904, 59-61, 71-77.
- I cimiteri dei vivi. Per la riforma carceraria*. Discorso sul bilancio degli Interni, 18 marzo 1904, Roma, Tip. della Camera dei deputati, 1904.
- Il guazzabuglio giuridico*, in CS, XV, 1905, 115-116.
- Carceri, repressione dei tumulti e fondi segreti*. Discorso alla Camera dei deputati, 3 aprile 1906, Milano, Critica sociale, 1906.
- Il nostro disegno di legge contro gli eccidi. Lo svolgimento alla Camera*, in CS, XVIII, 1908, 203-206.
- Per una legge di sincerità. La riforma della legge penale sulla diffamazione e il progetto Zerboglio*, in CS, XVIII, 1908, 3-4.
- Ancora per la riforma della diffamazione (nell'imminenza del Congresso)*, in CS, XVIII, 1908, 35-37.
- Relazione e disegno di legge sulla istituzione di un ispettorato del lavoro*. Camera dei deputati, 27 novembre 1909 e 28 giugno 1910, Roma, Atti Parlamentari, 1910.
- Relazione sul disegno di legge sulla ispezione dell'industria e del lavoro*. Camera dei deputati, 14 dicembre 1912, Roma, Atti Parlamentari, 1912.
- Il delitto e la questione sociale. Appunti sulla questione penale*, Bologna, La controcorrente, 1913 (3^a ediz.).

URANGIA TAZZOLI GINO

- La riforma del diritto privato e il codice unico delle obbligazioni*, Modena, 1895.
- Nuovi orizzonti del diritto. Il contratto di lavoro e la questione operaia*, Mantova, Tip. Mondovì, 1898.

VENTURI CARLO

- Socialismo e comunismo. Questioni di diritto pubblico e di economia sociale*, Cesena, Bettini, 1891.

VIRGILI FILIPPO

- La statistica degli infortuni sul lavoro*, in RSSP, VIII, 1890-91, 20-27, 259-277, 305-318.

Gl'infortuni sul lavoro nella legislazione italiana, in GdE, VI, 1891, 89-99.

Gli scioperi. Conferenza letta al Circolo giuridico della Università di Siena il 10 marzo 1894, Torino, Bocca, 1894.

Criminalità e miseria, in *Rif. soc.*, I, 1894, 2, 280-284.

Lo sciopero nella vita moderna, Torino, Bocca, 1897.

Cooperazione nella sociologia e nella legislazione, Milano, Hoepli, 1900.

La Cassa pensioni per la vecchiaia, in *Studi senesi*, XVIII, 1901, e poi Torino, Bocca, 1901.

La legislazione del lavoro, Siena, Tip. cooperativa, 1902.

La mezzeria toscana e le sue trasformazioni. Relazione, Roma, Un. tip. cooperativa, 1908.

WEISS FRANZ

Lo Stato e la legislazione sociale, in DS, IV, 1908, 285-288, 332-335.

ZANI BARTOLOMEO

Il diritto secondo la legge dell'evoluzione, Mantova, Mondovì, 1881.

L'evoluzione nell'economia sociale, Mantova, Mondovì, 1882.

La morale positiva, Mantova, Mondovì, 1890.

La questione sociale, in Atti e memorie dell'accademia virgiliana di Mantova, 1893, e poi Mantova, Mondovì, 1893.

La giustizia sociale e il socialismo giuridico, in *Il pensiero italiano*, V, 1895, 13, 129-157, 267-280, 413-428.

ZINI ZINO

Recensione a A. Zerboglio, L'alcoolismo, in *Il pensiero italiano*, II, 1892, 5, 422-427.

Studio critico sulla sociologia di Erberto Spencer, in *Il pensiero italiano*, IV, 1894, 12, 409-448. (Nel 1926 pubblicherà *Spencer*, Milano, Athena, 1926, serie « Pensatori d'oggi »).

Proprietà individuale o proprietà collettiva? Ricerche sulle tendenze economiche delle società moderne, Torino, Bocca, 1898.

Giustizia. Storia di un'idea, Torino, Bocca, 1907.

