

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

5-6
(1976-77)

Itinerari moderni della proprietà

TOMO I



giuffrè editore milano

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI .

(1978) Tipografia MORI & C. s.n.c. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

Parlare ancora una volta di proprietà significa riandare a un nodo non sciolto né facilmente scioglibile, che appartiene — nello stesso tempo — alla storia della nostra civiltà giuridica e alla sfera più gelosa della nostra coscienza sociale; un nodo, che trova il giurista generalmente incapace di un distacco critico e straordinariamente proclive alla concione meramente ideologica o semplicemente sociologica. E il lettore — forse — avrà un comprensibile moto di rigetto, pensando che questi due tomi contengano mille pagine di esercitazioni retoriche, rinnovatrici dei fasti non dimenticati della disputa sulla 'funzione sociale'.

Conviene avvertire subito che il disegno qui tentato — riuscito o non riuscito che esso sia — è ben altro. Anzi, la motivazione prima della volontà di affrontare un tema tanto rischioso sta proprio nella consapevolezza che troppo spesso, soprattutto qualche anno addietro, conseguita da parte del giurista la 'scoperta' della dimensione ideologica del suo sapere, si è parlato a vuoto, introducendosi nel terreno accidentato delle ideologie ma riducendo il proprio discorso a dichiarazioni programmatiche, approcci liminali e semplici considerazioni vocali.

V'è oggi — oggi che la scienza giuridica sembra vivere un maturato e riposato momento di riflessione — l'urgenza d'un riesame sulla scorta d'una visione più complessa: dimensione ideologica e istanze culturali e tecniche costituiscono, nel loro intreccio e nella loro convivenza indissolubili, quella frontiera più ampia sulla linea della quale soltanto corre la possibilità d'un'autentica storicizzazione.

Mossi da questa convinzione, nel dicembre del 1975, diffondendo fra gli studiosi una sorta di programma-invito per il pre-

sente Quaderno, noi ritenemmo di sottolineare in modo particolare la complessa sfaccettatura che la ripresa di un discorso sulla proprietà — per essere pienamente giustificato — avrebbe dovuto rispettare ad ogni costo; e ne demmo già subito una indicazione concreta proponendo di cogliere ed esaminare il tema di studio sotto la seguente angolatura: « Istanze 'realizzatrici' e modello 'dominativo' - Idoli, problemi, costruzioni della scienza giuridica moderna ». E si aggiungeva fra l'altro: « Oggi che il modello 'proprietà' ha subito un rapido eclisse e che un fascio di situazioni reali è emerso oltre e contro la proprietà; oggi che le sistemazioni lucide e nette dei codificatori napoleonici e dei maestri pandettisti sembrano assai remote specialmente di fronte alle nuove figure che ci mostra l'evoluzione del diritto agrario e del diritto commerciale; oggi, è parso utile alla Redazione dei 'Quaderni' — dopo tanti volumi, saggi, dibattiti civilistici e pubblicistici — di tentare una riflessione sul relevantissimo divenire del pensiero giuridico europeo moderno, ponendosi una elementare domanda: fino a che punto il modello 'proprietà' ha soffocato l'emersione di nuove situazioni reali? Si sono queste strutturate all'interno del modello, come smembramento di esso, o al di fuori dei suoi confini? Dal punto di partenza ottocentesco — una proprietà monolitica, concepita come signoria e strettamente legata alla personalità del proprietario; che tende a risolvere in sé il fenomeno dei diritti reali — corre fino ad oggi un itinerario durante il quale il modello 'proprietà' si frantuma e perde non solo il suo carattere di archetipo ma altresì buona parte del suo valore economico e sociale. È un itinerario meritevole di essere ripercorso in tutta la sua complessità, valorizzando quegli intrecci fra storia strutturale, riflessione economica e riflessione giuridica che soli ne consentono la piena storicizzazione ».

Parlare, come si faceva or sono due anni, della proprietà quale 'modello', di 'modello dominativo', aveva il preciso significato di reinserirla in un complesso crocevia dove confluivano e risaltavano più profili di essa, costituiva il tentativo di lasciare le secche delle considerazioni ideologiche a vuoto e di assumere il cammino non facile ma stringente delle architetture tecniche e culturali quale passaggio obbligato per dare più sicure fondazioni al problema storico-giuridico della proprietà moderna, per

fondare solidamente qualsiasi attingimento ulteriore. Il nostro era insomma un invito ad abbandonare il vago delle ricostruzioni operate dall'esterno per scegliere il solo approccio che fosse consentito a dei giuristi, un approccio specifico che tentava di sbrogliare il nodo proprietario innanzi tutto dall'interno; con la disponibilità — s'intende — a non arrestarsi qui, ma, senza alcuna preclusione, a proiettare i risultati a un diverso livello soltanto dopo che questo elementare tentativo di comprensione fosse stato operato.

Non possiamo né vogliamo dire che un simile arduo discorso sia qui portato a buon fine, ma più semplicemente che, in questo Quaderno, pur con varietà di apporti e di angoli d'osservazione a seconda delle varie personalità dei collaboratori, si tenta qualcosa anche in questa direzione.

Il cospicuo materiale che qui si offre al lettore si presenta come un prezioso inventario delle motivazioni che hanno accompagnato la storia della proprietà continentale negli ultimi due secoli. Inventario vigile e attento alla identificazione delle varie voci, anche se ovviamente non completo, grazie al quale il lettore potrà ripercorrere un itinerario né lineare né piatto: all'ombra di quel pinnacolo — apparentemente indiscusso, apparentemente così condizionante ma sempre più remoto — che è l'art. 544 del *Code civil* napoleonico la proprietà continentale vive la sua vivace vita storica fatta di invenzioni tecniche, di condizionamenti ideologici, di momenti culturali muniti d'una limpida autonomia. Tutto sempre all'insegna d'una complessità di forze, che giocano attorno ad essa, combattono, convivono.

Il panorama è straordinariamente ampio, si da farci cogliere, pur con varie lacune ed ombre, le linee d'un lungo e profondo divenire: spazialmente, lo sguardo può ben dirsi europeo; temporalmente, segue, da un lato, il filo dei nostri problemi fino ai grandi nodi delle prime Codificazioni ottocentesche, dall'altro, giunge con progetti e previsioni alle soglie del nostro domani, nella consapevolezza che spetti forse allo storico lo sguardo più penetrante verso il futuro.

Com'è nella consuetudine del nostro lavoro e come non si poteva non fare per un tema coinvolgente quale la proprietà, lo storico del diritto ha lavorato in comune operosità accanto al filosofo

del diritto e al giurista di diritto positivo, ma ha anche sollecitato al suo fianco le presenze insostituibili e significanti degli storici del pensiero economico e di quello politico. Di questa coralità di contributi siamo grati agli studiosi, che ancora una volta con generosità hanno voluto rispondere positivamente al nostro invito.

Rispetto ai programmi annunciati diverse voci sono cadute, com'è inevitabile in un'impresa a largo raggio. Un'assenza vogliamo qui particolarmente segnare, perché dolorosamente legata a una prematura scomparsa. Come a Franz Wieacker, avevamo chiesto a Salvatore Pugliatti un ripensamento della sua fertile e folta riflessione sulla proprietà. Accettato con entusiasmo l'invito, il Maestro si era accinto di buona lena al lavoro, come testimoniano certe sue lettere scritte con minuzioso ammirevole impegno. Purtroppo, la morte lo ha colto, mentre aveva appena iniziato a dar forma a questo suo contributo, che avrebbe — armonicamente e in modo singolare — chiuso una meditazione sui grandi temi e problemi dei diritti reali distesa con fedeltà e incisività irripetibili per il lungo arco di un'intera vita di studi. È un vuoto, questo, che attenua la comprensibile soddisfazione del Redattore nel momento del bilancio finale e nel distacco dalle non lievi fatiche organizzative di questo Quaderno (*).

(*) Il Redattore non può esimersi dal testimoniare la propria gratitudine al Prof. Pietro Costa per il prezioso aiuto nella sistemazione e organizzazione del Quaderno, e al Dott. Giulio Conticelli per la puntuale correzione delle bozze.

Itinerari moderni della proprietà

MICHEL VIDAL

LA PROPRIETE DANS L'ECOLE DE L'EXEGESE EN FRANCE

Charte fondamentale de la nouvelle société issue de la Révolution, le Code Civil de 1804, commun à tous les français, réalise un amalgame habile entre l'ancien droit des coutumes, l'ancien droit romain et différentes conquêtes révolutionnaires. Tel qu'il se présente, le Code Napoléon, ainsi désigné en 1807, est un acte éminemment politique de modération et de compromis et, partant, un instrument particulièrement efficace pour achever sous l'égide de l'Etat l'unification de la nation française. Et entre tous les effets de cet événement historique de première importance ⁽¹⁾, il en est un remarquable; la codification, dont l'utilité en général sera discutée avec passion en Allemagne au commencement du XIXème siècle ⁽²⁾, suscite en France l'apparition d'une école

⁽¹⁾ Voy. notamment la vénération mystique dont le Code Civil fut l'objet à partir de son apparition, BONNECASE (J.), *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente. Ses variations et ses traits essentiels*, Bordeaux, 1933, t. 1, p. 208-233.

⁽²⁾ Voy. la lutte qui dix ans après la promulgation du Code Civil opposera le fondateur de l'école historique, Savigny, à l'école philosophique de Thibaut. Le jurisconsulte allemand Thibaut ayant demandé la rédaction d'un Code analogue au Code français (*Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814), son compatriote Savigny combat cette idée dans une brochure, « Sur la vocation de notre temps pour la législation et la jurisprudence » (*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Berlin, 1814), dans laquelle il développe ses vues personnelles sur la formation du droit. Savigny prétend notamment que toute codification est une oeuvre arbitraire qui, construite à l'aide d'idées systématiques, ignore le développement historique du droit et immobilise l'esprit du jurisconsulte par la fixité de ses formules. Sur le mouvement d'idées de cette époque au plan juridique, voy.

nouvelle de jurisconsultes ⁽³⁾, qui considère de bonne foi l'oeuvre du Code comme une équitable et durable transaction. C'est ce que l'on a appelé l'*Ecole de l'Exégèse* qui, bien que regroupant avec une continuité certaine les civilistes français du XIXème siècle ⁽⁴⁾, laisse percer plusieurs cycles qui correspondent à peu près à des divisions par périodes de temps et offre un large éventail d'opinions et d'attitudes.

L'accord se fait communément pour diviser l'histoire de l'Ecole de l'Exégèse et de la doctrine qui lui est liée en trois grandes phases: une période de formation qui a commencé en 1804 à la promulgation du Code Civil et s'est achevée entre 1830 et 1840 ⁽⁵⁾, une époque d'apogée qui s'est prolongée jusqu'aux années 1880, et enfin un temps de déclin clôturé en 1899 avec la publication de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* par Gény, qui propose une conception du droit civil qui va bien au delà de l'exégèse ⁽⁶⁾.

Cette Ecole de l'Exégèse prétend, en effet, réaliser l'objectif que se sont proposés les hommes de la Révolution de réduire le

TANON (L.), *L'évolution du droit et de la conscience sociale*, Paris 1900; CHABANNE (R.), *L'Allemagne napoléonienne en face du problème de la codification*, dans *Annales de la Faculté de Droit de l'Université Jean Moulin (Lyon III)*, 1974-1, p. 9-34.

⁽³⁾ Sur les causes de cet effet particulier de la codification napoléonienne, voy. GAUDEMET (E.), *L'interprétation du Code Civil en France depuis 1804*, Bâle, Paris, 1935, p. 11-14.

⁽⁴⁾ BONNECASE (J.), *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil*, Paris 1924, 2ème ed., préface, n° II, p. 2: « Qu'on le veuille ou non, il y a eu dans la science du droit civil au XIXème siècle une grande Ecole, une Ecole qui sera la marque de l'histoire de notre science pendant cette période: l'*Ecole de l'Exégèse* ». (Sur la paternité probable de ces termes, voy. n° 5, p. 16); Comp. avec l'ouvrage de GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, qui n'utilise pas la dénomination de « méthode de l'exégèse » dans son exposé analytique (p. 15-52) et critique (p. 53-175) mais celle de « méthode traditionnelle d'interprétation juridique ».

⁽⁵⁾ BONNECASE (J.) adopte la date de 1830 (*op. cit.*, p. 17, § 1); CHARMONT (J.) et CHAUSSE (A.) celle de 1838 ou 1840 (*Les interprètes du Code Civil*, dans *Le Code Civil (1804-1904), Livre du Centenaire*, Paris, 1904, t. I, p. 140, I); GAUDEMET (E.) celle de 1838 « approximativement » (*op. cit.*, p. 6-7).

⁽⁶⁾ IIIème partie, Esquisse d'un plan de reconstitution de la méthode et d'une théorie des sources, p. 177-579 et Conclusion p. 580-592.

droit à la loi ⁽⁷⁾, et, plus particulièrement, le droit civil au Code Civil qui est alors étudié en soi et pour soi, sans rapport avec le milieu historique dont il est issu et sans corrélation avec le cadre social pour lequel il est fait. La science juridique se renferme ainsi dans la contemplation du Code seul ⁽⁸⁾, avec une sorte de superstition pour son texte, ce qui implique le postulat de la suffisance, et donc de la plénitude, de la loi écrite ⁽⁹⁾. Cependant, si ce respect du texte posé par le législateur anime les différents commentateurs du Code d'un même idéal scientifique, s'il apparaît comme un dénominateur commun entre eux, la doctrine du XIX^{ème} siècle n'en offre pas moins une large variété d'idées et de comportements. Il est vrai que cette notion de respect du texte de loi « peut être entendue au sens strict et, dans ce cas, la seule interprétation autorisée sera philologique; à l'inverse, des auteurs laxistes s'élèveront contre le rigorisme de la première manière. Ils suggéreront des modes d'interprétation qui, tout en demeurant liés de près à l'esprit du texte, permettront de s'affranchir de la servitude à la lettre » ⁽¹⁰⁾. C'est la raison pour laquelle il est classique d'opposer à la méthode exégétique pure, qui réduit la tâche du juriste à un commentaire du Code article par article, la méthode dite dogmatique ou synthétique qui, pour en mieux découvrir le

(7) Sur la conception de la loi et de la codification à l'époque révolutionnaire, voy. GENY (F.), *op. cit.*, p. 64 et s.; DAVY (G.), *A propos de l'évolution de la pensée juridique contemporaine*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, t. 28, 1921, p. 50-51.

(8) Voy. p. exemple PROUDHON (J.B.V.), *Cours de droit français*, Paris 1811, t. 1, préface, p. xiv: « C'est dans le Code Napoléon qu'il faut étudier le Code Napoléon »; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1845, t. 1, préface, p. viii: « ... Ma devise, ma profession de foi, est aussi: les textes avant tout! Je publie un cours de Code civil; j'ai donc pour but d'interpréter, d'expliquer le Code civil lui-même, considéré comme loi vivante, comme loi applicable et obligatoire ».

(9) LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, Paris, 1878, t. 1, préface p. 9: « Les codes ne laissent rien à l'arbitraire de l'interprète; celui-ci n'a plus pour mission de faire le Droit, le Droit est fait. Plus d'incertitude; le Droit est écrit dans des textes authentiques ».

(10) ARNAUD (A. J.), *Les juristes face à la société du XIX^{ème} siècle à nos jours*, Paris, 1975, p. 53. L'auteur précise qu'« il faut bien se garder, lorsqu'on parle de l'Ecole de l'Exégèse, d'y voir une masse d'auteurs adhérant inconditionnellement à quelques principes immuables et irréductibles ».

sens, s'emploie à le systématiser ⁽¹¹⁾. Une telle conception qui identifie le droit avec la loi, charge les tribunaux de la mission d'établir les faits dont découleront les conséquences juridiques eu égard au système de droit ⁽¹²⁾. Jamais l'Ecole n'admet que la jurisprudence puisse être, ou même devenir, une source normative ⁽¹³⁾, et si certains commentateurs la prennent en considération, ce n'est simplement que dans la mesure où elle renseigne sur la manière dont les magistrats règlent les cas particuliers ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ Voy. pour plus de détails, BONNECASE (J.), *L'Ecole de l'Exégèse*, op. cit., ch. III, *Les méthodes de l'Ecole de l'Exégèse*, p. 182-197; GENY (F.), *Méthode d'interprétation*, op. cit., p. 18-30; CHARMONT (J.) et CHAUSSE (A.), *Les interprètes du Code Civil*, dans *Le Code Civil (1804-1904)*, op. cit., t. I, p. 139; GAUDEMET (E.), *L'interprétation du Code Civil en France*, op. cit., p. 43 et surtout p. 55-56; HUSON (L.), *Analyse critique de la méthode de l'Exégèse*, dans *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Paris, 1974, p. 173-196.

⁽¹²⁾ PÉRELMAN (Ch.), *Droit, logique et épistémologie*, dans *Le Droit, les sciences humaines et la philosophie*, Paris, 1973, p. 227: « L'idée du droit qui a prévalu sur le continent depuis la Révolution française est liée à la fois à la doctrine de la séparation des pouvoirs et à une psychologie des facultés. Je m'explique: la séparation des pouvoirs signifie qu'il y a un pouvoir, le pouvoir législatif, qui par sa volonté fixe le droit qui doit régir une certaine société; le droit est l'expression de la volonté du peuple, telle qu'elle se manifeste par les décisions du pouvoir législatif. D'autre part, le pouvoir judiciaire dit le droit, mais ne l'élabore pas. Selon cette conception le juge applique tout simplement le droit qui lui est donné... »; p. 229: « ...Le rôle de la doctrine est de systématiser le droit, de faire de l'ensemble de lois et de règlements un système de droit; son rôle est d'élaborer la dogmatique juridique, qui fournira au juge l'ensemble des prémisses, des majeures, dont il a besoin pour dire le droit, de mettre à la disposition du juge et des justiciables un instrument aussi parfait que possible ».

⁽¹³⁾ MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code Civil*, Paris, 1846, 1ère ed.; 1864, 7ème ed., t. I, n° 8, p. 6: « ... Au législateur seul appartient le droit de déterminer, parmi les règles si nombreuses et quelquefois si controversées du droit naturel, celles qui sont légalement obligatoires... »; n° 84, p. 58-59: « ... Un bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi: car il est institué pour juger selon elle, et non pas pour la juger. Rien n'est au-dessus de la loi, et c'est prévariquer qu'en éluder les dispositions, sous prétexte que l'équité naturelle y résiste. En Jurisprudence, il n'y a pas, il ne peut pas y avoir de raison plus raisonnable, d'équité plus équitable, que la raison ou que l'équité de la loi ».

⁽¹⁴⁾ C'est à ce titre que des exégètes comme TOULLIER, DURANTON, TROPLONG, DEMOLOMBE, AUBRY et RAU, BAUDRY-LACANTINERIE, HUC, font une place plus ou moins grande, dans leurs écrits respectifs, à la Jurisprudence. Sur ce problème, voy. GAUDEMET (E.), *op. cit.*, p. 23, 33, 39, 43, 55.

Ne se voulant qu'interprètes de la loi considérée comme une volonté juridique, les exégètes sont ordinairement peu critiques à l'égard du Code Civil. Politiquement modérés, ils sont satisfaits de l'ordre social qu'il garantit; or, dans le Code Napoléon, tout gravite autour de la propriété puisque son « corps entier... est consacré à définir tout ce qui peut tenir à l'exercice du droit de propriété, droit fondamental sur lequel toutes les institutions sociales reposent » (15). Bien plus que le code des personnes, le Code Civil est celui des choses et de la richesse acquise (16). Protégeant dès lors avec efficacité les hommes qui ont des biens matériels et se désintéressant de ceux qui en sont dépourvus, les rédacteurs napoléoniens entendent que la propriété garde une nature inviolable et sacrée, et un texte, dans son éloquente plénitude, révèle la construction juridique de la nouvelle institution engendrée par la Révolution: c'est l'article 544 qui la définit comme « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue ».

Ainsi érigée en droit éminemment individualiste, considérée comme l'un des droits de l'homme imposés par le droit naturel, la propriété du Code Civil consacre la conception subjectiviste et individualiste moderne (17); et les législateurs napoléoniens n'en ratifient que mieux l'abolition définitive de la féodalité, partant, le plein affranchissement des terres (18). Or, cette conception totalitaire, qui préserve le grand acquis des temps révolutionnaires, permet de trancher au XIXème siècle deux problèmes fondamentaux abordés par l'Ecole de l'Exégèse.

(15) *Exposé des motifs fait par M. Portalis, Conseiller d'Etat et orateur du gouvernement dans la séance du Corps Législatif du 26 nivôse an XII (17 janvier 1804)*, dans LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1827, t. 8, p. 169.

(16) MORIN (G.), *La révolte du droit contre le Code*, Paris, 1945, p. 114.

(17) ARNAUD, (A.J.) *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris, 1969, p. 188-189.

(18) LEPOINTE (G.), *Le Concept de la propriété dans le Code Civil: ses origines et son évolution durant le XIXème siècle*, dans *Etudes de droit contemporain (Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de l'Université de Paris, XXIII, VIème Congrès international de droit comparé, Hambourg 1962)*, Paris, 1962, p. 103-105.

Il s'agit tout d'abord, au plan des idées, de défendre la propriété individuelle qui est l'objet de vives attaques. En effet, s'il y a toujours eu des utopies, quoique rares et sans influence ⁽¹⁹⁾, pour contester le droit de propriété, ses détracteurs et ses adversaires deviennent plus nombreux et plus incisifs au cours du XIX^{ème} siècle. Peu d'écrivains publient pour garantir l'institution ⁽²⁰⁾, mais les juristes de l'Exégèse, dans leur majorité, se lancent hardiment dans la bataille.

C'est en revanche à l'unanimité que les exégètes résolvent le second problème, strictement juridique, de la notion, de la définition de la propriété et de ses caractères. En fermant les yeux sur la réalité quotidienne, en déracinant la loi du terrain où elle a pris naissance, tous exaltent la propriété en bornant leurs efforts à l'exégèse du Code qu'ils considèrent « comme un livre sacré révélant, pour les hommes de toutes les époques, ... le juste définitif » ⁽²¹⁾. Enfermés ainsi dans le dogmatisme, les juristes érigeront la notion de propriété individuelle en système et lui feront traverser sans encombres la majeure partie du XIX^{ème} siècle.

* * *

L'élite bourgeoise cumule, pendant presque tout le XIX^{ème} siècle, les responsabilités politiques, la maîtrise de l'économie et l'influence sociale, et ce triple monopole restera entier jusqu'à l'installation définitive de la III^{ème} République, assurant ainsi, jusqu'aux années 1880, la permanence d'une oligarchie dirigeante malgré l'instabilité des régimes qui se succèdent. Durant cette période libérale « bourgeoise », époque du grand essor de l'industrie capitaliste, l'idéologie qui a empreint le Code Civil persiste. Celle-ci trouve son expression légale dans l'article 1^{er} du Livre préliminaire du projet de Code Civil qui, supprimé parce que jugé inutile,

⁽¹⁹⁾ LEVY (J.Ph.), *Histoire de la propriété*, Paris, 1972, p. 89.

⁽²⁰⁾ Voy. cependant THIERS (A.), *De la propriété*, Paris, 1848, et notamment, Livre I, chapitre I, p. 14: « Tous les partisans d'une révolution sociale ne veulent pas, il est vrai, sacrifier la propriété au même degré. Les uns la veulent abolir en entier, d'autres en partie... Il faut... combattre tous ces systèmes odieux, puerils, ridicules, mais désastreux, nés comme une multitude d'insectes de la décomposition de tous les gouvernements, et remplissant l'atmosphère où nous vivons ».

⁽²¹⁾ MORIN (G.), *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920, p. 1.

formule en dispositions de lois positives la doctrine philosophique de l'Ecole du droit naturel fondée sur le concept d'un droit individuel antérieur à l'idée de société ⁽²²⁾. Et les auteurs du Code Civil, dont le but essentiel est de stabiliser le régime de la propriété issu de la Révolution française ⁽²³⁾, affirment sans hésitation que le droit de propriété est un droit naturel et fondamental pour l'individu ⁽²⁴⁾, en condamnant les doctrines qui supposent « que les biens de la terre ont été originairement communs » ⁽²⁵⁾, qui prétendent que le droit de propriété est « le résultat d'une convention humaine ou d'une loi positive » ⁽²⁶⁾, qui attribuent à la propriété « l'origine de l'inégalité parmi les hommes » ⁽²⁷⁾, qui prônent le partage des biens et l'égalité des fortunes ⁽²⁸⁾, ou qui voudraient conférer à l'Etat un droit de propriété primordial sur tous les biens compris dans son territoire ⁽²⁹⁾.

Ces diverses condamnations portées contre les détracteurs et les adversaires de l'institution ont le mérite, non seulement de

⁽²²⁾ FENET (P.A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Paris, 1836, t. 2, p. 3: « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives: il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes ».

⁽²³⁾ LOCRE (Le Baron), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1832, t. 31, p. 169. Louvet déclare que le Code Napoléon a pour « grand et principal objet... de régler les principes et les droits de la propriété ».

⁽²⁴⁾ *Exposé des motifs fait par M. Portalis...*, dans LOCRE, *op. cit.*, Paris, 1827, t. 8, p. 146: « L'homme, en naissant, n'apporte que des besoins; ... il a ... un droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien »; p. 147: « On trouve, dans tous les temps, et partout, des traces du droit individuel de propriété. L'exercice de ce droit, comme celui de nos autres droits naturels, s'est étendu et s'est perfectionné par la raison, par l'expérience et par nos découvertes en tout genre. Mais le principe du droit est en nous ». Voy. également le *Discours par M. Grenier, orateur du Tribunal, dans la séance du Corps Législatif du 6 pluviose An XII (27 janvier 1804), en présentant le voeu d'adoption*, dans LOCRE, *op. cit.*, p. 197 et 199.

⁽²⁵⁾ *Exposé des motifs fait par M. Portalis...* dans LOCRE, *op. cit.*, p. 147-148: « Méfions-nous des systèmes dans lesquels on ne semble faire de la terre la propriété commune de tous, que pour se ménager le prétexte de ne respecter les droits de personne ». Voy. également le *Discours par M. Grenier...*, *op. cit.*, p. 199-200.

⁽²⁶⁾ LOCRE, *op. cit.*, p. 147-148. Voy. également *op. cit.*, p. 198.

⁽²⁷⁾ LOCRE, *op. cit.*, p. 150-151.

⁽²⁸⁾ LOCRE, *op. cit.*, p. 201.

⁽²⁹⁾ LOCRE, *op. cit.*, p. 152-154.

dégager le principe de la propriété individuelle et d'accentuer son caractère libéral, mais aussi de tracer la voie des exégètes qui, partisans convaincus de la propriété privée, n'hésiteront pas à se prononcer au cours du XIXème siècle, tant contre les attaques extrêmement virulentes menées par les doctrines socialistes et communistes que contre les prétentions d'attribuer à l'Etat un droit supérieur sur les propriétés privées.

Au cours du XIXème siècle la propriété individuelle a été l'objet de très vives attaques, car « le XIXème siècle, où s'est fondée l'égalité dans les codes [a] vu croître l'inégalité dans les fortunes » (30). Cette disparité aggravée dans la répartition des propriétés s'explique parce que la révolution industrielle a considérablement étendu son action, et par le fait que le capitalisme s'est propagé à de nouveaux milieux, s'est répandu à de nouveaux domaines. L'inégalité accrue est alors diversement appréciée, et les maux résultant du régime capitaliste engendrent une extraordinaire effervescence des idées sociales qui amène bien des esprits à critiquer l'organisation de la propriété, voire le principe de la propriété individuelle. Aussi celle-ci est-elle dénoncée comme abusive par les écoles socialistes et condamnée dans son principe par la théorie communiste (31).

Contre ces partisans du socialisme et du communisme, la propriété individuelle est fermement défendue par les juristes. Les exégètes, qui se présentent comme « de purs techniciens peu perméables aux courants sentimentaux de leur siècle » (32), se font l'écho dans leurs travaux, jusqu'au milieu du siècle, des controverses qui agitent la place publique et prennent résolument parti.

Les attaques dirigées contre l'institution suscitent chez ces conservateurs de véritables accès de fureur; « rien n'attestera mieux devant l'histoire — s'écrie Demolombe — l'état de per-

(30) AVENEL (G.D'), *Histoire de la fortune française. La fortune privée à travers sept siècles*, Paris, 1927, p. 124.

(31) LEROY (M.), *Histoire des idées sociales en France*, Paris, 1950, 4ème ed., t. 2; Sur les conceptions de l'Ecole Saint Simonienne sur la propriété: p. 336-338; Sur les idées du socialiste Pierre-Joseph Proudhon, p. 468-472, et sur l'utopie du communiste Cabet, p. 453. Voy également CHALLAYE (F.), *Histoire de la propriété*, Paris, 1967, 6ème ed., p. 91-94.

(32) CARBONNIER (J.), *Droit Civil*, Paris, 1974, 10ème ed., t. I, p. 166.

turbation morale dans lequel la société française était tombée dans ces derniers temps, que les monstrueuses controverses auxquelles nous venons d'assister » (33). Pratiquement, c'est surtout sur la propriété de la terre que porte la discussion, et la plupart des ouvrages de droit civil contiennent une longue dissertation sur le fondement du droit de propriété, tandis que certains s'efforcent de démontrer la nécessité de la propriété privée.

Se rattachant aux dires de Portalis dans l'exposé des motifs du Code Civil qui affirme « que les domaines des particuliers sont des propriétés sacrées qui doivent être respectées par le souverain lui-même » (34), les juristes de l'Exégèse proclament à l'envi la propriété institution sacrée (35), et agitent avec un grand conformisme le problème du fondement du droit (36). Ces auteurs ne résolvent pas uniformément la question car, comme l'écrira plus tard Laurent, « les interprètes du Code Civil... chacun à sa guise, répondent aux attaques dont la propriété a toujours été l'objet » (37).

La grande majorité d'entre eux affirme clairement que la propriété est un droit naturel antérieur au contrat social qui marque l'origine de la société civile (38), mais Demolombe n'hé-

(33) *Cours de Code Napoléon*, t. 9, *Traité de la distinction des biens*, Paris, 1854, t. I, n° 534, p. 472. Voy. également TAULIER, *Théorie raisonnée du Code Civil*, Paris, 1841, t. 2, p. 214: « Voilà où nous mènent l'esprit de subtilité, l'oubli des lois et la négation des vues providentielles! Doctrines fatales, tristes fruits de je ne sais quelle philosophie naturelle qui, méconnaissant les conditions morales auxquelles Dieu a soumis l'humanité, voudrait la régir comme une matière inerte par des axiomes purement mathématiques! »; TROPLONG, *De la propriété d'après le Code Civil*, Paris, 1848, p. 11: « Sentinelles de la propriété, tenons-nous donc sur nos gardes quand nous entendons parler de toutes ces choses par certains réformateurs: « *Latet anguis in herba* » ».

(34) LOCRE, *op. cit.*, t. 8, p. 156.

(35) TROPLONG, *op. cit.*, p. 6: « Si j'avais à parler du domaine de propriété d'après le droit théocratique, despotique ou féodal, je ne dirais pas qu'il est, en tout, immuable et sacré. Mais j'ose le déclarer tel, la main sur la conscience, quand je l'envisage d'après les bases du Code Civil ». Voy. également p. 23: « Ce n'est donc pas pour parler la langue des lieux communs de convention que nous affirmons que la propriété est sacrée. Elle l'est à son origine aussi bien qu'à l'heure où nous vivons ».

(36) LEVY (J.Ph.), *Histoire de la propriété*, p. 91.

(37) *Principes de droit civil français*, Bruxelles, Paris, 1871, t. 6, n° 99, p. 133.

(38) PROUDHON, *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens*, Dijon 1839, t. I, n° 23, p. 21: « Le droit de propriété a son fondement dans la

site pas à invoquer la volonté divine ⁽³⁹⁾, et certains exégètes combinent diverses justifications théoriques comme pour les étayer l'une sur l'autre. Ainsi Taulier qui proclame que la propriété est de droit naturel ⁽⁴⁰⁾, affirme « que sa source est divine et son origine éternelle. Elle s'explique par l'*occupation* et le travail... La propriété c'est la personnalité, c'est la liberté » ⁽⁴¹⁾. De même Demolombe, qui présente le droit de propriété comme conforme à l'ordre divin et pour qui « la propriété individuelle, c'est le travail! c'est la liberté elle-même! », tire également argument de l'innéité du sentiment de la propriété en affirmant qu'elle est « celui de tous les droits... qui se révèle le plus vivement par le seul instinct de la conscience », et la justifie aussi par l'idée d'universalité, car c'est le droit « dont l'assentiment universel et le libre respect des peuples proclament, avec le plus d'énergie, l'inviolabilité » ⁽⁴²⁾. Cette légitimation est reprise par Troplong qui juge que le droit naturel de propriété « est tellement inséparable de la nature humaine qu'il est impossible de concevoir l'homme vivant et se conservant sans ce droit consubstantiel » ⁽⁴³⁾, et d'ajouter que « la liberté fonde la propriété » ⁽⁴⁴⁾, « dont l'origine

loi naturelle, qui en a décrété le principe »; PROUDHON, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens*, Dijon, 1833, t. 1, n° 30, p. 31: « Pour peu qu'on réfléchisse sur la constitution humaine, on reste bientôt convaincu que le droit de propriété est... fondé sur la loi naturelle ». (Dans ces deux références, il s'agit de J. B. Victor Proudhon, doyen de la faculté de Droit de Dijon, homonyme et contemporain du socialiste Pierre-Joseph Proudhon). TAULIER, *op. cit.*, t. 2, p. 256: « ... Il est bien démontré que la propriété vient du droit naturel. Si des améliorations sociales se préparent et doivent se réaliser un jour, il n'en est pas moins certain que toute loi qui abolirait la propriété acquise attenterait à un droit supérieur à l'humanité ». TROPLONG, *op. cit.*, p. 6: « La propriété d'après le Code Civil, n'est pas un système ou une prétention. Elle est le droit naturel, appliqué aux rapports de l'homme avec la matière ». MOURLON, *op. cit.*, 7ème ed., t. 1, n° 1433, p. 685: « ... La propriété a son fondement dans le droit naturel... ».

⁽³⁹⁾ *Op. cit.*, t. 9, n° 534, p. 472: « Dieu qui a créé l'homme sociable lui a donné en même temps le moyen d'accomplir sa destinée; et c'est ainsi Dieu lui-même, qui a institué le droit de propriété ».

⁽⁴⁰⁾ *Voy. supra*, n. 38.

⁽⁴¹⁾ *Op. cit.*, t. 2, p. 205.

⁽⁴²⁾ *Op. cit.*, t. 9, n° 534, p. 472.

⁽⁴³⁾ *Op. cit.*, p. 24.

⁽⁴⁴⁾ *Op. cit.*, p. 12.

est dans l'occupation d'un sol sans maître, fortifiée, fixée, déclarée permanente par le travail le plus rude et le plus patient » (45).

Toutes ces diverses justifications, présentées par la grande majorité des exégètes, sont destinées à défendre une institution qui leur est chère en la faisant dériver des sources les plus pures du droit naturel, en affirmant que « ce n'est pas la loi, ce n'est pas un contrat social qui ont créé la propriété » (46).

Mais il y a cependant une minorité de juristes de l'Ecole qui, tout en se posant en défenseurs de l'institution, voit dans la propriété une simple création sociale. Ainsi Toullier considère qu'originellement la terre n'est à personne, et que celui qui s'empare le premier d'une chose acquiert sur elle un droit de préférence que les autres doivent respecter tant qu'il possède. Cette préférence acquise par l'occupation se conserve donc par la possession habituelle, mais se perd quand l'occupant cesse de posséder.

Comment alors cette préférence est-elle devenue une propriété stable et permanente? « C'est le droit civil qui a établi pour maxime qu'une fois acquise, la propriété ne se perd point sans le fait du propriétaire... ainsi la propriété et la possession qui, dans l'état primitif, étaient confondues, devinrent par le droit civil deux choses distinctes... la propriété est un droit, une faculté légale » (47).

Quelques années plus tard, Duranton reprend les mêmes idées en affirmant qu'avant « l'établissement de l'état civil » la propriété du sol se confondait avec la possession qui ne pouvait être ni complète, ni permanente. Aussi est-ce pour prévenir les difficultés que des lois ont protégé la possession de chacun; par elles la propriété a été distinguée de la possession et « devint une faculté inhérente à la personne » (48).

(45) *Op. cit.*, p. 17.

(46) TROPLONG, *op. cit.*, p. 24. Voy également DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 535, p. 476: « ... les lois positives... n'ont pas créé le droit de propriété... ».

(47) *Le droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*, Paris, 1811, 1ère ed., t. 3, n°s 64-71, p. 53-60.

(48) *Cours de droit français suivant le Code Civil*, Paris, 1825, 1ère ed.; 1828 2ème ed., t. 4, n°s 247-254, p. 201-207.

Si la plupart des exégètes, jusqu'en 1848, se prononcent ainsi, avec des divergences, sur le fondement du droit de propriété ⁽⁴⁹⁾, certains se sont également attachés à exposer les raisons qui plaident pour le maintien de la propriété individuelle.

Pour démontrer l'importance du droit de propriété, des tenants de l'École de l'Exégèse entendent dépasser un ordre purement rationnel ⁽⁵⁰⁾, pour entrer dans l'ordre positif; la propriété individuelle se trouve alors confortée par deux arguments, l'un politique, l'autre économique.

Le premier est simplement que la propriété est le gage de la paix sociale. Alors que ceux qui n'ont rien à perdre sont prêts à toutes les aventures et à toutes les violences, puisque aux dires de Proudhon, « pourvu que l'anarchiste prolétaire puisse sauver sa personne, c'est tout ce qu'il lui faut; et... la pauvreté vient favoriser l'audace pour le crime » ⁽⁵¹⁾, le propriétaire est au contraire un sujet qualitativement différent. C'est une personnalité plus complète que celle du non-propriétaire car la propriété individuelle engendre de multiples vertus; « le droit de propriété inspire à son maître un sentiment de sécurité pour son avenir... il l'encourage au travail pour former ou acquérir quelques propriétés nouvelles... elle donne aux pères les moyens de procurer une bonne éducation à leurs enfants... elle devient ainsi l'un des ressorts les plus puissants de l'amour paternel et de la piété filiale » ⁽⁵²⁾. Ainsi la propriété, et surtout la propriété foncière, est-elle le fondement de la tranquillité entre les hommes dans l'état social auquel ils sont appelés par la nature ⁽⁵³⁾.

⁽⁴⁹⁾ Tous ne croient pas utile de prendre parti sur ce problème. Tel est le cas de certains juristes qui préférèrent s'en tenir à l'exposé strict du droit positif. Voy. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1813, t. 1, p. 148 et s. et p. 526 et s.; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand, de M.C.S. Zachariae*, Strasbourg, 1839, 1ère ed., t. 1, § 193 et s.; *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Paris, 1869, 4ème ed., t. 2, § 190 et s.; MARCADE, *Eléments du droit civil français ou explication méthodique et raisonnée du Code Civil*, Paris, 1842, 1ère ed.; 1844, 2ème ed., t. 2, p. 438 et s.

⁽⁵⁰⁾ PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, op. cit., t. 1, n° 39, p. 36.

⁽⁵¹⁾ Op. cit., t. 1, n° 57, p. 58.

⁽⁵²⁾ Op. cit., t. 1, n° 58, p. 58-59.

⁽⁵³⁾ TROPLONG, op. cit., p. 147: « Et les moeurs y gagnent aussi; car ces légions de possesseurs, qui s'élancent du sein du peuple dans les cadres de la pro-

Mais en plus, le lien étroit entre propriété et moralité fait que le propriétaire est un citoyen sûr, sur qui le pouvoir constitué peut compter, parce que, inévitablement, il incline vers la conservation de l'ordre existant. En effet, « quels sont les hommes qui redoutent le plus une secousse politique dans l'Etat? Ce ne sont pas les pauvres... ce sont ...les propriétaires que l'on doit considérer comme les plus attachés au gouvernement de l'Etat » (54). Ce sont eux, si besoin est, « les plus intrépides soldats de l'ordre public » (55).

Si la propriété est ainsi un élément de base de l'ordre social, elle est également un facteur de progrès. Maleville l'affirme, car « c'est la propriété qui a vivifié, étendu, agrandi notre propre existence; c'est par elle que l'industrie de l'homme ...a été portée sur les eaux et a fait éclore, sous les divers climats, tous les germes de richesse et de puissance » (56). Il est vrai que l'homme ne se donne tout entier à son travail que pour s'assurer à lui-même, et plus encore à ses enfants, la possession de richesses susceptibles d'augmenter le niveau de vie; la propriété est un moteur de l'activité humaine, une institution favorable à l'effort productif, et plus elle est sûre, personnelle, héréditaire, et plus l'individu est porté à améliorer ce qu'il possède, « elle est la cause promotive de la prospérité publique » (57).

Ce sont là des arguments d'une pensée extrêmement répandue (58), mais à partir du milieu du siècle, la controverse sur la

priété, ont un attachement plus profond pour la famille, un plus grand respect pour le droit, une pratique plus constante des vertus domestiques ».

(54) PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, op. cit., t. 1, n° 62, p. 62.

(55) TROPLONG, *op. cit.*, p. 147. Voy. également ce qu'écrivit PROUDHON, *op. cit.*, t. 1, n° 50, p. 49: « Il faut... dans le système général de l'administration publique, se rattacher à un signe probable de moralité présumée, faute d'avoir une marque certaine de probité dans les hommes aux soins desquels doivent être confiées nos institutions sociales; or ce signe visible n'est que dans la propriété ».

(56) *Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*, Paris, 1804-1805, t. 2, p. 28. Maleville reprend ici les termes du discours de Portalis devant le Corps législatif (Voy. LOCRE, *op. cit.*, t. 8, p. 149), ce qui n'est pas étonnant puisque, ancien secrétaire de la Commission de rédaction du Code Civil, il tire des travaux préparatoires tous les éléments de son oeuvre (Voy. GAUDEMET (E.), *L'interprétation du Code Civil*, op. cit., p. 16).

(57) PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, op. cit., t. 1, n° 58, p. 59.

(58) GROSSI (P.), « *Un altro modo di possedere* ». *L'emersione di forme alterna-*

propriété s'épuise. Jusqu'à cette époque, le principe de toute propriété privée est discuté, or en 1848, *Le Manifeste communiste* fait passer la question de l'institution en tant que telle au second plan car, s'il attaque bien la propriété, il s'agit de la grande propriété ou de celle des moyens de production ⁽⁵⁹⁾. Les juristes de l'Exégèse tendent alors à se détacher peu à peu de la controverse ⁽⁶⁰⁾, et la plupart d'entre eux préfèrent, soit se contenter de brèves affirmations ⁽⁶¹⁾, soit s'en tenir à l'exposé strict du droit positif ⁽⁶²⁾.

Mais si le problème jadis soulevé par les attaques dirigées par les écoles socialistes et la théorie communiste contre la propriété

tive di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria, Milan, 1977, p. 5 et s., et notamment p. 8-9: « Proudhon parla dunque un linguaggio fedele alle convinzioni del suo tempo: fatto, per un verso, di fiducia nelle virtù taumaturgiche dell'aver e nel progresso realizzato all'insegna dell'individualismo economico con una inavvertenza totale del problema della distribuzione dei beni; intriso, per un altro, della coscienza degli interessi in gioco e della validità di una tutela giuridicalistica di quegli interessi ».

⁽⁵⁹⁾ MARX (K.) et ENGELS (F.), traduit d'après l'édition originale de 1848 par J. Molitor, Paris, 1947, p. 82: « Ce qui caractérise le communisme, ce n'est pas l'abolition de la propriété en général, mais l'abolition de la propriété bourgeoise »; p. 86: « Le communisme n'enlève à personne le pouvoir de s'approprier des produits sociaux; il n'enlève que le pouvoir de s'assujettir, par cette appropriation, un travail d'autrui ».

⁽⁶⁰⁾ BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des biens*, Paris, 1896, n° 199, p. 149: « Nous n'avons pas à reproduire ici ni à apprécier les attaques que l'on a pu diriger contre la propriété individuelle, à exposer la théorie d'après laquelle la propriété doit compléter son évolution en retournant sous une autre forme vers le communisme primitif. C'est là une thèse qui appartient à un autre domaine que celui du droit civil; nous laissons aux économistes le soin de mettre en lumière l'argument capital qui permet encore, dans l'état actuel des sociétés, de légitimer la propriété individuelle, en faisant ressortir sa valeur économique, sa supériorité au point de vue de la production des richesses ».

⁽⁶¹⁾ HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Paris, 1893, t. 4, n° 75, p. 99-102.

⁽⁶²⁾ DU CAURROY, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Paris, 1851, t. 2, n° 72 et s., p. 48 et s.; DEMANTE, *Cours analytique de Code Napoléon*, Paris, 1853, t. 2, n° 379 et s., p. 449 et s.; VALETTE, *De la propriété et de la distinction des biens*, Paris, 1879, p. 103 et s. Voy cependant LAURENT, *op. cit.*, t. 6, n° 87 et s., p. 115 et s.

individuelle s'épuise, du moins certains exégètes s'occupent-ils, à toute époque, d'écarter d'autres prétentions.

La propriété privée est-elle un droit primordial ou une simple délégation du droit de l'Etat? Celui-ci doit-il être considéré comme ayant un droit de propriété ou de copropriété préexistant sur les biens des citoyens? Déjà les auteurs du Code Civil répondaient par la négative car le droit de propriété, étant un droit naturel de l'homme, a pour but l'utilité des particuliers, non celle de la société ou de l'Etat. L'Etat lui-même ne se justifie que s'il a pour but l'utilité des particuliers. Comment parler, par conséquent, d'une propriété de droit public qui s'opposerait à la propriété de droit privé? L'Etat n'a pas un droit supérieur de propriété, une directe universelle, un droit de domaine éminent, et Portalis, dans l'exposé des motifs du Code Civil, résout la question: « au citoyen appartient la propriété et au souverain l'empire... L'empire, qui est le partage du souverain, ne renferme aucune idée de domaine proprement dit » (63). Forts de ces affirmations, Aubry et Rau, qui soulignent que des auteurs distinguent deux espèces de droit de propriété, le domaine éminent et le domaine du droit civil, tranchent catégoriquement la question: « Ce que l'on entend par domaine éminent ne constitue pas un véritable droit de propriété. Ce domaine ne donne pas au souverain le pouvoir de disposer, d'une manière absolue, des choses qui appartiennent à des personnes privées » (64). Et c'est cette même réfutation de l'existence d'un domaine éminent de l'Etat que l'on retrouve sous la plume de Troplong, dans l'opuscule qui paraît en 1848 pour défendre la propriété individuelle (65).

Cette question semble définitivement tranchée lorsqu'un incident vient la remettre en cause. Sous le Second Empire, l'administration de l'enregistrement prétend exercer un privilège sur les

(63) LOCRE, *op. cit.*, t. 8, p. 152-153.

(64) *Op. cit.*, 1ère ed., t. 1, § 193, p. 393.

(65) *Op. cit.*, p. 46: « Si ce n'est pas lui (l'Etat) qui a créé la matière; si, sans l'avoir créée, ce n'est pas lui qui l'a occupée et se l'est assimilée par un fait émané de lui, on ne voit pas d'où lui viendrait un droit primaire et éminent de propriété. Le droit aristocratique de la féodalité pervertissant le vrai, le lui avait donné. Le droit naturel le lui refuse absolument ».

biens des successions pour le recouvrement des droits de mutation par décès. Dans le but d'étayer cette prétention, l'avocat général de la Baume invoque devant la Cour de Paris un droit supérieur de l'Etat sur les propriétés privées; propriétaire primitif de toutes les propriétés privées, l'Etat s'est réservé, en les concédant, une sorte de domaine éminent. C'est en vertu de ce droit qu'il oblige au paiement de l'impôt, et peut exiger, pour le recouvrement de ce qui lui est dû, un privilège, alors même qu'aucun texte ne le lui reconnaît. Telle doctrine est non seulement soutenue, mais consacrée par un arrêt de la Cour de Paris du 13 mars 1855 (66). La Cour admet que l'enregistrement peut faire valoir pour le recouvrement des droits de succession une action privilégiée, s'exerçant moins à titre de privilège qu'à titre de prélèvement. Cette décision ne va pas sans soulever un certain émoi, puisqu'elle est contraire à l'opinion généralement admise (67). L'arrêt est alors déféré à la Cour de Cassation qui, sur le rapport du conseiller Laborie, casse la décision de la Cour de Paris en déclarant que la thèse qui suppose au profit de l'Etat un droit de propriété ou de copropriété sur les biens qui se trouvent sur son territoire « serait non seulement un démenti à la vérité historique, mais aussi une négation de tous les principes de notre droit public et de notre droit civil » (68).

La quatrième édition du *Cours de droit civil français* d'Aubry et Rau se fait l'écho du problème, et les auteurs considèrent que « cette doctrine a été justement condamnée par la Cour de Cassation comme conduisant à la négation même du droit de propriété » (69). Tout en se rattachant à l'Ecole de l'Exégèse qui exalte l'importance de l'élément légal, Aubry et Rau démontrent ainsi leur esprit réaliste en relevant la manière dont les magistrats ont réglé ce problème particulier, et en l'appréciant (70). Quel-

(66) D. P. 55.2.299.

(67) Voy. *supra*, n. 64 et 65.

(68) Cass. Civ. 23 juin 1857, D.P. 57.1.233.

(69) *Op. cit.*, t. 2, § 190, p. 173. Voy. la note 10: « Cet arrêt a été rendu au rapport de M. le Conseiller Laborie, dont le remarquable travail est un traité *ex professo* sur la matière ».

(70) Voy. à ce sujet GAUDEMET (E.), *L'interprétation du Code Civil*, op. cit., p. 54-55.

ques années plus tard, le *Traité théorique et pratique de droit civil*, publié sous le patronage de Baudry-Lacantinerie, citera cette même jurisprudence en préconisant de « rejeter comme ambiguë et douteuse l'expression de « domaine éminent » pour désigner les pouvoirs de l'Etat sur les biens compris dans son territoire; il vaut mieux — déclare-t-il — user du mot de « souveraineté » pour établir une distinction très nette entre les droits de l'Etat et ceux des particuliers ainsi que le faisait déjà Portalis » (71).

Ainsi, quelques quatre vingt ans après la publication du Code Civil, ce traité s'en réfère encore à ses rédacteurs, révélant par là l'attachement d'une école aux idées dégagées en 1804 pour défendre envers et contre tous une institution. Liés de façon générale à l'idéologie qui imprègne le Code, les exégètes ne le sont pas moins aux structures qu'il engendre et qu'ils exaltent d'une manière unanime.

* * *

Profondément marqué par l'individualisme prôné par les philosophes les plus influents du XVIIIème siècle, le Code Civil tend à considérer le concept fondamental d'individu comme un concept épuré de toute réalité humaine; chaque individu se ramenant à une volonté libre est considéré en soi (72). L'individualisme ignore ainsi la coexistence des hommes dans l'espace comme leur succession dans le temps et, en ne connaissant que l'individu isolé, il fait de lui un souverain absolu. Nulle puissance terrestre ne peut donc diminuer le droit naturel que chaque homme possède individuellement sur les éléments de son patrimoine, ce qui explique la définition totalitaire de la propriété posée par l'article 544. Parce que ce droit est éminemment individualiste et farouchement attaché aux prérogatives du propriétaire, les restrictions qui y sont apportées, dans l'intérêt des tiers et de la collectivité, ne peuvent être admises qu'à regret et au minimum, et en écho de Pothier, pour qui le propriétaire peut disposer de sa chose « com-

(71) *Des Biens*, Paris, 1896, n° 200, p. 150.

(72) MORIN (G.), *L'individualisme de la Révolution française et du Code Civil et la structure nouvelle de la vie économique*, dans *Revue de métaphysique et de morale*, t. 24, 1917, p. 517 et s., et notamment p. 522-525.

me bon semble » (73), celui-ci peut tout faire, sauf ce qui, par exception, lui est défendu par les lois et les règlements (74).

Cette réserve ne diminue guère aux yeux des rédacteurs la tendance du Code, individualiste et libérale, favorable au droit le plus étendu et le moins limité du propriétaire individuel en réaction contre les anciennes entraves. C'est donc une propriété civilement nivelée, purgée de toute emprise extérieure, voulue résolument individuelle, que consacre l'article 544 (75). Et ce concept de propriété, édifié sur la matière et pour la matière, concerne au premier chef la propriété immobilière, car le Code Civil ne consacre que quelques brèves dispositions à la propriété mobilière, et passe complètement sous silence les propriétés dites incorporelles.

Comment s'étonner, dès lors, de l'attitude de la doctrine, engagée sur la voie de l'exégèse, pour qui toute solution juridique doit se tirer d'un texte du Code, pour qui tout problème de droit se réduit à la recherche de la volonté du législateur?

Pendant près d'un siècle, les civilistes de l'Exégèse, qui affirment que la notion de propriété englobe les choses corporelles et les biens incorporels (76), examinent uniquement dans leurs

(73) *Introduction générale aux coutumes*, ed. Dupin, Paris, 1824, t. 10, ch. III, Sect. II, § 1, n° 100, p. 40.

(74) *Code Civil*, art. 544 *in fine*.

(75) LÉPOINTE (G.), *Le concept de la propriété dans le Code Civil: ses origines et son évolution durant le XIXème siècle*, dans *Etudes de droit contemporain*, op. cit., p. 101-105.

(76) PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, op. cit., t. 1, n° 11, p. 13: « ... Le droit de propriété s'applique à toutes les choses soit mobilières soit immobilières, soit corporelles soit incorporelles, qui appartiennent aux uns privativement aux autres. Un droit de créance est un droit de propriété, parce qu'il n'appartient qu'à celui qui en est le créancier... »; n° 12, p. 14: « Il n'y a pas jusqu'au nom propre des personnes qui ne soit une propriété pour chacun des membres de la famille à laquelle il appartient ». AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1ère ed., t. 1, § 193, p. 392: « Quoique les productions de l'esprit et les inventions en tout genre ne constituent pas des objets corporels, elles sont cependant susceptibles d'une propriété qui peut, jusqu'à un certain point, être assimilée à celle des choses ». Comp. avec la 4ème édition, *op. cit.*, t. 2, § 190, p. 171: « Dans l'acception véritable du mot, la propriété ne se comprend que pour les choses corporelles. Mais le terme *propriété* a été étendu à des choses incorporelles pour désigner le droit exclusif d'en user et d'en disposer ». DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 540, p. 482: « Le mot *propriété*, dans son acception la plus générale, exprime le pouvoir sou-

commentaires la propriété des objets corporels parce que c'est la seule que le Code envisage (77). Pendant près d'un siècle, faisant abstraction de l'évolution économique et sociale, ils soutiennent que le droit de propriété assure la maîtrise et la liberté absolues du propriétaire parce que c'est l'intention du législateur de 1804.

Considérée comme un véritable axiome juridique, la formule de l'article 544 permet ainsi aux exégètes, gardiens du droit inviolable et sacré de propriété, de préciser, grâce à leur méthode, la nature du droit pour mieux ériger en système ses caractères.

Si l'Ecole de l'Exégèse a le culte du texte de loi, si les juristes doivent se cantonner dans le domaine d'action constitué par le Code, les textes peuvent fort bien ne pas parler d'eux-mêmes et rendre nécessaire la recherche psychologique de la signification et de la portée que le législateur a voulu donner à la loi. Par delà l'élément légal, c'est l'intention du législateur que les civilistes doivent rechercher. Or, comme ni la nature intrinsèque du droit de propriété, ni les conséquences pratiques qui en découlent ne

verain et absolu qui appartient à une personne sur un bien quelconque, corporel ou incorporel, et qui le lui rend propre ». BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 278, p. 197: « Dans le langage courant et pour une plus grande facilité d'expression, on a étendu le terme « propriété » à des choses incorporelles; on veut exprimer ainsi le droit exclusif d'en user et d'en disposer ».

(77) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1ère ed., t. 1, § 193, p. 392-393: « Mais, comme les dispositions qui régissent cette espèce de propriété sont contenues dans des lois spéciales, nous n'aurons pas à nous en occuper... Ainsi dans la suite de ce chapitre le mot *propriété* sera exclusivement employé pour désigner celle des choses ». Comp. avec la 4ème édition, *op. cit.*, t. 2, § 190, p. 173: « Nous n'aurons à nous occuper spécialement, ni de la propriété littéraire et artistique, ni de la propriété industrielle, ni de celle des offices, ces matières étant réglées par des lois particulières. Nous nous bornerons à exposer, dans les paragraphes suivants, les principes relatifs à la propriété des choses corporelles ». DEMOLOMBE, *op. cit.*, et *loc. cit.*: « Mais dans son acception spéciale et technique, le mot *propriété* ne s'applique qu'au droit de la personne sur les objets corporels... C'est uniquement suivant cette dernière acception que le droit de propriété est considéré dans le titre II du second livre du Code Napoléon; et c'est dès lors aussi seulement du droit de propriété sur les objets corporels, que nous allons désormais nous occuper en expliquant ce titre ». BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 278, p. 198: « Nous n'avons pas à traiter ici de ces matières, réglementées par des lois spéciales ».

sont expressément indiquées par le Code Civil, la doctrine s'emploie à les rechercher à travers l'esprit des textes.

Forts de l'affirmation du Code pour lequel la propriété est le « droit de jouir et disposer des choses », les exégètes relient *choses* à *droit* pour faire apparaître la propriété comme un droit réel ⁽⁷⁸⁾. Dès lors, l'intention du législateur n'a pu être que de suivre l'inspiration de Pothier ⁽⁷⁹⁾, qui fait du droit réel un droit dans la chose, un rapport immédiat entre une personne et une chose soumise à son pouvoir ⁽⁸⁰⁾. Ainsi Toullier déclare que « le lien de la propriété existe entre le propriétaire et la chose indépendamment de toute autre personne » ⁽⁸¹⁾, et cette conception est vigoureusement affirmée par la célèbre tirade de Demolombe: « le droit réel fait le *propriétaire*... Place au droit réel! et que tous les rangs s'ouvrent pour lui faire passage, lorsqu'il s'avance tout puissant et absolu, par sa propre et seule force, sans l'intermédiaire d'aucun débiteur, vers la chose même sur laquelle il porte directement » ⁽⁸²⁾. La propriété, parce que droit réel, est

⁽⁷⁸⁾ TOULLIER, *op. cit.*, t. 3, n° 84, p. 70: « Ce droit est ce qu'on appelle un *droit réel, jus in re* »; DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 471, p. 368: « La propriété est évidemment le premier et le plus complet de tous les droits réels; c'est le droit réel par excellence ». Voy. également DELVINCOURT, *op. cit.*, t. 1, p. 147; DURANTON, *op. cit.*, 2ème ed., t. 4, n° 232, p. 188-189; AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1ère ed., t. 1, § 177, p. 357 et 4ème ed., t. 2, § 172, p. 50; MARCADE, *op. cit.*, 2ème ed., t. 2, p. 426-427; MOURLON, *op. cit.*, t. 1, n° 1429, p. 682; DU CAURROY, *op. cit.*, t. 2, n° 69, p. 45; DEMANTE, *op. cit.*, t. 2, n° 350 bis, IV, p. 410; LAURENT, *op. cit.*, t. 6, n° 71, p. 91; VALETTE, *op. cit.*, p. 3; HUC, *op. cit.*, t. 4, n° 73, p. 95-96; BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, Paris, 1882, t. 1, n° 1062, p. 683; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 3, p. 3.

⁽⁷⁹⁾ DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 466, p. 358: « Cette division des droits est fondamentale dans la science juridique; elle existait... dans notre ancienne jurisprudence française (POTHIER, *de la Propriété*, n° 1, 2; *Introd. génér. aux cout.*, n° 99 et suiv.) »; LAURENT, *op. cit.*, t. 6, n° 72, p. 92: « Pothier dit que l'on peut avoir deux espèces de droit à l'égard des choses qui sont dans le commerce: le droit que nous avons dans une chose qu'on appelle *jus in re*, droit réel... ».

⁽⁸⁰⁾ LAURENT, *op. cit.*, t. 6, n° 74, p. 95: « Pothier dit que le droit réel est le droit dans la chose »; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 3, p. 3: « Le droit réel est un droit dans la chose, *jus in re*, en vertu duquel, comme le dit Pothier, cette chose nous appartient ».

⁽⁸¹⁾ *Op. cit.*, t. 3, n° 84, p. 70.

⁽⁸²⁾ *Op. cit.*, t. 9, n° 473, p. 373. Voy. également HUC, *op. cit.*, t. 4, n° 2, p. 6: « Le rapport est immédiat lorsque le sujet affirme directement son droit sur la

donc un pouvoir que la personne qui en est titulaire exerce directement sur une chose; elle met en jeu la personne, sujet actif du droit, et la chose, objet du droit, ce qui permet à Aubry et Rau d'envisager le droit de propriété au point de vue de la chose elle-même, et de le définir comme « le droit en vertu duquel un objet est soumis... au bon plaisir d'une personne »⁽⁸³⁾.

Ce faisant, alors que le Code dans l'article 544 se contente de décrire le droit de propriété par ses attributs⁽⁸⁴⁾, la doctrine de l'Exégèse se livre à l'analyse de la nature intime du droit. Cette nature, qui n'est pas expressément dévoilée par les textes, n'est à leurs yeux que l'expression même de la pensée du législateur⁽⁸⁵⁾ dont ils tirent les conséquences pratiques.

Jus in re, la propriété est d'abord un droit qui entraîne le droit de préférence contre les créanciers, qui est armé du droit de suite contre les tiers détenteurs, qui emporte l'indivisibilité envers et contre tous⁽⁸⁶⁾. Mais surtout, parce que ce droit porte sur une chose, celle-ci doit nécessairement être déterminée car « une chose indéterminée et un droit de propriété... sont des idées contradictoires »⁽⁸⁷⁾. Puisqu'il faut une chose déterminée pour qu'il y ait droit de propriété, et que cette chose peut être mobilière ou immobilière, la propriété sera soit mobilière soit immobilière⁽⁸⁸⁾, sans que cette qualification engendre de profondes différences⁽⁸⁹⁾. Enfin, comme le législateur identifie le droit de

chose sans qu'il existe un intermédiaire entre lui et cette chose: ce champ est à moi. Les rapports de cette nature constituent ce qu'on appelle: un droit réel; le type du droit réel, *jus in re*, c'est la propriété ».

⁽⁸³⁾ *Op. cit.*, 1ère ed., t. 1, § 193, p. 391. Comp. avec la 4ème ed., *op. cit.*, t. 2, § 190, p. 170: « le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise... à la volonté et à l'action d'une personne ».

⁽⁸⁴⁾ AUBRY ET RAU, *op. cit.*, 4ème ed., t. 2, p. 170-171, n. 1: « ... Cet article fait plutôt par voie d'énumération des principaux attributs de la propriété, une description de ce droit, qu'il n'en donne une véritable définition ».

⁽⁸⁵⁾ *Ibid.*, « Telle est l'idée que les rédacteurs du Code paraissent avoir voulu exprimer dans l'article 544 ».

⁽⁸⁶⁾ AUBRY ET RAU, *op. cit.*, 4ème ed., t. 2, § 172, p. 50; DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 473, p. 373; LAURENT, *op. cit.*, t. 6, n° 75, p. 96-97 et n° 76, p. 97-98; BAUDRY-LACANTINERIE ET CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 7, p. 7-9.

⁽⁸⁷⁾ LAURENT, *op. cit.*, t. 6, n° 74, p. 95.

⁽⁸⁸⁾ LAURENT, *op. cit.*, et *loc. cit.*

⁽⁸⁹⁾ AUBRY ET RAU, *op. cit.*, 4ème ed., t. 2, § 190, p. 171: « La propriété con-

propriété avec la chose sur laquelle il porte ⁽⁹⁰⁾, la propriété est un bien corporel ⁽⁹¹⁾, qui peut se trouver affecté par tout autre droit réel qui porte sur cette chose. Il en résulte cette conséquence remarquable que le droit de propriété est le seul droit qu'on puisse avoir sur sa chose, car tout autre *jus in re* porte au contraire sur la chose d'autrui; c'est un *jus in re aliena* qui coexiste nécessairement avec le droit de propriété qu'il vient limiter. Pour caractériser ces situations juridiques, les premiers commentateurs de l'École de l'Exégèse font une distinction entre la « propriété parfaite » et la « propriété imparfaite » ⁽⁹²⁾, qui, ne figurant

fère en général les mêmes avantages, qu'elle s'applique à des meubles ou à des immeubles. Toutefois, la propriété des meubles, qui de fait est moins certaine et moins stable que celle des immeubles, ne jouit pas non plus, d'après notre Droit, de la même protection et des mêmes garanties légales que cette dernière; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 204, p. 152: « Les effets généraux du droit de propriété, ses attributs, ses facultés, sont les mêmes en principe, quel que soit l'objet mobilier ou immobilier du droit. Toutefois la propriété des meubles, moins certaine et moins stable, n'est pas entourée de garanties légales aussi énergiques que celle des immeubles; elle se perd plus facilement, et l'art. 2279 met un obstacle partiel à la revendication contre les tiers; d'autre part la loi est moins exigeante pour l'aliénation des meubles que pour celle des immeubles ».

⁽⁹⁰⁾ AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1ère ed., t. 1, p. 333, n. 6: « Le droit de propriété, absorbant toute l'utilité de l'objet qui y est soumis, se confond en quelque sorte avec cet objet qui en est comme le représentant »; DEMANTE, *op. cit.*, t. 2, n° 350 bis, IV., p. 410: « ... Parce que la propriété est le plein pouvoir sur la chose, c'est la chose elle-même qui, de tout temps, a été considérée comme formant le bien du propriétaire »; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 9, p. 9-10.

⁽⁹¹⁾ DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 522, p. 460: « ... Le droit de propriété... est considéré par la loi comme un bien corporel... ». Voy. également *supra*, n. 77.

⁽⁹²⁾ DELVINCOURT, *op. cit.*, t. 1, p. 148-149: « La propriété est parfaite ou imparfaite. La propriété est parfaite quand l'exercice du droit du propriétaire ne peut être gêné par l'effet d'aucun droit appartenant à un autre particulier... La propriété est imparfaite, lorsque l'exercice du droit du propriétaire peut être gêné par l'effet d'un droit appartenant à un autre particulier »; TOULLIER, *op. cit.*, t. 3, n° 92, p. 75-76: « ... on divise la propriété en deux espèces: propriété parfaite, propriété imparfaite. Elle est parfaite, lorsque le propriétaire n'est gêné dans l'exercice d'aucun des droits qu'elle renferme, lorsqu'aucun de ces droits n'en a été détaché; imparfaite, lorsqu'il est gêné dans cet exercice, lorsque quelques uns de ces droits en ont été détachés. La propriété est plus ou moins imparfaite, suivant l'étendue, l'importance et le nombre des droits qui en ont été détachés »; PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, *op. cit.*, t. 1, n° 13, p. 15-16: « Le domaine est parfait entre les mains de celui qui jouit de sa chose dégagée de toute

pas dans le Code, est directement tirée de l'oeuvre de Pothier ⁽⁹⁸⁾. Ainsi, sous couvert de la loi, les exégètes font appel à une autre autorité qu'à la sienne. Partant du principe que quand le législateur n'a pas expressément abordé un problème, c'est qu'il s'en est référé à la solution antérieurement consacrée en la matière, ils ont foi dans la solution historique qui se traduit particulièrement par la grande audience accordée aux opinions de Pothier auquel ils vouent un culte superstitieux ⁽⁹⁴⁾.

Cependant, les commentateurs n'en restent pas moins désireux d'apprécier les changements que le Code s'est donné pour tâche de réaliser. Les premiers interprètes s'appliquent à pénétrer le sens des articles qu'ils suivent pas à pas, afin de mieux saisir la pensée du législateur et d'en fixer la portée exacte; les jurisconsultes nés avec le Code Civil, tout en se défendant d'introduire dans la législation des éléments nouveaux pris en dehors des formules légales, s'efforcent de faire produire à la volonté du législateur son maximum d'action. Ce faisant, la doctrine érige en système les caractères du droit de propriété.

Conçue par le Code Civil comme un droit individuel, la propriété est une puissance sur la chose conférée à un individu, et cette propriété individuelle est le droit le plus étendu qu'il puisse avoir sur les choses corporelles, d'autant qu'aux termes de l'article 546, « la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement ». Le législateur napoléonien établit ainsi un droit subjectif absolu ⁽⁹⁶⁾, dont les exégètes interprètent l'absolutisme, qu'ils complètent par l'exclusivisme voire la perpétuité.

charge envers des tiers... Le domaine est imparfait lorsque la chose... est grevée de quelques droits réels envers des tiers ».

⁽⁹⁵⁾ *Traité du droit de domaine de propriété*, ed. Dupin, Paris, 1825, t. 8, 1ère partie, ch. 1er, n° 8, p. 116: « Une propriété est pleine et parfaite, lorsque... la chose n'est pas chargée de droits réels envers d'autres personnes que le propriétaire. Au contraire, elle est imparfaite, lorsque l'héritage est chargé de droits réels envers d'autres que le propriétaire ». L'idée d'« imperfection du droit » sera reprise par DEMOLOMBE et expressément rattachée à Pothier (*op. cit.*, t. 9, n° 548, p. 489).

⁽⁹⁴⁾ BONNECASE(J.), *L'Ecole de l'Exégèse*, *op. cit.*, p. 143-144 et p. 144-145, n. 1.

⁽⁹⁵⁾ ARNAUD (A.J.), *Les origines doctrinales du Code Civil*, *op. cit.*, p. 189-192.

Tout d'abord, les commentateurs du Code Civil ne manquent pas, au moment de l'apogée de l'individualisme, d'interpréter le caractère « absolu » de la propriété dans le sens d'un pouvoir sans limites, si bien qu'ils analysent la propriété comme un droit illimité, non seulement dans ses prérogatives, mais aussi en volume.

Quant à ses prérogatives, la propriété, aux termes de l'article 544, est le « droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Cette formule légale ⁽⁹⁶⁾, que certains commentateurs se sont préoccupés de rattacher au droit romain ⁽⁹⁷⁾, est une permission accordée au propriétaire de tout faire, sauf ce qui lui est défendu ⁽⁹⁸⁾. Très vite, les tenants de l'Ecole de l'Exégèse interprètent le caractère « absolu » dans le sens d'une illimitation de principe des droits du propriétaire ⁽⁹⁹⁾, à tel point que des auteurs emploient les expressions les plus excessives. Selon Marcadé ⁽¹⁰⁰⁾, le propriétaire est « maître et seigneur de sa chose », il a « sur elle une omnipotence absolue,

⁽⁹⁶⁾ Voy. à son sujet les remarques de DE VAREILLES-SOMMIERES: « L'article 544 commence par dire que la propriété est un pouvoir absolu, ce qui signifie apparemment un pouvoir sans limites... Puis il contredit cette première affirmation en disant que ce pouvoir sans limites est néanmoins restreint par les lois et les règlements » (*La définition et la notion juridique de la propriété*, dans *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1905, p. 477); et comp. avec les réflexions d'ARNAUD: « Contrairement aux apparences, il n'y a pas là, en fait, de contradiction. Certes, la propriété, antérieure à l'Etat, est absolue. Mais, les individus ayant convenu de former une société, toute loi est une émanation de leur consentement, une expression de leur volonté. Aussi la restriction est-elle légitime » (*Les origines doctrinales du Code Civil*, op. cit., p. 193).

⁽⁹⁷⁾ MALEVILLE, *op. cit.*, t. 2, p. 29: « Cet article est la traduction de la définition que les lois romaines donnent de la propriété. *Dominium*, dit la loi 21, *Cod. mandati*, est *jus utendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur* ». Voy. sur l'origine de l'article 544, « qui ne nous vient pas du droit romain », ARNAUD (A.J.), *Les origines doctrinales du Code Civil*, op. cit., p. 179-195.

⁽⁹⁸⁾ TOULLIER, *op. cit.*, t. 3, n° 85, p. 71: « L'exercice du droit de propriété consiste dans tous les actes qui sont permis au propriétaire, ou plutôt, qui ne lui sont pas défendus, car tout ce qui ne lui est pas défendu par une loi formelle, lui est permis ».

⁽⁹⁹⁾ Voy. p. ex. AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1ère ed., t. 1, § 194, p. 393: « Le droit de propriété est de sa nature illimité ».

⁽¹⁰⁰⁾ *Op. cit.*, 2ème ed., t. 2, p. 438.

un despotisme entier » et Demolombe ⁽¹⁰¹⁾ lui fait écho quand il écrit: « Droit absolu, la propriété confère au maître sur sa chose un pouvoir souverain, un despotisme complet ». L'absolutisme du droit de propriété se traduit donc, quant aux pouvoirs qu'il confère, par son totalitarisme et sa souveraineté. Il implique le droit d'user de la chose et le droit d'en percevoir les fruits, attributs que le législateur a confondu dans une seule expression parce qu'ils ne sont presque jamais séparables ⁽¹⁰²⁾. Il renferme aussi le droit de disposer, ce qui permet au propriétaire, matériellement, de dénaturer sa chose, de la détruire, d'y renoncer ou de l'abandonner, et, juridiquement, de passer tous les actes susceptibles de restreindre, décomposer ou même anéantir son droit ⁽¹⁰³⁾. Cette libre disposition des biens entre les mains du propriétaire est un attribut si essentiel du droit de propriété que la prohibition d'aliéner ne peut être insérée dans un quelconque acte juridique ⁽¹⁰⁴⁾.

Souverain sur sa chose, le propriétaire est de plus irresponsable ⁽¹⁰⁵⁾; les deux notions de souveraineté et d'irresponsabilité

⁽¹⁰¹⁾ *Op. cit.*, t. 9, n° 543, p. 485.

⁽¹⁰²⁾ MARCADE, *op. cit.*, 2ème ed., t. 2, p. 439-440; DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 543, p. 485-486; DEMANTE, *op. cit.*, t. 2, n° 379 bis, p. 449; MOURLON, *op. cit.*, 7ème ed., t. 1, n° 1440, p. 687-688; DU CAURROY, *op. cit.*, t. 2, n° 73, p. 49; LAURENT, *op. cit.*, t. 6, n° 100, p. 133-134; VALETTE, *op. cit.*, p. 103 et *eod. loc.*, n. 2; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 204, p. 153.

⁽¹⁰³⁾ TOULLIER, *op. cit.*, t. 3, n° 86, 87, 88 et 89, p. 71-73; DELVINCOURT, *op. cit.*, t. 1, p. 148 et p. 526; DURANTON, *op. cit.*, 2ème ed., t. 4, n° 260, p. 211; AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1ère ed., t. 1, § 195, p. 396-400; 4ème ed., t. 2, § 191, p. 175-176; DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 544, p. 486-487; MOURLON, *op. cit.*, 7ème ed., t. 1, n° 1439, p. 687; DU CAURROY, *op. cit.*, t. 2, n° 72, p. 48; LAURENT, *op. cit.*, t. 6, n° 101, p. 134-135; VALETTE, *op. cit.*, p. 103; HUC, *op. cit.*, t. 4, n° 76, p. 102; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 204, p. 153.

⁽¹⁰⁴⁾ AUBRY et RAU, *op. cit.*, 4ème ed., t. 2, § 191, p. 176; « La faculté d'aliéner est d'ordre public. Le propriétaire ne peut en principe, y renoncer par convention ». Voy. également LAURENT, *op. cit.*, t. 6, n° 103, p. 136-137; HUC, *op. cit.*, t. 4, n° 77, p. 102-103; BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, t. 1, n° 1063, p. 684; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 206, p. 154.

⁽¹⁰⁵⁾ Voy. p. ex. MOURLON, *op. cit.*, 7ème ed., t. 1, n° 1457, p. 686; « Le propriétaire peut tout ce qui lui plaît; il use et il dispose de sa chose comme bon lui semble; il en est le maître absolu. S'il en use mal, s'il tient ses champs en jachère, s'il laisse périr ses bâtiments, s'il détruit, sans profit pour lui-même, des choses qui pourraient être utiles à d'autres, il engage sa conscience devant Dieu, sans engager sa responsabilité devant la loi ».

sont interdépendantes. Les exégètes considèrent que le propriétaire n'est pas responsable des conséquences de ses actes, à condition toutefois qu'il n'y ait pas lésion du droit d'autrui ⁽¹⁰⁶⁾. Partant, « le propriétaire ... peut accomplir sur sa chose les actes qu'il lui plaît, alors même que ces actes seraient de nature à léser les intérêts d'autrui » ⁽¹⁰⁷⁾.

Le droit de propriété engendre donc bien, pour les exégètes, une illimitation de principe des pouvoirs du propriétaire. Est-il également sans limites dans l'espace lorsqu'il s'agit d'un immeuble?

Aux yeux de la loi, la propriété immobilière ne se réduit pas à une simple surface déterminée et donc limitée par ses confins, puisque, selon l'article 552 du Code Civil, elle emporte « la propriété du dessus et du dessous ». Mais ce texte, qui reconnaît que le droit de propriété comporte nécessairement une certaine am-

⁽¹⁰⁶⁾ PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, op. cit., t. 2, n° 639, p. 215; MARCADE, op. cit., 2ème ed., t. 2, p. 667; DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. 12, *Traité des servitudes ou services fonciers*, Paris, 1855, t. 2, n° 646, p. 131-132 et n° 653, p. 142-148; AUBRY et RAU, op. cit., 4ème ed., t. 2, § 194, p. 194-195 et 199; LAURENT, op. cit., t. 6, n° 137-138, p. 183-187; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, op. cit., n° 218 et 219, p. 161-164. Voy. sur les problèmes de rapports de voisinage, CAPITANT (R.), *Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 29, 1900, p. 156-187 et 228-249, notamment p. 228-231; RIPERT (G.), *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse Droit Aix, Paris, 1902, notamment p. 244-250; LEYAT (P.), *La responsabilité dans les rapports de voisinage*, thèse Droit Toulouse, Lyon, 1936, notamment p. 112-115.

⁽¹⁰⁷⁾ BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., Paris 1919, 12ème ed., t. 1, n° 1330, p. 653. Voy. à ce sujet ce qu'écrit LAURENT, op. cit., t. 6, n° 136, p. 183: « Le droit du propriétaire n'est limité que lorsqu'il est en conflit avec le droit égal d'un autre propriétaire. Il ne suffit donc pas qu'il cause un préjudice par l'exercice de son droit pour qu'il soit tenu de le réparer, il faut de plus qu'en exerçant son droit, il ait lésé le droit de son voisin. S'il ne lèse pas le droit de son voisin, bien qu'il lui nuise, il n'est tenu à aucune réparation ». Voy. aussi les précisions de BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, op. cit., n° 217, p. 161: « Tout propriétaire est limité dans l'exercice de son droit de propriété par la défense de ne porter aucune atteinte au droit égal du propriétaire voisin. Cette formule implique qu'il ne suffit pas d'une simple privation de jouissance causée au voisin, d'un préjudice quelconque, pour entraver l'exercice du droit de propriété ».

plitude (108), ne fixe pas la portée précise qu'il convient de lui attribuer. Les civilistes de l'Exégèse résolvent cette difficulté matérielle d'interprétation en considérant que la règle de l'article 552 n'est pas autre chose que la consécration de l'antique maxime, *cujus est solum, ejus est ad caelum usque ad inferos* (109). « Ainsi depuis la surface du sol en s'élevant jusqu'au ciel, s'il était possible d'y atteindre, tout appartient au propriétaire », écrit Toullier (110), et d'ajouter plus loin, « la propriété du sol emportant celle du dessous, il en résulte que, depuis la surface jusqu'au centre de la terre, s'il était possible d'y pénétrer, tout appartient au propriétaire » (111). Cette conception d'une propriété qui rayonne jusqu'à l'infini des espaces sidéraux et jusqu'aux profondeurs les plus lointaines du tréfonds, trouve asile auprès des autres jurisconsultes (112), et c'est notamment la raison pour laquelle le droit du propriétaire du sol sur les mines qu'il renferme ne saurait être contesté (113), et ne peut être modifié que par un acte de concession (114).

(108) Voy. les commentaires de TAULIER, *op. cit.*, p. 108: « La propriété qui ne s'élèverait pas au-dessus de la surface du sol ou qui ne pénétrerait pas au-delà de la profondeur d'un sillon serait incomplète et illogique »; de DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 643, p. 589: « Le sol ne se pourrait pas même concevoir séparé, d'une manière absolue, du dessus et du dessous; car il ne serait alors qu'une espèce de surface géométrique sans aucune épaisseur; il ne serait qu'une abstraction! »; de MARCADE, *op. cit.*, 2ème ed., t. 2, p. 451.

(109) Voy. sur cette maxime BROUILLAUD (P.), *Des limites du droit de propriété en hauteur et en profondeur*, thèse Droit, Bordeaux, 1926, p. 25-39.

(110) *Op. cit.*, t. 3, n° 122, p. 100.

(111) *Ibid.*, n° 147, p. 125.

(112) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 4ème, ed. t. 2, § 192, p. 180; LAURENT, *op. cit.*, t. 6, n° 245, p. 323; VALETTE, *op. cit.*, p. 141 et *eod. loc.*, n. 1; HUC, *op. cit.*, t. 4, n° 127, p. 162-163 et n° 128, p. 164; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 332, p. 231 et n° 337, p. 234.

(113) DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 645, p. 590-593 et n° 647, p. 594-596; DU CAURROY, *op. cit.*, t. 2, n° 104, p. 65 et n° 106, p. 67; AUBRY et RAU, *op. cit.*, 4ème ed., t. 2, § 192, p. 180, et § 223 p. 445; LAURENT, *op. cit.*, t. 6, n° 247, p. 324-327; HUC, *op. cit.*, t. 4, n° 131, p. 168; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 333, p. 231-232.

(114) AUBRY et RAU, *op. cit.*, 4ème ed., t. 2, § 223, p. 445: « La concession d'une mine, régulièrement faite par le gouvernement, a pour effet d'en séparer la propriété de celle de la surface, et d'en former un nouvel immeuble corporel, distinct du surplus du fonds »; LAURENT, *op. cit.*, t. 6, n° 247, p. 326: « Du mo-

Il convient cependant de noter que deux auteurs, qui admettent le principe de l'illimitation de la propriété du sol dans les deux sens, sont quelque peu embarrassés pour interpréter la situation juridique du dessus. Ainsi Proudhon, qui reconnaît que l'espace aérien appartient au propriétaire du fonds jusqu'à une « hauteur indéfinie » ⁽¹¹⁵⁾, n'a-t-il pas précisé antérieurement dans son commentaire que « le droit de propriété ne doit s'appliquer... qu'à l'espace aérien qui peut comporter quelque utilité réelle pour le fonds de surface: car, en étendant cet espace à une hauteur infinie ou jusqu'aux astres, il est bien certain que, dans cette partie supérieure, il n'est la propriété d'aucune créature humaine » ⁽¹¹⁶⁾? Et Demolombe n'écrit-il pas que « raisonnablement » le dessus ne peut être « considéré comme une dépendance du sol que jusqu'à une certaine hauteur, au delà de laquelle on entre dans l'immense espace de l'atmosphère libre » ⁽¹¹⁷⁾? Mais ce ne sont là que de simples réserves, qui n'attendent pas au principe général de l'illimitation de la propriété immobilière en profondeur et en hauteur, qui n'altèrent pas les conséquences extrêmes du caractère absolu du droit de propriété.

ment qu'il y a un acte de concession, la mine est séparée du fonds et forme une propriété distincte»; DU CAURROY, *op. cit.*, t. 2, n° 106, p. 67: « ... Lors même qu'elle est concédée au propriétaire du sol, la mine forme une propriété nouvelle, essentiellement distincte de la propriété de la surface »; DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 649, p. 597: « La mine, une fois concédée, soit à un autre qu'au propriétaire de la chose, soit même à celui-ci, forme dans tous les cas, une propriété nouvelle, distincte et indépendante de la propriété de la surface »; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVÉAU, *op. cit.*, n° 334, p. 232-233: « La mine, une fois concédée soit au propriétaire, soit à tout autre, forme une propriété immobilière distincte du sol, et susceptible à ce titre d'être aliénée, hypothéquée ou saisie séparément ». Ces auteurs ne font par là que préciser l'idée dominante le régime des mines établi par la loi du 21 avril 1810, qui est la création d'une propriété nouvelle, distincte de la propriété de la surface et indépendante de cette propriété (Voy. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, 1854, v° Mines, p. 618, 21 avril 1810. Loi concernant les mines, les minières et les carrières, Tit. 2, art. 7; Tit. 3, Sect. 2, arts. 17, 18, 19, 20, 21).

⁽¹¹⁵⁾ *Op. cit.*, t. 2, n° 690, p. 288.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid.*, n° 689, p. 287.

⁽¹¹⁷⁾ *Op. cit.*, t. 9, n° 645, p. 590.

Mais précisément parce qu'il est absolu, les exégètes n'hésitent pas à dépasser la définition de l'article 544, et à mettre en lumière l'exclusivisme qu'elle laisse dans l'ombre. Dès 1811, le jurisconsulte Toullier écrit que le propriétaire a le droit d'« exclusion »⁽¹¹⁸⁾. Cette notion, reprise postérieurement par d'autres commentateurs⁽¹¹⁹⁾, n'est qu'une manière supplémentaire de traduire l'absolutisme du droit de propriété quant à son titulaire, ce qui conduit certains civilistes à unir dans une même formulation ces deux caractères⁽¹²⁰⁾. N'ayant rien à supporter de quiconque, le propriétaire est seul à pouvoir exercer sur sa chose les attributs que son droit comporte; il peut donc empêcher qu'un tiers s'en serve, même s'il n'en résulte aucun préjudice pour lui, comme repousser toute entreprise ou tout empiètement⁽¹²¹⁾. Et si la pro-

⁽¹¹⁸⁾ *Op. cit.*, t. 3, n° 85, p. 71.

⁽¹¹⁹⁾ DURANTON, *op. cit.*, 2ème ed., t. 4, n° 260, p. 211 et n° 262, p. 212; PROUDHON, *Traité du domaine public*, *op. cit.*, t. 1, n° 30, p. 31 et n° 46, p. 62; AUBRY et RAU, *op. cit.*, 1ère ed., t. 1, § 194, p. 394; MOURLON, *op. cit.*, 7ème ed., t. 1, n° 1433, p. 684; LAURENT, *op. cit.*, t. 6, n° 102, p. 135-136; VALETTE, *op. cit.*, p. 103.

⁽¹²⁰⁾ C'est le cas d'AUBRY et RAU qui, dans la première édition de leur ouvrage, énoncent les caractères « absolu » et « exclusif » séparément pour ensuite les réunir (*op. cit.*, t. 1, § 194, p. 393, 1°; « Le droit de propriété est de sa nature illimité »; p. 394, 2°; « Cet empire illimité appartient au propriétaire à l'exclusion de tous autres »; 3°; « Il existe de plein droit: celui qui réclame sur la chose d'autrui un droit quelconque, doit en prouver l'existence; jusque là le propriétaire est légalement considéré comme investi d'un droit illimité et exclusif ». Dans la 4ème édition, les deux caractères sont résolument accolés dans une définition (*op. cit.*, t. 2, § 190, p. 170: « La propriété... peut se définir, le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une manière absolue exclusive, à la volonté et à l'action d'une personne »). Voy. également DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 542, p. 485: « Cette définition (de l'article 544) nous signale, dans le droit de propriété, deux caractères essentiels...; et il en résulte: 1° qu'il est absolu; 2° qu'il est exclusif »; n° 550, p. 491: « Le droit de propriété, en effet, ne serait pas absolu, s'il n'était pas exclusif, et s'il pouvait être entravé ou diminué par le fait d'un tiers. Sous ce rapport, on peut dire que ces deux caractères essentiels de la propriété, d'être absolue et exclusive, se tiennent de très près, et se confondent en quelque sorte ». Voy. aussi le *Précis de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE, (t. 1, n° 1062, p. 683) et le *Traité théorique et pratique de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUBEAU (n° 199, p. 149-150), qui reprennent la définition d'AUBRY et RAU.

⁽¹²¹⁾ TOULLIER, *op. cit.*, t. 3, n° 86, p. 72; AUBRY et RAU, *op. cit.*, 4ème ed., t. 2, § 190, p. 170 et § 191, p. 177; MOURLON, *op. cit.*, 7ème ed., t. 1, n° 1433,

priété d'une même chose peut appartenir à plusieurs personnes en commun, chacune étant copropriétaire pour partie, elle ne peut, au contraire, appartenir pour le tout à plusieurs individus; un droit de propriété ne saurait compéter en totalité à deux titulaires (122).

Cette notion d'exclusivisme, les conséquences qu'elle engendre, ne sont pas pour autant des nouveautés juridiques forgées de toute pièce par les exégètes, car, dans le désir d'interpréter la volonté présumée du législateur, nous retrouvons l'appel aux précédents historiques, qui se traduit encore par l'importance reconnue aux opinions de Pothier (123).

p. 684; DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 550, p. 491; LAURENT, *op. cit.*, t. 6, n° 102, p. 135-136; BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, t. 1, n° 1062, p. 683; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 201, p. 151.

(122) DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 9, n° 551, p. 491: «Voilà pourquoi deux personnes ne peuvent pas avoir en même temps, chacune pour le tout, la propriété de la même chose... Le droit de propriété, sous ce rapport, *jus in re*, diffère profondément du droit de créance, *jus ad rem*; car... rien ne s'oppose à ce qu'une même chose soit due en même temps à plusieurs personnes, pour le tout, *in solidum*, solidairement (art. 1197 et suiv.)»; BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, t. 1, n° 1062, p. 683-684: «Il en résulte que la propriété d'une même chose ne peut pas appartenir pour le tout à deux personnes différentes, *Duorum in solidum dominium esse non potest...* Il existe à ce point de vue une différence remarquable entre le droit de propriété et le droit de créance. Ce dernier peut appartenir solidairement, c'est à dire pour le tout, à plusieurs personnes (voy. art. 1197 et s.)»; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *op. cit.*, n° 201, p. 151: «Ce principe ne s'oppose pas à ce que le droit de propriété d'une même chose soit réparti entre plusieurs. Ainsi l'un peut avoir la propriété d'un terrain et d'une maison sise sur ce terrain et un autre la propriété d'un souterrain creusé sous cette maison (art. 553); la propriété du tréfonds peut appartenir à l'un et la superficie à l'autre; les divers étages d'une maison peuvent appartenir à des personnes différentes (art. 664) ... Dans tous ces cas, nous avons, non plusieurs copropriétaires ayant sur la chose un droit de même nature, mais bien plusieurs propriétaires ayant des droits différents, et par suite aucun ne peut demander le partage, à la différence de ce qui a lieu entre copropriétaires (art. 815)».

(123) *Traité du droit de domaine de propriété*, ed Dupin, Paris, 1825, t. 8, 1ère partie, ch. 1er, n° 4, p. 114: «Le domaine de propriété est ainsi appelé, parce que c'est le droit par lequel une chose m'est propre, et m'appartient privativement à tous autres»; n° 5, p. 114: «Ce droit... comprend 5° Le droit d'empêcher tous autres de s'en servir»; n° 16, p. 119: «Le droit de propriété étant... le droit par lequel une chose nous appartient privativement à tous autres, il est de l'essence de ce droit que deux personnes ne puissent avoir, chacune pour le total, le do-

C'est également chez cet auteur que les commentateurs rencontrent l'idée qu'« une propriété est pleine et parfaite lorsqu'elle est perpétuelle » (124). Cependant, il convient de remarquer que ce caractère de perpétuité, qui n'est pas consacré de façon formelle par le Code, peut sans difficulté être déduit du caractère absolu reconnu expressément à la propriété. Sa perpétuité est une conséquence inévitable de son absolutisme; plus exactement, elle est cet absolutisme considéré par rapport au temps, et c'est dans ce sens que Laurent écrit: « Bien que la loi ne le dise pas, cela est admis par tout le monde, parce que cela résulte du pouvoir absolu qu'a le propriétaire de disposer de la chose, droit qui ne se concevrait pas si la propriété était temporaire » (125).

Et cette notion de perpétuité, qui n'est pas mentionnée en termes exprès par tous les exégètes, peut revêtir une double signification. Ainsi Toullier (126), qui écrit: « Le droit de propriété subsiste indépendamment de l'exercice qu'on en peut faire. On n'est pas moins propriétaire, quoiqu'on ne fasse aucun acte de propriété », montre que l'existence du droit est indépendante de son exercice, et qu'il ne peut pas se perdre par le non-usage, tandis que Demolombe (127), quelques années plus tard, en citant un arrêt de la Cour de Cassation qui déclare « *qu'il ne saurait être borné par le temps* », révèle qu'aucune durée n'est assignée au droit de propriété. S'identifiant avec la chose sur laquelle il porte (128), il dure autant que son objet.

En fin de compte, si l'individualisme qui inspirait le Code Civil était loin d'être intransigeant, puisque dans l'article 544 ses rédacteurs inscrivait une réserve importante concernant

maine de propriété d'une même chose... La raison est, que *propre et commun* sont les contradictoires ». Il convient de remarquer que DEMOLOMBE fait expressément référence à Pothier en citant la dernière phrase de cet auteur (*op. cit.*, t. 9, n° 551, p. 492), ainsi que le *Précis de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE (t. 1, n° 1062, p. 684), et le *Traité théorique et pratique de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU (n° 201, p. 151).

(124) *Op. cit.*, et *loc. cit.*, n° 8, p. 116.

(125) *Op. cit.*, t. 6, n° 104, p. 139-140.

(126) *Op. cit.*, t. 3, n° 82, p. 69.

(127) *Op. cit.*, t. 9, n° 546, p. 488.

(128) *Voy. supra*, n. 90.

l'usage prohibé par les lois et les règlements, puisque l'article 545 ouvrait la voie à l'expropriation pour cause d'utilité publique, ce sont les civilistes de l'Exégèse qui l'ont poussé à l'excès en exaltant le droit de propriété individuelle. Demolombe, le « prince de l'exégèse » (129), n'écrit-il pas: « Tout cet ordre de dispositions ne constitue pas... des restrictions à la liberté de la propriété en France; ...elles forment... le régime commun et normal du droit de propriété, considéré dans la plénitude de sa liberté » (130)? Au nom de cette liberté, au nom de l'individualisme, la souveraineté absolue du propriétaire prend au sein de l'Ecole le caractère d'un dogme social et moral, et en rivant le droit positif à la loi et à l'intention du législateur, ses représentants l'immobilisent nécessairement. Certes, au lendemain de la codification, cet esprit de légalité est adapté aux besoins de la vie qui sont précisément ceux que vient de satisfaire le législateur, mais la révolution industrielle et les changements sociaux qu'elle provoque ne tardent pas à le prendre en défaut en posant des problèmes nouveaux. La loi, conçue comme un dogme immuable, infaillible et suffisant, condamne le droit à être l'antithèse du progrès en faisant subir à la société nouvelle des dispositions prises pour un état social antérieur, parfois à la Révolution française, puisque, selon l'Ecole, le codificateur, à défaut de volonté expresse, est censé avoir tacitement fait siennes les solutions de Pothier.

Ainsi, imprégnés d'individualisme, privés d'initiative, serviteurs de la loi, les exégètes oublient la portée sociale du droit de propriété (131), et mutilent la réalité à force de la systématiser, voire de la simplifier. Ne connaissant que l'individu isolé, ils en font un souverain titulaire de droits sans limites, alors que la réalité n'est plus l'homme seul, mais les hommes unis entre eux, dans l'espace et dans le temps. C'est pourquoi, la Jurisprudence, qui n'est aux yeux des tenants de l'Ecole que l'instrument passif de la volonté législative, s'efforce, dès le milieu du XIXème siècle, de se dégager de l'étreinte des conceptions juridiques étroites et rigoureuses qui ont guidé le législateur de 1804, en établissant

(129) BONNECASE (J.), *L'Ecole de l'Exégèse*, op. cit., p. 95.

(130) *Op. cit.*, t. 9, n° 555, p. 494.

(131) BONNECASE (J.), *L'Ecole de l'Exégèse*, op. cit., p. 230.

des limitations à l'omnipotence jugée excessive du propriétaire sur son bien. Dans le désir de consacrer la revanche de l'équité sociale contre les rigueurs du droit strict, les tribunaux développent, sur le terrain de l'article 1382, toute une théorie nouvelle qui, sous le nom d'abus de droit, reconnaît implicitement les devoirs sociaux de la propriété ⁽¹³²⁾. Cette jurisprudence reflète une conception nouvelle des relations humaines, ne validant les actes individuels que dans la mesure où ils s'adaptent à la vie collective.

Sous la pression des faits économiques, sous l'influence des idées philosophiques et morales, les juges, nécessairement influencés par les conceptions changeantes du milieu social, font subir à l'esprit des textes des déformations remarquables; la jurisprudence n'arrive-t-elle pas à valider les clauses d'inaliénabilité temporaire et relative ⁽¹³³⁾ qui contribuent, pour certains exégètes, à défigurer le droit de propriété individuelle ⁽¹³⁴⁾?

En vérité, les commentateurs du Code au XIX^{ème} siècle, qui se nourrissent de déductions de textes et de combinaisons entre des textes sans lien avec la réalité historique ou la réalité sociale, sans contact étroit avec les faits, oublient que, lié à des institutions sociales changeantes, le droit de propriété évolue constamment. Il évolue avec les croyances morales et religieuses, avec l'organisation de l'Etat, avec le régime de la production et des échanges, si bien qu'au cours du XIX^{ème} siècle la fortune mobilière connaît un accroissement considérable, et que le développement des personnes morales, notamment des sociétés, dilue la notion de propriété ⁽¹³⁵⁾. Dans le même temps, la législation de-

⁽¹³²⁾ CAPITANT (H.), *Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage au voisin*, *Etude de Jurisprudence*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 29, 1900, p. 156-187 et 228-249; RIPERT (G.), *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, thèse Droit Aix, Paris, 1902; APPERT (G.), *Des droits du propriétaire vis-à-vis de ses voisins*, dans *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1906, p. 71-84; COSTE-FLORET (P.), *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code Civil et depuis le Code Civil*, thèse Droit Montpellier, Paris, 1935, p. 90 et s.; MORIN (G.), *La révolte du droit contre le Code*, Paris, 1945, p. 84-85.

⁽¹³³⁾ CHERON (A.), *La Jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, sa logique, ses limites*, dans *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1906, p. 339-365.

⁽¹³⁴⁾ LAURENT, *op. cit.*, Bruxelles, Paris, 1874, t. II, n^o 460 et s., p. 601 et s.; HUC, *op. cit.*, t. 4, n^o 79, p. 105-106.

vient plus abondante et par là même plus nombreuses les obligations imposées au propriétaire, à tel point que face aux générations qui ont appliqué le Code au XIX^{ème} siècle en accentuant son caractère individualiste, face à la propriété-droit subjectif, s'élève, dès 1905, la doctrine de la propriété-fonction sociale ⁽¹³⁶⁾. La conception individualiste extrême telle qu'elle existe dans l'Ecole de l'Exégèse, n'a pas résisté à l'expansion industrielle, et ses tenants, liés par « le fétichisme de la loi écrite et codifiée » ⁽¹³⁷⁾, si attachés à découvrir dans les travaux préparatoires l'intention du législateur, ont négligé l'affirmation de Portalis pour qui il existait « une foule de choses » qui devaient être « nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges » ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁶⁾ ROUAST (A.), *L'évolution du droit de propriété*, dans *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, t. I, 1945, Paris, 1946, p. 45-72; MORIN (G.), *Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété*, dans *Le droit privé français au milieu du XX^{ème} siècle; Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, 1950, t. 2, p. 4-16; LEPOINTE (G.), *Le concept de la propriété dans le Code Civil: ses origines et son évolution durant le XIX^{ème} siècle*, dans *Etudes de droit contemporain*, op. cit., p. 106-109.

⁽¹³⁷⁾ DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912 (1^{ère} ed.) et 1920 (2^{ème} ed.). Sur cette théorie de Duguit, voy. MORIN (G.), *L'oeuvre de Duguit et le droit privé*, dans *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, p. 153-162; MESTRE (A.), *Remarques sur la notion de propriété d'après Duguit*, dans *ibid.*, p. 163-173; COSTE-FLORET (P.), op. cit., p. 65-74; LEVY (J.Ph.), *Histoire de la propriété*, p. 104-105.

⁽¹³⁷⁾ GENY (F.), *Méthode d'interprétation*, op. cit., p. 61.

⁽¹³⁸⁾ *Discours préliminaire du projet de Code Civil de la Commission*, dans LOCRE, op. cit., Paris, 1827, t. I, p. 258.

MASSIMO BRUTTI

L'INTUIZIONE DELLA PROPRIETÀ NEL SISTEMA DI SAVIGNY

1. Il problema della proprietà e delle sue forme, già toccato più volte da Savigny fin dalla ricerca giovanile sul possesso, trova nel *Sistema del diritto romano attuale* un'impostazione nuova ⁽¹⁾.

Le definizioni e l'analisi dei rapporti di appartenenza, sia nelle opere anteriori sia nel *Sistema*, investono un duplice campo d'indagine: da un lato i modelli romanistici, alla cui conoscenza è necessario lo studio spregiudicato delle fonti; dall'altro la pratica giuridica, che precede ed accompagna in Germania la recezione del diritto romano, delineando figure di diritti reali limitati, non

(1) Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1840-49 (in otto volumi), traduzione it. di V. Scialoja, Torino 1886-96, che ho tenuto presente nel corso della mia indagine, ma dalla quale spesso mi allontano. Della vasta letteratura su Savigny, si ricordino G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*. I. *Individualismo e diritto privato* (1911), Torino 1940, e dello stesso autore il II volume, *Storicismo e diritto privato*, Torino 1940; D. STRAUCH, *Recht, Gesetz und Staat bei Fr. C. von Savigny* ², Bonn 1963; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano* ², Torino 1963, passim e spec. pp. 204-227; E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte* ⁴, Tübingen 1963, pp. 467-542; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, in *Collegium Philosophicum, Studien J. Ritter*, Basel-Stuttgart 1965, pp. 9-36; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* ², Göttingen 1967, pp. 381-99; P. CARONI, *Savignys 'Beruf' und die heutige Krise der Kodifikation*, in *TR*, 39, 1971, pp. 451-76; G. PUGLIESE, *I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *RISG*, III, 17, 1973, p. 89 ss.; A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema* ², Napoli 1976; M. BRENONE, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, in *Dottrine storiche del diritto privato. Materiali per una storia della cultura giuridica*, 6, 1976, p. 187 ss., spec. p. 204 s.

pienamente disponibili, diversi per struttura e funzione dallo schema univoco ed assoluto del *dominium*. Le pagine che seguono mostreranno come Savigny cerchi di ricomporre questo dualismo puntando, specie nella maturità, alla *reductio ad unum* dei modi di appropriazione delle cose e delle forme di potere sui beni economici, oltre la pluralità delle regole positive.

La ricerca sul possesso ⁽²⁾, che già assumeva la diacronia come una prospettiva (ma non l'unica) per l'analisi del concetto moderno, metteva in luce una discontinuità nella storia dei diritti reali, dal mondo romano alle esperienze moderne, facendola coincidere con la costituzione della chiesa cristiana e degli stati europei. Da questo processo, che è poi la formazione della società feudale, sarebbero sorti diritti — scriveva Savigny — connessi alla detenzione e al godimento del suolo, spettanti anche ai singoli, ma simili per certi versi ai poteri sovrani dello stato (come nella giurisdizione esercitata dal proprietario sui contadini che coltivano le sue terre) ⁽³⁾.

⁽²⁾ Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, I ed., Giessen 1803; seguono altre edizioni, nel 1806, nel 1818, nel 1822 (con essenziali mutamenti ed aggiunte quest'ultima); ed ancora nel 1826, nel 1836; infine nel 1864, dopo la morte dell'autore, a cura e con un'appendice, sulla dottrina più recente, di A. F. Rudorff; rist. Darmstadt 1967. Di quest'ultima edizione si ha una traduzione francese: *Traité de la possession*, a cura di H. Staedtler, Paris 1879³.

⁽³⁾ Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes* ¹, cit., p. 504 s. Si muove dalla considerazione che tutta la teoria del possesso è fondata sulla protezione dell'esercizio della proprietà e degli *iura in re*. Sullo sfondo di questa dottrina assume rilevanza la nascita storica di diritti nuovi. « ... Allein durch die Verfassung der christlichen Kirche und der europäischen Staaten sind Rechte erzeugt und mit dem Besitz und Genuss des *Bodens* verbunden worden, welche die Römer nicht kannten, theils als eigene Rechte der Einzelnen zu betrachten sehr entfernt waren. So hängt die Ausübung der bischöflichen Gewalt von dem Besitz der bischöflichen Kirche und ihrer Güter ab, und ein ähnliches Verhältniss der Staatsgewalt oder einzelner Zweige derselben zeigt sich bei der Landeshoheit der Fürsten, wie bei der Jurisdiction der Güterbesitzer. Eben so verhält es sich endlich mit den aus dem Deutschen Rechte herrührenden Reallasten, wie Grundzinsen, Zehnten und Frohnden. Bei allen diesen Rechten ist ein ähnlicher Schutz der blossen Ausübung denkbar, wie bei dem *Eigenthum*... ». L'analogia investe la tutela del possesso, e dell'esercizio fattuale di diritti che hanno un'autonomia strutturale rispetto al *dominium*. Sotto il profilo del possesso è facile pensare

La consapevolezza di questa vicenda storica e della originalità delle sue movenze, che creano nuovi rapporti reali, non direttamente riducibili alle fonti romane, si esprime in forme più complesse nel *Sistema*. Qui manca l'immediata considerazione della discontinuità, ma domina una storia ideale, ove il sapere pone le condizioni del mutamento, scrutandone nel passato (verso il quale anche il presente si volge) la giustificazione ed i limiti.

L'inquadramento concettuale della proprietà nel *Sistema* è strettamente condizionato dal progetto che Savigny delinea in quest'opera: costruire gli schemi scientifici più idonei alla lettura dei rapporti giuridici e capaci di cogliere tali rapporti nella loro organicità, figurandoseli come comprensivi delle regole che li disciplinano, ma non risolti nel dato legislativo. I concetti non devono tradire la ricchezza della vita reale. Essi unificano i dati dell'esperienza; quindi la loro funzione è vincere e superare l'astrattezza del particolare: riabbracciare nella teoria i ragionamenti della pratica.

Si può dire che la scienza savigniana, di fronte all'esperienza concreta rappresentata dai casi, ed alla necessità di una scomposizione dei lati giuridicamente rilevanti di essi, proponga il sistema come fondamento dell'analisi, riconducendo ciascuno di questi lati al presupposto di un istituto e dell'insieme delle relazioni tra istituti.

Vediamo che già nei paragrafi iniziali del primo libro del *Sistema* l'indagine sul manifestarsi del diritto implica la definizione di una categoria inclusa e ricorrente nei rapporti posti ad oggetto di rappresentazione scientifica: la categoria del potere, come sfera di volontà privata, nella quale gran parte della dottrina identifica il diritto in senso soggettivo. Savigny però coglie l'astrattezza del diritto soggettivo e, sottolineata la parzialità del potere, pone il fondamento delle forme che questo assume in un quadro di relazioni più largo ed articolato.

« Se noi consideriamo il diritto come nella vita reale da ogni lato ci stringe e circonda, in esso prima di tutto appare il potere

la coesistenza e la compatibilità di condizioni giuridiche diverse. Vedremo poi che anche attraverso la categoria della *possessio iuris* Savigny tenta l'equazione tra possesso ed esercizio di qualsiasi diritto di disposizione sulle cose.

che spetta a ciascuna persona: una sfera nella quale la volontà di questa domina e domina con il nostro consenso. Siffatto potere noi lo chiamiamo *un diritto* di questa persona, nel significato di facoltà: molti lo chiamano diritto in senso soggettivo. Tale diritto si manifesta in modo più evidente soprattutto quando è messo in dubbio o contestato, sicché l'esistenza e l'estensione di esso vengano riconosciute da una sentenza giudiziale. Ma un più attento esame ci persuade che questa forma logica di una sentenza è soltanto il prodotto di un bisogno accidentale, e che essa non contiene tutta l'essenza della cosa, ma anzi ha bisogno di un fondamento più profondo. Questo si ritrova nel *rapporto giuridico*, del quale ogni singolo diritto rappresenta soltanto una faccia particolare, separata per astrazione dal tutto; cosicché il giudizio stesso circa il singolo diritto non può essere vero e convincente se non quando si basa sull'intuizione completa del rapporto giuridico... Questa costruzione vivente del rapporto giuridico in ogni singolo caso è l'elemento spirituale della pratica giuridica, e distingue la nobile vocazione di essa dal meccanismo che molti inesperti credono di riscontrarvi » (4).

Come la forma logica della sentenza presuppone l'intuizione completa del rapporto giuridico (5) (costruzione vivente), così il giudice è subordinato al giurista. Savigny attribuisce rilievo all'elemento spirituale della pratica e su di esso fonda il superamento della distinzione fra teoria e pratica: la possibilità di comprenderla nella teoria le discipline particolari.

Osserviamo per adesso che la qualificazione di ogni lato soggettivo del rapporto è subordinata alla visione dell'intero rapporto, così come la definizione della regola che qualifica il lato soggettivo sottostà a sua volta all'intuizione dell'istituto (6) di cui la regola medesima partecipa e che ritrova anch'esso solo nel sistema generale la propria organica natura. L'unione dei lati giuridici dell'esperienza dentro il quadro generale degli istituti precede la scomposizione dei casi. La scienza, del resto, non ha solo una

(4) F. C. VON SAVIGNY, *System*, cit., I, 1840, p. 7 s. (trad. it., I, 1886, p. 36 s.).

(5) F. C. VON SAVIGNY, *op. cit.*, p. 7: « es von der Gesamtschauung des Rechtsverhältnisses ausgeht ».

(6) *Op. cit.*, p. 9: « die Anschauung des Rechtsinstituts ». È equivalente il termine « visione », che ho usato immediatamente prima nel testo.

priorità logica, ma si candida alla supremazia politica nei confronti della giurisdizione. Ciò appare chiaramente nel nesso instaurato tra definizione giudiziale di singole sfere di volontà e comprensione completa del rapporto giuridico; ed ancora, al di là di questo (o a suo fondamento), nella complessiva armonia tra gli istituti, che la scienza possiede.

È sviluppata qui l'idea di un primato dei giuristi, che già Savigny aveva sostenuto nelle polemiche del 1814-15, con l'opera *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* ⁽⁷⁾. In quelle pagine aveva respinto la risoluzione del diritto nell'attività legislatrice dello stato e l'emancipazione dei giudici dal dominio della dottrina, quale contropartita della loro subordinazione alla legge scritta, che porta ad uguagliare meccanicamente i casi ⁽⁸⁾.

Eppure, tra istituti e rapporti vi è una distinzione di piani. Sul modo in cui questi piani diversi sono articolati si misura in definitiva la comprensività della scienza e trova una base razionale la sua autorevolezza ⁽⁹⁾. Sulla congiunzione tra organamento dei rapporti e degli istituti si gioca insomma la capacità della scienza di conservare la ricchezza della prassi, di rappresentare la società come vita comune di più uomini, nella forma dello

(7) La prima edizione esce ad Heidelberg nel 1814; ora in *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, herausgegeben u. eingeleitet von J. Stern, Berlin 1914, rist. Darmstadt 1959. La seconda edizione è del 1828; la terza del 1840 (poi ristampata nel '92). È molto difficile utilizzare la pessima traduzione di TEDESCHI, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza, opera di F. C. de Savigny, preceduta da una introduzione generale e da un discorso sugli scritti di lui e sulla scuola storica*, Verona 1857 (ricavo il nome del traduttore e prefatore, che non figura nella copia da me consultata, da V. SCIALOJA, *Prefazione generale del traduttore*, in F. C. VON SAVIGNY, *Systema*, I, cit., p. XLIX, nt. 1).

(8) F. C. VON SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 5: « Man verlangte neue Gesetzbücher, die durch ihre Vollständigkeit der Rechtspflege eine mechanische Sicherheit gewähren sollten, indem der Richter, alles eigenen Urtheils überhoben, blos auf die buchstabliche Anwendung beschränkt wäre: zugleich sollten sie sich aller historischen Eigenthümlichkeiten enthalten, und in reiner Abstraction für alle Völker und alle Zeiten gleiche Brauchbarkeit haben ».

(9) V. in proposito F. C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 88 (trad. it., p. 107).

stato ⁽¹⁰⁾, oltre l'immagine approssimativa delle regole. Secondo Savigny, l'astrattezza degli istituti in confronto ai rapporti è solo apparente e dipende dalla considerazione separata e individuale dei primi, che è necessaria per la scienza, ma che non può prescindere dall'intuizione della loro unità.

Qui mi sembra che l'analisi dei casi e delle regole leghi i suoi procedimenti ad una teoria che ha fini più generali rispetto alla qualificazione e alla disciplina delle fattispecie. Il sistema ci appare anzitutto come forma ideale della società e dello stato, poi come insieme di strumenti intellettuali che servono a guidare l'interpretazione e l'applicazione del diritto nei rapporti tra i singoli, tenendo conto della eterogeneità delle formazioni giuridiche esistenti.

Ma il nesso istituti-rapporti fa sorgere un problema. Savigny scrive:

« Nel modo in cui si sviluppa il pensiero, si ha una naturale differenza in ciò, che mentre noi possiamo costruire prima separatamente i vari istituti giuridici e combinarli poi a nostro arbitrio, il rapporto giuridico invece ci è dato dagli avvenimenti della vita pratica, sicché ci appare immediatamente nella sua concreta connessione e complessità. Dopo più attento esame riconosciamo però che tutti gli istituti giuridici sono collegati in un sistema, e che solo nella grande coesione di questo sistema, nella quale si manifesta la loro stessa natura organica, possono essere pienamente compresi. Per quanto immensa sia la distanza tra un singolo rapporto giuridico limitato e il sistema del diritto positivo di una nazione, tuttavia la differenza è solo nelle dimensioni; nella loro essenza essi non sono diversi ed anche il procedimento dello spirito, che ci conduce alla conoscenza dell'uno e dell'altro, è essenzialmente identico » ⁽¹¹⁾.

Se il metodo che ci fa cogliere l'unità del rapporto giuridico, e quindi permette la giusta comprensione dei suoi lati soggettivi, è identico a quello che abbraccia e fonda gli istituti nella visione sistematica, restano da definire i termini specifici della non diversità oggettiva del sistema dal rapporto giuridico.

Tanto nei rapporti quanto negli istituti e nel sistema, Savigny scopre, come abbiamo già osservato, una medesima « natura or-

⁽¹⁰⁾ *Op. cit.*, p. 18 (trad. it., p. 46); 21 ss. (trad. it., p. 48 ss.).

⁽¹¹⁾ *Op. cit.*, p. 10 (trad. it., p. 39).

ganica». Questa espressione allude ad un insieme di elementi, visto nella sua interezza, e ne sottolinea l'unità. La considerazione dell'intero permette di definire e valutare adeguatamente le sue parti costitutive. La natura organica dell'insieme più immediatamente percepibile nella pratica, il rapporto giuridico, « si manifesta — leggiamo — sia nella correlazione delle sue parti che si bilanciano a vicenda e dipendono l'una dall'altra, sia nel progressivo sviluppo che in esso accertiamo, nel modo della sua nascita e della sua estinzione ». Analogamente, la natura organica dell'istituto « si manifesta anch'essa così nella vivente correlazione delle sue parti costitutive, come nel suo progressivo sviluppo » e si ritrova nel sistema ⁽¹²⁾.

Ecco il punto problematico: la nozione di sviluppo applicata all'istituto è modellata su quella che si riferisce al rapporto giuridico e tuttavia ha il compito ben più importante di rappresentare il processo storico del diritto. Quando si descrivono le vicende del rapporto, la definizione della sua forma è presupposta all'analisi della genesi e dell'estinzione. Così anche la conoscenza della storia di un istituto sembra interna al suo inquadramento concettuale, se si immagina il sistema come soggetto di un processo storico, come correlazione vivente degli istituti e del loro svolgimento nel tempo. Il sistema incorpora la tradizione ed il mutamento non è mai cesura. La sola discontinuità non riducibile all'idea di una crescita naturale è nell'origine degli istituti, che diventa perciò un fatto teoricamente illuminante ⁽¹³⁾.

Entro tale prospettiva si capisce perché Savigny analizzi nel *Sistema* alcune varianti fondamentali dell'istituto della proprietà, non distendendole nel tempo, ma strutturandole simultaneamente e dando loro unità logica ⁽¹⁴⁾. Per cogliere invece l'empirico indi-

⁽¹²⁾ *Op. cit.*, pp. 8-9 (trad. it., pp. 37-38).

⁽¹³⁾ *Op. cit.*, p. 16 s. (trad. it., p. 44 s.). Si veda già, per una prima delinea-
zione di questa idea di sistema entro la quale opera la conoscenza storica, F. C.
VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre nach der Ausarbeitung des J. Grimm*
[1802-03], herausg. v. G. Wesenberg, Stuttgart 1951, p. 32 s.

⁽¹⁴⁾ *Op. cit.*, p. 368 s. (trad. it., p. 368 s.). Su queste pagine, che contengono
una definizione della proprietà, all'interno del *Vermögensrecht*, mi soffermerò in
seguito. Qui basta soltanto sottolineare come l'inquadramento sistematico sia
articolazione di immagini della proprietà ridotte all'essenziale ma eterogenee.
Vedi *infra*, p. 94 ss.

viduarsi di queste varianti è necessario l'esame della pratica. Essa determina ciò che era in germe e manifesta le innovazioni corrispondenti alle idee, ai costumi, ai bisogni mutati ⁽¹⁵⁾. L'unificazione logica delle varianti storiche, su cui tornerò più avanti, legittima la continuità come schema euristico e come ideologia; ma insieme offre al giurista gli strumenti per pensare, entro la pratica contemporanea, la coesistenza di assetti diversi e storicamente confliggenti della proprietà. Resta da vedere se a questa teoria pluralistica della coesistenza si accompagni un'ipotesi di critica e quindi di unificazione reale dei diritti vigenti.

2. Savigny esprime con la nozione di *Bewusstsein des Volks* e più tardi con quella di *Volksgeist* il fondamento del diritto. La coscienza e lo spirito sono nel medesimo tempo soggetti dei processi storici e luoghi entro cui si sviluppano le spinte interiori al divenire ⁽¹⁶⁾.

Si è sovente sottolineato il nesso che lega alla cultura romantica l'immagine del popolo creatore del diritto positivo. Rimangono misteriosi e non controllabili i moventi e le forme di questa creazione. L'unica cosa chiara è che in epoca storica, con la stratificazione e l'organizzazione della società, il diritto popolare trova una continuazione, uno sviluppo ed una rappresentanza nella

⁽¹⁵⁾ È a questo punto che la legislazione può assumere un ruolo ausiliario positivo (consocio dei suoi limiti). Cfr. *op. cit.*, p. 41 ss. (trad. it., p. 65 ss.). Vi sono qui tra l'altro alcune formulazioni che voglio citare nella stesura originaria, perché contengono una teoria del progresso, la quale fa centro sulla forza interiore del diritto consuetudinario. Una teoria che naturalmente non auspica, né prevede cambiamenti radicali, ma delinea una processualità: « Wenn nämlich durch veränderte Sitten, Ansichten, Bedürfnisse, eine Veränderung in dem Bestehenden Recht nothwendig wird, oder wenn im Fortgang der Zeit ganz neue Rechtsinstitute zum Bedürfniss werden, so können zwar dem bestehenden Recht diese neuen Elemente durch dieselbe innere, unsichtbare Kraft eingefügt werden, welche ursprünglich das Recht erzeugte ». Il conservatorismo che resta attaccato a questa processualità deriva tra l'altro dal continuare a pensare come invisibile la forza che produce il mutamento. Chi dirà quando un nuovo elemento giuridico è diventato necessario? Come vedremo, è la scienza giuridica la sola abilitata a tale giudizio.

⁽¹⁶⁾ Vedi su ciò BRIE, *Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule*, in *Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie*, 2, 1908-09, p. 69 ss.

coscienza « speciale » del ceto dei giuristi (17). È così che il piano della produzione giuridica viene a confondersi con quello del sapere che ha per oggetto e scopo il diritto. Ne deriva una visione intellettualistica, che si allontana dal tema romantico dei fattori inconsci e collettivi dello sviluppo.

I mutamenti constatabili e lo stesso concetto di progresso rinviano alla scienza come protagonista di ogni formazione. Su di essa si misura la « forza conservatrice del tempo », la legittimazione che la storia imprime al diritto positivo ed ai suoi contenuti di origine diversa. Le idee giuridiche sono ad un tempo oggetti della sua indagine, ricavati dalla coscienza del popolo, e prodotti del suo operare. Non vi è diritto popolare che non si organizzi e non si traduca in « diritto di giuristi ». La coscienza accompagna e sostiene con forme intelleggibili ogni sviluppo. Questo implica scelte: ammette contraddizioni, che comprende e scioglie al proprio interno (18).

Lo stesso schema generale che raffigura il processo di formazione del diritto moderno, la *recezione*, non delinea l'immagine di avvenimenti casuali, inavvertiti o del tutto indolori. Il diritto romano viene accolto in Germania dopo una « lunga e vivace lotta », attraverso uno sviluppo graduale, accompagnato da una chiara coscienza (19).

L'idea del *Kampf um's Recht*, che sarà di Jhering, sembra anticipata in qualche passo del *Sistema*: proprio l'opera che ci aspetteremmo più lontana da una simile tematica (20). Jhering del resto, sottolineando polemicamente il quietismo della scuola

(17) F. C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 45 s. (trad. it., p. 68 s.): « Das Recht ist im besondern Bewusstsein dieses Standes nur eine Fortsetzung und eigenthümliche Entwicklung des Volksrechts ». La scienza giuridica già, nel proprio stesso formarsi, implica un avanzamento rispetto al diritto popolare e riassume quella che abbiamo definito, nella nota 15, la teoria del progresso di Savigny.

(18) *Op. cit.*, pp. 16-18 (trad. it., p. 44 s.).

(19) *Op. cit.*, p. 79 s. (trad. it., p. 100 s.): « Ein langer und lebhafter Widerstreit ».

(20) Cfr. R. VON JHERING, *Der Kampf um's Recht*, Wien 1872, trad. it., riveduta da P. Piovani (e con un'introduzione di B. Croce scritta nel 1934, che mette in luce le componenti antiquetistiche del pensiero di Jhering), Bari 1960.

storica, non aveva colto nelle sue tesi l'idea di progresso legata alla capacità della scienza di assecondare lo sviluppo dei rapporti e di scegliere per questo la forma più adeguata. È una critica dei fatti, fortemente limitata dalla preoccupazione di evitare ogni arbitrario mutamento, certo assai più mediata di quella proposta dalle correnti illuministiche, ma pur sempre una critica.

Quello che non troviamo in Savigny è l'immagine del conflitto tra i singoli, su cui Jhering delinea il suo modello di processo sociale, trascrivendo, all'interno di una ideologia giuridica liberistica ed autoritaria al tempo stesso, alcuni aspetti più vistosi della crescita delle forze produttive nella Germania bismarckiana, dal dominio tendenzialmente universale del valore di scambio alla concentrazione della proprietà industriale, all'impianto sempre più rigidamente privatistico delle forme di estorsione del plusvalore ⁽²¹⁾.

Per Savigny la lotta è invece nella evoluzione giuridica e a combatterla sono enti ideali: la coscienza, le idee giuridiche, il sistema. Ciò egli vede in particolare nella storia tedesca, dove il diritto romano, a differenza che in Francia, era apparso, al principio dei tempi moderni, « come un elemento giuridico interamente nuovo e fino ad allora sconosciuto ». La sua recezione ha però un fondamento intrinseco. Non è il principio di autorità né solo la pressione del tempo a convalidare gli istituti che la scienza, utilizzando la compilazione giustiniana, ha costruito. Il diritto romano è stato accolto perché è « adatto ai rapporti della vita pratica sorti in epoca moderna » ⁽²²⁾. D'altro canto, la pratica giuridica che, introdotta dal diritto intermedio, può essere oggi accettata è a sua volta il risultato della trasformazione di istituti romani ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ La parità e la libertà dei contraenti collocano l'appropriazione del lavoro in una sfera « sovrasensibile ». Questa autonomizzazione dell'individuo astratto, al quale per altro Jhering intende attribuire sentimenti il più possibile concreti, in primo luogo l'egoismo, è ora ripercorsa lucidamente da R. RACINARO, *Il tempo storico del diritto romano in Rudolf von Jhering*, in *Democrazia e Diritto*, 16, 1976, p. 5 ss.

⁽²²⁾ F. C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 79 (trad. it., p. 100).

⁽²³⁾ *Op. cit.*, p. 92 (trad. it., p. 111): « praktisches Recht... als Umbildung Römischer Rechtsinstitute ».

La tradizione romanistica ha dunque come base una omogeneità di rapporti, tale da accomunare le nazioni moderne. Offre — e vedremo secondo quale statuto teorico — la chiave per convalidare e criticare il diritto positivo. Ma il fondamento di tali operazioni è nella vita pratica comune che, individuata nella coscienza popolare di ciascuna nazione, preme sugli stati.

L'opposizione così descritta echeggia alcune tesi di Niebuhr, che dal primato della nazione facevano discendere un'immagine dello stato come strumento per realizzare idealità peculiari ma non esclusive di ogni popolo: idee nazionali di cui si sostiene il valore contro l'ingerenza degli stati e che sono, proprio al di sopra degli stati, riducibili ad una più alta unità ⁽²⁴⁾. Guardando ai testi del 1814-15 (e soprattutto al *Beruf*) si può forse pensare, come fa Meinecke ⁽²⁵⁾, che Savigny usi soltanto in senso conservatore il principio della priorità della nazione, che è tutt'uno con quella della coscienza popolare e del diritto vivente, in confronto alle forme statuali. Ma le pagine del *Sistema* mostrano come la superiorità della scienza, portatrice delle idee nazionali, sulla legge, diventi anche la via della critica e della unificazione dei diritti particolari e feudali.

La vita pratica è sostanzialmente cosmopolita, come la scienza giuridica che si basa sul diritto romano. Questa unità profonda, alla quale corrisponde l'invisibile legame della religione cristiana, segue secondo Savigny la grande legge di sviluppo dei nuovi tempi, di cui è ancora nascosto il fine ⁽²⁶⁾.

Da quanto abbiamo visto si trae una prima conclusione riguardo ai rapporti tra forma e storia interna degli istituti: la critica, su cui ho richiamato l'attenzione, per non essere arbitraria deve assecondare il processo storico. La recezione è già una critica. Il procedimento selettivo che si attua ricomponendo entro il sistema i rapporti giuridici, colti nella loro concretezza,

⁽²⁴⁾ Vedi in proposito F. MEINECKE, *Weltbürgertum und Nationalstaat* (1907) trad. it. della VI edizione (München 1922), rist. Firenze 1975, I, p. 203 ss.

⁽²⁵⁾ *Op. cit.*, pp. 209-11.

⁽²⁶⁾ F. C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 80 (trad. it., p. 101). Cfr. anche VII, Berlin 1848, p. VIII (trad. it., Torino 1896, p. 4); VIII, 1849, p. IV (trad. it., 1896, p. 2). Su questi elementi di cosmopolitismo ha richiamato l'attenzione di recente M. BREONE, *Tradizione e unificazione giuridica*, cit., p. 204 s.; 210 s.

non investe la forma romanistica dell'istituto, ma se mai la pratica che a questo si raccorda e le norme particolari che dovrebbero definirne i lati. Dalla recezione si passa alla sistematica senza soluzione di continuità.

Così, la forma scientifica del sistema, che è il punto d'arrivo della tradizione romanistica, è quella « in cui vive il diritto nella coscienza comune del popolo »; è « la vivente intuizione degli istituti giuridici nella loro connessione organica » ⁽²⁷⁾. Partendo da essa si attribuisce valore o disvalore alle leggi moderne e del passato; soprattutto, queste vengono pensate come il lato formale ed astratto di un processo organico. È qui la loro giustificazione, ma anche una possibilità di superamento:

« Nasce quindi un fraintendimento tra la legge e l'istituto giuridico, perché la natura organica di questo non può assolutamente esaurirsi in quella forma astratta. Tuttavia alla mente del legislatore deve essere presente la più completa intuizione dell'organico istituto giuridico, se la legge deve corrispondere al suo scopo, ed egli deve con un processo artificiale dedurre da questa intuizione complessiva il precetto astratto della legge: e del pari colui che deve applicare la legge deve, con un processo inverso, ricomporre la connessione organica di cui la legge non presenta che un singolo aspetto » ⁽²⁸⁾.

Il legislatore e l'interprete devono insomma ricostituire teoricamente l'istituto nella sua interezza, come parte di un insieme; il che significa tener presente la sua evoluzione e le sue varianti.

3. L'intreccio fra storiografia e scienza, che tocca nel *Sistema* il punto più alto di compenetrazione tra i due termini, è stato analizzato nelle sue varie fasi, con attenzione ed equilibrio, da Walter Wilhelm. Questi esamina dapprima alcune formulazioni metodiche che rivelano l'interesse di Savigny al dato storico e ne coglie i limiti, per trattare poi la sua vocazione alla sistematica, connessa ad una svolta non soltanto personale che avviene intorno alla fine degli anni 30, e tuttavia in molte parti già im-

⁽²⁷⁾ *System*, I, p. 16 s. (trad. it., p. 44 s.).

⁽²⁸⁾ *Op. cit.*, p. 43 s. (trad. it., p. 67 s.).

plicità nella visione organicistica del diritto propria del *Beruf* e di altri scritti vicini a questo nel tempo ⁽²⁹⁾.

Il rapporto fra storia e sistema è un punto fra i più contrastati nella letteratura su Savigny. Muovendo da esso possiamo valutare il grado di affinità delle teorie savigniane alla cultura romantica dei primi decenni dell'ottocento ed il suo storicismo individualizzante; incontriamo soprattutto, su questo terreno, l'opposizione tra l'idea di una vita collettiva, da cui nasce il diritto, e le forme individualistiche del sapere giuridico. Non credo che sia utile riproporre, neppure fermandosi al tema specifico della proprietà, la distinzione tra un primo e un secondo Savigny, né la semplificante scoperta di una fondamentale unità teorica della sua opera. Con la prima ipotesi si schematizza eccessivamente, con la seconda si mette tra parentesi l'esame delle singole scelte e del complesso itinerario costruttivo che approda al *Sistema*, riassumendo in sé gran parte dei contenuti dottrinali del razionalismo (a cominciare dalla teoria del diritto soggettivo), ma individuando la base certa di questi in una costruzione vivente ed organica ⁽³⁰⁾.

Le pagine dedicate da Wilhelm alla *geschichtliche Rechtswissenschaft* mettono in luce la scarsa corrispondenza della concreta storiografia prodotta da Savigny e dai suoi discepoli fino agli anni 30 rispetto al modello enunciato nel 1815 ⁽³¹⁾. Si era parlato allora di una duplice molteplicità del diritto, auspicando la collaborazione tra la sistematica, che riduce « il molteplice contemporaneo all'unità in esso immanente », e il procedimento storico,

⁽²⁹⁾ Cfr. W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. Main 1958, trad. it. di P. L. Lucchini, Milano 1974, p. 17 ss.

⁽³⁰⁾ È l'immagine (già presente nell'intenzione sistematica di Hugues Doneau) di una identità non alterabile propria della lingua e del diritto. Su questo punto offrono indicazioni utilissime le ricerche di R. Orestano, nelle quali è posto sempre con chiarezza il nesso fra riorganizzazione della materia giuridica e del mondo storico nel tardo umanesimo cinquecentesco e storicismo giuridico dell'ottocento. Cfr. *Introduzione*, cit., p. 196 ss.; 218 ss. (spec. 220 s. e nt. 1).

⁽³¹⁾ Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, hg. v. F. C. von Savigny, C. F. Eichhorn u. J. F. L. Goschen, I, 1815, p. 1 ss., ripubblicato in *Vermischte Schriften*, Berlin 1850, I, p. 105 ss. Vedilo ora nella limpida e fedele traduzione italiana di A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, cit., p. 74 ss.

che tratta il molteplice successivo. Si cercava così di superare la scissione del presente dal passato, « dall'intero passato della nazione », che era propria del progetto illuministico. Ma i problemi posti dall'illuminismo, che Savigny definisce « geschichtliche Egoismus », la distanza del passato dal presente, la diversità e relatività di ogni fase storica, la trasformazione come frattura e liberazione dal passato, si sarebbero riproposti se alla storiografia fosse stata davvero attribuita pari dignità che alla scienza e piena libertà dai suoi schemi.

In realtà il procedimento storico, nei saggi del primo periodo, non si applica mai all'intero svolgimento di un istituto. Manca la storicizzazione del diritto contemporaneo, né si riesce a conquistare un'autonomia vera del molteplice successivo rispetto all'unità racchiusa nel presente.

Abbiamo visto nella monografia *Das Recht des Besitzes* il riconoscimento di una discontinuità che sarebbe all'origine dell'assetto feudale della proprietà. Ma il rapporto fra medio evo e tradizione romana è un tema ricorrente, con soluzioni ed accenti diversi, in tutta l'opera di Savigny. Così il motivo della continuità fra esperienza antica e diritto intermedio si esprimerà, durante gli anni successivi, in contributi di storia esterna, fra i quali spicca la *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* ⁽³²⁾.

Il disegno storico delle dottrine dell'Europa continentale, sotteso a questa opera ed all'insieme delle ricerche di Savigny dopo il 1815, ha come filo conduttore la considerazione dei rapporti che i vari indirizzi scientifici instaurano con le fonti del diritto romano. Ciò spiega il giudizio altamente positivo sui Glossatori, destinato a lasciare traccia in tutta la storiografia contemporanea del diritto intermedio ⁽³³⁾.

Freschezza di vita spirituale, originalità e buon uso delle fonti sono, agli occhi di Savigny, operanti fino ad Accursio, si perdono durante l'età dei Commentatori, per riapparire nel '500. Dal con-

⁽³²⁾ Heidelberg 1815-31; II ediz., Heidelberg 1834-51 (composta di 7 volumi, uno in più rispetto alla prima edizione), rist. Darmstadt 1956. Ne abbiamo una vecchia traduzione italiana di E. Bollati, in 3 volumi, Torino 1854-57, rist. Roma 1972.

⁽³³⁾ Su questo punto devono tenersi presenti le osservazioni di A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia*, cit., p. 21 ss.

fronto con il diritto romano, inteso fin dai primi scritti come sistema e come modello ideale della scienza moderna (secondo una evidente autoproiezione che attribuisce all'antico le forme di tale scienza) ⁽³⁴⁾, deriva una valutazione storica articolata del medio evo, che porta a ritenere informi ed inutili intere sezioni della pratica e della dottrina di quel periodo, ove tuttavia si trovano le radici delle istituzioni germaniche ⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *Beruf*, cit., p. 39: « Im vorigen Abschnitt ist gezeigt worden, wie wichtig das Römische Recht als Muster juristischer Methode sei: für Deutschland ist es nun auch historisch, durch sein Verhältniss zum gemeinen Recht, von grosser Wichtigkeit. Es ist ganz falsch, wenn man diese historische Wichtigkeit des Römischen Rechts auf die Fälle einschränken wollte, welche unmittelbar aus demselben entschieden werden. Nicht nur ist in den Landesrechten selbst sehr vieles blos Römisches Recht und nur in seinem ursprünglichen Römischen Zusammenhang verständlich, sondern auch da, wo man absichtlich seine Bestimmungen verlassen hat, hat es häufig die Richtung und Ansicht des neu angeführten Rechts bestimmt, so dass die Aufgabe, die durch dieses neue Recht gelöst werden soll, ohne Römisches Recht gar nicht verstanden werden kann... ». V. anche p. 156 ss., dove troviamo l'idealizzazione dei giuristi romani, considerati persone fungibili, cioè *possessori* (cfr. pp. 28-30 dove il possesso del sistema informatore del diritto è connesso con l'intuizione) di un metodo uniforme. Mi sembra che sia qui l'autoproiezione: « nella nostra scienza — osserva Savigny — ogni successo dipende dal possesso dei principi fondamentali direttivi ed è esattamente su questo possesso che si fonda la grandezza dei giuristi romani. I concetti e le proposizioni della loro scienza appaiono a loro stessi non come prodotti del loro arbitrio, ma come entità reali, la cui essenza e genealogia è ad essi divenuta familiare per una lunga, fiduciosa frequentazione » (p. 28 s.). È questo un passo molto significativo, perché mostra come la visione organicistica del sistema, che più tardi si articolerà nel nesso rapporti-istituti giuridici, sia già chiara nel *Beruf*.

⁽³⁵⁾ *Beruf*, cit., p. 118 s. Savigny muove da un'analisi del materiale della scienza giuridica, che è costituito da tre elementi: il diritto romano, il diritto germanico e le modificazioni che entrambi subiscono. Si tratta di modifiche per la maggior parte scientifiche. Savigny esprime un giudizio molto severo sulle alterazioni indotte dalla scienza giuridica del medio evo. « ... Endlich die Modifikation beider ursprünglichen Rechte ist gleichfalls nicht zu vernachlässigen. Auf dem langen Wege nämlich, welchen jene ursprünglichen Rechte bis zu uns gehen mussten hat sich natürlich vieles ganz anders gestaltet und entwickelt, theils nach wirklich volksmässigen Bedürfniss, theils auf mehr literarische Weise, unter den Händen der Juristen. Dieses letzte ist hier überwiegend, und die Grundlage davon ist eine Geschichte unsrer Rechtswissenschaft vom Mittelalter herab. Ein vorzügliches Bestreben dieses dritten Theiles unsrer Wissenschaft

L'orientamento di Savigny è tutt'altro che univoco di fronte ad un passato non direttamente ridicibile agli schemi del « suo » diritto romano. Un passato che riappare vivo, nella perdurante vigenza di forme giuridiche feudali. Comunque, nel *Sistema* le condizioni perché s'instauri un rapporto tra scienza romanistica moderna ed elementi giuridici di origine medievale sono tracciate in modo meno problematico che nei precedenti lavori.

Bisogna cogliere in questo aspetto tutta la novità del *Sistema*. Preso atto della pluralità dei diritti particolari, di cui si era fatta l'apologia subito dopo la sconfitta dell'impero napoleonico ⁽³⁶⁾, se

muss darauf gerichtet sein, den gegenwärtigen Zustand des Rechts allmählich von demjenigen zu reinigen, was durch blosse Unkunde und Dumpfheit literarisch schlechter Zeiten, ohne alles wahrhaft praktische Bedürfniss, hervorgebracht worden ist». È singolare che, nonostante questo giudizio negativo, Savigny consideri nel *Beruf* qualsiasi innovazione legislativa rispetto alla forma tradizionale dei diritti reali come un pericolo di corruzione, tenendo presente che il lato tecnico su cui essa va ad incidere, l'insieme (*Zusammenhang*) col quale deve coordinarsi è in gran parte il risultato delle modificazioni che rispetto all'elemento romano sono state introdotte dalla scienza giuridica del medio evo. Né si può dire che per Savigny sia irrilevante l'origine storica del regime della proprietà quale è davanti ai suoi occhi, o almeno degli aspetti più irriducibili al diritto romano. Anzi egli — come abbiamo visto — aveva avvertito tale origine come una novità non cancellabile della storia europea, nella ricerca sul possesso. Per altri spunti di valutazione del pensiero giuridico medievale, cfr. *Beruf*, p. 25 s.; 140 (con un confronto tra i Glossatori e Bartolo, in cui si prediligono i primi, perché attingono più direttamente alle fonti romane: ecco ancora il classicismo, che spingeva ad elogiare — p. 28 s. — la prolissità efficace ed ingegnosa delle Pandette, contro la rozza brevità del diritto intermedio). Riguardo ai giudizi sul medio evo e sulle correnti scientifiche che lo attraversano, negli scritti successivi al *Beruf*, vedi *infra*, p. 60 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. *Beruf*, p. 41 s. La varietà dei diritti particolari è difesa in polemica con l'idea di *Gleichförmigkeit*. È una polemica antiilluministica, per la quale Savigny non esita ad utilizzare un capitolo dell'*Esprit des lois* di Montesquieu (XXIX, 18) dedicato appunto alle idee di uniformità. Bisogna osservare che nel passo di Montesquieu l'idea di varietà è direttamente opposta a quella di mutamento: « ... les mêmes poids dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'Etat, la même religion dans toutes ses parties. Mais cela est-il toujours sans exception? Le mal de changer est-il toujours moins grand que le mal de souffrir? ... ». Questo richiamo alla sopportazione doveva piacere molto a Savigny, come anche la tesi per cui sono i piccoli spiriti a trovare la perfezione nell'uniformità. « Darum ist es ein Irrthum — egli afferma — zu glauben, das Allgemeine werde an Leben gewinnen durch die Vernichtung allen

ne prescrive ora l'unificazione, sia pure con tutto il rispetto della continuità. Se la critica e lo sviluppo sono opera della coscienza speciale dei giuristi, se la recezione del diritto romano è già per se stessa una critica delle anteriori istituzioni tedesche, ciò significa che si attribuisce al sapere romanistico non solo il compito di riflettere l'esistente, ma anche di selezionarlo. Perciò Savigny privilegia idealmente uno schema liberistico della proprietà ⁽³⁷⁾, pur registrando la coesistenza di varianti storiche rispetto ad esso, delle quali ritiene possibile il superamento.

Il punto di partenza è costituito dallo stato (*Zustand*) e dai bisogni dei tempi più recenti ⁽³⁸⁾. La scienza definisce la relazione tra le fonti del diritto e il mondo giuridico vivente. Non si può dire che il presente sia totalmente privato, come sosterrà Jhering, del diritto di divenire ⁽³⁹⁾, anche se gli spunti di conservatorismo che animano questa teoria della storia ne rappresentano, allo sguardo dei contemporanei, il lato più evidente.

individuellen Verhältnisse. Könnte in jedem Stande, in jeder Stadt, ja in jedem Dorfe ein eigenthümliches Selbstgefühl erzeugt werden, so würde aus diesem erhöhten und vervielfältigten individuellen Leben auch das Ganze neue Kraft gewinnen ». A fondamento di questa varietà resta il diritto comune: « als Grundlage überall das Gemeine Recht, welches alle Deutschen Volksstämme stets an ihre unauf lösliche Einheit erinnerte ».

⁽³⁷⁾ Cfr. *System*, I, p. 334 s. (cfr. trad. it., p. 337 s.): « Das Wesen des Rechtsverhältnisses... als ein Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens ». V., più avanti, p. 338 (trad. it., p. 341): « Die unfreie Natur kann von uns beherrscht werden nicht als Ganzes, sondern nur in bestimmter räumlicher Begrenzung ». È la delimitazione di uno spazio oggettivo su cui si esercita la volontà individuale: « ein so begränztes Stück derselben nennen wir *Sache*, und auf diese bezieht sich daher die erste Art möglicher Rechte: *das Recht an einer Sache*, welches in seiner reinsten und vollständigsten Gestalt *Eigenthum* heist ».

⁽³⁸⁾ *Op. cit.*, p. 90 (trad. it., p. 109).

⁽³⁹⁾ Cfr. R. VON JHERING, *Friedrich Karl von Savigny*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutig. 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. Sul problema del movimento del diritto in Jhering, che lo porta a mettere in discussione il sistema romanistico, vedi alcuni spunti e indicazioni bibliografiche nel mio articolo *Alcuni usi del concetto di struttura nella conoscenza giuridica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3-4, 1974-75, p. 763 ss., spec. pp. 770-76.

Ricordiamo, proprio in tema di studio delle fonti e di analisi del movimento storico, le critiche e l'ironia del giovane Marx nel 1842:

« La scuola storica ha fatto dello studio delle fonti il suo *scibboleth*; ha portato la sua passione delle fonti fino all'estremo di pretendere che il navigante proceda non sulla corrente, ma sulla sua fonte; troverà dunque giusto che noi ritorniamo alla sua fonte, al *Diritto naturale* di Hugo. La sua filosofia precede il suo sviluppo, perciò invano si cercherà della filosofia nel suo sviluppo stesso... » (40).

L'ironia mi sembra tutta giocata sulla preminenza della filosofia rispetto alla storiografia, dell'*a priori* sul processo storico, tenendo presente che questo *a priori* non è altro se non la valorizzazione dei fatti e ne fonda il processo come continuità indistinta. Ecco perché non si trova più alcuna filosofia (intesa hegelianamente e non secondo il « fenomenismo » di Gustav Hugo) nello sviluppo.

Marx trae questa critica, oltre che dalla lettura del *Naturrecht* di Hugo, da una conoscenza diretta dell'insegnamento savigniano, di cui abbiamo esplicita testimonianza in una lettera al padre del 1837 (41). Qui egli sottolinea la centralità, nello studio romanistico, di una « metafisica del diritto costituita da principi fondamentali, riflessioni e definizioni, separata da tutta la realtà del diritto e da ogni effettiva forma giuridica (42), come nel pensiero

(40) K. MARX, *Il manifesto filosofico della scuola storica del diritto* (Gazzetta renana, 9 agosto 1842, n. 221, supplemento), in *Scritti politici giovanili*, a cura di L. Firpo, Torino 1950, p. 157 ss. Dell'ampia letteratura su questo testo, voglio anzitutto ricordare un breve scritto di A. SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in *Democrazia e diritto*, 13, 1973, p. 65 ss., che sottolinea i motivi filosofici della critica di Marx ad Hugo: la valorizzazione del passato e la continuità come apologia del presente. Da ciò l'autore trae un abbozzo di critica materialistica della continuità. Le coordinate della polemica marxiana sono tracciate con lucidità da R. GUASTINI, *Il lessico giuridico del Marx liberale (genn. 1842-primavera 1843)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, II, 1972, pp. 237-49; ed ora dello stesso, *Marx: dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano (1842-51)*, Bologna 1974.

(41) Cfr. K. MARX - F. ENGELS, *Weyhe*, *Ergänzungsbd.*, I, Berlin 1968, ed. Inst. f. Marxismus-Leninismus, p. 4 ss.

(42) *Op. cit.*, p. 5: « ... getrennt von allem wirklichen Rechte und jeder wirklichen Form des Rechts... ».

di Fichte ». L'astrattezza del sistema è molto simile all'astrattezza delle fonti, denunciata nell'articolo del '42. Già all'Università di Bonn, dal 1835 al 1836, egli aveva seguito corsi romanistici d'impronta sistematica, ma nel '36 e nel '37 ha modo di frequentare a Berlino le lezioni di Savigny ⁽⁴³⁾, che proprio nello stesso periodo sta lavorando al *Sistema*, iniziato attorno al '35 ⁽⁴⁴⁾. Eppure il giovane Marx non coglie nella trattazione degli istituti, nella separazione che gli appare meccanica di forma e materia, il tentativo di costruire una essenziale identità tra diritto scientifico e diritto consuetudinario generale, circoscrivendo e selezionando quest'ultimo, sia pure tra molte cautele: ricercando « a qual segno si debba riconoscere ciò che è buono e valido, per poterlo sicuramente distinguere da ciò che non lo è » ⁽⁴⁵⁾. Si tratta, certo per noi di vedere a fondo i limiti reali di funzionamento della selezione, ma il problema è posto con lucidità nelle pagine del *Sistema*. Il navigante, per riprendere la metafora marxiana, non resta attaccato alle fonti; agisce piuttosto, muovendo da esse, entro un complesso campo di scelte.

La modernità dell'opera matura di Savigny è in questa direttiva teorica, capace di orientare la prassi giurisprudenziale. Non vi è solo quietismo, anche se il mutamento appare garantito e controllato dalla scienza del diritto, cui spetta il compito di discernere. L'illusione di una egemonia della cultura ha in realtà un nocciolo più concreto, che è il rifiuto del meccanismo legislativo, all'interno dei processi di trasformazione storica, come strumento (considerato arbitrario) per anticipare cambiamenti, per costruire modelli o per uguagliare le consuetudini e le regole più antiche a forme nuove di coscienza ⁽⁴⁶⁾. Al contrario la scienza

⁽⁴³⁾ Cfr. al riguardo H. JAEGER, *Savigny et Marx*, in *Marx et le droit moderne. Archives de philosophie du droit*, 12, 1967, p. 65 ss., spec. pp. 66-68.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *Vorrede*, in *System*, I, cit., p. XLIX (trad. it., p. 29). Vedi anche una lettera all'amico H. Chr. Bang, del 7 marzo 1840 (ora in A. STOLL, *Friedrich Karl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, Berlin 1927-39, II Bd., *Friedrich Karl v. Savigny. Professorenjahre in Berlin 1810-1842*, Berlin 1929, p. 521 ss., spec. p. 522.

⁽⁴⁵⁾ F. C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 91 (trad. it., p. 110).

⁽⁴⁶⁾ Che questo fosse il motivo centrale del conflitto tra scuola storica e non storica è avvertito da A. F. J. THIBAUT, *Ueber die sogenannte historische und nicht-historische Rechtsschule*, in *Archiv f. die Civilistische Praxis*, 21, 1838, p. 391 ss.

può organizzare, senza negarle, le forme giuridiche disuguali; può da un lato selezionare il diritto consuetudinario generale, dall'altro ammettere consuetudini particolari che derogano ad esso in ambiti ristretti ed appaiono superabili ⁽⁴⁷⁾.

Tali sono i connotati essenziali dell'idea non rivoluzionaria di progresso tracciata dalla scuola storica ed usata solo a tratti in senso nettamente reazionario.

« Se consideriamo spregiudicatamente — scrive Savigny — il contenuto di quello che ci fu trasmesso dai nostri predecessori come diritto pratico differente dal romano, ma risultante dalla trasformazione di istituti giuridici romani, possiamo distinguere in esso due parti del tutto diverse. Una parte è sana e deriva dai nuovi bisogni che sono nati naturalmente dalla diversità delle condizioni, tra l'altro dall'ordinamento giudiziario molto mutato ed in parte anche dalle idee morali della vita trasformate in larga misura dal Cristianesimo » ⁽⁴⁸⁾.

La base per il riconoscimento del diritto pratico post-romano è la stessa su cui si fonda la tradizione romanistica: rispondenza alle condizioni dei tempi nuovi e forza civilizzatrice del Cristianesimo.

« Noi dobbiamo attribuire a questa prima parte, secondo le idee svolte sopra, la forza e la realtà di un diritto consuetudinario riconosciuto attraverso la via della scienza. In ciò è indifferente se anche i più antichi giureconsulti abbiano erroneamente tentato di dedurre tali principi dal diritto romano. Questo errore non può menomare la verità dei principi stessi: soltanto, dobbiamo guardarci dal credere che quell'erronea deduzione fosse una semplice forma. Quei giuristi professavano in buona fede questa opinione e noi dobbiamo guardare l'approfondimento del vero diritto romano in tali casi, come parte essenziale del nostro compito: non già per mantenerlo in vigore, ma per determinare la vera estensione dell'innovazione » ⁽⁴⁹⁾.

Dunque ad una parte del diritto pratico si riconosce la verità dei principi, indipendentemente dal loro rapporto storico con il diritto romano, che può essere di effettiva derivazione o di er-

⁽⁴⁷⁾ Vedi *infra*, p. 75 s.; 98 s.

⁽⁴⁸⁾ F. C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 92 s. (trad. it., p. III).

⁽⁴⁹⁾ *Op. cit.*, p. 93 (trad. it., p. III).

ronca deduzione. Tuttavia tale rapporto esiste e va indagato, per stabilire non la verità ma l'entità delle forme giuridiche nuove.

« Un'altra parte invece è prodotta semplicemente dall'illogico errore sopra menzionato, ossia da una scienza difettosa; questa parte noi dobbiamo svelare come erronea e respingerla, senza che si possa addurre a sua difesa un lungo e pacifico possesso: tanto più che nella maggior parte dei casi si potrà trovare in essa un'interna contraddizione, ossia un errore logico fondamentale. Tutto ciò che ha questo carattere, ha solo la falsa apparenza di un diritto pratico; è invece una falsa teoria, che deve cedere il posto ad una teoria migliore » ⁽⁵⁰⁾.

Il giudizio negativo non tiene conto del lungo periodo di vigenza, che ha apparentemente consolidato i principi adesso respinti. L'erronea deduzione di essi dal diritto romano coincide con una più profonda illogicità, pur senza rappresentarne il riflesso necessario. Abbiamo appena visto che può esservi una deduzione erronea di principi veri. Per misurare il difetto di ragionevolezza di una parte del diritto pratico non basta insomma l'analisi storica intorno alla sua origine ed ai suoi presupposti, anche se il punto d'arrivo per Savigny è la definizione di ciò che è morto e di ciò che è ancora vivo della storia passata.

Il diritto pratico che risulta approvato attraverso tale indagine è, rispetto alle fonti da cui muoveva e quindi rispetto ai modelli romani, un diritto di nuova formazione, che non ha, a sua volta, un'esistenza assoluta ed immutabile ⁽⁵¹⁾. Questa considerazione storica di un diritto attuale, della quale Savigny sottolinea la novità, raggiunge — mi sembra — due obiettivi. Anzitutto i diritti particolari di origine feudale vengono rappresentati in continuità con il diritto romano, attribuendo una base storica alla funzione sussidiaria che questo esercita nei loro confronti. In secondo luogo si costruisce una teoria che prevede il superamento dei diritti particolari: impresa a cui la scienza partecipa separando il vero dall'irragionevole.

⁽⁵⁰⁾ *Op. cit.*, p. 93 s. (trad. it., p. 111 s.).

⁽⁵¹⁾ *Op. cit.*, p. 95 (trad. it., p. 113): « Dennoch können wir auch ihm kein abgeschlossenes, unabänderliches Dasein zuerkennen ».

« Una distinzione critica di queste due parti non fu finora tentata, perché i più si sono accontentati di addurre a favore o contro la validità attuale di un principio giuridico le testimonianze di questo o di quel pratico scelte arbitrariamente. È del tutto impossibile stabilire a priori una regola generale per quella distinzione. Ma piuttosto si deve intraprendere questo lavoro sui singoli argomenti, lasciando talora anche indeciso come la critica dei particolari potrà in seguito riunirli sotto punti di vista più generali. Questo esame critico della pratica nei particolari dev'essere anche un compito fondamentale dell'opera presente... Considerato da un altro lato, può essere espresso anche così: distinguere nel diritto romano ciò che è già morto da ciò che ancora vive e che in larga misura continuerà senza interruzione a vivere » (52).

Il medesimo intento era già stato espresso nelle pagine del *Beruf* (53). Nel *Sistema* l'indagine storica sembra volta piuttosto ad accertare la conformità del diritto romano alla vita pratica ed ai bisogni attuali, mentre nella polemica contro Thibaut e le correnti illuministiche la ricerca delle radici del materiale giuridico dato mirava alla scoperta di un principio organico risalente nel tempo (54). Si criticava la giurisprudenza del medio evo perché erronea, superficiale e priva di vero bisogno pratico, valutandola negativamente in base alla mancata corrispondenza con la *sua* pratica, non per una sopravvenuta inadeguatezza, verificabile nel presente. Nel *Sistema* è invece assunto proprio il presente come punto di osservazione. Le discriminanti si tracciano a partire dalla vita pratica e reale dell'oggi, letta e presentata nel reticolo concettuale degli istituti.

Il quadro epistemico entro cui si muove Savigny dal *Beruf* alle ultime opere è il medesimo e lo troviamo definito in alcuni pas-

(52) *Op. cit.*, p. 94 (trad. it., p. 112).

(53) Cfr. *Beruf*, cit., pp. 117-118.

(54) *Loc. ult. cit.*: « ... Ihr Bestreben geht vielmehr dahin, jeden gegebenen Stoff bis zu seiner Wurzel zu verfolgen, und so ein organisches Princip zu entdecken, wodurch sich von selbst das, was noch Leben hat, von demjenigen absondern muss, was schon abgestorben ist, und nur noch der Geschichte angehört... ». A questa formulazione segue (vedi *supra*, nt. 35) l'esame dei tre elementi che compongono la materia della scienza; in particolare si analizzano le modificazioni indotte dalla scienza stessa.

si dei *Lineamenti di filosofia del diritto* di Hegel ⁽⁵⁵⁾. L'intendere storico volge il suo riconoscimento e le sue valutazioni al « fenomeno presentarsi nel tempo e [allo] sviluppo delle individuazioni giuridiche », il che comprende « la storicità della loro apparizione, le circostanze, i casi, i bisogni e gli avvenimenti che ne hanno prodotto l'affermazione ». Hegel coglie nel rapporto fra individuazione e tradizione una struttura di ragionamento regressivo, che è del resto tipica del sapere giuridico. È « la conoscenza della... consequenzialità intellettualistica [delle individuazioni giuridiche], che deriva dalla comparazione delle stesse coi rapporti giuridici già esistenti », ed è capace di mostrare un precetto « per le circostanze e per le esistenti istituzioni giuridiche come pienamente fondato e conseguente ».

La tesi di questa identità del sistema con la tradizione è fondamentalmente regressiva, perché è priva di filosofia e sorda alle esigenze razionali. La critica hegeliana investe qui non tanto l'assolutezza di una storiografia che sia solo narrazione dell'accaduto e disposizione in serie dei fatti, quanto piuttosto una logica determinata che si insinua nella indagine storica, raccoglie una certa quantità di fatti, rapprende in un'immaginaria contemporaneità il loro processo interno, vi costruisce sopra concetti, adottando schemi classificatori estrinseci ⁽⁵⁶⁾, e su questo insieme logico-storico misura la consequenzialità delle individuazioni giuridiche.

Altro e lontano dal semplice rispetto e svolgimento del sistema è per Hegel il merito dei giuristi romani: è, al contrario di quanto riteneva Leibniz, « la inconseguenza con la quale essi si scostarono dalle istituzioni ingiuste e orribili », pur essendo costretti a salvare la lettera delle antiche leggi ⁽⁵⁷⁾.

Ma entro l'operazione con la quale si costituisce l'insieme logico-storico del sistema vi è un'aporia, che Hegel mette in luce

⁽⁵⁵⁾ G. F. W. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1820-21), hg. v. J. Hoffmeister, Hamburg 1955⁴, rist. 1967, § 3, pp. 22-28; la trad. it. è a cura di F. Messineo, uscita nel 1913, III ediz., Bari 1965, pp. 22-27.

⁽⁵⁶⁾ Le *tricotomie*, che secondo Hugo avvicinarebbero i giuristi romani a Kant.

⁽⁵⁷⁾ *Op. cit.*, p. 28 (trad. it., p. 27).

e che fonda la possibilità di emendare, attraverso la conoscenza storica, gli elementi del sistema. Il metodo storico, usato per la valorizzazione delle istituzioni giuridiche tradizionali, si converte — a suo avviso inconsciamente — in un criterio di discernimento tra le istituzioni da conservare e quelle divenute superflue e vane:

« Se l'origine di una istituzione si mostra sotto le sue determinate circostanze pienamente conforme allo scopo e necessaria e quindi è adempiuto quello che il punto di vista storico esige, ne consegue, quando ciò debba valere per una giustificazione generale della cosa stessa, piuttosto il contrario [di questa giustificazione]: che cioè, poiché tali circostanze non esistono più, perciò l'istituzione ha perduto il suo significato ed il suo diritto » (58).

Nei passi di Savigny che abbiamo prima esaminato troviamo la stessa ambiguità del metodo storico, destinato sì a legittimare ciò che esiste, ma anche capace di avvertire la relatività delle istituzioni (come pensava Hegel) e deciderne il superamento. Questo secondo impiego del punto di vista storico non è inconscio nel *Sistema*. Savigny anzi sottolinea la necessità che la massa tradizionale delle idee giuridiche sia di tempo in tempo (muovendo dal presente) esaminata e posta in dubbio e ne sia ricercata l'origine, per respingerne il falso ed accettarne il vero come durevole possesso (59). Questo motivo è solo apparentemente contraddetto dall'affermazione che uno dei mezzi più importanti di perfezionamento della pratica è il vivo rapporto col pensiero giuridico dei tempi passati e delle altre nazioni (60). Il richiamo all'antico è, insieme ad un moderato cosmopolitismo, la via attraverso cui s'introduce il primato del diritto romano e della scienza che si conforma ai suoi modelli.

La scienza che costruisce il sistema del diritto romano utilizzabile per il presente è capace di imporre un avanzamento alla

(58) *Op. cit.*, p. 24 (trad. it., p. 23). Nel rendere il significato di questo passo mi sono allontanato dalla traduzione di Messineo, nonché da quella di M. BRE-TONE, *Tradizione e unificazione*, cit., p. 199 s. Entrambe infatti sfumano la netta contrapposizione delineata da Hegel tra l'effetto che segue all'adozione del punto di vista storico e la intenzione di giustificare la cosa.

(59) F. C. VON SAVIGNY, *Vorrede*, cit., pp. XI-XII (trad. it., p. 4 s.).

(60) *Vorrede*, cit., p. 29 (trad. it., p. 16).

pratica, sostenendo l'erroneità di ciò che vuol disattendere, ed è capace di conservare le sue forme particolari, restringendone la portata, facendole sottostare agli schemi ricavati dalla tradizione romanistica. Secondo questo procedimento, le forme del diritto romano che si presentano pure (schemi ordinatori e modelli ideali ad un tempo) esprimono contenuti individualistici più moderni rispetto ai diritti particolari visibili nella prassi. La tradizione romanistica appare insomma come un veicolo di unificazione del diritto privato tedesco su un impianto liberistico. Tale processo, che si coglie pure al di là della riflessione di Savigny, è ancorato, fino all'inizio degli anni 50, ad una forte ideologia della continuità, ma è tanto più significativo quanto più si compie indipendentemente dall'influenza, sempre assai scarsa, del liberalismo politico ⁽⁶¹⁾.

La continuità agisce in due modi. Da un lato, se l'unificazione moderna del diritto privato avviene nelle forme della tradizione romanistica, i procedimenti scientifici che la fondano si presenteranno sempre come lettura e restituzione di un passato ideale, di cui non a caso si ripete che è stato frainteso o tradito dal pensiero del medio evo. Dall'altro, ciascun diritto particolare che si immagini sorto sul tronco del diritto romano può essere conservato o progressivamente circoscritto, o emendato attraverso l'uso degli schemi romanistici. In ogni caso arbitra delle scelte e di qualsiasi progresso rimane la scienza giuridica.

4. La dottrina del diritto civile tedesco, durante la prima metà del secolo, utilizza la nozione del *dominium* come uno schema aperto, al quale consapevolmente vengono aggiunte determinazioni concettuali e normative del tutto ignote al pensiero romano. Nella sua opera di teoria della proprietà, costruita a partire dai principi romani, Gesterding mette in luce l'assenza di una definizione di *dominium* nelle fonti ⁽⁶²⁾. Eppure l'idea della proprietà era — a

⁽⁶¹⁾ Vedi le osservazioni di E. J. HOBSEAWM, *The Age of Capital 1848-1875* (ed. 1975), trad. it. di B. Maffi, *Il trionfo della borghesia. 1848-1875*, Bari 1976, p. 39 ss., spec. p. 43 s., sullo sviluppo del liberismo, a partire dalla fine degli anni 40, anche nei paesi dove il liberalismo politico ha un peso del tutto minoritario.

⁽⁶²⁾ Cfr. F. E. GESTERDING, *Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigentum*

suo giudizio — ben chiara ai Romani, tanto da essere presupposta, come una qualità della cosa, capace di fare sì che questa appartenesse in modo esclusivo ad un soggetto. Secondo tale visione, i singoli diritti sulla cosa, diversi dalla proprietà, non incidono su di essa e non diminuiscono l'appartenenza, piuttosto limitano l'esercizio della proprietà. Così, per esempio, con l'usufrutto di un altro non si sottrae un elemento costitutivo della proprietà, ma solo una sua conseguenza. Un potere che trova comunque la sua pienezza se è ricompreso nell'esercizio della proprietà: ... *minus est in eo usufructu, quem per se quis promisit, quam in eo, qui proprietatem comitatur* ⁽⁶³⁾.

Mi soffermerò sulla monografia di Gesterding, per più versi esemplare. Essa rivela, da un lato, un impianto razionalistico che mette a frutto le trattazioni seicentesche e risente dell'insegnamento kantiano ⁽⁶⁴⁾. Dall'altro, mostra un'attenzione significativa ai problemi di coesistenza dei diritti reali sulle cose immobili. Ciò che manca è la consapevolezza dell'opposizione e quindi della possibile dialettica tra gli schemi romanistici e le forme di proprietà parziaria che si cerca di comprendere in essi. Gesterding muove da un concetto univoco di *dominium*; non menziona i diritti dei vassalli o dei contadini, ma vi allude in modo implicito, trattando dell'enfiteusi.

Anton Friedrich Justus Thibaut, l'avversario di Savigny nel dibattito sulla codificazione, è più esplicito. Anch'egli affronta gli stessi temi, con un articolo su *dominium directum* e *dominium utile*, uscito nel 1798. Analizza i diritti particolari sulle cose e ne coglie l'inerenza all'organizzazione feudale, ma contemporaneamente presceglie uno schema di proprietà (*das wahre Eigenthum*), che non ammette alcuna cesura al proprio interno ed è riferibile a più soggetti solo nell'ipotesi del *condominium*, in cui alla contito-

und solchen Rechten, die ihm nahe kommen. Besonders nach Grundsätzen des Römischen Rechts, Greifswald 1817, p. 7.

⁽⁶³⁾ Cfr. D. 45, 1, 126, 1 (Paulus, 3 *quaestionum*).

⁽⁶⁴⁾ Vedi in particolare p. 54 ss. («Giebt es ausser der bürgerlichen Vereinigung ein Eigenthum und wodurch wird dieses möglich?». A questa domanda l'autore risponde negativamente, sottolineando la struttura intersoggettiva dei rapporti di appartenenza).

larità si accompagna l'esercizio di uguali poteri (sia pure su quote variabili).

Quella di Gesterding e Thibaut è un'operazione ricorrente nella dottrina romanistica della prima metà dell'ottocento ed è ben presto recepita dall'attività legislativa, che costruirà progressivamente, fino alla *Ablösung der Reallasten* del 1850, una disciplina della proprietà non più bipartita, ma riunificata attorno ad un solo livello di potere. Se ci si domanda che portata storica abbia tale operazione, al di là della dottrina, non si può che osservarne la modernità rispetto alle partizioni sovrapposte dal diritto intermedio alla categoria del *dominium*. Nella sostanza il procedimento, che accomuna, come vedremo, Thibaut e Savigny, dopo una temporanea divergenza, tende a superare la forma divisa della proprietà dei mezzi di produzione, quale era stata ereditata dal mondo feudale ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. A. F. J. THIBAUT, *Ueber 'dominium directum' und 'utile'*, in *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* (1798), II ediz., Jena 1817, II, p. 67 ss. La dottrina romanistica tralascia la considerazione di questi diritti connessi geneticamente al regime feudale della proprietà, quando non dispone di una teoria circa il nesso fra tradizione romanistica e diritti particolari. Se ne occupa è per instaurare tale relazione. Mi sembra illuminante al riguardo il paragrafo dedicato nelle *Pandette* di Puchta alla forma della proprietà. Qui abbiamo, in continuità con Gesterding e Thibaut, l'esplicito inquadramento dei diritti del vassallo tra gli *iura in re* e d'altra parte si accoglie l'immagine di una proprietà diversa dal puro concetto del *dominium*, sistemandola nello schema della proprietà pretoria. Schema aperto, come ho detto nel testo, che sarebbe ancora attuale e in vita, mentre il *dominium ex iure Quiritium* già nella compilazione giustiniana sarebbe stato abrogato. Questo richiamo è un ulteriore segno della predilezione, comune ai giuristi della scuola storica, per il modello normativo dell'editto pretorio. Vedi H. E. SCHRADER, *Die prätorischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen, ein Hauptmittel unser Recht allmählich gut und volkmässig zu bilden*, Weimar 1815, in *Civilistische Abhandlungen*, Weimar 1816, p. 3 ss. V. anche F. C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 204 s. (trad. it., p. 212 s.). Cfr. G. F. PUCHTA, *Pandekten*, I ediz., Leipzig 1838, XI ediz., nach dem Tode des Verfassers besorgt von A. F. Rudorff, Leipzig 1872, § 146, p. 222: «Die reine Gestaltung des Eigenthums ist die als das Privatrecht, welches die vollkommene Herrschaft über eine Sache gewährt. Eine unvollkommene Ausbildung des Rechtsbewusstseins hat Verhältnisse des öffentlichen Rechts, so das Recht des Staats an dem *Territorium*, worauf er ruht, hereingezogen, und dieses als Eigenthum behandelt, dadurch ist die Lehre von einem Obereigenthum, *dominium eminens*, des Staats neben dem eigentlichen Eigenthum entstanden». Osserviamo che

Già esiste in Germania, durante gli anni in cui si discute sul codice e si sviluppano le teorie d'impronta romanistica, una disciplina legislativa dei diritti reali, contenuta nell'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* ⁽⁶⁶⁾. Questo regola fra l'altro i rapporti feudali, all'interno di un sistema che ha come centro l'individuo, del quale poi si differenziano ed articolano le posizioni, usando così gli schemi razionalistici per ordinare le particolarità di un diritto disuguale. Una simile tendenza all'impiego di categorie purificate in senso individualistico si ritrova nella letteratura, e non solo in quella che si limita alle fonti antiche. Ricordiamo i *Principi del diritto privato comune tedesco* di Mittermaier, un'opera che richiameremo più volte, permeata dalla tensione fra modelli intellettuali della tradizione romanistica e prassi, nella Germania dei primi decenni dell'ottocento ⁽⁶⁷⁾.

l'intreccio fra pubblico e privato caratteristico della dicotomia del diritto intermedio *dominium eminens-dominium utile* è attribuito ad una incompleta formazione della coscienza giuridica. Vi è qui la stessa teoria del progresso come perfezionamento (ad opera della scienza) che si coglie nel *Sistema* di Savigny. « Zu einer ähnlichen Theilung — prosegue Puchta — des Eigenthums (*dominium divisum*) hat das Lehensverhältniss geführt, indem das Recht des Lehensherrn als ein Obereigenthum (*dominium directum*), das des Vasallen als Nutzeigenthum (*dominium utile*) aufgefasst worden ist, und eine gleiche Gestalt hat man manchen bauerliche Gutsverhältnissen gegeben ». Questa idea di porre un diritto privato sulla cosa al di sopra della proprietà contrasta con il concetto (romanistico) del rapporto giuridico in esame e trae origine, secondo l'autore, dalla privatizzazione di condizioni giuridiche pubblicistiche. « Dem Römischen Recht ist diese Anomalie unbekannt, nach ihm und der Consequenz des Eigenthumsbegriffs müsste das Recht des Lehens-, des Gutsherrn... entweder als ein Recht anderer Art behandelt werden, oder wenn als Eigenthum, so müsste das Recht des Vasallen... ein blosses *ius in re* sein ». Infine, accanto alla nozione romanistica propria e seguendo il modello dell'*in bonis habere*, « ein dem Effect nach dem Eigenthum gleichbehandeltes Rechtsverhältniss denkbar ist ». Sulla forma divisa della proprietà e sul suo superamento v. ora D. SCHWAB, *Eigentum*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, hg. O. Brunner W. Conze R. Kosellek, B. 2, Stuttgart 1975, p. 65 ss., spec. pp. 70-79; 81-83; 90-109.

⁽⁶⁶⁾ Questo testo normativo fu promulgato il 5 febbraio 1794. Vedi ora la *Textausgabe* a cura di H. Hattenhauer e G. Bernert, Frankfurt a. M. 1970, cui si accompagna un *Register*, uscito nel 1973. Vedi ora sulla ispirazione di questo codice G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*. Vol. I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 485 ss.

⁽⁶⁷⁾ K. J. A. MITTERMAIER, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*

Il *Landrecht* prussiano pone al centro della definizione di proprietario la legittimazione a disporre con esclusione di altri della sostanza di una cosa ⁽⁶⁸⁾. Analogamente, il Codice austriaco identifica la proprietà nella legittimazione a disporre liberamente della sostanza di una cosa e dei suoi usi, distinguendo i due profili, ma comprendendoli entrambi nella nozione di *Eigenthum*, come diritto ⁽⁶⁹⁾.

Tali definizioni rinviano alle discipline che regolano i rapporti di appartenenza. Esse alludono ai limiti entro cui si concretizza il *dominium*, delineando un potere dispositivo sulla sostanza della cosa, distinto da quello sull'uso. Al primo potere viene riferito nel *Landrecht* prussiano il termine *Proprietät* ⁽⁷⁰⁾. L'esclusività e l'assolutezza dell'appartenenza, talvolta concettualizzate, *ex parte obiecti*, come *Pertinenzverhältniss* della cosa alla persona ⁽⁷¹⁾, possono così restringersi solo all'aspetto essenziale della cosa, lasciando fuori poteri e limitazioni che saranno poi individuati mediante altre figure concettuali. La « sostanza », vecchia categoria della logica classica, serve a costruire il nesso fra l'astrazione giuridica di un potere sulla cosa, reso evanescente dall'assenza dell'uso, e le discipline specifiche per cui l'uso si costituisce come potere che investe la cosa nel suo complesso e nella sua durata.

Muovendo dalla distinzione fra sostanza ed usi, fra il diritto ed il suo esercizio, che è anche il punto di vista dal quale Savigny guarda alla questione del possesso nella sua monografia del 1803, si arriva a costruire forme distinte di signoria individuale sulla cosa, connesse in origine all'appartenenza di soggetti titolari del

mit Einschluss des Handels-, Wechsel- und Seerecht, I ediz., Landshut 1821, VII ediz., Regensburg 1847.

⁽⁶⁸⁾ ALR I, 8, § 1: « Eigenthümer heisst derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache, oder eines Rechts, mit Ausschliessung Anderer, aus eigener Macht, durch sich selbst, oder durch einen Dritten, zu verfügen ».

⁽⁶⁹⁾ Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich vom 1. Juni 1811 (ABGB) § 354: « Als ein Recht betrachtet, ist Eigenthum das Befugniss, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten ».

⁽⁷⁰⁾ ALR I, 8, § 19: « Wer nur die Proprietät der Sache ohne das Nutzungsrecht hat, wird Eigner genannt ». Ma v. anche § 10: « Das Recht, über die Substanz der Sache zu verfügen wird Proprietät genannt ».

⁽⁷¹⁾ Vedi in proposito WIRTH, *Beiträge zur Systematik*, Erlangen 1856, p. 28 ss

potere a ceti diversi entro l'organizzazione corporativa della società. Vediamo quale rapporto si instauri tra questa condizione normativa e l'uso delle fonti romane. Da un lato si richiamano testi risalenti soprattutto all'epoca dei Severi, che trattano i rapporti fra proprietari e titolari di servitù o di usufrutto. Si desume da queste fonti che gli *iura in re* non diminuiscono la proprietà di una cosa; anzi i poteri da cui essi appaiono costituiti divengono diritti autonomi solo quando il non proprietario li acquisti e sono individuati per separazione dall'esercizio del *dominium* (72).

D'altro lato si delinea l'idea di una duplice proprietà derivante da due diverse determinazioni di diritto oggettivo, che la pratica — quindi anche la scienza — deve mediare (73). Pagenstecher, professore ad Heidelberg negli anni 50 ed allievo di von Vangerow, richiama a tale proposito la vicenda storica attraverso la quale lo *ius gentium* in Roma avrebbe raggiunto un valore positivo. Esso dapprima sarebbe stato recepito negli editti pretori, che lasciavano ancora intatto il primato formale dello *ius civile*, per porsi in seguito accanto a questo, con una propria stabilità, fondata sull'elaborazione della giurisprudenza (74). Ritroviamo in questa storia ideale del dualismo della proprietà le principali scansioni della *juristische Entwicklung*, secondo l'immagine che ne dà la scuola storica. Prima il diritto consuetudinario generale, direttamente e fin dalle origini legato alla vita del popolo ed alla sua storia; poi la legislazione come ausilio del diritto positivo ed appoggio al suo progresso; infine la scienza che, secondo Savigny, ricomprende le leggi entro gli istituti.

Ma agli occhi della dottrina civilistica il regime duplice della proprietà affonda ugualmente le radici nel diritto consuetudinario generale, dove le vedute romanistiche si incontrano con quelle prodotte dal diritto intermedio dei territori tedeschi (75). La modificazione più importante è rappresentata dai rapporti feudali che ta-

(72) Cfr. E. PAGENSTECHER, *Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit*, Heidelberg 1857-59 (in 3 volumi), I, 1857, p. 5 ss.

(73) Cfr. K. J. A. MITTERMAIER, *Grundsätze*, cit., I, pp. 411-13.

(74) E. PAGENSTECHER, *Eigentum*, cit., p. 9. V. anche p. 10 ss.: «Einen ähnlichen Dualismus der Rechtsanschauung bietet ausgebildete germanische Lehenswesen...».

(75) Cfr. K. J. A. MITTERMAIER, *Grundsätze*, cit., I, p. 412.

gliano lo schema unitario della proprietà delle cose immobili (76). La stessa dicotomia tra cose mobili ed immobili assume un'importanza nuova, costruendo il regime proprietario degli immobili come un capitolo autonomo del diritto di proprietà (77). Il *Landrecht* prussiano registra questa scomponibilità del rapporto di appartenenza, collegandola agli statuti personali dei soggetti, che condizionano le forme di appartenenza e di uso come il diritto di alienare (78).

Anche un'indagine sui principi romani, quale è quella di Gesterding, raccoglie problemi e categorie che nascono dalla pratica, quando esamina i singoli diritti contenuti nella proprietà e, dopo aver separato gli *iura primaria* dagli *iura secundaria* relativi alla tutela processuale dei poteri di disposizione sulle cose e strumentali rispetto ai primi, distingue fra gli *iura primaria* il dominio che si esercita attraverso l'uso pieno della cosa, *auf alle mögliche Art*; la *proprietas* come *Recht an der Substanz der Sache*, che comprende ogni altro potere all'infuori del godimento dei frutti; ed inoltre il diritto di indurre mutamenti nella sostanza della cosa fino alla sua distruzione, purché connessa al consumo (quindi ad una utilità) e non dettata dal semplice abuso. In questo caso subentra l'interesse pubblico, in base al quale Giustiniano vietava la crudeltà verso gli schiavi: *expedit enim rei publicae ne quis re sua male utatur*. È un principio che può essere esteso al maltrattamento degli animali ed alla distruzione (inutile per il proprietario) della legna appartenente ad un fondo (79).

All'impianto degli *iura primaria* viene ricondotta anche l'enfiteusi. Gesterding la considera un diritto analogo al *dominium*,

(76) Vedi in proposito J. W. HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, Berlin 1910-1930 (in 3 volumi), rist. Darmstadt 1968, II, *Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart*. I: *Das materielle Bodenrecht* (1930), p. 1 ss. Cfr. ancora sul sistema feudale della proprietà G. F. PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, I ediz., Leipzig 1847, III ediz., Leipzig 1852, I, § 146, p. 290 s. (« Auch das Feudalsystem ist eine Auffassung öffentlicher Verhältnisse als Privatrechte, oder die Anwendung privatrechtlicher Begriffe auf das öffentliche Recht... »).

(77) K. J. A. MITTERMAIER, *Grundsätze*, cit., p. 412.

(78) Cfr. J. W. HEDEMANN, *Fortschritte*, II, I, cit., p. 6.

(79) F. E. GESTERDING, *Eigenthum*, cit., p. 10 ss.

ma non accetta di equipararlo a questo. Egli respinge insomma lo schema del *geteilte Eigenthum*, comune alla normazione ed alla dottrina del diritto vigente.

La concessione di un fondo per un uso che non appare limitato nel tempo, al quale corrisponde l'impegno di coltivare la terra e il pagamento di un canone annuo, non configura una proprietà parziaria. Con il pagamento del *vectigal* si riconosce anzi l'esistenza di un diritto di proprietà superiore a quello di un uso perpetuo del fondo. L'enfiteusi si definisce come affitto perpetuo; sorge da un contratto e si risolve in un diritto reale sulla cosa altrui. Il richiamo al *Pachtcontract* viene svolto fino ad osservare che l'affitto rappresenta un valore corrispondente al godimento dei frutti e che questa corrispondenza vale anche per l'enfiteusi. Il tributo annuale pagato dall'enfiteuta è una *compensatio fructuum* più che una *recognitio dominii*. Quindi il diritto reale limita l'esercizio della proprietà, sottraendo ad esso il godimento dei frutti e lasciando intatto l'*Obereigenthum*: il potere di disporre della sostanza della cosa ⁽⁸⁰⁾.

Le pagine di Gesterding assimilano al modello dello *ius in re aliena* questo potere così ampio di disposizione, già considerato nella Glossa come un tipo speciale di proprietà, non diretta ma utile, i cui limiti dipendono dall'assetto feudale dei diritti sugli immobili. Il *dominium utile* si colloca comunque entro una determinazione di diritto oggettivo distinta dallo schema romano, il quale non consente la scissione fra *Obereigenthum* e *nutzliches Eigenthum*, così come l'*in bonis habere* è distinto dal *dominium ex iure Quiritium*.

L'*Allgemeine Landrecht* costruisce l'*Obereigenthum*, che è la figura concettualmente ricalcata sul *dominium* romano (ma presuppone una teoria complessiva molto lontana da questo), come comproprietà all'interno dello schema della proprietà parziaria. Vi sono insomma due proprietà, una formalmente superiore, l'altra accompagnata da un ambito di esercizio più ampio:

« Wenn das Eigenthum getheilt ist, so wird derjenige, welchem nur ein Miteigenthum an der Proprietät, aber kein Antheil

⁽⁸⁰⁾ *Op. cit.*, p. 405 ss.

an dem zum Eigenthum gehörenden Nutzungsrechte zukommt, Obereigenthümer genannt » ⁽⁸¹⁾.

La proprietà utile è esplicitamente legata al concetto di feudo ⁽⁸²⁾. Anche il Codice austriaco è nella stessa ottica e riferisce la proprietà senza uso ad una (teorica) sostanza della cosa:

« Wenn das Recht auf die Substanz einer Sache mit dem Rechte auf die Nutzungen in einer und derselben Person vereinigt ist, so ist das Eigenthumsrecht vollständig und ungeteilt. Kommt aber einem nur ein Recht auf die Substanz der Sache; dem andern dagegen nebst einem Rechte auf die Substanz, das Eigenthumsrecht geteilt und für beide unvollständig. Jener wird Obereigenthümer, dieser Nutzungseigenthümer genannt » ⁽⁸³⁾.

Nessuna delle due proprietà è completa. Questa valutazione ha un senso solo se muove dall'idea di *dominium* in cui pienezza dell'uso e titolarità formale del potere coincidono di regola e le varianti son segnate da *iura in re aliena*. Ma i limiti hanno anche una loro rilevanza concreta: pensiamo al *Landrecht* prussiano che vieta ai contadini di alienare le terre che coltivano, come vieta all'*Obereigenthümer* di disporre dei poteri di uso ⁽⁸⁴⁾.

I diritti consuetudinari che stabiliscono questi ostacoli alla mobilità dei fattori della produzione si fondano essenzialmente su statuti personali e di ceto. La legislazione e la dottrina influenzate dalle correnti illuministiche, tra la fine del '700 e i primi dell'800, hanno giustapposto alla definizione dell'individuo (astratto) come soggetto di diritto una serie di discriminazioni giuridiche,

⁽⁸¹⁾ ALR I, 18, § 1. Cfr. ALR I, 8, §§ 16-21. V. anche I, 18, § 2: « Ueber die Proprietät der Sache können nur der Ober- und nutzbare Eigenthümer gemeinschaftlich, mithin keiner derselben ohne Zuziehung und Bewilligung des Andern, gültig verfügen ».

⁽⁸²⁾ ALR I, 18, § 13: « Eine sache, deren nutzbares Eigenthum jemand unter der Bedingung einer dem Obereigenthümer zu erweisenden besondern Treue, gegen den von diesem ihm zu leistenden Schutz besitzt, wird ein Lehngenannt ». La disciplina dei feudi va dal § 13 al § 679. Cfr. PAGENSTECHER, *Eigenthum*, cit., p. 19.

⁽⁸³⁾ ABGB § 357.

⁽⁸⁴⁾ ALR II, 7, § 8, § 247. Cfr. J. W. HEDEMANN, *Fortschritte*, II, 1, cit., p. 6; G. TARELLO, *Storia della cultura*, cit., p. 500 ss.

a seconda degli *Stände* a cui i singoli appartengono. Troviamo così nell'*Allgemeine Landrecht* il ceto dei contadini, tra cui solo quelli liberi (*Bauern*) possono essere proprietari, ma sono comunque legati al fondo, cioè non possono disporre della sostanza della cosa; il ceto dei cittadini, sottoposti agli *iura propria* delle città, nonché a limiti generali nell'acquisto di proprietà terriere; il ceto dei nobili, possessori esclusivi di determinate categorie di beni e i soli che possano costituire fedecommissi familiari su proprietà di cose immobili.

Nei primi decenni dell'ottocento, da un lato si elimina il servaggio dei contadini sottoposti al potere signorile, dall'altro si delinea un moto progressivo verso la riunificazione del diritto di proprietà nelle mani del *Nutzungseigentümer*. Già il *Landrecht* puntava per certi aspetti su un allargamento del *dominium utile*: « Auch ausserordentliche Nutzungen, die sonst keinem, als dem wirklichen Eigenthümer der Sache gehören, kommen dem nutzbaren Eigenthümer zu ». Così il tesoro scoperto in un fondo diveniva di proprietà del vassallo.

Già con l'editto del 9 ottobre 1807, seguito da altre leggi sui rapporti agrari nel 1811, nel '16 e nel '17, si delinea un movimento di riforma e si determinano le condizioni per una mobilità sempre maggiore dei fattori della produzione. Un momento importante di questa normativa è segnato dalla *Gemeinheitstheilungsordnung* del 1821, che rende possibile sostituire diritti individuali alle comunioni di godimento.

Ma un consistente punto d'arrivo è rappresentato dalla legge sulla *Ablösung der Reallasten* del 2 marzo 1850. Con essa si sopprime l'*Obereigenthum* dei signori in tutti i feudi nazionali, ad eccezione dei feudi reali e si attribuisce all'affittuario la proprietà del bene ereditario in affitto. Per il futuro si dichiarano ammissibili i lasciti ereditari relativi ad un fondo, solo se trasferiscano l'intera proprietà ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁵⁾ ALR I, 18, § 7; I, 9, § 81 ss. (sulla tendenza ad allargare i poteri del *Nutzungseigentümer*). Sulla vicenda legislativa cui accenno nel testo v. H. DERNBURG, *Die Allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preussens und des Reichs*⁴, Halle 1884, pp. 96-98; 443-448; 510 ss.

Le innovazioni legislative non eliminano però le prassi legate al regime feudale. Il rilievo giuridico dei ceti si attenua; la proprietà tende a riunificarsi intorno all'uso, ma le consuetudini mantengono in vita le vecchie forme feudali. Savigny, il quale scrive prima della *Ablösung*, tiene fermo nel *Sistema* un rapporto fra gli *Stände* e le discipline particolari che regolano l'appartenenza delle cose immobili. I ceti sono visti anzi come la sede di formazione di consuetudini particolari che riguardano rapporti giuridici divenuti rilevanti nel diritto germanico. Non vi è però una rigida separazione tra le discipline di origine germanica e il diritto romano, sia perché questo conserva un campo libero di applicazione anche rispetto ai rapporti che gli sono estranei (ricorderei in proposito la omologia tra *Obereigenthum* e *dominium*), sia perché la relazione che instaura con i diritti particolari, ancorati agli *Stände*, non è fissa ma in movimento.

« Accanto al diritto consuetudinario generale — scrive Savigny — se ne venne formando anche uno particolare nei tempi moderni, ed il formarsi di esso in una cerchia più ristretta incontrò, come già era avvenuto nello stato romano, difficoltà molto minori. Esso poteva formarsi in questa cerchia più ristretta in forza di una coscienza giuridica veramente comune e perciò in modo puramente popolare, senza essere preparato e mediato dalla scienza. In questo diritto consuetudinario particolare si sono conservati e svolti nel modo più esteso specialmente i rapporti giuridici di origine germanica relativi ai possedimenti territoriali (feudi, beni di famiglia, beni dei contadini) oltre il diritto di successione con questi connesso; rapporti che son destinati a durare oltre la vita di un uomo, e che sogliono essere collegati con i costumi e le occupazioni continue ed affini di ceti numerosi... Tuttavia vi rimase sempre un campo libero per l'applicazione del diritto romano. Al contrario l'influenza delle consuetudini particolari si trova essere molto più limitata negli istituti giuridici già esistenti nel diritto romano, tra i quali pochi soltanto in forza dei bisogni quotidiani ricevertero nuove modificazioni mediante la consuetudine... Così dunque il diritto consuetudinario particolare restò sempre molto importante per il diritto di origine germanica, assai meno per il perfezionamento [Fortbildung] del diritto romano. E questo duplice diritto consuetudinario, generale e particolare, non deve soltanto riconoscersi per il passato, come una fonte del diritto romano attuale, accanto alle leggi, ma può ritrovarsi anche per

il futuro, esso stesso come elemento di perfezionamento [als dasselbe fortbildend] » (86).

Questa idea di perfezionamento è la serena prospettiva del *Sistema* e d'altra parte contiene una impostazione del rapporto fra diritto consuetudinario generale, ispirato agli schemi romani, e discipline particolari, tale da garantire il gradualismo nel superamento dei residui feudali e la funzione dirigente della scienza giuridica.

Dobbiamo comunque ricordare, davanti alle pagine del *Sistema*, che l'orientamento politico complessivo di Savigny, pur caratterizzato dalla realistica considerazione dei mutamenti storici in corso, è sempre contrario, anche se talvolta rassegnato, all'abolizione dei diritti particolari:

« Bisogna rassegnarsi — scrive ad Eichhorn in una lettera del 22 dicembre 1830 — al tramonto di tutti quei rapporti di cui godiamo e che ci danno sicurezza e considerare tutto ciò che si conserva come un regalo... Da molti villaggi, sui quali io ho delle servitù di pascolo, sono venuti dei delegati presso il mio amministratore ed hanno chiesto che io rinunciassi ai miei diritti, con la minaccia di demolire altrimenti i miei beni » (87).

Dopo le giornate di luglio in Francia, un moto di rivolta sembra investire l'Europa. Anche nella Germania, dopo il Belgio e la Polonia, dilagano le sommosse. In un'altra lettera, scritta a Leonhard Creuzer nell'agosto del 1831, Savigny lamenta lo stesso episodio già ricordato nella lettera ad Eichhorn. È per lui un segno dello stato degli animi, che inclina verso il liberalismo e l'ultraismo, negando i sentimenti di disciplina e diritto.

Lo colpisce il fatto che non soltanto la plebe, ma anche una parte della nobiltà terriera tenga per le posizioni liberali. In una lettera del settembre 1830 si impegna col suo amico Achim von Arnim ad ammonire seriamente il figlio di questo, che si è immi-

(86) F. C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., pp. 80-82 (trad. it., pp. 100-103).

(87) I brani della lettera si trovano in R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, 2, *Noten*, München u. Berlin 1910, p. 108 s.

schiato nella rivoluzione. Davanti ai suoi occhi entrano in crisi la certezza delle consuetudini e il rispetto dell'autorità ⁽⁸⁸⁾.

5. La ricerca di Savigny sul possesso delinea, con aggiunte e ripensamenti attraverso le successive edizioni, non solo una teoria dei diritti reali e in specie della proprietà, ma più ampiamente una visione del nesso storico tra fonti romane, diritto intermedio e sistema giuridico moderno.

La successione di queste tre fasi comporta differenze e continuità che si colgono muovendo dal tema del possesso. Savigny tende a risolvere tale nozione in quella più comprensiva di esercizio del diritto. Così egli riferisce lo schema della *possessio* all'esercizio di poteri ricavabili mediante scissione dalla proprietà ed unificati nelle varie figure dei diritti *in re aliena*.

Dobbiamo guardare alle successive stesure della monografia di Savigny come ad un lavoro « in progress » e talvolta contraddittorio, sorretto però dal proposito costante di riaffermare l'egemonia della scienza romanistica; il che significa anche assegnare ai diritti feudali un posto nel sistema, ben distinto da quello della proprietà. Per comprendere il senso di questa prima sistematica dei diritti reali, che dobbiamo confrontare con l'opera più tarda di Savigny, non è necessario seguire, edizione per edizione, il distendersi della ricerca sul possesso. Basterà ricordare solo due momenti significativi. Anzitutto la terza edizione, del 1818, in cui si elimina l'immagine della proprietà parziaria; in secondo luogo la sesta edizione, del 1836, dove si tirano le somme di un lavoro ormai quasi trentennale e si afferma la centralità del presente nell'indagine storico-giuridica, mentre compare, in rapporto alla tradizione post-romana, il concetto di *Rechtsinstitut*.

La sesta edizione contiene già chiari alcuni motivi che torneranno ampiamente nel *Sistema*. Del resto, nel '36 la redazione di quest'opera è già avviata.

La definizione del possesso muove dall'idea di detenzione fisica della cosa; delinea « una condizione nella quale non solo è pos-

⁽⁸⁸⁾ La lettera del '31 a L. Creuzer è in A. STOLL, *Friedrich Karl von Savigny*, II, cit., p. 434 s. La lettera ad Arnim è a p. 419, ma cfr. anche quella a Jacob Grimm del 18 dic. 1830, in *op. cit.*, pp. 419-22.

sibile disporre fisicamente per sé della cosa, ma può anche essere impedito ogni atto di disposizione da parte di altri». Questo è l'enunciato al quale Savigny perviene nella sesta edizione. Prima al possesso egli ricollegava l'impossibilità di atti esterni che incidessero sulla detenzione della cosa. Ora avverte che lo stato giuridico del possessore comporta soltanto una difesa; e questa può avere successo, ma può anche essere neutralizzata e vinta dal terzo ⁽⁸⁹⁾.

Dov'è l'autonomia concettuale del possesso su cui si fonda la sua tutela? Esso, a prima vista, non è altro che esercizio della proprietà; è il fatto che corrisponde a tale diritto. Quindi al proprietario spetta il potere giuridico di possedere e di alienare il possesso. La tradizione giusnaturalistica aveva dapprima negato una rilevanza indipendente del fatto. Più tardi Wolff e Kant avevano tentato di stabilirne il fondamento nel rispetto della libertà e della personalità che si afferma nel mondo esterno, col solo limite di non ledere altri. Era comunque prevalente l'intenzione di subordinare il dato fattuale al riconoscimento giuridico, concependo il possesso come immagine più astratta della proprietà o come proprietà presunta ⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁹⁾ F. C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*¹, cit., p. 26 e nt. 1.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. S. A. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo* (1672), Francofurti et Lipsiae 1759 (rist. Frankfurt a. M. 1967), lib. IV, c. IX, § VI (tom. I, p. 597): *Nobis videtur rem liquido posse expediri, si observetur, dominium posse considerari, vel prout notat qualitatem mere moralem, secundum quam res ad aliquem pertinere, ipsiusque dispositioni subiecta esse debere intelligitur: vel prout etiam adiunctum habet aliquid facultatis physicae, ut quae circa eandem nobis placuerint, statim in effectum possimus deducere. Vel quod eodem recidit, dominium quandoque consideratur, prout praescindit a possessione: aliquando velut cum eadem coniunctum intelligitur; quae est ultimum quasi complementum proprietatis, et qua posita plene isthaec effectos suos detectos exerit.* L'idea di una qualità meramente morale dell'imputazione giuridica è quello che rimane degli enunciati giusnaturalistici fino ai primi dell'800. Di conseguenza il possesso è trattato muovendo dalla sua congiunzione con la proprietà. Assume rilevanza autonoma in quanto *particula quaedam libertatis naturalis*, secondo la definizione di Wolff (su cui vedi G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, cit., p. 61 ss.). Kant approfondisce la soggettività del possesso, delineando le condizioni di possibilità di un mio e un tuo esterni, secondo regole di reciproca relazione e limitazione degli arbitri. Cfr. I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, in *Werke*, ed. Cassirer, Berlin 1912-22, VI, pp. 1-309, trad. it. di G. Vidari, ediz. riveduta a cura di N. Merker, Bari 1970: è da vedere

Osserviamo che in Savigny l'opposizione tra fatto e diritto è collocata sul piano oggettivo di un raffronto tra condizioni: « Die Ausübung des Eigenthums... ist der factische Zustand, welcher dem Eigenthum, als einem rechtlichen Zustand correspondirt »⁽⁹¹⁾. La tendenza a ricomprendere la categoria del diritto soggettivo entro determinazioni più generali che ne colgano il funzionamento nella pratica è già presente in queste pagine del *Possesso*. Essa diverrà più esplicita nel *Sistema*, dove lo schema rapporti-istituti consentirà una visione compiuta della pratica giuridica, senza perdere la dimensione individualistica degli strumenti concettuali di qualificazione.

La ricerca di strutture logiche che permettano di passare dall'individuale alla totalità, sottraendo l'atto del singolo e la stessa dimensione del privato al rischio dello sconfinamento e dell'arbitrio, corrisponde con ogni probabilità a motivi teorici di origine kantiana. Non a caso il tema dell'equilibrio tra le sfere soggettive e dell'incontro individuo-stato, volto al fine di recitare (e reprimere) l'arbitrio, si trova nella *juristische Methodenlehre*, che è lo scritto più kantiano in tutta l'opera di Savigny. La legge, come dato obiettivo, è considerata il luogo della delimitazione dei poteri soggettivi, sufficiente anche senza l'intervento della persuasione individuale del giurista a regolare appieno i diritti ed oggetto di un sapere storico⁽⁹²⁾.

tutta la trattazione relativa al diritto privato nella *Rechtslehre*, perché i concetti di mio e tuo esterni vi tornano più volte. V. in particolare, p. 66, sulla « unione semplicemente giuridica della volontà del soggetto con l'oggetto, considerato indipendentemente da ogni condizione di spazio e di tempo, secondo il concetto di un possesso intellegibile ». Ed ancora, pp. 55-56: l'uso dell'oggetto è giuridicamente in mio potere, in quanto può « coesistere con la libertà di ognuno secondo una legge generale ».

(91) F. C. VON SAVIGNY, *Besitz*?, cit., p. 27.

(92) F. C. VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 14 ss. (trad. it. in A. MAZZACANE, *op. cit.*, p. 74): « La scienza della legislazione è scienza storica. La necessità dello Stato stesso riposa su ciò, che tra i singoli sia inserito qualcosa, che limiti, nei loro rapporti reciproci, la signoria dell'arbitrio dei singoli. Tale appunto è il compito dello Stato in sé: esso costituisce in sé un siffatto elemento intermedio; è però la funzione legislativa che svolge immediatamente questo ufficio. Il grado della limitazione subita dal singolo, tuttavia non deve dipendere dall'arbitrio dell'altro; perciò un terzo dovrebbe decidere l'ampiezza di tale limi-

Ma nel *Possesso* si manifesta chiaramente un'inversione del rapporto tra diritto e fatto, che sposta il fondamento della mediazione kantiana tra le sfere soggettive, sottraendolo alla legge e ponendolo al livello della prassi.

L'esercizio del diritto non è solo una conseguenza dell'attribuzione certa di un potere formalmente delimitato, ma è a sua volta la condizione di una tutela giuridica: fonda cioè un potere diverso dal diritto soggettivo di cui costituisce l'esercizio.

Così il possesso appare un diritto indipendente dalla proprietà. Esso produce secondo le fonti romane due ordini di effetti giuridici: è requisito essenziale per il compiersi dell'usucapione e rappresenta il fondamento della tutela interdittale contro le turbative poste in essere dai terzi. In entrambi i casi è necessario che alla detenzione si accompagni l'*animus possidendi*, inteso come volontà di considerare propria la cosa (*animus domini*). Non è necessaria la convinzione di essere proprietario; basta la volontà ⁽⁹³⁾.

Questo dato fattuale a cui il volere imprime un segno soggettivo, comunque sia stato instaurato, si considera degno di essere protetto dall'ordinamento:

« Giacchè il possesso è in origine un semplice fatto, la sua esistenza è indipendente da tutte le regole che il diritto civile o anche lo *ius gentium* hanno stabilito circa l'acquisto e la perdita dei diritti. Quindi il possesso può essere acquistato o per-

tazione. Ora, poiché a sua volta molto rimarrebbe affidato all'arbitrio di questo, sarebbe meglio che vi fosse un elemento oggettivo, completamente indipendente e staccato da ogni convinzione individuale — la legge. Essa dovrebbe pertanto, secondo il suo scopo originario, essere compiutamente oggettiva, cioè così completa, che a colui che l'applica non occorra aggiungere nulla di se stesso ». Nel *Beruf* Savigny rovescerà in modo esplicito questa visione, negando la riduzione del diritto a legge e rifacendosi agli spunti di un seguace *sui generis* del kantismo, come Gustav Hugo. Cfr. sulla *Methodenlehre* e sul giovane Savigny G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1965; e dello stesso *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano 1969. V. anche F. E. JANOSI, *The intellectual Background of Savigny*, in *Seminar*, 5, 1947, p. 39 ss.; W. TEGETHOFF, *Kant und Savigny. Der Einfluss des deutschen Idealismus, insbesondere Kants, auf F. C. von Savigny*. Diss., Frankfurt a. M. 1952.

⁽⁹³⁾ F. C. VON SAVIGNY, *Besitz*⁷, cit., pp. 109-11.

duto a seguito di violenza, sebbene questa non sia certo un atto giuridico » ⁽⁹⁴⁾.

L'esplicita ipotesi di una violenza giuridificata attraverso gli interdetti, che a loro volta servono a respingere ulteriori violenze, non assistite dall'esercizio materiale del potere a cui mirano, rivela quale sia per Savigny il nucleo teorico del diritto e della disciplina: i valori ai quali si appellava di fronte alla scossa politica del 1830. Esso non è altro che la conservazione di ciò che esiste ⁽⁹⁵⁾.

La ricerca sul possesso scava, in modo significativo nella struttura dell'esistente, portando in primo piano la volontà, come elemento essenziale di padronanza sulla cosa; è, in particolare, una volontà che ha avuto successo ed è perciò difesa contro ogni appropriazione della cosa da parte di altri.

Così la pratica si sottrae ad una preventiva formalizzazione dei poteri dispositivi sulle cose entro lo schema della proprietà e dei suoi modi di trasmissione. Viene delineata insomma una tutela più aderente al concreto esplicitarsi dei poteri sui beni economici e anzitutto sugli immobili.

Dal momento che nell'usucapione il possesso occupa il posto di uno dei requisiti concorrenti all'acquisto della proprietà, si può dire che i suoi effetti giuridici principali siano gli interdetti. Perciò lo *ius possessionis* deve essere definito come diritto personale ad invocare gli interdetti possessori. La sua inclusione nella « teoria delle obbligazioni », piuttosto che fra i diritti reali, è già chiara prima della sesta edizione. In questa Savigny scarta definitivamente l'ipotesi che il diritto del possesso come diritto personale scaturisca da una presunzione di proprietà. Ora piuttosto sembra favorevole alla teoria di Puchta, che lega la tutela del possesso a quella della personalità del possessore, sottolineando gli aspetti intersoggettivi, già messi in luce da Kant, della relazione protetta, che è di detenzione materiale della cosa o di esercizio fattuale del potere ⁽⁹⁶⁾.

In questo isolamento del possesso come fatto sorretto da una volontà, nell'esigenza di una tutela aderente alla pratica dell'ap-

⁽⁹⁴⁾ *Op. cit.*, p. 44.

⁽⁹⁵⁾ *V. supra*, nt. 88.

⁽⁹⁶⁾ F. C. VON SAVIGNY, *op. cit.*, p. 61 s. (*Zus. der 6. Ausg.*).

propriazione ed autonoma rispetto al formale riconoscimento del *dominium*, avvertiamo la stessa problematica di una definizione dei poteri di fatto esercitati sulla cosa, che si ritrova nella dottrina del *geteilte Eigenthum*. Seguendo questo filo Savigny, nella seconda edizione del possesso, riunisce entro lo schema del *dominium utile* (o *in bonis habere*) corrispondente al *Nutzungseigenthum*, i poteri di fatto esercitati sulle cose immobili dall'affittuario, nel rapporto di enfiteusi, e dal superficiario. Una proposta di inquadramento concettuale che cade già nella terza edizione, dove troviamo su questo punto posizioni assai simili a quelle di Thibaut (97).

Ma sebbene l'intento di superare lo schema della proprietà parziaria, anche nella descrizione dei diritti feudali, accomuni Thibaut e Savigny, i procedimenti che essi seguono restano diversi e riflettono opposte teorie del rapporto tra forme giuridiche e prassi: divergenti immagini ideali, prima ancora che categorie descrittive, della formazione stessa del diritto.

(97) Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*², Giessen 1806, p. 99 ss. Qui si metteva in luce come le fonti assimilassero la condizione dell'enfiteuta e del titolare dell'*ager vectigalis* al dominio bonitario. Una parte della giurisprudenza romana discute se la concessione dell'*ager vectigalis* debba inquadarsi nella *locatio conductio* o nella compravendita. In epoca postclassica la stessa problematica si pone per l'enfiteusi. Una costituzione di Zenone della seconda metà del quinto secolo attribuisce *conceptionem definitionemque propriam* al contratto di enfiteusi. Su ciò cfr. Inst. 3, 24, 3; C. 4, 66, 1 (Imp. Zeno A. Sebastiano pp.). Ora, il fatto che i giuristi abbiano discusso della riferibilità dello schema *emptio-venditio* al caso dei *praedia, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur*, implica che essi riconoscano al concessionario, il quale può *alienare, vendere, donare*, un *dominium bonitarium*: una signoria sulla cosa rilevante nel diritto pretorio e tutelata mediante *actio Publiciana*, ma poi ricompresa da Giustiniano in una categoria unica di *dominium* (cfr. C. 7, 25, 1, Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.: la sola costituzione posta sotto il titolo *De nudo ex iure Quiritium tollendo*). Savigny indicava anche altre tracce di questa equiparazione del diritto dell'enfiteuta al dominio. Si tratta di testimonianze (ad es. D. 13, 3, 1, Ulp., 27 *ad ed.*; e C. 11, 62, 12, Impp. Theodosius et Valentinianus AA. *Tauro pp. et patricio*), alle quali non darà peso nelle edizioni successive, per sostenere invece nell'*ager vectigalis* e nell'enfiteusi l'esistenza di uno *ius in fundo* o *ius praedii* e la contrapposizione fra concessionario e *dominus*. Cfr. *Besitz*⁷, cit., p. 115 ss., spec. p. 118 e nt. 2, dove Savigny accoglie espressamente le critiche di Thibaut alle tesi contenute nella seconda edizione del Possesso. Vedi in proposito A. F. J. THIBAUT, *Ueber die Natur der Rechte des Emphyteuta*, in *Civilistische Abhandlungen*, Heidelberg 1814, p. 266 ss., spec. 267 s.; 274 ss.

Nel suo scritto sul *dominium directum* ed *utile*, Thibaut, dopo aver accennato alle vicende dottrinali che segnano l'origine e la storia tutt'altro che lineare di questa *Eintheilung* della proprietà, affronta subito due questioni pratiche concernenti l'enfiteuta e diversamente risolvibili a seconda che si accetti o respinga lo schema del *dominium utile* ⁽⁹⁸⁾. Egli si domanda anzitutto se l'enfiteuta acquisti il tesoro *iure accessionis*. Si ricorderà che nel caso di proprietà parziaria, il *Landrecht* faceva rientrare l'acquisto del tesoro, come tutti i vantaggi straordinari derivanti dalla cosa, nel *Nutzungseigenthum*, rivelando già una tendenza della normazione a riunificare intorno a questo dominio utile il concetto di proprietà ⁽⁹⁹⁾. Thibaut inoltre si domanda se alla prescrizione acquisitiva del diritto dell'enfiteuta possano applicarsi i principi dell'usucapione.

Savigny pone lo stesso problema, sotto un altro profilo, cercando di verificare su quali basi chi esercita i poteri dell'enfiteuta debba considerarsi possessore della cosa ⁽¹⁰⁰⁾.

Le due domande avanzate da Thibaut trovano naturalmente una risposta positiva, se si riconduce l'enfiteusi alla categoria del *dominium utile*. Ma qual è l'intima essenza di questa? A voler tentare una rassegna delle opinioni, la categoria sembra comprendere, per la maggior parte dei giuristi, il diritto dei vassalli, dell'enfiteuta, del superficiario. Altri vi fanno rientrare anche l'usufrutto, la proprietà dei sudditi di fronte al *dominium eminens* del reggente, il diritto del marito sui beni dotali della moglie, o quello di chi abbia comprato una cosa *sub lege retrovenditionis*, o di colui a cui sia stata ceduta la *rei vindicatio* ⁽¹⁰¹⁾.

Il dibattito su questa materia sembra a Thibaut un *bellum omnium contra omnes* ed egli propone la *historia dogmatis* come procedimento per comprendere lo schema *dominium utile* scoperto dai Glossatori, ma sconosciuto ai Romani. Si tratta di un'analisi delle diverse, specifiche opinioni, rispetto alle quali lo schema considerato può delinearci come astrazione. La loro eterogeneità

⁽⁹⁸⁾ A. F. J. THIBAUT, *Ueber 'dominium directum' und 'utile'*, cit., p. 69 s.

⁽⁹⁹⁾ Vedi *supra*, p. 74.

⁽¹⁰⁰⁾ F. C. VON SAVIGNY, *Besitz*?, cit., p. 118; 192 ss.; 197 ss.

⁽¹⁰¹⁾ A. F. J. THIBAUT, *Ueber 'dominium directum'*, cit., p. 73 s.

non unificabile fa sì che il metodo storico rimuova il dogma, nello stesso momento in cui ne motiva l'origine e ne isola i referenti concreti. Si svela la capacità catartica della individuazione storica, che distrugge l'astrazione mettendo in forte rilievo la particolarità e la positività del diritto ⁽¹⁰²⁾.

Dunque nella scienza giuridica non si scorge alcuna trama o direzione, mentre la storia positiva è rappresentata dalle norme che delimitano i diritti reali.

Una volta scartata la proprietà parziaria, che gli sembra una nozione troppo indeterminata, Thibaut delinea un quadro assai più ravvicinato dei diritti su cose altrui, ai quali la dottrina aveva riferito la figura del *dominium utile*. Distingue infatti:

« 1) semplici diritti di uso (*Nutzungsrechte*), come le servitù reali e personali;

2) semplici diritti di proprietà (*Proprietäts-Rechte*), come il diritto del creditore pignoratizio; infine

3) diritti misti, ovvero di uso e di proprietà. Essi sono riferiti per esempio a chi si è fatto promettere una cosa *sub pacto antichretico*, al vassallo, all'enfiteuta, e al superficiario » ⁽¹⁰³⁾.

La figura dei diritti misti è appena abbozzata ed assume contenuti più precisi solo attraverso la conoscenza storica delle leggi.

L'orientamento illuministico di Thibaut, che non sarà mai condiviso da Savigny, riappare nella affermazione di un primato della forma legislativa sui fatti. I modelli normativi che delimitano le sfere di libertà ne governano anche l'esercizio ed è inammissibile un capovolgimento di tale relazione, come quello su cui è teoricamente imperniata l'indagine savigniana in tema di possesso.

« Non si può dedurre da alcun concetto generale quali diritti spettino a coloro che hanno un tale diritto misto. Quando noi diciamo che il vassallo, l'enfiteuta e il superficiario hanno questi o quei diritti, tale condizione non può essere l'effetto di un

⁽¹⁰²⁾ *Op. cit.*, p. 75 ss. Thibaut ci offre una rassegna di materiali storici non pensati in una prospettiva diacronica. Essi rappresentano un passato indifferenziato, fatto di teorie scientifiche costruite sulle fonti.

⁽¹⁰³⁾ *Op. cit.*, p. 91 s.

dominium utile che si pretenda riferito ad essi, ma deve piuttosto essere ricavata storicamente dalle leggi » (104).

Le leggi positive costituiscono per Thibaut l'oggetto immediato dell'elaborazione e della giurisprudenza, segnandone contemporaneamente il limite di autonomia. Il giurista può essere anche filosofo e storico, ma non deve dimenticare questa subordinazione (105).

Perciò nella materia dei diritti reali, l'analisi della specifica, diretta disciplina delle forme esistenti di appropriazione deve sostituirsi alla generalità della costruzione, che ordina in uno schema bipartito di *dominium* la varietà delle norme e delle consuetudini ereditate. Gli *iura in re aliena*, ovvero i diritti particolari del vassallo, dell'enfiteuta, del superficiario possono essere riconosciuti secondo Thibaut solo a quei soggetti che se li vedano espressamente attribuiti in base a contratti o norme di legge (106).

(104) *Op. cit.*, p. 92.

(105) Cfr. A. F. J. THIBAUT, *Ueber den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze*, in *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, cit., I, p. 124 ss., *passim* e spec. p. 133: « ... Um den Streitpunct gehörig festzusetzen, und mich gegen Missdeutungen und Verdrehungen zu sichern, muss ich hier voläufig benerken, dass ich den Ausdruck: Interpretation oder Auslegung des positiven Rechts im eigentlichsten, strengsten Sinnverstehe; dass ich mir nichts weiter darunter denke, als das Auffinden der Gründe und Grundsätze, von welchen die Urheber des Rechts ausgingen, nicht, von welchen sie hätten ausgehen können, oder sollen... ». L'ideale di un codice civile unitario è in continuità con la critica dei dogmi e il richiamo alla positività delle norme, che appartengono alle ricerche del 1796-98 (raccolte nei *Versuche*), in cui è visibile la tendenza a valorizzare il *Landrecht*. Posto quindi il primato della legge, Thibaut affronta, nel suo scritto-manifesto del 1814, il problema di una nuova codificazione, tale da unificare i diritti tedeschi sostituendo anche il *Landrecht*, e ne definisce i caratteri. Cfr. A. F. J. THIBAUT, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814 ora in *Thibaut und Savigny*, cit., p. 61 ss., *passim* e spec. p. 12 ss. Sulle radici storiche e sugli esiti della controversia di cui Thibaut è con Savigny protagonista, vedi ora Z. KRSTUFEK, *La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne*, in *RHD*, IV s., 44, 1966, pp. 59-75; H. WROBEL, *Rechtsgeschichte, Wirtschaftsgeschichte, Sozialgeschichte: die Thibaut-Savigny-Kontroverse*, in *Kritische Justiz*, H. 2, 1973, p. 149 ss.

(106) A. F. J. THIBAUT, *Ueber 'dominium directum'*, cit., p. 92 s.

Vi è una netta limitazione dei diritti consuetudinari. Se sulla base delle leggi e dei contratti non è possibile provare l'esistenza di *iura* separati dalla proprietà, in capo a soggetti diversi dal *dominus*, i poteri corrispondenti si considerano parte della proprietà. È tracciata così una prospettiva di riunificazione che dovrebbe funzionare a favore dell'*Obereigenthümer*, almeno finché non intervengano norme tali da disegnare una figura diversa di proprietario.

La proposta di Thibaut, che elimina lo schema *dominium utile* dall'apparato concettuale dell'interprete, va insomma nel senso opposto a quello segnato dal *Landrecht* e sviluppato nella normazione successiva, che tende a dare maggior potere al *Nutzungseigenthümer* ⁽¹⁰⁷⁾.

La scissione delle forme giuridiche in cui si definisce e si regola la proprietà dei mezzi di produzione verrà infatti superata investendo di una signoria piena di essi il titolare dei diritti di uso. Questi è in grado di combinare l'utilizzazione dei mezzi di produzione con il lavoro vivo, ormai scorporato dalle sue condizioni oggettive, in seguito all'abolizione della servitù della gleba, ed acquistato mediante contratto ⁽¹⁰⁸⁾.

L'opinione di Thibaut circa il primato della legge è avversata dai giuristi che si rifanno in un modo o nell'altro al fenomenismo di Gustav Hugo, e perciò anche Savigny la respinge, dopo il tentativo compiuto nella *Methodenlehre* di fare della legislazione la trama oggettiva del mondo fenomenico, nella misura in cui questo è oggetto di conoscenza per il giurista.

Mi pare che nelle ricerche successive e già nella monografia sul possesso Savigny si allontani dal principio fissato nella *Metho-*

⁽¹⁰⁷⁾ Vedi *supra*, p. 74 s.

⁽¹⁰⁸⁾ L'abolizione della servitù della gleba e del servaggio ereditario dei contadini viene stabilita in Prussia con l'editto del 9 ottobre 1807. * ... Mit dem Martinitage 1810 hört alle Gutsuntertänigkeit in unseren Staate auf. Nach dem Martinitage gibt es nur Freieleute... ». I contadini liberi e poveri si trasformano in braccianti salariali nelle tenute degli Junker. Sull'editto citato vedi DERNBURG, *Allgemeinen Lehren*, cit., p. 96 s.; J. W. HEDEMANN, *Fortschritte*, cit., I, 1910, p. 9. Più in generale sulla nuova figura di produttore immediato al quale il servo della gleba cede il posto, cfr. W. CONZE, *Vom 'Pöbel' zum 'Proletariat'*, in *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, herausg. von H.-H. Wehler, Köln-Berlin 1970.

denlehre. L'unico elemento di continuità si può ravvisare nel fatto che si pongono come più immediato oggetto di indagine le fonti romane. Pure il linguaggio giuridico tradizionale denomina *leges* i frammenti del Digesto e le costituzioni del Codice. L'indagine romanistica ha sempre un ancoraggio normativo. Il *Beruf* mostra tuttavia quale sia il rapporto d'integrazione per cui questa base normativa, tramandata e rivissuta accanto ad altri elementi, diviene partecipe del diritto vivente, che va al di là degli schemi astratti della legislazione. In uno scritto del 1813, da leggere assieme al *Beruf*, è lo stesso Hugo a teorizzare la povertà della legge in senso stretto, proprio ai fini della conoscenza giuridica, che attinge a verità più complesse e riposte ⁽¹⁰⁹⁾.

La differenza di vedute tra Thibaut e il Savigny del *Possesso* si coglie nell'uso dei concetti giuridici. Savigny infatti propone un impiego degli schemi romanistici in rapporto alla pratica, dietro il quale vi è già l'idea di una organicità delle astrazioni, che ritroveremo nel *Sistema*. Le categorie scientifiche non prescrivono la disciplina di norme positive, piuttosto raffigurano i fatti di una prassi, o di più prassi unificabili. Il punto di partenza del procedimento è l'affinità tra i diritti feudali e gli *iura in re aliena* che stanno nelle fonti romane ⁽¹¹⁰⁾.

Ritorniamo per un momento alle pagine del *Possesso*, che abbiamo già citato, ove si osserva una discontinuità nella storia dei diritti reali ⁽¹¹¹⁾. I rapporti feudali formatisi entro la pratica post-romana portano con sé elementi di novità, che una riflessione attenta non può ignorare. Si oscura in essi la distinzione, chiara per i Romani, tra diritto pubblico e privato ⁽¹¹²⁾. Nella *Methodenlehre* Savigny formulava diversamente il medesimo concetto, sostenendo che il diritto statuale dei tempi antichi era più puro, mentre quello odierno è costretto a comprendere in sé la costituzione feudale: vale a dire un insieme di rapporti anteriori alla formazione stessa

⁽¹⁰⁹⁾ Vedi in proposito G. HUGO, *Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten*, in *Civilistische Magazin*, 4, 1813, p. 89 ss.; in particolare, sull'uso del termine *leges* riferito ai testi del Digesto e del Codice, p. 92 s.

⁽¹¹⁰⁾ F. C. VON SAVIGNY, *Besitz*?, cit., p. 505.

⁽¹¹¹⁾ Vedi *supra*, p. 42 s. e nt. 3.

⁽¹¹²⁾ F. C. VON SAVIGNY, *op. cit.*, p. 504 ss.

dello stato e in origine privati, anche se comprendenti forme di potere che vanno ben oltre l'utilità del singolo ⁽¹¹³⁾.

Nel *Possesso*, una volta messo da parte lo schema del *geteilte Eigentum*, e tenendo fermo il primato della prassi, egli intende stabilire quale sia la relazione fra i diritti feudali e la proprietà intesa secondo il modello romanistico.

« In tutti questi diritti — afferma — è ammissibile una tutela del semplice esercizio come nella proprietà e il possesso di tali diritti, che in questo modo verrebbe accettato, potrebb'essere ridotto, nei casi più frequenti e importanti, al possesso del suolo, cioè all'esercizio della proprietà fondiaria » ⁽¹¹⁴⁾.

Ma vi è anche, nel regime feudale, l'esercizio di diritti non riconducibili, sotto il profilo del loro contenuto concreto, al possesso del suolo. Tale esercizio di diritti si configura a sua volta come una situazione possessoria, molto simile — sottolinea Savigny — al concetto romano di *iuris quasi possessio*: uno schema che presuppone l'assimilazione degli *iura* alle cose, attuata mediante la dicotomia *res corporales - incorporales*. Resta da vedere quale sia l'effettiva relazione con il diritto romano. È indubbia l'estraneità a questo del regime feudale e tuttavia è possibile ritrovare nel passaggio dal diritto romano al diritto intermedio la trama di uno sviluppo progressivo (quella che Thibaut negava): « die Gegenstände dieser Anwendung sind dem Römischen Recht fremd, wohl aber beruht sie auf einer sehr natürlichen und consequenten Fortbildung seiner Grundsätze » ⁽¹¹⁵⁾.

Il concetto di *Grundsätze*, assunto a referente del processo storico, permette una visione evolutiva, che è più difficile se si rimane stretti alla ricognizione puntuale delle norme espresse. L'applicazione della *possessio* ai diritti feudali non crea dunque problemi: è facile generalizzare i principi ricavabili dalle fonti ed assumere come postulato che anche i Romani avrebbero usato lo schema possessorio, secondo il medesimo procedimento, se avessero conosciuto tali diritti ⁽¹¹⁶⁾.

⁽¹¹³⁾ F. C. VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 13.

⁽¹¹⁴⁾ F. C. VON SAVIGNY, *Besitz*⁷, cit., p. 505.

⁽¹¹⁵⁾ *Op. cit.*, p. 506.

⁽¹¹⁶⁾ *Loc. ult. cit.*

L'ipotesi sulla quale si ricostruisce un rapporto logico fra (principi fondamentali del) diritto romano e pratica post-romana suppone una compatibilità dei due termini entro il ragionamento giuridico. Suggestisce insomma la consequenzialità del dopo rispetto al prima, descritta e criticata da Hegel, ma può raggiungerla solo sottoponendo il materiale normativo delle fonti antiche a procedure interpretative di generalizzazione e di completamento, per trarne fuori categorie capaci di rappresentare le prassi moderne al pari di quelle antiche.

Thibaut, nel suo scritto del 1814 sui diritti dell'enfiteuta, aveva sostenuto che questi dovessero comprendersi nella categoria dello *ius in re aliena*, non in quella del *dominium*. Tale indirizzo emerge, a suo parere, in modo decisivo dalle norme del Digesto e del Codice. Savigny, dalla terza edizione in avanti, accetta la tesi del suo avversario (117).

Ora, quale relazione connette gli *iura in re aliena*, che in un modo o nell'altro hanno al centro poteri riconducibili all'uso e variamente limitati, con la proprietà, che implica in teoria una legittimazione e tutela piena da parte dell'ordinamento alla disposizione della cosa? La risposta muove dalla categoria unitaria di esercizio del diritto, che può rappresentare senza forzature le prassi corrispondenti ad entrambi i generi di diritti. Come l'esercizio della proprietà, anche senza un formale riconoscimento della titolarità del possessore, viene tutelato contro atti di violenza per mezzo degli interdetti, così l'esercizio di *iura* che appaiono elementi separati del *dominium* (« abgesonderte Bestandtheile des Eigenthums ») merita la stessa protezione. Tale analogia è espressa attraverso l'immagine di una *quasi possessio* che assume ad oggetto lo *ius in re*, visto come *res incorporalis* (118).

Nell'equazione tra possesso ed esercizio del diritto, Savigny ripercorre lo schema normativo e sistematico del *Landrecht*. Questo infatti ipotizzava il possesso dei diritti ed insieme la proprietà su di essi (a sua volta sottoposta alla *Eintheilung* di cui abbiamo già visto i tratti distintivi).

(117) Vedi *supra*, nt. 97.

(118) *Besitz*⁷, cit., p. 472 ss.

« Wer das physische Vermögen hat — leggiamo nei primi paragrafi relativi al possesso — über eine Sache mit Ausschliessung Anderer zu verfügen, der hat sie in seiner Gewahrsam, und wird Inhaber derselben genannt ...

Wer aber eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, unmittelbar oder durch Andere, in seine Gewahrsam nimmt, der wird Besitzer der Sache » (119).

E parallelamente:

« Wer ein Recht ausübt, ist Inhaber des Rechts.

Wer aber ein Recht für sich selbst ausübt, wird Besitzer des Rechts genannt » (120).

L'intenzione è l'elemento costitutivo del possesso (un punto fermo nella teoria di Savigny). Altrettanto essenziale è l'esclusività, che ritroviamo nel concetto di *Eigenthum*, come potere dispositivo formalizzato sulla sostanza di una cosa o di un diritto:

« Eigenthümer heisst derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache, oder eines Rechts, mit Ausschliessung Anderer, aus eigener Macht, durch sich selbst, oder durch einen Dritten zu verfügen » (121).

Fissata la convergenza tra *iura in re aliena* e proprietà, Savigny distingue dagli altri diritti reali il regime dell'enfiteusi. In questa infatti l'oggetto del possesso non è il diritto che ha una portata più limitata rispetto alla proprietà, ma è la cosa stessa su cui l'enfiteuta esercita poteri di uso. Una simile inconseguenza si spiega solo storicamente.

Sulle orme di Niebuhr, Savigny fa discendere la tutela interdittale del possesso dalla necessità di proteggere le concessioni di *ager publicus* a favore dei privati. Tenendo presente questa peculiare origine della disciplina possessoria, si capisce perché nei rapporti che derivano storicamente dalle antiche concessioni di *ager publicus* ed in quelli che vi sono assimilati, l'oggetto del possesso sia direttamente la cosa e agli atti d'immissione che incidono su questa si opponga la difesa interdittale. Così nella disciplina del-

(119) ALR I, 7, §§ 1-3.

(120) ALR I, 7, §§ 4-5.

(121) ALR I, 8, § 1.

l'*ager vectigalis* l'affittuario titolare di *ius in re* è direttamente possessore della cosa, in quanto la qualificazione e la normativa dell'*ager vectigalis* si son formate sul modello dell'*ager publicus*. Allo stesso modo, avendo Giustiniano assimilato l'affitto ereditario dell'enfiteusi a quello dell'*ager vectigalis*, esistono i presupposti per poter riferire la tutela interdittale al possesso della cosa ⁽¹²²⁾.

Con questa spiegazione storica, i punti d'arrivo della ricerca di Savigny diventano più chiari. I diritti feudali, costruiti come *iura in re aliena*, vengono distinti dalla proprietà. L'esercizio di questi diritti è tutelato al pari del possesso. Il punto di distacco dal *Landrecht* è nel rifiuto della proprietà parziaria. Viene invece adottata una duplice correlazione che abbraccia da un lato la continuità nota tra possesso e dominio, dall'altro un'analoga continuità tra esercizio del diritto reale e titolarità formale di esso, escludendo la figura, ammessa nel Codice prussiano ed accolta dalla dottrina, di una proprietà che ha per oggetto un diritto ⁽¹²³⁾. Mi sembra che così il romanista isoli un modello di proprietà assoluto. I diritti di uso sono per lui *iura in re*. D'altro canto, quando il *Nutzungseigentümer* diventerà vero proprietario, lo schema di un solo *dominium* gli si adatterà perfettamente.

Dunque nel delineare il modello unitario possesso-esercizio di diritti, Savigny propone una teoria giuridica valida per il presente. Questa costruzione è lo sviluppo logico di un ripensamento del diritto romano, capace a suo avviso di restaurarne il senso, abolendo gli errori del diritto canonico e del diritto tedesco ⁽¹²⁴⁾.

Nella sesta edizione, in continuità con le ripetute affermazioni di attualità del diritto romano, Savigny formula nel modo più netto la tesi, che ritroviamo pochi anni dopo nel *Sistema*, secondo cui ogni dottrina si misura entro il presente. Qui sta per il giurista il significato del lavoro teorico. Dai bisogni attuali nascono il

⁽¹²²⁾ F. C. VON SAVIGNY, *Besitz*?, p. 197 ss.

⁽¹²³⁾ Vedi in proposito G. A. B. DU ROI, *Noch einige Bemerkungen über 'actio in rem' und 'actio in personam', 'ius in re' und 'obligatio'*, in *Archiv für civilistische Praxis*, 6, 1823, p. 252 ss., spec. p. 291 ss.; e cfr. H. DERNBURG, *Allgemeinen Lehren*, cit., p. 445.

⁽¹²⁴⁾ F. C. VON SAVIGNY, *Besitz*?, cit., p. 504.

giudizio scientifico e la selezione; solo attorno a questi si ricostituisce la validità del diritto romano. Ma ciò significa, per il romanista scienziato del diritto e non antiquario, prendere le distanze dalla pura storiografia. Sono accenti insoliti per Savigny e rivelano nella sua opera, a partire dagli anni 30, un peso crescente della visione sistematica, che risponde ad esigenze costruttive non nuove, già affacciate ai tempi del *Beruf*.

« Una ricerca storica — egli osserva — può indurci alla conclusione che il possesso in origine abbia avuto un significato del tutto diverso da quello che troviamo nel diritto moderno. Questa veduta storica può non avere alcuna influenza diretta sul significato della dottrina moderna del possesso. Giacché se il possesso ha cambiato il proprio fondamento, allora è quello che troviamo nel diritto moderno a dover essere studiato e spiegato proprio come se fosse il primo e l'unico; tale è il metodo che anch'io di fatto ho seguito ed ecco perché la ricerca storica non poteva, come in altre materie, essere posta al vertice dell'indagine » (125).

Siamo ormai molto prossimi alle formulazioni del primo volume del *Sistema*, circa i procedimenti selettivi della scienza e i bisogni del presente come base di verifica.

6. « Solo nella grande coesione del sistema... gli istituti giuridici possono essere pienamente compresi » (126). Essi sono elementi di cui si coglie l'identità, solo ritrovandone il comune e reciproco legame. La vocazione a collocare l'immagine separata e individuale degli istituti entro la totalità di cui essi praticamente partecipano è più di una volta espressa nelle pagine del *Sistema* di Savigny.

« Io pongo l'essenza del metodo sistematico — egli spiega — nel riconoscimento e nell'esposizione dell'intimo legame o dell'affinità, per cui i singoli concetti giuridici e le singole regole sono connesse in una grande unità » (127).

(125) *Op. cit.*, p. 59 s. (*Zus. der 6. Ausg.*).

(126) F. C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 10 (trad. it., p. 39).

(127) F. C. VON SAVIGNY, *Vorrede*, in *System*, I, cit., p. xxxvi (trad. it., p. 21).

Eppure, nell'unità, vi è l'esigenza di dividere, quasi tracciando segmenti, che sappiano ordinare l'intero, che ne distinguano le parti e le facciano oggetto di esposizione:

« Tutti i rapporti giuridici nella ricca e vivente realtà formano un tutto organico, che noi però siamo costretti a scomporre nelle sue parti per comprenderle successivamente e per poterle comunicare agli altri. L'ordine pertanto, in cui noi disponiamo tali parti, può essere determinato solo da quell'affinità che giudichiamo preponderante; quanto alle altre affinità, che pure esistono realmente, si possono far risultare soltanto secondariamente in un'esposizione distinta » (128).

Per la scelta dell'ordine espositivo, che implica una precisa immagine delle singole parti risultanti dalla scomposizione, non vi sono — riconosce Savigny — vie obbligate. Conviene lasciar libero ogni scrittore di assecondare la propria inclinazione soggettiva scegliendo l'ordine che gli sembri più fecondo: privilegiando (e non ciecamente) l'uno o l'altro denominatore intorno al quale accomunare istituti o rapporti giuridici (129).

Lo stesso concetto di intuizione (*Anschauung*), usato per indicare l'inquadramento ed insieme la piena conoscenza dell'istituto all'interno del sistema, non può prescindere da questa sfumatura soggettiva, che riflette l'inclinazione mentale del giurista e le sue scelte di valore (130).

Nella tolleranza verso la soggettività, che viene in queste pagine riferita ai modelli sistematici, possiamo scorgere un ulteriore

(128) *Vorrede*, cit., p. xxxvii (trad. it., p. 21).

(129) *Vorrede*, cit., pp. xxxvii-xxxviii (trad. it., pp. 21-22).

(130) *System*, I, cit., p. 7 (trad. it., p. 36); p. 9 (trad. it., p. 38): un passo che ho già ricordato (v. *supra*, p. 44 e nt. 6). Inoltre v. *supra*, p. 46 e nt. 11, sull'identità di posizione tra rapporti ed istituti. Su ciò v. *op. cit.*, p. 16: « Die Gestalt aber, in welcher das Recht in dem gemeinsamen Bewusstsein des Volks lebt, ist nicht die der abstracten Regel, sondern die lebendige Anschauung der Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhang, so dass, wo das Bedürfniss entsteht, sich der Regel in ihrer logischen Form bewusst zu werden, diese erst durch einen künstlichen Prozess aus jener Totalanschauung gebildet werden muss... » (trad. it., p. 44). La scienza quindi mette in opera strumenti analitici rispetto ai quali la vivente intuizione degli istituti giuridici appare presupposta. La soggettività di cui parla Savigny è nello sforzo di approssimazione all'intero. Lo stesso procedimento della scienza è seguito dal legislatore: cfr. *op. cit.*, p. 44 (trad. it., p. 67).

elemento di originalità rispetto alle tesi del *Beruf*, che additava come modello una scienza giuridica composta da persone fungibili. Né si può dire che l'elogio dei giuristi romani investisse nel *Beruf* soltanto la pratica giurisprudenziale dei *responsa*. Questa si identificava con la teoria, secondo uno schema ripreso poi nel *System*, e la intuizione dei rapporti, che esprimeva tale identità, veniva subordinata al possesso dei principi fondamentali. Un possesso sovrapersonale, le cui forme non dovevano variare da giurista a giurista ⁽¹⁸¹⁾.

In realtà, anche attribuendo un carattere soggettivo e perfettibile al procedimento mediante il quale la scienza scompone l'intuizione degli istituti, Savigny rafforza nel lettore l'idea che il sistema sia una totalità empirica prima di essere un reticolo concettuale. D'altra parte, queste pagine introduttive offrono una chiave per analizzare dall'interno la trattazione della proprietà. Qui infatti abbiamo l'istituto singolo reintegrato in un contesto di rapporti più ampio: quello del diritto patrimoniale (*Vermögensrecht*). Tale categoria entifica una relazione concettuale non arbitraria, ma desunta dalla prassi. Essa esprime l'affinità preponderante tra istituti e rapporti riconducibili allo schema del potere individuale (*Vermögen*) su cose o attività esterne, delimitato dal diritto positivo ⁽¹⁸²⁾. Qui possiamo scorgere le forme ideali che reggono la descrizione dell'affinità.

L'idea di potere sta già dentro l'essenza dei rapporti giuridici, ma Savigny non fa muovere la propria analisi da un isolamento della dimensione soggettiva, che si sforza invece di radicare nella reciprocità della convivenza. Quest'ultima « è possibile solo mediante il riconoscimento di una invisibile linea di confine, entro la quale la esistenza e l'attività di ciascuno possano godere di uno spazio libero e sicuro ». La forma esterna della libertà e della sicurezza è la garanzia che il diritto offre allo sviluppo della volontà e della forza morale. La regola giuridica assegna alla volontà

⁽¹⁸¹⁾ Vedi *supra*, p. 54 s. e nt. 34.

⁽¹⁸²⁾ *System*, I, cit., p. 334: « Wir haben also zunächst die Gegenstände aufzusuchen, worauf möglicherweise der Wille einwirken, also seine Herrschaft erstrecken kann; daraus wird eine Übersicht der verschiedenen Arten möglicher Rechtsverhältnisse von selbst folgen ».

individuale (o meglio a ciascuna volontà che convive nel rapporto) « un campo nel quale essa domina indipendente da ogni volontà altrui » ⁽¹³³⁾.

Questo dominio della volontà individuale sul mondo esteriore assume come affini due generi fondamentali di oggetti: da un lato la natura non libera, dall'altro « gli esseri liberi simili al volente, ossia le altre persone ».

Il diritto sulle cose, « che nella sua forma più pura e completa si chiama proprietà », è un dominio sulla natura, mentre le obbligazioni stabiliscono un dominio concettualmente analogo su atti determinati di altri soggetti, che attraverso questa specifica subordinazione non perdono la propria libertà, ma scelgono di limitarne l'esercizio.

« Mediante queste due specie di diritti, proprietà ed obbligazioni, viene ad essere esteso oltre i limiti naturali del proprio essere il potere della persona che ne è investita [*die Macht der berechtigten Person*]. Ora l'insieme dei rapporti che estendono in modo siffatto il potere [*Macht*] di un individuo viene chiamato patrimonio [*Vermögen*] di esso e l'insieme degli istituti giuridici, che vi si riferiscono, diritto patrimoniale [*Vermögensrecht*] ».

Il concetto di *Vermögensrecht* non è nuovo nel pensiero di Savigny. Già nell'indagine sul possesso, egli include il diritto agli interdetti nell'ambito delle obbligazioni, che naturalmente distingue dai diritti reali, ma che inquadra insieme a questi nella categoria unitaria del *Vermögensrecht*. Anche nel *Beruf* egli afferma che il diritto patrimoniale romano si divide nei due concetti fondamentali dei diritti sulle cose e delle obbligazioni. Il Codice civile francese, che pure si rifaceva agli schemi romani in questa materia, non sarebbe riuscito, secondo una delle critiche che Savigny gli rivolge, a definire le due nozioni basilari del *Vermögensrecht*. In effetti, dopo il primo libro dedicato alle persone, il *Code civil* comprende un secondo libro sui beni e sulle diverse modificazioni della proprietà, ed infine un terzo sui differenti modi di acquisto della proprietà, nel quale rientra la materia dei contratti e delle

⁽¹³³⁾ *System*, I, cit., p. 337 (trad. it., p. 340).

obbligazioni. Al contrario il *genus* « *Vermögensrecht* », articolato nelle due *species* dei diritti reali e delle obbligazioni consente di evitare l'erronea *suppositio* dei contratti alla proprietà (134).

Savigny sottolinea la somiglianza, che ha radici nella prassi, fra proprietà ed obbligazioni. Queste si traducono in appropriazione di denaro ed hanno il più delle volte come scopo l'acquisto della proprietà o il godimento temporaneo di essa (135). Inoltre, Savigny vede nella qualificazione del singolo come personalità astratta un aspetto dei rapporti patrimoniali, anche se l'isolamento non è il dato su cui costruire il sistema (che muove invece dall'integrazione del singolo nel *Rechtsverhältniss*) (136).

La combinazione tra rapporti reali ed obbligatori, se la guardiamo come immagine della società oltre che come schema giuridico, disegna in una prospettiva logica unitaria l'impianto privatistico delle forme di produzione e di scambio. Questa è la base dell'affinità prescelta da Savigny. Tutti i rapporti mediati o mediabili dal denaro e tendenti al soddisfacimento dei bisogni, volti all'appropriazione della natura ed alla contemporanea collaborazione tra i singoli, possono essere così ricompresi entro la coppia concettuale libertà-dominio, purché si supponga un diritto

(134) Vedi anzitutto F. C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., pp. 338-40 (trad. it., p. 341 s.). In una nota egli sottolinea tra l'altro come il termine *Vermögen*, sinonimo di *Macht*, sia più pregnante di *patrimonium*. Per gli usi anteriori della categoria *Vermögensrecht*, in SAVIGNY, cfr. *Besitz*?, cit., p. 48; *Beruf*, cit., p. 66 s.: « ...Die Theorie des Vermögensrechts ist im Ganzen die Römische. Bekanntlich beruht aber das Römische Vermögensrecht auf zwei Grundbegriffen, der dinglichen Rechte nämlich und der Obligationen, und jeder weiss, wie viel die Römer mit der Schärfe und Bestimmtheit dieser Begriffe ausrichten... ». Questa determinatezza manca nel *Code civil*. Anche qui il modello teorico si presenta come rispondente alle fonti.

Altri usi del tutto analoghi del concetto di *Vermögen* sono in F. C. VON SAVIGNY, *System*, cit., II, 1840, p. 238 (trad. it., p. 242 ss.); IV, 1841, p. 137 (trad. it., p. 171). L'originalità dell'impostazione che troviamo nel sistema è messa in rilievo da K. BIRKMEYER, *Ueber das Vermögen im juristischen Sinne. Römisch-rechtliche Quellenstudien*, Erlangen 1879, pp. 174-77.

(135) F. C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 339 (trad. it., p. 342).

(136) *Op. cit.*, p. 340 (trad. it., p. 342 s.). Sullo sforzo di oggettivismo che si coglie nella nozione di rapporto giuridico, cfr. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., pp. 222-26.

oggettivo (per Savigny la tradizione emendata dalla scienza) che garantisca la libertà, proprio mentre ne disciplina le forme di alienazione, e tuteli il dominio sulle cose.

Le varie forme del dominio vengono riassunte in tre sistemi diversi, nei quali campeggia il problema della determinazione dei limiti di spazio da assegnarsi a ciascun soggetto. Savigny fa intervenire in questa costruzione logica lo stato, che considera prima come sede di un'ideale comunione dei singoli nel loro rapporto con la natura, poi come titolare a sua volta di un dominio che viene concesso ai privati, in misura più o meno ampia. In entrambi i casi lo stato stabilisce sulle cose che sono oggetto di proprietà e di godimento un potere che è logicamente distinto e che — da qualche cenno più concreto — appare storicamente anteriore e nel presente solo marginale rispetto al pieno dispiegarsi dei diritti patrimoniali, visti come espressione della libertà e del dominio degli individui ⁽¹³⁷⁾.

I tre sistemi di distribuzione del dominio, che non si escludono l'un l'altro, ma anzi possono essere applicati contemporaneamente, ruotano tutti intorno alla scissione fra proprietà e godimento. Savigny aveva analizzato la stessa dicotomia nel *Possesso*, rifiutando la duplicazione feudale della proprietà e qualificando *iura in re aliena* tutte le forme di potere il cui esercizio non giungeva al possesso diretto della cosa (salva l'eccezione storica dell'enfiteusi) e non ne toccava quindi la sostanza.

Il primo sistema di distribuzione prevede proprietà comune e godimento comune. Esso si riferisce al patrimonio dello stato, sottratto alla contrattazione privata. Il secondo sistema, definito il più raro, prevede proprietà comune e godimento privato. Savigny ricorda in proposito l'esempio storico dell'*ager publicus*, la cui di-

⁽¹³⁷⁾ *Op. cit.*, p. 368 s. (trad. it., p. 367 ss.). I cenni più concreti al potere dello stato, che fanno pensare ad una sua marginalità, fatta eccezione per il patrimonio che direttamente gli spetta (« mag nun dieses im Ertrag von Steuern, Regalien, oder Domänen bestehen » [corsivo mio]), sono anzitutto il riferimento all'*ager publicus* dell'antica Roma ed alla proprietà della corporazione, il cui regime è stato riformato da una legge del 1821 (v. *infra*, nt. 138); in secondo luogo l'osservazione che il sistema della proprietà comune e del godimento privato è il più raro; in terzo luogo il riconoscimento che il modello proprietà privata-godimento privato è predominante dappertutto.

sciplina gli era parsa nel *Possesso* un archetipo dell'enfiteusi: cioè, tra gli *iura in re aliena*, quello più simile ai rapporti feudali, anche per l'ambiguità non sciolta della *possesso rei*.

Ma Savigny rammenta un'altra applicazione, più attuale, della divisione fra *Gemeingut* e *Privatgenuss*. Si tratta delle ipotesi in cui la proprietà spetta alla corporazione ed il godimento è attribuito individualmente ai suoi membri. Oppure, come nella materia regolata dalla *Gemeinheitstheilungsordnung* del 7 giugno 1821, la proprietà appartiene ad una città o ad un villaggio e ad essa corrisponde una comunione di godimento dei membri della comunità, ma contemporaneamente a questi si riconosce la facoltà di chiedere la separazione e la distribuzione individuale dei diritti di uso. Quella che ho appena citato è una delle leggi particolari che anticipano e preparano, nei primi decenni del secolo, la *Ablösung der Reallasten* del 2 marzo 1850, nella quale, come abbiamo visto, si definisce nettamente l'unificazione della proprietà e la soppressione legislativa delle *Vertheilungen* feudali ⁽¹³⁸⁾.

Dunque il sistema della proprietà comune e del godimento privato è ciò che rimane della proprietà parziaria nella trattazione di Savigny. Si riferisce a rapporti di cui già esiste (nel 1840) una riforma legislativa, ma che durano ancora nella prassi. È opportuno richiamare a questo punto un brano che abbiamo già ampiamente citato, compreso anch'esso nel primo volume del *Sistema* e relativo al diritto consuetudinario. Savigny vi esamina fra l'altro i rapporti feudali, « che sogliono essere collegati con i costumi e le occupazioni continue ed affini di ceti numerosi ». L'esempio che fa seguire a tale definizione riguarda i diritti consuetudinari speciali, i quali nelle città stabiliscono forme di comunione dei beni tra i membri di una corporazione e modificano i principi comuni della successione ereditaria ⁽¹³⁹⁾.

Proprio questa è la condizione normativa che la legge del 2 marzo 1821 tendeva a rimuovere, riconoscendo il diritto dei sin-

⁽¹³⁸⁾ Sulla *Gemeinheitstheilungsordnung* cfr. H. DERNBURG, *Allgemeinen Lehren*, cit., pp. 117-19 e nt. 11. Sulla *Ablösung* vedi *supra*, p. 74 s.

⁽¹³⁹⁾ F. C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 81 (trad. it., p. 101). La *Gütergemeinschaft* di cui qui si parla è la stessa condizione giuridica alla quale Savigny (*op. cit.*, p. 368) riferisce lo schema *Gemeingut und Privatgenuss*.

goli a una disposizione privata dell'uso dei beni. Savigny tratta tale regime come una formazione consuetudinaria che rappresenta una variante nell'istituto della proprietà, ma può essere circoscritta e superata dal diritto consuetudinario generale, diretto — come sappiamo — dalla scienza romanistica.

Infine, la terza forma di distribuzione prevede

« proprietà privata e godimento privato, dipendenti dalle libere contrattazioni o da eventi naturali riconosciuti dal diritto positivo. Questa forma, predominante dappertutto, è la sola con cui noi abbiamo a che fare nel diritto privato. Su ciò riposa il concetto della proprietà, il cui pieno riconoscimento ha per effetto la possibilità della ricchezza e della povertà, entrambe senza limiti » ⁽¹⁴⁰⁾.

Savigny dà a quest'ultima forma un maggiore risalto. La proprietà così descritta rientra del tutto nell'idea di patrimonio individuale, come insieme di cose materiali, di diritti, di debiti: tutti mediati, di fatto o potenzialmente, dal denaro. Essa può venire limitata, per volere del *dominus*, con la costituzione di *iura in re aliena*. Mentre il feudatario, come osserva Hegel, disponendo solo dell'uso, non era proprietario del valore della cosa, cioè non poteva trasformarla in denaro, il proprietario pieno può sempre disporre di tale valore ⁽¹⁴¹⁾, che Savigny definisce « di proprietà o di vendita » e che è, alla lettera, il valore di scambio. Ciò non significa — aggiunge Savigny — che dal patrimonio restino esclusi gli oggetti di proprietà inalienabili o quelli che hanno un valore di uso. E d'altro canto, anche il lavoro dell'uomo rientra a pieno titolo nello schema del *Vermögen*, in quanto sia posto ad oggetto di una libera contrattazione e di un rapporto obbligatorio ⁽¹⁴²⁾.

In questo esame della proprietà, entro la cornice del *Vermögensrecht*, qualcuno ha messo in luce l'astratta purezza del concetto, legandola ad un più generale distacco della romanistica dalla prassi. Savigny — stando a quel che leggiamo in una dissertazione di B. Busz pubblicata nel 1966 — avrebbe ignorato tutti gli aspetti concreti della proprietà e con questi anche il dif-

⁽¹⁴⁰⁾ *Op. cit.*, p. 369 (trad. it., p. 368).

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. G. F. W. HEGEL, *Grundlinien*, cit., § 63, trad. it., p. 71.

⁽¹⁴²⁾ F. C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 376 s., nt. k (trad. it., p. 375).

ficile problema del *geteilte Eigentum*, preferendo gli schemi individualistici ad un esame della funzione sociale del diritto ⁽¹⁴³⁾.

Una tesi dello stesso genere era stata sostenuta, non senza forzature, in un libro di H. Wagner, che risale al 1938, sulla proprietà parziaria nel pensiero giusnaturalistico e nel positivismo ⁽¹⁴⁴⁾. Wagner è convinto che Savigny, nonostante le sue scelte conservatrici, appartenga al movimento liberale e che ciò appaia nelle pagine sulla proprietà.

Lo schema del liberalismo savigniano che Wieacker limita ai primi lavori ⁽¹⁴⁵⁾, è ben poco determinato da Wagner. Esso non riesce a dar conto della visione politica autoritaria di Savigny, che è caratteristica in quanto si accompagna ad una svalorizzazione del potere legislativo dello Stato, riducendo la sfera del pubblico all'attività giudiziaria, all'amministrazione, alla repressione.

Alcuni passi del *Sistema* propongono un abbozzo di teoria dello stato, la cui essenza è la sottomissione dei governati ai governanti ⁽¹⁴⁶⁾. Anzitutto, lo stato non ha il solo compito di circoscrivere ed impedire la « naturale tendenza degli uomini verso la reciproca distruzione ». Non è un male necessario e non è soltanto un mezzo (lo è certo rispetto all'attuazione del diritto privato). Esso viene potenziato e non reso superfluo dal dispiegamento della vita morale ⁽¹⁴⁷⁾. In secondo luogo, appare come qualità del popolo. Savigny respinge la teoria del contratto sociale, sostenendo l'origine naturale dello stato, che considera come la sede permanente entro cui si attua il diritto ⁽¹⁴⁸⁾. Ma quello che è più importante è l'esplicita esclusione di qualsiasi limite posto o da porre all'attività dello stato. Con ciò mi sembra che Savigny prenda posizione contro i motivi liberali presenti nella cultura tedesca

⁽¹⁴³⁾ B. BUSZ, *Die historische Schule und die Beseitigung des geteilten Eigentums in Deutschland. Ein Beitrag zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtswirklichkeit im 19. Jahrhundert (jur. Diss.)*, München 1966, passim e spec. pp. 56-63.

⁽¹⁴⁴⁾ H. WAGNER, *Das geteilte Eigentum im Naturrecht und Positivismus*, Breslau 1938, spec. pp. 54-70.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., pp. 383-85.

⁽¹⁴⁶⁾ F. C. VON SAVIGNY, *System*, I, cit., p. 30 s. (trad. it., p. 56).

⁽¹⁴⁷⁾ *Op. cit.*, p. 332 s. (trad. it., p. 336 s.).

⁽¹⁴⁸⁾ *Op. cit.*, p. 23 ss. (trad. it., p. 50 ss.).

del suo tempo. Egli si oppone anche alle tesi moderate che erano state espresse sul rapporto fra libertà dello stato e del singolo da Wilhelm von Humboldt ⁽¹⁴⁹⁾. È insomma il tema della libertà politica che rimane fuori dalla sua prospettiva, mentre gli è familiare l'idea di una libera determinazione degli individui nel campo dei rapporti economici. Su di essa fonda, anzi, il diritto privato.

Ricordiamo infine che Wagner avanza due ipotesi per spiegare l'immagine individualistica della proprietà in Savigny. Essa può aver subito l'influsso sia delle dottrine del diritto naturale, sia della definizione romana di *libertas*. La seconda ipotesi suggerisce una ulteriore estensione della categoria storiografica del liberalismo, fino a comprendere lo stesso diritto romano, la cui rinascita moderna è stata uno dei fattori di crisi del sistema feudale ⁽¹⁵⁰⁾.

Nei lavori di Wagner e Busz si avverte abbastanza chiaramente la forma sovratemporale che assumono gli schemi romanistici, e in particolare la proprietà, in Savigny. Anche se il formalismo savigniano è innegabile, voglio sottolineare, a conclusione della mia indagine, che il distacco dei suoi schemi dal mondo giuridico in cui sorgono è solo apparente. Né essi sono ridicibili ai modelli settecenteschi o agli istituti romani che pretendono di restaurare. Vi è, a guardar bene, un nesso con la pratica: un tentativo di dominarla.

Mentre leggiamo le pagine ove Savigny modella, certo in una dimensione sovratemporale, le varianti della proprietà, appiattendolo per esempio il *geteilte Eigenthum* sul regime antico dell'*ager publicus*, dobbiamo ricordare qual è il fondamento e quali sono i meccanismi interni di questo sapere, che elabora il sistema muo-

⁽¹⁴⁹⁾ *Op. cit.*, p. 25: «... Ich will nicht den Staat auf die Zwecke des Rechts beschränken, ja die Theorie soll sich überhaupt nicht anmassen, die Freiheit individueller Entwicklung durch Aufstellung ausschliessender Zwecke der Thätigkeit des Staats begränzen zu wollen...» (trad. it., p. 51). La posizione liberale di W. von Humboldt, con la quale mi paiono in netto contrasto le opinioni di Savigny, è espressa in due scritti: *Idee per un saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, del 1792 e *Memoriale per una costituzione corporativa*, del 1819. Si possono leggere in trad. it., assieme ad altri scritti in W. VON HUMBOLDT, *Stato società e storia*, a cura di N. Merker, Roma 1974.

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. H. WAGNER, *op. cit.*, p. 65 s. e nt. 4. La definizione romana è quella contenuta in D. I, 5, 4, pr., Florentinus 9 *institutionum*.

vendo dalle fonti romane, ma col proposito di rispondere ai bisogni del presente. Direi che esso vuole svolgere una funzione progressiva, stringendo in modo unitario e semplificando gli istituti più direttamente connessi allo scambio tra i privati. Eppure, nonostante lo stile netto del *Sistema*, che tante volte è stato definito « classico », l'immagine del progresso resta fino all'ultimo ambigua. Bisogna tener presente l'ostilità spesso ribadita da Savigny verso la forma della legge e la stessa sua angoscia privata di fronte ai rivolgimenti liberali che spezzano le illusioni quietistiche, per capire la cautela con cui egli teorizza uno schema uniforme della proprietà tutto immerso nello scambio libero e nel diritto patrimoniale che ne costituisce l'immagine.

Come ho cercato di mostrare, Savigny ha sempre davanti agli occhi il regime feudale dei rapporti di appartenenza. Non lo nega recisamente, ma si sforza di circoscriverlo, entro un quadro teorico che riconosce alla scienza compiti selettivi ed ammette, con molti gradualismi, la categoria del mutamento. Non manca nel *Sistema* il richiamo alle forme feudali, anche se la teoria della proprietà assume connotazioni liberistiche, quando fa centro sul concetto di *Vermögen*.

La base di tale liberismo è nella essenza stessa dei rapporti giuridici. Il diritto privato è la struttura fondamentale della convivenza, che spiega e giustifica la dinamica dei patrimoni. Ricchezza e povertà illimitate ci appaiono come una traduzione empirica della coppia libertà-dominio. Il pieno riconoscimento di ambedue questi termini favorisce lo sviluppo dei rapporti di scambio: l'arricchimento progressivo come estensione del dominio e la povertà senza limiti come esercizio di libertà individuale ⁽¹⁵¹⁾.

Savigny intravede dunque, dietro la visione liberistica della proprietà, il problema della disuguaglianza, ma non riferisce alla

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. su questo punto G. F. W. HEGEL, *Grundlinien*, cit., §§ 241-44, trad. it., p. 202 ss. La generalizzazione del collegamento tra gli uomini porta secondo Hegel l'accumulazione delle ricchezze e correlativamente la divisione e limitatezza del lavoro particolare, quindi la dipendenza e la necessità della classe legata a questo lavoro. È vana di fronte a questa dialettica necessaria l'uguaglianza, intesa come mero dover essere (§ 200). Il riferimento di Savigny alla concorrenza ed allo sviluppo illimitato di ricchezza e povertà ha in sé probabilmente un'eco (non molto nitida) dell'analisi hegeliana della società civile.

disparità delle ricchezze l'idea di limite, su cui ha costruito lo schema della convivenza tra i soggetti liberi. In altre parole, il diritto è indifferente alla distribuzione dei beni tra i privati, soprattutto nel momento in cui ogni vincolo cade e regna l'assolutezza della proprietà individuale.

FRANCESCO DE SANCTIS

PROPRIETÀ PRIVATA E SOCIETÀ MODERNA:
HEGEL E STEIN (*)

« Se il progresso è uno scopo, per chi lavoriamo? »

HERZEN (*Dall'altra sponda*)

I.

1. Nel § 36 delle *Grundlinien* di filosofia del diritto Hegel enuncia quella che è stata definita ⁽¹⁾ la *Grundnorm* del diritto

(*) La *Filosofia del diritto* di Hegel verrà citata secondo i quattro volumi dell'Edizione Ilting, HEGEL, *Rechtsphilosophie*, Stuttgart-Bad Cannstatt, di cui il I vol. 1973 e gli altri 1974 (= *EI*, I, II, III, IV), contenenti gli scritti editi ed inediti della filosofia giuspolitica di Hegel; l'edizione della *Rph* pubblicata da Hegel nel 1821 è in *EI*, II, e di essa sarà sempre dato il luogo corrispondente della trad. it. MESSINEO, *Lineamenti di filosofia del diritto* (= *LfD*), Bari, 1965*, anche se la mia traduzione, a volte, se ne discosta. Per facilitare la lettura delle note, inoltre, do, qui di seguito e tutte insieme, le abbreviazioni dei titoli delle opere di Stein che mi sono servite per la stesura del presente lavoro: *Socialismus und Communismus des heutigen Frankreichs. Ein Beitrag zur Zeitgeschichte*, Leipzig, 1842 = *SuC*; *Blicke auf den Socialismus und Communismus in Deutschland, und ihre Zukunft*, in «*Deutsche Vierteljahrs Schrift*» 1844, 2.Heft, p. 1-61, ristampa anastatica a cura della Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1974 = *SuCiD*; *Der Begriff der Arbeit und die Principien des Arbeitslohnes in ihrem Verhältnisse zum Socialismus und Communismus*, in «*Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*», 3.Bd, Jahrgang 1846, 2.Heft, p. 233-290, ristampa anastatica a cura della Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1974 = *BdA*; *Die sozialen Bewegungen der Gegenwart*, in «*Die Gegenwart. Eine encyklopaedische Darstellung der neusten Zeitgeschichte für alle Stände*», I.Bd., Leipzig, 1848, p. 79-93, ristampa anastatica a cura della Wissenschaftliche Buchgesellschaft (in: STEIN, *Schriften zum Sozialismus*, 1848, 1852, 1854), Darmstadt, 1974 = *SB*; *Proletariat und Gesellschaft*, Testo ripreso dalla seconda edizione di *SuC* (1848), curato, introdotto e commentato da M. Hahn, München, 1971

astratto: «Sii persona e rispetta gli altri come persone» (2). Il sapore kantiano dell'imperativo sembra testimoniare quella riconciliazione che Hegel avrebbe trovato con il diritto naturale moderno (3).

Ma in Kant, una volta che la storia ha avuto origine, uomo e mondo si trovano opposti in una situazione paradigmatica, secondo la quale il mondo, come esterno all'uomo, dal punto di vista del diritto, si definisce come il mezzo (il complesso di mezzi attuali e possibili) per la realizzazione degli scopi umani: i rapporti che gli uomini stabiliscono tra loro per il dominio della natura presuppongono già una natura cosale appartenente a tutti; il mondo delle cose da appropriare all'uomo è un dato metastorico allo stesso titolo per cui metastorico è il mondo della personalità. Lo stato di natura, anche se caratterizzato dalla 'provvisorietà', ha già in sé a priori questo principio. Il fondamento antropologico del diritto è un rapporto tra persone per il possesso delle cose esterne accomunate dall'essere per natura oggetto dell'arbitrio dell'uomo nelle situazioni intersoggettive ob-

= PuG; *Ideen zur Geschichte der Arbeit*, in «Deutsche Vierteljahrschrift» 1849, I. Heft, p. 354-379 = GdA; *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, riproduzione anastatica dell'edizione curata ed introdotta da G. Salomon (1921) a cura della Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1959, in tre voll. = GdsB I, II, III; *Zur preussischen Verfassungsfrage*, in «Deutschen Vierteljahrschrift» 1852, I. Heft, ora in STEIN, *Gesellschaft - Staat - Recht*, hg. E. Forsthoff, Frankfurt-Main-Berlin-Wien, 1972, p. 115-146 = ZpVF; *Das Wesen des arbeitslosen Einkommens und sein besonderes Verhältnis zu Amt und Adel*, in «Deutsche Vierteljahrschrift» 1852, 4. Heft, p. 139-190 = WdaE; *Demokratie und Aristokratie*, in «Die Gegenwart. Eine encyclopaedische Darstellung der neusten Zeitgeschichte für alle Stände», 9. Bd., Leipzig, 1854, p. 306-344, riproduzione anastatica a cura della Wissenschaftliche Buchgesellschaft in STEIN, *Schriften* cit., p. 63-101 = DuA; *System der Staatswissenschaft*, ristampa dell'edizione 1856, Osnabrück, 1964, due voll. = SdS, I, II; *Lehrbuch der Volkswirtschaft. Zum Gebrauche für Vorlesungen und für Selbststudium*, Wien, 1858 = LdVW; *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*, ristampa dell'edizione Stuttgart 1876 in STEIN, *Gesellschaft - Staat - Recht*, cit., p. 147-494 = GuZ.

(1) «Die Grundnorm des Naturrechts» è l'intitolazione editoriale del § 36 della *Rph* in *EI*, II, 192.

(2) *Loc. ult. cit.* (*Lfd.*, p. 52).

(3) Sul punto M. RIEDEL, *La critica di Hegel al diritto naturale*, in *Id.*, *Hegel fra tradizione e rivoluzione*, trad. it. E. Tota, Bari, 1975 (p. 35-65) spc. 56 ss.

bedienti ai principi imm modificabili della ragione. La storia si modula su questo principio senza più porlo in discussione.

Che cosa significa invece nel pensiero di Hegel questo 'civettare' con enunciati di tipo kantiano? Cioè, che significa concretamente per Hegel «sii persona e rispetta gli altri come persone»?

2. La personalità è definita da Hegel la «legittimazione del libero volere» (4) come 'puro riferimento a sè' (5), come la «essenza libera» che è in ognuno in quanto riconoscimento della libertà dentro la 'finità' dell'essere già «determinato e finito da tutti i lati» — negazione dunque di tale finità per un'infinità 'semplice', aurorale e finale al tempo stesso, caratterizzante solo quei popoli e individui in grado di avere «la nozione di sè come oggetto, ma come oggetto innalzato dal pensiero alla semplice infinità, e quindi come oggetto puramente identico a sè» (6). In questo senso è capovolto il significato usuale di 'persona', «espressione piena di disprezzo» (7): la «maschera borghese» (Adorno), svelatasi destino, non impedisce il riconoscimento di quanto già è «determinato e finito da tutti i lati», è bensì divenuta ciò che 'immediatamente' fonda il riconoscimento; essa è proprio l'essenza libera affiorata nella storia non soltanto come fenomenico manifestarsi nel mondo giuridico. La personalità che fonda il diritto astratto è l'universale segreto dell'uomo che faticosamente si svela a sè stesso, attraverso il suo 'esserci' e la sua storia. La sua verità perciò non è l'individualità, bensì essa è la verità dell'individualità: luogo del riconoscimento della sua liberazione. È infatti attraverso la lotta per il riconoscimento, rispetto alla signoria accettata per paura, che essa diventa nucleo elementare e universale dello spirito oggettivo (8), imponendo erga omnes il rispetto di un'acquisizione faustiana, tragica.

(4) *EI*, II, Zu § 35, p. 189.

(5) *EI*, II, § 35, p. 188 (*Lfd.*, p. 51).

(6) *EI*, II, § 35 Anm., p. 192 (*Lfd.*, ibidem).

(7) *EI*, II, § cit., p. 191.

(8) Per Ritter (cfr. J. RITTER, *Person un Eigentum. Zu Hegels «Grundlinien der Philosophie des Rechts»* § 34-81, in «Marxismus-Studien», hg. von I. Fetscher, 4. Folge, 1962, p. 206) la tesi decisiva della *Rph* è «che anche tutti i sostanziali

Nucleo universale, dicevo, ma *fattosi tale*: all'interno di una epoca che si è posta 'sulla testa', non c'è individuo che sfugga al destino 'personale' (9), ai doveri che questo impone recidendo ogni legame con la natura. L'immergersi della libertà nel mondo scatena un processo di elettrolisi che isola al polo negativo le 'cose' producendo dal caos animato la cosa inanimata (indeterminata): la personalità si emancipa dalle cose ma, nello stesso tempo, stabilisce le cose, le determina. Questo potere determinante è appunto la libertà in quanto volontà (= pensiero), ed essa costituisce l'impulso al dominio che è potenzialmente diretto e determinato a darsi l'esserci in tutto ciò che storicamente si specifica come cosa. Il pensiero in quanto volontà si libera oggettivamente ponendo di fronte a sè (producendo) un mondo di cose senza autonoma determinazione per determinarle, dominarle. Questa liberazione è personalizzazione del mondo, reificazione (10). È un vero e proprio processo di *Entseelung* (tutto ciò che si definisce naturale « non ha anima per sè » (11)) quello da

ordinamenti etico-spirituali della libertà vengono ad esistenza con la proprietà del diritto civile. Perciò l'astratta sfera esterna della proprietà stabilita nel diritto privato viene compresa da Hegel come la condizione della possibilità per la realizzazione della libertà nell'intera dimensione della sua sostanza religiosa, politica, etica. La libertà dell'uomo in quanto libertà propria della storia europea del mondo viene portata al suo esserci nella libertà astratta della proprietà». Questa tesi, troppo radicale, si spiega se si tien conto della centralità che ha, secondo Ritter, la libertà che si manifesta nella società moderna, come realizzazione del 'principio del Nord', nel pensiero hegeliano.

(9) *EI*, II, § 40, Anm., p. 204 (*Lfd.*, p. 54): « Nel diritto romano, perfino la personalità stessa, come contrapposta alla schiavitù, è soltanto uno *stato*, una *situazione* »; v. anche *EI*, III, *Zu Rph* § 40 A, p. 201: « Nel diritto romano la personalità può essere soltanto una caratteristica esteriore, ma persona non è la situazione dell'individuo, bensì ogni uomo è persona in quanto uomo, e l'altro (dall'uomo) è situazione, ed invero un non giuridico ».

(10) Sul punto estesamente J. RITTER, *Person und Eigentum* cit., spc. 207 s., 212 s.

(11) *EI*, II, *Zu* § 39, p. 197 (*Lfd.*, p. 440); *EI*, IV, § 36, p. 173: « Chi non è persona non ha alcun diritto, poichè soltanto la libertà ha esserci assoluto. L'animale ha anche esserci, ma questo non è da rispettare, poichè non è l'esserci di un essere libero ». Nell'Aggiunta di Gans al § 44 (*Lfd.*, p. 316) leggiamo inoltre: « Tutte le cose possono diventare proprietà dell'uomo, poichè questi è volontà libera, ... ma ciò che sta di contro a noi non ha questa qualità. Quindi ciascuno

cui emerge l'autocompimento della personalità come volontà libera, totalmente effettuale solo allorchè ha risucchiato l'anima del mondo naturale, dissolvendo il suo in-sè. Così la personalità diventa il destino di un mondo-di-cose, esso stesso prodotto, di fronte a cui quella ha il dovere del dominio, dell'appropriazione sostanziale ⁽¹²⁾. Sostanziale perchè la materia disanimata non può più appartenere alle cose, e rispetto al potere-dovere determinante della personalità si manifesta mera « resistenza », una esteriorità senza verità alcuna ⁽¹³⁾. In questo senso ciò che è divenuto cosa è destinato a costituire il *Dasein* della libera personalità che ' esiste ' soltanto come capacità (possibilità) di dominio, assicurato dallo Stato, sul mondo di cose affiorato dalla natura; la persona si effettua nella proprietà (« libera e piena » ⁽¹⁴⁾); la proprietà delle cose, in cui il mondo è stato frantumato (a cui il mondo è stato ridotto), è perciò la « sfera esterna » ⁽¹⁵⁾ della libertà personale. In questo modo il mondo intero è rifatto e la materia ha acquisito, aldilà di ogni superstizione, soggezione o veduta intellettualistica, l'anima che le compete.

3. Per Hegel dunque non esiste a priori un mondo di cose dato insieme alla personalità, non esiste cioè una distinzione metastorica uomo-natura, bensì il mondo di cose non determinate,

ha il diritto di rendere cosa la sua volontà, o sua volontà la cosa; cioè, in altre parole, di sopprimere la cosa e di convertirla in sua; poiché la cosa come esteriorità non ha un fine autonomo ... Quindi, appropriarsi, significa, in fondo, soltanto manifestare l'elevatezza della mia volontà di fronte alla cosa, e dimostrare che questa non è in sé e per sé, e non è fine autonomo. Questa manifestazione avviene perchè io pongo nella cosa un fine diverso da quello che essa aveva immediatamente ... un'anima diversa da quella che ... aveva; io gli do la mia anima »; *EI*, IV, § 44, p. 184-185: « Allorchè l'uomo fa sue le cose dà loro la massima destinazione di cui siano capaci ... Conseguo soltanto da un più alto grado della civiltà che l'uomo ha la coscienza che tra le cose esterne non si dà alcunché che sia da rispettare in senso assoluto ».

⁽¹²⁾ *EI*, I, § 32, p. 262: « Non la materia è la sostanza della cosa, bensì ciò, che possa essere fruita »; *EI*, II, § 61, p. 254 (*Lfd.*, p. 69): « il totale uso o l'utilizzazione è la cosa in tutta la sua estensione » poiché « la sostanza della cosa per sé ... è ... la sua non-sostanzialità ».

⁽¹³⁾ *EI*, II, § 52, p. 228 (*Lfd.*, p. 63).

⁽¹⁴⁾ *EI*, II, § 62, p. 256 (*Lfd.*, p. 69).

⁽¹⁵⁾ *EI*, II, § 41, p. 206 (*Lfd.*, p. 56).

destinate al dominio, è proprio il risultato di una storia: la liberazione della personalità, la sua autoproduzione dalla natura; cosa e personalità sono perciò entrambe frutto dello stesso processo: la civiltà come *Bildung*. In questo senso l'uomo non dispone 'naturalmente' di 'cose', ma soltanto attraverso la civiltà che è costruzione (produzione in senso forte), reificazione. Prima della reificazione liberatoria è vero semmai il contrario; perciò per Hegel il cosiddetto uomo naturale è fundamentalmente non libero. Ma il senso tragico della liberazione come catarsi appare all'uomo nello stesso processo, nel momento in cui egli riconosce in sè stesso la cosa, nel momento in cui, come dice Hegel, ciò che l'uomo è secondo il suo concetto « diviene capace di conseguire la forma della cosa » (16). L'autocoscienza si apprende come libera solo se reifica e distingue da sè non soltanto la sua immediata esistenza naturale, ma la sua vita intera (corpo e spirito), ponendosela di fronte come ciò che fa resistenza (*Gegenstand*). La *Bildung* e la *Ausbildung* dell'homo faber è soprattutto l'appropriarsi di sè come un'esteriorità da sè prodotta, come il diverso presente in sè per essere sè stesso, come 'cosa' che debba ricevere la sua congrua destinazione. Liberarsi dalla propria natura dominandola significa immediatamente dominare liberamente la natura. Solo allorchè la natura nel suo complesso è reificata, emerge il mondo in cui la libertà domina.

'Cosa' è dunque, per Hegel, tutto ciò a cui la libertà personale sottrae o non riconosce autodeterminazione, perciò la possibilità (le possibilità) della libertà cresce col crescere del mondo cosale, della civiltà frutto dell'espandersi della libertà. Ma questo ampio significato di cosa per cui l'uomo stesso si duplica in una parte personale ed una cosale, la quale ultima deve rappresentare anch'essa, così come ogni altra 'cosa', l' 'esistenza della libertà' (17) consegue un risultato ideologicamente cospicuo: l'essenza personale non viene smentita nell'individuo sfornito di fatto di ogni possesso di cose esterne, poichè già il pieno dominio di sè significa rispetto di quella *Grundnorm* che impone ad ognuno il proprio destino personale. La proprietà che dunque deve essere

(16) *EI*, II, § 57, p. 240 (*Lfd.*, p. 66).

(17) *EI*, II, § cit. Anm., p. 242 (*Lfd.*, p. 67).

effettivamente garantita a tutti è *soltanto* questa proprietà, come riconoscimento fondamentale del diritto astratto; la proprietà di sé stesso, per tutti, è il nucleo che dà senso al moderno istituto e lo qualifica in senso emancipativo. Perciò, una volta assicurato tale nucleo, « *che cosa e quanto* io possiedo è ... una contingenza giuridica » riguardante esclusivamente la 'particolarità' che ha a che fare con « i fini soggettivi, i bisogni, l'arbitrio, il talento, circostanze esterne etc. » (18): l'uguaglianza che quella *Grundnorm* presuppone e stabilisce è « soltanto eguaglianza delle persone astratte come tali, *fuori dalla quale* cade ... tutto quanto riguarda il possesso, *questo terreno dell'ineguaglianza* » (19). Perciò infine, per il diritto astratto così come Hegel lo fonda, tutti sono persone libere, poichè tutti sono proprietari, almeno di sé, e in questo senso tutti hanno il dovere di essere proprietari.

4. Impostato così il discorso sulla proprietà privata, perdono significato alcuni temi classici del pensiero giusnaturalista. In primo luogo non è più problema stabilire l'atto originario che fonda l'istituto della proprietà — nè l'occupazione, nè il 'consenso', nè il lavoro isolatamente presi, sono sufficienti, fuori della storia, a dare ragione del complesso processo, fondamentalmente emancipativo, che Hegel ricostruisce attorno a tale istituto, di cui, per altro, riconosce la radicale modernità — non è a caso infatti che egli annoti che è solo « da ieri » che esso è apparso nel mondo, e soltanto « qua e là come principio » (20). A conferma di ciò vediamo infatti che Hegel enuncia l'uno accanto all'altro i diversi modi di acquisto della proprietà senza apparentemente privilegiarne alcuno sul piano genetico, dando anzi per scontato che l'appropriazione cosiddetta originaria è 'accidentale' (21), mentre fondamentale si è fatto soltanto il riconoscimento erga omnes della *possibilità* di appropriarsi. Ciononostante se si considera proprio quanto si è visto sopra non si può non riconoscere che il punto di riferimento rispetto a cui

(18) *EI*, II, § 49, p. 224 (*Lfd.*, p. 61).

(19) *EI*, II, § cit. Anm., p. 226 (*Lfd.*, p. 62).

(20) *EI*, II, § 62 Anm., p. 260 (*Lfd.*, p. 70).

(21) *EI*, II, § 50, p. 228 (*Lfd.*, p. 62).

Hegel riesce a scoprire la 'modernità' della proprietà privata è il lavoro; questo è l'elemento che sorregge proprio quel doppio processo, già descritto, e comunque è certamente attraverso il lavoro che avviene quella appropriazione fondamentale (l'appropriazione di sé) che ha capovolto i rapporti del mondo moderno, emancipandolo dalla servitù ⁽²²⁾. Dunque nemmeno un lavoro genericamente definito, ma specificamente quello che « ha preso il lavoro della natura ed ha sollevato l'attività formativa dall'elemento dell'incoscienza » ⁽²³⁾ appropriandosi della causalità della natura; il lavoro cioè di quello che Hegel, nella jenesa *Filosofia dello spirito*, definisce il « ceto dell'industria e del diritto » il cui significato cosmico-storico si svela attraverso quella 'morte del naturale' che qui, con termine weberiano, si è definita *Entseelung*. In secondo luogo, e proprio a partire da quanto ora detto, in Hegel non ha più senso un discorso sui limiti all'appropriazione della natura: nè per quanto concerne una limitazione per così dire ecologica del dominio dell'uomo su di essa — poichè la materia che la compone è una mera 'resistenza' in rapporto al potere determinante dello spirito, un semplice mezzo per testimoniare o portare ad esistenza la libertà della personalità —, nè per quanto concerne un'apriorica limitazione intersoggettiva all'appropriazione del mondo cosale, una tale limitazione ha senso soltanto in rapporto al tipo di riconoscimento che caratterizza il diritto ('storico' o 'astratto') che vige in uno Stato. L'unico limite che Hegel sottolinea, fondandolo sulla 'natura della cosa' ⁽²⁴⁾ — quale però è emersa dalla storia —, è quello all'appropriazione-alienazione della cosa-uomo.

5. Questo tema è oggetto in particolare di §§ 66 ss. della *Rph*, ma anche qui è da tenere presente che tale limite intanto sorge in quanto la mia sostanza spirituale mi si è svelata libera

⁽²²⁾ *EI*, II, § 57, p. 240-244 (*Lfd.*, p. 66-67).

⁽²³⁾ HEGEL, *Jenaer Realphilosophie. Vorlesungsmanuskripte zur Philosophie der Natur und des Geistes von 1805-1806*, ed. Hoffmaeister, Hamburg, 1969², p. 255 (trad. it. CANTILLO, *Filosofia dello spirito jenesa*, Bari, 1975, p. 196).

⁽²⁴⁾ *EI*, III, § 66, Anm., 4, p. 251; *EI*, IV, Zu § 66, p. 273 (*Lfd.*, Agg. Gans, p. 323, note hegeliane p. 459).

proprio attraverso la reificazione di me stesso e la riappropriazione di me. Questo è il fondamento giuridicizzato della disponibilità di me quale 'libero proprietario' di «attitudini particolari, corporali e spirituali e delle possibilità dell'attività»⁽²⁵⁾ alienabili soltanto se permane la mia riconoscibilità in quanto persona anche dopo tale alienazione, la quale dunque, a differenza dell'alienazione della proprietà, deve lasciarmi proprietario di me, libero. Oltre ad inserirsi logicamente all'interno del concetto hegeliano di proprietà piena (descritto ai §§ 61-63) il limite invalicabile alla reificazione-alienazione è dunque proprio il prodotto contestuale di quel processo generalizzato di reificazione che Hegel chiama 'ritorno in me stesso'⁽²⁶⁾, volendo significare appunto il ritrarsi della personalità in un punto in cui, essendosi totalmente purificata da ogni elemento altro, nulla più può essere cosa. E questa è certamente la registrazione dell'avvenuto riconoscimento istituzionale dell'incontro solitario (scandito da stoicismo, cristianesimo e Riforma) dell'uomo con sé stesso, ma è anche la realistica acquisizione che in un mondo di necessità, come quello che lo spirito fatalmente ricrea, la verifica della libertà non può aversi che in quello che Hegel chiama «il mio tempo concreto», come liberazione (parziale) dal lavoro, dalla produzione per i bisogni; è soltanto assicurando giuridicamente l'invalicabilità del limite al «concreto farsi cosa» che il lavoro rappresenta per l'uomo, che l'essenza personale risulta effettivamente liberata da quelle 'potenze sotterranee' eluse dalla civiltà. In tal senso si afferma al § 67 che «Con l'alienazione di tutto il mio tempo concreto, per mezzo del lavoro, e della totalità del mio prodotto, renderei proprietà d'un altro la sostanzialità di essi, la mia *universale* attività e realtà, la mia personalità»⁽²⁷⁾.

6. Che Hegel enunciando questa prescrizione pensasse ad un aspetto specifico di quella 'questione sociale' già caratterizzante il suo tempo non si può ignorare. Ma non si può nemmeno ignorare, però, che, attraverso l'identificazione di 'vita' = «tempo

⁽²⁵⁾ *EI*, II, § 67, p. 278 (*Lfd.*, p. 74).

⁽²⁶⁾ *EI*, II, § 66, Anm., p. 276 (*Lfd.*, p. 73).

⁽²⁷⁾ *EI*, II, p. 278 (*Lfd.*, p. 74).

concreto » = « totalità intera dell'attività esterna » ⁽²⁸⁾, la preoccupazione maggiore di Hegel — come risulta dalle aggiunte alla *Rph* e dagli estratti dalle lezioni curati da Ilting — è distinguere lo schiavo dal salariato, per affermare l'indiscutibile 'libertà' di questo. Hegel sa bene che già si afferma da più parti che i salariati « starebbero peggio degli schiavi dei romani » in quanto totalmente insicuri « in rapporto alla sussistenza della propria vita », ma, ciò non ostante, a suo avviso, la differenza tra lo schiavo e il salariato continua ad essere « che l'uno è un uomo libero e l'altro no. L'uomo libero cede liberamente all'altro la sua produzione » ⁽²⁹⁾. Pur ammettendo dunque che Hegel si sia spinto con lo sguardo fin sul baratro che si apre al lavoro 'libero' nel « campo di battaglia » di una società di fatto dominata dai proprietari dei mezzi di produzione (il capitale come il fondamento immediato della ricchezza individuale ⁽³⁰⁾), bisogna però anche ammettere che il salario resta per lui, a livello della libera contrattazione che caratterizza la sfera del diritto astratto, il segno tangibile della libertà del lavoratore. E ciò risulta più facile dal punto di vista sistematico, per il semplice fatto che Hegel ha già espunto dalla trattazione della proprietà privata, perfettamente in linea con l'emergente diritto borghese, il problema del bisogno concreto (che 'astutamente' sorge prima di quella solo per costringere la personalità a liberarsi ⁽³¹⁾), ma soprattutto il problema (non soltanto di quella che a suo avviso è la necessaria ineguaglianza del possesso) del cosiddetto 'necessario' per vivere. Il necessario, che pur spetterebbe a tutti gli uomini per vivere, una volta superata ogni veduta intellettualmente moralistica, è per Hegel qualcosa che ha a che fare (al contrario del bisogno fondamentale di libertà assicurato dal diritto astratto) esclusivamente con quei bisogni umani che egli, per semplice comodità, continua a chiamare 'naturali'. E in questo senso il necessario

⁽²⁸⁾ *EI*, II, § 70, p. 288 (*Lfd*, p. 77).

⁽²⁹⁾ *EI*, IV, § 67, Anm. I, p. 241.

⁽³⁰⁾ *EI*, II, § 200, p. 646 (*Lfd*, p. 177).

⁽³¹⁾ *EI*, II, § 45, Anm., p. 216 (*Lfd*, p. 59): « Avere proprietà, appare come mezzo rispetto al bisogno, sorgendo questo per primo; ma la vera posizione è, che dal punto di vista della libertà la proprietà, in quanto il primo *esserci* della stessa, è fine essenziale per sé ».

per la vita « è qualcosa di diverso dal *possesso* e appartiene a un'altra cerchia: la società civile » (32).

7. Infatti è soltanto nella società civile, che dal punto di vista storico fonda il diritto astratto della personalità — tramutando lo stesso significato di tale diritto, che rende ormai capace lo Stato moderno di accettare in sè e poi di assimilare anche la particolarità liberata che aveva prodotto la decadenza dello Stato antico —, è soltanto qui che per la prima volta appare la « persona concreta » come « totalità di bisogni e mescolanza di necessità naturale e di arbitrio » (33) quale principio ineliminabile dell'eticità moderna, in cui la produzione per i bisogni sociali è divenuta oggetto primario dell'attenzione dello Stato (*Staatsoekonomie*) e il sistema dei bisogni si è fatto la 'possibilità' del soddisfacimento universale di essi, che (sottraendosi storicamente alla famiglia, quale luogo della antica 'economica'), in quanto 'ricchezza generale', da un lato non può che determinare l'attesa di tutti al soddisfacimento, e dall'altro — presentando una situazione in cui la reificazione è effettuale e tutti gli oggetti sono già in proprietà — impone che « l'individuo vale solo nella misura in cui consuma e produce » (34). Qui, inoltre, il necessario per la soddisfazione dei bisogni, lungi dall'essere un dato naturalistico, si configura come una soddisfazione media di bisogni essenziali in rapporto allo standard di vita sociale; scendendo al di sotto del quale si resta fuori dalla società civile (laddove la si consideri soltanto in quanto 'sistema dei bisogni') e si perde la dignità personale che, per rapporto a quelli, caratterizza il cittadino in quanto borghese.

Se dunque nella società civile viene tutelata legalmente la mera 'possibilità' di soddisfare i bisogni (correlata alla possibilità di diritto astratto di essere proprietario nel senso suddetto) tramite l'intreccio tra proprietà individuale e lavoro sociale, in un rapporto di generale interdipendenza, nella stessa società

(32) *EI*, II, § 49, Anm., p. 226 (*Lfd.*, p. 62).

(33) *EI*, II, § 182, p. 633 (*Lfd.*, p. 167); § 218, p. 664 (*Lfd.*, p. 190): « proprietà e personalità hanno nella società civile riconoscimento giuridico e validità ».

(34) *EI*, I, § 97, Anm., p. 313.

'naturalmente' tende a prodursi una concentrazione polare di ricchezza e di povertà di mezzi di soddisfazione dei bisogni sociali. Questa — come già insegnava la scienza economica — si svela compiutamente soltanto col pieno e libero sviluppo del principio economico che sorregge la produzione di merci, consistente appunto nel fare della (socialmente) illimitata soddisfazione di bisogni reificati nel 'valore' ⁽³⁵⁾ il fine ultimo della libertà dell'uomo — assolutizzando così la 'libertà formale' ⁽³⁶⁾. Questo sviluppo infinito dei bisogni e delle 'cose' che li 'rappresentano', in rapporto all'atomismo dell'arbitrio libero di creare, pur nell'uniformità imposta dal 'sistema', sempre nuove distinzioni per tutelarsi come tale, se è certamente la testimonianza dell'avvenuta liberazione dalla natura, è ora, anche e soprattutto, l'affermarsi e l'estendersi della 'seconda natura' (necessità e casualità) rievocata nel sistema dei bisogni. Il 'lusso' — che in Hegel è patologico raffinarsi della capacità di essere bisognoso: libertinaggio della ragione che è l'intellettualismo di questa sfera — come fenomeno sociale si scontra con la maledizione della 'plebe' ⁽³⁷⁾ che, non a caso, non trova posto nella stratificazione sociale descritta da Hegel, parzialmente in linea con il *Landrecht* prussiano ⁽³⁸⁾.

8. Tale stratificazione, che Hegel considera ancora essenzialmente di tipo cetuale, è per lui determinata non soltanto oggettivamente, dalla « divisione concreta della ricchezza generale » ⁽³⁹⁾ e dalla sua articolazione interna in rapporto ai tipi di lavoro che la producono, ma anche soggettivamente, dalla capacità individuale di porsi (tramite la *Bildung* e il *Beruf*) nel ceto sociale

⁽³⁵⁾ *EI*, III, § 63, p. 235 ss.; *EI*, IV, § 63, Amn.en, p. 325-327, § 65 Anm.en p. 228 ss.

⁽³⁶⁾ *EI*, II, § 195, p. 644 (*Lfd*, p. 175).

⁽³⁷⁾ Questo è per altro un topos, ancora nell'Ottocento, nella letteratura socio-economica tedesca rilevato criticamente da STEIN, *LdVW*, p. 184-185.

⁽³⁸⁾ Sul punto estesamente R. K. HOČEVAR, *Hegel und der preussische Staat. Ein Kommentar zur Rechtsphilosophie von 1821*, München, 1973, p. 86-90, spc. conclusioni a p. 90.

⁽³⁹⁾ HEGEL, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, trad. it. Croce, Bari, 1963⁴, p. 466.

più confacente alle proprie aspettative ⁽⁴⁰⁾. Il principio della mobilità sociale che Hegel individua come una caratteristica specifica della « vita politica » occidentale e del mondo moderno ⁽⁴¹⁾ è certamente fondata su una valutazione positiva della « particolarità soggettiva » intesa come « principio di ogni ravvivamento della società civile »: l'uomo che seguendo la sua 'vocazione' è riconosciuto libero di muoversi nella stratificazione sociale è un indicatore cospicuo della libertà reale, purchè quella particolarità venga « conservata dall'ordinamento oggettivo in modo adeguato ad esso » ⁽⁴²⁾.

Non c'è dubbio che è il ceto 'riflettente' (artigianato, industria e commercio) il motore della società. In questo senso si qualifica rispetto agli altri ceti « *der Hauptstand der bürgerlichen Gesellschaft* » ⁽⁴³⁾ imponendole, di diritto e di fatto, la sua forma di vita, che tende a dissolvere ogni rapporto 'sostanziale' di produzione ⁽⁴⁴⁾. « Questo ceto è diventato negli ultimi tempi molto importante, sovente però — secondo quanto appunta Griesheim dalle lezioni del Maestro — si è sopravvalutata la sua rilevanza considerandolo l'unico, il più importante, come p. es. in Francia dove nel *cathéchisme-industriel* la *nation industrielle* è reputata l'unica e gli altri ceti sono considerati soltanto come suoi impiegati, servitori » ⁽⁴⁵⁾. Hegel cioè, pur ammettendo la centralità, in entrambi i sensi, del 'ceto medio' per la società moderna, ne teme però l'egemonia incontrastata, la perdurante « non contrastata attività ». « Attraverso l'*universalizzazione* del collegamento degli uomini mediante i loro bisogni e (attraverso

⁽⁴⁰⁾ *EI*, II, § 206, p. 651 (*Lfd.*, p. 181).

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*, Anm.; v. anche in *EI*, IV, § 201, Anm.en 8, 9, 10, p. 513-514.

⁽⁴²⁾ *EI*, *ibidem* (*Lfd.*, p. 181-182).

⁽⁴³⁾ *EI*, IV, § 204, Anm. I, p. 519.

⁽⁴⁴⁾ *EI*, IV, § 203, Anm. 4, p. 517: « L'età moderna ha ... modificato molte cose a questo livello (= la produzione agricola). In Inghilterra il terreno e il suolo devono essere impiegati soltanto come un materiale per la produzione di fabbrica ... Perciò là non si trovano più contadini come ad. es. nella Germania meridionale ... Anche la nobiltà è uscita fuori dal suo principio, essa crede (*hat die Vorstellung*) di guadagnare di più con il commercio dei beni, ma il commercio è contro il principio di questo ceto ».

⁽⁴⁵⁾ *EI*, IV, § 204, Anm. 3, p. 520.

l'universalizzazione) dei modi di preparare e conferire mezzi per questi, si accresce da un lato l'*accumulazione delle ricchezze* ... come dall'altro lato la *divisione* e la *limitatezza* del lavoro particolare e quindi la *dipendenza* e la *miseria* della classe legata a questo lavoro, con cui è connessa l'incapacità della sensibilità e del godimento delle più ampie libertà e particolarmente (del godimento) dei vantaggi spirituali della società civile » (46). E mi sembra anche sintomatico che là, dove Hegel (tenendo soprattutto presente la società inglese) registra la tendenza all'accumulazione, ai poli opposti della stratificazione sociale, di ricchezza e povertà, appare la parola « classe » e non più 'ceto' (47) connotando così un tipo diverso di stratificazione (ancora estranea alla realtà sociale tedesca) per rapporto a tale fenomeno. Ciò che mi sembra importante è che proprio qui la plebe è piucche-altro il prodotto del « decadere di una grande massa al di sotto della misura di un certo modo di sussistenza », essa è diversa per 'corruzione' e 'fannullagine' dai lavoratori 'poveri' ma 'dignitosi'. La plebe si presenta (come del resto, in parte, anche la povertà) con connotati storici rintracciabili in ogni epoca di sprechi compreso, e particolarmente, in quella del massimo sviluppo della possibilità di soddisfare bisogni in via di infinita moltiplicazione e raffinamento. Non c'è dubbio che, anche volendo sottoporre i testi hegeliani alla massima sollecitazione ermeneutica, il tentativo hegeliano di comprensione dei problemi scaturiti dalla pauperizzazione prodotta dall'industria moderna, attraverso la stessa distinzione tra la povertà della classe legata al lavoro meccanico e l'accidia plebea (48), oltre ad essere operato

(46) *EI*, II, § 243, p. 682 (*Lfd*, p. 204).

(47) *EI*, II, § 243 e § 245, rispettivamente p. 682 e 683 (nella trad. it. troviamo sempre la parola classe).

(48) *Lfd*, agg. Gans § 244, p. 370; *EI*, IV, § 244, Anm. 2, p. 608 s. Ilting in tutti i volumi identifica troppo semplicisticamente plebe e proletariato; questa identificazione pur accreditata in letteratura non è, a mio avviso, molto corretta, poiché ovunque Hegel parla della plebe parla anche di fannullagine, frivolezza e corruzione; la plebe per Hegel rappresenta soprattutto un fenomeno di parasitismo sociale (indotto dal lusso); perciò si spiega: « La plebe è diversa dalla povertà, abitualmente essa è anche povera, ma c'è anche (una) plebe ricca », *EI*, IV, p. 608.

attraverso il lessico di una tradizione in buona parte pre-borghese, sembra inattuale rispetto alla questione sociale che già si profilava in Europa come base di un conflitto destinato, nei decenni a venire, a farsi strutturale allo sviluppo della civiltà europea.

9. La fiducia hegeliana nelle possibilità correttive della 'politica sociale' è però certamente anche una spia dei timori del filosofo di fronte allo 'scatenamento' della produzione industriale. Rispetto all'espansione coloniale, i correttivi interni in rapporto a tale fenomeno sono, come è noto, ricercati attraverso l'attività di polizia e l'eticità intrinseca alle antiche formazioni sociali di tipo corporativo; aventi queste anche la funzione di superare l'atomismo dell'interesse privato attraverso la preparazione di quei « nessi politici » capaci di stemperare la particolarità dei fini in un'universalità regionale di interessi, ricongiungendo così, pur se per settori ancora distinti tra loro, gli 'estremi' dell'eticità già a livello di interessi sociali di gruppi omogeneizzati all'interno dall'attività lavorativa, dal tenore di vita, dal livello culturale. Anche se il significato di questa politica sociale è apparso ad alcuni una notevole anticipazione della prassi istituzionale a venire, non si può però non riconoscerci anche un collegamento, non soltanto estrinseco, con la tradizione 'interventista' dello Stato pre-borghese. Ciò nel senso che, il correttivo agli squilibri, fatalmente connessi al nuovo modo di vivere e produrre, oramai 'naturale' al mondo moderno, viene indicato conformemente ad istituti sociali e statali tipici della tradizione vecchio-europea, ancora vitale in molti Stati tedeschi compreso la Prussia, essi stessi corretti in rapporto alla nuova situazione economico-sociale. Il distacco che Hegel cerca di prendere dalla 'negatività' dello Stato, progettata dal giusnaturalismo individualistico e manifestatasi nella società civile (= Stato esterno o dell'intelletto), è, già a questo livello, perseguito sul fondamento della tradizione.

10. Per concludere si può dire che Hegel, assumendo la proprietà privata in tutto il suo sviluppo istituzionale come *uno* dei luoghi centrali dello spirito oggettivo, si misura direttamente con i problemi che scaturiscono da una società ad egemonia bor-

ghese, fino alla 'contraddizione' che si esprime attraverso la pauperizzazione di massa. Tuttavia riportando questa all'interno delle vecchie categorie di comprensione della miseria sociale (quali appunto la corruzione e la fannullagine generate dal lusso) dà un lato, e ribadendo dall'altro l'interesse attivo dello Stato per il benessere 'necessario' al cittadino, lascia supporre che le questioni connesse a quel fenomeno (pauperizzazione) gli apparvero decentrate rispetto al significato cosmico-storico del tipo di vita sociale di cui quell'istituto rappresentava il fondamento statutario — senza comunque ignorare che, proprio rispetto al fine del 'sistema dei bisogni', la dialettica arricchimento-pauperizzazione « muove e tormenta particolarmente la società moderna » (49).

La politica sociale che troverà radici teoriche nel pensiero hegeliano, accentuerà ancor più la sacralità della proprietà privata proprio perchè, come nel caso di Lorenz von Stein, la 'questione sociale' e i 'pericoli' ad essa connessi saranno compresi e studiati, a partire da una precomprensione ideologicamente omogenea all'egemonia borghese, come un 'luogo' altrettanto centrale del mondo moderno.

II.

1. La scienza della società di Lorenz Stein crebbe durante l'ultimo di quei « tre decenni apparentemente tranquilli » (1815-1848), che secondo Burckhardt « devono intendersi come un semplice intervallo nel grande dramma » del *Revolutionszeitalter*, ma continuò a svilupparsi nella piena coscienza che « il fuoco covava sotto la cenere » (Stein) del grande movimento rivoluzionario che nel Quarantotto aveva squassato l'intera Europa dissolvendo definitivamente i resti dell'ordine su cui poggiavano gli antichi equilibri socio-politici. Tale scienza si poneva espressamente il fine di definire il carattere e le forze caratterizzanti l'epoca delle rivoluzioni aperta dalla Rivoluzione dell'Ottantanove, e il compito di poter influire sulla soluzione dei problemi in essa sorti

(49) *Lfd.*, p. 371.

evitando lo sbocco rivoluzionario che sembrava profilarsi, con caratteristiche inedite, all'orizzonte della società europea.

Tema centrale di questa scienza è dunque l'analisi delle cause della rivoluzione sia politica che sociale ⁽⁵⁰⁾ e, in rapporto a tale tema, l'analisi delle forze da cui si origina quel « labirinto del movimento » (Stein) che, prodotto dal conflitto di queste, inevitabilmente sembra portare dall'una all'altra rivoluzione, sulla base della complessa 'questione sociale' posta all'ordine del giorno dal proletariato, forza emergente a protagonista del 'movimento sociale' ⁽⁵¹⁾. Il proletariato si configura come « l'intera classe di coloro, che non posseggono né cultura né proprietà come base del loro valore nella vita sociale, ma che si sentono tuttavia chiamati a non restare senza quei beni che, soltanto, conferiscono alla personalità il suo valore » ⁽⁵²⁾, parallelamente la questione sociale, la cui soluzione non rivoluzionaria, progettata dalla scienza, è il compito delle istituzioni del mondo moderno, viene definita da Stein « la questione concernente la realizzazione effettuale dell'uguaglianza nel possesso » ⁽⁵³⁾. Il compito che si propongono le 'teorie' emancipative del proletariato — il socialismo e il comunismo —, proprio in vista dell'uguaglianza è l'abolizione della proprietà privata, progettata rispettivamente o in funzione del lavoro sociale o a partire dalla comunità dei beni; ciò per Stein significa proprio la negazione della personalità e della libertà ⁽⁵⁴⁾ e dell'intero progresso civile che su di esse si fonda. Rispetto al socialismo e al comunismo, la scienza della società (al pari della scienza economica negata da entrambi) determina « la proprietà personale come necessaria in sé e

⁽⁵⁰⁾ Sul punto K. LENK, *Teorie della rivoluzione*, trad. it. G. Bonacci, Bari, 1976, p. 39 ss.; e l'interessante H. STEINERT e H. TREIBER, *Die Revolution und ihre Theorien. Frankreich 1848: Marx, v. Stein, Tocqueville im aktuelle Vergleich*, Opladen, 1975.

⁽⁵¹⁾ *SB*, p. 5-6; *SuC*, p. 9, 12, 24-31; *PuG*, p. 58 ss.; *GdsB*, I, *Vorwort*; *BdA*, p. 88, p. 93 ss.

⁽⁵²⁾ *SuC*, p. 7; *PuG*, p. 11.

⁽⁵³⁾ *PuG*, p. 189; *GdsB*, I, p. 5: « Or bene questa questione, il compito e il potere dello Stato nei confronti della dipendenza della classe che lavora soltanto, è la questione *sociale* peculiare del nostro tempo ».

⁽⁵⁴⁾ « Proprietà è compimento », « Proprietà e libertà sono identiche » in *SuCiD*, p. 8, *passim*.

per sé, data attraverso l'idea stessa di personalità. Essa (scienza) procede perciò da questo concetto fondamentale; non perviene alla questione della proprietà all'interno della cerchia della sua indagine, bensì l'intera ricerca poggia sulla stessa proprietà personale» (55). È chiaro dunque in qual senso la proprietà privata è diventata il problema centrale della scienza.

2. In *Der Begriff der Arbeit ...* (1846) Stein traccia rapidamente lo sviluppo storico della *Nationaloekonomie* scandito, nella storia occidentale, da tre grandi fasi: la prima, totalmente determinata dall'assolutismo politico, in cui la produzione della ricchezza era funzionale quasi esclusivamente alla potenza dello Stato; la seconda (rappresentata a livello teorico da Adam Smith) caratterizzata dal farsi strada dell'idea che la ricchezza dello Stato e quella del popolo coincidono — ciò connotato dall'emergere di espressioni quali *Commonwealth*, *Nationalreichthum*, *Nationalarbeit*, *Nationalhandel* con i corrispettivi *Volksindustrie*, *Volksvermögen*, *Volksverkehr* (56); la terza fase infine, che si annuncia attraverso il mutamento politico e sociale della nuova era (ancora non compreso in tutta la sua portata), sarebbe per Stein quella in cui domina l'individuo che di tale storia è il prodotto finale. Da quest'ultima prospettiva Stein sottolinea l'urgenza di recuparare alle 'scienze dello Stato' l'individuo concreto, per assicurargli il benessere materiale e, ciò in un'ottica schiettamente liberale, per proteggere tale benessere anche «contro il benessere del tutto». È proprio la scienza della società, quale nuova e riqualificante parte della scienza dello Stato, che ha, oltre il fine di razionalizzare l'intervento dello Stato nel tessuto socio-economico onde evitare la rivoluzione, questo ulteriore compito: porsi come disciplina capace di razionalizzare anche le pressanti richieste che emergono da un contesto comunitario costituito ormai da individui che pretendono avere uguali diritti di libertà, uguale partecipazione alla vita e al benessere del tutto.

Per chiarire meglio in che senso la scienza della società si doveva inserire nella tradizionale scienza dello Stato, rendendola

(55) *BdA*, p. 80.

(56) *BdA*, p. 65 ss.

capace di rispondere nuovamente alle esigenze dei tempi, c'è da precisare lo specifico rapporto che essa, per Stein, intrattiene con la scienza economica (già parte costitutiva della scienza dello Stato). Quest'ultima, tesa essenzialmente a cogliere la totalità del processo produttivo della 'ricchezza', non può riuscire a tener conto in maniera scientificamente adeguata proprio dell'individualità, che con il suo affiorare dalla storia, caratterizza l'epoca della formazione della società che impronta il mondo moderno. Tale epoca, dopo quella della formazione dei popoli e quella della formazione degli Stati ⁽⁵⁷⁾, si caratterizza per un nuovo modo di ordinare gli uomini tra loro: « attraverso la diversa ripartizione dei beni umani » ⁽⁵⁸⁾. Da questa angolatura, che è quella che accanto alla totalizzante scienza dell'economia politica accredita la scienza individualizzante della società, la *Gesellschaft* si configura appunto come l'ordinamento nel quale « invece dell'elemento universale ... esaminiamo il singolo uomo in rapporto a tutti gli altri » ⁽⁵⁹⁾. Perciò, a partire dallo studio dell'ineguaglianza che in tale rapporto, 'necessariamente' come si vedrà, si stabilisce, scopo della scienza sociale deve essere « fare dell'elevazione e perfezionamento della società un compito autonomo dello Stato ... questa scienza direi quasi pratica della società è di fatto nullo l'altro — specifica Stein — che il *governo dello Stato* nel senso proprio della parola. Notoriamente il concetto del governo non ha nella scienza dello Stato ancora alcun posto ... deve bastarci indicare la *scienza del governo* come quella che contiene i principi fondamentali concernenti il promovimento della vita sociale del popolo » ⁽⁶⁰⁾. La scienza del governo deve dunque combattere il fine delle teorie sociali risolvendo il contenuto conflittuale caratterizzante il mondo occidentale nell'epoca dello sviluppo della *Civilisation*.

3. La prima edizione di *Socialismus und Communismus ...* (1842) si apre appunto con l'analisi della profonda contraddi-

⁽⁵⁷⁾ *SB*, p. 2.

⁽⁵⁸⁾ *SB*, p. 3.

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁰⁾ *BdA*, p. 77.

zione che si è sviluppata nell'ambito del mondo cristiano-germanico al culmine del suo progresso civile. La *Civilisation* che caratterizza questa fase consiste, per Stein, essenzialmente in un movimento di generalizzazione della partecipazione ai beni, universalmente fruibili, prodotti dalla cultura del tempo. I fondamenti della *Civilisation*, attivi ormai nella realtà effettuale europea, sono da un lato l'individualità capace di acquisire, lavorando liberamente, beni materiali e spirituali e dall'altro la nuova configurazione della convivenza socio-politica. « La forma interna della vita statale ha dato ai singoli una coscienza della loro vita e del suo significato quale essi non avevano mai avuto prima », ⁽⁶¹⁾ dovuta, per Stein, alla dissoluzione delle differenze di ceto, alla comunità dei profitti, all'uguaglianza nello Stato, allo stretto contatto tra bisogni materiali e spirituali: « tutto ciò ha concentrato lo sguardo delle diverse classi sul momento che prima di tutti è idoneo a soddisfare tale coscienza e tali bisogni, il possesso » ⁽⁶²⁾. Ma l'apparire del proletariato, che pure è riconosciuto un fenomeno tipico dell'epoca, pone in disarmonia i fondamenti della *Civilisation*, e il contrasto si manifesta soprattutto tra la esigenza di una comunicazione sempre più allargata degli individui e dei loro prodotti e quella che per Stein è la base indiscutibile dell'ordinamento sociale, vale a dire il possesso nella forma di possesso individuale esclusivo, cioè la proprietà quale fondamento concreto della libertà individuale ⁽⁶³⁾. Dalla prospettiva del proletariato, anzi, il possesso, proprio nella forma della proprietà, cioè nel momento in cui si fa escludente ⁽⁶⁴⁾ sembra essere il « vero nemico della *Civilisation* » ⁽⁶⁵⁾; ma questa, in quanto storicamente sviluppata proprio a partire da tale elemento (proprietà personale) non può assolutamente farne a meno ⁽⁶⁶⁾. La contraddizione si radicalizza proprio laddove il proletariato, come forza sociale in movimento, acquista la coscienza che il principio assoluto della *Civilisation* è la personalità umana ma-

⁽⁶¹⁾ *BdA*, p. 74.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*.

⁽⁶³⁾ *PuG*, p. 31; *GuZ*, p. 386.

⁽⁶⁴⁾ *SuC*, p. 24.

⁽⁶⁵⁾ *SuC*, p. 25.

⁽⁶⁶⁾ *SuC*, p. 26.

terializzatasi nell'individuo e quello casuale è l'effettiva proprietà dei beni e che quest'ultimo elemento, il caso, domina il principio assoluto (67). « Il concetto di proprietà personale viene in contraddizione con quello di *Civilisation*, e la possibilità del conseguimento dell'idea più alta di società umana trova nei rapporti fattuali dei possedimenti materiali il suo decisivo annullamento. Ma se è così — si chiede Stein —, quale dei due, il diritto della proprietà o il diritto della personalità assoluta, apparirà superiore e perciò più altamente legittimato » (68).

Questo, sin dall'inizio, appare a Stein il problema cruciale della società europea incarnato dal proletariato come classe del lavoro senza possesso, proletariato il cui stato perciò « è una contraddizione con la legge della *Civilisation* » (69). Di fronte a tale problema, emerso nel tempo moderno in tutta la sua crudezza, l'unica possibilità di soluzione, per Stein, è arrivare a concepire scientificamente « una forma di vita sociale, in cui venga mantenuto il possesso personale e tuttavia non venga posto alcun assoluto impedimento al pieno sviluppo della personalità » (70). Mancando questo compito, che è essenzialmente quello di salvare l'istituto della proprietà privata quale è uscito dalla rivoluzione dell'Ottantanove, si darebbe al proletariato, che nella rivoluzione ha imparato ad essere classe rivoluzionaria, la possibilità di realizzare il suo disegno eversivo. « ... Tutto ciò che il proletariato vuole, può alla fine essere ottenuto soltanto con l'abbattimento dei due pilastri assolutamente fondamentali di ogni convivenza, attraverso l'annientamento della sacralità della legge e della sacralità della proprietà »; poichè « ciò che costituisce il carattere fondamentale della storia della società fino ad oggi, l'assoluta ed inseparabile personalità del possesso, viene da lui negata » (71).

4. Ma che cosa è la personalità di cui, secondo Stein, l'individuo è appunto soltanto la manifestazione che caratterizza

(67) *SuC*, p. 25; *SB*, p. 14.

(68) *SuC*, p. 25.

(69) *SuC*, p. 24.

(70) *SuC*, p. 26.

(71) *SuC*, p. 10.

l'ultima fase della storia economico-sociale europea ed in generale domina l'epoca della *Civilisation*?

Un luogo pressochè immutato che ritorna in tutta l'opera di Stein è l'antitesi tra personalità e non-personalità; entrambi questi concetti presentano però un'applicazione polivalente a seconda del grado di astrazione dell'uso che ne fa l'autore. L'unico significato univoco che si può attribuire all'antitesi è, in linea con la tradizione, anche hegeliana, personalità = autodeterminazione o libertà, impersonalità = indeterminazione o necessità o illibertà, per cui tutto ciò che è autodeterminato e libero è personale, tutto ciò che è indeterminato e necessitato è non-libero o naturale. E tra questi due termini, astrattamente antitetici, si stabilisce una lotta (tesa nella sintesi) che è la vita in tutte le sue espressioni. Da ciò l'ampio uso che Stein fa dei due termini della contraddizione anche in luoghi sistematicamente diversi. Volendo semplificare lo schema con cui Stein opera, potremmo dire che questa antitesi funziona essenzialmente a tre livelli: totalità, individualità, unità metaindividuale — livelli che si pongono tra gli estremi Dio (assoluta personalità) e materia (assoluta non-personalità). Il medio tra gli estremi, ciò che determina l'indeterminato, è l'attività del personale come sintesi di volontà e azione. L'ambito di operatività dei suddetti livelli si misura sempre a partire da un'umanità storicamente strutturatasi a comunità, questa è volta a volta, a seconda del momento che si privilegia nell'indagine, o totalità organica o ordinamento degli individui tra loro o unità statale: fermo restando che il termine comunità implica anche la sintesi di tali livelli.

La comunità come totalità organica si manifesta (ma questa manifestazione è anche storica) in quello che Stein chiama *Güterleben*: questo esemplifica e fonda su scala universale l'impulso originario caratterizzante l'elemento personale, cioè l'impulso alla determinazione, al dominio sull'ambiente esterno, sull'elemento naturale indeterminato e non-libero che, però, nella sua radicale alterità rispetto alla comunità ha la funzione costante di limitarla e potenziarla attraverso la lotta con l'ambiente, appunto, che è la vita della *Gemeinschaft* intesa essenzialmente come attiva comunità produttiva, al cui interno le differenze tra gli uomini,

pur esistenti, non creano necessariamente tensioni ⁽⁷²⁾, nè queste ultime, pur manifestandosi, sono rilevanti per l'indagine scientifica tesa alla comprensione di tale livello della vita personale. La comunità organismo è dunque tale sia per rapporto all'attività determinativa, sia per rapporto ai beni prodotti; ma comunque, a questo livello totalizzante, oggetto della scienza economica, non c'è alcuno spazio per la considerazione delle vicende individuali di vita.

Nel momento in cui all'interno di questa comunità (depositaria dell'infinita destinazione e determinazione dell'umanità, rappresentante terrena del principio personale come dominio sulla natura quale principio impersonale) emerge la personalità individuale (ed il processo come si è visto è anche storico) il problema della destinazione al dominio sull'esterno, alla libertà, è reimpostato dalla prospettiva del dominio del singolo, non più tanto in rapporto ai beni quanto in rapporto agli altri singoli: l'elemento impersonale indeterminato e non-libero da destinare e determinare in funzione della propria personalità è qui costituito anche e soprattutto da uomini. Così la totalità si disgrega come tale in funzione della particolarità dell'interesse degli individui riaggregati in classi, determinate dalla misura del possesso, in lotta tra loro per il dominio e la libertà dell'una contro l'altra, e si ripropone come un'insieme di membra gerarchizzate («sovra-e subordinazione») che Stein chiama 'ordinamento sociale'.

L'unità personale della comunità è infine lo Stato, dotato come ogni persona di volontà e azione: «Esso è ... un io nel capo di Stato, una volontà nella costituzione, un lavoro nell'amministrazione» ⁽⁷³⁾. Dove la costituzione, come già in Hegel ⁽⁷⁴⁾, è

⁽⁷²⁾ In questo senso anche una classe sociale per Stein è una 'comunità', v. *LdVW*, p. 166; *GuZ*, p. 291.

⁽⁷³⁾ *GuZ*, p. 447; ma in ogni scritto di Stein, laddove parla dello Stato, troviamo una definizione simile.

⁽⁷⁴⁾ HEGEL, *Enciclopedia* cit., § 527, Anm., p. 466-467: «Dove si ha la società civile e quindi lo Stato, hanno luogo le classi (*Stände*) nella loro distinzione; giacché la sostanza universale, in quanto vivente, non esiste se non si *particolarizza* organicamente. La storia delle costituzioni è la storia della formazione di queste classi, delle relazioni giuridiche che gli individui hanno con esse, e di esse tra loro e col centro» (*EI*, IV, p. 810).

l'emergere a livello politico dell'ordinamento sociale, l'amministrazione riguarda la 'vita dei beni' che produce la ricchezza nazionale, ed il governo propriamente detto è la mediazione tra Stato e società. A questo livello infatti l'elemento impersonale, non libero da dominare e determinare per una libertà unitaria è proprio la società col suo principio disgregatore (interesse) che minaccia continuamente la libertà nello Stato, ed in questo senso infine la lotta tra Stato e società appare a Stein un connotato che definisce l'epoca della società; tale lotta però è tutta interna alla comunità: quest'ultima è dunque anche la sintesi dialettica, e perciò ancora una volta organismo, tra elemento personale-Stato e elemento impersonale-società, tra libertà politica e necessaria dipendenza o illibertà sociale.

Rispetto all'organismo della libertà della comunità rappresentato dallo Stato, la società è dunque per Stein l'ordinamento della dipendenza degli uomini tra loro che si costituisce a partire dalla divisione dei beni in proprietà; dunque dipendenza dei non proprietari dai proprietari o, per essere più chiari, dipendenza del lavoro dal possesso.

5. Non va però dimenticato, che proprio l'individualità che domina nella società, oltre ad essere « il nocciolo della vera ricchezza di vita personale », « sorge dalla personalità attraverso il lavoro che si congiunge alla proprietà » ⁽⁷⁵⁾. Ed in questo senso, se la proprietà privata è l'indiscutibile punto di partenza della scienza sociale, il lavoro sembra essere, a sua volta, l'origine di quella ⁽⁷⁶⁾.

Secondo il modulo ormai classico di quella linea del liberalismo europeo, iniziata da Locke, anche Stein, attento lettore di

⁽⁷⁵⁾ *PuG*, p. 31; *BdA*, p. 88.

⁽⁷⁶⁾ Sulla minacciosa centralità del lavoro nella società moderna si veda il patos di Stein in *GdA*, p. 355; l'importanza del lavoro è, per Stein, certamente ipertrofizzata dal socialismo, comunque « Se la dottrina dell'economia nazionale è l'anatomia del movimento dei beni e la sostanza di un popolo, l'idea socialista del lavoro è altresì il primo tentativo di una fisiologia dello stesso (movimento) », in *BdA*, p. 87.

Adam Smith (77) e di Fichte (78), pone nel lavoro l'originario titolo acquisitivo di ogni proprietà. In Locke l'origine della proprietà dal lavoro veniva descritta come un processo di oggettivazione delle qualità e proprietà personali dell'individuo (preesistenti a qualsiasi rapporto sociale) che specificava l'oggetto naturale (anch'esso predato nella sua alterità), parte di un mondo di cose fruibili date a tutti in comune da Dio. Tale oggettivazione solipsistica veniva reputata in grado di conseguire il seguente risultato: trasformare l'oggetto naturale, appartenente a tutti, in proprietà dell'individuo che su di esso ha proiettato una parte di se stesso indiscutibilmente sua. Se, come dice Locke, « ognuno ha la proprietà della propria persona, alla quale non ha diritto nessun altro che lui » e cioè se « il lavoro del suo corpo e l'opera delle sue mani possiamo dire che sono propriamente suoi », necessariamente l'oggettivazione di tale proprietà non può che costituire « qualcosa che esclude il diritto comune di altri » proprio perchè così facendo l'uomo, 'naturalmente' proprietario di sè, trae le cose « dallo stato in cui la natura le ha prodotte e lasciate » e se le incorpora con il lavoro, « e con ciò le rende proprietà sua » (79). Ma, come è stato notato (80), proprio il fatto che il lavoro venga da Locke considerato « proprietà incontestabile del lavoratore » (81) nel senso borghese ('libero') di proprietà (diritto a fruire, ma

(77) A Smith è dedicata l'introduzione alla 'Volkswirtschaftslehre' che Stein pubblicò a Vienna nel 1878; qui a proposito della *Ricchezza delle nazioni* si legge « più che un libro di economia politica è un profondo trattato di scienza dello Stato, sulla base della vita dei beni » (cito da STEIN, *Il sistema dell'economia politica*, trad. it. F. Lambertenghi, Verona, 1879, p. 1); cfr. inoltre per il rapporto lavoro-proprietà lo stesso SMITH, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, trad. it. F. Bartoli, C. Camporesi, S. Caruso, Milano, 1973, p. 121: « Il diritto di proprietà che ogni uomo ha sul proprio lavoro è il più sacro ed inviolabile essendo il *fondamento originario* di ogni altra proprietà » (sott. mia).

(78) Per ciò che concerne Fichte (e Krause) si veda GuZ, p. 386.

(79) LOCKE, *Due trattati sul governo*, trad. it. L. Pareyson, Torino, 1960², *Secondo trattato*, p. 260-261.

(80) C. B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, trad. it. S. Borutti, Milano, 1973², p. 246-247.

(81) LOCKE, *op. cit.*, *ibidem*.

anche ad alienare), significa appunto che, in funzione della libera disposizione di esso come proprietà, il lavoratore può trasferirlo in proprietà di altri dietro pagamento di un corrispettivo: il salario ⁽⁸²⁾. Così il lavoro, senza intaccare minimamente la libertà 'naturale' dell'uomo, poteva diventare proprietà di un titolare diverso dal lavoratore stesso. L'introduzione della moneta, dissolvendo ogni limite — già nella società di natura — all'appropriazione delle cose naturalmente deperibili, pone il lavoro a livello di mercato allo stesso titolo delle altre merci.

Ma, è noto, la proprietà borghese aveva già perso la sua 'buona coscienza' prima che divenisse in Germania l'istituto centrale dell'ordinamento borghese che, qui, emerse insieme, come lo stesso Stein riconosce, al movimento sociale che ne minacciava i presupposti. Il collegamento tra proprietà e libertà, che attraverso Locke aveva trovato la sua espressione classica, — come è stato recentemente sottolineato — «era già stato superato dallo sviluppo tecnico, quando in Germania iniziarono a farsi avanti i suoi presupposti economico-istituzionali» ⁽⁸³⁾.

Ma fino a che punto Stein, in quanto hegeliano e, contemporaneamente, acuto interprete del 'movimento sociale', avalla il punto di vista che classicamente stava dietro all'origine dal lavoro della proprietà privata? Non c'è dubbio che, a livello di formulazioni generali sul rapporto lavoro-proprietà, la somiglianza con affermazioni di tipo lockeano appare in maniera inequivocabile. Valga, per tutti i possibili, un passo che troviamo nella 'dottrina sociale' ⁽⁸⁴⁾, della *GdsB*, qui Stein afferma: «Ogni

⁽⁸²⁾ *Op. ult. cit.*, p. 302-303; P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, vol. I: *Da Hobbes a Bentham*, Milano, 1974, p. 133, sottolinea che in Locke il lavoro ha «un doppio significato. Se per un verso è l'attività trasformativo-produttivo-appropriatrice che fonda (e si svolge dentro) la proprietà, per cui non sembra esservi né proprietà senza lavoro né lavoro senza proprietà, per un altro verso, in modo 'spostato', risulta sempre vera la prima espressione ma non sempre vera la seconda; emerge cioè la possibilità di un lavoro senza proprietà, di un lavoro 'nudo'. Quest'ultima figura, però, non dà luogo ad una tematica distinzione dalla prima, ma è riassorbita in essa».

⁽⁸³⁾ H. RITTSTIEG, *Eigentum als Verfassungsproblem. Zur Geschichte und Gegenwart der bürgerlichen Verfassungsstaaten*, Darmstadt, 1975, p. 224.

⁽⁸⁴⁾ La *Gesellschaftslehre* è, in *GdsB*, la prima parte della 'scienza della so-

bene, elaborato dalla singola personalità, appartiene a lei e alla sua vita, si identifica con la stessa e diviene perciò inviolabile al pari di essa. Questa inviolabilità del bene è il diritto; il bene, riassunto in un corpo inviolabile con la personalità, è la *proprietà*. Chi perciò abolisce diritto e proprietà annulla la stessa personalità» (85). Già rispetto a questa enunciazione dell'origine e del diritto di proprietà, c'è da considerare che la preoccupazione di Stein, che emerge soprattutto nella parte finale di questo passo ambigualmente giusnaturalistico, non è più tanto quella di dare un fondamento teorico ad un nuovo tipo (libero) di proprietà — che attinge la sua liberazione proprio da quella del lavoro individuale —, la vera preoccupazione è bensì quella di accreditare l'istituto della proprietà, quale già si è affermata negli ordinamenti borghesi, contro tutto ciò che possa minacciarla come il fondamento della libertà individuale, e quindi soprattutto contro il lavoro senza proprietà. Infatti la questione sociale che la scienza della società è chiamata a risolvere e a dominare, è sorta proprio a livello di una contraddizione, tipica del tempo moderno, tra il principio razionale, riconosciuto dallo stesso Stein, che la proprietà può essere frutto soltanto del lavoro e l'altro principio, storico, che la produzione in generale, ma in particolare quella industriale, si fonda necessariamente su di un certo tipo di lavoro che, per le sue caratteristiche assolutamente eteronome, è assolutamente incapace di acquisire qualsiasi tipo (materiale o spirituale) di proprietà.

È proprio dalla coscienza di questa contraddizione che, nel pensiero steiniano, l'ambivalenza, già implicita nella teoria lockeana della proprietà (86), si manifesta correlativamente allo spessore storico che la lotta di classe ha assunto nella società industriale. La natura della società industriale si svela attraverso il proletariato che rappresenta l'astrattezza del lavoro industriale, separato dalla proprietà dei mezzi di produzione, strutturato in

cietà' come sua dottrina generale di tipo storico-sistematico. Sul punto estesamente F. DE SANCTIS, *Crisi e scienza. Lorenz Stein, alle origini della scienza sociale*, Napoli, 1976, cap. III.

(85) *GdsB*, I, p. 30.

(86) MACPHERSON, *op. cit.*, p. 248 ss.

classe sociale cosciente del suo ruolo storico determinato alla rivoluzione per la realizzazione dei suoi 'diritti'. Rispetto all'ambivalenza che ormai sembra far parte della realtà che la scienza ha di fronte, si impone già al livello 'scientifico' la scelta di classe e ciò, in verità, senza infingimenti. Infatti, rispetto al socialismo e al comunismo, la scienza della società pone (come già si è avuto modo di vedere) la proprietà privata come ciò che è necessario in sé e per sé, al punto che « La questione circa la proprietà personale è la questione circa la legittimazione del socialismo e comunismo da un lato, della dottrina economica e della scienza della società dall'altro; la scelta decisiva (*Entscheidung*) su tale questione dovrà praticamente e teoricamente contenere necessariamente la scelta decisiva su ogni singolo settore di quei sistemi » (87). È tale 'scelta decisiva' che rende quasi aporetica l'affermazione: « se la libertà della personalità consiste nella proprietà della stessa ... non c'è ... alcuna libertà, e perciò alcun compimento dell'uomo senza *inviolabilità* della stessa (proprietà) » (88).

6. Diventa qui necessario sottolineare, però, che, accanto a quella che Stein stesso definisce « sacralità della proprietà », che deve essere difesa dalla scienza, l'altro problema che Stein vuol risolvere scientificamente è l'individuazione delle possibilità che (pur all'interno della necessaria illibertà sociale) restano al lavoro di continuare a testimoniare la 'destinazione' dell'uomo. Perciò la preoccupazione 'scientifica' di Stein è duplice, e consiste nell'ambizioso tentativo di salvare insieme proprietà e lavoro. Ciò perchè il principio razionale dell'origine della proprietà è astratto dalla storia reale, all'interno di questa Stein non riesce a trovare altro che 'sproporzione' tra il 'materiale' per la produzione dei beni già tutto in possesso e la 'forza-lavoro' (89).

(87) *BdA*, p. 80.

(88) *SuCiD*, p. 9.

(89) L'assenza di questa sproporzione è 'rappresentabile' per Stein soltanto nel « concetto » di 'stato di natura', questo dal punto di vista filosofico si fonda sulle teorie di Hobbes, Pufendorf, Spinoza, Rousseau, Wolf e Fichte. Per quanto specificamente concerne Rousseau dice Stein (*SdS*, II, p. 280): « Questa rappresentazione è trasferita più tardi, durante le lotte sociali che costituiscono il con-

« Ogni singolo ha forza lavoro; ma il materiale è limitato. Dal momento che il materiale è in proprietà ... Coloro che ... posseggono il materiale del lavoro come proprietà, posseggono perciò la premessa universale per il guadagno di tutti coloro che non hanno proprietà ... ne deriva che tutti coloro che non hanno null'altro che forza-lavoro sono dipendenti da quelli che posseggono una proprietà »⁽⁹⁰⁾. Questo per Stein è nella storia reale il vero « assioma, da cui tale ordinamento (sociale) riceve la sua forma vera e propria »⁽⁹¹⁾ che consiste sostanzialmente nell'inevitabile dipendenza di coloro che ' casualmente ' si trovano esclusi dalla distribuzione dello *Stoff der Arbeit* in proprietà. La duplice preoccupazione di Stein ha senso solo se si tiene ben fermo questo assioma per poi poter definire il reale spazio che il lavoro autonomamente ha nelle varie formazioni sociali come forza emancipativa.

Da questo punto di vista, liquidato ogni residuo fantasma giusnaturalistico, il discorso dell'autore si sposta ad un livello tipologico di grande interesse che val la pena di ricostruire nella sua complessità storico-sistematica, costituendo, mi sembra, uno dei primi tentativi di costruire una teoria scientifica delle formazioni economico-sociali che scandiscono le fasi della storia sociale e politica occidentale con il loro corredo di forme giuridiche. Indubbiamente l'assioma sopra esposto resta una caratteristica paradigmatica di ogni ' forma ' di ordinamento della dipendenza

tenuto della rivoluzione francese, a livello dei rapporti di possesso della forma di società industriale (*gewerbliche Gesellschaftsform*) che allora si sviluppava dalla forma di società cetuale ed ha assunto qui la configurazione (*Gestalt*) della comunità dei beni, del comunismo, a cui si collegò il socialismo ». Per Stein al di là della sua dimensione filosofica il *Naturzustand* diventa un « concetto sociale » (né storico, né ideale, né giuridico), funzionale cioè alla lotta di classe, per mezzo del quale si rappresentano gli uomini prima che intervenga qualsiasi ' divisione del possesso ' con le conseguenze gerarchizzanti che essa produce sulla società (*SdS*, II, p. 282). Lo ' stato di natura ', quindi, è una situazione totalmente negativa in cui mancano e possesso e bisogni umani e, da un punto di vista strettamente economico, Stein lo definisce lo stato in cui « l'uomo non impiega ancora né capitale né lavoro nella produzione » e consuma soltanto ciò che la natura gli concede » (*SdS*, II, p. 283).

⁽⁹⁰⁾ *GdsB*, I, p. 23.

⁽⁹¹⁾ *Ibidem*.

tra gli uomini, cioè di ogni forma di società, ma nello stesso tempo la sua rigidità (sul cui grado la scienza della società, e quindi il governo dello Stato, possono ormai influire) appare storicamente condizionata e collegata, nella sua forma meno flessibile, a modi di produzione (a forme sociali) pre-borghesi, anche se — e di ciò è prova la stessa ‘società industriale’ descritta da Stein — è sempre possibile che l’immobilità sociale riemerge dagli strati archeologici della storia.

Esaminerò nel prosieguo del mio discorso l’aspetto tipizzante della scienza sociale di Stein, in rapporto al tema della proprietà privata e a quello dell’emancipazione attraverso il lavoro, cercando, per quanto mi sarà possibile, di tenere insieme tutte le tematiche che costituiscono la complessa intelaiatura della scienza steiniana, anche se risultano sparse nella sua vastissima produzione sociologica.

7. Possesso e lavoro, da Stein, sono definiti i due «grandi fattori della società»⁽⁹²⁾; tuttavia l’elemento che stabilisce in via primaria la gerarchia tra i componenti la comunità, producendo la società, è il possesso⁽⁹³⁾. Le tipologie, vuoi di ‘storia sociale’ che di ‘dottrina sociale’, partiranno tutte da questi due fattori e dai rapporti che essi stabiliscono tra loro a partire dall’ambiente che volta a volta la comunità determina per il suo dominio nella storia⁽⁹⁴⁾. Un ambiente dunque sempre già mediato a non-personalità rispetto alla comunità stessa. Questo ambiente infine, a livello sociale, si tramuta nello *Stoff* che fonda

⁽⁹²⁾ *SdS*, II, p. 207.

⁽⁹³⁾ A livello sociologico Stein usa spesso indifferentemente le parole possesso e proprietà per indicare il fondamento del dominio sociale, comunque in *SdS*, II, p. 147 scrive: «chiamiamo questi beni economici *patrimonio* quando li poniamo alla base dell’ordinamento economico tra gli uomini, *proprietà* quando sono i fondamenti dell’ordinamento giuridico, ma li chiamiamo *possesso* tutte le volte che essi vengono riconosciuti come una forza per l’ordinamento della vita spirituale», quest’ultimo in *SdS* è sinonimo di ordinamento sociale che, qui, Stein non vede più strettamente legato alla ‘vita dei beni’. In *GuZ*, p. 288 troviamo la seguente definizione di ordinamento sociale: «Questo ordinamento diventa, trattato in sé e per sé, proprio là dove non si tratta ancora per nulla dello Stato e del diritto, *dominio* (psicologico ed economico)».

⁽⁹⁴⁾ *LdVW*, p. 1.

il dominio del possidente sul non-possidente e si caratterizza, metastoricamente per la *limitatezza* (da cui l'assioma suddetto) e storicamente per la sua *diversificazione*.

A) La limitatezza dello *Stoff* produce la stratificazione sociale primaria (classi) e secondaria (rango sociale dell'individuo all'interno della singola classe); più precisamente, posta la divisione fondamentale tra possidenti e non-possidenti, all'interno della classe possidente si ha un'ulteriore stratificazione in rapporto alla 'quantità' o 'misura' del possesso: il rango si eleva in rapporto diretto all'accrescersi di tale misura, mentre la stratificazione interna alla classe non possidente si fonda sulla 'qualità' del lavoro: il rango si eleva raffinandosi la prestazione lavorativa. Ogni formazione sociale storica presenterà dunque una stratificazione primaria in (due) classi ed una secondaria all'interno delle classi stesse in ordine rispettivamente alla 'quantità del possesso' e alla 'qualità del lavoro'. Ma questo schema, abbastanza semplice, viene arricchito da un elemento, a mio avviso fondamentale, per la teoria delle classi di Stein: la classe media. Anche questa è vista come un elemento aspecifico rispetto alle varie formazioni sociali, ma nello stesso tempo come un fenomeno anche se non necessario per l'ordinamento in generale (e in questo senso non gli sembra una classe vera e propria — egli usa anche l'espressione 'ceto medio' ⁽⁹⁵⁾), certamente fondamentale per la stabilizzazione dell'ordinamento sociale; essa infatti è piuttosto la spia della 'salute' ⁽⁹⁶⁾ dell'ordinamento sociale dato, la cui manifestazione è sempre una mobilità sociale compatibile al modo di produzione che lo struttura come ordinamento.

La classe o ceto medio rappresenta dunque per Stein da un punto di vista strettamente sociologico, una sorta di stazione di passaggio nel fisiologico movimento ascendente o discendente tra

⁽⁹⁵⁾ *DuA*, p. 68 s., 80 s.; in *SdS*, II, p. 334 Stein relativizza all'epoca moderna il fenomeno della classe media identificandola nella borghesia come classe che si pone tra i capitalisti e i proletari: « Da noi l'inizio della costituzione della classe media è dato nel concetto e nell'essenza della cd. borghesia ... la vera borghesia è di fatto null'altro che il nocciolo della vera e propria classe sociale media nel contrasto tra capitale e lavoro ».

⁽⁹⁶⁾ *GuZ*, p. 294; v. anche *LdVW*, p. 177.

la classe superiore e quella inferiore, caratterizzata dalla presenza contemporanea dei due fattori della socializzazione (lavoro e possesso), stratificata in base al rapporto tra quantità dell'uno e qualità dell'altro. Mancando questa classe media e mediatrice lo scontro (anch'esso inevitabile in ogni tipo di società) tra le due classi vere e proprie è immediato, cioè distruttivo per l'ordinamento sociale, poichè la scomparsa della classe media viene intesa da Stein come la fine dell'equilibrio sociale. Infatti la sua composizione di lavoratori-proprietari pone questi, volta a volta, a fianco della classe lavoratrice laddove la classe possidente cerca di annullare totalmente la capacità acquisitiva del lavoro (bloccando la mobilità sociale) oppure a fianco della classe possidente laddove, in nome del semplice lavoro, la classe dominata vuole abolire la proprietà (distruggendo il ' principio ' sociale). La classe media è l'unica in grado di realizzare ad un tempo la ' dignità del lavoro ' (collegandosi così agli interessi della classe dipendente) e il ' rispetto della proprietà ' (collegandosi all'interesse della classe dominante) entrambi oggettivamente determinati dalla sua posizione consistente appunto in un equilibrio che si fonda concretamente sul proprio interesse sociale a non far svalutare il lavoro per mezzo del quale si è elevata, e a non fare abolire la proprietà a cui è faticosamente pervenuta. « La classe media — dice Stein — costituisce da un lato la forza pareggiante per entrambe le classi, e dall'altro lato l'elemento frenante per le stesse » (97). Infine il ceto medio avrebbe il compito di conservare e sintetizzare le due forme di vita sociale che, ben più delle forme di governo, per Stein sorreggono tutta la storia dell'Occidente a partire dalla Grecia classica: vale a dire la forma aristocratica, rappresentata dalla classe possidente, e quella democratica, rappresentata dalla classe lavoratrice (98).

(97) *DuA*, p. 81; *SdS*, II, p. 336-337.

(98) *DuA*, p. 76: « Il principio della democrazia è quello del movimento, quello dell'aristocrazia è la conservazione; quello conquista il nuovo, questa organizza il già conquistato; e soltanto la compenetrazione di entrambi è la vera vita della società ... il massimo perfezionamento dell'ordinamento sociale è raggiunto soltanto se ogni uomo razionale è allo stesso tempo democratico ed aristocratico, mentre in ogni ordinamento sociale il pericolo si avvicina al massimo livello laddove democrazia ed aristocrazia si scontrano più acutamente; — ciò

B) Per quanto concerne invece la diversificazione dello *Stoff der Arbeit* Stein costruisce una tipologia, sia dei diversi modi storici di produzione dei beni (*Güterleben*) che corrispondono a diverse formazioni sociali, sia dei 'movimenti' dall'una formazione all'altra, determinati dall'emergere nel suo seno di un nuovo modo di produzione. In ognuna di queste, che, con terminologia non rigorosamente steiniana, ho definito formazioni economico-sociali, si presenta il tema della stratificazione sociale e quindi della mobilità all'interno dell'ordinamento considerato. Indubbiamente, come si vedrà, ad ogni tipo di società inerisce strutturalmente una maggiore o minore mobilità sociale, ma, e questo è un altro dato interessante da sottolineare, anche all'interno della più libera forma sociale può verificarsi un progressivo irrigidimento dell'esclusività di classe del possesso fino al totale bloccaggio di ogni mobilità; e ciò è reso possibile dall'estendersi del dominio della classe possidente (il tipo di *Stoff* che fonda l'ordinamento) a livello delle istituzioni giuridiche e politiche della comunità.

8. Stein distingue tre stadi all'interno della storia dello sviluppo economico europeo: a) lo stadio della *Wirtschaft* o dell'antica 'economica' che, seguendo O. Brunner, vorrei definire le attività produttive della 'casa come complesso' ⁽⁹⁹⁾ — qui si producono essenzialmente valori d'uso all'interno di comunità chiuse, tale stadio è caratteristico dell'economia rurale (il possesso do-

significa che il migliore assetto delle cose umane è dato qualora la democrazia riconosce e sostiene il principio e l'impulso dell'aristocrazia e l'aristocrazia il principio e l'impulso della democrazia riconosce e sostiene, mentre là dove esse si paralizzano a vicenda in questo loro peculiare movimento, viene soltanto minacciato il progresso e parimenti la vita della comunità». I concetti di aristocrazia e democrazia in Stein, come in Tocqueville, rappresentano due stili sociali di vita (che al contrario di Tocqueville Stein considera compresenti in tutta la storia occidentale) e che hanno poco a che fare con le forme tradizionali di governo; ciò non mi sembra del tutto chiaro in G. MALUSCHKE, *Lorenz von Stein Staatsformenlehre* (dattiloscritto inviatiomi per il 'Colloquio internazionale su Stein' organizzato da Roman Schnur per la primavera del 1977), p. 4 ss.

⁽⁹⁹⁾ O. BRUNNER, *La 'casa come complesso' e l'antica 'economica' europea*, in ID., *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, trad. it. P. Schiera, Milano, 1970, p. 133-164.

minante è la terra), domestica e servile in cui è quasi del tutto assente la circolazione dei prodotti al di fuori di dette unità; b) lo stadio dell'« economia nazionale » (*Volkswirtschaft*) al cui interno la produzione dei beni « esce fuori dalla cerchia dei bisogni individuali del possessore del materiale e del lavoratore, e viene determinata in vista del soddisfacimento dei bisogni *di altri* » ⁽¹⁰⁰⁾ — questo stadio, in cui « il valore assume un nuovo carattere » ⁽¹⁰¹⁾, definisce il sorgere della produzione imprenditoriale, caratterizzata da manifattura, fabbrica ed azienda agricola; c) lo stadio della produzione industriale (*Industrie*) in cui, attraverso il collegamento delle imprese, che iniziano a lavorare l'una per l'altra, « il semplice traffico si allarga a mercato », « Il danaro diventa il medio dell'intero *Güterleben* », e il prodotto industriale, divenuto merce, « viene ... estraniato al produttore » ⁽¹⁰²⁾, il lavoro del quale è totalmente e definitivamente sganciato dalla soddisfazione immediata dei suoi bisogni individuali in funzione dei 'bisogni universali' prodotti e soddisfatti dall'*Industrie*. La natura di merce coinvolge, in tale stadio, oltre che il bene come tale anche i due elementi originari di ogni tipo di 'vita dei beni': materia prima e forza-lavoro. L'*Industrie* è, per Stein, il « sistema di produzione » definito dallo « sfruttamento del lavoro da parte del capitale » ⁽¹⁰³⁾, che è il tipo di possesso che domina su tutti gli altri ⁽¹⁰⁴⁾.

Rispetto a questi diversi tipi di 'vita dei beni' Stein descrive diversi tipi omologhi di ordinamento sociale, in ognuno dei quali si pone un diverso rapporto di dominio della classe possidente lo *Stoff* caratterizzante il *Güterleben* su quella non possidente. Lo stadio della 'economica' individua nella storia europea l'ordinamento della 'società feudale' che a sua volta iscrive due sottotipi, la 'società signorile' (*lehnherrliche Gesellschaft*) e la 'società cetuale'. L'ordinamento della prima si origina dalla conquista della terra (tramonto dell'antica civiltà imperiale e cittadina) e si basa sul 'possesso terriero' che conferisce imme-

⁽¹⁰⁰⁾ *GdsB*, II, p. 18.

⁽¹⁰¹⁾ *GdsB*, II, p. 19.

⁽¹⁰²⁾ *GdsB*, II, p. 20.

⁽¹⁰³⁾ *GdsB*, II, p. 34.

⁽¹⁰⁴⁾ *GdsB*, II, p. 17.

diatamente la 'signoria' (*Grundherrlichkeit*) come dominio sul lavoro servile; in questo tipo di società « lo Stato — dice Stein — era incorporato ugualmente in ogni libero possesso terriero », e i signori, appunto perciò 'pari', non riconoscevano alcun diritto superiore al loro diritto uguale di signoria. La società attuale è invece l'ordinamento che si afferma a partire dal risorgere delle città in Europa; esso esprime l'entificazione in ceti dei tre tipi possibili di possesso ⁽¹⁰⁵⁾, possesso terriero (nobiltà), possesso di beni spirituali (clero), possesso di capitale (borghesia). La caratteristica generale che definisce nel suo complesso l'epoca della società feudale consiste nel fatto che essa presenta un ordinamento che si struttura, anzi si identifica, immediatamente con l'«ordinamento giuridico» — in questo senso Stein la qualifica «società giuridica» (*Rechtsgesellschaft*); qui infatti è la «disuguaglianza giuridica» che genera direttamente l'ordinamento di sovra e subordinazione che definisce il sociale ⁽¹⁰⁶⁾.

Affinchè la capacità di dominio del possesso sul lavoro possa esplicitarsi in tutta la sua purezza c'è bisogno invece dell'uguaglianza giuridica che rende gli uomini 'astrattamente' uguali. « Finchè soltanto l'ordinamento giuridico di un popolo domina la società, il possesso esiste solo come soddisfazione del bisogno. Non appena l'uguaglianza giuridica si fa avanti, il possesso diventa l'unico ambito in cui si può sviluppare l'ineguaglianza e con essa l'ordinamento della società, (il possesso diviene cioè) l'elemento effettivamente positivo, strutturante nella società. E perciò qui comincia una vita completamente nuova » ⁽¹⁰⁷⁾.

Ma, per Stein, « ogni diritto positivo » è « la conseguenza dei rapporti materiali » ⁽¹⁰⁸⁾, perciò è in tali rapporti che va rintrac-

⁽¹⁰⁵⁾ *WdaE*, p. 158-159: « Il ceto nel più stretto ... significato (*Sinne*) della sua essenza è il compito sociale rappresentato in una classe particolare, la quale è tutelata essenzialmente nella sua autonomia non più attraverso la sua interiore forza vitale, bensì già attraverso un diritto esterno »; v. anche *GuZ*, p. 334-340 (sul collegamento tra ceto e *Beruf*) e p. 360 ss. (sul significato sociologico del ceto).

⁽¹⁰⁶⁾ *GdsB*, I, p. 445.

⁽¹⁰⁷⁾ *GdsB*, I, p. 449.

⁽¹⁰⁸⁾ *GdsB*, III, p. 165; ma su questo punto Stein insiste particolarmente in *GuZ*, p. 286, 336, 375, 376, 406, 409, 445.

ciata l'innovazione che ha modificato la vita dell'antica società producendo un ordinamento che non è soltanto una nuova forma di società accanto alle altre, bensì il « tipo fondamentale della società presente e futura » ⁽¹⁰⁹⁾, fondata per la prima volta e definitivamente sulla « comunità della vita dei beni » e su un ordinamento basato sul possesso come dominio della ' proprietà libera ' sul ' libero lavoro '. « La produzione dei beni si mostra soltanto qui nel suo pieno significato. Essa dispiega l'ordinamento che ci vuole per la vita degli uomini al di sopra degli uomini stessi; l'organismo della produzione diventa organismo delle personalità, e la subordinazione dei singoli tra loro, senza di cui non può esserci umanità, resta dunque libera, poichè essa sorge soltanto attraverso la libera volontà del singolo, il contratto. Il bene effettivamente acquisito o il possesso danno ... al singolo la sua posizione definitiva in questo ordinamento; egli ha questa posizione sociale senza suo intervento diretto attraverso il bene stesso, dopodichè il suo lavoro può ancora mantenere, innalzare o distruggere questa posizione » ⁽¹¹⁰⁾.

Così definito il « tipo fondamentale » di società, è chiaro che, per Stein, la società feudale non è una società in senso stretto, bensì, piucchealtro, dal punto di vista tipologico, l'esempio di una società non-libera; e ciò, si badi bene, non nel senso della libertà dei singoli componenti il corpo sociale, bensì nel senso di una società che ancora non si è emancipata nella storia sul fondamento del suo principio autonomo (l'interesse). Infatti se teniamo conto di quanto detto fin'ora, ricaviamo che nella società feudale manca la distinzione fondamentale tra società e Stato e dunque la distinzione giuridicamente assicurata e protetta tra sfera pubblica e sfera privata, inoltre questo ordinamento sociale non è basato sulla produzione comunitaria dei beni ma sul diritto ineguale, ed infine possesso e lavoro non sono immediatamente i ' fattori ' dello stesso ordinamento. Essa però è importante nella tipologia storico-sociale di Stein perchè rappresenta anche un modello di illibertà sociale che, verificandosi i vari presupposti, può sempre riprodursi nella storia in altre formazioni so-

⁽¹⁰⁹⁾ *GdsB*, II, p. 9.

⁽¹¹⁰⁾ *GdsB*, II, p. 4.

ciali. Anzi nella dottrina generale della società, quando Stein descrive i 'movimenti' necessari allo sviluppo sociale, cioè il movimento verso l'illibertà, verso la libertà, e il movimento sociale, il primo di questi è chiaramente un movimento tendente a riprodurre un modello feudale di comunità (commistione di diritto pubblico e diritto privato, confusione tra livello socio-economico e politico) che può ripresentarsi in ogni tipo di società laddove la classe dominante blocca la fisiologica mobilità sociale, polverizza il ceto medio, si impadronisce dello Stato (costituzione, amministrazione, legislazione): questo rifeudalizzarsi del potere sociale Stein lo definisce « società assoluta » ⁽¹¹¹⁾.

Dunque, se all'antica economica corrisponde storicamente un ordinamento sociale feudale, all' 'economia nazionale' corrisponde l'emergere dell'egemonia della borghesia, prima a livello semplicemente economico-sociale (= « società economico-nazionale ») poi anche a livello politico (= « società civile-politica »). L'*Industrie* infine è il modo di produzione che caratterizza la « società industriale » che, per Stein, è la formazione economico-sociale più avanzata storicamente, ma nello stesso tempo è il tipo di società che, pur partendo da essi, mette in crisi i fondamenti stessi della società emancipata e della *Civilisation*, nel senso che, questi ultimi, sono minacciati sia dalla classe dominante sia da quella dipendente. Questo tipo di società infatti sembra a Stein oscillare pericolosamente tra la Scilla del 'capitalismo' e la Cariddi della rivoluzione sociale, tra il rifeudalizzarsi del potere della classe dominante e la distruzione definitiva di ogni ordine sociale.

9. È all'interno dei tre movimenti suddetti (i primi due dei quali Stein definisce anche 'naturali') che si definisce una volta per tutte le capacità emancipativa della coppia possesso-lavoro e, congiuntamente, il potere del possesso di strutturare autonomamente l'ordinamento sociale, e che infine si denuncia il pericolo per tutto l'assetto sociale (e qui la preoccupazione di Stein è tutta praticamente orientata) tanto della totale illibertà (foriera

⁽¹¹¹⁾ *GdsB*, II, p. 62.

di rivoluzioni) quanto della totale uguaglianza (incompatibile con il principio sociale).

L'illibertà sociale si produce attraverso un movimento di irridimento della struttura sociale, al cui interno la classe dei possidenti, attraverso il 'diritto sociale' ⁽¹¹²⁾ si è assicurata anche per il futuro il dominio sui non possidenti e la loro esclusione dal tipo di possesso con cui il loro dominio si identifica. In questa situazione la conservazione o l'ampliamento del possesso non abbisogna più del lavoro diretto del possidente che si allontana sempre più dal momento attivo della 'vita dei beni' ⁽¹¹³⁾ mentre

⁽¹¹²⁾ Istituti di diritto sociale sono, per Stein, il maggiorascato e il fedecomesso in rapporto alla produzione agricola; le corporazioni, le maestranze, i privilegi e i monopoli in rapporto alla produzione manifatturiera e artigianale; la 'polizia del lavoro' in rapporto alla produzione industriale.

⁽¹¹³⁾ L'unica possibilità valida dal punto di vista etico che la classe alta ha di allontanarsi dal lavoro caratterizzante la vita economica della comunità, senza cioè snaturarsi dal punto di vista della *Gesittung* (che, per Stein, a partire dai primi anni 50, fonda l'ordinamento sociale), non è assolutamente costituita dalla 'rendita' del capitalista ormai estraniatosi dal lavoro, restando questa forma di 'entrata senza lavoro' sempre legata alle sorti alterne della produzione. La vera possibilità etica di distaccarsi dal lavoro è costituita dalla dedizione a quelle superiori attività, naturalmente afferenti all'alta posizione sociale, che Stein ci descrive in *WdaE*, come compiti sociali (difesa, istruzione, servizi pubblici, ecc.) ed attività per il potenziamento della scienza e dell'arte, in quanto attività progressive per lo spirito e la cultura, le quali spetterebbero ai componenti rispettivamente il 'ceto' (qui la parola ha significato positivo, in qualsiasi tipo di società si presenti) dei funzionari e di quello della nobiltà. Costoro per la loro posizione di potere, data anche dalla sicurezza economica oltre che dall'onore che conferisce l'ufficio (sicurezza che va rispettata ed assicurata come si addice ad un 'ceto') sono considerati, in ragione di ciò, gli unici in grado di risolvere detti compiti o di promuovere dette attività proprio perchè neutrali rispetto alla mischia degli interessi economici. Il valore del *Beamtentum* (la cui corruzione è la 'burocrazia', v. *WdaE*, p. 171) e della nobiltà consiste proprio nel fare oggetto della propria attività non-economica quegli ambiti della vita associata che, per principio, sfuggono alla logica spietata della 'vita dei beni'. « Per il concetto di vita dei beni — dice Stein in *ZpVVF*, p. 127 — non c'è alcun entusiasmo né altezza spirituale; essa conosce soltanto l'anelito alla moltiplicazione dei beni, e il massimo per lei è il maggior guadagno ». Perciò l'« entrata senza lavoro » (il lavoro è qui immediatamente il lavoro produttivo a livello economico) che spetta ai nobili e ai funzionari « costituisce il correlato economico dei compiti squisitamente sociali » (*WdaE*, p. 181) che lo Stato ha il dovere di assicurare (*Amt*) o conservare (*Adel*) proprio nell'interesse di un armonico sviluppo sociale. Tutto il complesso di

il 'ceto del lavoro' può trovare spazio per la propria emancipazione economica, culturale e sociale soltanto attraverso un impossessamento che, inizialmente, non ponga in crisi il dominio esistente e dunque l'esistente ordinamento sociale, ma che comunque si risolva in un tipo di possesso oggettivo, anche se non immediatamente materiale. Ciò perchè, secondo Stein, « il possesso di beni è l'assoluta premessa di ogni elevazione della classe inferiore, di ogni lotta contro l'illibertà nello Stato e nella società » (114). La prima forma di possesso accessibile alla classe inferiore è la cultura, come possesso di beni spirituali, dominio su beni formati a partire da una materia prima illimitata e accessibile, in via di principio, a tutti, cioè lo spirito. La cultura, come patrimonio di conoscenze e capacità, genera da un lato il

compiti ed attività che evadono l'ambito puramente economico della vita e che sono finalizzati in generale al promovimento della vita sociale ed in particolare all'elevazione delle classi subalterne, viene definito da Stein, in *SdS*, « lavoro sociale » in senso stretto (da non confondersi cioè con la socialità del lavoro produttivo che si manifesta nella 'divisione sociale' del lavoro). Questa « *gesellschaftliche Arbeit* » produrrebbe, in vista di uno sviluppo sociale armonico, « la realizzazione del concetto di libertà sociale » (su quest'ultimo, che caratterizza la fase eticizzante della sociologia di Stein, v. infra nota 119). Il lavoro sociale in senso stretto non sarebbe né un « lavoro puramente spirituale » (scienza o arte) né « uno puramente economico » (= « concentrazione di forze sul guadagno esclusivo di beni materiali », *SdS*, II, p. 240), piuttosto esso dovrebbe essere « una *fusion* di lavoro economico e spirituale » (*SdS*, II, p. 241). Il lavoro sociale dunque ha lo specifico scopo dell'elevazione sociale delle classi dipendenti, meglio, del mantenimento della mobilità sociale, per conservare nell'ambito della società il movimento fisiologico e salutare capace di conservarla come tale. Il lavoro sociale — in quanto lavoro di educazione all'« intelligenza del lavoro » (attraverso la distribuzione quanto più possibile omogenea di beni spirituali tra gli individui) e alle « virtù economiche » (ordine, disciplina, parsimonia, regolarità: per il dovere « etico » della conservazione della proprietà) — verifica la sua riuscita nella *Geselligkeit* come promovimento del piacere nella convivenza, la sua eticità nel rispetto per l'« ordine del lavoro » secondo cui « l'ordine ed il progresso del tutto riposa sulla subordinazione del singolo » (*SdS*, II, p. 246), e la sua ragion d'essere finale nella capacità di influire indirettamente sull'« ordinamento giuridico » attraverso un continuo, pacifico mutamento della divisione dei beni come rinnovamento delle classi necessarie alla vita sociale. « ... La trasformazione dell'ordinamento sociale è pensabile come una trasformazione organica unicamente attraverso il lavoro sociale » (*SdS*, II, p. 247).

(114) *GdsB*, I, p. 82.

« principio » dell'uguaglianza tra le personalità individuali in funzione della sua universale accessibilità, e dall'altro lato l'affinamento ed il potenziamento tecnico, e quindi acquisitivo, del lavoro del 'ceto' economicamente ancora dipendente, socialmente dominato, politicamente non-libero. Questo, in base a tale potenziamento della produttività del proprio lavoro, oltre al mantenimento del ceto caratterizzato da possesso, dominio e libertà, riesce, sotto forma di « profitto », a sottrarre al possesso inerte della classe dominante, una parte del suo valore in una forma di possesso attivo: il capitale. Questo nuovo tipo di possesso, sintesi di lavoro e possesso spirituale, è l'unico vero protagonista del 'movimento verso la libertà'.

Anche volendo prescindere dalle precise connotazioni storiche che caratterizzano sin dall'inizio questo movimento della libertà, si deve tener fermo che per Stein il lavoro, per essere una forza concretamente emancipatrice deve necessariamente procedere da e concretarsi in possesso. Ciò può avvenire, tanto attraverso l'impossessamento degli stessi beni, che in un dato ordinamento sociale, già caratterizzano il dominio di classe — ma ciò è condizionato dall'esistenza della mobilità sociale —, quanto — in una società in cui ogni mobilità è esclusa e dunque in cui è realizzata la totale illibertà ⁽¹¹⁵⁾ — attraverso il mutamento del modo di produzione con il conseguente emergere del dominio di un nuovo tipo di possesso. Il movimento verso la libertà consiste storicamente nell'affermarsi progressivo del capitale come possesso dominante attraverso l'emancipazione dello *Stand* del lavoro per il tramite di un particolare tipo di lavoro culturalmente qualificato: il lavoro capace di produrre profitto, capace di formare capitale, su cui si fonderà l'ordinamento di quella che Stein chiama la 'società economico-nazionale'. L'emergere del lavoro capace di formare capitale dal lavoro servile incapace di impossessarsi di beni, pone oltre che teoricamente (e questa per Stein è stata la funzione della filosofia moderna) anche praticamente il problema della libertà; il capitale cioè nel divenire il possesso dominante su tutti gli altri innalza economicamente e socialmente i suoi possessori a cui va dunque riconosciuta una

⁽¹¹⁵⁾ *GdsB*, I, p. 68.

posizione giuridica e politica libera ed indipendente. Il contrasto che il movimento della libertà deve risolvere (che la società francese ha risolto con la rivoluzione politica) è contrasto tra il vecchio ordinamento sociale pietrificato e il nuovo ordinamento ancora sprovvisto di riconoscimento giuridico e politico. « Questo contrasto tra la *società reale* e la *società meramente giuridica* è l'inizio di ogni movimento esterno della libertà » (116).

Se qui ricordiamo che la caratteristica della società feudale era proprio quella di essere una 'società giuridica' e ricordiamo anche come Stein definisce la totale illibertà sociale, è chiara la concretezza storica del concetto steiniano di libertà. Il movimento della libertà è certamente il movimento di emancipazione del terzo stato, ma contemporaneamente la libertà che si afferma con la sua egemonia è tipizzata come libertà tout court. Con il modo di produzione della borghesia imprenditoriale, per la prima volta nella storia si realizzano a livello individuale i postulati definenti la personalità umana in generale. La borghesia è il soggetto storico della *Civilisation* (che si conserva unicamente con l'egemonia di quella). La borghesia soltanto è in grado di esprimere ed affermare attraverso il capitale la capacità emancipativa del lavoro. Il lavoro libero di acquisire capitale, e capace di farlo, è il lavoro per eccellenza che santifica il nuovo dominio sociale: la libertà borghese è la libertà per eccellenza che santifica la nuova illibertà sociale. Se infatti la società è non-libera per definizione, e se, come si vedrà meglio nel prosieguo del mio discorso, il problema della libertà è rilevante soltanto a livello giuridico e politico, realizzatasi tale libertà a questi livelli i problemi residui fanno parte della 'questione sociale'. La capacità euristica della scienza è tutta nel trovare il sistema per prospettare la soluzione di tale questione senza più discutere nè il problema della libertà nè quello del possesso nella forma che essi hanno assunto con l'affermarsi della borghesia quale titolare dell'unico lavoro che in sé racchiude l'essenza della libertà (117).

(116) *GdsB*, I, p. 93.

(117) Una pars pro toto della concezione steiniana del lavoro, in cui quanto ho fin qui detto appare in maniera condensata e chiarissima, può essere considerato il saggio *GdA* dove è descritto il processo storico sia dell'emancipazione

Se infine il movimento della libertà, come liberazione in generale, ci descrive quella del terzo stato, è conseguente che il

del lavoro sia della sua moderna configurazione come pericolosa forza sociale. È la sintesi tra cristianesimo e germanesimo, portatori rispettivamente della libertà attraverso il lavoro (ora et labora) e dell'uguaglianza nella dignità e onore del lavoro (a prescindere dalle specifiche differenze tra le varie attività lavorative), che per Stein pone le fondamenta del concetto moderno di lavoro che, durante il Medioevo, trovò il suo sviluppo autonomo nelle libere città. « La prima linea di demarcazione tra l'antica e la nuova configurazione della cosa, tra l'epoca del Feudalesimo e quella della libertà civile fu tracciata attraverso il lavoro, che trovò nelle città la sua patria (*Heimat*) inizialmente ristretta » (*GdA*, p. 368). E ciò non certo a livello del patriziato aristocratico che presto si formò nelle città attraverso l'istituzionalizzazione di un rigido « diritto ereditario » (che tramutò il libero capitale in uno *Stammkapital* introducendo l'ineguaglianza sociale nella città che era nata all'insegna dell'uguaglianza) bensì per merito del 'ceto medio'. « La forza del ceto medio non riposava sull'antico capitale, bensì sull'ininstancabile lavoro degli operosi cittadini che sopraggiungevano » talché « nella città ... lavoro, parsimonia e fortuna poterono parificare ogni disuguaglianza » (*GdA*, p. 370). Paragonando l'emergere della borghesia nella città medievale alla sua emancipazione politica dall'assolutismo Stein afferma « Il lavoro è divenuto nel nostro secolo il figlio del libero cittadino, così come è stato il padre (traduco con padre *Mutter* che si adatta meglio al femminile di *Arbeit*) dello stesso cittadino sotto il Feudalesimo » (*GdA*, p. 374). Il significato cosmico-storico della borghesia più che nelle conquiste giuridiche e politiche è dunque proprio nell'aver stabilito e generalizzato il valore del lavoro per la personalità: « Allorché i liberi diritti civili ebbero dichiarato gli uomini giuridicamente uguali e a tutti ebbero aperto tutte le strade (*Laufbahnen*) dello sviluppo personale, emerse nella sua più splendida configurazione il lavoro, in quanto libero, confidente in sé stesso, instancabile, poiché ognuno dal lavoro sperava il raggiungimento del suo scopo di vita individuale, benessere e considerazione. Ma questa speranza — ricorda significativamente Stein — non poteva rovesciare le immutabili leggi della vita dei beni » (*GdA*, p. 375). Ecco il punto in cui, nella storia sociale europea, il lavoro diventa pericoloso, nel momento in cui quella 'speranza' cerca di realizzarsi nella realtà contro le leggi della vita dei beni fattesi 'immodificabili', 'leggi' che sono poi proprio le leggi storiche di formazione della borghesia imprenditoriale e del suo modo di produzione che a Stein appare indisponibile, correggibile soltanto nelle sue conseguenze estreme (capitalismo e pauperismo ad es.) e proprio per salvarlo dal pericolo che ormai il lavoro rappresenta nella società industriale. « Il lavoro produsse negli strati più bassi dell'industria il potere che proprio nel presente dà ad esso la sua posizione singolare e nello stesso tempo doppiamente importante, cioè il proletariato » (*GdA*, p. 376), la cui stessa aspirazione ad un *Recht auf Arbeit* (per Stein questa espressione connota una volontà di dominio sociale, diversamente dal *Recht der Arbeit*, sul punto v. anche *BdA*), nasconde

tentativo di liberazione del quarto stato faccia parte di un altro movimento che con la 'libertà' non ha più nulla a che fare, la 'soziale Bewegung' del proletariato. Questa è il movimento al cui interno il lavoro ha consumato le sue caratteristiche soteriche e che prende l'avvio proprio all'interno dell'egemonia del terzo stato che, liberatosi nel suo complesso, ha in un certo senso concluso lo sviluppo positivo e progressivo del lavoro nella storia proprio perchè l'astratta forza-lavoro che individua la classe proletaria è incapace di acquisire *Bildung und Besitz* e dunque il movimento di questa classe non può che essere contrario alla vera libertà. Anzi secondo Stein due malintesi sono al fondo delle teorie e delle pratiche di emancipazione del proletariato; il primo è che la libertà, affermata a livello giuridico e politico possa espandersi anche, per tutti, a livello sociale ⁽¹¹⁸⁾, il secondo è che l'uguaglianza possa essere concreta e positiva.

10. Da un punto di vista generale, il problema della libertà non è strettamente sociale; la società, in tutta la produzione sociologica steiniana che arriva fino ai primi anni '50, è il luogo dell'illibertà ⁽¹¹⁹⁾: è soltanto il grado di questa che differenzia

un disegno eversivo nei confronti del capitale attraverso la strumentalizzazione dell'ordinamento giuridico e statale. « Il lavoro vuole riconosciuto, attraverso il potere dello Stato, organicamente e legalmente il *dispotismo sul capitale*, e il diritto al e sul lavoro (*Recht auf Arbeit*) è null'altro che il diritto del lavoro a questo dispotismo sul capitale » (*GdA*, p. 377).

⁽¹¹⁸⁾ *SB*, p. 4; *GdsB*, III, p. 104: « Il concetto di libertà è un concetto astratto. La libertà reale è soltanto in chi possiede le condizioni della stessa, cioè i beni materiali e spirituali in quanto premesse dell'autodeterminazione. Queste condizioni esistono in generale nella classe possidente ».

⁽¹¹⁹⁾ In *SdS*, II, troviamo una trattazione specifica del tema della libertà sociale, all'interno di quelle componenti che dovevano segnare uno sviluppo armonico della società. Stein sottolinea che « Vi sono ... tante forme ed ambiti della libertà quanti sono le forme e gli ambiti della vita personale. Ogni libertà effettuale è particolare e limitata, e si determina secondo il suo fondamento. La libertà *sociale* è dunque la possibilità per i singoli di poter salire dal grado sociale più basso, sul quale si trovano, ad uno più alto attraverso il loro lavoro » (*SdS*, II, p. 236). Rispetto alla concezione più pessimista di *GdsB*, dove la società veniva definita il luogo della necessaria illibertà, la libertà sociale, che Stein teorizza in *SdS*, è una libertà che si afferma soltanto al di là della cd. 'libertà dello stato di natura' (intesa come « la libertà per ogni singolo di *guadagnarsi*

l'uno dall'altro le forme di società che Stein ci presenta sia come tipi ideali sia come tipi storici. Che la società sia il luogo dell'illibertà significa, però, anche un'altra cosa e cioè che, considerata la società come un tutto (l'aspetto non-personale della comunità), l'illibertà concreta spetta ad alcuni in modo specifico, precisamente a quelli che non posseggono alcuna proprietà. Il concetto di libertà è talmente connesso con quello di proprietà che la stessa emancipazione deve cominciare da una forma di proprietà, quella spirituale. La cultura e la coscienza della situazione di classe sono, per Stein, la prima manifestazione della libertà. Tuttavia « la premessa di ogni libertà è l'armonia di lavoro, guadagno e possesso »⁽¹²⁰⁾, ma questa armonia finché resta solo sociale non produce libertà in senso pieno; perciò, per Stein, soltanto la premessa della libertà è sociale poiché essa, definita come Stein la definisce nel 'movimento' che la produce, diventa effettiva solo se viene recepita a livello giuridico e politico. « Il concetto di libertà è ... un concetto astratto » che può realizzarsi soltanto « nella libera autodeterminazione della comunità »⁽¹²¹⁾ cioè a livello della comunità 'personale', ossia a livello di Stato. Il movimento della libertà, che non a caso costituisce il centro della sociodinamica di Stein, è la dimostrazione di ciò. E la 'lotta perenne' che Stein coglie nel rapporto tra società e Stato (anche se principalmente a livello di 'principi') si sostanzia proprio nel fatto che, per lui, la prima, in quanto strutturata atomisticamente sui rapporti di proprietà e non-proprietà dei beni, è

un possesso totalmente secondo il suo desiderio e la sua individualità») e della « libertà dell'uguaglianza dei beni » che, correttamente intesa (cioè in senso negativo), non sarebbe altro che il *Grundtypus* della libertà borghese, cioè: « il diritto uguale di tutti i liberi di entrare col loro possesso e con le loro forze nei rapporti economici (*Verkehr*); ma tali rapporti — continua Stein — producono necessariamente l'ineguaglianza, e con lei nuovamente il vero e proprio concetto della libertà. Libertà *collegata* con uguaglianza assoluta, è perciò in verità e del tutto innegabilmente *illibertà*; libertà ed uguaglianza insieme costituiscono una contraddizione assoluta » ed in questo senso, secondo Stein, « la più alta configurazione della comunità è espressa soltanto nella *libertà e ineguaglianza*; la libertà come l'eterno principio dello sviluppo, l'ineguaglianza come l'eterno fondamento dello stesso » (*SdS*, II, p. 238-239).

⁽¹²⁰⁾ *GdsB*, III, p. 155.

⁽¹²¹⁾ *GdsB*, III, p. 104.

portatrice naturale di illibertà come dominio dei possidenti sui non possidenti, mentre il secondo, in quanto (teoricamente) espressione unitaria della comunità-persona, sarebbe altrettanto naturalmente depositario della libertà. Comunque, in questa lotta, è sempre alla società che spetta la prima mossa, è essa che, in funzione del suo principio antagonistico, tende a consumare la 'realtà dell'idea etica' ⁽¹²²⁾.

Se da un lato la legge di formazione della società impone l'ordinamento della comunità economica e produttiva in una gerarchia definita dal dominio della classe possidente sulla non-possidente, dall'altro lato però è, come si è visto, il grado di rigidità sociale del dominio che definisce il tipo di società, che in sé resta non libera per definizione; ma lo stesso irrigidimento progressivo della mobilità sociale fino al suo totale bloccaggio, non può essere autonomamente prodotto dalla società. È a livello di tale irrigidimento infatti che diritto e Stato entrano a far parte direttamente della struttura di dominio che si determina spontaneamente a livello sociale attraverso la divisione dei beni, pur prodotti comunitariamente, tra singoli proprietari. La classe possidente dunque è naturalmente spinta dal suo interesse a frenare prima ed escludere poi qualsiasi mobilità sociale, impedendo con strumenti giuridici e politici l'accesso a quei beni che caratterizzano il dominio ormai non più soltanto sociale. È a questo punto, quando cioè la classe dominante si è sottomessa anche il diritto e lo Stato, che Stein parla di illibertà tout court, di una illibertà cioè diversa da quella che a livello sociale individua la posizione del non-proprietario. « L'illibertà — dice Stein — sorge se il potere dello Stato è costretto a servire un particolare interesse sociale » e quindi specifica quali sono i tipi di illibertà contro cui è lecito combattere, « una illibertà *giuridica*, allorché lo Stato rende diritto intoccabile per chiunque il dominio di un tale interesse particolare che senza di lui è solo un fatto e perciò può venir combattuto da chiunque ... una illibertà *politica*, allorché una determinata classe della società ha esclusivamente nelle mani il dominio sul potere statale » ⁽¹²³⁾.

⁽¹²²⁾ GdsB, I, p. 46 ss.

⁽¹²³⁾ GdsB, I, p. 68.

Ma il movimento verso questa illibertà, che è (da un punto di vista strettamente sistematico, che cioè prescinde dal referente storico del 'tipo' rintracciabile essenzialmente nella fase che precede l'affermarsi della egemonia borghese) il primo movimento naturale che si genera dalla società verso lo Stato, è anche, da un punto di vista strettamente sociologico, « lo sviluppo positivo del dominio sociale » ⁽¹²⁴⁾ come manifestazione indisturbata della libertà individuale di possedere in proprietà personale i beni prodotti dalla comunità seguendo la sua destinazione individuale. Infatti per l'individuo « la base materiale dello sviluppo personale è il possesso » il cui mantenimento ed ampliamento non è soltanto realizzazione dell'interesse dell'« uomo materiale », « bensì è comandato dall'essenza stessa della personalità ». « Questo interesse esige ... che il lavoro di altri sia impiegato per questo possesso. Il lavoro dell'uno per l'accrescimento del possesso dell'altro però è la dipendenza esteriore. Con ciò appare il principio che l'interesse personale del possidente *deve* esigere la dipendenza di colui che lavora » ⁽¹²⁵⁾. Infine « Ciò che effettivamente rende dominante la classe dominante non è assolutamente in contraddizione con l'essenza della personalità, bensì tale possesso dei beni è esso stesso per il possidente proprio la realizzazione della sua propria idea, il raggiungimento della sua personale destinazione ... la realizzazione di ciò che ogni uomo si prefigge come suo fine; nella misura in cui egli a ciò anela e tien fermo l'oggetto anelato, si comporta chiaramente in armonia con il compito individuale di vita, con l'intima legge della natura umana; ed ha perciò la piena legittimazione etica a fare di questa aspirazione e di questa difesa di ciò che ha ottenuto la tendenza fondamentale della sua vita esteriore » ⁽¹²⁶⁾.

È per assicurare al di là di ogni attentato teorico o pratico questa libertà di possedere dominando sul lavoro altrui, che Stein fonda eticamente il 'compito di vita individuale' nell'acquisizione e conservazione della proprietà privata. Così se « la premessa

⁽¹²⁴⁾ *GdsB*, I, p. 56.

⁽¹²⁵⁾ *GdsB*, III, p. 135.

⁽¹²⁶⁾ *GdsB*, I, p. 69-70.

di ogni libertà è l'armonia di lavoro, guadagno e possesso » (armonia che non può realizzarsi per tutti contemporaneamente) diventa necessario definire la società il luogo 'naturale' della illibertà e trasportare poi la libertà 'vera' nel 'cielo' del diritto e dello Stato, dove appare astrattamente possibile a tutti proprio ciò che, essendo impossibile a livello sociale, produce la 'necessaria', 'ineliminabile' illibertà della società. La prospettiva in cui si pone Stein è opposta a quella della marxiana *Questione ebraica*, poichè per lui è lecito parlare di libertà senza attributi soltanto a livello di diritto e Stato proprio perchè, nella loro astrazione dalle vicende sociali, solo a tale livello essa può spettare indistintamente a tutti (come possibilità riconosciuta), così da legittimare fino in fondo l'illibertà concreta o sociale (denunciata dalle 'teorie') che assicura la libertà della classe dominante su cui l'astrazione della libertà giuridica e politica si fonda ⁽¹²⁷⁾.

Rispetto alla libertà, infine, l'uguaglianza — pur strettamente legata a quella in via di principio (poichè non si può definire l'uomo come libero se non si definiscono ugualmente liberi tutti gli uomini) — in quanto scopo del 'movimento sociale' e oggetto della '*soziale Frage*' non è, per Stein, « alcun concetto bensì un fatto storico » che in parte ha le sue premesse nella rivoluzione politica che a Stein, più che una 'rivoluzione incompiuta', appare essa stessa una fonte di pericoli 'sociali' ⁽¹²⁸⁾. L'unica uguaglianza conciliabile con l'esistenza della società è l'uguaglianza negativa, perchè soltanto questa libera la disuguaglianza senza di cui è impossibile l'ordinamento sociale. « ... La maggiore ineguaglianza tra gli uomini si realizza soltanto attraverso la diversa divisione dei beni umani, la quale produce appunto la formazione della società umana » ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁷⁾ Non è a caso che l'appello riformista di Stein si rivolga, oltre che allo Stato, anche alla classe dominante. « È nella classe possidente la coscienza che il suo proprio, massimo e beninteso interesse esige, con ogni sforzo delle sue forze sociali e con ogni aiuto dello Stato e del suo potere, di operare senza sosta e attivamente per la riforma sociale » (*GdsB*, I, p. 138).

⁽¹²⁸⁾ *GdsB*, I, p. 100-101.

⁽¹²⁹⁾ *SB*, p. 3.

II. L'affermarsi istituzionale dell'uguaglianza negativa, cioè l'affermarsi dell'uguaglianza giuridica, caratterizza la società moderna, ordinata direttamente in base al possesso, rispetto alla società feudale, che Stein, come si è visto, definiva « società giuridica ». L'uguaglianza giuridica cioè sancisce a livello sociale la libertà che il terzo stato ha perseguito nel suo 'movimento', esso stesso travagliato — come dimostra la storia francese che è il modello a partire dal quale Stein teorizza — da lotte interne e « ideologie » (così Stein chiama, richiamandosi forse all'origine dispregiativa che il termine ebbe con Napoleone, la costituzione giacobina, avulsa, a suo avviso, dalla realtà sociale francese). Il movimento di emancipazione del terzo stato si stabilizza per Stein soltanto con le codificazioni. E da ciò egli ricava un principio di grande interesse, e cioè che le codificazioni (specificamente quelle civilistiche di tipo francese) sono l'espressione del tentativo di soluzione di pressanti problemi sociali, rappresentando la conseguenza sul piano giuridico della lotta tra vecchi e nuovi rapporti di potere all'interno della società.

« La possibilità di una codificazione — dice Stein — ha come presupposto assoluto il riconoscimento della singola personalità liberata da ogni differenza di diritto sociale » ⁽¹³⁰⁾, il quale diritto, specialmente nella *Geschichte der sozialen Bewegung ...*, è la spia del dominio giuspolitico della classe possidente e lo strumento per bloccare la mobilità sociale. Questo principio è per Stein valido anche e soprattutto per la Germania, dove tale 'riconoscimento' ancora manca, e mancando continuerà a produrre fenomeni rivoluzionari. « ... L'intera questione circa la codificazione in Germania — nota Stein lucidamente — è divenuta e dovrà restare una pura questione sociale secondo l'immodificabile natura del diritto privato. La Francia ha ottenuto il suo codice non attraverso una sua superiore cultura giuridica, bensì attraverso il riconoscimento dell'uguaglianza assoluta di ogni personalità e di ogni bene nel diritto ... noi non otterremo mai un codice tedesco fintantoché vi saranno ancora differenze di ceto nella società tedesca » ⁽¹³¹⁾. Contrapporre diritto 'storico' e diritto 'codifi-

⁽¹³⁰⁾ *GdsB*, I, p. 422.

⁽¹³¹⁾ *Ibid.*; ma v. anche *GuZ*, spc. 230-231, 296, 325.

cato' non significa, dunque, per Stein assolutamente contrapporre due diverse culture giuridiche, bensì soltanto contrapporre due diversi 'gradi' dello sviluppo sociale. Il disinteresse per gli studi storico-giuridici che Stein ha verificato già nella Francia degli anni '40 è per lui dovuto proprio alla forma di società che ivi, anche per merito del *code civil*, si è stabilizzata. Ciò perchè « il vecchio e il nuovo diritto rappresentano due formazioni assolutamente contrapposte della società che non si sviluppano organicamente l'una dall'altra, bensì necessariamente si annullano a vicenda » (132). La società cetuale (ancora esistente in Germania, anch'essa divisa come ogni società di tal tipo in 'ordini' distinti dalla specie del possesso) dà luogo a tre diversi sistemi di diritto privato rispetto ai quali la personalità subisce un trattamento 'disuguale', essendo apriori subordinata alla sua indisponibile e prefissata posizione sociale. Il 'vero principio' del diritto privato (sconosciuto in Europa prima della Rivoluzione) (133) invece « è la *singola personalità* legittimata. Fintantoché si pensa questa personalità come astratta, si produce la filosofia del diritto privato. Soltanto la *reale* personalità produce il diritto privato *positivo*. Questa *reale* personalità è proprio necessariamente una personalità *sociale* » (134).

Affinchè questa personalità sociale possa svilupparsi compiutamente sono necessari, secondo Stein, due presupposti che furono entrambi afferrati e realizzati da Napoleone, la cui stessa dittatura fu il prodotto della lotta tra il terzo stato e i resti della vecchia società e che, come ogni dittatura (135) fu il risultato di una non risolta questione sociale. Questi due presupposti, secondo Stein, erano la *sicurezza* giuridica del possesso come fondamento dell'ordinamento sociale, ed uno Stato forte e al tempo stesso separato dalla società. « Napoleone aveva separato la società e lo Stato l'una dall'altro per lasciare raggiungere ad ognuno per sé il pieno sviluppo; — o meglio la legge del movimento sociale aveva espunto il potere dello Stato dai confini della società per

(132) *GdsB*, I, p. 421.

(133) *GdsB*, I, p. 428-429.

(134) *GdsB*, I, p. 419.

(135) *GdsB*, I, p. 401; *GuZ*, p. 325.

poter tranquillamente sviluppare, libero dalle pretese di quello, il nuovo ordine che era in esso accennato ancora soltanto in germe » ⁽¹³⁶⁾. Le codificazioni napoleoniche (e, in particolare il *code civil*) risposero, dunque, da un lato all'esigenza di accentramento del potere per rafforzare lo Stato e dall'altro eressero « una solida barriera di diritto privato assicurato attorno all'individuo ed alla sua posizione sociale » ⁽¹³⁷⁾; individuo che aveva bisogno « della massima libertà del suo sviluppo » ⁽¹³⁸⁾ come richiedeva quella proprietà di tipo capitalistico che ormai conferiva la reale posizione sociale in ordine alla ricchezza patrimoniale.

È infatti proprio a partire dal diffondersi egemonico di questo nuovo tipo di proprietà (che ha il compito di ristrutturare la società destratificata dalla scomparsa dell'antico diritto disuguale) che si determinano tutte le esigenze che soltanto Napoleone e i suoi codici seppero soddisfare: « Ogni patrimonio — la proprietà capace di guadagno — è un piccolo mondo per sé. Esso ha i suoi peculiari elementi di vita, peculiari esigenze di sviluppo, peculiari condizioni della sua conservazione ... per prima cosa l'assoluto bisogno di sicurezza esterna, non vuole essere attaccato da nessuno, nemmeno dal potere dello Stato; il potere dello Stato, dal punto di vista della proprietà, c'è essenzialmente per difendere la proprietà. Ogni patrimonio esige inoltre, per prosperare, l'impiego delle forze migliori del suo padrone e ne punisce tale impiego ad altro compito attraverso l'indebolimento e la rovina » ⁽¹³⁹⁾. Quest'ultima esigenza della proprietà è null'altro che l'esigenza, storicamente determinata, di separazione tra la sfera economico-sociale e la sfera statale che però, è bene sottolinearlo, per Stein, rappresenta, contrariamente al liberalismo volgare, un momento transitorio nella storia anche di questo sviluppo sociale, e precisamente il momento che coincide col processo di ordinamentazione del corpo sociale (sulla base della mobile e dinamica proprietà personale 'libera'), il quale altrimenti resterebbe una semplice comunità. Una volta solidificatosi l'ordinamento attraverso le

⁽¹³⁶⁾ *GdsB*, I, p. 425.

⁽¹³⁷⁾ *GdsB*, I, p. 418.

⁽¹³⁸⁾ *GdsB*, I, p. 417.

⁽¹³⁹⁾ *GdsB*, I, p. 396.

classi sociali, la netta separazione tra Stato e società diventa impossibile, l'ordinamento sociale esige una costituzione che lo esprima a livello politico ⁽¹⁴⁰⁾. Se le costituzioni francesi pre-napoleoniche erano più o meno tutte « costituzioni teoriche » ⁽¹⁴¹⁾ mancando ancora una forma stabile dell'ordinamento sociale, le costituzioni napoleoniche invece, appaiono a Stein, soltanto delle ' *Staatsordnungen* ' che per lui significano ordinamenti statali al cui interno la volontà della comunità-persona si forma dall'alto, senza inerire ad un ordine sociale che la determini ⁽¹⁴²⁾. Con il costituzionalismo, infine, che garantisce la partecipazione politica attraverso il principio censitario, il borghese si fa anche cittadino, e la proprietà privata ha la sua espressione politica ⁽¹⁴³⁾. La società che nasce da questa ' duplicazione ' dell'uomo è quella che Stein definisce, con un termine di difficile traduzione *staatsbürgerliche Gesellschaft*; espressione che significa appunto una società ' civile ' e ' politica ' insieme, una società che riemerge a livello dello Stato.

12. Come ormai risulta abbastanza chiaro da quanto si è detto fin'ora sul rapporto che, nella scienza steiniana, lega la proprietà privata alla società moderna, non si può assolutamente negare che il lavoro vi occupa una posizione centrale per lo sviluppo della personalità in genere e dell'individuo in specie: *Ma non ogni tipo di lavoro*, meno che mai l'astratta banalità del moderno lavoro industriale.

Anche volendo qui prescindere da un esame della minuziosa tipologia del lavoro che troviamo nel *System der Staatswissenschaft* ⁽¹⁴⁴⁾, non è possibile ignorare che l'unico tipo di lavoro

⁽¹⁴⁰⁾ Sul punto estesamente *ZpVfF*.

⁽¹⁴¹⁾ *GdsB*, I, p. 361.

⁽¹⁴²⁾ *GdsB*, I, p. 407 ss.

⁽¹⁴³⁾ « ... Il possesso di un patrimonio che nella società economico-nazionale viene trattato come un atomo capace di guadagno, dà il diritto ad un'uguale partecipazione alla determinazione della volontà statale. È l'apparizione dell'individuo economico come membro del diritto pubblico, la prima ed elementare applicazione del dominio della società economico-nazionale sull'ordine giuridico dello Stato » (*GdsB*, I, p. 476).

⁽¹⁴⁴⁾ *SdS*, I, p. 138 ss.

che, per Stein, di fatto realizza l'essenza personale dell'uomo, è quello che storicamente si pone tra il lavoro servile della società feudale e l'astrazione della forza-lavoro tipica di quella industriale, cioè il lavoro della borghesia, considerato il solo, anche per la storia a venire, capace di acquisire autonomamente *Bildung und Besitz* realizzando l'unica libertà possibile nella storia sociale. Questo tipo di lavoro è per Stein il tipo ideale di lavoro (in senso anche e soprattutto valutativo) emancipativo, a cui va educato proprio il proletariato, distogliendolo, attraverso un'attività di governo orientata in senso sociale, dai disegni teorici e dalle pratiche rivoluzionarie; e ciò non tanto per far violenza sulla classe non-possidente, quanto perchè Stein è fermamente convinto che « Di fatto ... quell'abolizione (del capitale) non è niente affatto la volontà del proletariato ... Esso vuole piucchealtro *poter acquisire* il capitale » (145).

La 'monarchia della riforma sociale' o, in via subordinata, la 'repubblica dell'interesse reciproco' (146), come progetto di 'Stato sociale' (147) devono far fronte alla nuova prospettiva che si apre nella storia europea con l'emergere della classe proletaria. Questa, come Stein più volte sottolinea, non è soltanto povera, bensì una vera e propria forza sociale, mossa dalla coscienza della sua situazione di sfruttamento e da un disegno ri-

(145) *GdsB*, I, p. 135.

(146) *GdsB*, III, rispettivamente p. 41 e p. 194; su ciò il mio *Crisi e scienza* cit., cap. III, § 10.

(147) L'interesse che Stein ha suscitato e continua a suscitare in Germania nel II Dopoguerra è in parte dovuto al fatto che è stato visto come il precursore dello Stato sociale (introdotto dalla GG della RFT). Per una discussione di tale tesi v. *op. ult. cit.*, p. 33 ss. In occasione del 'Colloquio internazionale su Stein' (v. retro nota 98) sono tornati sul tema K-H. KASTNER, *Von der sozialen Frage über den sozialen Staat zum Sozialstaat* (dattiloscritto); E. PANKOKE, *Soziale Politik als Problem öffentlicher Verwaltung. Zu Lorenz Steins gesellschaftswissenschaftlicher Programmierung des « arbeitenden Staates »*, (dattiloscritto); U. SCHEUNER, *Zur Rolle der Verbände in Rahmen der sozialen Verwaltung nach der Lehre von Lorenz von Stein. Die Stellung Lorenz von Steins in der neuen Staats- und Gesellschaftslehre* (dattiloscritto) il quale ultimo, perö, sottolinea il diverso rapporto tra lo Stato e l'odierna vita economica rispetto ai compiti 'sociali' dello Stato steiniano; oggi lo Stato « non esercita più soltanto una guida della vita economica, esso interviene sempre più profondamente nella struttura sociale » (p. 31).

voluzionario teoricamente e anche ' filosoficamente ' fondato. In questa nuova prospettiva, l'emancipazione del lavoro, la realizzazione dei suoi diritti ⁽¹⁴⁸⁾, appare l'estrema minaccia alla civiltà occidentale nel suo complesso. Questa è la ragione per cui, rispetto alla borghesia che si è, prima, emancipata attraverso la proprietà privata in una nuova ' vita dei beni ' e, poi, liberata giuridicamente e politicamente, l'emancipazione del proletariato, in quanto emancipazione della società *dalla* proprietà privata dei mezzi di produzione, deve essere impedita, concedendogli, però, dall'alto, soprattutto al fine di conservare l'ordinamento borghese, una ragionevole partecipazione alla ' ricchezza ' sociale. Dall'alto qui significa contemporaneamente, tanto l'intervento dello Stato ' socialmente ' neutrale quanto il consenso attivo, all'elevazione dei non-possidenti, della classe dominante, in vista del suo stesso ' beninteso interesse ' ⁽¹⁴⁹⁾.

Il riformismo di Stein, tutt'altro che ingenuo, è il risultato necessario di una precompressione della realtà storica che si rappresenta imm modificabili, assolute e dunque indisponibili le leggi (perciò ' eterne ') del *Güterleben*, quale esso è divenuto nello sviluppo della *Civilisation*. A questo livello il lavoro del proletariato — astrazione e separazione dei momenti semplici del processo produttivo gestito dal capitale nel suo proprio interesse —, una sottospecie di quel tipo ideale, è reputato incapace di fondare autonomamente, così come aveva fatto il lavoro della borghesia, una nuova ' vita dei beni ', a partire dalla quale Stato, diritto e società si possano rinnovare. Dal punto di vista (non soggettivo) che orienta la scienza di Stein, il proletariato che si autoemancipa può solo corrompere o distruggere il principio della *Civilisation*, già realizzatosi. Esso dunque non ha una sua storia da vivere e gestire autonomamente, perciò non va abbandonato a sé stesso, ma aiutato ad inserirsi docilmente e pacificamente all'interno di una storia che è tornata ad essere natura.

Non a caso la critica di Stein al ' capitalismo ' (« materialismo della società umana » ⁽¹⁵⁰⁾) non è assolutamente una critica del

⁽¹⁴⁸⁾ *BdA*, p. 83 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ V. nota 127 retro.

⁽¹⁵⁰⁾ *GdsB*, II, p. 32.

‘ sistema di produzione ’ della società industriale, ma soltanto del congelamento che in essa avviene della mobilità sociale attraverso la concentrazione dei capitali in poche mani, la scomparsa della classe media e gli ostacoli di ordine giuridico e politico che i capitalisti, impadronitisi dello Stato, oppongono ad ogni redistribuzione dei beni. Il capitalismo certamente rappresenta la corruzione della società industriale, il deperimento dei bisogni più puri dell’uomo, lo svilimento dei valori della convivenza, ma *soltanto* per l’immobilità della vita sociale garantita dallo Stato, che rievoca forme desuete di società; immobilità vista però come una conseguenza accessoria (giuridica e politica) del sistema di produzione in sé perfetto; infatti « il capitale in sé » resta « la condizione di ogni libertà concreta » ⁽¹⁵¹⁾.

III.

Indubbiamente, lo spostamento della ‘ questione sociale ’ al centro della scienza di Stein, ha, come si è visto, comportato, rispetto alle conclusioni hegeliane, analisi più articolate e specifiche, direi anche più congrue, nei confronti di una realtà storica ormai esplicitatasi attraverso l’emergere della lotta di classe tra borghesia e proletariato come fenomeno ad essa strutturale. Tuttavia, l’approccio ‘ sociologico ’ al mondo borghese, che Stein è tra i primi ad usare in Germania, ha, nonostante lo spostamento suddetto, molti connotati hegeliani ⁽¹⁵²⁾; anche se, proprio in quanto sociologico, tale approccio implica un’ulteriore differenza significativa rispetto a quello più tradizionalmente politico di Hegel. Il rapporto tra società e Stato viene infatti visto da Stein, in

⁽¹⁵¹⁾ *GdsB*, II, p. 101.

⁽¹⁵²⁾ Per una discussione sul rapporto tra Hegel e Stein, nella letteratura sul tema fino al 1974, v. il mio *Crisi e scienza*, cit., cap. I, § 3. Sul punto è tornato da ultimo K. HARTMANN, *Reiner Begriff und tätiges Leben. Lorenz von Steins Grundkonzeption zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft und von Rechtsphilosophie und Recht* (datt. per il suddetto ‘ Colloquio ’), qui a p. 14 è detto « La posizione di Stein appare ... come una ‘ seconda parte ’ della hegeliana *Filosofia del diritto* »; *contra* v. B. WILLIS, *Lorenz von Steins politische Dialektik* (datt.) spc. p. 32.

quella che lui definisce l'«epoca della società», come un rapporto decisamente conflittuale (e non soltanto in funzione di diversi, concorrenti 'principi' di convivenza) rispetto alla cui 'necessità' l'obiettivo ottimale da raggiungere, nei limiti del possibile (date le premesse 'sociali' dello Stato in generale e di quello moderno in particolare), diventa la 'neutralità' dello Stato nei confronti della stessa lotta di classe, onde poter fare dell'elevazione dei meritevoli il suo compito più qualificante, senza intaccare quelle differenze su cui l'ordinamento sociale si fonda. Anche nella fase più matura della scienza di Stein — in cui egli rinuncia da un lato ad una determinazione esclusivamente economica dell'ordinamento sociale ed esclude dall'altro la necessità della lotta di classe (vista come un fenomeno o transitorio o, al massimo, caratteristico soltanto di alcune formazioni sociali), in cui dunque si tenta un progetto di società perfettamente integrata anche con l'ausilio di una vera e propria etica sociale — anche in tale fase resta una distinzione tra livello sociale (fattosi ormai una costante della storia occidentale) e livello statale che, a mio avviso, ha caratteristiche diverse dal rapporto squisitamente dialettico e storicamente determinato che Hegel aveva introdotto all'interno dell'eticità tra 'società civile' e Stato ⁽¹⁵³⁾. Il problema dell'emancipazione della società dallo Stato in Hegel appare soprattutto a livello del 'sistema dei bisogni' — reso per altro possibile come tale (sistema) proprio dalla rilevanza che nello Stato moderno acquista la produzione economica all'interno di un territorio pacificato ed omogeneizzato dal punto di vista istituzionale — mentre per Stein, sin dagli anni '40, quella emancipazione si è fatta una 'realtà di prim'ordine' (O. Brunner) al punto da esautorare lo stesso concetto di Stato quale 'realtà dell'idea etica'; anzi la lotta per l'interesse, che caratterizza la società come illibertà e dominio dell'uomo sull'uomo, minaccia l'esistenza stessa dello Stato — e questo è uno dei pericoli paventati dalla scienza di Stein nella produzione sociologica che va dalla prima ed. di *Sozialismus und Communismus*

⁽¹⁵³⁾ Mi sia permesso qui rimandare alla mia critica dell'interpretazione itingiana della filosofia politica di Hegel, *Hegel liberale?*, in « Trimestre » 3-4, luglio-dicembre 1976, p. 387-407.

... al 1852 ⁽¹⁵⁴⁾. Qui lo Stato, pur rappresentando la personalità della comunità, ha certamente una dimensione diversa da quella che esso aveva nella filosofia giuspolitica di Hegel, e, pur continuando a rappresentare la 'vera' libertà, viene realisticamente, in più d'un punto, riconosciuto non più il motore (e dunque il principio) dello spirito oggettivo, bensì uno strumento suscettibile di più usi, tra i quali deve operarsi una scelta, perchè sostanzialmente determinato dalle forze sociali in lotta per l'egemonia ⁽¹⁵⁵⁾.

Lo stesso istituto della proprietà borghese acquista sfumature diverse passando dalla 'filosofia' hegeliana alla 'sociologia' di Stein. Da un lato cioè è certo che per entrambi esso si collega alla personalità libera come frutto della civiltà cristiano-germanica (divenuto tale attraverso un processo storico articolato a più livelli e complesso geneticamente) oltre che come acquisizione istituzionale irrinunciabile del mondo occidentale e della sua libertà; ma dall'altro lato, proprio la proprietà privata, che per entrambi è una testimonianza cospicua di quella libertà, specificamente per Stein, rappresenta una fonte di 'questioni' a cui si ascrive una portata più ampia e decisiva di quella pur lucidamente considerata da Hegel. I problemi nascenti dalla 'divisione dei beni' nella società moderna, i problemi cioè connessi alla proprietà (che deve restare privata) dei mezzi di produzione (che non può che essere 'sociale') per Stein sono immediatamente problemi sociali, e la stessa codificazione si immette in questa logica, obbedendo ad esigenze che non sono più soltanto di mera razionalizzazione ed unificazione delle regole del gioco. Il diritto in generale, e quello privato in particolare, in quanto istituzione positiva, cioè «vigente» ⁽¹⁵⁶⁾, codificato o

⁽¹⁵⁴⁾ *WdaE* è l'opera in cui Stein comincia a sciogliere l'ordinamento sociale dall'immediata determinazione da parte della 'vita dei beni'.

⁽¹⁵⁵⁾ Uso il termine in senso gramsciano poiché rende bene il concetto che Stein ha del dominio di classe.

⁽¹⁵⁶⁾ «Ogni diritto vigente ha in sé due momenti. Come prima cosa esso è la volontà dichiarata dello Stato, quindi è la conseguenza dei rapporti (sociali). Ogni vero diritto contiene perciò entrambi gli elementi. Se un diritto ne contiene uno solo deve ... con irrevocabile necessità lottare per l'altro o perire» (*GdsB*, I, p. 97).

meno, essendo riconosciuto come forma o espressione di 'rapporti materiali', è relativizzato da Stein alle situazioni sociali che lo determinano. Non è a caso che in *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands* (1876) Stein si pronuncia per un modello di educazione del giurista che, pur non rinunciando a quello che oggi diremmo lo 'specifico' del diritto, fosse però in grado di superare il tecnicismo già imperante nell'accademia del tempo, onde aprirsi a quei 'presupposti' (soprattutto economici e sociali, con le relative 'storie') che soltanto, a suo avviso, avrebbero potuto permettere una comprensione anche critica dell'oggetto. In questo senso la 'ragione' del diritto con Stein è più radicalmente, che non in Hegel, spostata fuori del diritto stesso. Individuo e proprietà, dunque, sono per entrambi certamente il segno di una nuova libertà che, però, ha la sua manifestazione piena soltanto in un organismo etico (soltanto quando la stessa società si eticizza, come nel *System der Staatswissenschaft*, Stein parla anche di una 'libertà sociale'), come libertà di un tutto solidale o unitario, poichè entrambi sanno bene che la libertà atomistica (*giuridicamente* di tutti) non può che essere concretamente solo di alcuni. Di conseguenza, per entrambi, sempre in rapporto all'individualismo che caratterizza la società moderna, questa volta però condiviso fino in fondo nel suo principio, l'uguaglianza è un'astrazione valida solo come una possibilità che ribadisca, anzi sottolinei, le 'necessarie' differenze sociali e individuali. Non è casuale perciò che un ulteriore punto di contatto tra i due sia l'ambivalenza nei confronti della capacità emancipativa del lavoro, o, più precisamente, il riconoscimento alla sola borghesia della titolarità di un lavoro non soltanto 'libero' ma che di fatto libera, poichè esso soltanto riesce a fondare la servitù che fatalmente resta nel lavoro con il dominio che inerisce alla proprietà. In entrambi infine aleggia il sospetto nei confronti di ogni soluzione rivoluzionaria dei problemi che travagliano la società europea, ed è questa la ragione del sospetto che, tanto l'uno che l'altro, nutrono nei confronti della stessa libertà borghese gravida di conseguenze non facilmente controllabili, rispetto alle quali, però, ognuno a suo modo appronta correttivi, più o meno nuovi, atti a stabilizzarla; armonizzando attraverso lo Stato (inteso più o meno tradizionalmente),

con l'esigenza 'eterna' della disuguaglianza, detta libertà, in quanto la meno pericolosa tra quelle che, nella distruzione del vecchio mondo, avanzano i loro diritti.

Forse Hegel più che Stein è però sensibile al tramonto di uno stile di vita nobiliare, totalmente separato dal mondo della necessità, dominato dall'agire libero perchè veramente libero dal lavoro; il riconoscimento cosmico-storico dell'inessenzialità del signore è comunque certamente un'espansione della ragione ottenuta con l'astuzia del lavoro o, se si vuole, con l'astuzia del servo strumento di quella ragione, il quale non 'nomina' più il mondo ma lo monetizza facendosi così servo di 'cose' prodotte per la padronanza di sé. L'aristocrazia che troviamo in Stein, che pur ci descrive il declino del vecchio mondo europeo, è soltanto un ruolo sociale ineliminabile, connesso con le attività poetiche e non-lavorative che, in ogni formazione sociale, dovrebbero caratterizzare la classe alta.

Concludendo, non si può ignorare il fatto che la cattedrale sistemica edificata da Stein in onore della società moderna è di un gotico *kitsch* rispetto a quella hegeliana; in Stein manca del tutto il titanismo del tentativo hegeliano di comprensione globale della cultura occidentale come una totalità compatta, stratificata in una storia di cui è possibile una ricostruzione filosofica onnicomprensiva; in Stein manca sia l'acutezza allucinante dello sguardo notturno della 'civetta', sia la caparbieta inesausta della cecità aurorale della 'talpa', sia, infine, il furore del comprendere, dionisiaco ed apollineo insieme, che aggredisce la realtà in ogni punto in cui sembra assestarsi per riaffermarla, trasfigurata come il pensiero che l'ha aggredita, sul fondamento di una comune razionalità, provvisoriamente stabilizzata nel 'discorso' dello Spirito. Ciò che comunque consente parlare di una continuità Hegel-Stein è, soprattutto a livello dell'oggetto del mio discorso, una comune precomprensione della realtà, un'omogeneità di campo ideologico e di scelte teorico-pratiche, che fa loro acquisire da una determinata prospettiva — che direi lucidamente conservativa — alcuni elementi strutturali al mondo borghese così come emergono — nonostante i correttivi suddetti — dall'articolato processo di rivoluzionamento di cui la borghesia è stata soggetto nella lunga, paziente costruzione della sua egemonia.

Ciò, perchè per entrambi, in quei principi, oltre l'innovazione, è riconosciuta l'affermazione e la liberazione di potenzialità peculiari alla civiltà occidentale, sin dal suo apparire. In questo senso ad entrambi sembra implicita, dato l'assunto, l'impossibilità di ulteriori sviluppi in grado di annullare detti elementi e potenzialità. Entrambi, dunque, pur se attenti ad ogni discontinuità della storia continuano a vederla sub specie aeternitatis; continuano a comprenderla nella continuità che lega all'origine, dando il diritto di ' essere attesi '.

ANTONIO ZANFARINO

LA PROPRIETÀ NEL PENSIERO DI PROUDHON

1. Il pensiero di Proudhon, per la molteplicità e la complessità delle sue prospettive, ha potuto consentire interpretazioni differenziate, ma le considerazioni parziali e gli adattamenti polemici delle sue teorie non devono impedire il riconoscimento della sua profonda coerenza intellettuale e morale.

Anche sul tema della proprietà, che ha impegnato Proudhon in tutto il corso della sua meditazione, da *Qu'est-ce que la propriété* (1840) alle *Contradictions économiques* (1846) al *De la Justice dans la Révolution et dans l'Eglise* (1858) alla *Théorie de la propriété* (1866), esistono delle divergenze interpretative; da un lato si dà risalto alla sua critica, svolta con particolare virulenza nelle sue prime opere, da un altro lato si insiste sulla difesa che Proudhon ha svolto di tale istituzione, in altre sue meditazioni, riproponendola come garanzia di una società libera.

Si può tuttavia ritenere abusiva la tendenza a utilizzare parti singole del pensiero di Proudhon, distaccate dal loro contesto globale, per avvalorare questo o quell'orientamento ideologico, questo o quel programma di azione politica. Più valido ci pare invece riconoscere che Proudhon ha considerato la complessità della realtà sociale e la logica stessa della contraddizione come condizione per dare autenticità alla conoscenza e alla esperienza, senza tuttavia convertire il suo rifiuto dei sistemi in un problematicismo fine a se stesso o in una giustapposizione di principi e di forze inconciliabili. Le sue teorie politiche e morali, poste al servizio dell'emancipazione del proletariato e dell'affermazione delle idee di giustizia, sono fondate sulla consapevole accettazione di un metodo che sa contrastare con impegno intransigente non solo i dogmatismi di un ordine sociale fondato sulle discriminazioni,

ma anche le intolleranze che possono emanare da intendimenti astratti e arbitrari del progresso e della sovranità popolare.

Un obiettivo fondamentale della meditazione proudhoniana è consistito nel prendere posizione contro ogni tentativo di legittimare un ordine sociale valendosi di principi e di istituzioni sottratti a ogni possibilità di revisione e a ogni competenza dei poteri critici della libertà. Come la morale non può essere mero adeguamento a precetti esterni, e deve impegnare il libero arbitrio e la responsabilità dell'individuo, così la politica non può configurarsi come un ordine chiuso, stabilito attraverso gerarchie, classificazioni, connessioni regolate da valori assiomatici e da poteri incontrollabili.

Si comprende come, in questa prospettiva, la istituzione della proprietà diventi per Proudhon oggetto di critica e di polemica, appunto perchè le sue legittimazioni tradizionali hanno potuto accreditare una visione fatalistica e deterministica della esperienza umana e dell'ordine sociale. La proprietà può quindi apparire come la espressione di quegli immobilismi, di quei pregiudizi, di quelle passività di fronte alla disuguaglianza che renderebbero tale istituzione prima ancora che strumento a vantaggio dei suoi detentori uno strumento di punizione e di espiazione rivolto contro una realtà sociale alla quale non si riconosce la capacità di sottrarsi ad una ineliminabile condizione di decadenza e di miseria e la possibilità di trasformare le sue attività per adeguarle a principi di giustizia e a garanzie di libertà. La critica alla proprietà è quindi contestuale in Proudhon alla critica dell'assolutismo, della disuguaglianza, del potere egemonico, e diventa più serrata e più animosa proprio per la consapevolezza che tale istituzione potrebbe proiettare in tutte le direzioni dell'esperienza gli abusi, le intolleranze, i pregiudizi che sono alla base delle forme tradizionali della sua legittimazione.

L'intransigenza con cui Proudhon si oppone alle tradizionali legittimazioni di tipo metafisico, giusnaturalistico, idealistico, non significa tuttavia accettazione di quelle teorie che, proponendosi programmi di integrale liberalizzazione o di radicale sostituzione del principio proprietario, creano arbitrarie semplificazioni della realtà e rendono i loro valori assiomatici fondamento di altre astrazioni e di altre forme di tirannia.

Gli abusi del liberismo e del collettivismo rientrano in questi obiettivi polemici della sua meditazione. Proudhon ha criticato le false emancipazioni di una ispirazione puramente liberistica che, collegando la proprietà all'autonomia della volontà soggettiva, presume di poterla depurare dalle sue negatività e contraddizioni e farne un criterio regolatore dei rapporti sociali. Questa logica di liberalizzazione incondizionata, questo affidamento all'arbitrio soggettivo di poteri di equilibrio e di mediazione che si rivelano illusori, non fanno per Proudhon che ribaltare gli abusi e le mistificazioni dei determinismi più tradizionali. Una parte significativa del suo pensiero è quindi rivolta a criticare quegli automatismi astratti che, vincolando la proprietà alla sovranità integrale della volontà soggettiva, ne accentuano le tendenze all'egoismo e alla prevaricazione.

Critiche non meno intransigenti Proudhon rivolge tuttavia anche a quelle ideologie che pretendono di eliminare gli abusi proprietari attraverso processi di integrale socializzazione della esperienza e di integrale livellamento, affidati a una lotta di massa che vorrebbe estirpare dalla realtà sociale non solo quelle discriminazioni che vengono imputate alla proprietà, ma anche tutte quelle paventate minacce di antagonismo e di contraddizione derivanti dalla persistenza di una libertà individuale non addomesticata, e che dovrebbe invece essere assoggettata alle regole di una volontà generale e di una sovranità popolare abilitate a ogni forma di rivoluzione radicale. Questo tentativo di volere, distruggendo la proprietà, disgregare ogni possibilità di autonomia, ogni spirito di resistenza, ogni libera articolazione delle attività sociali, sembra a Proudhon un rischio fondamentale contro cui deve impegnarsi la riflessione e l'azione.

Si comprende quindi come il tema della proprietà si trovi per Proudhon impegnato in una molteplicità di fronti teorici e pratici. Si deve combattere la proprietà nelle sue tradizionali e arcaiche legittimazioni, non la si deve accettare nelle nuove legittimazioni idealistiche e astratte del liberismo che la riconducono a una semplice emanazione della volontà del soggetto, ma non si deve neppure accogliere una visione totalizzante della realtà sociale orientata verso l'integrale collettivizzazione delle attività produttive e

ambiziosa di negare la proprietà anche al fine di sottrarre all'individuo un sostegno alla sua libertà.

Sarebbero quindi parziali e abusive quelle interpretazioni che, considerando solo la parte critica e negatrice della sua meditazione, non dessero risalto al suo sforzo costruttivo tendente a riproporre la proprietà in una società libera con quelle trasformazioni e con quelle funzioni rinnovate che devono essere definite da una riflessione e da un impegno pratico capaci non solo di lottare contro le contraddizioni e gli abusi di tale istituzione, ma anche di valutare i punti critici impliciti nelle sue negazioni. Si deve comprendere per Proudhon che attraverso la proprietà non passa soltanto il fluire di fenomeni economici che potrebbero essere diversamente regolati, ma passa il fluire della esperienza umana con i suoi fondamentali problemi di libertà.

Proudhon sostiene che « la propriété, c'est le vol » (1), ma afferma anche che la proprietà è garanzia di libertà e che rappresenta « une institution de justice » (2). Sono definizioni contrastanti, ma che Proudhon vuole considerare contestualmente, perchè dal loro antagonismo possa derivare un intendimento più aperto e più critico di tale istituzione. « La propriété, c'est le vol; la propriété, c'est la liberté »: tali proposizioni possono essere per Proudhon ugualmente dimostrate, e perciò la proprietà, così come altre categorie economiche, gli appare « avec sa raison d'être et sa raison de non être, c'est-à-dire comme élément à double face du système économique et social » (3). La contraddizione della proprietà impone quindi una comprensione più approfondita del problema, escludendo ogni semplificazione che faccia di questa istituzione un mero oggetto di accettazione e di esaltazione dogmatica o di rifiuto incondizionato e assoluto.

Il problema di Proudhon è quindi di recuperare il significato storico dell'idea della proprietà e di raggiungere, attraverso la contestazione delle sue legittimazioni più tradizionali, ma anche attraverso il rifiuto delle conversioni liberiste o collettiviste, una maturazione critica sulla sua natura e sulle sue funzioni, affinché

(1) *Qu'est-ce que la propriété?*, Paris, 1926, pag. 132.

(2) *Système des contradictions économiques*, Paris, 1923, vol. II, pag. 182.

(3) *Les confessions d'un révolutionnaire*, Paris, 1929, pag. 179.

tale istituzione possa essere realisticamente valutata in relazione alla molteplicità dei valori e delle forze che agiscono nella società e possa riproporsi al di fuori di unilateralismi, di pregiudizi, di intolleranze.

Una considerazione critica di queste posizioni apparentemente contrastanti che Proudhon assume sul tema della proprietà esige tuttavia una riflessione su alcuni tratti qualificanti della sua ispirazione ideale e politica che, in modo diretto o indiretto, condizionano la sua riflessione su tale problema e che possono far comprendere il significato delle sue oscillazioni teoriche, ma anche dare risalto alle sue profonde unità di orientamento.

2. La realtà sociale ha per Proudhon un carattere eminentemente storico, e tale storicità si manifesta innanzitutto come tensione critica e polemica nei confronti di ogni immobilismo, di ogni tendenza alla stasi, alla inerzia, alla confusione, alla indistinzione delle diverse componenti della realtà umana e sociale. La società è progressiva, proprio perchè può conoscersi nel movimento, nella complicazione, nella affermazione di nuove esigenze ideali e pratiche, nella sperimentazione di nuovi rapporti, nella continua critica e riforma delle sue distribuzioni e dei suoi equilibri: « *le vrai en toutes choses, le réel, le positif, le praticable, est ce qui change, ou du moins qui est susceptible de progression, conciliation, transformation* » (4). Non si tratta di un movimento meccanico, deterministico, ma di una dinamica che si avvale di prese di coscienza, di elaborazioni spirituali, di affermazioni di idee di giustizia, anche se per Proudhon le trasformazioni materiali e le realizzazioni qualitative, le forme della coscienza e le forme della produzione non possono essere arbitrariamente separate perchè appartengono tutte alla unità della condizione umana e alla unità della esperienza sociale. L'idealismo e il materialismo, isolati dalle loro connessioni, dalla loro complessa dialettica di tensioni polemiche ma anche di reciproche immanenze e di reciproche sorveglianze, provocherebbero solo astrazione e degradazione. Perciò la prospettiva che Proudhon predilige si configura come « *idéo-réalisme* » (5) ed

(4) *Philosophie du progrès*, Paris, 1946, pag. 50.

(5) *De la création de l'ordre dans l'humanité*, Paris, 1927, pag. 286.

esprime appunto l'esigenza di non scindere artificialmente le diverse componenti della realtà nè di creare tra di loro gerarchie ineluttabili e discriminazioni deterministiche.

Il valore progressivo della realtà consiste quindi per Proudhon nella storicità di una esperienza caratterizzata dalla particolare consapevolezza della complessità dei fenomeni e delle situazioni sociali e dal particolare atteggiamento ideale e pratico che si assume rispetto alle condizioni limitative dell'azione, alla diversità e alla pluralità dei principi e delle forze socialmente rilevanti e alle tensioni e alle contraddizioni immanenti alla loro dinamica di realizzazione.

Nell'affermazione progressiva delle sue idee e delle sue attività pratiche, la realtà sociale si orienta criticamente contro ciò che può apparire extrasociale, contro ciò che sembra sovrastarla dall'alto o trattenerla dal basso. Si può così comprendere il particolare significato che Proudhon attribuisce alla sfida della libertà, da un lato nei confronti della trascendenza e dall'altro lato nei confronti della natura.

Proudhon è noto per la virulenza della sua polemica contro il dominio assoluto della religione nelle attività sociali, anche se il significato del suo antiteismo, come egli sostiene, è profondamente dissimile da una pura posizione ateistica che viene anzi respinta. Non vi è per Proudhon azione umana, non vi è possibilità di realizzazione, non vi sarebbero le condizioni per l'espansione delle attività produttive se la libertà umana si limitasse alla contemplazione e alla adeguazione passiva nei confronti della trascendenza. La libertà si conosce e si sperimenta anche negli sforzi con cui tenta di sottrarsi al condizionamento integrale del mistero, lottando contro ogni forma di assolutismo che possa risolverla in una semplice logica di devozione a principi, a valori, a legittimazioni che si presumono al di fuori dei suoi poteri e delle sue competenze. L'antiteismo è perciò per Proudhon lo sforzo attraverso il quale la libertà umana, che pure è emanazione dell'infinito, reagisce contro l'infinito, per conquistare in questa sfida nuove possibilità di esperienza storica. La libertà ricerca di continuo nuove combinazioni ideali e materiali per far rientrare nella realtà sociale parti dell'esperienza umana deviate verso la passività, l'immobilismo, la rinuncia. Si deve tuttavia riconoscere, e ciò vale a

comprendere la profonda spiritualità del Proudhon, che questa sfida, che egli considera intrinseca ad ogni consapevole accettazione del libero arbitrio e ad ogni sforzo di realizzazione pratica della libertà, non ha come traguardo l'ambizione di un'assoluta immanentizzazione e di una socializzazione integrale della esperienza.

Il problema non consiste per Proudhon nel risolvere l'antagonismo tra la libertà e la trascendenza con una negazione radicale, con uno svincolamento assoluto della ragione storica dalla ragione eterna. La libertà umana che sfida l'infinito non può fare a meno dell'infinito e il tentativo di ridurre i condizionamenti del mistero non può significare la presunzione assurda di espellere il valore del mistero dalla dinamica delle attività umane. Respingere il concetto dell'assoluto come illegittimo significa precludersi la possibilità della conoscenza e delle idee: « l'athéisme, niant... ce que l'entendement supposé de toute nécessité, un substratum des phénomènes, nie par là même la légitimité de tous les concepts; il s'interdit la science » (6). Proudhon si oppone quindi a una qualificazione atea della sua teoria: « qu'on ne me fasse pas athée, quand ma philosophie elle-même s'y oppose » (7). Ogni conoscenza umana si arresta davanti a un mistero, così come ogni realizzazione storica muove da una sfida al mistero. Per questo, afferma Proudhon, « j'ai besoin de l'hypothèse de Dieu, non seulement pour donner un sens à l'histoire, mais encore pour légitimer les réformes à operer, au nom de la science, dans l'État » (8).

Un processo di integrale mondanizzazione della società la riproporrebbe come una entità imperscrutabile e assolutistica, incompatibile con la libertà umana proprio perchè avrebbe spento nell'esperienza quei fermenti spirituali e morali che sono invece impliciti nel rapporto con la trascendenza e con l'infinito. L'umanità « essentiellement perfectible, jamais parfaite, restant constamment au dessous de sa propre idée, reste par conséquent toujours

(6) *De la Justice dans la Révolution et dans l'Eglise*, Paris, 1932, vol. III, pag. 179.

(7) *De la Justice*, vol. I, pag. 448.

(8) *Système des contradictions économiques*, vol. I, pag. 53.

au-dessous de l'adoration » (9). In una considerazione puramente immanentistica dell'esperienza umana, al culmine del processo di socializzazione si determinerebbe uno svuotamento ineluttabile di ogni forma di coscienza storica e si impedirebbe ogni vibrazione ideale della libertà.

La sociolatria con tutti gli arbitri e le storture che può determinare nel mondo dei valori e in quello delle attività pratiche è quindi un fondamentale obbiettivo polemico di Proudhon che considera la religione dell'umanità come una delle forme più negative di mistificazione morale e sociale. Si può quindi comprendere il significato che ha la sfida della libertà nei confronti della trascendenza. La libertà umana fonda in questa sfida la sua storicità, ma la storicità così fondata è a sua volta una garanzia contro la presunzione della libertà umana di poter assolutizzare i suoi dati immanentistici e di poter espellere le sue tensioni critiche e la sua intrinseca problematicità esistenziale e sociale. Il rapporto tra ciò che sollecita la libertà alla socializzazione delle sue esperienze, e ciò che attrae la coscienza verso il mistero non ha per Proudhon soluzione storica essendo la storicità qualificazione stessa e continuo approfondimento di un tale rapporto. Tra la ragione storica e la ragione eterna si instaura così una dialettica che è per Proudhon caratterizzata da un principio di contraddizione, che non deve essere tuttavia arbitrariamente spezzato nè a favore di un assolutismo teocratico che facesse della trascendenza e del mistero il simbolo della degradazione umana e della incompetenza della libertà, nè a favore di una creatività umana che si presumesse illimitata e incondizionata.

Considerazioni analoghe valgono per il rapporto che si stabilisce tra la realtà sociale e la realtà naturale. Non vi è realizzazione sociale che non implichi una sfida alla natura, che non abbia l'ambizione di rendere i dati e le forze della natura strumenti al servizio della società. L'accettazione dogmatica di presunte leggi naturali impedirebbe alla libertà umana di conoscersi, di progredire, di produrre. La società è una realtà specifica che non ha equivalenti nella natura, è una seconda natura che tenta di adattare al suo sforzo di realizzazione, al suo lavoro produttivo ogni

(9) *Philosophie du progrès*, pag. 73.

valore e ogni dato oggettivo. La scienza sociale non può quindi consistere solo in una « description raisonnée de la réalité », ma si pone come « création même de la réalité et de la raison » ⁽¹⁰⁾. La natura può pertanto essere socializzata ed essere compresa nella dinamica di trasformazione propria di ogni realtà storica. Ma anche qui, per Proudhon, la socializzazione della natura non può significare l'integrale devastazione e negazione dei dati oggettivi e del valore simbolico che la natura riesce a esprimere. La storicità non è perciò tentativo arbitrario di fagocitare e distruggere tutti i rapporti tra le cose che la natura propone, ma è lo sforzo di rendere sempre più consapevole e più qualitativa la inevitabile contraddizione che esiste tra la libertà e il determinismo.

3. Gli apporti che la società riceve dalle sue tensioni polemiche nei confronti della trascendenza e della natura e dalle sfide che rivolge nei confronti di ciò che appare extrasociale dilatano le sue esperienze, complicano le sue attività, rafforzano le sue capacità produttive. Le affermazioni della storicità sono quindi convergenti col processo attraverso il quale la società si sviluppa e si potenzia. Tuttavia Proudhon pone dei limiti alla risoluzione della storicità in una dinamica di indiscriminata e integrale socializzazione, appunto perchè la coscienza storica, per la complessità della sua natura e per l'accettazione della limitazione, della pluralità e della contraddizione come caratteri immanenti alla esperienza umana, non può consentire che la società si proponga come una entità indecomponibile e indifferenziata, come una totalità organica che può assorbire e risolvere tutte le parti e diventare il luogo privilegiato di una coerenza che non conosce limiti e condizioni. Il dissidio e l'armonia non sono fasi consecutive della realtà storica, ma coesistono simultaneamente e devono adattarsi a continue transazioni. La vera vocazione di Proudhon consiste nel rifiuto della totalizzazione e nell'accettazione dei principi di pluralità e di contraddizione come garanzia della libertà umana, le cui ambiguità e ambivalenze non possono essere eliminate con

⁽¹⁰⁾ *Contradictions économiques*, vol. II, pag. 390.

criteri autoritativi e con l'imposizione di una assolutismo solidaristico astratto e improduttivo.

Perciò i contrasti e gli antagonismi che la libertà, in ogni fase della sua esperienza ripropone, anche se in forme sempre diverse, tra le direzioni interiorizzate ed esteriorizzate dell'azione umana, tra gli elementi individuali e gli elementi collettivi, tra i bisogni della coscienza e le esigenze della produzione non possono essere arbitrariamente negati e considerati solo come sprechi e dispersioni inutili che sarebbero eliminabili se la società fosse dotata di poteri corrispondenti alle sue ambizioni egemoniche. Si deve inoltre considerare che, per Proudhon, l'espansione produttiva della realtà sociale è connessa a una dinamica di forze collettive che diventano tanto più potenti quanto più riescono ad essere alimentate e sostenute dal concorso di una molteplicità di parti che riescono a combinarsi e mediarsi all'infuori di rigidi criteri potestativi. In ogni gruppo sociale, afferma Proudhon, « il se produit une résultante qui est la puissance du group, distincte non seulement des forces ou puissances particulières qui composent le group, mais aussi de leur somme » (11). Ma queste forze sono derivazioni del complesso sistema di divisione del lavoro sociale e si formano in una dialettica di elementi ideali e materiali, qualitativi e quantitativi, i cui equilibri e le cui proporzioni non possono essere interamente predeterminabili e vincolati a dei fini aprioristicamente definiti.

Tali forze collettive non sono quindi in alcun modo assimilabili a una organizzazione collettivistica, ma ne rappresentano anzi la smentita. Per Proudhon sviluppa forza collettiva ciò che può essere articolato, combinato, mediato attraverso convergenze e divergenze, intese e competizioni che possono liberamente esprimersi ed opporsi ad ogni riduzione a sistema della realtà. Tutto ciò ripropone la vita sociale in termini di un intrinseco pluralismo, affermato non solo come riconoscimento della pluralità di fatto, ma anche in termini di valore, cioè come attribuzione di un significato positivo alla rinuncia al totalismo, considerato incompatibile con il progresso morale e lo sviluppo sociale. Un pluralismo quindi che deve essere garantito e difeso con particolari

(11) *De la Justice*, vol. III, pagg. 408-409.

tecniche di organizzazione, per impedire il superamento di quei punti critici oltre i quali la dinamica delle forze collettive decadrebbe nella irreggimentazione e nella pianificazione integrale. La realtà sociale è quindi una « unité de composition » ⁽¹²⁾, e l'idea della mediazione, dell'equilibrio, della reciproca sorveglianza deve sostituirsi alla logica del potere e della gerarchia e deve impedire lo sviluppo esorbitante delle organizzazioni centralizzate, così come l'artificiale dilatazione dei principi di comunità.

L'imposizione di un ordine meramente potestativo e di un esclusivismo organizzativo potrebbe determinare una progressiva incapacità dei consolidamenti sociali a reggere il peso delle loro esperienze storiche. Vale lo stesso contro l'abuso dei principi di comunità, cioè contro la presunzione che l'etica dell'armonia e della fusione possa prendere il posto di ogni logica di pluralità, di divisione, di antagonismo, e rendere integralmente solidali e comuni i valori, le attività, i bisogni umani.

Proudhon in tutto il corso della sua meditazione ha preso decisamente posizione polemica nei confronti della integrale traduzione comunitaria della realtà sociale, e ha protestato contro l'attribuzione di valore sociale solo a ciò che è comune. Al di fuori di raggi delimitati dell'esperienza, la comunità non può che deprimere le forze collettive, svuotare le strutture della loro capacità di espansione e di realizzazione, e convertirsi in un fatto di potere. Non si può fare di una semplice fusione delle coscienze, di una semplice « excitation de l'âme », un fatto creativo, « une force industrielle » ⁽¹³⁾, capace di sostenere la complessità della realtà sociale. E ciò che è per Proudhon ugualmente rilevante, la comunità, che pur vorrebbe proporsi come condensazione etica dei valori contro le dispersioni immorali delle divisioni e degli antagonismi, può essere non condizione di superiorità, ma strumento di declassamento morale. Le coscienze che si affidano integralmente alla comunità rischiano di svuotarsi del loro patrimonio esistenziale più originale, rischiano di perdere il senso della loro responsabilità assoggettandosi a tutele collettive che dovrebbero dar loro quelle fiducie e quelle energie di cui gli individui non

⁽¹²⁾ *Philosophie du progrès*, pag. 62.

⁽¹³⁾ *Idée générale de la Révolution au XX siècle*, Paris, 1924, pag. 166.

sembrano più capaci; ma tutto questo, anche se camuffato da superamento etico, può essere espressione di un sostanziale scaldamento di libertà e di moralità. Alla « *grande morale, facile et coulante* » dei totalismi comunitari, Proudhon mostra sempre di preferire la « *petite morale, scrupuleuse et sévère* » delle coscienze individuali che fanno dell'associazione un elemento di inciviltà e di progresso e non un alibi per moralità personali affievolite e decadute (14).

Valgono le stesse considerazioni contro l'arbitraria imposizione alla realtà di un finalismo prestabilito, escogitazione di una intelligenza e di una volontà che domina dall'esterno esperienze sociali e attività produttive. Proudhon sembra prediligere l'idea che nella realtà sociale la formazione delle finalità pubbliche risulta da mediazioni e transazioni che non sono mai integralmente predefinite e assumono perciò anche un carattere di involontarietà che le garantisce appunto dall'assoggettamento a un potere esclusivistico e a una volontà incondizionata.

4. Se queste esigenze di libertà, se questa insistenza sul valore della individualità, se questo riconoscimento delle funzioni positive della pluralità, della differenziazione, della competizione, se questa diffidenza nei confronti di ogni semplificazione ed entificazione della realtà sociale sono caratteri fondamentali della meditazione di Proudhon, sarebbe tuttavia arbitrario rendere il suo pensiero non dissimile da quello che si ispira ai principi del liberalismo e del garantismo. Vi sono in Proudhon preoccupazioni di giustizia che vanno oltre i temi classici della tradizione liberale, anche se importanti conquiste di queste teorie sono fatte valere da Proudhon contro le astrazioni e le implicazioni dispotiche di certi principi rivoluzionari. Per Proudhon le forze collettive, così come tutte le manifestazioni della libertà umana, non hanno una natura angelica, non sono emanazioni di una spontaneità qualitativa, ma hanno un loro profondo carattere di ambiguità: la « *liberté... est une puissance d'affirmation autant que de négation, de production autant que de destruction* » (15). La libertà può

(14) *De la Justice*, vol. III, pag. 503.

(15) *Ibidem*, pag. 424.

perciò avvicinarsi alla vita morale o allontanarsene, può essere garanzia di progresso o strumento di prevaricazione. L'originalità del suo pensiero è consistita nel sottoporre a una profonda revisione critica, anche se con argomentazioni spesso contrastanti con i temi e i programmi delle teorie sociali del suo tempo, i valori assiomatici del liberismo che affermano l'automatica convergenza degli interessi individuali e degli interessi sociali e che presumono di esaurire con una enfatica esaltazione del libero accordo delle volontà soggettive i problemi e le competenze della società nella formazione degli equilibri politici e sociali. Proudhon protesta contro le omissioni e le semplificazioni di questi orientamenti ideali che affidano alla spontaneità la costituzione dell'ordine sociale, trascurando ogni problema di qualificazione morale e sociale delle singole parti e vanificando le funzioni dei principi di giustizia nei complessi meccanismi delle mediazioni e delle transazioni collettive.

Considerare ogni attività e ogni pretesa come una emanazione dell'io, e perciò stesso dotata di quelle attribuzioni qualitative che si riconoscono all'io è per Proudhon un errore che si converte nell'intolleranza e nell'arbitrio. La sua filosofia politica rimane vincolata a una logica di riforme audaci e a un intransigente impegno di emancipazione, e la sua ispirazione fondamentalmente pluralista si unisce a una profonda esigenza di giustizia.

Si comprende tuttavia come date le premesse essenziali del suo pensiero l'idea di giustizia non possa per Proudhon assumere un carattere imperativo e autoritario e non possa presentarsi come uno strumento che vuol far derivare le attività sociali e le loro distribuzioni dalle regole del potere. La giustizia non può creare i fenomeni sociali, non può disconoscerli e camuffarli per imporre loro delle leggi estranee; essa deve constatarne la natura mutevole e contraddittoria e deve solo sforzarsi di trovare in questa complessa dialettica un criterio di equilibrio che consenta alle attività una reciproca garanzia. In questa prospettiva Proudhon può perciò affermare che « ce n'est pas du dehors que doit venir l'équilibre à la liberté, c'est du dedans » ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ *De la Justice*, vol. I, pag. 375.

Il suo pensiero non è perciò incline all'accettazione di un principio puramente distributivo di giustizia, che richiamerebbe l'idea di un potere sovrano che può decidere dall'alto sull'assegnazione di vantaggi e di oneri alle diverse parti sociali, e propende piuttosto verso un principio commutativo di giustizia fondato sull'idea che le esperienze che si esprimono liberamente nelle loro originalità e nelle loro peculiarità creative possano ordinarsi secondo criteri di reciprocità assunti come regola fondamentale delle mediazioni e delle transazioni sociali: « il faut traverser de part à part... l'ancienne notion de justice distributive et arriver à celle de justice commutative, qui, dans la logique de l'histoire comme dans celle du droit, lui succede » (17).

Il mutualismo di Proudhon è appunto il simbolo della sua idea di giustizia: « respect pour respect, garantie pour garantie, service pour service, sous condition d'égalité: c'est tout le système » (18). Le transazioni sociali devono quindi essere rispettose della libertà, non solo perchè è il fondamento della dignità umana, ma anche perchè è condizione dello sviluppo delle forze collettive e della espansione produttiva senza la quale ogni idea di giustizia risulterebbe vana e illusoria.

Per comprendere il significato di questa idea di giustizia conviene riferirsi a una elaborazione teorica di notevole rilevanza che Proudhon ha designato come « dialectique serielle » (19). Con questa idea di serialità Proudhon vuole affermare che all'interno delle diverse forze collettive e, più in generale, all'interno di ogni consolidamento sociale agisce una forza ideale ma anche reale che tende a contrastare tra gli elementi costitutivi delle diverse strutture sociali le condizioni di gerarchia, di sperequazione e di discriminazione e ad affermare invece i criteri di equivalenza e di reciprocità.

Il progresso culturale e l'espansione produttiva, insieme naturalmente alle lotte delle parti subordinate, pongono all'interno delle forze collettive dei problemi di proporzione, di distribuzione, di equilibrio, per trasformare le connessioni di tipo gerarchico e

(17) *Idée générale de la Révolution*, pag. 186.

(18) *De la Justice*, vol. I, pag. 375.

(19) *De la création de l'ordre*, pag. 193.

potestativo in relazioni e coordinamenti in cui la logica della equivalenza e della reciprocità sia fatta valere non solo come rispetto della pari dignità esistenziale e morale dei soggetti, ma anche come esigenza di reciproci controlli e reciproche garanzie nella dinamica dei bisogni e degli interessi. Il principio di serialità si fonda dunque per Proudhon sul presupposto che le relazioni che si instaurano tra gli elementi costitutivi delle diverse formazioni sociali riescano a contrastare le pseudo-relazioni fondate solo su collegamenti di tipo gerarchico e potestativo, e possano, sviluppando la loro logica e le loro implicazioni, orientarsi verso trasformazioni e mediazioni capaci di limitare le sperequazioni e le disuguaglianze. Queste trasformazioni non avvengono certo per pura forza della spontaneità, per il semplice libero gioco delle parti, secondo i canoni del liberismo assoluto, ma non devono neppure essere affidate a una lotta rivoluzionaria che non riconosca alla realtà pratica e al mondo delle idee e dei valori nessuna possibilità di assumere consapevolezza della insostenibile contraddittorietà di ogni serie chiusa fondata sulla rigida esclusione delle parti subalterne.

Se la serialità rappresenta un limite al disordine e alle minacce di degradazione e di sfruttamento del liberismo, vuole anche rappresentare per il suo carattere relazionistico e contrattualistico, e per l'accettazione della pluralità e della differenziazione delle parti, un limite ad ogni ambizione rivoluzionaria rivolta all'assorbimento comunitario o all'assolutismo statalistico. La serialità quindi non promuove livellamenti, massificazioni, espropriazioni generalizzate di differenze, ma vuole solo assecondare specificazioni, coordinamenti, bilanciamenti proporzionati allo sviluppo degli ideali di giustizia e alle possibilità reali delle forze produttive.

D'altra parte Proudhon riconosce che questo principio della serialità ha dei punti critici, e che una integrale reinterpretazione dei fenomeni sociali in termini puramente relazionistici e contrattualistici potrebbe comprometterne la stabilità e il vigore produttivo. Questi punti critici valgono soprattutto nel campo delle esperienze esistenziali e dei rapporti morali. Non può essere integralmente serializzato il principio della libertà che ha interne motivazioni e tensioni che sfuggono a determinazioni puramente contrattualistiche, e non possono spiegarsi in termini di semplice

equivalenza e reciprocità le capacità di devozione, di sacrificio, di disinteresse su cui si fonda la moralità.

La rilevanza fondamentale che Proudhon attribuisce all'esperienza etica della famiglia si connette appunto all'esigenza di porre dei limiti a una indiscriminata estensione di principi relazionistici e contrattualistici ad ambiti di attività che esigono tensioni qualitative non deducibili da semplici esigenze di coordinamento paritetico tra le parti.

Consegue da questa accettazione dei limiti della serialità l'avversione di Proudhon a comprendere la realtà sociale nell'esclusivismo di un'unica serie ambiziosa di creare coordinamenti integrali e definitivi lungo tutto il raggio della esperienza sociale. Una simile presunzione farebbe decadere il principio stesso della serialità, perchè se tutto fosse esaustivamente compreso nella unicità seriale e se niente risultasse estraneo alla logica di questo integrale relazionismo, si porrebbe inevitabilmente il problema di definire tali rapporti secondo regole esatte che avrebbero una forte inclinazione a farsi valere attraverso una logica di potere. Ma per Proudhon, « l'idée d'une science universelle est... une contradiction » ⁽²⁰⁾ e non può perciò essere affidato a una totalità seriale il compito di un coordinamento generale e sistematico di tutta la realtà sociale.

Per questo Proudhon predilige il pluralismo delle serie, cioè l'estensione dei principi di equivalenza e di reciprocità, nelle misure storicamente possibili, ad ambiti parziali di attività e di interessi, rinunciando all'idea di una serie totale ed esclusiva. Il pluralismo della realtà sociale è rappresentato anche dalla pluralità di queste serie che, pur dovendo nei loro rapporti contrastare le sperequazioni e le discriminazioni, non rinunciano tuttavia a una loro relativa autonomia e alle loro specifiche qualificazioni e determinazioni.

5. Abbiamo così tentato di rintracciare qualche ispirazione fondamentale del pensiero di Proudhon che può consentire una più adeguata comprensione della sua teoria della proprietà. La

⁽²⁰⁾ *Ibidem*, pag. 152.

complessità delle sue elaborazioni critiche sul valore della esperienza storica, sui rapporti tra le direzioni esistenziali e le direzioni sociali dell'attività umana, sulla formazione delle forze collettive, sulle idee di giustizia e sul principio di serialità hanno, come è agevole riconoscere, una fondamentale rilevanza nel problema della proprietà.

Sono note le polemiche accese che Proudhon ha rivolto alla proprietà, e la fama della sua meditazione è per tanti aspetti legata alla virulenza delle sue invettive fra le quali quella che la proprietà è un furto è la più celebre. Ma anche i pochi temi teorici che abbiamo delineato consentono di affermare che una interpretazione del pensiero proudhoniano accentrata solo sulla sua opera di negazione e di polemica si tradurrebbe in un fraintendimento della sua ispirazione più profonda, e in un disconoscimento di problemi fondamentali attraverso i quali Proudhon ha qualificato la coerenza del suo metodo e l'unità del suo orientamento ideale.

L'accettazione della pluralità sociale e la critica conseguente nei confronti di ogni assolutismo statalistico o comunitario, che sono motivi permanenti della sua meditazione, lo sollecitano a una tensione problematica su questo tema della proprietà e gli impediscono, malgrado l'asprezza polemica, di esprimersi attraverso drastiche smentite e radicali alternative. Si può anzi riconoscere che nello sviluppo della sua meditazione ed in particolare nella sua *Théorie de la propriété*, talvolta trascurata con deplorabile omissione da certe critiche e interpretazioni, Proudhon si impegna nella riaffermazione delle funzioni della proprietà in una società libera e differenziata, attraverso riflessioni critiche che, senza negare il significato delle precedenti argomentazioni polemiche, propongono nuove forme di legittimazione della proprietà e delle attività sociali ed economiche che emanano da tale istituzione.

6. Nelle sue prime opere la critica serrata di Proudhon si rivolge soprattutto a smentire i fondamenti più tradizionali e più acriticamente accolti del principio della proprietà. In particolare Proudhon si oppone all'idea che la proprietà possa presentarsi con una imperscrutabile legittimazione giusnaturalistica, o possa fondarsi sul diritto di occupazione, o spiegarsi col semplice riferimento

a una legislazione che entifichi la proprietà senza specificarla e regolarla nelle sue manifestazioni e nelle sue funzioni sociali.

Tutto ciò rende la proprietà un'astrazione, una metafora, una finzione, una essenza precostituita che corrompe col suo apriorismo l'insieme delle forze, dei valori e delle istituzioni della realtà sociale. Nei suoi confronti il compito della riflessione non può pertanto essere che di contestazione e di negazione. Critiche ugualmente polemiche Proudhon rivolge tuttavia anche ad alcune legittimazioni più moderne della proprietà che tendono a rapportare questo diritto al lavoro o al valore della personalità umana. Anche queste spiegazioni risultano per Proudhon insufficienti e si riducono a una petizione di principio. Riconoscendo che il lavoro ha sulle cose un potere assoluto di appropriazione non si spiegherebbe, da una parte, il diritto di proprietà in chi non lavora e, dall'altra parte, se ne potrebbe dedurre il principio della uguaglianza delle proprietà quale che sia la specie del lavoro e la disuguaglianza delle capacità produttive, ciò che potrebbe indurre a sostenere che « *le travail détruit la propriété* » (21). Analoghe considerazioni contro l'abuso di una filosofia spiritualista che legittima la proprietà in quanto emanazione della soggettività, il che equivarrebbe per Proudhon a considerare legittimo ogni atto, ogni bisogno, ogni fantasia del soggetto riducendo così la proprietà all'egoismo.

È questa una fase della meditazione proudhoniana nella quale l'idea della « possession » (22) sembra prevalere sull'idea dell'esclusivismo e dell'assolutismo del diritto di proprietà. In tale prospettiva morale e sociale, Proudhon accentua il significato collettivo della produzione e considera l'individuo impegnato col suo lavoro più alla restituzione di quel capitale sociale accumulato che gli consente di esprimersi in una creatività socialmente qualificata, che non in un'attività di appropriazione che lo porrebbe in una posizione di autosufficienza e di autostabilità nei confronti della realtà esterna.

Ma ciò che soprattutto Proudhon intende criticare anche nelle sue prime opere è il tentativo di rendere la proprietà un principio

(21) *Qu'est-ce que la propriété?*, pag. 205.

(22) *Ibidem*, pag. 345.

extra-sociale che ha in sè, nella sua natura, i criteri della sua spiegazione e della sua giustificazione.

Questa considerazione dogmatica della proprietà, così come ogni pregiudizio singolaristico che consideri le cose una semplice proiezione dell'assolutismo soggettivo, non può per Proudhon che convertirsi in una offesa alla realtà sociale e in una minaccia di sfruttamento.

Una filosofia dell'avere si sostituisce così a una filosofia dell'essere e la degradazione materialistica provocata da una esorbitante spirito possessivo umilia ogni sforzo di apertura morale, di solidarietà e di giustizia. Queste degenerazioni esistenziali e psicologiche determinano per Proudhon una sostanziale caduta di tensione storica negli individui, rendendoli insofferenti verso ogni sforzo di mediazione e di riconoscimento degli altri. I loro interessi si concentrano su un solo dato dell'attività umana che viene arbitrariamente isolato nella sua presunzione assolutistica e reso per ciò stesso strumento di corruzione e di arbitrio.

Non meno rischiose sono le conseguenze che lo spirito proprietario può avere nei complessi meccanismi delle forze collettive. Inserita come termine preponderante nella dinamica di mediazioni e di combinazioni che costituiscono i diversi insiemi sociali e produttivi, la proprietà può tendere a un accaparramento a proprio esclusivo vantaggio di « cette forze immense qui résulte de l'union et de l'harmonie des travailleurs, de la convergence et de la simultanéité de leurs efforts »⁽²³⁾. Anche quando la proprietà retribuiscia separatamente i singoli elementi, esproprierebbe quel plusvalore che è immanente alla combinazione di tutti gli sforzi produttivi.

L'abuso di questo principio proprietario impedirebbe quindi per Proudhon l'applicazione della dialettica seriale alla realtà sociale, perchè la logica della equivalenza e della reciprocità si rivelerebbe incompatibile con quelle tendenze alla esclusione, alla gerarchia, all'accaparramento che sembrano invece inerenti alla natura della proprietà.

Contro questi rischi di inasprimento dell'egoismo e dell'assolutismo, Proudhon sembra aprirsi a una prospettiva teorica che, insistendo sul carattere di indivisibilità del capitale sociale accu-

⁽²³⁾ *Ibidem*, pag. 215.

mulato affermi il diritto del lavoratore a una partecipazione proporzionata al suo lavoro nei profitti e negli utili delle imprese, sottraendo tuttavia la produzione alla disponibilità esclusiva della proprietà.

Da questa linea di pensiero potrebbe derivare una interpretazione critica che considerando irriducibile l'avversione di Proudhon al principio proprietario si impegnasse nella ricerca delle soluzioni alternative rintracciabili nella sua vasta e complessa meditazione. Tali soluzioni alternative sono tuttavia meno radicali di quanto ci si potrebbe attendere da una superficiale considerazione dei suoi furori polemici, che non gli hanno del resto impedito certe cautele anche nelle sue prime memorie, e che in altre opere, e specialmente nella *Théorie de la propriété*, hanno lasciato il posto a uno sforzo ricostruttivo rivolto, con notevole realismo, a dare alla proprietà una funzione positiva nella dinamica dei fenomeni e delle istituzioni di una società libera. Si deve anzi notare l'insistenza con cui Proudhon rifiuta di considerare l'ultima sua opera sulla proprietà come una semplice ritrattazione di quelle precedenti e l'ostinazione teorica con cui vuole dimostrare che l'intransigenza della sua polemica non si proponeva un mero fine di dissoluzione ma tendeva solo a liberare questo problema della proprietà dalla intromissione di unilateralismi e di dogmatismi, per dare a questa stessa istituzione la possibilità di una ricostruzione teorica e di una nuova forma di legittimazione morale e sociale adeguate alle conquiste teoriche e pratiche di una società che ha conosciuto l'emancipazione delle coscienze e il progresso delle attività produttive: « Je n'ai pas été animé, quoi qu'on ai dit, d'une pensée foncièrement hostile ni pour l'institution de propriété, dont je cherchais la clef, ni pour la classe des bénéficiaires. J'ai demandé une justification meilleure du droit établi, et cela dans un but de consolidation, — comme aussi, bien entendu, s'il y avait lieu, — de réforme » ⁽²⁴⁾.

Le remore di Proudhon nei confronti di ogni alternativa radicale sul problema della proprietà si spiegano del resto con l'avversione profonda del suo pensiero verso le riconversioni comunitarie e collettivistiche delle attività produttive. La comunità non

⁽²⁴⁾ *Théorie de la propriété*, pagg. 213-214.

è l'alternativa alla proprietà, ma rappresenta per Proudhon l'esasperazione della sua logica assolutistica: « Chose singulière! La communauté systématique, négation réfléchie de la propriété, est conçue sous l'influence directe du préjugé de propriété; et c'est la propriété qui se retrouve au fond de toutes les théories des communistes » (25).

Il tema della proprietà, quali che siano le virulenze polemiche di Proudhon contro i suoi abusi si ripropone quindi costantemente nel suo pensiero come materia di discussione che non consente accettazioni aprioristiche, ma che impone anche una realistica valutazione delle conseguenze morali e sociali che deriverebbero da una sua radicale espulsione e negazione.

Proudhon intende constatare i segni di una crisi profonda della proprietà e la sovrapposizione ad essa di principi e di istituzioni che la modificano e la limitano, anche in quei regimi che la pongono a fondamento della costituzione sociale e politica. Di fronte a queste crisi è vano riaffermare le legittimazioni astratte e aprioristiche che i fatti stessi smentiscono e che non farebbero che aggravare le reazioni contro la proprietà.

Proudhon non ha avuto perciò esitazione nel seguire un altro itinerario intellettuale che lo induce a mettere in discussione tutti i fondamenti tradizionali della proprietà, a prendere coscienza di tutti i motivi di decadenza e di involuzione di questa istituzione, ma che lo sollecita altresì a meditare sulla natura dei principi antagonisti e alternativi per valutarne con la stessa intransigenza critica la consistenza, le possibilità, i rischi. È proprio emancipando la conoscenza e l'esperienza dai condizionamenti dogmatici e dai pregiudizi che si può per Proudhon riproporre in forme nuove il tema dalla proprietà, e si può contestualmente affrontare in modo realistico il problema delle funzioni e dei limiti di quei principi alternativi che, opponendosi a una idea di proprietà entificata, rischiano anch'essi di cadere nelle stesse astrazioni e nella stessa presunzione assolutistica.

7. In questa prospettiva Proudhon, sviluppata la sua critica contro le semplificazioni teoriche che rendono abusivo il principio

(25) *Qu'est-ce que la propriété?*, pag. 326.

della proprietà, si impegna nella ricerca delle condizioni essenziali, dei moventi psicologici, delle propensioni sociali che possono rendere la proprietà non strumento di degradazione e di sfruttamento, ma di valorizzazione della libertà individuale nella realtà sociale e nel mondo di una più qualificata responsabilità morale.

Una idea di proprietà non risolta nell'esclusivismo di giustificazioni extrasociali potrebbe trasformarsi da istituzione che condensa l'avidità e l'usurpazione in una esperienza di virtù capace di una consapevole assunzione di doveri morali e sociali. Emancipandosi dalla presunzione corruttrice delle legittimazioni assiomatiche, la proprietà potrebbe svolgersi come una tensione che libera l'individuo dalla sua stasi, dalla sua inerzia, così come dalla prepotenza e dall'intolleranza, e lo sollecita a uscire da sè, a prendere contatto con le cose, cercando quelle forme aperte e mobili di oggettivazione, capaci di dare alle azioni gli indispensabili consolidamenti senza degradarle tuttavia con condizionamenti immobilistici e con entificazioni abusive. La faticosa mediazione con le cose, realizzata attraverso il principio della proprietà potrebbe perciò rappresentare una garanzia per la formazione di rapporti associativi più autentici di quelli che si vorrebbero definire attraverso una semplice fusione delle coscienze e degli interessi e attraverso la indivisibilità dei beni e degli strumenti produttivi.

Ciò che potrebbe apparire positivo nella esperienza della proprietà sarebbe appunto questa disposizione del soggetto ad agire immedesimandosi nella realtà esterna per farla propria, pur sapendo che la sua azione, anche se espansiva, è sempre limitata e parziale, e che le cose che sono materia della sua appropriazione sono anch'esse qualificate da questa stessa dimensione della finitezza e della limitazione. È proprio questo saper accettare l'azione nei suoi limiti soggettivi e nei suoi limiti di realizzazione che può garantirne l'autenticità esistenziale e sociale, mettendola al riparo dalle tentazioni dell'universalismo che ha invece l'ambizione di tutelare la soggettività nella pienezza delle sue possibilità e di smentire e neutralizzare le deficienze, i rischi, le ambiguità immanenti ad ogni determinazione della pluralità e della differenziazione.

Il pensiero di Proudhon, proprio perchè rifiuta le suggestioni dell'universalismo politico e della eticità collettivizzata, è parti-

colarmente sensibile a questo valore delle azioni che accettano la loro finitezza e la loro particolarità, non per isterilirsi nella pura immediatezza, non per fare del particolare un esonero da tensioni più qualitative e da impegni meno contingenti ed effimeri, ma per garantire al soggetto una libertà morale e sociale che possa proporsi come fondamento della sua responsabilità.

Naturalmente, in quanto esperienza della finitezza e della parzialità, la proprietà non può essere esente dal rischio di deformazione e di corruzione, può volgersi al bene e al male, può fare della inadeguatezza una esperienza morale o una involuzione particolaristica, ma quali che siano le possibili degenerazioni, essa può reagire contro le intromissioni abusive di poteri egemonici e costituire una remora contro ogni ambizione totalizzante. D'altra parte, questa limitazione può anche essere condizione di sviluppo produttivo, perchè le attività limitate e parziali, se consapevoli di questa loro condizione, se capaci di accettarsi in questa loro natura, senza forzarla verso presunti superamenti universalistici, si predispongono a una logica di competizioni e di combinazioni, fondamento di una potenzialità creativa che è appunto resa più consistente dal rifiuto di un indiscriminato affidamento dell'azione a tutele statualistiche o comunitarie. Tali orientamenti e propensioni della proprietà possono quindi contrastare i suoi elementi negativi e possono porre al soggetto una sfida che se affrontata in tutta la sua complessità spirituale e sociale può rappresentare un rafforzamento della virtù e una condizione di progresso.

Per questo, afferma Proudhon, « la propriété, fondée sur l'égoïsme, est la flamme à laquelle s'épure l'égoïsme. C'est par la propriété que le moi individuel, insocial, avare, envieux, jaloux, plein d'orgueil et de mauvaise foi, se transfigure, et se fait semblable au moi collectif, son maître et son modèle » (26).

Proudhon delinea così una duplice figura di proprietario, uno che si isterilisce nell'esclusivismo e nel singolarismo, l'altro che rende la proprietà una esperienza aperta e impegnativa rivolta alla realizzazione di fini esistenziali e sociali che trasformano l'avarizia e la concupiscenza del soggetto in un esercizio di responsabilità morale. Vi è dunque da un lato il proprietario che intende

(26) *Théorie de la propriété*, pag. 167.

il suo dominio come usura, come sfruttamento, come distacco dalla realtà, come disinteresse verso gli affari pubblici e il bene della società, come insofferenza di ogni vincolo, come indifferenza ad ogni ideale di giustizia. È questo « le propriétaire selon la lettre et le principe, ce qui revient à dire, selon l'égoïsme et la matière » (27). Ma vi è dall'altro lato una diversa figura di proprietario, di un individuo che forse nel candore della sua coscienza non avrebbe inventato la proprietà e avrebbe anzi protestato contro le sue tendenze assolutistiche e contro i suoi abusi. Questo individuo trova la proprietà e la considera parte della costituzione sociale, ma comparandola all'umiltà e alla dignità della sua coscienza, l'accetta come espressione di un limite che non deve corrompere ma valorizzare l'azione. Egli possiede senza farsi possedere, accetta un principio che, anche se non ha voluto, può orientare in senso morale la sua volontà, e considera perciò la vita del proprietario non come vita di godimento e di parassitismo, ma come impegno creativo che non può avere come fine la degradazione della società e la servitù e lo sfruttamento degli altri individui. È questo « le propriétaire selon les fins, que l'on peut appeler aussi propriétaire selon l'esprit » (28).

Queste diverse, contrastanti considerazioni della proprietà, sono tuttavia sempre inseparabili, contestualmente immanenti alla logica di una istituzione, che non può mai sciogliere definitivamente le sue ambiguità e le sue ambivalenze. Ciò spiega le oscillazioni di Proudhon e le sue difficoltà ad accettare come sottratte alla discussione e alla critica le attività e le realizzazioni che emanano dalla proprietà.

8. Si comprende tuttavia come Proudhon si sia posto il problema se le virtù morali e sociali che egli riconosce a una esperienza capace di reagire contro il condizionamento della totalità e di assumere la logica della limitazione come condizione di responsabilità, non potrebbero più coerentemente esprimersi in altre strutture sociali che prescindessero dalla realtà proprietaria.

(27) *Ibidem*, pag. 169.

(28) *Ibidem*, pag. 171.

Proudhon si è impegnato, in tutta la sua meditazione, sul tema del lavoro, facendo di tale esperienza il fondamento dell'attività conoscitiva, morale, produttiva e tentando per questo di liberarla dalle sue degradazioni, dalle minacce di sfruttamento e di meccanizzazione, per scoprire e valorizzare l'individualità del lavoratore in tutta la sua potenzialità esistenziale e sociale. Sarebbe perciò che la filosofia del lavoro di Proudhon, egualmente lontana dagli abusi del liberismo incontrollato e dalle tentazioni della concentrazione economica statalistica o comunitaria, potrebbe porre le condizioni affinché la dignità umana e professionale del lavoratore e insieme lo sviluppo delle forze collettive fossero garantiti anche senza ricorso a principi come la proprietà i cui abusi non possono mai essere definitivamente superati. Si potrebbe così spostare l'interesse dal problema della qualificazione positiva della proprietà al problema della qualificazione moralmente e socialmente positiva del lavoro, rivalutando in questa esperienza la sua attitudine a conoscersi e a realizzarsi sia opponendosi alla egemonia del potere, sia criticando una istituzione controversa come quella proprietaria.

È questo un programma a cui Proudhon non è rimasto certo insensibile, e molta parte del suo mutualismo e del suo federalismo economico risente di queste suggestioni. In questa prospettiva possono considerarsi i contributi di notevole rilevanza di Proudhon alla teoria dell'autogestione operaia, e le sue idee sulla proprietà federalizzata che appartiene contestualmente al gruppo e ai singoli, con forme differenziate di partecipazione, ma che è resa sostanzialmente indivisibile e sottratta quindi alla disponibilità delle singole parti. Proudhon pensa che nella gestione dei grandi strumenti di produzione, all'assolutismo del capitale e al monopolio statalistico debba opporsi una « *démocratie industrielle* »⁽²⁹⁾ che, anche movendo da forme di semplice compartecipazione dei lavoratori ai profitti del capitale, dovrebbe tendere a riassorbirli progressivamente in una organizzazione autonoma del lavoro. Le associazioni operaie avrebbero quindi la funzione di ridurre il salariato e di promuovere forme partecipative e di controllo nella formazione e nella gestione delle grandi forze collettive.

(29) *De la capacité politique des classes ouvrières*, Paris, 1924, pag. 143.

Si deve tuttavia rilevare che, per quanto Proudhon auspichi uno sviluppo di questo associazionismo operaio, non gli riconosce una estensione illimitata: « l'association présentée comme institution universelle, principe, moyen, et but de la Révolution, me paraît cacher une arrière-pensée d'exploitation et de despotisme » (30). D'altra parte, Proudhon insiste sulla pluralità di tali associazioni e sulla necessità di una loro competizione per evitare ogni forma di involuzione parassitaria e di accentramento statalistico. L'autogestione operaia non può quindi rappresentare l'alternativa a un regime di libera concorrenza che è, per Proudhon, garanzia della autenticità e della potenzialità creativa delle transazioni sociali: « la concurrence... est le mode selon lequel se manifeste et s'exerce l'activité collective, l'expression de la spontanéité sociale, l'emblème de la démocratie et de l'égalité, l'instrument le plus énergique de la constitution de la valeur, le support de l'association » (31).

Se dunque Proudhon ha difeso con profonda convinzione il primato del lavoro, non ha voluto attribuire un privilegio esclusivistico a una forma specifica di organizzazione del lavoro ed ha voluto considerare anche il problema dei rapporti che sussistono tra il lavoro e le altre attività e istituzioni socialmente rilevanti. Si può affermare perciò che, pur esaltando l'autonomia del lavoro, Proudhon ha avuto delle esitazioni a configurare la sua filosofia del lavoro in termini di radicale alternativa alla teoria della proprietà, valutando le difficoltà di garantire tale autonomia nei confronti del collettivismo e del potere egemonico se il principio di proprietà fosse drasticamente escluso dalla dinamica dei fenomeni sociali. Astrattamente una teoria del possesso o della proprietà federalizzata sembrerebbe bastevole a garantire il lavoratore nella sua realizzazione esistenziale e produttiva e a soddisfare le esigenze dell'uguaglianza, ma nei fatti una esperienza del lavoro fondata solo su questi principi potrebbe rivelarsi per Proudhon troppo debole e troppo manipolabile per potere validamente opporsi a una sua integrale politicizzazione o anche per evitare i rischi di un rilassamento produttivo. L'associazionismo e l'auto-

(30) *Idée générale de la révolution*, pag. 158.

(31) *Contradictions économiques*, vol. I, pag. 247.

gestione, con l'accettazione della pluralità e della competizione, ripropongono del resto la logica della proprietà, sia pure correggendola con le forme della partecipazione e vincolandola al criterio della indivisibilità. Ma Proudhon ritiene che una loro esorbitante estensione potrebbe sminuire la funzione della competizione, attenuare il vigore produttivo e rendere l'organizzazione del lavoro più disponibile a sostituire le regole del mutualismo con quelle dell'accentramento potestativo.

La proprietà, anche se con la sua natura ambigua, può così rappresentare un elemento positivo nella dialettica della realtà sociale e rapportarsi al lavoro non solo come termine di polemica e di contestazione, ma anche come sostegno che può proteggerlo e garantirlo dalle sue stesse involuzioni e dalle espropriazioni del potere: « pur que cette révolution que nous devons librement, unanimement et pacifiquement accomplir, pour que cette révolution aille bien, il ne suffit pas... d'armer le travail contre la propriété: *il faut armer aussi la propriété contre le communisme, sans quoi la liberté, avec la propriété périrait.* 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 comme stimulant perpétuel du travail, comme l'antagoniste dont l'absence ferait tomber le travail dans l'infertie et la mort... Telle est la loi des antinomies; et c'est de cette perpétuité d'action et de réaction du travail contre la propriété, de la propriété contre le travail, que naît dans la société la perpétuité du mouvement, le progrès » ⁽³²⁾.

La proprietà può quindi per Proudhon contrastare il lavoro, ma insieme difenderlo, opporsi alle sue ambizioni di integrale autonomia, ma insieme assecondare i suoi sforzi di emancipazione, ostacolare le sue aspirazioni di giustizia, ma insieme renderle più realizzabili.

9. Il principio della proprietà è dunque soggetto a una ineliminabile contraddizione. La proprietà come avarizia e come prevaricazione, contro la quale è legittima la rivolta del lavoro, la proprietà come esercizio di responsabilità e come condizione di

⁽³²⁾ *Le droit au travail et le droit de propriété*, Paris, 1938, pagg. 453-454.

progresso. Questi aspetti sono intrinsecamente mescolati e i tentativi di distinguere nettamente i suoi lati positivi dai suoi lati negativi sono destinati al fallimento. La contraddizione, che è carattere specifico della realtà sociale, si manifesta anche nella proprietà, e presumere di scioglierla drasticamente significherebbe snaturare tale istituzione e renderla socialmente inqualificata. Le sue funzioni sono appunto collegate alla sua duplice natura, a questa sua realtà complessa ed ambigua che non riesce mai a consolidarsi nella sua polarità di egoismo e di esclusione, ma che non riesce mai a diluirsi in un esercizio spontaneo di virtù morale e di apertura alla solidarietà sociale.

Proudhon anche su questo tema è coerente con la sua impostazione fondamentale che gli fa accettare la contraddizione come matrice della esperienza storica, come espressione di una realtà che non può essere mai chiusa in un sistema e ridotta a semplice derivazione di un solo principio e di una sola forza. Tutto nella realtà si fonda su principi e forze che hanno un carattere espansivo e che quindi possono diventare opposti e antagonisti: « le monde moral, comme le monde physique, repose sur une pluralité d'éléments irréductibles et antagoniques, et c'est de la contradiction de ces éléments que résulte la vie et le mouvement de l'univers » (33). Ciò vale anche per la struttura della proprietà che si forma in una molteplicità di sollecitazioni differenziate, che devono di volta in volta ritrovare le loro proporzioni e i loro equilibri.

Proudhon considera parte fondamentale della sua metodologia il rifiuto della dialettica di Hegel, che, insistendo sulla logica dei superamenti, assecondava l'idea che i lati positivi delle diverse realtà potessero fondersi in una sintesi immune dalle parzialità dei singoli elementi. Proudhon sostiene invece che l'antinomia non può risolversi in un termine superiore, in una sintesi distinta dalla tesi e dall'antitesi: « la formule hégélienne n'est une triade que par le bon plaisir ou l'erreur du maître, qui compte trois termes là où il n'en existe véritablement que deux, et qui n'a pas vu que l'antinomie ne se résout point, mais qu'elle indique une oscillation ou antagonisme susceptible seulement d'équilibre » (34).

(33) *Théorie de la propriété*, pag. 213.

(34) *De la Justice*, vol. I, pag. 211.

A questa dialettica della contraddizione Proudhon attribuisce un significato positivo, non solo perchè impedisce alle sintesi di nascondere e mistificare la realtà degli antagonismi e delle differenziazioni, ma anche perchè è proprio la diffidenza verso i facili superamenti, le spontanee solidarietà, le false liberazioni dell'universalismo che può contrastare una indiscriminata accentuazione delle contraddizioni sociali. La consapevole accettazione della contraddizione come dato della realtà e come valore della esperienza può consentire maturazioni critiche e ideali capaci di limitare l'inflazione delle contraddizioni, che sarebbe invece artificialmente e arbitrariamente provocata da quelle presunzioni totalistiche che, non accettando le contraddizioni, devono moltiplicarle ed esasperarle per giustificare la necessità di eliminarle radicalmente. È quindi la falsa liberazione universalistica che moltiplica le contraddizioni, mentre il riconoscimento di questo principio può orientare la realtà verso la logica delle mediazioni e degli equilibri.

Deriva da queste posizioni di Proudhon la sua diffidenza a considerare il tema della proprietà, così come altri aspetti fondamentali della realtà sociale, secondo gli schemi di una logica puramente individuale o di una ragione che, abusando delle sintesi, si risolva in una concettualizzazione astratta. Una logica individualistica tenderebbe a isolare la proprietà dall'insieme dei fenomeni e delle istituzioni di una società reale, e la porrebbe perciò o come semplice oggetto di esaltazione se, con artificio idealistico, si considera la proprietà una emanazione della coscienza soggettiva, o di rifiuto se, con calcolo intellettualistico, si dà rilevanza, esasperandole, alle sue deformazioni e alle sue parzialità. Ma questa analisi intellettualistica per Proudhon non basta. Quali che siano le virtù idealisticamente definite e i vizi logicamente dimostrati che formano la natura della proprietà, non si può esprimere una valutazione su tale istituzione con una ragione puramente individuale. La spiegazione e la giustificazione della proprietà deve essere invece per Proudhon ricercata valendosi dei criteri di una ragione pubblica che, pur non incomprendibile alla ragione individuale, non segue tuttavia le sue regole e non risente del suo possibile assolutismo.

Se i fenomeni sociali vengono considerati solo in riferimento a criteri intellettualistici soggettivi, «la société n'est plus qu'une

déduction du moi individuel, une appartenance de son absolutisme » (35).

La ragione pubblica procede in altro modo, si impegna in un altro tipo di deduzioni: « opposant l'absolu à l'absolu, de manière à annuler sur tous les points cet élément inintelligible, et ne considérant comme réel et légitime que le rapport des termes antagoniques, elle arrive à des idées synthétiques, très différents, souvent même inverses, des conclusions du *moi* individuel » (36). La ragione pubblica si vale quindi di una logica che non ha la pretesa di ricondurre la realtà alla purezza di un principio esclusivo o di una coerenza integrale e, rinunciando a vincolare i principi differenziati e le forze antagoniste alle regole di un potere egemonico, tende piuttosto ad assecondare ogni disposizione delle parti ad oltrepassare le loro chiusure singolaristiche, i loro egoismi e a limitare la loro espansione incontrollata.

Si definiscono così criteri di mediazione e di equilibrio che contrastano l'uniformità e l'immobilismo, ma anche l'indiscriminato scissionismo che potrebbe essere provocato dalla competenza esclusiva che venisse attribuita alla ragione individuale nella conoscenza e nella critica della dinamica dei fenomeni sociali.

Sè i principi di questa ragione pubblica devono essere svincolati dall'intellettualismo individualistico, non devono tuttavia essere considerati emanazione di una presunta volontà generale che, concettualizzando dei fini astratti, pretenda di imporli alla realtà. La ragione pubblica non deve proporsi « comme une entité métaphysique à part, un *Logos* antérieur et supérieur, mais comme la résultante de toutes les raisons ou idées particulières, dont les inégalités provenant de la conception de l'absolu et de son affirmation égoïste, se compensent par leur critique réciproque et s'annulent » (37).

Questa ragione collettiva che si forma con l'apporto di tutti gli elementi particolari è quindi un principio di combinazione e di equilibrio che afferma la pluralità delle idee e dei fenomeni sociali non come oggetto di manipolazione, ma come fondamento

(35) *De la Justice*, vol. III, pag. 251.

(36) *Ibidem*, pag. 252.

(37) *Ibidem*, pag. 267.

stesso della sua legittimità e come limite e garanzia contro ogni possibile abuso intellettualistico o potestativo.

In questa prospettiva Proudhon pensa che debba ricercarsi la legittimazione del principio di proprietà. Ogni considerazione puramente intellettualistica o idealistica di tale istituzione non è sufficiente, non può dare una compiuta spiegazione del fenomeno e una piena comprensione della sua rilevanza sociale. Sono invece i criteri della ragione pubblica che possono consentire una impostazione più corretta del problema della proprietà, spostando l'interesse dalla semplice valutazione intellettualistica della natura della proprietà alla valutazione delle sue funzioni e dei suoi fini: « ce n'est ni dans son *principe* et ses *origines*, ni dans sa *matière* qu'il faut chercher la raison de la propriété... c'est dans ses *fins* »⁽³⁸⁾.

Le funzioni e i fini che valgono a giustificarla, oltre ogni affermazione o negazione aprioristica, consistono appunto nella possibilità che ha tale istituzione di impedire una riconversione totalistica della realtà sociale e di assecondare invece le aspirazioni e il potere reale dei cittadini nella conservazione e nella valorizzazione dei fondamenti di fatto e dei valori qualitativi della pluralità sociale, mantenendo aperto il meccanismo di competizione che rinnova l'esperienza e garantisce la libertà. La proprietà può tendere all'assolutismo e all'abuso, ma queste sue stesse tendenze possono essere condizione dell'esercizio di una funzione che la oppone ad altri assolutismi e ad altri abusi che possono formarsi nella realtà sociale. La possibilità che ha la proprietà di farsi valere come assoluta può sottrarre le altre forme di assoluto politico e sociale ai loro esclusivismi e costringerle a transazioni e mediazioni che consentono alla libertà di esprimersi, di valorizzarsi e di orientarsi progressivamente contro la stessa logica dell'assoluto. Per questo — afferma Proudhon — « la propriété est la plus grande force révolutionnaire qui existe et qui se puisse opposer au pouvoir »⁽³⁹⁾.

È vano per Proudhon affidare le garanzie della libertà a un potere politico non controllato da principi diversi e antagonisti che possano limitarlo: « l'État constitué de la manière la plus rationnelle, la plus libérale, animé des intentions les plus justes,

⁽³⁸⁾ *Théorie de la propriété*, pag. 128.

⁽³⁹⁾ *Ibidem*, pag. 136.

n'en est pas moins une puissance énorme, capable de tout écraser autour d'elle, si on ne lui donne un contre-poids ». Questa funzione di limite spetta appunto alla proprietà; un suo declassamento a semplice possesso non potrebbe raggiungere lo stesso effetto, appunto perchè « la possession... est elle-même une dépendance de l'État; ... elle est comprise dans l'État; par conséquent, au lieu de s'opposer à l'État, elle lui vient en aide; elle pèse dans le même plateau: ce qui, au lieu de produire un équilibre, ne fait qu'aggraver le gouvernement » (40). Il tema della proprietà è dunque per Proudhon direttamente connesso al problema delle garanzie nei confronti della concentrazione del potere così come nei confronti del livellamento e della indifferenziazione della realtà sociale: « la puissance de l'État est une puissance de concentration... la propriété, au rebours, est une puissance de décentralisation... c'est en elle qu'est le principe de toute fédération » (41).

Si rivelerebbe illusoria una teoria della libertà individuale che presumesse di garantirsi con un semplice affidamento alla tutela esterna dello stato come se il valore della dignità esistenziale, che pure rappresenta la tensione morale che ispira ogni consapevole idea di giustizia, riuscisse di per sé a imporsi come limite fondamentale nei confronti di ogni possibile prevaricazione del potere politico. Il valore della individualità, così come l'autonomia produttiva sono meglio protetti quando si può riconoscere all'individuo e alle sue attività sociali l'acquisizione di un diritto come la proprietà che, appunto perchè non si pone come mera derivazione del potere, può contrastarne l'accentramento e la tendenza egemonica.

Ciò non significa naturalmente che il principio proprietario possa garantire la libertà compromettendo le funzioni e le garanzie del potere politico. Il problema consiste nel mantenere aperta una dialettica tra questi principi differenziati, profittando del loro antagonismo, ma anche delle loro reciproche sorveglianze e reciproche garanzie. In questa dialettica non si può perciò disconoscere la fondamentale rilevanza delle funzioni politiche. Se le condizioni e le possibilità di azione degli individui sono troppo disuguali, se

(40) *Ibidem*, pag. 137.

(41) *Ibidem*, pag. 144.

la società conosce discriminazioni ed esclusioni, se i meccanismi produttivi sono alterati dal parassitismo e dallo sfruttamento, la logica del principio proprietario tenderà verso l'accentramento monopolistico, ma se lo stato si impegna nel buon funzionamento delle sue istituzioni e dei servizi che a lui sono affidati, se riesce a contrastare le gerarchie e i privilegi e a favorire lo sviluppo culturale e produttivo, gli effetti della concorrenza si manifesteranno in modo diverso, e la proprietà potrà tendere a limitarsi e a equilibrarsi.

Il riconoscimento che la proprietà svolge le sue funzioni perchè può assumere un carattere tendenzialmente assoluto, cioè non derivato dall'esclusivismo di un altro potere e può perciò opporsi ad altri assolutismi e ad altri abusi, non deve quindi significare per Proudhon una glorificazione dell'abuso e la rinuncia a contrastarlo. Il problema della proprietà non può risolversi nella meccanica contrapposizione del suo abuso ad altri abusi. Proudhon ha qualificato la proprietà come una funzione, ma ciò per consentire appunto che la proprietà possa compararsi con altre funzioni e possa perciò trovare i suoi contemperamenti e le sue remore. La assolutezza verso cui può tendere questo principio non deve dunque significare il riconoscimento di un suo diritto assoluto e di una sua legittimazione aprioristica. Vuole solo significare che la proprietà non deriva da un assoluto politico, non emana da una entificazione sociale, e può perciò pretendere di rapportarsi agli altri principi e alle altre istituzioni socialmente rilevanti come funzione che si misura con altre funzioni, come attività che si proporziona ad altre attività, come interesse che si realizza nella dinamica degli altri interessi. Per qualificarsi come funzione nella complessa dialettica dei fenomeni sociali, la proprietà deve affermare il suo valore di autonomia e contrastare quindi ogni tentativo che la riduca a semplice derivazione di altri principi e di altre forze, ma tutto ciò deve servire non al potenziamento di una sua imperscrutabile natura assolutistica, ma solo a rendere possibile la sua funzione di garanzia nei confronti di altri poteri i quali, a loro volta, non potranno chiudersi nella presunzione di legittimazioni assiomatiche, ma dovranno proporsi come funzioni al servizio di una realtà sociale che non potranno considerare loro derivazione e oggetto del loro dominio. La trasformazione della

proprietà e delle altre istituzioni da essenze aprioristiche a funzioni sociali pone per Proudhon le condizioni che consentono le loro relazioni, le loro comparazioni, la valutazione realistica delle loro attività e quindi lo sviluppo di una logica di transazione e di mediazione che può positivamente rivolgersi contro la logica stessa dell'assoluto.

10. In questa prospettiva, il principio della proprietà recupera la sua qualificazione storica, si afferma in relazione all'insieme di tutti i principi e di tutte le istituzioni sociali, e si sottopone quindi a continue revisioni, adattamenti e trasformazioni. Ciò non deve tuttavia significare per Proudhon che la storicità di questo principio possa assecondare una socializzazione integrale delle attività che abbia l'ambizione di vanificare l'esigenza della proprietà eliminandola dal circuito delle attività produttive e considerandola irrilevante o negativa come garanzia nei confronti del potere. I tentativi di rendere integralmente conciliabili la libertà e il potere, l'individuo e la comunità, sono da Proudhon considerati illusori e possono convertirsi in minacce di espropriazione e di sfruttamento. La proprietà è appunto il simbolo di queste mancate integrali unificazioni, è l'emblema di una società che tende alla riconciliazione, ma non è mai integralmente riconciliata, di un'attività umana che tende a socializzazioni sempre più complesse, ma diffida con sempre maggiore consapevolezza critica delle collettivizzazioni integrali, è espressione di una socialità che è sempre insocievole, di una tensione universale che si articola sempre nella logica della parzialità e della limitazione, di un affidamento alla solidarietà che ha tuttavia le sue remore e le sue smentite. Questo perchè la libertà umana è sempre indocile, ribelle, non accetta sottomissioni, non vuole privarsi della sua originalità, e malgrado le molteplici tentazioni e suggestioni dell'universalismo sociale sa opporre resistenza a tutti i tentativi di indiscriminata fusione e di integrale armonia che il potere ripropone per giustificare la sua assolutezza.

Ove c'è una critica al totalismo, c'è consapevolmente o inconsapevolmente una riaffermazione della idea di proprietà, per tutto ciò che essa rappresenta di limite, di garanzia, di accettazione della pluralità e della differenziazione. Ogni realtà sociale composta

e articolata assume la proprietà come sua componente e utilizza le sue funzioni per garantire le distinzioni, le specificazioni, le originalità creative.

I valori che la società può storicamente acquisire non sono tuttavia definibili in modo assiomatico. L'accettazione del principio della proprietà diventa per Proudhon plausibile solo se la consapevolezza critica che giustifica la proprietà riesce a definire altri principi diversi da quello proprietario che con esso devono coesistere in una dialettica di antagonismi, di controlli e di reciproche garanzie: « la propriété, quelle que soit son importance dans la société, n'existe pas seule comme fonction politique, institution économique et sociale; elle ne constitue pas tout le système. Elle vit dans un milieu organisé, entourée d'un certain nombre de fonctions analogues et d'institutions spéciales, sans lesquelles elle ne pourrait subsister, avec lesquelles, par conséquent, il faut qu'elle compte » (42).

La realtà sociale moderna ha scoperto la rilevanza di principi diversi da quelli della proprietà, che concorrono alla formazione delle forze collettive e che si pongono come strumenti di integrazione e di trasformazione. I principi dell'associazionismo, dell'autogestione, le esperienze comunitarie realizzate su piani limitati e parziali, la stessa programmazione e direzione centralizzata di certe attività produttive, la democratizzazione del credito e della politica fiscale, la diffusione della cultura e dell'istruzione sono altrettanti criteri che possono competere con l'istituzione proprietaria, correggendola, limitandola o anche sostituendosi ad essa dove la sua iniziativa può essere lesiva degli altrui diritti o inadatta a svolgere positivamente le sue funzioni. In questa dialettica complessa la proprietà può quindi trovarsi circondata da principi contrari che la impegnano in una competizione ideale e pratica. È questa competizione che garantisce la storicità della proprietà, le sue possibilità di trasformazione, e può assecondare la formazione di « institutions déterminatives de liberté et d'égalité » (43).

(42) *Ibidem*, pag. 177.

(43) *Ibidem*, pag. 179.

I principi antagonisti che circondano la proprietà non devono tuttavia distruggerla. Le esigenze che la proprietà pone non devono essere radicalmente smentite nella ricerca di alternative drastiche fondate su immaginarie conversioni etiche e sociali le quali, malgrado le loro ambizioni qualitative, potrebbero rivelarsi strumenti di tirannia. Ciò pone il problema di non superare quei punti critici oltre i quali la proprietà impedita ed avvilita non potrebbe svolgere le sue funzioni di garanzia, e pone altresì l'esigenza di non disprezzare il simbolismo che è collegato al principio della proprietà, e che è rivolto a sostenere quei valori di indipendenza, di autonomia, di responsabilità personale, di accettazione dei limiti senza i quali la proprietà non potrebbe sussistere, ma senza i quali si troverebbe compromessa anche una idea di libertà adeguata ai bisogni di una società composita e differenziata.

Nella pluralità di cui la proprietà è parte integrante sono certo possibili tutte le sperimentazioni rivolte alla estensione delle equivalenze e della reciprocità e alla valorizzazione dei principi del mutualismo. La proprietà può certo porre ostacoli alle riforme e può col suo spirito di conservazione intralciare gli sforzi innovativi. Ma se l'insieme degli altri principi e delle altre istituzioni si rivelano all'altezza delle loro funzioni, tali ostacoli non possono considerarsi così radicalmente antitetici al progresso come quelli che si avrebbero in situazioni di accentramento statalistico o di comunità integrali.

In questa consapevolezza Proudhon, che con tanta virulenza polemica ha criticato la proprietà, ha tentato di trasformarla per rendere le sue funzioni adeguate alle esigenze di una realtà sociale che, nelle sue prospettive di emancipazione, non può tuttavia trascurare quei valori e quelle istituzioni che hanno qualificato e assecondato le esperienze della libertà.

PAOLO GROSSI

TRADIZIONI E MODELLI NELLA SISTEMAZIONE POST-UNITARIA DELLA PROPRIETÀ

Introduzione: La proprietà ottocentesca e il suo modello. — I. *Presenze condizionanti:* 1. L'eredità medievale. La persistenza del modello del diritto comune. — 2. Ambivalenze nelle sistemazioni normative dei Codici. — 3. La riflessione esegetica, la sua retrodatazione culturale, le sue ambiguità. — 4. Il messaggio romagnosiano. — 5. L'analisi di Rosmini in tema di proprietà. — II. *L'analisi della proprietà nella paleocivilistica post-unitaria:* 1. I paleocivilisti italiani: personaggi fra due culture. — 2. La 'filosofia' della proprietà e le sue certezze. — 3. La proprietà-archetipo e le sue molteplici derivazioni. — 4. La relativizzazione della proprietà-archetipo: assolutezza e limitabilità. — 5. La relativizzazione della proprietà-archetipo: assolutezza e divisibilità. La 'proprietà perfetta' come diritto complesso. — 6. Proprietà e diritto reale. La nozione di frazione della proprietà. La nozione di proprietà 'imperfetta'. — 7. La detipizzazione del mio giuridico. — III. *Nuovi itinerari di ricerca:* 1. Incrinature, incertezze, disarmonie. — 2. Le fondazioni culturali del rinnovamento. — 3. Emersione d'una analisi nuova. — 4. Filomusi Guelfi, ovvero la curiosità intellettuale della comparazione.

Introduzione: La proprietà ottocentesca e il suo modello.

Un osservatore superficiale che si appaghi delle enunciazioni sonore avrebbe diritto di credere che il secolo XIX costituisca un completo e perfetto rovesciamento delle conclusioni, dei valori, delle certezze circolanti nel diritto comune e nel vecchio regime sul tema della proprietà e dei diritti reali.

Ai margini iniziali dell'itinerario ottocentesco, quasi a inaugurare il secolo nascente, la voce robusta di Antonio Federico Thibaut e la definizione autorevole del legislatore napoleonico sembravano confermare questa convinzione: a un anno soltanto dallo scoccare del secolo, l'invettiva acre e demolitrice del giure-

consulto sassone contro la dottrina del dominio diviso ⁽¹⁾ relegava, con aperta irrisione, in nome della nuova scienza libera da pregiudizi e immune da errori, questa articolazione fondamentale del sistema medievale dei diritti reali nel novero infamante degli *Undinge* ⁽²⁾ e comunque ben lontano dagli armoniosi *Begriffe* strutturanti lo *eigentliches wahres Eigentum* ⁽³⁾; all'interno di un maestoso impianto normativo, l'art. 544 del *Code civil*, isolatamente considerato, sembrava per suo conto identificarsi con un messaggio tutto proteso ad assolutizzare imperiosamente i poteri dell'*unus dominus* nell'*unum dominium* ⁽⁴⁾.

È davvero segno che anche sul piano del diritto si sta decisamente voltando pagina? Che anche il legislatore e il giurista traducono, nel territorio delle sistemazioni tecniche che loro particolarmente compete, le conclusioni socio-politiche dell'individualismo settecentesco e della Rivoluzione? Una risposta semplicemente affermativa rischierebbe di collocarsi nel vuoto e vieto luogo comune di coloro che hanno disegnato le linee del diritto codificato facendosi strumento e fondamento soltanto delle proposizioni programmatiche, con l'attenzione ancora tutta presa

(1) Ci riferiamo al saggio notissimo di Antonio Federico Giusto THIBAUT, *Über dominium directum und utile* inserito nella seconda parte dei suoi *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, Jena, 1817² (rist. anast. Aalen, 1970). La seconda parte dei *Versuche* thibautiani appare, in prima edizione, nel 1801. Su questo saggio si veda ora la buona esposizione di W. WIEGAND, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* - III. *Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits*, hrsg. von H. Coing und W. Wilhelm, Frankfurt am Main, 1976.

(2) Per Thibaut costituisce un *Unding*, cioè un assurdo — e, per di più, un assurdo basato su errori interpretativi di Glossatori e Commentatori —, il fatto che il dominio utile sia stato costruito come « das concurrirnde unvollkommene Eigentum des Vasallen, Emphyteuta und Superficiars » (THIBAUT, *Über dominium directum und utile*, cit., p. 88).

(3) È la terminologia ricorrente monotonamente in quasi ogni pagina del saggio thibautiano. In Thibaut l'onnipresenza del modello tecnico-giuridico classico di proprietà — che incarna appunto il « wahres Eigentum » — è un dato evidente.

(4) Si integri però quanto qui si dice sul nucleo enunciativo più appariscente dell'articolo con le nostre successive considerazioni del § 2 della Prima Parte.

dalle clamorose premesse d'indole filosofico-politica, senza aggiungergli un controllo e una verifica al vaglio delle scelte tecnico-giuridiche, ossia della costruzione tecnica di certi istituti.

Non sarà invece mai abbastanza ribadito che, almeno per quanto attiene al campo della proprietà e degli altri diritti reali, il terreno storico della prima metà dell'Ottocento (e di buona parte della seconda) è, quasi ovunque in Europa, un singolare spazio di transizione, e, in quanto tale, gremito di contraddizioni, incoerenze, misoneismi, inespressi o velatamente espressi ma straordinariamente pervicaci nella loro capacità di resistenza.

Il mondo dei diritti reali con le sue soluzioni storiche è, nell'ambito del giuridico, quello meno legato al quotidiano, all'effimero, al transeunte: anche se strettamente connesso alla rappresentazione ideologica del rapporto fra uomo e beni — e, conseguentemente, al variare di quelle rappresentazioni —, tende come proiezione di aspirazioni e interessi gelosissimi a mettere radici più d'ogni altro nel linguaggio e nel costume, a calare profondamente nel patrimonio culturale, a diventare parte essenziale di quel patrimonio; inevitabilmente, tende però anche a persistere al di là dei limiti storici del regime politico e dell'ideologia che lo hanno generato e sorretto, a permanere — in una estrema varietà di percezioni che vanno dal consapevole all'inconscio — ben fitto nella coscienza del giurista riaffiorando prepotente quando meno uno se lo aspetti.

È questo il risultato — forse sorprendente ma indubbio — che consegue lo storico del diritto che guardi al tessuto costruttivo con cui i giuristi e, in parte, anche i legislatori hanno sistemato per una larga zona dell'Ottocento, anche a molta distanza dalle Dichiarazioni francesi e dal *Code civil*, la 'logica' della proprietà e dei cosiddetti diritti reali su cosa altrui; hanno cioè strutturato un sistema di situazioni reali.

È agevole constatare che, in fatto di proprietà, l'Ottocento tarda a costruire un modello teorico che rappresenti una risposta tecnico-giuridica coerente al modello socio-politico perfezionato e assestato, passo a passo, dall'umanesimo in poi.

Ai primi del secolo XIX il modello socio-politico della proprietà — espressione genuina del cosiddetto individualismo pos-

sessivo ⁽⁵⁾ — è perfettamente compiuto: filtrato e decantato nei mille rivoli della riflessione giusnaturalista, irrobustito nelle lotte politiche, reso efficace dalle ormai riposate conquiste della borghesia, assurge alla lucidità di vero e proprio modello teorico; e le Carte dei diritti lo prendono in consegna e lo certificano.

Ma si tratta pur sempre di un modello etico-politico e sociologico; si tratta pur sempre e soltanto di una premessa per il modello tecnico-giuridico. Ai giuristi spetta, ancora ai primi dell'Ottocento, l'ufficio di trapiantare quel modello dal mondo generico delle latissime cornici culturali nel quadro specifico e inequivoco della cultura e delle tecniche del diritto positivo; ed è un compito, per buona parte, intatto.

Gli interpreti precedenti lo avevano sostanzialmente eluso ⁽⁶⁾ irretiti nelle maglie di un discorso giuridico retrodatato ma ancora applicato nella prassi: ne è un esempio la testimonianza di quei giuristi del cosiddetto 'diritto razionale' (come Pufendorf), in cui la distinzione fra dominio diretto e dominio utile permane, e permane come segno indubbiamente di intima contraddizione anche se non di « ein höchst lächerliches und sinnloses Verfahren »,

⁽⁵⁾ Si accoglie qui la terminologia di C. B. MACPHERSON, *The political theory of possessive Individualism - Hobbes to Locke*, London, 1962 (il volume è tradotto, com'è noto, in italiano con un titolo scialbamente stemperato: *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese - La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, trad. di S. Borutti, Milano, 1973). Il termine di individualismo possessivo ci sembra bene indicare — assai oltre i limiti specifici nei quali l'ha colto Macpherson — il carattere saliente di un assetto sociale proteso a costruire il proprio edificio giuridico sulla solida pietra angolare d'un individuo che afferma se stesso prevalentemente nella sua dimensione possessiva o, per dir meglio, proprietaria; in cui alla proprietà spetta quindi — di per sé — un ruolo primario e al proprietario una posizione di rilievo nella società. L'utilizzazione della terminologia macphersoniana e la sua proiezione su di un piano più generale non significano però da parte nostra adesione alla particolare interpretazione lockiana di Macpherson, su cui — per esempio — ha espresso in Italia pesanti, precise, motivate riserve Norberto BOBBIO, *Studi lockiani*, in *Rivista storica italiana*, LXXVII (1965), ora in *Da Hobbes a Marx - Saggi di storia della filosofia*, Napoli, 1965, p. 108 ss.

⁽⁶⁾ Tutt'al più a un livello — come si direbbe oggi — di politica del diritto il modello era stato in certo modo prefigurato da qualche lucido giusnaturalista e da qualche provveduto compilatore del *Code civil*.

come vorrebbe sprezzante Thibaut (7); ne è un esempio Pothier, che, alle soglie dei Codici, ci ripropone la teorica del dominio diviso, anche se oramai tutta spostata a favore dell'utilista come proprietario sostanziale della cosa (8).

La dottrina ottocentesca — pur col presupposto di ferme premesse filosofiche e politiche, pur col presupposto d'una legislazione che recava tracce chiare degli indirizzi economici e politici circolanti, pur col bagaglio di incrinature e di inconsapevolezze presenti Oltralpe nella stessa riflessione giuridica sei-settecentesca — non risponderà pienamente a questo compito, e si trascinerà per buona parte del secolo in un rimasticamento di vecchie impostazioni legate al modello medievale di proprietà, condite con le nuove certezze, in un quadro sistematico non privo di contraddizioni e di incoerenze. Conclusione questa — è appena il caso di aggiungerlo — che ricomprende la civilistica italiana post-unitaria (e addirittura taluni filoni di essa sino a fine Ottocento), ossia l'oggetto del presente contributo.

La dottrina giuridica ottocentesca — e, tra essa, dunque, anche quella italiana — dimostra di non avere né la capacità né le possibilità per strutturare un modello giuridico combaciante perfettamente con quello filosofico-politico, per chiarire e fissare a livello del diritto il problema proprietà, così come era stato chiarito e fissato nei programmi politologici e sociologici; dimostra di essere ipotecata da quel complesso rilevantissimo di scelte che, in fatto di rapporti fra uomo e beni, la esperienza medievale aveva compiuto.

Il modello filosofico chiedeva al giurista la costruzione di una proprietà rigorosamente individuale, pensata come situazione al massimo grado indipendente e piena, il più possibile 'assolutizzata' (tanto per adoperare una nozione che correrà usuale per molti dei Codici ottocenteschi), il più possibile monolitica, il più possibile stabile. E premeva sul giurista per orientarlo in due

(7) THIBAUT, *Über dominium directum und utile*, cit., p. 78. Sulla dottrina del dominio diviso nella riflessione giusnaturalistica si veda H. WAGNER, *Das geteilte Eigentum im Naturrecht und Positivismus*, Breslau, 1938 (*Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte*, 149. H.).

(8) R. J. POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, chap. I, *passim*, in *Oeuvres*, t. V, Bruxelles, 1831, p. 210 ss.

direzioni tecniche ben precisate: da un lato, costruzione della proprietà come situazione qualitativamente diversa, intrinsecamente diversa, dal restante fascio dei diritti reali; dall'altro, e conseguentemente, separazione concettuale fra quella e questi, con la tendenza marcata a fare anzi di quella e di questi una sorta di dati antitetici, in un vero e proprio rapporto d'opposizione di carattere squisitamente logico.

Il ceto dei giuristi non rispose all'appello: certamente non sul piano della riflessione scientifica, ma nemmeno interamente sul piano della legislazione, su cui le incertezze dottrinali ebbero il loro peso.

A questa mancata risposta, alla difficoltà di formazione del nuovo modello tecnico-giuridico, alla presenza di condizionamenti pesanti sulla riflessione giuridica in tema di proprietà, è dedicato questo saggio; che è incentrato, com'è chiaro sin nel titolo, sulla civilistica italiana dopo la realizzazione dell'unità politica e legislativa, ma che non potrà pretermettere uno sguardo più ampio sia a certi presupposti che si maturano in precedenza e che costituiscono, a nostro avviso, strumenti elementari e indispensabili di comprensione, sia alla generale condizione di altre riflessioni europee concomitanti (in modo particolare, quella tedesca), per la loro incidenza sui civilisti di casa nostra.

In questa linea interpretativa e da questo angolo d'osservazione or ora precisato, cercheremo di analizzare una testimonianza scientifica fino ad oggi esaminata e utilizzata in modo decisamente antistorico, fraintesa nel suo volto culturale, e ormai collocata tra le anticaglie da rigattiere della nostra storia giuridica recente.

Non è una testimonianza di robusti costruttori, il cui messaggio abbia una sua durevolezza attraverso il tempo; è una dottrina, al contrario, la cui validità è tutta sul piano storico-giuridico, perché specchio fedele e puntuale della grossa crisi di assetto che la *jurisprudencia* subisce nel trapasso dall'antico regime al diritto codificato. Solo se si valuterà questa riflessione alla luce di un lungo, profondo travaglio interno alla cultura giuridica ottocentesca; solo se la collocheremo al mezzo della frizione tra schemi conoscitivi risalenti ormai calati nella coscienza dell'operatore giuridico ed esigenze nuove e innovatrici, noi potremo autenticamente storicizzarla e anche valorizzarla. Con le

sue incoerenze e le sue contraddittorietà essa è impegnata, talora inconsciamente e talora lucidamente, in una non trascurabile opera di mediazione. Nella realizzazione di quest'opera è soprattutto il suo momento positivo, il suo apporto storico, giacché vi si utilizzeranno accanto ai normali strumenti artigianali del giurista tutti i ricorsi culturali — per vero modesti — che erano offerti dalla speculazione filosofica italiana.

Valgano infine due precisazioni a indicare con chiarezza i limiti del nostro discorso.

La prima concerne l'angolo d'osservazione. Infatti non si intende guardare, nelle pagine che seguono, a tutto il cospicuo materiale relativo alla disciplina della proprietà e degli altri diritti reali. Quel che ci interessa è il problema della costruzione di un modello tecnico-giuridico di proprietà, il peso è l'incidenza di modelli precedenti, le difficoltà le resistenze le tentazioni culturali in tutta quest'opera formativa. Da un punto di vista di rigorosa conoscenza giuridica, si guarderà pertanto soprattutto al procedimento sistematore del giurista scandito in due dimensioni strettamente connesse: l'analisi strutturale dell'istituto proprietà e, in primo luogo, il tentativo di identificazione di quel contenuto minimo sufficiente a qualificare una determinata situazione soggettiva come proprietà; l'analisi confinativa dell'istituto nei suoi nessi e nelle sue differenziazioni con istituti vicini, in particolare la costruzione logica della proprietà operata sulla base d'una assimilazione o d'una separazione concettuale con quelli che poi si sarebbero usualmente chiamati diritti reali limitati. Ne scaturirà netta, nella sua ispirazione di fondo, l'immagine del modello tecnico prescelto.

La seconda precisazione riguarda il terreno storico che si assume a oggetto dell'indagine. Quando si dice che la ricerca verterà sulla riflessione giuridica post-unitaria, si fornisce infatti una indicazione di per sé assai vaga, essendo chiaro solo il riferimento iniziale, che fa capo all'unità politica del Regno e all'unificazione legislativa maturantisi, l'una dopo l'altra, nel giro di pochi anni. Mentre non è agevolmente isolabile un riferimento finale: se, nel primo decennio dopo l'unità, la dottrina mostra una sua generale compattezza, successivamente, anche per il difondersi d'un modello teorico profondamente rinnovato che la

matura Pandettistica finalmente riesce a costruire, il panorama si fa più variegato, e cominciano a correre paralleli sino agli ultimi anni del secolo due filoni di analisi, che si contrappongono nelle loro fonti di ispirazione e nel loro archetipo fondante. All'incirca il transito del secolo potrebbe essere assunto correttamente quale capo estremo del nostro discorso; e non già perché rappresenti una data in sé significativa per la storia della scienza giuridica italiana, ma perché ivi, concretamente, accanto al filone innovatore, la vecchia corrente post-unitaria ha le sue manifestazioni estreme, e già pervase da una crisi sottile: il corso senese sulle servitù, dettato da Paolo Emilio Bensa nel 1899, è esemplare di quanto ora si constatava, e confirmativo della legittimità d'un simile confine temporale ⁽⁹⁾.

Infine, una annotazione terminologica: la dizione di 'civilistica post-unitaria', pur con le precisazioni temporali ora offerte, rischia di mantenere all'interno della ricerca una sua eccessiva vaghezza proponendosi formalmente come dizione comprensiva anche di quel filone innovatore che ha origine con alcune testimonianze in anni risalenti — gli anni Settanta — che appartengono, di fatto, al periodo successivo alla Unità. Per togliere ogni equivoco, per comodo d'intelligenza, qualificheremo d'ora in avanti come paleocivilistica italiana la grande corrente dottrinale che è particolarmente espressiva del periodo post-unitario e che è in questo prevalente, quella cui è dedicata la parte centrale del nostro lavoro. Chiameremo neocivilistica il filone innovatore che, anche se inizia a prosperare contemporaneamente all'opera dei paleocivilisti, ha però uno sviluppo che lo porteranno ben oltre i termini temporali dell'Ottocento. Il riferimento 'post-unitario' resterà invece nella intitolazione generale, proprio perché il lavoro, accanto all'indagine centrale, serba un'ultima parte destinata ad accennare al sorgere del nuovo orientamento in polemica con le conclusioni consolidate dei paleocivilisti.

L'itinerario che la scienza italiana del diritto civile percorre dalla metà alla fine del secolo XIX è soprattutto un gioco di motivazioni, di propulsioni, di resistenze, che si originano all'interno della stessa cultura giuridica e che denunciano l'autonomia

⁽⁹⁾ Cfr. più avanti, P. III, § 1.

delle forze culturali sollecitanti il movimento, la varietà, la complessità degli approcci conoscitivi del giurista; una varietà e una complessità che mal comprenderebbe chi, non rispettando le vengature autonome della *scientia juris*, volesse ad ogni costo vincolare le avventure intellettuali dei giuristi ad assestamenti strutturali, eventi politici, coscienza ideologica, e non cercasse di cogliere certe palesi dissonanze usando una tastiera interpretativa senza preclusioni, con una disponibilità piena a identificare — accanto ai tradimenti e alle mistificazioni dell'operatore giuridico — i suoi momenti di autonomia come uomo di cultura e cioè come ricercatore della propria verità.

Nell'ottica di una simile disponibilità — la sola che possa conseguire una completa storicizzazione delle costruzioni dottrinali — l'indagine affronterà innanzi tutto alcune presenze condizionanti che pesano sulla cultura e sulle certezze tecniche della paleociviltà italiana e che, a nostro avviso, si presuppongono a una sua corretta comprensione. Sgombrato così il passo, sarà men difficile e più piano ricostruire il non semplice e non univoco cammino dei giuristi.

I. *Presenze condizionanti.*

1. Nel cuore del civilista ottocentesco — e, con particolare efficacia, del civilista italiano ⁽¹⁰⁾ — riposava ancora il vecchio schema di approccio con la realtà, che abbiamo chiamato, per comodo d'intelligenza, modello medievale ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Per facilmente intuibili ragioni di indole storica. L'Italia resta terra di diritto comune fino alle consolidazioni settecentesche; in taluni territori, come negli Stati Pontifici e nel Granducato di Toscana, occorrerà attendere l'unificazione politica e legislativa del secondo Ottocento perché venga meno, nel campo del diritto privato, la vigenza dello *ius commune*.

⁽¹¹⁾ Su questo modello — inteso come lo schema di traduzione teorica elaborato da un ceto di giuristi per organizzare, sistemare e anche concettualizzare a livello e in termini di rigorosa conoscenza giuridica un insieme di percezioni e di approcci presenti in una determinata esperienza sociale e in quella consolidati — gli storici del diritto hanno assai poco lavorato. La loro attenzione non è quasi mai scesa a una analisi 'interna' dell'istituto, al suo assetto inte-

Il modello medievale, elaborato monodicamente con una intensa lentezza da generazioni di interpreti fra il secolo dodicesimo e il quindicesimo, costituiva la risposta storica di un ceto di giuristi ben inserito nella società del proprio tempo e consapevole al massimo grado dei valori e delle esigenze di quella società. Un modello che non rappresentava soltanto il frutto d'una analisi e d'una elaborazione assai raffinate sotto il profilo tecnico, ma che si mostrava intimamente sorretto da una grossa sensibilità per il sociale e per l'economico; per questo, mai irrigidito e nemmeno irrigidibile in schemi troppo stretti e troppo fissi, ma — al contrario — struttura estremamente elastica, invenzione geniale di empirici d'alto rango, e perciò ricevibile e digeribile nei contesti più svariati.

Un simile modello era destinato a metter radici nel costume medievale di cui era la fedele traduzione giuridica, e anche — per la duttilità estrema del suo schema portante — a proiettarsi con vitalità oltre i termini storici in cui s'era originato e sviluppato. Ancora nel Settecento, ancora nell'Ottocento, nei territori a diritto non codificato, è un modello che persiste e che dimostra la sua straordinaria resistenza malgrado i mutamenti strutturali e la

riore, nel quale si possono cogliere in atto gli strumenti di conoscenza giuridica del giurista; e la loro preoccupazione scientifica non ha mai toccato l'orditura della costruzione giuridica della proprietà e degli altri diritti reali. Anche in studi ampiamente meditati — come quello di U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità - Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Milano, 1940 — il problema è esaminato, per così dire, dall'esterno, nella sua dimensione pubblicistica, e diventa il problema della frizione fra potere privato e potere pubblico. Chi scrive ha impostato un primo tentativo di analisi in alcuni contributi, che ricordiamo qui di seguito: P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus - Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, 1963; *Id.*, *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, in *Jus*, N.S., XVIII (1967); *Id.*, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale - Corso di storia del diritto*, Padova, 1968. Come ha tentato una prima analisi storica della costruzione di un modello moderno di proprietà in *Usus facti - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972) e in *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno - Atti dell'Incontro di studio*, Firenze 16-19 ottobre 1972, Milano, 1973.

circolazione di nuove idee. Sarà bene rendersi conto della sua immagine essenziale.

Nel diritto comune classico la costruzione di un rinnovato modello proprietario non trova certamente il suo stimolo in tentazioni e sollecitazioni 'umanistiche'. Entro il capillare lavoro degli interpreti la fondazione romana e *stricto sensu* romanistica assume il carattere formale di semplice momento di validità del proprio discorso, momento formalmente autoritativo e nulla più; parimente, le affermazioni sonore che constatiamo affiorare qua e là — sul calco romano — circa la absolutezza dei poteri del proprietario assumono il rango modesto di esercitazioni retoriche quasi disarticolate dalla costruzione sostanziale in cui la *jurisprudencia* è totalmente impegnata.

Chi pensasse di ricostruire il modello di azione intellettuale del giurista medievale partendo da quelle enunciazioni delineaerebbe un sistema giuridico, magari armonico e compiuto, ma galleggiante nel vuoto e privo di solidi nessi con l'esperienza storica, si prefigurerebbe uno schermo di validità celante dietro di sé le scelte sostanziali operate nella dimensione dell'effettivo. Il modello che viene invece preteso da questa dimensione — la sola che conti per quel convinto realista che è il giureconsulto medievale — e che emerge chiaro, più che dalle riverenze liminali, dal viluppo organico del sistema dei diritti reali è quello di una proprietà costruita dal basso, non in nome e per conto del soggetto sovrano per tiranneggiare le cose, ma dalle cose e sulle cose in assoluta coerenza con la natura oggettiva del reale; una proprietà cioè che, deponendo ogni venatura etica, riacquista il carattere di nozione tutta economica, di strumento provvido della organizzazione dei beni.

Nasce il nuovo schema teorico da una osservazione attenta delle cose, dei loro meccanismi interni, delle loro regole indiscutibili. In un mondo che sta riedificando le proprie fondazioni, che sta riconquistando la terra e creando nuove strutture economiche, in cui non c'è posto per individualismi particolaristici ma in cui anche nei programmi filosofici si conclama il primato dell'ordine cosmico e storico sull'individuo, è alla cosa, al fatto, alle sue istanze, che spetta un ruolo di protagonista e di fonte dell'ordinamento giuridico. Non l'ombra del soggetto agente, colta

nella sua piattezza che sembra fatta apposta per essere calpestata, ma una realtà vitale e condizionante capace di imporre le proprie regole e di determinare l'edificio soprastante.

Nell'analisi che il giurista disponibile compie con tutta umiltà, la cosa appare con uno spessore rilevante; non ha soltanto una dimensione sostantiva, ma utilitaria, non è soltanto *substantia* ma anche *utilitas*. Premuto da una vita economica dominata dalle esigenze della produzione, l'interprete scopre la cosa come realtà complessa e in nome della sua obbiettiva natura economica la seziona, separa l'*utilitas* dalla *substantia*, in una operazione che è protesa a un solo risultato: la valorizzazione della prima. E si valorizzava l'*utilitas* isolandola dalla assorbenza della *substantia* e autonomizzandola, costruendo da questa dimensione autonoma un relativo potere e costituendola a fonte di quel potere (12).

La proprietà si configurava pertanto non come una sintesi di poteri, ma piuttosto come un complesso di poteri, proprio perché il potere non discendeva dalla unicità del soggetto ma dalla complessità della cosa, e tanti erano i poteri ipotizzabili quante le dimensioni autonome della cosa socialmente e giuridicamente rilevanti; dimensioni molteplici, ma tutte assommantisi nella *substantia* e nella *utilitas*, cui si correlavano il potere di disposizione e il potere di godimento.

La costruzione giuridica della proprietà come un insieme di poteri distinguibili, isolabili, separabili non nasceva cioè, nell'esperienza culturale dello *ius commune*, da un difetto di diagnosi né da una grossolanità di approccio (come da una civilistica recente è stato avventatamente sostenuto), bensì dalla diversa angolatura da cui gli uomini dello *ius commune* han condotto la loro osservazione e successivamente hanno compiuto la loro costruzione. La proprietà non poteva — in un'esperienza aliena da individualismi — modellarsi sul soggetto, ma doveva corrispondere alla complessità della realtà fattuale scomposta e ricomposta *sub specie oeconomiae* prima ancora che *sub specie juris*.

È da questo singolare osservatorio *ex parte rei* e da questa attenzione per le effettive esigenze economiche scritte *in rebus*

(12) È quanto abbiamo cercato di mettere in luce nel nostro corso su *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 144 ss.

et factis che si legittima il frutto più consistente della meditazione medievale sul rapporto uomo-beni, ossia la dottrina del dominio diviso (13). Se infatti il canone metodico del nostro libero giureconsulto medievale è la valorizzazione dell'effettivo, doveva necessariamente perdere autorevolezza di fronte a lui la proprietà formale spesso ridotta nella vita economica a mero segno catastale, e dovevano ingigantirsi quei diversi poteri sulla cosa, che la *interpretatio* era pur riuscita con risultato rilevante ad autonomizzare entro il *genus* proprietà.

E noi assistiamo, nel diritto comune, malgrado le liminali enunciazioni retoriche sulla proprietà una e piena, ad una dissacrazione della proprietà formale, ad una relativizzazione della nozione di proprietà, a una sua estensione fino a identificarsi con una gamma variissima di poteri, primo fra tutti il potere di godimento. E, a fronte del dominio che si fonda sulla sostanza, ecco delinearsi il suo perfetto contrappunto fondato sulla *utilitas*: nasce il *dominium utile*, uno *Unding* romanistico, figlio della pretesa ignoranza dei Glossatori.

Ma il giureconsulto antico aveva avuto cura di avvertire, a proposito di questo mostro ermeneutico, quasi a indicare il discorso sottostante che lo legittimava: « *potius accedit rei quam personae* » (14); e il coro degli interpreti aveva sottolineato che si trattava sostanzialmente di un *dominium in effectu* (15). Si modellava il dominio utile sulle cose, non già sulle persone; a fronte della rigorosamente ontologica unitarietà dell'individuo, era la

(13) Sulla dottrina del dominio diviso nella sua genesi e nella sua formazione attraverso il diritto comune classico, ci sia consentito di rinviare alla sintesi che abbiamo offerto ne *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 160 ss. Sempre pienamente leggibile il saggio di E. MEYNIAL, *Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XIIIe au XIVe siècle dans les romanistes. Etude de dogmatique juridique*, in *Mélanges Fitting*, Montpellier, 1908, II, che però può avere qualche integrazione da K. LAUTZ, *Entwicklungsgeschichte des Dominium utile*, Göttingen, 1916. Ma si confronti ora anche R. FEENSTRA, *Les origines du dominium utile chez les Glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani)*, in *Flores legum H. J. Scheltema Antecessori Groningano oblata*, Groningen, 1971 (ora ristampato in *Fata juris romani - Etudes d'histoire du droit*, Leyde, 1974).

(14) GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 203.

(15) GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 194 ss.

cosa che aveva rivelato nel suo spaccato un momento statico e un momento dinamico, economicamente e giuridicamente separabili e fonti di distinte proprietà, ciascuna nel suo ordine e nel suo piano perfettamente autonoma.

Svincolato dall'individuo, sottratto alla funzione di presidio della sua libertà, ricompreso ormai in una prevalente dimensione economica, il dominio poteva e doveva con estrema disinvoltura essere moltiplicato. Nel momento poi che lo si identificava con ogni potere autonomo sulla cosa, il salto di qualità fra il *dominium* e i cosiddetti *iura in re aliena* tendeva ad assottigliarsi. Non si poteva più parlare di una contrapposizione di indole logica, essenziale, poiché si trattava sempre di strutture partecipi del *genus* proprietà e coinvolte nella stessa natura. Non c'era insomma più spazio — nel sistema — per la contrapposizione fra un cumulo di situazioni patrimoniali — gli *iura in re aliena* — e la situazione proprietà munita di una sua eticità e cioè di una precisa e decisa componente extrapatrimoniale.

Questo modello medievale — che costituisce, come ognuno può vedere, una singolare soluzione all'eterno problema della proprietà; che è robustamente pensato anche se mai dogmatizzato — non si spegne con l'inaugurazione dell'età nuova, ma, per i motivi sopra segnalati, dimostra una straordinaria capacità di persistenza.

Ai primi dell'Ottocento, se qualcosa è caduto o è messo in discussione, è la sua manifestazione ultima, ossia la divisione del dominio in diretto ed utile, a causa dei legami infamanti che storicamente questa aveva avuto col rapporto feudale, ma resta, ancora abbastanza saldo nella sua fisionomia essenziale pur dopo sette secoli dalla sua genesi, lo stesso approccio del problema, la stessa intelaiatura sistematica, lo stesso concetto fondamentale della relazione fra proprietà e diritti reali limitati.

I giuristi, malgrado il lavacro palinogenetico (o preteso tale) del giusnaturalismo e della codificazione, ne hanno intrisa la propria coscienza scientifica, se lo trovano calato ben dentro il proprio costume intellettuale. E quando affrontano il tema del rapporto uomo-beni, ritornano — coscientemente o subcoscientemente — alle trame di quel modello, che, attraverso generazioni di giuristi, era penetrato come patrimonio latente anche del giureconsulto nuovo.

La nozione assolutamente corrente di proprietà come « riunione di tutti i diritti del proprietario » e di smembramento del dominio quale denominatore unificante del sistema delle situazioni reali, la riduzione del diritto reale limitato a frazione della proprietà e la costruzione autonoma di questa frazione (dati problematici su cui dovremo tornare a meditare lungamente in seguito), che troviamo circolanti nella scienza giuridica italiana della prima metà dell'Ottocento, appena alle soglie della codificazione unitaria del '65, lo dimostrano in modo non equivoco.

Si apra un testo appartenente all'area del diritto codificato, gli usatissimi 'Elementi di diritto civile patrio' del piemontese Enrico Precerutti, professore all'Ateneo torinese (che sono del '56), e si constaterà, al di sotto dell'ovvio tributo alle statuizioni del Codice sardo, il permanere dello strumentario conoscitivo or ora descritto ⁽¹⁶⁾. Ancor più, se si apra un testo che rispecchi un paese praticante il diritto comune: il 'Saggio di diritto privato romano attuale' di Federigo Del Rosso, professore a Pisa ⁽¹⁷⁾, che appare nel 1844, — malgrado la sua sensibilità per la riflessione giusnaturalistica e neo-romanistica — ripete, inserito in un discorso teoricamente impegnativo, la stessa dignità metodica e sistematica ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ ENRICO PRECERUTTI, *Elementi di diritto civile patrio*, volume primo, Torino, 1855, soprattutto p. 309 e pp. 371-73. Il Precerutti (1821-1879) fu docente di Codice civile alla Facoltà giuridica di Torino e attivamente partecipe ai lavori preparatori del Codice unitario.

⁽¹⁷⁾ Il lunigianese Federigo Del Rosso (1780-1858), dal 1824 lettore all'Università di Pisa dapprima di Istituzioni di diritto canonico, poi di Pandette, è personalità in cui confluiscono fonti ispirative diverse (dalla vecchia, solida tradizione giuridica italiana alle invenzioni neoteriche dello storicismo tedesco) e che metterebbe forse conto di sottrarre a quella totale dimenticanza cui è oggi condannato. Su di lui si veda il remoto discorso commemorativo di Francesco BUONAMICI, *Della vita e delle opere del professore Federigo Del Rosso - Discorso biografico*, Pisa, 1859, ripreso e ampliato in F. BUONAMICI, *Federigo Del Rosso*, in *Annali delle Università Toscane*, vol. XXIV, Pisa, 1902.

⁽¹⁸⁾ Si veda eloquentissimo il libro che tratta « Dei diritti frazionari di proprietà distaccati dal dominio, e prima delle servitù » (F. DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale preceduto da introduzioni di diritto naturale e seguito da note perpetue di gius romano - volume II*, Pisa, 1844, p. 141 ss.). Non vi si insegna soltanto che « il dominio è da considerare come la riunione di tutti i diritti del proprietario », ma altresì che « questi diritti hanno ciascuno una

Con le pagine di Precerutti e Del Rosso siamo ormai alla metà del secolo: attraverso loro e attraverso i tanti giuristi come loro il modello medievale non può non premere anche sui nostri paleo-civilisti.

2. Ma gli stessi Codici ottocenteschi, assetti normativi proiettati verso il futuro e percorsi da una tendenza a separarsi dalle ipoteche del passato, serbavano tracce cospicue del modello medievale e offrivano all'operatore del diritto — fosse esso scienziato o pratico — non poche ambiguità ed incoerenze; a cominciare dai due grandi archetipi legislativi che inaugurano il secolo, il *Code civil* napoleonico e l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* austriaco, sia pure in misura profondamente diversa l'uno dall'altro per causa delle profondamente diverse fonti di ispirazione.

Nel *Code Napoléon*, in mezzo a un impianto armonioso e solido che realizza e consacra la vecchia istanza rivoluzionaria della libertà delle cose come strettamente complementare a quella del soggetto, possono rilevarsi due dissonanze notabili.

Innanzitutto, in seno all'enfatica definizione della proprietà ⁽¹⁹⁾, dove il legislatore cede a due tentazioni contrastanti: quella di creare dei poteri del proprietario l'immagine più svincolata da precisazioni e limitazioni intrinseche alla situazione di proprietà ⁽²⁰⁾ e, nel tempo stesso, quella di avviare una enumerazione

destinazione, un esercizio, un vantaggio *distinto*; hanno quindi una *distinta* esistenza civile » e « se ciascuno di essi ha una *distinta* esistenza civile, può stare indipendentemente dagli altri » (p. 141). La nozione di proprietà come complesso di situazioni il più possibile pensate come autonome emerge con assoluta chiarezza; situazioni, che sono pertanto individuate quali frazioni della proprietà stessa, quali proprietà imperfette. Si deve qui notare che nel summenzionato 'Saggio' il Del Rosso riproduce i risultati di ricerche precedenti già consolidate in una ampia pubblicazione. Cfr. F. DEL ROSSO, *Come il diritto di proprietà nasca dalle leggi civili private*, Pisa, 1834 (sui diritti frazionari di proprietà, si veda, in particolare, vol. I, p. 271 ss.).

⁽¹⁹⁾ Sulla genesi dell'art. 544 C.C. e sulla sua formulazione basti rinviare alle due diverse analisi di A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 180 ss. e di S. RODOTÀ, *Note sul diritto di proprietà e l'origine dell'articolo 544 del 'Code civil'*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano, 1969.

⁽²⁰⁾ Mentre invece vi sono ben segnate e messe in evidenza le limitazioni inferte al proprietario da leggi e regolamenti. Non è qui il caso di affrontare il

dei distinti poteri che compongono la fattispecie complessa del *dominium*. L'art. 544 cela insomma in sé, al di sotto delle spicose enunciazioni trionfistiche intorno alla più assoluta sovranità del soggetto sulle cose, precise venature che segnalano echi di tradizioni più risalenti, quelle tradizioni che erano ormai calate nelle ossa dei giuristi.

È evidente che il calco del procedimento definitorio usato nell'articolo deve essere rinvenuto nelle tante definizioni della proprietà di cui è fertilissimo il tardo diritto comune e che, tentando di esplicitare, complicano l'individuazione parsimoniosa ma essenziale che Bartolo aveva fissato a metà del Trecento ⁽²¹⁾: una serie di prolisse catalogazioni, che affrontano la descrizione del diritto di proprietà elencandone i poteri che lo compongono e secondo le quali il *dominium* è lo *ius utendi, fruendi, disponendi, possidendi, vindicandi, custodiendi*, e chi più n'ha più ne metta.

In quella esperienza culturale — chiudendo un occhio di fronte a talune ingenuità e a talune ridicole forzature — ciò era però perfettamente ragionevole, perché era corrispondente alla nozione di proprietà come situazione complessa e composita risultante da un fascio di singole situazioni autonome e separabili; molto minor senso ha questo *amor elenchi* — se pure appena abbozzato — in seno all'art. 544, che nasce da una riflessione che ha strettamente legato l'unità della proprietà all'unità della persona e ha fatto della prima — proprio perché costruita sulla seconda — una realtà ontologica.

Qualcuno potrà dire che le considerazioni or ora fatte riguardano venature sottili — e perciò variamente interpretabili — del testo legislativo. Ben più rilevante è invece l'altra dissonanza, che concerne l'assetto sistematico del secondo libro del *Code* corrente la disciplina 'dei beni e delle differenti modificazioni della proprietà'.

In esso — mettendo in opera una sistemazione che permarrà esemplare per la maggior parte dei Codici ottocenteschi — l'usu-

problema se oggetto della incidenza della limitazione è il diritto stesso o l'esercizio del diritto. La terminologia adoperata dal legislatore non è infatti univoca.

⁽²¹⁾ Sulla definizione bartoliana di *dominium*, cfr. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 153 ss.

frutto, l'uso, l'abitazione e le varie servitù prediali vengono individuate come 'modificazioni della proprietà', tentando una attrazione dei diritti reali limitati entro l'orbita della proprietà stessa. È vero che, guardandovi *ex parte dominii*, questa sistemazione può assumere il significato di un assorbimento entro la situazione totale, della quale gli *jura in re non propria*, devitalizzati, vengono a costituire solo una segmentazione, e la proprietà appare come un piatto che ha i suoi orli solamente qua e là rosicati; ma è anche vero che, guardandovi dall'altra parte, un risultato indubbio è che le situazioni reali minori si ingigantiscono, saltano senz'altro di piano, partecipano della sfera della proprietà, ne divengono frazioni o sono addirittura pensabili come tante proprietà.

La terminologia 'modificazione della proprietà' è ambigua: certamente, se si pensa allo svolgimento della successiva dottrina esegetica (e lo vedremo con qualche attenzione nel prossimo capitolo), è facile constatare che questa dottrina ha trovato nella ambivalente sistemazione del secondo libro del Codice un ulteriore argomento per portare avanti quella nozione di 'smembramento della proprietà', che, come acquisizione teorica applicata ai diritti reali limitati, è senza dubbio retrodatata rispetto alle certezze filosofico-politiche del parto napoleonico.

Quelle che nel *Code civil* possono essere qualificate come dissonanze, sono nel Codice austriaco conseguenza diretta della sua complessa orientazione culturale, che trova nel diritto comune uno dei filoni ispiratori ⁽²²⁾.

La cosa come struttura complessa scomponibile nella *substantia* e nella *utilitas* sembra alla base di tutto il sistema dei diritti reali (§ 354) ⁽²³⁾; da essa discendono il 'diritto sulla sostanza' e il 'diritto sugli utili', incarnanti una 'proprietà meno piena'

⁽²²⁾ Basti rinviare a quanto sinteticamente si dice nel *Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. von H. KLANG, B. II, §§ 285-530, Wien, 1950² (sulla proprietà divisa, p. 357 ss.) e in G. WESENBERG - G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Lahr, 1976², p. 149 ss.

⁽²³⁾ § 354: «La proprietà considerata come diritto è la facoltà di disporre a piacimento e ad esclusione di ogni altro della sostanza e degli utili d'una cosa».

(§ 357 ss.) ⁽²⁴⁾ proprio perché situazioni autonome sulla cosa rimesse alla completa autonomia del rispettivo titolare (§ 363) ⁽²⁵⁾. Diagnosi e analisi, che trasportano molti degli atteggiamenti tipici del modello medievale in un testo legislativo del 1811, primo fra tutti la accettazione del principio della divisibilità del dominio ⁽²⁶⁾.

La riflessione giusnaturalistica sta invece sotto il § 354 e la precisazione ivi contenuta — apparentemente ovvia, o quanto meno enigmatica — che fa cenno a 'la proprietà considerata come diritto' ⁽²⁷⁾. Mal compresa e ridicolizzata per tutto un se-

⁽²⁴⁾ § 357: « Il diritto sulla sostanza della cosa congiunto in una sola persona col diritto sugli utili è proprietà piena ed indivisa. Se ad uno compete soltanto un diritto sulla sostanza della cosa, e ad un altro con un diritto sulla sostanza il diritto esclusivo sugli utili di essa, il diritto della proprietà si ritiene diviso e non pieno sì per l'uno che per l'altro. Il primo si chiama proprietario diretto, il secondo proprietario utile ».

⁽²⁵⁾ § 363: « Gli stessi diritti competono anche a chi ha la proprietà meno piena tanto diretta, quanto utile, purché dall'uno non si intraprenda cosa contraria al diritto dell'altro ».

⁽²⁶⁾ Che poi, successivamente, gli svolgimenti della dottrina giuridica austriaca sulla proprietà « lassen sich zunächst ganz allgemein unter einem Schlagwort zusammenfassen: *Kampf dem geteilten Eigentum* in allen seinen Erscheinungsformen » (come afferma esattamente W. OGRIS, *Die Rechtsentwicklung in Österreich, 1848-1918*, Wien, 1975, p. 62), è frutto della precisa influenza pandettistica, oltre che di una altrettanto precisa presa di coscienza, da parte di quella riflessione dottrinale, delle correnti politiche ed economiche circolanti. Sullo sviluppo della civilistica austriaca dalla scuola esegetico-sistemática a quella 'pandettistica', da « Wissenschaft von einem Partikularrecht » a « gesamtdeutsche Zivilrechtswissenschaft », cfr. in generale, W. OGRIS, *Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*, Berlin, 1968; ID., *Die historische Schule der österreichischen Zivilistik*, in *Festschrift Hans Lentze*, Innsbruck-München, 1969; ID., *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, hrsg. von H. Coing und W. Wilhelm, I, Frankfurt am Main, 1974; nonché, in particolare, H. LENTZE, *Die Eingliederung der österreichischen Zivilrechtswissenschaft in die deutsche Pandektenwissenschaft*, in *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa (1848-1944)*, hrsg. von A. Csizmadia und K. Kovács, Budapest, 1970, soprattutto p. 63 ss. (a p. 67 si trova il puntuale riferimento trascritto qualche riga sopra).

⁽²⁷⁾ § 354: « La proprietà considerata come diritto è ... ». Cfr. M. WELLSPACHER, *Das Naturrecht und das ABGB*, in *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches - 1. Juni 1911*, Wien, 1911, I T.

colo ⁽²⁸⁾ la precisazione era, al contrario, culturalmente legittima; essa riproduceva infatti, pur facendo riferimento soltanto all'istituto giuridicamente rilevante, un binomio corrente in cui si articola tutta la teoria generale della proprietà dell'età nuova: la proprietà come situazione ontologica del soggetto — dimensione a lui interiore e perciò illimitata e illimitabile —, e la proprietà come diritto, la quale pur contrassegnata dall'archetipo precedente, vive nella storicità e si pone quale struttura variabile e limitabile. Un binomio che Rosmini avrà lucidamente presente e che costituirà la dialettica interna delle premesse giuridiche ottocentesche in tema di proprietà ⁽²⁹⁾.

I Codici minori non alteravano il panorama proposto dagli originali monumenti legislativi francese ed austriaco. Se la terminologia indulgeva ancora, in tutti i Codici preunitari italiani, a parlare di 'padrone diretto' e di 'padrone utile' a proposito del rapporto di enfiteusi ⁽³⁰⁾, in uno, nel 'Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla', la ripetizione pedissequa della altisonante definizione dell'art. 544 sembra galleggiare senza radici e senza troppi legami funzionali su un impianto conoscitivo che si rifà palesemente al modello dello *jus commune*.

Il travagliato lavoro formativo di questa particolare codificazione e la lotta — interna alle varie Commissioni elaboranti — fra tendenze filofrancesi e tendenze filoaustriache, fra l'ossequio al Codice napoleonico e l'esigenza di sostituire all'archetipo parigino quello viennese, si rispecchiano nel generale «ibridismo» della legislazione parmense ⁽³¹⁾ e anche nel singolare impasto del

⁽²⁸⁾ Un enigma sembrò la frase del legislatore austriaco a E. PAGENSTECHER, *Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit*, Heidelberg, 1857, p. 3, che credette pure di sottolinearla con un aperto punto interrogativo.

⁽²⁹⁾ Cfr. più avanti al § 5 di questa prima parte.

⁽³⁰⁾ *Exempli causa*, v. *Codice pel Regno delle Due Sicilie*, art. 449, art. 1685 ss.; *Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla*, art. 381, art. 415 ss.; *Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, art. 406; *Codice civile per gli Stati Estensi*, art. 416, art. 1616 ss.

⁽³¹⁾ Secondo le valutazioni che, or sono molti anni, ne dava Francesco ERCOLE, *Il diritto delle persone e il diritto di famiglia nel Codice civile Parmense studiato nei lavori preparatori (con appendice di documenti inediti)*, in *Rivista di diritto civile*, IV (1912) (su le varie commissioni e i vari progetti, p. 585 ss.; sulle contrastanti tendenze ivi dominanti, p. 588 ss.). Utili integrazioni sono offerte

‘ Titolo unico ’ che apre la parte seconda ‘ Del dominio ’ del libro secondo.

Il Titolo ha già una iscrizione significativa: ‘ Delle diverse specie del dominio ’, ed esordisce con questi cinque brevissimi ma eloquenti articoli: art. 403 ‘ Il dominio è il diritto di godere e di disporre delle cose nella maniera la più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalla legge ’; art. 404 ‘ Il diritto di disporre della cosa costituisce la proprietà ’; art. 405 ‘ Il diritto di solamente godere della cosa costituisce l’usufrutto ’; art. 406 ‘ L’unione di questi due diritti forma il dominio perfetto ’; art. 407 ‘ Se l’uno di questi due diritti in tutto o in parte sia disgiunto dall’altro, il dominio è imperfetto ’.

Traspare chiaramente la contaminazione fra le due fonti ispiratrici, e, in più, si manifesta in tutta la sua forza la genuina tradizione del diritto comune senza mediazioni filtranti. La definizione francese viene applicata unicamente al ‘ dominio perfetto ’, ossia al dominio per eccellenza, quello senza aggettivazioni limitanti. Solo che il problema non viene esaminato partendo dal soggetto ma dalla cosa, da una cosa valutata come struttura complessa e sorgente di una complessità di poteri; e da questa lettura dal basso deriva inevitabilmente la divisibilità del dominio, la necessità di costruire una pluralità di domini a seconda dei vari poteri autonomi sulla cosa.

È l’approccio discorsivo medievale in tema di rapporti fra uomo e beni che riemerge con particolare purezza; e decisamente condizionata dalla sistemazione dei diritti reali operata dai maestri e dalla prassi dello *jus commune* è la stessa articolazione tecnico-giuridica, lo stesso strumentario di concetti. La ‘ proprietà ’ in senso stretto come ‘ diritto di disporre della cosa ’ (di cui si parla nell’art. 404 ⁽³²⁾) è, né più né meno, quella *proprietas* che Baldo in un celebre tentativo sistematorio aveva posto al primo rango della graduatoria delle situazioni reali e aveva qualificato come

da due altri lavori dello stesso Ercole: *Per la storia dei lavori preparatorii del Codice civile parmense (da nuovi documenti inediti)*, in *Archivio storico per le provincie parmensi*, N.S. XIV (1914), p. 135 ss., e *I contratti agrari nel Codice civile parmense (Mezzadria, soccida, enfiteusi)*, in *Rivista di diritto civile*, VI (1914), p. 494 ss. (sulle interessanti dispute circa l’enfiteusi, p. 516 ss.).

⁽³²⁾ Art. 404: « il diritto di disporre della cosa costituisce la proprietà ».

' principale dominium ' ⁽³³⁾. L'usufrutto, di cui si tratta nell'art. 405, cioè una situazione di *uti-frui* distintamente colta in seno al *dominium* e autonomizzata ⁽³⁴⁾, ha il suo calco verosimile nella tralatizia nozione di dominio utile, ma presuppone altrettanto verosimilmente la elaborazione tardocomunistica dell'*ususfructus causalis* quale momento autonomo nel complesso dei poteri del proprietario ⁽³⁵⁾, una nozione ridicolizzata da quasi tutta la civilistica ottocentesca che non riuscirà a percepirvi il suo reale valore storico di sforzo dottrinale e giurisprudenziale per scomporre la totalità dell'area potestativa proprietaria in zone logicamente e giuridicamente autonome.

Sul terreno dei diritti reali, i Codici ottocenteschi preunitari aventi diretta applicazione in Italia nei primi sessant'anni del secolo, quei Codici che dovevano sicuramente pesare sul futuro civilista del Regno unitario ⁽³⁶⁾, non erano dunque tali — nel loro frasario, nelle loro sistemazioni, nelle loro soluzioni — da poter cancellare il vecchio modello medievale sepolto ma radicato nella coscienza d'ogni giurista, anzi lo riproponevano, in modo esplicito o latente, mostrandone una volta di più la persistenza.

⁽³³⁾ Vedi il testo baldesco in Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 162.

⁽³⁴⁾ Art. 405: « il diritto di solamente godere della cosa costituisce l'usufrutto ». Il dettato di questo articolo va però letto combinatamente col precedente art. 404 e col successivo 406, che recita: « L'unione di questi due diritti forma il dominio perfetto ». È dalla combinazione di questi tre articoli che emerge chiara una lettura come quella che si propone nel testo.

⁽³⁵⁾ Cfr. più avanti, P. II, § 5.

⁽³⁶⁾ A questi si dovrebbe però aggiungere il ' Codice civile della Repubblica e Cantone del Ticino ', del 1837, che circola in Italia (viene, com'è noto, inserito nella ' Collezione completa dei moderni Codici civili degli Stati d'Italia ' stampata nel 1845, a Torino, per cura della Libreria della Minerva Subalpina) e che è frequentemente citato (è citato anche da Rosmini). Questo Codice rivela, al pari del ' parmense ', una sua natura ambivalente. Basti qui la sola trascrizione — che è, di per sé, eloquente — degli artt. 179 e 181: Art. 179: « Il diritto limitato al godimento della cosa dicesi dominio utile, ossia usufrutto. Il diritto di disporre della sola sostanza della cosa costituisce il dominio diretto, ossia la nuda proprietà. L'unione di questi due diritti forma il pieno dominio, ossia la proprietà assoluta. Se l'uno di questi due diritti sia in tutto od in parte disgiunto dall'altro, il dominio è meno pieno »; Art. 181: « Appartengono al dominio meno pieno le servitù personali e le servitù reali ».

La legislazione dava così alla dottrina qualche comodo espediente per continuare abbastanza imperturbata a portare innanzi i vecchi bagagli logici ed ermeneutici, immettendoli nelle direttrici innovative, forse più devitalizzando queste che alterando quelli.

3. Di vecchi bagagli si mostra straordinariamente fornita, nella prima metà dell'Ottocento, buona parte della dottrina civilistica europea, che esprime in tal guisa la sua storicità, il suo perfetto inserimento in una età di transizione dominata dalla dialettica fra mentalità giuridiche inveterate e legislazione appena rinnovata. Fatta salva l'emersione sparsa di nuove intuizioni e di nuovi ripensamenti metodici, è questo un modo d'essere che vale in Italia come in Francia come anche in Germania.

Anche se può sembrar singolare, non ci occuperemo della dottrina italiana preunitaria (di cui pure abbiamo colto significative espressioni nelle testimonianze del Precerutti e del Del Rosso precedentemente segnalate). È questa infatti una dottrina modesta, abbastanza rarefatta, e composta da mediocri artigiani dell'esegesi giuridica, senza alcuna possibilità di incidenza sui futuri sviluppi della scienza giuridica peninsulare ⁽³⁷⁾; sarebbe del tutto ingiustificato elevarla al rango di presenza condizionante sulla riflessione post-unitaria. La quale infatti, più che guardare ai precedenti italiani, guarda attentamente e remissivamente a quel cospicuo ammasso di commentarii e di trattati, che in Francia cominciano ad accumularsi sui Codici appena dopo la loro promulgazione e continuano poi con inesausta fertilità sin quasi alla fine del secolo XIX; una fioritura letteraria monumentale per quantità di dati offerti e per ricchezza di analisi, che dopo un felice saggio storico di Julien Bonnacase siamo ormai soliti definire come *École de l'exégèse* ⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ In una terra a diritto non codificato, la Toscana, valga almeno una eccezione di qualche rilievo: quella del giureconsulto pistoiese Francesco Forti, un indagatore di robusta tempra.

⁽³⁸⁾ Sulla *École de l'exégèse* un panorama interpretativo meritevole ancor oggi di essere letto — e certamente, a tutt'oggi, l'opera più puntuale anche se storiograficamente unilaterale — è costituito dal saggio, ricordato nel testo, di J. BONNACASE, *L'École de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine*

In questo tentativo di individuare le forze culturali che premono sul giurista peninsulare e sollecitano le sue scelte, più che ai poco significanti e storicamente fragili precedenti italiani, più che alle non ancora troppo circolanti testimonianze tedesche, sarà perciò necessario rifarsi alla scuola esegetica francese, allo strumentario concettuale e all'architettura tecnica usati nella sua sistemazione dei diritti reali. Avremo sicuramente messo a punto un fondamentale mezzo di comprensione per la nostra indagine.

Potremmo cominciare con un rilievo del Bonnacase, che vogliamo scrivere qui, all'esordio di queste poche pagine, quasi come un'epigrafe: « hommes de l'Ancien Régime, sous lequel ils ont déjà poursuivi une grande partie de leur carrière, ils interprètent le Code civil à l'aide de toutes les ressources que leur offrent leur formation juridique antérieure, le raisonnement, leurs tendances philosophiques »⁽³⁹⁾. Bonnacase si riferisce ai primi esegeti, agli autori dei primi 'corsi', ai Delvincourt, ai Proudhon, ai Toullier, ai Pardessus, e via dicendo, che iniziano il loro lavoro in anni assai risalenti, ma è un rilievo che, a nostro avviso, vale a caratterizzare, ben oltre i dati biografici concreti, le biografie intellettuali di tutti gli esegeti francesi da Delvincourt a Laurent⁽⁴⁰⁾.

Nati, come i primi, all'insegna dei fiordalisi borbonici, o nati e cresciuti in pieno clima dell'Impero e della Restaurazione come i Demolombe, i Marcadé, i Laurent, non si altera in essi ma resta pressoché immutato un tratto essenziale del loro volto culturale: al di sotto della loro scorza di fedeli arrangiatori del Codice e delle operazioni culturali in onore della Codificazione, si compie con essi una singolare opera di mediazione fra nuove e antiche certezze; queste sono in essi talmente radicate da prevalere nettamente e condizionare tutta l'intelaiatura del loro sistema dei diritti reali.

et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants, Paris, 1924².

⁽³⁹⁾ BONNACASE, *L'École de l'exégèse*, cit., p. 26.

⁽⁴⁰⁾ È sostanzialmente ricomprendibile tra i 'francesi' anche François Laurent, che anagraficamente nasce nel Lussemburgo, vive costantemente in Belgio, dove per decenni insegna alla Università di Gand (cfr. più avanti a p. 227).

Perfino sul piano formale — e lo dimostrano le frequentissime citazioni — il loro discorso è in termini di continuità con Pothier ⁽⁴¹⁾. Anche se le voci degli interpreti appartengono a una zona temporale sempre più lontana dal secolo XVIII e dalle sue lusinghe, le invocazioni a Pothier o al *Répertoire* di Merlin ⁽⁴²⁾ non cessano, e, più in là che si procede nel tempo, tanto più mettono in evidenza la singolarità di quei richiami, soprattutto la loro disinvoltura culturale.

Non v'è dubbio infatti che Pothier, pur con tutti i suoi sentimenti del nuovo ordine economico nascente, pur con la sua immagine di personaggio di frontiera, è tuttavia portatore del vecchio modello medievale e appare — più che l'antesignano del Codice — il prosecutore della linea interpretativa dello *ius commune*. Anche il sistema di Pothier ha alla sua base la nozione medievale di cosa come realtà complessa, scomponibile in varie dimensioni e fonte di vari poteri che si costruiscono sul fondamento oggettivo di quelle dimensioni. I diritti reali — insegnerà nel ' *Traité des personnes et des choses* ' — « ne sont autre chose que l'héritage même ... considéré comme nous appartenant à certains égards »; e con più precisione ripeterà, sottolineando, nel ' *Traité du droit de domaine de propriété* ': « Le *ius in re* est le droit que nous avons dans une chose, par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards » ⁽⁴³⁾.

È un sistema scandito in tante e diverse gradazioni di appartenenza nascenti dalla natura della cosa, ciascuna autonoma perché fondata su un aspetto autonomo di essa, tutte partecipi d'una stessa essenza, senza alcun salto logico fra proprietà e *jura in*

⁽⁴¹⁾ Il rinvio a Pothier è frequentissimo. Cfr., per esempio, i continui riferimenti di C. E. DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français, conformément aux dispositions du Code Napoléon, avec les explications et interprétations résultantes des Codes, Lois et Règlements postérieurs*, Paris, 1810², T. I.

⁽⁴²⁾ Il ' *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* ', che è conosciuto per tutto il secolo XIX sotto il nome dell'esegeta Merlin, appare, la prima volta, nel 1777, come opera di Joseph Nicolas Guyot. Philippe Antoine Merlin (1754-1838), acquirente dei diritti d'autore del Guyot, ne pubblica varie edizioni a partire dal 1807.

⁽⁴³⁾ R. J. POTHIER, *Traité des personnes et des choses*, P. II, § 11, in *Oeuvres*, t. V, Bruxelles, 1831, p. 204; e *Traité du droit de domaine de propriété*, cit., chap. prélimin., p. 209.

re aliena. La proprietà è soltanto il principale diritto reale, un diritto reale complesso e completo di cui ogni singolo *ius in re* si pone come *démembrement* ⁽⁴⁴⁾.

Il gioco di variazione non è fra ciò che è proprietà e ciò che non lo è, ma più semplicemente fra *proprietà perfetta* — cioè completa del fascio dei suoi attributi — e *proprietà imperfetta* — cioè relativa a una e a una soltanto delle dimensioni della cosa e non già alla sua totalità ⁽⁴⁵⁾. Fra l'altro, è presente in Pothier — malgrado quanto ha inesattamente asserito in contrario il Vareilles Sommières ⁽⁴⁶⁾ — quella nozione e quel termine di *démembrement*, che costituirà, per un verso, uno dei motivi ricorrenti della riflessione giuridica ottocentesca, per un altro, una delle espressioni più tipiche del linguaggio degli esegeti.

Facendo riferimento a Pothier, la Scuola dell'esegesi riaffermava pertanto che il mondo dell'*ancien régime* non era per essa una realtà distante e distaccata, inesorabilmente superata, ma che, al contrario, a quella si poteva attingere fecondamente grazie a un segreto cordone ombelicale, che, trascorrendo indenne — tacitamente — al di sotto degli eventi clamorosi della Rivoluzione e dell'Impero, legava ancora saldamente i giuristi post-rivoluzionari e post-napoleonici alla vecchia *jurisprudencia*. E infatti il discorso degli esegeti è non solo intriso di nozioni e linguaggio

⁽⁴⁴⁾ « Il y a plusieurs espèces de *jus in re*, qu'on appelle aussi *droits réels*. La principale est le droit de domaine de propriété. Les autres espèces de droits réels, qui émanent de celui-ci, et qui en sont comme des *démembrements*, sont les droits de domaine de supériorité, tels que les seigneuries féodale ou censuelle; le droit de rente foncière; les droits de servitudes, tant ceux des servitudes personnelles, que ceux des servitudes prédiales; le droit d'hypothèque » (POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, cit., chap. préliminaire, p. 209).

⁽⁴⁵⁾ « l'imperfection du droit de propriété peut aussi priver le propriétaire d'une partie des droits que nous avons dit être renfermés dans le droit de propriété, lesquels n'y sont renfermés que lorsque la propriété est une propriété pleine et parfaite ... la propriété est surtout très-imparfaite, lorsque elle est chargée d'un droit d'usufruit » (POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, cit., chap. I, p. 211).

⁽⁴⁶⁾ « On chercherait vainement chez les jurisconsultes romains une expression équivalente à celle de *démembrement* de la propriété. Notre Domat certainement ne prononce pas une seule fois ce nom. Il en est de même de Pothier » (G. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La définition et la notion juridique de la propriété*, in *Revue trimestrielle de Droit civil*, IV (1905), p. 487).

del passato, ma mostra di rifarsi addirittura al ben noto modello medievale.

Sta iniziando quella giustapposizione fra soluzione codificata e soluzioni dottrinali, che sarà un tratto immanente e permanente della riflessione giuridica di quasi tutto il secolo.

Mentre la soluzione del *Code civil*, pur con le incoerenze che abbiamo messo in evidenza, costruiva un modello legislativo di proprietà identificato come pienezza e perpetuità di poteri del proprietario solitario, le certezze dottrinali degli interpreti non si erano ancora allontanate dalla sostanza concettuale su cui si era fondato il principio della proprietà divisa. Se apriamo un testo fra i più celebri e universalmente celebrati, i 'Principes de droit civil français' di quel tardo corifeo della Scuola che fu il belga François Laurent (47), noi cogliamo, in pagine scritte all'incirca negli anni '70 ma riassuntive di sessanta anni di diatribe interpretative, la predetta giustapposizione dichiarata senza infingimenti.

Il problema è come inserire la nozione di *démembrement de la propriété* all'interno d'una traccia d'istituto — quale quello delineato nell'art. 544 — che sembra respingerla. La risposta è semplice, forse anche semplicistica, e sembra risolversi ed esaurirsi all'interno dell'onnivalente argomento della pienezza dei poteri del *dominus*: se per l'art. 544 questi può disporre della cosa nella maniera più assoluta, non può non rientrare tra i poteri a lui consueti anche quello di trasferire ad altri la proprietà con alienazione totale o parziale, non può non rientrare nella *plenitudo*

(47) Su François Laurent (1801-1887), oltre ai varii necrologi (taluni dei quali apparsi su periodici italiani), si può utilmente vedere — più per la ricchezza dei dati che per la provvedutezza delle diagnosi — l'amplissimo ricordo di J. LAMEERE, *Notice sur François Laurent*, in *Annuaire de l'Académie Royale des Sciences, des Lettres et des Beaux Arts de Belgique*, LXI (1905), Bruxelles, 1905, pp. 191-350, dedicato tuttavia per buona parte al Laurent storico (sulla influenza della tradizione dell'*ancien droit* francese sul Laurent giurista, alcune notizie interessanti a p. 317). Tra i necrologi apparsi su riviste italiane è di un interesse particolare la commemorazione di Leone BOLAFFIO, *Francesco Laurent*, in *Il Filangieri*, XII (1887), p. 99 ss., in cui sono inserite parecchie note autobiografiche dirette per via epistolare dallo stesso Laurent a Bolaffio.

potestatis anche quella di smembrare l'*unum dominium* concedendo diritti d'usufrutto, d'uso, di servitù prediali, e via dicendo ⁽⁴⁸⁾.

La pagina di Laurent, echeggiante tutti i precedenti esegeti, è formalmente appagante. Volendo però guardare oltre la argomentazione formale, non si può non rilevare che, costituendo un usufrutto, un diritto d'uso, un diritto enfiteutico o di passaggio, il proprietario ha inteso semplicemente provvedere alla gestione del suo bene e non a creare una proprietà concorrente alla sua. Se l'ordinamento giuridico, per il tramite della sonora voce dottrinale, identifica quella costituzione di diritti come uno smembramento di proprietà, è perché circola — a livello di costume giuridico — un'idea riposta di smembrabilità del dominio con una sua potentissima carica erosiva; è perché al di sotto dello schermo superficiale della proprietà monolitica prospera la convinzione erosiva che la proprietà è soltanto una riunione di diritti perfettamente divisibile, è perché questa idea e questa convinzione, pescando direttamente nella mentalità e nel costume, hanno la forza di arrivare a vanificare l'enunciazione legislativa.

È vero che il *dominus* può fare della sua cosa quello che più gli aggrada — può deteriorarla abbandonarla distruggerla, come ripeterà spesso una elencazione retorica — ma non può arrivare a dividere ciò che *natura sua* non sopporta divisioni. Se gli viene riconosciuto anche questa misura di potere, è perché nelle supreme concezioni del rapporto di appartenenza v'è un approccio intellettuale sotterraneo di segno diverso da quello ufficiale registrato nel Codice; è perché, al fondo, sta la convinzione che cosa e proprietà sulla cosa sono per il diritto realtà separabili — rispettivamente — in dimensioni e situazioni autonome. Ma tutto questo

(48) F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. VI, Bruxelles, 1876^o, p. 134: « Le propriétaire a encore le droit de *disposer de la chose*. Disposer d'une chose, c'est en faire ce que l'on veut: c'est dans ce sens le plus large que la loi prend cette expression, puisqu'elle ajoute, *de la manière la plus absolue*. Le sens ordinaire du mot *disposer* implique le droit d'aliéner, c'est-à-dire de transférer à un autre son droit de propriété, ce qui se fait soit entre vifs, soit par testament. L'aliénation peut être totale ou partielle: le maître peut donc renoncer, en faveur d'un tiers, à quelques-uns des attributs de son droit; de là les démembrements de la propriété, ou droits réels: nous venons de dire que le propriétaire peut démembrer son droit comme il l'entende ».

sta assai dietro le azioni del povero proprietario dispotico; è piuttosto questione di mentalità e di costume, che immettono quelle azioni in schemi interpretativi condizionanti.

Da qui la giustapposizione di cui si parlava, da qui la crisi che nasce sul divario sostanziale fra lettera e spirito della legge, e costume giuridico sottostante del ceto di giuristi chiamato a interpretare la legge.

Lo schema interpretativo è la coscienza della proprietà come struttura composita, come 'droit complexe' ⁽⁴⁹⁾, come 'réunion' di vari diritti ⁽⁵⁰⁾, l'uno distinto dall'altro, l'uno autonomo dall'altro. Tutti — cumulativamente — concorrono a formare quel «droit le plus entier qu'on puisse avoir» ⁽⁵¹⁾, che è appunto la proprietà; ciascuno è contrassegnabile come *démembrement*, come *portion*, come *décomposition*, come *fractionnement* della proprietà stessa ⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁹⁾ Precisazioni chiare sono, ad esempio, in C. A. PELLAT, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit*, Paris, 1853², p. 1 («Droit d'user, droit de jouir, droit de disposer, tels sont les droits élémentaires dont la réunion forme le droit complexe de propriété») e in C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, T. V - *De la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, Bruxelles, 1854, p. 137, il quale, dopo avere insegnato che il diritto di proprietà «renferme trois attributs, trois éléments», cioè l'*usus*, il *fructus* e l'*abusus*, conclude che «tels sont les droits élémentaires dont la réunion forme le droit complexe de propriété» (p. 138).

⁽⁵⁰⁾ Con un insegnamento costante. Vedi *exempli causa* DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français*, cit., T. I, p. 317; M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. II, Bruxelles, 1837, p. 23 e V. MARCADÈ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, T. II, Paris, 1855⁵, p. 343.

⁽⁵¹⁾ Si noti qui l'uso assai pregnante dell'aggettivo intero, che sta a significare la capacità di copertura da parte dell'istituto proprietà delle situazioni più disparate, e cioè una capacità quantitativa, quantitativamente diversa dalle situazioni che la compongono. L'affermazione è in PELLAT, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété*, cit., p. 5.

⁽⁵²⁾ Coro unanime: da DELVINCOURT, *Institutes de droit civil français*, cit., T. I, p. 320; ID., *Cours de Code civil*, Bruxelles, 1827, T. II, p. 337; a TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, T. II, cit., p. 22; ad A. DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, T. II, Bruxelles, 1841⁴, n. 1270, p. 383;

In questa sua riconosciuta natura il diritto reale come entità frazionaria partecipa della sfera della proprietà ⁽⁵³⁾, giacché « la partie ne peut pas être d'une autre nature que le tout » ⁽⁵⁴⁾, e il sistema dei diritti reali è una graduazione di istituti diversi sì per latitudine e per intensità, ma senza salti logici fra un grado e l'altro, ma anzi in una sorta di legame osmotico fra essi. La piattaforma di base del sistema è accomunante, perché si tratta di una stessa natura.

Permanendo lo stesso identico approccio di Pothier, la conclusione sostanziale non può non essere la stessa di Pothier, e financo identico il linguaggio tecnico: da Pardessus a Laurent, dai primordii esegetici alla piena maturità della scuola, non ci si stanca di ripetere, a proposito dell'usufrutto e delle servitù prediali, che tutto si riduce in una appartenenza parziale, in una proprietà della cosa semplicemente 'à quelques égards' ⁽⁵⁵⁾. E

a MARCADÈ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, cit., T. II, p. 344; a DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, cit., T. V, pp. 177 e 309. Sul piano della trattatistica, questa impostazione è presente fin nella intitolazione di opere molto diffuse: da quella pregevole di PELLAT, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit*, cit., a quella ben più modesta di N. M. LESENNE, *De la propriété avec ses démembrements (usufruit, usage, habitation et servitudes) suivant le droit naturel, le droit romain et le droit français*, Paris, 1858. La nozione di *démembrement de la propriété* resterà acriticamente acquisita alla dottrina giuridica francese. Ancora nel 1881, in una famosa tesi di dottorato presentata alla Facoltà giuridica di Parigi e in quell'anno data alle stampe (ristampata poi, sempre a Parigi, nel 1923), Émile Chénon, studiando da un punto di vista storico-giuridico 'Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution', usa tranquillamente il termine e la nozione di *démembrement* senza rendersi pienamente conto della loro portata concettuale e tecnica. Termine e concetto — ricevuti da Chénon — non sono respinti neanche nel tentativo innovatore di G. RIPERT, *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Paris, 1902.

⁽⁵³⁾ TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, cit., T. II, p. 23: « les droits réels n'étant pas autre chose qu'une partie, concédée à un tiers, des droits dont la réunion forme la propriété parfaite, il est évident que ces droits peuvent se rapporter au droit de propriété, dont ils ne sont qu'un démembrement ».

⁽⁵⁴⁾ DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, cit., T. V, p. 311.

⁽⁵⁵⁾ I. M. PARDESSUS, *Traité des servitudes ou services fonciers*, Bruxelles, 1841¹⁰, p. 8: « L'objet d'une servitude est d'attribuer à celui à qui elle appartient

sarà lo stesso frasario pothieriano ad essere ripetuto a ben cento anni di distanza (almeno col Laurent) dalla data d'apparizione del ' *Traité du droit de domaine de propriété* '. Ma attraverso Pothier è tutto in blocco il vecchio modello medievale ad essere continuato e riproposto, tanto che, senza forzature, si può leggere nella pagina dell'esegeta belga le note peculiari che avevano animato la grande riflessione bartoliana a mezzo del Trecento ⁽⁵⁶⁾.

Sinceriamocene pure direttamente lasciando a Laurent una eloquentissima parola; il tema è quello della convivenza sulla stessa cosa del proprietario e dell'usufruttuario: « il résulte de là qu'une seule et même chose appartient à deux personnes à des titres différents: on peut dire que l'un et l'autre sont propriétaires à certains égards. Pour le nu propriétaire, cela ne fait pas de doute, puisque la loi lui donne le nom de propriétaire, et il est certain qu'à l'expiration de l'usufruit, la propriété entière, absolue, lui reviendra, le démembrement n'étant que temporaire. Toujours est-il que, tant qu'il subsiste, la propriété est partagée entre le nu propriétaire et l'usufruitier, chacun en a une fraction. C'est une espèce de communauté, dit Proudhon. Cela n'est pas exact; la communion suppose que deux personnes ont sur la même chose des droits égaux, mais indivis. Tandis que, lorsqu'une chose est grevée d'usufruit, c'est bien la même chose qui appartient à l'usufruitier et au propriétaire, mais ils y ont des droits différents, donc des droits divisés » ⁽⁵⁷⁾.

Per altro verso, riaffiora surrettiziamente, senza una esplicita ammissione, la dottrina del dominio diviso. Anche se talvolta — con un discorso tutto prono e recettizio verso gli ' auteurs ' del tardo diritto comune — si giunge ad accettare passivamente ma senza ripugnanza — ma anzi con molta ipocrisia intellettuale — la vecchia aborrita teorica ⁽⁵⁸⁾, sono però le premesse della teorica

un droit réel sur le fonds grevé; ce fonds, s'il est permis d'employer cette expression, est considéré comme sa propriété à quelques égards ». L'espressione è ripetuta in LAURENT, *Principes de droit civil français*, cit., T. VI, n. 324, p. 411.

⁽⁵⁶⁾ Su di essa vedi GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 153 ss.

⁽⁵⁷⁾ LAURENT, *Principes de droit civil français*, cit., T. VI, n. 324, p. 411.

⁽⁵⁸⁾ Così in DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, cit., T. II, n. 1076, p. 320.

perennemente circolanti che rischiano, sempre, di farne riaffiorare se non la terminologia specifica, certamente però la sostanza dello schema economico-giuridico ⁽⁵⁹⁾.

Il discorso di Laurent è, in questo, pressoché identico a quello di Bartolo, o almeno hanno in comune, malgrado i cinque secoli di distanza, la stessa nozione di diritto reale e la stessa visione sistematica.

Ogni diritto reale è una frazione di proprietà, per cui « jus in re et démembrement de propriété sont deux expressions synonymes » ⁽⁶⁰⁾. Ogni diritto reale è, in qualche modo, una proprietà ⁽⁶¹⁾, e il sistema degli *jura in re* è riducibile a un sistema di tante proprietà diverse per estensione, ma non diverse per intima natura. Il diritto reale limitato è una 'proprietà imperfetta' ⁽⁶²⁾ o una 'proprietà meno piena' ⁽⁶³⁾ o, secondo un'opinione singolare e prontamente respinta, una situazione di condominio con il proprietario principale ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁵⁹⁾ Vedi il caso proposto da LAURENT (*Principes de droit civil français*, cit., T. VI, n. 85, p. 111) sulla scorta di una pronuncia della Cassazione e di una vecchia opinione di Merlin, circa una singolare concorrenza sullo stesso bene fra proprietario di un appezzamento di suolo boschivo e proprietario di alcune specie di alberi del bosco; concorrenza, che viene giuridicamente risolta nello schema della proprietà divisa.

⁽⁶⁰⁾ MARCADÈ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, cit., T. II, p. 345.

⁽⁶¹⁾ Vedi, per l'usufrutto e per l'uso, l'affermazione netta di J. B. V. PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, Dijon, 1836², p. x, secondo cui « l'usufruit, ainsi que l'usage, sont chacun une propriété pour celui qui les possède ».

⁽⁶²⁾ Così DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, cit., T. II, p. 332, palesemente sotto l'influsso di Pothier; o TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, cit., T. II, p. 22, dietro Heineccio e Wolff. Ma è nozione corrente, e corrente anche fra i pratici (GAVINI DE CAMPILE, *Traité des servitudes ou confrontation du droit français avec les lois romaines concernant les droits d'usage et les services fonciers*, T. I, Paris, 1853, p. 101).

⁽⁶³⁾ DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, cit., T. II, n. 1076, p. 320 (in Duranton si pone invece sensibilmente diversa la distinzione fra proprietà perfetta e proprietà imperfetta. Cfr. n. 1077, p. 321).

⁽⁶⁴⁾ È l'opinione di PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, cit., p. 7 ss., che abbiamo già visto recisamente respinta dal Laurent (cfr. *supra*, p. 231). Per Proudhon « on doit considérer l'usufruitier et le

È però senza dubbio *una* proprietà. Alla cima della gerarchia dei diritti reali sta la proprietà descritta nell'art. 544, la proprietà piena, la proprietà perfetta, ma questa appare quasi come un modello platonico, un esemplare da museo, quasi destoricizzato. Nella storia, nella storia quotidiana, è invece una ridda di proprietà variate, che la circolazione economica e giuridica ha sottoposto a usura, rendendole monche e unilaterali quasi come il dominio utile.

4. Accanto alle ambivalenze dei Codici e alle retrodatazioni delle architetture sistematiche dell'*École de l'exégèse*, premono sulla coscienza del paleocivilista italiano due riflessioni, che si maturano nel clima culturale peninsulare della prima metà dell'Ottocento: quella di Romagnosi e quella di Rosmini.

La loro influenza è rilevante, e straordinaria è la loro fortuna, testimoniata da un continuo e talvolta parossistico rinvio a questa o a quella pagina dei due filosofi; con unanimità di accenti per il Romagnosi personalità maggiormente 'risorgimentale', con professioni di ammirata fedeltà che si univano però ad astii profondi e a profonde avversioni ⁽⁶⁵⁾ per l'indefinibile Rosmini ⁽⁶⁶⁾. Certo è che si tratta d'una influenza e d'una fortuna assai durature: ancora ai primi del nuovo secolo, quello che è forse il primo studio del Novecento sul problema della proprietà e dei suoi limiti — un

propriétaire comme deux communiens qui se trouvent forcément en rapport d'intérêts dans la même chose, quoique sous différents aspects », perché « ils sont dans une espèce de communion ».

⁽⁶⁵⁾ Talvolta apertamente dichiarate, com'è il caso di Ferdinando PUGLIA, *Del fondamento scientifico del diritto di proprietà*, in *Dell'azione pauliana e del fondamento scientifico del diritto di proprietà*, Napoli, 1886, p. 202, che, in ragione del positivismo evoluzionista che egli professa, non può certamente aver cara la costruzione di Rosmini, il quale parte da premesse squisitamente metafisiche. Talvolta chiaramente allusive, ma senza un espresso riferimento, com'è nell'opuscolo di Giuseppe ARABIA, *Sul diritto di proprietà*, Cosenza, 1863, un libello non spregevole, colto e intelligente, in mezzo a una letteratura libellistica, soprattutto meridionale, in tema di proprietà tanto numerosa quanto di infimo ordine.

⁽⁶⁶⁾ Sulla 'insularità' di Rosmini, che « teoricamente è fuori della linea ideale del Risorgimento », cfr. W. CESARINI SFORZA, *La filosofia giuridica del Risorgimento*, ora in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto - II. Ricerche storiche e questioni giuridiche*, Milano, 1967, p. 168.

modesto articolo del civilista Francesco Degni ⁽⁶⁷⁾ — si apre nel nome venerato di Romagnosi e di Rosmini.

Questa capacità d'incidenza nella penombra culturale dei giuristi è pienamente comprensibile per due caratteri di fondo che accomunano le pur sensibilmente distanziate riflessioni romagnosiana e rosminiana.

Innanzitutto, si tratta di testimonianze bifronti, al tempo stesso filosofiche e giuridiche; in esse il discorso attinge sempre a una dimensione culturale ed è inserito in una ampia visione del mondo, pur scendendo sempre al livello specifico della conoscenza giuridica con la messa in opera di strumenti d'approccio tipici della tecnica del giurista. I giuristi, nella loro sete di fondazioni più solide delle proprie costruzioni ma anche nella modestia del loro impianto culturale, vi trovavano, per un verso, una trama giuridica avvivata da un grosso respiro filosofico e vi reperivano, per un altro, una linea speculativa digerita in termini giuridici e resa pertanto digeribile perfettamente da loro stessi. Romagnosi e Rosmini erano insomma gli unici 'filosofi' in Italia a scendere a mensa coi giuristi e a dividere il loro stesso pane quotidiano.

Si tratta, in secondo luogo, di personalità che, per quanto attiene al tema della proprietà, esprimono puntualmente le ambiguità d'una età di transizione come il primo Ottocento e riproducono fedelmente — con una consapevolezza più affinata — il tormentato processo di chiarificazione che coinvolge in prima persona anche i giuristi. Questi vi ritrovavano, in altre parole, le proprie ansie e i propri dubbi validamente puntellati da una analisi appagante.

Da qui, i motivi della fortuna e della influenza; da qui, l'esigenza di guardare un po' più addentro al messaggio romagnosiano e rosminiano, quale premessa indispensabile del nostro tentativo di comprensione della civilistica post-unitaria.

Il tema della proprietà, immesso in quello ben più ampio della relazione fra uomo e beni, è dominante per l'intero arco della

⁽⁶⁷⁾ Ci riferiamo a F. DEGNI, *I limiti del diritto di proprietà*, in *Il Filangieri*, XXVI (1901), in cui, ben oltre l'esordio, è fortissima e ripetutamente dichiarata l'influenza dei due pensatori italiani.

riflessione di Giandomenico Romagnosi, dalla ' Introduzione allo studio del diritto pubblico universale ' — che è del 1805 — alle ' Istituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica ', che appaiono postume nel 1839 ⁽⁶⁸⁾, e vi è dominante con tutta la sua carica e anche con tutto il suo carico di problematicità.

Non poteva esser facile guardarvi da un angolo d'osservazione quale quello di Romagnosi, filosofico e giuridico insieme. Se per il semplice giurista era stato agevole continuare — come abbbiam visto — a farsi portatore di vecchi schemi, tutto doveva complicarsi a uno sguardo più penetrante. Il giurista poteva ancora persistere a esser sordo di fronte al modello filosofico e politico dell'individualismo moderno, ma non lo poteva l'indagatore che avesse — come il nostro — scelto il terreno delle precedenze teoretiche agli spiccioli problemi del diritto positivo. Su di lui quel modello e, insieme, il complesso di analisi e soluzioni accumulate nel cammino dell'età nuova dovevano entrare in frizione col patrimonio consolidato dei giuristi.

La croce di Romagnosi sta tutta qui: nell'essere ' filosofo ' e ' giurista ', nell'aver una pari familiarità sia con la speculazione socio-politologica, sia con la trattatistica del tardo diritto comune, l'una e l'altra di segno diverso se non opposto. Sta però tutto qui anche il suo pregio storico: egli è costretto infatti a comporre le due soluzioni, o almeno a tentare di farlo caratterizzando la propria riflessione in un modo che doveva rivelarsi particolarmente ben accetto al successivo giurista bisognoso di qualche apparecchio d'ortopedia speculativa per le sue numerose claudicanze.

Che Romagnosi sia saldamente vincolato alla riflessione filosofica moderna in fatto di proprietà e che sia espressione franca e netta del cosiddetto individualismo possessivo, è un dato indubitabile. La sua antropologia trova nell'aver una dimensione insostituibile e il suo soggetto chiede all'aver un contributo non indifferente alla propria identificazione ontologica: l'autonomia dell'individuo — in perfetta coerenza con una dignità generale della coinè culturale dell'età nuova — è colta soprattutto in un atteggiamento

(68) Si vedano già le constatazioni di un ormai risalente indagatore di Romagnosi: G. VALENTI, *Le idee economiche di Gian Domenico Romagnosi*, Roma, 1891, p. 149 ss.

giamento dominativo; la 'suità' è vista soprattutto come 'padronanza' ⁽⁶⁹⁾.

E la proprietà diviene uno schema omniivalente per interpretare i più vari meccanismi intrasubbiettivi e intersubbiettivi. E si parla — con un linguaggio certamente non nuovo ma anzi palesemente derivato — della 'proprietà personale', della 'proprietà reale', della 'proprietà morale', come parti e specificazioni della 'padronanza originaria': dove 'proprietà personale' è il « possedere e godere la propria persona illesa, libera e sicura da qualunque offesa o vincolo » ⁽⁷⁰⁾, proprietà de « le cose che sono in noi, e formano parte della nostra stessa persona » ⁽⁷¹⁾, e 'proprietà morale' significa « possedere e godere integro, illeso e sicuro il buon nome a norma del merito mio; nutrire la credenza religiosa che mi persuade; acquistare le cognizioni che stimo le migliori; comunicarle liberamente » ⁽⁷²⁾.

La proprietà è diventata uno schema interpretativo anche all'interno del soggetto unicamente per il suo costituire una dimensione essenziale della sua libertà e per manifestarsi concretamente, in ordine alla conservazione e alla sussistenza individuale, « come l'espressione astratta e compendiata di tutte le particolari facoltà legittime competenti all'uomo » ⁽⁷³⁾.

È questo un pensiero che, malgrado il passare degli anni, sembra restare compatto in Romagnosi, e tale da poter essere valutato unitariamente pur con non sostanziali variazioni termi-

⁽⁶⁹⁾ Cfr. particolarmente G. D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, in *Opere* riord. ed illustr. da A. De Giorgi, vol. III, P. II (*Scritti sul diritto filosofico*), Milano, 1845, §§ 1577-1579, pp. 1193-1194. Precisa Romagnosi al succitato § 1579: « la possanza propria di mandare ad effetto i liberi nostri voleri; ecco l'ultimo e distintivo carattere della *padronanza* ».

⁽⁷⁰⁾ ROMAGNOSI, *Istituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, cit., § 1709, p. 1240.

⁽⁷¹⁾ ROMAGNOSI, *Istituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, cit., § 2809, p. 1686.

⁽⁷²⁾ ROMAGNOSI, *Istituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, cit., § 1709, p. 1240.

⁽⁷³⁾ G. D. ROMAGNOSI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, in *Opere* riord. ed illustr. da A. De Giorgi, vol. III, P. I (*Scritti sul Diritto filosofico*), Milano, 1842, § 301, p. 284. Ma si veda anche *Istituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, cit., § 1598, p. 1200.

nologiche ⁽⁷⁴⁾; e attesta nel giureconsulto emiliano un portatore di istanze correnti nella riflessione antropologica: l'uomo è al centro di una tela di relazioni dominative che da lui si dipartono e a lui fanno capo, ed è pienamente uomo solo se proprietario, di sé, dei suoi beni interiori, dei suoi beni esterni. Anche nella voce romagnosiana, che si adegua al coro individualistico, la proprietà non è più soltanto un istituto del diritto positivo, ma un *genus generalissimum*, uno schema — si diceva più sopra — valido per la comprensione dell'intera realtà.

Se questo è il supremo aggancio culturale, scendendo dalle fondazioni antropologiche al campo ristretto del diritto, si dovrebbe ritenere conseguente una costruzione del *dominium* secondo i dettami consolidati dell'individualismo possessivo. La risposta di Romagnosi tuttavia è ben più complessa.

Se è vero che la proprietà è sorpresa, nella sua origine prima, all'interno del soggetto, immedesimata in lui e nella sua libertà, è anche vero che questa è soltanto una delle dimensioni della proprietà, quella metastorica. Ma la proprietà non è soltanto una *capacità* dell'individuo, tende a calare nella storia, a vincolare il microcosmo alle cose e agli altri soggetti; e ne scaturisce una ulteriore dimensione che, senza annullare la precedente, la completa e la diversifica.

Prende così limpidamente forma in Romagnosi quella dialettica fra una proprietà astratta e una proprietà concreta, fra un dominio 'metastorico' e un dominio 'storico', che, avvalorata dal concordante insegnamento rosminiano, costituirà una lezione condizionante per il pensiero giuridico ottocentesco.

In alto, molto in alto e molto al di sopra della relatività storica, sta il « primitivo concetto semplice ed assoluto » di pro-

(74) Romagnosi, nel suo lungo itinerario scientifico, usa con qualche variazione semantica la ricca terminologia. Per esempio, nell'uso del termine ' dominio ' sembra indubbio uno scarto fra quanto egli ne scrive nella sua *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, cit., § 300 ss., p. 283 ss. — che è del 1805 — e nelle sue *Instituzioni di civile filosofia ossia di giurisprudenza teorica*, cit., § 1577, p. 1193 — che appaiono postume nel 1839. Noi non abbiamo raccolto queste diversità, parendoci delle sfumature che non toccavano la sostanza del pensiero romagnosiano, almeno nella linea interpretativa proposta nel testo.

prietà (75), un archetipo puro che incarna la forza e l'autonomia del soggetto in uno stadio di incontaminazione da parte di forze esterne, siano queste le cose o gli altri. È un « dominio puramente naturale » che « si suole comunemente concepire prescindendo da' rapporti della convivenza » e che può correttamente essere definito in tutta semplicità come « la facoltà di usare liberamente d'una cosa posseduta » (76), sottolineando la libertà come suo contenuto principalissimo.

Ma questo dominio è libresco; delinea « quei possessi che in una nuda ed ipotetica speculazione vengono figurati dagli scrittori di Diritto naturale » (77), e rappresenta solo un versante del fenomeno proprietario, che si esaurisce a livello dell'intrasubiettivo e del solitario (78). Lo studioso della proprietà deve tentare però di conseguire una visione meno parziale, più complessa e anche più completa; deve scardinare la proprietà dal chiuso involucro del microcosmo individuale e vederla invece al centro di un tessuto di relazioni che involge individui e cose. La visione ' semplice ' del *dominium* si farà ' composta ', e la sua struttura apparirà sempre più spostata dal piano della capacità d'un soggetto a quello di rapporto.

Il discorso romagnosiano diventa complesso ma anche significativo nel momento in cui egli afferra l'archetipo di proprietà

(75) G. D. ROMAGNOSI, *Della ragione civile delle acque nella rurale economia ossia dei diritti legali e convenzionali delle acque in quanto concerne la loro acquisizione, la loro conservazione, il loro uso, il loro commercio e la loro difesa sì giudiziaria che stragiudiziaria nella rurale economia*, in *Della condotta delle acque e della ragione civile delle acque - Trattati riord. da A. De Giorgi*, Milano, 1842-43, § 328, p. 1330.

(76) ROMAGNOSI, *Della ragione civile delle acque*, cit., § 325, p. 1328.

(77) G. D. ROMAGNOSI, *Della condotta delle acque secondo le vecchie intermedie e vigenti legislazioni dei diversi paesi d'Italia colle pratiche rispettive loro nella dispensa di dette acque*, in *Della condotta delle acque e della ragione civile delle acque - Trattati riord. da A. De Giorgi*, Milano, 1842-43, § 545, p. 252.

(78) « Per comprendere il principio eminente e filosofico conviene considerare che cosa importi il sistema pratico delle stabili proprietà nella convivenza di una ordinata aggregazione sociale. Finché consideriamo isolatamente il dominio delle cose come fondato sui bisogni degl'individui singolari, noi ci restringiamo a vedute parziali, dalle quali non è possibile trarre i rapporti composti della civile convivenza » (ROMAGNOSI, *Della condotta delle acque*, cit., § 542, p. 250).

— che ha accuratamente delineato e in cui crede — e, quasi di prepotenza, lo immerge nella relatività del reale sottoponendolo a una verifica preziosa.

A questo bisogno di verificare la proprietà nel concreto doveva spingerlo la sua lunga esperienza di operatore pratico del diritto: l'uomo che, per anni, aveva esercitato il notariato, l'avvocatura e l'attività giurisdicente; che aveva avuto il singolare privilegio di vivere la pratica giuridica nei suoi diversi momenti e nei suoi diversi angoli d'osservazione, non poteva sentirsi appagato di quel modello di proprietà tirato sì a lucido ma disarticolato dal terreno dei fatti. Sotto questa spinta l'indagine si allarga, l'analisi si approfondisce: ciò che a uno sguardo superficiale poteva apparire lineare ed elementare, rivela un proprio spessore insospettato. La ricerca, scendendo a livello dell'esperienza quotidiana, si prolunga, e la linea diritta e nitida dell'istituto si complica e si contorce.

A guardare la proprietà dall'interno del soggetto proprietario essa svela pienamente il carattere, cui prima si accennava, e cioè la semplicità. Una semplicità costruita sulla falsariga di quella del soggetto, poiché è alla semplicità dell'individuo che corrisponde la perfetta semplicità della sua manifestazione espansiva verso l'esterno.

La proprietà costruita dietro un modello rigorosamente individualistico del vivere associato non può pertanto che ridursi a uno schema semplicissimo, il più semplice possibile. Solo che questa semplicità diventa apparente appena che l'angolo d'osservazione lasci la quieta sponda dell'uomo interiore e si sposti al di fuori di esso. Come per incanto, allora, il quadro — nel completarsi — si complica.

È quanto succede al nostro Romagnosi, quando intende contemplare il fenomeno proprietà non più soltanto *ex parte unius subiecti*, ma anche *ex parte obiecti*, ma anche *ex parte ceterorum*. Seguiamolo in questo processo di maturazione d'una sempre maggior consapevolezza.

È una curiosità intellettuale — e qui curiosità vale, com'è appena il caso di precisare, per insoddisfazione razionalmente e moralmente fondata —, che porta il giureconsulto emiliano a trarre la più debita conseguenza dell'essere la proprietà una relazione

fra individuo e cose e a misurare cioè la relazione non soltanto da un unico capo ma anche dall'altro. Guardare la proprietà dal basso, dal versante delle cose: ecco l'intendimento deciso di Romagnosi, e, insieme, il segno della sua affrancazione dalla coinè culturale imperante in Italia e la scaturigine della ricchezza del suo messaggio.

Né si creda che ciò sia un aspetto emergente del tardo studioso della disciplina giuridica delle acque, tratto a una simile scelta e quasi costretto da una materia per sua natura tecnicissima e dominata da meccanismi ed esigenze obbiettivi. Un testo assai perspicuo e puntuale del più agguerrito lavoro teoretico della prima maturità sta a dimostrare che l'impegno dello studioso nella direzione soprasegnata non è occasionale, legato a oggetti specifici e transeunti di indagine, ma costante.

Scrive Romagnosi nel 1805: « incominciando a cogliere il concetto più semplice, il più generale ed il più pieno della padronanza nei suoi rapporti alla natura ed all'uso degli oggetti utili, di qualunque specie essi sieno, la mente umana può distinguere la *sostanza* dell'oggetto dall'*uso* di lui; e può altresì distinguere l'una e l'altro dal godimento, ossia dalla consumazione, per servirsi d'un vocabolo di Economia. Può dunque nella facoltà fisico-morale dell'uomo distinguere altrettanti diritti correlativi; e così chiamare *diritto di proprietà* quello che ha per suo oggetto la sostanza: *diritto di uso* quello che ha per oggetto la capacità a farlo servire o direttamente o indirettamente alla utilità o ad altro volere umano; *diritto finalmente di godimento* la facoltà irrefragabile di giovare dei frutti ... Se si considera questo triplice diritto *riunito* in un solo uomo, si forma la nozione del *pieno* dominio relativa alla *natura* degli oggetti » (79).

Nel momento in cui il giureconsulto-filosofo ha guardato alla proprietà attraverso il filtro della 'natura degli oggetti' l'apparentemente semplice si è complicato, il compattamente unitario si è scomposto, rivelando una sottostante struttura complessa. Dal basso, lo spessore della cosa — che si manifesta in tutta la sua profondità — si scinde in sostanza, uso e godimento e, sempre

(79) ROMAGNOSI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, cit., § 325, p. 304.

dal basso, su questi momenti primordiali della cosa si erigono differenziate le situazioni soggettive sulla cosa: diritto di proprietà, diritto d'uso, diritto di godimento; situazioni differenziate, perché fondate su una diversità che è scritta nella cosa stessa.

È *ex parte rei* che la proprietà appare 'naturalmente' una riunione di diritti, ciascuno autonomo perché funzionalmente autonomo, con un'autonomia che viene rigorosamente dedotta dalla lettura spassionata e obbiettiva della cosa. Il modello della proprietà — la proprietà in astratto, in assoluto; una situazione che, nella sua staticità, sembra una e immutabile — appena che fuoriesca dal bozzolo dell'individuo ed entri in contatto con la realtà esterna, consegue una sua dinamica interna, si articola, si sviluppa, ne è intimamente condizionata, mostrando una tendenza a scomporre la propria unità.

Deposto il paraocchi soggettivistico, imboccata la strada di spostare l'angolo d'osservazione fuori del soggetto, è comprensibile che Romagnosi possa e voglia trarre tutte le conseguenze ragionevoli d'una simile impostazione. Se, nel testo sopracitato, la scomposizione è arrivata a percepire un diritto di proprietà cui si aggiungono un diritto d'uso e un diritto di godimento, non sorprende che, trattando di materia così legata alle concretezze economiche e tecniche quale quella delle acque, Romagnosi arrivi alla teorizzazione del frazionamento dell'*unum dominium* e della moltiplicazione dei *dominia*, cioè alla soglie di quella dottrina del dominio diviso che egli ha studiato a fondo ⁽⁸⁰⁾ e che, nella sua articolazione di dominio diretto e dominio utile applicata all'enfiteusi e al feudo, non riscuote le sue illuministiche simpatie ⁽⁸¹⁾.

« La parola DOMINIO — insegna Romagnosi — è bensì parola unica, ma non cosa unica, semplice ed indivisibile. Il dominio

⁽⁸⁰⁾ Che egli ne conoscesse approfonditamente il meccanismo economico-giuridico è dimostrato da diverse testimonianze. Puntualissima quella in cui incentra la propria attenzione sulla autonomia delle situazioni del direttario e dell'utilista. Vedila in *Ordinamento giuridico del Tavoliere di Puglia*, in *Opere*, vol. VI - *Opuscoli su vari argomenti di diritto filosofico*, Firenze, 1833, p. 158.

⁽⁸¹⁾ Egli parla talora della « illusione dei vocaboli di *diretto* e di *utile* » (ROMAGNOSI, *Della ragione civile delle acque*, cit., § 542, p. 1470) o de « la trita, notoria e volgare denominazione di *direttario* e di *utilista* » (*ibidem*, § 553, p. 1474).

reale inchiude tanti elementi, quanti servigi e quante utilità può somministrare il possesso d'una cosa. Se alienate per sempre o temporariamente alcuna delle facoltà utili de' beni posseduti, anche salva la proprietà del fondo, voi alienate realmente una porzione del vostro dominio, di modo che l'acquirente sottentra in vostro luogo nel possesso, o perpetuo o temporaneo, o semplice o condizionato, di questa porzione alienata. Dunque egli non avrà un dominio pieno ed assoluto, ma solamente un dominio parziale e condizionato. Tal'è quella che voi chiamate servitù d'acquedotto » (82).

Si noti intanto come il discorso romagnosiano, pur occasionato da uno specifico problema in tema di servitù d'acquedotto, si risolve subito in un impegnatissimo discorso di qualificazione e sistemazione giuridica, che appartiene alla teoria generale dei diritti reali.

Riaffiora, con una coloritura straordinariamente netta, la concezione della proprietà come diritto complesso che era perfettamente presente nel testo del 1805, ma qui la conclusione è portata alle sue estreme derivazioni logiche svelando una lettura tutta economica della 'proprietà reale': il momento 'proprietà', se lo si guarda *ex parte rei*, non può non collegarsi con gli aspetti essenziali della cosa e non può non esprimere esigenze che in quella sono scritte; la sua divisione in tanti momenti autonomi si modella — in concreto — sul calco della cosa, nella quale sono incluse molteplici funzioni economiche autonome, ossia le sue varie utilità.

È così in nome d'una funzionalità obbiettiva che il giurista scopre la natura composita del dominio e costruisce i diritti reali limitati come proprietà semipiene, tante proprietà semipiene quante sono le utilità espresse dalla cosa. L'aver scelto per angolo d'osservazione quello stesso dei medievali conduce l'osservatore a percorrere per buona parte il loro stesso itinerario portandolo a una conclusione quasi obbligata, la conclusione consolidata nella

(82) ROMAGNOSI, *Della ragione civile delle acque*, cit., § 377, pp. 1351-52. Più sotto (§ 378, p. 1352) ribadirà con decisione: « essa è facoltà immobiliare e di dominio immobiliare, benché tale dominio non sia né pieno, né assoluto, e molte volte non perpetuo ».

tarda sistematica del diritto comune, nelle trattazioni generali di un Mantica o di un Richeri, nelle monografie speciali di un Claro e di un Valasco, che egli dimostra di conoscere ottimamente.

In questa direzione e a questo punto d'arrivo costringeva la 'realità' della proprietà, cioè la qualità del dominio esterno di essere naturalmente implicato con le cose; in una direzione non molto dissimile spingeva anche l'altra ineliminabile dimensione di quello: la sua socialità.

Se la proprietà senza aggettivazioni può annidarsi all'interno del soggetto, il dominio esterno non può non far conto invece delle cose e degli altri. Se la prima può costruirsi come un concetto 'nudo' ed 'assoluto', il secondo dovrà convenientemente 'atteggiarsi' ⁽⁸³⁾ nel momento in cui diventa organizzazione della civile convivenza e strumento di relazione tra il proprietario e gli altri soggetti.

Anche nello studio della dimensione sociale della proprietà, Romagnosi non ha un minimo di esitazione e ripete disinvoltamente l'operazione precedente: come dianzi si era spostato *ex parte rei*, così ora assume come angolo d'osservazione a lui congeniale e proficuo quello che guarda al soggetto proprietario partendo dalla comunità e dalle sue esigenze. Ne scaturisce quella dottrina dei 'temperamenti' della proprietà, quella teoria del 'dominio sociale o civile', che costituirà la lezione più ricevuta del giureconsulto emiliano e a cui è legata — per buona parte — la sua fama presso le generazioni successive ⁽⁸⁴⁾.

Tralasciando gli aspetti maggiormente vocali e sonori su cui ha speculato fino ad oggi la retorica di chi — filosofo o giurista — si sente a suo agio più nel limbo delle nozioni fumose che sul terreno rigoroso dei concetti e degli schemi tecnici; tralasciando la carica d'imprecisione che la nozione tutta etico-sociale di 'temperamento dei possessi' comporta, limitiamoci a constatare l'unico fatto che ci interessa: il mutamento dell'angolo d'osser-

⁽⁸³⁾ È terminologia tipicamente romagnosiana. V. ROMAGNOSI, *Della ragione civile delle acque*, cit., § 326, p. 1329.

⁽⁸⁴⁾ Dottrina e teoria ricorrenti in molte pagine romagnosiane, ma limpidamente espresse in *Della condotta delle acque*, cit., §§ 542-546, pp. 250-253 e in *Della ragione civile delle acque*, cit., §§ 325-331, pp. 1328-1331.

vazione rende più complesso il fenomeno proprietà; la sua proiezione nel sociale deteriora la semplicità del modello astratto, lo propone più come rapporto che come capacità di un individuo 'robinsoniano'. E nel rapporto lo strumento narcisistico del soggetto proprietario scopre i propri limiti e anche le proprie possibilità di smembramento. Si fa avanti un concetto di 'dominio civile', la cui vocazione è la socialità ed entro il quale la nozione di limite si pone come connaturale ⁽⁸⁵⁾.

La faticosa indagine di Romagnosi approda dunque al grosso risultato della relativizzazione del modello assoluto di 'dominio naturale': senza distruggere il modello, senza operarne la sostituzione ⁽⁸⁶⁾, ma sviluppandolo, articolandolo e modificandolo, nell'istante stesso in cui l'archetipo si è fatto storia e si è mescolato agli uomini e alle cose.

I legami che vincolano la riflessione romagnosiana a tutta la coine culturale dell'individualismo possessivo non sono smentiti. Al di sopra del relativo sta *la* proprietà — il 'dominio naturale' — che trova unicamente nella libertà la propria dimensione essenziale, giacché la 'padronanza' è innanzi tutto qualità ontologica del soggetto. Al di sotto, sta il 'dominio sociale' realizzantesi in tanti domini variamente 'atteggiati', contrassegnati da limitazioni profonde della naturale libertà.

L'idea di proprietà è quella che si costruisce sul modello, la regola della proprietà è da quello che scaturisce; limitazioni, restrizioni, smembramenti — che agiscono a un livello inferiore — sono pensabili solo come eccezioni al principio ⁽⁸⁷⁾. L'incastellatura teorica insiste sulla libertà come valore intimo del *dominium*, ma falserebbe di parecchio il messaggio romagnosiano chi la ac-

⁽⁸⁵⁾ « Il dominio civile [si suole considerare] poi come *la facoltà di usare liberamente di una cosa posseduta, salvo ogni contemperamento sociale necessario*. Dunque il dominio CIVILE si può denominare *dominio naturale socialmente contemperato secondo la necessità della convivenza* » (*Della ragione civile delle acque*, cit., § 325, p. 1328).

⁽⁸⁶⁾ « Co'l contemperamento non è tolta la padronanza, e quindi il dominio naturale non è mutato, ma solamente ATTEGGIATO » (*Della ragione civile delle acque*, cit., § 326, p. 1329).

⁽⁸⁷⁾ ROMAGNOSI, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale*, cit., § 320, p. 301; *Della ragione civile delle acque*, cit., § 331, p. 1331.

cettasse senza verificarla in tutta la sistemazione operata dal nostro.

Non vorremmo tuttavia dire che, come già si è rilevato per il giureconsulto medievale, si tratti qui solo di un omaggio formale alle sue fonti speculative e che abbia soltanto un significato retorico. In Romagnosi il tributo a quelle fonti è fatto di consapevolezza e di convinzione. Ma è anche certo che il modello vien lasciato galleggiare sulle proprietà limitate, proprietà cui Romagnosi si è sforzato di recuperare la nozione di limite come nozione « di ragione e di giustizia naturale »⁽⁸⁸⁾. Ma è certo che la proprietà come forza storica si allontana sempre più dall'archetipo puro per identificarsi con gli strumenti operanti in mezzo agli uomini e alle cose.

Non v'è dubbio che punto di partenza di tutta la ricerca è un modello metastorico, che non verrà mai negato, ma non v'è ugualmente dubbio che c'è da parte del ricercatore una totale disponibilità a superarlo, una attenzione che si sposta su di un istituto storico fatto di limiti e di smembramenti, rigurgitante di economicità e di socialità. Che poi quei limiti e quegli smembramenti vengano posti come eccezioni, è affermazione nominale e presto vanificata.

Romagnosi offriva in tal modo ai suoi futuri lettori spunti riflessivi, che si sarebbero rivelati di grosso significato storico: una testimonianza perennemente percorsa da una duplice coscienza fatta di certezze ed esigenze giusnaturalistiche, e di sano e sensato empirismo; nell'alveo tracciato da questa duplice coscienza, la altrettanto perenne dialettica fra modello assoluto e nozione relativa di proprietà⁽⁸⁹⁾, vissuta senza lacerazioni perché costantemente sottoposta a un tentativo di composizione.

Ne emergevano intime contraddizioni, ma anche una visione complessa e — insieme — una acuta consapevolezza morale del problema dell'appartenenza.

Il tentativo poi di costruire alcune proprietà dal di fuori, cioè dall'esterno del soggetto, valeva a delineare in tutta la sua com-

⁽⁸⁸⁾ *Della ragione civile delle acque*, cit., § 330, p. 1330.

⁽⁸⁹⁾ Tra la « proprietà sociale » e quella « astratta e nuda » (*Della ragione civile delle acque*, cit., § 418, p. 1373).

plexità l'immagine dell'istituto, recuperando alla sua natura sia smembramenti che limitazioni ⁽⁹⁰⁾. E anche se non si arrivava a teorizzare una diversità di incidenza delle limitazioni a seconda delle diverse categorie di beni, si giungeva ad ammettere empiricamente restrizioni particolari su oggetti specifici, quali il bosco, le acque, la palude, il terreno minerario; testimonianza preziosa ed — a ragione — invocata dalla dottrina che, nella seconda metà dell'Ottocento, si troverà in Italia assai occupata nel costruire certe proprietà peculiari dietro la spinta d'una variata circolazione economica e di variare esigenze politiche ⁽⁹¹⁾.

5. Quel complesso di idee, che abbiamo esposto nel capitolo precedente come la dottrina romagnosiana della proprietà, non è espressa dall'autore in una sistemazione organica, ma è piuttosto ricostruibile da varii contributi che costellano il lungo itinerario di ricerca del giureconsulto emiliano.

Assolutamente organica, pensata e risolta in tutte le fondazioni speculative, sistemata come riflessione unitaria ed autonoma nel grande contesto della 'Filosofia del diritto' ⁽⁹²⁾, è invece la dottrina rosminiana della proprietà ⁽⁹³⁾. Una vera e propria teoria

⁽⁹⁰⁾ Col soccorso efficace d'una immagine naturalistica, ecco espresso limpidamente il pensiero di Romagnosi: «Figuratevi un fluido abbandonato all'indole propria, o veramente una superficie, una sfera per ogni parte espansiva. Voi immaginerete, p.e., un globo, una superficie rotonda. Supponete in seguito il bisogno quà di allungare, là di restringere questa materia, senza toglier nulla alla sua sostanza (come nel fabricare un edificio voi figurate i materiali ai quali dovete dare forme diverse): allora quella sfera e quella superficie acquista certe forme, le quali nel suo primitivo concetto semplice ed assoluto voi non ravvisavate» (*Della ragione civile delle acque*, cit., § 328, p. 1330).

⁽⁹¹⁾ G. D. ROMAGNOSI, *Principii fondamentali di diritto amministrativo onde tessere le istituzioni*, in *Opere - Diritto filosofico*, T. IV, Firenze, 1832², pp. 103-104.

⁽⁹²⁾ Non soltanto in essa, ma soprattutto in essa, con un disegno organico e con un programma compiuto. Cfr. A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, a cura di R. Orecchia, II, Padova, 1968 (*Opere editte e inedite di Antonio Rosmini-Serbati*, vol. XXXVI), *passim*.

⁽⁹³⁾ Una eccellente introduzione al discorso rosminiano sulla proprietà può ancor oggi reperirsi nella robusta indagine di P. PIOVANI, *La teodicea sociale di Rosmini*, Padova, 1957, p. 171 ss. Al tema della proprietà — ma da altro angolo d'osservazione — sono rivolte alcune pagine di F. TRANIELLO, *Società religiosa e società civile in Rosmini*, Bologna, 1966, p. 76 ss.

generale della proprietà, momento autonomo e specifico della ricerca speculativa dell'autore, che dalle supreme radici ontologiche scende fino a ricomprendere le ultime derivazioni giuridiche; una teoria generale — per giunta — che è e vuole essere anche giuridica, mettendo in opera strumenti squisitamente tecnici propri del giurista e facendo continuo riferimento alle fonti di cognizione del giurista, quali la *jurisprudencia* e la legislazione.

La sua straordinaria compattezza ed organicità, la familiarità — di cui era intrisa — con le usuali fonti giuridiche (prima fra tutte il Codice austriaco), il suo proporsi apertamente come sistemazione — ad un tempo — filosofica e giuridica, spiegano la sua grossa fortuna e recezione nel tardo Ottocento in Italia; fortuna e recezione che contraddicono all'immagine di un pensatore generalmente poco accetto al clima culturale italiano per il suo taglio fundamentalmente metafisico e per il suo armamentario logico e terminologico di impronta sostanzialmente neo-scolastica.

Senza pretendere di esporre una sintesi della sua riflessione, cerchiamo qui piuttosto di individuare gli aspetti di questa, che l'esegeta successivo utilizzerà per suo conto.

Motivo centrale — come in Romagnosi, ma in modo assai più marcato — è la coscienza della complessità della proprietà. Per Rosmini infatti proprietà è una dimensione del soggetto, che va dalle sue scaturigini metafisiche agli istituti giuridici della convivenza quotidiana, e contraddistingue correttamente sia « tutto ciò che la persona ha seco congiunto come parte di sé, ossia come suo »⁽⁹⁴⁾, sia il diritto particolare sulle cose esterne.

Ancor più che in Romagnosi, in lui la proprietà è uno schema interpretativo della realtà facente capo a un soggetto, ed è qualcosa che esorbita dai confini del giuridico per guadagnare la sua

(94) Afferma esplicitamente Rosmini: « noi non limitiamo la parola *proprietà* a solo indicare con essa il dominio delle cose esterne; ma la prendiamo nella sua estensione originaria e nativa; nella quale significa tutto ciò che la persona ha seco congiunto come parte di sé, ossia come suo. In questo significato ... la parola *proprietà* è acconcissima a significarci quel *carattere* che contraddistingue l'esistenza de' diritti e de' doveri giuridici; perocché in tal significato la *proprietà* costituisce una sfera intorno alla persona, di cui la persona è il centro » (*Filosofia del diritto*, p. 189).

giustificazione e la sua legittimità all'interno della stessa filosofia dell'essere ⁽⁹⁵⁾.

La coinè culturale moderna è chiaramente presente in questa ipervalutazione della dimensione proprietaria, in questa sua dichiarata onnivalenza interpretativa; solo che in Rosmini quella presenza non consente di inserirlo immediatamente nell'alveo di una riflessione individualistica, perché tutto è filtrato attraverso la grande speculazione teologica moderna — da quella dei francescani alla Seconda Scolastica spagnola —, che egli conosce approfonditamente ⁽⁹⁶⁾ e che conferisce alle sue conclusioni — formalmente e sostanzialmente — tratti spiccatissimi di autonomia.

La confessione di appartenenza a quella coinè si ha quando, alla base di tutta la costruzione, si propone il meccanismo interiore di autonomia di un soggetto come meccanismo proprietario, proprietà di sé, e quando si conclama che « il principio di ogni proprietà esterna è la proprietà di se stesso, la quale finisce come in sua ultima radice ed apice nella libertà personale » ⁽⁹⁷⁾; si ha quando si lega in un modo inscindibile libertà, autonomia, proprietà. E non si può non delineare, di conseguenza, un'idea assoluta, illimitata, pienissima di proprietà.

Qui però, dove la costruzione potrebbe semplificarsi e chiudersi, dove il filosofo potrebbe dare agevolmente una risposta finale in perfetta sintonia con l'individualismo imperante, proprio qui prende forma un inappagamento sempre più definito ed ha inizio l'approfondimento rosminiano della nozione. Esattamente qui ha

⁽⁹⁵⁾ Puntualmente ed esattamente si scrive (P. PIOVANI, *Rosmini e il socialismo risorgimentale*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXVIII (1951), p. 89) che « è impossibile ridurre il concetto rosminiano di proprietà ad una qualsiasi delle tesi che la politica dell'Ottocento ha elaborato sul delicato tema: è impossibile perché in Rosmini quel concetto affonda direttamente le sue radici in tutta quanta la filosofia dell'essere ». Cfr. anche, dello stesso Autore, *La teodicea sociale di Rosmini*, cit., pp. 195-96.

⁽⁹⁶⁾ Che egli conoscesse la grande disputa francescana sulla povertà e sulla differenziazione fra proprietà ed uso è dimostrato, per esempio, da *Filosofia del diritto*, n. 989, p. 420. Abbiamo altrove dimostrato come questa disputa sia da interpretarsi storicamente come l'avvio alla costruzione di una antropologia moderna rispetto ai beni (cfr. GROSSI, *Usus facti*, cit., *passim*).

⁽⁹⁷⁾ PIOVANI, *La teodicea sociale di Rosmini*, cit., p. 199.

origine l'esigenza di veder meglio e più a fondo, di indagare tutto lo spessore del fenomeno proprietario. Qui si fonda quella incessante dialettica fra 'proprietà' e 'diritto di proprietà', che caratterizza l'insegnamento del filosofo roveretano e che si presenta come la articolazione essenziale — dicotomica — della sua teoria della proprietà.

Il disagio dell'interprete nasce dalle premesse speculative che egli stesso ha poste: se la proprietà è, in fondo, l'autonomia del soggetto sorpresa nel suo aspetto esterno di garanzia e di tutela d'una individualità; se essa, conseguentemente, deve essere illimitata, questa illimitatezza non può non turbare la coscienza morale vigilantissima del filosofo, che vede lo strumento di autonomia degenerare inesorabilmente in strumento di egoismo e d'arbitrio. Senza contare che sul teologo Rosmini premevano voci autorevoli della riflessione cristiana che avevano insistito sugli aspetti patologici della proprietà, e che di fronte al giurista Rosmini si poneva come ammonimento la costante esigenza di legislatori e giurisperiti che, nei tempi più diversi, avevan sempre cercato di fissarne i limiti.

La ricerca di Rosmini prende dunque l'avvio da una duplice e contraddittoria consapevolezza: che il limite è, al tempo stesso, squisitamente connaturale e antinomicamente innaturale alla proprietà. Un nodo gordiano che il filosofo roveretano crede di poter sciogliere operando una mediazione; una mediazione conseguita attraverso l'analisi accurata dello schema appropriativo e cioè attraverso la fondamentale distinzione or ora accennata fra *la* proprietà e *il diritto di* proprietà.

La proprietà è da scoprire all'interno del soggetto ed è una dimensione tipicamente intrasubiettiva; essa è innanzi tutto un sentimento, una persuasione ⁽⁹⁸⁾ con cui la persona, appropriandosene psicologicamente, tende a inserire le cose nella propria sfera, ossia «rende le cose come altrettante parti di sé» ⁽⁹⁹⁾; né v'ha dubbio alcuno che per darsi proprietà non occorre la presenza d'un altro soggetto, ma che anche un uomo solo al mondo

⁽⁹⁸⁾ *Filosofia del diritto*, § 946, p. 410.

⁽⁹⁹⁾ *Loc. ult. cit.*

può correttamente qualificarsi come proprietario ⁽¹⁰⁰⁾. Più che un rapporto, essa è infatti una « inclinazione », una « virtù » ⁽¹⁰¹⁾ del soggetto, una sua capacità qualificata, e partecipa intimamente dei caratteri della persona ⁽¹⁰²⁾.

« La proprietà come tale è una, semplice, indivisibile, come la persona » ⁽¹⁰³⁾, né deve meravigliare se i suoi attributi essenziali si rinvergono nella esclusività, nella perpetuità, nell'unità e semplicità, nella illimitazione ⁽¹⁰⁴⁾. La proprietà è « un solo concetto, e semplicissimo » ⁽¹⁰⁵⁾, ed è illimitata unicamente perché è una dimensione sostantiva della libertà personale ⁽¹⁰⁶⁾.

Anche nella sistemazione rosminiana la riflessione sulla proprietà prende l'avvio definendo il modello metastorico e assolutizzandolo. Ma anche qui il discorso immediatamente si complica e lo schema proprietario svela dei versanti assai differenziati.

Accanto a *la* proprietà, quella che Rosmini qualifica altresì « proprietà come fatto della natura umana » ⁽¹⁰⁷⁾, si profila *il diritto di* proprietà, che significativamente Rosmini — suddito di casa d'Austria ed eccellente conoscitore del Codice austriaco — definisce, con la stessa terminologia dell'ABGB, « la proprietà come diritto » ⁽¹⁰⁸⁾.

Ed emerge chiaro l'intento dell'indagatore di diversificare le due situazioni, anzi di separarle rigorosamente, segnando fra esse un rigido confine concettuale ⁽¹⁰⁹⁾; perché la seconda è, al contrario della prima, una situazione cui intrinsecamente inerisce l'idea della limitazione e della divisibilità; perché la seconda appartiene al territorio del giuridico, mentre la prima si adagia interamente nel regno della morale. E il giurista Rosmini, con-

⁽¹⁰⁰⁾ *Filosofia del diritto*, § 925, p. 406.

⁽¹⁰¹⁾ *Filosofia del diritto*, § 945, p. 410.

⁽¹⁰²⁾ *Filosofia del diritto*, § 946, p. 410.

⁽¹⁰³⁾ *Filosofia del diritto*, § 951, p. 411.

⁽¹⁰⁴⁾ *Filosofia del diritto*, §§ 947, 948, 949, 950, 951, 952, p. 411.

⁽¹⁰⁵⁾ *Filosofia del diritto*, § 950, p. 411.

⁽¹⁰⁶⁾ *Filosofia del diritto*, § 952, p. 411.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr., fra i tanti esempi, *Filosofia del diritto*, § 960, p. 414.

⁽¹⁰⁸⁾ *Filosofia del diritto*, § 929, p. 407.

⁽¹⁰⁹⁾ « Segregare » è il termine usato da Rosmini (vedi *Filosofia del diritto*, § 960, p. 414).

sapevole che la questione « è tutta giuridica » ⁽¹¹⁰⁾, tiene a questa azione di regolamento dei confini recuperando al giuridico, con un discorso dall'impianto squisitamente giuridico, una proprietà sostanzialmente autonoma.

La diversificazione discende da un'analisi strutturale dello schema appropriativo, alla luce della quale lo schema stesso, come era del resto accaduto anche a Romagnosi, mostra — al di sotto di una apparente semplicità — la complessità della sua articolazione.

Semplice è la proprietà come fatto, proprio perché in essa domina il soggetto, perché essa fa i conti solo col soggetto che è, al massimo grado, unità e semplicità; perché essa non valica i termini stessi del soggetto. Questo è un principio assolutamente chiaro in Rosmini, che ha il merito di insistervi con un linguaggio immaginoso ed efficace: « il soggetto uno e semplice, com'egli è, produce la proprietà come cosa unica, e, per così dire, compatta » ⁽¹¹¹⁾.

Ma tutto ciò non può non mutare appena che la proprietà, esteriorizzandosi e concretandosi nel diritto di proprietà, non fa più i conti soltanto con il soggetto ma con una realtà fatta di cose e soprattutto di uomini: la modificazione strutturale si verifica anche per Rosmini quando il *dominium* da capacità si fa relazione sottomettendosi alla « esigenza morale » dei varii oggetti ⁽¹¹²⁾, moltiplicandosi e trasformandosi, incontrando « varj limiti reali, secondo le circostanze e gli accidenti » ⁽¹¹³⁾.

In questa visione *oggettiva* del diritto di proprietà la premessa metastorica non viene smentita, ma tende a porsi come un ar-

⁽¹¹⁰⁾ *Filosofia del diritto*, § 956, p. 412.

⁽¹¹¹⁾ *Filosofia del diritto*, § 970, p. 416.

⁽¹¹²⁾ « Nella proprietà mera domina il soggetto; nel diritto ciò che il soggetto fa naturalmente viene sottomesso all'esigenza morale dell'oggetto. Il soggetto uno e semplice, com'egli è, produce la proprietà come cosa unica, e, per così dire, compatta; ma dovendo poi essa proprietà considerarsi in relazione cogli altri uomini, si moltiplica e si trasforma in altrettanti diritti quante sono le relazioni speciali con essi, e le varie modificazioni che da quelle relazioni, in cui si considera, ella riceve » (*Filosofia del diritto*, § 969 e 970, pp. 416-417).

⁽¹¹³⁾ *Filosofia del diritto*, § 974, p. 417.

chetipo sempre più lontano e sempre più « segregato » (114). Se, in linea di principio, i caratteri individuati ne *la* proprietà si affermano persistere con piena validità in ogni espressione dominativa (115), la linea dell'autore è tutta dedicata all'opera di separazione e di confinazione, di enucleazione e precisazione delle diversità, con la più assidua vigilanza a non confondere le due sfere (116) e con la costante preoccupazione metodologica relativa a « come si deve condurre l'analisi del diritto di proprietà » (117).

Le diversità sono ben segnate: non più unità, ma complessità; non più illimitatezza ma costante sottoposizione a limiti (118).

(114) Rosmini ha la cura e la lealtà di precisarlo; dopo avere insistito sulla « illimitazione » come carattere essenziale della « mera proprietà », egli sente il bisogno di aggiungere in una nota significativa: « si consideri però, che se l'uomo conosce i suoi simili, e *riflette a'* riguardi morali loro dovuti, egli non può più acquistare questa *persuasione* d'una illimitata proprietà. La proprietà adunque di fatto di cui parliamo ha luogo, quando l'uomo o trovasi isolato da' suoi simili, o si occupato di sé, che non riflette alle esigenze morali di essi » (*Filosofia del diritto*, § 946, nota 1, p. 411). Come è dato vedere, il modello intrasoggettivo di proprietà, con tutte le sue assolutezze e illimitazioni, diviene un archetipo cui spetta una funzione di mero riferimento per le proprietà-relazioni.

(115) « La proprietà considerata come diritto, ritiene assai della natura della proprietà considerata come fatto; perché quella non è che questa sottoposta al temperamento della ragione morale » (*Filosofia del diritto*, § 954, p. 412). E ancora: « La proprietà, elevandosi ad esser diritto, non muta natura, e ritiene i quattro solenni suoi caratteri dell'*esclusività*, della *perpetuità*, dell'*unità* e della *illimitazione* » (*ibidem*, § 962, p. 414).

(116) Rosmini, proprio all'inizio della sua indagine, lamenta che la definizione del diritto di proprietà come potere arbitrario abbia origine nella deprecabile confusione operata dalla più gran parte de' giuristi fra proprietà come fatto e proprietà come diritto (*Filosofia del diritto*, §§ 927-28, p. 406).

(117) Cfr. *Filosofia del diritto*, articolo V, p. 414. Preciserà, in seno a questo 'articolo', Rosmini: « segregata la *proprietà* come un fatto della natura umana dal diritto di proprietà, già ci si rende chiaro che cosa ci resta da fare, proponendoci di analizzare il diritto di proprietà. La precedente distinzione ci mostra ancora la via da tenere in quest'analisi; poiché ella ci dà l'importantissimo corollario che il diritto di proprietà si può considerare sotto due aspetti, cioè in quanto egli ritiene della natura della proprietà, e in quanto egli se ne allontana » (*ibidem*, § 960, p. 414). In perfetta conseguenza di questa premessa, Rosmini articola il proprio discorso in una « analisi del *diritto di proprietà* in quanto esso è la proprietà stessa » (articolo VI) e in una « analisi del *diritto di proprietà* in quanto egli è *diritto* » (articolo VII).

(118) *Filosofia del diritto*, § 974, p. 417.

E Rosmini è lieto di concordare con l'autorevole e prediletto Zeiller ⁽¹¹⁹⁾ che il diritto di proprietà è per sua natura un « diritto complesso » divisibile e limitabile ⁽¹²⁰⁾.

L'analisi prosegue infatti in una minuziosa scomposizione della situazione soggettiva, né si appaga di individuare al suo interno tre situazioni più elementari — il diritto di predisposizione, il diritto dell'uso, il diritto di proprietà nuda —, ma, nella consapevolezza che anche questi siano « diritti ancora complessi », si seziona e si distingue più a fondo ⁽¹²¹⁾.

A fronte della unità e semplicità dell'archetipo dominativo, il diritto di proprietà rivela dunque il suo carattere composito e, come ogni realtà composita, la sua naturale tendenza a scindersi in tante frazioni o addirittura in tante proprietà. E Rosmini, ormai dimentico della « mera proprietà », non ha difficoltà ad accettare, sia pure variandola di poco, sulla scorta del suo Codice austriaco, la dottrina del dominio diviso ⁽¹²²⁾.

Malgrado l'assolutizzante ontologia da cui muove, Rosmini è così pervenuto ad approdi assai remoti: il modello c'è, costruito

⁽¹¹⁹⁾ Di Franz Aloys von Zeiller, autore di uno dei più notevoli commentari all'ABGB e partecipe della stessa formazione del Codice, Rosmini ebbe una enorme stima, come è provato dalle numerosissime citazioni che della sua opera si rinvencono tra le pagine del roveretano. Si veda anche l'incondizionato elogio che egli ne tesse in esordio alla *Filosofia del diritto*, Introduzione, p. 9. La citazione di Zeiller, cui ci si riferisce nel testo, è al § 972, p. 417. Sullo Zeiller e sulla sua opera, vedi la pagina riassuntiva di LENTZE, *Die Eingliederung der österreichischen Zivilrechtswissenschaft*, cit., pp. 61-62, nonché i cenni di K. EBERT, *Gesetzgebung und Rechtswissenschaft - Ein Beitrag zur Zeit des späten Naturrechts in Österreich*, in *ZSS-GA*, LXXXV (1968), p. III ss., dove possono reperirsi altre indicazioni bibliografiche.

⁽¹²⁰⁾ *Filosofia del diritto*, §§ 974-975, pp. 417-418.

⁽¹²¹⁾ *Filosofia del diritto*, § 976, p. 418.

⁽¹²²⁾ Proprietà diretta e proprietà utile (indiretta) sono due situazioni diverse ma paritarie, ciascuna improntata a una autonomia di cui l'indagatore si sforza di esasperare l'intensità e il rilievo: « La *proprietà diretta* adunque non è che un complesso di diritti che limitano il diritto di proprietà di quello che si chiama proprietario utile; come la *proprietà indiretta* non è che un complesso di diritti che limitano il diritto di proprietà di quello che si chiama proprietario diretto o direttario. Vi ha dunque divisione del diritto complesso di proprietà. I diritti di cui si compone sono qui spartiti fra i due proprietari, e ciò in diversi modi, secondo quello che risulta dall'origine di una tale divisione di diritti » (*Filosofia del diritto*, § 993, p. 420).

accuratamente e straordinariamente compatto, ma è chiuso e — staremo per dire — devitalizzato entro la cittadella del soggetto. Un modello di estrema fragilità, perché gli basta una semplice esperienza di relazione per soffrire articolazioni interiori e addirittura per frantumarsi: il contatto con gli altri soggetti, con gli accidenti e le circostanze più varie è sufficiente per rompere una unità precaria, per limitare una assolutezza nominale, per scomporre definitivamente il mosaico. Operanti nell'esperienza giuridica — che è storia — prosperano e si moltiplicano invece numerosi schemi appropriativi sempre più distanziati dall'archetipo astratto.

Più che in Romagnosi è palese nel Rosmini teologizzante la consapevolezza di quella realtà contraddittoria che è la proprietà, contraddittoria almeno per chi — come il nostro — la guardi da un angolo d'osservazione che si ponga fra natura e storia, fra piano ontologico e piano giuridico. Ed è altrettanto palese il carattere mediativo della costruzione rosminiana, perennemente tesa fra contemplazione dell'assoluto e coscienza del relativo. La mediazione si compie nella scissione fra proprietà e diritto di proprietà, fra una proprietà perfetta che non appartiene alla storia e una proprietà relativa che della storia si nutre.

Le contraddizioni culturali di questo primo Ottocento sono tutte presenti in questa tormentata testimonianza, ingigantite e aggravate dalla singolarità del personaggio Rosmini: prete e teologo, egli non ignora lo sforzo dei neo-scolastici per la costruzione d'una ontologia della proprietà in piena coerenza con la loro impostazione umanistica e volontaristica ⁽¹²³⁾; filosofo, conosce il senso della riflessione sociologica e politologica sei-settecentesca; giurista, giurista discreto e dotato di buoni strumenti tecnici, ha dietro di sé l'analisi dei medievali e di fronte i Codici, ma soprattutto uno, quello austriaco, con tutte le retrodatazioni che portava.

Il comporsi di questi influssi produce il frutto unico della teoria rosminiana della proprietà, essa stessa punto di confluenza teorica. Proprio perché confluenza, proprio per il suo carattere

⁽¹²³⁾ Abbiamo cercato di porlo in luce in una nostra precedente ricerca. Cfr. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, cit.

mediativo essa sarà ricevuta dai giuristi e circolerà fra di loro come presenza condizionante. Era, come si diceva all'inizio, l'unica elaborazione teoretica organicamente pensata e sistemata. Era, come aggiungiamo ora, una elaborazione in cui la doppia coscienza di molti giuristi equamente pendente come l'asino buridaneo fra la tentazione dell'assoluto e l'esigenza del limite, poteva riconoscersi, appagarsi, consolarsi.

Sotto il profilo delle scelte tecniche, essa contribuiva ad avvalorare nel paleocivilista italiano l'idea della proprietà come diritto complesso e la sostanziale indistinzione fra *dominium* e *jura in re aliena*. Dalla filosofia rosminiana della proprietà — da questa sorta di 'allgemeiner Teil' *ante litteram* — le conclusioni del diritto comune non ne uscivano sconvolte e dissacrate; se mai, ne uscivano avvalorate.

II. *L'analisi della proprietà nella paleocivilistica post-unitaria.*

1. Per la storia della nozione di proprietà la prima metà dell'Ottocento ci appare dunque, in Italia, come una zona in cui più modelli ispiratori circolavano e in cui la più provveduta riflessione giuridica — anche nei paesi a diritto codificato, anche nella stessa Francia — dimostrava di essere ancora intimamente caratterizzata dalla linea d'approccio e dallo strumentario diagnostico del tardo diritto comune; in cui alcune autorevoli indagini proponevano una visione complessa della proprietà elaborata sempre all'insegna di una consapevole mediazione.

In questa zona, che esprime con le sue incertezze, le sue incoerenze, le sue intuizioni il volto tipico di anni di transizione per il diritto e per il giurista, affondano le personalità di quegli interpreti cui toccherà il troppo gravoso compito di costruire per primi in Italia una teoria della proprietà sulla base del nuovo Codice unitario; una teoria che avrebbe dovuto valere per una realtà socio-economica che andava evolvendosi rapidamente e che sembrava sempre più separarsi dalla precedente per una diversa qualità strutturale.

Era effettivamente un compito troppo gravoso per chi emergeva da quel nulla o da quel poco che era stata la dottrina civi-

listica peninsulare del tempo della Restaurazione, tanto più che quel poco non era solo segnato da povertà d'ingegno e di fondazioni culturali, ma anche da grosse incertezze di fondo, da una lacerazione fra l'esigenza di strumenti nuovi e un costume giuridico di vecchia data ancora resistente e persistente.

In questo clima, su questa frontiera fra due culture, va collocato l'indirizzo civilistico prevalente in Italia subito dopo l'Unità, quello che abbiamo chiamato paleocivilistica italiana; e sarà, questa precisa collocazione, il solo modo per storicizzarlo compiutamente.

Esso è fatto di uomini, la maggior parte dei quali ha avuto il tempo di formarsi e di educarsi secondo i vecchi moduli interpretativi e costruttivi. Parecchi di essi nascono in terre ancora tenacemente abbarbicate nella tradizione del diritto comune, come la Toscana e gli Stati ecclesiastici: a Ferrara, nel 1804, Luigi Borsari, che confessa, in apertura del suo 'Commentario' civilistico, le proprie radici ⁽¹²⁴⁾; Baldassarre Paoli a Firenze, nel 1811 ⁽¹²⁵⁾; Francesco Ricci a Macerata nel 1832 ⁽¹²⁶⁾; Emidio Pa-

⁽¹²⁴⁾ Nella prefazione (p. 14) del suo *Commentario del Codice civile italiano*, vol. I, Torino, 1871, Borsari, con una notazione autobiografica, si dice «educato alla scuola del diritto romano [qui diritto romano vale diritto comune] in quel tratto di paese italiano ove i moderni Codici non erano penetrati». Luigi Borsari (1804-1887) si laurea a Bologna nel 1824 e, dopo avere esercitato l'avvocatura a Ferrara, è dal 1845 professore di Diritto romano presso la Pontificia Università di Ferrara. Su di lui si possono vedere ora i cenni biografici di L. SCOLARI SELLERIO JESURUM, *Borsari, Luigi*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. XIII, Roma, 1971. Della sua amplissima opera di commentatore dei nuovi Codici a noi interesserà qui soprattutto il 'Commentario del Codice civile italiano', il cui primo volume appare a Torino nel 1871.

⁽¹²⁵⁾ Di Baldassarre Paoli (1811-1889) interessa qui soprattutto il corso *Delle servitù personali secondo il Codice civile italiano*, Firenze, 1887, parte del quale appare già, come *Nozioni elementari di diritto civile. - Dell'istituto giuridico delle servitù*, in varii numeri del *Giornale delle leggi*, XIII (1882), da quello di giovedì 11 maggio in poi. Il Paoli studiò a Pisa, dove subì l'influenza di Federigo Del Rosso (cfr. più sopra, p. 215); dopo una breve esperienza nel foro, fu subito nella magistratura, nella quale percorse una fortunata carriera fino ad arrivare, nel 1877, all'ufficio di Primo Presidente della Corte d'Appello di Firenze. Su di lui poco si ricava dal libello pubblicato dal figlio Cesare in occasione del primo anniversario della morte: *In memoria del senatore Baldassarre Paoli*, Firenze, 1890, che è soprattutto una raccolta di discorsi di circostanza (fra i quali, leggibile, quello di Piero Puccioni). Cenni biografici sul Paoli possono reperirsi

cifici Mazzoni ad Ascoli Piceno, nel 1834 ⁽¹²⁷⁾, tanto per ricordare gli autori notissimi e celebrati dei più diffusi 'corsi' e 'commenti' al Codice del '65, impegnati nella fatica esegetica della legge nuova con la mentalità ancora gremita di vecchi schemi interpretativi e di vecchie impostazioni. E non desta meraviglia, se si vede affermata l'esigenza di commentare il Codice « con la legge ro-

nel discorso di C. PAOLETTI inserito nell'opuscolo a stampa: *Inaugurazione d'una lapide alla memoria del Senatore Baldassarre Paoli nel paese di Strada in Chianti la mattina del XXIX settembre MDCCCLXXXIX*, Firenze, s.d. Un giudizio puntuale — non sapremmo dire quanto franco e quanto pungentemente reticente — sull'opera scientifica del Paoli e sui suoi grossi limiti è dato nel discorso commemorativo di un giureconsulto contemporaneo, Oscar SCALVANTI, *In morte di Baldassarre Paoli - Parole pronunziate nella R. Università di Pisa la mattina del 24 gennaio 1889*, Pisa, 1889, pp. 5-6: « i libri del Paoli sono di indole dommatica ed elementari ... ma in compenso non riuscirono annebbiati dalla troppo ostentata dottrina dei nostri giorni, la quale fa sì che alla pompa retorica di un tempo, sia sottentrato il lusso della erudizione ».

⁽¹²⁸⁾ Francesco Ricci (1832-1902) è, come ognuno sa, l'autore del diffusissimo e usatissimo nella pratica 'Corso teorico-pratico di diritto civile', il cui secondo volume trattante 'Dei beni, della proprietà e sue modificazioni' esce a Torino nel 1877.

⁽¹²⁷⁾ Il Pacifici Mazzoni (1834-1880), professore alle Università di Modena e di Roma, è forse il più noto tra i commentatori civilisti italiani, poiché alle sue 'Istituzioni di diritto civile italiano', pubblicate in prima edizione nel 1867 e poi frequentemente ristampate, toccò la ventura di un uso ininterrotto da parte della pratica grazie a un felice aggiornamento che ne fece, a partire dalla quarta edizione, un magistrato colto e lucido, Giulio Venzi. Il suo 'Codice civile commentato con la legge romana, le sentenze de' dottori e la giurisprudenza' risale addirittura allo stesso anno di promulgazione del Codice ed è probabilmente il primo commentario a stampa di quel corpo legislativo. Un generoso giudizio sull'opera di Pacifici Mazzoni scrisse G. P. CHIRONI, *L'opera di E. Pacifici-Mazzoni e lo studio del diritto civile in Italia*, ora in *Studi e questioni di diritto civile*, volume I, Parte generale, Parte speciale - *Diritti reali*, Torino, 1915, p. 77 ss., ma si trattò di un eccesso di benevolenza. Un giudizio più riduttivo e forse più adeguato al personaggio fu invece quello di Leone Bolaffio, che, dando nell'ultimo capitolo di un suo volume istituzionale una sorta di bibliografia critica della civilistica italiana fino al 1882, lo qualificò come « scrittore di una fecondità meravigliosa » e « sapiente volgarizzatore delle scienze legali » (cfr. L. BOLAFFIO, *Nozioni elementari di diritto civile patrio*, Verona-Padova, 1882, p. 275). Il giurista marchigiano fu infatti un sistematore estremamente descrittivo, senza quel maggior respiro culturale e quello approfondimento problematico che è dato reperire, ad esempio, in talune pagine del Borsari o del De Filippis.

mana, le sentenze de' dottori e la giurisprudenza », stampelle necessarie — soprattutto le prime due — per i primi claudicanti passi del malcerto giurista ⁽¹²⁸⁾.

Né la situazione muta gran che nei paesi a regime codificato: come vedremo fra breve, la testimonianza di Matteo Pescatore, nato e vissuto sempre quale suddito del Regno sardo, sta, con le sue ambivalenze, a confermarlo ⁽¹²⁹⁾, mentre un'altra testimonianza — quella del piacentino Francesco Saverio Bianchi — tutta permeata da un forte influsso del ' suo ' Codice, il parmense, trova nelle retrodatazioni e nelle ambiguità della codificazione ducale presupposti e motivi di molte sue inconfondibili pagine sul tema della proprietà ⁽¹³⁰⁾.

Insomma, tutti uomini — quelli or ora menzionati —, cui sembra al massimo grado convenire la collocazione che il Bonne-

⁽¹²⁸⁾ Come è chiaramente segnato nella intitolazione del commentario di Pacifici Mazzoni.

⁽¹²⁹⁾ Personalità estremamente interessante questa del Pescatore (1810-1879), professore di Filosofia del diritto alla Università di Torino, poi giudice della Cassazione torinese. Su di lui si veda — più che uno scialbo saggio di A. TOZZI, *Il pensiero di Matteo Pescatore*, Pisa, 1953 — le vecchie pagine di L. MATTIROLO, in *Annuario della R. Università di Torino*, a.a. 1880-81, Torino, 1881 e i cenni di G. SOLARI, *La vita e il pensiero civile di Giuseppe Carle*, in *Memorie della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, s. II, t. LXVI, p. 11, n. 8 - *Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, Torino, 1926 (bibliografia su Pescatore a p. 13). Del Pescatore sarà qui utilizzato il volume: *Logica del diritto*, Torino, 1863, una raccolta di saggi che costituiscono un contributo assai chiarificatore sulla metodologia dei giuristi in una cultura giuridica di transizione quale è quella di metà Ottocento.

⁽¹³⁰⁾ Francesco Saverio Bianchi (1827-1908) studia all'Università di Parma, dove si laurea in Giurisprudenza nel 1848 e dove sarà dal 1856 professore di diritto civile. Passerà poi nel '73 all'Università di Siena, fino a che nel 1880 lascerà l'insegnamento per la magistratura. Gli siamo debitori di un imponente ' Corso di Codice civile italiano ', che, se pure incompleto, è tuttavia la sistemazione più compiuta e più provveduta nell'ambito della paleocivilistica italiana. La prima edizione — che prende a uscire a Parma nel 1869 col titolo di ' Corso elementare di Codice civile italiano ' — non ci interessa troppo, riferendosi soltanto ai primi otto titoli del primo libro del Codice; ci interessa da vicino la seconda, che comincia ad apparire nel 1888 e della quale, nel 1895, esce la parte trattante ' Dei beni, della proprietà e della comunione '. Su di lui basti rinviare a G. MOSCA, *Bianchi, Francesco Saverio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. X, Roma, 1968.

case assegnava agli esegeti francesi: personaggi fra due culture ⁽¹³¹⁾.

È una dottrina dall'armamentario ristretto, con una cultura specifica affatto limitata: al di là della provincia culturale cisalpina, fa i conti unicamente con i Codici maggiori e con la scuola francese dell'esegesi, cui si aggiunge raro e disarticolato qualche libro tedesco per lo più mal tradotto; dietro di essa, il grande polmone dello *jus commune* stempera il proprio fiato arrivando attraverso il filtro analitico e casistico della tarda letteratura sistematica; l'aggancio filosofico si riduce essenzialmente a Romagnosi e a Rosmini.

Si può capire il disprezzo o almeno la sufficienza e il compattamento che circoleranno fra i civilisti italiani successivi: da quando, poco dopo la Codificazione unitaria, prenderà vita e sempre più vigore un filone dottrinale alternativo estremamente consapevole nelle sue scelte teoretiche, la povertà le incertezze le ambivalenze di quegli artigiani del commento saranno, in genere, condannate. Se apriamo, per esempio, il necrologio che al Borsari dedica, nell'87, il commercialista Ercole Vidari, l'immagine che ne viene delineata sembra contravvenire a tutte le regole formali della apologetica commemorativa ottocentesca generalmente troppo ottimista sulle virtù dei commemorati e troppo dedita a toni pesantemente encomiastici; ne esce un giudizio severo, troppo severo nella sua incapacità di comprendere ⁽¹³²⁾.

Ché di incomprendione si tratta: a quegli artigiani andava riconosciuto almeno il merito di avere sbizzato un materiale informe, di aver funto da tramite fra vecchia e nuova *interpretatio*, di aver coperto un vuoto da coprire e di aver quindi svolto fino in fondo una funzione storica. Ma non si può certo chiedere a coloro che seguono, invasati del nuovo e tesi a separarsi da quanto li aveva preceduti, la storicizzazione dell'immediato passato.

⁽¹³¹⁾ Abbiamo citato il giudizio del Bonnacase più sopra, a p. 224.

⁽¹³²⁾ « Il Borsari non fu scrittore profondo, né originale. Bene spesso i concetti suoi si smarriscono in un mare di parole e di considerazioni accessorie, che rendono faticosa la lettura; e la coltura sua giuridica, così dottrinale come legislativa, è limitata alle opere italiane e francesi » (in *Il Filangieri*, XXII (1887), p. 256).

Prima di iniziare l'esame del contributo scientifico della paleocivilistica, converrà spendere una parola di chiarimento sul terreno storico in cui i movimenti dottrinali vivono, si dilatano, si spengono di fronte ad altri emergenti: quando parliamo di paleocivilistica italiana, noi intendiamo — nella sostanza — una dottrina che, nell'indubbio sforzo teorico di adeguamento, proprio per le sue carenze di fondo, è portata a guardare all'indietro più che in avanti, e denuncia nelle sue ossature più riposte l'appartenenza a un duplice versante; è una dottrina dunque che, anche nel suo profilo generale, ha una fisionomia tutta sua, ma che particolarmente in tema di proprietà conferma e rafforza questo volto peculiare con principii e soluzioni ben precisati e individuati.

Essa costituisce il filone interpretativo prevalente subito dopo l'Unità, seguibile però dagli anni della formazione dei Codici unitarii fino alle ultime propaggini del secolo. Se vogliamo immobilizzare il nostro procedere in due date e in due dati (che vanno tuttavia intesi elasticamente) ⁽¹³³⁾, dal 'Codice civile commentato' del Pacifici Mazzoni, del 1865, al 'Corso' di Francesco Saverio Bianchi, che è del 1895 ⁽¹³⁴⁾.

In questo non breve periodo di circa un trentennio il filone paleocivilistico non è immobile, e sarebbe doveroso segnare sempre maggiori aperture e un discorso sistematico sempre più complesso, ma non v'è dubbio che la linea caratterizzatrice è continua e unitaria e lega intimamente, per analogia d'impianto culturale, sia pure nella diversità degli sviluppi, le prime striminzite produzioni esegetiche all'imponente maestoso 'Corso' del Bianchi. Ancora nel 1895, nelle pagine del giureconsulto piacentino si denuncia una assoluta impermeabilità ai tedeschi, l'ossequio ai francesi e il costante ricorso di salvataggio al Pothier come se il giurista orleanese fosse morto qualche tempo prima, come se centoventi anni — e quali anni — non separassero la riflessione del Bianchi dai 'Traité' pothieriani.

⁽¹³³⁾ Il valore meramente indicativo della data qui offerta è dimostrata dall'esame di opere, come la 'Logica del diritto' del Pescatore, appartenenti a quel torno di anni ma formalmente precedenti.

⁽¹³⁴⁾ Almeno il volume dedicato, nella seconda edizione, ai problemi della proprietà.

Se dagli anni settanta in poi la scienza giuridica italiana si agita di qualche fermento rinnovatore; se questi fermenti, da sparsi e radi, si faranno sempre più diffusi e virulenti fino a divenire un secondo filone di pensiero che articola la civilistica in due monconi abbastanza ben definiti, il corso della paleocivilistica continua solido e quasi indisturbato fino a quel torno di tempo in cui si compie la testimonianza del Bianchi, fermo in una ben precisata costruzione della proprietà e dei diritti reali; segno questo non tanto di grossolanità intellettuale e di ignoranza — come potrebbe concludere un osservatore superficiale — ma segno piuttosto di una scelta culturale, che è forse retrodatata, che è isolante, ma che è scelta consapevole, come noi ci indugieremo di dimostrare.

2. Una analisi della teoria della proprietà nella paleocivilistica non può non trovare il proprio obbligato punto d'avvio in una constatazione elementare e, se vogliamo, ovvia: che questa dottrina si pone liminalmente come espressione conseguente, nel territorio del giuridico, di quella coinè culturale che abbiamo qualificato — con termine non nostro — individualismo possessivo, una interpretazione del mondo risolta soprattutto in termini di proprietà e una visione dell'uomo come al centro di un reticolato di rapporti proprietari sia per quanto concerne le relazioni col mondo esterno, sia per quanto riguarda l'articolazione interiore del soggetto.

I giuristi non smentiscono la loro filiazione da questo mondo culturale, anzi la affermano pienamente, e, al di sopra del loro discorso tecnico sulla disciplina della appropriazione di un bene, fiorisce quasi sempre un discorso più generale ripetitivo di impegnatissime premesse speculative, dal quale emerge la disponibilità a pensare la realtà, tutta la realtà, in termini di proprietà e a identificare nella proprietà uno schema interpretativo straordinariamente capace, onnivale, ben oltre la ristretta provincia dei rapporti fra uomo e natura fenomenica.

« Possedere e godere la propria persona illesa, libera e sicura da qualunque offesa e vincolo, tutte le volte che non si offendano i diritti di alcuno, è la proprietà personale. Possedere e godere liberi, illesi e sicuri i beni ... è la proprietà reale. Possedere e

godere integro, illeso, sicuro il buon nome, nutrire la credenza religiosa che a ciascuno riesce più accetta, acquistare le cognizioni migliori e comunicarle liberamente, è la proprietà morale. Unirsi in matrimonio, stabilire una famiglia, reggerla ed amministrarla liberamente ... è la proprietà familiare. Vivere in istato di civile società, e godere di tutti i diritti di equa protezione e di soccorso in qualità di membro privato, è la proprietà civica » (135).

Così il modesto giureconsulto, nel suo manuale istituzionale, in una sede cioè pienamente esegetica e squisitamente tecnica, con tono apertamente didascalico, ci offre non già una teoria della proprietà, ma piuttosto una nomenclatura essenziale dell'intero ordine giuridico (136), all'interno della quale il *dominium rerum externarum* non è che la porzione minima di un complesso di situazioni e rapporti visti e qualificati agevolmente come proprietà (137).

La proprietà reale non solo non è l'unica proprietà, ma neanche la prima. Il primo *dominium*, quello precedente a tutti, legittimante e fondante tutti, quello da cui la stessa appropriazione dei beni trae e i caratteri e la legittimazione più autentica, si matura in una zona che antecede logicamente ogni manifestazione esteriore, ed è la proprietà personale, il *dominium sui*.

Ritorna qui l'assioma decisivo dell'individualismo moderno, il *tópos* obbligato di tutta la riflessione politico-giuridica che a questo è legata, e ritorna il nesso inscindibile fra proprietà e personalità, fra proprietà e libertà.

(135) Cfr. G. FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, volume secondo, Napoli, 1882, § 363.

(136) E il Foschini ha cura di precisarlo: dopo aver premesso infatti che « la parola proprietà à nelle leggi un doppio senso, largo e dottrinale da una parte, ristretto, tecnico e volgare dall'altra » e che « nel primo senso abbraccia la proprietà personale, la reale, la morale, la familiare e la civica », non esita a trarre la sensata constatazione che « codesti cinque generi di proprietà costituiscono il complesso dell'ordine civile sanzionato dalle leggi » (loc. ult. cit.).

(137) Così, in L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, volume secondo, Torino, 1872, § 842, p. 130, respirare l'aria o godere della luce sono atti quotidiani ricondotti a uno schema proprietario e divengono costitutivi della *proprietà naturale*, mentre lo stesso acquisto di dati dell'esperienza e di cognizioni qualificanti per un soggetto è configurato come atto di proprietà, della *proprietà ideale*.

L'uomo è effettivamente libero soltanto perché è una potenza dominativa, perché in piena autonomia rattiene e guida le sue forze interne con un meccanismo proprietario, perché detiene — allo stato di natura — la proprietà dei suoi istinti e dei suoi talenti. Soltanto perché l'uomo *si possiede*, ha titolo ad espandersi all'esterno e a portare la propria sovranità sulle cose; egli verrà indiscutibilmente legittimato ad essere proprietario di un bene e ad essere protetto in questa sua situazione soltanto se egli mostri di avere in sé, per volontà divina, per caratterizzazione naturale, questo assetto profondo del proprio esistere e forse anche del proprio essere; se egli si riveli cioè fin nelle proprie radici un proprietario.

Era questo un discorso antico, e rappresentava il nucleo centrale d'una precisa ideologia, di cui — in altra occasione — abbiamo indicato le scaturigini estreme nel movimento di crisi dei valori medievali e nel programma inaugurale dell'età nuova (138). L'aver scoperto — o preteso di scoprire — all'interno del soggetto, cioè nel chiuso inviolabile della sua natura intatta da contaminazioni storiche e sociali, atteggiamenti squisitamente proprietari era stata una grossa operazione culturale e ideologica insieme, perché aveva contribuito a incastonare stabilmente la proprietà nel paradiso del diritto naturale e ad assolutizzarla. Grazie a quella pretesa scoperta, proprietà e libertà eran diventate nozioni scambievoli o almeno essenzialmente complementari, e la proprietà veniva a partecipare così intimamente della persona e della sua vita da esserne ritenuta inscindibile.

Intuizioni queste che, affioranti nella tarda antropologia ancora cronologicamente medievale ma profondamente moderna ed ever-siva dei valori medievali, non saranno più deposte per tutto il procedere dell'età nuova (139), fino ad arrivare fresche di vitalità e cariche ancora di forza legittimante al momento della consolidazione giuridica delle conquiste politiche e culturali dell'individualismo.

(138) Ci riferiamo alla nostra indagine, già citata: *Usus facti - La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, cit.

(139) Vedi, ad esempio, quanto precisa per l'esperienza inglese P. COSTA, *Il progetto giuridico - Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, I, Milano, 1974.

Avvalorate dalle indicazioni romagnosiane e rosminiane, sono ricevute pienamente nel bagaglio della nostra scienza giuridica durante tutto l'Ottocento, diventandone patrimonio indiscusso e conclamato.

Nell'ambito della filosofia giuridica, sia tra gli adepti di sicura fede positivista ⁽¹⁴⁰⁾, sia tra gli spiritualisti ⁽¹⁴¹⁾, il nesso tra proprietà e persona, tra proprietà e libertà, è affermato con vigore, mentre nella nutrita schiera dei rosminiani, per palese influsso della sistemazione teoretica del maestro, la proprietà personale diventa nozione accuratamente precisata e puntualmente preposta come giustificativa di tutta la dottrina della proprietà ⁽¹⁴²⁾. Poiché si è convinti « che nel carattere signorile della mente stia il vero titolo giuridico della proprietà » — come con sobria efficace eloquenza scrive il rosminianissimo Lilla —, appare legittima la

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. PUGLIA, *Del fondamento scientifico del diritto di proprietà*, cit., p. 197 ss.; E. PICCIONE, *Concetto positivo del diritto di proprietà - Questione sociale*, Bologna, 1890, p. 81.

⁽¹⁴¹⁾ Basti un esempio fra i troppi che si potrebbero addurre: G. CARLE, *Prospetto d'un insegnamento di Filosofia del diritto - Parte generale*, Torino, 1874, p. 203 ss. Sulla diffidenza di Carle verso il naturalismo e il positivismo, sulla sua predilezione per lo spiritualismo filosofico, nonché sulla grossa influenza di Romagnosi, cfr. SOLARI, *La vita e il pensiero civile di Giuseppe Carle*, cit., p. 46 ss.

⁽¹⁴²⁾ Chiara, una pagina di P. L. ALBINI, *Principii di filosofia del diritto*, Vigevano, 1857, p. 25 (« Uopo è pertanto distinguere ciò che è proprio della persona umana, in quanto è con nesso dinamico-morale con essa congiunto, da ciò che diviene proprio dell'uomo in quanto venne ad esso assoggettato, vale a dire le facoltà fisiche e spirituali dell'uomo dalle cose esterne, oggetto di suo dominio. Sotto diverso aspetto però le une e le altre formano sua proprietà, connaturale le prime, acquisita ed esterna le seconde. La persona ha la signoria delle sue forze e potenze come ha dominio sulle cose esterne ... »), ma ancor più chiara quella di un suo allievo, L. MATTIROLO, *Principii di filosofia del diritto*, Torino-Napoli, 1871, p. 136 (« l'io ha necessariamente la proprietà delle forze e potenze che costituiscono la natura umana, ed ecco una prima proprietà *connaturale*, inseparabile dalla persona, ossia avente per oggetto gli elementi fisici e morali della persona stessa. V'ha di più. Queste forze e queste potenze si vanno esplicando sulle cose esterne e le uniscono alla persona con un vincolo fisico-morale, d'onde deriva la proprietà dell'uomo sulle cose esterne »). Su Luigi Mattirolo (1838-1904), si vedano i cenni di C. P. GARIAZZO - F. RUFFINI, in *Annuario della R. Università di Torino*, a.a. 1904-05, Torino, 1905, ma anche SOLARI, *La vita e il pensiero civile di Giuseppe Carle*, cit., p. 30 ss.

conseguenziale domanda che lo stesso Lilla si pone: « colui che non è signore di se stesso, qual padronanza potrà avere sulle cose? » (143).

Dai filosofi il discorso trascorre netto nei civilisti, e anche presso di loro — malgrado la sede tecnico-esegetica — l'impen-nata iniziale sul *dominium sui* è un dato pressoché costante nei commentarii, trovando particolare sviluppo in chi si picca di velleità speculative (144).

Per farla breve, per tutta la seconda metà del secolo diciannovesimo, la dottrina prevalente continuerà a insistervi come sulla pietra angolare del proprio edificio in tema di proprietà. Occorrerà attendere il saggio dissacrante di Adolfo Ravà (145) per smantellare la costruzione giuridica della categoria dei diritti sulla propria persona e per seppellire definitivamente con quella anche la nozione del *dominium sui*; ma con il saggio di Ravà siamo esattamente all'inizio del secolo nuovo (146), quando del grezzo individualismo ottocentesco si depone almeno l'ipocrita smania di sicure fondazioni ontologiche, e premono sull'interprete non soltanto nuove esigenze filosofiche, ma la coscienza di tempi nuovi percorsi da nuove istanze ed 'idealità sociali' (147).

(143) V. LILLA, *Il diritto di proprietà nelle sue razionali determinazioni*, Napoli, 1885, p. 29. Il saggio di Vincenzo Lilla (1837-1905), filosofo del diritto, è dedicato, con termini spiccatamente encomiastici, al Rosmini, da cui è mutuato tutto l'impianto teorico.

(144) Cfr. G. BUNIVA, *Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, Torino, 1869, p. 9; D. GALDI, *Commentario del Codice civile*, volume V. *Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni*, Napoli, 1876, n. 158, ma soprattutto BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 842 (« siamo proprietari delle nostre membra e della nostra intelligenza e ne abbiamo libero arbitrio »).

(145) A. RAVÀ, *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXI e XXXII (1901); saggio dominato dalla consapevolezza « che la filosofia giuridica può fare di questi diritti soltanto la *distruzione* » (vol. XXXI, p. 290).

(146) Il saggio costituisce la rielaborazione della tesi di laurea discussa all'Università di Roma nel 1900. È significativo che l'argomento sia stato suggerito al giovane brillante studente da Icilio Vanni.

(147) Afferma infatti conclusivamente RAVÀ (*op. ult. cit.*, vol. XXXII, p. 121): « credere che si possa stabilire in massima un diritto dell'uomo su se stesso, significa disconoscere che la vita sociale investe talmente l'individuo che egli

3. Come premessa a tutto lo svolgersi della teoria della proprietà, l'assioma del *dominium sui* è greve di pesanti conseguenze: quale matrice generante e legittimante ogni proprietà riconducibile a un soggetto, imprimerà a quelle proprietà tutta la carica di pienezza, esclusività, unitarietà di cui è portatore; quale dimensione intrasubiettiva scaricherà sulle situazioni di relazione ad esso conseguenti tutta la assolutezza tipica della realtà interiore; quale possibilità e condizione della libertà del soggetto, tenderà a conferire a tutte le proprietà ipotizzabili, che da esso discendono, un'identica funzione. In conclusione, dalle premesse speculative anteposte, dalla analisi che aveva collocato la prima proprietà all'interno dell'individuo in stretta familiarità con le sue potenze morali e spirituali, non poteva che derivarne una caratteriologia obbligata di quella che per ora chiameremo genericamente 'la proprietà', riservandoci in seguito più adeguate precisazioni.

Non sorprende pertanto constatare la paleocivilistica italiana impegnata nel conclamare, unanimemente e a gran voce, i tre caratteri essenziali della proprietà: la assolutezza, l'esclusività, la perpetuità-irrevocabilità ⁽¹⁴⁸⁾.

le è legato in modo intimo e indissolubile». Per lui, all'alba del nuovo secolo, «in mezzo a questa grandiosa corrente che tende a far sentire sempre più nelle leggi gli effetti della solidarietà sociale, la teoria dei diritti sulla propria persona rappresenta una violenta reazione individualistica» (*ibidem*, p. 124).

⁽¹⁴⁸⁾ Talora, restando in ombra — probabilmente come carattere implicito e consequenziale — quello della perpetuità, si insiste sulla assolutezza ed esclusività (cfr. PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., libro secondo, vol. primo, tit. II, p. 69: «La proprietà ha questi due caratteri essenziali, di essere cioè assoluta ed esclusiva: l'assolutismo, come lo dice la parola, è un potere illimitato, dispotico, che la persona ha sulla cosa sua di disporre e goderne a suo beneplacito; l'esclusività è il potere privativo, in forza di cui il proprietario impedisce che altri disponga e goda della cosa sua»); ID., *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., libro secondo, tit. II, *Della proprietà*, n. 33; RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., volume secondo, p. 85; C. SCOTTI, *Manuale di diritto civile italiano*, vol. I, Torino, 1887, § 851 e 852. Presso altri, i caratteri dichiarati sono tre (cfr. F. DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, vol. II, Parte speciale, Codice civile, Napoli, 1869, p. 124: «sono questi i tre caratteri essenziali al concetto della proprietà: vale a dire: a) Assolutismo; b) Esclusivismo; c) Irrevocabilità»; BUNIVA, *Dei beni e della proprietà secondo*

Con un frasario pittoresco e indulgente ai toni iperbolici — che interessa, nella sua varietà, quale manifestazione di stile, ma che svela, sempre e comunque, allo storico del pensiero, al di sotto delle fioriture retoriche, la propria orditura unitaria — si fissa, si sottolinea, si ripete fino alla noia la verità elementare che proprietà — ridotta all'osso — significa latitudine di poteri, latitudine dei contenuti positivi e negativi di quei poteri, latitudine nel tempo e nello spazio, latitudine senza confini costruita sul calco sottostante della libertà ⁽¹⁴⁹⁾.

Di questa latitudine trascuriamo per ora gli aspetti della esclusività e della perpetuità, e soffermiamoci invece su quello della assolutezza, in cui si assomma la valenza positiva del *dominium* e che sembra ricevere particolari attenzioni dottrinali. Lasciamo la parola al modesto e quasi ignorato esegeta pratico, zelantissimo nella definizione enfatica dell'immagine giuridica del proprietario: « il proprietario è sovrano ... ha diritto di dare alla

il Codice civile del Regno d'Italia, cit., p. 75; FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano e italiano*, cit., vol. II, § 365; Francesco Saverio BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, pp. 626-27, ove si insegna avere la proprietà come « caratteri essenziali » « due principali, che consistono nell'essere la proprietà un diritto assoluto ed esclusivo. Da questi però ne deriva come necessaria conseguenza un terzo, cioè la perpetuità del diritto medesimo ».

⁽¹⁴⁹⁾ Una fra le testimonianze più chiare è quella offerta da FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., che insegna (vol. II, § 365): « La essenza della proprietà riposa nella libertà del dominio ... La libertà del dominio comprende due funzioni, l'una positiva per la quale il proprietario può fare della cosa sua ciò che gli piace, ed anche distruggerla se così vuole, e l'altra negativa per la quale può egli escludere ogni altro dalla cosa stessa ». Al principio della libertà del *dominium* e del *dominus* egli riconduce anche i due « elementi della proprietà », l'*usus* e l'*abusus*. L'*usus* — secondo il nostro — consiste nel fare quello che uno vuole e « tutto ciò mette capo al principio della libertà »; l'*abusus* « è la distruzione, ed anche l'abbandono della cosa, e ciò evidentemente torna al principio della libertà ». Nella prima letteratura agraristica post-unitaria la « necessità dell'assoluto ed esclusivo assoggettamento delle cose all'attività di un determinato soggetto » ha talora delle motivazioni più oggettive: « perché esse producano tutta l'utilità di cui sono capaci ». Così G. MAJORANA, *Elementi di diritto rurale*, Catania, 1886, p. 17, mentre si limita alle consuete asserzioni generiche E. BIANCHI, *Corso di legislazione agraria*, vol. I, Milano, 1886, p. 73. L'aspetto economico della *utilitas rei* doveva tuttavia tornar naturale a chi si poneva, come il Majorana, dall'angolo speciale d'osservazione del diritto agrario.

cosa una forma diversa e destinarla ad un uso che non sarebbe l'ordinario, di rigettarla, rovinarla, sfregiarla, alienarla, concederle l'uso ad altri gratuitamente od a titolo oneroso, insomma a lui compete il *ius utendi et abutendi* » ⁽¹⁵⁰⁾. Senza l'inventiva immaginifica del buon Mattei, più o meno sotto la copertura del vecchio *tòpos* pseudo-romano dello *ius utendi et abutendi*, la dottrina è concorde nel delineare una figura di proprietario all'insegna della sovranità, della dispoticità, della illimitatezza di poteri ⁽¹⁵¹⁾.

È un discorso che sembra conchiudersi nella sua brevità e risolversi in una visione esasperatamente individualistica del *dominium*; che sembra — per giunta — smentire tutte le nostre premesse interpretative, che proponevano una grande varietà di influssi sui nostri civilisti, e particolarmente del vecchio diritto comune.

Il fatto è che con quella definizione di proprietà e di proprietario, che appare precludere ogni possibile prosecuzione all'itinerario di ricerca del giurista, la complessa analisi del civilista italiano ha appena il suo momento d'avvio. La definizione concordemente data di proprietà — sulla quale non sorgono questioni e che è comunemente accettata — non è una conclusione finale, una verità sotto la cui copertura raccogliersi remissivamente, ma piuttosto un punto fermo da cui partire per dipanare una intricatissima matassa. Non è insomma un esito di discorso, bensì un principio di discorso.

Se v'è infatti una coscienza viva nel paleocivilista italiano, è quella della complessità del fenomeno proprietà: un fenomeno certamente non liquidabile con una definizione striminzita e quattro immagini più o meno felici sulla latitudine dei poteri. Se è veridico il volto che del paleocivilista italiano abbiamo più sopra tracciato come di un personaggio appartenente a una difficile zona storica di transizione e sensibile a un gioco vario e complicato di influssi, il problema proprietà non si sarebbe mai po-

⁽¹⁵⁰⁾ J. MATTEI, *Il Codice civile italiano nei singoli articoli col confronto, produzione o riferimento delle leggi romane e delle disposizioni dei Codici francese, sardo, napoletano, parmense, estense ed austriaco ...*, vol. I, Venezia, 1873, p. 44.

⁽¹⁵¹⁾ Di sovranità parla Mattei; di dispoticità Pacifici Mazzoni ed Emilio Bianchi.

tuto ridurre per lui nell'artificio scolastico di una definizione, ma l'ineliminabile peso operante dietro di lui di tradizioni culturali diverse e quindi di modelli diversi doveva dar vita a una indagine più approfondita e più appagante di quanto offrisse il conio d'una formula di comodo. Si sarebbe dovuto creare in lui magari lo stimolo a mediare fra quelle tradizioni e quei modelli; ma la mediazione non si sarebbe potuta avviare e risolvere che con una posizione di problemi, con un tentativo di andare oltre la supina accettazione d'una formula per scavarvi dentro e scoprirvi gli spessori effettivi.

Questo la dottrina paleocivilistica fece, e questo è stato sempre misconosciuto da quei pochi che ad essa abbiano guardato con una attenzione storiografica. Ma è qui senza dubbio il suo valore storico, anche se lo storiografo deve deporre il paraocchi fuorviante che nella storia del pensiero i valori sono unicamente rappresentati dalle costruzioni logiche e armoniose e non anche dalle incertezze e dalle incoerenze che nascono da una visione problematica.

La dottrina nostra, premuta dal passato remoto e prossimo, si pose molti problemi, e tentò di avviarli a soluzione. Probabilmente fu impari al compito, ma la sua avventura intellettuale è meritevole ancor oggi di essere ripercorsa e compresa.

Che la sua fosse una visione problematica è già abbastanza eloquentemente indicato da una constatazione elementare: mai come in queste pagine dottrinali si è sentito il bisogno di accompagnare il sostantivo proprietà da tante aggettivazioni qualificanti, parlando raramente *sic et simpliciter* di proprietà, ma spesso di proprietà 'esterna', di proprietà 'reale', di proprietà 'piena' e 'meno piena', 'perfetta' e 'imperfetta'. E si intuisce subito che non ci troviamo di fronte a orpelli stilistici, ma a qualificazioni sostanziali che discendono da un sezionamento approfondito e capillare dello schema della proprietà. Neanche nello *ius commune* — che pure aveva portato innanzi una minuziosa problematizzazione dei rapporti giuridici fra uomo e beni — si era mai arrivati a una così sicura coscienza della complessità del fenomeno ⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵²⁾ Il lettore ci faccia — per ora — credito. Queste affermazioni saranno dimostrate nel seguito del lavoro.

Ma allora, se così è, che stanno a fare — appesi a capo del loro discorso — quel *dominium sui* e quella proprietà definita in modo incontrovertibile e incontrovertibile come la situazione soggettiva sui beni la più assoluta, la più esclusiva, la più distesa nel tempo?

Come prima interlocutoria risposta si impone una seconda domanda, che rivolgiamo a noi stessi: che cosa hanno i giuristi tentato di definire? Quale proprietà hanno identificato in quel potere dispotico e illimitato? Sono essi tanto sordi all'idea di limite e insieme tanto ingenui da averla espunta dalla nozione di proprietà?

È bene precisare subito che quasi tutti gli autori proseguono invece la loro esposizione e ammettono la limitabilità della situazione dominativa; con il risultato macroscopico di sconcertare il lettore proponendogli un contesto dalla singolare struttura logica, dove si pone un principio e lo si smentisce un attimo dopo. Se avessimo continuato infatti la lettura del testo di Jacopo Mattei soprascritto, avremmo rilevato che, immediatamente dopo aver parlato della illimitatezza dei poteri del *dominus*, il filo del discorso proseguiva pianamente senza apparenti cesure: « ciò che abbiamo detto riflette il caso che ad alcuno compete la proprietà assoluta ed illimitata della cosa, non quando il proprietario abbia una proprietà limitata da diritti ad altri spettanti ».

Il modesto giureconsulto, senza grandi strumenti culturali, ci insegna dunque — e insieme a lui il coro dottrinale — che la proprietà è illimitata quando non è limitata. Ed è una conclusione ridicolmente ovvia sotto il profilo logico e immotivata sotto il profilo tecnico, anche se fissa grossolanamente una verità elementare. È vero infatti che presso questa nostra dottrina la illimitatezza non è privilegio di ogni proprietà e che c'è un'analisi complessa della dimensione appropriativa, che va presupposta come motivazione del discorso esatto ma apodittico del Mattei. Motivazione che cercheremmo invano nella più gran parte di opere esegetiche similari, nelle quali persiste la posizione acritica del nesso proprietà illimitata-limitabile, ma che ci viene offerta lucidamente nelle trame della pagina di alcuni pensosi scrittori. Soprattutto del Borsari.

Chi sia questo fertile compilatore di commentarii già sappiamo. Aggiungiamo tuttavia che il Borsari sistematore del tema difficile della proprietà non ci sembra meritare la critica aspra contenuta nella invettiva pronunciata *mortis causa* dal Vidari e sopra menzionata. Al contrario, il giurista ferrarese appare ben provveduto di quei pochi strumenti culturali circolanti tra la *jurisprudencia* della metà del secolo, meno incline di tanti altri alle vanità retoriche e rigoroso nell'approntare un impianto di discorso tecnico sulla proprietà che sia in armonia con determinate premesse speculative.

Per il Borsari indagatore della proprietà saranno inoltre preziose, come vedremo, due circostanze: l'aver avuto lui stesso familiarità scientifica (e non soltanto come pratico) con le soluzioni dello *ius commune* sui diritti reali, come dimostra la grossa fortunata fatica sull'enfiteusi ⁽¹⁵³⁾; l'essere egli un rosminiano di strettissima osservanza e un traduttore delle intuizioni del rovetano nel chiuso campo delle tecniche giuridiche ⁽¹⁵⁴⁾.

Rosminiana è la sua sistemazione, articolata in due momenti: un primo, che tratta « della origine subbiettiva della proprietà, e della sua costituzione ideale »; un secondo, che si occupa « della essenza della proprietà giuridica, ossia della proprietà di diritto » ⁽¹⁵⁵⁾. È, se vogliamo, la stessa sistemazione di Rosmini e la stessa che si presuppone ai relativi paragrafi del Codice austriaco ⁽¹⁵⁶⁾: una fondamentale dicotomia fra *la* proprietà e *il*

⁽¹⁵³⁾ L. BORSARI, *Il contratto d'enfiteusi*, Ferrara, 1850. È un volume che ebbe una singolare fortuna; fra l'altro, anche presso i compilatori del Codice unitario, che lo tennero presente con molta attenzione.

⁽¹⁵⁴⁾ Egli è palesemente tributario della sistemazione rosminiana in tutta la sua trattazione della proprietà. Del resto, già nel suo volume sull'enfiteusi la accettazione della dottrina del dominio diviso avviene dietro il conforto di precisi assunti rosminiani (cfr. BORSARI, *Il contratto d'enfiteusi*, cit., p. 9 ss.). Qualche cenno circa gli influssi della filosofia giuridica di Rosmini su Borsari è in G. ARTANA, *L'influenza della filosofia giuridica rosminiana in Italia nel secolo XIX*, in *Rivista rosminiana*, XXVIII (1944), pp. 54-56.

⁽¹⁵⁵⁾ Sono precisamente le intitolazioni dei capp. 842 e 843 del secondo volume del 'Commentario' borsariano.

⁽¹⁵⁶⁾ I quali — come è il caso di ripetere — vertono sulla proprietà considerata come diritto, ma che tradiscono, proprio per questa formulazione, il rinvio a una proprietà che diritto non è.

diritto di proprietà, fra un archetipo intrasoggettivo e una figura più sfaccettata, che opera come situazione di rapporto fra più soggetti. Da un lato quella che è la « intrinseca natura », il « concetto metafisico » di proprietà, dall'altro il « rapporto giuridico » ⁽¹⁵⁷⁾.

La assolutezza e la illimitatezza sono qualità essenziali della proprietà-archetipo, ben al centro di esso. È la sua caduta nella storia, nella esperienza di relazione, che rende caduche, modificate, attenuate quelle qualità. Il limite, la divisione sono in disarmonia soltanto con l'archetipo, con la proprietà nella sua pienezza, ma sono coerenti con le manifestazioni 'storiche' di quello, con le varie proprietà sottoposte dagli accidenti e dalle esigenze di relazione a imperfezioni che variano ed elasticizzano il modello, rendono diverso e mobile ciò che, nella sua statica, è immobile e soprattutto perfetto.

Si perpetua qui in seno alla giurisprudenza esegetica italiana la dialettica fra proprietà e diritto di proprietà, che era stata la chiave di volta delle riflessioni romagnosiana e rosminiana ⁽¹⁵⁸⁾ e diventerà un *tòpos* di tutta la paleocivilistica, talora dichiarato — come in Borsari —, talora appena espresso, talora semplicemente presupposto e appena affiorante in quella insistente qualificazione della proprietà come 'esterna' o 'reale' che rinvia immediatamente a un'altra proprietà superiore o interiore. Tutta la paleocivilistica è segnata da una lettura attentissima delle opere di Romagnosi e di Rosmini, e quella che sarà — per i due pensatori — la strabocchevole messe di citazioni e di rinvii nelle pagine dei giuristi, più che uno sfoggio o un lustrino senza senso, è la misura d'un influsso effettivo e incisivo ⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ Sono espressioni dello stesso Borsari (cfr. *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 843).

⁽¹⁵⁸⁾ Con qualche rara e decisa repulsa. Si veda p.e. ARABIA, *Sul diritto di proprietà*, cit., p. 26, libello — come abbiám più sopra detto (v. p. 233) — che fa spicco su una folta letteratura meridionale improntata alla più scoperta grossolanità culturale. L'Arabia sostiene che « separare dal concetto di proprietà il diritto, come hanno fatto alcuni, è un'ipotesi che ha quasi dell'inconcepibile », motivando adeguatamente questa convinzione.

⁽¹⁵⁹⁾ Se ne ha la misura reale esaminando la fitta libellistica sulla proprietà, che popola la seconda metà dell'Ottocento, in Italia: una letteratura varia, di varia ispirazione e di vario valore (generalmente modestissimo), scritta da giu.

Sta qui, in questa digestione giuridica della dialettica fra modello e derivazioni, il nucleo fondante del discorso civilistico sulla proprietà, che si snoda perennemente su due piani. Sta qui anche il segreto della coerenza dei nostri civilisti: costruendo, o meglio recependo, un modello tanto assolutizzato, essi affermavano — come uomini del sec. XIX — la loro fedeltà a una coinè culturale cui sentivano di appartenere e che non intendevano smentire; costruendolo soltanto quale modello e relativizzandolo a livello di esperienza storico-sociale, essi rivelavano — come giuristi — la loro sensibilità a diversi filoni di cultura giuridica e la loro intima permeazione da parte del costume giuridico che aveva disinvoltamente elaborato — praticamente e teoricamente — una nozione relativa di proprietà. In più, essi rivelavano una ulteriore sensibilità e disponibilità: a proporsi frontalmente il problema della coesistenza fra proprietà e limiti come grosso problema civile per il giureconsulto. Infatti, come vedremo, mai altra nozione sarà tanto esaminata e inquisita da tutta la civilistica italiana ottocentesca come quella di limite del *dominium* ⁽¹⁶⁰⁾. E sarà un dato positivo nel bilancio non scarsissimo di questa dottrina.

Proseguendo nella sua analisi sistematrice, il Borsari, spingendo avanti la dialettica fra modello e derivazioni, arriva a

risti ma quasi sempre a mezza strada fra il giuridico e il sociologico (come sembrava pretendere il tema della proprietà), in cui le traccie romagnosiane e rosminiane sono cospicue. Spigolando, citiamo V. SANSONETTI, *Il diritto di uguaglianza in rapporto col diritto di proprietà*, Napoli, 1873; S. DE LUCA, *Teoria della proprietà reale*, in *Il Circolo giuridico*, VII (1876); P. BARSANTI, *La socialità nel sistema della proprietà privata*, Lucca, 1880; P. CIPELLI, *Alcune ragioni intime dell'istituto della proprietà*, in *Annali dei Regi Istituti tecnico e nautico di Livorno*, s. II^a, vol. VII, Livorno, 1890; G. S. TEMPIA, *L'ordinamento della proprietà secondo il Codice civile italiano in relazione con recenti studi sociali e legislativi*, ora in *Scritti vari giuridici e sociologici*, vol. II, Torino, 1891. Senza parlare di quella letteratura sui 'temperamenti' e sui 'limiti', che va da Lomonaco (a. 1881) a Degni (a. 1901), che è generalmente prostrata di fronte ai « due fra i più solenni pensatori di questo secolo, il Romagnosi e il Rosmini » (G. LOMONACO, *I temperamenti della proprietà prediale*, pubbl. come App. III inserita nella trad. ital. di F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, Napoli, 1879 ss., vol. VI, p. 106). ai « due forti filosofi, onore e vanto dell'Italia nostra » (DEGNI, *I limiti del diritto di proprietà*, cit., p. 721).

⁽¹⁶⁰⁾ Lo esamineremo nel prossimo capitolo.

concepire la definizione dell'art. 436 del Codice unitario, così scissa nella sua articolazione interiore fra una iniziale conclamazione di massima assolutezza e la seguente enunciazione di limiti normativi ⁽¹⁶¹⁾, come il modello del diritto di proprietà, la struttura tipo della proprietà giuridica, per questo assai ravvicinata all'archetipo metagiuridico e per questo concepita come il più possibile piena, ma dai cui contorni esorbitavano un numero imprecisato di proprietà di varia imperfezione e di relativa pienezza, tutte frutto legittimo del discendere e del vivere della proprietà nella storia ⁽¹⁶²⁾.

Come era già pervenuto a sostenere Matteo Pescatore ⁽¹⁶³⁾, la definizione codificata di proprietà era la più costruita sull'archetipo, era archetipo essa stessa almeno per tutte le altre proprietà giuridiche. Quella dei Codici era soltanto la definizione « generica » di proprietà, concernente gli attributi e i caratteri del *genus*, ma non ricomprensiva di tutte le molteplici specificazioni — e cioè modificazioni e complicazioni — che la proprietà come genere conseguiva nella vita associata.

Come Pescatore afferma decisamente per l'enfiteusi in rapporto al Codice napoleonico che aveva mostrato di ignorarla ⁽¹⁶⁴⁾, come afferma Borsari per le molte specie di proprietà imperfetta in rapporto al Codice italiano, una conclusione emerge: né l'art. 544 del *Code civil*, né l'art. 436 del Codice del '65 esauriscono il fenomeno proprietà, ma ne delineano solo un tipo astratto ed esemplare costruito — almeno nella parte definitoria — su *la* proprietà senza aggettivazioni, sulla sua nozione intrasoggettiva e meta-storica; di quella nozione la nozione dei Codici riteneva infatti l'esperata assolutezza come suo principio informatore.

Il quadro che ci offrono dichiaratamente alcune perspicue riflessioni e velatamente tutto l'orientamento dottrinale va dunque

⁽¹⁶¹⁾ Si vedano le osservazioni di un non-giurista, come Fedele LAMPERTICO, *La proprietà*, Milano, 1876 (*Economia dei popoli e degli stati*, III), p. 34, cui è istruttivo giustapporre la replica di un giurista, Pio Barsanti, allievo pisano di Carrara e di Gabba. Cfr. infatti BARSANTI, *La socialità sul sistema della proprietà privata*, cit., p. 42 ss.

⁽¹⁶²⁾ BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 843.

⁽¹⁶³⁾ PESCATORE, *Logica del diritto*, cit., p. 254.

⁽¹⁶⁴⁾ PESCATORE, *Logica del diritto*, cit., pp. 254-55.

dal *dominium sui* ai *dominia minus plena*, da la proprietà — che non può non essere pura e perfetta — ai *diritti di* proprietà imperfetta, da la proprietà che è il fondamento ontologico di tutte le altre ma che è un fenomeno metastorico, forse irraggiungibile nella realtà di tutti i giorni, ai *diritti di* proprietà imperfetta di cui è gremita la vita quotidiana come esperienza di relazione. E il discorso, che sembrava tutto incentrato sulla concorde qualificazione della proprietà come situazione la più assoluta, esclusiva, unitaria, perpetua, si sposta insensibilmente sulle proprietà imperfette.

La dialettica fra archetipo e derivazioni storiche, di pretta marca romagnosiana e rosminiana, consente alla complessa coscienza della paleociviltistica italiana di tradurre in termini tecnici — senza smentire la cultura ufficiale — la propria percezione della non-semplicità, anzi della semplicità e complessità insieme, del fenomeno proprietà. Quel che ne risulta sarà, malgrado le dichiarazioni programmatiche sulla unicità del modello e sulla categoricità della definizione, una relativizzazione notevole della nozione di proprietà.

Su questo tema saranno però incentrati alcuni dei capitoli seguenti. Per ora ci preme di segnalare soltanto la strada che consente alla dottrina più sensibile di avviare il superamento del dilemma insolubile, della intrinseca contraddizione fra massima illimitatezza e limitabilità, fra assolutezza-unitarietà e divisibilità.

4. La relativizzazione del modello di proprietà è il momento più interessante dell'analisi paleociviltistica italiana e converrà seguirla da vicino; ma converrà prima sgombrare i possibili equivoci sulla sua reale portata e sul suo significato.

Quando noi parliamo di relativizzazione, intendiamo quel tentativo di costruzione culturale con la quale — tenendo dietro alla propria complessa sensibilità e utilizzando un materiale tecnico-giuridico di varia e spesso risalente derivazione — i paleociviltisti, pur non smantellando e anzi confermando il modello, riescono ad elaborare un fascio di proprietà specifiche, che si allontanano sì di parecchio dai caratteri essenziali riconosciuti alla proprietà generica, ma serbano la qualifica formale e il contenuto minimo di proprietà. Seguire questa analisi approderà

dunque anche al risultato di consentire l'individuazione di quel contenuto minimo del mio giuridico, che è ancora proprietà ma oltre il quale non è più proprietà.

Esamineremo l'operazione di relativizzazione così come è condotta all'esterno e all'interno del diritto di proprietà, puntualizzando innanzi tutto il problema della limitabilità, indi quello della divisibilità: due problemi che, apparentemente distanti, rivelano invece una matrice comune e testimoniano un comune orientamento interpretativo.

Non abbiamo molto da aggiungere a quanto abbiamo detto nel capitolo precedente in ordine alla limitabilità.

Il tipo 'proprietà' non può essere pensato e costruito che come libero, perché questo esigono precise premesse filosofiche e perché questo vuole lo stesso ordine pubblico, che la Rivoluzione borghese ha edificato sul pilastro della liberazione della proprietà⁽¹⁶⁵⁾, e quindi sulla libertà del proprietario e sulla libera circolazione dei beni⁽¹⁶⁶⁾.

Ma si aggiunge subito che, come ogni libertà, la proprietà può essere limitata⁽¹⁶⁷⁾; e tranquillamente si passa a costruire la nomenclatura elementare dei limiti ipotizzabili.

Esemplare nella sua aporeticità è il Pacifici Mazzoni, il quale, dopo aver fissato i « due caratteri essenziali » della proprietà, di essere « assoluta ed esclusiva », « un potere illimitato, dispotico », prosegue senza cesure insegnando che « l'uno è l'altro carattere può essere modificato da varie cause, cioè dalla legge, dalla incapacità personale del proprietario, da una certa imperfezione del diritto stesso e dalla utilità pubblica »⁽¹⁶⁸⁾.

⁽¹⁶⁵⁾ Una sintesi efficace resta sempre quella offerta da R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, seconde série, *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, 1959. Un'analisi particolareggiata, ma prevalentemente descrittiva, è in M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804) - La Révolution et la propriété foncière*, Paris, 1959.

⁽¹⁶⁶⁾ Cfr., a puro titolo d'esempio D. GALDI, *Commentario del Codice civile*, cit., vol. V, n. 461, e RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., vol. II, p. 85.

⁽¹⁶⁷⁾ FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., vol. II, § 365.

⁽¹⁶⁸⁾ PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., l. II, vol. I, p. 69.

Qui viene solo fissata una conclusione, né ci si pone neanche il problema della conciliabilità teorica fra una proprietà definita come illimitata e i varii limiti, fra un potere dispotico e le sue «imperfezioni». Il giureconsulto marchigiano ammette che possa essere modificato dalla legge e «da una certa imperfezione dello stesso diritto» (169), ma non tenta nemmeno una motivazione dell'assunto; e la caratterizzazione fatta all'inizio della pagina trova la sua attenuazione a mezzo della pagina stessa e appare galleggiare sull'intera pagina come enunciazione meramente platonica.

Un tentativo di motivazione adeguata stava in quella scissione fra modello astratto e specificazioni concrete avanzato dal Borsari e dal Pescatore, e che era anche un tentativo di andare oltre gli articoli definatorii dei Codici e la stessa disciplina codificata per recuperare *extra Codicem*, in un terreno fatto soprattutto da leggi speciali, da costruzioni dottrinali e giudiziali, il tessuto effettivo delle manifestazioni della proprietà.

Lì il problema della complessità del meccanismo di appropriazione era, sia pure episodicamente, sentito e affrontato come problema teorico, ed affiorava la istanza di chiarimento che il Pacifici Mazzoni ignorava o dava per implicitamente acquisita. Sarà su quel piano e portando innanzi quella intuizione che lavorerà chi avrà voglia di approdare allo stesso risultato di composizione soddisfacente della questione teorica; è questo il solco in cui si inalveano le puntualizzazioni più fini e consapevoli nella paleocivilistica italiana dovute a Francesco De Filippis.

Fare qui questo nome ha il significato d'una riesumazione: se infatti di Pacifici Mazzoni, di Borsari, di Ricci, di Galdi si è parlato e si parla, un silenzio pesante, un oblio generale, ha sempre circondato l'opera di questo civilista napoletano (170). Di lui si sa

(169) Le 'cause', che vengono a incidere sul diritto di proprietà, si riducono sostanzialmente a due. Malgrado la ammissione soprascritta, Pacifici Mazzoni si corregge poco dopo (*ibidem*, p. 77) riconoscendo che la 'causa' della incapacità personale del proprietario non riguarda il diritto in sé, ma piuttosto l'esercizio del diritto.

(170) Del tutto elusivo — a parte l'allegato ritratto! — è il breve necrologio, che appare, sulla più autorevole rivista giuridica napoletana, nell'anno della sua morte, il 1913 (cfr. *Il Filangieri*, XXXVIII (1913), p. 880).

pochissimo; si sa che insegnò Diritto civile all'Università di Napoli, dove non raggiunse i più ambiti traguardi accademici, e che fu deputato di Salerno al Parlamento nazionale (171). Il suo lavoro è tutto o quasi consolidato in un'opera di vasto disegno e di impegno teorico notevole, il 'Corso completo di diritto civile italiano comparato', la cui prima edizione prende a uscire nel 1867 (172).

Con le sue grosse manchevolezze culturali, con i suoi pleonasmii, con la sua retorica, ha però il pregio, rispetto alle esegesi descrittive imperanti, d'essere un tentativo ambizioso — forse troppo ambizioso per le forze del nostro — di problematizzare, concettualizzare, sistemare la grande materia civilistica. Ne viene fuori un'opera, che non è soltanto una significativa testimonianza del barocco giuridico italiano dell'Ottocento, ma, nelle più o meno velleitarie ambizioni speculative, anche un filtro più sensibile e uno specchio maggiormente acuto della cultura giuridica civilistica degli anni immediatamente dopo la Codificazione.

Innanzitutto De Filippis tenta una motivazione del carattere di assolutezza, il che fa già spicco di fronte alla supina accettazione generale del principio: « Il carattere assoluto essenziale alla proprietà deriva dal considerare il potere dominicale nel rapporto tra il subbietto e l'obbietto giuridico. In quel rapporto i due termini sono, da una parte l'uomo avente ragione di fine, e da un'altra parte la cosa avente ragione di mezzo. Il subbietto non trovando nella cosa alcun che da rispettare, la invade interamente col suo potere dominante tanto in *intensità*, quanto in *estensione*. Un potere senza limiti quanto alla sua *intensità* raccoglie tutte le *possibili facoltà esercitabili sulla cosa*. Un potere senza limiti quanto alla sua *estensione* comprende *tutti i lati della cosa*. Ecco perché il carattere assoluto della proprietà la fa illimitata nelle *facoltà* e nella *estensione* ». E aggiunge a proposito della limita-

(171) Cfr. S. SAPUPPO ZANGHI, *Storia d'Italia dal 1789 al 1884 coll'aggiunta delle biografie di tutti i deputati e senatori del Regno*, Roma, 1889, p. 262, e T. SARTI, *Il Parlamento subalpino e nazionale - Profili e cenni biografici di tutti i deputati e senatori eletti e creati dal 1848 al 1890 (legislatura XVI)*, Terni, 1890, p. 358, dove pur si troveranno solo dei cenni insignificanti.

(172) Ne uscirà, a fine secolo, una seconda edizione presso l'editore Vallardi.

bilità: « Però è da riflettere che cotesto carattere assoluto si mantiene e non soffre limitazione alcuna da parte della cosa che niente può opporre di rispettabile al subbietto di diritto; ma di limitazioni ne soffre direttamente dalla legge, non per riguardo alla cosa, ma per una veduta tutta d'interesse sociale e collettivo che vince l'interesse privato, qualunque sia » (173).

Riprendendo più avanti lo stesso tema, insistendovi, ne esplicita meglio il senso: « Non ostante la illimitata potenza attribuita al padrone della cosa, deve necessariamente subire limitazioni e modificazioni quando entra nel suo periodo di manifestazione e di esplicazione, non nel rapporto tra il proprietario e la cosa il quale rimane inalterato, ma nel rapporto tra il proprietario ed il pubblico, per un interesse tutto sociale e generale » (174).

I due testi sono rilevanti. Dimostrano, in primo luogo, quanto sia lontana da De Filippis ogni suggestione oggettivistica. Non è l'*utilitas rei*, non è la natura della cosa che impone la soluzione limitativa; anzi, il giurista napoletano ripete a più riprese che si addivene a ciò non per riguardo alcuno verso la cosa « che niente può opporre di rispettabile » al soggetto (175). Le riflessioni di Romagnosi, che partendo da una osservazione *ex re* era giunto alla divisione del dominio, sono qui completamente estranee. È invece l'impianto rosminiano — tutto teso a separare la dimensione individuale, asociale, della proprietà da quella sociale — che riemerge, come in Borsari.

Illimitatezza e limitatezza non sono caratteri legati alla assenza della stessa proprietà, ma alla diversa natura di diverse proprietà. L'illimitatezza è essenziale a quella proprietà generica, che non si è ancora calata nella concretezza dell'esperienza, che è soliloquio del soggetto sulla cosa, suo atto d'imperio proiettato su quell'oggetto bruto che è una porzione piccola o grande del mondo dei fenomeni. A questa proprietà — che è più una capacità,

(173) DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. II, p. 125.

(174) DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. II, p. 173.

(175) Lo afferma, nello stesso volume, a p. 125 e lo ripete a p. 174 (dove però, al rigo terzo, c'è un evidente *lapsus* tipografico).

una virtù del proprietario, ed ha quindi una misura prevalentemente intrasoggettiva anche se un suo capo obiettivo è collocato nell'esterno — ripugna l'idea del limite, conviene l'idea della dispoticità, perché qui l'uomo proprietario fa, in sostanza, i conti solo con se stesso.

Ma quando da questo piano sopraordinato, da questa metafisica, caliamo nella 'storia', quando entriamo — per dirla col De Filippis — « nel suo periodo di manifestazione e di esplicazione », in cui la proprietà, facendo i conti con gli altri soggetti e diventando rapporto sociale, si muta nel *diritto di* proprietà, con la acquisizione della socialità si acquisisce anche la nozione del limite: da essenzialmente illimitata, scendendo dall'archetipo alle varie derivazioni concrete, la proprietà si propone come naturalmente limitata.

Si dimostra qui, in questa appartata riflessione del giurista meridionale, la fecondità di quella dialettica fra i diversi piani del *dominium*, che è un po' il contrassegno teoretico della dottrina giuridica di metà Ottocento. Grazie alla possibilità di giocare appunto su due piani si realizza una mediazione culturale e si concilia sotto il profilo logico quella che pareva l'intima contraddizione fra illimitatezza e limitatezza. Il modello restava relegato nel paradiso degli archetipi, ma inefficace e quasi devitalizzato, malgrado le riaffermazioni solenni in linea di principio. Il limite era definitivamente recuperato all'effettività della proprietà della vita quotidiana capovolgendo così il significato della definizione assolutizzante.

« Nel concetto della proprietà vedemmo rinchiusi due rapporti: uno tra il proprietario e la cosa, e l'altro tra il medesimo proprietario ed i terzi », precisa De Filippis ⁽¹⁷⁶⁾. Si scoprono nettamente i due profili dell'istituto, l'individuale e il sociale, la sua bifrontalità, che sarà tanto valorizzata dalla dottrina successiva della seconda metà del secolo. E sulla scorta delle leggi speciali — che intervengono sempre più numerose dalla costituzione dello Stato unitario — si individua un primo fascio di limitazioni *ex*

(176) DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. II, p. 264.

lege concernenti ora la coltivazione del tabacco, lo sfruttamento di cave torbiere miniere, la gestione del patrimonio boschivo, la tenuta di terreni paludosi ⁽¹⁷⁷⁾.

La consapevolezza che traspare dalle pagine di De Filippis non si ripete nel coro dottrinale anche se resta acquisita l'idea del limite come aderente all'idea di proprietà 'sociale'. E questo emerge chiaro, quando si dice che il diritto di proprietà non consiste soltanto nel mio, ma piuttosto nel mio in stretto contatto e interdipendenza col tuo, l'uno e l'altro limitabile a causa del loro convivere; il che vale affermare una precisa nota di socialità, sia pure una socialità tra pari di segno modestissimo ⁽¹⁷⁸⁾. Ed emerge ugualmente, quando si afferma che l'assolutezza è carattere essenziale del diritto di proprietà « unicamente nei rapporti non attinenti né al diritto dei terzi, né all'interesse pubblico » ⁽¹⁷⁹⁾.

Accanto al (ed oltre il) dettato dell'art. 436, che prevede limitazioni nascenti da leggi e regolamenti, prende sempre più forma, sotto la palese influenza del Codice austriaco, un limite generico, non precisato in alcuna norma legislativa ma attingente direttamente al diritto naturale e pertanto costituente un vero e proprio principio generale dell'ordinamento: il diritto dei terzi. Il principio, applicato alla proprietà in misura tale da esorbitare di molto il ristretto campo dei rapporti di vicinato, serve alla dottrina come fonte di indeterminate limitazioni e rende la proprietà

⁽¹⁷⁷⁾ DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. II, p. 174 ss.

⁽¹⁷⁸⁾ RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., vol. II, p. 86: « il diritto assoluto di godere e disporre della propria cosa incontra però una limitazione nel diritto altrui ... siffatta limitazione sorge dall'essenza stessa del diritto di proprietà. La proprietà, infatti, che consiste nel tuo e nel mio svanirebbe ove il mio ed il tuo non potessero coesistere ».

⁽¹⁷⁹⁾ Francesco Saverio BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, vol. IX, P. I, p. 629. È il caso però di notare che la testimonianza di Bianchi — certamente paleocivilistica, ma datata 1895, ossia ai limiti estremi dell'itinerario paleocivilistico — assume il carattere della assolutezza come non-sinonimo di illimitatezza. I trenta anni, che separano i commentari di Bianchi e di Pacifici Mazzoni, non sono passati invano, tanto più che erano anni gremiti di interventi legislativi speciali nella sfera della proprietà e percorsi da una crisi profonda delle certezze individualistiche.

intrinsecamente molto più limitata di quanto postulino l'art. 436 e le disposizioni del Codice.

Come si è detto e come è il caso di ripetere, siamo qui oltre l'articolo. Si ha l'impressione che da parte della civilistica più provveduta si stia costruendo l'avvio per una teorica dei limiti della proprietà oltre le angustie della legge e per una sempre più marcata relativizzazione dell'istituto. I capitoli che seguono confermeranno l'impressione e la renderanno certezza, quando constateremo uscire dal ventre dell'*unum dominium* le tante proprietà imperfette, che il modello unitario nella sua assolutezza non aveva certamente fatto prevedere ⁽¹⁸⁰⁾ e che il *deus ex machina* del 'diritto dei terzi' permetteva, come vedremo, di realizzare.

5. Il rapporto giuridico di proprietà — questa ombra opaca dell'archetipo proprietà —, rappresentando la caduta del modello astratto dal limbo dell'assoluto intraindividuale nella incandescenza delle relazioni intersoggettive, si configura dunque come una proprietà diminuita e viziata nella sua contaminazione con il sociale.

Simbolo e testimonianza di questo peccato originale del *dominium* è la nozione di limite, ad esso connaturale dal momento medesimo della caduta. Una nozione di limite che, come abbiám veduto, si propone agli occhi dello storico come il tentativo di affermare e, al tempo stesso, superare il modello, avviare armonicamente un processo di relativizzazione delle marcate assolutezze riposte nel modello e da quello trasmesse alle varie derivazioni.

⁽¹⁸⁰⁾ Sintomatico DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. II, p. 236, che, introducendo il proprio discorso sulle «varie specie di proprietà», ossia sulla «proprietà letteraria ed artistica» e sulla «proprietà industriale», esordisce così: «La proprietà, così come l'abbiamo esaminata finora, con quei caratteri essenziali di assolutismo, esclusivismo ed irrevocabilità, è la proprietà dei beni corporali. Ma, come avvertimmo nel numero 180, si ammette pure la proprietà di cose incorporali, come sarebbero le opere letterarie, scientifiche, artistiche ed industriali. Ma la proprietà letteraria, scientifica ed artistica od industriale è inferiore e quindi diversa dalla proprietà dei beni corporali, guardata dal lato della durata, della estensione e delle garanzie legali». La vanificazione del modello operata mediante la introduzione di una serie di proprietà imperfette è qui già in atto.

Ma l'opera di relativizzazione era così appena iniziata. Infatti la vediamo subito spinta in altra direzione a conseguire risultati più consistenti; e il diritto di proprietà appare non soltanto limitabile ma divisibile.

Fra possibilità di limitazione e possibilità di divisione gli interpreti non avvertono alcun salto logico; l'una e l'altra sembrano appartenere alla dottrina generale dei 'temperamenti della proprietà', come allora si diceva con l'ancor vivo linguaggio romagnosiano ⁽¹⁸¹⁾. La divisione non è che il segno tangibile d'un limite di grado e d'intensità particolari.

Se generalmente la sfera d'azione del limite è la determinazione, in nome di interessi diversi da quelli del titolare, di ciò che è indeterminato e l'ordinamento di ciò che è disordinato; se generalmente la sua azione rimane esterna lasciando compressa ma strutturalmente intatta la situazione del titolare, in taluni casi il limite da esterno diventa interno e 'tempera' dall'interno la situazione proprietaria sottraendo al titolare una porzione del suo diritto. Si realizzano in tal modo quelle che il Borsari chiamava efficacemente « restrizioni intrinseche », limitazioni cioè che portavano

⁽¹⁸¹⁾ N. GERMANO, *Trattato delle servitù*, volume I - *Natura, caratteri e divisione delle servitù*, Napoli, 1900², p. 34. Il volume del Germano — che professionalmente non è un accademico, ma un magistrato, e che è personaggio di grosse pretese speculative, come talora accade ai pratici, confinate in una orditura grezzamente naturalistica e condite con fantasiose invenzioni — esce in prima edizione a Napoli nel 1886. Qui si usa la seconda edizione, giacché, pur formalmente variata, rappresenta la consolidazione del pensiero dell'autore, che, nella sostanza, resta immutato. Di Germano, una utile integrazione — sempre nell'ordine di idee espresso nel trattato sulle servitù — è costituita dai due articoli: *Spiegazione logica della teoria della comproprietà e Aggiunta all'articolo 'Spiegazione logica della teoria della comproprietà'*, in *Il Filangieri*, XVII (1892). È invece, nella sostanza, un estratto della prima edizione del primo volume del trattato sulle servitù l'articolo *La servitù è frazione e non modificazione della proprietà*, in *Gazzetta delle Preture*, VIII (1886), p. 449 (l'autore, nato nel 1854, era allora Pretore in Laurenzana, nella Basilicata). Il Germano, se si riesce a metter da parte certe costruzioni teoriche barocche e certe immaginose superfetazioni che nascono dalle sue velleità filosofiche, si propone come un limpido e incisivo interprete delle posizioni paleocivilistiche, che ripete tranquillamente nella seconda edizione del 'Trattato'. Con queste cautele lo utilizzeremo con profitto nel corso del presente lavoro.

a una divisione della proprietà, spesso autolimitazioni che il proprietario poneva in essere in grazia dell'assolutezza dei suoi poteri di *dominus*, come quando costituiva servitù prediali, diritti d'usufrutto, d'uso, d'abitazione o concedeva fondi in enfiteusi ⁽¹⁸²⁾.

Un simile riagganciare limitabilità e divisibilità aveva per i paleociviliisti italiani il pregio di ricondurre il secondo aspetto alla stessa sorgente di legittimazione del primo: su di un piano di giustificazioni formali manteneva tutta la sua validità anche per la divisione della proprietà — che è una specie particolarmente intensa del genere limitazione — il discorso elaborato e definito per quest'ultima. Formalmente, la possibilità di divisione nasce e si afferma sullo stesso terreno della possibilità del limite.

Nella piena consapevolezza che sia questo il punto storicamente più rilevante e più significativo, tale da schiuderci senza schermi pseudoappaganti il senso autentico della costruzione teorica della paleociviltà in tema di proprietà, non ci arresteremo però a queste sistemazioni preliminari. È insoddisfacente dire che quella divisione della proprietà — che per i nostri giuristi è rappresentata, come vedremo, dalla costituzione di un usufrutto, di un uso, di una servitù prediale, di una enfiteusi — rientra logicamente nei meccanismi di autolimitazione che il *dominus fundi* attua nella absolutezza del suo potere proprietario ⁽¹⁸³⁾, giacché, se si chiarisce in tal modo la fonte e la legittimità di quegli *jura in re aliena*, non si chiarisce affatto le ragioni per le quali quegli *jura* siano nella rappresentazione tecnica dei paleociviliisti ciò che non saranno per i civilisti neoterici, cioè delle frazioni di proprietà, causa di profondi « smembramenti » della proprietà.

⁽¹⁸²⁾ BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 843: « la proprietà essendo un complesso di diritti può suddividersi e separarsi, estrinsecando taluno di codesti suoi elementi costitutivi, che formano altri rapporti giuridici non meno reali. Sono altrettanti modi di disporre che competono al proprietario ». E Borsari fa appunto l'esempio d'una costituzione d'usufrutto, di servitù, d'ipoteca. Aggiungendo: « Siffatte restrizioni del diritto devono appellarsi intrinseche, attesa la disgregazione di una parte degli elementi che lo costituiscono ... ».

⁽¹⁸³⁾ Discorso che pure affiora qua e là, per tutto l'itinerario della paleociviltà, da Pescatore (cfr. *Logica del diritto*, cit., p. 253) a Francesco Saverio Bianchi (cfr. *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, p. I, p. 649).

Segno che, dalla teorica dei limiti, ci si deve addentrare nella concezione strutturale della proprietà, se si vuole operare un chiarimento esaustivo. Senza dubbio la proprietà è divisibile perché è limitabile; ma questo non basta. C'è da mettere in luce una concezione fondamentale, che doveva consentire al limite di penetrare fin nelle radici del *dominium* e di smembrarlo. L'enfiteusi, l'usufrutto, la servitù prediale possono arrivare ad acquisire una tale forza dirompente solo se al fondo sta l'idea madre che la proprietà sia un 'ente' concettualmente e tecnicamente divisibile. Diciamo meglio: se sia per sua vocazione, *natura sua*, divisibile.

Una efficace comprensione della dottrina dei paleocivilisti sulla proprietà potrà avvenire soltanto se si assume quale punto di partenza dell'indagine la coscienza, che quei giuristi ebbero nettissima, della natura composita del diritto di proprietà. Sospinti in un simile orientamento da quell'insieme di forze culturali che abbiamo visto premere sulla loro formazione professionale, essi tendono a percepire della proprietà non un tessuto inconsutile, compatto nella sua unitarietà, ma piuttosto un tessuto estremamente composito; non un potere unico che sia specchio della unicità della persona, ma un insieme coordinato di poteri ciascuno dei quali è fondato su elementi primordiali.

Sulla scorta delle stesse definizioni normative contenute nei Codici preunitari e nel Codice unitario, l'analisi dottrinale mira a scomporre il mosaico della proprietà nella somma delle sue tessere, nella convinzione che il segreto del *dominium* come combinazione di forze sia celato in ognuna di queste forze.

Da qui, una diagnosi capillare che articola, disgiunge, separa, che fa capo soprattutto — per la propria costruzione teorica — al ritrovamento delle parti riposte che formano il tutto e che il tutto non è riuscito a soffocare; e già questa premessa ci fa capire quanto si perpetui in questa nostra civilistica il groviglio delle diverse istanze tecniche che hanno dominato l'indagine giuridica della prima metà dell'Ottocento.

Come i caratteri della proprietà sono due — l'assolutezza e l'esclusività —, così sono due i suoi « attributi » o « elementi » costitutivi: il diritto-potere di disporre e quello di godere ⁽¹⁸⁴⁾.

(184) Si parla indifferentemente di « elementi » (cfr., *exempli causa*, BORSARI,

Non l'uno conglobato nell'altro, ma l'uno accanto all'altro con una inabdicabile possibilità di vita autonoma.

La posizione è espressa con la solita chiarezza, succinzione e anche immotivazione dal Pacifici Mazzoni: « Quando i due diritti di godere e disporre sono uniti la proprietà chiamasi perfetta, e se l'uno de' due è disgiunto dall'altro in tutto o in parte chiamasi imperfetta; a quest'ultima appartengono l'enfiteusi, l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e la servitù » ⁽¹⁸⁵⁾.

Tralasciamo quel richiamo alla 'proprietà imperfetta', che è rilevantisimo ma che ci impegnerà tra poco, e afferriamo per ora soltanto il dato istologico della analisi dottrinale: il grado di massima intensità del fenomeno appropriativo — che il Pacifici Mazzoni chiama 'proprietà perfetta' — non è che la occasionale riunione di attributi-elementi legati da una relativa coesione; coesione che al minimo accidente può sfaldarsi, consentendo ai singoli elementi una vita disgiunta. La disgiunzione degli elementi è insomma un fatto normale al pari della congiunzione, un fatto fisiologico e non patologico.

L'analisi dissacrante del fenomeno proprietà compiuto da tanti secoli di *jurisprudencia* del diritto comune con la sua accentuata scomposizione dell'unità del *dominium* preme nel subcosciente dei nostri civilisti e determina il loro modo di approccio con il problema. C'è anche qui l'esigenza di guardare con curiosità all'interno dell'involucro proprietà, di scomporre e di ricomporre ac-

Commentario del Codice civile italiano, cit., vol. II, § 927; FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., vol. II, § 365; Francesco S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, vol. IX, p. I, p. 681, o di « attributi » (cfr., *exempli causa*, PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., l. II, tit. II, n. 33; RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., vol. II, p. 152), o anche di « fattori » (cfr. BOLAFFIO, *Nozioni elementari di diritto civile patrio*, cit., p. 89), oppure di « elementi » e « attributi » insieme (cfr. SCOTTI, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., vol. I, § 853). Generalmente questi 'elementi' sono ravvisati, come si dice nel testo, nel disporre e nel godere. In qualche riflessione l'elemento del godere viene scisso nei due aspetti dell'*uti* e del *frui*, senza che però sia sostanzialmente alterato il quadro che si offre nel testo (per esempio, in Francesco Saverio Bianchi).

⁽¹⁸⁵⁾ PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., l. II, vol. I, n. 80, p. 78. L'insegnamento è ripetuto in *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., l. II, tit. II, n. 33.

quisendo però la consapevolezza fondamentale della sostanziale autonomia delle singole parti componenti.

Una testimonianza significativa è quella che ci dà Francesco Saverio Bianchi ai limiti estremi della zona temporale della paleociviltistica.

Bianchi — già lo sappiamo — è personaggio di rilievo; giurista solido, non ha le indulgenze retoriche o le fiacchezze letterarie purtroppo presenti in tanti altri; legato ai testi normativi, è però di essi interprete aperto e avveduto; scarno di riferimenti alla giurisprudenza e alla dottrina, ha stima assai relativa per la riflessione italiana tendendo l'orecchio a quella francese sempre però nella piena rivendicazione della propria libertà di interprete.

Il suo discorso sulla proprietà si svolge, in prevalenza, in una relativa solitudine. Maturatosi negli anni immediatamente antecedenti il 1895, conserva e porta innanzi irremovibile, tra il pullulare vivo e vivace — e anche virulento — della ormai imperante neociviltistica germanofila, il messaggio della prima interpretazione post-unitaria ⁽¹⁸⁶⁾. Il pregio eminente del suo discorso

⁽¹⁸⁶⁾ Si veda il rimprovero che gli farà, molti anni dopo, Biagio Brugi, in quel suo 'Trattato' sulla proprietà, che appare — in prima edizione — nel 'Trattato' generale del Fiore nel 1911 e che è il manifesto riassuntivo di tutto il filone dei neoterici. Cfr. B. BRUGI, *Della proprietà*, Napoli-Torino, 1923², p. 59 ss.); rimprovero reso più aspro dal conflitto fra la stima che il Brugi professa verso il Bianchi e dalla assoluta incomprensione verso ogni teorica scompositrice della proprietà. Scrive Brugi: « sarebbe desiderabile che nei nostri trattati di diritto civile non restasse traccia alcuna di quelle antiche distinzioni del dominio. E già siamo, a dir vero, sulla buona via. Ma devo pur ricordare, per l'autorità grande del nome, che il compianto F. S. Bianchi mantenne, e volle anzi rafforzare con argomenti giuridici, la distinzione di proprietà perfetta ed imperfetta » (p. 59). E Brugi, quasi per sottolineare la stonatura rappresentata dalla predetta opinione, rimprovera specificamente al Bianchi di essersi troppo fondato su Pothier e sui commentatori francesi che, dietro di quello ma contro il *Code*, avevano proposto la distinzione, rilevando che « il Bianchi non doveva dimenticare che la tendenza politica dei Compilatori di quel Codice [il *Code Napoléon*] corrisponde non pure al programma dei compilatori del nostro, ma alla dottrina stessa della proprietà come ce la trasmisero gli antichi giureconsulti italiani » (p. 60). Sacrosanto il richiamo alla politica dei Codificatori. Sorprendente invece il richiamo ai maestri italiani dello *jus commune*, che Brugi conosceva bene e il cui messaggio è addirittura in senso opposto a quello voluto dal romanista toscano. Segno che gli assiomi esistenti in tema di proprietà per il

sta nel non essere ripetitivo, di guardare a *tutto* lo sviluppo dottrinale in *tutta* la sua ricchezza e di tentare di dargli una più agguerrita sistemazione e formulazione tecnica. Della paleociviltistica Francesco Saverio Bianchi non è solo la voce temporalmente estrema, ma la più matura, la più speculativamente ricca, la più perspicuamente riassuntiva di trenta anni di dibattito.

Lo storico del diritto che cercasse e registrasse soltanto consonanze tra pensiero giuridico ed evoluzione delle strutture economiche rimarrebbe deluso di questo pensatore, robusto ma solitario e distaccato, così poco inserito nelle nuove espressioni di una cultura giuridica fedelmente interpretativa d'un individualismo dinamico. Per chi è attento alla avventura intellettuale della scienza anche e soprattutto come sforzo conoscitivo di lettura del mondo, l'opera del Bianchi è il segno tangibile della possibile autonomia della riflessione culturale e delle proprie forze; né ci sentiremmo di proporci il vacuo interrogativo se si tratti di pensiero conservatore e reazionario per una naturale diffidenza che portiamo verso qualificazioni tanto ambigue e tanto spesso antistoriche.

Il giureconsulto piacentino non si limita a ripetere col Pacifici Mazzoni e con gli altri civilisti che la proprietà « è quindi piena, o perfetta, allora quando tutte queste facoltà [cioè di usare, di godere e di disporre] sopra una cosa si trovino riunite nella stessa persona; ed all'opposto è meno piena, o imperfetta, se quei diritti siano disgiunti l'uno dall'altro, ed attribuiti a persone diverse » (187), ma esaspera l'analisi strutturale del diritto di proprietà.

Sintomatica una sua polemica in proposito con un autore tra i pochi dallo stesso Bianchi ammirato e seguito, il Demolombe. Questi aveva sostenuto la estrema rilevanza di uno studio degli elementi della proprietà nelle fattispecie che mostravano una loro disgiunzione, e una totale irrilevanza invece dello stesso studio allorché tali elementi si trovavano effettivamente riuniti e ricompresi nella proprietà piena. Non c'è motivo — precisava Demo-

romanista Brugi obnubilavano la sua mirabile conoscenza della *interpretatio* medievale.

(187) Francesco S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, p. I, p. 649.

lombe — di perder tempo a caratterizzarli in questa circostanza, dal momento che, essendo riuniti in una stessa mano, non è ipotizzabile tra essi un qualsiasi conflitto. Unica situazione apprezzabile da parte del giurista appare allora soltanto il diritto che risulta dalla loro riunione, e cioè la proprietà piena ⁽¹⁸⁸⁾.

La polemica di Bianchi si appunta esattamente contro questa asserzione. Egli infatti, non accettando l'invito dell'esegeta francese e conclamando anzi ad alta voce l'esigenza primaria per l'interprete di sottoporre ad analisi autonoma i singoli elementi della proprietà anche in presenza d'una situazione di proprietà perfetta, esaspera il carattere meramente composito di questa e l'autonomia delle singole posizioni all'interno della proprietà.

È in ciascuna di quelle e non nel contenitore generico la carica vitale della proprietà; è nel godere, nell'usare, nel disporre, e non già nella sua occasionale riunione, che nulla aggiunge in qualità ma soltanto in quantità alle sue singole articolazioni.

Ogni elemento rappresenta una ragione parziale di proprietà, con un'autonomia che in nessun momento vien meno, neanche nel momento di apparente fusione, come potrebbe essere interpretato la proprietà piena e che è invece soltanto uno stato in cui quelle autonomie quiescono pronte a manifestarsi alla prima occasione. Basterà infatti una limitazione che venga a incidere sulla proprietà piena, perché il meccanismo della autonomia scatti, e si manifesti anche esternamente quella non-fusione, quella separazione, che, costantemente anche se latentemente, ha caratterizzato i singoli elementi ⁽¹⁸⁹⁾.

Chi ha pratica del vecchio armamentario tecnico dei dottori e dei tribunali del tardo diritto comune avrà subito in mente un nome e un istituto: l'usufrutto causale. Questo, nella elaborazione dello *ius commune*, esprimeva il limite massimo cui era giunta la tendenza autonomizzatrice impressa alla facoltà di godimento in seno alla proprietà. L'*ususfructus causalis*, a fronte dell'*ususfructus formalis* che è lo *ius in re aliena* della tradizione romanistica di sempre, era il tentativo di dare un volto e dei

⁽¹⁸⁸⁾ Le affermazioni di Demolombe sono ampiamente riportate da Bianchi (*op. ult. cit.*, pp. 679-80).

⁽¹⁸⁹⁾ Francesco S. BIANCHI, *op. ult. cit.*, pp. 680-81.

confini autonomi al godimento non distaccato del proprietario, era il momento estremo di una elaborazione della teorica della proprietà incentrata sui singoli elementi componenti. È tutta questa tradizione giuridica che Francesco Saverio Bianchi ha dietro di sé e dentro di sé, e orienta la sua pagina; e, accanto, quel Codice parmense — *lex loci* per lui, piacentino di nascita, studente e professore nella Parma ducale —, che sembrava prolungare in un principato dell'Italia borghese buona parte della sistemazione medievale della proprietà.

Se l'analisi di Bianchi, per la sua impostazione e formulazione, propone con evidenza particolare il problema degli influssi del modello medievale, tutta la visione paleocivilistica del *dominium* incentrata sui suoi singoli elementi e sulla loro autonomia è, nella sostanza, un prolungamento del vecchio approccio con le cose.

In un clima di marcato individualismo, se qualcosa si depone della visione antica, è la ricostruzione dall'angolo d'osservazione della cosa e la valorizzazione della cosa, è l'orientamento squisitamente oggettivistico; né si può pertanto restare sorpresi quando Antonio Cavagnari, filosofo del diritto ⁽¹⁹⁰⁾, volendo dar veste filosofica alla costruzione giuridica, non trova di meglio per legittimare la disgiungibilità e autonomizzabilità degli elementi della proprietà — « i quali possono sussistere da sé » ⁽¹⁹¹⁾ — che legarli a singoli e autonomi momenti del comportamento del soggetto. La proprietà, come riunione di elementi autonomi, viene ad avere il suo fondamento puramente 'scientifico' in una psicologia analitica che, sezionando la complessità della psiche umana, tende a collegare, in un ingenuo tentativo dallo scoperto scientismo

⁽¹⁹⁰⁾ Su Antonio Cavagnari (1839-1913), modesto eclettico che dal 1879 insegna Filosofia del diritto alla Università di Padova, cfr. i cenni di N. BOBBIO, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX*, in *Bollettino dell'Istituto di filosofia del diritto della R. Università di Roma*, a. 1942, p. 83 ss. Un estrinseco profilo ne traccia V. POLACCO, in *Annuario della R. Università degli Studi di Padova*, a.a. 1913-14, Padova, 1914, p. 331 ss. Cavagnari fu singolarmente attratto dal tema della proprietà; vi si attarderà anche per studiare il non facile problema della proprietà letteraria. Cfr. A. CAVAGNARI, *La filosofia del diritto e la proprietà letteraria*, Padova, 1883.

⁽¹⁹¹⁾ CAVAGNARI, *Elementi naturali storici e filosofici del sistema del diritto*, Padova, 1876, p. 308.

positivistico, la nuda proprietà all'intelligenza, il possesso alla volontà, l'uso alla vita fisica.

Talora l'eredità medievale è più scopertamente segnalata, come quando si fa capo alla sostanza e all'uso della cosa per operare il frazionamento della proprietà ⁽¹⁹²⁾; talora è un effettivo affiorare di venature medievali, come quando si dice che « la proprietà come un potere giuridicamente esercitato sulla cosa o la colpisce nella totalità o nella parte soltanto » ⁽¹⁹³⁾, e si conclude che « nel primo caso è uno il potere complessivo; nell'altro caso è molteplice, diviso e separato ».

Il potere immediato ma parziale sulla cosa è qualificato qui come potere su parte della cosa, dove parte non significa già quota ideale di essa ma una delle sue varie dimensioni economico-giuridiche. Segno che il potere parziale nasce da una scomposizione economica della *res* ed è direttamente influenzato — se non addirittura promanante — dalla cosa.

Se si pensa che chi scrive in tal modo è Francesco De Filippis, il civilista napoletano che aveva insegnato l'assoluta irrilevanza della *res* per la costruzione di limiti alla proprietà ⁽¹⁹⁴⁾, dovremmo — comparando le due affermazioni — registrare la implicita contraddizione e ancora una volta insistere su una valutazione storiografica della paleocivilistica italiana come terreno di confluenza culturale e perciò terreno di mediazioni, di conflitti, di contraddizioni. In una letteratura giuridica legata da un preciso filo interiore col costume e con la tecnica del diritto comune, i rurgiti più o meno consapevoli di quella tradizione si uniscono disinvoltamente ad accenti accesamente individualistici. Senza dubbio, nel discorso di De Filippis or ora citato, c'è una valorizzazione della cosa e c'è l'indicazione d'una genesi dal basso del potere reale, che collocano l'autore al centro di un combattuto quadrivio culturale.

Ma la tenacia di queste antiche radici è dimostrata dalla convinzione senza incertezze, senza scosse, senza cedimenti, che la

⁽¹⁹²⁾ Soprattutto nei pratici. Cfr. GERMANO, *Trattato delle servitù*, cit., vol. I, p. 7.

⁽¹⁹³⁾ DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. II, p. XI.

⁽¹⁹⁴⁾ Si confronti il testo citato più sopra, a p. 278.

proprietà è un diritto complesso e composito. Si dirà che « rappresenta l'intero » ⁽¹⁹⁵⁾, che « racchiude in sé tutti i diritti che reali si appellano » ⁽¹⁹⁶⁾, che è « un complesso di diritti », « un complesso di elementi sostanziali che separandosi costituiscono altri nuclei di proprietà entro una sfera più circoscritta » ⁽¹⁹⁷⁾, « un diritto complesso che abbraccia speciali diritti, i quali possono sussistere da sé » ⁽¹⁹⁸⁾, che « non è un diritto semplice, ma sibbene un complesso di diritti, i quali, dove si trovino riuniti nella stessa persona, costituiscono la proprietà piena, la proprietà assoluta » ⁽¹⁹⁹⁾, che è un « integro » che può essere frazionato, smembrato, nel senso che i due fattori, che lo costituiscono, il godimento e la disponibilità, non sieno concentrati nella persona medesima » ⁽²⁰⁰⁾, che è una « riunione » di elementi ⁽²⁰¹⁾.

Certo è che si tratta di una realtà componibile e scomponibile con estrema facilità; di una realtà che, in presenza di tutti gli elementi componenti, è soltanto la somma di essi, è soltanto una realtà più completa. Non ingannino talvolta i termini usati, che parlano di 'totalità' ⁽²⁰²⁾ e di 'sintesi' ⁽²⁰³⁾: la proprietà è per

⁽¹⁹⁵⁾ DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. III, p. v.

⁽¹⁹⁶⁾ BUNIVA, *Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, cit., p. 72.

⁽¹⁹⁷⁾ BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 843 e § 927.

⁽¹⁹⁸⁾ CAVAGNARI, *Elementi naturali storici e filosofici del sistema del diritto*, cit., p. 308.

⁽¹⁹⁹⁾ PAOLI, *Delle servitù personali secondo il Codice civile italiano*, cit., p. 1.

⁽²⁰⁰⁾ BOLAFFIO, *Nozioni elementari di diritto civile patrio*, cit., p. 89.

⁽²⁰¹⁾ FRANCESCO Saverio BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, p. I, p. 681.

⁽²⁰²⁾ Come fa FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., vol. II, § 327. Ma ci si accorge subito che per lui totalità vale somma totale e non già fusione di elementi per cui il tutto è un *quid* profondamente diverso dalle parti; basta infatti fare attenzione al contesto del discorso di Foschini, nel quale si insegna che la proprietà « costituisce il complesso di tutte le facoltà che possono competere a taluno sopra una cosa, cioè la totalità degli attributi del dominio », per renderci conto che egli parla di totalità in un senso che non ha nulla in comune col significato che al termine attribuiranno i neoterici (cfr. più avanti a p. 319 ss.).

⁽²⁰³⁾ Di sintesi parla impropriamente DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto*

la paleocivilistica italiana la congiunzione di certi attributi senza che ad ognuno di essi il fatto occasionale del congiungersi tolga individualità e vigore, ma anzi serbando ognuno di essi intatta una propria carica tendenzialmente centrifuga.

Su un punto mette conto che spendiamo ancora qualche parola. Abbiam detto or ora che la loro riunione dà vita al diritto di proprietà, ma è stata una affermazione inesatta, o almeno provvisoria. I nostri paleocivilisti avrebbero preteso l'aggiunta di una aggettivazione non irrilevante e avrebbero parlato di proprietà 'perfetta'.

Il diritto di proprietà — che comprende il diritto di godere, di usare, di disporre — non è *sic et simpliciter* il diritto di proprietà, bensì un diritto di proprietà che sempre viene accompagnato da una qualificazione; più spesso si dirà perfetta ⁽²⁰⁴⁾, ma anche piena ⁽²⁰⁵⁾, ma anche completa ⁽²⁰⁶⁾. Voci varie per esprimere un'idea sola: quella di completezza; per dire che questo diritto ha la estensione più ampia, che racchiude in sé tutti i suoi attributi nessuno escluso.

Una simile proprietà così estesa è quella di cui parla la prima parte dell'art. 436 del Codice unitario; che è precisamente la proprietà giuridica costruita dal legislatore sul calco del modello metafisico, relativizzato e limitato nel momento in cui è divenuto uno schema socio-giuridico, ma serbante ancora ben marcati i caratteri di absolutezza così netti e limpidi nell'archetipo pre-

civile italiano comparato, cit., vol. III, p. V, assumendo il termine come sinonimo di completezza (« la proprietà rappresenta l'intero, perché è la sintesi dei poteri dominicali giuridicamente possibili sulle cose e congiuntamente attribuiti ad unica persona »); tant'è vero che per lui gli « elementi » della proprietà sono « frazioni » di essa (cfr. il seguito del passo or ora citato).

⁽²⁰⁴⁾ *Exempli causa*, PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., lib. II, vol. I, n. 80, p. 78; BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 843; MATTEI, *Il Codice civile italiano*, cit., vol. I, art. 439; FRANCESCO S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, p. I, p. 649.

⁽²⁰⁵⁾ FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., vol. II, § 368; PAOLI, *Delle servitù personali secondo il Codice civile italiano*, cit., p. 1. Spesso si parla anche di « proprietà piena e perfetta » (un esempio in BOLAFFIO, *Nozioni elementari di diritto civile patrio*, cit., p. 83).

⁽²⁰⁶⁾ BUNIVA, *Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, cit., p. 101.

sociale. Solo che l'operazione non si arresta qui, e il procedimento deduttivo non si ferma a segnare il trapasso da *la* proprietà al *diritto di* proprietà. Infatti il diritto di proprietà dell'art. 436 non è *la* proprietà giuridica, ma la *proprietà giuridica perfetta*.

Qualificazione né irrilevante né innocua, perché indica a sufficienza che lo scavo del giurista è destinato ad andare ancora oltre; perché rinvia a sue derivazioni e variazioni che perfette non sono.

Il diritto di proprietà dell'art. 436 — esso stesso derivazione del modello individuale di proprietà — è assunto come modello di altre proprietà giuridiche costruite sul suo calco e recanti nella loro struttura un grado maggiore o minore di imperfezione e di incompletezza. La dialettica fra proprietà e diritto di proprietà ora si complica e si articola ulteriormente nella dialettica fra proprietà perfetta e imperfetta, piena e meno piena, completa e incompleta ⁽²⁰⁷⁾.

Di modello in modello la relativizzazione operata dai nostri giuristi non ha soste, e non ha soste l'itinerario di allontanamento dall'archetipo supremo; il quale, senza mai essere smentito, galleggia però sempre più lontano e, vorremmo dire anche, sempre più inefficace.

Affermare che l'art. 436 rappresenta soltanto il modello dei diritti di proprietà — modello fissato nella formula di proprietà perfetta — non è conclusione di poco conto, ma segnala che il tema della proprietà giuridica non è esaurito né nell'articolo né nel titolo che il 436 inaugura. Il discorso sulla proprietà perfetta apre un problema di ulteriore relativizzazione in rapporto alle imperfezioni che il modello viene a subire. Se esse potranno essere considerate all'interno dello schema della proprietà e fino a che punto la nozione di proprietà supporterà ulteriori relativizzazioni, saranno gli interpreti stessi a significarcelo.

6. Parlando a proposito della costituzione d'usufrutto, di servitù prediali, d'ipoteca operata da un titolare del diritto di proprietà perfetta, Luigi Borsari afferma: « Siffatte restrizioni del

⁽²⁰⁷⁾ Come espressamente segnalano le indicazioni testuali riportate alle note che immediatamente precedono.

diritto di proprietà devono appellarsi intrinseche, attesa la disgregazione di una parte degli elementi che la costituiscono e la imperfezione in cui è venuta, talché in presenza di questo fatto ci sentiamo già fuori della nozione espressa nell'articolo 436 »⁽²⁰⁸⁾.

È un testo cui abbiamo già fatto riferimento⁽²⁰⁹⁾, ma su cui dobbiamo ritornare per la sua puntualità; riassume infatti quanto abbiamo detto sinora e apre il discorso sul cammino ulteriore che ci resta da percorrere.

È bastato che il proprietario abbia dato vita a una autolimitazione — sembra rilevare l'acuto giurista ferrarese —, che subito l'autolimitazione è calata nella struttura della situazione complessiva e ha diviso ciò che era naturalmente divisibile in quanto semplice congiunzione occasionale; è bastato che il proprietario abbia costituito una servitù, un usufrutto, un'enfiteusi, un'ipoteca, che subito questo atto da genericamente incisivo sul piano del reale è diventato incisivo su quello specifico della proprietà⁽²¹⁰⁾.

E Borsari consapevolmente avverte che un problema si è aperto: quale significato giuridico assume la 'imperfezione' del diritto di proprietà e che cosa tecnicamente si intende con il termine fumoso di proprietà imperfetta? Perché un dato è certo: che con la proprietà imperfetta si lascia il terreno sicuro dell'art. 436, dove è segnato in precisi contorni un *dominium* limitabile da leggi e da regolamenti ma completo di tutti i suoi attributi, per inoltrarci invece in una zona malsicura e popolata di figure dai contorni sfumati e sfocati.

È insomma lecita, a questo punto, la domanda: in quale zona del *mio* giuridico ci collochiamo? Fin dove si estende per i paleo-civilisti italiani quella dimensione intensa del *mio* giuridico che è la proprietà, se, pur con tutte le imperfezioni, si continuano a

⁽²⁰⁸⁾ BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 843.

⁽²⁰⁹⁾ Cfr. più sopra, a p. 283.

⁽²¹⁰⁾ Per amor di precisione va qui segnalato che, talora, singoli interpreti enunciano delle perplessità sulla identificazione di questo o quello *ius in re aliena* come smembramento della proprietà. Ci sembra tuttavia che sia sufficiente un semplice accenno, giacché queste sparse opinioni non sono che variazioni minime d'una linea interpretativa che è e resta unitaria e generale.

chiamare proprietà situazioni che il civilista italiano di oggi colloca ben al di fuori, tra i diritti reali limitati, tra i cosiddetti *jura in re aliena*? Se questo è il problema — l'identico problema, che noi ci poniamo espressamente e il Borsari implicitamente —, prendiamo pure le mosse dal testo borsariano.

Punto di partenza e premessa maggiore è che la proprietà perfetta è la somma di tutti gli elementi-attributi-fattori della proprietà e che, come ogni somma, è perfettamente 'smembrabile'. Dopo lo 'smembramento' ⁽²¹¹⁾ non sorge questione per la definizione tecnica della situazione del titolare del *dominium*: la sua è e non può non essere una proprietà imperfetta, perché diminuita di un elemento. Ma qual è la sorte giuridica dell'elemento che è stato smembrato? Come possiamo tecnicamente qualificarlo?

La dottrina ha cura di precisare che, parlando in termini di situazioni soggettive, e cioè in rapporto alla attività di un soggetto, gli elementi-attributi-fattori assumono l'aspetto di facoltà, di diritti di godimento, d'uso, di disposizione ⁽²¹²⁾. Si aggiunga; di diritti che « hanno tutti una destinazione, un esercizio ed un vantaggio proprio e distinto », che « ben possono concepirsi giuridicamente distaccati dal dominio » e possono avere « una distinta esistenza civile » ⁽²¹³⁾. Le tessere del mosaico proprietà sono delle 'frazioni' di essa, ma 'frazioni' dotate d'autonomia, vocate ad una vita propria anche dopo che si è frantumata la fragile congiunzione della proprietà piena.

Il procedere non può che seguire ormai una via deduttiva, tanto nette ed inequivoche sono le premesse assiomatiche: la qualificazione dell'elemento distaccato dovrà essere la stessa qua-

⁽²¹¹⁾ Come si dirà fra poco, il termine 'smembramento' non è nostro, ma tipico e tecnico dei paleocivillisti.

⁽²¹²⁾ A mero titolo d'esempio, PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., I, II, vol. I, n. 80, p. 78; ID., *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., I, II, tit. II, n. 33; BUNIVA, *Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, cit., p. 72 e 100-101; T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, Torino, 1873, vol. II, art. 477; DE LUCA, *Teoria della proprietà reale*, cit., p. 176; PAOLI, *Delle servitù personali secondo il Codice civile italiano*, cit., p. 2.

⁽²¹³⁾ PAOLI, *Delle servitù personali secondo il Codice civile italiano*, cit., p. 2.

lificazione che, sul piano logico, spetta alla frazione rispetto all'intero. Con la consueta chiarezza di idee De Filippis né dà una individuazione rigorosa e logicamente cristallina: « I diritti reali rappresentano le frazioni, perché sono elementi della proprietà, ovvero certi poteri dominicali staccati dall'intero ed attribuiti a persona diversa dal proprietario per esercitarli ugualmente che il proprietario sulla stessa cosa. Le frazioni per quanto minime in proporzione sono della stessa natura dell'intero. Quindi nei diritti reali si rattrovano quei medesimi caratteri che sono nella proprietà. È questa la ragione per la quale anche i diritti reali sono chiamati proprietà con l'aggiunta di semipiena per distinguerla dalla proprietà intera che è detta proprietà piena » (214).

Il termine 'smembramento' e il termine 'frazione' appartengono al vocabolario tecnico dei nostri paleociviltisti (215) e sottolineano la scomposizione della proprietà perfetta come diritto complesso, il carattere di parte rispetto all'intero che ha il diritto reale limitato (216).

La sottolineatura è greve di conseguenze, e il linguaggio non è occasionale. Arrivare da parte dei giuristi alla conclusione che una servitù prediale, un usufrutto, un uso, un'abitazione, un'enfiteusi, e via dicendo, sono, come concetti giuridici, delle frazioni della proprietà significa affermare la propria consapevolezza che il divario che separa proprietà e diritti reali limitati è un divario certamente non qualitativo ma soltanto quantitativo (217), che la

(214) DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, cit., vol. III, p. V.

(215) Non mette conto di fare citazioni. Si tratta di terminologia assolutamente comune. Esempio per chiarezza il testo istituzionale — cioè destinato alle scuole — di BOLAFFIO, *Nozioni elementari di diritto civile patrio*, cit., pp. 83-91 (*passim*).

(216) Per chi si muove dall'angolo d'osservazione della cosa « separare la cosa, come materia, dall'uso di cui la cosa può essere suscettibile, dicesi *frazionamento* della proprietà » (GERMANO, *Trattato delle servitù*, cit., vol. I, p. 26).

(217) Il che è benissimo espresso da Francesco S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 649, quando insegna che la proprietà « è quindi piena, o perfetta, allorché tutte queste facoltà sopra una cosa si trovino riunite nella stessa persona; ed all'opposto è meno piena, o imperfetta, se quei diritti siano disgiunti l'uno dall'altro, ed attribuiti a persone diverse ».

proprietà è soltanto il diritto reale più esteso, « più completo » ⁽²¹⁸⁾, il più ricco della gamma di attributi dominativi ⁽²¹⁹⁾.

Una certezza ultima domina tutto questo itinerario interpretativo, che i civilisti costruiscono finemente nella impalpabile zona di confine che è fuori della legge ma che ogni tanto disinvoltamente vi fa capo: certezza che *dominium* e *iura in re aliena* sono legati da una identica natura.

Il fenomeno appropriativo, come meglio vedremo nel prossimo capitolo, non ha qui quella scissione netta fra ciò che è proprietà e ciò che non lo è, che contraddistinguerà tutta la nuova civilistica italiana per arrivare quasi sino a noi; qui fra proprietà e diritto reale si tendono a vedere più gli elementi unitivi che le discriminazioni sostanziali, e una effettiva osmosi vincola la prima al secondo. Dalla proprietà al diritto reale non è un salto di piani, ma un continuo insensibile passaggio come fra due realtà qualitativamente omogenee. Una stessa natura funge da piattaforma comune delle due manifestazioni e, se non elimina, attenua le distinzioni. E i nostri autori lo conclamano a chiare note, quando ci dicono che la frazione reca impressa in sé l'immagine dell'intero; che il titolare d'un diritto reale limitato ha una funzione del diritto di proprietà, ossia ha una situazione che funzionalmente

⁽²¹⁸⁾ PACIFICI MAZZONI, *Codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei Dottori e la giurisprudenza - Della distinzione dei beni, della proprietà e delle modificazioni della proprietà ed in specie dell'usufrutto, uso ed abitazione*, Firenze, 1870², p. 102.

⁽²¹⁹⁾ Ecco alcune limpide enunciazioni di una convinzione generale: BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 927 (« dato che la proprietà è un complesso di elementi sostanziali che separandosi costituiscono altri nuclei di proprietà entro una sfera più circoscritta ... »); CAVAGNARI, *Elementi naturali storici e filosofici del sistema del diritto*, cit., p. 309 (« ciascuno di questi speciali diritti è sempre un diritto di proprietà, ma limitato e minore »); GERMANO, *Trattato delle servitù*, cit., vol. II, p. 28 (« quando si verifica il frazionamento di proprietà, chiunque abbia una frazione della stessa, ha i poteri di proprietario, sebbene limitatamente a tale frazione: non ha la piena proprietà, perché questa comprende tutti e tre gli elementi che la proprietà compongono, *sostanza, uso e frutto*, ed egli non ha che un elemento solo, ma relativamente a questo elemento è domino assoluto, irrevocabile ed esclusivo »).

è proprietà bensì ridotta, diminuita ⁽²²⁰⁾; che il cosiddetto *ius in re aliena* partecipa del carattere del *dominium* ⁽²²¹⁾.

È allora perfettamente comprensibile che, al termine del suo lungo processo di relativizzazione della proprietà, il paleocivilista non abbia alcuna esitazione nel qualificare proprietario e proprietà anche il soggetto e la situazione che fanno capo a un attributo distaccato, un attributo che si pone semplicemente come frazione dell'intero. E non si potrà non parlare tranquillamente, come comunemente si fa, di proprietà imperfetta o semipiena.

Consequenziale è dunque la conclusione del vecchio pratico pensoso, che se « il diritto reale, meno che per quanto l'estensione, deve avere gli stessi caratteri della proprietà, di cui è parte, e se nella proprietà si distinguono specialmente i caratteri di assolutismo, irrevocabilità ed esclusivismo, i medesimi debbono pure ritrovarsi in ogni diritto reale, e se non vi si rinvengono, diritto reale non può dirsi » ⁽²²²⁾.

Per ciascuno degli attributi infatti, minuziosamente, la dottrina ricostruisce la caratteriologia essenziale; in ciascuno scopre l'immagine del *dominium*. *In nuce* ogni attributo è una proprietà sostanziale. Si direbbe che, malgrado le ripetute enunciazioni retoriche sull'*unum dominium*, l'attenzione degli interpreti sia invece tutta rivolta all'interno del *dominium*, a quelle situazioni interne che ha autonomizzato e alla cui costruzione autonoma dedica ogni cura.

⁽²²⁰⁾ RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., vol. II, p. 152.

⁽²²¹⁾ BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 925 (« l'usufrutto partecipa della realtà che si assomma nel diritto di proprietà da cui procede »); FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., vol. II, § 366 (« i diritti reali e i pesi reali consistono nell'entrare in un rapporto diretto con la cosa corporale che resta nel possesso, almeno di diritto, del proprietario, ànno con la proprietà la stessa cosa ad immediato oggetto, partecipano del carattere della proprietà e si riducono a limitazioni del diritto di proprietà, cioè a concessioni che il proprietario fa ad altri di alcuna delle sue facoltà sulla cosa corporale che è nel suo dominio ... La proprietà è la *plena in re potestas*, i diritti reali e i pesi reali partecipano in qualche punto e per alcun verso della potestà del proprietario. I diritti reali e i pesi reali dunque ammettono una proprietà disgregata e ristretta »).

⁽²²²⁾ GERMANO, *Trattato delle servitù*, cit., vol. I, p. 37.

Senza dichiarazioni programmatiche, nascostamente e quasi silenziosamente, si perpetra da parte della paleocivilistica un sostanziale tradimento dei valori codificati dell'individualismo possessivo, con un'attenzione che si sposta sempre più da *la* proprietà a situazioni diverse. Che poi a queste situazioni si dia una nobilitazione formale e le si collochino nell'ambito dei *dominia*, questo non fa che confermare e avvalorare la conclusione. Sotto questo profilo, l'analisi della paleocivilistica italiana si mostra allo storico come la naturale prosecuzione, pur dopo la cesura dei Codici, pur dopo le affermazioni rivoluzionarie, delle analisi tecniche dei maestri del diritto comune.

Chi voglia sincerarsene non ha che da aprire le molte pagine che, nell'ambito del suo corso, Francesco Saverio Bianchi dedica al problema. Capillarmente, insistentemente, si riconducono agli attributi, alle frazioni dell'ente complesso, i caratteri dell'ente stesso. Si tende quasi a liberarli dal vincolo coercitivo della congiunzione. L'interesse palese del giurista è per questi momenti della proprietà, che sono già di per sé delle proprietà embrionali, che hanno in sé tutte le ragioni per essere così qualificati. E il giurista si compiace di colorire queste proprietà parziali dei crismi della assolutezza, della esclusività, della perpetuità; e il divario che separa la proprietà della cosa dalla proprietà del diritto sulla cosa tende a colmarsi in una visione assai sfumata, in cui si è perduta la traccia di antiche e rigorose separazioni ⁽²²³⁾.

7. Al termine dell'itinerario descritto una conclusione doverosa da trarre, che è singolare e sconcertante se si tien conto del nostro punto di partenza, è che la dialettica proprietà perfetta-proprietà imperfetta, la proliferazione delle proprietà imperfette, venano di atipicità tutto il tema della proprietà. Non siamo ormai più in presenza de *la* proprietà, ma di un fascio di situazioni proprietarie abbastanza ampio inseribili tutte nel novero delle figure tecniche di *dominium*; e non ha torto la dottrina paleocivilistica, quando, commentando la dizione ambigua dell'art. 441 del Codice unitario concedente ad « ogni proprietario » l'azione di

⁽²²³⁾ Pagine importanti vi dedica appunto Francesco S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 645 ss., p. 681 ss., p. 827 ss.

stabilimento dei termini ⁽²²⁴⁾, riferisce quella dizione anche a ogni titolare di proprietà imperfetta in quanto autentico proprietario ⁽²²⁵⁾; o quando, coerentemente, estende l'area dei legittimati alla stessa azione rivendicatoria ⁽²²⁶⁾.

La proprietà da una tipicità esasperata — tanto esasperata da esaurirsi in una assoluta, infrangibile unità — passa ad una netta atipicità.

Si tenga infatti conto che ogni modificazione della proprietà è colta soprattutto nel suo aspetto di 'proprietà modificata' ⁽²²⁷⁾, e si ponga attenzione al fatto che, contro certe perplessità affioranti nella letteratura esegetica francese, si ammette la generale autonomia dei privati nella costituzione di diritti di servitù e quindi un *numerus non clausus* di questi ⁽²²⁸⁾; che, quindi, la

⁽²²⁴⁾ Non ci interessa qui il problema — che è dibattuto in dottrina — se l'art. 441 contempra soltanto l'azione di stabilimento dei termini o anche quella di regolamento dei confini. Vedi la descrizione precisa della disputa esegetica nel riassuntivo Francesco Saverio BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 908 ss.

⁽²²⁵⁾ Lapidario, Francesco Saverio BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 963: « è vero che il testo della legge attribuisce quell'azione ad ogni proprietario, ma lo è appunto anche chi ha un dominio imperfetto ». Ma si vedano anche PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., lib. II, vol. I, n. 124, p. 106; ID., *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., l. II, tit. II, n. 38; BUNIVA, *Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, cit., p. 110; BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 863; MATTEI, *Il Codice civile italiano nei singoli articoli*, cit., art. 441; FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, cit., vol. II, art. 441.

⁽²²⁶⁾ « L'azione rivendicatoria compete ad ogni proprietario ... abbia perfetta o imperfetta proprietà ... Né manco è da distinguere, se la proprietà sia perpetua o temporanea ... » (PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., lib. II, tit. II, n. 34). Cfr. anche il lucido e motivato discorso di BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 854, che sarà ripreso più avanti nel testo.

⁽²²⁷⁾ PACIFICI MAZZONI, *Codice civile commentato*, cit., lib. II, vol. I, n. 288 in princ.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, vol. I, Firenze, 1876, p. 3; BOLAFFIO, *Nozioni elementari di diritto civile patrio*, cit., p. 83.

⁽²²⁸⁾ Si veda, riassuntivamente, Francesco Saverio BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 814-816, secondo il quale « la libera facoltà di disporre dei beni propri si estende anche alla facoltà di costituire sopra di essi

‘imperfezione’ consiste nell’incidenza di una categoria di interventi non previsti e non prevedibili, perché legati al variare dell’esperienza, e cioè all’ordinamento nel suo vivere e nel suo divenire. Si aggiunga infine che c’è, nel terreno dei diritti reali, una tendenza a lavorare *extra Codicem* o almeno tra le righe del Codice, sfruttando appieno ogni possibilità interpretativa, come dimostrano le considerazioni or ora fatte e come meglio dimostrano le dispute sul tema della superficie ⁽²²⁹⁾.

Si profila insomma un quadro in cui i confini tradizionali del *dominium* subiscono una estensione e una elasticizzazione notabili. Il campo semantico della proprietà è costellato di un numero indefinito di figure che si strutturano tutte quali proprietà ‘relative’, ciascuna costruita in modo ‘assoluto’ ed ‘esclusivo’ come si conviene a dei *dominia*, ma la cui assolutezza e la cui esclusività si pongono e non possono non porsi che come una assolutezza ed una esclusività relative.

In questa apparente contraddizione, che sembra incarnare un ridicolo bisticcio concettuale, sta tutta la carica di atipicità della proprietà (o meglio delle proprietà) nella elaborazione della paleocivilistica italiana.

All’estremo di un disinvolto processo di relativizzazione, la nozione di proprietà è l’ombra sfocata non solo del modello meta-giuridico, ma anche dello stesso modello giuridico. La tanto predicata assolutezza, serbata formalmente intatta a caratterizzare gli attributi interni al *dominium*, al termine della costruzione giuridica d’una proprietà intimamente divisa, si è cambiata in qualcosa che di assolutezza mantiene soltanto il nome, ma che sostanzialmente significa autonomia.

quei diritti reali, quali che siano, che il proprietario reputi opportuno di stabilirvi, ancorché non siano contemplati e regolati con apposite disposizioni dalla legge» (p. 816). La dottrina era agevolata, sulla strada di questa conclusione, dal fatto che il Codice unitario italiano non aveva riprodotto la norma limitativa espressa nel *Code Napoléon*, dall’art. 543.

⁽²²⁹⁾ È noto che tutta la seconda metà dell’Ottocento è percorsa dalla questione della ammissibilità nell’ordinamento positivo italiano dell’istituto della superficie, che il Codice mostra di ignorare. Cfr. per tutti N. COVIELLO, *Della superficie considerata anche in rapporto al suolo e al sottosuolo*, Bologna, 1892, p. 101.

Il Borsari è, tra i paleocivilisti, quello che ha il merito di fissare chiaramente questa convinzione e forse anche quello di averne una consapevolezza più acuta: « Parliamo dunque della proprietà; la estensione del suo significato si manifesta vieppiù nella rivendicazione. Una cosa può appartenerci in modi assai differenti; può appartenerci nella totalità del diritto o soltanto in parte: la proprietà intera e la perfetta disponibilità, ovvero una proprietà modificata dai diritti altrui, e una disponibilità limitata. Il nudo proprietario, quantunque sia privo per un certo tempo della utilità della cosa: e chi ha un diritto di proprietà a tempo e revocabile, e così diciamo dei casi in cui si abbia un diritto meramente secondario, impresso sulla cosa di un altro, come una servitù, può esercitare il diritto della rivendicazione »⁽²³⁰⁾.

Ponendosi dall'angolo di osservazione della tutela del diritto — quello stesso osservatorio che si era rivelato tanto prezioso per i maestri medievali⁽²³¹⁾ —, Borsari percepisce in pieno, e accetta, e insegna lo sfaldamento del valore storico del dominio unitario, dominio drasticamente unicizzato, così come la tradizione romanistica e un filone cosiddetto romano porgevano alla coscienza moderna; e prende corpo una nozione di appartenenza, che è una versione estremamente relativizzata del *meum esse*; che è, ridotta all'osso, autonomia di poteri immediati sulla cosa.

Annoterà eloquentemente lo stesso Borsari a proposito della proprietà imperfetta: « fu chiamato dominio imperfetto, e lo è in confronto della proprietà piena e completa; ma imperfetto non è *in parte sua*, e nel modo legittimo della sua esistenza »⁽²³²⁾. E il disegno della trama organica e delle sue matrici culturali si delinea nitido: la imperfezione, di cui si parla, è affatto relativa, cioè relativa alla proprietà intera e perfetta, ma in sé la situazione del titolare d'un diritto reale limitato ha una propria *perfectio*, una propria compiutezza. È sì una tessera del mosaico proprietà, ma una tessera completamente autonoma.

⁽²³⁰⁾ BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 854.

⁽²³¹⁾ Ci sia consentito di rinviare a GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 144 ss.

⁽²³²⁾ Cfr. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 854, nota 1 di p. 153.

Si raccoglie qui il frutto della operazione di distacco e di autonomizzazione degli attributi del *dominium*, cui si è accennato più sopra, e proprietà diventa ogni situazione di autonomia sulla cosa legata a un attributo-elemento primordiale del diritto di proprietà perfetta come l'uso, il godimento, la disposizione; a un attributo-elemento che ci appare come una ragione di proprietà. Per la situazione soggettiva imperfetta — cioè parziale, incompleta, limitata —, l'essenziale è la sua autonomia, la sua *perfectio*, che non è *perfectio* rispetto al tutto ma che è *perfectio* della parte in seno al tutto. L'essenziale è l'esistenza di « un diritto reale, proprio, non precario » ⁽²³³⁾.

Nitido dunque il disegno, ma nitida altresì la derivazione culturale: anche se non sussistessero quei richiami al Gail, al Minsingero, al Menochio, al Mascardo, di cui sono costellate le annotazioni del Borsari, l'influenza del modello medievale è palese. Medievale è infatti, come sappiamo, la riduzione del *dominium* ad autonomia di poteri immediati sulla cosa, e medievale è la detipicizzazione del *dominium* in un fascio di *dominia semiplena*. Il discorso del giurista ottocentesco si muove utilizzando i medesimi moduli interpretativi e pervenendo alle medesime conclusioni d'un commentatore o d'un sistematico dello *jus commune*.

Non fa, per questo, meraviglia, se vediamo generalmente accettata la teoria del dominio diviso già condannata dal Thibaut ⁽²³⁴⁾. In fondo, si presentava semplicemente nella veste di « una specie

⁽²³³⁾ A proposito dell'azione di stabilimento dei termini, afferma BUNIVA (*Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, cit., p. 110): « il Codice civile accorda ad ogni proprietario il diritto di cui favelliamo: non crediamo che queste parole escludano l'usufruttuario, l'usuario e l'enfiteuta, i quali hanno un diritto reale, proprio, non precario, sul fondo ».

⁽²³⁴⁾ Già prima del Codice unitario ne aveva proclamato la legittimità il PESCATORE, *Logica del diritto*, cit., p. 254. Dopo il Codice, cfr. *exempli causa* PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., lib. III, p. 11, n. 342; BUNIVA, *Dei beni e della proprietà secondo il Codice civile del Regno d'Italia*, cit., p. 99; FERRAROTTI, *Commentario teorico-pratico comparato al Codice civile italiano*, cit., vol. X, art. 1556; RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., vol. VIII, p. 19 ss.; FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano ed italiano*, cit., vol. II, § 901 ss.; MAJORANA, *Elementi di diritto rurale*, cit., p. 131; SCOTTI, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., vol. II, § 1277; Francesco S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 802.

di proprietà imperfetta » ⁽²³⁵⁾, applicazione conseguente dell'idea del *multiplex dominium pro diviso*.

È chiaro infatti, come si fa notare, che nella proprietà imperfetta i due proprietari parziali « non sono enti sovrapposti a una stessa proprietà, quasi proprietari in solido o comproprietari indivisi, ma ognuno di essi ritiene una parte del dominio sotto forme del tutto distinte » ⁽²³⁶⁾; così come fanno il *dominus utilis* e il *dominus directus* nella sistemazione dei Glossatori e dei Commentatori ⁽²³⁷⁾.

La teoria della proprietà divisa mostrava cioè di rientrare perfettamente nell'orditura teorica della proprietà tessuta dalla paleociviltà italiana ⁽²³⁸⁾; erano entrambe filiazioni di una stessa matrice culturale, che, lungi dallo spengersi, aveva continuato a vivere vita lunga e prospera nelle coscienze dei giuristi anche assai dopo i clamori e gli entusiasmi rivoluzionari. E vita lunga avrà per tutto l'Ottocento, in mezzo a molti dissensi, tra lo scherno e la sufficienza dei neoteorici, lo schema del dominio diviso, soprattutto nella consueta applicazione dell'enfiteusi ⁽²³⁹⁾.

⁽²³⁵⁾ Francesco S. BIANCHI, *Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 802.

⁽²³⁶⁾ BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, cit., vol. II, § 927. Questo vuol sottolineare, su di un piano generale, Francesco Saverio BIANCHI (*Corso di Codice civile italiano*, cit., vol. IX, P. I, p. 640), quando insegna che « dall'essere assoluto ed esclusivo il diritto di proprietà, derivasi ancora un'altra conseguenza: ed è che tale diritto non può esistere contemporaneamente *in solido* presso due o più persone sopra una medesima cosa, in guisa che ciascuna di quelle persone sia nello stesso tempo proprietaria di tutta la cosa ». *A contrario* si può ipotizzare la compresenza di più proprietari, nello stesso tempo, su elementi della stessa cosa: il che è precisamente il caso della proprietà imperfetta e quindi del dominio diviso.

⁽²³⁷⁾ Sulla autonomia proprietaria sia del *dominus utilis* che del *dominus directus*, cfr. PESCATORE, *Logica del diritto*, cit., p. 254.

⁽²³⁸⁾ E infatti si è ben lungi dal vedervi lo *Unding* di thibautiana memoria. Anzi, di fronte alla convinzione « che essa ripugni ai principii razionali pel dualismo di dominio che induce », si risponde che « non esiste sostanzialmente questa decisa ripugnanza ai principii razionali del diritto nella costituzione di due domini, che caratterizzano l'enfiteusi, l'uno diretto e l'altro utile ... Il dualismo d'altronde era inevitabile, e sorgeva *rebus ipsis dictantibus ac humanis necessitatibus* » (FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al Codice civile italiano*, cit., vol. X, art. 1556).

⁽²³⁹⁾ Malgrado che, sulle orme di Thibaut, il De Crescenzo, romanista lega-

III. Nuovi itinerari di ricerca.

1. Condotta a termine l'analisi delle linee portanti della costruzione giuridica paleocivilistica, il nostro compito potrebbe dirsi esaurito. Seguire l'ulteriore itinerario storico percorso dalla dottrina italiana in tema di proprietà significherebbe individuare e ricomporre quel filo autonomo di pensiero che, nascendo nel momento in cui i paleocivilisti compivano la loro sistemazione, aveva sin dall'origine assunto un atteggiamento polemico con quella sistemazione e l'aveva sempre serbato nel corso d'una vitale esistenza attraverso gli ultimi decenni dell'Ottocento e i primi del Novecento. Seguire oltre la civilistica italiana significherebbe cioè imboccare un nuovo indirizzo di ricerca, che si fonda su scelte teoriche profondamente diverse e che le porta innanzi fino ad arrivare alle soglie della dottrina contemporanea.

Il che né vogliamo né possiamo fare in questa sede. Le pagine che seguono invece saranno destinate al fine più modesto ed elementare di cogliere la crisi della sistemazione paleocivilistica in alcune significative testimonianze e, insieme, la prima emersione dei nuovi valori. In tal modo la definizione storica della paleocivilistica italiana può dirsi operata più compiutamente.

La dottrina di cui ci siamo occupati finora affonda, come abbiamo visto, le sue radici nel clima preunitario, si sviluppa

tissimo alla scuola tedesca, deprecasse, nel 1876: « in Italia siamo rimasti tenacemente attaccati a quella dottrina, ma la scienza l'ha inesorabilmente condannata » (cfr. N. DE CRESCENZIO, *Della indivisibilità del canone enfiteutico secondo l'antico e il moderno diritto*, in *Il Filangieri*, I (1876), p. 740), troviamo a fine secolo trattatisti che la ripropongono tranquillamente e consapevolmente, affermando: « le denominazioni di dominio diretto e di dominio utile ... divennero comuni nel linguaggio giuridico. Ciò dimostrava che l'idea di cui quelle parole erano la espressione stava nella coscienza di tutti e rispondeva alla realtà delle cose » (F. PERNA, *L'enfiteusi nel diritto antico e moderno*, Napoli, 1892, p. 229). Una sorta di *status quaestionis* è offerto da A. DE ROSA, *L'enfiteusi, tanto pel diritto romano che per le ab. ll. cc. napoletane, e più ancora pel cod. civ. ital. rappresenta due dominii « pro diviso »: opinioni contrarie del Fulci e del Colamarino; del Mirabelli, del De Crescenzo e del Laurent*, in *Il Filangieri*, XXVI (1901), che, ancora ai primi anni del Novecento, in un saggio modestissimo, riafferma la dottrina sotto l'usbergo della difesa filosofica fattane quasi settanta anni prima dal Rosmini.

ampiamente fra gli anni Sessanta e Ottanta, continua a prosperare per inerzia dopo gli anni Ottanta e giunge ad avere autorevoli, limpide, consapevoli propaggini nell'estremo scorcio del secolo; come già sappiamo, appare nel 1895 il volume sulla proprietà del maestro 'Corso' di Francesco Saverio Bianchi, ed è una voce nitida e ferma, senza un'inflessione, senza una stonatura.

Quaranta anni di vita sono tuttavia parecchi per una riflessione concernente un tema tanto scottante e tanto legato ai mutamenti del regime politico e della stessa società civile come l'appropriazione dei beni; né è pensabile che una costruzione teorica resti inalterata in un quarantennio di profonda evoluzione del modello economico-sociale di proprietà e di profonda incidenza di sempre più numerosi interventi legislativi nel territorio abbastanza inviolato del *dominium*. È ovvio che, nel corso di questo cammino, il panorama dottrinale si faccia, da compatto, sempre più variato e che, all'interno del coro, si faccia sempre più sentire qualche voce isolata, con un timbro proprio. Saranno voci di incertezza denotante una complessa sensibilità, e perciò voci di crisi situate sullo spartiacque tra vecchia scuola e nuove istanze; saranno voci di aperto dissenso, di disconoscimento dei vecchi valori culturali, sempre più tendenti a costituire una corallità contrapposta, e perciò già situate nel percorso nuovo e diverso che ora prende forma e di cui or ora si parlava. Alle prime vogliamo dedicare un po' d'attenzione in questo capitolo, riservandoci qualche accenno alle seconde nei due capitoli che seguiranno.

Tralasciamo gli accenni critici immotivati che ci è dato trovare in taluni personaggi d'innegabile modestia ⁽²⁴⁰⁾ e spendiamo

⁽²⁴⁰⁾ Com'è quel Giovanni Lomonaco (1848-1912), che abbiamo già ricordato e dovremo ancora ricordare per un suo studio assai noto su 'i temperamenti della proprietà prediale' (cfr. p. 273 e p. 324). Egli respinge come inesatta la qualificazione della servitù come smembramento della proprietà (G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Napoli, 1894³, vol. III, p. 247), però sembra accoglierne il presupposto. Più sopra (*ibidem*, p. 203) aveva infatti affermato che « non ripugna all'essenza della proprietà il trasferimento in favore d'una persona diversa dal proprietario, di uno dei diritti che abitualmente, normalmente, ineriscono al dominio ». La 'inesattezza' della nozione di smembramento ci appare pertanto immotivata. Le 'Istituzioni' di Lomonaco, di cui si è qui usata la seconda edizione, sono stampate per la prima volta a Napoli nel 1883-84.

invece qualche parola su due personaggi di rilievo che si collocano esattamente nella delicata zona di transizione fra vecchio e nuovo: Ferdinando Bianchi e Paolo Emilio Bensa, il Bensa così come ci appare dal suo corso senese sulle servitù prediali, che è del 1899.

Ferdinando Bianchi, figlio di Francesco Saverio, giurista dotato di buona cultura e di buona tecnica nonché di una certa attenzione per il metagiuridico ⁽²⁴¹⁾, scrive nel 1888 un libro sulle servitù legali, che rappresenta, come vedremo, un momento di qualche rispetto nell'evolversi della teoria delle limitazioni della proprietà ⁽²⁴²⁾. È in questo libro che affiora un preciso disagio per la dottrina dello 'smembramento' nella sua formulazione tradizionale, cioè come geminazione dell'*unum dominium* in due proprietà imperfette.

Per Bianchi può anche essere accolta la nozione di 'smembramento', « nel senso che qualcuno degli elementi o attributi giuridici della proprietà venga staccato dal fondo servente e ricongiunto al fondo dominante » ⁽²⁴³⁾, a condizione però che non si deduca da questo distacco la genesi di due *dominia minus plena*, di due proprietà modificate. Il distacco, se genera una imperfezione nel rapporto dominativo, la genera nella situazione del titolare del fondo servente, che è e resta proprietario unico della cosa, sia pure con una diminuzione patrimoniale. Il proprietario del fondo dominante non avrà sulla cosa gravata alcun rapporto dominativo neppure parziale, ma soltanto « un diritto speciale », come si conviene a chi « è investito di un particolare diritto » ⁽²⁴⁴⁾.

Con qualche incertezza, dietro una accettazione formale della nozione di smembramento, emerge qui quella contrapposizione tra proprietà quale signoria generale e *jus in re aliena* quale signoria determinata e particolare, che i tedeschi avevano messo

⁽²⁴¹⁾ Su Ferdinando Bianchi (1854-1896) una insoddisfacente biografia redazionale è in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. X, Roma, 1968, p. 83.

⁽²⁴²⁾ Il volume, cui si allude nel testo, è il *Trattato delle servitù legali nel diritto civile italiano*, vol. I. *Teoria generale*, Lanciano, 1888. Questo libro era stato preceduto da un saggio su *I limiti legali della proprietà nel diritto civile*, Macerata, 1885, poi trasfuso nella più ampia opera successiva.

⁽²⁴³⁾ Ferdinando BIANCHI, *Trattato delle servitù legali*, cit., p. 164.

⁽²⁴⁴⁾ *Op. ult. cit.*, pp. 164-65.

fortemente in luce e che i filoni neoterici stavano portando avanti con decisione. Ferdinando Bianchi, sicuro nelle sue saldezze romanistiche e nella sua eccellente conoscenza della riflessione germanica, registra la nuova acquisizione dottrinale, senza rotture clamorose, dando delle dottrine vecchie e nuove una empiricissima applicazione mediativa ⁽²⁴⁵⁾, dimostrando soltanto di essere seduto a un difficile spartiacque culturale e tecnico ⁽²⁴⁶⁾.

Al centro di questo stesso spartiacque, al centro di un palese conflitto di influenze, ci appare la tecnicamente tormentata testimonianza offertaci dal Bensa nel suo corso senese ⁽²⁴⁷⁾.

Qui la lezione dei tedeschi è forte, e traspare dalla netta esigenza — che intimamente pervade tutto il corso — di una costruzione giuridica teoreticamente robusta; ma la scelta del giurista non è netta.

Ne deriva un libro interessante più sul piano storico che su quello teorico; un libro che può essere assunto come l'estremo tentativo di saldare, alle soglie del nuovo secolo, le conclusioni paleociviltistiche con le nuove sistemazioni che muovono dagli ultimi pandettisti. Il rinvio a due modelli di proprietà è evidente quando, mentre si parla generalmente del *dominium* come « collettività » e somma di diritti ⁽²⁴⁸⁾, emerge talora un richiamo — di pretta marca neoterica — a « la totalità delle potestà giu-

⁽²⁴⁵⁾ A Bianchi « sembra che la vecchia e nuova dottrina pecchino amendue per eccesso, pretendendo fissare massime assolute, applicabili ugualmente ad enti varii e multiformi nel loro oggetto; cioè ponendosi dinanzi una servitù, tipo astratto e generale, invece di considerarne in concreto le singole e differenti forme » (p. 165). La sua soluzione è che talune servitù — ad esempio, quelle negative — non possano essere considerate smembramenti estrinsecandosi in una mera astensione del proprietario del fondo servente, mentre lo possono certe servitù — quali i diritti d'uso e di passaggio —, in cui si opera una sostituzione del titolare del fondo dominante in attributi specifici del *dominium* del fondo servente.

⁽²⁴⁶⁾ Bianchi espone preliminarmente, con estrema chiarezza, le due posizioni e le loro motivazioni tecniche (cfr. pp. 162-63).

⁽²⁴⁷⁾ Paolo Emilio Bensa, *Delle servitù prediali* - Lezioni raccolte dallo studente Giuseppe Amadeo, Siena, 1899. Un cenno sulla rilevanza di questo 'corso' può trovarsi in R. LUZZATTO, *Paolo Emilio Bensa scrittore e maestro*, saggio che risale all'anno della morte di Bensa (1928), ma che è ora comodamente riprodotto in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano, 1969, p. 31.

⁽²⁴⁸⁾ Bensa, *Delle servitù prediali*, cit., pp. 9-10.

ridiche, che possono spettare alla persona sulla cosa » ⁽²⁴⁹⁾, dove totalità è il completo superamento delle individualità delle singole situazioni all'interno della proprietà.

Non v'è dubbio che il filone portante cui Bensa concettualmente fa capo è quello paleocivilistico. La nozione della servitù come « smembramento della proprietà » non è passivamente subita, ma accolta con lucida consapevolezza; e, anche se ne vengono rifiutate indebite esasperazioni ⁽²⁵⁰⁾, le obiezioni di Windscheid imperniate sulla diversità strutturale fra *dominium* e *iura in re aliena* sono respinte sulla base di autorità accuratamente scelte nella più risalente letteratura tedesca, di testi romani 'correttamente' interpretati, nonché di una tradizione cui il civilista genovese non si sente di rinunciare e che, secondo lui, è stata ricevuta nel sistema della Codificazione ⁽²⁵¹⁾: « laonde a noi par vera la formola del Bachofen ⁽²⁵²⁾, il quale a proposito dell'usufrutto, in cui realmente meglio risultano in contrapposto i concetti comuni di nuda proprietà e di proprietà piena, parte dal concetto che il diritto integrale di proprietà si può considerare come cumulativamente esercitato dal proprietario e da tutti i titolari dei diritti reali frazionari della proprietà. Ciò potrà parere alcuna volta urtante, ma è fuor di dubbio che, sommando il diritto di proprietà quale è all'atto esercitabile dal proprietario, con tutti gli altri diritti reali frazionari appartenenti a' terzi sul fondo stesso, non può ottenersi un risultato che superi il diritto di proprietà assolutamente libero e pieno » ⁽²⁵³⁾. E si insiste sul fatto che, costituendo sulla cosa propria un diritto reale a favore di terzi, « questa figura nuova ha nel suo contenuto null'altro che

⁽²⁴⁹⁾ BENSA, *Delle servitù prediali*, cit., p. 1.

⁽²⁵⁰⁾ BENSA, *Delle servitù prediali*, cit., pp. 6-7.

⁽²⁵¹⁾ Interessante il riferimento alla sistematica del Codice, perché riprende notazioni già da noi fatte al § 2 della Prima Parte di questo lavoro: « il Codice nostro d'altra parte tratta delle servitù sotto il titolo generale 'Delle modificazioni della proprietà', modificazioni che naturalmente debbono intendersi tanto in senso passivo quanto in senso attivo: esso quindi pare che tenda ad affermare il concetto tradizionale » (BENSA, *op. cit.*, p. 8).

⁽²⁵²⁾ Espressa dal giureconsulto tedesco, nel 1847, in *Das römische Pfandrecht* (Basel, 1847), I, p. 97 ss.

⁽²⁵³⁾ BENSA, *Delle servitù prediali*, cit., p. 9.

una porzione del contenuto della figura preesistente della proprietà piena ed assoluta » (254).

Sin qui lo svolgimento della ricerca del giurista ha una sua limpida coerenza, e ci si aspetterebbe la conclusione tendente ad assimilare lo *ius in re aliena* ad una sorta di proprietà imperfetta. Ma non è così: tradendo la sua sensibilità al richiamo delle recenti impostazioni della dottrina germanica, l'annotatore di Windscheid si arresta esitante quasi al momento di trarre la debita conclusione di tutto il suo discorso; e lo *ius in re aliena*, pur riconosciuto parte distaccata della situazione dominativa, vede tanto sconosciuta la sua struttura proprietaria da essere ridotto a un'entità non soltanto differente, ma contrapposta e antitetica al *dominium*.

La diversità meramente quantitativa, unica conseguenza logicamente coerente dei presupposti paleociviltistici della proprietà come diritto complesso e della servitù come frazione di esso, viene smentita per le trame di un filo di pensiero tenue e contorto, di cui non riusciamo ad apprezzare il contenuto logico, ma di cui rispettiamo il messaggio storico; quello d'un indagatore seduto ad un bivio, profondamente diviso fra correnti di senso opposto.

Ecco la per noi insoddisfacente soluzione bensiana: « se il diritto reale frazionario può ed anzi deve inizialmente considerarsi contenuto nella collettività della proprietà, uscendone diventa un diritto *sui generis*, ed invece di essere come per lo innanzi coordinato a tutte le altre facoltà della universalità, si trova ora in qualche modo ad esservi contrapposto. In tal modo questi due atteggiamenti giuridici d'una facoltà d'identico contenuto, riescono ad essere, non soltanto differenti, ma anche antitetici » (255). Per colui che aveva, qualche pagina prima, sostenuto contro Windscheid l'identificazione fra costituzione di uno *ius in re aliena* e traslazione parcellare del diritto di proprietà, è soluzione che ci appare logicamente indebita.

Né si può tacere la sua sostanziale apoditticità; tutto vi è immotivato. L'unica effettiva motivazione è nel trasparente disaggio, nel grosso imbarazzo dell'ultima frase, dove l'onestà intel-

(254) *Loc. ult. cit.*

(255) BENZA, *Delle servitù prediali*, cit., pp. 9-10.

lettuale dello scrittore non riesce a vanificare del tutto il carattere sorprendente della trasformazione di due situazioni dall'identico contenuto qualitativo in situazioni addirittura antitetiche.

2. Ferdinando Bianchi e Paolo Emilio Bensa sono dunque testimonianze particolari ma significative della crisi che investe dall'interno la paleocivilistica. Ed è crisi di metodo, declino di certi modelli culturali, apertura della scienza giuridica italiana a un gioco più vario e complesso di influenze che non quello rappresentato dal solito Pothier e dalla solita letteratura esegetica francese. Qualcosa si sgretola per troppa consunzione, e qualcosa di nuovo si insinua con la forza imperiosa e la carica vitale proprie a ogni movimento innovatore; può generare — in giuristi legati, in parte, ai vecchi schemi, come appunto il Bianchi e il Bensa — dubbi, contraddizioni, disarmonie, ma può anche sollecitare tutta una generazione di giureconsulti a voltar decisamente pagina, a ripudiare sdegnosamente la tradizione peninsulare in nome d'una visione rinnovata del problema.

È quanto avviene nella civilistica italiana all'incirca intorno agli anni Ottanta.

È in quel torno di tempo infatti che un vecchio seme già da qualche lustro lanciato comincia a dare dei frutti vistosi. L'attinimento alle fonti tedesche, la scoperta del pianeta culturale germanico, che prima era un fatto singolare e privato legato alle predilezioni d'un singolo studioso, diventa il manifesto pubblico d'una corrente, il fondamento programmatico che caratterizza non più questa o quella voce, ma — per riprendere l'immagine precedentemente usata — una ampia e compatta, sempre più ampia e sempre più compatta, realtà corale, che mina alla base la paleocivilistica e tenta di sostituirla.

Il filogermanismo della cultura giuridica italiana degli anni Ottanta — sul quale ci siamo soffermati in altra occasione ⁽²⁵⁶⁾ — è circostanza nota ed a carattere generale; pervade tutta la riflessione nelle varie branche del diritto, e va ben oltre i confini stessi del giuridico per investire tutte le scienze sociali ed 'umane'.

⁽²⁵⁶⁾ Cfr. P. GROSSI, 'Un altro modo di possedere' - *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, p. 203 ss.

Certo è che nel ristretto campo della civilistica ha un corso e degli atteggiamenti particolari, che conviene qui ripetere a noi stessi.

Per la quieta e laboriosissima esistenza del vecchio giurista che analizza il Codice civile unitario forte dei comprovati strumenti della minuziosa esegesi francese, gli anni Ottanta rappresentano uno scossone violento e sgradevole. L'apertura a nuovi valori metodici, che era chiara nella riflessione romanistico-civilistica di un De Crescenzo ⁽²⁵⁷⁾ e di un Bellavite ⁽²⁵⁸⁾, diventa la convinzione che occorre scrollarsi di dosso l'armamentario corrente, cominciare a reimpostare il problema del metodo, mettere a fuoco in modo sensibilmente diverso gli occhiali dell'operatore culturale del diritto.

Una polemica di fondo si va scoprendo contro la tradizione che si era appena consolidata nella penisola, non virulenta, non acre, ma vivacissima e accesa come ogni polemica che si appunti specialmente sul metodo. E di metodo i civilisti parleranno a usura per un intero decennio: che si apre coi saggi metodologici di Vadalà Papale ⁽²⁵⁹⁾, di Gianturco ⁽²⁶⁰⁾, di Cimbali ⁽²⁶¹⁾, con la prolusione riflessiva di Chironi ⁽²⁶²⁾ — che sono tutti dell'81 —

⁽²⁵⁷⁾ Nicola De Crescenzo (1822-1895), per molti anni professore di diritto romano alla Università di Napoli, «volgarizza nel *Sistema di diritto civile romano* — come ben disse Alfredo Rocco in un suo felice sguardo retrospettivo della scienza privatistica post-unitaria — i migliori risultati della scienza tedesca» e contribuisce non poco ad incrementarne la diffusione in Italia. La citazione è da A. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in *Rivista del diritto commerciale*, IX (1911), p. 289.

⁽²⁵⁸⁾ Su Luigi Bellavite, cfr. più avanti a p. 325.

⁽²⁵⁹⁾ G. VADALÀ PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli, 1881.

⁽²⁶⁰⁾ E. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Roma, 1947. Il saggio fu originariamente pubblicato sulla rivista napoletana 'Il Filangieri', nell'anno 1881.

⁽²⁶¹⁾ E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli stati moderni*, ora in *Opere complete* di E. C., III. *Studi di diritto civile*, Torino, 1900². Il saggio costituisce la prolusione letta nella R. Università di Roma il 25 gennaio 1881, e pubblicata originariamente in Roma, nello stesso anno, per cura dell'autore.

⁽²⁶²⁾ G. P. CHIRONI, *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*, ora in *Studi e questioni di diritto civile*, volume I. *Parte generale - Parte speciale, Diritti reali*, Torino, 1915. È il testo della prolusione al corso di Diritto civile letta presso l'Università di Siena nel dicembre del 1881. Chironi tornerà espressamente sul

e si chiude con la prelezione camerte di Vincenzo Simoncelli, dell'89, affatto incentrata su « le presenti difficoltà della scienza del diritto civile » (263). Voci varie di personalità varie, ma tutte collaboranti variamente a un fine di rinnovamento del discorso dei giuristi.

Lasciamo da parte le voci ispirate al più puro positivismo evoluzionista, che, come quella di Vadalà, propugnano una larghissima immissione di 'certezze' naturalistiche nell'orto conchiuso della scienza giuridica e che non sono che voci di disturbo per il crescere della scienza civilistica (264), e limitiamoci ad un breve esame di quelle testimonianze, che, muovendosi all'interno della cultura giuridica, si ingegnano di sostituire nuovi valori culturali e tecnici a quelli tradizionali e che, per questa loro posizione, sono in condizione di poter maggiormente incidere sul divenire della civilistica italiana.

Il loro coro è unanime: dalla profonda insoddisfazione per il tessuto culturale dei francesi; ormai asfittico per la giovane scuola italiana, nasce l'esigenza di nuovi modelli e nuovi strumenti; dalla vacuità delle prolisse, particolaristiche analisi dei francesi, si passa all'esigenza di costruzioni più organiche, di impianti più sistematici.

L'idea centrale, il denominatore comune, sotto cui si raccolgono e in cui concordano senza riserva i neocivilisti è l'istanza di una teorizzazione più raffinata, che ponga fine alla diaspora esegetica rivelatasi ormai del tutto inane e che ponga mano alla strutturazione del sistema.

problema del metodo tre anni dopo nella importante prefazione alla prima edizione del suo volume sulla colpa civile. Tale prefazione, non più riprodotta nella seconda edizione, è invece pubblicata autonomamente col titolo *Il « Metodo » nello studio del diritto civile a proposito di un lavoro sulla Colpa*, in *Studi e questioni di diritto civile*, vol. I, cit.

(263) V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, ora in *Scritti giuridici*, volume primo, Roma, 1938. Si tratta del discorso letto, per l'inaugurazione dell'anno accademico 1889-90, nell'Università di Camerino, il 17 novembre 1889 e pubblicato l'anno di poi a Camerino.

(264) Sia le voci degli evoluzionisti, sia quelle dei cosiddetti 'socialisti' — due qualificazioni che spesso, nella sostanza, esprimevano una effettiva coincidenza — sono di un rilievo estremamente minore per la storia del dibattito tecnico-culturale interno alla civilistica italiana.

L'ansia del sistema domina questa saggistica, coagula tutte le energie, unifica i fini sparsi. Deponendo l'umiltà che aveva condotto il giurista a guardare al caso singolo, al singolo frammento, al singolo articolo, il civilista avverte la necessità di dover guardare ai nessi, alle strutture, alle fondazioni e sente in se stesso la sicurezza di costruire validamente il discorso onnicomprensivo, l'architettura pensata in cui raccogliere e coordinare frammenti e particole dell'esperienza ⁽²⁶⁵⁾.

Guardando molto innanzi di fronte a sé, con un linguaggio tra il profetico e il retorico, il giovanissimo Chironi, nell'atto di occupare la sua cattedra senese, poteva, in quell'anno 1881 così gremito di fatti coincidenti, enunciare un programma e una speranza, non soltanto suoi ma dell'intera sua generazione: « avremo allora un sistema vero di diritto civile italiano: e vi avremo quella parte che va sotto il nome di ' parte generale ', e che è il lavoro più serio, più difficile cui possa un giurista accingersi; lavoro che è la sintesi coordinata di tutti i principii cui i diversi istituti giuridici s'informano » ⁽²⁶⁶⁾. Il tempo della costruzione del sistema non sembrava ancora attuale al distinto civilista sardo; attuale, pressante, era l'esigenza di porvi mano, la disponibilità a rimboccarsi le maniche ed iniziare ad apprendere una lezione che valesse a rompere la comoda crisalide in cui il civilista italiano si rannicchiava da anni a lavorare.

Una simile lezione non poteva venire dai francesi. Quel che essi avevan potuto insegnare lo si vedeva nei risultati della paleocivilistica, che ai francesi aveva sempre guardato; risultati scarsi, per buona parte negativi secondo la valutazione polemica dei giovani neoterici. Con la antistoricità propria di ogni visione dell'immediato passato, essi non colgono i valori costruttivi di quei primi artigiani post-unitari che avevano edificato pressoché

⁽²⁶⁵⁾ Lamentando che « il sistema del diritto civile è ancora di là da venire », Emanuele Gianturco incentra tutto il suo saggio sulla esigenza di un rapido avvio della sua costruzione (cfr. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, cit., soprattutto pp. 7 e 11). Lo stesso fine è presente in CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, cit., pp. 23-24, dove si unisce l'esigenza di un solido lavoro preparatorio a livello monografico sui singoli istituti.

⁽²⁶⁶⁾ CHIRONI, *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*, cit., p. 47.

dal nulla il diritto civile italiano; vogliono sbarazzarsi del materiale da essi accumulato e dei loro metodi come di una eredità dannosa, ricominciando da capo il grosso impegno elaborativo.

Da qui, il ripudio dei francesi e l'attenzione verso i tedeschi; da qui, l'attacco verso la scuola francese che « ci dà la *pratica* del Codice civile »⁽²⁶⁷⁾ e l'ammirazione verso la riflessione germanica che, « adottando il procedimento d'investigazione critica e di esposizione dommatica che ha ridato vita agli studi del diritto romano »⁽²⁶⁸⁾, è pervenuta alla delineazione di una teoria generale di impianto rigorosamente dogmatico, nella quale il giuridico si era liberato e depurato di quel cumulo di scorie fattuali particolari verso cui il giurista non deve avere che un interesse minimo⁽²⁶⁹⁾.

Il prestigio dei tedeschi è tutto consegnato all'*allgemeiner Theil der Zivilrechtslehre*, in cui la metafisica del diritto propria dell'idealismo giuridico tedesco si sposava perfettamente con gli strumenti tecnici del diritto romano⁽²⁷⁰⁾. E ha inizio in Italia, esattamente con le premesse e gli scopi ora ricordati, quella singolare

⁽²⁶⁷⁾ CHIRONI, *Il « Metodo » nello studio del diritto civile*, cit., p. 8.

⁽²⁶⁸⁾ CHIRONI, *Il « Metodo » nello studio del diritto civile*, cit., p. 9.

⁽²⁶⁹⁾ È il tema centrale della prelezione camerte di Vincenzo Simoncelli, secondo cui « compito speciale degli studiosi vorrebbe proprio essere questo, di liberare la scienza del diritto civile da quel che non è strettamente giuridico » (SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., p. 418); e « attendere a fissare i concetti giuridici, in base alla loro storia ed alla loro posizione logica di fronte a tutto il sistema, è dunque l'essenza della scienza del diritto civile » (*ibidem*, p. 428). In Simoncelli, innamorato e competente indagatore della storia giuridica italiana, la naturale tendenza a concettualizzare è sempre temperata dall'attenzione per la dimensione storica degli istituti. La storia però ha un valore strumentale; serve a fondare i concetti, a evitare di costruirli a vuoto. Tutta la prelezione è infatti dominata da una sentitissima esigenza di costruzione giuridica (v. soprattutto p. 427) e di rivalutazione dei *Begriffe* che la sorreggono; *Begriffe* non identificabili in mere esercitazioni di logica formale, ma in sistemazioni dell'esperienza, in un tentativo di estrarre da essa linee logiche generali.

⁽²⁷⁰⁾ Sulla esigenza di una 'parte generale' che torreggi su tutto il sistema civilistico, cfr. soprattutto CHIRONI, *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*, cit., p. 47. Ma si veda anche la pagina di GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, cit., p. 8, in cui Giuseppe Unger, sistematore della riflessione civilistica sul Codice austriaco, viene assunto a modello proprio perché autore di una 'parte generale' premessa alla linee del sistema. Sullo Unger, il cui nome corre frequente fra i neoterici, cfr. H. LENTZE, *Joseph Unger -*

fusione tra dommatica civilistica e dommatica romanistica, che accompagnerà i civilisti italiani per buona parte del Novecento, incidendo profondamente sul loro costume intellettuale, irrobustendolo per un verso, deformandolo per un altro.

D'ora in avanti, il richiamo al 'romano' come al *naturaliter optimum*, il discrimine fra ciò che è 'romano' e ciò che non lo è, il privilegio accordato senza riserva al 'romano', partiranno da questi presupposti, e il civilista parlerà di diritto romano più che di scelte civilistiche autonome e cumulerà in sé quali funzioni complementari le dimensioni del privatista e del romanista.

Si è insomma imboccato la strada che, nel territorio dei diritti reali, approderà a due trattazioni sotto questo profilo esemplari, anche se esprimenti parossisticamente l'indirizzo metodologico loro proprio: i due volumi di Biagio Brugi sulla proprietà (che sono del 1911) e il volume di Contardo Ferrini sulle servitù risalente ai primi anni del Novecento ⁽²⁷¹⁾. Due romanisti impegnati a fare scienza del diritto civile.

Un quesito affiora però alla mente dello storico: quale diritto romano? che puntualità storiografica ha questo riferimento? È facile rispondere: un diritto romano sempre più sorpreso come

Leben und Werk, in *Festschrift zum 70. Geburtstag von F. Arnold*, Wien, 1963 (*Kirche und Recht - Beihefte zum österreichischen Archiv für Kirchenrecht*, 4).

Una corposa 'parte generale' è prevista nel 'Saggio d'istituzioni del diritto civile italiano' che il romanista Giuseppe Brini pubblica, nel 1881, sull' 'Archivio giuridico'. Su questa esigenza di costruzione d'una 'parte generale', che percorre buona parte della riflessione pandettistica, si può vedere, da ultimo, la penetrante puntualizzazione di G. PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa - Atti del Terzo Congresso Internazionale della Società italiana di Storia del diritto*, I, Firenze, 1977, p. 47. Sulla funzione fondante del diritto romano e delle sue tecniche per la costruzione pandettistica di una teoria generale del diritto privato, cfr. le buone indicazioni di W. WILHELM, *Das Recht im römischen Recht*, in *Jherings Erbe - Göttinger Symposium zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolf von Jhering*, hrsg. von F. Wieacker und C. Wollschläger, Göttingen, 1970 (*Abhandl. der Akad. der Wissensch. in Göttingen - Phil.-Hist. Klasse*, F. 3, Nr. 75), p. 228 ss.

⁽²⁷¹⁾ Per i volumi di Brugi (già da noi citati; v. p. 287, nota 186), cfr. più avanti nel testo, a p. 333. Il lavoro di Ferrini è in C. FERRINI - G. PULVIRENTI, *Delle servitù prediali*, volume primo, Napoli-Torino, 1908 (da p. 373 la trattazione di Ferrini si interrompe, e inizia quella di Pulvirenti).

testimonianza metastorica, da cui viene espunta quasi ogni influenza della tradizione medievale, sostanzialmente immobilizzato nella cristallizzazione classico-giustiniana con la sola aggiunta di non pochi condimenti umanistici e giusnaturalistici. In altre parole, il diritto romano della manifestazione pandettistica.

Se ci siamo dilungati e abbiamo tanto insistito su questa nuova attenzione verso i maestri germanici e sul radicale mutamento nelle fonti d'ispirazione della nostra civilistica, è perché si concretava in questo atteggiamento un fatto di straordinaria portata per il divenire della teorica della proprietà e dei diritti reali. Mentre la letteratura francese sembrava caratterizzata anche nella sua maturità e nel suo declino da un orientamento costante — e lo dimostra l'insegnamento di un autorevolissimo epigono, il Laurent, che ripete le stesse certezze di Delvincourt, di Proudhon e di Demolombe ⁽²⁷²⁾ —, nell'ambito della riflessione pandettistica, nel corso del suo pieno sviluppo, all'incirca agli inizi della seconda metà del secolo, si stava invece conducendo una grossa operazione, di notevole rilievo culturale ed anche ideologico, proprio in tema di proprietà. Far capo ai tedeschi da parte della neocivilistica italiana significava quindi prendere atto del nuovo messaggio, alla cui elaborazione la più autorevole pandettistica era totalmente impegnata.

L'operazione, cui ora si accennava, era la più alta e delicata operazione di costruzione giuridica sul *dominium* che si potesse pensare. Quando dicevamo più sopra, all'inizio di questo lavoro, che sarebbero occorsi quasi cento anni perché alle premesse politiche e culturali dei manifesti ottantanovardi potesse conseguire e corrispondere sul piano giuridico una misura coerente di proprietà, pensavamo proprio alla quasi mancata risposta della dottrina e della legislazione della prima metà dell'Ottocento, ma pensavamo anche all'unica risposta appropriata: quella che la pandettistica della splendida maturità avrebbe dato con coerenza e consapevolezza, superando le incertezze che pur erano state ed erano ancora presenti nella letteratura tedesca ⁽²⁷³⁾.

⁽²⁷²⁾ Per questo, Laurent viene attaccato da GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, cit., p. 7.

⁽²⁷³⁾ Vedine una traccia nel celebrato manuale di L. ARNDTS, *Lehrbuch der*

Finalmente, una riflessione scientifica traduceva in termini giuridici il modello culturale dell'individualismo possessivo; finalmente poneva mano alla tanto attesa e mai realizzata costruzione del nuovo modello giuridico di proprietà. E questo si ha, quando un filone dottrinale, con ferma e lucida deliberazione, mette da parte gli schemi tradizionali della proprietà come diritto complesso e del diritto reale su cosa altrui come diritto frazionario. Da quegli schemi erano discese armonicamente e coerentemente le conclusioni paleocivilistiche sulla proprietà imperfetta; se si volevano evitare cotali conclusioni, che portavano a una riviviscenza del vecchio modello medievale, occorreva operare una *sanatio in radice*, rivedendo nei suoi fondamenti tutta la dottrina del *dominium*.

È in questo senso che si consolida la teoria della proprietà come « totale Herrschaft auf eine Sache ». La maturazione dell'idea di proprietà quale totalità di poteri sulla cosa — come ha ben mostrato in un suo utile recentissimo saggio Wolfgang Wiegang ⁽²⁷⁴⁾ — impegna la dottrina tedesca da Puchta in avanti, e segna la presa di coscienza d'una corrente di pensiero che intende affrettare la definizione d'un modello tecnico-giuridico di *dominium* congeniale al modello etico-politico circolante nella cultura dell'individualismo. Qui totalità non equivale a somma di situazioni — come abbiám visto avvenire talora in certo uso fatto del termine da parte dei paleocivilisti —, ma sintesi di esse, perfetto specchio verso il mondo delle cose della unità sintetica del soggetto proprietario. Anzi, la proprietà viene idealisticamente tanto vincolata al soggetto, da immedesimarsi con la sua stessa personalità e divenire nulla più che « der materiell-befugte Wille des subjektiven Individuums in Betreff des Sachindividuums » ⁽²⁷⁵⁾.

Pandekten, München, 1868⁸, § 175. Su tutta la materia della proprietà nell'evoluzione della dottrina tedesca dell'Ottocento si può ora vedere la sintesi di D. SCHWAB, *Eigentum*, in *Geschichtliche Grundbegriffe - Historisches Lexicon zur politische-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. von O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, B. 2., Stuttgart, 1975.

⁽²⁷⁴⁾ WIEGAND, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff*, cit., p. 139 ss.

⁽²⁷⁵⁾ B. W. LEIST, *Ueber die Natur des Eigenthums*, Jena, 1859 (*Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse*, H. 3.), p. 56 e p. 59. Ribadisce

Si carpisce così il segreto del *dominium*, questo misterioso potere espansivo del *me* sulle cose, apparentemente tutto proiettato nella realtà esterna ma facente capo nelle più intime scaturigini del soggetto; e si scopre, accanto alla dimensione esteriore, quella che efficacemente Leist chiama « die innerliche Seite des Eigentumsgrundes » (276).

Dirà il lettore che fin qui v'è perfetta coincidenza col punto d'avvio della paleocivilistica, tutta protesa a colorire d'assolutezza e illimitatezza il modello intrasoggettivo di *dominium*, prima proprietà e calco di tutte le proprietà. E questo è indubitatamente vero. Il distacco fra pandettisti e paleocivilisti si registra però insanabile nel momento in cui si giunge a trarre le conseguenze di una tale premessa.

Mentre infatti il paleocivilista italiano deve compiere una complessa operazione di forzatura per conciliare la premessa con l'idea di frazionabilità del *dominium* e risalire la difficoltà rappresentata dalla premessa medesima, il pandettista — espressione più genuina della cultura giuridica dell'individualismo (277) — costruisce il suo sistema in minuziosa coerenza con le sue fondazioni prime: all'idea tradizionale della proprietà come diritto complesso contrappone quella che ne mette in evidenza la semplicità come carattere essenziale di ogni stato — esterno e interno — della sua vita, identificandola con « das einfachste un-

altrove, efficacissimamente, Leist che, nella proprietà, « das Subject die Sache sich erarbeitet hat, dass es sie nicht bloss ergriffen (das begründet nur Besitz), sondern ihrer Substanz nach mit sich identificirt hat » (*ibidem*, p. 57). Burkard Wilhelm Leist (1819-1906), allievo di Thibaut, professore a Basel, a Rostock e a Jena, offre, col suo saggio del 1859, la testimonianza più esasperata delle scelte metodiche della matura pandettistica.

(276) LEIST, *Ueber die Natur des Eigentums*, cit., p. 59.

(277) Su questa consonanza tra costruzione giuridica pandettistica e assetto economico individualistico si possono leggere con profitto alcuni saggi di Franz WIEACKER: *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* (a. 1953); *Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen* (a. 1960); *Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution* (a. 1966); *Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher* (a. 1970), ora raccolti in F. W., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Kronberg, 1975.

mittelbarste Verhältniss der wollenden Person » (278). All'idea della sua struttura composita contrappone quella della sua straordinaria compattezza, della sua imprescindibile *Einheit* (279). La proprietà, o è l'*unum dominium*, o non è; inscindibile come l'unità del soggetto proprietario.

Dalla sua unità e semplicità, dal suo essere un potere totale, consegue per la proprietà la sua astrattezza (280), la sua indeterminatezza. Parlar di totalità vuole infatti dire insofferenza a partizioni, condanna inappellabile — innanzi tutto sul piano del ragionevole — di ogni operazione divisoria. Ed è ammirevole la logica di Pagenstecher, quando insegna che « das Eigentum ist seinem Inhalte nach untheilbar, durch die juristische Unbestimmbarkeit dieses Inhalts, durch die Unmöglichkeit seiner rechtlichen Begränzung » (281), o quella di Puchta, quando, a proposito dei

(278) E. BÖCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts*, II, Leipzig, 1855, p. 6.

(279) « Es lassen sich ferner einzelne Befugnisse namhaft machen, welche dem Eigenthümer kraft des Begriffs des Eigenthums zustehen ... aber man darf nicht sagen, dass das Eigenthum aus einer Summe einzelnen Befugnisse bestehe. Das Eigenthum ist nicht die Summe aller an einer Sache denkbaren Rechte, sondern ihre Einheit, d.h., wie jede Einheit gegenüber ihren Bestandtheilen ein selbständiges Dasein hat, ein anderes Recht, als diese einzelnen Rechte sind. So kann eines derselben fehlen, ohne dass das Eigenthum dadurch aufgehoben ist » (B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I.B., Düsseldorf, 1867², § 167, p. 458). La prima parte del 'Lehrbuch' windscheidiano uscì in prima edizione nel 1862. In successive edizioni, Windscheid — deliberatamente e motivatamente, come egli stesso ha cura di avvertire (cfr. 9. Aufl., Frankfurt am Main, 1906, p. 857, nota 2) — sostituisce alla qualificazione della proprietà come *Einheit*, quella di *Fülle des Rechts an der Sache*, rispetto a cui le singole *Befugnisse* « sind nur Ausserungen und Manifestationen dieser Fülle ».

(280) « Die Natur oder das Wesen des Eigenthums liegt in der Abstractheit und mannigfaltigsten Bestimmungen fähigen Unbestimmtheit der Privatrechtsherrschaft des Subjekts über die körperliche Sache als blossen und total als Gegenstand des Willen jenes », puntualizza Böcking nelle sue 'Pandette' (cit., in WIEGAND, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung*, cit., p. 141, n. 92). Questa tendenza in tema di proprietà è testimonianza significativa di quel più generale tentativo di costruzione di un diritto privato 'astratto' che ha egregiamente studiato in Jhering Walter Wilhelm. Cfr. W. WILHELM, *Zur Theorie des abstrakten Privatrechts. Die Lehre Jherings*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, hrsg. von W. Wilhelm, Frankfurt am Main, 1972, p. 265 ss.

(281) PAGENSTECHER, *Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit*, I. Abth., cit., p. 8.

singoli attributi del proprietario, sostiene senza un rimpianto o una perplessità che « durch diese Totalität wird es unnützlich, diese Befugnisse aufzuzählen » ⁽²⁸²⁾.

Illogicità e inutilità, dunque, di una indagine sezionatrice del *dominium*. Tanto l'impegno della dottrina tradizionale era, da sempre, stato dedicato a fissare il contenuto positivo della proprietà, tanto l'impegno della matura pandettistica è volto a svincolarlo da determinazioni, a lasciarlo generico, a risolverlo nell'unico carattere della totalità che tutto assorbe e tutto inghiotte.

Una simile teorica non aveva solo il pregio di creare una proprietà a misura del soggetto agente, strumento congeniale e spedito per il dinamico operatore economico, ma si traduceva in una costruzione giuridica estremamente rigorosa: la proprietà non si proponeva soltanto come una entità non frazionabile, ma come una entità logicamente incomunicabile con gli altri diritti reali. E Windscheid, che aveva messo a punto con cura la riduzione dello *Eigenthum* ad una *Einheit*, avrà buon gioco, in tema di servitù, a respingere il principio di queste come diritti frazionari ⁽²⁸³⁾.

L'unità compatta, semplicissima e indeterminabile della proprietà era stata separata, sul piano logico prima che su quello pratico, dagli *iura in re* particolari e a contenuto determinato, che venivano a limitare il dominio nella sua vita storica. La familiarità fra *dominium* e *iura in re aliena* era soltanto una circostanza di fatto, una convivenza storica. Concettualmente, essi appartenevano a categorie logiche distinte, anzi opposte, come si oppongono il perpetuo e il temporale, l'indeterminato e il determinato ⁽²⁸⁴⁾.

La proprietà — in forza della sua natura etica, del suo principio metafisico, della sua carica ideologica — aveva subito un

⁽²⁸²⁾ Il testo, tratto dalle 'Institutionen' di Puchta, è citato in WIEGAND, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung*, cit., p. 143, dove potranno reperirsi altre significative testimonianze.

⁽²⁸³⁾ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., I.B., § 200, p. 560, n. 3.

⁽²⁸⁴⁾ Sulla proprietà come « das ewige Recht: schlechthin und unbedingt » è incentrato un tardo lavoro di H. H. PFLÜGER, *Ueber den Begriff des Eigenthums*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, LXXVIII (1892), che avrà molta influenza sulla costruzione di Venezian circa l'usufrutto.

trattamento differenziato. Ora, nella sua solitudine, nel suo limbo metastorico, era una struttura intatta e intangibile, limitabile sì ma con una vitale capacità di riassorbimento in grazia della sua potenziale elasticità.

Quel che contava era l'aver fugato il principio di una partecipazione dei diritti reali limitati alla vita essenziale della proprietà. Al contrario, la loro costituzione mostrava la loro appartenenza a realtà sorrette da ragioni irriducibilmente opposte.

Spostare lo sguardo dalla dottrina francese a quella tedesca non era dunque per il civilista italiano intento al tema della proprietà, né una circostanza irrilevante, né una operazione innocua. Dietro il filogermanesimo dei neoterici non poteva invece che conseguire una rinnovata visione della proprietà e dei diritti reali sulle orme e dietro l'influenza della forte, persuasiva analisi pandettistica ⁽²⁸⁵⁾.

3. Chi scriverà la storia giuridica della proprietà oltre i termini della paleocivilistica avrà di fronte un quadro dottrinale estremamente complesso, in cui — più che per l'innanzi — la dottrina giuridica dovrà essere sempre più confrontata con numerosi, efficaci, significativi interventi legislativi e in cui lo stesso panorama dottrinale si presenta assai vario e sfaccettato ⁽²⁸⁶⁾.

⁽²⁸⁵⁾ Si deve qui ripetere (cfr. più sopra, p. 219, n. 26) che la stessa dottrina austriaca restò impressionata dalle nuove scelte pandettistiche. Cfr. gli esempi illustri di A. RANDA, *Der Besitz nach österreichischem Rechte*, Leipzig, 1865, § 5, e *Das Eigentumsrecht nach österreichischen Rechte*, Wien, 1867, p. 15 ss., e di J. UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, I.B., Leipzig, 1876⁴, pp. 524-525. Interessava rilevare qui, più che la posizione di Randa, quella di Unger, un personaggio che, come già sappiamo, ha una enorme influenza sulla dottrina italiana, e non soltanto ottocentesca (cfr. G. SEGRÈ, *Giuseppe Unger*, in *Rivista di diritto civile*, VI (1914), p. 585 ss.). È notevole che il richiamo a Unger sia costante in tutti i civilisti neoterici ansiosi di passare alla costruzione d'una teoria generale, d'una dommatica del diritto privato, ma è ancor più notevole che in un saggio ben diverso, come quello di Vadalà Papale, dove si rivolgono abbondanti critiche ai francesi, dove si esprime la più profonda diffidenza verso il diritto romano, dove non c'è riferimento ai tedeschi, l'unico nome fatto con rispetto sia proprio quello del grande giureconsulto austriaco.

⁽²⁸⁶⁾ Su queste sfaccettature pesano non poco le varie adesioni filosofiche degli scrittori. Su un tema come la proprietà storicismo, evolucionismo, socialismo

Due momenti riflessivi si segnalano in modo particolare per il loro rilievo all'attenzione dello storico: la teorica dell'oggetto della proprietà e la teorica dei limiti.

La natura dell'oggetto — sia che si tratti di una *res incorporalis* ⁽²⁸⁷⁾, sia di una *res corporalis* dal particolare significato politico economico tecnico — diventa infatti sempre più un elemento condizionante della sopraordinata struttura giuridica, e cominciano ad affacciarsi diverse specie di proprietà sottoposte a diversi regimi a seconda della peculiarità dei beni oggetto del potere dominativo.

La nozione di limite, poi, che era già stata sbazzata dalla paleocivilistica, riceve una attenzione tutta peculiare; la teoria delle limitazioni della proprietà, tenendo dietro all'evolversi dell'ordinamento e della stessa coscienza sociale, si irrobustisce e soprattutto si tecnicizza. Grazie al contributo di alcuni interpreti, fra cui ha, a nostro avviso, un posto di spicco Ferdinando Bianchi ⁽²⁸⁸⁾, si lascia le sponde moraleggianti e retoriche della imperante fino ad allora dottrina sui 'temperamenti della proprietà' — di cui è testimonianza esemplare la memoria premiata e celebrata ma vuota e prolissa di Giovanni Lomonaco ⁽²⁸⁹⁾ —

incidono imprimendo scelte ben determinate. Un esempio di storicismo temperato da evolucionismo è offerto dall'ecclettico Pietro COGLIOLO, *Filosofia del diritto privato*, Firenze, 1888, che, proprio in tema di proprietà, scrive alcune pagine singolari per la confluenza di molteplici motivi speculativi (v. soprattutto p. 159 ss.).

⁽²⁸⁷⁾ Specialmente in rapporto al problema della 'proprietà letteraria' — che, di recente, lo Stato unitario aveva legislativamente definito — e della 'proprietà industriale', si fa sempre più impellente l'esigenza di estensione della nozione di oggetto di proprietà oltre il tradizionale confine della *res corporalis*.

⁽²⁸⁸⁾ Con i due contributi che già conosciamo: *I limiti legali della proprietà nel diritto civile*, cit. (che è dell'86) e il *Trattato delle servitù legali nel diritto civile italiano*, cit. (che è dell'88). Meno incisivo ci appare il saggio tanto più famoso di E. CIMBALI, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione civile italiana*, ora in *Opere complete* di E. C., III. *Studi di diritto civile*, Torino, 1900². Cimbali è infatti un temperamento poco incline alla costruzione giuridica; ha sensibilità politica e, conseguentemente, anche storica. In lui il problema del limite è problema squisitamente socio-politico.

⁽²⁸⁹⁾ Premiata dalla Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli nel concorso del 1881, stampata come 'Appendice' alla traduzione italiana dei 'Principii' di Laurent (vedi la citazione, più sopra, a p. 000), e di poi frequentemente citata.

e si avvia la costruzione di una teoria rigorosamente giuridica. Nell'ambito di un discorso ormai squisitamente giuridico si perfeziona il recupero del limite alla stessa nozione di proprietà, proponendolo come il naturale compimento del meccanismo appropriativo individuale nella sua dimensione sociale ⁽²⁹⁰⁾.

Sarebbero questi dei punti da tener fermi e da approfondire per chi avesse il compito di tracciare le linee della proprietà nel clima culturale di fine secolo. Poiché questo non è compito nostro, basti il fuggevole accenno. Quel che a noi interessa della futura vicenda dottrinale della proprietà è soltanto una zona di confine appena oltre i termini della paleociviltistica, che valga a mostrarci il trapasso dal modello tecnico tradizionale e un modello rinnovato.

Anticipiamo un risultato, del resto prevedibile, forse ovvio dopo quanto abbiamo detto nel capitolo precedente: il rinnovamento si realizza sulla scorta delle recenti acquisizioni pandettistiche ed è null'altro che una versione peninsulare della teoria del potere totale ed astratto sulle cose.

Anche se è spesso rischioso e, nella maggior parte dei casi, indebito isolare il privilegio della primogenitura in capo a un singolo personaggio, un nome va qui fatto, e solitario: quello di Luigi Bellavite. Un nome giustamente considerato dalla civilistica più risalente ⁽²⁹¹⁾, ma oggi completamente sepolto, come comprova il recente ampio 'Dizionario biografico degli italiani', che — con deplorabile negligenza — non ne reca la pur minima menzione ⁽²⁹²⁾. Eppure, fra i tanti modesti personaggi operanti nella scienza giuridica postunitaria, spetta al Bellavite una posizione incisiva, sia per essere egli fra i primi a divulgare il senso

⁽²⁹⁰⁾ Come la nozione di limite, da circostanza eccezionale, sia divenuta nella dottrina degli ultimi anni del secolo, un elemento integrativo della stessa nozione di proprietà, è pienamente segnato nel saggio di un costituzionalista, Pietro CHIMIANTI, *Il diritto di proprietà nello Stato costituzionale*, Torino-Roma, 1894, soprattutto p. 25 ss.

⁽²⁹¹⁾ Cfr. Alfredo Rocco, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, cit.; p. 292.

⁽²⁹²⁾ Per questo non sarà inopportuno dare qui alcuni essenziali cenni biografici: nasce a Verona nel 1821; è dal '55 ordinario di Diritto romano all'Università di Padova, dove dal '61 diventa ordinario di Diritto civile e dal '79 unisce anche l'incarico di Pandette; muore nel 1885.

delle proposte metodiche dei tedeschi, sia per fungere presso i più giovani da autorevole, rispettato, seguito campione dell'indirizzo neoterico.

Professore a Padova di Diritto romano e di Diritto civile, traduttore di Savigny e di Jhering, il giurista veronese pubblica nel 1873 un esile prezioso libretto ⁽²⁹³⁾ « semplicemente per servire alla scuola, ma tale in sostanza da poter figurare con onore anche nella biblioteca di un giurista provetto » ⁽²⁹⁴⁾. Vi si legge: « la proprietà non è già la somma di tutti i diritti escogitabili sopra d'una cosa, ma il loro congiungimento ad unità ... Questa unità, ch'è la quedità della proprietà, è un diritto diverso da quei diritti singoli ... In sostanza con proprietà, in senso stretto, si esprime la identificazione della cosa corporale colla persona, quasi come estensione dell'Io ... » ⁽²⁹⁵⁾.

Tra le citazioni c'è anche quella del 'Lehrbuch' di Windscheid; e veramente la pagina bellavitianica segnala la sua dipendenza dalla costruzione windscheidiana, mostra di essere elaborata tenendo presente la limpida soluzione del giureconsulto tedesco. Limpida è anche la scelta del Bellavite: la proprietà come unità, e, in quanto unità, come entità distinta dagli attributi-elementi-diritti che *pro parte* concorrono a comporla. Quindi, una proprietà come nozione etico-giuridica concettualmente separata dagli altri *iura in re*, incomunicabile per la incomunicabilità delle loro nature.

Si capisce da queste posizioni di fondo la critica decisa cui il maestro padovano sottopone la collocazione sistematica delle servitù operata dal Codice unitario entro la categoria delle 'modificazioni della proprietà'. V'è in quella equivoca dizione ereditata dai francesi tutta l'equivocità della dottrina degli *iura in re aliena*

⁽²⁹³⁾ Ci riferiamo a L. BELLAVITE, *Riproduzione delle note già litografate di diritto civile soltanto per l'indirizzo de' giovani studenti*, Padova, 1873.

⁽²⁹⁴⁾ Che, nelle intenzioni di Bellavite, dovesse servire unicamente la scuola, è dimostrato dal titolo, tanto dimesso da parere insignificante. Il giudizio riportato è di V. POLACCO, *Luigi Bellavite*, ora in *Opere minori*, P. II. *Tendenze scientifiche e didattiche della scuola italiana di diritto civile dopo il 1850*, fasc. I, Modena, 1929, p. 54 (riproduce il testo della commemorazione tenuta a Padova nel settembre 1885 e stampata nel vol. XXXV dello 'Archivio giuridico').

⁽²⁹⁵⁾ BELLAVITE, *Riproduzione delle note già litografate di diritto civile*, cit., p. 155, nota I.

imperante ai primi Ottocento, ma è dottrina deteriore per chi muova dallo schema incredibilmente chiaro dei pandettisti. E Bellavite non ha esitazione nel respingere come fonte di inesattezze la indicazione legislativa, e come inesatta la deduzione delle servitù quali diritti frazionari. Al pari dei suoi mentori germanici, egli ha la convinzione che « la servitù ... non sottrae una porzione della proprietà, ma la limita, la comprime », non incide né può incidere su una sostanza unitaria, che l'officina pandettistica aveva costruito di inattaccabile compattezza ⁽²⁹⁶⁾.

La singolarità del testo bellavitano è la sua datazione risalente. Siamo ancora nel 1873, un momento in cui stanno via via apparendo i commentarii più pensati della paleocivilistica. Eppure, il ripudio delle verità tradizionali e delle fonti tradizionali di ispirazione è netto; e netta la sostituzione del nuovo modello tecnico a quello che, con intuizione puntuale, il Bellavite sente già invecchiato. Sarà allora una posizione solitaria e isolata, ma sarà un seme non inutilmente lanciato.

Sostanzialmente premuti da una coscienza più acuta delle esigenze giuridiche di un individualismo economico assai evoluto, ma formalmente sollecitati dalla profonda influenza che il maestro di Padova esercitò sulle nuove generazioni, molti giuristi si sarebbero riconosciuti nel nuovo patrimonio di nozioni, e quel seme sarebbe stato presto raccolto. Per esempio, da Giampietro Chironi, che è spiritualmente un bellavitano ⁽²⁹⁷⁾ e che dimostrerà la sua appartenenza alle correnti neoteriche nell'impegnativo banco di prova del suo felice manuale istituzionale ⁽²⁹⁸⁾.

Se diamo uno sguardo alle *auctoritates* predilette, l'elenco dei tedeschi si palesa lungo, e vi si stagliano i nomi di Brinz, di

⁽²⁹⁶⁾ « Taluni ravvisarono nelle servitù altrettanti diritti distaccati dalla proprietà. E ciò si è voluto per avventura indicare chiamando le servitù *modificazioni della proprietà*. Ma quell'idea non è esatta. La servitù ... non sottrae una porzione della proprietà, ma la limita, la comprime, a così dire, soltanto » (BELLAVITE, *Riproduzione delle note già litografate di diritto civile*, cit., p. 175).

⁽²⁹⁷⁾ Sull'influenza di Bellavite su Chironi, cfr. F. VASSALLI, *Giampietro Chironi*, ora in *Studi giuridici*, vol. II, Milano, 1960, p. 369. Per un quadro sommario ma pregevole del clima intellettuale entro il quale si colloca l'avvio dell'opera scientifica di Chironi, vedi pp. 364-68.

⁽²⁹⁸⁾ G. P. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, volume I, Torino, 1888.

Bekker, di Dernburg, di Förster, di Vangerow, di Windscheid; una folta schiera di fronte alla quale fa spicco qua e là lo sparuto riferimento al corso di Aubry e Rau e al commentario di Laurent.

Armoniche con le sue fonti le scelte costruttive: accettazione piena della proprietà come potere totale sulla cosa, incidenza estrinseca degli *iura in re aliena* nella sfera del *dominium*, negazione assoluta di autonomia dei diritti reali limitati ⁽²⁹⁹⁾.

Di lì a poco la costruzione pandettistica avrà la sua espressione nel corso sui diritti reali di Gianturco ⁽³⁰⁰⁾, in quello pavese

⁽²⁹⁹⁾ Si veda soprattutto di CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, vol. I, cit., § 112, 127, 128, 160, 172, 198. Ecco una affermazione chiara e univoca: « il concetto di proprietà non risulta dalla somma o dalla interezza di quanti diritti speciali (poteri) si possano esercitare sulla cosa: non è un prodotto sulla cui composizione questi diritti si possano scernere come elementi distinti, ed è il solo potere assoluto (come si disse) ed esclusivo, che abbraccia, investe tutta la cosa. Certo, si possono su questa consentire ad altre persone poteri in forza dei quali il diritto del proprietario perde di estensione: ma essi non esistono come se staccati dalla proprietà riabbiano vita indipendente, e costituiscono degli *oneri* gravanti la proprietà, il cui concetto, la cui esistenza ne è necessariamente supposta, e che col cessare di essi ridiventa libera, riottiene la estensione primitiva » (*ibidem*, pp. 205-06). È notevole come il linguaggio di Chironi cerchi studiamente, con una rigorosa precisione terminologica e concettuale, di espungere l'idea di *ius in re aliena* dalla struttura interna della proprietà; per esempio, quando si dice che « la servitù è estensione del diritto di proprietà del fondo dominante, e vi corrisponde una diminuzione dei poteri contenuti nella proprietà del fondo servente. Per il che, rispetto ai due fondi la servitù è *qualità* del diritto di proprietà di essi, è un elemento che *aderisce* a cotesto diritto » (p. 266). Scompare ogni nozione di frazionamento, mentre l'uso del verbo aderire insiste sulla rappresentazione logica della servitù come un *quid* che si aggiunge dall'esterno. Anche a proposito della distinzione in dominio diretto e dominio utile, questa viene ridotta, da segno ed effetto di una divisione sostanziale del diritto di proprietà, a segno dell'esistenza di un 'peso' — chiamato dominio utile — sulla cosa del dominio diretto (p. 207).

⁽³⁰⁰⁾ Pur con qualche traccia della vecchia dottrina, serbata nella terminologia (si usa il termine 'smembramento') e nella stessa definizione (per Gianturco la proprietà è « l'impero assoluto ed esclusivo su la sostanza di una determinata parte del mondo esteriore », dove 'sostanza' può richiamare alla mente antiche schematizzazioni), la posizione del Maestro napoletano è netta: « il diritto di proprietà contiene in sé molti altri *jura*, come il *jus possidendi*, il *jus vindicandi*, *utendi*, *fruendi*, etc. Ma fu detto molto bene che la proprietà non è la somma di tali diritti dominicali, bensì l'unità di essi. Può infatti mancare il *jus possidendi*, può altresì mancare il *jus disponendi*, e tuttavia la proprietà rimane salda

di Vincenzo Simoncelli ⁽³⁰¹⁾, nel trattato sull'usufrutto di Venezian ⁽³⁰²⁾, mentre un allievo di Chironi, l'Arnò, la applicava nel ristretto, delicato campo delle servitù prediali ⁽³⁰³⁾.

egualmente, come rimane integra la libertà personale non ostante qualsiasi obbligazione derivante da contratto di mutuo, di comodato, ecc. Il che non sarebbe se la proprietà stesse a rappresentare il totale dei vari diritti dominicali: perché in tal caso ogni smembramento di questi diritti, ogni variazione nelle singole parti della somma non potrebbe, ripercuotendosi sul totale, non produrre in questo smembramenti e variazioni corrispondenti » (E. GIANTURCO, *Dei diritti reali - Lezioni di diritto civile* (racc. dal prof. Michele De Palo), Napoli, 1892, pp. 166-67; per la definizione di proprietà, p. 157). Il corso di Gianturco è un corso istituzionale chiaro e scarno, culturalmente opaco, che tende ad offrire al lettore-studente nozioni elementari solidamente basate sui dati positivi, facendo una scelta a favore della dimensione descrittiva rispetto a quella problematica. Scarso vi è l'interesse teoretico e scarsi i riferimenti alla storia dottrinale; più copiosi i riferimenti alla situazione locale napoletana, che fungono da elemento catalizzatore per l'attenzione degli studenti. Rispetto ai contemporanei corsi di Filomusi Guelfi, notevole è la povertà di strumenti culturali.

⁽³⁰¹⁾ Anche questo corso è imperniato sulla accettazione della antitesi logica fra proprietà e diritti reali limitati costruita come antitesi fra ciò che per sua essenza è indeterminato e indeterminabile, e ciò che non può non essere determinato. Mentre infatti del proprietario si può dire soltanto quello che non può fare, del titolare di uno *jus in re aliena* si può e si deve dire quello che può fare. Mentre è sterile ogni discorso sul 'contenuto' positivo del *dominium*, è utile e doveroso un discorso sul contenuto positivo del diritto reale minore. Cfr. V. SIMONCELLI, [*Corso di*] *Diritto civile*, R. Università di Pavia, a.a. 1893-94, Pavia, s.d. (sulla indeterminatezza della proprietà, p. 85; su le servitù come diritti non frazionari della proprietà, pp. 368-70; sulla determinatezza del contenuto della servitù, p. 371). Interessante quanto afferma sulla distinzione fra dominio diretto e utile: « Non ci soffermiamo sulla 3ª teoria [quella del dominio diviso], perché da termini e parole sparse in nostre leggi, speciali, non si può affermare un pregiudizio giuridico ormai bandito » (p. 741). La vecchia teorica è illuministicamente relegata fra i pregiudizi e non assurge nemmeno a soluzione storica ormai abbandonata. Vincenzo Simoncelli (1860-1917), dopo essersi formato, a Napoli, alla scuola di De Crescenzo e di Gianturco, fu professore a Camerino, a Pavia, a Roma.

⁽³⁰²⁾ G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, volume primo. *L'usufrutto e le sue modificazioni - Gli usi pubblici e gli usi collettivi - Costituzione dell'usufrutto*, Napoli, 1895, dove il discorso si incentra sulla antitesi logica fra proprietà e usufrutto come antitesi fra un « rapporto perpetuo o temporaneamente illimitato » e un rapporto temporalmente determinato. V. p. 3 e p. 16. Pesa su di lui la influenza dei maestri germanici e soprattutto dello Pflüger.

⁽³⁰³⁾ C. ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane - Contributo*

I capisaldi restavano gli stessi. Allontanandosi sempre più dagli schemi del frazionamento del dominio, si accentuava — se mai — lo iato fra proprietà e diritti reali limitati fino a divenire una vera e propria opposizione d'indole logica.

È la strada che, lentamente, senza cesure, avrà al suo termine il trattato sulla proprietà di Biagio Brugi. Opera senza dubbio complessa, come complessa è la personalità del suo autore, e non sottoponibile pertanto a semplicistici giudizi, ma incarnante senza dubbio il trionfo della restaurazione 'romanistica' nel campo dei diritti reali ⁽³⁰⁴⁾ e la consolidazione di quello che abbiamo tante volte qualificato come il patrimonio metodico e tecnico della civilistica neoterica ⁽³⁰⁵⁾.

alla teoria delle servitù prediali, Torino, 1895, p. 2: « ammesso che oggetto del rapporto di servitù sia la cosa materialmente intesa, è bene lo avvertire che contenuto di cotesto rapporto non è un frazionamento del diritto di proprietà, consistendo la servitù non in una parte staccata dalla proprietà, ma in un diritto per sé stante che limita la proprietà; epperò proprietà e servitù sono due concetti affatto opposti tra di loro ». Nella premessa al volume, Arnò informa che la dissertazione è scritta su sollecitazione e infusso del suo maestro Chironi.

⁽³⁰⁴⁾ Con ingenua monotonia v'è, a ogni piè sospinto, il riferimento — acritico ed antistorico — al modello romano concepito metastoricamente, in una assolutizzata estetica giuridica, come l'archetipo sublime. È pur esatto il rilievo che « in diritto nostro è ripristinato quel tipo romano della proprietà che esclude ogni idea di relazione ad altro tipo » (p. 61), e che « il nostro tecnicismo è ancora il tecnicismo romano » (p. 80), e che « noi abbiamo ereditato dal diritto romano questo riguardo alla integrità del dominio e lo abbiamo affidato al presidio dell'ordine pubblico » (p. 98). Il negativo di questo esasperato filoromanesimo sta nella incomprensione per ogni venatura dottrinale di provenienza non-romana, per ogni tentativo esorbitante l'alveo puramente romanistico (v. il drastico, spicciativo giudizio sull'ABGB a p. 56), nel misurare la validità scientifica di un'opera dottrinale nella purezza del suo messaggio 'romanistico'. Eloquentemente, a questo proposito, il giudizio sul BGB, ricolmo di soddisfazione per il ripudio che vi si fa della dottrina del dominio diviso e per la effettiva ispirazione al « tecnicismo giuridico romano » (p. 65). E il giurista ha il torto di dichiararsi, non riuscendo a rattenere l'esclamazione: « così ci brillano innanzi concetti giuridici romani » (p. 67). Un momento emozionale di non-vigilanza critica, che rappresenta per noi un atto inconsapevole di confessione.

⁽³⁰⁵⁾ Le citazioni potrebbero esser moltissime. Ne facciamo qui due soltanto, ma estremamente indicative. Sulla teoria della proprietà imperfetta: « il far credere che si è proprietari quando si ha un diritto sulla cosa altrui, genera idee fallaci e pretese ingiustificate. Le facoltà derivanti da un diritto sulla cosa altrui

4. Il lettore attento si sarà sorpreso di una clamorosa assenza nelle pagine precedenti: quella di Francesco Filomusi Guelfi. Ed è un'assenza clamorosa, se si pensa che Filomusi ha dedicato una gran parte della sua operosità scientifica e didattica al grosso problema della proprietà e dei diritti reali. Come non avviene forse per nessun altro civilista italiano, con una costanza singolare che dura quasi per l'intero arco della vita di insegnamento, i suoi corsi di diritto civile alla Università di Roma affermano periodicamente la fedeltà a quel tema del maestro e dello scienziato, consentendone l'approfondimento in tutto il suo non esile spessore ⁽³⁰⁶⁾.

L'assenza dello studioso abruzzese dal novero dei civilisti esaminati nasce soltanto dalla sua difficile collocabilità all'interno di una scuola o di una corrente. Certamente non appartiene alla paleocivilistica, ma altrettanto certamente sarebbe un immiserirne la posizione inserirlo fra i neoterici accanto a Bellavite e ai suoi seguaci. Il fatto è che a Filomusi spetta un posto a sé, compete il privilegio d'un singolare isolamento.

(così detta proprietà imperfetta) non si attingono al concetto di proprietà, ma al concetto di questo diritto reale » (p. 61). Sulla antitesi concettuale fra proprietà e diritto reale limitato: « il diritto di proprietà, qual potere giuridico totale sulle cose corporali, sta a sé e per sé, mentre tutti gli altri poteri giuridici parziali sulle cose, i quali hanno figura di diritti reali, presuppongono la proprietà, di cui essi sono un limite. Il che ha importanza economica e giuridica ad un tempo: un *ius in re aliena* non si può concepire se non in antitesi alla proprietà » (p. 107).

⁽³⁰⁶⁾ A causa della misura del presente lavoro — che non è dedicato alla ricostruzione del pensiero di Filomusi, ma che vuol solo definire sommariamente una zona di transizione ai margini della paleocivilistica —, si darà qui attenzione ai primi due corsi filomusiani sui diritti reali effettivamente pubblicati, e cioè a: *Diritti reali* - Appunti sulle lezioni racc. per cura di E. Piola Caselli e G. Briolini [dispense lit., a.s. 1888-89 - R. Università di Roma] e a *Trattato dei diritti reali* - Lezioni red. per cura degli studenti A. Matozzi, C. Mapei, E. Nannini [dispense lit., a.s. 1891-92 - R. Università di Roma], p. 219 ss. Il corso tenuto nell'a.a. 1888-89, a detta dello stesso Filomusi, sembrerebbe essere, se non il primo corso dettato sui diritti reali che risale invece all'85-86, almeno il primo corso sui diritti reali consolidatosi in una pubblicazione sia pure litografica (cfr. F. FILOMUSI GUELF, *Diritti reali* - Esposizione per il corso 1901-02, Roma, 1902, p. 131).

Abruzzese di nascita, ha la ventura di formarsi a Napoli in un clima intellettuale tra i più vivi in Italia, permeato com'era di tradizione vichiana e di riscoperte hegeliane. A Napoli, tra le lezioni di De Crescenzo e di Bertrando Spaventa, trova l'ambiente adatto a sviluppare quella sua «tendenza filosofica, diretta a conciliare nella scienza del diritto l'elemento filosofico e lo storico», come avrà a confessare molti anni più tardi in certe sue puntuali notazioni autobiografiche ⁽³⁰⁷⁾.

Il segreto dell'immagine irripetibile di Filomusi sta tutta qui: un giurista dagli eccellenti strumenti tecnici, educato sulle pagine dei tedeschi al più vigilante rigore logico e sistematico, ma con in più un'ampia apertura culturale, una non comune capacità speculativa, una straordinaria attenzione per il metagiuridico, quali contrassegni costanti della propria avventura scientifica.

Da qui sorge la necessità per il ricercatore di un impianto documentario più robusto, più corale. La naturale *Isolierung* del giurista — anche del giurista neoterico con le sue certezze epistemologiche — si piega a una naturale propensione ad aprirsi agli scavi puramente storici, alla ricerca comparatistica, alle fondazioni squisitamente speculative, economiche, sociali. Domina il giurista l'esigenza di collocare, verificare, irrobustire il dato giuridico in una raggiera più ampia e probante, con una costante curiosità intellettuale e, insieme, con una genuina umiltà che lo porta a trovare nella comparazione orizzontale e verticale lo strumento culturale a lui più congeniale.

Quel ch'è più appariscente per il lettore sereno delle sue opere è che — a differenza di quasi tutti i giuristi a lui coetanei, ben inseriti in scuole e filoni dottrinali, e ben muniti nelle loro certezze — nulla è in Filomusi apodittico, assiomatico, tutto è sempre discutibile e discusso, con un costante rispetto per la tesi dell'avversario, che non è mai elusa ma considerata e compresa. Nessuna conclusione è in lui dogmatica, ma storica. Sensatamente legato al dato della legislazione positiva, non è mai soltanto un

⁽³⁰⁷⁾ Filomusi è personalità troppo nota perché qui se ne dia una traccia biografica. Le notazioni autobiografiche, cui si accenna nel testo, si possono leggere in *Ricordo delle onoranze a Francesco Filomusi Guelfi per la sua nomina a Senatore*, Napoli, 1911, p. 9 ss. La frase riportata è a p. 11.

esegeta, perché sempre il ' positivo ', o è colto come approdo di un divenire storico, o è l'elemento da includere in un più esteso orizzonte. Tutto sempre intriso di disponibilità e, in fondo, di umiltà.

È questo l'atteggiamento intellettuale che caratterizza Filomusi nelle sue indagini su proprietà e diritti reali rispetto a indagatori colti e provveduti, ma troppo rinserrati nelle loro armature di valori.

Un campione di questi è Biagio Brugi, un personaggio senza dubbio esorbitante la conchiusa casella del giurista, cui la storiografia giuridica deve alcuni contributi che sono tra le più valide ricostruzioni della storia letteraria del diritto comune, ma che, posto di fronte al tema della proprietà, non sa divincolarsi da una aberrante dialettica manichea fra il ' romano ' e il ' non romano ', dove il ' romano ' è identificato con il bene e tutto ciò che non vi si allinea con il deteriore ⁽³⁰⁸⁾. Esattamente l'opposto del procedimento di approccio culturale di Filomusi.

Esempio significativo dei due contrastanti atteggiamenti è rappresentato dalle valutazioni sensibilmente diverse dei due giuristi a proposito di quel nodo complesso che è, per il tema dei diritti reali, la formazione del Codice imperiale germanico del 1900. Brugi analizza gli *Entwürfe* e il Codice alla luce dei suoi consueti occhiali deformanti e passa subito a sezionare idealmente ciò che è ' romano ' dal ' non-romano ', gioisce per l'abbandono di dottrine ' negative ' legate alla tradizione ' germanica ' quale il dominio diviso e conclama la sua emozionale soddisfazione conclusiva derivante dalla constatazione che « ci brillano dinnanzi concetti romani » ⁽³⁰⁹⁾. Filomusi vi guarda invece senza prevenzioni, senza modelli culturali prefabbricati; guarda al primo *Entwurf*, ma anche alla critica che da ' sinistra ' e da una angolazione culturale non romanistica enuncia Otto Gierke ⁽³¹⁰⁾. In lui, che pure

⁽³⁰⁸⁾ Cfr. più sopra a p. 330.

⁽³⁰⁹⁾ BRUGI, *Della proprietà*, cit., passim, ma soprattutto p. 65 ss. (la frase citata nel testo è a p. 67, ma si veda anche a p. 68 le espressioni di soddisfazione del Brugi per il fatto che le norme del BGB « hanno dato l'ultimo crollo a dottrine inveterate » di indole ' germanistica '.

⁽³¹⁰⁾ Il primo *Entwurf* sembra a Gierke « nicht deutsch », « nicht volkstümlich », « nicht schöpferisch ». Sulla critica di Gierke al primo *Entwurf* — testi-

è romanista agguerrito e convinto, cade ogni paraocchi fuorviante, e il progetto di Codice è calato al centro di tendenze confluenti e contrastanti con una totale disponibilità a esaminarle ' storicamente ' ⁽³¹¹⁾.

Lo svincolo dal canale obbligato della interpretazione in chiave romanistica — che è presente, spesso confusamente, anche in quei giuristi che avvertono la lezione dello storicismo ⁽³¹²⁾ —, il sempre critico entusiasmo per i tedeschi, la ricchezza del patrimonio culturale usato e valorizzato, contribuiscono a connotare d'un tratto tipico e peculiarissimo la testimonianza filomusiana in tema di proprietà, a farne essenzialmente una professione di fede storicistica. Il che, su questo tema che tende da sempre ad essere deformato in un conflitto di valori, non è cosa di poco conto.

Che la lezione dei tedeschi sia stata suadente per il giurista abruzzese lo dimostra l'intelaiatura di fondo. « La proprietà si definisce come la generale ed indipendente signoria della persona sulla cosa » ⁽³¹³⁾, ed è signoria così totale e indeterminata da essere condannato alla sterilità quel tentativo che volesse identificarla sulla base del suo contenuto positivo ⁽³¹⁴⁾; la proprietà è pertanto

moniaata soprattutto in tre opere del nostro: *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht*, Leipzig, 1889 (a p. 2 le affermazioni citate poco sopra), *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889; *Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, Berlin und Leipzig, 1889 — cfr., da ultimo, specificamente, H. KUNTSCHKE, *Zur Kritik Otto von Gierkes am bürgerlichen Gesetzbuch*, in *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa*, cit., p. 153 ss., nonché la eccellente messa a punto di G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein « Juristensozialismus » Otto V. Gierkes?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 3/4 (1974-75). È istruttiva anche una lettura di W. SCHUBERT, *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung - Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB*, Berlin, 1966 (sulle critiche gierkiane cfr. particolarmente p. 35 ss.).

⁽³¹¹⁾ FILOMUSI GUELFU, *Trattato dei diritti reali*, a.s. 1891-92, cit., pp. 294-95.

⁽³¹²⁾ Come Pietro Cogliolo, che, nella sua *Filosofia del diritto privato*, cit., ce ne dà una ampia e complessa dimostrazione.

⁽³¹³⁾ Così già in *Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 152. Ma è definizione che resta praticamente immutata fino agli ultimi corsi a stampa.

⁽³¹⁴⁾ *Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 180.

logicamente « un diritto unico e non composto » ⁽³¹⁵⁾. Di conseguenza, il diritto di servitù non è un elemento del *dominium*, una sua frazione ⁽³¹⁶⁾, ma un *ius in re aliena* che non partecipa della realtà della proprietà ⁽³¹⁷⁾; in quanto signoria particolare e a contenuto determinato è anzi della proprietà un perfetto contrapposto ⁽³¹⁸⁾.

Si direbbe un complesso di scelte che un neopandettista potrebbe sottoscrivere, ma sarebbe una conclusione troppo spicciativa. Allargando infatti lo sguardo dalle scelte specifiche a tutto il discorso filomusiano in cui quelle si collocano e trovano ragione, le vediamo emergere non come valori indiscutibili rispetto a cui di diverso c'è soltanto l'errore e la scorrettezza metodologica, bensì come soluzioni profondamente discusse e discutibili appoggiate su una interpretazione ampia del messaggio d'una civiltà giuridica e mai fondate sulla esegesi di un solo frammento o di un articolo sparso; soluzioni insomma che il giurista ritiene provate e probabili, approssimazioni alla verità, e nulla più. Non v'è alcuna traccia di quel manicheismo tanto frequente nei pandettisti e nei loro accoliti, fatto di biasimi, di condanne, di disprezzo. Ogni invenzione teorica, ogni strumento tecnico, è per Filomusi un prodotto storico, pertanto non assolutizzabile, pertanto relativo; anche quello da lui accettato e seguito.

Eccone una buona verifica sul problema della natura giuridica della servitù. Anche se egli è convinto della positiva configurazione di questa come *ius in re aliena*, la sua tolleranza culturale venata di un solido storicismo non può non dare rilevanza alla tesi avversata e dimostrare liminalmente una totale disponibilità di comprensione: « nel diritto moderno possono essere due i concetti della servitù: o il concetto romano che la considera come uno *ius in re aliena*, o il concetto medievale, di diritto germanico,

⁽³¹⁵⁾ « La proprietà non risulta dal complesso di diversi diritti indipendenti. La proprietà è un diritto unico e non composto, di cui tali diversi diritti non sono che le conseguenze essenziali e fondamentali » (*Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 181).

⁽³¹⁶⁾ *Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 157.

⁽³¹⁷⁾ *Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 334 ss.

⁽³¹⁸⁾ *Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 152.

che la considera come un diritto frazionario della proprietà, come una *pars domini*, come un dominio utile, concetto che si rivela specialmente nell'usufrutto»⁽³¹⁹⁾. I due 'concetti' partono da una posizione di pari dignità, perché valutati e rispettati come espressioni di tradizioni storiche diverse, perché consolidazioni di esigenze e idealità che unicamente nella storia traggono la loro legittimazione. Nell'ambito del giuridico — sembra insegnare Filomusi — i valori sono relativi e debbono sempre misurarsi relativamente alle forze storiche di cui sono emanazione.

Nel precedente 'Corso' sui diritti reali il maestro romano era stato ancora più esplicito su questo punto; con un approccio singolarissimo: «Questo è il concetto romanista della servitù, ma nella storia del diritto si riscontra un altro concetto, che è la conseguenza della teoria della proprietà divisa»⁽³²⁰⁾. Se l'interprete, alla fine, propone come seguibile il primo, non è per convinzione inoppugnabile, ma solamente perché schema più congeniale al regime delineato nel Codice.

È notevole che in un corso di diritto positivo da parte di un insegnante di un diritto positivo i concetti non subiscano alcuna dogmatizzazione, alcun procedimento isolante. Non *la* proprietà, *la* servitù, *lo* usufrutto, ma tanti precipitati storici in cui si assommano i caratteri propri delle civiltà produttrici; e il diritto vigente, al fondo dell'imbutto del divenire storico, lungi dall'essere astoricamente isolato e assolutizzato con un'esegesi d'indole pseudologica, è soltanto per il giurista l'assestamento ultimo di una catena ininterrotta di movimenti e di contraccolpi⁽³²¹⁾.

⁽³¹⁹⁾ *Trattato dei diritti reali*, a.s. 1891-92, cit., p. 384.

⁽³²⁰⁾ *Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 338. Mette conto di riportare il testo filomusiano nella sua interezza: «questo è il concetto romanista della servitù: ma nella storia del diritto si riscontra un altro concetto, che è la conseguenza della teorica della proprietà divisa. In base a questa teorica nel diritto intermedio si considerò la servitù, specialmente di usufrutto, come un dominio utile, anziché come un *jus in re aliena*; e a questa teorica si riannoda anche la espressione, spesso usata dai pratici, che la servitù è un frazionamento della proprietà, espressione che trova il suo riscontro anche nella teoria che considera la proprietà come una unione di diritti divisi».

⁽³²¹⁾ Questo emerge anche dalla analisi spregiudicata cui egli sottopone la

Non sorprende allora quella grande virtù che chiamavamo più sopra l'umiltà del giurista Filomusi ⁽³²²⁾, né sorprende la sua curiosità intellettuale di comparatista, quel suo relativizzare continuo che sbocca sì in una nozione sicura, in un concetto chiaro e netto, ma insuscettibile di diventare mai oggetto di culto da parte dello scienziato o dello studente; o quel richiamo continuo a un processo storico, dove protagonisti non sono i soliti frammenti di quel paradiso di verità indiscutibili che è il Digesto, ma culture diverse col loro vario bagaglio ideale, ideologico, tecnico.

Posizione preziosa, che consentirà a Filomusi un esame disincantato della aborrita teorica del dominio diviso: non di per sé illogica e contraddittoria, come vorrebbero i romanisti che la misurano unicamente coi loro archetipi astratti, ma strumento tecnico contrastante l'indirizzo dell'individualismo possessivo ⁽³²³⁾. Per questo forse respingibile, certamente da riceversi con estrema cautela all'interno d'un assetto giuridico dalle fondazioni indivi-

sistematica del Codice unitario e quella infelice e ambivalente nozione di 'modificazione della proprietà', entro la quale sono ricomprese — o meglio, con la quale sono identificate — le servitù prediali e personali. Filomusi, che non è solo storicista ma è anche conoscitore provetto del diritto intermedio, vi riconosce l'estremo residuo di passate concezioni e una traccia — entro il sistema codificato — della teorica del diritto frazionario di proprietà (cfr., ad esempio, *Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 339, o *Trattato dei diritti reali*, a.s. 1891-92, cit., p. 385).

⁽³²²⁾ La motivazione ultima della sua adesione a quello che egli chiama il « concetto romanista della servitù » (*Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., p. 338 o p. 343) è colta con estrema umiltà dal giurista nello stato del diritto positivo codificato. Dopo avere infatti esposto le due differenti teoriche, la conclusione di Filomusi è modesta, sorprendentemente modesta (*Diritti reali*, a.s. 1888-89, cit., pp. 338-39).

⁽³²³⁾ « Non sarà inutile qualche considerazione su questa teoria. I romanisti la ritengono come illogica e contraddittoria. Quantunque noi questa contraddizione non la vediamo, pure dobbiamo riconoscere che nel diritto moderno c'è una tendenza, manifestatasi anche all'epoca della compilazione del nostro codice, a far scomparire tutte le forme di proprietà divisa: e questo deve anche mettere in guardia il giurista quando si tratta di vedere se vi sia riprodotta o no la teoria della proprietà divisa, in qualcuno dei nostri istituti. A quell'avversione contribuiscono anche le tendenze economiche, col concetto fondamentale individualista della proprietà che informa tutti i codici moderni » (*Trattato dei diritti reali*, a.s. 1891-92, cit., p. 91, nota 3).

dualistiche ⁽³²⁴⁾, ma certamente anche né aberrazione né disvalore né *Unding*.

In un quadro, in cui — più che in altri giuristi — si segnala anche un certo recupero della dimensione ideologica, il modello filomusiano d'interpretazione fa pur sempre capo a una comprensione storicistica, in cui si riconosce la probità intellettuale del maestro abruzzese.

⁽³²⁴⁾ Cfr. il testo citato alla nota precedente.

JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ

EIGENTUMSTHEORIE
ALS STRATEGIE PORTUGIESISCHEN
BÜRGERTUMS VON 1850

Eis aqui porque inscrevemos a defesa
da propriedade no rótulo da nossa bandeira.

Alexandre Herculano, 1853

Einleitung. — 1. Akteure der Negation: Besitzende vs. Nichtbesitzende. — 2. Intensität der Negation: Individualeigentum. — 3. Rationalisierung von Negation. — 3.1. Kohärenz und Effizienz. — 3.2. Rekonstitution statt Destruktion. — 4. Instrumentalisierung von Negation: Zwang durch Kodifikation.

Im Sommer 1975 besuchte der französische Journalist Jacques-Frémontier die landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft «Primeiro do Maio» in Alcôrrego bei Portalegre in Mittelportugal. Seinem Bericht nach verneinte einer der etwa zweihundert Mitglieder der Kooperative für alle übrigen, Bauer auf eigener Scholle zu sein: als revolutionäre Arbeiter wollten sie auch gar nicht Eigentümer des von ihnen besetzten Landes werden (1).

Diese Episode indiziert das Zentrum aktueller portugiesischer Innenpolitik. Inwieweit die Bodenreform im Brennpunkt leidenschaftlicher Auseinandersetzungen steht, bestätigt nicht zuletzt die jähe Absetzung im Gefolge des 25. November 1975 eines ihrer engagiertesten Vorkämpfer im Sinne der kommunistischen Partei Portugals, des Staatssekretärs für Agrarfragen António Bica (2).

(1) Cf. Jacques FRÉMONTIER, *Portugal: les points sur les «i»...*, Paris, 1976, p. 216, 220.

(2) Cf. zu seinen Vorstellungen: António BICA, *Considerações sobre a Reforma Agrária*, in *EC*, 1976, p. 3-27.

Importabhängigkeit im Nahrungsmittelsektor macht die Reorganisation der Landwirtschaft zur ökonomischen, also Schlüsselfrage der Revolution vom April 1974. Was Serge-Christophe Kolm ⁽³⁾ überzeugend am Verhältnis defizitärer Außenhandelsbilanz und hierdurch limitierter Lohnpolitik nachwies, reduzierte Bica auf den Erfolg aller Anstrengungen seit dem Frühjahr des Vorjahres: « A reforma agrária é irreversível caso a democracia subsista em Portugal » ⁽⁴⁾.

Die innerportugiesische Diskussion um die Agrarreform läßt die extremsten gesellschaftstheoretischen Zielvorstellungen aufeinanderprallen. Hier sei nur auf die Meinung wichtiger parlamentarischer Gruppierungen angespielt. Für das Selbstverständnis der Christdemokraten ist ihre Forderung symptomatisch, jeden (Land-)Arbeiter zum Eigentümer zu machen, um dem naturrechtlich vorrangigen Individualitätsprinzip gerecht zu werden ⁽⁵⁾. Monarchisten ⁽⁶⁾ bestehen auf Parzellierung unter Stärkung des lokalen Elements; sie setzen sich in Ablehnung kapitalistischen Grundbesitzes gleich dem Centro Democrata Social und dem liberalen Partido Popular Democrático für Familienbetriebe ein. Den Sozialisten geht es um Transformation der Eigentumsstruktur; ihr Ideal sind Agrarkooperativen von (Klein-)Eigentümern unter Beseitigung aller sogenannten semifeudalen Relikte - « a terra pertence a quem a trabalha » ⁽⁷⁾. Alvaro Cunhal weist diese

⁽³⁾ Serge-Christophe KOLM, *Chili-Portugal: vers une théorie des processus révolutionnaires modernes*, in *Annales Economies-Société-Civilisations* 31 (1976), 1245-1261 (1255-1256); cf. Außerdem zu dieser Negativbilanz im Verhältnis 1-2 und der Lösung über eine Steigerung im Agrar- und Investitionsgütersektor Celso FERREIRA, *Ajuda Externa e Independência Nacional: Balanço da Experiência Portuguesa Recente*, in *Economia e Socialismo*, 4 (1976), 3-22 (4, 21).

⁽⁴⁾ *A propos de la réforme agraire*. Interview de M. António BICA, Secrétaire d'Etat à l'Agriculture, in *Portugal: Une évolution difficile (Problèmes politiques et sociaux. Articles et documents d'actualité mondiale. La documentation française, numéro 277, 6 février 1976)*, p. 46, erstmals in *O Jornal* (Lisboa), 19.-25. 12.1975.

⁽⁵⁾ Cf. Manuel BEÇA MÚRIAS, *Reforma e Contra-reforma Agrícola*, in Joaquim LETRIA (ed.), *Eleições 76*, Lisboa 1976, p. 79 (unter Bezug auf *Reforma Agrária, pomo de Discórdia*, in *Democracia* 76, n. 1, Februar 1976).

⁽⁶⁾ Cf. GONÇALO RIBEIRO TELES, *Reforma Agrária. O Homem e a Terra*, Lisboa 1976, p. 14-15, 23.

⁽⁷⁾ Cf. MÚRIAS, *Reforma* (N. 5), p. 81 (unter Verweis auf *Uma política económica ao Serviço do Trabalhador*, Punkt 7).

Forderung für die Kommunisten insoweit zurück, als er familiäres Eigentum mit Proletarisierung in Verbindung bringt ⁽⁸⁾. Daraus hätten beispielsweise Landarbeiter und Kleinbauern des Alentejo gelernt und sich zu Produktionsgenossenschaften zusammengeschlossen, anstatt sich mit winzigen Flurstücken Illusionen hinzugeben ⁽⁹⁾. Insofern verfährt man also getreu der Marxschen Devise, nicht die Teilung des Grundeigentums, sondern allein seine Aufhebung könne den ersehnten gesellschaftlichen Wandel herbeiführen ⁽¹⁰⁾.

Die momentane portugiesische Agrardebatte soll hier nicht problematisiert werden, obwohl ihr zudem im vergleichsweise landwirtschaftlich strukturierten Portugal eine weit über den ökonomischen Bereich hinausreichende generelle soziale Bedeutung zukommt. Grundbesitz schichtet auch heute noch portugiesische Gesellschaft - « Land tenure is the key-stone of the social stratification of Vila Velha » ⁽¹¹⁾. Was José Cutileiro für eine von ihm Vila Velha genannte, zwischen 1965 und 67 analysierte südportugiesische Gemeinde feststellte, könnte nicht treffender für das gesamte gegenwärtige Portugal gesagt werden. Den Konflikt zwischen konservativem Norden und « rotem » Süden auf die unterschiedlichen Eigentumsverhältnisse zurückzuführen, ist schon Gemeinplatz. Die Landwirtschaftsreform mit all ihren Implikationen ist folglich im Augenblick Dreh- und Angelpunkt. Sie ließe sich nur unter Einschluß übergeordneter Mechanismen wie beispielsweise des portugiesischen Binnenmarktes, allgemeiner industrieller Entwicklung und internationaler Abhängigkeit studieren. Die mexikanischen Forschungsergebnisse Michel Gutelmans ⁽¹²⁾ erweisen zur Genüge, daß solche Maßnahmen aus dem

⁽⁸⁾ Alvaro CUNHAL, *Contribuição para o Estudo da Questão Agrária*, I-II, Lisboa, 1976 (I 133, II 265 ss.).

⁽⁹⁾ António Modesto NAVARRO, *Das Arvoras Mortas à Reforma Agrária. Reportagem...*, Lisboa, 1976, p. 33, 77-78 (Aufzählung von 51 solcher Organisationen im Bereich Beja, Stand: 5.1.1976).

⁽¹⁰⁾ So schon Karl MARX, *Grundrente*, in (*Erstes Manuskript*) *der Ökonomisch-philosophischen Manuskripte aus dem Jahr 1844*, abgedruckt in Karl MARX - Friedrich ENGELS, *Werke*, Ergänzungsband I, Berlin, 1968, p. 507.

⁽¹¹⁾ José CUTILEIRO, *A Portuguese Rural Society*, Oxford, 1971, p. 13.

⁽¹²⁾ Michel GUTELMAN, *Réforme et mystification agraires en Amérique latine*.

jeweiligen machtpolitischen und sozioökonomischen Gesamtsystem zu begreifen sind, das sie umgibt und prägt. Hier kam es lediglich darauf an, die Eigentumsfrage zu lokalisieren und dabei zu aktualisieren. Ihr dezisiver Charakter im Meinungsstreit der politischen Lager, vornehmlich aber für Portugal, gebot, den anvisierten Bruch mit der Tradition eingangs zu thematisieren - womit zugleich die erkenntnisleitenden Interessen offengelegt wären.

Über dieses Herkommen bestehen freilich unklare Vorstellungen. In Anbetracht der unbestreitbaren Bedeutung, die dem bis 1966 geltenden Código civil von 1867 mit seiner spezifischen Eigentumskonstitution hierbei unweigerlich zukommen mußte, erstaunt das Schweigen heutiger historischer Forschung um so mehr. Bestenfalls wird eher beiläufig mit diesem Gesetzesakt der Übergang von präkapitalistischem zu kapitalistischem Eigentum verbunden ⁽¹³⁾.

Ohne beim Forschungsstand zu verweilen, die Gründe hierfür aufzuspüren, möge sogleich Alexandre Herculano (1810-1877) ⁽¹⁴⁾, einer der führenden liberalen Denker Portugals, zu Wort kommen. Er wie seinesgleichen erblickten um die Mitte des 19. Jahrhunderts im Eigentum ein verfassungsmäßig verbürgtes, in der Privatrechtskodifikation von 1867 endlich wirksam garantiertes, formal jedem Menschen eigenes Grundrecht ⁽¹⁵⁾. «Burguêz dos quatro costados, liberal ferrenho e proprietário, ainda que pequeno...» ⁽¹⁶⁾ - mit diesen Worten aus einem Brief an den Historiker Oliveira Martins aus dem Jahr 1872 charakte-

Le cas du Mexique, Paris, 1971, p. 14-17, 20 und GUTELMAN, *Structures et réformes agraires. Instruments pour l'analyse*, Paris, 1974.

⁽¹³⁾ Manuel VILLAVERDE CABRAL, *O Desenvolvimento do Capitalismo em Portugal no Século XIX*, Porto, 1976, p. 229.

⁽¹⁴⁾ Cf. Joel SERRÃO, *Herculano de Carvalho Araújo (Alexandre)*, in Joel SERRÃO (ed.), *Dicionário de História de Portugal*, II, Lisboa, 1971, p. 433-437 (mit weiterführender Bibliographie).

⁽¹⁵⁾ Cf. Art. 145 pr., *Carta Constitucional da Monarchia Portuguesa... Decretada e Dada pelo Rei... D. Pedro IV... aos 29 de Abril de 1826*, Lisboa, 1826; *Código civil portuguez* (N. 24), Art. 359, 366, 2167 ss

⁽¹⁶⁾ Herculano fährt mit Zynismus fort: «..., tenho todos os signaes que caracterisam a besta do moderno apocalypse do evangelista Proudhon; sou tyranno do operario» (Alexandre HERCULANO, *Cartas*, I, Lisboa - Rio de Janeiro s.a., *Cartas à Oliveira Martins*, 25.12.1872, p. 221).

risierte er nicht nur sich selbst, sondern das portugiesische Bürgertum seiner Zeit. Als er sich am Lebensabend auf das kürzlich erworbene Landgut in Vale de Lobos zurückzog, war diese Tatsache nicht nur Anekdote. Sie konkretisierte im Einzelfall das Streben wohl-situierten Besitzbürgertums. Eigentümer sein, hierin gipfelten die Wünsche all derjenigen, die den Eigentumslosen verachteten, allenfalls bemitleideten.

Die Konkordanz, insbesondere jedoch der Kontrast zu anfänglich erwähnten Programmen definiert die Aufgabe: über eine Erklärung der historischen Vision von liberalem Eigentum Gegenwart zu erhellen, um im Idealfall soziopolitische Kurskorrekturen vorbereiten zu helfen. In der Sprache des später erklärungs-halber oft bemühten Jean Paul Charnay ⁽¹⁷⁾ geht es darum, den Eigentumsbegriff portugiesischer Bourgeoisie auf seinen gesellschaftstheoretischen, will sagen: historisch-strategischen Stellenwert zu fixieren und solcherart rationale Entscheidungen im Rahmen reflektierter Zukunftsperspektiven zu erleichtern. Der Ergänzungsbedürftigkeit der Ergebnisse eingedenk, sei der erste Schritt hierzu gewagt.

Zwangsläufig ist hierfür im Ideologiebereich anzusetzen. Strategischer Kalkül ist möglichst dort ausfindig zu machen, wo er sich am augenfälligsten offenbart. Die angedeutete Relation von juristischer Eigentumskonzeption und liberalem Weltbild ist demnach dergestalt zu hinterfragen, daß sie sich als das erweist, was sie ist. Ein solcher Ansatz bedarf gerade bei der Analyse moderner portugiesischer Geschichte besonderer Rechtfertigung. Hier droht als Reaktion auf eine Epoche herrschender idealistischer Historiographie das Gegenteil. Eine entsprechende Äußerung eines der besten Kenner des portugiesischen 19. Jahrhunderts, Manuel Villaverde Cabral ⁽¹⁸⁾, kann nicht erst genug genommen werden. Wer wie er in Absetzung von Victor de Sá die Debatte portugiesischer Frühsozialisten um den Blancschen Begriff vom « droit au travail » als ideologisch und deshalb uninteressant, weil irrelevant, abtut, verzichtet — wie im folgenden gerade an dieser

⁽¹⁷⁾ Jean-Paul CHARNAY, *Essai général de stratégie*, Paris, 1973, p. 123.

⁽¹⁸⁾ CABRAL, *Capitalismo* (N. 13), p. 154.

Diskussion ersichtlich — auf Explikation. Bei dieser Richtigstellung geht es nicht um Ehrenrettung ebensolcher idealistischer Rechtshistorie, wohl aber um historische Erklärung. Wie an anderer Stelle unter Berufung auf Ernest Labrousse expliziert, ist totalisierende Geschichtsbetrachtung darauf angewiesen, um des Ziels willen zeitweilig Einzelaspekte zu isolieren - damit die Ergebnisse desto gewinnbringender in die stets angepeilte Gesamtanalyse eingebracht werden können ⁽¹⁹⁾. Wenn im Anschluß dem Überbau in Form liberaler Eigentumstheorie besondere Aufmerksamkeit geschenkt wird, so sei in vergleichbarer Lage mit Lévi-Strauss das angeblich eindeutige Primat mit Hilfe einer noch deutlicheren Absage an derartige Priorität zumindest generaliter korrigiert. Mit anderen Worten: die folgende Analyse sieht sich aufgrund des gewählten Ansatzpunkts in dem Maß den Ergebnissen der bisherigen Überbau-Basis-Diskussion verpflichtet, als sich ihr Untersuchungsobjekt bisheriger Forschungspraxis nach von der materialen Lebenswelt abzuheben scheint. Oder, mit Michel Mialle gesprochen, juristische Institutionen sind nur eine gewisse Repräsentation sozialer Ordnung, die in dieser Eigenschaft freilich zu deren relevanten Faktoren zählen ⁽²¹⁾.

Um der liberalen Eigentumsverfassung habhaft zu werden, bietet die portugiesische Geschichte des vergangenen Jahrhunderts eine einmalige Chance. Die Koinzidenz der Fakten wie die hieraus ablesbaren Schlüsse lassen das Schweigen bisheriger rechtshistorischer Forschung in Portugal auf eines ihrer inhaltsschwersten juristischen Werke neuerer Zeit mit der Brisanz der Thematik in Verbindung bringen. Gedacht ist an « A Propriedade. Philosophia do Direito para Servir de Introdução ao Commentario sobre a Lei dos Foraes » von Antonio Luiz de Seabra. Die 1850

⁽¹⁹⁾ Johannes-Michael SCHOLZ, *Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik*, in SCHOLZ (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt am Main, 1977, p. 39.

⁽²⁰⁾ Cf. Claude LÉVI-STRAUSS, *Das Wilde Denken*, Frankfurt am Main, 1968, p. 139; hierzu sehr aufschlußreich: Wolf LEPENIES, *Lévi-Strauss und die strukturalistische Marx-Lektüre*, in Wolf LEPENIES - Hanns HENNING RITTER, *Orte des wilden Denkens. Zur Anthropologie von Claude Lévi-Strauss*, Frankfurt am Main, 1970, p. 206 ss.

⁽²¹⁾ Michel MIALLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, 1976, p. 53.

im Verlag der Universität Coimbra erschienene Schrift von circa 340 Seiten blieb unvollendet; der erste Teil des ersten Bandes wurde später nicht mehr ergänzt.

Der Autor war seinerzeit Richter an der *Relação* von Porto, gehörte demnach zur Elite der portugiesischen Juristen. Er hatte nach einem fünfjährigen Rechtsstudium in Coimbra, der damals einzigen Universität des Landes, 1821 in Trás-os-Montes seine erste Richterstelle angetreten. Im Anschluß an seine belgische Emigration zog er 1834 mit dem Sieg der Liberalen unter Dom Pedro für 28 Jahre in die erste Kammer ein. Im Verlauf der Jahre sieht man ihn zudem in verschiedenen öffentlichen Funktionen. So stieg er in die hohe Magistratur auf, leitete 1852 und 1868 das Justizministerium, übernahm 1866 bis 1868 das Amt des Universitätsrektors und hatte ab 1862 einen Sitz in der Pares-, der Adelskammer inne ⁽²²⁾.

Auf weitere biographische Daten soll da eingegangen werden, wo es die Untersuchung gebietet. Dort ist dann insbesondere an sein Engagement in der frühen liberalen Bewegung zu erinnern und seine Mitarbeit in der Junta do Porto (1846) zu werten. Zumal seine Verbindung zur sogenannten «*Regeneração*» und insofern seine zentrale Rolle bei Absicherung wie weiterem Ausbau errungener Positionen zugunsten portugiesischen Bürgertums ausgangs der vierziger bis zum Ende der sechziger Jahre hat dann zur Sprache zu kommen.

Mit dem letztgenannten Komplex steht in engstem Zusammenhang seine Ernennung zum alleinigen Redaktor einer portugiesischen Privatrechtskodifikation durch Dekret vom 8. August 1850 ⁽²³⁾. Da der Verfasser demnächst eine Einführung in die

⁽²²⁾ Zu Leben und Werk von Seabra (1798-1895) cf. José DIAS FERREIRA, *Elogio Histórico do Visconde de Seabra*, Lisboa, 1895; Luis CABRAL DE MONCADA, *Subsídios para uma História da Filosofia do Direito em Portugal*, in *Revista da Universidade de Coimbra* 13 (1937), 342-349; Domingues DE ANDRADE, *Em Memória do Visconde de Seabra*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* 28 (1952), 277-301; Mário Júlio DE ALMEIDA COSTA, *Seabra (António Luis de)*, in Joel SERRÃO (ed.), *Dicionário de História de Portugal*, III, Lisboa, 1971, p. 804-805.

⁽²³⁾ *Diário do Governo vom 9.8.1850*, im Faksimile abgedruckt bei Jorge PEGADO et ALII, *Exposição Bibliográfica dos Trabalhos Relativos ao Código Civil de 1867 e Preparatórios do Futuro Código Civil Português*, Coimbra, 1959, p. 1.

Zivilgesetzgebung Portugals des 19. Jahrhunderts vorzulegen gedacht, braucht an diesem Ort allein die Tatsache unterstrichen zu werden, daß der Auftrag laut Begründung des Ernennungsdekrets nicht zuletzt auf die kurz zuvor erschienene Studie zur Eigentumsfrage zurückging. Insofern ist schon rein äußerlich die hier im Mittelpunkt stehende Abhandlung mit dem Lebenswerk Seabras verknüpft - dem kraft Carta de Lei vom 1. Juli 1867 erlassenen *Código civil portuguez* ⁽²⁴⁾. Die inneren Zusammenhänge treten zutage, wenn seine damaligen Vorstellungen über eine Kodifikation des portugiesischen Privatrechts in die Erklärung der Eigentumskonzeption einbezogen werden.

Diametral zu heutigem Vergessen steht zeitgenössische Aufmerksamkeit interessierter Kreise an Seabras « *Propriedade* ». Hierfür spricht zum einen die überhastete Drucklegung des erst partiell konzipierten Werks. Nur auf Drängen seiner Freunde konnte er sich zur Veröffentlichung des unabgeschlossenen, lediglich teilweise ausgedruckten Manuskripts entschließen ⁽²⁵⁾. Die Begegnung vom Jahr 1855 mit dem damaligen Rechtsstudenten José Dias Ferreira — dem nachmaligen Kommentator des Privatrechtsgesetzbuches — in seinem Haus in Saõ Lourenço de Bairro bei Mogofores (Nordportugal) deutet auf den ungewöhnlichen Wiederhall hin, den das Buch gefunden hatte. Ohne Umschweife waren beide in eine engagierte Diskussion hierüber verwickelt worden. Ihr Gespräch hatte einzig diesem Thema gegolten ⁽²⁶⁾.

« *A quoi bon un livre sur la Philosophie du Droit?* », fragte der von Seabra in seiner « *Philosophia do Direito* » untertitelten Schrift öfters zitierte, um 1844 in Dijon lehrende Rechtsphilo-

⁽²⁴⁾ Amtliche Publikation in *Diario de Lisboa* vom 5.8.1867 (n. 173, p. 2418-2422, Artigos 1-204) bis 21.9.1867 (n. 213, p. 2838, Artigos 2533-2538); Berichtigungen: *Diario de Lisboa* vom 21.9.1867 (n. 213, p. 2838 ss.); Abdruck in offizieller Gesetzessammlung: *Collecção Official da Legislação Portugueza*, Anno de 1867, Lisboa, 1868, p. 287-434; erschienen als *Código Civil Portuguez Aprovado por Carta de Lei de 1 de Julho de 1867*. Edição Official, Lisboa 1 1867, 2 1868, 3 1879; spanische Übersetzung: 1868, französische: 1894, 1896.

⁽²⁵⁾ Cf. Antonio Luiz DE SEABRA, *A Propriedade. Philosophia do Direito para Servir de Introducção ao Commentario sobre a Lei dos Foraes por...*, Volume I., Parte I., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1850, p. VIII.

⁽²⁶⁾ Cf. FERREIRA, *Seabra* (N. 22), p. 43-44.

soph W. Belime ⁽²⁷⁾. Das hier hochgespielte Desinteresse des Praktikers an sogenannten rechtsphilosophischen Problemen wird durch die öffentliche Reaktion auf die Arbeit Seabras glänzend widerlegt. Ironie des Schicksals will es, daß ihre einzige zur Zeit ermittelbare, zumal außergewöhnlich umfangreiche, überdies positive Rezension gerade am Tag seiner Nominierung zum Redaktor des bürgerlichen Gesetzbuchs Portugals im Sprachrohr des industriellen Bürgertums erschien ⁽²⁸⁾. So sehr der Zeitpunkt dabei dem Zufall angelastet werden mag - der Ort der überschwänglichen Präsentation ist ein politisches Faktum allerersten Ranges. Kein anderes juristisches Werk beachtete die « *Revista Universal Lisbonense* » dieser Jahre gleichermaßen, keinem anderen räumte sie über die bloße Anzeige hinaus derartigen Platz ein.

Bei dieser 1841 von Antonio Feliciano de Castilho gegründeten Wochenzeitung handelte es sich entsprechend zeitgenössischer Beurteilung um ein Publikationsorgan mit Modellcharakter. Neben dem von Herculano redigierten « *O Panorama* » ragte sie aus dem schier unüberschaubaren Markt kleiner Blätter der vierziger und fünfziger Jahre hinaus ⁽²⁹⁾. Entscheidend war dafür weniger, daß sich ihr Mitarbeiterstab aus der intellektuellen Elite (Herculano) und politischen Führung (Sá de Bandeira) rekrutierte ⁽³⁰⁾. Den Ausschlag gab vielmehr das mit diesen Namen verknüpfte Programm. José Tengarrinha ⁽³¹⁾ betonte namentlich für den hier interessierenden Zeitabschnitt, in welchem hohem Maß aufgrund der spezifischen soziokulturellen Struktur des Landes sich die Kollaborateure mit den politischen Zielen ihrer Periodika identifizierten. Zeitungen wurden gegründet und späterhin scheinbar selbstlos unterstützt, um die gesamtgesellschaftlichen Vorstellungen einer kleinen Gruppe zu artikulieren.

⁽²⁷⁾ W. BELIME, *Philosophie du droit ou cours d'introduction à la science du droit*, I, Paris, 1844, p. 6-7.

⁽²⁸⁾ Cf. A. H. R. CORDEIRO, in *Revista Universal Lisbonense* 9 (1849-1850), 531-533.

⁽²⁹⁾ Cf. José TENGARRINHA, *História da Imprensa Periódica Portuguesa*, Lisboa, 1965, p. 132.

⁽³⁰⁾ Cf. den *Prospecto da Nova Impreza*, in *Revista Universal Lisbonense* 7 (1847-1848), 529.

⁽³¹⁾ Cf. TENGARRINHA, *Imprensa* (N. 29), p. 152.

Auf die Intentionen der « *Revista Universal Lisbonense* » wird noch mehrfach einzugehen sein, augenblicklich genügt es, sie in Grundzügen zu umreißen. Der Untertitel « *Jornal dos Interesses Phisicos, Intellectuais e Moraes* » (1847-1848) beziehungsweise « *Sciencias - Agricultura - Industria - Litteratura - Bellas-Artes - Noticias e Commercio* » (1850) läßt bereits vermuten, was an anderer Stelle unverhohlen ausgesprochen wird. Ich denke vorzugsweise an den Leitartikel vom 20. September 1849 zu den spontanen Arbeitsniederlegungen in den größten Fabriken Lissabons. Als « *jornal da industria* » hielt sich die « *Revista* » verpflichtet, nicht zuletzt auch im Interesse der Landwirtschaft die Vorgänge zu analysieren, zu kommentieren und unter ihren Prämissen Abhilfe zu ersinnen⁽³²⁾. Typisch ist weiterhin die Abfuhr, die der Eigentümer und Chefredakteur S. J. Ribeiro de Sá ebenfalls an bevorzugter Stelle den Angriffen auf die bisherige Schutzzollpolitik durch A. de Serpa vom « *Atheneu* » erteilte. Dies hieß unzweideutig, einer sich angesichts entmutigender ausländischer Konkurrenz nur unter allergrößten Schwierigkeiten entwickelnden heimischen (Groß-) Industrie zur Seite treten⁽³³⁾. Gleichzeitiges Insistieren auf vorgeblich apolitischem Staat, dem Primat alles Ökonomischen und einem prosperierenden Binnenmarkt - damit sind die Leitmotive einer « *pressure group* » gekennzeichnet, die zur Zeit der « *Regeneração* », also nach 1851, die Besitzenden auf ihr Programm vereinigen könnte und Seabras Eigentumsstudie einer solch positiven Würdigung für wichtig erachtete.

Die Besprechung hebt vorweg die ungewöhnliche intellektuelle Schärfe hervor und schließt mit der lapidaren Feststellung, es handle sich um weit mehr als eine rechtsphilosophische Schrift: man habe ein Kompendium liberaler Doktrin vor sich, dessen Lektüre dem Gesetzgeber zu empfehlen sei. Daß sich Seabras « *Propriedade* » zugleich wohltuend von gängigem politischen Schrifttum abhebe, ist ein Widerspruch, der indes mit angeblich unpolitischem Rechtsverständnis harmonisiert - darauf wird aus-

(32) Cf. den anonym publizierten Artikel *Industria Nacional. Os Operarios e as Horas do Trabalho*, in *Revista Universal Lisbonense* 8 (1848-1849), 541.

(33) S. J. RIBEIRO DE SÁ, *A Questão Industrial*, in *Revista Universal Lisbonense* 9 (1849-1850), 429-432.

fürlicher einzugehen sein. Ansonsten paraphrasierte der Rezensent Seabra. Das läßt auf mangelnde Intelligenz oder volle Zustimmung schließen. Für letzteres spricht der Ton, in dem über den gesamten Artikel hin Seabra als einer der ihren willkommen heißen wurde ⁽⁸⁴⁾.

Es ist freilich nicht beabsichtigt, die Eigentumsverfassung Seabras damit unmittelbar in Beziehung zu setzen. Daran lassen sich allenfalls Vermutungen knüpfen. Sie dürfen bestenfalls in Arbeits- oder Explikationshypothesen eingehen. Um kurzschlüssigem Reduktionismus zu entgehen, bleiben deshalb vorschnelle Schlußfolgerungen unformuliert. Analytischen Prozeduren hat vorab ohnedies allgemeinen Verständnisses wegen eine kursorische Beschreibung des äußeren Rahmens der Untersuchung vorauszugehen. Speziell bei einem so fernliegenden Gegenstand, wie es nun einmal die portugiesische Rechtsgeschichte für die meisten bedauerlicherweise ist, hieße jedes andere Verfahren die Aufnahmebereitschaft etwaiger Leser unnötig strapazieren. Bevor also das Augenmerk auf ein explizierendes, weil Basis und Überbau mittelndes «schème médiateur», eine solche «région médiane» (Foucault) gerichtet wird, ist einführend der Objektbereich zu umreißen, in dem der Charnaysche Strategiebegriff seine Explikationskraft entfalten soll. Hierfür sei zuerst das Sujet der Seabraschen Studie skizziert und der Stellenwert desselben anhand der Aussagen Seabras eruiert. Zum zweiten ist sein Ansatz zu umreißen, infolgedessen von diesem Werk als geplanter Einleitung eines Kommentars zur Lei de Forais von 1846 zu handeln. Daran schließt sich eine knappe Beschreibung der im Brennpunkt stehenden, seine Zeit entschlüsselnden Abhandlung an. Solche «décodage» (A. J. Arnaud) setzt schließlich ein, wenn inhaltliche Diskrepanzen Erklärung aufgeben.

Gleich zu Anfang gibt Seabra zu erkennen, welche institutionelle Bedeutung er Eigentum zumaß. Weil es übergreifenden Charakters sei, veranschlagte er es auch zentral - «A nossa existencia, a nossa liberdade, o nosso passado, o nosso futuro, a industria, a sciencia, as artes, a moral, e a mesma religião, tudo se liga e

⁽⁸⁴⁾ Cf. oben N. 28.

prende á questão de Propriedade, unico principio e fim da sociedade » (35). Keiner anderer Frage sei es vorbehalten, unter so mannigfaltigen Aspekten die verschiedenartigsten Interessensphären des Menschen zu tangieren. Vulgäres Rechtsverständnis koppele zwar Eigentumsrecht mit seinem Objekt, « mas que em ultima analyse comprehende e absorve todos os Direitos do homem, ou, para melhor dizer, é origem e fundamento de todos elles » (36).

Eigentum avanciert solcherart zum juristischen Zentralbegriff, es wird zu Recht schlechthin. Unnötig deshalb, Recht zu den Einflußgebieten von Eigentum zu rechnen. Eher ist das Gegenteil der Fall. Gleich Heinrich Ahrens (37) — womit das erste Mal die Beziehungen zum « Krausismo » erwähnt werden sollen — ging für Seabra Recht in Eigentum auf. Mehr noch: es drückt Gesellschaft spezifisch aus, ist ihre juristische Definition. Wenn im Vorgriff bereits Seabras politökonomisches Denken mitberücksichtigt wird, frappiert bei konträrem Ergebnis die Parallelität zu Marx. Dieser sprach vom Monopol des Privateigentums (38), begriff es als juristische Identifikation materieller Produktionsverhältnisse (39).

Erinnert man sich der für Marx'sches Umdenken entscheidenden Relektüre (40), wovon die eben zitierten Ökonomisch-philosophischen Manuskripte aus dem Jahr 1844 zeugen, und bezieht die im folgenden bei Seabra auf Schritt und Tritt feststellbare Transkription wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse in juristische Kategorien schon jetzt in die Betrachtungen ein, so er-

(35) SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 1.

(36) SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 9.

(37) Cf. insbesondere Heinrich AHRENS, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit fait d'après l'état actuel de cette science en Allemagne*, Bruxelles², 1844, p. 289; für weitere einschlägige Stellen bei Ahrens — allerdings nach dessen Naturrecht in spanischer Version — cf. Eloy TERRÓN, *Sociedad e ideologia en los orígenes de la España contemporánea*, Barcelona, 1969, p. 229-231.

(38) MARX, *Grundrente* (N. 10), p. 508.

(39) Karl MARX, *Zur Kritik der politischen Ökonomie* (1859), in Karl MARX-Friedrich ENGELS, *Werke*, XIII, Berlin, 1964, p. 9 (Vorwort).

(40) Cf. D. I. ROSENBERG, *Die Entwicklung der ökonomischen Lehre von Marx und Engels in den vierziger Jahren des 19. Jahrhunderts*, Berlin, 1958.

weisen sich beide Verfahrensweisen als Korrelate gesellschaftlichen Verständnisses. Einmal wurde die soziopolitische Grundentscheidung zu Eigentum juristisch-dogmatisch überhöht; zum anderen diese Abstraktion erklärungs wegen auf ihren materiellen Gehalt zurückgeführt. Gemeinsam ist die Anstrengung, zeitgerecht Umwelt zu erfassen. Das hieß für Seabra unter anderem, sich nicht im Dickicht tradierter jurisprudentieller Diffizilitäten zu verlieren, sondern bürgerlicher Gesellschaft gemäß für Portugal den Neuansatz zu formulieren. Ein weiteres portugiesisches Beispiel belegt die sich abzeichnende Allpotenz von Eigentum als gesamtgesellschaftlichem Erklärungsschema. Es handelt sich um den Versuch Herculanos, mittels dieses Rasters mittelalterliche Geschichte Portugals zu erläutern. « O estado da propriedade é o mais importante, ou antes, o que resume todos », heißt es bündig in seinen « Apontamentos para a Historia dos Bens da Coroa e dos Forais » von 1843-1844 ⁽⁴¹⁾. Als Resümee dieser drei Beispiele darf festgehalten werden: Eigentum als Schlüssel geschichtswissenschaftlicher (Herculano) und juristischer (Seabra) Erkenntnis oder Ansatzpunkt soziologischer Entlarvung in Richtung auf den fundamentalen Gegensatz von Arbeit und Kapital (Marx) ⁽⁴²⁾ spricht für die Tragweite faktischer Eigentümerpositionen in damaliger Sozietät.

Dem Selbstverständnis Seabras zufolge legitimierte sich diese einmalige Bedeutung von Eigentum zweifach: einerseits aus dem angesprochenen gesellschaftlichen Kontext, andererseits aus individueller menschlicher Existenz. Wenn ihm Eigentum zum « unico principio e fim da sociedade » ⁽⁴³⁾ wurde, bewegte er sich in der Tradition bürgerlicher Staatstheorie seit Locke: « The great chief end of men's uniting into Commonwealths, and putting themselves under Government is the Preservation of their Property » ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴¹⁾ Abgedruckt in Alexandre HERCULANO, *Opúsculos*, VI ^o, Lisboa, s.a., p. 188.

⁽⁴²⁾ Cf. schon Karl MARX, (*Privateigentum und Arbeit*), (Drittes Manuskript), Ökonomisch-philosophische Manuskripte (1844), in Karl MARX - Friedrich ENGELS, *Werke*, Ergänzungsband I, Berlin, 1968, p. 533.

⁽⁴³⁾ Cf. N. 35.

⁽⁴⁴⁾ John LOCKE, *Two Treatises of Government* (1689-1690), ed. Peter Laslett, Cambridge, 1963, II § 124 (p. 368-369).

Logischerweise rückte deshalb die Eigentumsordnung zum Herzstück positivrechtlicher Regelung im Code civil français auf ⁽⁴⁵⁾. Analoges gilt für den Código civil portuguez von 1867: obwohl die eigentumsrechtlichen Vorschriften erst im dritten Teil behandelt werden, sind ihnen die einführenden Bestimmungen des Personenrechts, die anschließenden Erwerbsvorschriften wie die ausgangs fixierten Abwehrregeln inhaltlich untergeordnet. Nimmt man hinzu, daß Seabra zwecks Stabilisierung sozialer Ordnung gesetzessystematisch unter Eigentum nur verstand, was er im Código vorgesehen hatte — « Logo, se não é proprietada, senão o que a Lei considera como tal » ⁽⁴⁶⁾ — schließt sich der Kreis. Die Lösung vom römischen Recht etwa in der Frage des Eigentums an Forderungen, da Eigentum ein umfassendes Herrschaftsrecht sei, war insofern folgerichtig ⁽⁴⁷⁾.

Rechtsordnung in ihrem Detail vermag nur herrschende gesellschaftspolitische Postulate widerzuspiegeln. Was das liberale Portugal angeht, sei vorab sein Ideologe, Herculano, bemüht. Anlässlich der Enteignung des « Fundo Especial de Amortização do Banco de Portugal » von 1846 durch Dekret vom 30. August 1852 zugunsten des Eisenbahnbaus zwischen Lissabon und Porto deklamierte er die Unverletzlichkeit des Eigentums: « A propriedade não se defende somente contra os comunistas... A propriedade deve defender-se contra todos os que a atacam, chamem-se socialistas ou retrógrados, saint-simonianos ou absolutistas, venham donde vierem, chamem-se como se chamarem, tenham um nome

⁽⁴⁵⁾ Cf. Jean MAILLET, *Codifications napoléoniennes, développement économiques et formation de la société française capitaliste*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 2 (1973), 116, und André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code Civil Français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973, p. 88-89, und — hieran anknüpfend — spezifisch zur spanischen Version dieser Kodifikation Mariano PESET REIG, *A cerca de la propiedad en el Code*, in *Revista crítica de derecho inmobiliario* 52 (1976), 515.

⁽⁴⁶⁾ Cf. Antonio Luiz DE SEABRA, *Apostilla á Censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a Primeira Parte do Projecto de Código Civil*, Coimbra, 1858, p. 101-102.

⁽⁴⁷⁾ Antonio Luiz DE SEABRA, *Novíssima Apostilla em Resposta á Diatribe do Sr. Augusto Teixeira de Freitas, contra o Projecto de Código Civil Portuguez*, Coimbra, 1859, p. 28 ss.

o uma doutrina, ou seja uma amálgama híbrida de trãnsfugas sem crença de todos os partidos » (48). Kurz zuvor hatte er sich noch gegenüber Almeida Garrett besorgt gezeigt, stelle doch die Eigentumsproblematik die « maxima questão que se agita hoje na Europa » dar (49). Die « Sociedadada Promotora da Industria Nacional » gab freilich wenig Anlaß zur Sorge. Eigentum war ihr Eckstein und damit Denkmuster. Semantisch schlägt sich ihre Haltung beispielsweise im Ausstellungsprospekt der Lissaboner Industrieschau von 1849 nieder: hier steht der « proprietario de quaesquer productos » im Vordergrund, wird jedoch « proprietarios d'officinas » andererseits Anonymität zugesichert, so daß der eigentliche Adressat der Ausschreibung am Ende mit dem Produkt verschmilzt (50). Ein zusätzliches Beispiel für die behauptete legitimierende Identität von gesellschaftspolitischer Entscheidung und liberalem Eigentum liefern schließlich die Beschwerden von Foureiros der ehemaligen Honra de Meinedo (Nordportugal). Ob ihrer gerichtlich erst jüngst trotz des Abolitionsdekrets von 1832 bestätigten Abgabeverpflichtungen aus mittelalterlichen Forais erbittert, wandten sie sich 1846 verständnislos an den Abgeordneten Silva Ferrão: « e no tempo de um Governo Constitucional, perdem o que é seu, e ficam pobres » (51). Liberaler Rechts- und Verfassungsstaat hatte getrogen; nun wurden seine Prinzipien geschickt gegen diejenigen ins Feld geführt, die sich am Eigentum des einzelnen vergriffen hatten.

Letzte Rechtfertigung für Eigentum als übergeordneter Größe folgte Seabra nicht aus sozialem, sondern individuellem Bezug. Eigentum berühre menschliche Existenz wie diese ersteres be-

(48) Alexandre HERCULANO, *O Progresso Material como Disjarce da Reacção, in O Portuguez*, N. 3 vom 14.4.1853, heute auch abgedruckt in António José SARAIVA, *Herculano Desconhecido (1851-1853)*, Lisboa², 1971, p. 70.

(49) Cf. Brief vom 29.12.1851, ediert in HERCULANO, *Cartas*, II⁴, Lisboa - Rio de Janeiro, s.a., p. 25.

(50) *Programma para a exposição dos productos de industria nacional, que a Sociedade Promotora tenciona apresentar ao público no corrente anno de 1849, e no local que opportuna vom 13.5.1849*, in *Revista Popular. Seminario de Litteratura e Industria*, 1849, p. 94.

(51) Cf. den Text bei Francisco António FERNANDES DA SILVA FERRÃO, *Repertorio Commentado sobre Foraes e Doações Regias*, I, Lisboa, 1848, p. XXI.

gründe. Sein wäre inkomplett ohne Eigentum, ja unmöglich. Das dem Menschen originär zufallende Eigentum an seinem Körper, auch Freiheit genannt, bedürfe der Ergänzung. Es widerspreche der Weisheit des Schöpfers, den Menschen mit Fähigkeiten zur Existenzsicherung und Arterhaltung auszustatten, ihm aber die Mittel hierfür zu versagen. « Se a necessidade existe, é forçoso que existam igualmente os meios de a satisfazer », lautet der häufig anzutreffende Topos. Das Vorhandensein solcher Mittel (meios) und die Möglichkeit ihrer Appropriation zwingt zur Annahme eines Rechts auf ihren Erwerb. Sei dieser vollzogen, erwachse dem Erwerber hieran « uma segunda Propriedade, não menos importante, não menos inviolavel que a primeira »⁽⁵²⁾. Unter ausdrücklichem Rekurs auf Destutt de Tracy und die Synonyma facultades - propriedades für Fähigkeit - Eigenschaft - Eigentum sind Seabra Mein - Dein und je mögliches Verständnis unserer Existenz Korrelative. Naturwüchsige menschliche Aktionsfähigkeit, eben Freiheit, legitimiere aufgrund ihrer Verankerung im natürlich-existentiellen Bereich jedes weitere Eigentum, kurz, alle Rechte des Menschen⁽⁵³⁾. Und wiederum im Vorgriff sei ergänzt, daß solches aus der « propria natureza do homem » abgeleitete umfassende Eigentum sich selbstverständlich als Individualeigentum versteht - die Auseinandersetzung mit dem « comunismo » zwischen Plato und Proudhon erzwang ein deutliches, noch ausführlich in seinen Konsequenzen zu behandelndes Bekenntnis⁽⁵⁴⁾.

Solche Argumentation entspricht in ihrem Rückbezug auf humane Freiheit und menschliche Personalität liberaler Eigentumsdoktrin⁽⁵⁵⁾. Seabras Beweisführung ist namentlich krausistischen Konzeptionen verwandt, wie sie sich bei Ahrens darbieten. Terrón wies mit mehreren Zitaten nach, in welchem Ausmaß für diesen « la propiedad resulta inmediatamente de la

⁽⁵²⁾ Cf. zum Vorausgehenden SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 11-13 und 14 Note e.

⁽⁵³⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 9-11.

⁽⁵⁴⁾ Cf. SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 40 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cf. Dieter SCHWAB, *Eigentum*, in Otto BRUNNER - Werner CONZE - Reinhardt KOSELLECK (eds.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, 1975, p. 79 ss. (Locke).

naturaleza humana »; wie er physische und intellektuelle Bedürfnisse als Referenzgrößen ausgebend, Eigentum zum naturvorgegebenem Recht erhoben habe ⁽⁵⁶⁾.

Nur darf über derartigen Zusammenhängen — auch in der heutigen rechtshistorischen Forschung immer noch überbetont — die eigentliche Erklärung der zu analysierenden Texte nicht vergessen werden. Da Seabra die Koinzidenz mit Ahrensscher Eigentumslehre einräumte, allerdings auch eigenständige Gedankenführung für sich in Anspruch nahm ⁽⁵⁷⁾, würde die leider allzuoft beobachtbare Jagd nach Originalität jedenfalls hier zur Farce. Das Ergebnis wäre zufällig, schlimmer noch: vergleichsweise nichtsagend. Statt dessen gilt es, etwa immanenten ideologischen Widerspruch als solchen aufzudecken. Beispiel: Die Limitierung des Widerrufs von Schenkungen mortis causa für den Fall nachgeborener Kinder unter Hintanstellung familiärer Interessen zugunsten überragenden Eigentumsschutzes (*certeza e estabilidade da propriedade*) verträgt sich schwerlich mit Seabras Argumentation hinsichtlich arterhaltender menschlicher Existenz ⁽⁵⁸⁾. Hier von ausgehend wäre etwa die These Terróns ⁽⁵⁹⁾ zu prüfen, krausistische Negation historischer Eigentumsbegründung gäbe theoretische Rechtfertigung für tatsächlich fortschreitende Individualisierung ab. Derartige Forschungshypothesen aufgrund beobachteter inhaltlicher Diskrepanzen wären sinnvollerweise vorrangig aufzugreifen; die Genealogie der Ideen — obschon nicht bedeutungslos — darf nicht alle Energie absorbieren.

Nach dem scheinbaren methodologischen Exkurs sei einleitend mit dem Ansatz der Seabraschen Untersuchung fortgefah-

⁽⁵⁶⁾ Cf. ELOY TERRÓN, *Sociedad e ideología en los orígenes de la España contemporánea*, Barcelona, 1969, p. 222 ss., 232 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cf. SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 38-39, unter Hinweis auf AHRENS, *Droit naturel* (N. 37), p. 315-316: « La propriété est un droit personnel, primitif et naturel de chaque homme. Elle est un droit primitif ou absolu, parce qu'elle résulte immédiatement de la nature de l'homme, de la nécessité de pourvoir par un ensemble de conditions et de moyens, soit matériels, soit intellectuels, au développement physique et spirituel de l'homme... (La propriété) est destinée à fournir les moyens nécessaires au développement physique et intellectuel de l'homme, et aux différents buts qui y sont compris ».

⁽⁵⁸⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 323-326.

⁽⁵⁹⁾ TERRÓN, *Sociedad e ideología* (N. 37), p. 222-223.

ren. Ausweislich seiner Einführung verstand er sie als Vorstudie zur Kommentierung der Lei de Forais vom 22. Juni 1846 ⁽⁶⁰⁾. Als Autor des ursprünglichen Entwurfs zur Reform des Aufhebungsdekrets von 1832 galt er vielen prädestiniert, das Gesetz von 1846 zu erläutern. Gedacht war an einen modernen Kommentar nach deutschem und französischem Muster - in Überwindung hergebrachter Formen wie etwa der vierzehnbändigen « *Commentaria in Ordinationes Regni Portugalliae* » (Ulissipone 1669 ss.) von Manoel Alvares Pegas zu den immer noch geltenden, die Zivilrechtsordnung bestimmenden Ordenações Filipinas von 1603 ⁽⁶¹⁾. Umfangreiche Vorarbeiten hätten ihn jedoch davon überzeugt, daß die sogenannten Forais untrennbar mit der jeweiligen Eigentumsordnung verzahnt seien: « Mas que é o foral, senão uma questão de propriedade; e mesmo a sua formula privativa em uma das épochas mais notaveis de civilização europea, a meia idade? Que é a Lei actual, senão a substituição d'essa formula por outra em harmonia com os principios da actual civilização? » ⁽⁶²⁾. Die Auflösung dieses Widerspruchs habe ihm geboten, rechtsphilosophische Betrachtungen vorzuschalten, um mit Sicherheit existente überzeitliche Züge des Eigentums herauszuarbeiten. Die Schrift über « Propriedade » von 1850 ist das erste Ergebnis solcher Reflexionen.

Um in etwa den Gedankengang Seabras, den behaupteten Konnex zwischen Foral und Eigentumsverfassung verständlich zu machen, sei knapp auf die Forais-Reform im 19. Jahrhundert eingegangen. Dem kompetenten Urteil Albert Silberts zufolge handelt es sich dabei um die Aufhebung des Feudalregimes, besser gesagt: des seigneurialen Leistungssystems ⁽⁶³⁾. Dieses war in mit-

⁽⁶⁰⁾ Abdruck des Gesetzestextes in *Collecção Official da Legislação Portuguesa Redigida por Antonio Delgado da Silva. Anno de 1846*, Lisboa, 1846, p. 89-96.

⁽⁶¹⁾ Zur portugiesischen Gesetzgebung des Ancien Régime cf. meinen Beitrag im Rahmen des von Helmut COING herausgegebenen *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Band II 2, München, 1976, p. 282-309, auf portugiesisch *Legislação e Jurisprudência em Portugal nos Sécs. XVI a XVIII. Fontes e Literatura*, Braga, 1976, und in *Scientia Iuridica* 25 (1976), 512-587 (514-556).

⁽⁶²⁾ Cf. hierzu wie zum Vorausgehenden und unmittelbar Anschließenden: SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. v-VII.

⁽⁶³⁾ Cf. Albert SILBERT, *Sur la féodalité portugaise et son abolition*, in *L'abo-*

telalterlichen Urkunden, den Forais, vonseiten des Königs oder weltlichen und kirchlichen Donataren gegenüber den Einwohnern abgegrenzter Landstriche determiniert worden. Speziell nach den Reformen Manuels waren im 16. Jahrhundert von den begleitenden persönlichen und kollektiven Garantien nur noch unerträgliche Abgabeverpflichtungen übriggeblieben. Ihre totale Revision wurde bereits ausgangs des 18. Jahrhunderts unter physiokratischem Einfluß als unausweislich angesehen. Lukrative Landwirtschaft, ein freier Bodenmarkt und insofern auch ein für die erwünschte industrielle Entwicklung unerläßliches funktionierendes Grundkreditsystem waren nach Ansicht ökonomisch denkender Kreise nur mit Beseitigung der Forais zu erreichen.

Als Bodenbefreiung deklariert, zielten im wesentlichen drei legislative Eingriffe darauf ab, nach der Revolution der Liberalen von 1820 die grundlegende Wende herbeizuführen: die Dekrete vom 2. Juni 1822⁽⁶⁴⁾, 13. August 1832⁽⁶⁵⁾ und eben das Gesetz vom 22. Juni 1846, die Lei de Forais⁽⁶⁶⁾. Dabei kam es zusammenfassend gesagt weniger darauf an, wie die Beziehungen zwischen den Foreiros und den das Land vergebenden Institutionen (König, Kirche, Adel) in der liberalen Ära juristisch definiert wurden.

lition de la féodalité dans le monde occidental (Colloques internationaux du Centre National de la Recherche Scientifique. Sciences Humaines), Toulouse 12-16 novembre 1968, Paris, 1971, p. 325, und auf portugiesisch: *O Feudalismo Português e a sua Abolição*, in Silbert, *Do Portugal de Antigo Regime ao Portugal Oitocentista*, Lisboa, 1972, p. 89.

(64) Abgedruckt in *Collecção da Legislação Moderna Portuguesa da Instalação das Cortes Extraordinarias e Constituintes em diante*, II: Legislação de 1822, Lisboa, 1823, p. 34-38 (= Lei vom 5.6.1822); wichtig hierfür FRANCISCO SOARES FRANCO, *Explicação á Lei de 5 Junho de 1822 sobre a Reforma dos Foraes*, Lisboa, 1822.

(65) *Collecção de Decretos e Regulamentos Mandados Publicar por Sua Magestade Imperial o Regente do Reino desde que Assumiu a Regencia até á sua Entrada em Lisboa*, Segunda Serie, Lisboa, Imprensa Nacional, 1834, p. 192-195 (hochinteressant das vorausgehende *Relatorio* von MOUSINHO, p. 189-192).

(66) *Collecção Official da Legislação Portuguesa Redegida pelo Desembargador Antonio Delgado da Silva. Anno de 1846*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1846, p. 89-96 (nach *Diario do Governo* vom 13.7.1846); zum Verständnis besonders wichtig FRANCISCO ANTÓNIO FERNANDES DA SILVA FERRÃO, *Repertorio Commentado sobre Foraes e Doações Regias*, I-II, Lisboa, 1848.

Generell läßt sich der Übergang von einer Deutung als Emphyteuse (Alberto Menezes) über ein Verständnis als Privileg (Herculano, Silva Ferrão) bis hin zu einer Glorifizierung als abgetrotzte bürgerliche Freiheit (Teófilo Braga) festhalten. Bestimmend war vielmehr, daß politökonomische Zielsetzungen auf ein wie auch immer rechtswissenschaftlich expliziertes Hemmnis trafen und den Nutznießern die aus dieser Sicht ungerechtfertigte Bereicherung mißgönnt wurde.

Die einzelnen Schritte verliefen wie folgt. 1822 ging es darum, die in den Forais statuierten Lasten zumindest partiell einzuschränken. Den liberalen Cortes gelang eine Fixierung der Lasten, die für eine Bodenmobilisierung so bedeutsame Senkung der Transaktionsgelder (Laudemio) und die Möglichkeit der Ablösung. Die Sanierung der Staatsfinanzen durch 20% der Ablösungssumme deutet auf die Verflechtung von foraisfeindlichem Bürgertum und Staatsapparat in seinem Dienst.

Nach zwischenzeitlichem Rückfall (1824) sollte es 1832 auf Betreiben Mousinho da Silveiras zur radikalen Aufhebung bei Entschädigung kommen. Zu den bisherigen Argumenten gesellte sich nunmehr machtpolitischer Kalkül, wurde doch diese Maßnahme als geeignetes Mittel angesehen, insonderheit den Norden Portugals auf die Seite der gegen Dom Miguel kämpfenden Liberalen zu ziehen. Die ehemals Verpflichteten konnten von nun ab frei über die zuvor belasteten Immobilien verfügen; Sonderabgaben aus Forais wurden theoretisch beseitigt; das Land wurde zu Allodialgut, soweit es in Besitz der Donatare war, und verstaatlicht, sofern es königlicher Administration unterstand. Auf die nachfolgende Umgehung dieser Vorschriften mit Hilfe der hohen Magistratur soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Im Ergebnis beschwerten auch weiterhin jetzt oft erst prozessual bekräftigte Forais-Abgaben die seit alters Belasteten.

Als der politische Aufstieg adliger Donatare mit dem Wahlsieg der Chartisten 1840 seinen Höhepunkt erreicht hatte, war 1841 sogar eine formale Retablierung des Forais-Regimes zu befürchten. Bereits zuvor veranlaßten parlamentarische Vorgeplänkel weitblickendere, taktisch klügere Liberale, ab 1839 in einer Reform des Dekrets von 1832 den für portugiesische bürgerliche Gesellschaft um die Jahrhundertmitte praktisch erreich-

baren Kompromiß zu suchen. Die Frucht ihrer Bemühungen ist die Lei de Forais von 1846. Oberstes Gebot bei der Redaktion war formal gesehen die bisher fehlende Rechtssicherheit; materiell-rechtlich das wichtigste Ergebnis die Herstellung freien Grundeigentums in der Hand der Donatare und die Umpolung auf beziehungsweise die Affirmation von privatrechtlichen Absprachen. Wiederum war Ablösung vorgesehen. Auch sollten den öffentlichen Finanzen neue Quellen durch die jetzt zu erwartenden vermehrten Grundstücksveräußerungen (Laudemios) eröffnet werden ⁽⁶⁷⁾.

Es erübrigt sich fast, nach den voranstehenden Ausführungen auf die Petition der Gemeinden um São João de Rei (Guimarães) an die liberalen Cortes von 1821 zu verweisen ⁽⁶⁸⁾. Dort stöhnten die Bauern (lavradores-agricultores) unter den « excessivos impostos », die sie nach schwerer Arbeit in Form des vierten, fünften oder sechsten Teils des Brotgetreides oder Weins zuzüglich fixer Gegenleistungen wie Tuch (bragal), Leinen, getrockneter Kastanien etc. an ihren « Donatario » zu erbringen hätten - « Pode haver foral mais opposto ao sagrado direito de propriedade? ». Mit Recht merkte Silbert an, daß diese Art der Fragestellung sich der Ideologie des Adressaten anzupassen suchte. Silva Ferrão, der die Lei de Forais von 1846 redigierte, zählte zu ihren großen Errungenschaften die Sicherung des « direito de propriedade particular ». Der « respeito à propriedade » habe den Gesetzgeber bewegt, weshalb mancher Kompromiß einzugehen war. Alle Rechtsunsicherheit nach dem Dekret von 32 habe vor-

⁽⁶⁷⁾ Zur Forais-Reform fehlt bis heute eine moderne Darstellung. Neben den Schriften Silberts ist für die mittelalterliche Situation auf die Literaturzusammenstellung bei Mário Júlio de Almeida Costa, *Forais*, in Joel Serrão (ed.), *Dicionário de História de Portugal*, II, Lisboa, 1971, p. 279-281, zu verweisen. Am aufschlußreichsten: der Kommentar von Silva Ferrão. Ein ausführlicher Bericht wurde vom Verfasser am 2.4.1977 vor dem Max-Planck-Institut für Geschichte in Göttingen erstattet; zudem ist eine umfassendere Darstellung im Rahmen der geplanten Studie über portugiesische Privatrechtsgesetzgebung im 19. Jahrhundert vorgesehen.

⁽⁶⁸⁾ Cf. die Edition durch Albert Silbert, *Le problème agraire portugais au temps des premières Cortès libérales (1821-1823) d'après les documents de la Commission de l'Agriculture*, Paris, 1968, p. 49-50.

nehmlich den « direitos de propriedade particular » geschadet ⁽⁶⁹⁾. Kurzum, der Gegenstand der Seabraschen Studie fällt mit dem Zentrum der Forais-Reform zusammen. Erstaunlich ist auf den ersten Blick nur, um dies resümierend vorauszuschicken, daß sein Diskurs tendentiell nicht eine Diskussion dieser Tradition ist, sondern der Etablierung neuen Eigentums unter Abwehr zeitgenössischer Störungen gilt.

Wendet man sich der Schrift selbst zu, fällt zudem auf, daß sie als « philosophia juridica do direito de propriedade » ⁽⁷⁰⁾ konzipiert ist. Darunter verstand Seabra, wie am selben Ort klargelegt, einen vorgängigen Gesamtentwurf, der als geschichtsfreies Prinzip Vergangenheit und Gegenwart erkläre. Erhellung wäre nur als historischer Gegenbeweis (contraprova) möglich. Falsifikation stehe und falle folglich mit der anfänglichen Ausarbeitung eines rechtsphilosophischen überzeitlichen Eigentumskonzepts.

Rechtsphilosophie in explizierender Funktion, als Interpretationshilfe und Auffüllung positiven Rechts entsprach zumal den Vorstellungen eines Vicente Ferrer Neto Paiva ⁽⁷¹⁾. Er gilt als der Reformers des Naturrechts in Portugal. Im vierten Jahrzehnt des vergangenen Jahrhunderts hatte er in Abkehr von Wolff und Martini dem Krausismo über Ahrens und Tiberghien an der Universität Coimbra Eingang verschafft ⁽⁷²⁾. Bezeichnenderweise widmete Seabra seine Eigentumsstudie gerade Ferrer. Dessen « Elementos de Direito Natural » — 1844 erstmals publiziert, von mir in der vierten Auflage von 1863 benutzt — beherrschten auf ihrem Gebiet bis in die achtziger Jahre den juristischen Unterricht. Obgleich von Seabra nicht fortwährend ausdrücklich zitiert, weil als selbstverständlich vorausgesetzt, ist das Ferrersche Gedankengebäude Komplement zur Seabraschen Ideenwelt. Konformität ihrer gesellschaftspolitischen Basisentscheidungen ge-

⁽⁶⁹⁾ Cf. FERRÃO, *Repertorio* (N. 51), I, p. VI, XLVIII, LII.

⁽⁷⁰⁾ Cf. die Titelparaphrase bei SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. VII.

⁽⁷¹⁾ Vicente FERRER NETO PAIVA, *Elementos de Direito Natural*, Coimbra ⁴, 1863, § 51 (Note a: Hinweis auf Lei DA BOA RAZÃO).

⁽⁷²⁾ Zu Ferrer (1798-1886) cf. Luis CABRAL DE MONCADA, *Subsidios para uma História da Filosofia do Direito em Portugal*, in *Revista da Universidade de Coimbra* 13 (1937), 333-342 (mit Bibliographie); und *O Liberalismo de Vicente Ferrer Neto Paiva*, in MONCADA, *Estudos de História do Direito*, II, Coimbra, 1949, p. 276-389.

stattet sinngemäße Ergänzungen. So läßt sich denn auch das eigenartige portugiesische Verhältnis zwischen (Natur-)Rechtsphilosophie und gesetztem Recht präzisieren. Ferrer erinnerte nämlich bei der Funktionsbestimmung von Rechtsphilosophie daran, daß seit der Lei da Boa Razão vom 18. August 1769 der Rekurs auf Naturrecht für den Fall der Gesetzeslücke verbindlich sei ⁽⁷³⁾. In einer Tradition, die auf diese normative Neuordnung der Rechtsquellenhierarchie unter Pombal zurückging, war die als Rechtsphilosophie firmierte Eigentumstheorie Seabras demgemäß von Anfang an zugleich als ergänzende Glosse der hier mehrfach postulierten Privatrechtskodifikation angelegt.

Seabras « Propriedade » ist somit weit mehr als Einleitung zu einem Foralrechtskommentar. Das wird ferner deutlich, wenn man sich ihrer Gliederung und damit unwillkürlich den zentralen Fragen annimmt. Die Schrift ist folgendermaßen aufgebaut: Buch eins handelt von Ursprung und Legitimation des Eigentums, seinem Verhältnis zu Familie und Gesellschaft, von Individualeigentumstheorien und ihren Gegnern, der Zuordnung des Arbeitsprodukts und Lohn sowie von der Organisation der Arbeit (organização do trabalho). Der zweite Teil behandelt die Eigentums-erwerbsarten Okkupation, Tausch und Schenkung.

Seabras ständige Exkurse dürfen nicht davon ablenken, daß die Zentren des Diskurses entgegen dem äußeren Schema versetzt sind. Dabei ist nicht daran gedacht, daß sich hinter dem Begriff Tausch eine umfängliche rechtsvergleichende Darstellung des Vertragsrechts verbirgt (p. 210 ss.), zuvor unter occupatio geistiges Eigentum abgehandelt wird (p. 161 ss.) oder am Ende das Recht der Schenkung etwa gesetzliche Erbfolge umfaßt (p. 282 ss.). Hierfür ließe sich notfalls intellektuelle Spielerei beziehungsweise mangelnde Stringenz verantwortlich machen. Aufmerksame Lektüre legt vielmehr ein zweites Niveau frei, dem unter Mißachtung der Bücher und einzelnen Kapitel die juristische Konzeption von Eigentum aufrucht: Eigentum durch Arbeit, Austausch der Produkte und gegenwertslose Übertragung. Diese Themen stehen im Mittelpunkt der grundsätzlich defensiven Argumentation. Die

⁽⁷³⁾ Cf. dazu SCHOLZ, *Portugiesische Gesetzgebung*, in COING (ed.), *Handbuch* (N. 61), II 2, p. 303-304.

Verteidigung von Individualeigentum gegenüber den Frühsozialisten ist dafür das sprechendste Beispiel. Konzentrisch gruppieren sich hierum juristische Detailprobleme etwa der Vertragslehre, von denen stellvertretend die Problematik der *laesio enormis* erwähnt sei.

Die strukturellen Divergenzen mit dem unübersehbaren Hinweis auf letztlich ausschlaggebende sozio-ökonomische Kategorien erzwingen die bisher aufgeschobene Erklärung der propagierten Eigentumperspektiven. Bereits aus Anlaß der Rezension Cordeiros in der «*Revista Universal Lisbonense*» war angekündigt worden, daß dafür unmöglich ein genereller, theorieloser Rückgriff auf den gesellschaftlichen, gar individuellen Kontext zureiche. Die Beziehungen Seabras zu Kreisen dieser Zeitschrift, seine Eingliederung in die elitäre Funktionärsschicht bis hin zu etwaigen persönlichen Interessen am Schutz privaten Eigentums sind bestenfalls arbeitshypothetische Indikatoren. Ebenso wenig effizient läßt sich das soziale Umfeld in Erklärung einbringen, wenn historische Ereignisse wie die Verängstigung des Bürgertums durch die Volksaufstände von 1846 (Maria da Fonte) oder bürgerliche Konsolidierung ab den frühen fünfziger Jahren (*Regeneração*) einzig assoziativ, letzten Endes beziehungslos den juristisch-technischen Konfigurationen zur Seite gestellt werden. Jede überindividuelle Zuordnung gar bliebe Spekulation.

Indessen ist es nötig, den Gegenstand aus seiner Selbständigkeit reißend - insofern in Kritik an traditionell geistesgeschichtlichem Verstehen-Denken und gesellschaftliche Realität ineinander aufgehen zu lassen, um der erhellenden Vermittlung habhaft zu werden. Dabei ist es nicht mit sprachlichen Variationen über die Metapher von Basis und Überbau getan. Selbst fallspezifische Behauptungen über die Wechselwirkung beider Sphären dürften kaum ausreichen, sind eher Leitmotiv. Vielmehr ist das Explikationsinstrumentarium dahingehend zu verfeinern, daß es dem Untersuchungsbereich adäquat — weil aufklärend — gesellschaftliche Rückkopplung auf den Begriff bringt. Anders formuliert: es geht um ein explanatorisches Medium, das die Wechselbeziehungen der je anstehenden Konstellation bündelt, ohne zu einer Gesamtheit begrifflicher Konstrukte abzusinken. Solches theoretisches Rüstzeug später zu falsifizierender Haupt- und Unter-

hypothesen ist vorrangig auf seine Erklärungskapazität im Einzelfall auszuwählen. Dadurch wird Lösung vom zu analysierenden thematischen Objekt vermieden und weiterreichenden Theoriekonstruktionen durch Bereitstellung von Elementen der Weg geebnet. Jedenfalls dürfte erst so das wissenschaftliche Objekt konstituiert worden sein. Denn: theoriefreie Beobachtung ist in dem Maß Illusion, wie es an Reflektion gebricht. Daß der Theoriebegriff naturwissenschaftlich vorbelastet und deswegen in seinen Anforderungen überstrapaziert fälschlicherweise partieller Hypothesenbildung oder theoretischen Perspektiven gemeinhin vorenthalten wird ⁽⁷⁴⁾, darf vorausgesetzt werden.

Eine konkrete, nicht heuristischem Zufall überlassene Ausgangshypothese hat nun aber vorab zu veranschlagen, daß Ferrer ⁽⁷⁵⁾ Recht als Kollisionsordnung durchschaute. Sozialer Konflikt muß dann freilich Konzeptionen über Individualeigentum in besonderem Maß eignen. Solchen mindestens vermutungshalber mit gesamtgesellschaftlichen Antanonismen der Jahre um 1848 in Verbindung zu bringen, liegt aufgrund der angedeuteten sozialen Krisen nahe. Ohne die erst später näher zu charakterisierenden Aufstände im Minho, die Masse der Verarmten und die Furcht der Besitzenden detailliert zu zitieren, genügt es, auf die in der « *Revista Universal Lisbonense* » publizierte Warnung anzuspielden, wonach jede Kriegserklärung an die Adresse der Reichen weitere Pauperisierung impliziere ⁽⁷⁶⁾. « *Se tuer ou vous tuer* » (Louis Blanc) ⁽⁷⁷⁾ heiße die Parole bei bourgeoisem Konkurrenzkampf ⁽⁷⁸⁾ wie zwischen Bürger und Proletär. Es kommt im

⁽⁷⁴⁾ Cf. Siegfried J. SCHMIDT, *Literaturwissenschaft als argumentierende Wissenschaft. Zur Grundlegung einer rationalen Literaturwissenschaft*, München, 1976, p. 7-8 (unter HINWEIS auf H. SPINNER und P. FINKE).

⁽⁷⁵⁾ Cf. FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 28.

⁽⁷⁶⁾ « *Portanto, declarar guerra aos ricos que alimentam, que conservam a industria, é na realidade guerrar a propria industria, isto é, aquelles que della vivem* » (unter dem bezeichnenden Titel: *Cathecismo do Operario*, nach SCHMIT, aus dem Französischen; *Revista Universal Lisbonense* 7 (1847-1848), p. 26).

⁽⁷⁷⁾ Louis BLANC, *Organisation du travail. Association universelle. Ouvriers, chefs d'ateliers, hommes de lettres*, Paris, 1841, p. 39-41 (40).

⁽⁷⁸⁾ « *L'industrie est devenue une guerre et le commerce un jeu* » (Charles LOUDON, *Solution du problème de la population et de la subsistance, soumise à un*

übrigen hinzu, daß Seabra seine Schrift zum Eigentum in einem Augenblick verfaßte, in dem die zweite Generation Liberaler aufbegehrte und dieser Elan teilweise vorschnell in ideologische Opposition umschlug. Typischerweise begriff etwa der Sozialist und künftige militante Anhänger bürgerlicher Regeneração Custodio José Vieira den Wiederaufstieg Portugals als Kampf gegen eine überlebte Tradition - « E a civilização não é senão uma lucta »⁽⁷⁹⁾.

Wenn Louis Blanc an der genannten Stelle sogar von « guerre civile » sprach, wird damit bereits terminologisch der ohnehin in Konfliktsituationen nahe liegende Strategiebegriff als explizierender Denkkzusammenhang aufgerufen. Nicht von ungefähr wählte man erst unlängst zum Motto eines Buches über « Stratégie et politique financière » den Ausspruch von J. Galbraith, jeden Organismus zeichne zuvörderst sein Streben nach Selbstbehauptung aus⁽⁸⁰⁾. Strategie als Plan zum Gewinn optimalen Nutzens⁽⁸¹⁾, « guideline »⁽⁸²⁾ oder Entscheidungshilfe anzusehen, griffe indes zu kurz. Definitionen dieser Art berücksichtigen nur unzureichend die antagonistische Ausgangslage. Sie heben zuallererst auf zeitliches Moment und gewinnträchtige Organisation ab, lassen hingegen die je vorfindliche Konfrontation aus dem Blick, schöpfen infolgedessen den praktischen Lebenszusammenhang nicht aus.

médecin dans une série de lettres, Paris, 1842, p. 62); Marx sprach anlässlich dieses und ähnlicher Exzerpte von einer Industrie im Zustand des « Eroberungskriegs » (*Ökonomisch-philosophische Manuskripte aus dem Jahr 1844*, (Erstes Manuskript) *Arbeitslohn*, in Karl MARX - Friedrich ENGELS, *Werke, Ergänzungsband I*, Berlin, 1968, p. 482).

⁽⁷⁹⁾ Custodio José VIEIRA, *O Ecco dos Operarios*, in *A Esmeralda* 1 (1850), 91; zur Charakterisierung Vieiras unter Betonung von Generationenfrage und ideologischer Option cf. neuerdings José-Augusto FRANÇA, *Le romantisme au Portugal*, Paris 1975, p. 371-372.

⁽⁸⁰⁾ Jean Paul LARÇON - Jean-Louis LISIMACHIO, *Stratégie et politique financière*, Paris, 1972.

⁽⁸¹⁾ Cf. Günter MENGES, *Grundmodelle wirtschaftlicher Entscheidungen. Einführung in moderne Entscheidungstheorien unter besonderer Berücksichtigung volks- und betriebswirtschaftlicher Anwendungen*, Köln-Opladen, 1969, p. 230-231 (obwohl am Lohnkampf exemplifiziert!).

⁽⁸²⁾ H. Igor ANSOFF (ed.), *Business Strategy. Selected Readings*, Harmondsworth-Baltimore-Ringwood, 1969, p. 7, 9.

Anders das Strategiekonzept Charnays. In Abkehr von einem naiven epistemologischen Modell bestimmt er Strategie in der Dialektik ihrer konstitutiven Elemente: « La fonction rationnellement organisatrice et directrice de la totalité des forces (ressources et systèmes, lesquels ne sont pas toujours tous, entièrement ni constamment mobilisés) d'entités sociales dans leurs négociations (plus ou moins intensives et non fatalement corrélatives et équivalentes) réciproques » (83). In diese Definition gingen eine Reihe erkenntnistheoretischer Propositionen ein, die als bisher brachliegendes Reflexionspotential für plausible Interpretation nutzbar zu machen wären. Charnay nennt als Strategie konstituierend todesimmanente Polarität, Totalität, Progressivität und Selektion sowie die Dialektik von Rationalem-Irrationalem, stringentem Entwurf-kontinuierlicher Adaption und Individuum-Kollektiv (84). Solche konzeptuellen Merkmale vermögen Forschungshypothesen formulieren zu helfen. Hierfür sind sie kategorial zu verwenden. Konkret: sie sekundieren (Eigentums-)Theorie als Strategie zu begreifen, indem sie erleichtern, Gegner zu fixieren und negative Intensität, Rationalisierung oder Instrumentalisierung zu bestimmen.

Charnaysche Strategiedefinition verspricht aber vor allem, sich der Vermittlung zwischen Wirklichkeit und ihrem Begriff zu bemächtigen. Strategie zeigt sich bei ihm als existenter Totalitätsbezug in konkretem, agonistischem Realitätsgeflecht. Er spricht in Auseinandersetzung mit Marx von « concret pensé, conceptualisé » (85). Die synchrone Vision, gefaßt im Konstrukt der Negation, verbindet « mode de pensée » und « action orientée » (86). Indem sie beispielsweise aufgibt, den « volume social stratégique » anvisierter Theoreme zu ermitteln (87), plaziert sie Strategie in explizierende Totalität. Dabei reproduzieren die Ausgangskate-

(83) Jean-Paul CHARNAY, *Essai général de stratégie*, Paris, 1973, p. 79; cf. hierzu André-Jean ARNAUD, in *Archives de philosophie du droit* 21 (1976), p. 261-263.

(84) Cf. CHARNAY, *ibid.*, p. 75-78.

(85) CHARNAY, *ibid.*, p. 20.

(86) CHARNAY, *ibid.*, p. 80.

(87) CHARNAY, *ibid.*, p. 128.

gorien sukzessiv weitestmöglich Realität. Als monistisch charakterisiert ⁽⁸⁸⁾, erlaubt sie demnach etwa Schlüsse über den individuellen Plan hinaus auf einen kollektiven — z.B. liberalen — Metaplan. ⁽⁸⁹⁾. Insoweit kommt ihr also die Funktion zu, vornehmlich bedeutsame Invarianten aufzudecken, die verborgen unter vordergründig Singulärem unbemerkt blieben ⁽⁹⁰⁾. Sie läßt folglich von diesem Ansatz her bereits hoffen, soziale Grammatik mittels modernen juristischen Denkens zu lesen - erklärtes Ziel Paolo Grossi ⁽⁹¹⁾.

Der vorgesehene Rekurs auf das Strategiemodell Charnays sei zugleich methodologischer Beitrag, Isolation von Recht — und Rechtshistorie — zugunsten historischer Explikation aufzubrechen ⁽⁹²⁾. Interessanterweise gelang es in den Wirtschaftswissenschaften durch Verzicht auf festabgegrenzte Forschungsgegenstände und Zentrierung auf Konzepte wie Entscheidung, Strategie und Politik spezifisch voranzukommen ⁽⁹³⁾. Moderne Rechtswissenschaft schloß sich bereits an ⁽⁹⁴⁾. Der Strategiebegriff streifte längst sein militärisches Milieu ab, als daß er nicht erweiternd auf soziale Phänomene schlechthin, damit auch auf geschichtliche Rechtswissenschaft appliziert werden dürfte. Charnay betont: obwohl sein «*équipement conceptuel*» auf Analysen militärischer, nuklearer und revolutionärer Strategien zurückginge,

⁽⁸⁸⁾ CHARNAY, *ibid.*, p. 79.

⁽⁸⁹⁾ Cf. Hans Aebli zur deutschen Ausgabe von Georg A. MILLER - Eugene GALANTER - Karl H. PRIBRAM, *Strategien des Handelns. Pläne und Strukturen des Verhaltens* (1960), Stuttgart, 1973, p. 9.

⁽⁹⁰⁾ «*Un des buts essentiels de la recherche scientifique est la recherche des traits invariants dissimulés sous le désordre des faits empiriques*» (Edgard MORIN - Massimo PIATELLI-PALMARINI (eds.), *L'unité de l'homme. Invariants biologiques et universaux culturels*, Paris, 1974, *Introduction*, p. 7).

⁽⁹¹⁾ Paolo GROSSI, *Pagina introduttiva*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* I (1972), 4.

⁽⁹²⁾ Cf. meine methodologischen Überlegungen unter dem Titel *Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik*, in Johannes-Michael SCHOLZ (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt am Main, 1977, p. 1-175.

⁽⁹³⁾ MENGES, *Entscheidungen* (N. 81), p. 5.

⁽⁹⁴⁾ Cf. z.B. Wolfgang KILIAN, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung* (Beiträge zur juristischen Informatik 3), Frankfurt am Main 1974.

seien die Ergebnisse geeignet, andere gesellschaftliche Bereiche zu erhellen ⁽⁹⁵⁾.

Daß nicht explikativ auf die hochinteressanten Ausführungen Pietro Costas ⁽⁹⁶⁾ zum Verhältnis von rechtswissenschaftlich erarbeitetem Gesellschaftsmodell und dieses transponierende Kodifikation zurückgegriffen wird, wie zeitweilig geplant, hängt damit zusammen, daß die Lektüre von Seabras « Propriedade » den intersubjektiven Konflikt als Mittelpunkt auswies. Ihn spart Costa keineswegs aus, nur schien das Charnaysche Konzept um den Begriff der Negation noch adäquater.

Ebensowenig wurde dem Versuch Adalbert Podlechs ⁽⁹⁷⁾ gefolgt, mittels Graphentheorie und insoweit dem Modell dreier (Teil-)Entscheidungsgraphen Eigentum als Entscheidungsstruktur der Gesellschaft zu bestimmen. Hier steht die besonders interessierende rechtstheoretische Zuordnung von faktischer Eigentumsordnung im durch Eigentümerpositionen definierten dominierenden Teilgraphen und normativer Institution im Sinn etwa des Bürgerlichen Gesetzbuches noch aus. Hilfestellung war deshalb nicht zu erwarten. Auch erweist sich das Charnaysche Konzept grundsätzlich als überlegen, da es von vornherein den Totalitätsbezug in den Vordergrund stellt, die konzeptuelle Dissoziation stets nur als Vorstufe betrachtet.

Nach der Präsentation des Instrumentariums seien entsprechend den Prinzipien logisch-deduktiver Analyse und induktiven Bestätigungsprozesses ⁽⁹⁸⁾ Haupthypothese und abhängige Unterbehauptung wie davon independente allgemeine Beobachtungsregel formuliert. Mit ihrer Hilfe gelang es, einen Beobachtungsbericht der Verifikations- beziehungsweise Falsifikationsergebnisse

⁽⁹⁵⁾ CHARNAY, *Stratégie* (N. 83), p. 19, 74, 78.

⁽⁹⁶⁾ PIETRO COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, I: *Da Hobbes a Bentham*, Milano, 1974; cf. dazu André-Jean ARNAUD, *Italiennes II*, in *Archives de philosophie du droit* 21 (1976), p. 233-235.

⁽⁹⁷⁾ ADALBERT PODLECH, *Eigentum - Entscheidungsstruktur der Gesellschaft*, in *Der Staat* 15 (1976), p. 31-52 (42 Note 51).

⁽⁹⁸⁾ Cf. die Darstellung des literaturwissenschaftlichen Verfahrens nach der Analytischen Wissenschaftstheorie bei Heide GÖTTNER, *Logik der Interpretation. Analyse einer literaturwissenschaftlichen Methode unter kritischer Betrachtung der Hermeneutik*, München, 1973, p. 24-29.

zu erstellen. Seine verifizierten Hypothesen liegen systematisiert und sprachlich moduliert dem Hauptteil dieser Arbeit zugrunde.

Hauthypothese: Seabras Eigentumstheorie ist eine Kollektivstrategie portugiesischen Bürgertums. Konstituentien untergeordneter Behauptungen sind Gegnerschaft von Eigentümer-Nicht-eigentümer sowie Intensität, Rationalisierung und Instrumentalisierung solcher Negation im Sinne Charnays. Zur generellen Beobachtungsregel wird die erwähnte Forderung erhoben, das « volume social stratégique » zu eruieren. Diese Experimentanordnung soll die Antwort auf die Frage garantieren, warum Seabra in diesem Zeitpunkt diese Studie abfaßte.

1. *Akteure der Negation: Besitzende vs. Nichtbesitzende.*

Strategisches Denken internalisiert Gegnerschaft. Neben der Definition negativer Intensität ist strategische Reflexion vornehmlich aus ihrer Orientierung ablesbar. Gegenüber jeder Demonstration politischer Ziele und, oder taktischer Verfahren zwecks Erklärung historischer « Strategien » argumentiert nach Charnay⁽⁹⁹⁾ der Rekurs auf Richtung und Stärke der Negation aus dem strategischen Denkgemeinschaft selbst. Die Bestimmung des Anderen konstituiert folglich Erkenntnisse zur Polarität des Diskurses - oder: weist ihn als Strategie aus.

Strategisch Agierende können Individuen wie Kollektive sein; zu denken ist an Staat, Klasse, soziale Gruppe. Antagonistische Heterogenität ist ausschlaggebend, nicht ob Gegnerschaft aktiv auftritt oder potentiell auflauert. Ihre Definition hat für gesellschaftliche Phänomene von beobachtbaren Spannungen auszugehen, marxistisch enger: von der je vorfindlichen Produktionsweise.

Zu offenem sozialen Konflikt kam es bekanntlich mehrfach in den vierziger Jahren. « As classes laboriosas começavam a dar sinal de vida e os interesses do Estado exigiam imperiosamente uma direcção discreta... », heißt es nachträglich bei einem Zeitgenossen⁽¹⁰⁰⁾. Und im « Ecco dos Operarios » von 1850 setzte man

⁽⁹⁹⁾ CHARNAY, *Stratégie* (N. 83), p. 105.

⁽¹⁰⁰⁾ José Silvestre RIBEIRO, nach CABRAL, *Capitalismo* (N. 13), p. 169.

auf diesen erwachenden proletarischen Effort bei der Konstruktion emanzipierter Gesellschaft ⁽¹⁰¹⁾. Die bereits angeführten Streiks in und um Lissabon vom September 1849 belegen hinreichend, daß es durchaus zu solchen « desintelligencias entre os operarios e os fabricantes » kam. An dem Bericht des Chronisten ist — vor allem, da es sich um einen Leitartikel der « Reviste Universal Lisbonense » dreht — interessant, daß die Arbeiterschaft nahezu einmütig um Lohnerhöhungen und Arbeitszeitverkürzungen kämpfte. Parteilung machte weder auf Seiten der Arbeitgeber noch auf Seiten der Arbeitnehmer an bestimmten Produktionszweigen beziehungsweise Berufsgruppen halt. Koalitionsbereitschaft grassierte wie ein Lauffeuer - « ... todos sahiram sem proferir palavra, e como se fosse um só homem », beschrieb das Sprachrohr der Industrieinteressen den Auszug der Arbeiter aus den Produktionsstätten der « Phenix » am 11. September 1849. Neidvoll wurde die Eintracht (união) der Arbeitnehmerschaft eingeräumt und damit mittelbar zu größerer Harmonie im eigenen Lager aufgerufen ⁽¹⁰²⁾.

Freilich kommt solchen Ereignissen im Agrarstaat Portugal in der Mitte des vergangenen Jahrhunderts nur marginaler Charakter zu. Wenn von relevantem sozialem Konflikt die Rede ist, muß in erster Linie das freie Land in Betracht gezogen werden. Feindseligkeiten sind da aber relativ leicht zu lokalisieren. Symptomatisch ist das angeführte Schreiben verzweifelter Kleinbauern aus der Gegend von Lousada an den Abgeordneten Silva Ferrão vom April 1846. Ob der immer noch erhobenen ruinösen mittelalterlichen Forais-Abgaben entmutigt, schlossen sie die Petition in ihrer Hoffnungslosigkeit mit einer mehr oder weniger verhüllten Drohung ⁽¹⁰³⁾. Fast gleichzeitig brachen im selben Raum Revolten los, die unter dem Namen Maria da Fonte bekannt wur-

⁽¹⁰¹⁾ Cf. das Zitat von LOPES DE MENDONÇA bei FRANÇA, *Romantisme* (N. 79), p. 370.

⁽¹⁰²⁾ Cf. *Revista Universal Lisbonense* 8 (1848-1849), 541 (*Industria Nacional. Os Operarios e as Horas do Trabalho*).

⁽¹⁰³⁾ Cf. den Abdruck des Schreibens der « foreiros da extincta Honra de Meinedo, no Julgado de Lousada » vom 6.4.1846, in FERRÃO, *Repertorio* I (N. 51), p. XX-XXI.

den. Einem Augenzeugenbericht zufolge war es eine « sublevação espontanea e instintiva das massas », die den Minho im April und Mai durchheilte. Solche « jacqueries » verunsicherten jedwedes Eigentum. Der Präsident der Junta von Braga, Visconde de Valongo, war klugerweise schließlich bereit, dem Staat abzuschwören, in den Ruf « Abaixo o Ministério » und « Modificação dos impostos » einzustimmen. Die Gefahr, sein Eigentum dem Volkszorn zum Opfer fallen zu sehen, ließ ihn seine bürgerliche Fraktion verraten - « o facto é que o terror de que as suas propriedades foram sacrificadas no vertiginoso desenfreamento das massas populares, prevaleceu. » (104).

Padre Casimiro, obgleich militanter Legitimist und Vertrauter ruiniertes, vom Hunger getriebener Kleinbauern (pequeno campesinato), verurteilte ihre Übergriffe auf Archive scharf. Man hatte sie in blinder Wut gestürmt und Steuerlisten, Verzeichnisse emphyteutischer Verträge sowie Foralrechtsregister verbrannt - es sei denn, Regierungsbeamte und oppositionelles Bürgertum hätten sie nicht einträchtig eilends zuvor in Sicherheit gebracht. Absolutistischen, strukturell mit dem Grundadel liierten Legitimisten und bourgeoisen Anticabralisten waren zeitweilig die Kontrolle über die mit ihnen rebellierenden Massen entglitten. Deren zentraler Angriff auf Eigentum als Institution schmiedete bald die Besitzenden zu einer Front wider Willen zusammen. Wer wie Padre Casimiro die Verwüstung von Archiven als Raub qualifizierte und nach Entschädigung rief, hatte ihre gemeinsame, juristische Antwort formuliert (105).

Obwohl wir noch weit davon entfernt sind, die Erhebungen von 1846-1847 in ihrer Komplexität zu ergründen, dürfte jedenfalls eines als sicher gelten: die Attacken auf die Besitzungen

(104) Cf. J. PINTO ROBY, *Exposição Analytica do Pronunciamento do Dia 17 de Maio em Braga e dos Actos da Junta Provisória nos Dias 17 e 18 do dito Mês*, Porto, 1846, p. 20, 16-17 (zitiert nach: CABRAL, *Capitalismo* (N. 13), p. 134-135).

(105) Cf. Padre Casimiro José VIEIRA, *Apontamentos para a História da Revolução do Minho em 1846 ou da Maria da Fonte. Escripção pelo Padre Casimiro Finda a Guerra, em 1847*, Braga, 1883, p. 11; hierzu Victor de Sá, *A Crise do Liberalismo e as Primeiras Manifestações das Ideias Socialistas em Portugal (1820-1852)*, Lisboa, 1974, p. 220, 225, und zutreffend differenzierend CABRAL, *Capitalismo* (N. 13), p. 134-139.

Reicher ⁽¹⁰⁶⁾ und die von Magalhães Godinho ⁽¹⁰⁷⁾ auch für die Folgezeit urkundenmäßig belegte Staatsverdrossenheit gehören zu den sprechendsten Anzeichen fortschreitender sozialer Desintegration. Selbst konterrevolutionäres Bauerntum verteidigte nicht etwa vorrangig die alte Ordnung, sondern protestierte gegen die allmächtige Lissaboner Regierung, für kulturelle und materielle Autonomie, also gegen den ihnen unheimlichen rationalistischen bürgerlichen Staat. Zur Bestätigung lese man nur bei Cutileiro ⁽¹⁰⁸⁾ nach, was noch vor kurzem südportugiesische Landbevölkerung von der Aufteilung ehemals jedermann zugänglichen Gemeindegeländes (Baldios) während des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts zugunsten weniger lokaler Großagrarien dachte. Von ursprünglich 820 Parzellen der vormaligen zwei Baldios existierten 1914 noch 69, 1950 waren auch die letzten aufgekauft und die Landarbeiter wieder landlos geworden. Diese Vorfälle gewinnen ihre soziale Signifikanz dadurch, daß sie — obschon durchaus nicht existenzentscheidend — in « Vila Velha » als oft zitiertes Musterbeispiel dafür gelten, wie rechtsetzende Zentralregierung und örtliche wohlhabende Honoratioren konspirativ Gesetze zu ihrem Vorteil manipulierten. Schließlich weisen auch zeitgenössische spanische Parallelen, die erst kürzlich Jaime Torras Elías unter « Liberalismo y rebeldía. 1820-1823 » erhellte, in die gleiche Richtung ⁽¹⁰⁹⁾.

Aus den Reaktionen ebendieses liberalistischen bürgerlichen Staates ist ablesbar, was bis heute fehlende — oder vielleicht bisher nur unzureichend erforschte — Aufzeichnungen seiner erfolglosen Untertanen verschweigen. Drei Beispiele: Es reichte nicht aus, daß die nur einer Elite vorbehaltene Presse von den

⁽¹⁰⁶⁾ Zahlenmaterial bei Sá, *Liberalismo* (N. 105), p. 221.

⁽¹⁰⁷⁾ Vitorino MAGALHÃES GODINHO, *Estrutura da Antiga Sociedade Portuguesa*, Lisboa², 1975, p. 280-281: am 4.4.1848 bleibt in der kleinen Gemeinde Ovar auf die Hochrufe: « Viva a Rainha a Senhora D. Maria 2^a. = Viva El Rey o Senhor D. Fernando = Viva a Carta Constitucional = Viva a Santa Religião », ausgebracht von Bürgermeister und Honoratioren, jedes Echo aus - « Nem hum só viva se ouviu do Povo ».

⁽¹⁰⁸⁾ CUTILEIRO, *Portuguese Rural Society* (N. 11), 15-24.

⁽¹⁰⁹⁾ Barcelone-Caracas-México, 1976.

ausländischen Ereignissen des Jahres 1848 in den düstersten Farben berichtete; kurz darauf mußte sogar die Auslandschronik von « A Epoca » auf Geheiß des Außenministeriums gänzlich entfallen ⁽¹¹⁰⁾. Zum zweiten sei schon jetzt auf die noch später im einzelnen zu erörternde Furcht weitsichtiger Bürgerlicher wie Vieira, Herculano und eben auch Seabra aufmerksam gemacht, die prophylaktisch das Elend der Industrienationen England, Frankreich und Belgien den Portugiesen vor Augen hielten, um gruppenspezifische Entfremdung im Ansatz zu bannen ⁽¹¹¹⁾. Das dritte Beispiel beweist zudem, wie falsch es wäre, Gegnerschaft allein statisch zu begreifen. Vieira und Seabra bezeugten am selben Ort in Abwendung von extrem ökonomistischen Minimallohnforderungen ihr Gespür dafür, inwieweit der offene Bruch wenn schon nicht eingetreten, so aber unmittelbar bevorstehe. Der Distributionsschlüssel eines Ferreira Borges und Oliveira Marreca der dreißiger sei deshalb gegen die neue Idee der vierziger Jahre von der « organisation du travail » (L. Blanc) auszutauschen: « E, pois, evidente que a organização, a emancipação do trabalho é a grande ideia, a divisa da epocha » (Vieira) ⁽¹¹²⁾.

War man aber bemüht, zwecks Mehrung nationalen Reichtums Konflikte auszuschalten, sind diese damit hinreichend indiziert. Das gilt um so mehr, als sich solche Anstrengungen auf dem Hintergrund der Hausse nach 1849 abzeichnen. Einen vorzüglichen Gradmesser für portugiesische Integration in allgemeine wirtschaftliche Expansion bietet die Industrieausstellung dessel-

⁽¹¹⁰⁾ Cf. *A Epoca* I (1848) 48 und 64.

⁽¹¹¹⁾ Cf. Custódio José VIEIRA, *O Ecco dos Operarios*, in *A Esmeralda* I (1850), 65; Alexandre HERCULANO, *A Emigração* (1874), in HERCULANO, *Opúsculos*, IV, Lisboa, s.a., p. 185-186 (« E preciso dirigir todas as diligencias para a supressão do proletariado rural. E preciso que os obreiros-proprietarios se tornem cada vez mais numerosos,... »); SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 87.

⁽¹¹²⁾ Cf. VIEIRA, *ibidem*, p. 89; zur vorsichtigen Abweichung vom Minimallohnprinzip durch eine am Produktwert orientierte Entlohnung und letztlich Konsenslohn: SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 91, 99-100; zum Nachfrage- und Subsistenzgrundsatz beim Lohn: José FERREIRA BORGES, *Instituições de Economia Política*, Lisboa, 1834, § 292, 299 ss. (302); und António D'OLIVEIRA MARRECA, *Noções Elementares de Economia Política...*, Lisboa, 1838, p. 95-96 (differenzierter Minimallohn nach Qualifikation des Arbeiters).

ben Jahres. Ihr außergewöhnlicher Erfolg ⁽¹¹³⁾ unterstrich die Befürchtungen wie sie die hier interessierenden Antagonismen akzentuierte.

Wenn J. B. Colen aus zeitgenössischer Sicht vermeinte, unter Anspielung auf die Greuel im übrigen Europa und eine Affäre des regierenden Conde de Thomar dieses Jahr als « anno de caleche » zu bagatellisieren, so täuschte er sich ⁽¹¹⁴⁾. Im Gegensatz zu ihm war dem Förderer Seabras, dem Minister Antonio José de Avila, zutreffenderweise bewußt, welch kritische Tage portugiesischer Liberalismus, besser: Portugal, seinerzeit durchlief: « Na crise que atravessamos, e que é a inevitável consequência dos acontecimentos passados entre nós, principalmente desde 1820, e que destruíram de todo a nossa antiga organização social e económica, estou convencido de que o meio único de pôr um termo à crise permanente, e às dificuldades sem conto, a que ela dá origem, é o de organizar quanto antes o novo edifício, procurando a verdadeira base sobre que deve assentar-se » ⁽¹¹⁵⁾. Die Verfassungsänderung von 1852 vermochte zwar die Trennung der unterschiedlichen liberalen Fraktionen aufzuheben, beseitigte aber keinesfalls die generelle Instabilität. Vorübergehend endete zwar Agitation im eigenen Lager: Bürgertum hatte unter dem Wahrzeichen bürgerlichen Friedens Waffenstillstand geschlossen. Der « burguesia unificada » ⁽¹¹⁶⁾ standen aber immer noch die gegenüber, die nicht oder noch nicht dazu gehörten: die Masse des portugiesischen Volkes. Und wenn es noch eines Gegenbeweises bedurft hätte, dann liefert ihn Seabra bereits dadurch, daß er etwa zu der Zeit, als sein Gönner J. A. de Avila die Initiative zu einer Reform des Katasters und damit von Eigentumstransak-

⁽¹¹³⁾ Cf. den Ausstellungsbericht der *Revista Popular*, 1849, p. 274 ss. unter dem Titel « *Exposição dos Productos da Industria Nacional* ».

⁽¹¹⁴⁾ J. BARBOSA COLEN, *Entre Duas Revoluções. 1848-1851*, II, Lisboa, 1901, p. 154.

⁽¹¹⁵⁾ Cf. António José DE AVILA, *Relatorio sobre o Cadastro pelo...*, Lisboa, 1848 (spätere Ausgabe: *Ciência e Técnica Fiscal*, Março 1963, N. 51, p. 777-873; benützte Edition: António José DE AVILA et ALII, *Três Relatórios sobre o Cadastro*, Lisboa, 1965, p. 13).

⁽¹¹⁶⁾ A. H. DE OLIVEIRA MARQUES, *História de Portugal desde os Tempos mais Antigos até ao Governo do Sr. Marcelo Caetano*, II, Lisboa, 1973, p. 103; cf. hierzu auch: SÁ, *Liberalismo* (N. 105), p. 285.

tionen zugunsten des Grundkredits, mithin Industrie und Landwirtschaft ergriff, eine neue Theorie des Eigentums konzipierte. Denn nach Charnay ⁽¹¹⁷⁾ ist Ringen um jede « décalage stratégique » direkt proportional dem Grad gegnerischer Bedrohung.

Schon aus dem Vorausgesagten dürfte hervorgehen, daß soziale Spannung sich vornehmlich als Distributionsproblem infolge Ressourcenknappheit darstellt. Kürzer: es ging um Zuweisung als Eigentum. Dieses berechnete nach Meinung der Zeitgenossen zu Teilhabe an politischer Willensbildung, demgemäß öffentlicher Macht und reichte deshalb weit über den engeren privaten Bereich der ungestörten Bedürfnisbefriedigung hinaus - « a propriedade faz os bons cidadãos » ⁽¹¹⁸⁾. Bei so hohem Einsatz überrascht Kampfbereitschaft wenig. « A propriedade não é entre nós uma questão », schrieb 1847-1848 die « Revista Universal Lisbonense », um ihre Intentionen verklärend fortzufahren « Não o póde: não o deve ser ». Den eigenmächtigen Diskussionsabbruch, der zugleich Abweichung von Wunsch und Wirklichkeit offenbart, meinte der Verfasser zweifach legitimieren zu müssen: indem er erstens (Privat-)Eigentum dogmatisierte (Ao futuro deixemos a propriedade como um dogma); zweitens reale Differenzen leugnete, wobei er die Nichtbesitzenden zum Werkzeug politischer Ambitionen degradierte (As tribus dos proletarios não tem que atravessar mares vermelhos pelo sangue para haverem a promessa do trabalho. Em a nossa historia são raras as guerras civis que tiveram por base alguma necessidade solida e real. Quasi sempre o povo tem servido a ambição) ⁽¹¹⁹⁾.

Noch deutlicher wird die Stoßrichtung bei Herculano. Er erklärte allen Feinden des Eigentums den Krieg: liberalistischem Exzeß wie sozialistischer Attacke - « O nosso programma é um programma de guerra. Guerra aos invasores da propriedade... » ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁷⁾ CHARNAY, *Stratégie* (N. 83), p. 183.

⁽¹¹⁸⁾ Cf. das nicht näher spezifizierte Zitat bei CABRAL, *Capitalismo* (N. 13), p. 180.

⁽¹¹⁹⁾ (ANONYM), *Melhoramentos Agricolas*, in *Revista Universal Lisbonense* 7 (1847-1848), 361.

⁽¹²⁰⁾ Alexandre HERCULANO, in *O Portuguez*, N. 3, 13.4.1853, abgedruckt in António José SARAIVA, *Herculano Desconhecido* (1851-1853), Lisboa², 1971, p. 70, 71 (Zitat).

Adäquates Mittels hierfür war nach dem Urteil eines Silva Ferrão der ausgewogene hoheitliche Eingriff. Für einen solchen hielt er die Lei de Forais von 1846 - Seabras Anknüpfungspunkt. Dadurch sei die « vacillação da propriedade », der unablässige Krieg (guerra), beendet worden ⁽¹²¹⁾.

Portugals allgemeine ideologische Debatte reproduziert folglich nicht nur ihre sozioökonomische Vorgabe, sondern auch den außerportugiesischen Eigentumsdiskurs in seiner antagonistischen Komponente. Erinnerung sei einzig an das Pecqueur-Exzerpt « Pour vivre donc, les non-proprétaires sont obligés de se mettre directement ou indirectement au service des propriétaires... » in den Marxschen Pariser Manuskripten ⁽¹²²⁾. Die Konfrontation von Eigentümer und Nichteigentümer in ihrer gegenseitigen, ja agonistischen, weil Überleben garantierende Abhängigkeit ließ Marx dann auch von einer auf Eigentum ruhenden ⁽¹²³⁾ und über Krieg Gesellschaft organisierenden Nationalökonomie sprechen ⁽¹²⁴⁾. Politische Ökonomie als aufklärende Wirklichkeitswissenschaft bürgerlicher Gesellschaft (Hans Medick zu Adam Smith) ⁽¹²⁵⁾ hatte damit transparent gemacht, was sie vorfand. Methodologisch scheint also zumindest hier die These Pierre Vilars ⁽¹²⁶⁾ vielversprechend, geschichtswissenschaftliches Erkennen bedeute « connaître les pratiques comme pratiques conflictuelles ».

⁽¹²¹⁾ FERRÃO, *Repertorio* (N. 51), I, p. XXII, XXVIII.

⁽¹²²⁾ Karl MARX, *Arbeitslohn* (Erstes Manuskript), *Ökonomisch-philosophische Manuskripte aus dem Jahr 1844*, in Karl MARX - Friedrich EGNELS, *Werke, Ergänzungsband*, I, Berlin, 1968, p. 480.

⁽¹²³⁾ Cf. den in Portugal einflußreichen Jean-Baptiste SAY, *Traité d'économie politique ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent et se consomment les richesses*, Paris ⁶, 1841, p. 597: « La propriété est une chose reconnue. L'économie politique en suppose l'existence comme une chose de fait, et n'en considère qu'accidentellement le fondement et les conséquences ».

⁽¹²⁴⁾ MARX, *Grundrente* (N. 10), p. 499.

⁽¹²⁵⁾ Hans MEDICK, *Naturzustand und Naturgeschichte der bürgerlichen Gesellschaft. Die Ursprünge der bürgerlichen Sozialtheorie als Geschichtsphilosophie und Sozialwissenschaft bei Samuel Pufendorf, John Locke und Adam Smith*, Göttingen, 1973, p. 171.

⁽¹²⁶⁾ Cf. Gérard MAIRET, *Le discours et l'historique. Essai sur la représentation historique du temps*, Paris, 1974, p. 137.

Damit ist nur der Interpretationsrahmen abgesteckt. Oder, forschungslogisch zwingender, im Verlauf der Untersuchung erwies sich die Annahme einer Übersetzung dieser speziellen Konfliktbeziehung im Rahmen Seabrascher Eigentumstheorie als stichhaltig. Ein solcher Schluß drängte sich, wie gesagt, auf, weil nach Ferrer ⁽¹²⁷⁾ Recht anders als Moral prädestiniert sei, Feindabwehr zu organisieren. Neben politischer Ökonomie mußte es also hauptsächlich Jurisprudenz zufallen, dieses akute Problem zu erfassen. Seit Locke permanentes « desire of having more than man needed » der Perversion bürgerlicher Gesellschaft zu einem « state of war » verdächtigte ⁽¹²⁸⁾, oblag es namentlich bürgerlicher Rechtswissenschaft, im Eigentumssektor auf Abhilfe zu sinnen. Rechts- als Legitimationswissenschaft hatte demnach auf der Ebene des umrissenen Konfliktbereichs zu kategorisieren; d. h. aber, reale Eigentumsverfassung war von ihr möglichst konfliktbereinigend zu theoretisieren. Dies gelang für Portugal allein Seabra. Mithin war seine Ernennung zum Redaktor des die Einzelheiten nur noch normierenden *Codigo civil portuguez* von 1867 notwendige Folge.

In der Tat setzte Seabra zentrale gesellschaftliche Parteilung konsequent in zentrale Eigentumsbegründung um. Seine Entscheidung für Arbeit als grundlegendem Legitimationskriterium ist Beweis. Dabei geriet ihm sozioökonomisch vorgegebene Distributionsproblematik zum Zuweisungsentwurf im Sinne bürgerlicher Gesellschaft. Insofern begriff er sich emanzipierendes Bürgertum in seiner adäquatesten Form, der rechtlichen. Arbeit als Eigentumstitel entsprach dem Kern sozialer Fragestellung wie sie über diese bereits zum Vorteil weniger hinausgriff.

Ausgangspunkt ist dabei Seabras dreistufige Lehre von den Eigentumserwerbsarten. Hierzu rechnen Arbeit (*trabalho*), Tausch (*permutação*) und Schenkung (*doação, inter vivos, ou causa mortis*) ⁽¹²⁹⁾. Während letztere sekundär durch Übertragung Eigentum verschafft, begründe einzig Arbeit Eigentum originär: « o traba-

⁽¹²⁷⁾ FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 26 (p. 30): « ... pelos preceitos da lei moral o homem tem a nobre vocação de ser amigo e bemfeitor de seus semelhantes; pelos da lei juridica deve abster-se de ser seu inimigo e oppressor... ».

⁽¹²⁸⁾ MEDICK, *Naturzustand* (N. 125), p. 97.

⁽¹²⁹⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 70.

lho, ou a acção das faculdades do homem sobre esses... objectos (de que a... Natureza o rodeu para satisfazer as suas necessidades) é o unico modo natural e originario, que lhe assiste para adquirir a propriedade, ou realizar o direito de appropriação » (180). Damit ist der Eigentumstitel Arbeit vorrangig fixiert. Im Kollisionsfall sei zu tauschen - « a troca... um segundo meio originario de adquirir ». Wo es am Tauschobjekt mangle, der andere aber im Überfluß lebe oder abzugeben geneigt sei, dort werde geschenkt - « eis aqui um terceiro modo de adquirir, a doação... » (181).

Folge hiervon ist, daß nicht nur konfligierende Interessen mittels Tausch aufgehoben zu sein scheinen, sondern aus Arbeit hergeleitetes Eigentum jedwedem Produkt Unverletzlichkeit garantiert. Seabra trat für totalen, demnach auch geistige Leistungen umfassenden Eigentumsschutz ein. Einschränkungen etwa auf Grundeigentum bezeichnete er hingegen als blockierendes Relikt. Bezeichnenderweise folgte er dabei P. C. F. Daunou, dessen « Essai sur les garanties individuels que réclame l'état actuel de la société » von 1817 just 1844 ins Portugiesische übertragen worden war, wobei die Übersetzung eine Gravur von Passos Manuel zierte, der Galionsfigur bürgerlichen « Setembrismo » von 1836 (182). Zur Begründung griff Seabra auf die Ideale einer aus der Kooperation aller « Industrie »-Zweige profitierenden produktiven Erwerbsgesellschaft zurück, deren Dynamik mit Arbeitsteilung identisch sei: « A divisão do trabalho é o progresso, é a condição essencial da sociabilidade » (183). Voraussetzung dafür ist ein weiter Arbeitsbegriff, der die unterschiedlichsten Betäti-

(180) SEABRA, *ibid.*, p. 62.

(181) SEABRA, *ibid.*, p. 64.

(182) P. C. F. DAUNOU, *Tentativa de Direito Publico Constitucional a cerca das Garantias Individuales como as mais Convenientes ao Nosso Presente Estado Social*. Tradusiu e Publicou José Manuel Teixeira Carvalho, Porto, 1844; zu Manuel da Silva Passos und seinen Beziehungen zur Revolution von 1836 cf. Joel SERRÃO, *Passos Manuel (da Silva)*, in SERRÃO (ed.), *Dicionário da História de Portugal*, III, Lisboa, 1971, p. 312-314.

(183) « Nenhum governo se poderá dizer, justo, se não garantir a todos e a cada um o producto do seu trabalho, qualquer que elle seja » (SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 191-195), nach: P. C. F. DAUNOU, *Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société*, Paris, 1839, cap. 2).

gungen umspannt und zugleich als Eigentumserwerbsquellen ausweist.

Arbeit war Seabra zunächst juristisches Prinzip - « este principio de actividade juridica » (134). Anders als Marx (135), dem sich Privateigentum aus der Analyse entäußerter Arbeit ergab, setzte Seabra diese Kategorie gleich klassischen Nationalökonomien voraus. Im Unterschied zu ihnen legitimierte sie ihm höchstrangiges Individualeigentum. « Ocupação » und der Besitz des Okkupierten, geistige Kreation wie Transformation gehörten zu ihr (136). Dabei wurde — anscheinend im Gefolge von Locke und Barbeyrac — das Verhältnis von Arbeit und ihrer Konkretisierung als metaphysisches verstanden. Hieraus erwachse Arbeit ihr rechtfertigender Charakter. Zu dieser Annahme hielt sich Seabra berechtigt, weil er die konstruktuelle Verbesserung zugleich material auffüllte. Letzten Endes sei Arbeit freie Betätigung menschlicher Fähigkeit physischer und intellektueller Art und als solche Antwort auf naturvorgegebene Bedürfnisse. Da er aber Eigentum aus Arbeit ableitete und diese gleichzeitig zu den notwendigen Realisationen von Eigentum zähle (p. 67), verstärkt sich insgesamt gesehen der Eindruck von Flucht in unbegründete, weil postulierte Vorgaben (137). Folgt man seinem Hinweis auf den Comte d'Hauterive, dann wird der Zirkelschluß offenbar. Bei ihm fallen Bedürfnis und Arbeit, letztere wiederum mit Eigentum zusammen: ohne Eigentum sei menschliche Existenz undenkbar, weil allein hierüber unentbehrliche Mittel der Bedürfnisbefriedigung erworben werden könnten (138). Anstelle einer Begründung blieb

(134) SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 135.

(135) Karl MARX, (*Die entfremdete Arbeit*), (Erstes Manuskript), in *Ökonomisch-philosophische Manuskripte* (1844), in Karl MARX - Friedrich ENGELS, *Werke, Ergänzungsband*, I, Berlin, 1968, p. 520.

(136) Cf. SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 135-136.

(137) Cf. SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 62-64, 71-72, 138-139.

(138) SEABRA, *ibid.*, p. 72, verweist auf: Alexandre Maurice BLANC DE LANAUTTE, Comte d'Hauterive (1754-1830), *Eléments d'économie politique, suivis de quelques vues sur l'application des principes de cette science aux règles administratives* (1817), in HAUTRIVE, *Notions élémentaires d'économie politique à l'usage des jeunes gens qui se destinent au service des administrations*. Nouvelle édition augmentée d'une introduction contenant des considérations générales sur la théorie de l'impôt et des dettes, Paris, 1825, p. 1-2, 4-5.

Seabra somit allein die Frage, ob die Negierung von Eigentum als Arbeitsprodukt nicht einer Verneinung der Grundgesetze individueller wie sozialer Existenz gleichkäme. Göttliche Weisheit habe es gefügt, daß Arbeit und damit Eigentum menschliche Natur bedingten ⁽¹³⁹⁾.

Arbeit — und infolgedessen Eigentum — irdischer Beweisführung entrückt, war fortan jeder Deduktion zugänglich. Der Streit der Ökonomen um eine Differenzierung von industrieller und landwirtschaftlicher Arbeit erscheint unter diesen Prämissen obsolet. Abstrahiert wurde bereits legitimationshalber, so daß im nachhinein keine Definitionsschwierigkeiten mehr entstehen konnten.

Aber erst synchrone Lektüre politökonomischer Äußerungen zum einheitlichen Arbeitsbegriff ⁽¹⁴⁰⁾ und rechtswissenschaftlicher zur Eigentumslegitimation durch Arbeit gibt den Blick dafür frei, in welchem Ausmaß beider Theoretisieren gemeinsame wirtschaftspolitische Perspektiven impliziert. Der Vergleich unterstreicht, inwieweit der juristische Rekurs auf Natur und Schöpferwillen an seinen sublinären Fesseln zu erkennen ist. Scheinbar divergierende Thematik expliziert um so eindrucksvoller Kongruenz im zentralen sozioökonomischen Zielbereich: der Vorstellung von einer durch Arbeit moralisierten, weil prosperierenden Gesellschaft. « Nos promovemos a Industria, para que o trabalho moralise este Paiz », hatte es 1850 in der Gedenkrede auf den Förderer nationaler Industrie, den Duque de Palmela, vor der Sociedade Promotora da Industria Nacional geheißen, « para que os seus valores crescendo acabem a nossa pobreza,... para que a nossa civilização augmentando... » ⁽¹⁴¹⁾.

Wird Sozialethik dergestalt zum Ausdruck materieller Interessen, schlägt Leistungsgesellschaft als Zielvorgabe notgedrungen

⁽¹³⁹⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 71 und 73.

⁽¹⁴⁰⁾ Für Portugal sei nur verwiesen auf MARRECA, *Economia Politica* (N. 112), p. 12 ss., und den Artikel *A Industria e a Agricultura* von DARNIS, in *Revista Popular*, 1848, p. 123-124 (« ... trabalho agrícola, e trabalho industrial. E errada esta divisão... Os interesses da agricultura e os da industria não são oppostos... ambas são egualmente necessarias para a riqueza do paiz... »).

⁽¹⁴¹⁾ Cf. *Revista Universal Lisbonense* 10 (1850-1851), 81-82.

auch auf ihr Instrumentarium durch. Ferrer ⁽¹⁴²⁾ und der Lehrmeister zeitgenössischer portugiesischer Rechtsphilosophie, Heinrich Ahrens ⁽¹⁴³⁾, sahen den Konnex zwischen Arbeit in ihrer modernen gesamtgesellschaftlichen Bedeutung und Arbeit als juristischem Titel. Namentlich an Ahrens wird evident, wieweit Jurisprudenz befähigt ist, mit der ihr eigenen legitimierenden Logik neu zu interpretieren. Wenn Seabra ⁽¹⁴⁴⁾ den von Ferrer und Ahrens kommentierten Versuch, alte Okkupationstheorie zeitgemäß durch Eigentum aufgrund Arbeit zu ersetzen, zu überwinden gedachte, affirmiert dies nur die vorherige Behauptung. Seine ursprüngliche Ablehnung von Eigentum durch Arbeit galt im Grunde nur mangelhafter naturrechtlicher Begründung. Ihm zufolge rechtfertige erst der Rückgriff auf die humane Existenz. Triftiger in der Argumentation, stand er ansonsten zum zeitgerechten, da zeitgebundenen Ergebnis: Arbeit legitimierte in der Dimension, wie sie zu rechtfertigenden Reichtum schaffe.

Deduzierte Seabra Eigentum aus Arbeit ⁽¹⁴⁵⁾, entsprach er ihrem volkswirtschaftlichen Stellenwert. « Le travail est le moteur général de tous les ressorts de l'organisation sociale » ⁽¹⁴⁶⁾. Auf Portugiesisch las sich diese Feststellung des von Seabra an entscheidender Stelle zitierten Hauterive folgendermaßen: « ... muitos ignoram que o trabalho, e só o trabalho é que faz prosperar as nações » ⁽¹⁴⁷⁾. Hier als Argument gegen jegliche Schutzzollpolitik

⁽¹⁴²⁾ FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 107.

⁽¹⁴³⁾ AHRENS, *Droit naturel* (N. 37), p. 297: « Dans les temps modernes où l'on a accordé plus de valeur, de respect et de garantie au travail et à l'industrie, plusieurs auteurs ont abandonné l'ancienne doctrine de l'occupation, et ont cherché le titre de la propriété et son origine dans le travail ou l'industrie... ».

⁽¹⁴⁴⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 33-34 (*Ablehnung*), 71-72 (*Neubegründung* mit HAUTERIVE).

⁽¹⁴⁵⁾ « ... propriedade resulta do trabalho... » oder « propriedade... ter... fundamento, ... o trabalho » (SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 163); ähnlich (ANONYM), *A Propriedade Litteraria e a Contrafacção*, in *Revista Universal Lisbonense* 7 (1847-1848), 469: « A vida consiste no trabalho... O trabalho é... a base... vital... da propriedade ».

⁽¹⁴⁶⁾ HAUTERIVE, *Éléments d'économie politique* (N. 138), p. 1.

⁽¹⁴⁷⁾ João de ANDRADE CORVO, *Protecção e Liberdade*, in *A Epoca* 2 (1849),

vorgebracht, deutet darauf hin, daß Seabras hochabstrakter Arbeitsbegriff zudem ein bestimmtes Wirtschaftsprogramm expliziert. Marx ⁽¹⁴⁸⁾ wies bereits im Zusammenhang mit Adam Smiths « Arbeit sans phrase » auf den gesellschaftspolitischen Vorgriff hin, den solche Reduktion dort impliziere, wo es an « entwickelte(r) Totalität wirklicher Arbeitsarten » fehle. Wiewohl die Erforschung der sozialen Infrastruktur des portugiesischen 19. Jahrhunderts aussteht — die Vorarbeiten Albert-Alain Bourdons ⁽¹⁴⁹⁾ werden immer noch übersehen —, darf sicherlich von einem generellen Mangel an alternativen Verwendungsmöglichkeiten von Arbeitskraft ausgegangen werden. Um die Diskrepanz zwischen modernisierendem Programm und vorgefundener Realität, also Programmatik, tatsächlich auszumessen, wären Untersuchungen nötig, wie sie ein Göttinger Historikerteam unlängst zur protoindustriellen Familienwirtschaft anstellte ⁽¹⁵⁰⁾. Momentan muß es beim Aufweis der Problematik bleiben. Ihr visionärer Aspekt sei jedenfalls in die Definition impliziter Gegnerschaft eingebracht. Dafür ist bei der Gleichstellung von Arbeit und Werk anzusetzen.

Ausgangspunkt ist Seabras Kritik an Smith, die Analogie von Arbeit (trabalho) und Produkt (coisa trabalhada) leugnen zu wollen ⁽¹⁵¹⁾. Damit war eine Richtung eingeschlagen, die ihn logischerweise zum Recht des Produzenten am Erarbeiteten hätte führen müssen. Sprachlich entschied er sich mit der — sicherlich Louis Blanc entlehnten ⁽¹⁵²⁾ — Formulierung vom « direito ao

⁽¹⁴⁸⁾ Karl MARX, *Einleitung zur Kritik der politischen Ökonomie*, in Karl MARX - Friedrich ENGELS, *Werke*, XIII, Berlin, 1964, p. 635-636.

⁽¹⁴⁹⁾ Albert-Alain BOURDON, *Bibliographie de l'histoire de la société portugaise au XIXe siècle* (Thèse présentée pour le doctorat de 3ème cycle, Université de Toulouse, Faculté des Lettres et des Sciences Humaines, 1967), maschinenschriftliches Exemplar, 553 Seiten!

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. P. KRIEDTE, H. MEDICK, J. SCHLUMBOHM (mit Beiträgen von H. Kirsch und Fr. Mendels), *Industrialisierung vor der Industrialisierung. Gewerbliche Warenproduktion auf dem Land in der Formationsperiode des Kapitalismus*, Göttingen, 1977; Hans MEDICK, *Zur strukturellen Funktion von Haushalt und Familie im Übergang von der traditionellen Agrargesellschaft zum industriellen Kapitalismus: die proto-industrielle Familienwirtschaft*, in Werner CONZE (ed.), *Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas*, Stuttgart, 1976, p. 254-282.

⁽¹⁵¹⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 186-187.

trabalho » durchaus dafür. Nur schaltete er ähnlich politökonomischer Distribution zwischen Arbeiter und Arbeitsertrag einen Verteilungsschlüssel, der die bisherige Legitimation aus den Angeln hebt, sie als Ideologie entlarvt. « Allons au coeur des choses. Le grand problème de l'économie politique est évidemment la distribution des richesses... » (Reybaud) ⁽¹⁵³⁾. Auch Seabra erkannte diese Frage als überaus schwierig, widmete ihr sogar ein eigenes Kapitel - « E um assumpto gravissimo e complicado, que merecia especial consideração » ⁽¹⁵⁴⁾. Warum dieses Problem in der Nationalökonomie Ratlosigkeit verursachte, ist bekannt: es erwies sich als Einfallstor sozialer Antagonismen ⁽¹⁵⁵⁾. Vergleichbare Verlegenheit konnte bei der Zuordnung des Sozialprodukts durch einen Juristen nicht ausbleiben. Arbeitsteilige Gesellschaft auf der Basis von Lohnarbeit war in einer Weise vorgegeben, daß jedes Bestreiten des Arbeitsprodukts nur über Reduktion, sei es des ökonomischen Begriffs der Produktion, sei es der juristischen Arbeitsdefinition erfolgen konnte. Portugal bietet hierfür ein weiteres Beispiel.

Oliveira Marreca, einflußreichster portugiesischer Wirtschaftstheoretiker seiner Zeit ⁽¹⁵⁶⁾, Inspirator der Associação Mercantil von Lissabon ⁽¹⁵⁴⁾ und Sociedade Promotora da Industria ⁽¹⁵⁸⁾, Freund Herculanos ⁽¹⁵⁹⁾ und Seabras ⁽¹⁶⁰⁾ verlagerte dabei die Zuteilung unter der Hand in die Produktion. Nachdem er ein-

⁽¹⁵³⁾ Cf. etwa Louis BLANC, *Le socialisme. Droit au travail. Réponse à M. Thiers*, Bruxelles, 1848, p. 10, 20 (« ... la propriété, c'est-à-dire, le travail »).

⁽¹⁵⁴⁾ Louis REYBAUD, *Etudes sur les réformateurs contemporains ou socialistes modernes: Saint-Simon, Charles Fourier, Robert Owen*, Paris², 1841, p. 321.

⁽¹⁵⁴⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 89.

⁽¹⁵⁵⁾ « Zwischen den Produzenten und die Produkte tritt die Distribution, die durch gesellschaftliche Gesetze seinen Anteil an der Welt der Produkte bestimmt... » (MARX, *Einleitung* (N. 148), p. 626).

⁽¹⁵⁶⁾ « O nosso melhor espirito economico... » (A. RIBEIRO COSTA, *Dos Interesses Materiaes em Portugal*, in *A Esmeralda* I (1850), 25).

⁽¹⁵⁷⁾ Cf. hierzu CABRAL, *Capitalismo* (N. 13), p. 119.

⁽¹⁵⁸⁾ SA, *Liberalismo* (N. 105), p. 156, 207.

⁽¹⁵⁹⁾ Cf. SARAIVA, *Herculano* (N. 48), p. 39.

⁽¹⁶⁰⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 184 (« O nosso honrado amigo, o sr. Oliveira Marreca, no seu apreciavel compendio de Economia Politica », womit das im folgenden zitierte Werk von 1838 gemeint war).

mal den Arbeitsanteil (*serviços productivos*) eines jeden als vorfindlich umschrieben hatte, gab er offen zu, sich bei der « *distribuição das riquezas* » nur noch zu wiederholen. Da der Arbeiter ausschließlich seine Arbeitskraft einbringe, brauche er nur entlohnt zu werden; dem Fabrikanten hingegen gebühre der Gewinn nach Abzug seiner Unkosten ⁽¹⁸¹⁾. Ausschüttung war damit entscheidend durch Restriktion auf angeblich naturwüchsige Bedingungen präeterminiert worden.

Ähnlich verfuhr Seabra. Seine Erörterungen über Lohn und Arbeitsorganisation (p. 89-134) bündeln die vorgeblich ausschlaggebende Begründung des zuvor verteidigten « *Direito ao trabalho* » (p. 71-88). Indem er sich ausdrücklich der für Ihn jedenfalls durch Louis Blanc formulierten Frage stellte, warum dem Arbeiter der volle Ertrag seiner Arbeit vorenthalten werde ⁽¹⁸²⁾, hatte er sich dem entscheidenden Einwand gegen seine Legitimation von Eigentum durch Arbeit zugewandt. Mit seiner Antwort auf die Frage vom gerechten Lohn steht und fällt seine Eigentumstheorie. Deshalb gibt diese Nahtstelle am verlässlichsten über die Akteure strategischer Negation Auskunft.

Zunächst suchte sich Seabra frühsozialistischer Opposition dadurch zu erwehren, daß er ihre Vorschläge als akzidentiel charakterisierte. Der Ausgleich zwischen arbeitslegitimiertem Eigentum und Sozietät sei wirksam nur über vorausschauende und appropriationssichernde staatliche Institutionen und Gesetzgebung zu gewährleisten. Unmittelbare Eingriffe in vorfindliche Distributionsmechanismen hielt er also für verfehlt. Individuelle Betätigungsfreiheit, Unverletzlichkeit des Arbeitsertrags und Recht auf Bildung müßten garantiert werden - « *Esta resalva... consiste na manutenção da liberdade individual, no exercicio de suas faculdades, na inviolabilidade do producto do trabalho, ou da propriedade, e nos meios de habilitação da actividade physica e intellectual de todos os membros da sociedade* ». Ersteres schlosse jede Privilegierung und Monopolbildung aus, wende sich gegen alle Förderung von Eigentumskonzentration - ist folglich ein Programm des Kleinbürgertums. Letzteres fordere öffentliche Erziehung, die

⁽¹⁸¹⁾ MARRECA, *Economia Política* (N. 161), p. 88-89.

⁽¹⁸²⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 89.

in ihren Lehrinhalten am Berufsleben zu orientieren sei, nicht wie bisher praxisfern gestaltet werden dürfe (instrucção literaria). Der «direito ao trabalho» war hierdurch kaum gerechtfertigt, dagegen seine sozialfeindlichen Tendenzen eingestanden und nach Abhilfe ausgeschaut worden: «Se a propriedade individual tem inconvenientes - é necessario que a sociedade os combata e procure remover, de forma que o principio da actividade humana, que a produz, não encontre nella mesma um obstaculo ao seu justo desenvolvimento» (163).

Im Rückblick entkräftete Seabra damit seine unmittelbar zuvor gegen die «socialistas», namentlich Louis Blanc (164), vorgebrachten Gründe. Der Ruf nach dem Gesetzgeber zur Durchsetzung des eigenen Konzepts kommt einem Eingeständnis selbst erkannter Begründungsschwächen gleich. Infolgedessen beeinträchtigte er im nachhinein seinen Rekurs auf eine moralische — nicht aber rechtliche — Verteilung des Reichtums; schwächte nun seinen Rückgriff auf vorrangiges, weil vorsoziales Individualigentum zulasten des Gemeinnutzgedankens ab; und bezweifelte nachträglich seinen Einwand gegen materiale Gleichheit kraft öffentlichen Eingriffs. Allenfalls eingeräumter, überdies vom Existenzminimum diktierteter staatlicher Unterstützung brauchte nicht mehr Abbruch getan zu werden - Seabra war dem bereits zuvor gekommen, indem er angesichts der sozialen Realität mit unüberbietbarem Zynismus Not zur Ausnahmeerscheinung gestempelt hatte, mit der das Agrarland Portugal bei seinem Arbeitskräftemangel fertig zu werden wisse (165).

Als sich Seabra hernach dem Lohn als Ausgleich für entzogenen Arbeitsertrag widmete, war sein eigentliches Argumentationspotential erschöpft. Lohn als Arbeitsentgelt oder gar euphemistisch, doch allzu einseitigen Tausch von Eigentum festzusetzen (166),

(163) SEABRA, *ibid.*, p. 73, 87-88.

(164) Zitiert werden BLANC, *Organisation du travail* (N. 77), und *Socialisme* (N. 152).

(165) SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 73-87.

(166) SEABRA, *ibid.*, p. 89: «... salario, considerado como retribuição de um trabalho, ou como escambo de uma propriedade (pois que o trabalho, que cada individuo perfaz, é na realidade propriedade sua, como resultado da acção e emprego de suas faculdades... »).

hieß mit Say ⁽¹⁶⁷⁾ Salär als Nutzungs- oder Profitentschdigung auffassen. Es ging damit von vornherein nur noch um Substitution nicht mehr um Beteiligung an Substanz. Zwar zumte Seabra die Diskussion über einen angemessenen Lohn als weitere Legitimation seiner Eigentumstheorie auf, aber jene war von Anfang an zum Scheitern verurteilt, da sie systemwidrig am Grundkonzept von Eigentum durch Arbeit vorbezielte. Seine Ablehnung des Minimallohnprinzips (*valor natural*) für den Fall bestimmbarer Marktlohns (*valor eventual*), dessen Diskriminierung aber aus Furcht vor staatlichem Einfluß bei voraussichtlichen Fixierungsschwierigkeiten und schließlich Seabras Lösung über frei auszuhandelnde Lohnhhen (*libre conveno das partes*) sollen deshalb erst aus Anlaß der Rationalisierung von Negation durch Rekonstitution statt Destruktion des Gegners interessieren. Gleiches gilt von Seabras Vorschlägen zur Arbeitsorganisation, die in Philanthropie münden (Kapitel 3.2).

Dieses Ergebnis steht in krassem Widerspruch zum Anteil desjenigen, der über die Produktionsmittel verfügt. Seabra machte hierzu keine Angaben. Indirekt läßt sich aber schlußfolgern, daß dem Produktionsmitteleigner das Erzeugnis zufällt, wird doch der Arbeitnehmer entlohnt. Hauterive — an entscheidender Stelle von Seabra konsultiert — hatte seinerzeit das Direktionsrecht des Arbeitgebers neben der Permanenz von Eigentum und Spontaneität von Arbeit angeführt, um dem Arbeitgeber das Produkt zuzuschlagen, dem Lohnabhängigen den Mehrwert vorzuenthalten ⁽¹⁶⁸⁾. Ergnzungshalber komme zum Umfang des Profits auch Oliveira Marreca zu Wort. Er überließ dem Unternehmer nicht nur die Verteilung, er bevorzugte ihn auch materiell: ihm gebühre « *a maior renda, ou lucro* ». Einerseits folge dieses Privileg aus höherem Risiko, überdurchschnittlicher Befähigung und entsprechendem Einsatz — dem sich die « *Revista Universal Lisbonense* » zehn Jahre später ausdrücklich anschloß ⁽¹⁶⁹⁾. Anderer-

⁽¹⁶⁷⁾ SAY, *Economie politique* (N. 123), p. 604: « Salaire. C'est le prix qu'un entrepreneur paie pour l'usage d'une capacità industrielle dont il tire le profit ».

⁽¹⁶⁸⁾ HAUTERIVE, *Eléments politique* (N. 138), p. 42-43, und *Notions élémentaires d'économie politique* (N. 138), p. XIX.

⁽¹⁶⁹⁾ SCHMIT, *Cathecismo do Operario* (N. 76), p. 317.

seits favorisierte Marreca den « *empresario* » mit dem Hinweis auf dessen Position, die ein Leben in Wohlstand verlange: « a sua cathogoria industrial exige que elle viva n'uma certa opulencia, e esta circumstancia tambem influe forçosamente na taxa da sua renda » (170). Gleichzeitige Differenzierungen eines Minimallohns, der sich am Überleben ausrichtete, müssen daneben als Hohn erscheinen - wenn sie nicht historisch nachweisbar wären. Voll Erbitterung mußte deshalb der spanische Fourierist Joaquim Abreu 1835 konstatieren, daß das Kapital grundsätzlich den Löwenanteil bekomme, der Arbeit jedoch entgegen ihrem Part an der Produktion allein das Lebensnotwendigste bliebe (171).

Es erübrigt sich, außerdem Proudhons berühmte Antwort auf die Frage « *Qu'est-ce que la propriété* » ins Gedächtnis zu rufen (172). Marx' Kennzeichnung einer Nationalökonomie, die auf Arbeit abstelle, dem Privateigentum hingegen alles gebe (173), reicht aus, in Seabras Eigentumslehre ihr Pendant zu vermuten. Ihre Verheißung anteilmäßiger Aufteilung allein nach Realisierung einer utopischen Assoziation von Arbeit und Kapital ist letzte Bestätigung (174). Seitdem der kleinbürgerliche Wirtschaftstheoretiker Solano Constancio (175) 1837 in Auseinandersetzung mit Simonde de Sismondi auch für Portugal eine objektivere Verteilung verlangt hatte, spricht solche momentane Abstinenz für Verweigerung. Anzurechnen ist günstigenfalls, daß sich Seabra der Ra-

(170) MARRECA, *Economia Politica* (N. 112), p. 92.

(171) Cf. die Auszüge aus *El vapor de Barcelona* (November 1835 - Januar 1836), in Antonio ELORZA, *El Fourierismo en España. Selección de textos y estudio preliminar*, Madrid, 1975, p. 3-4.

(172) Pierre-Joseph PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété? Ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement*, Paris, 1848.

(173) Karl MARX (*Die entfremdete Arbeit*), (Erstes Manuskript), *Ökonomisch-philosophische Manuskripte (1844)*, in Karl MARX - Friedrich ENGELS, *Werke, Ergänzungsband I*, Berlin, 1968, p. 520.

(174) Cf. unten Kapitel 3.2.

(175) Cf. die Exzerpte aus *Armazém dos Conhecimentos Uteis nas Artes e Officios...* (Paris), vom 2.2. und 3.3.1837 bei SA, *Liberalismo* (N. 105), p. 170-171; zu Constancio immer noch grundlegend: Albert SILBERT, *Autour de Francisco Solano Constancio*, in *Bulletin des études portugaises et de l'Institut Français au Portugal* 14 (1950), 132-196, portugiesisch heute in SILBERT, *Portugal* (N. 63), 129 ss.

bulistik des Lehrers für politische Ökonomie an der Universität Coimbra, Adrião Forjaz ⁽¹⁷⁶⁾, enthielt. Ihm blieb es vorbehalten, « kommunistischen » Ansprüchen zu entgegenen, Arme könnten sich ohnehin des an sie verteilten Reichtums nicht freuen, sei Eigentum doch Diebstahl. Wer wie Seabra unvorsichtigerweise Eigentum durch Arbeit legitimierte, der hatte sich der « raisonnurs » zu erwehren, die diese Ableitung bis auf ihre « conséquences subversives » durchdachten - was den französischen Rechtsphilosophen Belime bewog, gleich ganz davon abzusehen ⁽¹⁷⁷⁾.

Indem Seabra vergeblich versuchte, sein der Arbeit verpflichtetes Konzept durch Degradation des Produzenten zum Lohnarbeiter aufrechtzuerhalten, meinte er die ökonomische Basis der Besitzenden zu legitimieren. In Wahrheit spezifizierte er damit formale zuungunsten materialer Gleichheit. Er kam damit einer Forderung nach, wie sie beispielsweise Ferrer ⁽¹⁷⁸⁾ mit Blick auf die menschliche Natur und deren unterschiedliche Anlagen und Betätigungsfelder aufgestellt hatte. Diese Zäsur gewinnt freilich unter der hiesigen Fragestellung ihre eigentümliche, aussagenkräftigste Bedeutung: sie reproduziert die Polarisierung gesellschaftlicher Zustände durch Absage echter Partizipation. Dadurch, daß Seabra Interaktion nur in Form gegenseitiger Benachteiligung dachte, fixierte er die konfligierenden Lager.

Eine solche Relation von Arbeit und Eigentum hatte der konservative Sozialkritiker Pecqueur bereits 1842 dahingehend charakterisiert, daß sie Gesellschaft in « propriétaires » und « non-propriétaires » oder « prolétaires » zerfallen lasse, wobei die Überlebenschancen der letzteren mit dem Grad ihrer Unterwerfung unter erstere stiegen ⁽¹⁷⁹⁾. Seabras Eigentum-Lohn-Diskussion hatte einen versuchsweise enthistorisierten, naturrechtlich abstrahierenden Eigentumsbegriff letztendlich doch mit unausweichlichem realem Konflikt aufgefüllt. Derartige Konfrontation von Eigentümer und nichtbesitzendem Lohnempfänger mußte dann

⁽¹⁷⁶⁾ Adrião FERREIRA DE SAMPAIO FORJAZ, *Economia Política. O Systema Industrial, e o Estado Actual da Sciencia*, in *O Instituto* 1 (1853), 257.

⁽¹⁷⁷⁾ BELIME, *Philosophie du droit* (N. 27), p. 185-186.

⁽¹⁷⁸⁾ FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 84.

⁽¹⁷⁹⁾ Constantin PECQUEUR, *Théorie nouvelle d'économie politique ou études sur l'organisation des sociétés*, Paris, 1842, p. 408-409.

in ihrer für bürgerliche Gesellschaft typischen, nämlich juristischen Formulierung über Eigentum soziale Gegnerschaft preisgeben.

Sowohl in ihrem deskriptiven als auch in ihrem normativen Gehalt traf Seabras theoretische Exposition portugiesische Wirklichkeit. Um bei letzterem zu beginnen, sei auf die *Laudatio Herculanos* zu Ehren Mousinhos zurückgekommen. Dort hatte er programmatisch seinen Zeitgenossen dessen Intentionen in Erinnerung gebracht; mahndend darauf hingewiesen, Besitz und Strebsamkeit trennten «peuple» von «populace»⁽¹⁸⁰⁾. Ihm ging es dabei um die «classes... que constituem a força viva da Nação», diejenigen, die den «ordem social» absicherten⁽¹⁸¹⁾.

Damals hatten freilich die Besitzenden schon durchweg begriffen, welche Chance in solchem Programm lag; wie kurzfristig es wäre, vordergründige persönlich-politische Querelen nachzutragen oder fortzuspinnen, statt die gemeinsame Bastion geschlossen zu verteidigen, möglichst auszubauen. Für eine sich anbahnende, die nachfolgende (ökonomische) «Regeneração» überhaupt erst ermöglichende Entpolitisierung zwecks Machterweiterung stehe die Klugheit des Duque de Palmela. Er verurteilte die Attacken seiner politischen Freunde auf die Regierung Cabral als töricht, sei doch nicht auszuschließen, daß sie allgemeine Unruhen, eine zweite Maria da Fonte, nach sich zögen - «... que o resultado d'aquelles ataques fosse uma nova Maria da Fonte que tornasse anarchisar o paiz»⁽¹⁸²⁾. Gerade von Liberalen oft beklagte Fraktionierung erscheint so gesehen als Appel an die Vernunft. Mousinhos Prophezeiung «o liberalismo matará as facções ou ellas acabarão»⁽¹⁸³⁾ war der verzweifelte Versuch gewesen, daran zu

⁽¹⁸⁰⁾ Alexandre HERCULANO, *Mousinho da Silveira ou la révolution portugaise* (1856), in HERCULANO, *Opúsculos*, II, Lisboa s.a., p. 194-195.

⁽¹⁸¹⁾ Alexandre HERCULANO, (*Missão e doutrina d' «O Portuguez»*), in *O Portuguez*, N. I vom 11.4.1853; heute in Saraiva, *Herculano* (N. 48), p. 55.

⁽¹⁸²⁾ Cf. MARQUÈS DE FRONTEIRA E D'ALORNA, *Mémoires do Marquês de Fronteira e d'Alorna D. José Trazimundo Mascarenhas Barreto. Ditadas por elle proprio em 1861*. *Revistas e Coordenadas por Ernesto de Campos de Andrada*, Part VIII, Coimbra, 1932, p. 339.

⁽¹⁸³⁾ Cf. das Zitat bei Theophilo BRAGA, *Historia do Direito Portuguez. Os Foaes*, Coimbra, 1868, p. 151.

erinnern, die gemeinsame Basis nicht wegen zweitrangiger Sonderinteressen aufs Spiel zu setzen. Typische Frucht einschlägiger Bemühungen ist der *Código civil português* von 1867: radikale Liberale steckten in der bis zuletzt umstrittenen Frage der Zivilehe eher zurück, brachten der Reaktion ein Opfer, als das für sie insgesamt positive Werk zu gefährden⁽¹⁸⁴⁾.

Auf der anderen Seite stand die Masse der Nichtbesitzenden, der Arbeiter und landwirtschaftlichen Tagelöhner (*jornaleiros*) - ohne die Bettelei als Auffangbecken zu vergessen. Verlässliche quantifizierende Angaben fehlen noch immer; einige Zufallsfunde indizieren allein die Aufgabe. So kamen etwa 1848 in Beja (Alentejo) auf 450 «*jornaleiros*» gleichviel Groß- und Kleinbauern auf eigenem Grund⁽¹⁸⁵⁾. In der Gegend von Porto wurden in 160 «*fabricas*» 1895 Männer, 1626 Frauen und 732 Kinder beschäftigt⁽¹⁸⁶⁾. Das unzulängliche Zahlenmaterial wird ergänzt durch Klagen der «*classe pobre*», kleiner Landbesitzer, denen trotz allen Plagens Abgleiten in die Klasse der Besitzlosen, ein Leben ohne Hoffnung in Aussicht stand⁽¹⁸⁷⁾. Und es wird weiterhin vervollständigt durch eine politökonomische Literatur, die den » em-

⁽¹⁸⁴⁾ So ausdrücklich José Dias Ferreira am 28.3.1903 vor Deputados-Kammer (No. 42, Camara dos Senhores Deputados. Summario da 42.^a Sessão em 28 de Março de 1903, p. 355).

⁽¹⁸⁵⁾ *Revista Popular*, 1848, p. 289-290 (« 400 proprietarios que cultivam, por si as suas terras; 100 ditos, que vivem das suas rendas; 48 lavradores; 450 jornaleiros... »). Vergleichsweise ähnlich für Beja um 1845, zumindest was das Verhältnis von Lohnarbeit zu Nichtlohnarbeit anbetrifft, Manuel VILLAVERDE CABRAL, *Materiais para a História da Questão Agrária em Portugal - Séc. XIX e XX*, Porto 1974, p. 17: 60 % Lohnabhängige auf der Basis von « 2.300 a 2.500 jornaleiros contra 1.500 seareiros e 100 lavradores » (nach: J. Silvestre RIBEIRO, *Beja no Ano de 1845...*, Funchal, 1847); hochinteressant zu den « Seareiros » — etwa Pächter, die jedenfalls «*jornaleiros*» beschäftigen können, was diese von ersteren trennt — ihrem Sozialprestige, Arbeitsbedingungen (Abhängigkeit) etc: COUTILHEIRO; *Portuguese Rural Society* (N. 11), p. 54-59.

⁽¹⁸⁶⁾ *Chronica Fabril*, in *Revista Universal Lisbonense* 9 (1849-1850), 392 - hier übrigens auch eine Aufzählung zahlreicher Fabriken, allerdings ohne Zahlangaben.

⁽¹⁸⁷⁾ Cf. beispielsweise das Schreiben von Miguel Caetano de Almeida Coutinho aus Tentugal bei Coimbra vom 29.11.1849 mit seiner Schilderung einer von Krankheit, Entbehrung und schwerster Arbeit gekennzeichneten Landbevölkerung (*Revista Universal Lisbonense* 9 (1848-1849), 94).

prezario » davon befreite, wie ein Arbeiter zu arbeiten (não necessita... trabalhar como os operarios), und diese Unternehmerpersönlichkeit dadurch auszeichnete, daß sie sie mit einem Arbeiter konfrontierte, den sie Maschinen gleichachtete (188). Aber solche Details dekuivieren erst dann in vollem Umfang, wenn man sie auf der Folie zeitgenössischer akademischer Doktrin von der Harmonie des Universums liest, die in der Prädetermination jeden Individuums ruhe (189).

Scheinheilige Belehrung des « homem poderoso e rico », Volk (povo = operario) nicht mit Kanaille zu verwechseln, spreche für sich. Arbeitssuche als Akt der Unterwerfung aufgrund existentieller Not muß die Regel gewesen sein, sonst hätte dieselbe Unterweisung sie nicht zur typischen Ausgangssituation wählen können: « O operario, homem honesto, que pede trabalho, porque não tem pão, ha de ficar tiritando com frio, e morrendo de fome, atraz dos lacaios, que o repellem... » (190). Alle Versuche, diesen schreienden wirtschaftlich-sozialen Unterschieden Konfliktimmmanenz abzusprechen, attestieren sie; artikulieren Angst vor ungezügelmtem Aufbegehren. Idealisierung des Landlebens durch die portugiesische Romantik (191) ist somit nicht Karikatur. Sie ist vielmehr Aufschluß, wenn von derselben Seite politische Wissenschaft zur Überbrückung offensichtlicher Antinomien im Produktionsbereich ermahnt, bis dahin die Einheit von Kapital (proprietário) und Arbeit (salaridado-proletário) eindringlichst beschworen wurde (192). Minder sublim, dafür um so leichter durchschaubar, sind gleichartige Aufrufe der « Revista Universal Lisbonense » (193). Als sie sich Lohnforderungen und Arbeitszeitverkürzungen entgegengestemmt und dabei die Freundschaft zwischen

(188) MARRECA, *Economia Politica* (N. 112), p. 19-20.

(189) FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 3.

(190) (ANONYM), *Educação Popular*, in *Revista Popular*, 1848, p. 92-93.

(191) Cf. António Alvaro DÓRIA, *A Vida Rural no Romance Português*, Lisboa, 1950, p. 40-46.

(192) Cf. HERCULANO, (*Missão*) (N. 181), p. 56.

(193) « O maior amigo do operario é o fabricante, e o maior amigo do fabricante é o operario », oder: « Entre o capital e o trabalho está a nação... os interesses do paiz são os interesses geraes... » (*Revista Universal Lisbonense* 8 (1848-1849), 542).

« operario » und « fabricante » wie übergeordnete gemeinnützige Belange der Nation zu bedenken gab, hatte sie durch allzu pointierte Verzerrung widerwillig ihre Intentionen im Kampf realer Antagonismen offengelegt.

Seabras Eigentumstheorie mit ihrer Gegnerschaft von Kapital und Lohnarbeit ist jedoch weit mehr als Abbild. Wie beim hoch-abstrakten Arbeitsbegriff übertraf er auch hier portugiesische Realität. Sein Legitimationskonzept zielt auf Dynamisierung vorgedundener zugunsten bürgerlicher Sozietät. Es beruht auf einem Gesellschaftmodell, das aus den Exzessen der Industrienationen lernend ⁽¹⁹⁴⁾ des « zivilisatorischen » Fortschritts wegen nicht zuletzt mittels politökonomischen Instrumentariums deren soziale Differenzierung theoretisch rezipiert. Bei einer trotz der genannten Zahlen immerhin noch in den Anfängen steckenden industriellen Entwicklung den Gegner so klarsichtig zu markieren, um ihn anschließend desto wirksamer in seine Pläne zu integrieren, bewies strategisches Gespür. Von nun ab war für portugiesisches Bürgertum ungeachtet konzeptioneller Schwächen der Zustand des sozialstrategischen « non-système » ⁽¹⁹⁵⁾ beendet - d.h. objektive, freilich bislang unbegriffene Gegnerschaft war ihm auf seinem zentralsten Terrain vergegenwärtigt worden. Welch unschätzbaren Vorteil das bedeutete, sollte ihm mit Abschluß der Arbeiten zum Código civil aufgehen; profitieren sollte es davon fast ein Jahrhundert. Aufs Ganze gesehen hatte also Cordeiro nicht ohne Grund die Modernität dieses « compendio da doutrina liberal » gelobt ⁽¹⁹⁶⁾.

Hiergegen mit prinzipieller Durchlässigkeit oder formaler Freiheit in Form von Chancengleichheit anzutreten, verbieten die Ergebnisse der portugiesischen Geschichte ebendieser letzten hundert Jahre. Desgleichen gibt zu denken, was Magalhães Godinho ⁽¹⁹⁷⁾ erst unlängst aus einer neuerlichen Interpretation der seine Zeit so trefflich schildernden Romance « A Morgadinha dos

⁽¹⁹⁴⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 87, 100-101.

⁽¹⁹⁵⁾ Cf. CHARNAY, *Stratégie* (N. 83), p. 194-195.

⁽¹⁹⁶⁾ Cf. N. 28.

⁽¹⁹⁷⁾ GODINHO, *Sociedade* (N. 107), p. 156-158; zum Werk von Dinis in seinem Kontext cf. FRANÇA, *Romantisme* (N. 79), p. 589 ss.

Canaviais » von Júlio Dinis aus dem Jahr 1868 entnahm. Danach war emanzipierender Bourgeoisie allein um ihrer selbst willen an einer Befreiung rückständigen Landvolks gelegen. Für devote Untertanen in den Zwängen tradierter Herrschaft sollte zum Nutzen derjenigen kein Platz sein, die auf « civilização » möglichst industrieller Provenienz setzten. Ein zahlenmäßig verschwindend kleines Agrar- und noch unbedeutenderes Industriebürgertum ⁽¹⁹⁸⁾ mußte notgedrungen seine Basis erweitern. Unter diesem Vorzeichen trat etwa Herculano für bäuerliche Familienbetriebe, also eine ländliche Kleinbourgeoisie ein ⁽¹⁹⁹⁾. Derartige Vorschläge implizieren aber die Existenz eines Land- und Industrieproletariats - ein Umstand, der aufgrund der Abstraktion bei Seabra besonders deutlich zutage tritt. Ihnen war als fungibles Arbeitskräftereservoir und Konsument eines florierenden Binnenmarktes, der letzten Chance des wirtschaftlich retardierenden Portugal, seine Rolle zugewiesen. Seabra gelang es, solche Perspektiven mit ihren verbal bedauerten, letztlich als unumgänglich gebilligten gesellschaftlichen Antagonismen weitblickend zu rationalisieren, ja sogar mittels eines naturrechtlich auftretenden, Eigentum und Lohnarbeit aufeinander beziehenden Eigentumskonzepts sachgerecht zu legitimieren. Dafür war ihm gleich anderen ⁽²⁰⁰⁾ reformerischen Technokraten des gestürzten Costa Cabral der Dank eines im Zeichen der « Regeneração » koalierenden Bürgertums sicher.

2. Intensität der Negation: Individualeigentum.

Strategie definiert sich vorzugsweise aus konfligierenden Akteuren und dem Konsistenzgrad ihrer Aktivitätsprogramme. Grundsätzlich irrelevant ist hingegen, ob Negationsabsicht strategische Reflexion trägt; insonderheit läßt sich hieraus nicht die Intensität der Negation des Anderen ablesen; negative Dimension muß

⁽¹⁹⁸⁾ GODINHO, *Sociedade* (N. 107), p. 154.

⁽¹⁹⁹⁾ Cf. die Nachweise bei Joaquim BARRADOS DE CARVALHO, *As Ideias Políticas e sociais de Alexandre Herculano*, Lisboa 1971, p. 44 ss., und meine Ausführungen im Abschnitt 3.2 zu *Kleineigentum als Antwort auf soziale Gefahr*.

⁽²⁰⁰⁾ Cf. CABRAL, *Capitalismo* (N. 13), p. 178.

vielmehr objektiv bestimmt werden. Bisherige und nachfolgende Bemerkungen über die Fähigkeiten Seabras, seine Intentionen, generell: zur subjektiven Seite, dürfen nicht überinterpretiert werden. Als negierender Denkkzusammenhang läuft Strategie quasi im Sinne Bourdieuschen ⁽²⁰¹⁾ Regelverständnisses auf ein immanentes Schema hinaus, das eher implizit als unbewußt zu bezeichnen ist. Mit Pierre Bourdieu ⁽²⁰²⁾ sei davon ausgegangen, daß sich der *modus operandi* im *opus operatum* enthüllt. Rechtshistorische als sozialwissenschaftliche Analyse muß deshalb einseitiger, Praxis verneinder, teleologischer Deskription absagen. Das bedeutet für den naturrechtlichen Diskurs Seabras, sofern er von strategischer Praxis handeln soll, Feststellung negierender Aktion. Hierfür kommen Entscheidungen in Betracht, die der Gegnerschaft objektiv Rechnung tragen. Inwieweit sie subjektiv vollauf abgedeckt waren, kann bei einem solchen Begriff von Strategie als Praxis und ihrem Diskurs dahinstehen. Danach zu fragen wäre ohnedies wenig vielversprechend, da die Antworten allenfalls das Ausmaß guten Glaubens auf Seiten des Interpreteten verriet. Tatsachen wie diejenige, daß Seabra seine Vertragslehre bürgerlichen (Gesetzes-)Reformern zur Nachahmung empfahl ⁽²⁰³⁾, ist als solche nur in diesem engen Sinn deutbar; Schlüsse auf einen allgemeinen Willen zur Unterwerfung der Arbeiterklasse sind Spekulation. Einzig interessierende objektive Relationen sind nicht über angeblich rekonstruierbare Motive zu erfahren, sondern anhand des Kernbereiches negierender Entscheidung. Was unter diesen Prämissen Seabras Legitimation durch Arbeit für die Nominierung der strategischen Gegner bedeutete, ist sein Entschluß zugunsten Privateigentums und zulasten des Eigentums aller an allem für die Intensität von Negation als « *mode d'action* » (Char-nay) ⁽²⁰⁴⁾.

Das Königtum der Bourgeoisie, von dem Marcelino de Matos wortwörtlich sprach ⁽²⁰⁵⁾, ihre Souveränität, wurde bei Seabra

⁽²⁰¹⁾ PIERRE BOURDIEU, *Entwurf einer Theorie der Praxis auf der ethnologischen Grundlage der kabyllischen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1976, p. 159, 207-209.

⁽²⁰²⁾ BOURDIEU, *ibid.*, p. 209.

⁽²⁰³⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 281.

⁽²⁰⁴⁾ CHARNAY, *Stratégie* (N. 83), p. 81.

⁽²⁰⁵⁾ « O reinado da burguezia (— ... isto é, a classe media... —) como poten-

uneingeschränkt bejaht. Rechtfertigte er sogar bürgerliche Existenzbedingungen, dann transkribierte er nicht nur vorhandene Macht, sondern förderte sie obendrein. Apologie von Individualeigentum im Verein mit Lohnarbeit eignet sich hierzu ganz besonders, da schon vom Ansatz her Arbeit Anderer zugesichert wird: Ausbeutung fremder Arbeitskraft verlangt nach exklusiver Zuordnung als ihrem Versatzstück. Schlüssig legitimierte denn auch Ferrer Dritte ausschließendes Privateigentum mit der aktuellen Gesellschaftsverfassung- « Só diremos, que o systema de propriedade individual se acha intimamente ligado com todo o modo de pensar e de obrar da sociedade actual, que é a base da sua organização, e a condição indispensavel do seu desinvolvimento » (206). Analog ging Seabra vor. « Propriedade exclusiva » aufgrund einer « acção puramente individual » (Arbeit) liege selbst dann vor, wenn die Grenzen der Bedürfnisbefriedigung überschritten worden seien; für diesen Fall bedinge Eigentum Fortschritt (207). Nur wer Fortschritt als Fortschritt einer sich freisetzenden kapitalistischen Gesellschaft liest, begreift und durchschaut die Begründung. Allerspätestens in dem Moment, als Seabra den eingepflanzten Konflikt mittels moralischer Anteilnahme zu schlichten beabsichtigte, nachdem er sich unter größten Bedenken zur sittlichen Pflicht durchgerungen hatte, mit Bedürftigen den Überschuß zu teilen, spätestens dann zeigt solcher Individualismus sein wahres Gesicht. Daran ändert kaum etwas, einige Seiten weiter die Verpflichtung zur Existenzsicherung Mittelloser als rechtliche verstärkt zu sehen. Da dies einzig um des Friedens willen geschah, wobei « ordem social » mit Eigentumssicherung verschmolz, bestätigte sich Seabra selbst im Widerspruch (208).

So verstanden heißt absolutes Eigentum primär Ausschluß jeglicher Drittpartizipation. Das hiergegen verteidigungshalber monoton wiederholte Prinzip gegenseitigen Respekts (209), die postu-

cia começo entre nós em 1834, e é dessa mesma era que data o ascendente soberano desta classe sobre todas as outras » (*A Esmeralda* I (1850), I).

(206) FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 110.

(207) SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 76-77, 84-85.

(208) SEABRA, *ibid.*, p. 24, 77, 85.

(209) Cf. FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 96; SEABRA, *ibid.*, p. 76.

lierte wechselseitige Begrenzung durch die Individualrechte Anderer, beläuft sich daneben höchstens auf Binnenmarkierung ökonomisch Gleichgestellter. Nicht Sozialbindung im gesellschaftlichen Interesse, sondern soziale Schrankenlosigkeit zum Vorteil des Befähigteren ⁽²¹⁰⁾ — in Wahrheit durchweg Stärkeren — lautet die Devise. Ökonomische Potenz wiederum beruht aber auf dem zweiten Merkmal privaten Eigentums: der vollen Verfügungsfreiheit.

Eine spezifisch portugiesische Diskussion bürgerlicher Nationalökonomie belegt die wirtschaftliche Bedeutung unbegrenzter Dispositionsbefugnis. Mag vielleicht der Friedenswahrung wegen juristisch Abwehr vorwalten, volkswirtschaftlich wurde Privateigentum durch die damit etablierte volle Verfügungsfreiheit bedeutsam. Erst individuelle Berechtigung, die Interventionen Dritter erübrigt, könne totes Kapital jederzeit in Umlauf setzen. Konkretes Anschauungsobjekt dafür waren die « *Corpos de mão morta* ». Ohne königliche Lizenz vermochten die zumeist kirchlichen Körperschaften toter Hand nicht, über die seit dem Mittelalter akkumulierten Grundstücke zu verfügen. Zu ersten entscheidenden Eingriffen gegenüber den Männerorden kam es unter Mousinho; jedoch erst in den sechziger Jahren ergingen umfassende Amortisationsverbote ⁽²¹¹⁾. Am Beispiel von A. Ribeiro da Costa ⁽²¹²⁾ wird deutlich, wie man bis dahin vonseiten der politischen Ökonomie nicht abließ, unter Hinweis auf die Verfügungsbefugnis des Privateigentümers hiergegen anzugehen. Freilich offenbart dieses Argument weit über den unmittelbaren Anlaß hinaus, wo und mit welchem Rang Individualeigentum eingeord-

⁽²¹⁰⁾ Cf. SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 16: « ... a propriedade... não pôde ter outro limite, senão o alcance de nossas faculdades ».

⁽²¹¹⁾ Decreto vom 28.5.1834 (Aufhebung der Männerklöster bei Säkularisation des Grundvermögens), in *Collecção de Decretos e Regulamentos Mandados Publicar por Sua Magestade Imperial o Regente do Reino desde a sua Entrada em Lisboa até a Instalação das Camaras Legislativas*, Terceira Seria, Lisboa 1840; *Carta de Lei vom 4.4.1861, 22.6.1866 und 28.8.1869* (Amortisationsverbot für kirchliches Grundeigentum), in José Maximo DE CASTRO NETO LEITE e VASCONCELLOS (ed.), *Collecção Official da Legislação Portuguesa. Anno de 1866 (1869)*, Lisboa, 1867 (1870).

⁽²¹²⁾ A. RIBEIRO DA COSTA, *Dos Interesses Materiaes em Portugal*, in *A Esmeralda* I (1850), 50, 57-58.

net wurde: es war Grundvoraussetzung wie Katalysator warenproduzierender Tauschgesellschaft.

Erfährt Exklusivität solcherart zusätzliche Hilfe aus ökonomisch gebotener Disponibilität, ist Abwehr aller Gegeneinwände Pflicht. Oder: die hierbei investierte Energie wird zum Gradmesser negativer Intensität im Sinne Charneys. Es spricht für sich, Seabra von zwei Abteilungen seines Werks eine der Legitimation von privatem Eigentum und dem damit aufs engste verknüpften Eigentumserwerb durch Arbeit widmen zu sehen. Solch ausführliches, zumal vorzugsweise defensives Plädoyer für Individualeigentum indiziert überdurchschnittliches Interesse; der Stellenwert dieser Institution ist bereits hieraus ablesbar. Daneben verblässen Ausführungen über Tausch (Vertrag) und Schenkung; sie sind allenfalls Ableitungen der zuvor getroffenen Grundentscheidungen. Als Variationen des eigentlichen Themas konnten sie vergleichsweise kursorisch behandelt werden.

Persönliches Eigentum wurde von Seabra in drei Stadien gerechtfertigt: zunächst diskutierte er bisherige Begründungen, daraufhin suchte er sie zu verbessern, um sie schließlich gegenüber heftigsten zeitgenössischen Angriffen in Schutz zu nehmen. Die Diskussion vorhandener Individualeigentumstheorien hinterläßt den Gesamteindruck genereller Zustimmung in Kritik an ihrer Überzeugungskraft. Alle sind ihm, eigenen Worten zufolge, nur Prüfstein selbständiger Reflexion ⁽²¹³⁾. Wie Ferrers «*Direito Natural*» zeigt ⁽²¹⁴⁾, griff Seabra dabei auf einen klassischen Wissensbestand zurück, der nicht übergangen werden durfte. Wenig erstaunlich, ihn schnell das Pflichtpensum durchheilen, nichtsdestotrotz schon hier seine spätere Argumentationstaktik mittelbar preisgeben zu sehen ⁽²¹⁵⁾.

An der Okkupationstheorie rügte er die Verwechslung von Appropriation und Eigentum; hielt sie auch in ihrer Erweiterung um den Gemeinschaftskonsens durch Grotius und Pufendorf für inakzeptabel; stimmte allerdings dem naturrechtlichen Ansatz

⁽²¹³⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 32, 38-39.

⁽²¹⁴⁾ FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 107 ss.

⁽²¹⁵⁾ Cf. SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 32-39.

im Grunde zu. Zum zweiten erblickte er in der Begründung von Eigentum mit Arbeit (*trabalho-industria*) als purem Faktum ebenfalls eine unzulässige Konfusion von Tatsächlichem und Rechtlichem; seine eigene Erklärung des Eigentumserwerbs, um es nochmals zu wiederholen, stützt sich dagegen auf die menschliche Natur; bei ihm legitimiert sich Eigentum aus einem « *trabalho productor* » als Vorbedingung humaner Existenz und Konkretisierung göttlichen Willens (p. 71-72). Drittens: Montesquieu und Bentham hielt er entgegen, Eigentumsrechte aus legislativen Akten abzuleiten bedeute sich jedes sittlich-normativen Maßstabs zu begeben. Dahinter stand die Überlegung, daß man sich solchen Eigentums nicht sicher sein dürfte: « *Se a lei pode criar o direito de propriedade, pode também anulá-lo* ». Herculano⁽²¹⁶⁾ dachte dabei an die Feinde privaten Eigentums, namentlich Proudhon. Vergleichbar Bélimé, der Arbeit als Legitimationskriterium mit Rücksicht auf eventuell ableitbare Ansprüche des (Lohn-)arbeiters gemieden hatte, war man hier ängstlich bemüht, Eigentum der historischen Sphäre zu entrücken - « *A legitimidade da propriedade só resiste à implacável dialéctica daquele homem* » (= Proudhon) « *como direito preexistente e superior às convenções sociais* ». Aus diesem Grund verwarf Seabra auch die vierte Theorie, die er letztlich auf Kant zurückführte. Billigung aller sei günstigenfalls Garantie, indessen unfähig, das Recht selbst zu begründen. Solange Eigentum von menschlichem Willen abhängt, gab Seabra mit Herculano zu bedenken, solange sei es anfällig für Irrtum und Ungerechtigkeit, fehle ihm der Charakter des Heiligen - « *Desde que tornamos o direito dependente da vontade ou arbitrio de um de muitos, desaparece a sua santidade, e poderá ser substituída pelo erro, e pela injustiça* ». Nach Fichte und mit Ahrens schien diese Gefahr eingedämmt. Ihre Differenzierung von Recht und Rechtsgarantie durch intersubjektive Konvention habe die erwünschte Folge unangreifbaren Eigentums. Ahrens: « *La propriété est un droit personnel, primitif de chaque homme. ... La société ne crée pas le droit de propriété, et par conséquence elle n'a pas le droit de détruire la propriété; mais elle doit régler*

(216) Cf. das Zitat bei Sá, *Liberalismo* (N. 105), p. 206.

son application et son organisation » ⁽²¹⁷⁾. Hier fand sich Seabra deswegen bestätigt, weil beide strukturell gleich dachten: Legitimation aufgrund Abstraktion von geschichtlicher Realität bei systemstabilisierendem Ausgleich.

Individual Eigentum gründe im Dasein des Menschen. Einzig begrenzt durch reziprokes Recht Dritter, rechtfertigte sich Seabra *privates Eigentum* daraus, daß es Existenz überhaupt erst ermögliche - « O Direito de propriedade é legitimo porque tem o seu fundamento em a nossa propria natureza; porque a propriedade comprehende os meios e objectos necessarios á existencia e bem-estar do homem. Mas este Direito tem limites; e esses limites no estado social são os direitos analogos dos outros individuos da nossa especie... » ⁽²¹⁸⁾. Zur wechselseitigen Abgrenzung als formaler Kategorie braucht nichts mehr gesagt zu werden. Notwendig ist jedoch ein klärendes Wort zur Terminologie, da die explikative Rekonstruktion der Seabraschen Eigentumslehre weder der von ihm gewählten Stoffanordnung noch der an sich logischen Begründungsfolge von Rechtsinstitution vor Rechtserwerb folgt. « *Direito de propriedade* » oder « *direito de apropriação* » meint das Institut selbst; unter « *direito ao trabalho* » verstand er arbeitslegitimiertes Eigentum, genauer: primären Eigentumserwerb. Beide Denkstränge finden — wie oben anhand von Hauterive belegt — in Arbeit als Realisation von Eigentum zwecks existenzerthaltender Bedürfnisbefriedigung zusammen. Augenblicklich steht allein der « *direito de propriedade* » zur Rede, der eingangs bereits insoweit anzusprechen war, als es um die zentrale Rolle von Eigentum ging. Mithin interessiert nun vorrangig der Rekurs auf menschliche Existenz als Argumentationsabbruch zwecks Legitimation ungestörten Genusses.

Seabras Schlußfolgerung beruht auf einer dreistufigen Argumentation, die im ersten Teil ihre entscheidenden Prämissen setzt. Ansatzpunkt: Recht sei allein denkbar im Mittel-ZweckVerhältnis (p. 7, 14). Im Rahmen menschlichen Zusammenlebens be-

⁽²¹⁷⁾ AHRENS, *Droit naturel* (N. 37), p. 315-316; ausführlich zitiert bei SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 37-38.

⁽²¹⁸⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 57, ähnlich 44.

ziehe sich eine so geartete Rechtsidee auf das Individuum, von ihm benötigte Mittel zur Zweckerfüllung und zwischenmenschliche Beziehungen. Soweit das Individuum Bezugspunkt sei, verfüge dieses unzweifelhaft über erstes Eigentum: das Recht zur freien Ausübung der ihm verliehenen Fähigkeiten, allerorts mit Freiheit bezeichnet (9, 11). Existenz impliziere folglich Eigentum (10, 11). Es hieße aber das erste Eigentum annullieren, wollte man nicht gestatten, lebensnotwendige Mittel hiermit zu erwerben: das zweite, persönliche Eigentum (12, 13) - « pois que sem ellas a nossa existencia seria incompleta » (12, 13).

Wie dieses naturwüchsige Individualeigentum zu organisieren sei, wird dann in zwei Etappen entfaltet. Vorab sei davon auszugehen, daß der Einzelne außerhalb des Familienverbands mit gleichinteressierten Dritten konfligiere. Gottes Schöpfungsplan könne jedoch nicht vorsehen, diesen Streit dem Mensch zum Verhängnis werden zu lassen. Deshalb gehe auf die Idee des Eigentums der Gedanke zurück, sich mit seinesgleichen zur Verteidigung ebendieses Individualeigentums zu verbünden (p. 17-25). Sei dem Menschen aber bestimmt, in Gemeinschaft zu leben, dann müßten in seiner Natur auch die sozialen Regelungsmechanismen vorzufinden sein. Gegenseitiger Respekt (formal) Gleichberechtigter fordere kollektive Überwachung, erheische Zwang als Garantie inneren Friedens. Ob nun Volk oder Regierung mittels Gesetzes diesen ausübe, wird letztlich nicht ausdiskutiert (p. 25-31).

Aus der Gesamtdarstellung erhellt, daß die Entscheidung für das anschließend sozial organisierte Privateigentum in dem Moment fiel, als Seabra es voraussetzte. Begründet war es damit keineswegs - weshalb es in der Folge auch um so vehementer verteidigt werden mußte. Der Rückgriff auf das Individuum extrapolierete zunächst Sozietät und ließ sie später nur noch als Hüter vorfindlicher individualisierter Rechte ein. Formalisierung war vorab noch gelungen, was schon in der Diskussion mit anderen Individualeigentumstheorien, verstärkt im Disput mit ihren grundsätzlichen Gegnern, endgültig aber beim arbeitslegitimierten Eigentumserwerb ans Licht drängte: der historische Kontext. Seabra hatte sich zwar an Herculanos Rat gehalten, Eigentum als vorgegeben auszuweisen, um konträre Ideologie zu umgehen. Ihm war nur nicht gelungen, was nicht gelingen konnte.

Aprioristische Ansätze dieser Art sind für zeitgenössisches naturrechtliches Verständnis typisch. Nur Pantheisten, Mystiker, «scepticos» und Feinde menschlicher Freiheit verneinten «uma lei obligatoria, deduzida sómente da natureza humana» (219). Naturrechtsphilosophie habe seine Prinzipien aus der menschlichen Natur zu deduzieren; axiomatisch, sei sie nicht mehr hinterfragbar (220). So blieben soziale Mißverhältnisse erklärbar: zwar sei der Mensch von Natur aus mit den gleichen Rechten begabt, doch müsse dieses Gleichgewicht im Hinblick auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit und ebenfalls naturvorgegebene Zieldivergenzen schnell liquidiert werden (221). Es bedurfte nicht Marxscher Scharfsicht, um den Rekurs der Nationalökonomien auf Urzustand und-oder Individuum als Rückprojektionen eigener Ideale zu enttarnen (222). Naturrechtsphilosophie wußte, was sie wollte. Levy Maria Jordão — bezeichnenderweise Mitglied der Kommission zur Überwachung der Vorarbeiten Seabras zum Código civil — betrachtete unter Berufung auf Adolphe Thiers das Naturrecht eines Krause und Ahrens als Bollwerk gegen sozialistische Doktrin. Saint-Simon bis Blanc könne durch ein «estudo profundo da natureza» Paroli geboten werden (223).

Seabra hielt sich auch ansonsten strikt an dieses Argumentationsmuster. Bei der Erörterung eines entmaterialisierten Konsensprinzips im Vertragsrecht gaben die «fins e condições racionais da nossa existencia» den Ausschlag gegen römisches Recht und für ein modernes Verkehrsrecht (224). Tradiertes portugiesisches Recht wurde mit Hilfe ihrer «ordem e filiação natural» ausgefiltert (225); der Ausschluß Unehelicher von der Erbschaft durch Ordenações Filipinas 4.99.1 gebilligt, denn: «Mas o que

(219) FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 52.

(220) FERRER, *ibid.*, § 1.

(221) FERRER, *ibid.*, § 82 Note c.

(222) Cf. MARX, (*Entfremdete Arbeit*) (N. 135), p. 511; und: *Einleitung (zur Kritik der politischen Ökonomie)* (N. 148), p. 615.

(223) LEVY Maria JORDÃO, *A Philosophia do Direito em Portugal*, in *O Instituto I* (1853), 270-271.

(224) SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 200-203, 208.

(225) SEABRA, *ibid.*, p. 255.

exige a natureza, não vai além dos alimentos » (226). Gesellschaft in ihrer Schutzfunktion habe ungestörten Genuß der von der Natur zugewiesenen Rechte zu gewährleisten (227); die soziale Frage finde ihre Grenzen in den « direitos naturais e absolutos do homem » (228). Statt Fürsorge müsse der Staat für ungestörte Bewahrung natürlicher Rechte bürgen (229). Selbstredend greift dann auch kein Hinweis auf das Gemeinwohl, um für geleistete Arbeit ersatzweise vorgesehene öffentliche Zuteilung von Produktionsmitteln zu begründen; wohlverstandener Gemeinsinn sei ja durch die absoluten Rechte des Einzelnen limitiert (230). Und was gegen sozialistische Einwände gut war, durfte sich auch beim Minimallohn bewähren: wie der Patron sich hiervon nicht lossagen könne, so habe es auch die Natur gefügt, daß der Arbeiter darauf nicht verzichten dürfe (231). « Nivelar as riquezas!... Absurdo! », warnte die Revista Popular 1848, « A sociedade ha de ter sempre ricos e pobres. É uma condição da sua existencia - não ha poder capaz de a destruir ». Gegen die natürliche Ordnung anzugehen sei sinnlos; vielversprechender Resignation der Zukurzgekommenen und Zurückhaltung der Wohlhabenden als Beiträge zum Wohl aller: « Rico não opprimas o pobre! Pobre não odeis o rico! Irmãos! amae-vos, concorrei ambos para a felicidade commum » (232).

So gerüstet, mußte sich Seabra jedem Ansturm auf die Institution Individualeigentum gewappnet fühlen. Unsicherheit machte sich nichtsdestoweniger allenthalben breit; am augenfälligsten wohl darin, daß alle Anhänger des « Communismo » als « sectarios », « utopistas », und « sophistas » der « subversão completa das actualidades sociaes » angeklagt wurden (233). Verleumdung bei Seabra wie Diskussionsverweigerung bei Belime (234) deuten auf Argumen-

(226) SEABRA, *ibid.*, p. 321.

(227) SEABRA, *ibid.*, p. 287.

(228) SEABRA, *ibid.*, p. 82.

(229) SEABRA, *ibid.*, p. 79.

(230) SEABRA, *ibid.*, p. 77-78.

(231) SEABRA, *ibid.*, p. 90.

(232) (ANONYM), *Educação Popular*, in *Revista Popular*, 1848, p. 98-99.

(233) SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 40, 43, 44, 45.

(234) BELIME, *Philosophie du Droit* (N. 27), p. 536.

tationsschwächen gegenüber denjenigen, die persönliches Eigentum schlechthin in Frage zu stellen wagten. Für Seabra gingen die « communistas », personifiziert durch Proudhon, von einem egalitären Gesellschaftsbegriff aus und gäben vor, hierüber die unbestreitbare soziale Problematik zu lösen ⁽²³⁵⁾. Daß Proudhons Angriff im Grunde nur dem Individualeigentum, mithin nicht der Institution als solcher galt, war Seabra durchaus bewußt ⁽²³⁶⁾. Demnach war letzterdings Modalität, also Partizipation strittig. Über Teilhabe war aber kein Kompromiß zu erzielen. Sie hätte gesellschaftlich Umbruch bedeutet, zumindest nach zeitgenössischem Urteil des portugiesischen Sozialisten Casal Ribeiro Proletariat verhindert ⁽²³⁷⁾. Portugiesische Politökonomie als Hegernationalen Reichtums ⁽²³⁸⁾ und insoweit Ziehvater bürgerlicher Gesetzgebungswissenschaft ⁽²³⁹⁾ wies auf die Inkompatibilität von kommunistisch-sozialistischen Prinzipien und den Grundannahmen ihrer Wissenschaft hin - « Os principios dos socialistas e communistas estão em diametral opposição com alguns dos mais fundamentaes da economia politica; a qual ensina que a liberdade e a propriedade individual são as primeiras condições do emprego activo e diligente do trabalho » ⁽²⁴⁰⁾. Da, wo die « Anatomie der bürgerlichen Gesellschaft » ⁽²⁴¹⁾ zu suchen ist, war Seabra die Entscheidung in aller Deutlichkeit vorgezeichnet worden.

⁽²³⁵⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 40-41; zur Verfemung Proudhons in Portugal cf. SÁ, *Liberalismo* (N. 105), p. 253.

⁽²³⁶⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 58.

⁽²³⁷⁾ J. M. DO CASAL, *Hoje não é Hontem*, Lisboa, 1848, p. 24; cf. hierzu auch SÁ, *Liberalismo* (N. 105), p. 245.

⁽²³⁸⁾ MARECA, *Economia Politica* (N. 112), p. 2-3: « ... Economia Politica, que é a sciencia das riquezas sociaes. As riquezas sociaes anda essencialmente annexa a idéa de propriedade; porque não existirião se a posse esclusiva d'ellas não estivesse afañçada ao que as grangeou ou por trabalho proprio, ou por titulo de compra, ou por qualquer outro respeitado pelas leis da sociedade ».

⁽²³⁹⁾ « A Economia Politica he huma parte da sciencia requerida no Legislador, a fim de a conduzir a estabelecer as Leis Civis de maneira, que dellas venha o augmento da Riqueza Nacional » (Vicente José FERREIRA DA COSTA, *Que He o Codigo Civil?*, Lisboa, 1822, p. 150).

⁽²⁴⁰⁾ FORJAZ, *Economia Politica* (N. 176), p. 258.

⁽²⁴¹⁾ Cf. zu politischer Ökonomie als Anatomie bürgerlicher Gesellschaft MARX, *Zur Kritik der Politischen Ökonomie* (1859), in Karl MARX - Friedrich EN-

Allgemein gesprochen rufen nun einmal Strategien, die auf soziale Pression abzielen, Résistance-Ideologien als legitimierende Zeichen tatsächlichen Widerstandes hervor ⁽²⁴²⁾. Erinnerung sei an die Unruhen in Stadt und Land ab 1846; das Eindringen dessen, was man nach deutschem Sprachgebrauch als Frühsozialismus zu bezeichnen pflegt und was für Portugal namentlich von Sá, neuerdings von França untersucht wurde ⁽²⁴³⁾. Entgegen aller Beteuerung ⁽²⁴⁴⁾ stand Seabra somit im Zugzwang; stellt seine Auseinandersetzung mit dem « Communismo » keine bloße Ergänzung dar. Er hatte sich den « Theoretikern des Proletariats » (M. Hahn) ⁽²⁴⁵⁾ zuzuwenden, weil Bourgeoisie und Lohnarbeit auseinanderfielen. Indem sich Seabra ausländischer « kommunistischer » Ideologie erwehrte, verortete er heimisches soziales Gefälle. Die « décalage stratégique » (Charnay) ⁽²⁴⁶⁾ des eigentlichen Gegners darf nicht ablenken; er war gemeint, als Seabra vorschlug, portugiesisches Recht zu remodelieren.

Zudem sei, wie soeben angedeutet, nicht vergessen, daß auch Portugal ausgangs der vierziger Jahre eine Reihe derartiger Publikationen zu verzeichnen hatte. Übergangen sei die Auseinandersetzung von Pinheiro Ferreira mit Saint-Simon, Fourier und Owen (1840) ⁽²⁴⁷⁾; gedacht ist an die Broschüre « O que é comunismo? Não é partilha » von João Maria Nogueira (1846) und « Bem depressa o Socialismo » von Marcelino de Matos (1848) sowie entsprechende Texte seiner juristischen Kommilitonen Casal Ribeiro und Vieira ⁽²⁴⁸⁾. Reaktion ließ auch nicht auf sich war-

GELS, *Werke*, XIII, Berlin, 1964, p. 8; zur politischen Ökonomie als Theorie bürgerlicher Zivilisation um die Jahrhundertmitte cf. GODINHO, *Sociedade* (N. 107), p. 281-287.

⁽²⁴²⁾ Cf. CHARNAY, *Stratégie* (N. 83), 182.

⁽²⁴³⁾ SÁ, *Liberalismo* (N. 105); FRANÇA, *Romantismo* (N. 79), p. 363 ss.

⁽²⁴⁴⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 41.

⁽²⁴⁵⁾ Manfred HAHN, *Der sogenannte Frühsozialismus als Forschungsproblem*, in *Das Argument* 14 (1974), 643, 639 (Lorenz von Stein zu Ausbildung von Proletariat und Frühsozialismus).

⁽²⁴⁶⁾ CHARNAY, *Stratégie* (N. 83), p. 153, 192-193.

⁽²⁴⁷⁾ Cf. Maria Beatriz NIZZA DA SILVA, *Silvestre Pinheiro Ferreira: Ideologia e Teoria*, Lisboa, 1975, p. 243 ss.

⁽²⁴⁸⁾ Nachweise bei SÁ, *Liberalismo* (N. 105), p. 244.

ten. Genannt sei der Vortrag « O Communismo » vor der Universität Coimbra von A. de Azevedo, « no qual se expõe e combate essa doutrina », wie die « Revista Popular » von 1849 resümierte; und die Übersetzung « Um Chinez em Paris Buscando o Communismo » von Victor Hennequin aus demselben Jahr ⁽²⁴⁹⁾. Vor diesem Hintergrund einer « propaganda das ideias exageradas », für deren Abwehr die Königin dem gesamten Parlament Ende 1848 dankte ⁽²⁵⁰⁾, diskutierte Seabra « kommunistische » Einwände gegen privates Eigentum. Kurzum, die intellektuelle Elite im damaligen Portugal wußte, wer und was angepeilt war.

Der Bedrohung bürgerlicher Plausibilitätsstruktur (P. L. Berger) ⁽²⁵¹⁾ begegnete Seabra vorweg dadurch, daß er den « communistas » ein intellektuelles Instrumentarium bestritt, dessen er sich selbst bedient hatte. Ihnen verwehrte er den Rückzug auf konträren Schöpferwillen (p. 41), obgleich sein Rekurs auf ein irrales Individuum dem nicht nach stand. Aber anstatt sich damit ad absurdum zu führen, explizierte er eigene Taktik. Einmal diese Schwäche durchschaut, argumentierte er von nun ab pragmatisch. Unrealistisch sei es doch, zu erwarten, daß säe, wer der Ernte nicht sicher sei (p. 42); derjenige sich mühe, den eine gleiche Portion im Phalansterium Fouriers erwarte (p. 52). Gemeines Volk werde nur von materiellen Interessen bewegt - « As almas vulgares não conhecem senão o mobil do interesse bem material » (p. 53). Der Rückfall in den Urzustand sei glücklicherweise Illusion; vielmehr gebiete Fortschritt Individualeigentum (p. 42-43, 52). Göttliche Gerechtigkeit anflehen, bedeute Weltflucht; und gar Reichtum der Ungerechtigkeit verdächtigen, die freie Entfaltung sträflich behindern (p. 46-47). Gerechte Verteilung des Eigentums, absolut genommen, sei Utopie. Man schlänge einen gefährlichen Weg ein, wollte man diesem Phantom nachjagen (p. 58-61). Damit waren die Einwände als skurril abgewertet und als Sicherheitsrisiko diffamiert. Reybaud — Seabras Quelle für Sozialismus und Kommunismus —

⁽²⁴⁹⁾ Cf. die Anzeigen in *Revista Popular*, 1849, p. 152.

⁽²⁵⁰⁾ Cf. COLEN, *Duas Revoluções* (N. 114), p. 292.

⁽²⁵¹⁾ Peter L. BERGER, *Zur Dialektik von Religion und Gesellschaft. Elemente einer soziologischen Theorie* (Original: *The Sacred Canopy. Elements of a Sociological Theory of Religion*, New York, 1967), Frankfurt am Main 1973, p. 44 ss., 46-47 (Legitimation aufgrund gefährdeter Plausibilitätsstruktur).

hatte mithin nicht vergeblich nahegelegt, diesen Phantasten ein « système réel » entgegenzusetzen ⁽²⁵²⁾. Um den « falsos Messias » ⁽²⁵³⁾ mit geschärftem Wirklichkeitssinn beizukommen, berief er sich auf die Leitlinien einer Gesellschaftsformation in der Formulierung der politischen Ökonomie: Positivismus, Pragmatismus, Reichtum und dies bei Menschenverachtung trotz gegenteiliger Beteuerung und nackter Revolutionsangst ⁽²⁵⁴⁾.

Eine zweite Gruppe von Gegeneinwänden zeichnet sich dadurch aus, daß Seabra unterstellte, was zu beweisen war: Ungleichheit auf persönliches Eigentum zurückführen vermische Rechts- und Tatsachensphäre, erstere sei allerdings essentiell individuell, Eigentumsrecht folglich ebenfalls (p. 44-47). Es ginge weiterhin nicht an, solches im Gemeininteresse zu verbieten - Richtschnur desselben könne nur das Individualitätsprinzip sein (p. 48). Ausbeutung des Menschen durch den Menschen zu vindizieren verbiete sich angesichts freier Vereinbarung (p. 54-56). Recht dürfe nicht für seinen Mißbrauch verantwortlich gemacht werden - rechtlich gesehen sei aber (privates) Eigentum aus der Natur des Menschen legitimiert (p. 57).

Logische Kapriolen unterstreichen das gesellschaftspolitische Konzept in seinem aprioristischen Ansatz wie dessen Ausnahme die Regel zu desavouieren vermag. Denn Seabra unterlief das Dogma vom Exklusivrecht des Eigentümers mit einer Begründung, die am Ende auch das Individualeigentum zu legitimieren hatte. Erfinderschutz sollte dort aufhören, wo der « interesse social » anfängt; die Gesellschaft danke ausreichend, wenn sie ein vierzehnjähriges Privileg nach englischem Muster einräume ⁽²⁵⁵⁾. Jede gegenteilige Entscheidung wirke sich zwangsläufig entwickelungshemmend aus - « os progressos da civilização seriam inde-

⁽²⁵²⁾ Louis REYBAUD, *Études sur les réformateurs contemporains ou socialistes modernes Saint-Simon, Charles Fourier, Robert Owen* (1840), Paris², 1841, p. 323, ähnlich X-XI.

⁽²⁵³⁾ Cf. den Politökonomem Adrião PEREIRA DE SAMPAIO FORJAZ, *Associações de Beneficiencia e Instrução em Coimbra*, in *O Instituto* I (1855), 23.

⁽²⁵⁴⁾ Dieser Charakterisierung lag zugrunde: MARRECA, *Economia Política* (N. 112), p. 85-87.

⁽²⁵⁵⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 180-183; Privilegierung aufgrund Art. 145 § 24 der Verfassung von 1826 und Alvará vom 28.4.1809.

finidamente retardados ». Demzufolge mußte privates Recht Fortschritt weichen. In dieses Bild paßt Drängen auf Neureglung des Urheberrechts vonseiten der politischen Ökonomie ⁽²⁵⁶⁾ und die Forderung der Industrie nach einem Patentamt nebst Sondergericht ⁽²⁵⁷⁾. Die hierbei apostrophierten « progressos e credito da Industria Nacional » denunzieren das gesellschaftliche Interesse als einseitiges. Inwieweit (industrieller) Fortschritt entgegen der Smithschen Voraussage vielleicht doch nicht jedermann gleichmäßig bedenke, hatte selbst Oliveira Marreca ⁽²⁵⁸⁾ zu denken gegeben. Obgleich er dem Lohnarbeiter zum Nutzen aller schlimmstenfalls kurzfristige Arbeitslosigkeit oder Arbeitsplatzwechsel zuzumuten gedachte, wird bürgerliche Fortschrittsideologie bekanntlich in Europa gerade durch Portugal besonders deutlich widerlegt. « O progresso é uma lei da Natureza », mit dieser vorgeblichen Naturgesetzlichkeit suchten Ferrer ⁽²⁵⁹⁾ wie Seabra und andere Sprecher portugiesischer Bourgeoisie dem Volk Portugals vielmehr ihr eigenes Gesetz aufzuzwingen.

Notgedrungen mündet Seabras Legitimation individuellen Eigentums in den sozialen Kontext, aus dem sie hervorging. Die zu Anfang dieses Abschnitts zitierte Rechtfertigung Ferrers, wonach Individualeigentum mit gegenwärtiger Gesellschaft hinreichend begründet sei, traf den Kern der Sache. Genauso stellt sie aber jeden anderen Legitimationsversuch bloß. Dem dominierenden, deshalb nicht etwa satten Bürger sollte hiermit ein Instrument an die Hand gegeben werden, das seine Ideale — auf Kosten des Gegners — zu erfüllen versprach. Befreit von vorkapitalistischen Barrieren, wofür bereits stellvertretend die Reform der Forais und die schrittweise Aufhebung der Körperschaften toter Hand genannt wurden, also begünstigt durch totale Verfügungsfreiheit, sicherte Exklusivität als zweites Charakteristikum den erwirtschafteten Gewinn. Die angeführte Ausweitung des Schutzes auf jegliches Produkt, auch auf geistige Leistungen, rundet kon-

⁽²⁵⁶⁾ MARRECA, *Economia Politica* (N. 112), p. 94.

⁽²⁵⁷⁾ (ANONYM), *Novos Inventos e Sua Introducção*, in *Revista Universal Lisbonense* 9 (1849-1850), 370-371.

⁽²⁵⁸⁾ MARRECA, *Economia Politica* (N. 112), p. 38.

⁽²⁵⁹⁾ FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 16 Note a; SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 172: « A prova está na historia da civilização progressiva do genero humano ».

sequent ab. Wo Freiheit vorzüglich ökonomische ⁽²⁶⁰⁾, Welt « officina da produção » nebst « mercado extensissimo » ⁽²⁶¹⁾, ist sozial-freies Eigentum dem Kapitalbesitzer Basis allen Agierens wie Garantie derart erlangten Profits. In dieser Funktion schottet es proportionale Anteile gegenüber denjenigen ab, denen sie zugestanden hätten.

3. *Rationalisierung von Negation.*

Strategisches Denken impliziert rationales Verhalten: Raison und Negation heben sich in Strategie auf. Angesichts gegnerischer Selbstbehauptung ist eigennütziges Beherrschen des Anderen — einschließlich seiner selbst — in hohem Maß von größtmöglicher Organisation antagonistischer Realität abhängig. Negation, wie sie sich in Individualeigentum als strategischer Praxis ausdrückt, verwirklicht sich erfolgreich im Abbau von Irrationalismen. Für Krisen aufgrund unkalkulierbaren fremden — aber auch eigenen — Verhaltens darf kein Raum sein. Insoweit ist Strategie nach Charnay ⁽²⁶²⁾ wirtschaftlichem Planen vergleichbar. Bei ihr ist folglich eine durchdachte Aufsplitterung der Basisentscheidung Funktion ihres Erfolges; die Suche hiernach Gebot. Seabras Eigentumstheorie als Strategie gelesen läßt deshalb unwillkürlich nach rationaler Umsetzung im Sinne organisierter Negation bis in die Partikel des juristischen Systems Ausschau halten. Ohne solche Strukturierung widerspräche Individualeigentum seiner beanspruchten Bedeutung; erst mit ihr wäre gesellschaftliche Wirklichkeit — freilich einseitig — erhellt und dienstbar gemacht. Die Kohärenz einer Individualeigentum aufruhenden Gesamtrechtsordnung, von Seabra im Gefolge seiner Legiti-

⁽²⁶⁰⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 293: « os outros homens não tem direito a intrometter-se com o nosso modo de obrar... » - was zu lesen ist mit « como a liberdade e a industria são solidarias; como os progressos da primeira se ligão aos da segunda » (Antonio d'OLIVEIRA MARRECA, *Considerações sobre o Curso d'Economia Política*, Publicado em Paris em 1842 pelo Sr. Miguel Chevalier, in *O Panorama* 2 (1843), 134).

⁽²⁶¹⁾ MARRECA, *Economia Política* (N. 112), p. 50.

⁽²⁶²⁾ CHARNAY, *Stratégie* (N. 83), p. 166-167; zur Rationalisierung cf. ausserdem, p. 77, 148, 162, 219.

mationsbemühungen ausgebreitet, entspricht geradewegs deren logistischem Privileg in bürgerlicher Gesellschaft. Adäquate Revision tradierten Rechts war aufgegeben, anderenfalls hätte sich ein gesellschaftliches System in Frage gestellt, welches seine Entscheidungsstruktur im Individualeigentum suchte. Folgerichtig hatte die von der « *Revista Universal Lisbonense* »⁽²⁶³⁾ geforderte « *reforma radical* » des Justizwesens inhaltlich eine totale Neuordnung des materiellen Rechts nach kritischer Prüfung anhand dieses einzig ausschlaggebenden Kriteriums zu begleiten. Und eben daran arbeitete sich Seabra ab - schon 1850, vor der eigentlichen Redaktion des *Código civil*.

3.1. *Kohärenz und Effizienz*. — Hierfür ist an erster Stelle die Umgruppierung des Rechtsstoffs entsprechend den drei Eigentumserwerbsarten Arbeit, Tausch und Schenkung zu nennen. Der Bruch mit der Überlieferung war komplett. Die Anordnung der *Ordenações Filipinas*, bereits den *Ordenações Manoelinas* von 1521 entlehnt, wurde völlig verlassen⁽²⁶⁴⁾. Aus den fünf Büchern betreffend Verwaltung und Jurisdiktion (I), Kirche (II), Prozeß (III), Vertrags- und Testaments- (IV) sowie Strafrecht (V) wurde das Privatrecht extrapoliert und — wie selbst aus diesem unvollendeten Werk ersichtlich — in sich abschließend konzipiert.

Daneben ist selbstredend die Legitimationsleistung zu würdigen, die dieser Ordnung zugrunde liegt. Das gilt insbesondere für die erste Art, Eigentum zu erwerben. Unter Rationalisierungsgesichtspunkten war der Rückgriff auf Arbeit als Titel besonders effizient, da er bislang nicht kommerzialisierbare Leistungen vermarktete. Auf die Protektion intellektueller Arbeit wurde bereits verwiesen. Literarisches Eigentum als Folge war zwar zudem als Fortschrittsstimulans bezeichnet⁽²⁶⁵⁾, hatte aber da-

⁽²⁶³⁾ « *Sustentaremos: ... Que a justiça deve ser facil, simples, barata e comprehensivel, e que neste ponto só uma reforma radical nos póde valer* » (*Revista Universal Lisbonense* 10 (1850-1851), 2).

⁽²⁶⁴⁾ Für Nachweise cf. meinen *Beitrag im Coingschen Handbuch* (N. 61), p. 286, 289.

⁽²⁶⁵⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 166 ss.; zur Belebung der Güterindustrie bei Schutz immaterieller Werte cf. MARRECA, *Economia Política* (N. 112), p. 49.

rüber hinaus bei brasilianischen Raubdrucken ganz handfeste Gründe ⁽²⁶⁶⁾.

Die übrigen, der Okkupation zugeschlagenen Erwerbsarten aus dem übergeordneten ersten Bereich wurden am okkupationsfähigen Gegenstand festgemacht. Arbeit stellt sich dann dar als Jagd und Fischfang, Fruchtziehung an herrenlosen oder in Gemeinbesitz befindlichen Sachen, endlich Fund ⁽²⁶⁷⁾. Abgesehen von der eher übersichtlichen als einfallsreichen Gliederung beläuft sich hier Rationalisierung erstens auf Festschreibung liberaler Erwerbschaften wie der Abschaffung von Jagdprivilegien des Ancien Régime (Coutadas) ⁽²⁶⁸⁾ und jeglicher Vorrechte an Quellen und Flußläufen durch Dekret vom 13. August 1832 ⁽²⁶⁹⁾; werden zum zweiten Gemeindeweiden (Baldios) eigentlich systemwidrig bestätigt, allerdings ihre Verpachtung ebenfalls gebilligt ⁽²⁷⁰⁾; heißt rationalisieren mittelbar die antiliberalen Privilegienpraxis des Dekrets vom 25. November 1836 angesichts eines stagnierenden, weil von Auslandskonkurrenz bedrohten Bergbaus bekämpfen ⁽²⁷¹⁾; und außerdem inhaltlich den Grundsatz von der Freiheit der Meere als Basis des Überseehandels erneuern ⁽²⁷²⁾. Generell ist Rationalisierung deswegen gleichbedeutend mit Fixierung von wirtschaftsliberalen Grundsätzen, die sowohl dem Individualeigentumsbegriff als auch seiner Spezifizierung etwa in der Nichtokkupationsfähigkeit von Flüssen eignen. Dieses Beispiel im Verein mit binnenmarktförderndem Ausbau des Verkehrsnetzes

⁽²⁶⁶⁾ Cf. etwa (ANONYM), *Propriedade Litteraria*, in *Revista Universal Lisbonense* 7 (1847-1848), 18-19; (ANONYM), *A Propriedade Litteraria e a Contrafacção*, *ibid.*, p. 469-472 und 553-554; L. A. REBELLO DA SILVA, *A Propriedade Litteraria*, in *A Epoca* 2 (1849), 89-92 und 102-105; Alexandre HERCULANO, *Da Propriedade Litteraria e da Recente Convenção com França* (1851-1872), in HERCULANO, *Opúsculos*, II², Lisboa, s.a., p. 57-148.

⁽²⁶⁷⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 135-160.

⁽²⁶⁸⁾ Erst abgeschafft mit Decreto-Lei n. 407-C 75 vom 3.7.1975.

⁽²⁶⁹⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 148, 159-160.

⁽²⁷⁰⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 149-150.

⁽²⁷¹⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 150-153; zur Situation cf. die Zahlen bei Claudio Adriano DA COSTA, *Minas*, in *Revista Universal Lisbonense* 9 (1849-1850), 562-563.

⁽²⁷²⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 156-158.

— einem der obersten Ziele bürgerlicher « Regeneração » ⁽²⁷³⁾ — deutet vorzüglich auf Zusammenhänge, die im Tausch- oder Vertragsrecht durch Abstraktion noch sinnfälliger werden.

Für Seabra war alles Vertragsrecht Tausch — « Assim toda a especie de contracto, pelo qual adquirimos um producto, uma propriedade em troco de outra, é uma verdadeira permutação ». Juristische Differenzierungen hinsichtlich des Tauschobjekts oder -effekts dürfen hierüber nicht täuschen. Damit gelang ihm, neugierendes Individualeigentum mit unterschiedlichsten Vertragsarten in Beziehung zu setzen. Bindeglied einer Skala, die vom Tausch im engeren Sinn über beispielsweise Emphyteuse und Kauf bis hin zur Personengesellschaft und zum Arbeitsvertrag reichte, ist Arbeitsteilung. Im Dreieck Privateigentum, Tausch und Arbeitsteilung wäre keines ersetzbar: alle trieben im Wechselbezug « civilisação » voran. Sowohl die Vielfalt der Vertragsarten als auch ihre Reduktion auf Tausch — und, wie man noch sehen wird, das Konsensprinzip — stehen nach Seabra unter dem Vorzeichen deskriptiver Rechtswissenschaft und garantierender Zivilgesetzgebung. Was auf den ersten Blick etwa im Verhältnis zu römischen Nominat- und Innominatkontrakten als Affront auftrete, sei tatsächlich unaufschiebbare gesellschaftskonforme Adaptation. Deren Obersätze hätten aber zu lauten: Transaktionen ermöglichen (proteger a liberdade das transacções), Beweisführung derselben erleichtern (facilitando a sua prova) und ihre Ausführung sichern (e assegurando a sua execução) ⁽²⁷⁴⁾.

Dadurch wird noch im Akt der Rationalisierung von Negation Negation transparent. Vorgebliche Orientierung am Gesellschaftswohl degeneriert zu Ausrichtung an Parteiinteressen; und angeblich deskriptive Jurisprudenz normiert einseitig - übrigens unter Zuhilfenahme der « liberdade natural do homem ». Es wurde zur allverbindlichen Richtschnur erhoben, was einzig potentiellen Tauschpartnern nützen konnte und politische Ökonomie zulasten

⁽²⁷³⁾ Statt vieler Belege wiederum ein Zitat aus dem Forderungskatalog der *Revista Universal Lisbonense* (10 (1850-1851) 2): « Sustentaremos: ... Que a Agricultura, a Industria fabril, e o Commercio reclamam com urgente necessidade... Communicações terrestres e fluviaes ».

⁽²⁷⁴⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 196-200.

aller vorformuliert hatte: « Man might be defined = An animal that makes exchanges » ⁽²⁷⁵⁾. Im Epigraph der « *Economia Politica* » von Ferreira Borges enthüllt sich Zivilisation als Tauschgesellschaft. Propagierter Fortschritt, der über Tausch Privateigentum voraussetzt, ist aus seiner Bedingung zu interpretieren. Hier wurde juristisch in die Zukunft projiziert, was sich bürgerliche Gesellschaft idealiter erhoffte. Arbeitsteilung als Legitimationsbasis für ein durchorganisiertes Vertragsrecht auf der Grundlage zirkulierenden Exklusiveigentums bezeugt ein weiteres Mal Interessenidentität portugiesischer Nationalökonomie ⁽²⁷⁶⁾ und Rechtswissenschaft ⁽²⁷⁷⁾. Was erstere eindringlich empfahl, suchte letztere vorzuschreiben. Beider Anstrengungen aber fügen sich ein in die allgemeine Entwicklung Portugals auf dem Weg zum Kapitalismus.

Schon zu Zeiten der zweiten Regierung Costa Cabrals setzte eine Bewegung ein, die nach seinem Sturz durch den Staatsstreich vom April 1851 voll in Erscheinung treten sollte. Wirtschaftlich bahnte sich in den mit « Vor-Regeneração » zu bezeichnenden vorausgehenden zwei Jahren eine Entwicklung an, aus der die anschließenden fünfzehn nur die Schlüsse zogen. Alle Charakteristika waren entweder bereits angelegt oder standen als Pendant nur noch aus. Klassisches Beispiel ist die bereits jetzt von der Cabral-Administration oder etwa der « Liga Promotora dos Interesses Materiais do Pais » ins Auge gefaßte Wirtschaftsankurbelung auf der einen und die 1849-1850 von den gleichen Kreisen geforderte, in den fünfziger Jahre erreichte Entideologisierung des bürgerlichen Lagers auf der anderen Seite. Für diese These steht, wie erwähnt, Seabra, der unter Costa Cabral nicht zuletzt dank

⁽²⁷⁵⁾ José FERREIRA BORGES, *Instituições de Economia Política*, Lisboa, 1834 (Titelblatt) - nach Richard WHATELY, *Introductory lectures on political economy*, London, 1831, Lecture 1, p. 6.

⁽²⁷⁶⁾ « Resumindo-nos pois disemos que a divisão do trabalho tem uma influencia admiravel na industria e prosperidade das naçoens... » (MARRECA, *Economia Politica* (N. 112), p. 46-47).

⁽²⁷⁷⁾ Cf. auch die Begründung eines Silva Ferrão für die Lei de Foraes von 1846: nichts dürfe außerhalb des Warenverkehrs stehen, jede Behinderung desselben sei zu beseitigen (*Repertorio* I (N. 51), p. XXXI-XXXIII).

seiner Eigentumsstudie mit der Kodifizierung beauftragt gegen Ende der « Regeneração » portugiesischem Bürgertum seinen Verhaltenskodex geben sollte. Bedroht, weil entzweit, zumindest aber behindert, suchte Bourgeoisie in diesen wenigen Jahren Wege, die dem sich abzeichnenden in- und ausländischen ökonomischen Bruch mit seinen sozialen Auswirkungen Rechnung zu tragen suchte. In Ergänzung neuerer Untersuchungen über die « Regeneração » sei diese Vorphase besonders herausgestrichen, weil immer noch politische Geschichte die zugrundeliegenden Prozesse zu verdecken droht ⁽²⁷⁸⁾.

António Bernardo da Costa Cabral, Conde de Thomar, verband seine Rückkehr zur Macht mit einem Programm, das einen Gutteil von Forderungen vorausnahm, unter denen die « Regeneração » später antrat. Konstitutionelle Freiheit, Gerechtigkeit, Legalität und Ökonomie als Leitmotive seiner Regierungserklärung vom 17. Juni 1849 vermochten bürgerliche Opposition ob der Phrasenhaftigkeit noch nicht zu befriedigen. Jedoch bereits 1850 konnte er dem Parlament eine Fülle von Maßnahmen und Initiativen vorweisen, die seine Kritiker eigentlich hätte zum Schweigen bringen müssen. Von einer Neuorganisation des Wohltätigkeitswesens über eine Reform lokaler Administration, Sicherstellung öffentlicher Ordnung, Reorganisation von Schule und Universität bis hin zur Belebung der Industrie und Landwirtschaft durch Straßenbau- und Kanalisierungsprojekte waren alle Anregungen aufgenommen ⁽²⁷⁹⁾, die etwa die bürgerliche Presse für ihr nahestehende Gruppen immer massierter proklamierte. Ein Blatt wie « O Industriador - Jornal Prático de Sciencia e Industria » ⁽²⁸⁰⁾ oder der Grundsatzkatalog der « Revista Universal Lisbonense » ⁽²⁸¹⁾ vom selben Jahr oder — um beliebig abzubre-

⁽²⁷⁸⁾ Cf. zur « Regeneração »: Joel SERRÃO (ed.), *Dicionário de História de Portugal*, III, p. 553-558 (mit weiteren Hinweisen); neuerdings und besonders wichtig: CABRAL, *Capitalismo* (N. 13), 161-243.

⁽²⁷⁹⁾ Cf. zu diesen Anstrengungen Costa Cabrals die Ausführungen bei COLEN, *Duas Revoluções* (N. 114), I, 424-427, II, 270-274.

⁽²⁸⁰⁾ Cf. die Inhaltsangabe der ersten beiden Nummern in *Revista Popular*, 1849, 218.

⁽²⁸¹⁾ Cf. *Revista Universal Lisbonense* 10 (1850-1851), 1-2.

chen — der öfters zitierte Aufsatz « Dos Interesses Materiaes em Portugal » von A. Ribeiro Costa in « A Esmeralda » ⁽²⁸²⁾ lesen sich hierzu wie ein Kommentar.

Auf derselben Linie lagen mehr oder weniger offen opponierende Zirkel. Die 1849 wiederauflebende « Liga dos Interesses Materiaes do Reino », der Minister, Abgeordnete, Pares und das Besitzbürgertum angehörten, hatte in ihrer kurzlebigen Geschichte Fragen des Kreditwesens, der Ausbildung, der Kommunikation wie der Exportation von Wein und Getreide zu den ihrigen gemacht. Einzig, weil die hier tonangebenden Vertreter der Lissaboner und Portuenser Industrie, Kaufleute, Juristen, Militärs und (Grund-)Eigentümer (proprietarios) aus der Sicht Costa Cabrals die « Liga » zum Staat im Staate auszubauen drohten, kam es zum Verbot ⁽²⁸³⁾. Auch der 1850 gegründete « Partido Nacional » verschrieb sich einem Programm, das tendentiell mit den bisher genannten Stichpunkten übereinstimmt. Dieser Zusammenschluß von Industriellen, inlandsabhängigen Agrariern, freiberuflich Tätigen und hohen Militärs rekrutierte sich damit in seinen Führungspositionen aus Setembristen von 1836, die 1846-1847 im bewaffneten Konflikt der « Patuleia » mit der Oligarchie des « liberalismo mercantil » von sich hatten Reden machen. Den Männern der ehemaligen Junta do Porto — der Seabra an hervorragender Stelle angehört hatte ⁽²⁸⁴⁾ und die jetzt 1850 konspirativ von Avila, dem Förderer Seabras, unterstützt wurde — ging es mit analogen

⁽²⁸²⁾ *A Esmeralda* 1 (1850), 25-26, 33-35, 42-44, 49-50, 57-58, 73-75, 81-82, 105-108, 153-154, 185-186.

⁽²⁸³⁾ Cf. das Protestschreiben der « Liga » vom 27.3.1849, in *A Epoca* 2 (1849), 218-220; zur Zusammensetzung und den Gründen für Schließung cf. COLEN, *Duas Revoluções*, I (N. 114), p. 368-371.

⁽²⁸⁴⁾ Cf. FERREIRA, *Seabra* (N. 25), p. 13; die Amnestie vom 13.5.1847 für die Junta-Mitglieder, unterzeichnet vonseiten der Junta durch Seabra, bei Antonio TEIXEIRA DE MACEDO, *Traços de Historia Contemporanea. 1846-1847. Em Presença d'alguns Apontamentos dos Irmãos Passos (Marcel e José) e de Varios Documentos Officiaes*, Porto, 1880, p. 381 und 385; weiterhin spricht für Seabras Engagement die von ihm zwischen dem 8.6.1846 und 21.6.1847 herausgegebene Zeitschrift « A Estrela do Norte », die als typisches Organ der « Patuleia » gilt (cf. José TENGARRINHA, *La presse illégale portugaise pendant la guerre civile de 1846-1847*, in *Bulletin des études portugaise* 27 (1966), 149).

Vorschlägen zuallerst um ein Portugal prosperierender Landwirtschaft und Industrie ⁽²⁸⁵⁾.

In Bezug auf das Seabrasche Vertragsrecht interessiert an erster Stelle, daß grundsätzlich von allen ein expandierender portugiesischer Markt obenan gesetzt wurde. Intern sollte freie Konkurrenz herrschen, nach außen war — zumindest nach Ansicht der « *Revista Universal Lisbonense* » — vornehmlich die schwache heimische Industrie zu schützen. Gegen Preisverfall aufgrund landwirtschaftlicher Überproduktion wußte man Abhilfe: die Erschließung neuer Märkte, namentlich des eigenen - « *N'este estado de crise, qual é o dever do governo social? - Será animar o desenvolvimento da industria fabril, abrir novos mercados á agricultura, promover as instituições de credito, dar impulso à criação das granjos-modelos, e á construcção das vias de communicacão? - E; de certo que é* » ⁽²⁸⁶⁾. Das Absinken des Preises für eine « *Pipa* » Wein aus dem Ribatejo auf unter ein Drittel hatte zu Einsichten verholfen, die formelhaft auf Prosperität gleich totale Zirkulation gebracht wurden ⁽²⁸⁷⁾. Die Voraussage eines Oliveira Marreca aus dem Jahr 1843 war eingetreten. Danach müsse Portugals Agrikultur sich auf den nationalen Markt konzentrieren, wolle es die zu erwartenden Überschüsse absetzen; nur so könne sein Land sich von England emanzipieren ⁽²⁸⁸⁾. Und bei Erscheinen der Seabraschen Schrift über tauschbares Individualeigentum schärfte S. J. Ribeiro de Sá seitens der Industrie nochmals ein: keine Exportation vermöge den portugiesischen Markt zu ersetzen; inländische Industrie müsse wachsen, um die Werte zu schaffen, die gegen preisdrückendes landwirtschaftliches Überangebot eingetauscht werden könnten ⁽²⁸⁹⁾. Ein verkehrsgerechtes Vertragsrecht war

⁽²⁸⁵⁾ Zum « *Partido Nacional* » cf. COLEN, *Duas Revoluções* (N. 114), p. 133-136, 150-151; zur Charakterisierung des Konflikts von 1846 cf. CABRAL, *Capitalismo* (N. 13), p. 148.

⁽²⁸⁶⁾ Joaquim Thomaz LOBO D'AVILLA, *Do Preço do Meio para a Remissão dos Foros da Corôa e Fazenda*, in *Revista Universal Lisbonense* 8 (1848-1849), 242; ähnlich später unter *Algumas Ponderações sobre a Estagnação dos Nossos Productos Agricolas*, in *Revista Universal Lisbonense* 8 (1848-1849).

⁽²⁸⁷⁾ Cf. M., *Bancos Agricolas e Credito Territorial*, in *O Instituto* 1 (1853), 83.

⁽²⁸⁸⁾ MARRECA, *Considerações* (N. 260), p. 236, 258.

⁽²⁸⁹⁾ Cf. so ausdrücklich S. J. RIBEIRO DE SÁ, *A Questão Industrial*, in *Revista Universal Lisbonense* 9 (1849-1850), 431-432.

deshalb ebenso vonnöten wie ein gutes Verkehrsnetz zum Warentransport.

Von diesem neuen Vertragsrecht entwickelte Seabra nur den allgemeinen Teil, sei es in ausführlicher Kritik an römischem, französischem und hergebrachtem portugiesischen Recht (p. 210-274), sei es in knapper Präsentation der Grundsätze einer weitergehenden Ausarbeitung (p. 276-282). So hätte die Überprüfung tradierten Rechts ergeben, daß Kontrakte dem Konsensprinzip unterständen. Sie setzten demnach Vertragsfähigkeit, Wissen um den Vertragsschluß, Willen des Vertrages und selbstredend Verfügungsbefugnis voraus. Jeglicher Versuch, dieses Prinzip zeitgemäß zu redigieren, hätte sich folgenden Richtlinien zu unterwerfen: Verzicht auf Totalregelung, Abkehr von überholten Subtilitäten der Doktrin und materiell Orientierung an der Natur der Sache (*natureza das coisas*). Mit letzterem war eine Absage an überhöhte Anforderungen des Naturrechts gemeint. Obligationenrecht hätte sich vielmehr an den Fakten auszurichten, kurz: « *vida social* » müsse Richtschnur sein. Voraussetzung und Folge seien rückzukoppeln. Freie Ausübung von Eigentum durch Vertrag als Basis gesellschaftlichen Zusammenlebens steuere sich selbst. Das hieß nichts anderes, als auf Vertrauen und Rechtssicherheit, Grundlagen freien Kommerz', abstellen und im Beispielfall unter Rekurs auf *Ordenações Affonsina* 4.22 aus dem 15. Jahrhundert den sich irrenden Viehkäufer am Vertrag festhalten⁽²⁹⁰⁾. Weil politökonomisch jeder zustandegekommene oder aufrechterhaltene Vertrag Warenlauf, folglich Gewinn bedeutete⁽²⁹¹⁾, sah sich extrem weite Auslegung des Vertrauensgrundsatzes gerechtfertigt.

Aus dieser Prämisse wurden auch das Konsensprinzip selbst und Vertragsbindung schlechthin erklärt, so daß Rationalisierung Negation wahrlich bis in die letzte Verzweigung aufweist. Im Unterschied zu materialistischem römischem Recht, das beispielsweise Übergabe (*traditio*) zur Bedigung erhoben habe, reiche heutzutage Übereinstimmung der Partner aus. « *Civilização* » habe einen solchen Standpunkt überwunden, diese wie andere Institu-

⁽²⁹⁰⁾ Cf. SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 275-279.

⁽²⁹¹⁾ BORGES, *Economia Política* (N. 112), § 541 ss.

tionen « spiritualisiert ». Stände aber der gegenseitige Wille der Kontrahenten im Mittelpunkt, übernahmen äußere Akte Garantiefunktionen. Der Vorteil hiervon sei ein doppelter: einmal schütze das Konsensprinzip vor juristischen Spitzfindigkeiten, zum anderen manifestierten die unerläßlichen Formalitäten den Willen der Vertragspartner - beides zum Nutzen von Rechtssicherheit, im « interesse da ordem publica » ⁽²⁹²⁾. Auch hier war Seabra nicht etwa blind für das, was er « força maior » oder « necessidade absoluta » bezeichnete und tatsächliche soziale Ungleichheit meinte. Nur ließ er sich davon nicht beirren. Er hielt wider besseres Wissen gerade um Machtdivergenzen beim Abschluß von Arbeitsverträgen prinzipiell an der Vermutung fest, Partner kontrahierten frei. Zum Ausgleich stände — neben den klassischen Mitteln wie der Anfechtung — staatliche Armenfürsorge parat ⁽²⁹³⁾. Dadurch kompromittierte er indessen den Versuch, Vertragsbindung durch Konsens aus der Immaterialität des Rechts herzuleiten. Hiermit fiel er ungewollt auf Belime zurück, der Obligation auf wirtschaftlich unumgängliche Kalkulierbarkeit von Drittverhalten zurückführte ⁽²⁹⁴⁾. Noch deutlicher wird der einseitig aprioristische Ansatz im Zirkelschluß Ferrers: Gesellschaft als einem « commercio de officios » beruhe auf bindenden Verträgen, weshalb vertragliche Absprachen verpflichteten ⁽²⁹⁵⁾.

Axiomatisch verwandt, wirkten sich derartige vertragstheoretische Grundentscheidungen auf die Prüfung überkommenen Rechts aus. Fortan sollte gelten, was diesem Leitbild standhielt. So würde bekanntlich nicht erst die Übergabe (traditio) dem Erwerber das Eigentum verschaffen, sondern bereits der zugrundeliegende Vertrag - was sich in Art. 715 und 1549 des Código civil niederschlug; dahinter stand die Hoffnung, Kaufverträge in Zukunft risikolos abzuwickeln ⁽²⁹⁶⁾. Im allgemeinen sei auf öffent-

⁽²⁹²⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 202-203, ähnlich anhand des *Code civil français*, p. 231.

⁽²⁹³⁾ Cf. SEABRA, *ibid.*, p. 103 und 131-134, 298.

⁽²⁹⁴⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 204-209, unter Verweis auf BELIME, *Philosophie du droit* (N. 27), II, p. 427.

⁽²⁹⁵⁾ FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 159.

⁽²⁹⁶⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 201, 208; zur Motivation cf. Guilherme BRAGA DA CRUZ, *A Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e*

liche Schriftform als Vertragserfordernis zu verzichten; es empfehle sich, zur liberaleren Lösung Mousinhos zurückzukehren; die zwischenzeitlich in der Reforma Judiciaria von 1842 statuierten Erschwernisse des Urkundenbeweises stellten eine übertriebene Einmischung des Staates dar und behinderten Vertragsabschlüsse⁽²⁹⁷⁾. Im ersten wie im zweiten Fall handelt es sich also um klassische Belege für die von André-Jean Arnaud⁽²⁹⁸⁾ erst unlängst wieder betonte reale Signifikanz progressiver Preisgabe juristischen Formalismus zulasten um sich greifenden Konsensualismus. Und ging es beide Male noch darum, im Verhältnis zum Willenskonsens sekundäre Konditionen aus wirtschaftlichen Erwägungen zurückzuschrauben, so berührt die Entscheidung zuungunsten von « laesio enormis » und « actio redhibitoria » aus den gleichen Motiven gar die materielle Vertragsgestaltung. Ersatzweise schlug Seabra vor, diese rechtlich und tatsächlich komplizierten Verfahren durch einen verkehrsgerechteren Garantievertrag zu ersetzen⁽²⁹⁹⁾. Kaufverträge könnten künftig nicht deswegen aufgelöst werden, weil der Preis geringer ist als die Hälfte des Werts der Kaufsache (laesio enormis). Dementsprechend wurde durch Art. 1582 Código civil die Vorschrift von Ordenações Filipinas 4.13.1 und 10 geändert. Ausgewogenheit der Vertragspflichten müsse Rechtssicherheit weichen. Zudem: der Preis werde vom Markt reguliert, der Vertrag bleibe hiervon unberührt⁽³⁰⁰⁾. Im übrigen ließe sich die Wandlungsklage auf Rückerstattung des Kaufpreises (actio redhibitoria) einfacher bewerkstelligen; dem Geschädigten sei eine derartig unübersichtliche Prozedur nicht zuzumuten⁽³⁰¹⁾. Schließlich war an eine Welt gedacht, in der Gleichberechtigte, weil gleich gebildete und gleich Mächtige, aufeinander treffen. Irrtumsvermutungen müßten entfallen, der Vertragspartner hätte sich

Brasileiro, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 50 (1955), 61; ebenso: FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 33, Note a p. 162.

⁽²⁹⁷⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 269-272.

⁽²⁹⁸⁾ André-Jean ARNAUD, *La Justice*, Paris, 1977, p. 133-135.

⁽²⁹⁹⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 279-281; ähnlich: für eine Neuregelung der Auswirkungen von Zwang - ohne römischrechtliche Sophismen (p. 281, 229).

⁽³⁰⁰⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 201, 260-264, 267 Note p. 6, 280 - unter Verweis auf *den Código Wisigothico* und BELIME, *Philosophie du Droit* (N. 27), II, p. 516-520.

⁽³⁰¹⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 264-269, 279-280.

zu informieren - Gesellschaft dürfe Nachlässigkeit nicht favorisieren, da diese « boa paz e ordem publica » schädige ⁽³⁰²⁾. Verträge dienten dem Erwerb; dieser sei zu fördern, statt durch « causas insignificantes » aufs Spiel gesetzt zu werden ⁽³⁰³⁾.

Rationalisierung in den bisher aufgespurten Grundzügen setzt sich im Recht der Schenkung (doação) fort: Vereinfachung geht einher mit materieller Fortschreibung eigentums- und vertragsrechtlicher Prinzipien. Als erstes ist festzuhalten, daß Schenkung neben Arbeit und Tausch die dritte Art des Eigentumserwerbs abgibt. Gegliedert wurde erneut nach leicht faßbaren Kriterien: Differenzierung von Schenkungen zu Lebzeiten und von Todes wegen, Systematisierung der Unterarten gemäß Schenkungsgegenstand oder -motiv, folgenschwerer freilich die unzweideutige Fixierung des gesamten Schenkungs- auf das Vertragsrecht ⁽³⁰⁴⁾.

So vorgegebene innere Geschlossenheit erlaubte einmal, zwei häufig diskutierte Fragen relativ rasch zu beantworten: abweichend von Bruckner tritt Seabra gegen illimitierte Schenkungen auf - ein auf die Person fixierter Kernbereich sei hiervon ausgenommen ⁽³⁰⁵⁾; weiterhin binden nach Seabra Schenkungsversprechen wie jeder Vertrag (gegen Kant, mit Bélime und Ahrens) ⁽³⁰⁶⁾. Die angestrebte Kohärenz zwang zum anderen, diese Einheit um jeden Preis zu verteidigen. Entsprechend Code civil français, Art. 893, wurden grundsätzlich nur noch Testamente oder Schenkungen unter Lebenden zugelassen. Die beispielsweise von Rogron ⁽³⁰⁷⁾ zitierten Schwierigkeiten einer intermediären Schenkung von Todes wegen schreckten offensichtlich auch Seabra. Bestände aber der Schenkgeber auf einer « doação causa mortis », wurde diese überdies von der Gegenseite akzeptiert, dann könne der

⁽³⁰²⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 279-280.

⁽³⁰³⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 260 Note i 6.

⁽³⁰⁴⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 282.

⁽³⁰⁵⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 282-295; gemeint J. A. BRUCKNER, *Essai sur la nature et l'origine des droits, ou deduction des principes de la science philosophique du Droit*, Leipzig, 1818, § 276 ss.

⁽³⁰⁶⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 296-297.

⁽³⁰⁷⁾ J.-A. ROGRON, *Les cinq Codes expliqués par leurs motifs et par des exemples...*, Paris, 1833, ad Art. 893 Code civil, v. « Que par donation entre vifs, ou par testament ».

letztlich umstrittene Widerruf zu Lebzeiten nur anerkannt werden, wenn diese Schenkung eine dementsprechende Bedingung (*condição expressa*) enthielte. Damit waren zwei Unsicherheitsfaktoren ausgeschlossen: einseitige Schenkungen von Toten wegen unterfielen dem Testamentsrecht und Schenkungen unter Lebenden wie vertragliche « *doações causa mortis* » waren gleicherweise prinzipiell unwiderruflich - « *Nem pôde haver razão alguma, que auctorize nesta parte a quebra dos principios geraes* » ⁽³⁰⁸⁾. War diese Anomalie über die bei Juristen beliebte Figur der Bedingung gelöst, brachte Seabra die Einordnung des Testaments als einseitigen Willensakt in das Schema vom Eigentumsübergang durch Vertrag in allergrößte Verlegenheit. Aber um des Prinzip willen begnügte er sich mit einer fadenscheinigen historischen Begründung, wonach ursprünglich letztwillige Verfügungen Vertragscharakter gehabt hätten, hierauf nur in der Folge bei allgemeiner Respektierung des Erblasserwillens verzichtet worden sei. Nachdem er desweiteren eine formale Testaments- als Vertragsannahme vorausgesetzt hatte, war endlich erreicht, was bezweckt war: Testamente wurden zu Verträgen, wäre doch Eigentum allein mittels gegenseitigen Konsens' übertragbar — « *a fim de que a disposição reunisse as duas vontades n'um só consenso, e adquirisse a natureza de contracto, unico modo, por que na realidade se pôde conceber a transmissão da propriedade* » ⁽³⁰⁹⁾.

Aus den bisherigen Ausführungen dürfte bereits erhellen, daß solche Manipulationen dem System galten. Finten dieser Art erklären sich aus dem verfolgten Programm, das vom Individual-eigentum gezeichnet war. Dessen Sicherheit, gleichbedeutend mit Berechenbarkeit, ging Seabra vor. Einer Meinung mit Toullier, sprach er sich gegen unbegrenzten Widerruf bei Nachgeborenen aus; der Pflichtteil dürfe davon nicht berührt werden; denn: alles, was Eigentum verunsichere, sei dem Zivilrecht fernzuhalten - « *Demais a certeza e estabilidade da propriedade é tão necessaria á ordem publica, que muito importa eliminar do Direito civil todas as disposições, que possam tornal-a vaccillante, sem maior*

⁽³⁰⁸⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 321-322.

⁽³⁰⁹⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 326-327.

necessidade » ⁽³¹⁰⁾. Und umgekehrt entwuchs so protegiertem Eigentum die Kraft, jegliche Argumente abzuschlagen: entweder Eigentum existiert, dann ist von prinzipieller Testierfreiheit auszugehen, oder es wird verneint, dann ist auch seine Konsequenz hinfällig - jedoch die zweite Alternative verbot sich Seabra von selbst, daher die Plausibilität ⁽³¹¹⁾.

So Seabra Eigentum argumentativ einkreiste, um es aus sich selbst zu rechtfertigen, projektierte er bürgerliche Welt. Die Rationalisierung von privatem Eigentum bietet Beispiele dafür, daß hierzu auch formale Egalisierung der Gesellschaftsmitglieder gehörte. Reminiszenzen aus der Zeit frühbürgerlicher Emanzipation sind also bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts nachweisbar. Offensichtlich täuscht der Blick auf das Adelsverzeichnis der fünfziger Jahre ⁽³¹²⁾. Trotz der zahlreichen Duques, Marquezes, Condes, Viscondes com Grandeza, Barões bürgerlicher Abstammung, Nobilitäten jüngsten Datums, schienen adlige Privilegien im egalitären Privatrecht fehl am Platz. Titel und längst erfolgte wirtschaftliche Verflechtung vermochten nicht zu kompensieren, was bourgeois Mentalität wie ein Stachel im Fleisch saß. Gleichheit vor dem Gesetz kenne keine Vorrechte - « como se a justiça podesse ser um privilegio de casta ». Der Schutz, den adlige Witwen über das Recht der Apanagen genossen, müsse — weil sinnvoll — auf alle erweitert werden. Bürgersfrauen seien doch nicht aufgrund ihrer « vileza » weniger schutzwürdig ⁽³¹³⁾. Und damit vergleichbar bestand Seabra darauf, Sonderregelungen für die Erbfolge Illegitimer künftig abzuschaffen. Gesetzgebung habe alle gleich zu treffen; Uniformität sei ihrer Leitgedanke. Das verantere die Verfassung und korrespondiere mit den aktuellen Idealen und Gebräuchen. Widrigenfalls würden die Gerichte mit unnötigen Prozessen überzogen und die Familien hierdurch finanziell ruiniert. Ob also nach Ordenações Filipinas 4. 92. pr. und 4. 92. 3 die natürlichen Söhne den gemeinen Mann (peão), nicht aber den

⁽³¹⁰⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 323-326, unter Berufung auf C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code...*, Bruxelles, 1834, 3.11.339 und 3.21.300.

⁽³¹¹⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 68.

⁽³¹²⁾ Cf. etwa Luiz TRAVASSO VALDEZ, *Almanach de Portugal para 1856*, Lisboa, 1856, p. 32-108 (mit Ernennungsdatum).

⁽³¹³⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 306-307.

Adligen (*cavalleiro*) beerben, unterliegt demnach doch letzten Endes ökonomischer Entscheidung ⁽³¹⁴⁾.

Wirtschaftskonforme Rationalisierung ist hingegen in einer Reihe anderer Fälle noch signifikanter. Zu erinnern wäre an die Diskussion der Widerrufsmöglichkeit von Zuwendungen auf den Todesfall bei nachgeborenen Kindern. Darüber hinaus zeigt sich die Tendenz zu einer weitestmöglich effizienten Rechtsgestaltung in der Funktionalitätskontrolle althergebrachter Institutionen. Pragmatik widerspreche beispielsweise die überkommene Registrierungspflicht von Schenkungen (*insinuação*). Sie behindere den Bürger in der Ausübung seines Eigentumsrechts. Nützlich wären allenfalls Verzeichnisse, die die Eigentumswechsel festhielten ⁽³¹⁵⁾. Ebenso wenig fehlen direkte Hinweise darauf, daß sich nur ein ausgewogenes, sprich: ökonomisch einsichtiges Verhältnis im Rechtsgüterschutz mit einer modernen Rechtsordnung vertrage. Unveräußerlichkeit des Dotalguts erhalte zwar Ehefrau und Kindern das eingebrachte Vermögen, hindere jedoch den Güterumlauf und mindere volkswirtschaftlich unvertretbar die Kreditierungsbasis ⁽³¹⁶⁾. In diesem Zusammenhang gewinnt dann auch Seabras eher beiläufiger Hinweis Gewicht, der Code civil français (Art. 1421) sehe abweichend von der portugiesischen Ehegütergemeinschaft alleinige Verwaltung durch den Ehemann vor ⁽³¹⁷⁾. Mittelbar war dadurch zu verstehen gegeben, daß das portugiesische Konsenserfordernis Eigentumsmobilisierung zuwider laufe. Das abschließende Beispiel aus dem Recht der «*legítima*» belegt im Gegenzug, welche Überlegungen entschieden. Anders als in den vorgenannten Fällen bestand die bisherige Abwägung die kritische Prüfung: obschon die Nachkommen verläßlich bedacht werden, sei durch die Festsetzung der zustehenden Anteile erst mit Eintritt des Todes gesichert, daß die Eltern zu Lebzeiten frei über die von ihnen erworbenen Güter verfügen könnten ⁽³¹⁸⁾. Da optimaler Nutzen garantiert schien, war die Übernahme alten

⁽³¹⁴⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 315-321.

⁽³¹⁵⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 298-302.

⁽³¹⁶⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 308, Note *x* 7.

⁽³¹⁷⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 307, Note *t* 7.

⁽³¹⁸⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 309-311.

Rechts legitimiert. Im Spannungsfeld von Effizienz und Ineffizienz erschien diese Lösung rational akzeptabel. Privatrecht und Wirtschaftsordnung waren soweit als irgendetmöglich zur Deckung gebracht worden.

3.2. *Rekonstitution statt Destruktion.* — « La propriété est un système de limites ». Um zu schützen, was industrieller Fleiß schuf, sei Gesellschaft von vornherein unter Ausgleich der Interessen zu organisieren. Das wäre ein schlechtes « système de propriété », fuhr der Comte d'Hauterive fort, das auf zwei Klassen (classe d'hommes) gründete, die Reichtum und Misere trennten. Vielmehr sei Eigentum so zu verfassen, daß noch der Ärmste — « l'homme qui est placé dans les derniers degrés de l'échelle de l'inégalité » —, in der Hoffnung, zu partizipieren, dafür eintrete, statt es zu zerstören. Exzeß zahle sich nicht aus. Jede Option zugunsten konfliktfreier Mäßigung verspreche gewinnbringende Stabilität ⁽³¹⁹⁾.

Nicht allein Eigentumserwerb begründete Seabra mit Hauterive. Sinnverwandt sind auch seine Überlegungen, den Gegner zu schonen, ihn wirkungsvoller einzusetzen. Adolphe Thiers wurde solange als Zeuge gegen den « Communismo » bemüht, als seine Töne nicht allzu schrill klangen. Es treffe zwar im Kern zu, daß derjenige, der nicht arbeite, sehen müsse, wo er bleibe; nur dürfe nicht objektiv Unmögliches verlangt werden. Arbeitsunwilligkeit sei zu ahnden; dennoch exponiere sich materielle Stimulans als Legitimationskriterium für persönliches Eigentum in ihrem gesellschaftspolitischen Gehalt besser nicht über Gebühr ⁽³²⁰⁾.

Dieses Detail verrät ein Konzept, das sich speziell unter dem Stichwort « Organização do trabalho » an entscheidender Stelle der Seabraschen Eigentumstheorie konkretisierte. Strategisches Denken meidet im Idealfall Demütigung, Niederwerfung, totale Negation des Gegners; bezieht ihn vorzugsweise in seine Pläne ein. Rational vorweggenommene, auf Befriedung mittels Lindern bedachte Konfliktentscheidung wird allemal von denen vor-

⁽³¹⁹⁾ HAUTERIVE, *Eléments d'économie politique* (N. 138), p. 68-69.

⁽³²⁰⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 54, Note *y*, unter Hinweis auf Adolphe THIERS, *De la propriété*, Paris, 1848, p. 150, und PAULUS, *Thessaloniker* 3,8.

gezogen, die auf Fortschritt im Sinne ökonomischer Entwicklung bauen. Kampf, zuwenigst soziale Spannung, heißt Retard. Klugheit propagiert stets Wachstum, zieht egoistische Aufteilung künftigen Überschusses dem Streit um begrenzte momentane Ressourcen vor. Hauterives Erkenntnisse verallgemeinernd in die Sprache Charnays ⁽³²¹⁾ übertragen bedeuten sie antizipierte Rationalisierung von Negation: Suche nach systemstabilisierender, weil immanenter gegnerischer Koexistenz. Selbstbeherrschung (*rationalisation de soi*) schlägt dem Gegner die Waffe aus der Hand, integriert ihn vielmehr zu eigenem Nutzen. Gerade weil sich Privatrecht im Kapitalismus an dessen Bedürfnissen orientiert ⁽³²²⁾, hat es im Idealfall ungelegene gesellschaftliche Disharmonie abzufangen. Im Falle Deutschlands übernahm seit dem Ersten Weltkrieg Wirtschaftsinterventionismus, was zuvor das Zivilrecht für eine funktionierende Wirtschaftsordnung leistete. Für Portugal war hierzu, folgt man Seabra, eine Eigentumsverfassung ausersehen, die im Grunde aus eigener Kraft soziale Divergenz verunmöglicht ⁽³²³⁾. Gleichwohl kann er letztendlich nicht darauf verzichten, auf andere staatliche Aktionsfelder zu rekurrieren: öffentliche Erziehung, Schutz der Kleineigentümer und Reorganisation philanthropischer Einrichtungen.

Vergleichbare Ansätze sind für das zeitgenössische Portugal allenthalben nachweisbar. António Maria de Fontes Pereira de Melo, als Minister für «Obras publicas, comercio, e industria» ab 1852 verantwortlich für den wirtschaftlichen Aufstieg, hatte 1849 zu einer «cruzada civilizadora» aufgerufen ⁽³²⁴⁾. Dabei war ihm nationaler Wohlstand nur vorstellbar als Sieg der Intelligenz über die Macht. In erster Linie stand ihm eine durch alle Parteien gehende Einigungsbewegung vor Augen. Priorität sollte der öko-

⁽³²¹⁾ CHARNAY, *Stratégie* (N. 83), p. 151 ss., 161.

⁽³²²⁾ Cf. Jürgen HABERMAS, *Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts*, in HABERMAS, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt am Main, 1976, p. 262.

⁽³²³⁾ Cf. zur Präferenz von positiver Regelung gegenüber Großzügigkeit der Herrschenden (*philanthropia*), also zum Plädoyer für den Rechtsstaat: SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 290, 295.

⁽³²⁴⁾ Cf. das Zitat aus der *Revista Militar* N. 1, Januar 1849, bei: CABRAL, *Capitalismo* (N. 13), p. 170-171.

nomische Anschluß an England und Frankreich haben. Kleinliche Händel hätten dagegen um der gemeinsamen Sache der Besitzenden zurückzustehen. Extremlösungen waren verpönt, wurden als unklug gebrandmarkt. Mit Recht spricht Villaverde Cabral ⁽³²⁵⁾ davon, daß bürgerliches Denken dieser Jahre zu globaler Harmonie tendierte. Daher auch hier die Furcht vor allzu schneller industrieller Entwicklung, um der Proletarisierung zu entgehen; daher der Hang zum « juste milieu », wie er bereits nach 1836 im Zeichen des offiziellen « Setembrismo » Platz gegriffen hatte ⁽³²⁶⁾. Aus diesem Blickwinkel verstieg sich Sousa Brandão im « Eco dos Operários » von 1850 dazu, den Sozialismus als die grandioseste Erfindung zu feiern, da er eine Produktionssteigerung um das Vierfache verspreche ⁽³²⁷⁾. Also kühle Berechnung, die auf den Begriff zu bringen ist- und nicht wie bei Alexander Gerschenkorn ⁽³²⁸⁾ unscharf glühender Verehrung für die eine (sozialistische) oder andere (nationalistische) Industrialisierungsideologie, einem « New Deal der Emotionen » als unentbehrlichem Stimulans für außerordentliche Anstrengungen rückständiger Länder zugeschrieben wurde. Gesellschaftliche Gegensätze sollten ähnlich den Präferenzen verschiedener Produktionszweige gedroselt werden. Hierin hatte Oliveira Marreca 1843 die einzige Chance gesehen, ausländische Konkurrenz abzuschütteln ⁽³²⁹⁾. Indessen, Nationalökonomie reservierte Temperenz nicht der materialen Wirtschaftsorganisation, sondern gab diesem Axiom durchgängig statt - nicht zuletzt im Verhältnis der strategischen Gegner. Namentlich politökonomischer Selbstkontrolle kam aus der Sicht zeitgenössischer Jurisprudenz deshalb besondere Bedeutung zu, weil ihr bei arbeitsteiliger Wissenschaft die Aufgabe zufiel, materiale Ungleichheit, das « pauperismo »-Problem, zu beheben. Davon hielt sich Privatrechtswissenschaft, insonderheit ihre Philo-

⁽³²⁵⁾ CABRAL, *Materiais* (N. 185), p. 18.

⁽³²⁶⁾ Cf. SÁ, *Liberalismo* (N. 105), p. 143 ss., 195 (HERCULANO).

⁽³²⁷⁾ Cf. den Auszug bei Victor DE SÁ, *Perspectivas do Século XIX*, Lisboa, 1964, p. 101-103.

⁽³²⁸⁾ Alexander GERSCHENKORN, *Wirtschaftliche Rückständigkeit in historischer Perspektive*, in Hans-Ulrich WEHLER (ed.), *Geschichte und Ökonomie*, Köln, 1973, p. 133-136.

⁽³²⁹⁾ MARRECA, *Considerações* (N. 260), p. 295.

sophie, befreit ⁽³³⁰⁾. Aber Seabra beweist, inwieweit die sogenannte soziale Frage stets mitgedacht wurde. Zu sehr hatte sich das nationalökonomische Postulat vom Einklang zwischen Individualismus und Sozialibilität als erster Bedingung allen Fortschritts durchgesetzt. Der Vorschlag eines José d'Oliveira Pinto ⁽³³¹⁾, Verelendung durch Ausgleich von Produktion und Konsum aufzuhalten, war längst nur noch einer unter vielen.

Verlässlichstes Mittel, um Zivilisation gleich Opulenz zu erreichen, damit Phantastereien und gefährliche Revolutionen zu unterbinden, sei Wirtschaftswissenschaft vor anderen gehalten, ihr Instrumentarium nicht entarten zu sehen - « a fim de que este instrumento de progresso e prosperidade se não converta n'um flagello destruidor » ⁽³³²⁾. Zwischen Oliveira Marreca am Ende der dreißiger und Herculano ⁽³³³⁾ am Anfang der fünfziger Jahre wollen die Mahnungen nicht abreißen, allgemeine politökonomische Gesetzmäßigkeiten nur mit allergrößter Zurückhaltung auf Portugal anzuwenden. Immer wieder wurde auf Sonderbedingungen gepocht, die eine Totalrezeption etwa freier Konkurrenz fatal werden ließe. Eher nahm man eine langsamere, aber kontinuierliche Entwicklung in Kauf, als dem Fiasko fortschrittsblind in die Arme zu laufen. Da bei Herculano die Harmonie von materieller Entwicklung und Moral eingestandenermaßen mit dem Wunsch nach Reduzierung konträrer Interessen von Proprietär und Lohnabhängigem einherging, ist der Kampf gegen den « despotismo materialmente progressista », ideologisch verzerrt, letztlich eine Auseinandersetzung um rationalere Strategie. Deshalb hielt es Adrião Forjaz ⁽³³⁴⁾ — Nationalökonom an der juristischen Fakul-

⁽³³⁰⁾ FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 85 Note a.

⁽³³¹⁾ Cf. die Vorlesungsankündigung für das Semester ab dem 23.2.1853, in *O Instituto* I (1853), 347 (Lição 2ª: Harmonie-Progreß; Lição 6ª: Proletariat - « Liberdade de commercio »).

⁽³³²⁾ MARRECA, *Economia Política* (N. 112), p. 87.

⁽³³³⁾ Alexandre HERCULANO (*Missão e doutrina d'« O Portuguez »*), in *O Portuguez*, N. I vom 11.4.1853; jetzt auch abgedruckt, in SARAIVA, *Herculano* (N. 48), p. 56-59; zur Zurückhaltung eines Solano Constancio gegenüber Adam Smith cf. SÁ, *Liberalismo* (N. 105), p. 170.

⁽³³⁴⁾ FORJAZ, *Economia Política* (N. 176), p. 256; zu seinem Vorlesungsprogramm, seinen hierbei benützten Werken der Nationalökonomie und Statistik

tät der Universität Coimbra — für einen Fortschritt, wenn sich seine Wissenschaft nunmehr entsprechend den Zeiterfordernissen verstärkt der Arbeiterschaft annehme. Die « classes mais laboriosas e necessitadas » dürften nicht bei der Distribution übergangen werden. Sich hierüber hinwegzusetzen, wäre Gedankenlosigkeit. So wurde mechanisierter Unmenschlichkeit zugunsten vagen Interesses für die arbeitende Klasse abgeschworen; Humanität gefordert, um um so effizienter bürgerliche Gesellschaft aufzubauen. Denn an Seabras Eigentumstheorie zeigt sich, wie derartige Kurskorrekturen marginal blieben, den strategischen Kern ausblendeten. Sozialer Druck erzwang, den Wirkungsgrad zu überprüfen. Moralischer Materialismus versprach einfach mehr. Nach Herculano führte pure Selbstsucht zu gesellschaftlichem Zwiespalt - keinem Terrain für Dampfmaschine und Eisenbahn ⁽³³⁵⁾. « Frau Base Moral » ⁽³³⁶⁾ hatte nicht etwa dem grundsätzlich pragmatisch denkendem Bürger ins Gewissen geredet, sondern bessere Einsicht ihn sich ihrer bedienen lassen: Moral als nationalökonomische Moral.

Solch humanitärer Individualismus ⁽³³⁷⁾ protestierte 1850 gegen Brotpreisspekulationen, kriminalisierte Bereicherung am Hunger der Armen, drohte mit staatlicher Gewalt- und verteidigte gleichzeitig den ungehinderten Export von Getreide. Das hätte nichts mit den Gesetzen des Marktes, folglich nichts mit den Apologeten dieser Wirtschaftsordnung zu tun ⁽³³⁸⁾. Und Seabra kritisierte eine um sich greifende Verschuldung landwirtschaftlicher Kleineigentümer, nicht, um den Machtmißbrauch der Banken anzuprangern, sondern um sich im Namen derjenigen zu beklagen,

für das Studienjahr 1853-1854 cf. das Studienverzeichnis der Conimbrenser Rechtsfakultät in *O Instituto* I (1855), 228.

⁽³³⁵⁾ HERCULANO, *Missão* (N. 333), p. 61.

⁽³³⁶⁾ Cf. zum Verhältnis von Politökonomie und Moral Karl MARX, (*Bedürfnis, Produktion und Arbeitsteilung*), in *Ökonomisch-philosophische Manuskripte (1844)*, in Karl MARX - Friedrich ENGELS, *Werke, Ergänzungsband* I, Berlin, 1968, p. 550-551.

⁽³³⁷⁾ Cf. FRANÇA, *Romantisme* (N. 79), p. 365 (Marreca: « économiste humanitaire »), p. 373 (Mousinho: « individualisme moral »).

⁽³³⁸⁾ Cf. die Notiz « Preço do Pão », in *Revista Universal Lisbonense* 10 (1850-1851), 83.

die ein Recht, ja ein « *direito sagrado* » auf einen produktiveren Kapitaleinsatz hätten ⁽³³⁹⁾. Ähnlich der Protest gegen das Monopol der Dampfschiffahrt auf dem Tejo: wie Seabra die Banken, so schüchternete die « *Revista Universal Lisbonense* » — eben weil sie für eine protegierte heimische Industrie eintrete — die « *Companhia dos Vapores* » mit staatlicher Intervention ein ⁽³⁴⁰⁾. Unter keinen Umständen dürfe soziale Koexistenz, sprich: bürgerliche Gesellschaft, leichtfertig von der eigenen Seite bedroht werden. Nur so sei der erwünschte Freiraum der wahrhaftig Agierenden gewährleistet. Kleinste Verstöße riskierten alles. Sie hätten ein System gefährdet, dem Ferrer in direkter Fortsetzung der soeben explizierten Verhaltensregel auf den Weg gab: « *Consente a cada um o que é seu* » ⁽³⁴¹⁾. Mehr noch als eigene Systemgefährdung fürchtete diese Eigentümergesellschaft aber den Konflikt mit den Nichtbesitzenden. Während immanente Störungen beispielsweise über eine Angleichung der Spielregeln zu reparieren waren, drohte bei Auflehnung des strategischen Gegners bürgerliches Universum zu kollabieren. Grund zur Angst bestand genug.

Auf den Anteil der Lohnarbeiter an der Gesamtbevölkerungszahl war bereits eingegangen und dabei das Fehlen von zuverlässigem Zahlenmaterial bedauert worden. Hinzu kommt, daß selbst die wenigen numerischen Anhaltspunkte stark interpretationsbedürftig sind, wenn nicht gar beim heutigen Wissensstand als nichtssagend bezeichnet werden müssen. Das beruht einerseits natürlich auf ihrer Zufälligkeit. Vergleichs- oder Trendzahlen stehen aus. Gravierender als die Tatsache, daß dies in einem Land mit einer im Nord-Süd-Gefälle gänzlich unterschiedlichen Agrarstruktur die je lokalen Probleme ausblenden heißt, ist ein weiteres. Die relativ hohen Prozentsätze von Lohnarbeitern in Minifundiendistrikten des Nordens — 59% bei Viana do Castelo im Jahr 1861 und 56% im Gebiet von Aveiro 1865 — erklären sich nämlich aus der Kombination von lohnabhängiger Arbeit mit Bewirtschaftung eigenen Bodens. Berücksichtigt man oben-

⁽³³⁹⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 132, Note b 2.

⁽³⁴⁰⁾ Cf. S. J. RIBEIRO DE SÁ, *Interesse Publico e Interesse Particular*, in *Revista Universal Lisbonense* 10 (1850-1851), 25-26.

⁽³⁴¹⁾ FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 21.

drein die von Villaverde Cabral anhand von Steuerbefreiungen für die Jahrhundertwende eruierten Zahlen, so kamen 1895 auf circa 1,3 Millionen Eigentümer ungefähr eine halbe Million, die entweder keine Steuern entrichteten, weil sie zu geringe Einkünfte hatten, oder höchstens 5 Tostões bezahlten, insofern aber nicht mehr als Bauern galten, da sie ihren Lebensunterhalt aus Lohnarbeit bestritten. Und schließlich gibt auch die Bodenkonzentration zu denken, die Villaverde Cabral ebenfalls für Viana, freilich um 1916 feststellte: von 94.960 landwirtschaftlichen Eigentümern waren 57.675 steuerbefreit - sie verfügten über 8% des Gesamteinkommens; 33.382 erwirtschafteten 47%; 4.900, d.h. 5% der Eigentümer, waren dagegen mit 45% am Gesamtertrag beteiligt ⁽³⁴²⁾.

Wenngleich die sachliche, örtliche und zeitlich Disparität der wenigen verfügbaren Zahlen abschreckt - vorbehaltlich neuer Forschungen darf wohl schon jetzt von einer heute kaum noch zu ermessenden Misere eines Großteils portugiesischer Bevölkerung ausgegangen werden. Hierzu gehörten einmal die Lohnarbeiter, freilich auch die Masse der kleinen Landeigentümer und -pächter, die schlechtbezahlte industrielle Arbeit übernahmen, um zu überleben. Magalhães Godinho ⁽³⁴³⁾ spricht für diese Zeit von einer dualen Gesellschaft. Zum Beleg verweist er auf die wenigen wirtschaftsliberalen Expansionszentren wie Banken und industrielle Neugründungen, die gleich Inseln von einer weiterhin in ihren archaischen Formen verharrenden, unter dem Existenzminimum dahinvegetierenden, von Krankheit heimgesuchten, als Arbeitskräftereservoir fungierenden Landbevölkerung umgeben waren.

Den Tagelöhnern setzte insbesondere die saisonale Arbeitslosigkeit zu. Von ihnen sagte selbst Oliveira Marreca, sie müßten bei Dürre oder nach der Ernte im Winter ohne Arbeit das Lebensnotwendigste entbehren ⁽³⁴⁴⁾. Wenn das Magalhães Godinho

⁽³⁴²⁾ Zu den vorgenannten Zahlen cf. CABRAL, *Materiais* (N. 185), p. 17-18, 209-211.

⁽³⁴³⁾ GODINHO, *Sociedade* (N. 107), p. 149-151.

⁽³⁴⁴⁾ MARRECA, *Economia Política* (N. 112), p. 96: « Mas se o anno é esteril, ou se o inverno se aproxima o trabalhador sofre muitas privaçoens, porque ou

ho ⁽³⁴⁵⁾ für die Zeit um 1800 auf einen Durchschnittsverdienst beziffert, der die Einkünfte aus Bettelei nur um das Vierfache überstieg, so hat sich um die Jahrhundertmitte hieran sicherlich nicht allzuviel verändert, da die Arbeitszeit dann ebenfalls im Schnitt aufgrund vergleichbarer klimatischer Bedingungen nur zwischen 100 und 200 Tagen gelegen haben dürfte. Gleichzeitige Pläne, dank des nunmehr verbesserten Verkehrsnetzes Arbeitslose an ihren Einsatzort zu transportieren, bezeugen einmal die voranstehende Behauptung, zum anderen exemplarisch ökonomisches Denken der « Regeneração » ⁽³⁴⁶⁾.

Zur Charakterisierung der sozialen Situation gehören aber auch die Fischer, die bei einem Unwetter ihre Boote und dadurch Arbeit verloren, zu Hunderten bettelnd Lissabon durchstreiften und denen die « Revista Universal Lisbonense » dadurch ihr Mitleid bekundete, daß sie die Regierung zu einer Reform des Fürsorgewesens aufrief ⁽³⁴⁷⁾. Dazu rechnen weiterhin Kleinstbauern, Land- und Industriearbeiter, die Krankheit ins Nichts stürzte - « não lhe está destinado outro asylo além da arvore da estrada que o abrigue como mendigo, e da pedra lhe sirva de repouso » ⁽³⁴⁸⁾. Hierzu gehören desweiteren Arbeitszeiten in Industrie und Landwirtschaft von Sonnenauf- bis Sonnenuntergang, « de sol a sol » ⁽³⁴⁹⁾; die Rückkehr in erbärmlichste Behausungen ⁽³⁵⁰⁾; die

não tem que faser, ou, se acha trabalho, recebe um salario muito inferior ao que as suas precisoens reclamão ».

⁽³⁴⁵⁾ GODINHO, *Sociedade* (N. 107), p. 258; eine Zusammenstellung von Zahlen über temporäre Arbeitslosigkeit aus der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts mit bis zu zehnmonatiger Beschäftigungslosigkeit, bei: CUNHAL, *Questão Agrária* (N. 8), I, p. 75.

⁽³⁴⁶⁾ J. F. H. NOGUEIRA, *Estudos sobre a Reforma em Portugal*, Lisboa, 1851, p. 105.

⁽³⁴⁷⁾ S. J. RIBEIRO DE SÁ, *Alvitres a favor dos Pescadores*, in *Revista Universal Lisbonense* 9 (1849-1850), 181-182.

⁽³⁴⁸⁾ S. J. RIBEIRO DE SÁ, *Socorros Devidos aos Labradores do Alentejo*, in *Revista Universal Lisbonense* 9 (1849-1850), 145.

⁽³⁴⁹⁾ Zur Arbeitszeitdiskussion cf. den anonym publizierten Artikel *Os Operarios e as Horas do Trabalho*, in *Revista Universal Lisbonense* 8 (1848-1849), 541-543.

⁽³⁵⁰⁾ Cf. die Beschreibung einer Kleinbauernfamilie bei Guarda des Soziologen Léon Poinard aus dem Jahr 1909 bei: CABRAL, *Materiais* (N. 185), p. 407 ss.;

Sorge um das tägliche Brot; Analphabetismus ⁽³⁵¹⁾ — kurz, Ausweglosigkeit, die « jornaleiros » von parasitären Landeigentümern sprechen ließ ⁽³⁵²⁾, Haß aufstaute. Endlich ergänzen drei weitere Indikatoren diese mangels hinreichender sozialgeschichtlicher Studien zugegebenermaßen impressionistische, noch zu wenig differenzierende Skizze der unterprivilegierten, zahlenmäßig mit Sicherheit stärksten Bevölkerungsschicht: zum einen die zunehmende Verelendung in den größeren Städten wie Lissabon und Porto - « A indigeneia ameaça Portugal. O facto é incontestavel » ⁽³⁵³⁾; zweitens die gleichzeitige Zunahme von Raubüberfällen, das Aufleben von Bandentätigkeit ⁽³⁵⁴⁾ — Aggressionsausbrüche, die die Übergriffe, das blinde Wüten zur Zeit der Revolten unter der legendären Maria da Fonte wiederaufnahmen; und drittens Emigration als letzter Chance — durch abnehmende Sklaverei in Brasilien ein Notventil, das die steigende Zahl von Auswanderern freilich in ebensolches Elend brachte ⁽³⁵⁵⁾.

Parallel zum Wunsch, nach außen wachstumsgefährdende Kriege zu vermeiden, war der « bourgeois conquérant » (Morazé) mit Ablauf des 19. Jahrhunderts verstärkt bestrebt, derartige innergesellschaftliche Divergenzen zu verringern. Seabras Reaktion auf die sogenannte soziale Frage macht hiervon keine Ausnahme.

des weiteren bei CUNHAL, *Questão Agrária* (N. 8), I, p. 90-91 (Anhand einer Untersuchung von Lima Bastos und Henrique de Barros für die Regionen nördlich des Douro in den vierziger Jahren dieses Jahrhunderts).

⁽³⁵¹⁾ Noch 1878 waren 58,1% Analphabeten (RUI GRÁCIO, *Ensino Primário e Analfabetismo*, in Joel SERRÃO, *Dicionário de História de Portugal*, II, Lisboa, 1971, p. 51), und das trotz der Bemühungen, die L. A. REBELLO DA SILVA, *Instrução Pública*, in *A Epoca* 1 (1848), 354, 357, zahlenmäßig belegt.

⁽³⁵²⁾ Cf. COUTILEIRO, *Portuguese Rural Society* (N. 11), p. 60.

⁽³⁵³⁾ Cf. die Einleitung der Gründungsstatuten der « Sociedade Consoladora dos Afflictos », abgedruckt in *Revista Universal Lisbonense* 7 (1847-1848), 230.

⁽³⁵⁴⁾ Cf. die Notiz « Ladrões », in *Revista Universal Lisbonense* 7 (1847-1848), 35.

⁽³⁵⁵⁾ Zahlen für die Jahrhundertmitte bei Vitorino MAGALHÕES GODINHO, *L'émigration portugaise du XVe siècle à nos jours. Histoire d'une constante structurale*, in *Conjoncture économique, structures sociales. Hommage à Ernest Labrousse*, Paris - La Haye, 1974, p. 156; eine Beschreibung der Arbeitsbedingungen der Brasilienemigranten nach dem « Primeiro Inquérito Parlamentar sobre a Emigração » (1873) bei Joel SERRÃO, *Emigração*, in SERRÃO (ed.), *Dicionário de História de Portugal*, II, Lisboa, 1971, p. 23.

Sie orientiert sich eher an Identifikation des strategischen Gegners als an gegenseitigem destruktiven Kampf. Aus dem Bereich moderner internationaler Beziehungen erwähnt Charnay ⁽³⁵⁶⁾ für solche «*rémodelage plus doux des structures sociales et identification*» den Plan «*Simpático*» des Pentagon für Kolumbien.

Damit ist freilich nur die Tendenz aufgezeigt. Wieweit Seabra die Bandbreite zwischen Destruktion und Dienstbarmachung generischer Kapazitäten (Rekonstitution) ⁽³⁵⁷⁾ rational tatsächlich ausschritt, ist eine andere Frage. Hierbei muß erwogen werden, daß ihm offensichtlich folgender Einzugsbereich zur Wahl stand: egoistische Erhöhung des Nutzungsgrades, Mäßigung im Detail bei prinzipiellem Festhalten an der Basisentscheidung, Organisation des Schadensausgleichs, plumpe Anbietung bis hin zu Legitimation von Abnormitäten als naturvorgegebene Lebensbedingungen aktueller (bürgerlicher) Gesellschaft. Und in der Tat lassen sich seine Propositionen im Resümee diesen Hauptaspekten zuordnen. Die erstgenannte Entscheidungssphäre vertritt die teils schon erwähnte, teils noch zu analysierende Diskussion um Lohnhöhe, Assoziation von Kapital und Arbeit oder intensivere praxisorientierte Volkserziehung. Für den am Ende aufgeführten Bereich stehe seine Argumentation, wonach sich Müßigang des Proprietärs und Hungerlohn der schwerarbeitenden Pächter über die natürlichen Vor- und Nachteile eines jeden Berufs rechtfertigend kompensieren - «*Em todas as condições ha incommodos moraes e materiaes, que se compensam*» ⁽³⁵⁸⁾. Insgesamt gesehen machte er den Gegner botmäßig, indem er ihn selbst bei der Limitierung eigener Ziele seinen Gesetzen unterwarf.

Allerdings führt hierin liegende Verurteilung nicht weiter. Diese Arbeit nahm übrigens schon Herculano ⁽³⁵⁹⁾ ab, als er sich von den Exzessen der «*Regeneração*» zu distanzieren suchte. Beim Vergleich der Regierenden um Fontes Pereira de Melo mit Louis Napoléon blieb beiden hinsichtlich ihrer sozialen Ambi-

⁽³⁵⁶⁾ CHARNAY, *Stratégie* (N. 83), p. 180.

⁽³⁵⁷⁾ Cf. CHARNAY, *ibid.*, p. 174.

⁽³⁵⁸⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 56.

⁽³⁵⁹⁾ Alexandre HERCULANO, *Justiça e Utilidade*, in *O Portuguez*, N. 14 vom 26.4.1853, nachgedruckt bei SARAIVA, *Herculano* (N. 48), p. 141-147.

tionen der Vorwurf der Hypokrisie, letzterem überdies der geneidete Erfolg. Um solche Erwägungen indessen explikationshalber als strategische Manöver zu dekuivieren, sind sie im jeweiligen Gesamtkonzept zu verorten. Eine Analyse des Seabraschen Gesellschaftsmodells in der Form seiner Eigentumstheorie ist hierzu erster Beitrag.

Allein schon seine Reaktion an sich ist insoweit aufschlußreich. So sie zwischen Zynismus und Larmoyanz, Verdrängung und Weitblick schwankt, verrät sie das Dilemma desjenigen, der alles daransetzt, der geschichtlichen Konsequenz zu entgehen. Des Einsatzes war man sich nur allzu gewiß. Beim Dämmern einer proletarischen Phase, mithin dem Untergang des liberal-bürgerlichen Zeitalters, war jede Abwehr erlaubt. Intellektuelle wie moralische Bedenken zählten wenig. Jedwede Erwiderung auf Angriffe im zentralen Distributionsbereich war gut, falls nicht die Grundfesten bourgeoisen Selbstverständnisses — als die Freiheit und Eigentum ausgegeben wurden — ins Wanken geraten sollten. Typisch hierfür ist, wie Seabra auf die Brasilienfahrer zu sprechen kam ⁽³⁶⁰⁾. Deren Leiden verwandeln sich in der Argumentation gegen den « comunismo » in Wagemut und verdienten Lohn. Zynisch wurde die Armut der auswandernden Bewohner des Minho in Frage gestellt, um anschließend die Heimkehr — « com o seu navio carregado de oiro » — um so unzweideutiger zu glorifizieren. Erwerbe ein Emigrant dann die Hälfte seiner Heimatgemeinde, müßten ihm die Zurückgebliebenen danken, helfe er ihnen doch aus ihrer Misere heraus. Übergeht man den eklatanten Widerspruch, ging es darum, die Segnungen des Privateigentums zu apostrophieren. Dazu setzte man sich skrupellos über das selbst aus der eigenen Presse bekannte menschliche

⁽³⁶⁰⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 50-52.

⁽³⁶¹⁾ Zur Realität der Brasilienemigration cf. den anonymen Beitrag *Emigração para o Brasil*, in *Revista Universal Lisbonense* 9 (1849-1850), 205-208 und 441-443; Custodio José VIEIRA, *O Ecco dos Operários*, in *A Esmeralda* 1 (1850), 65-66; Gerardo A. PERY, *Geographia e Estatistica Geral de Portugal e Colonias com um Atlas*, Lisboa, 1875, p. 94; zum Leben der reichen « Brasileiros » in Porto cf. den Auszug aus *Uma Família Inglesa* (1858) von Júlio DINIS bei GODINHO, *Sociedade* (N. 107), p. 293 ss.; cf. neuerdings: Joel SERRÃO et ALII, *Testemunhos sobre a Emigração Portuguesa. Antologia*, Lisboa, 1976.

Leid der Emigration hinweg. Allein die verschwindend kleine Minderheit reicher «Brasileiros» zählte. Deren Abenteuergeist und Geschäftssinn wurde in Anbetracht des hohen Ziels idealisiert. Sineetwegen bagatellierte man die Not, die zur Auswanderung trieb; blieb für das Heer der Namenlosen lediglich Mitleid übrig, das sich angesichts der Realität wie Spott ausnimmt ⁽³⁶¹⁾.

Vergleichbarer Sarkasmus dann, wenn das unlängst erwähnte Beispiel vom hungernden, hart arbeitenden Pächter (rendeiro) und seinem hiervon profitierenden Landeigner kommentiert wird. Dieser habe früher als Jurist, Kaufmann oder Künstler sein Geld verdient; nicht alle könnten denselben Beruf ausüben: «Nem todos podem trajar o mesmo uniforme na milicia social» ⁽³⁶²⁾. Solche Ausfälle bleiben trotz allem selten. Generell hielt es Seabra für angebrachter, das soziale Elend pathetisch zu beklagen - ohne freilich selbst hier seine Mißachtung verbergen zu können. Das geschah etwa so, daß er beteuerte, ihm wie allen «espíritos superiores» seien doch nicht Dreiviertel seiner Mitmenschen gleichgültig (p. 113). Von einer «deploravel desigualdade» ist die Rede; von «actualidades sociaes» mit ihren «funestos effeitos» (p. 45). «Os soffrimentos, as dores sociaes, os males, que resultam da grande desproporção das fortunas, dos monopolios, dos privilegios, são na verdade profundos, terriveis e lastimosos» (p. 82). Läßt man seine Abhilfevorschläge einen Moment außer acht, dann konnte er wie seinesgleichen das Gewissen angesichts derartiger Not aber allein schon dadurch erleichtern, daß man der These, Armut adele, immer noch einiges abzugewinnen versuchte ⁽³⁶³⁾.

Hinzu kommt, daß die bereits hier spürbare Verdrängung der tatsächlichen Antagonismen an anderer Stelle krass in interessenbedingte Selbsttäuschung umschlägt. Es ist für Seabras Art

⁽³⁶²⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 56.

⁽³⁶³⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 86; cf. auch die schon erwähnt Einleitung der Statuten der *Sociedade Consoladora dos Affictos* — unterzeichnet u.a. von der Duqueza de Palmella, Duqueza da Terceira — in *Revista Universal Lisbonense* 7 (1847-1848), 230-234; siehe weiterhin Reybaud (*Réformateurs* (N. 153), p. 308), der bedauert, daß SAINT-SIMON, *Fourier und Owen alte Werte wie «la pauvreté noblement soufferte» in Frage stellen.*

und Weise, die soziale Frage Portugals zu bewältigen, sicherlich am charakteristischsten, daß er sie bei näherem Zusehen schlechterdings leugnete. Von den unter Maria da Fonte bekanntgewordenen Rebellionen, den ideologischen Einflüssen der 48er Revolutionen Zentraleuropas, den erwähnten Streiks in Lissabon, der schreienden Not der Tagelöhner und Kleinbauern - kein Wort. Sieht man von dem soeben begutachteten Beispiel der Brasilienemigranten ab, zielt sein Mitleid bei näherem Zusehen auf Zustände außerhalb des eigenen Landes. Einschlägige Bemerkungen fallen im Diskussionszusammenhang, der durch ausländische Autoren vorgegeben wurde. Seabra zufolge habe Portugal bereits viel, wenn auch noch nicht genug, für seine Armen getan. Hier, in einem Agrarland, finde jeder sein Auskommen. In Industriestaaten wie Frankreich, England, ja selbst Deutschland mag Louis Blanc recht behalten. Dort kann es zu Unzuträglichkeiten gekommen sein, weil Privateigentum Arbeit — und ihr Produkt — dem Produzenten vorenthiel. Portugal fehle es eher an Arbeitskräften. Sozialreformerische Anwendungen eines Heinrich Ahrens seien aus den Schwierigkeiten Belgiens erklärbar - anders gesagt: Seabra sah im Ergebnis wenig Grund, sich solchen Konfusionen anzuschließen. Sein Land lebe quasi noch vor dem Sündenfall ⁽³⁶⁴⁾.

Portugal sei anders, war auch die Meinung Herculanos. Bei ihm war hiermit zugleich der Vorschlag verbunden, über die Emphyteuse « Kleineigentum » für jedermann zu schaffen beziehungsweise durch landwirtschaftliche Banken (*caixas económicas*) Vermögen breiter zu streuen. Wo Eigentum schlecht verteilt sei, dort liege Kapital und Arbeit in offener Fehde - « Mas que há entre nós que tenha semelhança com tal estado de coisas » ⁽³⁶⁵⁾. Während von Oliveira Marreca ⁽³⁶⁶⁾ die Gleichung Maschinisierung ist Pauperisierung im Interesse des sich langsam entwickelnden Industriebürgertums bekämpft wurde, mußten also bei Seabra und Herculano die Industrieländer als Kontrast her-

⁽³⁶⁴⁾ Cf. SEABRA, *ibid.*, p. 132 Note b 2, 80-83 und 75 Note i 1.

⁽³⁶⁵⁾ Alexandre HERCULANO, *Da Instituição das Caixas Económicas* (1844), in HERCULANO, *Opúsculos*, I, Lisboa, s.a., p. 173-175.

⁽³⁶⁶⁾ MARRECA, *Economia Política* (N. 112), p. 38, 42-43.

halten, um die eigene Situation zu beschönigen. Einerseits war die Isolierung Portugals gleichermaßen Utopie wie die unter dem vielsagenden Titel « Felicidade pela Agricultura » von Antonio Feliciano Castilho zusammengestellten und als solche ausdrücklich charakterisierten sozialreformerischen Skizzen der Jahre 1848 bis 1849 ⁽³⁶⁷⁾. Andererseits handelt es sich um den Versuch, der mit fortschreitender Industrialisierung heraufziehenden Proletarisierung zu entgehen. Der von Seabra so oft befragte französische Rechtsphilosoph Belime wußte, warum er die « paysans robustes et paisibles » den « operatives de Manchester » vorzog: « C'est dans les grands centres industriels que se propagent les doctrines du communisme » ⁽³⁶⁸⁾.

Darüber darf nicht vergessen werden, daß hiermit zusätzlich strategischer Weitblick bewiesen wurde. Seabra hielt aus seiner Sicht Indifferenz gegenüber den spezifischen Problemen der relativ hochindustrialisierten Länder für falsch. Deren Fehler seien vielmehr Schulbeispiele - « pois pôde ensinar-nos a prevenir com facilidade males, que mais tarde teriam difficil remedio » ⁽³⁶⁹⁾. Schließlich habe sich Rechtsphilosophie auch um die Konsequenzen ihre Prinzipien zu kümmern ⁽³⁷⁰⁾. Ohne diese überflüssige Rechtfertigung — allenfalls symptomatisch für ständige Versuche, Realität bis zur Unkenntlichkeit zu sublimieren — stimmte Seabra mit dem Nationalökonomem Forjaz ⁽³⁷¹⁾ darin überein, daß die Modelle industriellen Wachstums wegen ihrer allgemeinen sozialen Entwicklung für Portugal nur beschränkt Muster sein dürften. Schlußfolgerung: aus der Sicht eines Landes dritter Ordnung ⁽³⁷²⁾ waren schon jetzt entsprechende Präventivmaßnahmen zu planen.

⁽³⁶⁷⁾ Antonio Feliciano CASTILHO, *Felicidade pela Agricultura*, I², Lisboa, 1908, p. 14; zur paradigmatischen Bedeutung dieses Werks jetzt CABRAL, *Capitalismo* (N. 13), p. 155-157.

⁽³⁶⁸⁾ BELIME, *Philosophie du droit* (N. 27), I, p. 288.

⁽³⁶⁹⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 87.

⁽³⁷⁰⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 100-101.

⁽³⁷¹⁾ FORJAZ, *Systema Industrial* (N. 176), p. 256.

⁽³⁷²⁾ Cf. Alexandre HERCULANO, *Os Caminhos-de-ferro e a Política*, in *O Portugal* N. 8 vom 18.4.1853, jetzt auch in SARAIVA, *Herculano* (N. 48), p. 100.

Im Überblick hatte Seabra hiervon jedoch Vorstellungen, die die eigene Position auszubauen, mithin einen grundlegenden Wandel zu verhindern geeignet waren. Das, was er mit Fourier « sociedade harmonica » nannte, war seinen Worten zufolge hauptsächlich eine Frage des gerechten Verteilungsschüssels - « que este mal só poderá ser attenuado, pois que remedial-o de todo nos parece impossivel, fazendo desaparecer aquella contradicção, e procurando uma distribuição de haveres menos desigual na mais justa retribuição do trabalho, origem fundamental de toda a riqueza ». Exzessive Disproportionalität der Vermögen sei des Übels Kern, ein ideales Feld revolutionärer Agitation: « que a grande desproporção de fortunas é um mal gravissimo, e a verdadeira causa do estado de agitação, tortura e descontentamento, que por toda a parte se observa de um modo mais ou menos sensivel ». Als Auflösung wurde die Zukunftsvision einer arbeitsteiligen Kooperation von Arbeit und Kapital versprochen, bei der eine proportionale Distribution nicht ausgeschlossen wäre: « e que sómente pela associação do capital, do trabahlo e do talento, e distribuição proporcional dos seus proveitos poderemos conseguir tão importante resultado »⁽³⁷⁸⁾. Daraus wird die Identifikation von Arbeit mit ihrem Produkt, von Eigentumstheorie und Gesellschaft einsichtig. Demzufolge liegt hierin weit mehr als theoretische, gar nur terminologische Bereinigung. In Wahrheit zeigt sich die ohnehin tragende gesellschaftstheoretische Entscheidung in einer funktional anderen Konstellation. Stand ursprünglich Differenzierung und Legitimation im Vordergrund, so geht es momentan um faktische Sicherung. Die soziale Konfliktsituation wird sogar zum Anlaß genommen, Verbürgerlichung voranzutreiben.

Zusammenfassend gesagt propagierte Seabra statt Teilhabe an den Produktionsmitteln, Linderung von Not. Die prinzipiell befürwortete Assoziation von Kapital, Arbeit und Intelligenz verrät im Ansatz, was sich in der Folge bestätigt: Seabra mußte aufgrund des sozialen Drucks handeln, sah sich deswegen aber noch lange nicht genötigt, an seiner Basisentscheidung Abstriche

⁽³⁷⁸⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 116-117.

vorzunehmen. Im Gegenteil: Gemeinschaftsideologie gegen gesellschaftliches Chaos heißt letzterdings Befriedung zwecks Wachstums, d.h. Gewinnmaximierung. Profitieren sollte der, in dessen Interesse diese Strategie entworfen wurde. Kompromißlosigkeit in Fragen des persönlichen Eigentums setzt sich also in der Beseitigung ihrer Störfaktoren fort. Sie wurden umgepolt: aus Gefährdung wird Stabilisierung, Destruktion zu Rekonstitution. Mit *aequitas* hat das — wie behauptet ⁽³⁷⁴⁾ — weniger zu tun denn mit Kalkül. Sozialethik hatte unzweifelhaft einen hohen Stellenwert - freilich als Rechnungsposten. Seabra theoretisierte nur, was allseitig gefordert wurde: Mäßigung, d. h. Abbau anarchischer Konkurrenz zwecks sozialen Friedens. Im Verein mit der Begründung einer spezifisch bürgerlichen Distribution wird seine Eigentumstheorie gerade erst dadurch zur Strategie dieser Klasse, daß er aufgetretene oder zu erwartende Schwierigkeiten in gesellschaftlicher Praxis rational einfiel beziehungsweise antizipierte, um sie in positive Korrekturen zu verwandeln. Bei ihm waren die « *conseils sauveurs* » eines Louis Blanc nicht auf taube Ohren gestoßen; er hatte ihn beim Wort genommen: « *Voilà pourquoi, en prenant en main la cause du peuple, je me porte hautement le défenseur de la bourgeoisie* » ⁽³⁷⁵⁾.

Neben dem Assoziationsgedanken hatte Seabra freilich noch zwei weitere Antworten auf die soziale Frage parat. Auf den Schutz des Kleineigentümers und eine praxisorientierte Schulbildung für alle soll eingegangen werden, bevor der Grundsatz der Organisation der Arbeit zu Ende diskutiert wird. Beide Komplexe schärfen den Blick für den anvisierten Verbund von Arbeit und Kapital. Sie komplettieren den Bezugsrahmen angeblich gleichmäßig reichtumsmehrender Arbeitsteilung; erleichtern die Zuordnung in das Gesamtkonzept einer formal freien und gleichwohl organisierten, ökonomisch effizienten Leistungsgesellschaft.

Der ideologische Charakter beider Propositionen folgt allein schon daraus, daß sie dazu bestimmt waren, den « *direito ao*

⁽³⁷⁴⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 50.

⁽³⁷⁵⁾ LOUIS BLANC, *Le socialisme. Droit au travail. Réponse à M. Thiers*, Bruxelles, 1848, p. 29; diese Schrift wird ausdrücklich zitiert etwa bei SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 116 Note n° 1 - also anläßlich der Diskussion des Assoziationsprinzips.

trabalho » zu entlasten, also Seabras liberales Eigentum loszusprechen. Hiermit vermeinte er namentlich Louis Blanc entgegenzutreten zu können, der mit dem Recht auf den (Arbeits-)Ertrag die gesellschaftliche Verpflichtung zu Bereitstellung von Produktionsmitteln verknüpft habe. Darüber hinaus sollte auf den Blancschen Vorwurf geantwortet werden, der eigentliche Produzent werde mit einem zum Existenzminimum hin tendierenden Lohn abgespeist ⁽³⁷⁶⁾. Anders ausgedrückt, Profithöhe war streitig, als sich Seabra gegen Monopolisierung von Eigentum und für eine verbesserte öffentliche Erziehung aussprach, deren Leitmotiv das praktische Berufsleben zu sein hätte ⁽³⁷⁷⁾.

Mitnichten kann Seabra als der Apologet des Kleineigentums im zeitgenössischen Portugal gelten. Klassischer Propagandist der Parzellierung war Herculano. Furcht vor Proletarisierung auf dem Lande mit den hieraus resultierenden Unruhen ließ ihn unablässig gegen kurzsichtige Latifundisten streiten. Zwischen der genannten Schrift zur genossenschaftlichen Organisation ländlicher Kreditinstitute von 1844 und seinen Briefen an Carlos Bento da Silva zur Emigration (1873-1875) trat er unermüdlich dafür öffentlich ein ⁽³⁷⁸⁾. An seiner Seite standen im Laufe der Jahre etwa Oliveira Marreca ⁽³⁷⁹⁾, Silva Ferrão mit einem Projekt zur Aufteilung der Baldios ⁽³⁸⁰⁾ und Henriques Nogueira mit der Forderung nach kommunalen Landvergaben an arbeitslose Industriearbeiter ⁽³⁸¹⁾.

⁽³⁷⁶⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 73 ss., 81; Rekurs insbesondere auf Louis BLANC, *Organisation du travail. Association universelle. Ouvriers - chefs d'ateliers - hommes de lettres* (1839), Paris, 1850.

⁽³⁷⁷⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 87-88.

⁽³⁷⁸⁾ Cf. auch Alexandre HERCULANO, *Sobre a Questão dos Forais* (1858), in HERCULANO, *Opúsculos*, VII, Lisboa, s.a., p. 287-288: « Para mim o grande meio de progresso na culturação do País, da melhor distribuição da população, do melhoramento dos classes laboriosas, do chamamento do proletário ao gozo da propriedade, e por ela aos bons costumes e ao amor da família e da pátria, é a enfiteuse. A meus olhos é o unico meio de obstar aos inconvenientes da divisão infinita do solo, e ao mesmo de combater os males que resultam da existencia dos latifúndios amortizados, esterilizados pela instituição vincular ».

⁽³⁷⁹⁾ Cf. SA, *Liberalismo* (N. 105), p. 208-209.

⁽³⁸⁰⁾ FERRÃO, *Repertorio* (N. 66), II, p. 136-137.

⁽³⁸¹⁾ J. F. H. NOGUEIRA, *Estudos sobre a Reforma em Portugal*, Lisboa, 1851, p. 241-245.

Aus dieser Motivation wie vor allem bei Herculano wird ersichtlich, welche Funktion dem Kleineigentum zugehört war. Hatte Nogueira krisenanfälliger Industrie auf Kosten der Arbeitnehmer ein Ventil gesucht, bewegten Herculano sozialer Frieden im Sinne ungetrübten Eigentums genusses. Konkret gesprochen: Herculano war um Mitstreiter gegen die anbrandende sozialistische Doktrin bemüht, die sich obendrein mit einem Sold (= Lohn) begnügten, der für sie nur Zugeld wäre ⁽³⁸²⁾. Aller Erfahrung nach würde kleines ländliches Grundeigentum verlässlichster Garant eines harmonischen Kapitalismus sein, weil unreflektierte Präferenz selbst für den bescheidensten Besitz zudem auch noch billig zu befriedigen sei. Wie Gutelman am Falle Mexikos zeigte, vertragen sich Bodenaufteilung und fortschreitende kapitalistische Produktionsweise durchaus ⁽³⁸³⁾. Die zu erwartende Ausweitung des Binnenmarktes, ein vergleichsweise preiswertes Reservoir an Arbeitskräften und überdies die Beruhigung des sozialen Klimas sprachen dafür ⁽³⁸⁴⁾, als Seabra mit dem Verdikt gegen Eigentumsakkumulation eine scheinbare Konzession machte. Ganz konnte er zwar Bedenken angesichts der offensichtlichen Ineffizienz nicht unterdrücken - der eigene Grund dürfte doch kaum mehr abwerfen als ersatzweise Lohnarbeit ⁽³⁸⁵⁾. Dennoch blieb er gegen Louis Blanc dabei, war sogar besorgt — allerdings vor allem im Interesse anderer Darlehnsnehmer —, daß Banken Kleineigentümer nicht übervorteilten und der Staat hierüber wache ⁽³⁸⁶⁾.

⁽³⁸²⁾ Cf. insbesondere Alexandre HERCULANO, *A Emigração (September 1874)*, in HERCULANO, *Opúsculos*, IV^o, Lisboa, s.a., p. 185 und 188-189: « O generalisar a propriedade rustica; ligar o salario, que se recebe, com o dominio, que se exercita, não é só privar de adeptos as doutrinas dissolventes: é recrutar soldados para a manutenção da paz e da boa ordem. Desde que o trabalhador rural achar no producto liquido da sua fazendinha um complemento mais ou menos amplo do jornal; ou, antes, desde que não considerar o jornal senão como complemento desse producto, a negação da propriedade individual, longe de o lisongear, ha de irritá-lo, e os apóstolos da demolição social farão bem em não evangelisar deante d'elle a lei nova, porque o trabalhador do campo é naturalmente rude ».

⁽³⁸³⁾ GUTELMAN, *Réforme* (N. 12).

⁽³⁸⁴⁾ Zutreffend: CABRAL, *Capitalismo* (N. 13), p. 181.

⁽³⁸⁵⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 99.

⁽³⁸⁶⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 123, 132 Note b 2.

Volkserziehung als Äquivalent für vorenthaltenen Gewinn und Bürge größeren Profits aufseiten des Produktionsmitteleigners schien nicht nur Seabra eine gelungene Kombination. Zeitgenössisches Bürgertum erblickte hierin geradezu die Patentlösung. Neben dem, was man « organização do trabalho » nannte und bei Seabra auf Assoziationsversuche von Produzent und Kapitalist hinausläuft, schien Bildung der Schlüssel zum Erfolg: « Depois da organização do trabalho, esta grande, esta primeira necessidade da epocha, ha uma questão acima de todos os principios... é a instrucção, o ensino do povo. Depois do pão do corpo o pão do espirito » ⁽³⁸⁷⁾. Vieira schätzte damit ihren Stellenwert in dem Grad richtig ein, wie er mit dem versprochenen Brot für Leib und Seele über die eigentlichen Perspektiven hinwegtäuschte.

Nicht allein Seabra war mit der unverhüllt technischen Orientierung derart reorganisierten Erziehungswesens offener. Der Conde de Casal Ribeiro, früher Sozialist, jetzt Minister, dankte interessanterweise dem 1853 in Lissabon gegründeten « Centro Promotor dos Melhoramentos das Classes Laboriosas » ungeschminkt deswegen für seine erzieherische Arbeit, weil diese geeignet gewesen sei, gefährliche soziale Spannungen zu dezimieren - « Formando para ilustrar as classes trabalhadoras pondo termo a certos preconceitos e antagonismos sempre perniciosos... » ⁽³⁸⁸⁾. Und Freude über die Gründung eines Arbeitervereins mit dem vielsagenden Namen « Liga dos Interesses Industriaes » bei der « Revista Universal Lisbonense » wird nur zu verständlich, wenn man dessen Statuten liest: keine Politik; dafür Instruktion — selbstredend außerhalb der Arbeitszeit — in Französisch, Englisch, technischem Zeichnen; eine öffentliche Bibliothek und Ausstellung zur Förderung der Kenntnisse über ausländische Erfindungen, zur Entwicklung der « interesses materiaes » und zur Unterstützung des Assoziationsgedankens bei Arbeit und Kapital ⁽³⁸⁹⁾. Damit seien zugleich die bekannteren Beispiele der « Associação Promotora da Educação Popular » (1856), der Herculano zu verdankenden

⁽³⁸⁷⁾ Custodio José VIEIRA, *Instrucção Publica*, in *A Esmeralda* 1 (1850), 9.

⁽³⁸⁸⁾ Cf. CABRAL, *Capitalismo* (N. 13), p. 170.

⁽³⁸⁹⁾ Cf. den anonym publizierten Artikel *Instrucção dos Operarios*, in *Revista Universal Lisbonense* 8 (1848-1849), 505-507.

« Associação Promotora da Educação do Sexo Feminino » (1858) und der « Associação da Civilização Popular » (1859) gekennzeichnet ⁽³⁹⁰⁾. Was anderorts mit der gegenwärtigen repräsentativen Regierungsform legitimiert wurde, aber sich auch da bald als zeitgenössische Anpassung an die ökonomischen Bedürfnisse herausstellt — « Mas a instrução carece de ser adaptada ás circumstancias peculiares da nossa fórma de governo na esphera economica » ⁽³⁹¹⁾ —, war dort wie hier bei Seabra ⁽³⁹²⁾ Sache des Staates. Praktische Erziehung war zu wichtig, als daß man sie Kirche oder der Willkür der Gemeinden auslieferte. Auf jeden Fall habe die sogenannte klassische Erziehung zurückzutreten. Seien wir doch politisch klug, meinte Rebello da Silva am selben Ort: weniger Akademiker zugunsten eines verfassungstreuen, auf Industrie und Landwirtschaft bedachten Unterrichts für alle bedeutet zugleich Herabsetzung der Gefahr, daß arbeitslose Intelligenz zum Unruheherd wird ⁽³⁹³⁾. Masse würde in dem Maß nützlich, in dem diejenigen, die sie darüber hätten aufklären können, von Anfang an daran gehindert wurden. Umorientierung und Ausbau des Erziehungswesens waren folglich ein Politikum ersten Ranges ⁽³⁹⁴⁾. Stets waches bürgerliches Interesse an jeder noch so kleinen statistischen Verbesserung nimmt dann kaum wunder ⁽³⁹⁵⁾.

Eines war aus dieser Sicht unbestreitbar: Produktivitätssteigerung in Landwirtschaft, Handel und Industrie hing untrennbar von einer Bereicherung des Wissensstandes über technische Innovationen, neue Anbaumethoden etc. ab. Analphabetismus

⁽³⁹⁰⁾ Cf. FRANÇA, *Romantisme* (N. 79), p. 367.

⁽³⁹¹⁾ L. A. REBELLO DA SILVA, *Instrução Publica*, in *A Esmeralda* 1 (1848), 355, 356 (« E preciso que a instrução se regule pelas necessidades actuaes e pelas condições economicas do paiz »).

⁽³⁹²⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 88.

⁽³⁹³⁾ « Emendemos este erro: sejamos logicos e estadistas; e não esqueçamos que é não só justo mas politico diminuir o numero das altas habilitações que por falta d'emprego se tornam descontentes e turbulentas, e dilatar a educação do povo pelo ensino constitucional, industrial, e agricola » (SILVA, *Instrução* (N. 391), p. 356).

⁽³⁹⁴⁾ Cf. auch zum politischen Stellenwert Adrião FORJAZ, *Introdução*, zu *O Instituto* 1 (1853), 2; und M., *ibid.*, p. 11.

⁽³⁹⁵⁾ SILVA, *Instrução*, p. 356-357; ähnlich Marcelino de Matos und Nogueira - cf. SÁ, *Liberalismo* (N. 105), p. 257, 273.

selbst bei größeren Grundeigentümern machte alle Zukunftspläne zunichte. Abhilfe tat dringend not. Daneben wiederholen sich Ende der vierziger Jahre Forderungen nach Mustergütern, Landwirtschaftsschulen, Kursen zur technischen Weiterbildung ⁽³⁹⁶⁾. Insgesamt gesehen geriet Erziehungspolitik in ein «recycling», wo industrielle Prosperität und erhöhter Konsum dank besserer Produkte, idealiter jeder Konsument als Produzent die Richtung bestimmten. Auch insoweit hatte Nationalökonomie in Oliveira Marreca vorformuliert ⁽³⁹⁷⁾, was 1850 mit dem Leitwort von der Erweiterung der «conhecimentos uteis» gemeint war. Gerade über Erziehung sollte Sozietät zur Arbeitsgesellschaft werden - und degenerierte doch nur zur produzierenden. Gefragt war der «cidadão util» ⁽³⁹⁸⁾. Angestrebt wurde eine Gemeinschaft, in der der Schutz immaterieller Güter aus der Verwendung materieller Instrumente folge; in der Musik und Theater nur soweit gefördert werden dürfen, als der Nutzenpunkt veranschlagt würde; und in der selbst Familienleben oder Zölibat hiernach zu beurteilen sei ⁽³⁹⁹⁾. «Trabalha e poupa», arbeite und spare, beginnt ein Artikel über Volkserziehung in der «Revista Popular» von 1848 ⁽⁴⁰⁰⁾. Und ein «Hymno ao trabalho» in der Eröffnungsnummer der bedeutendsten Kulturzeitschrift des Landes nahm den Ton auf, den kurz zuvor Rebello da Silva angegeben hatte: «O trabalho e a economia fazem milagres, e devem ser os deoses tutelares do nosso culto» ⁽⁴⁰¹⁾. Askese wurde solcherart überhöht, obgleich oder gerade weil Professionalisierung der Bildung für die «classes mais numerosas» nach Oliveira Marreca Glück im Schatten der Arbeit bedeutet, laut Ribeiro da Costa unerläßliche

⁽³⁹⁶⁾ Cf. etwa das Schreiben eines Agronomen aus dem Alentejo an die *Revista Universal Lisbonense* (7 (1847-1848), 75); José Maria GRANDE - João d'ANDRADE CORVO zur Publikation eines *Guia e Manual do Cultivador* (*A Epoca* 1 (1848), 81); den anonymen Artikel *Instrução Popular* in der *Revista Popular*, 1848, p. 66-67.

⁽³⁹⁷⁾ MARRECA, *Economia Politica* (N. 112), p. 81, 110.

⁽³⁹⁸⁾ HERCULANO (*Missão*) (N. 181), p. 56.

⁽³⁹⁹⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 188-189.

⁽⁴⁰⁰⁾ (ANONYM), *Educação Popular*, in *Revista Popular*, 1848, p. 115.

⁽⁴⁰¹⁾ Cf. die Hymne von H. O'NEILL, in *O Instituto* 1 (1853), 21-22; L. A. REBELLO DA SILVA, *Industriaes e Sciencias*, in *A Epoca* 2 (1849), 344.

Schulung breiter Bevölkerungsschichten in politischer Ökonomie diese zu Rücklagen für wirtschaftliche Krisen bewegt ⁽⁴⁰²⁾. Misere sollte sich selbst bezahlen - unter dem beherrschenden Aspekt der Rentabilität nur allzu einleuchtend. Erziehung wurde von der sozialen Gefahr eingeholt; Expropriation zu gesteigerter Appropriation.

Zentral antwortete Seabra auf gesellschaftliche Instabilität unter dem sozialistisch okkupierten Modewort von der Arbeitsorganisation (*organização do trabalho*). Dieser Komplex wiederum resultiert aus dem Scheitern der Lohnhöhediskussion. Nachdem Seabra bekanntlich dem Produzenten das Produkt abgeschlagen hatte, war er grundsätzlich konzilianter als ungetrübter Liberalismus gewesen: nicht das Existenzminimum, vielmehr der (Handels-)Wert des Produkts — so er feststände — hätte den Umfang des Lohns zu bestimmen. Dieses Zugeständnis war freilich bald rückgängig gemacht und statt dessen alles dem freien Vertragsschluß überantwortet worden. Denn, wie zu erwarten, wäre zwecks Schlichtung von Streitigkeiten über den Produktwert allein staatliche Autorität in Frage gekommen. Einmischung von dieser Seite in ureigenste private Bereiche war aber prinzipiell unerwünscht ⁽⁴⁰³⁾.

Seabra war indes Realist genug, um zumindest bei Arbeitskräfteüberangebot ein Abgleiten derart ausgehandelter Löhne auf das strikte Minimum vorauszusagen; bei hinzutretender Krankheit soziales Elend zu prophezeien. Erschwerend käme hinzu — worauf sozialistische Kritik an der augenblicklichen Wirtschaftsordnung ohne Unterlaß hingewiesen habe —, daß illimitierte Konkurrenz den Arbeiter unmittelbar treffe. So sei er besonders dann tangiert, wenn der Unternehmer aus Expansionsgründen die Löhne senke oder bei Warenschwemme ihn entlassen müsse. Folge wäre eine Störung der sozialen Harmonie, d. h. Rückgang der Prosperität. Deswegen jedoch das Konkurrenzprinzip zu verabschieden, wäre ebenso töricht. Reorganisation des Verhältnisses von Kapital und Arbeit war infolgedessen ge-

⁽⁴⁰²⁾ MARRECA, *Considerações* (N. 260), p. 134-135; COSTA, *Interesses Materiaes* (N. 212), p. 186 (richtiger: 177).

⁽⁴⁰³⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 90-91, 100.

boten - oder: Seabra hatte sich die soziale Frage aufgegeben ⁽⁴⁰⁴⁾. Damit hatte er sich denen zugesellt, die geistesgeschichtlich gesehen eine Neuformulierung des « Laissez-faire » - Prinzips suchten; historisch betrachtet die Disjunktion von Proletariat und Kapital aufzuhalten gewillt waren. Zu Recht erblickte Seabra wie andere hierin das Kardinalproblem seiner Epoche ⁽⁴⁰⁵⁾.

Wie angedeutet plädierte Seabra in Auseinandersetzung mit Fichte ⁽⁴⁰⁶⁾, Fourier und Blanc letztlich für den Assoziationsgedanken, zulasten einer autoritären Lösung. Fouriers Vorschlag freier Verbindungen analoger Interessen hätte den Vorzug, vom Staat nicht mehr zu verlangen, als Individuen zu leisten vermöchten. Nur verweigerte Seabra Fourier im Detail die Gefolgschaft, Weltfremdheit war ihm ein Greuel ⁽⁴⁰⁷⁾. Sein dritter Diskussionspartner war schließlich Louis Blanc und dessen von Thiers attackierte Thesen zur « Organisation du travail » ⁽⁴⁰⁸⁾. Aber auch hier monierte er mangelnden Realitätssinn. Verluste beim Aufkauf defizitärer Fabriken hätte letztlich der Bürger zu tragen. Überdies sei unerfindlich, wie Einheitspreise international festgelegt werden könnten, eine überbetriebliche Preisverwaltung wie ein staatlich eingesetzter Oberingenieur für jeden Industriezweig fern von Interessenkonflikten agieren sollten. Blicke positiv zu werten, daß die sozialen Reformen Fouriers und Blancs im Grunde die Individualrechte respektierten und auf freier Vereinbarung fußten.

Diese Quintessenz gelte es — wie erwähnt — auf das Verhältnis von Kapital, Arbeit und Intelligenz zu übertragen, um vermöge einer so gearteten Arbeitsteilung die gesellschaftlichen Mißstände zu beseitigen. Aus welchen Gründen aber Seabra dieses System letztendlich favorisierte, wird im Lichte seiner sonstigen

⁽⁴⁰⁴⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 100-103.

⁽⁴⁰⁵⁾ Cf. aus dem engeren Kreis um Seabra zur Bedeutung von Arbeitsorganisation: REYBAUD, *Réformateurs* (N. 153), p. 5; VIEIRA, *Ecco dos Operarios* (N. 79), p. 89.

⁽⁴⁰⁶⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 104-109.

⁽⁴⁰⁷⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 109-113.

⁽⁴⁰⁸⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 113-129; cf. zu Blanc insbesondere BLANC, *Organisation du travail* (N. 77), p. 76-77, 91-93; zu Thiers etwa: Adolphe THIERS, *De la propriété*, Paris, 1848, p. 192 ss., 201 ss.

Reaktionen auf die soziale Gefahr verständlich. Ausdrücklich von ihm genannt werden neben Unverletzlichkeit individueller Rechte, also Besitzstandswahrung, Leistungsanreiz und Beibehaltung des Konkurrenzprinzips, mithin eine Gesellschaft unter ökonomischem Diktat ⁽⁴⁰⁹⁾. Implizit hätte es sich um Gemeinschaften gehandelt, bei denen auch fernerhin Arbeit als fremdbestimmte zu leisten gewesen wäre. Da nämlich an den realen Kräfteverhältnissen zwischen Produktionsmitteleigner und Lohnabhängigem, zwischen « fabricante » und « operario » (Industrie) oder « propietario » und « trabalhador » (Landwirtschaft) nichts geändert werden sollte, ist die Losung von der Assoziation Negierung der tatsächlichen Gegensätze. Derartige Mystifikation erfolgte zum Zweck reibungslos funktionierender Wirtschaft, in der jeder seinen Part und das um so wirkungsvoller zu spielen hätte. Mit Sicherheit versprach die Rollenverteilung auf Planung (Intelligenz), ihre Realisation (kapitalistischer Unternehmer) und manuelle Ausführung (Arbeiter) - « conceber, applicar, e executar », wie Oliveira Marreca die drei Operationen industrieller, reichtum-schaffender Arbeit nannte ⁽⁴¹⁰⁾ — allseitige Steigerung der Fähigkeiten und Fertigkeiten. Vornehmlich stand aber ein störungsfreies Zusammenspiel zum Preis eines « lucro razoavel » des Kapitalisten in Aussicht ⁽⁴¹¹⁾ — das heißt: geringer Verzicht würde zum Garanten sich kontinuierlich akkumulierenden Kapitals. Die proportionale Gewinnverteilung, mit der Seabra einzig an dieser Stelle kokettierte, erfährt hieraus ihre erste Einschränkung. Abgesehen davon, daß er damit ein weiteres Mal zu erkennen gab, was er ansonsten dem Produzenten vorenthielt, muß die Ausschüttungsquote auch keineswegs der Realität entsprechen. Dafür sei nur erinnert an die (Über-)Bewertung unternehmerischer Leistung, seines Risikos und die von Seabra in diesem Zusammenhang aufgeführten, wenn auch nicht im einzelnen gebiligten $\frac{4}{12}$ des Kapitals gegenüber $\frac{5}{12}$ der Arbeiter und $\frac{3}{12}$ der Intelligenz nach dem Vorschlag Fouriers ⁽⁴¹²⁾. Also selbst bei

⁽⁴⁰⁹⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 117.

⁽⁴¹⁰⁾ MARRECA, *Economia Política* (N. 112), p. 18.

⁽⁴¹¹⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 131.

⁽⁴¹²⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 111-112.

einer sogenannten anteilmäßigen Aufteilung kündigt sich trotz aller Unbestimmtheit der Quotelung an, daß den profitträchtigen sozialen Frieden eine bestenfalls zum lohnabhängigen Kleinkapitalisten avancierte Arbeiterschaft zu zahlen gehabt hätte. In der Funktion ähnelt dieser Vorschlag demjenigen Herculanos: wie dort mittels ländlicher Parzellierung sollte hiermit gewinnbeeinträchtigender extremer Proletarisierung die Spitze abgebrochen werden - ohne das System an sich in Frage zu stellen, um es vielmehr zu festigen.

Daß zudem Übereinstimmung mit Religion, Moral, Recht und einer gesunden Politik (*sã politica*) konstatiert wurde, half wenig. Seabra hielt es für nötig, den Assoziationsgrundsatz zunächst experimentell erproben zu lassen. Mit Eigentum dürfe nicht spekuliert werden. Fänden sich Gerechtigkeitsbesessene, vielleicht sogar «*capitalistas*», dann würden ihre Versuche den ökonomischen Nutzen erweisen. Für den Augenblick sähe er indessen nur eine Lösung: eine effizientere staatliche Armenhilfe - «*Se a retribuição desigual e insufficiente do trabalho, se a concorrência contribue para a descommunal distribuição das riquezas, - é á sociedade, que o tolera, e que em geral utiliza com a ordem estabelecida, que pertence emendar e corrigir os seus inconvenientes*». Es ist deshalb genauso müßig, die eine oder andere (gute) Absicht zu unterstellen, wie es sinnlos wäre, an der Glaubwürdigkeit Seabras zu zweifeln. Objektiv beließ er es jedenfalls bei der Vision. In einer fernen Zukunft hätte er sich mit einem ausgewogeneren Verteilungsschlüssel abgefunden, weil er diesen angesichts der aktuellen sozialen Frage für opportuner hielt. Einschlägigen zwischenzeitlichen Unternehmungen von privater Seite wollte er sich nicht sperren. Gleichwohl entschied er sich im Augenblick dezidiert gegen eine totale Reorganisation nach dem Assoziationsprinzip. Momentan schienen ihm offensichtlich solche Konzessionen noch verfrüht, obwohl sie doch nur korrigiert, nicht grundlegend geändert hätten. Solange ein systemadäquateres, weil weniger tangierendes Instrumentarium in Sicht war, griff er hierauf zurück. Die Zukunft würde weisen, ob man darüber hinaus nachgeben müsse. Nach langer Diskussion somit die scheinbare Kapitulation: außergewöhnliche öffentliche Hilfsmaßnahmen bei Wirtschaftskrisen; Wohlfahrtseinrichtungen für alte und kranke Ar-

beiter wie für armer Leute Kinder- und der Verweis auf eine Literatur vom Schlage einer « Economie politique chrétienne » des Vicomte Alban de Villeneuve-Bargemont ⁽⁴¹³⁾. Und selbst in der geforderten Neuorganisation überkommener benefiziärer Anstalten reproduziert sich strategischer Kalkül. Indem Seabra gegen Spekulationen mit dem zur Armenpflege anvertrauten Grundbesitz zu Felde zog und gleichzeitig den Staat davor warnte, der Armen Patrimonium zu enteignen, setzte er sich für einen letzten Ausweg ein. Also auch insoweit wurden keine Anstrengungen gescheut, Eigentum und damit Profit zu gewährleisten. Denn, wolle etwa die Regierung Hand an diese Einrichtungen legen, riskiere sie, was in England und Frankreich hierauf folgte: die Revolution ⁽⁴¹⁴⁾.

« A caridade é uma grande consoladora: o amor do proximo é um bom, é um nobre amigo nas horas da angustia » ⁽⁴¹⁵⁾. Diese Angst, die Andrade Corvo 1848 am Ende seines Artikels über karitative Einrichtungen ansprach, schnürte dem Bürger die Kehle zu. Es half wenig, sich darüber hinwegzutäuschen. Trotz der Hinweise auf größeres Elend in den Industrieländern, Durchlässigkeit der gesellschaftlichen Barrieren und Hilfsbereitschaft der Wohlhabenden hatte Andrade Corvo mit diesem Appell an personelle wie kollektive Angst geschlossen. Und beängstigend war durchaus, was etwa zur selben Zeit die « Junta Geral » des Distrikts Lissabon zu melden hatte. Danach sei die Stadt von Bettlern überschwemmt, ihre Zahl steige, aus allen Teilen des Landes kämen noch Tausende hinzu ⁽⁴¹⁶⁾. Hiergegen — wie am

⁽⁴¹³⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 131-134; ebenfalls für Villeneuve, FORJAZ, *Systema industrial* (N. 176), p. 256 (« Bargemont, auctor d'uma excellente obra - Economia politica christã; denominou — eschola franceza a d'estes escriptores, humanos e caridosos, em contraposição á — ingleza; ... »); gedacht ist an Jean-Paul ALBAN DE VILLENEUVE (dit le Vte. de Villeneuve-Bargemont), *Economie politique chrétienne, ou recherches sur la nature et les causes du paupérisme en France et en Europe, et sur les moyens de le soulager et de le prévenir*, Paris, 1834, Bruxelles, 1837.

⁽⁴¹⁴⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 132 Note b 2.

⁽⁴¹⁵⁾ JOÃO D'ANDRADE CORVO, *Instituições de Beneficiencia*, in *A Epoca* 1 (1848), 388 (Zitat), 384.

⁽⁴¹⁶⁾ Bericht vom 5.12.1848, publiziert in *Revista Universal Lisbonense* 8 (1848-1849), 63.

selben Ort vorgeschlagen — mit Arbeitshäusern einzuschreiten, die Arbeitsfähigen unter den Miserablen in den Produktionsprozeß einzubeziehen, zeigt die repressive Seite, die in diesem Zusammenhang jedoch nur als weiteres Zeichen dafür gewertet werden soll, wie man die drohende soziale Situation mit welchem Mittel auch immer in den Griff zu bekommen suchte.

Typischer sind hingegen Erwägungen von der Art Seabras, mit Hilfe eines verbesserten, staatlich dirigierten Wohlfahrtsystems die schlimmsten Übel abzufangen - das Gesamtsystem zu stabilisieren. Neben ihm waren sich beispielsweise Ferrer ⁽⁴¹⁷⁾, aber auch kleinbürgerliche Sozialisten ⁽⁴¹⁸⁾ darin einig, daß Effizienzkontrolle bisheriger Einrichtungen und Neugründungen dringend not täten. Gemeinsam begrüßte man zwar philanthropische Veranstaltungen wie diejenige anlässlich der Lissaboner Industrieausstellung, bei der Waisen und Bettler ihre Gönner priesen und der Gesang diese zu Tränen rührte ⁽⁴¹⁹⁾. Vorgezogen wurden freilich hilfstätige Vereinigungen. So erregte besonderes Aufsehen die 1848 von den ersten Damen Portugals gegründete « Associação Consoladora dos Afflictos ». Alles was Rang und Namen hatte war vertreten; die Liste der Zeichnenden gleicht in etwa derjenigen des Adelsregisters im erwähnten Almanach, ergänzt durch weitere wirtschaftlich und politisch einflußreiche Familien ⁽⁴²⁰⁾. Mit Wohlwollen betrachtete der schon öfters zitierte

⁽⁴¹⁷⁾ FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 74 Note b.

⁽⁴¹⁸⁾ Cf. SA, *Liberalismo* (N. 105), p. 261, 273, 286.

⁽⁴¹⁹⁾ So ausdrücklich der Bericht in der *Revista Universal Lisbonense* 9 (1849-1850), 107; hierzu ebenfalls: S. J. RIBEIRO DE SA, *Caridade Popular*, in *Revista Universal Lisbonense* 9 (1849-1850), 85-86 (Industrieausstellung als Fest der Arbeit und der Menschenliebe und: « Quantos invalidos do trabalho - quantos homens que prestarem á industria a sua vida por largos annos, vão agora ser socorridos no Asylo da Mendicidade com o producto deste beneficio! » - unverhohlener Zynismus, der die Mentalität der Spender demaskiert; hierfür als weiteres Beispiel der Bericht von der Totenmesse zu Ehren des Duque de Palmela, dem Förderer nationaler Industrie, zu der einige Fabrikarbeiter zugelassen und 60 Bewohner eines Bettlerasyls befohlen worden waren: « Por esta fórma, as preces dos representantes da Industria Nacional se uniram ás dos invalidos dessa Industria, - por que a vasta intelligencia do Duque e a sua piedosa charidade souberam comprehender como o homem é igual ante Deus e o trabalho » (S. J. RIBEIRO DE SA, *Honra á Memoria do Duque de Palmella*, in *Revista Universal Lisbonense* 10 (1850-1851), 81).

⁽⁴²⁰⁾ Cf. *Revista Universal Lisbonense* 7 (1847-1848), 230-234; zum sprunghaf-

Nationalökonom Forjaz zwei 1849-1850 in Coimbra von Arbeitern gegründete Vereine auf der Basis gegenseitiger Hilfe - «novas necessidades exigem novas especies d'associações» (421). Als beispielhaft galt außerdem das zeitgemäßen Anforderungen — erhellend bezeichnet mit «exigencias da economia e da humanidade» — entsprechende neue Armenasyl Portos von 1848 (422).

Gleichwohl schwebte den Verantwortlichen in erster Linie ein straff gegliedertes, von der öffentlichen Hand kontrolliertes, also wirkungsvolles Fürsorgewesen vor. Optimaler Nutzen verlange zunächst gesicherte Finanzierung. Hierauf wies von Regierungsseite Costa Cabral hin (423). Finanzierungslücken neben einer mangelhaften Organisation des «Conselho Geral de Beneficencia» beklagte auch die «Revista Universal Lisbonense» (424). Im Vergleich zu Frankreich werde die Bedeutung dieses Teils öffentlicher Verwaltung in Portugal immer noch verkannt. Unter Nützlichkeitsgesichtspunkten — fuhr die gleiche Wochenzeitung fort — könne Geld nicht besser angelegt werden. Der Staat habe sich unverzüglich um die Dotierung solcher Einrichtungen, ihre Statuten, deren Verwirklichung zu kümmern; gegebenenfalls Genehmigungen rückgängig zu machen; das Land mit einem Netz von Inspektoren zu überziehen wie eine jährliche Zentralstatistik zur Lage der öffentlichen Wohlfahrt anzufertigen (425).

Parallelität zu den Überlegungen Seabras festzustellen ist weniger aufschlußreich als das gemeinsame Mühen der Besitzenden um Wahrung ihres Friedens zu konstatieren. «Boa Paz e ordem publica» waren die Basis aller Prosperität; konfliktimma-

ten Anstieg der Mitgliederzahlen bis 1849 cf. L. A. REBELLO DA SILVA, *Associação Consoladora dos Afflictos. Relatório e Contas de 1848 a 1849*, in *A Epoca* 2 (1849), 231-233.

(421) ADRIÃO FORJAZ, *Associações de Beneficencia e Instrução em Coimbra*, in *O Instituto* 1 (1853), 23-26, 63-65 (23: Zitat).

(422) Cf. *Revista Popular*, 1848, p. 186.

(423) Cf. COLEN, *Duas Revoluções* (N. 114), II, p. 272.

(424) Cf. S. J. RIBEIRO DE SÁ, *Beneficencia Publica. Asylo de Mendicidade*, in *Revista Universal Lisbonense* 10 (1850-1851), 49-50.

(425) Cf. den anonymen Leitartikel der *Revista Universal Lisbonense* vom 23. 8.1849 unter dem Titel *Beneficencia Publica. Inspeção Superior* (8 (1848-1849), 493-494).

menten Wirtschaftswachstum deren Feind ⁽⁴²⁶⁾. Oliveira Marreca hatte dem Wirtschaftsbürgertum 1838 im Einzelfall vorgerechnet, mit welchem Faktor (sozial-)politische Stabilität neben industrieller Aktivität und-oder Sicherheit des Eigentums zu Buche schlage: die Höhe des Darlehnszinses werde ebenso vom Kapitalangebot wie vom Vertrauen in die Gesamtsituation diktiert; in Krisenzeiten sähen potentielle Darlehnsgeber eher von einer Kreditvergabe ab, als die Summe zu riskieren ⁽⁴²⁷⁾. Das mußte vornehmlich ein Bürgertum überzeugen, dessen Denkkategorien auf Schlüsse dieser Art geeicht waren. Ihm galt denn auch Ruhe und Ordnung als Basis sozialen Zusammenlebens nach seiner *façon*. « Senhores », begann Silva Ferrão sein erstmals unter dem 9. Mai 1849 im *Diário do Governo* publiziertes Gutachten zum Kataster im Hinblick auf einen florierenden Grundstücksmarkt und leistungsfähigeres Kreditwesen, « A primeira condição, e a mais essencial, da existência e perfeição das Sociedades Civis, é a manutenção da paz e ordem pública » ⁽⁴²⁸⁾. Um solche wachstumsfördernde, also profitversprechende soziale Harmonie hatte sich Seabra bemüht. Daß Privateigentum letzten Endes nur über eine gutorganisierte Wohlfahrtspflege aufrechtzuerhalten war, wog die Tatsache auf, daß die Nichtbesitzenden zum Wohl der Besitzenden nicht außer Kontrolle gerieten.

4. Instrumentalisierung von Negation: Zwang durch Kodifikation.

Strategie findet seine natürliche Fortsetzung in Zwang. Wie Negation, so kann Gewalt unterschiedlicher Intensität sein. Sie

⁽⁴²⁶⁾ Cf. SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 102, 279-280.

⁽⁴²⁷⁾ MARRECA, *Economia Política* (N. 112), p. 100; ähnlich MARRECA, *Considerações* (N. 260), p. 134.

⁽⁴²⁸⁾ FRANCISCO ANTÓNIO FERNANDES DA SILVA FERRÃO, *O Cadastro e a Propriedade Predial ou sobre a Questão se a Organização do Cadastro Pode Ter Lugar de Forma que não só Fique Sendo o Tombo da Propriedade Predial, mas Fique Servindo de Seu Título, para Demonstração e Prova do Domínio e Posse e Forneça Base Segura a um Bom Regime Hipotecário. Relatório Annotado Offerecido à Comissão Geral do Cadastro por F.A.F. da Silva Ferrão Ministro e Secretario d'Estado Honorario, Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Membro Honorario do Tribunal do Thesouro Publico etc.* Lisboa — Na Imprensa Nacional — 1849; ediert in ANTONIO JOSÉ DE AVILA et ALII, *Três Relatórios sobre o Cadastro*. Lisboa, 1963, p. 117.

sind insoweit voneinander independent; aber Negation bedarf der Zwangs zwecks Realisierung. Charnay ⁽⁴²⁹⁾ veranschaulicht dieses Verhältnis gegenseitiger (Un-)Abhängigkeit, indem er die möglichen Variationen strategischer Phänomene anhand eines Diagramms aufzeichnet, bei dem Zwang als mehr oder weniger eindringliche Aktion beziehungsweise Funktion von Strategie als verschieden starke Negation des Gegners die Koordinatenachsen abgeben. Dergestalt erzwingt konkretisierte Negation gegnerisches Verhalten, ohne daß etwa Vernichtung Ziel zu sein hätte. Vielmehr verfügt Rationalisierung über die Gesamtskala von Identifikation bis Zerstörung. Unbeeinflußt von dieser Entscheidung: Selbstbestimmung des Gegners wird jederzeit ausgeschlossen.

Angesichts der beschriebenen gesellschaftlichen Antagonismen, ja ihrer drohenden Akzeleration, versprach ein sich neutral gerierender Staat dank seines Machtapparats, die eigenen soziopolitischen Vorstellungen durchzusetzen. Staatliches Agieren würde die in der erarbeiteten Strategie antizipierte politische Lösung unverrückbar für individuelle Aktion fixieren. Es garantierte derart, daß sich der Konflikt unkontrolliert verschärft, mithin zu eigenem Nachteil im Sinne autonomer Entwicklung des Anderen ausufert. Dies um so mehr, als konfligierende soziale Interessen ohnehin im Maß ihrer Opposition auf institutionelle Verfestigung zutreiben und deren Formen hernach den Unterliegenden knebeln, dem Obsiegenden hingegen den errechneten Freiraum bieten. Eine juristische, zumal naturrechtlich konzipierte Gesellschaftsstrategie hat demnach klugerweise ohne Umschweife in eine diesbezügliche Aufforderung an die ihr gewogene Legislative zu münden. Fortan würde Strategie als positives Recht nicht mehr ausschließlich negierender Denkkzusammenhang sein, sondern kraft genereller Bindungsklausel jedermann, zunächst aber den Opponenten hierauf verpflichten. Strategie wäre aus dem Stadium der Reflexion herausgetreten; hätte sich erfüllt, indem sie sich verwirklichte.

⁽⁴²⁹⁾ Cf. CHARNAY, *Stratégie* (N. 83), p. 198; zum «contrainte»-Begriff im Rahmen von Strategie: p. 81-82, 149, 182, 197-198, 213.

Voraussetzung hierfür wiederum ist ein kongruentes Verhältnis zu Staat und Recht. Was Seabras Rechtsverständnis angeht, so ist es dahingehend zusammenzufassen, daß sich Recht vornehmlich durch seinen instrumentellen Charakter auszeichnet: Recht ist unparteiischer Friedenswahrer. In Abgrenzung zur Moral sei es weniger sublim, weil bestimmt, die materiellen Interessen des Menschen vermöge allgemeiner, über den Augenblick hinaus wirkender Gesetze zu regulieren ⁽⁴³⁰⁾. Als solches ist es nach Seabra und Ferrer Existenzbedingung (*condição, meio*) ⁽⁴³¹⁾. Folglich müsse Recht, so es individualistisch begriffen wird und deshalb Kollision impliziert ⁽⁴³²⁾, um des Überlebens willen schlichten.

Eine derartige Rolle dürfe Recht durchaus beanspruchen, da es außerhalb des sozialen Kontexts stehe. Es entstehe spontan, also traditionsfrei ⁽⁴³³⁾; sei überdies unpolitisch und als solches fern allem Zwist der Parteiungen ⁽⁴³⁴⁾. Ähnlich allem öffentlichem Leben nach dem Wunsch der «*Regeneração*» gezielt entideologisiert, wurde somit scheinbar entpolitisiertes Privatrecht zur Aufgabe vorgeblich rein juristischer Technik. Es reihte sich ein in die Front gegen unsäglichen Parteienhader, der vor allem seit den frühen dreißiger Jahren das greifbare Ziel immer wieder vor sich herschob. Jetzt waren alle aufgerufen, zur wirtschaftlichen Regenerierung Portugals beizutragen. Prosperität schlug zwischen den Besitzenden Brücken. Die «*Revista Universal Lisbonense*» machte sich zu ihrem Sprachrohr, als sie Mitte 1850 eindringlich an die Regierung appellierte, auf Landwirtschaft, Industrie und Handel bedacht zu sein, statt sogenannte politische Geschäfte

⁽⁴³⁰⁾ So ausdrücklich SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 65.

⁽⁴³¹⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 7, 9, 14 Note e, 284, 287 («... o Direito é uma condição da existencia, e comprehendendo todos os meios indispensaveis ao cumprimento do seu destino...»); ebenso: FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 86, Note a.

⁽⁴³²⁾ Cf. FERRER, *ibid.*, § 28; zum Wandel der Auffassungen Ferrers von Rechtskollision zu -konkurrenz cf. MONCADA, *Ferres* (N. 72), p. 338 Note 1.

⁽⁴³³⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 305, Note r 7.

⁽⁴³⁴⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 270: Differenzierung von hoher Politik (*alta politica*) und den vorgeblichen Bagatellen des Zivilrechts (*ninharias do Direito civil*) am Beispielfall des Schriffterfordernisses.

zu betreiben ⁽⁴³⁵⁾. Politik wurde als Demagogie abgestempelt ⁽⁴³⁶⁾; folgerichtig stand äußerliches Desinteresse für rationales Verhalten ⁽⁴³⁷⁾. Aus diesem Grund verwarf die « Sociedade Promotora da Industria Nacional » anlässlich ihrer Ausstellung jegliche Parteipolitik und forderte statt dessen Zivilisation wie Gerechtigkeit: « Portugal está em um periodo de reacção contra o que simplesmente se chama - politica dos partidos... exige justiça, e clama pela civilização que lhe falta » ⁽⁴³⁸⁾. Selbstredend war auch die führende juristische Zeitschrift umgehend bemüht, politisch Abstinenz zu geloben ⁽⁴³⁹⁾. In einer Zeit sozialer Transformation schienen ihr derartige Händel unpassend - sie hätten gestört.

Staatlich gesetztes Recht im besonderen, als das zu Zeiten Seabras immer noch die Ordenações Filipas II von Portugal — Felipe III von Spanien — aus dem Jahr 1603 galten ⁽⁴⁴⁰⁾, hat Seabra zufolge (Natur-)Rechtsphilosophie in Praxis zu transponieren. Der Umsetzungsprozeß verlief demnach von der Legitimationsideologie zur allverbindlichen, konfliktbereinigenden Rechtsregel: « Ao Direito... civil » (= Direito positivo, p. 277), « que não deve (...) ser outra coisa mais que o desenvolvimento práctico desses mesmos principios » (gemeint sind die allgemeinen Grundsätze der Rechtsphilosophie), « compete estabelecer regras, que fixem todas as intelligencias, e resolvam todas as dúvidas e conflictos » ⁽⁴⁴¹⁾. Einerseits sei diese hierbei an den Be-

⁽⁴³⁵⁾ Cf. SA, *Questão Industrial* (N. 289), p. 431; ähnlich (ANONYM), *Conservatorio d'Artes e Officios*, in *Revista Popular*, 1848, p. 132; (ANONYM), *Industria Nacional*, in *Revista Universal Lisbonense* 8 (1848-1849), 37-38; (ANONYM), *Necessidade de uma Exposição da Industria Nacional*, *ibid.*, p. 97.

⁽⁴³⁶⁾ Cf. (J. D. ROUSSADO GORIÃO), *A Regeneração e a Reacção. Resumo Histórico dos Acontecimentos de Portugal em 1851...*, Lisboa, 1851, p. 18 ss.; cf. auch die Karikatur zweier Politisierenden in *Revista Popular*, 1849, p. 128.

⁽⁴³⁷⁾ Cf. (ANONYM), *Industria Nacional* (N. 435), p. 542.

⁽⁴³⁸⁾ (ANONYM), *Exposição da Industria Nacional*, in *Revista Universal Lisbonense* 8 (1848-1849), 529.

⁽⁴³⁹⁾ Cf. *Revista Universal Lisbonense* 8 (1848-1849), 95; ähnlich für seine Zeitschrift Adrião FORJAZ, in *O Instituto* 1 (1853), 2.

⁽⁴⁴⁰⁾ Cf. SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 297; zu den Editionen wie zur Weitergeltung bis zum Código civil von 1867 cf. meinen Beitrag zum Coingschen Handbuch (N. 61), p. 289 ss.

⁽⁴⁴¹⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 295.

dürfnissen der Praxis zu orientieren, wobei den Parameter die Natur der Sache (*natureza das coisas*) abgebe ⁽⁴⁴²⁾. Ist sie aber einmal zur Norm erhoben, dann sei sie andererseits sofort ebendieser Praxis quasi entrückt - es sei denn, vorgeplante Mechanismen übernahmen die zeitgemäße Fortschreibung, worauf noch zurückzukommen sein wird. Bezeichnenderweise war portugiesische Rechtsphilosophie in Gestalt von José Dias Ferreira ⁽⁴⁴³⁾ am Vorabend des *Código civil* bemüht, den damit angesprochenen zwingenden Charakter allen Rechts noch schärfer zu artikulieren. Ungeachtet dessen, daß Ferrer ⁽⁴⁴⁴⁾ bereits das staatliche Machtmonopol betont hatte, suchte sich sein Kommentator dadurch zu profilieren, daß er dieses Privileg für sich beanspruchte. Bei Dias Ferreira wird mithin noch deutlicher als bei Ferrer und Seabra: Recht wird zu Recht durch den Zwang, den es auszuüben vermag gegen jeden, der es auf soziale Koexistenz abgesehen hat. Rekuriert man zudem auf die Ferrersche Definition von positivem Recht als Komplex von Bedingungen gesellschaftlicher Fortentwicklung ⁽⁴⁴⁵⁾, so enthüllt sich derartiger Rechtspositivismus als Plädoyer für eine Zwangsordnung im Dienste vorgegebener sozioökonomischer Perspektiven.

Jeder Appel an die Legislative hieß zugleich operationelle Okkupation des Staates, hieß Indienstnahme zwecks Domestizierung des Gegners mit dem Ziel, ebendiese Zukunftsaussichten bei Wahrung des Erreichten zu realisieren. Nicht von ungefähr hatte 1838 eine Kommission der Banco de Lisboa und der Associação comercial dieser Stadt die Regierung finanziell über Wasser halten wollen bis soziale Harmonie und Ordnung zurückgekehrt wären ⁽⁴⁴⁶⁾. Man ließ sich den Staatsapparat etwas kosten, weil man um seinen Wert wußte. Villaverde Cabral unterstrich erneut, welche Bedeutung der Cabralismo in den vierziger Jahren diesem

⁽⁴⁴²⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 276-277, 279.

⁽⁴⁴³⁾ JOSÉ DIAS FERREIRA, *Noções Fundamentais de Philosophia do Direito* (1864), Coimbra, 1867, p. 382, 385, 388; zum Nachfolger auf dem Lehrstuhl Ferrers in Coimbra cf. MONCADA, *Subsídios* (N. 72), p. 349 ss.

⁽⁴⁴⁴⁾ FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 19.

⁽⁴⁴⁵⁾ FERRER, *ibid.*, § 39.

⁽⁴⁴⁶⁾ Cf. den Bericht in CABRAL, *Capitalismo* (N. 13), p. 106.

Machtfaktor beimaß ⁽⁴⁴⁷⁾. Zentralisierungsbestrebungen nach französischem Muster in den Verwaltungsreformen von 1832, insbesondere 1842 sind hinreichender Beweis für unermüdliches Mühen um einen starken Staat ⁽⁴⁴⁸⁾. Seine Potenz würde nach Seabra just dem Schutz entsprechen, den er gewährt, für den er einzustehen hat: « O estado é... instituição protectora, uma garantia, um meio, e como tal não tem senão deveres » ⁽⁴⁴⁹⁾.

Aus Anlaß des Assoziationsprinzips unterstrich Seabra, worauf sich solche Protektion zu konzentrieren habe - auf Abschirmung individueller Eigentumssphären ⁽⁴⁵⁰⁾. Einwände gegen zuviel Staat fallen nur dann, wenn dieser Bereich gefährdet ist. So wollte Seabra etwa das Appropriationsrecht des Staates beim Schatzfund eingeengt sehen, sich von (seitheriger) Zivilgesetzgebung bezüglich der Vertragsarten nicht die Hände binden lassen, gesetzlich fixiertes Schrifterfordernis weitestmöglich abbauen und lieber den Vertragspartnern auflasten, grundsätzlich dieses Gebiet von allzu strikter — da ökonomisch hinderlicher — Regelung befreien ⁽⁴⁵¹⁾. Die alte Streitfrage um Ordenações Filipinas 4. 2. 3, ob eine Leistung als solche oder vom Rücktritt bedrohte Vertragsstrafe (signal) geleistet wird, brach Seabra unwillig ab - « e tudo isso se evitaria, se a lei se não intromettesse onde não era chamada » ⁽⁴⁵²⁾. Dafür würde auch Nichteinmischung von Nichtsubventionierung Privater aufgewogen ⁽⁴⁵³⁾. Beispielsweise wurde staatlicher Dirigismus, Etatismus im Bereich der Wirtschaft in der Auseinandersetzung um höhere Löhne und Arbeitszeitverkürzungen abgelehnt; im Hinblick auf Kapitalverbilligungen Abstinenz von Re-

⁽⁴⁴⁷⁾ CABRAL, *ibid.*, p. 124-125.

⁽⁴⁴⁸⁾ Cf. Decreto N. 23 vom 16.5.1832 (Estabelecimento da administração publica), in *Collecção de Decretos e Regulamentos Mandados Publicar por sua Magestade Imperial o Regente do Reino desde que Assumiu a Regencia até á sua Entrada em Lisboa*; Segunda Serie, Lisboa, 1834, p. 76-90; *Codigo Administrativo vom 18.3.1842*, Lisboa, 1842.

⁽⁴⁴⁹⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 291.

⁽⁴⁵⁰⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 130.

⁽⁴⁵¹⁾ Cf. SEABRA, *ibid.*, p. 155, 200, 271 Note r 6, 276.

⁽⁴⁵²⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 258, Note h 6.

⁽⁴⁵³⁾ Cf. MARRECA, *Economia Política* (N. 112), p. 85; aber auch in der Tendenz SEABRA, *ibid.*, p. 172.

gierungsseite auf dem Geldmarkt gefordert; eine prosperierende Druckindustrie vom Fall des Staatsmonopols der « Imprensa Nacional » abhängig gemacht ⁽⁴⁵⁴⁾. In keiner Weise durfte der Privatinitiative Abbruch getan werden. « O homem livre pede e exige ao governo da nação não o trabalho, não o pão, não o vestido, não a educação, propriamente dita, que pertence á religião e á familia; mas sim a ordem, a segurança, e a justiça » ⁽⁴⁵⁵⁾. Forjaz verzichtete also auf materielle Bitten, nahm den Staat indes ganz und gar in Anspruch, wenn es darum ging, diese Welt des Tüchtigen und Erfolgreichen um jeden Preis gegen Störenfriede abzusichern. Hier wurde keine Konzession gemacht, mit Repression gedroht. Deswegen stehe und falle Recht im bürgerlichen Staat mit der Möglichkeit, notfalls mittels Gewalt den Rechtsbrecher zur Raison zu bringen ⁽⁴⁵⁶⁾.

Was hier bei Ferrer Zwang zur « liberdade juridica » macht, ist das Anrecht auf effiziente Affirmation der Individualsphäre; oder: staatliche Machtvollkommenheit legitimiere sich aus juristischer Bändigung allgemeiner Freiheit. Jede Rechtfertigung erwachse damit aus wirksamem Schutz dessen, was einem eignet, vom anderen zu respektieren ist. Gesetz als schlagkräftigstes Instrument und Eigentum finden somit zusammen. Nur kreierte ersteres letzteres nicht, vielmehr verbürgt es dieses. Bei der Machtergreifung der Liberalen im August 1820 hatte der « Sinédrio » — eine Gruppe einflußreicher Bürger Portos, zumeist Juristen und Militärs — noch verkündet: « ... a lei é o nome da Terra » ⁽⁴⁵⁷⁾. Hieran nahm

⁽⁴⁵⁴⁾ Cf. (ANONYM), *Industria Nacional* (N. 435), p. 541; SÁ, *Questão Industrial* (N. 289), p. 431; S. J. RIBEIRO DE SÁ, *Industria Typographica*, in *Revista Universal Lisbonense* 10 (1850-1851), 97-98.

⁽⁴⁵⁵⁾ FORJAZ, *Associações de Beneficiencia* (N. 253), p. 24; ähnlich MARRECA, *Considerações* (N. 260), p. 315.

⁽⁴⁵⁶⁾ O direito, considerado como attributo da pessoa, comprehende a facultade do coacção, isto é, de repellir pela força as lesões do direito... Por isso só na sociedade civil, aonde o governo tem uma força invencivel, pôde o Direito, sempre válido aos olhos da razão, ser verdadeiramente efficaz, reduzindo-se a liberdade desenfreada (licença) aos justos limites da esphera do Direito, isto é, á liberdade juridica » (FERRER, *Direito Natural* (N. 71), § 19).

⁽⁴⁵⁷⁾ Zitiert nach Joel SERRÃO, *Vintismo*, in SERRÃO (ed.), *Dicionário de História de Portugal*, IV, Lisboa, 1971, p. 326.

Seabra nun einige Präzisierungen vor. Wie erinnerlich wurde über Arbeit als Eigentumserwerbsgrund das Konzept erweitert (*direito ao trabalho*) und wie angedeutet das Appropriationsrecht unter Gesetzesschutz gestellt. Damit offenbart sich freilich der Argumentationsabbruch gegenüber frühsozialistischen Einwänden durch Rekurs auf den Gesetzgeber unter Einbezug des Rechts- und Staatsverständnisses als Konsequenz. Aus der Sicht Seabras mußte ein weitblickendes, eigentumswahrendes Normenwerk die sicherste Ergänzung eines auch fremde Arbeit umschließenden Eigentums sein - « E necessario com tudo que a acção do governo... resalve por instituições e leis providentes a inviolabilidade do direito de apropriação. Esta resalva, ou garantia consiste na manutenção da liberdade individual no exercicio de suas faculdades, na inviolabilidade do producto do trabalho, ou da propriedade... » ⁽⁴⁵⁸⁾.

Je zeitgemäßer, sprich: eigentumsgerechter, positives Recht, desto sicherer die Entwicklung bürgerlicher Gesellschaft. Seabras Forderung nach einer Neukodifizierung portugiesischen Rechts war logisch notwendig. Wer wie er von der Defizienz tradierten gesetzten Rechts überzeugt war, dem formulierte sich ohne weiteres der Ruf nach einer grundlegenden Umgestaltung der bisher jeden bindenden *Ordenações Filipinas*. Auf den ersten Blick mag deshalb einzig Entwirrung unmodernen Rechts zur Rede stehen. Tatsächlich stellt sich diese jedoch als inhaltliche Adaption unter Ausnutzung staatlicher Machtfülle zwecks Durchsetzung des eigenen gesellschaftstheoretischen Konzepts dar. Rechtssicherheit ist nämlich nur infolge erzwungener sozialer Stabilität Äquivalent von Kalkulierbarkeit. Wo gesellschaftliche Basis dem Gesetzesbefehl entglitt, hilft das ausgeklügelteste Normensystem wenig. Mithin drängt auch der auf Beherrschung, der vorgibt, eine übersichtliche Rechtsordnung anzustreben.

Die Mangelhaftigkeit des geltenden Rechts stand für Seabra außer Zweifel. Er nannte es « *deficiente, casuistico, pobre* »; die fehlende Generalisierung hielt er für unzivilisiert, mittelalterlich ⁽⁴⁵⁹⁾. Vornehmlich nahm er am Subsidiärrecht Anstoß, das

⁽⁴⁵⁸⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 87.

⁽⁴⁵⁹⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 183, 246-247, 275.

durch die Lei da Boa Razão von 1769 keinesfalls zufriedenstellend geregelt worden sei ⁽⁴⁶⁰⁾. Um der Willkür Einhalt zu gebieten, wußte er nur ein Mittel: « uma nova codificação tão perfeita, quanto fosse possível... » ⁽⁴⁶¹⁾. Ohne einen insoweit jedenfalls abrupten Bruch mit der Tradition sei dem Zivilrecht Portugals nicht mehr beizukommen. Bedauerlicherweise wären alle einschlägigen Versuche seit 1822 steckengeblieben ⁽⁴⁶²⁾. Und obschon Vorarbeiten zu einer portugiesischen Privatrechtskodifikation seinerseits nicht ausdrücklich erwähnt werden, so lagen doch entsprechende Manuskripte Seabras nach dem Zeugnis von Dias Ferreira ⁽⁴⁶³⁾ bei seiner Ernennung im Jahr 1850 zum Redaktor des schließlich 1867 promulgierten Código civil vor. Sie manifestieren den unerschütterlichen Willen, dieses große Werk in Angriff zu nehmen, das unlängst erst erneut Fontes Pereira de Melo zur Sprache gebracht hatte ⁽⁴⁶⁴⁾.

Im Katalog der Forderungen des zeitgenössischen Bürgertums nahm eine radikale Justiz-, d.h. vorwiegend Geetzesreform einen hervorragenden Platz ein. Da an anderer Stelle die Kodifikation der Privatrechtsordnung thematisiert werden soll, beschränke ich mich hier auf ohnehin öfters zitierte Stimmen des Jahres 1850: einmal die vom Herausgeber der « Revista Universal Lisbonense » unterzeichnete Inventarisierung dringendster Anliegen von Landwirtschaft, Industrie und Kommerz, zu denen eine billige, weil einfache und infolgedessen verständliche Rechtspflege nach einer Totalreform gehörte ⁽⁴⁶⁵⁾; zum anderen der ebenfalls mehrfach

⁽⁴⁶⁰⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 248-253; Nachweise zu diesem Gesetz in meinem Beitrag zum Coingschen Handbuch (N. 61), p. 303-304; neuerdings zur Gesamtproblematik: Guilherme BRAGA DE CRUZ, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português* (Separata da *Revista Portuguesa de História* 14, 1974, Homenagem ao Prof. Paulo Merea), Coimbra, 1975, 139 S. (cf. hierzu meine Rezension in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abteilung* 93 (1976), 522-526).

⁽⁴⁶¹⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 253, Note e 6.

⁽⁴⁶²⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 246; cf. hierzu demnächst meine Ausführungen im eben erwähnten Coingschen Handbuch, Band III 1:

⁽⁴⁶³⁾ FERREIRA, *Seabra* (N. 22), p. 23.

⁽⁴⁶⁴⁾ Cf. COLEN, *Duas Revoluções* (N. 114), I, p. 373.

⁽⁴⁶⁵⁾ « Que a Agricultura, a Industria fabril, e o Commercio reclamam com urgente necessidade... Que a justiça deve ser facil, simples, barata e comprehen-

genannte Aufsatz « Dos Interesses Materiaes em Portugal » von Ribeiro da Costa, in dem die Zivilgesetzgebung aufgerufen wurde, endlich den politökonomischen Eigentumsvorstellungen zu folgen: « porque sendo ella » (= lei civil) « quem tem a seu cargo dirigir a sociedade na carreira da aperfeiçoamento, pertence-lhe a obrigação de acompanhar a propriedade nas suas diversas transformações, e nos seus diversos estados, prestando-lhe o seu apoio e a sua auctoridade » ⁽⁴⁶⁶⁾. In beiden Äußerungen bestätigt sich demzufolge die Marxsche These, nach der « jede Form der Produktion ihre eignen Rechtsverhältnisse... erzeugt »; konkreter: wonach « den bürgerlichen Ökonomen nur vorschwebte, daß sich mit der modernen Polizei besser produzieren lasse als z.B. im Faustrecht » ⁽⁴⁶⁷⁾. Denn erneut blickt unter formaler Kritik am überlieferten positiven Recht der Wunsch nach Normierung einer profitträchtiger erachteten Eigentumsverfassung hervor. Mit Seabra ergänzt: aus der alten Rechtsordnung sei alles zu eliminieren, was die öffentliche Ordnung, will sagen: Eigentum, verunsichere - « Demais a certeza e estabilidade da propriedade é tão necessaria á ordem publica, que muito importa eliminar do Direito civil todas as disposições, que possam tornal-a vaccillante, sem maior necessidade » ⁽⁴⁶⁸⁾. Die von ihm als erste Bedingungen jedes « Direito positivo » bezeichneten Einfachheit, Klarheit, Deduktionsfähigkeit und Kohärenz werden zu Funktionen des materiellen Kernbereichs der angestrebten Privatrechtskodifikation ⁽⁴⁶⁹⁾.

Wenn es Seabra nach gegangen wäre, sollte sich nun endlich realisieren, was eine erstmals triumphierende Bourgeoisie in ihrem Manifest vom 31. Oktober 1820 feierlich proklamiert hatte: « Propriedade! Propriedade! Centro da união social, quantas vezes não oscilla incerta e quasi tornada nome vão pelo vicio de leis multiplicadas e obscuras... » ⁽⁴⁷⁰⁾. Für ihn hatte nicht vergeblich

sivel, e que neste ponto só uma reforma radical nos pode valer » (*Revista Universal Lisbonense* 10 (1850-1851), 2).

⁽⁴⁶⁶⁾ Cf. *A Esmeralda* 1 (1850), 50.

⁽⁴⁶⁷⁾ Karl MARX, *Einleitung* (zur Kritik der politischen Ökonomie), 1857, in Karl MARX - Friedrich ENGELS, *Werke*, XIII, Berlin, 1964, p. 619-620.

⁽⁴⁶⁸⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 325-326, ähnlich 279.

⁽⁴⁶⁹⁾ SEABRA, *ibid.*, p. 275.

⁽⁴⁷⁰⁾ Cf. *Documentos para a História das Cortes Geraes da Nação Portuguesa*.

einer der einflußreichsten portugiesischen Rechtsgelehrten des 19. Jahrhunderts, der Deputierte José Homem Correia Telles, die sich diesem bereits 1821 abzeichnende « reforma da Legislação civil » über die beste politische Verfassung gestellt, da sich Eigentum allein dort detailliert realisiere ⁽⁴⁷¹⁾. Jetzt gelte es ohne Zaudern frühliberale Programmatik in die Tat umzusetzen; all das zu verwirklichen, was einst Vicente José Ferreira Cardozo da Costa unter der vielversprechenden Frage « Que He o Codigo Civil? » mustergültig aufgezeigt habe: ein bürgerliches Zivilrecht, bei dem Recht und Eigentum methodisch derart ineinander übergehen, daß sie die gemeinsame Basis aller hieraus ableitbaren Bestimmungen eines Codigo civil portuguez verkörpern ⁽⁴⁷²⁾.

Aber damit nicht genug: Seabra gab sich hiermit nicht zufrieden. Weil nun einmal strategisches Denken Tradition nur um der Zukunft willen auflöst ⁽⁴⁷³⁾, hat der Vorgriff möglichst ausnahmslos künftige Eventualitäten gegnerischen wie eigenen Verhaltens zu antizipieren. Bislang unvorstellbare Reaktionen der einen und der anderen Seite sind deshalb mindestens abstrakt zu kanalisieren, soll das Konzept nicht unversehens scheitern. Infolgedessen gipfelt strategisches Bemühen zwangsläufig in Prophylaxe, die sich notgedrungen mangels verlässlicher Prognosen an institutionelle Absicherungen klammert. Seabras Überlegung ⁽⁴⁷⁴⁾, vermittels der dem 16. Jahrhundert entstammenden

Coordenação Autorizada pela Câmara dos Senhores Deputados, I: 1820-1825, Lisboa, 1883, p. 81.

⁽⁴⁷¹⁾ JOSÉ HOMEM CORREIA TELLES, *Commentario Critico á Lei da Boa Razão em Data de 18 de Agosto de 1769*, Lisboa, 1824, p. 2.

⁽⁴⁷²⁾ Zur Gleichsetzung von Direito und Propriedade und ihrer Funktion als Ausgangspunkt eines portugiesischen Zivilrechts-Code cf. Vicente José FERREIRA CARDOZO DA COSTA, *Que He o Codigo Civil?*, Lisboa, 1822, p. 95 ss., Notas: p. 77 ss. (Eigentumsdoktrin unter Rekurs auf Adam Smith); zur bildlichen Darstellung, wobei Direito-Propriedade den Stamm eines Baumes abgibt, dessen Zweige die einzelnen Rechtsinstitute vorstellen, siehe dessen *Explicação da Arvore que Representa o Prospecto do Codigo Civil Portuguez*, Offerecido ao Soberano Congresso Nacional..., Lisboa 1822, Rio de Janeiro, 1828; zur Hochschätzung Cardoza da Costas durch Seabra cf. dessen *Propriedade* (N. 25), p. 242, Note 1 5, 261, Note h 6.

⁽⁴⁷³⁾ Cf. zu « Stratégie comme jeu non fini » CHARNAY, *Stratégie* (N. 83), pp. 217 ss.

⁽⁴⁷⁴⁾ SEABRA, *Propriedade* (N. 25), p. 253 Note c 6, zuvor schon anerkennend gegenüber dieser Einrichtung, p. 250. Hierin ist wohl die Vorlage für die Regelung

Einrichtung der « Assentos » die geplante Kodifikation durch das oberste portugiesische Gericht aktualisieren zu lassen, kann dafür als besonders illustratives Beispiel angesehen werden. Danach hätte der Tribunal Supremo eine Aufgabe der Casa da Suplicação fortgeschrieben, die laut Alvará vom 10. Dezember 1518, Ordenações Manuelinas 5. 58. 1 von 1521 und Ordenações Filipinas 1. 5. 5 von 1603 in der autoritativen Interpretation dieser Kompilationen bestanden hatte ⁽⁴⁷⁵⁾. Es schlägt wenig ins Gewicht, daß diese obergerichtlichen Entscheidungen nur zwischen den jährlichen Vorlagen an die gesetzgebenden Körperschaften normative Wirkung haben sollten. Seabra dürfte die Durchschlagskraft eines solchen Mechanismus richterlicher Rechtsfortbildung hoch genug veranschlagt haben, als daß er parlamentarische Kontrolle in Jahresfrist scheute. Das hat selbstverständlich mit den bis dahin geschaffenen « faits accomplis » zu tun; vorzugsweise indes mit einer Auffassung vom Richter als eines Hüters von Recht, Ordnung und Eigentum ⁽⁴⁷⁶⁾. Änderungen auch dieser sozialen Basis, die seine Kombinationen zunichte gemacht hätten, wurden verdrängt, denn sie lagen nicht mehr außerhalb des Gesichtsfeldes. Zweifel an der kontinuierlichen Weiterentwicklung bürgerlicher Gesellschaft hätten freilich das Selbstverständnis einer sozialen Strategie ins Wanken gebracht, die als Eigentumstheorie konzipiert worden war.

in Art. 7 des Einführungsgesetzes des Código civil portuguez vom 1.7.1867 zu sehen, wonach eine Juristenkommission in den ersten fünf Jahren nach Erlaß dieser Kodifikation dem Justizministerium Abänderungsvorschläge zu unterbreiten hatte.

⁽⁴⁷⁵⁾ Cf. im einzelnen, namentlich zu den gedruckten und ungedruckten Sammlungen der Assentos meine Darstellung im *Coings chen Handbuch* (N. 61), p. 1328-1330.

⁽⁴⁷⁶⁾ « O Tesouro compra aos Magistrados o trabalho de administrar justiça aos cidadãos e de manter inviolado o direito sagrado da segurança pessoal e da propriedade » (MARRECA, *Economia Politica* (N. 112), p. 17).

MARIANO PESET

DERECHO Y PROPIEDAD EN LA ESPAÑA LIBERAL

La propiedad es núcleo central en la historia. En su estudio confluyen especialistas de la historiografía económica y jurídica, incluso de la historia social... El conocimiento del significado de las relaciones de propiedad en un contexto dado hace posible su comprensión y hace coherentes muchas cuestiones. En los años en que centramos nuestro estudio las transformaciones de la propiedad, a nivel real y en el campo de las ideas, son decisivas para la revolución que se realiza entonces: cambian quienes detentan el poder y cambia también — es la revolución liberal o burguesa — las condiciones del poder y de la propiedad...

La historiografía jurídica española apenas ha estudiado este tránsito de la propiedad feudal hacia la propiedad liberal ⁽¹⁾. En cambio, el tema ha interesado a otros especialistas, que incluso parten de planteamientos jurídicos para entender y profundizar después las transformaciones que son el origen de la edad contemporánea ⁽²⁾. Estas páginas pretenden un primer acercamiento al tema, precisamente desde la historia de las ideas — de la doctrina o ciencia jurídica — más que de otros niveles más profundos y reales, que procuraré atender mínimamente, para evitar quedarme en puro academicismo de los manuales y libros... Pero soy cons-

⁽¹⁾ En sentido actual puede verse B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla 1369-1836*, Madrid, 1974, si bien ceñido a este aspecto, se refiere a alguna de sus cuestiones esenciales. Todavía es menester acudir a antiguas síntesis: F. DE CÁRDENAS, *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, Madrid, 1873-1875; G. DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, 3 vols., Madrid, 1879-1883.

⁽²⁾ Por citar sólo los más importantes: M. DOBB, *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, 8ª ed. española, Madrid, 1976; G. POSTEL-VINAY, *La rente foncière dans le capitalisme agricole*, París, 1974. En relación a España véase la nota 35.

ciente que este intento está esencialmente referido a la doctrina jurídica sobre la propiedad, en los libros de la primera mitad del siglo diecinueve. Y ello por dos razones. La primera, porque creo del mayor interés el conocimiento de la doctrina jurídica, tan descuidado entre nosotros. Por más que nuestros juristas del XIX — en aquellos años de su primera mitad tan azorantes — no posean elevado nivel en sus construcciones: son más testimonio de una época... La segunda, porque estas páginas poseen cierta pretensión de síntesis general acerca de la propiedad, y ello sólo es posible desde las ideas: el estudio de los hechos reales y de las relaciones de propiedad, exige reducir tan ambicioso planteamiento y hacer su análisis en una zona más determinada, Cataluña o el País Vasco, Valencia o Andalucía, pues sólo es posible reconstruir estas realidades en ámbitos regionales. Es muy diversa la propiedad rural en el País Valenciano y en Andalucía... Otra cosa será unificar y coordinar en un modelo único las peculiaridades de las diversas zonas.

De otro lado, hay que advertir que me centro en la propiedad rural para el examen de estas cuestiones. Sin duda es la forma de riqueza usual en la época, y sus problemas, además, son muy distintos a los urbanos o de muebles. Para verlos, comienzo por aludir a ideas de la segunda mitad del XVIII, para pasar a continuación a exponer las distintas leyes que quiebran las condiciones del antiguo régimen. Una exposición breve, sencilla, que pretende completarse en unas líneas de penetración sobre la realidad de aquellos años. Después se vuelve a retomar el nivel de ideas, articulado sobre aquellas leyes y realidades, para exponer cuál fue la ciencia jurídica en la primera mitad del siglo XIX. Ideas, transformaciones legales y reales, ideas de nuevo... Este es el esquema de estas páginas.

La propiedad en el antiguo régimen.

A finales del XVIII va a entrar en crisis la propiedad rural. En el mundo de las ideas se refleja esta situación que se produce en los campos. La amortización de las tierras en manos de la nobleza y el clero — incluso los bienes comunales de los pueblos son disfrutados por una oligarquía municipal o son usurpados

por los señores vecinos a veces — significaba la prepotencia de unas clases sociales. Porque la riqueza está en las tierras, sin duda alguna, ya que el comercio no puede compararse en sus productos... Significaba también el cultivo sin aplicar capitales, la exención de tributos de buena parte de las riquezas, salvo en la corona de Aragón, donde los tributos establecidos por Felipe V sometían las tierras de la nobleza... Significaba, por último, una limitación para los deseos de adquirir nuevas tierras e insertarlas en un proceso de producción capitalista por parte de las nuevas capas de población. Jovellanos escribe estas palabras, certeras para entender la situación, en su *Informe sobre la ley agraria*. Las inversiones en tierras se ven frenadas por su alto precio: «...aquella tendencia tiene un límite natural en la excesiva carestía de la propiedad; porque siendo consecuencia infalible de esta carestía la disminución del producto de la tierra, debe serlo también la tibieza en el deseo de adquirirla. Cuando los capitales empleados en tierras dan un rédito crecido, la imposición en tierras es una especulación de utilidad y ganancia como en la América septentrional; cuando dan un rédito moderado, es todavía una especulación de prudencia y seguridad, como en Inglaterra; pero cuando este rédito se reduce al mínimo posible, o nadie hace semejante imposición, o se hace solamente como una especulación de orgullo y vanidad, como en España » (3).

Se sueña con hacer descender el precio de las tierras e invertir capitales que producirían altas rentabilidades... Las ideas, las leyes y las realidades agrarias han de cambiar en el inicio y a lo largo de la edad contemporánea, si bien, con ritmo diverso. A finales del XVIII Europa empieza a dirigirse hacia ese cambio o adaptación de sus estructuras; en España, el expediente de la ley agraria muestra incluso, que ciertas instancias en el poder son conscientes de la necesidad de hallar un sendero hacia una organización nueva. A nivel de ideas, se plantea una doble posibilidad: la introducción de retoques conservando lo esencial o, por el contrario, la demolición del milenarismo orden feudal, al trastocar alguna de sus bases esenciales. Se empieza por la primera

(3) G. M. DE JOVELLANOS, *Obras*, B.A.E., 5 vols., Madrid, 1951-1956, cita II, 99, el *Informe*, 79-138.

hasta ir desembocando en la segunda, si bien no se alcanzan realizaciones concretas en esta dirección... Incluso, podría decirse que las corrientes jurídicas dedicadas a la práctica común no alcanzan — como tampoco las académicas, los manuales — ese sentido de cambio. Pedro Nolasco de Llano resume los comentarios de Antonio Gómez — autor del siglo XVI — sobre leyes de Toro y, ni por un instante duda que los mayorazgos son una institución de derecho divino, derecho natural y de gentes y derecho positivo... Sancho de Llamas, en su comentario, años más tarde, continúa sin dudar del acierto de aquellas leyes (4). Sin embargo, ya en 1765, un gran jurista, Juan Francisco de Castro había manifestado sus reparos sobre algunas de las instituciones más características del orden antiguo, aunque desde ideas mercantilistas.

Castro hace precisas indicaciones acerca de la enfiteusis, con crítica de su cercanía a los feudos; mas, sobre todo, su pluma se dedica con preferencia a los mayorazgos. Sus ataques están ligados al daño que hacen a la población, que considera sumo bien, conforme al mercantilismo francés de la época. La población en España se encuentra frenada por otras razones — exceso de clérigos, expulsiones de judíos y sarracenos, rentas provinciales... — pero, la fundamental es función de la agricultura, la industria y el comercio... Y los mayorazgos tienen buena parte de culpa del atraso en el aumento de la riqueza (5).

La crítica del mayorazgo en Castro es minuciosa — como propia de un jurista — y ocupa largas páginas. Su médula está en sus ataques al principio de población... Facilita el celibato en los segundones o en las doncellas a las que no se puede dotar convenientemente... La agricultura está perjudicada pues el cultivo en arrendamiento o por criados no es el adecuado para pasar grandes superficies de tierras incultas a productivas. Se requere-

(4) P. N. DE LLANO, *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1777, página 142; S. DE LLAMAS Y MOLINA, *Comentario critico-jurídico-literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, 2 vols., Madrid, 1827, véanse sus comentarios a la ley 40, II, 8-34.

(5) J. F. DE CASTRO, *Discursos sobre las leyes y sus intérpretes*, Madrid, 1765; uso edición de 1829, 2 vols., II, 144-369.

riría que se pudiesen vender o que se concediesen en enfiteusis... Incluso los vinculillos menores que no ahorran el trabajo a los mismos labradores que los poseen, producen dificultades al no ser posible enajenar o permutar, lo que dificulta la mejor explotación de la tierra; «...se evitarían estas incomodiades y perjuicios, si los mayorazgos que producen los mismos y peores efectos, jamás fueran en el vulgo conocidos» (6). Perjudican asimismo al comercio, al extraer los bienes del tráfico, al encarecer las tierras... los comerciantes procuran que sus hijos salgan de estos ajetreos y vivan de algún mayorazgo, por las prejuicios que contra el trabajo se tiene en España. Además que los poseedores de vínculos contratan sin responsabilidad, arruinando tal vez al mercader incauto o necesitado que les suministró... Pues a la muerte del mayorazgo sus sucesores negarán la deuda... Las bulas de Clemente VIII y Urbano VIII para remediar estas cosas en Italia no parece que dieran resultados. La multitud de los mayorazgos, su acrecentamiento paulatino o la oscuridad de estas fundaciones son graves problemas... Su propuesta es decidida: prohibición absoluta de nuevas fundaciones, salvo real permiso por razones de mérito y en cuantía determinada. En cuanto a los antiguos, no admitirlo si no está claramente probado, e incluso abolir los fundados últimamente por propia voluntad... O bien otros remedios menores como la posibilidad de hacer donaciones propter nuptias y constituir dotes con sus bienes o el establecimiento de enfiteusis... (7).

En la obra de Jovellanos, en su *Informe sobre la ley agraria*, los planteamientos son más coherentes y más avanzados. Han trascurrido algunos años, entre los que se han de contar los de la revolución francesa, y Jovellanos conoce la obra de Adam Smith, aparecida en 1776 y traducida, aunque mutilada por Alonso Ortiz en 1794 (8). Las leyes deben cambiarse con el fin

(6) J. F. DE CASTRO, *Discursos...*, II, 243, en general 191-252.

(7) J. F. DE CASTRO, *Discursos...*, II, 305-308, toda la argumentación 252-305; a continuación sobre los méritos para fundar, que contiene unas valoraciones de la época, en las que la burguesía empieza a cobrar rango indudable.

(8) R. S. SMITH, *La riqueza de las naciones en España e Hispanoamérica 1780-1830*, *Revista de economía política*, (1957), 1215-1253; se había publicado el mismo año en el *Journal of Political Economy*, y de nuevo en *Hacienda pública española*,

de favorecer el interés privado — o dicho con términos actuales — habría que desmontar las leyes que aseguran una sociedad estamental que vive sus últimos años y pasar a nuevas capas sociales el poder económico... « La primera providencia que la nación reclama de estos principios es la derogación de todas las leyes que permiten vincular la propiedad territorial. Respétese enhorabuena las vinculaciones hechas hasta ahora bajo su autoridad; pero pues han llegado a ser tantas y tan dañosas al público, fíjese cuanto antes el único límite que puede detener su perniciosa influencia. Debe cesar, por consecuencia, la facultad de vincular... » (9). No se atreve a su negación completa, pues, a pesar de sus defectos, sostiene a la nobleza y no es pensable despojarla... Sin embargo, introduce otra serie de posibilidades que socavarían, sin duda, las vinculaciones: posibilidad de establecer enfiteusis, respetar arrendamientos a largo plazo... incluso posibilidades de vender fincas, que sería su muerte.

Jovellanos hace sus observaciones y propone medios desde varias perspectivas, coherentes en liberar la tierra de sus relaciones de propiedad anteriores. Los liberales llevarán a cabo sus prescripciones, radicalizadas y también en forma más coherente. Jovellanos pone coto al poder de los ganaderos, con su deseo de terminar los baldíos o de admitir los cerramientos de las tierras, de limitar los privilegios de la mesta... (10). Aunque quizá esto no afecta tan profundamente a la propiedad, es importante en orden a favorecer la agricultura. Propone repartos de las tierras concejiles en enfiteusis o censos reservativos... La libertad de comercio, clave para la aparición del mercado en sentido moderno... Y, desde luego, propugna la desamortización eclesiástica, por vías pacíficas y consentimiento del clero. « ¿No será, pues, más justo esperar de su generosidad una abdicación decorosa, que le granjeará la gratitud y veneración de los pueblos, que no la aquiescencia a un despojo que le envilecerá a sus ojos? » (11). Las ideas

23 (1973), que dedica el número al tema. Un reciente libro de Javier Lasarte ha profundizado el tema.

(9) G. M. DE JOVELLANOS, *Informe..., Obras*, II, 106, en general 103-108.

(10) G. M. DE JOVELLANOS, *Informe..., Obras*, II, 83-98.

(11) G. M. DE JOVELLANOS, *Informe..., Obras*, II, 103, en general 98-103.

de finales del mil setecientos — estos ejemplos nos bastan — poseen ya planteamientos y ciertas intuiciones acerca de la dirección en que se desenvolverán los cambios. Sin duda, la influencia inglesa, más adelantada en su revolución, o los sucesos de Francia ayudan; pero también están cambiando unas realidades en España que permiten entender y buscar soluciones nuevas en las ideas revolucionarias, liberales y burguesas... Juan Francisco de Castro, uniendo dos mundos diferentes, escribía sobre el mérito de la agricultura, del comercio y de las manufacturas — aparte las artes y letras, las armas... —, como causa para que pudieran fundar mayorazgos; una valoración de nuevos quehaceres en el ocaso de la sociedad estamental, contra ella, daría lugar, como premio, a que alcanzasen un *status* privilegiado en sus viejas instituciones... En un nivel de ideas, los planteamientos son precoces en España.

Todavía se van a expresar con mayor libertad y posibilidades en las cortes de Cádiz, a partir de 1810. Aquellos hombres van a optar decididamente por la vía de las transformaciones revolucionarias de la propiedad, porque en Cádiz se expresa y legisla la nueva burguesía, que pretende instaurar un orden jurídico y real nuevo. En 1814 se producirá la restauración con Fernando VII y en 1820 de nuevo la revolución hasta la entrada de los franceses en 1823, enviados por la Santa Alianza, para mantener el poder real y el viejo orden hasta la muerte del monarca diez años más tarde. Con retrocesos, cortando a veces el proceso revolucionario, las transformaciones legales de la propiedad se producen entre 1810 y 1840. ¿Significan estas leyes — que he de describir en breve espacio — la culminación del proceso revolucionario? Entiendo que no; más bien ponen las bases para la apertura de un largo proceso que se prolonga a lo largo del XIX y aun del XX. Con muchas dificultades, con resistencias de la nobleza que no pierde su poder como en Francia, sino más bien se transforma...

¿Qué interés poseen las transformaciones legales de la propiedad? Creo que son significativas de lo que pretenden quienes detentan el poder, al tiempo que facilitan los medios técnico-jurídicos para la revolución; abren cauces y sancionan posibili-

dades diferentes en la propiedad de las tierras... Con más precisión: trasforman la propiedad feudal en burguesa, que cambia de manos en grandes cantidades, pero, sobre todo configurándola con nuevas formas jurídicas que hacen posible un nuevo sistema de explotación de las tierras y de los que las trabajan. Un proceso anteriormente iniciado con buenos resultados en la producción y la riqueza, alcanza su momento decisivo y la burguesía es capaz — con retrocesos y avances — de controlar el poder, modificar las leyes y lograr un ritmo más rápido para la mutación del sistema.

La abolición de las jurisdicciones señoriales.

Aquellas adherencias entre jurisdicción y propiedad que habían caracterizado el mundo feudal, tenían que desaparecer en la nueva época. El estado liberal reclamaba todo el poder para sí, los pueblos no estaban dispuestos a pagar al señor viejos tributos que apenas tenían sentido o sentirse constreñidos por privilegios feudales. Cuando se realizan los primeros planteamientos sobre las tierras y bienes de la nobleza en las cortes gaditanas, se pretende llegar muy lejos. El clero perdería su riqueza ¿por qué la nobleza no había de incorporar los señoríos con sus tierras y sus jurisdicciones a la nación? En el siglo XVIII cuando se incorporaban por falta de título o por otras razones pasaban a ser realengos ⁽¹²⁾; en Francia se había acabado con la gran propiedad nobiliaria. Sin embargo, muy pronto se centraría el problema hacia la abolición de las jurisdicciones manteniendo la propiedad de la tierra en manos de la nobleza; la propuesta de García Herreros el día 5 de junio de 1811, decía así:

Primera. Habiendo declarado V. M. por su solemne decreto del memorable día 24 de Setiembre próximo que la soberanía reside inherentemente en la Nación, es ilegal, injusto y contradic-

(12) S. DE MOXÓ, *Incorporación de señoríos en la España del antiguo régimen*, Valladolid, 1959; *Un medievalista en el Consejo de Hacienda: Don Francisco Carrasco, Marqués de la Corona, Anuario de historia del derecho español*, XXIX (1959), 609-668; *La incorporación de señoríos eclesiásticos, Hispania*, XXIII (1963), 219-254.

torio que haya españoles que reconozcan y estén sujetos a otro señorío que el de la Nación, de que son parte integrante, y que otros jueces que los nombrados por la Nación misma ejerzan la jurisdicción ordinaria: procede con todo rigor de justicia que desde hoy mismo queden incorporados a la Corona, o sea a la Nación, todos los señoríos jurisdiccionales, de cualquier clase y condición que sean, y que desde luego se proceda al nombramiento de todas las justicias de señorío y demás funcionarios públicos por el mismo orden que los llamados de realengo.

Segunda. Los señoríos territoriales y solariegos quedarán en la clase de los demás derechos de propiedad particular, si por su naturaleza no son de los que deban incorporarse a la Corona, o no se hayan cumplido las condiciones con que se concedieron, lo que resultará de los títulos de adquisición.

Los contratos, pactos o convenios hechos en razón de aprovechamientos, arriendos de terrenos, censos u otros de esta especie, celebrados entre los llamados señores y vasallos, serán considerados como los demás particulares.

Tercera. Desde hoy mismo quedarán suprimidos y derogados todos los derechos privativos y exclusivos de caza, pesca, hornos, molinos, aprovechamiento de agua, pastos y demás, de cualquiera clase que sean, quedando todo esto al libre uso de los hombres (13).

Y continuaba especificando otros detalles... Se desarrolla una extensa discusión, pero ni los más radicales se atreven a un enfrentamiento frontal con la nobleza. ¿Se daban cuenta que no era posible su destrucción? Su presencia en las cortes y en el ejército le confería el poder y la clase nobiliaria atravesaría los años de la revolución sin excesivo daño, pues el decreto de 6 de agosto del 1811 suprimía jurisdicciones, mientras les reconoce sus propiedades y las rentas derivadas de la tierra. Esta solución, indudablemente muy favorable, retorna en los años del trienio con el decreto del 19 de julio de 1820 y su desarrollo en 23 de mayo de 1823; en forma definitiva, por los decretos de 2 de febrero y 26 de agosto de 1837 (14). En esta legislación y en su aplicación surgen dos cuestiones, que son las siguientes:

(13) *Diario de Cortes*, II, pág. 1187.

(14) *Decretos Cortes*, I, 193-196, IV, 139-140. S. DE MOXÓ, *La disolución del régimen señorial en España*, Madrid, 1965, 254-256 y *Decretos Isabel*, XXII, 50-57, 57-59 y XXIII, 151-154.

1. El problema de los títulos de propiedad de aquellas tierras. Si era necesario demostrar las concesiones reales o las compras o donaciones particulares de las distintas tierras, la nobleza se hubiera encontrado con dificultades... Los pueblos pretenden que muestren sus títulos para descubrir que son muchas las usurpaciones — el poderoso señor feudal amplía su dominio por la fuerza — y reducir el ámbito territorial de su poder. Muchas de las rentas existentes tendrían asimismo un origen espúreo y podrían ser suprimidas o minoradas al menos ⁽¹⁵⁾.

2. La segunda cuestión, fue clasificar las rentas que percibía el señor feudal en jurisdiccionales o territoriales. Para suprimir las primeras y mantener las segundas. Los criterios que se utilizaron en la legislación promulgada fueron la enumeración de algunas, así como la presunción de que las que habían sido objeto de una concordia o contrato, procedían de la tierra. Los señoríos de la península — procedentes de diversas épocas y establecidos en distintas latitudes — presentaban una gran variedad de situaciones, rentas y pagos... Por ello resultaba muy difícil — salvo casos concretos, como la fonsadera, el portazgo o los derechos de horno o molino — el establecer el carácter feudal o jurisdiccional de las rentas. Distinción, por lo demás, que pertenece a la ideología ilustrada y liberal, pero que no tiene aplicación ni demasiada importancia en los siglos de su formación y florecimiento. De ahí, el número de pleitos que se desarrollarían en el siglo XIX sobre estas cuestiones; los tribunales — de acuerdo con su ideología — favorecieron a los propietarios nobles frente a los pueblos, según parece demostrado a través de la jurisprudencia del tribunal supremo ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Estas cuestiones se desarrollan en la legislación citada en nota anterior. Acerca de ellas, S. DE MOXÓ, *La disolución...*, 115-136, 157-160; R. GARCIA ORMAECHEA, *Supervivencias feudales en España. Estudio de la legislación y jurisprudencia sobre señoríos*, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 160 (1932), 569-663; M. ARDIT, *Els valencians a les corts de Cadis*, Barcelona, 1968.

⁽¹⁶⁾ Se estudia por Moxó y García Ormaechea. También A. Blesa Cusnat, *Aportación al estudio de los pleitos de señorío posteriores al Decreto del 1811*, *Primer Congreso de historia del país valenciano*, Valencia, 1974, IV, 429-262.

Todo ello supondría que la nobleza cedería tan sólo una parte mínima de sus derechos y sus ingresos en el paso hacia la edad contemporánea. Los derechos jurisdiccionales no significaban demasiado a finales del antiguo régimen, ni en facultades de administración de justicia — donde la jurisdicción real se había implantado fuerte —, ni en rentas o ingresos, ni en prestaciones de carácter personal, de que apenas quedan vestigios... Por ello, la nobleza no perdió demasiado con esta solución, conservando sus propiedades libres...

La nobleza sufre un cambio en sus propiedades, al privarle de su jurisdicción; pierde la función señorial que ejerció durante siglos. Al mismo tiempo, numerosos tributos regios que estaban enajenados en favor de la nobleza desaparecen o se incorporan a la corona. La exención que tenía en el pago de impuestos y cargas termina; sus tierras serán sujetas al impuesto normal, como todas. En el siglo XVIII no se había conseguido sujetar a impuestos las tierras de los nobles, como en Valencia y la corona de Aragón; si bien, en Valencia, la estabilización del equivalente supondrá una disminución de la presión fiscal a lo largo del setecientos (17). La legislación liberal reformaría la hacienda en sentido de imponer las cargas sobre la tierra, reduciendo los tributos sobre consumos y circulación en general: este es el sentido de la reforma Mon de 1845. Si bien, el primitivo proyecto establecía un mayor gravamen que los propietarios logran reducir, porque aquellas cortes estaban dominadas por quienes poseían la tierra y las casas, fuentes de la riqueza entonces, y podían reducir su participación en las cargas públicas (18). La eterna historia...

(17) Sobre equivalente está realizando su tesis Jorge Romeu, de la facultad de letras de Valencia; a él debo el conocimiento de su estabilización — con apenas variaciones — a lo largo del siglo XVIII.

(18) F. ESTAPÉ, *La reforma tributaria de 1845*, Madrid, 1971. Sobre la hacienda del XIX ha trabajado extensamente J. FONTANA, *La quiebra de la monarquía absoluta (1814-1820)*. *La crisis del antiguo régimen en España*, Barcelona, 1971; *Hacienda y estado en la crisis final del antiguo régimen español 1823-1833*, Madrid, 1973; *La revolución liberal (política y hacienda 1833-1845)*, Madrid, 1977. También reciente, J. DEL MORAL RUIZ, *Hacienda y sociedad en el trienio constitucional 1820-1823*, Madrid, 1975.

Por otra parte, la disponibilidad de la propiedad nobiliaria crece por las leyes desvinculadoras, que acaban con los mayorazgos, que producían la amortización de bienes — tierras, casas, señoríos, alhajas... — en manos de la nobleza. En el año 1820 se proclamaba la desvinculación:

Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora a la clase de absolutamente libres (19).

Confirmada en 1836 y 1841 la desvinculación, los poseedores de los mayorazgos podían disponer de la mitad de los bienes, con reserva del resto al siguiente poseedor. La medida no debió disgustar a la nobleza que, de esta manera, podría disponer en vida y *mortis causa* de sus bienes, para venderlos o repartirlos entre los hijos, conforme gustaren. Otra cosa es que significase la desaparición de los mayorazgos ínfimos, excesivamente cargados de deudas, que se vieron compelidos a vender o fueron ejecutados por sus acreedores (20). O que con el transcurso del tiempo, ello comportase la debilitación de algunas grandes familias y el reparto sucesivo de los patrimonios, pero al presente significaba posibilidades de disponer de la nobleza, que se reciben con agrado. Cargados de deudas, podrían disponer de algunos bienes, sin necesidad de aprobación real. La administración y explotación de bienes, además, puede hacerse mejor con la disponibilidad de los mismos...

La desamortización y la iglesia.

Aquellas transformaciones de la propiedad nobiliaria no bastan para una burguesía que aspira a ser propietaria de tierras para

(19) Texto del decreto de 27 de septiembre de 1820, repuesto en su vigor por el real decreto de 30 de agosto de 1836, *Decretos Isabel*, XXI, 363-364, también *Apéndice* 74-82. Norma complementaria será la ley de 19 de agosto de 1841, *Decretos Isabel*, XXVII, 545 ss. Acerca de esta legislación, B. CLAVERO, *Mayorazgo...*, 361-403.

(20) Debo esta indicación a E. Fernández de Pinedo, quien advierte su relativa frecuencia en el país vasco.

alcanzar unos rendimientos de su capital. Simultáneamente van a pasar a sus manos grandes extensiones de tierras de la iglesia y de los campesinos. Los comerciantes, banqueros y contratistas con el estado, los funcionarios y profesionales también, adquieren estas tierras. También la corona cedería propiedades a las necesidades de la hacienda, ya que el estado se halla fuertemente endeudado por las guerras y había perdido las remesas de metales americanos... (21). La reforma de la hacienda no era suficiente; o si se quiere de otro modo, hubiera tenido que proyectarse sobre las que aparecían como clases dominantes del sistema: la burguesía y la nobleza, reconvertida en burguesía terrateniente.

La legislación desamortizadora va devorando propiedades. La nobleza no participa — en general — en estas compras, porque posee su propio patrimonio, no son tierras lo que necesita, sino más bien rentas y dinero. Tampoco los campesinos poseen suficiente dinero para lograrlas; es la burguesía de las ciudades quien puede adquirir estos bienes. Los bienes de los conventos y monasterios primero, los de órdenes militares después, los del clero secular, los propios, los de instrucción y beneficencia fueron pasando a manos de los particulares en un largo proceso que alcanza hasta la restauración. Primero en el trienio entre 1820-1823, después con progresistas hasta 1843 y, de nuevo a partir de 1855 se establecen los grandes períodos desamortizadores de los bienes públicos y de la iglesia. Períodos que están determinados por épocas de gobierno progresista... Las leyes de Méndizabal en 1836 y 1837 (22) o la de Madoz del 1855 (23) unen el nombre

(21) Fontana dedica amplio espacio en sus libros a los problemas de la deuda, véase citas en nota 18. Ya clásico J. SARDÁ, *La política monetaria y las fluctuaciones de la Economía española en el siglo XIX*, Madrid, 1948.

(22) Remito a F. TOMAS VALIENTE, *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona 1971, en la imposibilidad de reseñar ni siquiera las leyes más importantes. También se debe al mismo una revisión de la bibliografía *Recientes investigaciones sobre la desamortización: intento de síntesis*, *Moneda y crédito*, 131 (1974) 95-160. En la misma revista aparecerá en breve un artículo de Joan Brines, acerca de las líneas generales de la desamortización.

(23) Ley de 1 de mayo de 1855, con su extensa instrucción del 31 de mayo. Sobre esta ley aparecerían manuales de desamortización numerosos que recogen la legislación, véase Torres Campos, *Bibliografía*, I, 136 a que debe añadirse, al de Abellán, una edición segunda de 1895.

de un gran ministro al proceso desamortización. No son, como en el caso de la desvinculación, meras posibilidades para permitir a los particulares un proceso de enajenación de sus bienes, antes prohibido; son el inicio de una vasta operación del estado que declara suyos unos bienes para, a continuación, proceder a su venta. Un trasiego real de estos bienes nacionales sucede como lógica aplicación de sus preceptos, a las leyes desamortizadoras.

Algo semejante — también afecta a la iglesia — sería la desaparición del diezmo. Los campesinos no pagan estas cantidades, ante la debilidad de la iglesia que no es capaz de exigirlo. Los liberales proclaman el fin de esta obligación, reconocen la situación y terminan con aquellos pagos tradicionales de impuestos a la iglesia ⁽²⁴⁾. ¿Se benefició realmente el campesino? Es esta cuestión que no es posible responder por igual para todas las situaciones, pues a veces repercutiría en el propietario, otras en arrendatarios o censatarios. En todo caso, se estaba eliminando a la iglesia como potencia económica y fundiaria; porque las funciones que había cumplido en el antiguo régimen son ahora reivindicadas por la burguesía — sus funciones intelectuales, sus funciones financieras, incluso las asistenciales y de beneficencia —.

Por último, en este recorrido en torno a la legislación burguesa no se debe prescindir de una referencia a los censos. La propiedad rural del antiguo régimen se halla cargada con censos de diversas clases; algunos redimibles que han ido desapareciendo, otros perpetuos, como los censos enfitéuticos o los foros, que se transmiten por los siglos. La zona de Galicia y Asturias está dominada por los foros, mientras Valencia y Cataluña son territorios donde los censos enfitéuticos abundan ⁽²⁵⁾ .. Estos y otros dejan

⁽²⁴⁾ Véase D. MATEO DEL PERAL, *Los antecedentes de la abolición del diezmo (El debate de las Cortes del Trienio Liberal)*, en *La cuestión agraria en la España contemporánea*, Madrid, 1976, 289-301. En el reinado de Isabel II se suprimen pronto, pero más adelante se conservan provisionalmente el medio diezmo y la primicia hasta su extinción con indemnización a los partícipes legos, véase el decreto de 29 de julio de 1837, ley de 30 de junio de 1838, real decreto de 1 de junio de 1837, ley de 21 de junio de 1840 y ley de 20 de marzo de 1846, *Decretos Isabel*, XXIII, 99 ss.; XXIV, 277 ss.; XXV, 323 ss.; XXVI, 195 ss.; XXXVI, 494 ss. Recientemente J. FONTANA, *La revolución liberal...*, 304-329.

⁽²⁵⁾ Sobre Cataluña, P. VILAR, *Catalunya dins l'Espanya moderna*, 4 vols.,

las tierras cargadas con unas obligaciones reales, con un valor no muy elevado, debido a las tasas que se han puesto a los censos — en el XVIII se reducen a un máximo del 3 por ciento ⁽²⁶⁾ — y a otras que dificultan su trasmisión... Los liberales habían de proveer mediante leyes a estas cuestiones, pues pretender dejar la propiedad exenta de estas cargas. Cuando los monarcas quisieron recaudar dinero con destino a hacer frente a los vales reales dieron facilidad para la redención de censos, incluso perpetuos ⁽²⁷⁾. Ahora, en los años de la revolución liberal, se dieron también grandes facilidades para la redención de los censos enfiteúticos, tanto si eran de señorío, como alodiales o convenidos por las partes ⁽²⁸⁾. Es más, aprovechando la desamortización se acudió a remediar estas cargas de la tierra. Al pasar los bienes nacionales al estado, éste decretó la extinción de todos los censos si se reunía en él ambos dominios, directo y útil ⁽²⁹⁾. Si las tierras que salían a subasta estaban gravadas con censos se procuraba hacerlos desaparecer, concentrando en una sola de las parcelas todas las cargas, mientras las demás quedarían libres. O bien se rebajaba del precio de la finca la carga impuesta al salir a pública subasta... ⁽³⁰⁾. Pero incluso, se quiso aprovechar el valor de los censos que poseían conventos y comunidades eclesiásticas — es decir el dominio directo que tenían sobre otras tierras —; se dio gran facilidad para redimir por parte de los enfiteutas propietarios

Barcelona, 1964-1968, III, 551-677; sobre Valencia en relación a la legislación del XIX, preparo un estudio con Telesforo Hernández. Sobre los foros gallegos, que se prolongan en el XIX y XX existe una serie de propuestas de tipo jurídico que pueden verse en TORRES CAMPOS, *Bibliografía*, I, 136-137 y II, 79-80.

⁽²⁶⁾ Real pragmática de 23 de febrero de 1705, extendida a la corona de Aragón por la de 9 de julio de 1750, véase *Novísima recopilación*, 10, 15, 8-9.

⁽²⁷⁾ Véase esta legislación en *Novísima recopilación*, 10, 15, 13-24; el deseo de hacer entrar caudales en la caja de amortización de vales facilitó también la venta de mayorazgos, véase 10, 17, 16-20.

⁽²⁸⁾ Esta materia está conectada con la abolición de señoríos, véase la ley de 3 de mayo de 1823, repuesta en 2 de febrero del 1837, arts. 7, 8 y 9, *Decretos Isabel*, XXII, págs. 53-54.

⁽²⁹⁾ Véase *Decretos Isabel*, XXXIII, 313 y L, 737 ss.

⁽³⁰⁾ Esta disposición de alguna ley desamortizadora no se emplearía en las grandes leyes del XIX.

estas cargas y, al fin, si no se redimían, se sacaría el dominio directo a subasta... ⁽³¹⁾.

Los censos están en declive desde inicios del XIX, quizá incluso antes. Su final está en la legislación que desnaturalizó sus caracteres, en función de reunir fondos en la caja de amortización de vales. Pero también, porque otros dos mecanismos han de sustituir en un sistema capitalista las funciones que cumplían. De un lado, es indudable que los censos fueron un mecanismo para la explotación de la tierra, en el señorío y fuera de él. Pues bien, ahora el arrendamiento a corto plazo cumplirá esta función, con mayor beneficio para el propietario, que puede elevar cada año su renta, al compás de rendimientos y de oferta de mano de obra. La proletarización se verifica por la aparición de jornaleros sin tierras, como también por los pequeños arrendatarios... ⁽³²⁾. De otro lado, la función de facilitar dinero al campo que tenían los censos, se realizará ahora mediante la hipoteca: que no inmoviliza el capital con el tremendo riesgo de largo período, sino exige su inmediato rendimiento, dando lugar en otro caso a la ejecución de la finca a plazo fijo. Las ventajas están de parte del capital que se presta... ⁽³³⁾.

Otra legislación podía traerse aquí para comprender mejor el cambio de un sistema feudal al capitalismo liberal, también íntimamente ligada a la propiedad de las tierras, núcleo central de la transformación. Se podía hacer referencia a la expropiación forzosa o al reforzamiento de las penas en los delitos contra la propiedad o a la libertad de comercio... Incluso a la supresión de los llamados privilegios de la ganadería trashumante, de la mesta que desaparece... Pero creo que con los temas apuntados antes es posible percibir cómo una sociedad se hunde — la nobleza y el clero — para construirse otra desde diferentes bases

⁽³¹⁾ Aparte numerosas disposiciones anteriores, véase arts. 1 y 7 a 11 de la de 1 de mayo de 1855 y arts. 221 a 270 de la instrucción de 31 de mayo de 1855.

⁽³²⁾ El decreto inicial es el de 8 de junio de 1813, *Decretos Cortes*, IV, 80-82.

⁽³³⁾ La primera ley hipotecaria en sentido estricto es de 8 de febrero de 1861, con reglamento de 21 de junio del mismo año. Si bien, la primera regulación de la materia se realiza al regular los oficios o contadurías de hipotecas en 1768 y, después, en la primera época liberal.

económicas. Se inicia el gran proceso de transformación que se llama revolución burguesa.

Una ojeada sobre la realidad...

Una legislación es tan sólo unos cauces, un marco para el desarrollo revolucionario liberal. Va expresando los cambios que se producen y los facilita desde sus reglamentaciones y preceptos... Hace patente que el poder ha cambiado de signo — de manos — y la nueva burguesía es capaz de ordenar nuevas leyes y normas, a despecho de los levantamientos carlistas y con un pacto sin quiebra con la nobleza... La legislación liberal — en especial aquella que se refiere más estrictamente a la propiedad, pero también las leyes orgánicas — está expresando, pues, y facilitando esa transformación que supone una profunda mutación estructural. Y apunta hacia varios objetivos:

a) Cambio en las relaciones de poder a través de las normas que se fijan en la constitución de Cádiz — o en las que reforman y rectifican los órganos de gobierno y de la magistratura —. No han de ser objeto de nuestra atención ahora.

b) Normas que trasforman las estructuras de la propiedad, convirtiéndola en nueva y distinta, haciéndola apta para mejor servir a un incipiente capitalismo... Señalando, en abstracto, la disponibilidad de sus bienes por la nobleza o la libertad en materia de arrendamientos y las facilidades para la redención de los censos.

c) Incluso, otras normas sobre la propiedad, desencadenan directamente el proceso de cambio: las leyes desamortizadoras son, sin duda, prototipo de éstas. No se limitan a dar posibilidades de cambio, sino que lo producen mediante el paso de bienes del clero y de la corona, de bienes comunes, a manos de los particulares que pueden adquirirlos.

Con todo, la legislación señala un nivel importante en los cambios del XIX. Pero por debajo de ella corren realidades económicas y sociales que representan el auténtico nivel de la transformación. En los finales del siglo XVIII la agricultura presenta ya signos de cambio hacia formas nuevas... Una clase burguesa numerosa está deseosa de participar en la explotación del campo, de adquirir la propiedad de la tierra... Durante el siglo XIX

— al compás de las leyes — se irá cumpliendo este proceso: las tierras pasarán a manos de los nuevos señores y éstos las explotarán de un modo muy distinto al del antiguo régimen. Arrendamientos a corto plazo — con posibilidad de rápido deshaucio y aumento del precio, para poder extraer mejor rentabilidad a las tierras... Protección penal fuerte, para asegurar el poder de los dueños de la tierra... Seguridad de la propiedad a través de las escrituras notariales y — desde estos años — los registros de propiedad en donde se inscriben las transmisiones y las hipotecas... Los impuestos recaerán sobre la propiedad, que es la riqueza, pero, a su vez, darán derechos políticos en un sistema de voto censitario: de voto reservado a los propietarios.

Entonces, para conocer ese largo proceso, que llega hasta el siglo XX bien entrado, no basta conocer las leyes. Es preciso atender a su aplicación y a su conculcación, si se quiere penetrar en el fondo. Las leyes sólo son un cauce, unas referencias de los deseos de quienes poseen el poder; hay que recorrer el proceso de desamortización — que tan profundos estudios ha suscitado últimamente ⁽³⁴⁾ —, así como las transmisiones de la propiedad durante el siglo XIX, sus titulares y su extensión... También las formas de explotación a través de arriendos o de cultivo con jornaleros, su producción creciente por la extensión de los cultivos a otras tierras o el mejor abonado... El conocimiento de los archivos notariales y registrales será magnífico lugar para la reunión de datos. Quizá mejor que las contabilidades de algunas instituciones o de particulares.

Las líneas de este proceso que supone la revolución en el campo y la agricultura no están todavía suficientemente estudiadas:

⁽³⁴⁾ Remito a las notas 22 y 23. La desamortización posee una extensa bibliografía especializada por regiones, como por ejemplo J. M. Mutiloa Poza para Vascongadas y Navarra, A. Lazo Díaz para Sevilla, F. Simón Segura para Madrid o los trabajos de Brines — a punto de aparecer — para Valencia... También se reparten por épocas, siendo algunas estudiadas con amplitud por un autor, como R. HERR *Hacia el derrumbe del Antiguo Régimen: crisis fiscal y desamortización bajo Carlos IV, Moneda y Crédito*, 118 (1971), 37-100; *La vente des propriétés de mainmorte en Espagne: 1798-1808, Annales*, janvier-février (1974), 215-228; o J. MERCADER RIBA, *La desamortización en la España de José Bonaparte, Hispania*, XXXII (1972), 567-616.

La desamortización pasa a manos de comerciantes y burgueses las fincas que habían pertenecido a la iglesia o que fueron comunales; se produce una gran concentración de la propiedad, al parecer, mayor que la existente con anterioridad. Porque el campesino no adquiere nuevas explotaciones y porque pierde las que se le reparten en algunos lugares; porque no puede conservar explotaciones que no son rentables, en momentos de escaso rendimiento y de necesidad que se aprovecha por la usura — a través de los registros de propiedad es posible saber algo de los prestamistas en el campo —. La redención de censos pudo, sin duda, contribuir a la existencia de un campesinado menor; pero ni fue intensa — quizá el campesino no dispone de dinero —, ni escaparon los enfiteutas que pudieron redimir sus tierras a la línea general de concentración de las propiedades. Sin embargo, en algunas zonas, como Valencia, existe desde el XVIII y se conserva un campesinado propietario... La simplificación de estas líneas puede conducir a conclusiones previas que necesitan de una investigación más profunda y de matizaciones varias...

La agricultora amplía sus producciones durante el siglo XIX, en especial porque se amplía la superficie cultivada. Las formas de explotación de la tierra — la vieja aparcería junto a los arrendamientos — permiten que la burguesía controle y disfrute de los beneficios de la tierra... Poco conocemos de los términos reales en que se desenvuelve este proceso económico: las tierras que debieron descender de precio por las desamortizaciones, volverán a situarse en alza, porque hay demanda...

Otra cosa será el cálculo de su precio a lo que presenta dificultades la falsedad sistemática con que se consigna en las escrituras... La rentabilidad no parece que ascienda en la primera mitad de siglo; al menos en Valencia los arrendamientos parecen mantenerse constantes en algunas zonas... Aunque todas estas afirmaciones son aventuradas, basadas en algunas observaciones aisladas, cuando se requiere un estudio sistemático... En todo caso hay unas realidades durante el siglo XIX, durante su primera mitad que pueden sintetizarse así:

a) Traspaso de las tierras y fincas a manos de los nuevos señores, de la burguesía que compra en la desamortización y que siente deseos de tierras para su explotación. Incluso, en la más

progresiva, para la comercialización de sus productos. Al mismo tiempo adquiere tierras de la nobleza y del pequeño campesino...

b) Fracaso en la aparición de pequeño campesinado mediante la desamortización o algunos repartos de propios. Más bien, la supresión de los bienes comunales empeora la situación de los labriegos... Sin embargo, y sin duda procedentes de época anterior, en algunas zonas existirá y se mantendrá un campesinado intensivo, de pequeñas parcelas. Es el caso, sin duda, del país valenciano. La redención de censos puede tener grave importancia en la consolidación de este campesinado en Cataluña y en Valencia, en donde el censo enfiteútico es muy usual.

c) Elevación de la producción agrícola — una demografía más elevada la posibilita y la requiere — que constituye la mayor riqueza del país en la primera mitad del siglo pasado. Las crisis de subsistencias hasta 1866 presentan un país que, sustancialmente, está sostenido por el campo. Alguna mejora de rendimientos en términos reales, pero, sobre todo una extensión de cultivos, incrementan la producción... ⁽⁸⁵⁾.

Pero ¿cómo es posible adentrarnos en este mundo de la realidad económica y social desde estas páginas de objetivo más limitado? Sólo he intentado unas pinceladas para dejar claro que tras las ideas sobre la propiedad — también detrás de las leyes — existen unos intereses y unas estructuras reales de la propiedad que se han de tener en cuenta para entender otros niveles. No importa ahora su exacta configuración, sino más bien su relación con los otros dos niveles: las leyes y las ideas. En especial, con las doctrinas jurídicas de la primera mitad del siglo pasado, que es el objeto de estas páginas.

⁽⁸⁵⁾ No existe un modelo de comportamiento económico para la España del siglo XIX; una síntesis primera e inteligente de los aspectos agrícolas en G. ANES, *La agricultura española desde comienzos del siglo XIX hasta 1868: algunos problemas*, en *Ensayos sobre la economía española a mediados del siglo XIX*, Madrid, 1970, 235-963. Acerca de la coyuntura y las crisis, el estudio de N. SANCHEZ-ALBORNOZ, *Las crisis de subsistencias de España en el siglo XIX*, Rosario, 1963; también *España hace un siglo: una economía dual*, Barcelona 1968. Para Valencia, la tesis inédita de E. SEBASTIÁ, se refleja mínimamente en *Crisis de los factores mediatizantes del régimen feudal. Feudalismo y guerra campesina en la Valencia de 1835*, en *La cuestión agraria*, 395-413. Sobre datos andaluces A. M. BERNAL, *La propiedad de la tierra y las luchas agrarias andaluzas*, Barcelona, 1974.

Las ideas que dominan la primera mitad del siglo son sin duda alguna las del liberalismo. Frente a ellas, las defensas clericales del antiguo régimen carecen de fuerza, son querer mantener una situación que la revolución ha puesto en duda y ha empezado a destruir. « La hambre rabiosa del oro o la sed mortal que ha aquejado en nuestro siglo a toda la Europa, la ha compelido a devorar la sustancia de los ministros del culto. Esta sed insaciable de los bienes eclesiásticos, a manera de una peste cruel, ha corrido los estados, se ha radicado en los pueblos, ha contagiado países... »⁽⁸⁶⁾. Esto escribía Vélez, arzobispo de Santiago, en 1818, en su *Apología del altar y del trono*, y dedicaba algunas páginas a demostrar — contra la prensa liberal del momento anterior — cómo fueron los filósofos y los políticos quienes consideraron la necesidad de disponer de aquellos bienes de la iglesia para remediar la bancarrota del estado, atacando al tiempo a los reyes como causantes de ella... Federico de Prusia o Voltaire — al que denomina conforme a su pronunciación Volter — son los principales urdidores de la destrucción de la iglesia católica... Demuestra los derechos de la iglesia sobre sus bienes con citas bíblicas y con la historia. La iglesia siempre ha ayudado a los monarcas en sus necesidades — de nuevo datos de la historia —, pero la revolución en Francia y en España decidió apoderarse sin más de los bienes... Leyes, cuentas y afrentas desfilan en su defensa de las propiedades del clero. Son estas ideas muy concretas con que se defiende la iglesia de la revolución. Ideas con que combate ataques en los periódicos y en las cortes... Durante el reinado de Fernando VII — incluso la guerra carlista de 1833 a 1840 — dos mundos diferentes se enfrentan en el terreno de las ideas: los absolutistas que pretenden conservar el pasado y los liberales que buscan una nueva etapa dentro de un orden nuevo. Y la lucha de ideas es enconada y fuerte porque es también dura la lucha por el poder que tiene lugar estos años en España y en toda Europa. En España más si cabe por los constantes vaivenes del poder en manos de unos y otros hasta 1833, año de la muerte

⁽⁸⁶⁾ R. DE VÉLEZ, *Apología del altar y del trono*, Madrid, 1825, pág. 306, en general hasta 355. Uso segunda edición.

de Fernando y comienzo del reinado de Isabel II, inicio de la revolución burguesa definitivamente...

Esa pugna de ideas se desenvuelve a todos los niveles, desde la teología y la política, el derecho o la filosofía... Hasta en materias médicas — en cuanto al contagio o no de la fiebre amarilla — se tiñen las opiniones de las ideas políticas, porque no se conoce con exactitud el origen de la enfermedad ⁽³⁷⁾. Pero sobre todo son las ideas sobre el hombre y la sociedad, sobre las leyes, las que dividen los dos bandos... Y se escriben libros y se discute mediante el periódico y el folleto en los años liberales en que una mayor libertad de imprenta permitía expresarse a unos y a otros... Porque en los períodos del absolutismo fernandino especialmente en la década de 1823 a 1833 se suprimen periódicos para evitar que las ideas desmontasen el antiguo régimen. La real orden de 30 de enero de 1824 suprime casi todos, con excepción de la *Gaceta de Madrid*, periódico oficial, y algún otro... ⁽³⁸⁾. Sin embargo, el centro de las ideas liberales fueron las cortes cuando estuvieron abiertas... En ellas se pudo oír la defensa de los proyectos de ley, así como voces más avanzadas que querían soluciones que se anticipaban... Las ideas en las cortes en torno a las leyes están a punto siempre para la reforma inmediata del ordenamiento legal; en los periódicos y folletos están vivas y ágiles... Muchos de los que hablan en las cortes o escriben en los periódicos son juristas, pero nuestra intención aquí es atender a los aspectos esenciales de las doctrinas jurídicas. No es posible ni siquiera en el terreno de las ideas trazarlas todas. Nos hemos atenido a los libros, por considerar quizá que es esa la primera etapa a realizar. No porque sean más maduras o más importantes. El libro posee siempre mayor consistencia y, a veces, es central — el caso de Jovellanos — Otras veces, más académico, representa cierto alejamiento de la realidad, aunque ésta siempre actúa por debajo y en el contexto...

⁽³⁷⁾ Pueden verse esta curiosa controversia en M. y J. L. PESET, *Muerte en España (política y sociedad entre la peste y el cólera)*, Madrid, 1972, 145-198.

⁽³⁸⁾ *Decretos Fernando*, VIII, 101. Véase M. y J. L. PESET REIG, *Legislación contra liberales en los comienzos de la década absolutista (1823-1825)*, *Anuario de historia del derecho español*, XXXVII (1967) 437-485.

Dos juristas antípodas: Sala y Gómez de la Serna.

Para centrar de nuevo estas páginas en el nivel de las ideas jurídicas he creído conveniente comparar dos obras significativas. La primera es la *Ilustración del derecho real de España* del pavorde y catedrático valenciano Juan Sala; la segunda los *Elementos del derecho penal y civil de España* de Pedro Gómez de la Serna, con la colaboración de Juan Manuel Montalván. Aquella de 1803, ésta de 1840. Ambas de importante difusión a juzgar por el número de sus ediciones ⁽³⁹⁾ y pertenecientes a una línea de manuales o compendios del derecho para la enseñanza en las facultades. Pero Sala escribe antes de la revolución liberal, mientras los otros cuando ya está bien iniciado aquel largo proceso de cambio... Por ello, de su comparación puede extraerse una primera visión de cómo van cambiando las cosas en la España de la primera mitad del XIX. A nivel de ideas — es verdad —, pero ideas basadas en transformaciones económicas y sociales.

La comparación puede hacerse en unos puntos concretos, ya que no parece menester entrar en el detalle de sus libros.

a) *Definición de la propiedad*. La manera de definir cada uno de estos libros el derecho de propiedad, nos sitúa en dos órbitas muy diferentes: la vieja propiedad definida y elaborada por el romanismo, frente a la nueva que se afirma en el XIX. Los cambios reales, tenían que modificar necesariamente la noción de propiedad. « Dominio — escribe Sala — es: *Derecho de disponer de una cosa según su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador o alguna convención*. Se llama también en nuestras leyes *señorío o propiedad*, l. 17, tít. 2, P. 3, bien que este nombre de *propiedad* se toma con frecuencia por aquel dominio al qual falta el usufructo » ⁽⁴⁰⁾. Atendiendo a otros textos de este autor, es posible matizar mejor su idea de propiedad. Así, la posibilidad

⁽³⁹⁾ La *Ilustración* se publica por vez primera en Valencia 1803, después en Madrid, 1820, 1832, 1834, 1837... Después añadido por otros, incluso pap América: la edición mexicana está a punto de aparecer a cura del Dr. Soberanes. Los *Elementos* poseen numerosas ediciones en Madrid, 1840-1842, que utilizo, 1843, 1845, 1851, 1855, 1861, 1863, 1865, 1868, 1870-1872, 1874.

⁽⁴⁰⁾ J. SALA, *Ilustración*, I, 102. Uso la edición de 1820.

de distinguir dentro de este derecho, un dominio directo y otro útil, en torno al censo enfiteutico o — cuando trata de la división de las personas — percibe la realidad de unos nobles y clérigos exentos de pagar tributos o con capacidad de amortizar las tierras o de establecer mayorazgos (41).

Mientras, en el libro de Gómez de la Serna, tras una ardorosa defensa de las ventajas de la propiedad para la civilización, se recoge una definición cercana al *Code*: *el derecho de gozar y disponer libremente de las cosas pero con sujeción a las leyes* (42). Es verdad que no se ha atrevido a emplear la fórmula francesa *de la manière la plus absolue*, sustituyéndola por el *libremente*, según dice, «conciliando el individualismo con el bien de la sociedad, y evitando que la libertad dejere en licencia» (43). Aunque la división del dominio aparece también al tratar del censo enfiteutico, no se muestran favorables a él, si bien, siendo hoy redimible parecen aceptarlo. Y nada quieren saber de las viejas distinciones de personas que, sin duda, afectaban a las relaciones de propiedad, pues ya se ha proclamado la igualdad jurídica y teórica de todas las personas.

b) En *materia de accesión* también cambia el tratamiento. El pavordre Sala inicia su descripción como enumeración de los modos de adquirir la propiedad. De ellos, unos pertenecen al derecho de gentes — la ocupación y la accesión — otros al civil... Para los juristas liberales, como en el *Code*, la accesión logra un lugar preferente, en donde sobre materiales romanos, se establece la importancia de la propiedad como principio de adquisición, frente al trabajo (44). Lo que produce la cosa o lo que a ella se incorpora cede en beneficio del propietario — la discreta y la continua del romanismo —. «Al dueño de una cosa por regla general le pertenecen todos sus frutos naturales, industriales y

(41) J. SALA, *Ilustración*, I, 308-309, 13-17, 201-219.

(42) P. GÓMEZ DE LA SERNA, J. M. MONTALVAN, *Elementos*, I, 92, en general 91-99.

(43) P. GÓMEZ DE LA SERNA, J. M. MONTALVAN, *Elementos*, I, 92, en la siguiente se refiere a reglamentos como el *Code*; también II, 99-104, I, 19 nota 1.

(44) Véase el artículo de G. Clavero, en este mismo volumen, sobre la accesión en la mente de los juristas de la segunda mitad de siglo, en Comas, etc.

civiles, doctrina sin la que sería ilusorio el derecho de propiedad » (45).

En cuanto a la accesión continua, Sala agrupaba según fuera por obra de la misma naturaleza o por la industria del hombre; en cambio, el primado de la propiedad — siguen al *Code* — hace que se especifiquen según sea a inmuebles o a muebles. Prescindamos de la accesión por obra de la naturaleza, y examinemos el tratamiento de ambos libros, respecto de aquéllas que se producen por acción del hombre. En la edificación, si es hecha por el propietario de buena fe, pagará el duplo al dueño, y si con mala, los daños y perjuicios; ésta es la ley de *Partidas* y esta es la opinión de ambos juristas. Pero Sala advertía algo, que se elude por entero: en la práctica jamás hemos visto, ni creemos se verá, condenarse al pago doblado al que edificó de buena fe. El principio de vigor de la propiedad, era aun mayor a fines del XVIII y principios del XIX que en *Partidas*. Gómez de la Serna y Montalván completan la cuestión con quien edifica en terreno ajeno de buena o de mala fe: la equidad recomienda que en el primer caso se le paguen los materiales, en el segundo nada por su ligereza. Pago únicamente de materiales ¿y el trabajo? La propiedad es decisiva (46).

c) Los *mayorazgos* es otro de los puntos importantes en este análisis comparativo, de autores, separados por unos cuarenta años, pero que distan entre sí una revolución en la propiedad y en las estructuras políticas y sociales. Cuando escribía Sala, la crítica acerca de los mayorazgos de Juan Francisco de Castro hacía años que había aparecido; pero no parece que haya hecho excesiva mella en el pavordre valenciano. Tampoco las propuestas de Jovellanos, aparecidas unos años antes... Porque el catedrático de la universidad de Valencia nada opone a los mayorazgos, apenas una duda sobre si son de derecho divino por inspirarse en los que aparecen en la sagrada escritura o la afirmación de que,

(45) P. GOMEZ DE LA SERNA, J. M. MONTALVAN, *Elementos*, I, 94-95, lo que contrasta con el escaso desenvolvimiento en J. SALA, *Ilustración*, I, 109.

(46) Igualmente puede apreciarse en materia de posesión, véase J. SALA, *Ilustración*, I, 114-116, sobre accesión I, 112-113; y P. GOMEZ DE LA SERNA J. M. MONTALVAN, *Elementos*, I, 124-125, accesión 98-99.

si bien los romanos no los conocieron, puede aplicarse a ellos las normas de los fideicomisos familiares... (47).

¡Qué distintas apreciaciones hallamos en los *Elementos* de 1840-1842! Tras precisar sus orígenes en las donaciones enriqueñas y su regulación en Toro, exclama:

Los mayorazgos, desconocidos por nuestros fueros, apenas tienen un lado defendible. Ligando las propiedades impiden su libre circulación tan necesaria para dar vida a la sociedad; y haciendo pasar los bienes a manos odiosas muchas veces al último poseedor impelen a éste a sacar de ellos todo el provecho posible a costa de su menoscabo y abandono. Por otra parte, la moral los reprueba altamente, pues sacrifican todas las afecciones naturales enriqueciendo a uno de los hijos y condenando a los demás a la indigencia y a la miseria. En algunos países puede sostenerlos el interés político para la conservación de una alta clase, llamada por la Constitución a participar de las funciones legislativas. Entre nosotros no podría alegarse este motivo para su existencia (48).

Entre el compendio de Sala y el libro segundo media un período de intensas transformaciones legales y reales... Las ideas jurídicas muestran — como en un espejo — los cambios de tipo más profundo.

Los cuarenta años que separan esos dos libros son fundamentales para la historia de nuestro derecho, ya que una amplia serie de leyes ha iniciado la revolución... Pero ¿cómo se ha producido ese cambio en las ideas? ¿Acaso se ha ido perfilando paulatinamente los criterios acerca de la propiedad? ¿Unos vaivenes intelectuales han acompañado — a nivel de libros — los distintos momentos en que se iba afirmando o reprimiendo el liberalismo? Pues bien, creo que no: una etapa de represión y oscuridad en las letras, como es el reinado de Fernando VII, es continuada por el reinado de su hija Isabel II, inicio del liberalismo y la revolución.

(47) J. SALA, *Ilustración*, I, 204-202, en general 202-219.

(48) P. GOMEZ DE LA SERNA, J. M. MONTALVAN, *Elementos*, I, 181, sobre la nueva legislación 191. La constitución a que se alude, la de 1837, no tiene senado nobiliario.

El reinado de Fernando VII (1808-1833): años de represión.

Si en el reinado anterior de Carlos IV (1788-1808) se había planteado la reforma de la ley agraria, con una serie de aportaciones y opiniones diversas, en los inicios del siglo XIX el tema de propiedad está muerto para la ciencia. Juan Sala la describe, aséptico en su *Ilustración*, pero no resalta la importancia que posee. Se discutirá en las cortes de Cádiz o dará lugar a importantes medidas durante el trienio, pero no hay muchos libros sobre el tema. ¿Miedo a la censura y al tema? ¿Debate continuo que no permite el libro? Porque a nivel de cortes o en el ambiente las cuestiones de propiedad están candentes de interés.

Ya me he referido a la defensa de los bienes eclesiásticos que hizo Vélez en su *Apología*. Pero es que incluso, en los momentos culminantes, aparecen publicaciones que se refieren al tema de la propiedad. En 1820 aparece en Madrid un librito que reúne las exposiciones de varios nobles — grandes de Castilla — para defensa de sus derechos, en relación a la abolición de las jurisdicciones. El problema de los títulos — dicen — levanta a los pueblos, que usurpan las funciones de interpretación de las cortes y

... lo hacen gobernados por el interés propio de ser su verdadera inteligencia la de haberse de suspender todo pago de los enunciados derechos territoriales y solariegos, hasta que se haya visto por los títulos de sus adquisiciones, que ni son por su naturaleza incorporables, ni de los concedidos bajo condiciones no cumplidas (49).

Se está discutiendo realidades muy importantes y todavía no se sabe cómo han de quedar; por ello no se escriben tratados teóricos, sino se lucha por las propiedades (50). Una universidad

(49) *Representaciones de diferentes Grandes de España a las Cortes para que se declare debérseles amparar en la posesión de sus rentas, especialmente en el Reyno de Valencia*, Madrid, 1820, pág 4, es de la condesa de Benavente.

(50) La bibliografía acerca de señoríos posee ese carácter de realidad viva y discutida; en general, son moderados y acordes con la ley del 1811, véase *Reflexiones sobre abolición de los señorío jurisdiccionales, territoriales y solariegos, escritas por el ciudadano T.H.*, Madrid, 1821; M. AMADORI, *Memoria sobre señoríos territoriales y solariegos*, Madrid, 1821; *Los principios de la Constitución española y los de la justicia universal, aplicados a la legislación de señoríos*, Madrid, 1821.

empobrecida es incapaz de expresarse de forma viva, en los momentos en que no lo tiene prohibido. Los clérigos más que libros de derecho canónico, intentan evitar el despojo de sus bienes y reforzar un dominio que toca a su fin. Un texto del nuncio, sirve de testimonio de la defensa de la iglesia, usando viejas ideas del dominio dividido:

Y en cuanto a la *naturaleza* de tales bienes — discurre — es indudable que están *consagrados a Dios*, a su culto y al socorro de los pobres desde el instante mismo que entran en el dominio de la Iglesia. Por esta razón se llaman y son verdaderamente el *patrimonio de Jesucristo*, a quien se ofrecen, o la *substancia de Jesucristo*, como los llama san Gerónimo, los *votos de los fieles*, como dice san Basilio, y finalmente el *patrimonio de los pobres*, como los apellida toda la antigüedad eclesiástica. He aquí el origen del derecho que se quiere controvertir; y he aquí por donde se demuestra que no son las naciones y los príncipes, sino la Divinidad la única *propietaria* de los bienes de la Iglesia; que la autoridad eclesiástica y todos los pastores de la misma Iglesia no son más que los custodios, dispensadores y usufructuarios; que esta propiedad es en consecuencia *sagrada e inviolable...* (81).

Con estas palabras y argumentos — otros se podrían recoger — se vierte una ideología anterior que pretende defender las propiedades en manos del clero. La burguesía — o sea los nuevos adquirentes de las ciudades — contrapondrá otras ideas y, sobre todo su poder para lograr esas propiedades del clero: quienes sostienen la propiedad como un derecho sagrado, las pierden frente a quienes afirman igualmente el derecho de propiedad. Sin embargo esos nuevos « señores » no segregaron tanta ideología, pues contaban con el poder; o la dispensaron en las cortes para, inmediatamente, hacer leyes... Los que iban a perder, sin duda, fueron los que opusieron más páginas para su defensa; pero la letra, aun cuando sea impresa, tiene poca fuerza frente a las realidades económicas que se ventilan y el poder alcanzado a través del ejército o de la milicia nacional...

Tras la reposición del absolutismo en 1823 la situación no mejora; pero a lo largo de estos años aparecerán algunas obras

(81) *Colección eclesiástica española*, Tomo I, Madrid, 1823, 139-140.

jurídicas de que es menester hacer mención. Su valor es escaso, sus posiciones reaccionarias, ya que pretenden mantener las cosas en su estado, sin percatarse de que los tiempos — es decir, las condiciones reales — han cambiado. Sólo en terrenos no estrictamente jurídicos, en materia de economía, existe una veta continuada que mantiene una vía de penetración de ideas nuevas. Desde las traducciones de Say y de Adam Smith a comienzos de la época ⁽⁵²⁾, hasta otras posteriores permiten penetrar la ideología liberal. Bien es verdad, que los más peligrosos, como Flórez Estrada está en exilio y su obra no circula libre por España ⁽⁵³⁾, Canga Argüelles publica también en Londres y los españoles, hasta la muerte del rey, deben conformarse con la obra poco peligrosa del marqués de Vallesantoro ⁽⁵⁴⁾ Pero el hecho está ahí: permitió en ciertas dosis la economía política que, ciertamente, andaba en desacuerdo con el antiguo régimen. Pero vayamos a las obras más estrictamente jurídicas.

Prescindiré de las ediciones del *Febrero*, libro para abogados y prácticos, como también de un retardado comentarista de las leyes de Toro, Sancho de Llamas... ⁽⁵⁵⁾. Y me atenderé a la pobreza de los manuales que se manejan en la universidad; ninguno puede compararse a Sala, más bien son sus imitadores. En verdad

⁽⁵²⁾ Sobre la primera edición de Smith, ver nota 8. Hay segunda edición de Valladolid 1805. Aparte la obra de R. L. DE DOU, *La riqueza de las naciones, nuevamente explicada con la doctrina de su mismo investigador*, Cervera, 1817, se cita una traducción anónima en Madrid, 1792, por TORRES CAMPOS, *Bibliografía*, I, 59. Las ediciones de Say, más numerosas, dan comienzo en 1804 y llenan la época.

⁽⁵³⁾ Flórez Estrada publica en Londres 1828 el *Curso de economía política*; la segunda edición París 1831, la tercera Madrid 1833, a la que siguen de 1835, 1840, 1848, 1852.

⁽⁵⁴⁾ VALLESANTORO, *Economía política con aplicación particular a España*, Madrid, 1829, con ediciones de 1833 y 1840. Canga, que publicó en 1826 su primera edición del *Diccionario de Hacienda on aplicación a España*; publica la segunda en Madrid, 1833-1834; sus *Elementos de la ciencia de la Hacienda*, Madrid, 1833 — hay edición facsimil de 1961 — se editan por vez primera en 1825.

⁽⁵⁵⁾ Sobre Sancho de Llamas véase la nota 4. Sobre las ediciones de Febrero no existe un trabajo mínimo, en general sobre la literatura del siglo XIX me ocupé, en una primera versión, *Spanische Universität und Rechtswissenschaft zwischen aufgeklärtem Absolutismus und liberaler Revolution, Ius Commune*, VI (1977), 172-201.

poco se imprimió en las prensas hispanas durante este reinado. En materia de derecho, poco más que las colecciones de decretos del rey nuestros señor.

Aparecieron algunos libros para la enseñanza. Un catedrático de Guatemala, José María Alvarez, había escrito unas *Instituciones de Derecho real de España*, que se reeditan en Madrid en 1829. El editor madrileño decía que mejoraba a Sala en sus citas y soluciones, achacándole al viejo pavordre defectos de idioma, si bien se ha aceptado a falta de otra mejor, ofreciendo premio a quien la traduzca al latín... (56). Sus bases de tratamiento legal de las cuestiones — de la propiedad también — está en Partidas y Fuero Juzgo, Fuero Real y Recopilación, menor romanismo que Sala, si bien parece conocer directamente a Heineccio y algún otro autor. Lo que es evidente es que carece del nervio de aquel para encararse con las cuestiones, con los mayorazgos o con los censos. Quizá porque desde Indias todas estas materias están un tanto desdibujadas. En mayorazgos sobre todo se percibe que es un añadido sin mayor gracia ni penetración... (57). Todavía es peor la obra de Siñeriz aparecida en 1829 y reeditada en 1833 con el largo y absurdo título de *Compendio del Derecho real de España extractado de la obra del doctor don Juan Sala que se enseña en las Universidades del Reyno, y acomodado por preguntas y respuestas a la inteligencia de los litigantes, para saber y buscar por él las leyes correspondientes a las sentencias de sus pleitos*. El mismo Siñeriz nos describe en que consiste su intento.

Sigo el mismo orden de los capítulos que sigue el autor. En cada uno de ellos pongo las doctrinas y casos de nuestras leyes. En cada una de éstas una pregunta y una respuesta que determina el caso de la ley que la ha motivado y su decisión. Dejo aparte todo lo demás.

Al fin de cada respuesta se hallarán los números 1, 2, 3, 4 etc. que señalan a la conclusión del libro las leyes correspondientes de la Recopilación o Partidas, que puede ver el curioso, sea o no letrado (58).

(56) J. M^a ALVAREZ, *Instituciones*, I, pág. III. Primera edición 1818-1820 y otras tres anteriores a la que uso, dos en Mexico y una en la Habana. Todavía en 1833 escribe en latín el catedrático de Valencia Roque Frances Romeu.

(57) J. M^a ALVAREZ, *Instituciones*, II, 12-19, 90-103.

(58) J. F. SIÑERIZ, *Compendio*, pág. IV.

Quiere decir que lleva las notas al final; con todo, el resultado es absurdo. Especie de manual de urgencia o vademecum de la ciencia jurídica, nos revela el nivel de la misma, durante aquellos años calamitosos. Veamos un ejemplo:

Pregunta. ¿Qué es el dominio?

Respuesta. Señorío o derecho de disponer de una cosa según su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador o alguna convención.

P. ¿De dónde procede el dominio?

R. Del derecho de gentes, introducido para vivir los hombres pacíficamente.

P. ¿No hay algunos modos de adquirir por derecho civil?

R. Sí señor: como las prescripciones, herencias y legados; pero de éstos no tratamos aquí.

P. ¿Cuántos son los modos de adquirir el dominio por derecho de gentes?

R. Se pueden reducir a dos: a saber, ocupación y accesión ⁽⁵⁹⁾.

Por último, hay que referirse a dos obras concretas, no muy extensas de Ramón Lázaro de Dou y de Bassols, publicada una en 1820, pero defendida con la otra en 1831. Se trata de una apología de los contratos de enfiteusis como medio de desarrollar la agricultura ⁽⁶⁰⁾. Para él — e intenta ampararse en Adam Smith — son la solución para la explotación de la tierra... Ideas arcaizantes a la altura en que escribe; pues las realidades irán por otro lado. Parece una última voz de la ilustración setecentista, acorde con Jovellanos o con Olavide, pero que ha mantenido su tono demasiado tiempo. Está en las vísperas de la revolución.

Esta situación de penuria en los estudios jurídicos durante los años prerrevolucionarios nos excusa de entrar con detalle en todas estas obras. Es una época de latidos revolucionarios, re-frenados por un poder muerto, que no posee alternativa. Un rey y unas camarillas que quieren conservar el pasado por la represión y el silencio. Todos esperan...

⁽⁵⁹⁾ J. F. SIÑERIZ, *Compendio*, pág. 37.

⁽⁶⁰⁾ R. L. DE DOU Y DE BASSOLS, *Conciliación económica y legal de pareceres opuestos en cuanto a laudemios y derechos enfiteuticos*, Cervera, 1820; *Pronta y fácil ejecución del proyecto sobre laudemios, fundada principalmente en una autoidad del Doctor Adam Smith*, Cervera, 1831.

Sin embargo, el proceso se va desarrollando y el gran interés por la economía — que se refleja incluso en la subida de López Ballesteros al poder al inicio de la década absolutista, en 1824 — recoge el pensamiento más lúcido y prevenido hacia el futuro. Pero incluso en cuestiones jurídicas, en 1832 un vasco Pablo de Gorosabel publica en Tolosa su código civil, que significaba una actualización de las viejas leyes castellanas.

Gorosabel sigue la sistemática e incluso los contenidos del *Code*, sin ocultarlo demasiado:

En la distribución de cada materia he seguido el orden ya enteramente nuevo, ya en parte según le he visto adoptado en otros códigos, por la mucha conformidad en las disposiciones y facilidad en acomodarlo al nuestro. Sea cual fuere el juicio que formen los inteligentes de haber trasladado a mi código inscripciones de algunos títulos o capítulos del código francés, deben hacerse cargo que no tratándose en aquel de reformar la misma legislación sino sólo su plan, método, esposición y orden de las mismas materias, ni uno puede bajo esta idea entrar a reformarlo todo, ni por otra parte conviene en cierta manera chocar con algunas cosas que están recibidas en el foro, no pudiéndose negar la grande analogía de ambas legislaciones en muchísimos puntos, por ser ambas tomadas de la de los Romanos ⁽⁶¹⁾.

Un principio de semejanza entre ambas legislaciones le sirve al autor para acercarlas en sus líneas generales, aun cuando deje la discrepancia del detalle o del requisito. Su idea sería usar sistemática francesa con la legislación hispana — lo que no repugna al jurista —, pero la tentación de seguir la norma francesa era muy grande. Afirma que ha leído todas las leyes, pues no fía de los autores... En todo caso, su labor será acercar nuestro derecho a las nuevas líneas francesas, ya que de esta manera, el derecho de los viejos textos hispanos cobra unas virtualidades nuevas en los años del liberalismo...

Bastará un par de ejemplos, en materia de propiedad. Cuando ha de definir la propiedad — tras unos artículos de orden y sis-

(61) P. GOROSABEL, *Redacción del código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación, escrita bajo el método de los Códigos modernos*, Tolosa, 1832, introducción.

temática, que traduce con escasa variación del *Code* —, lo hace con esta fórmula: « Propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa como quiera ». No se atreve tampoco a repetir el final de *Code*: « *de la manière la plus absolue...* ». Pero, en todo caso, nada se asemeja a Partidas, como señorío o poder « que ome ha en su cosa de fazer della e en ella lo que quisiere, segund Dios e segund fuero »⁽⁶²⁾, tratando a continuación de tres clases de señorío: de emperadores o reyes, « el poder que ome ha en las cosas muebles o rayz deste mundo en su vida, e después de su muerte... » — que es la propiedad estricta — y, por fin, el señorío que se ejerce sobre frutos, o en castillo o feudo. Preceptiva muy antigua y que de nada le podía servir... Prefiere inspirarse en el código francés, si bien mantiene las exigencias de entrega para la transmisión del dominio, determinando los supuestos casuísticos de Partidas...⁽⁶³⁾. En materia de frutos o de accesión... En general, el impacto francés es clarísimo. En la división de los bienes, materia cercana a la propiedad, Partidas tenía numerosas divisiones... La más importante hacía referencia a la sociedad estamental, sobre los bienes del clero, del monarca, de los señores y vasallo; mientras las distinciones entre muebles e inmuebles ocupan un lugar más humilde, se admite en relación a la usucapión o en materia de dotes...⁽⁶⁴⁾. Gorosabel se atenderá a esta última en sus páginas, así como las pertenencias a particulares, dominio público y bienes comunales, junto a alguna otra más secundaria⁽⁶⁵⁾. El *Code* es su modelo. Desaparecen los poderosos

⁽⁶²⁾ *Partidas*, 3, 28, 1.

⁽⁶³⁾ Reune los casos de *Partidas*, 3, 30, 6 a 8 y 3, 28, 47.

⁽⁶⁴⁾ Las distinciones por razón de las personas a lo largo de las distintas partidas: así en la primera, títulos X a XIV, XIX a XXII se regulan los bienes del estamento clerical; los del monarca en la segunda, títulos XVII, XXVI y siguientes; en la tercera — véase 3, 28, 2 — las divisiones de cosas, más en sentido romano, al tratar de procedimiento; en la cuarta bienes de hijos y esclavos, y al tratar de señores y vasallos hay referencias a sus propiedades — por ejemplo título XXVI — al tratar de feudos. La distinción muebles e inmuebles tan sólo en usucapión, P. 3, 29, leyes 4, 9 y 14, o al tratar de la dote en P. 4, 11, 21 y siguientes.

⁽⁶⁵⁾ P. GOROSABEL, *Redacción...*, arts. 174-179. Sobre las líneas del *Code*, M. PESET, *Acerca de la propiedad en el Code*, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, LII (1976), 879-890.

del régimen anterior en las distinciones, mientras afianza la de muebles e inmuebles, que será importantísima en la primera sociedad burguesa. Se afrancesa la doctrina, que, en cierto modo quiere decir que se renueva.

Francia había sido la primera nación del continente — Inglaterra es aparte — que había transformado sus estructuras sociales y económicas y había promulgado un derecho ajustado a las nuevas condiciones. La recepción doctrinal de su legislación — su propuesta como código — indicaba los anhelos y las transformaciones reales que se exigían en España. Gorosabel lo ve con claridad en los años en que todavía no se había alcanzado definitivamente nuevas leyes. Pero los años del trienio hablaban con franqueza de por dónde había de caminar la España decimonónica.

Un nuevo esquema de la propiedad: utopía y realismo.

Las transformaciones de la propiedad — las leyes y el proceso real que propician — produciría los correspondientes esquemas en la doctrina jurídica. Por aquellos años, a partir de 1836 — inicio del poder de los progresistas — en las facultades de derecho se crean nuevas disciplinas... ⁽⁶⁶⁾. Los manuales reflejarán las nuevas realidades, según hemos visto.

Sin embargo, antes de entrar en el nuevo esquema de la propiedad liberal y burguesa, me permitiré hablar de una voz que clama en 1839 por el socialismo, por la utopía a nivel de aquel tiempo: Alvaro Flórez Estrada. Publica aquel año un folleto llamado *La cuestión social, origen, latitud y efectos del derecho de propiedad*. Estaba incluido en su *Curso de economía política* desde la cuarta edición, pero es ahora cuando suscita opiniones adversas, especialmente por parte de otro economista Ramon de la Sagra. Pero ¿qué contenían aquellas páginas? Son escritos económicos de un economista asturiano, de cabeza clara y buena formación inglesa. Considera los tres factores de producción — trabajo, tierra

⁽⁶⁶⁾ M. y J. L. PESET, *La universidad española (siglos XVIII y XIX) Despotismo ilustrado y revolución liberal*, Madrid, 1974, 415 con mayor detalle en M. PESET REIG, *Universidades y enseñanza del derecho durante las regencias de Isabel II (1833-1843)*, *Anuario de historia del derecho español*, XXXIX (1969), 481-544.

y capital — y examina los diversos sistemas que han existido en la explotación de la tierra: patriarcal, esclavista, de corbea, de censos, de colonos forzosos, de simples arrendatarios y de enfiteutas... Considera mejor el último... Para él, la tierra es creación de Dios y no puede ser objeto de apropiación por unos pocos, mientras los demás no pueden encontrar medios de subsistir. Parte del principio de trabajo smithiano y lo lleva a sus más correctas consecuencias. La propiedad puede verse como beneficiosa, mas también como germen de todas las calamidades que afligen a la sociedad. Hay que terminar con esa situación de la tierra, que la vaya adquiriendo paulatinamente el estado, mediante contribuciones y un derecho de tanteo... Los bienes nacionales deben repartirse en enfiteusis, quedando como propietario el estado.

La apropiación de la tierra no es conciliable con las bases de la sociedad. Si en el día un individuo, una clase o una nación intentara apropiarse las fuentes, los ríos, los mares, de modo que ninguna otra más que ella, sin pagarle una renta, tuviera facultad de beber, pescar y navegar ¿se toleraría tamaña usurpación? Pues bien, la tierra es un don igualmente natural y, en consecuencia, tan inapropiable como las fuentes, los ríos y los mares (67).

Estas ideas socialistas despiertan mucha contrariedad en los años de la revolución burguesa, en que nada de esto tenía sentido para quienes la conducían y querían beneficiarse de ella. Se le ataca como «tea que amenaza destruir los cimientos más firmes de la sociedad» (68). Ramón de la Sagra le discute su visión histórica, que quizá no era muy cuidada, y, sobre todo, los graves resultados que producirían sus conclusiones. Flórez Estrada es una voz discordante, una utopía y un vaticinio, pero no favorece los beneficios y las glorias que se prometen los liberales con su nueva propiedad.

No nos hagamos ilusiones — escribe Flórez —. La sociedad no llegará a verse organizada como corresponde, mientras que

(67) A FLOREZ ESTRADA, *Obras*, B.A.E., 2 vols., Madrid, 1958, I, 117.

(68) A. FLOREZ ESTRADA, *Obras*, I, 121, en general 115-121, 131-132, así como 97-107.

la obligación de trabajo no sea extensible a todos los asociados; mientras que la facultad concedida al productor para disponer del fruto íntegro de su industria no sea un derecho religiosamente observado. No hay otra alternativa; o continuar la lucha de los dos partidos en que se halla dividido el género humano o dar al trabajo la recompensa debida. Mi idea se dirige al último objeto... ⁽⁶⁹⁾.

Pero, por el momento, no triunfó aquel camino de utopía...

Frente al socialismo de Flórez, la burguesía diseñó con sus leyes una idea diversa de la propiedad, que convenía a sus intereses. Frente a la agilidad y sentido de sus concepciones hacia el futuro, en las universidades se manejaron manuales en los que las viejas citas romanistas y los viejos códigos españoles se ordenaron en el nuevo esquema de propiedad... Incluso se editaron los extensos y viejos textos legales, desde el Fuero Juzgo a la Novísima recopilación, pasando por Fuero real y Partidas ⁽⁷⁰⁾.

Incluso en un libro destinado a la práctica como la *Biblioteca de escribanos* de Ortiz de Zúñiga ⁽⁷¹⁾, que gozó de gran aceptación, se percibe que la sistemática y las enseñanzas del *Code* están presentes. A pesar de los textos de Partidas y de no poseer demasiada precisión en sus definiciones de la propiedad, sus referencias a la desamortización o a las desvinculaciones nos revela una nueva época... Pero hay que acudir a una obra — quizá la más sólida de su momento — que son las *Instituciones de derecho civil* publicadas por Cirilo Alvarez ⁽⁷²⁾, si queremos entender el cambio. Pretende, como todos, mejorar a Sala, que no tiene « en toda su obra una sola definición que sea exacta, un sólo principio de que sepa deducir después consecuencias naturales, ni una sola explicación que pueda decirse metódica y ordenada. Vergüenza es que sea hoy, como en el día de su aparición, el libro por donde

⁽⁶⁹⁾ A. FLOREZ ESTRADA, *Obras*, I, 121.

⁽⁷⁰⁾ La edición en 12 tomos de *Los códigos españoles concordados y anotados* aparece en 1847-1851. También se editan de nuevo entre 1845 y 1848 los *Extractos de las leyes* de Reguera Valdelomar.

⁽⁷¹⁾ M. ORTIZ DE ZUÑIGA, *Biblioteca de Escribanos o tratado teórico práctico para la enseñanza de los aspirantes al notariado*, 2 vols., Madrid, 1852, que es la quinta edición. La primera de 1841.

⁽⁷²⁾ C. ALVAREZ, *Instituciones de derecho civil*, Valladolid, 1830.

empieza a formarse la juventud en las Universidades » (73). ¿Es que el arcaísmo de Sala se ha producido por el correr del tiempo? ¿O más bien es que no se adapta a las mentes que se miran en el *Code*? En efecto, Cirilo Alvarez ataca las definiciones de Partidas como las peores imaginables, ya que, aparte su lejanía, se refieren a un mundo ceñido por otros principios. Porque, según afirma, « la ciencia de la legislación de un país puede reducirse a principios, enseñarse con sistema y hacer de ella un estudio tan filosófico como agradable. Los códigos modernos de algunos pueblos han revelado esta verdad y los que hoy escriban, deben comprender su época o dejarlo... » (74). En suma, presencia del código francés, con un sentido didáctico de que aquel carece. Es evidente el enorme uso que hace de la norma francesa, en su sistemática y en la manera de tratar las cuestiones de la propiedad o el dominio. O como, tras describir con amplitud la materia de mayorazgos, añade las leyes que habían pronunciado la desvinculación y variado aquellas realidades. Por poner un ejemplo decisivo: su definición de propiedad es traducción literal de la francesa. Para él, « el dominio es el derecho de disponer de una cosa de la manera más absoluta sin otras limitaciones que las que prescriben las leyes... » (75).

Más dejemos ya este nivel de literatura jurídica atenta a la introducción del *Code* en la doctrina. A finales de la primera mitad del XIX aparece el código penal y los grandes comentaristas del mismo advierten la importancia de la propiedad y la protección grande que se le ha dispensado entre los delitos. Pacheco diría: « La propiedad, o por mejor decir, el apropiamiento, es una de las condiciones de nuestro ser. No sólo constituye la principal parte de la civilización, sino que aun en el estado más salvaje no puede concebirse a la humanidad absolutamente sin ella » (76). Por su parte, Vizmanos y Alvarez escribían en su comentario: « Despojad al hombre de los goces que le proporcionan los bienes

(73) C. ALVAREZ, *Instituciones*, págs. v-vi.

(74) C. ALVAREZ, *Instituciones*, vi-vii.

(75) C. ALVAREZ, *Instituciones*, 101-103.

(76) J. F. PACHECO, *El código penal concordado y comentado*, 3 vols., Madrid, 1848, III, pág. 280.

de la tierra y quitareis todo su valor a la vida. Negad a un hombre el precio de su trabajo, la recompensa de su salud, y este hombre se entregará a la inacción, caerá en el marasmo y será para los demás hombre muerto » (77).

¿Por qué estas justificaciones que no aparecen en los comentarios a otros delitos? A veces, se critica que están demasiado defendidos contra conductas que atentan a la propiedad (78). Sin embargo le dan extraordinaria importancia. Quizá porque quieren consolidar el nuevo orden liberal, que precisamente se basa en las relaciones de propiedad en sentido más económico, que no dispone, como en el viejo orden feudal, de mecanismos de poder tan individualizados y fuertes... Quizá, dado que estos comentarios se escriben en el 1848, porque la revolución en Francia ha empezado a dudar de la sacrosanta propiedad burguesa, las primeras presencias de masas proletarias han surgido y, también, el manifiesto comunista...

Una obra de Thiers, traducida tres veces en un año (79), en el mismo 48, revela cómo los planteamientos acerca de la propiedad han sufrido el primer embate real y profundo...

Mr. Thiers y su defensa de la propiedad.

El gran político francés Adolphe Thiers había brillado en la monarquía burguesa de Luis Felipe de Orleans, que sucumbe en 1848. Historiador de los años de la gran revolución... En 1848 escribe sobre la propiedad para defenderla de las nuevas ideas que se expresan en la revolución. La aparición de socialistas y

(77) T. M^a DE VIZMANOS, C. ALVAREZ MARTINEZ, *Comentarios al nuevo código penal*, Madrid, 1848, I, pág. 455.

(78) Se disculpa por unir violencia contra las personas o por la inseguridad de los tiempos, J. F. PACHECO, *El código penal...*, III, 297, 302, 314.

(79) Pueden verse reseñadas en TORRES CAMPOS, *Bibliografía*, I, 135. Uso en estas páginas *De la propiedad por Mr. Thiers traducida al castellano por J. Pérez. Y adicionada con un prólogo y una carta escrita sobre la misma materia por el Exmo. Sr. D. Vicente Vázquez Queipo, subsecretario del Ministerio de la Gobernación* Madrid, 1848. Según dice en su contraportada « ha sido recomendada por el gobierno a todos los ayuntamientos de España en real orden de 10 de octubre de 1848 ».

comunistas le hace escribir aquellas páginas. No es un jurista que escribe sobre la propiedad, ni tampoco posee planteamientos de un economista; es más bien, una justificación de la propiedad con un raciocinio de tipo general, filosófico, pero vulgar... Es una magnífica colección de las ideas que sobre la propiedad existen en la época, como defensa de una burguesía que ve alzarse — a poca distancia de su triunfo total — los primeros movimientos obreros.

El libro de Thiers no requiere ser descrito, es demasiado conocido. En un primer libro, defiende la propiedad, basada en el trabajo y en la necesidad del hombre; la desigualdad de los hombres y el derecho a transmitirla por sucesión. Después ataca al comunismo y al socialismo — que no conoce demasiado y caricaturiza —, y propugna que el impuesto grave no sólo a la propiedad, sino al trabajo, y que no sea progresivo. La esencia de su defensa, tan propia de la época, es que la propiedad deriva del trabajo y es un estímulo para el mismo; odia todo colectivismo y propone como medios de ascenso para el obrero que coloquen el dinero que tengan en la fábrica de un patrón honrado, o bien el destajo. Por lejanas que hoy nos parezcan estas ideas, debieron sonar a gloria en los oídos de la burguesía española decimonónica. En el preliminar de una de las traducciones se revela este sentir en una carta dirigida a Flórez Estrada; no quiere, aun cuando es partidario de reformas, que se colectivice, sino tan sólo evitar la excesiva acumulación o, por el contrario, su excesiva división, interviniendo el legislador en los arrendamientos, cuando el propietario se niegue a cultivarla, mejorando el sistema hipotecario o la instrucción agrícola, aliviándola de cargas o impuestos ⁽⁸⁰⁾. ¡Todo lo contrario que pretendía Flórez!

Un español responde a Mr. Thiers.

Aquella mezcla de filosofía para juristas y apasionadas afirmaciones en favor de la propiedad, que escribió Thiers contra socialistas y comunistas, encuentra su crítico en Sixto Cámara.

⁽⁸⁰⁾ A. THIERS, *De la propiedad*, xvii-xxv, en especial las dos últimas. La carta es del subsecretario Vázquez Queipo.

En él — queramos o no verlo — se halla un planteamiento más profundo que los tópicos del ilustre francés, un análisis muy personal y vivo... Su libro *La cuestión social. Examen crítico de la obra de M. Thiers, titulada De la propiedad* es, sin duda alguna, mucho más que una simple contestación — incluso diría que el carácter de respuesta al compás de las afirmaciones de aquél, le hace perder unidad y orden en sus planteamientos. ¿O acaso sus ideas en estos momentos no pueden poseer la solidez necesaria? En todo caso, su discurso es superior al francés.

La argumentación dispersa se centra en un exacto sentido de la realidad que se empieza a vivir en la España de aquellos años. ¿Negras tintas para mover al lector? No; realidades que le sirven de base para el análisis de su entorno social. Al referirse a la libertad describe el sentido esclavizador del trabajo de los obreros: « Hoy el trabajo productivo presenta un carácter tan repugnante, por lo mal retribuido, por su monotonía y continuidad, por la insalubridad de los talleres, por el aislamiento, por la ausencia de toda emulación, por cierta deshonra que se le atribuye, por la preocupación social etc.... que si el individuo lo ejerce, no hay que dudar, es por la necesidad apremiante de resistir a la muerte » (82). Apela al sentido de lo real para contradecir las ideas de Thiers: el lector de buen criterio debe apelar a su instinto de lo real y contemplará al « venerable y desvalido anciano que se arrastra por esas calles mendigando un pedazo de pan que echais a vuestros perros » ... « aquella desgraciada que oculta detrás de una esquina y entre los pliegues de un velo lúgubre el rostro que ayer acaso sonriera en la fortuna » ... « aquel hermoso niño que vino al mundo sin padres conocidos y vive errante o entregado a las venenosas influencias de la plaza pública » ¿Parece retórica? Es posible, pero también un conocimiento de la realidad cuando se refiere al campesino o al obrero.

No es en verdad un insulto decir al hombre que pasa un día y otro día, un mes y otro mes, un año y otro año, hiele, lueva, nieve o el sol del estío abrase, siempre inclinado hacia

(81) Madrid, 1849. Véase sobre la época I. M. ZAVALA, *Románticos y socialistas. Prensa española del XIX*, Madrid, 1972.

(82) S. CAMARA, *La cuestión social*, 140-141.

la tierra, deformando su cuerpo, corrompiendo sus costumbres, desgastando su actividad y que por castigo de un trabajo de tanta importancia, lo condenais al suplicio de oír los gritos penetrantes de su esposa y de sus hijos que piden vestido o alimento; no es un insulto, repito, decir a este desgraciado: « *Puedes cocer el pan donde te dé la gana, matar la caza que viva de tus tierras, aspirar como otro cualquiera a los altos puestos del Estado; ya todos somos iguales?...* » Y esos obreros, bravos peones de la industria humana, que crean las maravillas que os asombran; que elevan esos palacios que encantan vuestro sentidos; que doman el hierro, los metales y las masas calcáreas, hasta el grado de apoderarse de vuestra imagen ¿qué garantías os deben para evitar que la semana próxima, tal vez mañana, por una crisis de las mil que produce vuestra fatal organización económica, por una máquina que los sorprenda, por la acción homicida de la concurrencia, por la baja sistemática del salario, por la quiebra de una casa de Londres o Amsterdam, por un simple dolor de cabeza que les causen las emanaciones insalubres del taller, por cualesquiera motivos, tengan que cruzarse de brazos, asistir impotentes a los lloros de sus familias o envolver sus miembros fatigados entre las sábanas calenturientas de un hospital ¿Aquí concluye sus derechos? aquí su libertad? ⁽⁶⁸⁾.

La exaltación y brillo del viejo estilo decimonónico, no puede hacernos olvidar — a pesar de la longitud del párrafo, de la adjetivación, de la emotividad... — que Cámara denuncia realidades que ve caer sobre las clases bajas y aun sobre las medias. Contrapone las ideas del liberalismo revolucionario — los derechos y libertades — a los problemas que descubre entre las gentes. Pero ¿cual es su propuesta? ¿en donde halla ideas y salida frente a Thiers y frente a las ideas clásicas?

Sin un análisis detenido de su obra, puede apreciarse con facilidad su cercanía al primer socialismo — sus ideas, sus citas a veces, orientan hacia aquellas direcciones. Conoce algunos autores franceses, que mezcla con cierto vago cristianismo y observaciones de la realidad... Critica las grandes palabras de la revolución, mientras conserva mucho de sus propuestas... Quiere derivar de una teoría del hombre — de una psicología — las bases de una sociedad más justa... Si señala distancias en relación con

⁽⁶⁸⁾ S. CAMARA, *La cuestión social*, 15-16.

la revolución ¿no significa gran perspicacia en la España de entonces? La *libertad* significa que el individuo pueda emplear los recursos naturales en la conservación de su ser, que pueda ocuparse en las funciones sociales más conformes con sus inclinaciones, obtener una remuneración por ello e invertirla en lo que tenga por conveniente... Y, la verdad suele ser el trabajo de 12 o 15 horas con un amo explotador, deformando su cuerpo que ha de terminar en un hospital ¿Qué libertad es ésta? La *igualdad* es imposible, si se pretende la libertad; ni igualdad política pues se basa en el favoritismo y la riqueza, ni igualdad social — ¿acaso todos los trabajos se remunerarían igual? — La *fraternidad* no existe, ¿cómo puede darse si las clases productoras «os ven lucir y triunfar, entrar en los cafés, en los teatros, etc. vestir con tanta elegancia, rodearos de placeres, sin poder ellos jamás disfrutar ni de aquello mismo que sale de sus manos y va empapado en su sudor»? (84) El *progreso* es, sin más, la pretensión de Europa de que todo sea conforme sus costumbres y conveniencias y el *orden* una mentira más que intentan hacer pasar los que poseen para conservar sus riquezas. «Todos los que hoy aparecen interesados en el orden son los que más poseen y cuyos bienes se hallan protegidos por la ley. Creen, y no se equivocan, que en el desorden sólo pueden perder; así como los que nada poseen sólo pueden ganar, único objeto que los lleva a la revolución». ¿Moralidad? ¿Derecho a la propiedad? ¿Justicia?

Frente a las grandes ideas de la revolución francesa, unas exigencias nuevas. Frente a los derechos del hombre y del ciudadano, una nueva tabla de los derechos del hombre en sociedad. La existencia de estos derechos le parece fundamental para resolver todas las dificultades; si «acertáramos a resolverla desenlazaríamos con la mayor facilidad el nudo de todos los problemas que hoy nos preocupan... ya no habría más guerras, ni más conflictos, ni más confusión de deberes y derechos, ni más diversidad social de razas, ni más lucha individual, ni más sufrimientos, ni más caos...» (86). Establece doce derechos que, sin duda alguna,

(84) S. CAMARA, *La cuestión social*, 146, en general 138-146.

(85) S. CAMARA, *La cuestión social*, 157, en general 147-157.

(86) S. CAMARA, *La cuestión social*, 33.

se apartan de los revolucionarios y establecen líneas hacia el futuro. Pero apenas rozan con la médula de la organización social. Derecho a ser protegido el niño y derecho a emplearse en lo que guste — conversión de trabajo de pena a placer —, derecho a la instrucción y remuneración por el talento y los beneficios que haga a la sociedad, gastar en lo que guste, educación frente al embrutecimiento y la grosería, posibilidad de participar en el gobierno dentro del círculo de su competencia — sufragio universal inteligente —; derecho a los honores y dignidades por el trabajo y el talento, derecho a formar una familia o vivir en el país que prefiera... La subsistencia en caso de invalidez o ancianidad, o de dedicarse a un trabajo intelectual importante... En materia de propiedad quiere que sea suya la tierra que riega con su sudor o el techo de sus antecesores... A pesar de lo exiguo de sus aspiraciones, — apenas parece ni siquiera un demócrata — le califico de socialista: porque, al nivel de su tiempo, esa limitación de la propiedad a la que rodea a la persona, una crítica de la apropiación desmesurada por algunas clases, un derecho al salario y a la subsistencia, aun cuando no sepa construirse el conjunto, puede calificarse de socialismo; la mera simpatía hacia los movimientos sociales del tiempo... Si bien para Sixto Cámara la comunidad de bienes es tan nefasta, como para el mismo Thiers; es un monstruo que nace poderoso de las condiciones de la sociedad industrial: el comunismo es ruinoso, destruye la familia y la propiedad, es vuelta a la barbarie; lo ha producido vuestra sociedad y de ella se alimenta... no es más que la expresión latente del gran vicio de esa misma sociedad, la fórmula viva de sus miserias, el padrón de su ignominia ⁽⁸⁷⁾.

Un planteamiento de la cuestión social. El hombre es naturalmente bueno — parece afirmar — ya que Dios no lo ha creado para una lucha odiosa, ni para la devastación, ni la matanza... Dios ha concedido diferentes capacidades y aptitudes, que habrán de armonizarse. El ser humano posee cabeza y pies y manos que naturalmente sirven a la felicidad; está dotado de sentidos que en libertad conducen hacia ella. Como ser social, se relaciona con

⁽⁸⁷⁾ S. CAMARA, *La cuestión social*, 354-357.

los otros a través de la amistad y de la ambición, a través del amor que crea la familia... el « familismo es santo, dulce, sublime, social en su esencia, aunque por el medio falso en que se desarrolla, produzca calamidades... ». El hombre posee otras tendencias como la que llama *cabalista* que es necesidad de rivalidades y peripecias, espíritu de empresa y deseo de cambiar de trabajo, todo a un tiempo. O la *compuesta* que es el entusiasmo ardiente y el deseo de placeres... ¿Surgirá el trabajo y la armonía de estas condiciones humanas? Sí — opina —, si es posible sentar como remedio esencial el *trabajo atractivo* ⁽⁸⁸⁾.

Los planteamientos de Cámara superan la ideología revolucionaria burguesa, pero todavía dependen de ella en gran medida. No son del todo precisos entre un vago sentido cristiano, unas dosis de lectura socialista y un gran descubrimiento de realidades. « Nos habláis Mr. Thiers *de propiedad*! Y qué tenemos que ver nosotros con la propiedad? qué lazo nos une a esa institución! No veis estos harapos? No veis estos rostros desencajados por el hambre? » ⁽⁸⁹⁾.

Ultima consideración y resumen.

He recogido buena parte de las ideas jurídicas sobre propiedad de la primera mitad del siglo XIX. Las he conectado con otras de fines del XVIII y con las leyes y las realidades de la propiedad rural de la primera España liberal. De esta manera creo haber hecho inteligible los cambios que en la propiedad, en sus diversos niveles, se producen en los años de la revolución burguesa. Tal vez haya que ahondar más en los libros y escritos que se refieren a propiedad, si bien la escasa calidad y penetración de sus autores hacen poco rentable esta vía de continuación. Más me inclino al estudio real de la propiedad rural en la España de los últimos siglos — niveles de sentencias, de protocolos, de registros de la propiedad — para entender tan sustancioso proceso.

¿Enunciación de un futuro estudio? ¿Descubrimiento de los límites de estas páginas? Ambas cosas a un tiempo. Pero también

⁽⁸⁸⁾ S. CAMARA, *La cuestión social*, 58-137.

⁽⁸⁹⁾ S. CAMARA, *La cuestión social*, 353-354.

creo haber llenado un hueco — uno de tantos — en el estudio del pretérito y haber planteado con claridad unos problemas. Los diversos niveles a considerar en esta materia y aun en otras, así como las líneas de su interconexión... La propiedad es un tema extraordinariamente complejo que requiere sucesivos acercamientos a cada uno de sus aspectos, porque la propiedad es núcleo central en la historia.

BARTOLOMÉ CLAVERO

' LA PROPIEDAD CONSIDERADA COMO CAPITAL ':
EN LOS ORIGENES DOCTRINALES
DEL DERECHO ACTUAL ESPAÑOL

1. Objeto. — 2. Irrupción de la crítica « socialista »: propiedad y arrendamiento. —
3. Cuestión de un sistema: extensión de la propiedad y desposesión del trabajo. —
4. « Socialismo jurídico » y propiedad privada. — 5. Derecho del trabajo y derecho de la propiedad: el retorno de la *doctrina*.

« Aun cuando el derecho de propiedad no existiese,
sería menester crear el arrendamiento ».

(SANTAMARÍA DE PAREDES, 1872)

I. La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, uno de los principales centros impulsores de la inteligencia jurídica de la época ⁽¹⁾, convocaba en 1872 un concurso de trabajos acerca de los *fundamentos del derecho de propiedad* que, según los mismos

(1) Juan José GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Barcelona 1969, ps. 24-28 y 192-197, que es el libro preciso para introducirse en el pensamiento jurídico español de la época que vamos a tratar, el cual estudia en sus determinaciones « filosóficas »; terreno más general que, aunque con diversas orientaciones, comparten aportaciones posteriores que podrán asistir a dicha introducción, como los contenidos en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, II-12, 1971, *El pensamiento jurídico español del siglo XIX*, o los de ELÍAS DÍAZ, *La filosofía social del krausismo español*, Madrid, 1973; y FRANCISCO J. LAPORTA, *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Madrid, 1974. Pero aquí habremos de considerar cuestiones no directamente atendidas, o atendidas desde una perspectiva insuficiente, por este tipo de estudios; como instrumento sigue siendo imprescindible, aun incompleto, Manuel TORRES CAMPOS, *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política*, I (1800-1880), Madrid, 1883; II (1881-1896), Madrid, 1897, no existiendo guía análoga para los años ulteriores, prácticamente inéditos por otra parte en la historiografía jurídica.

términos de la convocatoria, habrían de extenderse especialmente a demostrar «la legitimidad del arrendamiento, de la renta y del interés de la propiedad considerada como capital». La memoria que habría de resultar premiada no dejaría consiguientemente de detenerse en ello, en un tratamiento *de la propiedad considerada como capital*, contemplando en concreto bajo este epígrafe, no sólo dicho corolario — «demostrar la legitimidad del arrendamiento, de la renta y del interés del capital, es una *cuestión de derecho* derivada de la de propiedad» —, sino también, bajo el mismo epígrafe general como decimos, el problema de «las relaciones entre el capital y el trabajo» — «demostrada la legitimidad de la propiedad (se puede) patentizar de un modo más claro y evidente la legitimidad del capital, de esa propiedad que se destina al fomento de la vida industrial» — (2).

Dentro de un sistema de categorías obviamente nada rigurosas, encontramos aquí un concepto restringido de «capital» — propiedad que resulta más directamente enfrentada al trabajo — junto a otro más amplio que tiende a hacerle abarcar toda propiedad que sea de algún modo reductiva. Este segundo sentido, que en su generalidad, no en la particularidad de sus supuestos, mejor puede expresar el objeto de estas páginas, era el que, originariamente y dentro de la diferencia histórica de los instrumentos de renta, hubo también de corresponder al término *arrendamiento*, el cual apareciera en romance castellano con la denotación de cualquier género de aplicación de la propiedad generadora de *renta* para venir luego a asimilarse al contrato de locación que, en todo caso, podía aún asumir unas connotaciones de amplitud análoga, en cuanto que la relación capital-trabajo se configurase como alguna especie de arrendamiento. No es que con esto queramos concluir que el problema general del *rendimiento* de la propiedad se concibiera, con precisión y en todo su alcance, en el término «económico» de *capital* o en

(2) Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *La defensa del derecho de propiedad y sus relaciones con el trabajo*, Madrid, 1874, ps. 137, 138 y 187. El tema de «las relaciones entre capital y trabajo» estaba contenido en los términos de la convocatoria, pero no como apartado de «la propiedad considerada como capital». El subrayado pertenece al autor, como en todos los demás casos en que aparezca en el interior de una cita.

el « jurídico » de *arrendamiento*, sino tan sólo que, significándose de hecho con tales conceptos realidades más limitadas, tendían a desbordar su propia determinación precisamente por la existencia de tal índice general no enteramente conceptualizado: el constituido, en dicha generalidad, por el problema del « derecho a la renta » — « derecho » a la apropiación por título de propiedad, a la continua valorización de ésta — como corolario o exigencia del mismo *derecho* de propiedad.

Problema que, en estos términos generales, no había de ser fácil de abordar teóricamente por la *doctrina jurídica* en concreto, que es de la que habremos de ocuparnos. Pues si había un punto que diferenciase *socialmente* la determinación jurídica de la propiedad en el *Derecho* contemporáneo (desde la abolición de las instituciones señoriales y anexas, que en España venía imponiéndose, dificultosa pero irreversiblemente, desde la primera mitad del XIX) respecto a la de época inmediata anterior, habría de ser éste de la disyunción entre renta — en cuanto que expresión directa de un derecho a la apropiación de producto de trabajo ajeno — y derecho de propiedad. Si, vigentes las instituciones de señorío, podía darse, en una constitución plural y heterogénea de los derechos dominicales correspondiente a las mismas, un principio evidente de subordinación social que impusiera de forma directa la *expropiación* del trabajo, ello no podía en cambio presentarse sin violencia con una configuración unitaria y homogénea de la *propiedad privada*, configuración incompatible con la introducción en el campo del *Derecho*, específicamente considerado, de cualquier tipo de discriminación social que implicase la subsistencia o aparición de alguna especie de *expropiación privada* ⁽³⁾.

(3) No podemos detenernos aquí en una exposición más desglosada de la contraposición entre el derecho de propiedad privada contemporáneo y los derechos dominicales anteriores, en lo cual podrá incidir Mariano Peset en su aportación a estos *Quaderni*, habiéndola ya centrado en sus páginas *Acercas de la propiedad en el Code*, en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 515, 1976, ps. 879-890. Entre los historiadores del derecho españoles mantiene notable presencia una composición contraria, que puede constatarse en Jesús LALINDE, *El concepto de propiedad en el derecho histórico español*, en *Revista del Instituto de Derecho comparado*, 19, 1962, ps. 7-22, para quien el derecho de propiedad privada contemporáneo introduce « matices », pero no supone una « mutación », respecto a su configu-

Y, de hecho, tal problemática no surgirá en un pacífico desenvolvimiento *doctrinal* del nuevo Derecho; la misma habrá de aparecer como un dato forzosamente exterior, hecho *social* imprevisible, e imprevisible, por la *doctrina*, cuyo principio de equidad « jurídica » se encuentra así enfrentado a su efecto de iniquidad social. Es el momento cuando la sociología aparece ante ella, cuando el método « experimental » opone al método « dogmático » la evidencia social; el momento cuando, en tal contexto, una tendencia « socialista » en el Derecho puede afirmarse frente al « individualismo » imperante en él, destacándose a un primer término la cuestión de la propiedad, situándose ante la imprevista *doctrina* el problema de cómo un Derecho de principios no discriminatorios, y despliegue en buen grado consecuente, puede *socialmente* implicar una evidente desposesión del trabajo o formas de expropiación privada en beneficio de la propiedad (4). Tal será el tema, conforme se suscita históricamente en el ámbito de la literatura jurídica española, de las presentes páginas (5).

ración en el derecho común, lo que puede derivar de una insuficiente representación de ésta última. Entre los juristas positivos ha situado ahora justamente el tema en la primera dirección Carlos LASARTE, *Propiedad privada e intervencionismo administrativo*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (en adelante R G L J), 71-72, 1975, ps. 135-165.

(4) Para la recepción del « método positivo » se cuenta con un buen tratamiento de conjunto: Diego NÚÑEZ RUIZ, *La mentalidad positiva en España: desarrollo y crisis*, Madrid, 1975, más de interés en cuanto que no se circunscribe a la « filosofía » sino que procura extenderse a su presencia en las diversas ciencias o disciplinas, aunque no especialmente al derecho pese a poder contar con el previo desbrozamiento del tema por GIL CREMADES, *El reformismo*, cit., ps. 183-301; añádase José LUIS y Mariano PESET, *Lombroso y la escuela positivista italiana*, Madrid, 1975, ps. 9-209, y M. NÚÑEZ ENCABO, *Manuel Sales y Ferré: Los orígenes de la sociología en España*, Madrid, 1976, reseña de la obra de dicho autor, de tendencia más especulativa que empírica. Pero en ningún momento, por lo demás, se ha planteado el estudio diferenciado del « socialismo jurídico » en España.

(5) No es necesario decir que se halla prácticamente inédito en la historiografía jurídica española, todavía en la fase, por lo común, de juzgar tan ' naturales ' como de ' antigua ' historia los elementos fundamentales del derecho civil actual; es decir, todavía en la fase doctrinalmente previa a la coyuntura histórica que aquí vamos a considerar. Fuera de ella, no me ha faltado orientación; particularmente, Ulrike SIELING-WENDELING, *Die Entwicklung des Eigentumsbegriffes vom Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuchs bis zum Ende des Nationalsozialismus*, en Wolfgang DÄUBLER et A., *Eigentum und Recht. Die Entwicklung*

« La propiedad, que no existía antes de la revolución, ha sido la obra de la revolución, la obra de la democracia, que la ha consagrado como derecho natural; y la democracia no podría destruirla sin destruirse a sí misma ».

(CASTELAR, 1873)

2. Hacia 1853 (esto es, tras una primera fase de imposición del nuevo Derecho, que ya ha de coexistir con un primer « socialismo » que no llega por lo común a cuestionar el *derecho de propiedad privada* supuesto en él), encontramos un escrito que, en el ámbito de tal « socialismo » incipiente, se singulariza por introducirse en una impugnación de este concreto derecho de propiedad, anunciando además que no intentará « hablar a las pasiones, sino tratar la cuestión como jurisconsultos » (9).

Y centrará el tema precisamente en el punto del rendimiento de la propiedad privada, principal elemento que aquí se impugna — « de la abolición de los contratos de arrendamiento, inquilinato, censo, préstamo a interés y sus congéneros » —, entendiéndose que « abolidos que sean los contratos de arrendamiento, cesará

des Eigentumsbegriffs im Kapitalismus, Darmstadt, 1976, ps. 75-140; y Paolo GROSSI, ' *Un altro modo di possidere* '. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milan, 1977. Salvo ésta, y otra, obligada excepción, podrá notarse que, habida cuenta de la sede de estas páginas, sólo consignaremos en nuestras notas material español, original o por traducción, y, entre la bibliografía, aquella que, por su fecha o por su aparato, ofrezca un mejor acceso a información ulterior.

(9) Camilo ALONSO VALDESPINO, *De la reforma de las leyes civiles de España*, Madrid, 1853. Las tendencias saintsimonianas y proudhonianas, con las que este escrito, aun con personalidad propia, guarda una indudable filiación, no habían despegado aquí, en otros casos, de una asunción idealizada del derecho de propiedad privada, como puede comprobarse especialmente en Sixto CÁMARA, *La cuestión social. Examen crítico de la obra de Mr. Thiers, titulada de la propiedad*, Madrid, 1849 (del Thiers se había publicado más de una traducción en 1848), quien puede por ello escribir (p. 186) que « en el terreno de los principios militan juntos Mr. Thiers y los socialistas »; o, para otros autores, en los textos y referencias de Antonio ELORZA, *Socialismo utópico español*, Madrid, 1970, ps. 73-77 y 160-162, e Iris M. ZAVALA, *Románticos y socialistas. Prensa española del XIX*, Madrid, 1972, ps. 96-97 y 154-155.

en mucha parte la más grave injusticia que por malicia o ignorancia fomenta la actual legislación, que es la explotación del hombre por el hombre»; esto es, entendiéndose que la existencia de tales contratos es lo que hace posible el efecto de dominación social del régimen contemporáneo de la propiedad, régimen basado abiertamente, según se nos señala, en el principio bien contrario de que «a todos se nos considere iguales ante la ley»; de la propiedad libre ha surgido la dominación social, de un principio de «emancipación social» — se nos dice — un estado de «esclavitud material», conforme a lo que pasará a explicarse más desglosadamente (7).

«Al conceder el derecho la facultad de que los hombres posean una cosa que han adquirido mientras viven en el mundo, no puede concederles la facultad de imponer con ella a los demás hombres un tributo... a no ser que el derecho nazca del principio de esclavitud»; rechazada jurídicamente ésta, se ha presentado «un medio de perpetuarla» desde que «la legislación, partiendo del principio de que todo aquello a que el hombre se obliga debe ser cumplido, no ha incluido en las excepciones de la regla general los contratos de arrendamiento y sus congéneros», mediante los cuales «el arrendatario produce para el dueño» del mismo modo que «por la esclavitud el hombre producía para su señor». Los principios del nuevo Derecho — propiedad privada y libertad contractual — fielmente aplicados conducen a tal consecuencia social bien contradictoria de sus propios supuestos (8).

Consecuencia que — se nos explica — deriva jurídicamente, ya que no de tales principios, del contrato preciso de arrendamiento, «porque en ellos (en él y en sus congéneros) la ley consiente que se contrate un valor determinado contra una cantidad infinita»; «mientras que las leyes de los contratos de arriendo y sus congéneros establezcan la estipulación de un valor determinado contra uno infinito, no puede haber reciprocidad de derechos entre los contratantes». Aquellos principios debieran, según esto, concretarse de forma que inhabilitara esta consecuencia:

(7) ALONSO VALDESPINO, *De la reforma*, cit., ps. 9, 11, 14 y 76.

(8) ALONSO VALDESPINO, *De la reforma*, cit., ps. 15-18.

« En la emancipación moral que hemos alcanzado, en la consignación de derechos que hacen nuestras leyes fundamentales, todos los españoles somos iguales ante la ley... Pues bien, las leyes que autorizan los contratos de que nos vamos ocupando, no son iguales para todos, y son un privilegio en favor del que tiene para que imponga un tributo al que no tiene»; y no se trata frente a ellas — se nos precisa — de « nivelar a los hombres como con un rasero » según sería pretensión — se nos especifica igualmente — de « los comunistas », sino de « impedirles que tuviesen la facultad de desnivelarse » mediante « el derecho de acrecer hasta el infinito que conceden las leyes que autorizan estos contratos ». Sólo se pretende un derecho efectivamente « igual y justo » (9).

Y en tal derecho habría de caber « la propiedad », pero — no deja de plantearse la distinción — sólo una determinada forma de propiedad. Pues « si con la palabra propiedad se quiere significar un medio de sustraer al trabajador parte del fruto de su trabajo, seguramente será un robo mayor o menor según sea la cantidad de la parte sustraída, pero si por propiedad se entiende el derecho de poseer, vender, donar y usar las cosas adquiridas sin perjuicio de tercero, veremos en ella el germen de la prosperidad individual y de la riqueza pública de las naciones », derecho que así « se limita a la posesión de las cosas y al aprovechamiento de ellas », frente a « la facultad antinatural de ser propietarios de más cosas de las que podía poseer ». En suma, « la propiedad con los contratos de arrendamiento, inquilinato y préstamo a interés, es un privilegio de clase..., la propiedad sin los citados contratos es una ley igual para todos » (10).

(9) ALONSO VALDESPINO, *De la reforma*, cit., ps. 71, 82 y 98. Y he aquí cómo el autor sintetiza los motivos de extinción de tales contratos en el proyecto (ps. 93-97) que, con detalle para una justa resolución de derechos y expectativas, propone: « 1º Porque en ellos se estipula un valor finito en contra de un infinito, resultando lesión enormísima para una de las partes. 2º Porque con ellos se puede acumular en una sola mano toda la riqueza mueble e inmueble de la nación. 3º Porque con ellos se autoriza la explotación del hombre por el hombre. 4º Porque con ellos los particulares imponen tributos entre sí y al mismo gobierno del estado. 5º Porque son usurarios y contrarios a la religión cristiana que profesan los españoles. 6º Porque son contrarios a los buenos principios del derecho ».

(10) ALONSO VALDESPINO, *De la reforma*, cit., ps. 103-107 y III.

La cuestión ha quedado así evidentemente planteada, aunque, por una parte, el tema del trabajo asalariado, que habrá de revelarse forzosa y prontamente primordial ⁽¹¹⁾, aun no haya salido propiamente a la luz (mientras que surgen continuamente relaciones históricas que siguen vigentes por una irregular abolición de las instituciones señoriales), y aunque, por otra parte, se pueda dar por resuelta la contradicción con toda la ingenuidad proudhoniana de un estado social de poseedores prácticamente desligados entre sí; ingenuidad más patente aún cuando se intenta contraer la conclusión a la esperanza de que, fijado así el «verdadero significado» de la propiedad, todos — tanto sus «defensores» como «los que atacan este principio de las sociedades modernas» — se conformen en «un juicio imparcial» que habrá de ratificar las medidas propugnadas: y «con la abolición de los contratos de arrendamiento, inquilinato, censo y préstamo a interés se evitarán los motines y se progresará pacíficamente» ⁽¹²⁾. Esperanza final que, en todo caso, no deja de guardar consonancia con las per-

(11) No han mediado muchos años cuando una tesis doctoral intenta abordar abiertamente la posible contradicción entre capital y trabajo, aunque de hecho se centre luego en la cuestión de «la propiedad»: Segismundo MORET, *El capital y el trabajo, ¿son armónicos o antagonistas?*, Madrid, 1861, dirigiéndose a la demostración de la primera alternativa, para lo que, aunque inspirado en la publicística francesa antisocialista (y especialmente, como también otros autores posteriores, en los *études sur les réformateurs* de Reybaud), no recurre directamente, aparte referencias generales, al «armonicismo» de Bastiat, de varios de cuyos principales escritos se habían publicado traducciones entre 1857 y 1860. En los «armonicistas» posteriores, entre los que se comprenden, con el propio Moret, los promotores de la «reforma social» que veremos, tampoco pasará por lo común la «economía» a un primer plano, prevalectiendo, en la fundamentación de la tendencia, unos planteamientos «filosóficos», en los que ofrece una buena introducción Elías Díaz, *La filosofía social*, cit., que, descriptiva más que analíticamente, no deja de incidir en nuestro tema.

(12) ALONSO VALDESPINO, *De la reforma*, cit., ps. III y 119. Y este autor, no completando según principios de 'federación' el cuadro social de la concurrencia de poseedores, asumirá una teoría política convencional que, fuera de la utopía, le facilita el reconocimiento del régimen que antes impugnaba; así, introduciendo *El impuesto en España*, Piedrahita, 1869, proclamará que la revolución liberal 1868, que vendrá a consolidar el nuevo Derecho, ha impuesto los principios por él defendidos en *La ciencia constitucional y política*, Madrid, 1845, reduciendo con ello «el derecho igual para todos» a la superación del sufragio censitario.

spectivas comunes en este primer «socialismo», proclive desde luego a la utopía ⁽¹³⁾.

Pero, como decimos y aquí nos interesa (y aparte otras contradicciones que, siendo inherentes al proyecto, ya prefiguran las que, al cabo de medio siglo, aquejarán a un «socialismo jurídico» más elaborado, respecto al cual podremos considerarlas), la cuestión queda planteada; y planteada en una forma que, aun con sus derivaciones utópicas, no puede decirse inconsciente de su implicación social ni, por otra parte, ajena a la doctrina de Derecho, cuyos principios — introduciendo así la principal contradicción que habrá de compartir con el posterior «socialismo jurídico» — se empeña en asumir. Frente a ello, frente al planteamiento de la cuestión en el ámbito jurídico, aun no produciéndose en este momento un debate orgánico, comienza a perfilarse una defensa no jurídica de la doctrina establecida, de los juristas que de diverso modo se profesan del Derecho constituido; defensa que, por los mismos términos inespecíficos de su posición, legitimando la *propiedad privada* en una propiedad general idealizada, puede bloquear la misma posibilidad de consideración, en su discurso, de la problemática en cuestión, de los temas referentes a la aplicación como *capital* de la propiedad ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Sobre la inadecuación del concepto «socialismo utópico», y significando la imposición del término en la escolástica marxista, se pronuncia ahora Eliseo AJA, *Democracia y socialismo en el siglo XIX español. El pensamiento político de Fernando Garrido*, Madrid, 1976, ps. 232-241, que no ofrece, más allá de la recensión indicada con el subtítulo, mayores elementos para el análisis de la ecuación con que titula la obra. Como ya hemos indicado para el «socialismo utópico» en general, en los debates internos de los grupos demócratas y federales, o también de los anarquistas, podrá alcanzar predicamento la idea de una correspondencia entre «democracia» e «individualismo», con lo que ello implica en la cuestión de la propiedad; la misma definición, usual entonces y luego en parte mantenida, de la tendencia «socialista» por oposición al «individualismo» incidirá, como podremos comprobar respecto al «socialismo jurídico», en posibles equívocos, para cuya resolución habría de comenzarse por las oportunas precisiones filológicas que, precaviendo la proyección de coordenadas actuales, radicasen en su época los extremos considerados.

⁽¹⁴⁾ En Nicolás PEÑALVER, *La familia y la propiedad*, Barcelona, 1857, ya se perfilan los argumentos y las autoridades que, con su fuente común según ya decíamos en la literatura francesa, tendrá su mayor desarrollo en el impulsor defi-

« Quiero sólo la razón, la verdad y la justicia, y no quiero explotación, que yo soy colectivista ».
(*Copla anónima*, 1878)

3. No será hasta después de la revolución política liberal de 1868 cuando, ante las mismas condiciones de difusión de una crítica « colectivista » o socialista de la propiedad « individual », la doctrina de Derecho se verá obligada a enfrentarse abiertamente con tal problemática inaccesible, según antes ya apuntábamos, a sus posiciones más genuinas.

Efectivamente, en la *doctrina* propiamente dicha, mal podría accederse a tal problemática, partiéndose, según sus específicos modos ideológicos, de una posición *racionalista* del derecho de propiedad como exigencia absoluta — ocupación de la naturaleza y proyección del trabajo — de la personalidad humana en cuanto que personalidad jurídica unitariamente concebida; y desde tal concepción podrían aún mantenerse, por la doctrina jurídica, las posiciones teóricamente más favorables a la propiedad, pero, ante las mismas urgencias del debate desde 1868 en un medio con pobre tradición cultural en dicho sentido, esta fundación racionalista del derecho subjetivo de propiedad privada sólo aparece ahora representada en juristas críticos de la política del derecho entonces imperante, ya inclinados a una cierta corrección progresiva de tal categoría (15). Los juristas establecidos seguirán prefiriendo

nitivo de la codificación civil: Manuel ALONSO MARTINEZ. Para PEÑALVER (ps. 8 y 27) la propiedad privada es un dogma más religioso que jurídico — « porque el derecho es para nosotros una creencia » —, y, no sólo no es un robo, sino que « el robo es una prueba de que es natural el deseo de la propiedad... (yo) diría: *el robo es la propiedad* », idea que no dejará de complacer, repitiéndola, a otros autores.

(15) En todo ello marcó la pauta a desarrollar, (con fundamento en el *Curso de Derecho natural* de AHRENS (traducido por primera vez en 1841), la tesis doctoral de FRANCISCO GINER DE LOS RÍOS, *Bases para la teoría de la propiedad*, Madrid, 1867 (reed. en *Estudios jurídicos y políticos*, Madrid, 1875, ps. 1-32; y en *Obras completas*, V, Madrid, 1921, ps. 5-33); una formulación, en la misma línea, bien amplia puede encontrarse en la parte sistemática (vol. III) de GUMERSINDO DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en*

posiciones ideológicamente más primarias, y de una supuesta efectividad política inmediata superior, en una línea « filosófica » o « histórica », no específicamente jurídico-doctrinal, y confesando para ello motivos como el de que la tendencia *racionalista* no defiende con suficiencia la legitimidad de la propiedad territorial o la intangibilidad de toda propiedad ante un supuesto « derecho al trabajo » (16).

Europa, Madrid, 1879-1883, que, como ya lo había hecho el *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España* (Madrid, 1873-1875) del más moderado, y mejor historiador, Francisco de Cárdenas, se presenta como un instrumento reformista de demostración de que « la propiedad », permaneciendo « esencialmente » inalterable, podía ser objeto de diversas regulaciones accidentales, imponiéndose así una conciencia historicista perfectamente compatible con la posición racionalista de la propiedad, como bien se refleja en Manuel PEDREGAL, *Apuntes sobre el derecho de propiedad*, en *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, 8, 1884, ps. 209-210 y 225-230. En esta progresiva conciencia historicista habrían de incidir una serie de traducciones ulteriores (la historia de Laboulaye se había traducido en 1845) como las de Summer Maine, *El derecho antiguo* (1893, con prólogo de Azcárate), LAVELEYE, *El socialismo contemporáneo* (s.d., ca. 1895); ENGELS, *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado* (s.d., ca. 1895); o KOVALEVSKY, *Orígenes y evolución de la familia y de la propiedad* (s.d., ca. 1908). En este contexto teórico puede asentarse la aludida corrección « social » de los supuestos racionalistas; así, AZCÁRATE, *Deberes y responsabilidades de la riqueza*, Madrid, 1892 (y en *Estudios sociales*, Madrid, 1933, ps. 97-199), o, menos acentuadamente, GINER DE LOS RÍOS y Alfredo CALDERÓN, *Resumen de filosofía del Derecho*, Madrid, 1898 (en *Obras completas*, cit., del primero, XIV, 1926, en particular ps. 62-134); como también, en el mismo contexto, podrá recibirse el « socialismo jurídico »; a todo lo cual habremos de volver.

(16) Puede verse especialmente en el caso significado de Manuel ALONSO MARTÍNEZ, *Estudios sobre el derecho de propiedad*, Madrid, 1874 (p. 317: « la apropiación de la tierra... he aquí el escollo »), de los que constituye un extracto *Examen sobre el derecho de propiedad*, Madrid, 1885 y 1886, siendo también la defensa de la propiedad tema central de sus *Estudios sobre Filosofía del Derecho*, Madrid, 1874. Pueden añadirse José NADAL ESCUDERO, *La propiedad*, Zaragoza, 1869 (p. 24: « tan contrario a la propiedad como el derecho al trabajo es el impuesto progresivo que algunos han ideado »); Benito GUTIÉRREZ, *La influencia del principio democrático sobre el derecho privado*, Madrid, 1876; o Rafael RODRÍGUEZ DE CEPEDA, *Exposición y juicio crítico de algunas teorías modernas del Derecho*, Valencia, 1893 (p. 40: el derecho de propiedad no puede explicarse « en las teorías racionalistas de los escritores de la escuela abstracta del Derecho »). En 1873 se traduce el Proudhon póstumo, *Teoría de la propiedad*, que suele en esta literatura utilizarse contra el primer Proudhon y contra el « socialismo » en general (ampliamente, ALONSO MARTÍNEZ, *Estudios sobre la propiedad*, cit., ps. 180-278

En esta última perspectiva, temas como el del contrato de arrendamiento pueden venir a situarse en el centro de su enfrentamiento con el «socialismo» o el «comunismo», que de hecho soslayaba mejor la posición racionalista. Un *libro del propietario*, que ofrece el más completo manual práctico para el ejercicio en todas sus vertientes de la propiedad conforme a Derecho, se anunciará ofreciendo no sólo «los medios legales de defenderlos (a los propietarios) contra todos los usurpadores», sino también los de protegerlos igualmente «contra los soñadores que ponen ya en duda el santo origen de la propiedad»; y una pretensión como ésta, al frente de un tratado que no se despegará de su vocación práctica, sólo podrá justificarse por su incidental defensa del «derecho» del propietario a obtener sin trabajo rendimiento de sus bienes: «La propiedad — se nos dirá así — sería un derecho ineficaz si el hombre hubiere de gozarla personalmente, y se viese privado de la comunicación de ajenos servicios y del enlace de todos los intereses sociales... El contrato de arrendamiento ha pertenecido por lo mismo a todos los tiempos y países, constituye el primero y más sólido de los cimientos sociales», comprendido obviamente el «arrendamiento de obras y servicios»: «la industria puede arrendarse, y a esta clase corresponde el servicio de los criados y trabajadores asalariados» (17).

y 313). La caracterización como «establecidos» de estos juristas, frente a los de la nota anterior, ha de entenderse referida a momentos en definitiva constituyentes, no a todas las fases de la revolución política liberal (véase así J. J. GIL CREMADES, *Krausistas y liberales*, Madrid, 1975), pero no tenemos aquí espacio para matizar estas diferencias, ni para personalizar a los diversos juristas.

(17) Manuel DÁNVILA y COLLADO, *El libro del propietario*, prólogo de Eduardo PÉREZ PUJOL (quien no deja de insinuarse en una apología «histórica»), Madrid, 1872, ps. 5 (el anuncio, debido al editor, Alfonso Durán) y 686, siendo utilizado aquí obviamente el término 'industria' en su significado de capacidad laboral o fuerza de trabajo, no en el que se ha impuesto, y también asumía entonces, de establecimiento fabril. La anteposición, por otra parte, de «los criados» a los «trabajadores asalariados», que llegará al Código civil, puede ser índice de las dificultades de una efectiva expansión de relaciones capitalistas; información sobre ello, que escapa de suyo a nuestro tema pero que habría de atenderse en un análisis comprensivo de sus determinaciones (en la línea que apunta el trabajo citado de Sieling-Wendeling), en Jordi NADAL, *El fracaso de la revolución industrial en España, 1814-1913*, Barcelona, 1975, que es una versión bastante ampliada de su colaboración a la *Fontana Economic History of Europe*, 4-2, ps. 532-626.

Y, del mismo modo que en posiciones « socialistas » podía haberse residenciado en el « arrendamiento » el principio de « esclavitud material » impuesta por el nuevo Derecho, podrá también, en un capítulo expreso de *anticomunismo*, rezarse: « Arrendamiento, santa palabra que, sustituyendo y derribando por completo la esclavitud, ha permitido al propietario percibir un producto líquido de sus propiedades » (18); posición de la que caben, por supuesto, versiones templadas que de suyo derivarían de unos presupuestos más doctrinales: « De suma importancia este contrato (de arrendamiento), permite el movimiento y circulación de los capitales facilitándolos, y abre anchas vías a la propiedad y a la industria » (19).

Pero del tema de las operaciones directamente redicticias, como el arrendamiento o el préstamo, no derivará un verdadero desarrollo de la problemática de *la propiedad considerada como capital* en sus términos generales, y por ende comprensivos de sus formas más complejas y de primordial significación como el trabajo asalariado; exposiciones que, partiendo de tales perspectivas, le dedican a éste su capítulo, no abordarán de hecho dicha problemática general, lo que por lo demás, según ya señalábamos, constituía un resultado contenido en las propias premisas del discurso (20). Carente éste de un verdadero cuerpo de argumentos

(18) Andrés AGUILERA y VERA, *Anticomunismo*, p. 147, en *RGLJ*, 47, 1875, ps. 143-153. También habrá de interesar la sede en que Ciriaco RODRÍGUEZ MARTÍN, *Tratado de legislación rural en forma de código*, Salamanca, 1876, sitúa el « fruto civil » del arrendamiento: en un título de « los derechos de la persona » en tal especie de propiedad.

(19) Clemente FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873, p. 608, significativo en cuanto que, procediendo de posiciones « filosóficas » (de las representadas en concreto por Giner de los Ríos) que le permiten una fundación racionalista del derecho de propiedad (ps. 383-384 y 396-397), constituye con ello excepción entre los civilistas del momento, más cercanos, según decíamos, a aquellas otras posiciones más directa, y menos jurídicamente, apoloéticas.

(20) Me refiero en concreto a la memoria de SANTAMARÍA DE PAREDES, *La defensa de la propiedad y sus relaciones con el trabajo*, cit., cuyas circunstancias relatábamos al principio de estas páginas. Por los mismos años, la Academia de Ciencias Morales y Políticas convocó otros concursos en defensa de « la propiedad » frente, más en concreto, a « los falsos principios económicos de la Interna-

que oponer a las constataciones « socialistas » de « explotación » mediante la propiedad privada, se reduce en sustancia a dilatar, en el tratamiento inespecífico de cada forma de rendimiento, la concepción igualmente inespecífica de « la propiedad », despareciendo aquella problemática general del *capital* en cuanto que problemática realmente específica del *derecho subjetivo de propiedad privada* contemporáneo.

Frente a ello, la oposición que se alza en principio desde fuera del campo del Derecho no dejará de plantear la cuestión en unos términos más adecuados a la distinción de la *propiedad privada* — « el comunismo no quita a nadie el poder de apropiarse de los productos sociales; no quita más que el poder de subyugar por medio de esta apropiación el trabajo de los otros » ⁽²¹⁾ — o no dejará, en sentido análogo, de reconducirla hacia la impugnación concreta de institutos bien determinados de dicha propiedad — « la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora natural o artificialmente. Es decir, la propiedad es lo principal, la naturaleza y el trabajo son accesorios... (en virtud de tal) derecho de accesión, por el cual el propietario, continuando la antigua

cional » (referencias de memorias premiadas en TORRES CAMPOS, *Bibliografía*, cit., I, p. 14, y II, p. 12); referencias adicionales en Clara E. LIDA, *Antecedentes y desarrollo del movimiento obrero español (1835-1888). Textos y documentos*, Madrid, 1973, ps. 172-230; y de especial interés, para el ambiente cultural de tal defensa, José ALVAREZ JUNCO, *La Comuna en España*, Madrid, 1971.

⁽²¹⁾ Francisco Pi y Margall, nota manuscrita al *Manifiesto comunista*, cit. por Emili GASCH, *Difusió del Manifest Comunista a Catalunya i Espanya (1872-1939)*, p. 24, en *Recerques. Història, Economia, Cultura*, 5, 1975, ps. 21-30; de tendencia políticamente prodhoniana (pese a reparos chovinistas como los de Antoni JUTGLAR, *Pi y Margall y el federalismo español*, I, Madrid, 1975, ps. 206-215), no desarrollaría dicho autor estos motivos (véase en Juan TRÍAS, *Pi y Margall. Pensamiento social*, Madrid, 1968, ps. 251-260 y 341-345). Más tarde, Rafael García Ormaechea, que publicaría ya en la Segunda República y con miras a la justificación de ciertas medidas de la reforma agraria (pero cuyo propósito había anunciado en las notas a su traducción de Proudhon, *Qué es la propiedad*, Madrid, 1903) un importante estudio sobre la jurisprudencia abolicionista de la propiedad señorial, publicó igualmente unas *Notas complementarias* a su traducción del *Manifiesto comunista*, Madrid, 1906, ps. 135-190, que, recurriendo a « autoridades » como Enrico Ferri (traducido aquí con cierta diligencia, su *Socialismo y ciencia positiva* en 1895), no aportan nada sustancial en nuestro tema.

categoría de los amos, despoja al trabajador, ayer esclavo o siervo y hoy jornalero, del fruto de su trabajo » (22) —.

No habría de tratarse con ello, justamente, de « la propiedad » general objeto de aquellas apologías, sino de *la propiedad* específica supuesta por *el capital*, de la desposesión concreta por éste del trabajo, de la dominación social así, y no de otro modo, establecida; y conducido el tema a estos términos *generales* de la cuestión *específica* del derecho de propiedad privada contemporáneo, puede a su vez centrarse en institutos o elementos propios de tal derecho: así, como vemos, en la *accesión*, en cuanto que principio de extensión de la propiedad privada derivado del mismo derecho de propiedad, según por lo demás no deja de reflejarse en la sede que le dispensa el *Código* (23); lo cual se trae a colación, como decimos y se nos indicaba (« el derecho de accesión, por el cual el propietario despoja al trabajador del fruto de su trabajo »), en un intento de explicación, en términos que resultan « jurídicos », de la contradicción introducida por el nuevo Derecho entre la propiedad y el trabajo, de la separación producida, mediante la primera, entre aquél y sus propios frutos.

Explicación que, efectivamente, se planteaba en el mismo ámbito de la doctrina de Derecho; a través de la Revista General

(22) Son expresiones de Anselmo Lorenzo, cit. por J. ALVAREZ JUNCO, *La ideología política del anarquismo español, 1868-1910*, Madrid, 1976, ps. 187-189; aunque elaborara alguna ponencia sobre « la propiedad » en colaboración con Paul Lafargue — o más bien se limitara a traducir su manuscrito (Anselmo LORENZO, *El proletariado militante*, reed. Madrid, 1974, ps. 255-273) —, no se encuentra en este autor un planteamiento del tema en línea propiamente marxiana.

(23) JOSÉ HINOJOSA MENJOULET, *Tratado científico sobre el derecho civil, común y foral de España*, Granada, 1883, en un escueto comentario a la materia en el proyecto del Código civil, podrá destacar (p. 158) su situación de « las accesiones como consecuencia de la misma propiedad ». El tema de la « extensión » del derecho de propiedad del amplio programa de Domingo ALCALDE PRIETO, *Curso teórico-práctico, sinóptico-bibliográfico, del Derecho civil español común y foral*, Valladolid, 1880, se atiene a la cuestión de la accesión (y en p. 113: « uno de los efectos particulares de la Propiedad es el de *acrecer* o *aumentar* »). Son índices que podrán mejor valorarse sabida la penuria doctrinal de la civilística española anterior a Comas y Sánchez Román, a quienes habremos de referirnos (véase Rafael UREÑA en notas a su traducción de Pedro COGLIOLO, *Estudios acerca de la evolución del Derecho privado*, Madrid, 1898, ps. 142, 146 y 153).

de Legislación y Jurisprudencia, principal órgano jurídico de la época, una traducción en concreto ⁽²⁴⁾ podía enfrentar directamente a los juristas españoles con el problema en su generalidad: «Cómo se explica — era la pregunta — que los productos de la industria no *pertenecen* en ningún momento, ni en el curso de la producción ni al final de ésta, a los que los producen, por lo menos a aquellos que concurren a su producción con el trabajo manual, a los obreros», si «no hay en la ley un artículo concedido en estos términos: *Ningún hombre que hubiese contribuido con el trabajo de sus manos a la producción de un objeto será propietario de él*»? Si no lo dicta la ley — se argumentaba acto seguido — habrá de ser ello efecto del *contrato* que liga a las partes, pero — vuelve a preguntarse — ¿cómo resulta, dada la generalidad de dicho efecto, que «todo obrero contrata con un patrono» en tales términos inicuos? Porque — se prosigue — «independiente de las convenciones» existe, consagrado por la ley, el principio de la *accesión*, conforme al cual, y a pesar de la confusión o del desinterés que suelen mostrar los juristas en la materia, «la propiedad previa de una cosa es aquí la condición necesaria y suficiente de la propiedad de otra cosa»; así, «el gran *hecho*, inmenso, universal, incesantemente renovado, de que los productos industriales son la propiedad de los patronos y jamás de los obreros tendría que explicarse por la *accesión*», la cual constituye, por su misma vigencia, «la causa forzada del contrato» entre empresario y obrero ya que éste, ante la inaccesibilidad jurídica así establecida al producto de su trabajo, ha de optar por enajenar la misma realización de éste, el producto que pudiera conforme al mismo corresponderle. Y así se intenta explicar, desde dentro del *Derecho*, la particular relación vigente en él,

(24) Emilio CHATELAIN, *El contrato de trabajo. Naturaleza de este contrato, determinada por el derecho de propiedad del obrero al producto de su trabajo*, en *RGLJ*, 102, 1903, ps. 225-254 y 449-466, y 103, 1903, ps. 5-29 y 211-218 (el original francés, de 1899, ha sido revisado y adicionado por el autor para esta versión, como ya se hace ver en el propio título); también hubo edición exenta posterior, del mismo 1903. La traducción y las notas que concuerdan sus referencias al derecho español pertenecen a Adolfo (González) Posada, a quien habremos de volver en diversas ocasiones.

y a pesar de los silencios — continuamente denunciados en su complicidad — del *Código*, entre propiedad y trabajo, bien entendido que « toda teoría jurídica de las relaciones del obrero y del empresario debe explicar cómo el empresario o patrono es el único propietario del producto industrial », cómo el mismo es « siempre el único propietario » (25).

Ante este intento de comprensión, al que se le ha ofrecido el mejor órgano de difusión especializada entre los juristas españoles, no se produce entre ellos un debate consiguiente sobre el tema, presentándose incluso dificultades en la misma traducción conceptual — ya no meramente literal — de tales posiciones (26); y ello a pesar de que la cuestión estricta de la accesión ya había

(25) CHATELAIN, *El contrato de trabajo*, cit., ed. RGLJ, 102, ps. 230, 231 y 463; 103, ps. 5, 16-19 y 24-29, sintetizando el hilo conductor de una exposición bastante más rica en cuestiones adicionales que aborda para desecharla razonadamente — como la del « arrendamiento de servicios » — o para ampliar su posición — así la del principio de « asociación » — que le sirve para situarse, en el momento práctico, en un terreno más favorable al trabajo, para lo que también recurre a un 'uso alternativo' de la accesión, potenciando el supuesto de las reglas particulares de la especificación.

(26) Aparte la reducción general ulterior de estas posiciones de Chatelain a la que habremos luego de aludir, Adolfo Posada, en sus notas sobre ello (*Socialismo y reforma social*, Madrid, 1904, ps. 133-138, y RGLJ, 102, 1903, ps. 73-91), se muestra incluso incapaz de sintetizar los términos de la obra que traduce, calificándola por ello de « algo oscura »; llega además a remitirla a un « concepto marxista » (con autoridades tan precarias para el caso como Menger) cuando, y pese a sus reservas expresas ante Marx, él se le acerca formalmente más al escribir, con el propósito confesado de debilitar el « derecho al producto del trabajo », que la relación de trabajo tiene « como objeto, no la *materialidad* del objeto elaborado, sino la *utilidad* que tal elaboración supone; utilidad que es sobre la que el obrero puede tener un derecho de propiedad, y que es la que aporta en la colaboración del contrato de trabajo y la que cede por el salario » (en RGLJ, 102, p. 86, mientras que Chatelain, más distante de concebir una 'fuerza de trabajo' ditienciada del mismo, escribía — RGLJ, 102, ps. 465-466 — que el objeto de tal relación no es ni « el hombre » ni « el trabajo » como quieren « los socialistas », sino « la parte del producto » que pudiera corresponderle al obrero); confróntese Teófilo RODRÍGUEZ, *Estudios sociales*, Madrid, 1912, II, p. 13: « otra de las opiniones (sobre « el objeto del contrato ») afirma que la materia del contrato es la *actividad* del trabajador, su *fuerza de trabajo*, según expresión de Marx » que asimila, para refutarla, a la teoría defendida « por Emilio Chatelain y por todos los *demócratas-cristianos* ».

sido aquí planteada en un sentido análogo, aunque no tan inequívoco, por la obra más significada de propuesta de *revisión* del *Código*, obra cuyas posiciones pudieron hasta un cierto grado reconocerse en las de un «socialismo jurídico»⁽²⁷⁾, aunque sin pronunciarse tampoco en dicha dirección. Falta el debate abierto, o la elaboración acumulativa, pero problemas concretos como el de la *accesión*, a la que podrá aludirse expresamente como «una de las mayores instituciones del individualismo» según la cual «el trabajo beneficia al propietario de la cosa y no del esfuerzo humano» incluso desde posiciones más bien conservadoras⁽²⁸⁾, no dejará significativamente de estar en la preocupación frente al «socialismo» de los juristas, como puede revelarse, por ejemplo, cuando se pronuncian contra la posibilidad de acercar el tema «filosófico» de la legitimación de la propiedad privada por el trabajo al tema «jurídico» de la *especificación*, que ofrecía el

(27) Augusto COMAS, *La revisión del Código civil*, vols. IV-V, Madrid, 1901-1902, IV, ps. 130-147, 209-225 y 630-631, V, ps. 59-76. Comas se esfuerza por configurar la materia de forma que la *accesión* no aparezca como un «derecho a cuanto producen nuestras cosas», «emanado de la propiedad de los bienes», destinado, por su misma ubicación, a «suplir el silencio del Código en lo relativo al régimen de *disfute*» de los mismos. La inclinación de Comas por los planteamientos de «*reforma integral*» del derecho civil, que aquí no llegan a concretarse plenamente, puede comprobarse en su correspondencia que cita Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, prólogo a ENRIQUE CIMBALI, *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, Madrid, 1893, ps. x-xi, según referencias que toma a su vez de la biografía de Cimbali que precede a su *Della capacità di contrattare secondo il codice civile e di commercio*, Turin, 1887. Llegará a hablarse de «un monumento de Derecho civil» que Cimbali «escribió por encargo del Gobierno español» (carta del comité organizador de la bibliográfica Exposición Universal del Centenario de la Nación Argentina — de 9-XII-1909 — a la familia Cimbali, que poseo por habérsela luego remitido Giuseppe Cimbali a Federico Castejón en la Universidad de Sevilla) que no creo que sea sino una versión magnificada de aquellas relaciones epistolares entre E. Cimbali y Comas.

(28) Manuel BURGOS Y MAZO, *La sociabilización del derecho*, p. 235, en RGLJ, 127, 1915 ps. 193-263; y un jurista políticamente menos conservador, M. Miguel TRAVIESAS, *Ocupación, accesión y especificación*, en *Revista de Derecho Privado*, 3, 1919, ps. 289-303, puede tratar el tema de modo formalista, sentando incluso pacíficamente, sin mayor consecuencia, que «el trabajo de un hombre no puede ser objeto de apropiación por otro», lo cual se incluye en la coyuntura doctrinal con la que habremos de concluir.

resquicio de aplicación favorable al obrero de los principios y reglas de la accesión ⁽²⁹⁾.

Los juristas podían rehuirla, pero la cuestión del efecto específico del Derecho contemporáneo en cuanto a la extensión potencialmente ilimitada de la propiedad privada y a la desposesión continua del trabajo había sido planteada en su propio seno, de una forma por lo demás notable para proceder de autores de confesión no « socialista », de juristas que, reclusos en su campo de especialidad, no buscaban razones en la economía, o en una ciencia social empírica que pudiese acceder a un terreno explicativo sin necesidad de magnificar teóricamente la función de algunos institutos jurídicos, como fuera el caso de la accesión, o también del contrato de arrendamiento. Y existiendo, como se sabe, en la época tendencias proclamadamente *iussocialistas* ⁽³⁰⁾, será de esperar que, por otra parte, encontremos este complemento, o esta fundación más comprensiva, del tema. Veamos hasta qué punto dicha expectativa, que habría de marcar indudablemente un hito, se cumple.

⁽²⁹⁾ CHATELAIN, *El contrato de trabajo*, cit., ed. RGLJ, 102, ps. 455-462, y 103, ps. 24-29, no dejaba de desarrollar este punto (por cuya presencia — afirmaba — « se calumnia al código civil diciendo que desconoce, que ignora o que rechaza el trabajo como modo de adquisición de la propiedad »); ante ello pueden entenderse negativas como la de SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de ampliación del derecho civil y códigos españoles*, III, ed. Madrid, 1900, p. 19; en el sentido indicado en el texto, a mezclar con la especificación el principio de legitimación de la propiedad por el trabajo, y aun sus mismas reservas ante el propio principio. En dirección análoga ya habrían de ir las resistencias anteriores a la ubicación en el trabajo del « origen » de la propiedad (así Anselmo DÍEZ DE ULZURRÚN, *Derecho de propiedad pública y privada: su fundamento*, Madrid, 1886, p. 7, centrándolo por ello en la ocupación); « cuando de buscó exclusivamente en el trabajo el origen de la propiedad, se dejaba ya sembrada semilla de un error funesto, hábilmente aprovechado por escuelas contemporáneas », escribirá más tarde FRANCISCO BERGAMÍN, *Concepto económico y jurídico de la propiedad*, Madrid, 1920, p. 7.

⁽³⁰⁾ Cuya vertiente española está ausente del número monográfico anterior, sobre *Il socialismo giuridico*, de estos *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, que en todo caso no ha dejado de prestarnos para lo que sigue buena orientación. Dado que el tema está igualmente inédito en la historiografía jurídica española, intentamos ahora colmar dicha laguna con una primera información que en su mayor parte ha de reducirse a las referencias en notas.

« El colectivismo agrario... presume realizar todos estos bienes, conseguir todos estos beneficios (del socialismo), sin socializar el capital ».

(COSTA, 1898)

4. En principio podía efectivamente preverse que un « socialismo jurídico », como tal planteado en el mismo seno del Derecho y presuntamente enfrentado, conforme al método experimental o *positivo* que ha de tender a adoptar, tanto al racionalismo particular de la *doctrina* como a otras formas ya aludidas de *ideología* no jurídica aquí asumidas ⁽³¹⁾, podía preverse que este « socialismo » — decimos — hubiera de introducir definitivamente la problemática del *capital* — de la dominación social mediante la *propiedad privada* — en este campo teórico del Derecho; la fácil constatación, por el mismo curso ulterior de la *doctrina*, del incumplimiento de tal previsión será una razón más para que dedi-

(31) « El verdadero principio de la crítica no está en el dictado absoluto de una razón abstracta, sino en el dato positivo del hecho social a que ha de servir la legislación », podía escribir presentando la tendencia Rafael ALTAMIRA, *El método positivo en el derecho civil*, p. 273, en *La Nueva Ciencia Jurídica*, 1, 1891, ps. 268-275, y 2, 1892, ps. 81-90 y 129-136. La vaguedad como pudo concebirse la denominación « socialista » del « socialismo jurídico » puede a su vez constatare aquí en la definición que del mismo ofrece Luis Pereira en las notas a su traducción de Raoul DE LA GRASSERIE, *Principios sociológicos del derecho civil*, Madrid, 1908, p. 277; vaguedad que, como también es bien sabido, hubo igualmente de ser notable en la misma demarcación de una « sociología », en tensión entre la especulación y el puro empirismo. Todo lo cual se puede comprobar, aun en diverso grado, en Pedro DORADO MONTERO, *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana*, Madrid, 1891; Alfredo SERRANO Y JOVER, *Bases sociológicas del derecho privado*, Madrid, 1908; Gabriel BONILLA MARÍN, *Nueva tendencias y reformas en derecho privado*, Madrid, 1911; o Miguel DE ANGULO RAMÓN, *Nuevas orientaciones del derecho civil en Italia*, en *RGLJ*, 123, 1913, ps. 66-94; revelan una percepción más clara de la tendencia, dentro de las diferencias que luego podremos apreciar, Calixto VALVERDE, *Las modernas direcciones del derecho civil*, Valladolid, 1899; Hipólito GONZÁLEZ REBOLLAR, *Nuevas orientaciones del derecho*, en *RGLJ*, 102, 1903, ps. 116-128 y 336-360, y 103, 1903, ps. 100-115 y 325-366; y Federico CASTEJÓN, *Estudio de las nuevas direcciones del derecho civil en Italia*, Madrid, 1911 (y en *Anales de la Junta de Ampliación de Estudios*, 6, 1911, ps. 93-344).

quemos consideración diferenciada a este capítulo del « socialismo jurídico ».

Y en primer lugar, respecto a la problemática concreta de la propiedad que nos ocupa, puede valorarse el hecho de que, contemporáneamente a la definición, con todas sus indeterminaciones, y difusión de tal « socialismo » ⁽³²⁾, se perfila de forma más precisa un *colectivismo* inclinado a considerar tan sólo un objeto — y ya no el principal, al menos tendencialmente — de la propiedad, ya que sólo respecto al mismo llega, de no reducirse aún más la perspectiva, a plantearse su impugnación de principio: la tierra, la propiedad privada de la misma ⁽³³⁾; concurriendo

⁽³²⁾ Entre los escritos más cercanos a la política que a la teórica del derecho, pueden consignarse las siguientes traducciones: Enrique CIMBALI, *La nueva fase*, cit., prólogo de F. SÁNCHEZ ROMÁN y trad. de Francisco ESTEBAN GARCÍA (1893); José D'AGUANNO, *La reforma integral de la legislación civil*, trad. de P. DORADO MONTERO, Madrid, 1894; ANTONIO MENDER, *El derecho civil y los pobres*, introducción y trad. de Adolfo POSADA, Madrid, 1898 (comenzó a publicarse en *Revista de Derecho y Sociología*, 1, y único, 1895, ps. 272-299); Ottón GIERKE, *La función social del derecho privado*, introducción y trad. de José M^a NAVARRO PALENCIA, Madrid, 1904; G. SALVIOLI, *Los defectos sociales de las leyes vigentes en relación al proletariado y al (sic) derecho moderno*, trad. de Ricardo OYUELOS, Madrid, 1907; y FRANCISCO COSENTINI, *La reforma de la legislación civil y el proletariado*, prólogo de GUMERSINDO DE AZCÁRATE, trad. de Alberto AGUILERA y apéndice del autor para esta edición, Madrid, s.d. Y ya que domina la literatura italiana podemos añadir que, en otro orden y aparte las referencias de otras notas, también se traducen José D'AGUANNO, *La génesis y la evolución del derecho civil según los resultados de las ciencias antropológicas y sociales*, trad. de P. DORADO MONTERO (con amplias adiciones del autor para esta edición), Madrid, s.d., Giuseppe CARLE, *La vida del derecho en sus relaciones con la vida social*, trad. de Hermenegildo GINER DE LOS RÍOS y Germán Flores LLAMAS, Madrid, 1889-1891 y 1912; y D. F. GABBA, *Cuestiones prácticas de derecho civil moderno*, trad. de Adolfo POSADA, Madrid, s.d.

⁽³³⁾ El término « colectivismo » no deja de ser notoriamente equívoco para la misma época; por una parte, sigue identificándose en general con el « socialismo », o más bien con el « comunismo », definido por oposición no tanto al « individualismo » — terreno en el que viene a situarse entonces al « socialismo » — como a la misma propiedad privada (así, desde perspectiva marxista, Alvaro CALZADO, *Doctrinas colectivistas*, Madrid, 1909); por otra, representa realmente una alternativa en buen grado diferenciada, en cuanto que tiende a limitar su aplicación a la tierra como « naturaleza » que no es fruto del trabajo. El equívoco se acentúa desde que, frente a lo que diremos, esta última limitación de su objeto suele presentarse como indiferente a su entidad « socialista », tanto

además en él, en dicho « colectivismo agrario », la circunstancia de que, conforme a dicha concentración en un objeto de propiedad que sólo históricamente puede mantenerse de forma incuestionable en un primer término, tenderá al mismo tiempo a mostrarse atento más al derecho o a las instituciones pretéritas que al Derecho presente, sin que ello por otra parte se interfiriera en sus pretensiones *políticas* de incidir, con tal carga retrospectiva, en la determinación de un derecho futuro ⁽³⁴⁾. No habrán de interesarnos ahora las connotaciones eventualmente progresistas que en tal incidencia, o en su programación política, pudieran presentarse, como tampoco su potencial significación social en el enfrentamiento con formas comunales del derecho de propiedad privada de la tierra, sino que tan sólo ha de interesarnos, según es norma en estas páginas, su sentido y alcance teórico.

Y teóricamente los planteamientos de este « colectivismo » o « socialismo » entrañarán una posición de problemas en términos netamente anacrónicos: defendiéndose una idealizada comunidad histórica, que suele reconocerse de forma bastante generosa en

entre sus defensores, desde Rafael Altamira hasta Luis Araquistain, como entre sus detractores (así, Juan AGUILAR JIMÉNEZ, *La crisis de la constitución del derecho de propiedad en la sociedad contemporánea*, Madrid, 1907, p. 46). El « colectivismo » español, en todo caso, precisa de un estudio menos centrado, como hasta el presente, en la figura singular de Costa, a la que ahora nos referiremos, y más atento a las incitaciones de la cultura europea señalada en la nota 15, en lo que, obviamente, será imprescindible el estudio ya citado de Grossi.

⁽³⁴⁾ Rafael Altamira en el prólogo de 1924 a su *Historia de la propiedad comunal* (Madrid 1890, prólogo de Gumersindo de Azcárate) resumía este propósito: « excitar el interés ... hacia formas de propiedad y disfrute que, a juzgar por nuestro código civil, ni existen ni pueden darse en el pueblo español, y que sin embargo constituyen una rica y viviente realidad superior a todas las fórmulas abstractas de la ley » (*Obras completas, Serie jurídica*, VIII, Madrid, 1929, ps. 13-14). En esta tendencia impera la conocida, y muy considerable, obra de Joaquín COSTA, especialmente su *Colectivismo agrario en España. Doctrinas y hechos*, Madrid, 1898 y 1915, abstrayendo en particular a las primeras de su contexto histórico para construir una especie de « escuela socialista española » de signo colectivista. Interviniendo tanto Costa como Altamira, entre otros, se desarrolla en esta misma tendencia una notable empresa de investigación sociológica colectiva en ámbitos rurales, cuyos resultados sólo llegarían a publicarse en parte y de la que puede obtenerse buena noticia en Rafael UREÑA, *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1906, ps. 112-114.

cualquier índice institucional de solidaridad social, frente al nuevo *derecho de propiedad privada*, éste — globalmente rechazado, sin haberse así entrado, ni dado lugar para ello, en su análisis — se revelará como un derecho « injusto », como un instrumento de iniquidad social, sólo en cuanto que su misma implantación afecta a dicha comunidad, a las instituciones « colectivas » identificadas en ella mediante una obligada abstracción de relaciones sociales concurrentes, quedando fuera de consideración teórica la problemática específicamente contemporánea, e ineludible por tanto para una previsión política, de la existencia y función de tal derecho de *propiedad*, esto es, de su problemática como *capital*; análogamente a tendencias radicales anteriores, o a aquel « socialismo utópico » en concreto, esta posición podrá enfrentarse a las formas derivadas de *renta*, o impugnar particularmente la figura jurídica, o ciertas formas, del arrendamiento, pero no abordar la temática primordial del *capital*, centrar la cuestión contemporánea de la *propiedad privada*. Y su vacío teórico, con sus particularidades, era de hecho una forma más de considerar la cuestión: como tal convenía catalogarla ⁽³⁵⁾.

Pero habrá de añadirse que todo ello no puede estimarse como factor enteramente exclusivo de tal « colectivismo » de tendencia retrospectiva en sus intereses teóricos; precisamente el « socialismo

⁽³⁵⁾ La obra de Joaquín Costa en particular, de la que podrían extraerse variados pasajes en corroboración de lo apuntado, viene siendo objeto casi constante de estudio (para orientarse en ella se cuenta ahora con C. J. G. CHEYNE, *A bibliographical study of the writings of Joaquín Costa, 1846-1911*, Londres, 1972, más necesario por la existencia de papeles y obras costianas manipuladas de forma más o menos fraudulenta); como introducción sustantiva a su problemática, de la que se han dado las más encontradas apreciaciones, puede bastar que aquí nos remitamos a las recientes páginas sobre *ideologías agrarias*, en presentación de algunos escritos del mismo Costa, de Alfonso ORTI en *Agricultura y Sociedad*, 1, 1976, ps. 209-285. En la literatura de la época, tras constatarse respecto a algunas regiones españolas la irrealidad histórica del « colectivismo » costiano, llegó a representarse de modo expreso un « socialismo indígena » de signo individualista — el simple « reparto » de la tierra —, concluyendo con ello la problemática teórica del « socialismo » centrado en la propiedad territorial en un término sin cualificación socialista alguna (véase en Juan DÍAZ DEL MORAL, *Historia de las agitaciones campesinas andaluzas*, reed. Madrid, 1973 — escrito en 1923 —, ps. 77-78).

jurídico » contemporáneo en general pudo cumplir en principio una función análoga de bloquear, por enésima vez, la misma posibilidad de abordaje de la cuestión, más aún por su presentación usual como alternativa del *socialismo* propio — de su concentración en el proyecto de abolición o en la impugnación de la misma propiedad privada — que se acentuara en su versión mengeriana, aquí presente ⁽³⁶⁾; centrado como decimos dicho socialismo « económico » — al menos teóricamente, que es el campo que aquí nos concierne — en la abolición del *derecho de propiedad privada* en cuanto que *capital*, aquel otro — su alternativa « jurídica » — asumiría fácilmente entre sus presupuestos éste mismo derecho de cuya *reforma* trataba, entrando en su campo de visión los « defectos sociales » más patentes de sus determinaciones concretas, o sus traducciones más « individualistas », pero no el problema general — *socialista*, mas no « jurídico » — del efecto social de su misma existencia como propiedad *privada*; en esta perspectiva, un concepto de « función social » podía circunscribirse exclusivamente a aquel primer campo, ofreciendo con ello un principio para la misma potenciación concreta, mediante la intervención política oportuna que estorbaban los principios plenamente « individualistas », de la *propiedad privada* como *capital* ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ A través, como se desprende de otras notas (y, aparte de ello, *El Estado socialista* se publica en 1908), de la labor de traducción, no siempre de asunción de sus posiciones, de un jurista tan influyente como Adolfo Posada. El « socialismo » mengeriano no recibe la atención que hubiera de merecer de F. J. LA-PORTA, *Adolfo Posada*, cit., en parte por considerar implícitamente las traducciones como dato extrínseco al objeto cultural estudiado, lo que en estos casos no está en grado alguno justificado (y también habría especialmente de atenderse, entre los autores traducidos en parte por Posada, a Duguit, con su peculiar confrontación entre « derecho subjetivo » y desenvolvimiento « social » del derecho objetivo, y a Schäffle, con su particular entendimiento, conciliando « colectivismo » y capitalismo, de *la quintaesencia del socialismo*); y en parte también por mantener el análisis en unas determinaciones demasiado generales del « pensamiento », perspectiva en la que viene tradicionalmente magnificándose la incidencia en este contexto de algunas tendencias « filosóficas », especialmente del « krausismo ».

⁽³⁷⁾ Podrá ser ilustrativa de todo ello, aunque se trate de unos apuntes escasamente elaborados, la exposición de Felipe MARTÍNEZ AGUILERA y Luis RODRÍGUEZ CAMUÑAS, *Las diferencias de clases en el Código civil*, Madrid, 1921, con prólogo de Adolfo (Alvarez) BUYLLA; para ellos, la idea de « la función social », a la que luego volveremos, « fue resultado directo y repercusión obligada en la

Los iussocialistas, o los juristas simplemente interesados en los planteamientos de un « socialismo jurídico », podían fácilmente contemplar al socialismo sin más — y con él la problemática general del *derecho* de propiedad privada — como algo exterior al *Derecho*, indiferente para su doctrina, propio tan sólo de la *economía*, de forma por otra parte propiciada por los mismos socialistas con su despectiva consideración de este « socialismo » que, pese a su precariedad teórica, les ofrecía de hecho el campo de su práctica histórica inmediata. La misma persistente separación entre *economía* y *derecho* en la crítica de estos sectores culturales hubo de resultar un factor favorable a la reproducción teórica de una economía y de un derecho no socialistas, del binomio *capital/derecho de propiedad privada* en lo que aquí nos interesa, o un índice de la virtualidad histórica persistente de tales elementos (38).

vida jurídica de la revolución ideológica que produjeron en el mundo entero los escritos socialistas, sobre todo Marx y Engels » (ps. 5 y 8), y, aunque así no establecen diferencias de principio entre el socialismo y un « socialismo jurídico », se cuidarán de apuntarlas en el extremo concreto de la propiedad: « no requiere ... el nuevo Derecho una propiedad comunista o colectiva » (p. 19); interesante también, a estos efectos, es la nimiedad de la forma como se hacen eco de la crítica al derecho de accesión (p. 99). Conectando directamente con la tendencia gineriana referida en la nota 15 (del mismo modo que, para distanciarse desde un inicio del « socialismo colectivista », también harán otros juristas, como el mismo Valverde, del que ahora trataremos), sitúa en tal dirección la cuestión de la propiedad J. M. Alvarez (Taladriz) MARTÍN, *Socialismo y derecho hereditario*, Valladolid 1907, para quien los mismos « socialistas » aceptan que « el Derecho de propiedad se justifica por sí ... en la propia naturaleza humana », pudiendo el « colectivismo » dotarla de una « función social » pero no « suprimirla » (ps. 105-110); en el proyecto originario de su trabajo del que dá cuenta Alvarez Martín (ps. 5-7), y en el que habían de tratarse más particularizadamente los temas generales del « socialismo jurídico », el extremo de « la función social » parece presentarse también como el resultado definitivo y último de la influencia socialista en el derecho.

(38) Es significativo de dicho extrañamiento del socialismo por un jurista receptivo de problemas del « socialismo jurídico » el caso de SÁNCHEZ ROMÁN, *El materialismo histórico en relación con algunas de las principales instituciones del Derecho privado*, Madrid, 1905, que se enfrenta particularmente a Loria (e invocándose *Economía y Derecho* de STAMMLER, acerca de la que ya había llamado la atención Giner de los Ríos en 1899 — *Sobre el llamado materialismo histórico de Marx y Engels*, en *Obras completas*, cit., XI, 1925, ps. 263-268 —, pero que no se traduciría hasta 1929), posición que no excusará aún de un apartado, en el mismo

Pero, a pesar de todo ello, el «socialismo jurídico», y en esto se diferenciaba sustancialmente de aquel «colectivismo», ofrecía también factores para que dicha reproducción teórica no fuera enteramente pacífica; no compartiendo su interés retrospectivo (aunque fueran usuales sus incursiones en la historia para mostrar, frente a su éxtasis racionalista, que el derecho «evoluciona») y situándose más sustancialmente en la consideración prospectiva de las instituciones específicas del Derecho contemporáneo (bien que a menudo asumiese su proyección ideológica en el «derecho romano», o en el «derecho germánico» la de las reformas propuestas), la *sociología* propia del «socialismo jurídico» habrá entonces de enforzarse comúnmente hacia un objeto más bien diverso que el histórico del «colectivismo», hacia el campo donde se presenta de modo más patente el efecto *social*, como antes decíamos, de la misma existencia del *derecho de propiedad privada*, hacia el campo del trabajo asalariado al que venía refiriéndose forzosamente «*la cuestión social*»⁽³⁹⁾; tal problemática especifi-

programa de derecho civil, de refutación del «socialismo» y el «comunismo», en lo que Sánchez Román puede seguir a Modesto FALCÓN, *Exposición doctrinal del derecho civil español común y foral*, ed. Madrid, 1883, II, ps. 28-123. Adolfo Posada, por su parte, no dajaría de constatar (*Socialismo y reforma social*, cit., p. 133) un grave «divorcio entre economistas y juristas», pero con escasa relevancia en su propia obra. Y los juristas conservadores más informados no dejarían de manifestar su interés en la permanencia de la separación entre «orden jurídico» y «orden económico», así Raimundo FERNÁNDEZ VILLAVEVERDE, *La cuestión social y el derecho civil*, 99, ps. 96-97, en *RGLJ*, varios lugares de los ns. 96, 97 y 99, 1900 y 1901.

(39) De la literatura de la época sobre 'la cuestión social', muy variada como puede suponerse y sólo en parte interesante al «socialismo» o la reforma jurídicos, puede obtenerse una noticia bastante amplia (conforme a la existencia de fondos reunidos en el Instituto de Reformas Sociales, que se constituyera en 1903) en Julio SEMPERE OLIVARES, *Información bibliográfica*, Madrid, 1956, publicado por el Ministerio de Trabajo, donde hoy se encuentran tales fondos, especialmente ps. 353-380, 517-522 y 989-1013. Para la presencia política del tema ha de interesar también el *Catálogo de documentos y resumen de debates parlamentarios sobre cuestiones sociales*, Madrid, 1910, publicado por el citado Instituto de Reformas Sociales, cuya presidencia en estos primeros años ocupaba Azcárate — la dirección de su sección bibliográfica, Adolfo Posada, y la de estadística, Adolfo Buylla — y que no dejó de editar otros interesantes materiales sobre el tema laboral, ante los que luego ha podido calificarse al mismo Instituto de «escuela sociológica».

camente contemporánea, así tendencialmente introducida en el campo de visión efectivo de la doctrina jurídica aunque, como ya decíamos, no entrase previamente en las perspectivas teóricas iussocialistas, podría plantear a la postre, en el ámbito del *Derecho*, dificultades a la misma concepción general de tal *derecho* de propiedad, a su pacífica repetición teórica.

En sus términos teóricos más generales, comprensivos de nuestro tema, la cuestión se plantearía respecto a la relación que hubiera de mediar entre la « legislación social » que en dicho contexto viene desarrollándose de una forma particularizada o de policía administrativa ⁽⁴⁰⁾ y el Derecho definido, bajo principios capitales como el de la propiedad privada, en el *Código*. « ¿Constituye, por su contenido — puede así preguntarse con referencia a dicha legislación —, un postulado del orden jurídico y de la ciencia del derecho, o es más bien una concesión a las exigencias del proletariado, que se informa en motivos estrictamente del orden económico y que por lo mismo no puede obedecer a un método científico de aparición, sino que ha de irse produciendo fragmentariamente en la medida de la pujanza de dichas exigencias y de la fuerza que en su favor se desarrolle mediante la asociación, la educación política de los obreros y el uso del sufragio más extendido cada día?... ¿Deberá ésta (legislación) venir a formar parte del sistema de los códigos civiles, en virtud de motivos de intrínseca conexión que así lo hagan necesario, o habrá de conservar más bien la forma fragmentaria, suelta, *administrativa*... y falta de método y de plan unitario, que hasta el presente le caracteriza? », concibiéndose esta segunda posibilidad como basada en « esa profunda escisión entre el orden económico y el jurídico... que parece constituir todo el fundamento

(40) Cuyo primer periodo tuvo un buen cronista, atento a las legislaciones foráneas, en Adolfo BUYLLA *La cuestión obrera y las leyes*, en RGLJ, desde 81, 1892, a 112, 1908, apareciendo en años posteriores también una *crónica social* de Adolfo POSADA; y con más retórica que datos, P. SANGRO ROS DE OLANO, *Crónica del movimiento de reforma social en España*, Madrid, 1925. Los laboristas positivos españoles no han dejado de adentrarse en el tema histórico de su especialidad, pero no con la suficiente distinción de su objeto, aunque a veces con detenimiento; véanse las referencias del sumario estudio de Alfredo MONTOYA, *Ideología y lenguaje en las primeras leyes laborales de España*, Madrid, 1975.

del criterio conservador, que niega, así en absoluto, hospitalidad en los códigos civiles a los principios orgánicos del socialismo » (41).

Y propugnada en concreto, frente a este « criterio conservador », la primera posibilidad de integración el algún grado entre *Derecho* codificado y « socialismo », viene a continuación a proclamarse que ello exige « la permanencia de los conceptos jurídicos que informaron la evolución de la etapa liberal », entendidos obviamente como los principios registrados en el *Código*, el *derecho de propiedad privada* entre ellos (42). La doctrina de derecho civil no dejará de insinuarse en una operación del género, constatando expresamente en ello, por una parte, que « la tendencia de los modernos civilistas no responde en el orden jurídico a las promesas que en el especulativo indican para reformar y cambiar hasta el contenido del Derecho civil », y pudiéndose pronunciar, por otra, a favor de una reforma del mismo que comience con una expresa aceptación de la ineluctabilidad de sus principios e instituciones cardinales, de todas formas, según se dice, luego asumidos siempre de modo más o menos vergonzante; en esta línea podrá añadirse que « el mejor argumento que pueda hacerse al que en la actualidad pretende negar la propiedad es hacerla

(41) GONZÁLEZ REBOLLAR, *Nuevas orientaciones*, cit., 103, ps. 102-103, quien expone su posición en polémica con FERNÁNDEZ VILLAVERDE, *La cuestión social*, cit., representante realmente del « criterio conservador »; compartiéndolo, aunque en una línea ya intervencionista respecto a las relaciones de trabajo, Eduardo DATO, *Significación y representación de las leyes protectoras del trabajo*, en *RGLJ*, 114, 1909, ps. 5-28, en p. 15: « ¿Supone esto pugna, lucha a muerte, entre uno y otro derecho (el civil y « el nuevo »)? No; son distintos, moviéndose cada cual dentro de su órbita, teniendo elíptica propia, sin ser de esperar ni temer, por tanto, un choque que origine fatal perturbación ».

(42) GONZÁLEZ REBOLLAR, *Nueva orientaciones*, cit., 102, ps. 353-354; y para la realización de dicho proyecto invocará las directrices de autoridades tan precarias para ello como Comas y Costa, a quienes ya consideramos, situándose luego, en términos más generales, en el « nuevo socialismo » supuesto por la revisión bersteiniana del marxismo. Sobre esta coyuntura del socialismo entre intelectuales españoles, existen trabajos dedicados a algunos de los principales, como Fernando de los Ríos o Julián Besteiro, de los que puede adquirirse noticia en Enrique MORAL, *Estudios sobre el socialismo en España*, en *Sistema. Revista de ciencias sociales*, 15, 1976, ps. 139-156; en ello habrían de ser importantes traducciones como las de algunas de las principales obras de Tugan Baranowski por Ramón Carande.

útil », lo que obviamente implicará no sólo el mantenimiento sino también la extensión de su función como *capital*, a cuya evidencia puede ahora superponerse la presentación de la necesaria política intervencionista en los términos equívocos de una « función social » (43).

En estas contemporizaciones, características en la actuación del *inssocialismo*, podrá llegarse a una formulación general: « El derecho civil no debe ser socialista, pero sí socializado, introduciendo en él reformas que conduzcan a mejorar la situación del obrero, disposiciones protectoras del trabajo, y darle las condiciones posibles de igualdad para la lucha social. El derecho civil del porvenir — se concreta a nuestro tema —, no puede ni debe suprimir la propiedad privada, pero sí *purificarla...*, haciendo que sea producto del capital y del trabajo, ponderando ambos elementos » (44)? pues — podrá argumentarse — no se ha de « desconocer que la doctrina socialista ha traído al campo del derecho civil un concepto más humano y más justo del derecho de propiedad. Este ya no es como en el régimen individualista un derecho abstracto del propietario, ni el propietario un autócrata en su propiedad. No; la propiedad es hoy conforme a las nuevas ideas, ya casi indiscutibles, una función que implica deberes sociales » (45). Lo que no quita que a continuación haya de repe-

(43) CALIXTO VALVERDE, *Las modernas direcciones*, cit., ps. 56, 165 y 172, situándose ya en la dirección, de la que luego será el más caracterizado representante entre los civilistas españoles, de integración de la legislación social en el derecho civil (ps. 92 y 255).

(44) VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, Valladolid, 1909, I, p. 35.

(45) CALIXTO VALVERDE, *Los códigos civiles modernos y el derecho nuevo*, Madrid, 1923, p. 67. Sobre el carácter de hecho ya prácticamente « indiscutible » de dicha composición, puede resultar ilustrativa una literatura ya por lo común nada « socialista » (se presenta como de la « democracia cristiana », o de un « liberalismo », o de un « conservadurismo », remozados) en la que, siendo generalmente bastante reiterativa y de corto alcance, sobresale y conviene resaltar como más influyente hasta el momento en que escribe Valverde: ISIDRO PÉREZ Y OLIVA, *Transformación en el concepto de derecho de propiedad en los últimos veinticinco años*, Madrid, 1890; JOSÉ CANALEJAS, *Aspecto jurídico del problema social*, Madrid, 1894; EDUARDO SANZ ESCARTÍN, *El individuo y la reforma social*, Madrid, 1896 y Barcelona, 1900; FRANCISCO GARCÍA DE CÁCERES, *Reformas en la propiedad individual*, Madrid, 1902; RAFAEL MARTÍNEZ MACARINO, *La propiedad inmueble improductiva*, Madrid, 1903; JOSÉ GASCÓN Y MARÍN, *Limitaciones del*

tírsele al Derecho la incómoda cuestión: « ¿Cómo se explica que los productos de la industria no pertenecen en ningún momento a los que los producen, a los obreros? ¿Cómo el producto del trabajo no es del obrero? », cuestión que ahora, ante la virtud de la « reforma social » en curso y su principio de « solidaridad », resulta factible dejar cómodamente sin respuesta (46).

Y aquellos planteamientos *iussocialistas* en los que de alguna forma, con toda su ingenuidad o con toda la desorientación de la « historia literaria » en la que se fundaban, ha podido sustanciarse una relativa puesta en cuestión del complejo *capital/propiedad privada*, tendrían aquí, en cambio, un escaso eco; la traducción del *derecho al producto íntegro del trabajo* mengeriano, al contrario de lo que ocurre con otros escritos del mismo autor, pudo pasar prácticamente desapercibida para el mundo de la doctrina de Derecho; y ello aunque su lema se encontraba ya compartido por programas políticos del *partido socialista* que, proclamando el « derecho al producto total del trabajo », creían haberse colocado en una línea marxista (47).

derecho de propiedad por interés público, Madrid, 1906, Vzconde de Eza (Luis MARICHALAR), *El problema agrario en España*, Madrid, 1915; José CALVO SOTEL, *La doctrina del abuso de derecho*, Madrid, 1917; Severino AZNAR, *La abolición del asalariado*, Madrid, 1921. Una evolución hasta cierto punto paradigmática, aun por la misma pobreza y parasitismo de sus posiciones, puede ser la de Francisco Soler y Pérez, desde su *Génesis del socialismo marxista*, Madrid, 1920 (cuyo núcleo es su tesis doctoral del 1909, ya modificada para esta edición; dependiente siempre de Paul Janet), a su *Función social de la propiedad del suelo*, Madrid, 1919, que no deja de buscar su primera autoridad en Gierke.

(46) Calixto VALVERDE, *Los códigos civiles*, cit., p. 75, recurriendo a Chate-
lain, cuyas posiciones, que ya conocemos en lo sustancial, empobrece al reducir su respuesta al deseo de que la relación de trabajo no sea « contrato de arrendamiento » sino « contrato de sociedad, pues sólo así — añade Valverde — el trabajo puede ser un modo de adquirir la propiedad ». Esta reducción, generalizada, de la posición de Chate-
lain a una « teoría de la asociación » permitiría que, en el contexto de una configuración específica del « contrato de trabajo », pudiera ser fácilmente despachada (Salvador ALARCÓN Y HORCAS, *Código del trabajo. Comentarios, jurisprudencia y formulario*, I Madrid, 1927, p. 50; frente a Adolfo Buylla quien, adoptándola en parte, ya había empobrecido « la teoría »; véase también en MARTÍNEZ AGUILERA y RODRÍGUEZ CAMUÑAS, *Las diferencias de clases*, cit., p. 174); lo cual se comprende en la coyuntura que habremos de considerar en el siguiente apartado.

(47) Adolfo Posada tradujo la segunda edición de *El derecho al producto in-*

« La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa... La propiedad de los bienes da derecho... a todo lo que ellos producen ».

(*Código Civil de España*, 1888)

5. « ¿Cómo el producto del trabajo no es del obrero? »: la cuestión, al menos, sigue presente, introducida en el mismo ámbito del Derecho civil como una secuela del « socialismo jurídico » que puede pugnar con la presunta ineluctabilidad de los principios o instituciones generales de tal *Derecho*, la *propiedad privada* ante todo; pero ello, efectivamente, se manifiesta como una simple secuela a extinguir en dicho ámbito. La pretensión de *socialización* del mismo Derecho civil sólo había superado su ingenuidad en el momento de fijar su presupuesto: la intangibilidad de sus principios generales e instituciones fundamentales — y no dejaba de señalarse en un primer término la propiedad —; y frente a esta peculiar pretensión hubo de prevalecer, subsistente el *Derecho civil* en tales principios e instituciones, la tendencia contraria de exteriorización, respecto al mismo, del grueso esencial de aquella « legislación social » en un *derecho administrativo*, como ya veíamos representado por el « criterio conservador », o más especializado en un *derecho del trabajo* que, presuponiéndolo,

tegro del trabajo de Menger (Madrid, s.d., entre 1900 y 1904) sin anotarla ni presentarla, pero su posición personal puede ya desprenderse tanto de sus reservas ya vistas ante el más limitado « derecho al producto del trabajo » de Chatelain como de su introducción anterior a *El derecho civil y los pobres*, bastante más atendido por la doctrina que aquel otro; introducción en la que justificaba la traducción « pobres » en vez de « clases desposeídas » por entender que esta última designación de los beneficiarios de tal « socialismo » resultaba socialmente poco solidaria. Un estimable esfuerzo marxista posterior de construir el tema — Pedro PÉREZ DÍAZ, *El contrato de trabajo y la cuestión social*, Madrid, 1917, prólogo de Gumersindo de Azcárate — se mostrará reiterativo, respecto a otros escritos del autor, en puntos de divulgación económica y pobre en la temática jurídica. Sobre la precariedad aludida del marxismo del primer partido socialista, las notas de Tomás JIMÉNEZ ARAYA en A. ELORZA y M. C. IGLESIAS, *Burgueses y proletarios. Clase obrera y reforma social en la Restauración*, Barcelona, 1973, ps. 47-51; los programas de aquel partido, reivindicatorios del « producto total del trabajo » en Miguel ARTOLA, *Partidos y programas políticos, 1808-1936*, II, Madrid, 1975, ps. 262-267 y 277-281. De 1886 es la traducción de *La ley de los salarios y sus consecuencias* de GUESDE.

podiera servir de complemento, al margen de todas las teorías que pudieran forjarse sobre sus respectivas relaciones, al *derecho de la propiedad* supuesto por el Derecho civil (48).

« El Derecho privado había sido reducido a la propiedad. De aquí la censura en que se había visto envuelto: por atacar a la propiedad se arremetía contra el Derecho privado » (49); reconocimientos más o menos descarnados como éste pueden ahora suscribirse en el mismo pórtico de exposiciones jurídicas tendentes a la defensa del derecho de propiedad, conforme a unas nuevas condiciones institucionales de la misma *propiedad privada*, tras la agitación « socialista » expuesta, que no dejan de relacionarse con tal tendencia apologética: la plena aceptación de la propiedad de personas jurídicas, el desarrollo de propiedades especiales por el intervencionismo administrativo de las de mayor incidencia social, la acentuación virtual de la imposición directa, las servidumbres legales o la expropiación forzosa, la reforma del derecho hipotecario en orden a la más expedita transmisibilidad de los bienes inmuebles o de derechos que radiquen sobre ellos, la institucionalización o regulación imperativa de los arrendamientos en sus diversas especies, la tipificación como usura de ciertos porcentajes de interés, la restricción potencial del mismo ejercicio de la propiedad por abuso de derecho o actos de emulación, etc. (50); principios o instituciones que, como decimos, pueden

(48) JOSÉ GONZÁLES LLANA, *La substantividad del derecho obrero*, en RGLJ, 126, 1915, ps. 216-229 y 127, 1915, ps. 67-85. Pero expresiva de lo dicho en el texto lo será especialmente la memoria, de la que habremos de ocuparnos, de Federico Castejón, quien ya había dedicado su tesis doctoral a *El fundamento de la legislación social*, Madrid, 1911, intentando radicarla en el derecho, y no en la equidad o en la caridad cristiana, y adelantando, a veces literalmente, ideas que plasmará mejor en dicha memoria.

(49) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *La socialización del derecho*, p. 280, en RGLJ, 127, 1915, ps. 218-295, que constituye el más notable esfuerzo, bien informado, de asimilación en línea conservadora de los problemas suscitados por el « socialismo jurídico », de corrección consiguiente del Derecho civil. FEDERICO CASTEJÓN, *El fundamento*, cit., p. 29: « Y un código, principalmente destinado a regular la propiedad, no puede en ninguna manera ser útil ni provechoso ... a quienes no tienen más propiedad que sus brazos ni más riqueza que su talento ».

(50) Aparte la literatura ya referida, JOSÉ CASTÁN, *La socialización*, cit., p. 286, lo que integrará y ampliará en sus primeras exposiciones de conjunto, no dejando

ahora colacionarse por la doctrina a favor de la propiedad privada, lo que bien puede ser un signo de su alcance real que queda fuera de nuestra consideración.

Pero no nos ha de interesar aquí tanto la existencia de este relativamente nuevo *derecho de propiedad* como la forma significativa de su integración doctrinal en el *Derecho civil*, o más bien de su extrañamiento, de las escisiones que se producen con partes sustanciales de la materia; ya la misma reafirmación como especialidad de un derecho mercantil, potenciándose sus instituciones, o el mismo desarrollo de un derecho administrativo producen, en esta coyuntura, dicho drenaje, pero, sobre ello, ha de resaltarse, según ya señalábamos, que lo propio ocurra particularmente con la materia de un *derecho del trabajo*, cuya misma existencia así escindida, sin medios con ello de acceder fácilmente al terreno de una *teoría general del derecho privado*, o del *Derecho* sin más, preserva ahora, de un modo ya definitivo para la *doctrina*, del planteamiento mismo de la contradicción *social* entre trabajo y propiedad.

« Las nuevas direcciones — se nos explica en esta situación — tuvieron su germen en el materialismo económico y en los escritos de los socialistas sobre la condición de los obreros », a los que vinieron a unirse « las aplicaciones del método positivo al estudio de la sociedad » y la misma « potencialidad de los obreros ..., fuertes porque están asociados y constituyen una fuerza política en cuanto gozan del derecho de sufragio », obreros que, desposeídos, se encontraban ante « un código principalmente destinado a regular la propiedad », « ante una ley exclusivamente hecha para

de presentarlo aquí como el efecto « armónico » de la problemática « socialista » en el Derecho. En línea análoga, presumiéndose la resolución en el *Derecho* de la contradicción *social*, una exposición llanamente jurídica de uno de los institutos aludidos — Julio PIERMAS, *La expropiación forzosa*, Madrid, 1908 — podía haberse presentado bajo el lema de una cita de Proudhon: « El principio de expropiación por causa de utilidad pública desenvuelto en todas sus consecuencias conduce a una reorganización completa de la sociedad »; y no faltarán en la época exposiciones del género (exegéticas de la nueva legislación, pero trasluciendo amenudo tales pretensiones, enfrantadas en casos expresamente al « comunismo », o luego al « bolchevismo ») sobre los otros institutos, como la penalización de la usura, la reglamentación de los arrendamientos o la misma regulación del contrato del trabajo.

los propietarios»; por este conjunto de factores — prosigue la recapitulación — se impuso un determinado cambio en el mundo del derecho: «de las medidas meramente administrativas se continuó por las jurídico-políticas, para llegar a las jurídico-civiles, y se comenzaron a estudiar los *defectos sociales de la legislación*, preguntándose los autores si el derecho actual responde a los intereses de la colectividad, o por el contrario, no excede del particularismo de una clase, la detentadora de la riqueza y los instrumentos de trabajo»; y por aquellos factores y este desarrollo, se plantea «el derecho nuevo» como «una transacción en el terreno de la democracia, entre los antiguos beneficiarios del derecho, salido de la desigualdad económica, y los que, venidos más tarde a la legalidad, quieren dar a la democracia la plenitud de su sentido igualador, por la supresión de clases y de la propiedad individual»; aunque, planteada la transacción, todavía el *socialismo* «amenaza ... herir el corazón del derecho civil con la supresión de la libertad individual, de la propiedad y quizá también de la familia; en otras palabras — se nos especifica —, de aquellos fundamentales institutos que constituyen el verdadero y propio objeto suyo» (51).

En tales direcciones, sustancialmente, por «la necesidad de luchar contra un enemigo común (a la economía y al derecho): el socialismo», «se ha llegado a determinar — se nos sigue explicando — la función social de cada instituto jurídico-privado; se ha establecido el lado que interesa a la colectividad en la organización de la familia, la propiedad, la contratación, y, en compensación de la ayuda que la sociedad otorga al hombre para la consecución de los fines de la vida, se le han exigido determinadas prestaciones como ciudadano, como propietario, como contratante», determinación en la que ha podido producirse «la legislación social» (52).

(51) Federico CASTEJÓN, *Estudio de las nuevas direcciones*, cit., ps. 12-18, 54, 86, 90 y 93, que desarrollará tales indicaciones en capítulos diferenciados, en lo que constituye la mejor memoria de la época sobre el «socialismo» y la «sociología» jurídicos.

(52) Federico CASTEJÓN, *Estudio de las nuevas direcciones*, cit., ps. 53-54, 82 y 101; el principio de la 'función social' no deja de recibir aplicación a las

¿Y debe reconducirse — vuelve a hacerse la pregunta — todo ello al *Derecho civil*? «La primera dificultad — se considera — que se presenta para la inclusión de estas materias en el código civil, es el peligro de que rompan» su unidad; «las nuevas direcciones del derecho civil tienden a separar la legislación del trabajo de la de la propiedad», especialmente «en las actuales democracias políticas», aunque no deja de advertirse en ellas el «error bien grave — según se le califica — (de) consagrar casi una codificación de clase, distinguiendo esencialmente en el derecho un código del trabajo del código civil, que por esto se podría denunciar como el código de la sola burguesía», como el «código del capital». Pero el «error», o el peligro de una «división antagónica de clases» en el mismo derecho como se nos dice, no resultaría tan grave cuando el *Derecho civil* podía así — precisamente así — reafirmarse como *derecho privado*, representando en sí, en su *doctrina*, toda *teoría general* del mismo, teoría que, existiendo con otro rango un *derecho del trabajo*, se veía ya excusada — definitivamente excusada — de las contradicciones propias de su determinación social. «El código civil — puede concluirse — porque es civil, inspirado sin recelo en las verdaderas exigencias sociales, debe contener las máximas generales que hacen relación a todos los contratos y obligaciones en sus diversas formas, uno de los cuales es el de trabajo, salvo las normas especiales que se puedan dictar separadamente»; deberá, obviamente, atenerse a tales «máximas generales», pudiendo y debiendo dejar para ramas particularizadas — «separadamente» — la integración parcial de dichas «normas especiales» (53).

diversas instituciones civiles, con especial atención, como fuera de esperar, para la propiedad privada.

(53) Federico CASTEJÓN, *Estudio de las nuevas direcciones*, cit., ps. 103-105 y 126; no deja de atenuar, considerando diferenciadamente las nuevas instituciones, tales afirmaciones, que en todo caso resultan expresivas de su orientación general (más taxativamente, y sin conciencia de sus implicaciones, MARTÍNEZ AGUILERA y RODRÍGUEZ CAMUÑAS, *Las diferencias de clases*, cit., p. 80), aunque en la materia estricta de la propiedad, respecto a los institutos señalados antes en el texto, se inclina por una delimitación más favorable del derecho civil en relación al administrativo. A partir esencialmente de éste último, y desde finales de siglo, con la obra en este campo de Santamaría de Paredes y de Adolfo Posada, se ha podido plantear y desarrollar aquí la construcción doctrinal de un *Derecho*

Y tal conclusión reflejaba mejor el sentido real de la forma de superación de esta crisis del *Derecho civil* frente a una « legislación social » — de la *propiedad privada* frente al *trabajo* —, que las presentadas por otros juristas, que podían situarse en posiciones políticas más adelantadas, acariciando mayores ilusiones en la significación general de la configuración de un *derecho del trabajo*: « Aparecida (la legislación laboral) — se nos dice desde estas otras posiciones — hace pocos años, como un derecho especial, ha conseguido gran desarrollo y tanta ejemplaridad, que ... hoy sus principios pueden considerarse no ya iguales, sino superiores a los que hasta hace poco dominaron de un modo absoluto. Son los gérmenes de un nuevo derecho », ya influyentes — se insiste en ello — con su favor al trabajo « en todo el derecho » (54). Pero los principios del *Derecho civil*, aun no dominando « absolutamente », mantenían, frente a tales ilusiones, su prevalencia en el campo de « todo el derecho » en cuanto que *Derecho* en general; y con él dominaba así, en los principios generales de la ordenación social expresa, la *propiedad privada*, como antes se nos recordaba.

En el ámbito de la recepción de la contemporánea sistemática pandectística que sólo ahora, con estos presupuestos, encuentra aquí su arraigo y difusión, puede ya establecerse una fundación *racionalista* del *derecho subjetivo de propiedad*, conforme a la *ideología* específica del nuevo *Derecho* que así alcanza su restablecimiento. Cuando, en este contexto, se permite alguna alusión — ya aleatoria por lo demás para la *doctrina civil* tras haber constituido un nutrido, y contradictorio, apartado de la misma — a teorías que propugnan « la abolición de la propiedad », puede ello despacharse como cuestión extraña, repugnante al mismo *sistema* jurídico (55). La *propiedad considerada como capital* no

público, cuya posición, como apuntamos en el texto, no deja de interesar a la problemática « privatística » que consideramos.

(54) Demófilo de Buen, prólogo a Salvador Alarcón, *Código del trabajo*, cit., ps. xvii-xviii; perspectivas que no podrán sustanciarse de hecho ni en las propias exposiciones civilísticas del mismo de Buen.

(55) Felipe Clemente DE DIEGO, *Curso elemental del Derecho civil español, común y foral*, III, ed. Madrid, 1928, ps. 5-24, especialmente p. 23. Y para la reconstrucción doctrinal concreta del capítulo de la propiedad privada, en forma de una reivindicación de su posición en el código que parece oponerse no tanto al

tiene ya cabida en el formalismo doctrinal donde puede restablecerse pacíficamente — como en los mejores tiempos de su emergencia teórica frente, entonces, a las instituciones señoriales — el *Derecho civil* como *derecho privado* y, en él, *privada*, la propiedad; de plantearse de nuevo la cuestión incómoda del efecto social específico de tal Derecho — o de la propiedad privada como *capital* en concreto — podrá resultar ahora evidente, aunque para esto haya de olvidarse culturalmente una historia inmediata bien contraria, que ello no corresponde a un Derecho que incide en el campo de la *convención* social (resultando poco factible la reposición del mismo Derecho como objeto de *naturaleza*, de su configuración originaria — forjada en aquella época de su emergencia antis señorial — como *Derecho natural*), sino que compete a una *economía* en la que se refugia presuntamente dicha *naturaleza* social: « la posición de ventaja que la renta implica no era una injusticia que pudiera atribuirse a la voluntad humana, sino un fenómeno natural » (56).

mismo « socialismo jurídico » como a las reservas, aquí más autorizadas, de un Comas o de un Sánchez Román, véase Teófilo ESCRIBANO, *La propiedad y el artículo 348 del Código civil español*, en *Revista del Derecho Privado*, 3, 1916, ps. 64-69; en línea análoga y en el mismo órgano, fundado precisamente en esta coyuntura de reafirmación doctrinal del Derecho civil como derecho privado, también ha de interesar M. TRAVIESAS, *Ocupación, accesión, especificación*, cit. Y en general, en esta reconstitución doctrinal o « científica », ha de significarse la temprana traducción (1902) del GENY, *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, siendo bien patente entonces la debilidad, frente a la cuestión « sociológica », de los métodos meramente exegéticos (noticias del mismo en los primeros años de vigencia del código ofrece José M^a CASTÁN VÁSQUEZ, *Las primeras ediciones privadas del Código Civil, 1888-1898*, en *Revista de Derecho Notarial*, 89-90, 1975, ps. 131-176).

(56) Salvador MINGUIJÓN — « del grupo de la Democracia Cristiana » —, *Propiedad y Trabajo*, Zaragoza 1920, p. 45, siguiendo ideológicamente a Luis GARRIGUET, *La propiedad*, Madrid s.d., y *El trabajo*, Madrid s.d. (1910), cuyos enemigos teóricos eran no sólo Marx y Menger, sino también George, aquí bien difundido por el « colectivismo » (su *Progreso y miseria* se había traducido en 1893); en su empeño de defender, en esta línea, la renta territorial, Minguijón — historiador del derecho — se extiende a justificar sus formas históricas feudales. Frente a Menger, Minguijón proclamará igualmente la imposibilidad del « derecho al producto íntegro del trabajo » por razones análogas de 'naturaleza' social expresada por la economía capitalista.

La economía constituye ahora, en todo caso, el campo teórico para el posible debate del tema; en el Derecho ya no hay cuestión: el *capital* no se interferirá en la posición del *derecho subjetivo de propiedad*, ni la desposesión del *trabajo* aparecerá ya como un problema que demande una explicación « jurídica », con el que hubiera de medirse la doctrina — « el socialismo es tema de orden económico », y del « orden jurídico », en la materia, « la legislación social » (57) —; el *derecho del trabajo* se ha constituido, en el ámbito teórico (único aspecto que aquí nos ocupa), en el medio de liberación para el *Derecho civil* — para el *Derecho* — de una materia « social », de la 'cuestión social' que le venía forzosamente incomodando; ésta puede presentarse ahora en este contexto como una cuestión jurídicamente no teorizable.

Y con ello, con esta habilitación de un retorno a sus fuentes doctrinarias genuinas (retorno que aquí pudo tomar, dada la pobreza de su tradición anterior, la forma de recepción diferida de recursos doctrinales inéditos), el ciclo fundacional de la *doctrina jurídica* contemporánea del Derecho « español », al menos en lo que toca a la posición general del *derecho de propiedad*, puede considerarse clausurado; pues, con todo ello, puede reafirmarse — aunque, por su misma *convencionalidad*, con una prestancia teórica y un alcance cultural bastante reducidos — un *iusracionalismo*, base de la *doctrina* y del *sistema* donde aparece y se funda el derecho de propiedad privada; *doctrina* cuyo fundamento último, según señalamos, en cuanto que supuesto fundamento *natural*, ha de quedar ahora relegado al campo exterior de la

(57) Federico CASTEJÓN, *Estudio de las nuevas direcciones*, cit., ps. 245-246, quien además no había dejado de revelar su satisfacción (p. 95, y en *El fundamento*, cit., p. 31) ante una « doctrina socialista » que no programa la abolición de la propiedad privada capitalista, esto es, que, asumiéndola implícitamente como un factor 'natural', no puede siquiera dar lugar al planteamiento general del tema. Y para un ejemplo concreto de cómo se desciende del campo del Derecho al de la economía, José ARIAS CAMPOAMOR, *Algunas consideraciones acerca de la plusvalía*, en *RGLJ*, 138, 1921, ps. 345-350, mostrándose incapaz, ante los conceptos marxistas, de identificar tan sólo la categoría general de expropiación del trabajo a la que imprecisamente, en este ámbito cultural, podían haberse acercado, según decíamos en un principio, términos como « capital » o incluso como « arrendamiento ».

economía, concebida ésta como un elemento bien diferenciado, fuera de cuestión para el Derecho (mientras que en el iusracionalismo clásico, y en la fisiocracia o en la primera economía liberal en general, podían aparecer justamente ambos como igualmente partícipes de una misma « *naturaleza* », ambos fundados en igual grado en ella). Una vez establecido el nuevo *Derecho*, la misma evidencia de su efecto social ha de dificultar — ha dificultado notablemente — la reproducción pacífica de la doctrina jurídica — y en ella, de la posición racionalista del derecho de propiedad — que ha de conformarse ahora como un orden sustancialmente *convencional*, integrando los correctivos antes aludidos; una *economía* incuestionable para ella constituirá ahora la referencia de su presunto fundamento « *natural* », del fundamento en concreto de la propiedad privada y de la *renta*, en su más amplio sentido, derivada de ella.

La nueva dirección — podrá finalmente decirse — es necesaria « para evitar que con su abuso se desnaturalice el derecho (de propiedad), privando de él a quien en justicia pueda corresponderle según las más acertadas leyes económicas que regulan la distribución de la riqueza, sobre la base o supuesto de lo que es o debe ser en su concepto moral o jurídico la propiedad, que no porque constituya el complemento de la personalidad humana puede dejar de ser, como todos los derechos inherentes a ésta, perfectamente regulables » (58). La « *naturaleza* » que consagra la *propiedad privada*, y en cuya función se presenta su derecho, es ahora exterior al propio discurso jurídico, correspondiente a la economía (a una economía evidente y necesariamente, para que pueda desempeñar tal función *ideológica*, de matriz marginalista,

(58) José ALDECOA, *La evolución del concepto de propiedad y el problema de los foros*, en *RGLJ*, 125, 1914, ps. 177-211, quien parte, como ya se refleja en la misma cita pero que se expresa más cumplidamente en otros pasajes del discurso, de una posición racionalista del derecho de propiedad privada que, pese a a sí misma, precisa ahora de dicho sustrato exterior de la economía. El segundo término de este título — « el problema de los foros » — nos recuerda la subsistencia de una hipoteca señorial en las relaciones agrarias — « supervivencias feudales », podrá dictaminar el citado García Ormaechea en 1932 — que, afectando de lleno a la renta de la tierra, estaba en la raíz de las posiciones ius-irracionalistas contempladas, desde Peñalver hasta Minguijón; determinación ésta que, como ya dijimos, no teníamos espacio para atender en esta ocasión.

según la tendencia contemporáneamente desarrollada), pudiendo así, finalmente, declararse — sin que esto haya de afectar a la subsistencia general de la *economía de propiedad privada* — perfectamente regulable — convencional — «el derecho de propiedad».

La *propiedad privada* subsiste como *capital*, pero no para el *Derecho*, el cual, por esta ya posible indiferencia, por esta paz teórica finalmente lograda, puede recobrar, bien que en una réplica forzosamente mutilada, sus más genuinas formas doctrinales.

Post scriptum. Aunque no incidan específicamente en nuestro tema, pero sí en su contexto más inmediato que también nos ha ocupado, merece dejarse aquí constancia de la reciente publicación de una detenida investigación sobre el primer «socialismo»: Jordi MALUQUER DE MOTES, *El socialismo en España, 1833-1868*, Barcelona, 1977, y de un estado de la cuestión e introducción al tema de Joaquín Costa: Jacques MAURICE y Carlitos SERRANO, *J. Costa: Crisis de la Restauración y populismo, 1875-1911*, Madrid, 1977.

OTTO VON GIERKES SOZIALER EIGENTUMSBEGRIFF

I.

Über das Eigentum hat Gierke an mehreren Stellen seines umfangreichen Werkes gehandelt. Ausführlicher geht er hierauf in seiner Kritik am ersten und zweiten Entwurf des BGB⁽¹⁾ sowie in der späteren Darstellung des geltenden bürgerlichen Rechts⁽²⁾ ein. Zu beachten sind daneben seine ebenfalls in diesen Zeitraum fallenden Stellungnahmen zu besonderen Problemen des landwirtschaftlichen Grundeigentums⁽³⁾. Die historische Entwicklung der deutschen Eigentumsordnung hatte Gierke bereits früher im zweiten Band seines Deutschen Genossenschaftsrechts⁽⁴⁾ geschildert und darauf in den zuvor genannten Äußerungen zum

(¹) Dazu besonders: *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* (1889); *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889); *Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag* (1896).

(²) Insbesondere: *Deutsches Privatrecht*, Bd. 2: *Sachenrecht* (1905) S. 1 ff., 347 ff., 514 ff.

(³) Vgl.: *Die Stellung des künftigen Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Erbrecht in ländlichen Grundbesitz*, in: (SCHMOLLERS) *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft*, Jg. 12 (1888) S. 401 ff.; *Die Bodenbesitzverteilung und die Sicherung des Kleingrundbesitzes*, in *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, Bd. 58 (1893) S. 163 ff.; *Empfiehl sich die Einführung eines Heimstättenrechts, insbesondere zum Schutze des kleinen Grundbesitzes gegen Zwangsvollstreckung?*, in *Deutsche Juristen Zeitung*, Jg. III (1898) S. 354 ff.; *Diskussionbeitrag zu der Frage: Empfiehlt sich die Einführung eines Heimstättenrechts?*, in *Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages*, Bd. 4 (1898) S. 177 ff.

(⁴) *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. 2 (1873), besonders §§ 5, 6, 8 ff. Vgl. daneben auch: *Deutsches Privatrecht*, Bd. 2, S. 349 ff. und *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, in *F. v. Holtzendorff - J. Kohler (Hrsg.), Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, Bd. 1 (7. Aufl. 1915), S. 231 f.

Eigentumsbegriff häufiger verwiesen - ganz entsprechend seinem methodischen Ansatz, nach dem jede dogmatische Aussage auf einer historischen Grundlegung aufbauen muß ⁽⁵⁾.

II.

Sucht man die inhaltliche Bedeutung der von Gierke geforderten sozialen Beschränkung des Privateigentums näher zu erfassen, so fällt zunächst die Verschiedenartigkeit der Forderungen auf, die er unter Berufung auf den sozialen Auftrag des Privatrechts an die Eigentumsordnung des neuen BGB stellt. Beispielhaft dafür ist seine Rede über « Die soziale Aufgabe des Privatrechts »:

Danach darf es kein pflichtenloses Eigentum geben (S. 17). Die positiven Pflichten des Eigentümers sind gesetzlich festzulegen. In negativer Hinsicht muß daneben eine allgemeine Regelung geschaffen werden, welche « dem Mißbrauch des Eigenthums ... zum Schaden Anderer Schranken setzt » (S. 18 f.). Weiter ist der « absolutistische » Eigentumsbegriff abzulehnen. Das Eigentum besitzt, wie jedes andere Recht auch, eine « immanente » Schranke (S. 20). Es ist auch nicht « überall sich selbst gleich und von der Natur seines Gegenstandes vollkommen unabhängig ». Besonders muß zwischen dem Grundeigentum und dem Eigentum an Fahrnis klar unterschieden werden. Das Grundeigentum ist « seinem Inhalt nach von vornherein beschränkter ». Denn die Erde ist « trotz aller Bodenauftheilung bis zu einem gewissen Grade stets

⁽⁵⁾ Zu dieser methodischen Grundhaltung Gierkes ausführlich: A. JANSSEN, *Otto v. Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft* (1974) S. 20 ff. - Für das Grundstücksrecht gibt es dazu noch einen besonders kennzeichnenden Hinweis Gierkes: in seinen Überlegungen zum Rechtssystem bemerkt er, daß das privatrechtliche Verbandsrecht, da es die Brücke zum öffentlichen Recht schlage, richtigerweise am Schluß des Systems stehe. (*Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, S. 88). Zur Begründung dafür, daß er diesen Aufbau in seinem Deutschen Privatrecht dennoch nicht durchführt, weist er darauf hin, daß sich, « wenn auf eine geschichtliche Grundlegung nicht verzichtet wird, das deutsche Immobilienrecht ohne vorherige Erörterung der genossenschaftlichen und herrschaftlichen Verbände nicht verständlich » machen läßt (*Deutsches Privatrecht*, Bd. 1: *Allgemeiner Teil und Personenrecht* — 1895 — S. 108 Amm. 4, vgl. auch S. 262 Amm. 16).

Gemeingut » geblieben. Alles Sonderrecht am Boden kann « nur mit einem starken Vorbehalt zu Gunsten der Allgemeinheit » bestehen. Das Grundeigentum selbst wiederum ist « je nach der Beschaffenheit des Grundstücks ... von ungleichartigem Inhalte ..., so daß es an Landgütern und städtischen Bauplätzen und gewerblichen Anlagen besondere Herrschaftsbefugnisse gewährt, an Wald und Wasser in sehr gesteigertem Maße durch Gemeinschaftsrecht gebunden wird, an den dem Gemeingebrauch gewidmeten öffentlichen Sachen sich nahezu verflüchtigt » (S. 21). An alledem zeigt sich, daß das Grundeigentum « in letzter Instanz nichts als ein begrenztes Nutzungsrecht an einem Theile des nationalen Gebietes » ist (S. 22).

Die « große soziale Funktion des Grundeigentums » verlangt auch, daß « bei aller Anerkennung der Verfügungsfreiheit ... Schutzwehren gegen die Selbsterstörung des Grundeigentums durch Verschuldung und Zersplitterung » errichtet werden. Zu denken ist dabei an die Einführung einer dinglichen Rente, ein Heimstättenrecht zum Schutz des (kleinen) Grundbesitzes gegen Zwangsvollstreckung und den « Ausbau eines kräftigen Anerbenrechts » (S. 23). Umgekehrt muß das Privatrecht die Familienfideikommissse « in die erforderlichen Schranken weisen », wenn auch der « in geschichtlichen Familien befestigte Großgrundbesitz » innerhalb dieser Schranken als wahres Familieneigentum « eine wichtige nationale und soziale Funktion » erfüllt (S. 24).

Das Eigentum ist ferner nicht wesensverschieden von den beschränkten dinglichen Rechten. Diese sind « ebenso gute und schutzwürdige Rechte wie das Eigentum selbst ». Auch darin zeigt sich ein sozialer Gedanke, « denn man darf niemals vergessen, daß jede Absplitterung dinglicher Rechte vom Eigentum zugleich eine Gemeinschaft begründet, die Gemeinschaft aber hier wie überall die Fähigkeit besitzt, durch Verbindung und Ausgleichung verschiedenartiger Kräfte die Gesamtkraft über die Summe der Einzelkräfte zu erhöhen » (S. 24 f.) (6).

(6) Gierke führt dafür folgende Beispiele an: « eine Servitut, die das belastete Grundstück wenig beschwert, dem herrschenden Grundstück dagegen einen unverhältnißmäßigen Vortheil verschafft, steigert den Volksreichthum. Ähnlich kann es sich mit Reallasten verhalten. In anderer Richtung dienen dingliche Gebrauchs- und Nutzungsrechte umfassenderer Art, dingliche Anwartschaftsrechte

Dem sozialen Gedanken dient ebenfalls « die vom germanischen Recht vollzogene Überbrückung der Kluft zwischen den Rechten an fremder Sache und dem Eigentum ». Zwar gehört das geteilte Eigentum der Geschichte an, doch wird man verwandte Gebilde wie etwa das preußische Rentengut auch in Zukunft nicht entbehren können, « so oft wir neue Schichten des Volkes zu eigenem Besitz an Grund und Boden emporheben und zur Selbstthätigkeit erziehen, innere Kolonisation mit dauerndem Erfolge treiben, den Arbeiterstand ansiedeln wollen » (S. 27).

Eine « Welt sozialer Angleichung » liegt für Gierke schließlich in dem « germanischen Rechtsgedanken ... beschlossen », daß schon zwischen Obligationen - und Sachenrecht vielfältige Verbindungen und Zwischengebilde bestehen (S. 26 f., auch S. 32). Er beendet seine Ausführungen zum Sachenrecht in dieser Rede mit der Forderung nach einem Sachbegriff, der sowohl « Gesamtsachen, Hauptsachen mit Zubehör und zweckbestimmte Sondervermögen als in sich geschlossene objektive Einheiten und als unmittelbare Gegenstände von Rechtsverhältnissen » umfaßt und weiter die « unkörperlichen Sachen » anerkennt (S. 27 f.).

Diese Forderungen an die neue bürgerlichrechtliche Eigentumsordnung wiederholt Gierke nun auch in seinen anderen Arbeiten zu den beiden Entwürfen des BGB; allerdings geschieht das dort nicht immer unter Berufung auf die soziale Aufgabe des Privatrechts (?).

III.

Fragt man nun nach den Gründen für diese Eigentumsauffassung Gierkes, so wird man sie zunächst, da Gierke ja stets

oder Vorkaufsrechte, dingliche Anrechte am Werth unter bestimmten Voraussetzungen als Kulturhebel » (*Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 25).

(?) Vgl. *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*: S. 44 ff. und S. 283 ff. (zum Sachbegriff), S. 96 ff. und S. 567 ff. (zu den Familienfideikommissen, dem Anerbenrecht und geteilten Eigentum, den Reallasten und Grunddienstbarkeiten u. a.), S. 101 ff. (zum Eigentumsbegriff und den Beschränkungen des Grundeigentums), S. 189 ff. und S. 281 f. (zur Trennung des Sachenrechts vom Obligationen- und Sozialrecht); *Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag*: S. 26 ff. (insbesondere zum Agrarrecht), S. 40 f. (zum Grundeigentum und seinen Beschränkungen); daneben die in Anm. 3 genannten Arbeiten.

eine historische Grundlegung für die dogmatische (und rechtspolitische) Arbeit forderte ⁽⁸⁾, in seinem Verständnis der historischen Eigentumsentwicklung zu suchen haben. Dabei müßte besonders die deutsche Eigentumsordnung des Mittelalters jenen Forderungen entsprechen, die Gierke an die Eigentumsregelungen des BGB stellte. Dies deshalb, da für Gierke einmal soziales Recht mit deutschem Recht identisch ist ⁽⁹⁾, und zum anderen in seinen umfangreichen rechtshistorischen Darstellungen der Rezeptionsvorgang und das Zeitalter des Naturrechts letztlich keine selbständige Bedeutung besitzen, sondern von ihm nur als Entwicklungsstufen des mittelalterlichen deutschen Rechtsbegriffs verstanden werden ⁽¹⁰⁾.

Gierke hat nun im zweiten Band des Deutschen Privatrechts unter mehrfacher Bezugnahme auf seine historische Schilderung im zweiten Bande seines Genossenschaftsrechts die besonderen Merkmale der mittelalterlichen Eigentumsordnung in Deutschland zusammenfassend dargestellt ⁽¹¹⁾. In dieser Darstellung zeigt sich bei näherer Untersuchung eine überraschende Übereinstimmung

⁽⁸⁾ Vgl. Anm. 5.

⁽⁹⁾ Sehr deutlich: *Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag*, S. 39; *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 15; *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, S. 254 f. Dazu JANSSEN, (Anm. 5) S. 64 f., S. 69 Anm. 245.

⁽¹⁰⁾ Zur ausführlichen Begründung dieser These muß hier auf JANSSEN ((Anm. 5) S. 46 ff. (besonders S. 50 f.), auch S. 192 f. verwiesen werden. Von diesem Untersuchungsergebnis her scheint es uns auch nachwievor wenig sinnvoll, in Gierkes Geschichtsverständnis Ähnlichkeiten mit der Hegelschen Dialektik entdecken zu wollen, wie es jüngst G. DILCHER (*Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: Ein « Juristensozialismus » Otto von Gierkes?*, in *Quaderni Fiorentini*, Bd. 3-4 - 1975-75 - S. 332 f., 350 ff.) im Anschluß an E.-W. BÖCKENFÖRDE (*Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert*, 1961, S. 155 f., auch S. 158 Anm. 55) wieder tut. Daß weitere wesentliche Gründe gegen eine Beeinflussung Gierkes durch Hegel sprechen, haben wir, was DILCHER (*a.a.O.*, S. 332 Anm. 56) wohl übersieht, an anderer Stelle ausgeführt (vgl. JANSSEN, Anm. 5, S. 173 f., 200, 202 f., auch S. 179, 181). Darauf ist hier noch zurückzukommen (vgl. bei Anm. 74 ff.).

⁽¹¹⁾ Die Frage, ob Gierkes historische Ergebnisse mit dem heutigen Forschungsstand übereinstimmen, stellen wir dabei nicht. Dazu demnächst zusammenfassend die Arbeit von SUSANNE PFEIFFER-MUNZ: « Soziales Recht ist deutsches Recht. Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts untersucht anhand seiner Stellungnahmen zur deutschen und zur schweizerischen Privatrechtskodifikation », die dem Verfasser als Manuskript zur Einsicht zur Verfügung stand.

mit seinen soeben wiedergegebenen Forderungen für eine soziale Eigentumsordnung. Daß die gleichen Gedanken nicht nur seine Kritik an den Entwürfen zum BGB, sondern weiter auch seine spätere Darstellung des Sachenrechts nach Inkrafttreten des BGB beherrschen, läßt sich ebenfalls dem zweiten Band des Deutschen Privatrechts entnehmen. Dieser Band erschien ja nach Erlaß des BGB und hatte die « germanistische Durchdringung » des geltenden bürgerlichen Sachenrechts zum Ziel ⁽¹²⁾. Gierke schildert in diesem Werk die Grundgedanken des gesetzlichen Eigentumbegriffs in starker Anlehnung an den zuvor gegebenen historischen Überblick. Er konzentriert die geschichtliche wie die dogmatische Darstellung auf acht Merkmale des Eigentumsbegriffs, die sich inhaltlich jeweils entsprechen. Der genauere Vergleich dieser beiden Darstellungen soll das nun im einzelnen zeigen und damit zugleich das aus Gierkes Kritik an den Entwürfen zum BGB gewonnene Bild seiner sozialen Eigentumstheorie abrunden:

Bei der Schilderung des mittelalterlichen Eigentumsbegriffs hebt Gierke zunächst die Unterscheidung zwischen Grundeigentum und Fahrniseigentum hervor. Überhaupt habe das Eigentum im Mittelalter « durch die ungleiche Beschaffenheit seiner Gegenstände einen verschiedenen Rechtsinhalt » besessen (S. 356). Heute ist das Eigentum « seinem formalen Begriffe nach » zwar ein abstraktes Recht, doch wird es « in seinem inneren Wesen ... durch die ungleiche natürliche und rechtliche Beschaffenheit der Sachgattungen differenziert ». Eine « tiefe Kluft » unterscheidet auch heute Grundeigentum und Fahrniseigentum inhaltlich voneinander (S. 362) ⁽¹³⁾.

Weiter enthält das Grundeigentum im Mittelalter « von je zugleich räumlich bedingte Herrschaft publizistischer Art und

⁽¹²⁾ Zur Zielsetzung dieses Werkes: *Deutsches Privatrecht*, Bd. 2, Vorwort S. VI f.; genauer hierzu: JANSSEN (Anm. 5) S. 75 ff.; auch S. 86 ff.

⁽¹³⁾ Vgl. auch *Deutsches Privatrecht*, Bd. 2, S. 2, 5 ff. Diese Erkenntnis Gierkes deckt sich durchaus mit heutigen Einsichten der juristischen Dogmatik. So ist für das *Lehrbuch des Sachenrechts* von F. BAUR (9. Aufl. 1977) die systematische Erkenntnis leitend, daß funktionelle Unterschiede zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen bestehen (a.a.O., § 2 II.); zum gegenwärtigen Meinungsstand s.a.: P. LIVER, *Eigentumsbegriff und Eigentumsordnung*, in *Privatrechtliche Abhandlungen* (1972) S. 162 ff.

schließt die Keime der späteren Gebietshoheit wie des späteren Privateigentums in sich » (S. 356). Aus diesem Grundgedanken zieht Gierke für das geltende Eigentumsrecht die Folgerung, daß auch heute das Grundeigentum, obwohl es nun reines Privatrecht ist, « nicht den Inhalt einer den Sachkörper völlig durchdringenden Macht » haben könne. Denn die private Sachherrschaft gelte « nur innerhalb des vom öffentlichen Recht freigelassenen Bereiches »; die Grundstücke bilden nach Gierke zugleich « den vaterländischen Boden, der als Gebiet den Staatskörper und dessen Gliederbau trägt ». Wie die z.T. starken öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen zeigen, sind « dieselben Sachkörper, an denen Eigentum besteht, gleichzeitig unmittelbarer Gegenstand eines mannigfach abgestuften öffentlichen Herrschaftsrechts » (S. 362 f.).

Das deutsche Eigentum des Mittelalters ist ferner « darauf angelegt, sich in der Doppelgestalt von Gemeinschaftseigentum und Sondereigentum zu verwirklichen » (S. 357). Dagegen versteht das BGB das heutige Eigentum als reines Individualrecht; es ist aber, wie Gierke hervorhebt und an anderer Stelle genauer nachweist, « sozialrechtlichen Ausbaus zu Gemeinschaftsrecht fähig » (S. 363, 380 ff.).

Daneben erfaßt das mittelalterliche Eigentum außer vermögensrechtlichen auch personenrechtliche Beziehungen. Besonders das Grundeigentum gewährt nicht nur « Macht über Vermögenswert, sondern zugleich eine personenrechtliche Stellung »; es erweist sich als eine « soziale Position » (S. 358). Das heutige Eigentum nun ist zwar Vermögensrecht, doch « wird es nicht nur von dem allgemeinen Recht der Persönlichkeit durchdrungen, sondern umschließt und schützt kraft des von ihm gewährleisteten Sachgenusses auch die besonderen persönlichen Beziehungen, die sein Subjekt mit der Sache verknüpfen ». Für das Grundeigentum zeigt etwa das Sonderrecht der gebundenen Güter (Bauern- und Rentengüter u.a.), daß es « nicht nur Vermögenswert, sondern persönliche Stellung, Familienheimat und Berufsstätte gewährt » (S. 363 f.).

In einem weiteren Punkt kommt Gierke auf die Schranken des mittelalterlichen Eigentums zu sprechen. Dazu führt er aus: « Das deutsche Eigentum trägt Schranken in seinem Begriff. Es ist daher nicht ein im Gegensatz zu anderen Rechten unumschränktes

(absolutes) Recht. Vielmehr reicht es nur so weit, wie das von der Rechtsordnung gebilligte und mit Rücksicht auf Beschaffenheit und Zweckbestimmung der einzelnen Sachgüter abgegrenzte rechtliche Interesse erfordert. Auch das Eigentum ist nicht zum Mißbrauch, sondern zum rechten Gebrauch verliehen. Seinen Inhalt bildet nicht willkürliche, sondern rechtlich geordnete Macht. Und es ist nicht reine Befugnis, sondern mit Pflichten gegen die Familie, die Nachbarn und die Allgemeinheit durchsetzt. Vor allem beruht die Grundeigentumsordnung auf dem System einer mannigfach ausgebauten Gebundenheit des Eigentums » (S. 358). Demgegenüber ist heute das Eigentum « an sich » ein unbeschränktes dingliches Recht. Das gilt nach Gierke aber nur « im Vergleich mit den anderen Sachenrechten ». Mißt man es dagegen « an der Vorstellung absoluter Macht..., so trägt es auch heute Schranken in seinem Begriff. Es verleiht nicht willkürliche, sondern rechtlich gebundene Macht ». So setzen nach § 903 BGB gesetzliche Bestimmungen den Befugnissen des Eigentümers Grenzen. Hinzukommen das Schikaneverbot des § 226 BGB, die Regeln über Notwehr und Notstand nach §§ 227 ff., 904 BGB. Vor allem wird das Grundeigentum durch besondere gesetzliche Bestimmungen « in erhöhtem Maße » eingeschränkt. In alledem zeigt sich für Gierke u.a. « auch die Fortdauer der deutschrechtlichen Anschauung, daß das Eigentum mit Pflichten durchsetzt ist » (S. 364 f.).

Ein wesentliches Merkmal des mittelalterlichen Eigentumsbegriffs ist auch, daß er « nicht die Elastizität des abstrakten Begriffs, der sich selbst gleich bleibt », besitzt, sondern « der Abstufung fähig ist ». Als « Inbegriff der an der Sache möglichen Herrschaftsrechte » ist das mittelalterliche Eigentum, wenn ein wesentlicher Bestandteil fehlt, unvollständig; es bleibt zwar Eigentum, aber es ist Mindereigentum (S. 358 f.). Das heutige Eigentum dagegen ist elastisch. Es bleibt « das die Sache im Ganzen ergreifende Herrschaftsrecht » und damit Volleigentum, auch wenn es durch dingliche Rechte anderer praktisch bedeutungslos geworden ist. Doch ist auch heute « die Vorstellung, daß inzwischen das Eigentum nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich unvollständig sei, ... nicht völlig verschwunden ». Gierke denkt dabei besonders an das geteilte Eigentum. Dieses existiert

zwar kaum noch in der Gegenwart, doch könnte der ihm zu-
 grundliegende Gedanke bei der Bodenbesitzverteilung in Zukunft
 wieder Bedeutung gewinnen, zumal «die Gesetzgebung über An-
 siedlungs- und Rentengüter bereits neue Formen eines unvoll-
 ständigen Eigentums» geschaffen hat (S. 365, 372 f.) ⁽¹⁴⁾.

Das deutsche Eigentum des Mittelalters war ebenfalls «kein
 ausschließliches Herrschaftsrecht, das für gleich unmittelbare
 Herrschaftsrechte an seinem Gegenstande keinen Raum ließ»; es
 war (nur) ein dingliches Recht neben anderen. Die übrigen ding-
 lichen Rechte sind zwar ihrem Umfang nach begrenzt, ergreifen
 aber «für ihren Bereich die Sache in derselben Weise, wie das
 Eigentum». Sie sind «verselbständigte Eigentumssplitter» und
 zahlenmäßig nicht festgelegt (S. 359 f.). Heute ist neben dem
 Eigentum «ein anderes die Sache im Ganzen ergreifendes Privatrecht»
 undenkbar. Das Eigentum ist ein an sich ausschließliches
 Sachenrecht. Jedoch gilt das nach Gierke nur für «andere auf
 Vollherrschaft, nicht (erg.: aber für) andere auf Teilherrschaft
 angelegte Privatrechte an der Sache». Entgegen der herrschenden
 Dogmatik folgert er dann weiter: «die begrenzten dinglichen
 Rechte sind für uns (erg.: auch heute) gleich unmittelbare
 Sachenrechte wie das Eigentum selbst. Weil und soweit sie keine
 Herrschaft über die Sache im Ganzen gewähren, sind sie Rechte
 an fremder Sache. Weil und soweit sie einen Teilinhalt der Sach-
 beziehungen in den Machtbereich des Berechtigten verlegen,
 machen sie diesem die Sache teilweise zugehörig. D a r u m haben
 sie auch keinerlei Ausnahmestellung». Das BGB kennt allerdings
 nur eine geschlossene Zahl dinglicher Rechte mit gesetzlich fest-
 gelegtem Inhalt. Doch gelten alle bei Erlaß de BGB bestehen-
 den dinglichen Rechte mit ihrem bisherigen Inhalt fort; im übrigen
 bleiben insoweit auch dem Landesrecht bestimmte Befugnisse
 vorbehalten (S. 365 ff. — 1. Hervorhebung bei Gierke! —).

Schließlich bestand im Mittelalter nicht nur an körperlichen,
 sondern auch an unkörperlichen Sachen Eigentum. Deshalb gibt

⁽¹⁴⁾ Zur Angewiesenheit der modernen Dogmatik auf ähnliche Denkmodelle
 wie das geteilte Eigentum: W. WIEGAND, *Zur theoretischen Begründung der Bo-
 denmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff*, in H.
 COING und W. WILHELM (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts
 im 19. Jahrhundert*, Bd. 3 (1976) S. 154.

es im Mittelalter ein Eigentum an Zinsen, Renten, Vermögensinbegriffen u.a. (S. 360). Zwar kennt das BGB heute nur ein Eigentum an körperlichen Sachen, doch ist nach Gierke die «deutscherrechtliche Erstreckung des Eigentumsbegriffs aus das volle Herrschaftsrecht an unkörperlichen Sachen nicht abgestorben». So ist der «technische Begriff» des Eigentums etwa auf die liegenschaftlichen Gerechtigkeiten anwendbar; auch erscheinen die Realrechte, da sie «als Bestandteile des Grundstücks gelten sollen, zugleich als Gegenstände des Eigentums». Das «Vollherrschaftsrecht an Sondervermögen» kann ebenfalls nur als Eigentumsrecht richtig verstanden werden. Das gilt schließlich auch für Rechte, an denen ein begrenztes dingliches Recht (Nießbrauch, Pfandrecht) anerkannt wird. Denn «sobald die einen Gegenstand in einzelnen Beziehungen ergreifende Herrschaft als Sachenrecht vorgestellt wird, ist auch die den Gegenstand im Ganzen ergreifende Herrschaft als Sachenrecht und somit als Eigentum vorstellbar» (S. 367).

Ergänzend zu diesen Ausführungen Gierkes zum Eigentumsbegriff ist noch darauf hinzuweisen, daß er im 2. Band seines Deutschen Privatrechts ebenfalls die vielfältigen Verbindungen zwischen Schuld- und Sachenrecht betont hat: Das Wesen des dinglichen Rechts besteht nach Gierke im alten deutschen Recht nicht wie heute in der Verfolgbarkeit gegen Dritte, sondern «in der Bekleidung mit Gewere». Darum ging das deutsche Recht «von der Anschauung aus, daß jedes persönliche Recht auf Sachherrschaft durch Hinzutritt einer entsprechenden Gewere zu dinglichem Recht werde». Daraus folgte, daß im alten deutschen Recht «ein derartiges Forderungsrecht als Vorstufe des Sachenrechts, gewissermaßen als werdendes Sachenrecht» erschien. Doch auch das gegenwärtige Recht «näher auf verschiedenen Wegen Forderungsrechten den Sachenrechten an, indem es sie mit dinglichen Wirkungen gegen Dritte bekleidet». Es handelt sich dabei durchweg um eine «Verdinglichung durch Besitzrecht» ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ *Deutsches Privatrecht*, Bd. 2, S. 608 ff. Als Beispiele für Forderungsrechte mit dinglichen Wirkungen führt Gierke zunächst die durch Vormerkung gesicherten Forderungen an. Daneben verweist er auf das liegenschaftliche Miet- und Pachtrecht, das persönliche Erwerbsrecht an Früchten oder anderen Bestandteilen

Dieser Überblick dürfte nun dreierlei ganz deutlich gemacht haben:

Zunächst: Alle wesentlichen Forderungen Gierkes an die Eigentumsregelungen der beiden Entwürfe zum BGB wie seine spätere Interpretation des geltenden bürgerlichen Rechts werden tatsächlich von den gleichen Grundgedanken beherrscht.

Weiter: Diese Grundgedanken lassen sich bereits in seiner historischen Schilderung der deutschen Eigentumsordnung des Mittelalters finden.

Schließlich: Gierkes Kritik am Eigentumsbegriff der Entwürfe zum BGB und seine Interpretation der entsprechenden Vorschriften des geltenden BGB laufen inhaltlich letztlich darauf hinaus, das gebundene Privateigentum, das vom BGB, wie ein Blick in die Motive und das Einführungsgesetz zum BGB von 1896 zeigt ⁽¹⁶⁾, « zum Ausnahmerecht erklärt ist, als allgemeingültig zu verteidigen » ⁽¹⁷⁾.

IV.

An anderer Stelle haben wir zu zeigen versucht, daß Gierkes privatrechtliche Arbeiten gegenüber seinen früheren Untersuchungen zum Verbandsrecht in viel geringerem Maß historische Bezüge aufweisen, daß aber dieser Rückgang der geschichtlichen Betrachtung in den Arbeiten zum BGB keinen Verzicht auf konkrete Wirklichkeitserfahrung bedeutet; darauf kann hier verwiesen werden ⁽¹⁸⁾. Ist diese Beobachtung richtig, so müssen Gierkes Forderungen nach einer sozialen Eigentumsordnung trotz aller

u.a. Auch im dritten Band seines Deutschen Privatrechts (*Schuldrecht*, 1917) ist er auf die Verbindungen zwischen Schuld- und Sachenrecht mehrfach eingegangen: Vgl. S. 57, 513 f., 516, 539 ff. Daß Gierkes Gedanken sich vielfach mit modernen dogmatischen Erkenntnissen decken, zeigen die Ausführungen Baur's zur Trennung und zu den Übergängen zwischen absoluten und relativen Rechten (*Lehrbuch des Sachenrechts*, § 2 I. 1. a), § 6 II. 1., § 29 D. I., § 29 E.).

⁽¹⁶⁾ Dazu die präzise Analyse bei H. KUNTSCHKE, *Zur Kritik Otto von Gierkes am Bürgerlichen Gesetzbuch*, in *Wiss. Zeitschr. der Humboldt Universität zu Berlin. Gesellschafts- und Sprachwissenschaftl. Reihe*, Jg. XVII (1968) S. 379.

⁽¹⁷⁾ So richtig KUNTSCHKE (Anm. 16) S. 380; dazu hier noch bei Anm. 25 ff.

⁽¹⁸⁾ JANSSEN (Anm. 5) S. 59 ff., Zusammenfassung: S. 88 ff.

Übereinstimmung mit dem von ihm entworfenen Bild der mittelalterlichen Eigentumsverhältnisse noch auf anderen Überlegungen beruhen. Das scheint uns bei näherer Betrachtung seiner geschilderten Grundgedanken zum Eigentumsbegriff auch der Fall zu sein. Es lassen sich nach unserem Eindruck dabei drei verschiedene Argumentationsebenen unterscheiden. Einmal sind es rechts politische Überlegungen, die Gierkes sozialen Eigentumsbegriff bestimmen, zum anderen rechts dogmatische und schließlich eine bestimmte philosophische Haltung Gierkes:

1. In seiner Rede über « Die soziale Aufgabe des Privatrechts » und auch im zweiten Band seines Deutschen Privatrechts weist Gierke wie gezeigt darauf hin, daß die Erde letztlich Gemeingut sei und es darauf ankomme, breiten Schichten des Volkes, insbesondere auch kleinen bäuerlichen Betrieben eine gesicherte Existenzgrundlage zu verschaffen. Der rechts politische oder besser: sozialpolitische Charakter dieser Forderung wird noch deutlicher, wenn man ergänzend hierzu seine programmatische Rede vor dem Verein für Sozialpolitik über « Die Bodenbesitzverteilung und die Sicherung des Kleingrundbesitzes » aus dem Jahr 1893 heranzieht ⁽¹⁹⁾. Gierke zeichnet dort zunächst ein im allgemeinen recht wirklichkeitsnahes Bild der Geschichte der Bodenbefreiung und ihrer Folgen:

Die Entwicklung des modernen Staates und die Aufnahme des römischen Rechts haben die « persönliche Vollfreiheit und Rechtsgleichheit aller Volksgenossen » mit sich gebracht. Durch die im Wege der Gesetzgebung bewirkte Auflösung der sozialrechtlichen Gebundenheit des Grundeigentums entstand « im Prinzip das freie Privateigentum », das als « sachenrechtliches Komplement » der erreichten Freiheit und Gleichheit zu verstehen ist (S. 164 f.) ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ *A.a.O.* (Anm. 6). Der damalige Vorsitzende des Vereins für Sozialpolitik, Gierkes Freund Gustav Schmoller, dankt Gierke am Ende seines Vortrags mit den Worten: « Unsere Referate wären unvollkommen gewesen, wenn wir nicht vom Standpunkte des Rechtshistorikers und Rechtspolitikers zugleich die Dinge behandelt hätten » (*a.a.O.*, S. 178).

⁽²⁰⁾ Ähnlich: *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* S. 25.

Doch erwachsen « aus der einseitigen Durchführung einer individualistisch-kapitalistischen Grundeigentumsordnung neue, ungeahnte Gefahren ». Im Ergebnis ist es dazu gekommen, daß « von der freien Verschuldbarkeit des Bodens ein übermäßiger Gebrauch gemacht worden ist und vielfach eine Schuldenlast besteht, die den Landwirt weit unfreier erscheinen läßt, als da er zehnte und fronte ». Er ist häufig praktisch zum « Lohnarbeiter der Hypothekengläubiger » geworden. Die schlimmste Folge dieser Entwicklung ist in Gierkes Augen die, daß « eine Minderung des mittleren, des bäuerlichen Besitzes ... durch Aufsaugung seitens des Großbesitzes einerseits, durch Zerstäubung in proletarischen Zwergbesitz andererseits » eingetreten ist (S. 166). Geht nun in Zukunft die wirtschaftliche Entwicklung in dieser Richtung weiter, führt sie also zur « Zerreibung aller zwischenbildungen zwischen Latifundien und proletarischem Zwergbesitz », so ist nach Gierke der Staat als Gesetzgeber aufgerufen, dem entgegenzutreten (S. 173 f.). Denn der mittlere Bauernstand ist seiner Ansicht nach unbedingt zu fördern, da er eine wesentliche Voraussetzung für ein gesundes Volksleben und weiter für einen wirtschaftlich autarken und mächtigen Staat darstellt (S. 169, 170, 173, 178).

Erforderlich ist eine « socialrechtliche(n) Prägung des ländlichen Grundeigentums » (S. 171). Gierke begrüßt darum einige neuere Gesetze wie die Ansiedlungs- und Rentengutsgesetze oder die Wiedereinführung des bäuerlichen Anerbenrechts, da ihnen « wieder der Gedanke einer socialrechtlichen Bindung des Grundeigentums unterliegt » (S. 167, ähnlich S. 169). Das gleiche gilt für das Heimstättenrecht (S. 172, 175, 176 f.) ⁽²¹⁾.

Dem Vorwurf, daß damit z.T. alte und längst überwundene Zustände wiedereingeführt würden, begegnet Gierke zunächst mit dem Hinweis, daß « alle lebendige fruchtbare Kulturbewegung » niemals in gradliniger Entwicklung verlaufe, sondern sich im

⁽²¹⁾ Vgl. dazu auch Gierkes Aufsatz: *Empfehlte sich die Einführung eines Heimstättenrechts, insbesondere zum Schutze des kleinen Grundbesitzes gegen Zwangsvollstreckung?*, a.a.O. (Anm. 3). Zu den genannten Gesetzen auch Gierkes Arbeiten: *Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag*, S. 26 f.; *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, S. 97; *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 23 f.

« Ringen weltbewegender Gedanken » vollziehe. Ein bereits überwundener Gedanke könne sich so « in verjüngter Gestalt mit frischer Kraft » erheben. In der Gegenwart sei allem Anschein nach die « Renaissance des germanischen Rechtsgedankens der socialen Harmonie » zu beobachten. Doch hätten, so fährt Gierke fort, « solche geschichtsphilosophischen Erwägungen nur *sekunden* Wert ». Es gäbe « packendere und zwingendere Beweggründe », um für die Zukunft eine soziale Grundeigentumsordnung zu fordern; nämlich, wie schon erwähnt, die Schaffung und Erhaltung des Kleingrundbesitzes als Voraussetzung für einen gesunden Bauernstand (S. 170).

Fassen wir zusammen: Die Befreiung des Grundeigentums hat zu sozialen Mißständen geführt, namentlich zur Gefährdung des Kleingrundbesitzes. Um diesen Mißständen abzuwehren und weiter auch eine gerechte Bodenbesitzverteilung zu erreichen, sind gesetzliche Maßnahmen erforderlich. Die Ansiedlungs- und Rentengutsgesetze wie das Anerben- und Heimstättenrecht u.a. sind Schritte in die richtige Richtung. « Man kann diese Rechtsbildungen », so sagt Gierke, « entweder als notwendige Modifikationen der im Prinzip unantastbaren individualistisch-kapitalistischen Eigentumsordnung betrachten. Oder man kann in ihnen die verheißungsvollen Anfänge einer neuen socialen Eigentumsordnung begrüßen » (S. 168). Gierke tut letzteres und rechtfertigt seinen Standpunkt primär mit sozialpolitischen Erwägungen.

Diese Haltung Gierkes ist nun Teil einer umfassenden Wirklichkeitserfahrung. Sie besteht, wie sich verschiedenen Arbeiten von ihm entnehmen läßt, in der Erkenntnis, daß « unbeschwichtigte Gefahren furchtbarer Art im Schooße unserer Gesellschaft lauern », denen u.a. mit einer neuen sozialen Privatrechtsordnung begegnet werden muß⁽²²⁾. So ist auch der weitere politische Sinn seiner Forderung nach einer sozialen Eigentumsordnung darin zu sehen, diesen Konflikt zu verhindern bzw. abzubauen. Gerade weil Gierke das Privateigentum als das notwendige Ergebnis eines

(22) *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 10. Diese Einsicht hat Gierke an mehreren Stellen seines Werkes ausgesprochen. Vgl. die Nachweise bei JANSSEN (Anm. 5), S. 66 und S. 202. Zu diesem Gedanken auch DILCHER (Anm. 10), S. 355 ff. mit Anm. 118 und die Arbeit von PFEIFFER-MUNZ (Anm. 11).

nicht umkehrbaren historischen Prozesses ⁽²³⁾ bejahte, mußte er, wenn er die genannten Spannungen in der Gesellschaft, die ja auf eine Gefährdung des Privateigentums hinausliefen, erkannt hatte, für eine Sozialbindung des Eigentums eintreten. Diese politische Erkenntnis des « sowohl - als auch » hat er für die ländliche Grundeigentumsordnung sehr deutlich ausgedrückt:

« Wenn das Privateigentum am Boden durch Verstaatlichung oder Vergesellschaftung aufgezehrt würde und damit die stolze Freiheit des deutschen Landmannes in sozialistischer und kommunistischer Verknechtung ihr Grab fände, so wäre der Anfang vom Ende unseres Volkslebens gekommen. Aber der Anfang vom Ende unseres Volkslebens wäre auch gekommen, wenn in Verfolgung bisher eingeschlagener Bahnen das Grundeigentum überall in Deutschland die Vogelfreiheit der Handelsware erwürbe und damit das Börsenkapital der oberste Herr des Landes und der Regulator der Besitzverteilung würde. Nach meiner Überzeugung ist das doppelte Ziel der Erhaltung des Privateigentums am Boden und der Sicherung einer gedeihlichen Bodenbesitzverteilung nur erreichbar, wenn die Rechtsordnung das Landgut nicht als Ware, sondern als soziale Position behandelt » ⁽²⁴⁾.

2. Gierkes dogmatische Argumente für eine soziale Eigentumsordnung sind vor allem in seinem Verständnis des subjektiven Rechts und seiner juristischen Begriffsbildung zu suchen. Doch spricht für die These von den innamanten Schranken des Eigentums nach Gierke auch ein Auslegungsgesichtspunkt:

a) Folgt man nämlich dieser These nicht, sondern geht von der « im Prinzip unantastbaren ... Eigentumsordnung » aus ⁽²⁵⁾, dann stellen sich die nach geltendem Recht « nur durch Vorbehalte in einem Nebengesetze ermöglichten partikulären Rechtsätze, in denen ... Schranken und Pflichten gegenüber der Ge-

⁽²³⁾ Vgl. das hier bei Anm. 20 Gesagte.

⁽²⁴⁾ *Die Bodenbesitzverteilung und die Sicherung des Kleingrundbesitzes* (Anm. 3) S. 169. Ähnlich: *Der germanische Staatsgedanke* (1919) S. 26 f.

⁽²⁵⁾ So Gierke in seiner Rede über *Die Bodenbesitzverteilung und die Sicherung des Kleingrundbesitzes* (Anm. 3) S. 168.

meinschaft... Anerkennung finden... als Singularitäten dar, als vorläufig geschonte Überlebenssel der Vergangenheit oder geduldete Ausnahme-Einrichtungen, die eines speziellen Zweckes wegen die Reinheit des Prinzips trüben » (26). Das wiederum hat zwangsläufig unerwünschte Folgen für die praktische Rechtsanwendung. Denn man wird dann « an dem alten Rechtssatz festhalten, daß **Ausnahmen strikt zu interpretieren sind**. Man wird so viel wie möglich die Einpassung in das individualistisch-kapitalistische Grundeigentumssystem suchen » (27). Die Lehre von den immanenten Schranken des Eigentums kann so gesehen, da das Gesagte im Prinzip auch für die im BGB selbst enthaltenen gesetzlichen Beschränkungen gelten muß, damit gerechtfertigt werden, daß die die Eigentumsfreiheit einengenden Vorschriften - als Ausnahmeregelungen verstanden- grundsätzlich restriktiv ausgelegt werden und damit der wirkliche soziale Gehalt des Eigentums nicht voll wirksam werden kann (28).

b) Auch Gierkes Verständnis des subjektiven Rechts kann seine Forderung nach einer sozialen Eigentumsordnung erklären. Gierke geht mit der herrschenden Lehre davon aus, daß das Privatrecht « Befugnissphären » anerkennt, die dem einzelnen « eine frei für den individuellen Lebenszweck verwendbare Herrschaft über die äußere Güterwelt » sichern. Damit ist jedoch nach Gierke nur die eine Seite des subjektiven Rechts erfaßt. Denn das Recht ist « nicht einseitige, sondern gegenseitige Wil-

(26) *Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag*, S. 40; ähnlich: *Die Bodenbesitzverteilung und die Sicherung des Kleingrundbesitzes* (Anm. 3) S. 168 f.

(27) So: *Die Bodenbesitzverteilung und die Sicherung des Kleingrundbesitzes* (Anm. 3) S. 169 (Hervorhebung bei Gierke!); entsprechend: *Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag*, S. 40.

(28) Ganz ähnlich sieht Gierke, wie uns die Schilderung seiner Darstellung des Eigentumsbegriffs im zweiten Band des *Deutschen Privatrechts* zeigte (s. hier III.), das Verhältnis der begrenzten dinglichen Rechte zum Eigentum: Die begrenzten dinglichen Rechte sind, soweit sie einen « Teilinhalt der Sachbeziehungen in den Machtbereich des Berechtigten » verlegen, gleich unmittelbare Sachenrechte wie das Eigentum selbst. Im Verhältnis zu diesem haben sie darum « keinerlei **Ausnahmestellung** » (a.a.O., S. 366).

lensbeziehung » (29). Neben den Befugnissen sind deren « Korrelate », die Pflichten, als zweiter Grundbestandteil des subjektiven Rechts zu beachten (30). Auch das Sachenrecht, so folgert Gierke weiter, ist « zuletzt ein Verhältniß zwischen menschlichen Willen, nicht zwischen einem isolierten Einzelwillen und dem willenlosen Objekt », auch hier besteht also letztlich ein Rechtsverhältnis zwischen Personen. Damit ist « für unsere heutige Auffassung die pflichtenlose Herrschaft ausgeschlossen ». Ein pflichtenloses Eigentum ist deshalb für Gierke logisch nicht denkbar (31).

Im Ergebnis wird von Gierke subjektives Recht mit Rechtsverhältnis gleichgesetzt und beides als gleich unmittelbar gegeben betrachtet. Diese Ineinssetzung von subjektivem Recht und Rechtsverhältnis zeigt sich, wenn Gierke schreibt: Die Elemente des subjektiven Rechts sind « Rechte (Befugnisse) und Pflichten (Verbindlichkeiten) », und unmittelbar daran die Feststellung anschließt: « Rechte und Pflichten verbinden sich zu Rechtsverhältnissen » (32).

Dieses Verständnis des subjektiven Rechts enthält aus heutiger Sicht insofern eine richtige Erkenntnis, als neben dem Rechtssubjekt als erstem privatrechtlichen Grundbegriff heute vielfach

(29) *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 17; *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. 2, S. 36, 130.

(30) *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, S. 255.

(31) *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 17 f.; *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, S. 282. Dazu auch: KUNTSCHE (Anm. 16) S. 380.

(32) *Grundzüge des Deutschen Privatrechts* (Anm. 4) S. 192. Richtig erkannt von: B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung* (2. Aufl. 1973) S. 343, vgl. auch S. 338 f. mit Anm. 13. Die rechtsphilosophische Wurzel für Gierkes Verständnis des subjektiven Rechts läßt sich mühelos aus der Philosophie Kants ableiten (zum folgenden: CHR. RITTER, *Recht, Staat und Geschichtsfinalität. Bemerkungen zu neuen Kant-Interpretationen*, in *Der Staat*, Bd. 16 - 1977 -, S. 250 ff., hier: S. 254 ff.): Von « absoluter Dignität » ist nach Kant nur ein Recht: Freiheit, und zwar — das ist das Entscheidende — Freiheit im Sinne des kategorischen Imperativs! Freiheit ist also auch Voraussetzung des Eigentums und nicht umgekehrt. Richtig folgert Ritter (*a.a.O.*, S. 256), daß die Abhängigkeit « jeden Rechts » und damit auch des Eigentumsrechts nach Umfang und Inhalt « vom Prinzip möglicher Allgemeinheit (Reziprozität)... eine ursprüngliche Interdependenz von Recht-Haben und Recht-Geben, der Freiheit des Einzelnen und der Freiheit aller » bedeutet (*a.a.O.*, S. 256 — zweite Hervorhebung bei Ritter! —).

das Rechtsverhältnis als zweiter wesentlicher Grundbegriff des bürgerlichen Rechts angesehen wird, das seinerseits als eines seiner Elemente subjektive Rechte enthalten kann. So stellt Larenz in seinem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des BGB gerade diesen Gedanken als einen wesentlichen Fortschritt der neueren Zivilrechtsdogmatik hin, der u.a. in der Sozialbindung des Eigentums sein Ursache habe ⁽³³⁾. Er kommt von hier ähnlich wie Gierke zu der Ansicht, daß auch das Eigentum letztlich als Rechtsverhältnis zwischen Personen (und nicht zwischen einer Person und einer Sache) zu verstehen sei ⁽³⁴⁾. Uns will es insoweit auch kein Zufall scheinen, daß Larenz in der ersten Auflage des genannten Lehrbuchs zur Sozialbindung des Eigentums bemerkt: « Das Eigentum ist daher weder nach positivem Recht, noch, wenn man es richtig sieht, für die rechtsphilosophische Betrachtung ein schrankenloses Recht, für das es zu Unrecht im 19. Jahrhundert manchmal gehalten wurde. Vielmehr ist dem Eigentum insbesondere an Grundstücken die Möglichkeit und sogar die Notwendigkeit einer Begrenzung der in ihm im allgemeinen enthaltenen Befugnisse nach Maßgabe sozialer Erfordernisse immanent » ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* (3. Aufl. 1975) S. 152 Anm. I (= § 12 I.). Vgl. aber auch seine interessante Bemerkung auf Seite 159 Anm. I (= § 12 II.), die einen indirekten Beleg für die Wirkungsgeschichte des Gierkeschen Rechtsdenkens (vgl. dazu hier VI.) bietet: « Verfehlt waren auch die Versuche (mit Einschluß meines eigenen) des Jahres 1934, das subjektive Recht in der Rechtsstellung (des einzelnen in der rechtlich verfaßten Gemeinschaft) aufgehen zu lassen. Das 'subjektive Recht' ist ein ursprünglicher, nicht erst aus den einzelnen, auf Rechte bezogenen Normen abstrahierter Begriff, der mit dem 'rechtlichen Grundverhältnis' (als dem Modell aller Rechtsverhältnisse) gegeben ist. »

⁽³⁴⁾ LARENZ (Anm. 33) S. 153 (= § 12 I.); ähnlich J. SONTIS, *Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff*, in *Festschrift für K. Larenz zum 70. Geb.* (1973) S. 997 f.

⁽³⁵⁾ *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* (1. Aufl. 1967) S. 64 (I. Hervorhebung bei Larenz!). Hierzu wiederum auch SONTIS (Anm. 34), der dies allerdings nur für die Duldungs- und Unterlassungspflichten des Eigentümers gelten lassen will, während dessen Handlungs- oder Leistungspflichten nach Sontis « dem Eigentumsverhältnis, und nicht dem Eigentum als subjektivem Recht, immanent sind » (S. 998).

c) Ausgangspunkt der juristischen Begriffsbildung⁽³⁶⁾ ist für Gierke auch bei der Entwicklung des Eigentumsbegriffs die Überlegung, daß « das Eigentum eine historische, keine logische Kategorie » sei⁽³⁷⁾. Dieser Begriff wird, wie alle juristischen Begriffe, durch Abstraktion von der lebendigen Wirklichkeit gebildet, wobei Gierke unter « Wirklichkeit » nicht nur die gegenständliche, sondern die gesamte geistig wahrnehmbare Wirklichkeit versteht⁽³⁸⁾. Seine bereits erwähnte⁽³⁹⁾ Kritik am Sachbegriff des BGB beruhte ja gerade darauf, daß dieser nicht die unkörperlichen Sachen umfaßte und damit auch ein Eigentum an unkörperlichen Sachen, wie Gierke das z.B. für die Realrechte, liegenschaftlichen Gerechtigkeiten und Sondervermögen forderte, ausgeschlossen war. Wird nun der Eigentumsbegriff wie jeder andere Rechtsbegriff durch eine Abstraktion gebildet, so kann er auch nicht seiner Natur nach von den übrigen dinglichen Rechte unterschieden werden. Das heißt: allein das « Objekt » des Rechts, sein Umfang, nicht aber eine bestimmte Rechtsqualität entscheidet darüber, ob ein Eigentumsrecht oder ein anderes dingliches Recht vorliegt. Die Regelungen des BGB haben daran nach Gierke, wie wir schon zeigten⁽⁴⁰⁾, nichts geändert. Gierke folgert richtig: « Von der Möglichkeit, aus der Totalität der Beziehungen, in denen eine körperliche Sache sich zur Beherrschung durch menschlichen Willen eignet, einen Teilinbegriff auszuscheiden und als das Objekt besonderer Beherrschung zu setzen, hängt die Ebenbürtigkeit der übrigen dinglichen Rechte mit dem Eigentum ab »⁽⁴¹⁾. Das ist der entscheidende Gedanke!

⁽³⁶⁾ Zur juristischen Begriffsbildung Gierkes ausführlich: JANSSEN (Anm. 5) S. 124 ff., 139 ff., auch 180 ff.

⁽³⁷⁾ *Deutsches Privatrecht*, Bd. 2, S. 348 Anm. 2.

⁽³⁸⁾ *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* (1883, - zitiert wird hier nach dem Neudruck Darmstadt 1961) S. 7; *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, S. 268, 269 f., 470, vgl. auch S. 254 Anm. 8; *Genossenschaftsrecht*, Bd. 2, S. 7, 61 f., 63. Diese Abstraktion ist aber ein geschichtlicher Vorgang. Vgl. für das Eigentum: *Deutsches Privatrecht*, Bd. 2, S. 349 ff. mit weiteren Nachweisen und *Grundzüge des deutschen Privatrechts* (Anm. 4) S. 232.

⁽³⁹⁾ Vgl. oben II. und III, jeweils am Ende.

⁽⁴⁰⁾ Vgl. oben III.

⁽⁴¹⁾ *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, S. 45.

Wie Gierke am gleichen Ort etwas später ausführt, wird er ergänzt durch die Erkenntnis, daß « auch von einem 'Eigentum' an unkörperlichen Sachen gesprochen » werden kann, « um das die Totalität des betreffenden Objektes ergreifende Recht von den etwa abgesplitterten unvollkommenen Rechten zu unterscheiden » (42).

Diese Einebnung der begrifflichen Unterscheidung zwischen Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten legt die Vorstellung der mit dem Begriff des Eigentums gegebenen Schranken oder besser: die Vorstellung von diesem Begriff i m m a n e n t e n Schranken nahe. Gierke hat das gesehen. Er schreibt: « Das volle und rückhaltlose Bekenntnis, daß das Sacheigentum ein Recht und nichts als ein Recht ist und von anderen Rechten sich zwar durch seinen begrifflich auf die Beherrschung einer körperlichen Sache in ihrer Totalität gerichteten Inhalt unterscheidet, im übrigen aber in Wesen und Rang ihnen gleichsteht, ist nicht bloß von juristisch-technischer, sondern auch von h o h e r e t h i s c h e r u n d s o c i a l e r Bedeutung! » (43). Darauf hat Gierke, wie wir anfangs sahen, auch bereits in seiner Rede über die soziale Aufgabe des Privatrechts hingewiesen (44).

3. Unsere Überlegungen zum Eigentumsbegriff zeigten schon mehrfach, daß Gierke mit seiner Forderung nach einer Sozialbindung des Eigentums wie überhaupt mit seinem Streben nach einer sozialen Privatrechtsordnung vorhandene Gegensätze überbrücken will. So wies er zunächst allgemein darauf hin, daß die V e r b i n d u n g s l i n i e n zwischen Schuld- und Sachenrecht befestigt und ausgebaut werden müßten (45). In der rechtlichen Gleichsetzung des Eigentums mit den beschränkten dinglichen Rechten sah er, da « jede Absplitterung dinglicher Rechte vom Eigentum zugleich eine Gemeinschaft begründet », die positive

(42) *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, S. 47; ganz entsprechend *Deutsches Privatrecht*, Bd. 2, S. 367, worauf hier unter III. eingegangen wurde.

(43) *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, S. 45.

(44) Vgl. bei Anm. 6. Die Ausführungen Gierkes zum Eigentumsbegriff spiegeln seine allgemeinen Erkenntnisse zur juristischen Begriffsbildung wider. Das zeigt etwa die genauere Untersuchung seines Begriffs der Verbandsperson oder des Begriffs der « Sachverbände » (dazu JANSSEN - Anm. 5 - S. 139 ff.).

(45) *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 26.

Folge, daß die so begründete Gemeinschaft « hier wie überall die Fähigkeit besitzt, durch Verbindung und Ausgleichung verschiedenartiger Kräfte die Gesamtkraft über die Summe der Einzelkräfte zu erhöhen » (46). Schließlich forderte Gierke den Schutz der mittleren und kleinen landwirtschaftlichen Betriebe, um die « Zwischenbildungen zwischen Latifundien und proletarischem Zwergbesitz » zu erhalten (47).

Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Die Frage, warum Gierke sich von dem dahinterstehenden allgemeinen Gedanken der « socialen Harmonie » (48) auch in seiner Eigentumslehre bestimmen läßt, kann letztlich noch mit seiner philosophischen Grundhaltung beantwortet werden, auf der seine Betonung der sozialen Aufgabe des Privatrechts wie seiner Rechtsauffassung überhaupt beruht. Das soll hier nur kurz angedeutet werden (49):

Ausgangspunkt seiner Rechtsbetrachtung ist die « geschichtlich feststehende (n) Tatasache », daß der Mensch « überall und zu allen Zeiten die Doppeleigenschaft an sich trug, ein Individium für sich und ein Glied des Gattungsverbandes zu sein ». Wir haben es nach Gierke nicht nur als eine « natürlich gegebene Thatsache » hinzunehmen, sondern « als begriffliches Merkmal des Menschen » zu setzen, « daß sein Dasein sich zum Theil auf sich selbst und zum Theil auf eine darüberstehende Gemeinschaft bezieht ». Das Recht ist entsprechend dem Wesen des Menschen in Individualrecht und Sozialrecht aufzuteilen (50). Über dieser Trennung der Rechtssphären darf die Rechtsordnung aber nicht « die Ein-

(46) *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 25. Vgl. auch das hier in Anmerkung 6 zitierte Beispiel Gierkes.

(47) *Die Bodenbesitzverteilung und die Sicherung des Kleingrundbesitzes*, a.a.O. (Anm. 3) S. 173. Dieser Gedanke klingt in allgemeinerer Form ebenfalls an in *Der germanische Staatsgedanke* (1919) S. 18 und *Naturrecht und deutsches Recht* (1883) S. 28 f., 30.

(48) *Bodenbesitzverteilung* (Anm. 3) S. 170.

(49) Zum folgenden geneauer: JANSSEN (Anm. 5) S. 64 ff., auch S. 158 f., 161 f. und KUNTSCHKE (Anm. 16) S. 376. Vertiefend nunmehr die Arbeit von PFEIFFER-MUNZ (Anm. 11).

(50) So *Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien* (1874, - zitiert wird hier nach dem unveränderten Abdruck von 1915) S. 92 f.; vgl. auch *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, S. 26 und *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 5.

heit des Zieles » vergessen ⁽⁵¹⁾, denn Einzelleben und Gemeinleben spielen sich ja letztlich « in der unzerreißbaren Einheit desselben Menschendaseins » ab ⁽⁵²⁾. Gesunder geschichtlicher Fortschritt ist für Gierke deshalb auch nur denkbar, wenn bei der fortschreitenden Differenzierung der einzelnen Funktionen des gesellschaftlichen Körpers gleichzeitig eine andere Kraft wirksam ist, « welche nach dem immanenten Bildungsgesetz der organischen Lebenseinheiten zur Vereinigung treibt » ⁽⁵³⁾.

Das also ist der Hintergrund des Strebens nach « sozialer Harmonie » bei Gierke. Er macht verständlich, warum Gierke sowohl das Privateigentum bejaht, aber zugleich dessen (soziale) Gebundenheit fordert ⁽⁵⁴⁾, warum er kein Recht ohne Pflicht denken kann, die Verbindungen zwischen Schuld- und Sachenrecht betont und die « Zwischenbildungen zwischen Latifundien und proletarischem Zwergbesitz » erhalten will - kurzum: die nachdrückliche Betonung der Sozialbindung des Eigentums dient nach Gierke letztlich dem gesunden Kulturfortschritt.

V.

Ist die gegebene Interpretation richtig, so bleibt eine Ungeheimtheit: Gierkes beinahe mißtrauische Beurteilung der Eigentumsfreiheit. Es sind im Grunde nur verbale Bekenntnisse, die sich in Gierkes Werk zum freien Privateigentum und seiner positiven Funktion finden lassen ⁽⁵⁵⁾. Meistens werden sie beiläufig und mehr thesenartig ohne jede nähere Begründung geäußert, ganz im Gegensatz zu Gierkes umfangreichen Ausführungen zum

⁽⁵¹⁾ *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 6 (Hervorhebung bei Gierke!).

⁽⁵²⁾ *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, S. 30; ähnlich *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 5 f.

⁽⁵³⁾ *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 13 f. (Hervorhebung bei Gierke!); ähnlich: *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, S. 122 f. in Verbindung mit S. 30, vgl. auch S. 26; daneben: *Über Jugend und Altern des Rechts* (in *Deutsche Rundschau*, Jg. 5 - 1879 -) S. 223, auch S. 231.

⁽⁵⁴⁾ Vgl. dazu das kennzeichnende Zitat bei Anm. 24.

⁽⁵⁵⁾ Dazu gehört etwa der schon erwähnte Satz, daß « die persönliche Vollfreiheit und Rechtsgleichheit aller Volksgenossen » durch die gesetzlich bewirkte « Auflösung der socialrechtlichen Gebundenheit » ihr « sachenrechtliches Kom-

sozialen Charakter des Eigentums ⁽⁵⁶⁾. Besonders deutlich wurde das, wie wir sahen, in Gierkes Überlegungen zur juristischen Auslegung der geltenden Eigentumsvorschriften. Ihm ging es dort mit seiner Lehre von der Sozialbindung des Eigentums im Ergebnis darum, das durch das BGB geschaffene Verhältnis von Regel und Ausnahme genau umzukehren ⁽⁵⁷⁾.

Auch die geschichtliche Bedeutung der Bodenbefreiung vermochte Gierke nur in der blanken Tatsache zu sehen, daß es zu dieser Befreiung gekommen war. Ohne die vorherige lange Gebundenheit des Grundeigentums hätte die neue Agrargesetzgebung seiner Ansicht nach jedoch « überhaupt keine bäuerlichen Besitzrechte mehr vorgefunden, die sie in freies Eigentum hätte verwandeln können » ⁽⁵⁸⁾. Die gegenwärtige « Renaissance des germanischen Rechtsgedankens der socialen Harmonie » ⁽⁵⁹⁾ läßt ihn auf eine Korrektur der Entwicklung hoffen. Denn es ist « zur Zerstörung der organischen und socialen Elemente, welche das germanische Recht in reicher Fülle auch auf privatrechtlichem Gebiet als Bande und Schranke der Individualbefugnisse ausgestaltet hatte », gekommen ⁽⁶⁰⁾.

Daß ein völlig anderes Verständnis der Eigentumsfreiheit in der damaligen Rechtswissenschaft durchaus vertreten wurde, zeigt etwa Rudolf Sohms Beurteilung der neu geschaffenen bürgerlichrechtlichen Vorschriften über das Eigentum. Bei der ersten

plement » gefunden habe (*Die Bodenbesitzverteilung und die Sicherung des Kleingrundbesitzes*, a.a.O. - Anm. 3 - S. 164, 165), oder seine Ablehnung einer Verstaatlichung und Vergesellschaftung des Grundeigentums (*Bodenbesitzverteilung* - Anm. 3 - S. 169; zitiert bei Anm. 24; auch: *Der germanische Staatsgedanke* S. 26), vgl. daneben das allgemeine Bekenntnis zum Privateigentum, in *Empfiehl sich die Einführung eines Heimstättenrechts, insbesondere zum Schutze des kleinen Grundbesitzes gegen Zwangsvollstreckung?*, a.a.O. (Anm. 3) S. 356.

⁽⁵⁶⁾ Es darf dazu auf unsere Darstellung unter II. und III. verwiesen werden.

⁽⁵⁷⁾ Vgl. dazu oben bei Anm. 23 ff.

⁽⁵⁸⁾ *Die Bodenbesitzverteilung und die Sicherung des Kleingrundbesitzes*, a.a.O. (Anm. 3) S. 165 f.

⁽⁵⁹⁾ *Bodenbesitzverteilung* (Anm. 3) S. 170.

⁽⁶⁰⁾ So: *Naturrecht und Deutsches Recht* S. 30, ähnlich S. 28 f. und *Der germanische Staatsgedanke*, S. 18. Für die Befreiung des Grundeigentums auch: *Bodenbesitzverteilung* (Anm. 3) S. 166.

Beratung des Entwurfs zum BGB im Reichstag führte er dazu aus: «Der Entwurf wird bürgerliches Recht bringen: Freiheit des Eigenthums- unentbehrlich für uns alle. Von dieser Freiheit leben wir. Unsere ganze öffentliche und sittliche Freiheit, die wir als Einzelpersönlichkeit besitzen, das kostbarste Rechtsgut, das wir alle haben, wird uns durch das Privateigenthum, das freie Privateigenthum allein ermöglicht. In dem Privatrecht liegt die Magna Charta unserer öffentlichen Freiheit » (61).

An der Haltung Gierkes, der demnach augenscheinlich im Gegensatz zu Sohm und den übrigen Verfassern des BGB (62) die positive Bedeutung der Eigentumsfreiheit letztlich nicht zu sehen vermochte, erstaunt zunächst, daß er die historische Bedeutung des Naturrechts besonders im Blick auf den Rechtsstaatsgedanken mehrfach gewürdigt hat. Allerdings ist dabei nicht zu übersehen, daß Gierke in den entsprechenden naturrechtlichen Gedanken letztlich nur die Wiederbelebung alter germanischer Rechtsvorstellungen zu erkennen vermag (63).

(61) Zitiert bei: H. WAGNER, *Das geteilte Eigentum im Naturrecht und Positivismus* (1938) S. 129 Anm. 19. Vgl. auch das dem ganz entsprechende Sohm-Zitat bei: H. KRAUSE, *Der deutschrechtliche Anteil an der heutigen Privatrechtsordnung*, in *Juristische Schulung*, 10. Jg. (1970) S. 317.

(62) Dazu schon oben bei Anm. 16.

(63) Zusammenfassend zur Bedeutung des Naturrechts Gierkes Rede *Naturrecht und deutsches Recht*. Danach zählt Gierke zu den Verdiensten des Naturrechts: die Abwehr des «Polizei- und Bevormundungs-Staats»; die scharfe «Sonderung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht», zugleich aber die Betonung des Zusammenhangs beider Rechtsgebiete; weiter die Neubelebung des germanischen Rechtsstaatsgedankens und schließlich den Hinweis auf das «Recht der freien Association» (S. 27, 29; ganz ähnlich: *Der germanische Staatsgedanke*, S. 19 ff.). Von allen Lehren des Naturrechts hat nach Gierke aber «die Lehre von den angeborenen Menschenrechten am meisten gezündet». «Die Wirkungen dieser Doktrin», so meint er, wird man aus unserer Rechtsordnung nicht wegdenken können, «ohne zugleich wegzudenken, was an ihr christlich und was an ihr germanisch ist. Denn wegdenken müßte man zugleich die absolute Verneinung jeder persönlichen Unfreiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, den gesamten Apparat der sogenannten Grundrechte und ihrer verfassungsmäßigen Garantien. Dann aber stünde man wieder beim antik-heidnischen Staat, in welchem der Mensch im Bürger aufging und inmitten aller politischen Freiheit für die Individualfreiheit kein Raum war» (S. 28 — erste Hervorhebung bei

Erstaunlich ist die geschilderte Haltung Gierkes zur Eigentumsfreiheit aber dennoch, wenn man zusätzlich bedenkt, daß er sich für die Geltung von Grundrechten, die in die Reichsverfassung von 1871 selbst gar nicht aufgenommen waren, deutlich ausgesprochen hat ⁽⁶⁴⁾. Besonders Gierkes liberales Grundrechtsverständnis ⁽⁶⁵⁾, das bisweilen noch in der gegenwärtigen Diskussion als geradezu beispielhaft für die heutige Grundrechtsauslegung bezeichnet wird ⁽⁶⁶⁾, überrascht in diesem Zusammenhang. Denn zu den Grundrechten in den damals geltenden Landesverfassungen, die nach Gierke durch die positive Reichsgesetz-

Gierke —; vgl. auch zur ursprünglich germanischen Wurzel der Grundrechte: *Der germanische Staatsgedanke*, S. 11).

Die Bedeutung des Naturrechts für einen liberalen Eigentumsbegriff reduziert sich bei Gierke allerdings auf die Feststellung, daß der Naturrechtsgedanke wesentlich zur Beseitigung des feudalen Systems und damit zur Befreiung des Eigentums beigetragen habe. Er bemerkt dann aber sofort einschränkend, daß der gleiche Gedanke « zugleich die sociale Seite des Eigenthums zur Geltung brachte..., die auch das vollkommenste Recht nicht ohne immanente Schranken und ohne korrele Pflichten zu denken vermochte » (*Naturrecht und deutsches Recht*, S. 31).

⁽⁶⁴⁾ Vgl. Labands *Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, S. 36 ff.

⁽⁶⁵⁾ Kennzeichnend dafür ist besonders Gierkes Verständnis der Grundrechte als negativer Abwehrrechte gegenüber dem Staat, die dem Individuum Freiheit um ihrer selbst willen garantieren (*Labands Staatsrecht*, S. 37). « Ein Analogon im Privatrechte » gibt es für die Grundrechte nach Gierke nicht (*a.a.O.*, S. 38).

⁽⁶⁶⁾ So H. H. KLEIN, *Die Grundrechte im demokratischen Staat* (1974) S. 67; derselbe, *Über Grundpflichten*, in *Der Staat*, Bd. 14 (1975) S. 166. In dieser letzten Abhandlung Kleins findet sich auch der Verweis auf Herbert Krügers Bezugnahme auf Gierke in seinem Aufsatz *Die Verfassung als Programm der nationalen Integration* (in *Festschrift für F. Berber zum 75. Geb. - 1973 - S. 247 ff.*). KRÜGER (*a.a.O.*, S. 265 f.) macht unter Berufung auf zwei privatrechtliche Arbeiten Gierkes (*Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, S. 30; *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, S. 183) geltend, daß Gierke unter Freiheit sittlich gebundene, dem Ganzen verpflichtete Freiheit verstanden habe. KLEIN (*a.a.O.*) lehnt das unter Hinweis auf Gierkes Kritik an Labands Staatsrecht — er verweist auf S. 37 der hier in Anm. 38 genannten Schrift Gierkes — ab. Diese gegensätzliche Interpretation des (grundrechtlichen) Freiheitsbegriffs scheint uns genau jene « Ungereimtheit » widerzuspiegeln, vor der wir nunmehr stehen: fast ausschließliche Betonung der Sozialbindung des Eigentums bei Gierke in seinen privatrechtlichen Arbeiten einerseits, sein liberales Grundrechtsverständnis andererseits.

gebung lediglich « modifiziert und ergänzt werden » (67), zählte auch die Eigentumsfreiheit (68).

Die Erklärung für die damit offen zutage liegende Ungereimtheit in der Eigentumslehre Gierkes läßt sich u.E. nur in seinen Geschichts- und Wirklichkeitsverständnis finden. Wie bereits bemerkt (69), erschöpft sich die positive Bedeutung des neuzeitlichen Naturrechts für Gierke letztlich darin, daß es deutschrechtliche Gedanken in vernunftrechtlichem Kleid vor der « Überfremdung » durch das römische Recht bewahrt hat. Das gilt nun auch für die Grundrechte oder, wie Gierke sagt, « die Lehre von den angeborenen Menschenrechten », auch sie ist letztlich germanischen (und christlichen) Ursprungs (70). Entammt nun aber sowohl der Gedanke der immanenten Schranken des Eigentums wie der der angeborenen Menschenrechte im Ergebnis der gleichen historischen Wurzel, so wird die Vereinigung von liberalem und sozialem Gedankengut in Gierkes Werk verständlich. Die besondere Betonung der Sozialbindung des Eigentums läßt sich dann damit erklären, daß Gierke, wie ja auch seine Kritik am BGB zeigt, in der Gegenwart ein übertriebenes individualistisches Denken festzustellen meinte und er weiter die Zwangsläufigkeit der historischen Entwicklung zum gegenwärtigen abstrakten Eigentumsbegriff aus seinem Verständnis der neuzeitlichen Verfassungsgeschichte nicht zu begreifen vermochte.

Gierke erkannte nämlich nicht die entscheidende historische Veränderung seit der französischen Revolution, den sich auch in Deutschland mit Beginn des 19. Jahrhunderts herausbildenden Gegensatz von Staat und Gesellschaft, in ihrer ganzen Tragweite (71). Für Gierke, der die Ursachen dieses geschichtlichen

(67) Labands *Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, S. 38. Gierke stellt dort auch fest, daß das Reich daneben « durch seine positive Gesetzgebung... eine Fülle von Grundrechten statuiert und ausgebaut hat ».

(68) Eine gute Übersicht über die damalige Rechtslage in den einzelnen Ländern (auch für die Folgezeit) gibt G. SCHLEZ, *Die Entwicklung des Baurechts und die Eigentumsordnung*, in *Verwaltungsarchiv*, Bd. 65 (1974) S. 360 ff.

(69) Hier bei Anm. 63, vgl. auch bei Anm. 10 und 58 ff.

(70) Vgl. dazu *Naturrecht und deutsches Recht*, S. 28 (zitiert in Anm. 63) und *Der germanische Staatsgedanke*, S. 11.

(71) Zu diesem historischen Vorgang zusammenfassend: W. CONZE (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848* (1962).

Vorgangs zwar richtig analysiert ⁽⁷²⁾, stellt der Dualismus von Staat und Gesellschaft keine wirkliche historische Erfahrung dar; er sieht darin lediglich eine allgemeine theoretische Grundvorstellung, die neben anderen zum Verständnis des historischen Geschehens beitragen kann. So erscheint ihm in seiner Gedächtnisrede auf Rudolf von Gneist dessen Theorie vom Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft als eine « geistreiche Verallgemeinerung bestimmter Erscheinungen des Völkerlebens », die « zwar nicht des Wahrheitsgehaltes entbehrt, nimmermehr aber das letzte Wort spricht » ⁽⁷³⁾.

Dieses Verständnis war im 19. Jahrhundert nicht auf Gierke beschränkt ⁽⁷⁴⁾, es deckt sich aber nicht mit dem Gesellschaftsbegriff der Hegelschen Rechtsphilosophie und der in der Nachfolge Hegels stehenden Juristen wie etwa den Staatsrechtlern Lorenz v. Stein und Rudolf v. Gneist. Hegel und ein Teil seiner Erben kommen darum auch zu einer anderen Bewertung des durch die französische Revolution ausgelösten historischen Vorgangs ⁽⁷⁵⁾.

Das alles läßt sich für unser Thema sehr deutlich zeigen, wenn man den Eigentumsbegriff Hegels, wie er ihn in seiner Rechtsphilosophie entwickelt, dem Gierkes kurz gegenüberstellt ⁽⁷⁶⁾:

⁽⁷²⁾ Dazu DILCHER (Anm. 10) S. 352 ff. und JANSSEN (Anm. 5) S. 200 Anm. 131.

⁽⁷³⁾ *Rudolf von Gneist. Gedächtnisrede* (1896) S. 32, vgl. auch S. 28 ff.; daneben Gierkes Rezension von STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Bd. III, 2, in *Zs. der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt.*, Bd. 32 (1911) S. 363. Diese Äusserungen Gierkes werden von DILCHER (Anm. 10) S. 352 ff. nicht gewürdigt.

⁽⁷⁴⁾ Besonders typisch etwa auch die Stellungnahme von Ferdinand TÖNNIES über die Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft: « Die Neueren meinten in ihrer Abhängigkeit von Hegel, dessen Einfluß alle Quellen der Tradition verschüttet hatte, wunder was getan zu haben, als sie den Begriff der Gesellschaft neben dem des Staates aufstellten. In Wahrheit ist dieser Begriff nur eine neue Fassung des alten 'Natur-Zustandes' (*status naturalis*), der immer als unterhalb des Staates verharrend gedacht wurde » (*Soziologische Studien und Kritiken*, Erste Sammlung, 1925, S. 68).

⁽⁷⁵⁾ Vgl. M. RIEDEL, *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie* (1969) besonders S. 135 ff.; daneben J. RITTER, *Hegel und die französische Revolution* (1965) S. 55 ff.

⁽⁷⁶⁾ Zum folgenden vgl. besonders J. RITTER, *Person und Eigentum. Zu Hegels « Grundlinien der Philosophie des Rechts » §§ 34 bis 81*, in *Metaphysik und Po-*

Hegel knüpft an das römische Privatrecht an, sofern es Grundlage für die gegenwärtige Gesetzgebung geworden ist. Es geht ihm also nicht um das historische römische Recht (77). Die durch die französische Revolution eingeleitete Entzweiung von Geschichte und Gesellschaft hat eine Gesellschaftsordnung geschaffen, die auf die von der geschichtlichen Herkunftswelt losgelöste und befreite « Natur » gegründet ist (78). Diese Gesellschaft hat alle geschichtlichen Bindungen und alles, was zur Subjektivität der Persönlichkeit gehört, außer sich gesetzt. Die neue Wirklichkeit gilt es nun im Blick auf das Eigentum zu begreifen (79).

Die geschilderte Entwicklung bedingt insoweit, daß sich Hegels Eigentumstheorie « auf das im Privatrecht gesetzte Verhältnis von Personen über Sachen zueinander » beschränkt (80). Die Frage einer gerechten Eigentumsverteilung wird deshalb von Hegel « als rechtliche Zufälligkeit » bezeichnet (81). In der Gegenwart ist die Freiheit zur Wirklichkeit gekommen; die Rechtsphilosophie hat demnach « das Rechtssystem (erg.: als) das Reich der verwirklichten Freiheit » zu begreifen (82). « Der freie Wille », so folgert Hegel für das Eigentum weiter, « muß sich zunächst, um nicht abstrakt zu bleiben, ein Daseyn geben, und das erste sinnliche Material dieses Daseyns sind die Sachen, das heißt die äußeren Dinge. Diese erste

litik (1969) S. 256 ff. Ergänzend auch: D. SCHWAB, *Arbeit und Eigentum. Zur Theorie ökonomischer Grundrechte im 19. Jahrhundert*, in *Quaderni Fiorentini*, Bd. 3-4 (1974-75) S. 518 f., 526 f.; K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* (1. Aufl. 1967) S. 63 f. und *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (3. Aufl. 1975) S. 33 f., 441 ff.

(77) RITTER (Anm. 76) S. 263 unter Verweis auf § 40 der *Rechtsphilosophie* Hegels (diese wird hier zitiert nach dem 2. Bd. der von K. Löwith und M. Riedel herausgegebenen dreibändigen Hegel-Studienausgabe - 1968 -, dessen Text der von Eduard Gans besorgten Ausgabe der Hegelschen Rechtsphilosophie von 1833 folgt: vgl. die Hinweise zur Textausgabe auf S. 323); vgl. auch § 3 der *Rechtsphilosophie*.

(78) Dazu RITTER, *Hegel und die französische Revolution*, S. 42 ff.

(79) Vgl. §§ 1 (mit Zusatz), 31 der *Rechtsphilosophie*; vgl. auch die Vorrede, a.a.O. (Anm. 77) S. 40 f. Vertiefend hierzu: R. BUBNER, « *Philosophie ist ihre Zeit, in Gedanken erfaßt* », in K. O. APEL usw., *Hermeneutik und Ideologiekritik* (1971) S. 210 ff.

(80) So RITTER (Anm. 76) S. 257 f.

(81) § 49 der *Rechtsphilosophie*.

(82) § 4 der *Rechtsphilosophie*.

Weise der Freiheit ist die, welche wir als *E i g e n t h u m* kennen sollen, die Sphäre des formellen und abstrakten Rechts... Die Freiheit, die wir hier haben, ist das, was wir Person nennen, das heißt das Subjekt, das frei und zwar für sich frei ist, und sich in den Sachen ein Daseyn giebt » (83). Indem der Mensch die Natur versachlicht, befreit er sein eigenes Dasein aus dem Naturzustand. So wird Eigentum zum Anfang seiner Freiheit. Daraus erklärt sich auch, daß die individuelle (persönliche) Freiheit die äußere Freiheit, die das Eigentum setzt, zur Voraussetzung hat. Denn «indem sich die Gesellschaft auf das sachliche, durch Eigentum vermittelte Verhältnis von Personen zueinander beschränkt, gibt sie dem Einzelnen als Persönlichkeit frei, zum Subjekt in allem zu werden, was den Reichtum wie die Tiefe des nun von keiner Versachlichung berührten persönlichen, sittlich geistigen Seins ausmacht » (84).

Hegel bejaht den abstrakten privatrechtlichen Eigentumsbegriff, obwohl er klar sieht, daß die Entwicklung in der neuen bürgerlichen Gesellschaft zur «Anhäufung der Reichtümer» einerseits und zum «Herabsinken einer großen Masse unter das Maß einer gewissen Subsistenzweise» andererseits führen wird (85). Jedoch können nach Hegel «die Bestimmungen, die das Privateigentum betreffen... höhern Sphären des Rechts, dem Gemeinwesen, dem Staate untergeordnet werden müssen», aber «solche Ausnahmen (erg.: dürfen) nicht im Zufall, in Privatwillkür, Privatnutzen, sondern nur in dem vernünftigen Organismus des Staates begründet seyn» (86). Hier korrigierend zu wirken, ist vornehmlich Aufgabe der Polizei - der Verwaltung (87). Dies ist genau der Punkt, an dem — auf Hegel fußend — die Überle-

(83) § 33 (Zusatz) der *Rechtsphilosophie* (Hervorhebung bei Hegel). Vgl. auch § 41 der *Rechtsphilosophie*: Das Eigentum ist die «äußere Sphäre der Freiheit» und § 42; daneben LARENZ, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* (Anm. 76) S. 63 und *Methodenlehre* (Anm. 76) S. 33 f., 442.

(84) RITTER (Anm. 76) S. 277.

(85) §§ 243, 244 der *Rechtsphilosophie*; vgl. auch SCHWAB (Anm. 63) S. 527.

(86) § 46 der *Rechtsphilosophie*, vgl. auch den Zusatz!

(87) Vgl. RIEDEL (Anm. 75) S. 161 f. mit Nachweisen.

gungen Lorenz v. Steins zur Notwendigkeit öffentlichrechtlicher Bindungen des Privateigentums einsetzen ⁽⁸⁸⁾.

Nach dem Gesagten läßt sich so viel feststellen: Hegel begreift das abstrakte privatrechtliche Eigentum im Gegensatz zu Gierke als notwendige Konsequenz der auf den Prinzipien der französischen Revolution beruhenden neuen Gesellschaftsordnung. Dieses Eigentum wird als Voraussetzung der (äußeren) Freiheit, die wiederum Bedingung für die persönliche, innere Freiheit ist, verstanden. Als mit der bürgerlichen Gesellschaft gesetzt und als deren Voraussetzung kann das Eigentum auch nicht aus der Gesellschaft selbst heraus beschränkt oder — in der Sprache Gierkes — mit «immanenten Schranken» versehen verstanden werden. Solche Schranken zieht dem Eigentum allein der Staat aus übergeordneten Gesichtspunkten. Gierke dagegen, von einem anderen Geschichts- und Wirklichkeitsverständnis ausgehend, vermag die historische Notwendigkeit des abstrakten, liberalen Eigentumsbegriffs und damit seinen eigentlichen Sinn nicht zu begreifen. Sein Denken bleibt insoweit gefangen in dem Blick auf die nicht zu übersehenden sozialen Ungerechtigkeiten, die die Liberalisierung des Eigentums mit sich gebracht hat; ihnen versucht er mit seinem sozialen Eigentumsbegriff zu begegnen.

Mit diesen Feststellungen dürfte ein weiterer wesentlicher Grund gegeben sein, gegen die mehrfach geäußerte Annahme einer Beeinflussung Gierkes durch Hegel Zweifel anzumelden ⁽⁸⁹⁾.

VI.

Gierkes Eigentumsbegriff hat wie sein gesamtes Werk im Staats- und Verwaltungsrecht wie im Privatrecht u.a. eine nicht zu übersehende Wirkungsgeschichte gehabt. Drei Beispiele aus den genannten Rechtsgebieten mögen das abschließend verdeutlichen und damit zugleich zeigen, wie Gierkes Lehre von der Sozialbindung des Eigentums in der Folgezeit von verschiedenen

⁽⁸⁸⁾ Vgl. etwa L. v. STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre*, Bd. 3 (3. Aufl. 1888) S. 65 ff.

⁽⁸⁹⁾ Vgl. dazu bereits Anm. 10 und die Nachweise bei JANSSEN (Anm. 5) S. 13 f.

Autoren häufig zur Rechtfertigung des eigenen Standpunktes herangezogen wurde:

1. Artikel 153 Abs. 3 der Weimarer Reichsverfassung von 1919 lautete: « Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste ». Eine weitere Schranke für das Eigentum ergab sich aus Abs. 1 des gleichen Artikels: « Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen ».

Der zuerst zitierte Absatz 3 erinnert stark an den schon erwähnten Satz Gierkes, daß das « pflichtenlose Eigentum ... keine Zukunft » habe ⁽⁹⁰⁾. Über die Auslegung dieses Absatzes war man sich in der *Staatsrechtsliteratur* der Weimarer Zeit durchweg einig. So heißt es in dem führenden Kommentar zur Reichsverfassung von Anschütz: Der Artikel 153 enthält « *altliberales* Gedankengut, jedoch innerlich bereichert durch eine in den letzten Jahrzehnten mehr und mehr zur Geltung gelangte, im Vergleich mit früheren Epochen nicht mehr so starr individualistische, sozialere Auffassung des Eigentums, welche, wie Abs. 3 beweist, im Eigentum nicht nur ein Menschenrecht, sondern eine Bürgerpflicht erblickt ». Jedoch ist Abs. 3 nach Anschütz rechtlich gesehen nur « eine *Richtschnur*, von welcher der Gesetzgeber bei der privat- und öffentlichrechtlichen Regelung des Privateigentums sich leiten lassen soll », es « entspringen » daraus keine « unmittelbare (n) *Rechtspflichten* des Eigentümers » ⁽⁹¹⁾.

Ganz ähnlich heißt es in einer anderen maßgeblichen Kommentierung der damaligen Zeit zu Art. 153 Abs. 3: Dieser Absatz enthält « keine unmittelbar wirkende Rechtsnorm, sondern nur einen Apell an den Gesetzgeber ». Irgendwelche Pflichten des

⁽⁹⁰⁾ *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 18.

⁽⁹¹⁾ G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reiches* (14. Auflage 1933) Anm. 1 und 16 zu Art. 153 *WRV*. Ganz entsprechend die Voraufgaben des Kommentars: Vgl. etwa 8. Auflage 1928, Anm. 1 und 3. Aus Anmerkung 3 geht auch deutlich hervor, daß Anschütz bezüglich der Schrankenziehung — nur das interessiert hier — vom Eigentumsbegriff des § 903 *BGB* für die Auslegung des Art. 153 *WRV* ausgeht.

Eigentümers können nicht allein mit dieser Vorschrift begründet werden, denn sie stellt « keine positive Rechtsgrundlage » dar ⁽⁹²⁾.

Eine systematische Begründung für diese Interpretation lieferte Carl Schmitt: « Grundpflichten, welche in ihrer Struktur Grundrechten entsprechen, sind im bürgerlichen Rechtsstaat undenkbar ». Solche « Pflichtenstellungen (erg.: in der WRV) gelten nur nach Maßgabe der Gesetze und stehen unter dem Normierungsvorbehalt eines Gesetzes... Die Bedeutung dieser Verfassungsbestimmungen liegt in ihre interpretatorischen, einen konsequenten Liberalismus mildernden Wirkung » ⁽⁹³⁾.

Konrad Beyerle, der an dem Grundrechtsteil der Weimarer Reichsverfassung durch die Ausarbeitung eines Grundrechtsentwurfs maßgeblichen Anteil besitzt, hat berichtet, daß er sich bei dieser Ausarbeitung mit Gierke über die dabei auftauchenden Fragen schriftlich ausgetauscht habe und von diesem « ein über 20 Bogenseiten sich erstreckendes Gutachten » zu seinem Grundrechtsentwurf erhalten habe ⁽⁹⁴⁾. Der zweite Hauptteil der Reichsverfassung sei mit der Überschrift « Grundrechte und Grundpflichten » betitelt worden, da « auch öffentlich-rechtliche Pflichten der Staatsbürger mit hineinbezogen werden sollten » ⁽⁹⁵⁾. Man ist im Blick auf Gierkes Eigentumslehre versucht, aufgrund dieser Mitteilungen Beyerles einen unmittelbaren Einfluß seiner Lehren auf die Formulierung des Artikel 153 Abs. 3 WRV zu vermuten ⁽⁹⁶⁾. Eines ist zumindest naheliegend: Wurden den Grundpflichten

⁽⁹²⁾ So W. SCHELCHER, in H. C. NIPPERDEY (Hrsg.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Bd. 3 (1930) S. 246.

⁽⁹³⁾ C. SCHMITT, in G. ANSCHÜTZ - R. THOMA (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechtes*, Bd. 2 (1932) S. 597. Schmitt verweist dort als Beispiel u. a. auch auf Art. 153 Abs. 3. Vgl. zum ganzen auch C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1954) S. 174 f. und R. THOMA, in H. C. NIPPERDEY (Hrsg.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Bd. 1 (1929) S. 29.

⁽⁹⁴⁾ K. BEYERLE, *Zehn Jahre Reichsverfassung* (1929) S. 21.

⁽⁹⁵⁾ Wie Anmerkung vorher.

⁽⁹⁶⁾ Siehe insoweit auch Gierkes allgemeine positive Stellungnahme zur Weimarer Reichsverfassung: *Der germanische Staatsgedanke*, S. 27 f. Vergleicht man weiter die Formulierung des Art. 155 Abs. 3 WRV, der eine « Pflicht des Grundbesitzers gegenüber der Gemeinschaft » zur « Bearbeitung und Ausnutzung des Bodens » ausspricht, mit der Forderung Geirkes, daß « im Nothfall... die Rechtsordnung nicht davor zurückschrecken (erg.: darf), nicht bloß den Miß-

auch, soweit sie mit Grundrechten korrespondierten, durchweg keine unmittelbare Verbindlichkeit zugesprochen, sondern diese lediglich als letztlich unmaßgebliche Modifizierung der liberal-rechtsstaatlichen Verfassung verstanden ⁽⁹⁷⁾, so war dennoch bei der Auslegung des Artikel 153 Abs. 3 WRV eine Möglichkeit gegeben, Gierkes Lehre von der sozialen Pflichtgebundenheit des Eigentums wiederaufzugreifen.

Das ist dann auch durch Martin Wolff geschehen. In seinem (primär aus anderen Gründen) berühmten Aufsatz über « Reichsverfassung und Eigentum » ⁽⁹⁸⁾ legt er dem Artikel 153 Abs. 3 WRV entgegen der eben geschilderten herrschenden Lehre damals eine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber dem einzelnen bei, und zwar unter Berufung auf Gierkes Eigentumslehre ⁽⁹⁹⁾. Ähnlich kritisch wie Gierke beurteilt er zunächst in seiner Abhandlung die liberale Eigentumstheorie. So wendet er sich gegen den « noch immer spukenden altliberalen Gedanken..., daß jede dem Grundeigentümer auferlegte Pflicht das ' Herr im eigenen Hause sein ' lähme und damit dem Wesen des obersten Herrschaftsrechts im Grunde widerstreite, daß deshalb jede Pflichtenmehrung, die

brauch des Eigenthums zu verbieten, sondern auch die Pflicht des rechten Gebrauchs in dem sozial gebotenen Umfange zur Rechtspflicht zu stempeln », so ist die inhaltliche Übereinstimmung unübersehbar, besonders wenn man das von Gierke am gleichen Ort angeführte Beispiel hinzunimmt: « Ließen Lati-fundienbesitzer nach schottischem Muster große Bodenflächen zu Sportzwecken wüst liegen..., — sicherlich würde es der Beruf des Rechtes sein, den rechten Gebrauch zu erzwingen » (*Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, S. 19 mit Anm. 12 - Hervorhebung bei Gierke! -).

⁽⁹⁷⁾ Für das Eigentum vgl. bereits Anm. 91.

⁽⁹⁸⁾ In *Berliner Festgabe für W. Kahl* (1923) S. 2 ff. Berühmt wurde dieser Aufsatz wegen der Erweiterung des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs und der Interpretation des Art. 153 Abs. 1 WRV als Garantie des « Rechtsinstituts » Privateigentum u. a.

⁽⁹⁹⁾ WOLFF, *a.a.O.* (Anm. 98) S. 10 verweist insbesondere auf *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, S. 255, 319 und Bd. 2, S. 365 u. 408. Wolffs Verständnis des Art. 153 Abs. 3 wird übersichtlich dargestellt von Schelcher (Anm. 92) S. 245, 246. Zur noch weitergehenden Interpretation des Art. 153 Abs. 3 WRV im Nationalsozialismus: H. EICHLER, *Wandlungen des Eigentumsbegriffes in der deutschen Rechtsauffassung und Gesetzgebung* (1938) S. 80 f. und STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht* (1974) S. 115 f.

nicht in zweifelsfreier Norm angeordnet ist, abzulehnen sei »⁽¹⁰⁰⁾. Weiter stimmt Wolff dem Eigentumsbegriff Gierkes besonders auch wegen der Betonung der Pflichten des Eigentümers zu. Gierkes Verdienst liegt seiner Meinung nach in dem Hinweis, daß hier « altes germanistisches Geistesgut » wirksam sei⁽¹⁰¹⁾.

Daß sich bei Gierke (auch) rechtsdogmatische, rechtspolitische und philosophische Gründe für seine Eigentumslehre finden lassen, wird dagegen von Wolff nicht erwähnt. Es ist im Ergebnis allein die Gierkesche Argumentation, daß der deutsche Eigentumsbegriff immanente Schranken besaß und darauf im Blick auf sein übertriebenes liberales Verständnis in der Gegenwart zurückzugreifen ist, die aufgenommen und für die eigene (von der herrschenden Lehre abweichende) Interpretation des Art. 153 Abs. 3 WRV fruchtbar gemacht wird.

2. In ganz ähnlicher Form wird in unserem zweiten, *verwaltungsrechtlichen* Beispiel auf den Eigentumsbegriff Gierkes zur Begründung des eigenen dogmatischen Standpunktes verwiesen. In seiner Schrift über « Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung » aus dem Jahr 1921 setzt Günther Holstein sich mit der dogmatischen These Otto Mayers auseinander, nach der das Eigentum im Verhältnis zur Verwaltung auch dann nicht vor Eingriffen geschützt ist, wenn diese nicht gesetzlich vorgesehen sind. Das Institut der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung ist nach Mayer immer schon gewohnheitsrechtlich konkretisiert und bedarf deshalb keiner weiteren normativen Präzisierung⁽¹⁰²⁾. Holstein lehnt diese Lehre ab. Jede öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung erfordert, so argumentiert er, eine gesetzliche Grundlage. Auf den privatrechtlichen Eigentumsbegriff kann sich nach Holstein die

⁽¹⁰⁰⁾ WOLFF (Anm. 98) S. 11. Weitere Äußerungen Wolffs gegen ein liberales Eigentumsverständnis auf S. 7 und S. 13.

⁽¹⁰¹⁾ WOLFF (Anm. 98) S. 10. Typisch für diese Sicht Wolffs auch folgender Satz auf derselben Seite: « Wenn Artikel 155 Abs. 3 eine ' Pflicht des Grundbesitzers gegenüber der Gemeinschaft zur Bearbeitung und Ausnutzung des Bodens ' ausspricht, so kehrt hier in moderner Umbildung der alte Gedanke des Rechtsspruchs: ' Gehet der Busch dem Reiter an die Sporn, so hat der Bauer sein Recht verlornt ' wieder ».

⁽¹⁰²⁾ Vgl. dazu G. HOLSTEIN, *a.a.O.*, S. 14 ff.

Theorie Otto Mayers auch nicht stützen; zumal dann nicht, wenn man den deutschrechtlichen Eigentumsbegriff zugrundelegt, da dieser immanenten Schranken besitzt, es also insoweit keines besonderen Instituts zur Begründung seiner Schranken bedarf ⁽¹⁰³⁾. Dieser Eigentumsbegriff wird von Holstein «der prinzipiellen Unbeschränktheit des Eigentumsgedankens» in der gemeinrechtlichen Doktrin gegenübergestellt ⁽¹⁰⁴⁾. Das geschieht unter Berufung auf die dem deutschen Recht verpflichtete Eigentumslehre Gierkes ⁽¹⁰⁵⁾. In diesem Zusammenhang spricht Holstein vom «Sozialethischen», das «dem deutschen Recht in so besonderer Weise eigentümlich ist» ⁽¹⁰⁶⁾.

Die Argumentation beschränkt sich hier also wie bei Wolff darauf, im Gegensatz zum liberalen (hier: gemeinrechtlichen) Eigentumsbegriff die Existenz eines besonderen sozialen Eigentumsbegriffs zu behaupten, der sich aus dem alten deutschen Recht ableiten läßt. Zur Begründung wird insoweit auf Gierkes Arbeiten verwiesen. Die Eigentumslehre Gierkes wird also auch von Holstein nicht näher hinterfragt, obwohl sie als wesentliches Argument für die eigene dogmatische Position verwertet wird ⁽¹⁰⁷⁾.

3. Das Gesagte wird schließlich bestätigt durch einen kurzen Blick auf die *privatrechtliche* Eigentumslehre im Nationalsozialismus ⁽¹⁰⁸⁾. Deutlicher als in den zuvor besprochenen Beispielen zeigt sich hier, wie stark die Eigentumslehre Gierkes — verstanden als Ergebnis germanischer Rechtsvorstellungen — auf die damalige Zivilrechtswissenschaft gewirkt hat. Die Untersuchung von Hermann Eichler über «Wandlungen des Eigentumsbegriffes in der deutschen Rechtsauffassung und Gesetzgebung» aus dem Jahre 1938 und die schon 1934 erschienene Studie Walter Merks über «Das Eigentum im Wandel der Zeiten» sind dafür besonders kennzeichnend. In Eichlers Buch fällt nicht nur

⁽¹⁰³⁾ HOLSTEIN, S. 83, 87 f.

⁽¹⁰⁴⁾ HOLSTEIN, S. 82, 87.

⁽¹⁰⁵⁾ Vgl. HOLSTEIN, S. 83 f., 86, auch S. 95, 96.

⁽¹⁰⁶⁾ HOLSTEIN, S. 83.

⁽¹⁰⁷⁾ Vgl. etwa HOLSTEIN, S. 96 f. und das Urteil von SCHELCHER (Anm. 92) S. 245.

⁽¹⁰⁸⁾ Dazu besonders: STOLLEIS, (Anm. 99) S. 114 ff. und RÜTHERS (Anm. 32) S. 351 ff.

äußerlich die ungewöhnlich häufige Bezugnahme auf Gierkes Arbeiten zum Eigentumsbegriff auf, sondern auch die inhaltliche Übereinstimmung seiner Eigentumsauffassung mit der Gierkes. Das gleiche trifft — besonders was die inhaltliche Übereinstimmung angeht — für die Darstellung Merks zu. Was Stolleis allgemein an den Arbeiten Merks beobachtet hat, nämlich, daß er von Gierke « ganze Passagen » übernommen habe ⁽¹⁰⁹⁾, gilt für sein Eigentumsverständnis in besonderem Maße.

Zunächst gehen beide Autoren wie Gierke von einem abstrakten, individualistischen Eigentumsbegriff des römischen Rechts aus, dem ihrer Ansicht nach ein übertriebener Liberalismus noch heute huldigt ⁽¹¹⁰⁾. Beide bewerten auch ähnlich Gierke die Befreiung des Grundeigentums im 19. Jahrhundert skeptisch und sehen im Gedankengut der französischen Revolution eine negative, auf das deutsche Rechtsdenken zerstörend wirkende Kraft ⁽¹¹¹⁾. Beide schließlich glauben mit Gierke in der Anknüpfung an germanische Rechtsvorstellungen den heutigen Eigentumsbegriff als durch immanente Schranken bestimmt definieren zu müssen ⁽¹¹²⁾. Sie bejahen darum ein zugunsten der Allgemeinheit (des Volkes) beschränktes Privateigentum und verbinden diese Haltung mit der gleichzeitigen Ablehnung des liberalen Eigentumsbegriffs und einer sozialistischen Eigentumspolitik ⁽¹¹³⁾.

In beiden Arbeiten fällt wiederum auf, daß allein die historische Argumentation Gierkes aufgegriffen und für den eigenen Standpunkt verwertet wird und daß selbst diese Argumentation nicht auf ihren Wahrheitsgehalt hin befragt wird.

Zusammenfassend läßt sich sagen: Die Berufung auf Gierkes deutschrechtlichen Eigentumsbegriff ist bei allen Autoren mit Ausnahme von Holstein verbunden mit einem antiliberalen Affekt, der Ablehnung der in § 903 BGB formulierten Eigentumsfreiheit. Die positive Wirkung dieses liberalen Eigentumsbegriffs wird von den besprochenen Autoren wie bei Gierke kaum oder gar

⁽¹⁰⁹⁾ STOLLEIS (Anm. 99) S. 18.

⁽¹¹⁰⁾ EICHLER, S. 42 ff., 89, 108 f. u. a.; MERK, S. 11 ff., 20 ff.

⁽¹¹¹⁾ EICHLER, S. 31 ff.; MERK, S. 24 ff.

⁽¹¹²⁾ EICHLER, S. 79 ff., 87 f., 323 ff.; MERK, S. 38 ff., 46 ff.

⁽¹¹³⁾ EICHLER, S. 225, auch S. 318 u. a.; MERK, S. 47 ff., besonders S. 50 ff.

nicht gesehen. In allen vier Arbeiten werden auch nicht die historischen Prämissen Gierkes reflektiert, vielmehr werden sie kritiklos zur Begründung des eigenen Standpunktes übernommen. Besaß dieses Geschichtsverständnis aber bei Gierke noch im Blick auf die politisch-geistige Situation seiner Gegenwart ihre gewisse Berechtigung ⁽¹¹⁴⁾, so läßt sich das zumindest für die beiden zuletzt behandelten Autoren schwerlich mit gleicher Überzeugung sagen. Die Berufung — über Gierke — auf die Eigentumsordnung des deutschen Mittelalters als verbindliches Modell für die heutige setzt sich so bisweilen des Ideologieverdachts aus. Keiner der behandelten Autoren fragt schließlich nach der Funktion, die die Rechtsgeschichte im juristischen Erkenntnisprozeß Gierkes besitzt; damit werden automatisch die weiteren — wohl entscheidenden — Begründungen Gierkes für seinen Eigentumsbegriff übersehen.

Dies alles zeigt: Billigen oder kritisieren läßt sich Gierkes sozialer Eigentumsbegriff nur, wenn man sein Denken als rechtswissenschaftliches Denken ernst nimmt. Das bedeutet, man muß auf der Ebene argumentieren, auf der Gierke es auch tut, - konkret in unserem Fall müßte man also zu seinem Geschichtsverständnis und seiner Theorie des subjektiven Rechts, zu seiner juristischen Begriffsbildung und seinen rechtspolitischen wie philosophischen Prämissen Stellung beziehen.

Nach einem klugen Wort Hermann Lübkes ⁽¹¹⁵⁾ dient Historie dazu, « uns mit uns selbst bekannt zu machen » und nicht « zur Flucht vor uns selbst zu verhelfen », so daß die kritische Funktion der Historie « insoweit die der entsprechenden Fluchthilfeverweigerung » wäre. Der Gierke-Interpretation würde es besonders gut tun, sich dieser Aufgabe stets bewußt zu sein.

⁽¹¹⁴⁾ Dazu eindrucksvoll: E. W. BÖCKENFÖRDE (Anm. 10) S. 73 ff., 147 ff.

⁽¹¹⁵⁾ Vgl. *Deutsche Zeitung* vom 25.10.1974, S. 2.

RICCARDO FAUCCI

REVISIONE DEL MARXISMO E TEORIA ECONOMICA
DELLA PROPRIETÀ IN ITALIA, 1880-1900:
ACHILLE LORIA (E GLI ALTRI)

I. *Introduzione.*

L'ultimo ventennio dell'Ottocento vide accendersi in Italia un ampio dibattito economico sulla proprietà fondiaria: la sua genesi storica, la sua giustificazione attuale, il carattere « originario » o « derivato » del reddito — la rendita — ad essa connesso, i suoi effetti sociali, il suo destino nel corso del progresso economico. Si spaziò sulle varie forme di proprietà fondiaria, antiche e moderne, europee ed esotiche; si indagarono i rapporti fra la struttura economica della proprietà e la costituzione politica; si cercò addirittura di ricondurre ogni spiegazione del cammino della civiltà ai mutamenti del regime fondiario e dei rapporti fra popolazione e produzione agricola. Buona parte di questo dibattito si intrecciò con la polemica — vivacissima specialmente negli ultimi anni del secolo — sull'interpretazione del pensiero di Marx. L'una e l'altra videro fra i protagonisti il professor Achille Loria, le cui tesi storiche, sociologiche ed economiche suscitavano consensi calorosi e furiosi dissensi, producendo una notevole eco anche all'estero, e contribuendo a fare del Loria una figura assai rappresentativa dell'età del positivismo evoluzionistico e del nascente movimento socialista.

I paragrafi 2-6 presentano in chiave « diacronica » l'*iter* intellettuale di Achille Loria durante gli anni del suo maggiore ascendente culturale; il paragrafo 7 presenta invece un sommario della « struttura » del suo pensiero in tema di proprietà e capitalismo, quale si delinea nelle sue opere. Nel paragrafo 8, infine, vengono svolte alcune brevi considerazioni conclusive.

2. La formazione del « giovane Loria ».

Per il pensiero economico italiano gli anni dopo l'Unità non rappresentano un periodo particolarmente rigoglioso. Gli anni Sessanta impegnano le migliori energie intellettuali nei problemi amministrativi e finanziari connessi alla fondazione del nuovo Stato ⁽¹⁾; gli anni Settanta sono dominati da una lunga, e non particolarmente originale, polemica sulla validità delle leggi economiche e sul metodo dell'economia. Lo spazio per una autonoma riflessione sulle grandi questioni dell'economia politica aperte dall'indirizzo « classico » — valore, produzione, distribuzione — rimane sacrificato ⁽²⁾. Prosegue bensì la grande impresa editoriale della « Biblioteca dell'economista », iniziata nel 1850 da Francesco Ferrara e continuata nel 1876 da Gerolamo Boccardo; ma mentre il Ferrara, nelle sue celebri *Prefazioni* ⁽³⁾, aveva cercato di dialogare con gli economisti stranieri (soprattutto francesi e inglesi) confrontandone il pensiero con il proprio, il Boccardo si rifugia nell'erudizione e nella ricezione entusiastica delle tendenze più recenti, che vengono tutte accolte e acclamate, senza quasi alcun sforzo critico ⁽⁴⁾.

Questi sintomi indubbi di provincialismo si riscontrano anche nel gruppo di economisti più omogeneo e attivo che operi in Italia negli anni Settanta: quello « lombardo-veneto » facente capo al veronese Angelo Messedaglia, al milanese Luigi Cossa, al vicentino

⁽¹⁾ Sulle vicende della finanza italiana nel decennio postunitario, cfr. la classica opera di A. PLEBANO, *Storia della finanza italiana dalla costituzione del nuovo Regno alla fine del secolo XIX*, vol. I, *Dal 1861 al 1876*, Roux Frassati e C., Torino, 1899 (n. ed. Cedam, Padova, 1960). Sul pensiero finanziario cfr. R. FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di Stato da Cavour al fascismo*, Fondazione Einaudi, Torino, 1975, cap. I.

⁽²⁾ È quanto si evince dalla utilissima opera di A. BERTOLINI, *Saggio di bibliografia economica italiana (1870-1890)*, suppl. al « Giornale degli economisti », varie puntate dall'ottobre 1891 al novembre 1896.

⁽³⁾ Cfr. F. FERRARA, *Opere complete*, a c. di B. Rossi Ragazzi e F. Caffè, voll. II-V, *Prefazioni*, Associazione bancaria italiana, Roma, 1955-60.

⁽⁴⁾ Sul Boccardo, cfr. A. MACCHIORO, *Marxismo ed economia politica fra XIX e XX secolo*, in ID., *Studi di storia del pensiero economico e altri saggi*, Feltrinelli, Milano, 1970, pp. 497-98.

Fedele Lampertico e al veneziano Luigi Luzzatti. Costoro — nati fra il 1820 e il 1841 — furono personalità assai diverse tanto come valore scientifico quanto come formazione culturale, ma furono uniti da un comune impegno di realizzazione pratica: quello di organizzare, praticamente dal nulla, gli studi e la ricerca economica in Italia. Non è un caso che, con la sola eccezione del Cossa, questi personaggi percorsero, parallelamente alla carriera accademica, anche quella politica ⁽⁵⁾. Essi sentirono fortemente il legame fra cultura e politica attiva, e intesero la seconda come un canale per sviluppare e diffondere la prima. Il loro « statalismo », o « vincolismo », o « autoritarismo » (come veniva definito, più o meno spregiativamente, il loro atteggiamento dagli avversari) si fondava sulla considerazione della debolezza della società civile italiana, e della necessità che lo Stato cooperasse attivamente alla sua crescita con una azione « dall'alto ». È ovvio che essi risentirono dell'esempio della Germania bismarckiana, in cui fra lo Stato e il mondo accademico e culturale si era stabilita una stretta collaborazione; e dove i professori si sentivano legati da un rapporto di fedeltà allo Stato (e magari al governo) di cui erano i servitori,

⁽⁵⁾ Angelo Messedaglia (1820-1901) fu professore di economia politica e di statistica prima a Padova (1858-70), poi a Roma. Deputato dal 1866 al 1883, nel 1884 fu nominato senatore. Come è noto, è l'autore del catasto del Regno. Cfr. le notizie in S. CHIECCHI, *Luigi Cossa tra storia ed economia (testimonianze del suo epistolario al Lampertico)*, « Economia e storia », 1971, pp. 77-93. Luigi Cossa (1831-1896), professore di economia politica nell'Università di Pavia (di cui fu anche rettore nel 1878-79), fu a lungo membro del Consiglio superiore della pubblica istruzione. Cfr. S. CHIECCHI, *art. cit.*; A. DE GUBERNATIS, *Piccolo dizionario dei contemporanei italiani*, Forzani e C., Roma, 1895, *ad vocem*. Fedele Lampertico (1833-1906) fu consigliere comunale di Vicenza dal 1852 e provinciale dal 1867 (dal 1870 al 1905 fu presidente del consiglio provinciale). Deputato dal 1866, fu nominato senatore nel 1873. Della sua attività parlamentare, si ricordi la sua relazione sull'agricoltura in *Atti della commissione d'inchiesta per la revisione della tariffa*, Roma, eredi Botta, 1885. Cfr. *A Fedele Lampertico. Omaggi di illustri scienziati*, raccolti da S. Rumor, Tip. S. Giuseppe, Vicenza, 1924; e ora S. CHIECCHI, *Stato moderno e società civile nella dottrina del Lampertico*, « Economia e storia », 1976, pp. 221-35. Luigi Luzzatti (1841-1927) fu professore di diritto costituzionale a Padova dal 1863 e poi a Roma, segretario del ministero di Agricoltura con Minghetti dal 1869, deputato dal 1874, ministro del Tesoro (1891-92, 1896-98, 1903-5, 1920), delle Finanze (1903-4), di Agricoltura (1909-10), presidente del Consiglio (1910-11). Senatore dal 1921. Cfr. R. FAUCCI, *op. cit.*, p. 115 e *passim*.

per cui il loro insegnamento e la loro attività scientifica erano concepiti anzitutto come un servizio che doveva alimentare la potenza della nazione.

« Autoritari », non nel senso che non si sentissero liberali, ma nel senso che credevano nell'utilità dell'intervento statale nell'economia — ammesso, d'altra parte, anche dai grandi « classici », da Smith a Stuart Mill ⁽⁶⁾ — gli economisti lombardo-veneti erano indotti per via del loro stesso pragmatismo a sottovalutare la specificità della scienza economica, ponendo l'enfasi sui suoi legami con le altre discipline: la sociologia, il diritto, la geografia, ma soprattutto la storia, implicitamente negando il carattere universale e atemporale delle leggi economiche. Anche qui l'ispirazione proveniva dalla Germania, dove dominava la « scuola storica », più portata a classificare e a descrivere lo svolgimento dei fatti economici che non a studiarne le connessioni causali alla luce della teoria. E, come anche in Germania, l'indirizzo storico dell'economia promosse ricerche di statistica applicata fondandone la disciplina in Italia.

La « scuola lombardo-veneta » ebbe così il merito di produrre una quantità di studi di storia economica e di storia delle dottrine economiche ancor oggi utilizzabili ⁽⁷⁾, e, per quanto riguarda l'economia politica vera e propria, una abbondante letteratura su singole questioni tributarie, monetarie e su problemi di politica e legislazione sociale, oltre a una mole di manuali per le scuole secondarie (in seguito alle nuove disposizioni sull'insegnamento dell'economia negli istituti tecnici) ⁽⁸⁾. Ma quanto a originalità di idee, o anche soltanto a capacità di analisi economica, la « scuola »

⁽⁶⁾ Cfr. A. J. TAYLOR, *Laissez-Faire and State Intervention in Nineteenth Century Britain*, Macmillan, London and Basingstoke, 1972.

⁽⁷⁾ Cfr. A. BERTOLINI, *op. cit.*, alla sezione « Storia dell'economia pubblica e della finanza, dei fatti e degli istituti economici e finanziari, e bibliografia dell'economia e della finanza ».

⁽⁸⁾ I nuovi programmi per gli Istituti tecnici, opera del Messedaglia, vennero criticati duramente, dal punto di vista del liberismo, da Francesco Ferrara (*L'insegnamento dell'economia politica negli Istituti tecnici*, « L'Economista », ottobre 1874, ora in *Opere complete*, cit., vol. VIII, *Articoli su giornali e scritti politici*, parte III, 1857-1891, a c. di R. Faucci, Associazione bancaria italiana, Roma, 1976, p. 181 e ss.

non dette risultati di rilievo. Il cosmopolitismo bibliografico del suo capofila, Luigi Cossa ⁽⁹⁾, non bastò a fare di essa un centro autoctono di formazione (e non di mera irradiazione) del pensiero economico, che proprio in quegli anni poneva le basi per la « rivoluzione » marginalistica ⁽¹⁰⁾.

Ci voleva qualcuno che sapesse comporre in una qualche sintesi i numerosi elementi, fra loro a prima vista eterogenei, che la scuola lombardo-veneta aveva importato in Italia, e che erano stati finora trattati ciascuno separatamente, senza il sostegno di una ipotesi unificante. Pur nella sua disorganicità, si trattava di un materiale non indifferente. Achille Loria sembrò riuscire nell'operazione di appropriarsene e di trarne fuori qualcosa di totalmente nuovo. Fu il cuoco, o il pasticciere, che seppe mescolare tanti ingredienti diversi fino a farne un « sistema » a suo modo coerente: una grandiosa ipotesi teorica e storica insieme, che intendeva non solo descrivere accuratamente i fenomeni sociali, ma spiegarne anche la genesi e prevederne lo sviluppo. Trent'anni dopo Comte, anche l'Italia aveva il suo filosofo della storia: uno scienziato sociale, non un letterato, e quindi una garanzia di rigore metodologico; portatore inoltre di una dottrina tanto più rassicurante, in quanto in essa nulla della tradizione precedente veniva scartato, e libertà e necessità, storia e natura, rivoluzione ed evoluzione convivevano senza troppa fatica. Tutto sembrava convergere. La dottrina germanica e il genio italiano si erano incarnati in una sola persona.

La sua formazione intellettuale ci risulta piuttosto ricca e composita. Lui stesso si definì, con il consueto tono categorico ma intimamente oscillante di molte sue proposizioni scientifiche, come « un cassiere onesto, il quale, dopo aver maneggiato per tutta la vita dei milioni, rimane un povero diavolo; o tutt'al più ad un cassiere non irreprensibile, cui rimane appiccicato alle dita qualche rimasuglio delle immense somme manipolate; ad un mediocre che,

(9) Si veda L. COSSA, *Saggi bibliografici di economia politica*, con pref. di L. Dal Pane, Forni, Bologna, 1963.

(10) Cfr. ora R. D. COLLISON BLACK, A. W. COATS, C. D. W. GOODWIN, Eds., *The Marginal Revolution in Economics. Interpretation and Evaluation*, Duke University Press, Durham, N.C., 1973.

a forza di bazzicare intellettualmente coi grandi, acquista una grandezza di soffergimento » (11). Sono similitudini tutt'altro che equivalenti, dato che chiaramente la prima si riferisce all'onestà intellettuale, le altre due all'originalità del pensiero (che, seppure per riflesso, Loria non rinuncia a riconoscersi). Comunque sia, è una gamma di sfumature che vale a rappresentarci un personaggio apertissimo a cogliere ed assimilare le più diverse e contraddittorie suggestioni intellettuali.

È un provinciale — nasce a Mantova il 2 marzo 1857 da una famiglia israelita di origine catalana — che parla con odio e amore della sua città, « recinto squallido e tetro » abitato tuttavia da notevoli personalità, dalla cui frequentazione il giovanissimo Loria trasse beneficio: il caposcuola del positivismo italiano Roberto Ardigò, il patriota garibaldino Alberto Mario, l'economista Salvatore Cognetti de Martiis, direttore in quegli anni della « Gazzetta di Mantova » (nel 1902 il Loria sarà il suo successore nell'ateneo torinese). Uscito dal liceo « con una pagella di gloria », si iscrive alla Facoltà di giurisprudenza di Bologna, dove ha come compagni di corso Filippo Turati (12), Leonida Bissolati, Enrico Ferri, ai

(11) A. LORIA, *Ricordi di uno studente settuagenario*, Zanichelli, Bologna, 1927, p. 94.

(12) Le lettere di Filippo Turati ad Achille Loria sono testimonianza letteraria, oltre che umana, assai interessante. Il Turati era alla ricerca di sè stesso (« che fatica a vivere! », scriveva il 2 luglio 1878), e trovava conforto nella sicurezza e nell'alacrità dell'amico. Non mancò tuttavia di dedicargli alcune divertenti poesie, come le due seguenti: « Ad Achille Loria in biblioteca (a proposito delle nostre discussioni sociali) — Archiginnasio, 12 Xbre 76— Cupo, madido il crine e rabbuffato, / L'anima tutta assorta in un profondo / Pensier che un dì tramuterà lo Stato, / Anzi, l'Europa, il mondo, / Tal ti veggio, od Achille, in sui volumi / Lo sguardo intender desioso e torvo / (Mentre il pavone-Laveley [*sic*] dispiumi, / Come già fece il corvo, / Per vestir la tua tesi). In te discorre / Dell'avo Achille il gran sangue reale; / Già trascina il tuo cocchio, novo Ettore, / La proprietà rurale; / Mentr'io a le rote che sprizzan faville / M'accosto e al corso mi ti fo compagno, / Mormorando sommessò: Achille, Achille, / Occhio al calcagno! — Filippo ». E ancora: « Ad Achille Loria / Perchè nell'intensità dello scherzo / Ravvisi l'intensità dell'amicizia. — Quando me ne vo a spasso per Milano / E veggo passar via certi omenoni / Che si sollevan dal vulgo profano / Dei sciocchi, degli idioti e dei minchioni, / Io penso a un certo Loria mantovano / Che codici compulsa e libracciòni / Sperando anch'ei di diventar pian piano / Del numer uno di quei dottoroni. / Ha nome Achille: ed ha di Achille il core, / Se si dee giudicarne

quali resterà sempre legato. Ma gli studi giuridici — anzi, per sua stessa ammissione, gli studi in generale — non lo attirano ⁽¹³⁾; segue più volentieri le lezioni del Carducci. La tesi di laurea, però — impegnativamente intitolata *Tentativo di esposizione intorno alla Proprietà fondiaria ne' suoi rapporti col Diritto e colla Economia* ⁽¹⁴⁾ — per quanto condotta in termini prevalentemente giuridici, gli dà modo di accostarsi a testi come l'*Avvertimento ai proprietari* di Proudhon, *Le Scuole economiche in Germania* del Cusumano, e al dibattito sul metodo dell'economia condotto in Italia dal Ferrara, dal Luzzatti e dal Lampertico. Testi e autori che destano nel giovanissimo Loria « un amore frenetico, ... una passione equatoriale » per l'economia politica. Laureatosi con lode l'8 luglio 1877 ⁽¹⁵⁾, trascorre i mesi successivi a studiare i grandi economisti del passato, dei quali stila una ideale classifica. I preferiti risultano essere anzitutto « Ricardo-Thünen-Marx, il grandioso triumvirato in cima a tutto lo scibile; poi, in una posizione elevatissima, ma lievemente sottoposta, Stuart Mill, e poi, in una

a prima vista / Dalle Briseidi onde sospira amore. / Del resto è un pocolino economista, / Ma in capo ha il ticchio del riformatore: / Fosse pitocco, e saria socialista. / È un coso filiforme e allampanato, / Par d'un poeta la caricatura; / Mi è noto infatti che a tempo avanzato / Schicchera versi di giusta misura. / Ciò non toglie però che a notte oscura / Cerchi altre Muse ad esser confortato: / Non fùr solo gli studi e la Natura / Che si smilzo l'han fatto ed allungato. / Di pece epicurea tinto e ritinto, / Si dà per ateo e per iconoclasta; / Ma scapperia da un San Giorgio dipinto. / In complesso è un figliol di buona pasta, / E passa per un giovane distinto: / Piglia trenta agli esami ... e tanto basta! / F. Turati — Milano 18 dicembre 76 ». Questo materiale si trova nelle Carte Achille Loria, attualmente conservate presso la Sovrintendenza archivistica per il Piemonte e la Valle d'Aosta, ma in procinto di passare all'Archivio di Stato di Torino. Colgo l'occasione per ringraziare il Sovrintendente dr. Guido Gentile per avermi cortesemente favorito nella mia ricerca.

⁽¹³⁾ « Non frequentavo quasi le lezioni, tranne qualcuna di Pietro Ellero, che teneansi nell'ora molto comoda delle tre pomeridiane, poche di Ceneri, di cui mi seduceva l'affascinante eloquenza, ma atterrivami l'ora troppo mattutina delle dieci antimeridiane ... Assistei a una lezione di diritto civile del prof. Regnoli alle otto del mattino... » (*Ricordi*, cit., pp. 10-11).

⁽¹⁴⁾ Tesi di laurea per Achille Loria, Bologna 30 maggio 1877. Il manoscritto è conservato fra le Carte Loria a Torino (d'ora in poi *CLT*).

⁽¹⁵⁾ Cfr. L. EINAUDI, *Achille Loria (1857-1943)*, « *Economic Journal* », 1946, p. 150.

posizione anche inferiore, Rodbertus»; tutti gli altri, «frangia al tessuto, di cui l'ordito costituivasi di quei cinque ingegni fondamentali» (16). Ripresa la dissertazione di laurea, anche per consiglio di Emilio Nazzani — allora il maggior specialista di teoria della rendita in Italia (17) —, e dello stesso Cusumano (18), sotto la guida dei tre economisti di Pavia Luigi Cossa (19), Carlo F.

(16) *Ricordi*, cit., pp. 20-21.

(17) Il Nazzani (1832-1904) fu professore nell'Istituto tecnico di Forlì. Carattere patologicamente schivo e scontroso (morì pazzo), nel 1877 aveva vinto la cattedra di economia politica bandita dall'Università di Pisa, ma rinunciò a favore di Giuseppe Toniolo. Cfr. A. LORIA, *Emilio Nazzani*, «*Economic Journal*», 1905, pp. 126-27. In *CLT* sono conservate 31 lettere del Nazzani, dal 1878 (quando accetta di leggere il manoscritto della tesi) al 1902. Il Loria, che gli fu molto affezionato, pubblicò una edizione postuma del suo *Sunto di economia politica*, Bordini, Forlì 1906.

(18) Il rapporto di Loria con Vito Cusumano (1843-1908) è molto singolare. Fin dal 22 dicembre 1876 il Cusumano — già professore universitario e ben noto per i suoi studi su Diomede Carafa e sulle scuole germaniche — si mostra prodigo di consigli al diciannovenne studente universitario, indicandogli il libro di Adolph Wagner — «mio carissimo professore» — *Die Abschaffung des privaten Grundeigentum* (Freiburg, 1869) e gli consiglia di svolgere la tesi, «trattando del diritto di proprietà: 1° nell'Antichità; 2° nel Medioevo; 3° epoca moderna. Sarebbe opera proficua se lei potesse ragionare del socialismo odierno ed esporre la teoria di Marx, di Lassalle e di altri celebri socialisti. Ella sa meglio di me che la *teoria del valore* non è altro che la teoria dell'origine del diritto di proprietà — Mi perdoni questi suggerimenti: sono giovine anch'io» (lettera conservata in *CLT*). Leggendo la tesi, lo loda per avere sostenuto «la teoria di Ricardo, l'unica sostenibile, e quella che è approvata dai migliori economisti» (lettera dell'11 giugno (1877)); e gli promette che, «se Lei seguirà dopo la laurea gli studi economici, potrò presentarla al Cossa, al Lampertico, e a molti altri miei colleghi ed amici, quali il Ferraris, distintissimo giovane Piemontese collaboratore della Nuova Antologia, e mio collega di studio a Berlino, il Ricca-Salerno, mio intimo amico oggi agli studii in Berlino, il Montanari, l'Errera e altri. La sua tesi di laurea sarà il titolo della presentazione...». Il carteggio riprese nel 1891, ma questa volta è il povero Cusumano, «vedovo e con cinque figli», che chiede all'ormai celebre Loria un appoggio per il passaggio a ordinario nell'Università di Palermo, contro l'ex «amico» Ricca-Salerno. (Lettera del 16 settembre 1891, in *CLT*). Il Cusumano fu esaudito nel 1893 (cfr. L. EINAUDI, *Bibliografia di Achille Loria*, suppl. alla «Riforma sociale», settembre-ottobre 1932, p. 52).

(19) Il carteggio del Cossa con il Loria verte esclusivamente su argomenti bibliografici (segnalazioni di libri usciti, ecc.). Del Cossa il Loria scrisse un «Obituary», sull'«*Economic Journal*», 1896, pp. 488-90.

Ferraris ⁽²⁰⁾ e Giuseppe Ricca-Salerno ⁽²¹⁾ il Loria ne trae il grosso volume sulla *Rendita fondiaria e la sua elisione naturale* ⁽²²⁾. Non si ferma a lungo a Pavia; va a perfezionarsi all'Università di Roma, presso l'economista Francesco Protonotari, che è anche direttore della più autorevole rivista culturale del tempo, la « Nuova Antologia » ⁽²³⁾. A Roma entra in contatto con Sonnino, Franchetti e il gruppo della « Rassegna Settimanale »; conosce Bonaldo Stringher, il futuro direttore della Banca d'Italia ⁽²⁴⁾, oltre a uomini come Luigi Luzzatti ⁽²⁵⁾, Luigi Bodio e Angelo Messedaglia. Nella sua mente prende forma un programma di lavoro che lo impegnerà nei

⁽²⁰⁾ Carlo Francesco Ferraris (1850-1924) fu uno degli amici più cari del Loria, che ne scrisse l'« Obituary », « Econ. Journal », 1924, pp. 654-55. Alcune lettere del 1879-80, conservate in *CLT*, trattano del « mito della Vergine » nella tradizione religiosa. Nel 1880 e nel 1882 il Ferraris è prodigo di consigli pratici per i soggiorni dell'amico all'estero. Vedremo in seguito le sue critiche al pensiero lorianiano.

⁽²¹⁾ I rapporti del Loria con Giuseppe Ricca-Salerno (1849-1912) risultano viceversa piuttosto freddi e formali. Nel 1884 il Ricca-Salerno scrisse un articolo, pubblicato dalla « Rivista critica di scienze giuridiche e sociali » (Schupfer-Fusinato) contro alcune tesi sostenute dal Loria in tema di imposte e prestiti pubblici. Viceversa, nel 1892 il Ricca-Salerno aderì talmente al pensiero del Loria in materia, da dare l'impressione del plagio. Cfr. la lettera di Maffeo Pantaleoni a Loria, dell'8 giugno 1892; e M. PANTALEONI, *Scritti vari di economia*, serie III, Libreria Castellani, Roma 1910, p. 308 e ss. Anche del Ricca-Salerno il Loria scrisse un « Obituary », « Economic Journal », 1912, pp. 638-40.

⁽²²⁾ Ulrico Hoepli editore-libraio, Milano, 1880 (ma ottobre 1879).

⁽²³⁾ Le lettere del Loria a Francesco Protonotari (1836-1888), professore di economia politica alle Cascine, poi a Pisa e dal 1872 a Roma, sono conservate presso la Biblioteca nazionale centrale di Firenze. È imminente la loro pubblicazione integrale da parte di chi scrive. Quanto al rapporto del Loria con il Protonotari, costui risulta aver appoggiato il Loria per la borsa di studio a Berlino, e in seguito averlo aiutato a vincere il concorso per straordinario a Siena nel 1881.

⁽²⁴⁾ Di Bonaldo Stringher (1854-1930) si conservano in *CLT* quindici lettere dal 1885 al 1902, relativamente cioè al periodo oggetto di questo studio. Anche di Stringher il Loria scrisse un « Obituary », « Economic Journal », 1931, pp. 151-52.

⁽²⁵⁾ « Ella sorge come l'Aurora! », scrive il Luzzatti in una lettera del 21 maggio (1882?). La corrispondenza del Luzzatti con il Loria è talvolta bonariamente scherzosa, come in questo biglietto senza data: « Caro amico, Ammesso il collettivismo, se la comunità comunista deve provvedere ai bisogni di tutti, qual freno vi sarà più agli appetiti carnali? La crescita della popolazione sarà enorme. Travalicherà le sussistenze. / Come reggerebbe in collettivismo il commercio coll'estero? Radamès — Rispondi!!! Il tuo Luigi Luzzatti ».

vent'anni successivi: « Un raffronto fra l'evoluzione economica e sociale dell'Europa e delle sue colonie — il quale pareami dovesse dimostrare (in perfetta armonia colla tesi fondamentale del mio libro) che a ciascun grado successivo di densità della popolazione e di occupazione della terra corrisponde un correlativo assetto economico e che perciò una popolazione europea, la quale fonda una colonia, deve fatalmente riassumervi tutte le istituzioni economiche dell'Europa primitiva, per poi procedere gradualmente ai successivi assetti economici del mondo europeo » (26). Gli elementi principali del suo materialismo storico-demografico-agrario sono già presenti.

Dopo l'uscita del libro, il Loria progetta un soggiorno di studio all'estero. Il suo obiettivo originario è Londra; e risolve di chiedere aiuto a un improbabilissimo *supporter* di giovani accademici: Karl Marx.

3. *I rapporti con Marx ed Engels e l'avvio del dibattito sul marxismo, 1879-1883.*

A Marx aveva inviato, l'anno prima, una copia della *Rendita fondiaria*, accompagnandola con una lettera nella quale premetteva di non essere « ein Anhänger der kommunistischen Sozialtheorie », ma dichiarava di riconoscere nel marxismo « die richtige Methode des volkswirtschaftlichen Untersuchungen », e di « verehren » in Marx « den grössten Denker der heutigen Menschheit, den welthistorischen Mann, dessen epochenmachendes und leider unvollendetes Hauptwerk, *obscuris vera involvens*, wie mein klassischer Mitbürger Virgil würde sagen, die herzlosen Träumereien der apologetischen Wissenschaft für immer zu Grunde gerichtet hat » (27). E siccome Marx gli risponde gentilmente inviandogli una fotografia con autografo (28), il Loria, incoraggiato, si offre di

(26) *Ricordi*, cit., p. 34.

(27) *Ricordi*, cit., p. 29. Meno corretta, è anche in MARX-ENGELS, *Corrispondenza con italiani, 1848-1895*, a c. di G. Del Bo, Feltrinelli, Milano, 1964, p. 288.

(28) Il biglietto di accompagnamento del ritratto, datato 3 dicembre 1879, è conservato in *CLT*, ed è stato pubblicato in MARX-ENGELS, *Corrispondenza*,

documentarlo sui problemi sociali « meines schönes Vaterlandes » (29). Finalmente, nel settembre del 1880, gli si rivolge con la richiesta sopra accennata:

... Pourriez vous [sic] m'aider de quelque façon par vos connaissances, par votre influence, afin que je pouvais prendre une place dans la presse anglaise et vivre ainsi parmi les études? Vous aussi, Monsieur, aurez trouvé quelque homme bienveillant qui vous aura aidé de quelque façon, lorsque, en 1850, vous avez choisi Londres comme le siège de vos recherches scientifiques: voudrez vous donc me refuser un aide pareil, dont j'ai autant de besoin? Ou bien, j'aurais une autre proposition à vous faire: voulez vous que je sois votre secrétaire? J'ai lu quelque part qu'il est un bonheur de demeurer pendant une année le secrétaire d'un homme de génie; voilà le bonheur que je souhaite de toutes les forces de mon âme ... (30).

La risposta di Marx è benevola, anche se non consente illusioni (31) (quali sentimenti ispirasse il Loria a Marx vedremo fra poco). Il Loria ormai ha ottenuto di perfezionarsi a Berlino, presso il « socialista della cattedra » Adolph Wagner, consigliere di Bismarck per la politica sociale. Scrivendo in Italia, fa sapere di stare benissimo in Germania (32); scrivendo a Marx, invece, scrive di

cit., p. 289. Il ritratto di Marx è riprodotto in A. LORIA, *Marx e la sua dottrina*, Sandron, Palermo, 1902.

(29) Lettera del 15 dicembre 1879, ora in *Corrispondenza*, cit., *ibidem*.

(30) Lettera del 14 settembre 1880, in *Corrispondenza*, cit., p. 291.

(31) « Je regrette que l'insuffisance de mes moyens personnels ne me permette pas d'assurer votre séjour à Londres, d'autant plus que j'ai la plus haute opinion de votre talent, vos connaissances, et votre avenir scientifique.

Comme je suis un peu en solitaire, que j'évite le contact avec la presse anglaise, j'ai très peu d'influence et de relations à mettre à votre service. Je sais par expérience que la compétition italienne, soit pour collaboration à la presse, soit pour des leçons privées, est *overdone* à Londres, comme toute autre sphère de la lutte pour l'existence.

Néanmoins, à la réouverture du parlement ... je vais consulter some well meaning and influential men. En attendant, veuillez bien m'informer si vous parlez le français et un peu l'anglais » (lettera conservata in *CLT*, e riprodotta in *Corrispondenza*, cit., p. 291).

(32) « Io vivo fra gli economisti tedeschi, che non sono poi quella mala gente che ci viene dipinta dai liberisti di Firenze. Io mi trovo anzi così bene in loro compagnia, che chiesi la riconferma del posto all'estero per l'anno venturo » (lettera a F. Protonotari, da Berlino, 1° giugno 1881, in BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE, Firenze, *Carteggi vari*, 136, 194).

non veder l'ora di rientrare in patria, anche per sventare le trame accademiche contro di lui; infatti, « des gros-bonnets tout-puissants veulent me releguer dans une petite ville, comme professeur, de façon que tous les moyens scientifiques me fassent défaut »⁽³³⁾. Ma al Loria non si addice l'abito del perseguitato; quello stesso anno vince, ventiquattrenne, il concorso di straordinario a Siena, una « petite ville » dove nei dieci anni della sua permanenza egli avrà modo di produrre nuove opere ponderose, da *La legge di popolazione e il sistema sociale* alla celeberrima *Teoria economica della costituzione politica*, alla gigantesca *Analisi della proprietà capitalista*, quest'ultima premiata dall'Accademia dei Lincei.

Nel giugno 1882 corona il suo sogno di andare a studiare a Londra, dove ha modo di entrare in contatto con Jevons⁽³⁴⁾. Non può conoscere di persona Marx, assente⁽³⁵⁾, ma conosce Engels e due figlie di Marx, Jenny ed Eleanor, e discute appassionatamente con loro delle teorie del maestro. Il Loria stesso ci dà la sua versione a distanza di quasi vent'anni: « ... Dissi ch'io mi sentivo assai meno avverso alle conclusioni pratiche di lui, che non alle sue premesse teoriche, le quali parevanmi errate, e che soprattutto mi sembrava sofisticata la sua teoria riducente il valore al lavoro ... L'argomento, a mio credere, decisivo contro la teoria marxiana, era la impossibilità di conciliare il fatto, ammesso e affrontato dallo stesso Marx, che il saggio del profitto è eguale per tutti i capitalisti, colla teoria riducente il valore al lavoro; teoria la quale adduce logicamente a concludere, che i capitalisti, impie-

(33) Lettera del 16 aprile 1881, in *Corrispondenza*, cit., p. 293.

(34) È quanto si evince da una lettera del Loria a Léon Walras del 12 agosto 1883: « J'ai parlé beaucoup de vous avec ... M. Jevons, mon éminent maître et ami toujours regretté, l'année dernière, à Londres » (riprodotta in *Correspondence of Léon Walras and Related Papers*, ed. by W. Jaffé, North-Holland, Amsterdam, 1965, vol. I, p. 784).

Sui rapporti fra Walras e gli economisti italiani, cfr. G. BUSINO, *Una fonte per la storia del pensiero economico in Italia: il carteggio di Léon Walras*, « Rivista storica italiana », 1968, pp. 340-50.

(35) In quel periodo Marx era in convalescenza ad Algeri (febbraio-maggio) e poi in Francia, ad Argenteuil, presso la figlia Jenny e il genero Charles Longuet (nel settembre rientrerà a Londra, per morirvi il 14 marzo 1883). È curioso che nel suo schizzo biografico su Marx — di cui ci occuperemo in seguito — il Loria faccia morire Marx ad Argenteuil. Cfr. *Marx e la sua dottrina*, cit., p. 1.

ganti in minor proporzione il capitale tecnico, lucrano un più elevato saggio del profitto» (36).

Si tratta in effetti di un punto nodale della teoria marxiana, sul quale il Loria non mancherà di insistere nelle successive opere su Marx.

Nel cap. XXIII del I libro del *Capitale* (che era allora l'unico pubblicato), intitolato *La legge generale dell'accumulazione capitalistica*, Marx suppone invariato il rapporto (in valore) fra capitale-macchine e materie prime (« capitale costante »), e capitale-salari (« capitale variabile »); suppone cioè che « una determinata massa di mezzi di produzione o di capitale costante richieda sempre la medesima massa di forza-lavoro per essere messa in moto » (37).

Ne consegue che il saggio del profitto $\frac{p v}{c + v}$ è sempre proporzionale al saggio di plusvalore $\frac{p v}{v}$.

Di conseguenza, i prezzi delle merci saranno proporzionali ai rispettivi valori e la teoria del valore-lavoro come spiegazione causale dei prezzi sarà rispettata. Ma cosa succede quando la composizione organica muta? Nello stesso capitolo Marx affronta il problema della tendenza storica della composizione organica ad aumentare (« legge dell'aumento crescente della parte costante del capitale in proporzione alla parte variabile » (38)), ma non prende in esame il caso di differenze nella composizione organica fra i vari settori dell'economia nello stesso periodo di tempo. Come è noto, questi temi saranno trattati *ex professo* solo nel III libro, introducendo il concetto di saggio generale del profitto e la teoria dei « prezzi di produzione » che si scostano dai rispettivi valori. Allo stato di quanto pubblicato fino allora, però, il Loria aveva ragione nell'individuare la gravità del punto.

Il Loria ci narra come la discussione con Engels si fosse molto accesa, senza che le parti giungessero a un accordo. Engels informò Marx dell'episodio, ed evidentemente si espresse in modo poco

(36) *Serate socialiste a Londra nel 1882*, « Nuova Antologia », 1° novembre 1899, ora in *Marx e la sua dottrina*, cit., p. 264-65.

(37) *Il Capitale*, vol. I, Editori Riuniti, Roma, 1967, p. 672.

(38) *Ibidem*, p. 682.

lusinghiero sul conto del Loria ⁽³⁹⁾, perchè Marx gli scrive in risposta:

Effettivamente non ricordo dove si trovi nella mia biblioteca il grande *opus* di Loria; e non mi sembra neanche valga la pena che tu ti disturbi a cercarlo. Tu sai che dopo la lettura dell'*opus* (o *rather* della prima metà del libro, poichè le fantasie del signor Loria nella seconda metà, su come debba essere costruito oggettivamente il suo ideale normale, la piccola proprietà contadina, non ho avuto la pazienza se non di sfogliarle) la nauseante adulazione privata nei miei confronti e il pubblico atteggiamento di « superiorità », come pure alcune falsificazioni delle mie opinioni con lo scopo di poterle confutare più comodamente, non mi sono riusciti affatto edificanti. Tuttavia, benchè alla prima impressione non volessi aver nulla a che fare con lui, entrai poi in rapporti un po' più stretti, perchè mostrava talento, perchè aveva sgobbato molto; perchè era un povero diavolo che mi scriveva molto del suo desiderio di sapere; perchè era ancora molto giovane e perchè le sue tendenze, veramente affatto giovanili, bensì molto sapute e da vecchio, mi sembrano spiegabili in parte con la situazione italiana, in parte con la scuola da cui proveniva; allo stesso modo perchè faceva del suo meglio per appropriarsi il metodo d'indagine trovato nel *Capitale*, per quanto allora gli fosse possibile farlo, talvolta non senza risultato. Che egli evidentemente si lusingasse di aver fatto apparire antiquato il *Capitale* nella sua *Proprietà fondiaria* [*sic*], mi divertiva e mi piaceva. Con tutto ciò mi erano rimasti specialmente dei dubbi circa il « carattere » del giovinotto.

Ma dopo aver dato una scorsa a questi due opuscoli ⁽⁴⁰⁾ ... ho dato ... il mio giudizio conclusivo e definitivo molto categorico, in parole ... letteralmente identiche a quelle ... nella tua lettera del 31 luglio ⁽⁴¹⁾! ... In queste condizioni in avvenire si potrà assumere nei suoi confronti solo un atteggiamento di ironico distacco senza entrare più in merito della cosa in nessun modo! ⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ Cfr. altresì una lettera del 21 ottobre 1882 di Engels a Laura Lafargue, la secondogenita di Marx, con espressioni ironiche nei confronti dell'*arme Loria*: « Ritengo che il povero pedante ne abbia abbastanza della nostra 'sarcastica' compagnia » (riportata da G. M. BRAVO, *Engels e Loria: relazioni e polemiche*, « Studi storici », 1970, n. 3, p. 538).

⁽⁴⁰⁾ Uno è certamente *La legge di popolazione e il sistema sociale* (su cui cfr. il paragrafo successivo); l'altro probabilmente *La teoria del valore negli economisti italiani*, « Archivio giuridico », 1882, pp. 3-66.

⁽⁴¹⁾ Lettera non pervenutaci.

⁽⁴²⁾ *Carteggio Marx-Engels*, vol. VI, a c. di E. Cantimori Mezzomonti, Editori Riuniti, Roma, 1972³, pp. 374-75. Lettera del 3 agosto 1882.

Questo ritratto — psicologicamente spietato — anticipa in modo impressionante i giudizi che negli anni seguenti daranno del nostro autore uomini come Antonio Labriola e Benedetto Croce. Ma, a parte il giudizio sull'uomo, il richiamo, qui presente, agli spunti di critica del marxismo nelle opere giovanili del Loria consente di precisare l'approccio lorianiano.

* * *

Del pensiero di Marx il Loria individua giustamente due componenti che possono essere considerate separatamente, nel senso che un eventuale giudizio critico sull'una non coinvolge necessariamente l'altra. Queste sono la *visione* — la concezione materialistica della storia — e l'*analisi* — la teoria del valore e dei prezzi (48). La posizione del Loria consiste nell'accogliere e sviluppare la prima, e nel respingere le conclusioni (anche se non l'intero corpo) della seconda.

Nella *Rendita fondiaria* Marx compare principalmente sotto il profilo della « visione », ispirando la definizione lorianiana del rapporto fra struttura materiale dell'economia e sovrastruttura ideologica. Nella parte III (*Le influenze sociali della rendita fondiaria*) del capitolo III (*La rendita fondiaria nella economia sociale*) il Loria si diffonde a mostrare che « la rendita ... incontrandosi nell'interesse di classe di coloro, a cui essa va attribuita, produce una schiera di teorie giustificatrici », o apologetiche, in precedenza dal Loria criticate. Ecco dunque istituita (senza peraltro che Marx venga espressamente richiamato) una perfetta simmetria fra la funzione ideologica della giustificazione della rendita nella teoria economica ortodossa, e la funzione assoluta secondo Marx dagli economisti « volgari » nei riguardi del profitto del capitale. Il fatto è che quando Loria si decide a citare Marx, è per criticarlo di non aver collegato con « i processi della limitazione produttiva del suolo » fenomeni sociali quali lo sfruttamento del lavoro salariato, il prolungamento della giornata lavorativa, ecc. Per il Loria, appunto, « il processo di quei sistemi, che tendono a sfruttare sempre più energicamente l'operaio, non è il prodotto del capita-

(48) Il nostro uso dei termini « visione » e « analisi » è mutuato da J. A. SCHUM-PETER, *Storia dell'analisi economica*, vol. I, Boringhieri, Torino, 1959, p. 51 e ss.

lismo, ma il necessario contraccolpo dell'avanzarsi della legge limitatrice del suolo » (44). Esiste insomma un *primum movens*, al di sopra di ogni altro fattore causale, che determina la struttura dei modi di produzione e spiega la loro successione storica. « Il sistema economico moderno corrisponde a un grado della limitazione produttiva del suolo e ne è il prodotto. Quindi da un lato esso presenta carattere di necessità, essendo il risultato di un fenomeno della natura fisica, della terra, ma dall'altro esso presenta un carattere storico, poichè deve cessare per l'azione stessa della limitazione produttiva del suolo ... ». A questo punto il Loria può permettersi di giudicare dall'alto tanto le teorie borghesi dello sviluppo capitalistico, basate sul *self-interest* e sull'astinenza, quanto quella marxista basata sull'espropriazione e lo sfruttamento: « I metodi [di perseguimento del profitto] in luogo di essere indipendenti dal grado di resistenza produttiva della terra ... ne sono il prodotto; ... l'opera della classe capitalista non è che il prodotto incosciente della pressione della resistenza produttiva della terra, la quale spinge quella classe a esercitare istintivamente una costante compressione contro la classe operaia e a porre in essere ... quelle condizioni che sole valgono a impedire la depressione ... nel saggio del profitto ». E ancor più categoricamente: « I metodi di sfruttamento del lavoro, che sono propri al periodo economico moderno, *non hanno un carattere capitalista, ma un carattere territoriale* » (45).

Nel cap. VI del volume, intitolato *Legge di evoluzione della rendita fondiaria*, viene riassunta e interpretata la versione del principio del materialismo storico data da Marx nella prefazione a *Per la Critica*. In Marx, secondo il Loria, « a un dato grado del proprio sviluppo, le forze produttive della società umana formano la base ad un determinato organismo di rapporti economici e giuridici; ma procedendo nella sua necessaria evoluzione, lo strumento produttivo giunge a un punto, in cui trovasi in antitesi a quei rapporti di produzione sotto i cui auspici si è svolto; quindi esso li infrange » (46). La critica che il Loria muove a Marx è di

(44) *La rendita fondiaria*, cit., p. 286.

(45) *Op. cit.*, pp. 290-91.

(46) *Op. cit.*, p. 681. Questa parafrasi del rapporto struttura-sovrastuttura,

non essere fino in fondo fedele al materialismo storico: l'elemento naturalistico rappresentato dalla terra (e dalla popolazione che ne è nutrita) come fattore determinante non avrebbe in Marx un riconoscimento sufficiente. Al contrario, il sistema di Marx è affetto esso stesso da idealismo: « Come apoteosi della intelligenza e del lavoro umano, come negazione di ogni inciampo che si opponga all'umanità fuori de' rapporti giuridici esistenti, come disvincolo del sistema economico da ogni influenza della natura esteriore, [esso] si manifesta in assoluto contrasto coi fenomeni reali della economia, anzi ne presenta il perfetto rovescio. Senza dubbio » — si affretta a riconoscere il Loria — « l'attestazione di Marx, della esistenza di una legge di svolgimento della economia, costituisce un progresso di fronte alla insostenibile asserzione della eternità dei rapporti sociali esistenti ... Ma il principio ... non deve cercarsi nell'Idea, cioè nella sua espressione materiale, lo strumento di produzione, ma all'estremo opposto, ossia nella natura brutale, ossia nell'antitesi dell'idea. La somma bellezza dello svolgimento umano si trova appunto in ciò, che mentre esso tende verso un progresso necessario, il motore di questo progresso sta nella natura fisica, ossia nell'ente che sembra antagonico al progresso; il quale diventa per questo modo il prodotto della propria antitesi » (47).

ripresa quasi alla lettera dal Loria anche nel saggio *La terra e il sistema sociale* (1891), è sembrata ai suoi critici come gravemente falsificatoria del pensiero di Marx, per via dell'impiego del termine « evoluzione » e dell'espressione « strumento tecnico » che limita l'ampiezza del concetto marxiano di « forze produttive ». Cfr. B. CROCE, *Le teorie storiche del prof. Loria* (1896), ora in ID., *Materialismo storico ed economia marxistica*, ed. economica, Laterza, Bari, 1973, pp. 38-39. (Da rilevare, come caso grave di « lorianesimo » in ritardo, che G. MARRAMAO, *Marxismo e revisionismo in Italia. Dalla « Critica Sociale » al dibattito sul leninismo*, De Donato, Bari, 1971, pp. 130-31 e p. 396, si appropria dei corsivi apposti dal Croce al brano loriane e a quello di Marx, non soltanto non dichiarandone la provenienza, ma presentandoli come suoi). Cfr. anche R. MONDOLFO, *Il materialismo storico in Federico Engels* (1912), n. ed. La Nuova Italia, Firenze, 1952, p. 309 (il libro del Mondolfo fu recensito dallo stesso Loria sull'« Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », 1913, pp. 916-19). In ogni caso, nel saggio su Marx del 1883 il Loria cita testualmente il brano marxiano (cfr. *Marx e la sua dottrina*, cit., pp. 31-32).

(47) *La rendita*, cit., pp. 685-86.

Anche nell'altra opera giovanile, *La legge di popolazione e il sistema sociale*, il nesso struttura-sovrastuttura (intendendo come struttura il rapporto fra popolazione e produzione agricola) è suggestivamente impiegato come chiave interpretativa dello sviluppo storico. Stavolta Marx non è citato affatto; il Loria dichiara il suo debito soltanto verso gli scrittori del Settecento e del primo Ottocento. Si leggono passi come questo: « ... A un grado determinato di densità della popolazione corrisponde ... un determinato modo di produzione, un determinato ordinamento della proprietà fondiaria, un dato sistema di coltura, un dato rapporto fra la proprietà e il lavoro, in breve un determinato organismo di rapporti sociali ... Mutando ... il grado di densità della popolazione, tutto quel sistema fondiario e sociale, che corrispondeva al grado precedente della densità della popolazione, diviene inadeguato agli accresciuti bisogni, epperò insopportabile ... Allora sorge uno di que' periodi critici, che Augusto Comte intitola epoche di decomposizione sociale: ma dal processo di decomposizione si svolge un novello sistema economico, ... che perciò rappresenta una forma sociale superiore » (48).

Nel paragrafo 7 ritorneremo sulla teoria agraria del Loria e sulla sua logica interna, che, come si è detto, pretende di inglobare in sè, « superandoli », non pochi elementi fondamentali del marxismo.

Lo scritto su Marx, apparso sulla « Nuova Antologia » pochi giorni dopo la morte del pensatore tedesco (49), affronta invece soprattutto problemi di analisi economica. Esso è noto soprattutto per la risposta durissima che provocò da parte di Engels (50); in

(48) *La legge di popolazione e il sistema sociale*, prolusione al corso di economia politica all'Università di Siena, 9 dicembre 1881, ora in A. LORIA, *La proprietà fondiaria e la questione sociale*, Fratelli Drucker, Padova, 1897, p. 69 (nel volume è erroneamente indicata la data « 9 gennaio 1881 »).

(49) A. LORIA, *Karl Marx*, « Nuova Antologia », 1° aprile 1883, ora in ID., *Marx e la sua dottrina*, cit., pp. 1-69. Inviandone il testo al direttore della « Nuova Antologia », Protonotari, il Loria scriveva: « Non dubito che sarà pubblicato nell'Antologia del 1° aprile ... È bene che i lettori si domandino con meraviglia come mai è possibile improvvisare in pochi giorni un articolo ... sul cui merito non mi dilungo per modestia » (lettera del 26 marzo 1883, in BIBLIOTECA NAZIONALE DI FIRENZE, *Carteggi vari*, 136.190).

(50) Engels scrisse in italiano: « Londra, 20 maggio 1883. / Illustrissimo Signore / Ho ricevuto il Suo opuscolo sopra Karl Marx. Libero a Lei di sommettere

effetti, si tratta di un testo che inaugura pubblicamente lo stile lorianiano di approccio a Marx — critiche sostanziali verniciate di espressioni di reverenza formale —, stile destinato a suscitare perplessità, indignazione o sarcasmo nei lettori del Loria (51).

le sue dottrine alla Sua più severa critica, anzi d'intenderle male; libero a Lei di componere una biografia del Marx che è opera di pura fantasia. Ma che non sta nella Sua libertà, e che io non permetterò mai a chicchessia, cioè di calunniare il carattere del mio defunto amico.

Già in un'opera precedente, Ella si era presa la licenza di accusare Marx di aver fatto citazioni di mala fede. Marx, dopo aver letto questo, ha confrontato le sue citazioni e quelle di Lei cogli originali, e mi ha detto che le sue citazioni fossero tutte giuste, e che, se v'era *mala fede*, fosse dalla di Lei parte. E vedendo come Ella cita il Marx, come Ella ha la svergognatezza di far parlare il Marx di *profitto* quando questo parla di *Mehrwert*, e reiteratamente si difende contro l'errore che siano cose identiche (cosa che pure il Sig. Moore ed io stesso Le abbiamo verbalmente ripetuto [*sic*] qui in Londra), io so chi credere, e dove è la mala fede.

Questo però è una minuzia in fronte alla Sua « salda e profonda convinzione ... che un *consaputo sofisma* le domini tutte » (le dottrine del Marx); che il Marx « non s'arrestò di fronte ai paralogismi, *sapendoli tali* »; che « fù spesso un sofista che volle giungere, *a costo del vero*, alla negazione della società attuale », e che, come dice Lamartine, « il jouait avec les mensonges et les vérités comme les enfants avec les osselets ».

In Italia, paese d'antica civilizzazione, questo forse può intendersi come un complimento. Ossia fra i socialisti cattedratici potrebbe darsi, sarebbe considerato come grande elogio, veduto che questi bravi professori non potrebbero mai fabbricare i loro innumerabili sistemi se no [*sic*] « a costo del vero ». Noi comunisti rivoluzionari abbiamo altre vedute. Noi riguardiamo tali asserzioni come accuse infamanti, e, sapendole mentite, le rispingiamo al loro inventore chi [*sic*], lui stesso e solo, si è infamato con trovandole.

A mio parere, sarebbe stato il di Lei dovere di far conoscere al pubblico questo famoso « *consaputo sofisma* » che domina tutte le dottrine del Marx. Ma lo cerco invano. *Nagott!*

Che anima di nano ci vuole per immaginarsi che un uomo come il Marx avesse « minacciato sempre a' suoi contraddittori » un secondo volume che non aveva « pensato un'istante » di scrivere; e che questo secondo volume non fosse che « un ingegnoso spediente ideato dal Marx a sostituzione degli argomenti scientifici ». Questo secondo volume *esiste* e sarà pubblicato frappoco, ed allora Ella forse imparerà a comprendere la differenza di *Mehrwert* e *profitto*.

Una traduzione tedesca di questa lettera sarà pubblicata nel prossimo numero del « Sozialdemokrat » di Zurigo.

Ed ho l'onore di riverirla con tutti i sentimenti ch'Ella merita / F. Engels ». Lettera conservata in *CLT* e pubblicata in *Corrispondenza*, cit., pp. 296-97.

(51) Il primo a notare la contraddittorietà dell'atteggiamento del Loria nei

Pur con questi caratteri, l'articolo su *Karl Marx* non è un volgare libello. Vi sono, è vero, alcuni tratti di cattivo gusto (come il soffermarsi con insistenza sulla polemica Marx-Vogt), ma nella sostanza le grandi linee del pensiero marxiano sono rappresentate con sufficiente fedeltà. Il rovesciamento della dialettica hegeliana è descritto limpidamente, e interessanti sono certi raffronti con Lassalle, Spencer e Darwin. Il Loria affronta ancora una volta la teoria del valore-lavoro (contrapponendo però a Marx la teoria senioriana del profitto come astinenza) e critica la definizione di « costante » attribuita da Marx a quello che il Loria chiama capitale tecnico. Secondo il Loria Marx erra nel sostenere che il capitale costante non produca profitto, « perocchè, se veramente il capitale, che non impiegasi in salari, è *capitale costante*, cioè non dà profitto, le industrie, le quali, per necessità tecnica impiegano in proporzione maggiore il capitale costante, debbono accordare

confronti di Marx era stato un antimarxista, Maffeo Pantaleoni. Scrivendo all'amico il 14 dicembre 1882 egli diceva: « Quanto a Marx la cosa stà così: io sono perfettamente incapace di ammirare chi dice delle stranezze per quanto sappia rivestirle di forma matematica e ornarle di corredo scientifico. Per me l'unico criterio di approvazione o disapprovazione è il risultato effettivo, e quando non mi convinco che Tizio o Caio siano nel vero, non intendo lodarli neppure per la loro scienza — di cui appunto hanno fatto un uso pessimo. Ora Marx non ha il senso comune. Lo ho letto *tre* volte, e me ne pento, perchè ho sciupato tempo. Tu non ti esprimi a suo riguardo, dimodochè io ignoro cosa stimi in lui, i risultati ai quali giunge o la dialettica abbastanza vana che gli è mezzo ». Lettera conservata in *CLT*.

Recensendo l'articolo del Loria, il celebre statistico francese Maurice Block commentava, dopo aver elogiato l'autore per il suo « talent »: « Je m'étonne seulement de l'enthousiasme avec lequel il parle d'un homme dont il ne partage pas les doctrines. Il ne suffit pas d'avoir vécu honorablement et d'être un savant distingué pour recevoir tant d'éloges, surtout lorsqu'on reconnaît que l'héros qu'on exalte a répandu d'idées fausses, des doctrines subversives » (« *Journal des économistes* », luglio-sett. 1883, p. 76).

Sarcasmo invece, come è noto, suscitava l'atteggiamento del Loria verso Marx in Benedetto Croce, secondo cui « il succo dei giudizi [del Loria] è, a un dipresso, questo: ' Voi, Carlo Marx, m'ispirate un'altissima reverenza; è vero, voi siete un imbroglione; asserite il falso, sapendo che è falso; messo in imbarazzo sopra una questione, annunziate di averla risolta in un volume che non avete scritto e che non potete nè volete scrivere nè pubblicare, ecc.; ma io ho per voi la maggiore stima e la più alta devozione e il più tenero affetto; voi siete un sofista volgare; voi mi entusiasmate ' » (recensione del Croce a *Marx e la sua dottrina*, ora in *Id., Conversazioni critiche*, serie I, Laterza, Bari, 1942, p. 293).

un saggio del profitto minore dell'altre; il che è assurdo, perchè in contraddizione con un'economia fondata sulla libera concorrenza, ed avrebbe per necessaria conseguenza la impossibilità economica delle industrie, nelle quali il capitale fisso predomina. Ora di tale contraddizione si avvede il Marx (cap. XI) ⁽⁵²⁾; egli riconosce che nella realtà il saggio di profitto è eguale nelle diverse industrie e che tal fatto contraddice *apparentemente* alle deduzioni della sua teoria. Ma in qual modo risolve la contraddizione? Rinviando il lettore a un secondo volume, di là da venire, nel quale sarà trattata *ex professo* la teoria della concorrenza! — Non a torto dunque io affermavo che questo secondo volume, minacciato sempre a' suoi contraddittori e non mai pubblicato, potrebb'essere stato un ingegnoso spediente ideato dal Marx a sostituzione degli argomenti scientifici » ⁽⁵³⁾.

Interessante — anche se molto rapida — è poi la discussione degli effetti dell'introduzione delle macchine sulla creazione di una sovrappopolazione relativa, che permette al Loria di ricondurre la teoria marxiana al caso in cui le macchine sostituiscano forza-lavoro, il cui costo sia aumentato per via della pressione della popolazione sulle sussistenze: « Così il fenomeno additato da Marx è riconciliato colla dottrina di Malthus, anzi non è più che un corollario di questa » ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ Sic per cap. IX. In esso — *Saggio e massa del plusvalore* — Marx afferma che, « dato il saggio del plusvalore e dato il valore della forza-lavoro, le masse del plusvalore prodotto variano quindi in proporzione diretta con le grandezze del capitale variabile anticipato », in quanto il capitale costante, per definizione, non crea nuovo valore. Marx aggiunge che « questa legge contraddice evidentemente a ogni esperienza fondata sull'apparenza. Ognuno sa che un industriale del cotone il quale ... impieghi *relativamente* molto capitale costante e poco capitale variabile, non arraffa per questo un guadagno o un plusvalore minore che non un fornaio che mette in movimento relativamente molto capitale variabile e poco capitale costante. Per risolvere questa apparente contraddizione » — cioè il fatto che il saggio di profitto dell'industria a bassa « composizione organica del capitale » sia uguale a quello dell'industria ad alta composizione organica — « occorrono ancor molti termini intermedi » (*Capitale*, I, cit., pp. 344-45). Da notare che qui è Marx a chiamare « plusvalore » il profitto, legittimando il Loria nella confusione rimproveratagli da Engels.

⁽⁵³⁾ *Marx e la sua dottrina*, pp. 47-48.

⁽⁵⁴⁾ *Op. cit.*, p. 53.

Infine, vi è un cenno alla teoria dell'accumulazione originaria, esposta da Marx nel celebre cap. XXIV del I libro. Secondo il Loria, il difetto di essa consiste nel fermarsi all'illustrazione delle *forme* attraverso le quali la nascente borghesia ha espropriato gli antichi produttori trasformandoli in proprietari, laddove « l'indagine scientifica avrebbe dovuto dirigersi alle *cause* economiche » (55). E per il Loria le cause devono essere ricondotte all'incremento della popolazione, che « rendeva incomportabile [*sic*] il sistema fondiario de' coltivatori dissociati; onde quel doloroso fenomeno appare, piuttosto che il risultato di privata scelleraggine, il prodotto di una grande metamorfosi della natura ». (In verità, il fattore demografico è tutt'altro che trascurato da Marx, come mostrano le sue pagine sulla sovrappopolazione relativa nelle campagne (56)).

Per riassumere, le critiche a Marx negli scritti giovanili del Loria investono talvolta questioni analitiche cruciali del pensiero marxiano (la formazione del saggio del profitto), senza che peraltro il Loria vada molto oltre la semplice rilevazione del punto; talvolta invece consistono nell'accentuare aspetti in Marx meno sviluppati (la popolazione); altre volte, infine, esse contrappongono ad assunzioni non dimostrate di Marx altre assunzioni parimenti non dimostrate (la preminenza del fattore « appropriazione della terra » rispetto al fattore « espropriazione dei mezzi di produzione » come spiegazione dello sviluppo storico). Troppo poco, certo, per fregiarsi del titolo di « superatore » o debellatore dei « sofismi » marxiani; qualcosa di meglio, tuttavia, rispetto all'opera dell'imitatore o addirittura del plagiatario. Si tratta piuttosto di una situazione comunemente verificantesi quando l'autore che si sottopone a critica è un « classico », dal pensiero ricco e vario, e quando il critico non è mero interprete, ma portatore egli stesso di una propria teoria in qualche modo connessa con l'altra. Eppure, al Loria toccò lo strano destino di essere ora osannato, ora vituperato, sempre al di là dei suoi meriti e demeriti effettivi. La spiegazione di questo « caso » letterario è da ricercarsi, in gran parte, nel pe-

(55) *Op. cit.*, p. 57; corsivi nostri.

(56) Cfr. *Capitale*, I, cit., cap. XXIII, pp. 755-56, 771-72.

culiare contesto intellettuale in cui gli scritti del Loria videro la luce: che è quello, cui si accennava all'inizio, di un'Italia provincialmente tesa alla ricerca di una propria gloria nel mondo delle scienze sociali, di un personaggio che trattasse da pari a pari con i grandi del suo tempo, magari subendone le ire — le quali, anzi, finivano con il riflettersi simpaticamente a suo favore, presentandolo come martire della scienza — su questioni opinabili sulle quali, oltre tutto, poteva darsi il caso che non fosse proprio lui in torto. Achille Loria aveva le carte in regola per questo ruolo: la sua sicurezza di sè, la signorilità (che qualcuno però chiamava unzione, o scarso senso morale) ⁽⁵⁷⁾ nell'accettare critiche e insulti, la facilità con cui profondeva una grande erudizione storica ed economica, e soprattutto la versatilità tutta italiana nell'affrontare i temi più vari, non potevano non renderlo oggetto dell'ammirazione di un ampio strato di pubblico colto.

Alla severissima risposta di Engels il Loria pensò all'inizio di rispondere con una lettera privata, che non risulta essere stata mai spedita, nella quale ribadiva la sua posizione in merito al rapporto fra teoria del valore e teoria del profitto: « Secondo la teoria di Marx 2 [*sic*] i quali impiegano un cap.le variabile *uguale* hanno un *Mehrwert uguale*. Siccome il cap.le variabile può accompagnarsi a un cap. cost. della grandezza più diversa, e siccome il saggio del profitto è il rapporto fra il *Mehrwert* e il cap. tot. ($c + v$), così se il cap. cost. dei 2 capitali è diverso, essi mentre hanno un *Mehrwert uguale*, dovranno avere un saggio del profitto diverso. Ora questo diverso saggio del profitto è un assurdo e la *reductio ad absurdum* della teoria del valore di Marx; e questa dottrina è il consaputo sofisma che domina tutto il sistema del grande pensatore » ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ Il più sarcastico è ancora il Croce: « E si guardi anche il suo atteggiamento di fronte agli avversari. Il Loria si mostra affatto privo di quella asperità, che è una pecca senza dubbio, ma una pecca solita negli uomini di forti convincimenti. Fa di cappello a tutti, si infiamma per tutti, e alle opinioni di tutti dà gran peso ... *Veniam petimus damusque vicissim*: egli s'inebria di lodi, ma offre in giro coppe spumeggianti dello stesso vino » (*Le teorie storiche*, cit., in *Materialismo storico ed economia marxistica*, pp. 49-50).

⁽⁵⁸⁾ *Corrispondenza*, cit., pp. xvi-xvii n.

4. *Fra economia classica e concezione materialistica della storia (1886-1889).*

Negli anni seguenti, il dialogo-scontro con il marxismo prosegue indirettamente con la celebre *Teoria economica della costituzione politica* ⁽⁵⁹⁾. Dopo aver ricordato che « le teorie del socialismo alemanno furono da scrittori italiani [Loria stesso! n.d.r.] ridotte inoppugnabilmente all'assurdo » ⁽⁶⁰⁾, il Loria rivolge stavolta le sue critiche contro i sostenitori del « Socialismo di Stato », e più precisamente contro « il dogma, che lo Stato possa e debba modificare l'assetto sociale e che solo dalla azione della potestà collettiva possa attendersi la cessazione delle nequizie, onde l'odierna forma economica è contaminata ». Si tratta dunque di una polemica contro gli economisti apologeti dell'ordine sociale esistente, e a questo fine il materialismo storico è un'arma efficacissima. Contro le visioni idilliache del processo sociale, il Loria propone il rilancio dell'economia politica come « anatomia della società umana », e insiste sulla necessità di risalire dalle forme di produzione e distribuzione del reddito alle forme del governo e dell'esercizio del potere politico. Come è noto, si tratta dell'opera meglio riuscita letterariamente fra quelle del Loria; ma anche di quella che più ha fatto gridare al plagio di Marx. In un'amplissima bibliografia, comprendente Spencer, Laveleye, Minghetti, Lassalle, Mill, Bagehot, George, Messedaglia, Forbonnais, Michelet, Taine, Blanc, Tocqueville, Comte, Tito Livio e molti altri, l'unica opera di Marx citata è il *Diciotto Brumaio di Luigi Bonaparte*, che serve a Loria a sostegno della tesi della « fatalità del secondo Impero, il quale ha la sua base nella piccola proprietà della terra » ⁽⁶¹⁾. E questo, nonostante che nel libro si trovino continuamente affermazioni di inequivocabile derivazione marxiana circa il carattere sovrastrutturale dello Stato, come questa: « Lo Stato non è che l'espressione

⁽⁵⁹⁾ Fratelli Bocca, Torino, 1886. Si tratta di un ampliamento del testo del discorso inaugurale dell'anno accademico 1885-86 all'Università di Siena. Originariamente doveva apparire come articolo sulla « Nuova Antologia » (cfr. la lettera a Protonotari, in BIBLIOTECA NAZIONALE DI FIRENZE, *Carteggi vari*, 136.189).

⁽⁶⁰⁾ *La teoria economica della costituzione politica*, cit., p. 2.

⁽⁶¹⁾ *La teoria economica*, cit., p. 129.

politica dell'ordinamento economico; ... pertanto esso è costituito in ciascun'epoca dalla classe, che economicamente predomina » ⁽⁶²⁾.

Ad ogni modo il libro ha anche momenti di indiscussa originalità per i suoi tempi: l'analisi della legislazione economica e finanziaria dei vari Stati nell'età moderna è assai stimolante, specie quando il Loria cerca di dimostrare che l'alternarsi dell'imposizione diretta e indiretta segue l'alternarsi delle fasi della lotta fra proprietari e capitalisti; efficaci anche le pagine sulla « borghesia precoce » nell'Italia comunale, che non riesce a trasformarsi in una vera classe capitalista ⁽⁶³⁾. L'ultimo capitolo, *La proprietà e la costituzione politica*, ripropone il tema, caro al Loria, del monopolio della proprietà fondiaria presso una sola classe, che viene indicato come il fattore cruciale che dà vita allo Stato come ente distinto dalla società civile. Qui il Loria ricollega la teoria economica della costituzione politica alla teoria della terra e della popolazione, e riesce a chiudere il suo sistema. « Mentre ... sotto l'impero della proprietà collettiva, lo stato non si distingue dalla società, di cui è la forza organizzatrice, col sorgere della proprietà privata e col raccogliersi del potere politico nella classe dei proprietari, lo stato si stacca improvvisamente dalla società, di cui non rappresenta più che un frammento, e nascono due serie di rapporti spiccatamente diversi, fra lo stato e i proprietari, e fra lo stato e i non proprietari ... » ⁽⁶⁴⁾. Il Loria respinge sdegnosamente le dottrine contrattualistiche contrapponendo loro la propria dottrina « della formazione naturale dello stato » ⁽⁶⁵⁾; e incidentalmente

⁽⁶²⁾ *Op. cit.*, p. 113.

⁽⁶³⁾ *Op. cit.*, p. 71. Questo e altri spunti per una riflessione storica spiegano forse perchè la *Teoria economica* abbia suscitato un vivissimo interesse nel giovane Gaetano Salvemini. In una lettera del 16 luglio 1895 il ventiduenne mollettese scriveva: « Specie nella storia dei Comuni italiani e in Firenze questo nuovo metodo è destinato a produrre delle innovazioni d'importanza enorme ... Ella è stata l'ispiratore del mio lavoro di tesi all'Istituto superiore [*La dignità cavalleresca nel Comune di Firenze*: n.d.r.] ... Se Ella dovesse avere qualche volta bisogno di chi faccia per Lei ricerche nel campo storico e negli archivi, sarò sempre felicissimo nel poter mettere tutto me stesso nel servirLa » (lettera conservata in *CLT*).

⁽⁶⁴⁾ *Op. cit.*, p. 117.

⁽⁶⁵⁾ *Op. cit.*, p. 119. Gli scriveva il costituzionalista Giorgio Arcoleo: « Il suo libro mi ha suscitato tante idee inaspettate e nuove, che mi è parso di sapere ben poco di Diritto pubblico » (lettera del 12 aprile 1886, conservata in *CLT*).

prende le distanze da Engels — che nell'*Origine della famiglia*, due anni prima, aveva affermato che « lo Stato non esiste dall'eternità » — per ribadire che, viceversa, anche nelle società primitive una forma di Stato esiste, ma si identifica con il governo patriarcale ⁽⁶⁶⁾. Questioni terminologiche più che sostanziali; tuttavia il tono del Loria lungo tutto il libro è così ispirato, che nessun recensore ne coglie il debito verso Marx, e nessuno — neppure i critici più severi — ne mette in dubbio l'arditezza e l'originalità ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶⁾ Anche in questa circostanza il Loria avrebbe potuto riconoscere esplicitamente gli spunti tratti da un'opera come *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. Per esempio, in Engels è affrontato il problema dell'esercizio del potere statale in una situazione in cui vi sia perfetto equilibrio fra le classi in lotta. In quelle circostanze, secondo Engels, « il potere statale, sotto le sue apparenze di mediatore, gode di una momentanea autonomia relativa nei confronti di entrambe. Così per la monarchia assoluta dei secoli diciassettesimo e diciottesimo, che mantenne l'equilibrio fra nobiltà e borghesia ... L'ultimo esempio di questo genere è il nuovo impero tedesco di nazionalità bismarckiana » (F. ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà e dello Stato* (1884), Newton Compton, Roma, 1975, p. 202). Il Loria dal canto suo scrive: « Allorchè le due classi di reddito si trovano in condizioni estremamente eguali, si ha il perfetto equilibrio fra i due partiti, ma si ha anche la necessaria inazione dello Stato, l'impotenza governativa; ed in tali casi, il solo mezzo di uscire dalla stazionarietà politica è la costituzione di un governo assoluto, il quale sostituisca un indirizzo personale agli indirizzi opposti ed elidentisi fra loro delle due frazioni dominatrici. Gli è così che nell'epoca, nella quale la borghesia inglese raggiunge la perfetta eguaglianza politica di fronte all'aristocrazia fondiaria, ... domina il più assoluto monarca, che mai sia salito sul trono britannico, Enrico VIII » (*La teoria economica*, pp. 39-40). Ma mentre a Engels gli esempi storici servono a concludere nel senso della possibilità di trasformazione dello Stato democratico-borghese dal suo interno, tramite l'autoemancipazione del movimento operaio (p. 203), in Loria l'accento alla monarchia assoluta garante dell'equilibrio fra le classi resta fine a se stesso. Tanto meno Loria si pone il problema del destino dello Stato. Una curiosità: mentre nella *Teoria economica* non viene enunciata la « legge delle leggi » della terra e della popolazione come causa prima di ogni altro fenomeno sociale, viceversa Engels dà forte risalto al fattore agricolo-demografico, spiegando il comunismo primitivo con la bassa densità della popolazione (cfr. p. 188).

⁽⁶⁷⁾ Almeno pubblicamente; perchè dalla corrispondenza privata del Loria risulta un quadro diverso. Scriveva al Loria Maffeo Pantaleoni, il 25 agosto 1886: « È l'idea fondamentale vera? Sì, pienamente. È l'idea nuova? No. È la prova e lo sviluppo dell'idea perfetta? Alcune parti sono perfette, altre (mi sembrano) difettose. Sono nuove le prove? Prese una a una no; ma il complesso ha aspetto nuovo — un inciso a questo proposito: il tuo volume mi è sembrato varie volte scritto

Certo, sul « *Journal des économistes* » Maurice Block lo definisce « un bijou fait avec un talent incontestable, seulement ce bijou qui semble tout or, est en partie creux et rempli avec des métaux »

sotto l'influenza del Marlo. ... Posso fidarmi della mia memoria abbastanza discreta per citarti questo, che il Marlo giunge a dire, che è uno *stolto* colui che non capisce che ogni costituzione politica è l'effetto di forze economiche; che fa lo stesso tuo gioco col reddito fondiario e capitalistico e che anche in qualche dettaglio le reminiscenze sono frappanti ... Capisco che queste cose non si trovano solo in Marlo; ma costui ha consacrato alla tesi tua, svisata soltanto dal suo fanaticismo di cristiano protestante, ben 300 pagine e perciò una citazione la meritava — Continuando ancora un poco nell'elenco di domande e risposte che mi facevo e mi davo leggendoti eccone alcune altre: contiene il tuo libro teoremi che facciano fare un passo al corpo delle dottrine economiche? No, è una considerazione sintetica o filosofica di verità singolarim note. Sono le verità economiche, su cui quella è edificata, tutte incontestabili? No, alcune senza dubbio (sempre a mio avviso) sono paralogismi, altre controverse, altre certe. È il libro nel suo complesso nuovo per la maggior parte dei lettori? Credo di sì. Piacerà? Sì: quindi taci al pubblico e agli amici la tua propria opinione che è « qualificata », qualified, come dicono gli inglesi » (lettera conservata in *CLT*). Questa lettera è parzialmente riprodotta nell'ampio studio di D. FIOROT, *Lettere di Maffeo Pantaleoni ad Achille Loria: fasi e momenti del processo di maturazione intellettuale dei due studiosi (1881-1904)*, prima parte, « Storia e politica », 1976, luglio, p. 463. Su Karl Marlo (pseudonimo di Karl G. Winckelblech, 1810-1865) cfr. J. A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica*, cit., vol. II, pp. 559-61. Più grave ancora il rimprovero, pur velato da espressioni di ossequio e ammirazione, che Amilcare Puviani rivolgeva al Loria di non aver citato la propria opera *Del sistema economico borghese in rapporto con la civiltà* (Zanichelli, Bologna, 1883). Il Puviani gli aveva inviato il suo libro accompagnandolo con una lettera (conservata in *CLT*), in cui ricordava di essere stato suo compagno a Bologna. Il libro ebbe l'onore di una recensione del Loria sulla « Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali » (1883, I, pp. 118-120); che sembra prefigurare tanto la *Teoria economica*, quanto l'*Analisi della proprietà capitalista*. Si parla di unione operaia, di monopolio fondiario, ecc. Secondo il Loria, « quel processo [descritto dal Puviani] si rannoda ad alcune idee, le quali vagamente adombrate nelle ultime pagine del mio libro sulla Rendita, richiegono da lungo tempo più profonda ed esplicita trattazione » (p. 119). Qui, il supposto plagiatario si presenterebbe come plagiato. Quanto al Puviani, osserva che la *Teoria economica della costituzione politica* « s'aggira in un ordine di idee, che ho anch'io meditato ed a cui mi doveva condurre lo stesso volume, che pubblicai ... » (lettera del 15 marzo 1886, in *CLT*). E il 9 ottobre 1888 dichiara di credere sempre più nella « dipendenza del sistema sociale e politico da una causa prima cui tu e io per primi risalimmo » (lettera del 9 ottobre 1888). La corrispondenza continua fra i ripetuti atti di ammirato rispetto del Puviani (« Credo che la storia serbi a te un posto immediatamente accanto a quelli di Smith, di Malthus e

vulgaires ». Ma lo stesso Block riconosce che « c'est l'idée qui est d'or, car il y a évidemment un rapport entre l'état économique d'un pays et sa constitution. L'état économique influence évidemment la politique. Mais dans un pays, la propriété, la forme de cette propriété et de la répartition des revenus sont-elles les forces actives de la vie économique? Je n'en suis pas sur »; e lamenta che l'autore si sia « borné à prendre de toute main des faits plus ou moins historiques — beaucoup de Michelet et de Louis Blanc —, il les a introduits dans les endroits où la bonne rédaction exigeait des preuves, et il s'est contenté de ces preuves apparentes » (68).

Anche per un conservatore tradizionale come Antonio Salandra (69) la teoria del Loria non puzza di socialismo, ma solo di unilateralità. Il Salandra aveva buon gioco nel rilevare la stranezza della tesi del Loria, per cui la riduzione dei salari al minimo in regime capitalista costringe gli operai a votare secondo la volontà dei padroni, pur in regime di suffragio universale; e, passando al metodo seguito dal Loria, nel criticare il meccanicismo con cui l'autore applicava la propria interpretazione a una gran quantità di fatti, non sempre omogenei fra loro (70). Ma anche il Salandra

di Ricardo »: lettera del 17 maggio 1890), come a segnare la distanza fra lui, Puviani (« oscuro professorucolo d'Istituto tecnico »: lettera del 17 marzo 1892) e il famoso amico. Su Amilcare Puviani (1854-1907) cfr. ora F. VOLPI, *Introduzione a Id., Teoria dell'illusione finanziaria*, n. ed., ISEDI, Milano, 1973 in cui sono citate lettere del Loria al Puviani.

(68) « Journal des économistes », 1886, pp. 70-71.

(69) Antonio Salandra, che — di quattro anni più anziano del Loria — insegnava scienza dell'amministrazione a Roma durante il soggiorno dell'economista lombardo, si dimostra anche nella corrispondenza un critico attento del Loria. Così, a proposito della *Legge di popolazione* gli scriveva, il 2 agosto 1882: « Ho letto pure in questo scorso mese la grossa *Prolusione*. Non ti parlo della tesi. Sarebbe troppo lungo discuterne per lettera. E poi è di quelle che si possono sempre sostenere o combattere. Quale è il primo in economia politica? Qualunque risposta, quando è sostenuta con un ingegno come il tuo, può essere un'ammirevole esercitazione di dottrina e di logica. Ma la questione non si risolve mai.

Qual è il primo spicchio dell'arancio?

Ma non voglio distruggere la tua bella fede. Tanto più che ci prometti, o minacci, nella nota finale, se non erro, un intero sistema... » (lettera conservata in CLT).

(70) Cfr. A. SALANDRA, *La teoria economica della costituzione politica di Achille Loria*, « Giornale degli economisti », 1886, I, ora in Id., *Politica e legislazione*,

finiva con il cadere nella retorica di segno opposto, evocando contro i « sofismi » di Loria-Trasimaco il sublime disinteresse di Socrate, come esempio di indipendenza dalla servitù della legge economica ⁽⁷¹⁾. Un tono meno solenne e più ironico è quello di Ugo Rabbeno, uno studioso che negli anni successivi si mostrerà viceversa molto sensibile agli insegnamenti loriani. Scrivendo sulla « Rivista di filosofia scientifica » di Enrico Morselli (l'organo ufficiale del positivismo evoluzionistico in Italia) ⁽⁷²⁾, il Rabbeno definiva « geniale » l'idea, ma aggiungeva subito: « È una strana tempra d'ingegno quello del Loria: ingegno che non sa assolutamente rispettare i confini fissati dal metodo all'indagine scientifica; e che ad ogni tratto li infrange » ⁽⁷³⁾. Il Loria afferma di seguire il metodo positivo; eppure, quando deve spiegare come mai i capitalisti introducano nel loro Stato forme di tassazione diretta o progressiva, a prima vista contrarie ai loro interessi, non va oltre la petizione di principio che anche questa tassazione è in realtà conforme ai loro interessi. Il Rabbeno mette anche in rilievo il contrasto fra il pessimismo della visione loriana della dinamica sociale, e l'ottimismo con cui, nel finale del libro, l'autore fa intravedere il trionfo della classe lavoratrice e lo stabilimento della democrazia.

Con *Il materialismo storico e lo Stato* dell'ex supervisore del Loria a Pavia, Carlo F. Ferraris ⁽⁷⁴⁾, entriamo in un altro genere

raccolti da G. Fortunato, Laterza, Bari, 1915, pp. 252. Sulla metodologia della raccolta dei « fatti » a sostegno della propria tesi generale il Loria aveva ricevuto critiche anche da Antonio De Viti de Marco, che allora insegnava scienza delle finanze a Macerata. In una lettera del 28 aprile 1886, il De Viti scriveva: « Se non che penso che [la dimostrazione] sarebbe riuscita ancor più efficace, se invece di raccogliere i fatti più clamorosi della storia mondiale, Ella avesse preso ad analizzare minutamente e seguire passo passo lo sviluppo storico di una singola nazione. Solamente in questo modo si può tener conto di tutti gli elementi della vita sociale in un tempo e luogo determinato ..., e fare una dimostrazione minuta e schiacciante che l'elemento economico sia stato il *solo* fattore della successiva trasformazione politica » (lettera conservata in *CLT*).

⁽⁷¹⁾ Cfr. A. SALANDRA, *art. cit.*, pp. 257-59.

⁽⁷²⁾ La rivista, fondata nel 1881, aveva un comitato di direzione composto da R. Ardigò, G. Boccardo, G. Canestrini e G. Sergi, ed era edita da Dumolard.

⁽⁷³⁾ U. RABBENO, *La funzione economica nella vita politica - a proposito de libro di A. Loria ' La teoria economica della costituzione politica '*, « Rivista di filosofia scientifica », dic. 1886, vol. V, p. 736.

⁽⁷⁴⁾ Il Ferraris rispose così all'invio del libro: « ... La tesi fondamentale io la

letterario: quello delle monografie critiche delle teorie loriane. Scritto nel 1896, e dedicato all'illustre statistico Luigi Bodio, il volume presuppone — al contrario delle recensioni prima ricordate — una assoluta identità fra il pensiero di Marx e quello del Loria, trattando anzi quest'ultimo come espositore fedele e perfezionatore del primo ⁽⁷⁵⁾. Segno che su molti studiosi, anche non sprovveduti, gli scritti di Engels (e di Antonio Labriola) contro il Loria non avevano avuto alcun effetto ⁽⁷⁶⁾.

Esperto di problemi amministrativi, oltre che di statistica, il Ferraris concentra la sua attenzione soprattutto sulla valutazione che il Loria dava del peso e della funzione sociale dei « lavoratori improduttivi », e della loro dipendenza ideologica, oltre che materiale, dalla classe dominante: oggi la borghesia, domani — forse — il proletariato. Il discorso toccava altresì il fenomeno della crescita della burocrazia, fenomeno che per il Ferraris non è indice di decadenza o degenerazione borghese, ma è un portato dell'ade-

udii svolgere splendidamente dal Nitzsch a Berlino nel 1873-74, in un corso di storia delle istituzioni. — Non vi è quasi pagina che non mi inciti a contraddirti; ma ammiro sempre il tuo splendido ingegno, la tua erudizione, la tua attività » (lettera del 29 febbraio 1886, conservata in *CLT*). Nel suo libro il Ferraris aggiusta il tiro, indicando nel von Stein il capostipite delle teorie loriane (C. F. FERRARIS, *Il materialismo storico e lo Stato*, II ed., Sandron, Palermo, 1897, p. 9).

⁽⁷⁵⁾ È quanto rilevato dal Croce, a riprova del danno arrecato dal Loria a una corretta interpretazione del marxismo. Riferendosi al libro del Ferraris, il Croce scriveva che esso intende « combattere il materialismo storico nel suo rappresentante perfezionato, il prof. Loria » (*Le teorie storiche*, cit., in *Materialismo storico*, cit., p. 23).

⁽⁷⁶⁾ Scriveva Filippo Turati all'amico Arcangelo Ghisleri il 2 settembre 1886: « Sto leggendo ... la Teoria economica della costituzione politica del mio ex compagno di Bologna e ora professore di E. P. a Siena, Achille Loria. Te lo segnalo ... Il suo punto di vista è marxista, fors'anche troppo unilaterale, ma appunto perciò tanto più utile, e d'altronde prezioso per molti autori che cita e riassume » (lettera riprodotta in *La scapigliatura democratica. Carteggi di A. Ghisleri 1875-1890*, a c. di P. C. Masini, Feltrinelli, Milano, 1961, p. 103); dove è singolare giudicare « utile » il marxismo del Loria proprio in quanto schematico. Aveva dunque ragione Karl Kautsky, quando scriveva sulla « Neue Zeit » che in Italia « il signor Achille Loria ha raggiunto come ' marxista ' ... la stessa importanza che il signor Karl Grün raggiunse come hegeliano per Proudhon » (K. KAUTSKY, *Darwinismus und Marxismus* (1894-95), cit., da E. RAGIONIERI, *Il marxismo e l'Internazionale*, Editori Riuniti, Roma, 1968, p. 179). Quanto a Labriola, nel 1895 era uscito il suo *In memoria del Manifesto dei comunisti*, recante un brano di Engels contro Loria (cfr. il par. seguente).

guamento dei servizi pubblici alla crescita dei bisogni collettivi (il Ferraris era un convinto « socialista di Stato », come è testimoniato anche dalla sua azione come ministro dei Lavori pubblici in occasione della nazionalizzazione delle ferrovie nel 1905) ⁽⁷⁷⁾. Concludeva l'esile volumetto una appendice sulle *Professioni e classi e loro rilevazione statistica*, che insisteva appunto sull'importanza dell'elemento professionale nel definire l'appartenenza ad una classe sociale piuttosto che a un'altra.

* * *

Nel 1889 il Loria pubblica la sua opera più monumentale e ambiziosa, l'*Analisi della proprietà capitalista* ⁽⁷⁸⁾. Il primo volume, di carattere teorico-deduttivo, tratta delle *Leggi organiche della costituzione economica*: la derivazione del profitto dal fenomeno storico dell'abolizione della terra libera, le leggi della distribuzione in regime di terra sia libera che occupata, le varie forme di « associazione » di capitale e lavoro nei due regimi, gli effetti dell'accumulazione e dell'impiego delle macchine sui