PAOLO GROSSI, <i>Pagina introduttiva</i>	pag. I
--	-----------

MODELLI E DIMENSIONI

THILO RAMM, <i>Juristensozialismus in Deutschland</i>	7
NICOLE ET ANDRÉ-JEAN ARNAUD, <i>Le socialisme juridique à la ' belle époque': visages d'une aberration</i>	25
VALENTINO GERRATANA, <i>Antonio Labriola di fronte al socialismo giuridico</i>	55
KURT SEELMANN, <i>Zur Marxinterpretation bei Anton Menger, Gustav Radbruch und Karl Renner</i>	73
LUCIANO MARTONE, <i>Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886)</i>	103
VALERIO POCAR, <i>Riflessioni sul rapporto tra « socialismo giuridico » e sociologia del diritto</i>	145

LA DIMENSIONE GIURIDICA

NORBERT REICH, <i>Der Juristensozialismus von Anton Menger (1841-1906) im neunzehnten Jahrhundert und heute</i>	157
GIOVANNI ORRÙ, ' Idealismo ' e ' realismo ' nel socialismo giuridico di Menger	183
PIO CARONI, <i>Anton Menger ed il codice civile svizzero del 1907</i>	273
GERHARD DILCHER, <i>Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein « juristensozialismus » Otto V. Gierkes?</i>	319
ROLAND WEYL - MONIQUE PICARD WEYL, <i>Socialisme et justice dans la France de 1895: le « bon juge Magnaud »</i>	367
ADOLFO DI MAJO, <i>Enrico Cimbali e le idee del socialismo giuridico</i> . . .	383
GIULIANA D'AMELIO, <i>Positivismo, storicismo, materialismo storico in Icilio Vanni</i>	431
PIETRO COSTA, <i>Il ' solidarismo giuridico ' di Giuseppe Salvioli</i>	457
SABINO CASSESE, <i>Socialismo giuridico e « diritto operaio ». La critica di Sergio Panunzio al socialismo giuridico</i>	495

FIGURE DELL'ESPERIENZA

DIETER SCHWAB, <i>Arbeit und Eigentum. Zur Theorie ökonomischer Grundrechte im 19. Jahrhundert</i>	509
MARIO SBRICCOLI, <i>Il diritto penale sociale (1885-1912)</i>	557

LETTURE

	<i>pag.</i>
G. BERNERT, <i>Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert</i> (T. Mayer-Maly) .	645
R. BONINI, <i>I Romanisti e il I libro del codice civile del 1942</i> (A. Schiavone)	650
G. CATALANO, <i>Studi sulla Legazia apostolica di Sicilia</i> (M. Condorelli) .	655
<i>Dottrine giuridiche e ideologie sindacali</i> (G. Pera)	661
C. GHISALBERTI, <i>Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)</i> (L. Lotti) . . .	671
M. GIULIANO, <i>Diritto internazionale</i> (P. Paone)	679
<i>Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte</i> (U. Santarelli)	692
E.-H. KADEN, <i>Le jurisconsulte Germain Colladon, ami de Jean Calvin et de Théodore de Bèze</i> (A. Dufour)	707
B. PARADISI, <i>Apologia della storia giuridica</i> (L. Bagolini)	712
C. PERELMAN, <i>Diritto, morale e filosofia</i> (C. Vasoli)	722
F. RUFFINI, <i>Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici</i> (G. Catalano)	738
J. SANDWEG, <i>Rationales Naturrecht als revolutionäre Praxis</i> (M. A. Cattaneo)	741
W. WIEGAND, <i>Plus petitio</i> (K. Luig)	749
W. WILHELM, <i>Metodologia giuridica del secolo XIX</i> (A. Mazzacane) . .	753
A proposito di ...	
MASSIMO BRUTTI, <i>Alcuni usi del concetto di struttura nella conoscenza giuridica</i> (a proposito di André-Jean ARNAUD, <i>Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise</i>) . .	763
ALESSANDRO ALBERTO CALVI, <i>Ugo Spirito criminalista</i> (Riflessioni sulla terza edizione della « <i>Storia del diritto penale italiano</i> »)	801
GABRIELE CRESPI REGHIZZI, <i>Socialismo e diritto civile nell'esperienza sovietica</i> (In margine a: Norbert REICH, <i>Sozialismus und Zivilrecht. Eine rechtstheoretisch-rechtshistorische Studie zur Zivilrechtstheorie und Kodifikationspraxis im sowjetischen Gesellschafts- und Rechtssystem</i>) . . .	845
Segnalazioni	869

STRUMENTI

MARIO SBRICCOLI, <i>Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano</i>	873
---	-----

I collaboratori del terzo-quarto « Quaderno »

Thilo RAMM

Ord. Professor für Arbeits- und Sozialrecht, bürgerliches Recht, Rechts- und Sozialphilosophie - Universität Giessen

Nicole ARNAUD-DUC

Chercheur au C.N.R.S. - Centre d'Histoire économique, sociale et institutionnelle - Université de Grenoble II

André-Jean ARNAUD

Chercheur au C.N.R.S. - Centre de Philosophie juridique - Université de Paris II

Valentino GERRATANA

Prof. Incaricato di Storia della filosofia - Università di Salerno

Kurt SEELMANN

wissenschaftlicher Assistent für Rechts- und Sozialphilosophie - Universität des Saarlandes

Luciano MARTONE

Ass. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Roma

Valerio POCAR

Prof. Incaricato di Sociologia generale - Università di Messina

Norbert REICH

Ord. Professor an der Hochschule für Wirtschaft und Politik - Hamburg

Giovanni ORRÙ

Contrattista di Filosofia del diritto - Università di Firenze

Pio CARONI

Prof. Ordinario di Storia del diritto e Diritto privato svizzero - Università di Berna

Gerhard DILCHER

Ord. Professor für deutsche Rechtsgeschichte und bürgerliches Recht - Universität Frankfurt/Main

Monique PICARD WEYL

Professeur à l'Institut de Droit appliqué - Avocat à la Cour d'Appel - Paris

Roland WEYL

Avocat à la Cour d'Appel - Paris

Adolfo DI MAJO

Prof. Ordinario di Diritto civile - Università di Roma

Giuliana D'AMELIO

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Pisa

Pietro COSTA

Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Salerno

Sabino CASSESE

Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico - Università di Napoli

Dieter SCHWAB

Ord. Professor für bürgerliches Recht und deutsche Rechtsgeschichte - Universität Regensburg

Mario SBRICCOLI

Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Macerata

Theo MAYER-MALY

Ord. Professor für römisches und bürgerliches Recht - Universität Salzburg

Aldo SCHIAVONE

Prof. Incaricato di Storia del diritto romano - Università di Bari

Mario CONDORELLI

Prof. Ordinario di Diritto ecclesiastico - Università di Catania

Giuseppe PERA

Prof. Ordinario di Diritto del lavoro - Università di Pisa

Luigi LOTTI

Prof. Straordinario di Storia moderna - Università di Firenze

Pasquale PAONE

Prof. Ordinario di Organizzazione internazionale - Università di Macerata

Umberto SANTARELLI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Modena

Alfred DUFOUR

Professeur d'Histoire du droit et de Droit canon - Universités de Genève et de Fribourg (Suisse)

Luigi BAGOLINI

Prof. Ordinario di Dottrina dello Stato - Università di Bologna

Cesare VASOLI

Prof. Ordinario di Storia della filosofia - Università di Firenze

Gaetano CATALANO

Prof. Ordinario di Diritto ecclesiastico - Università di Palermo

Mario A. CATTANEO

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Ferrara

Klaus LUIG

*Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für europäische Rechts-
geschichte* - Frankfurt/Main

Aldo MAZZACANE

Prof. Incaricato di Storia del diritto italiano - Università di Messina

Massimo BRUTTI

Prof. Straordinario di Storia del diritto romano - Università di Macerata

Alessandro A. CALVI

Prof. Ordinario di Diritto penale - Università di Firenze

Gabriele CRESPI REGHIZZI

Prof. Straordinario di Diritto civile dei paesi socialisti - Università di Pavia

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze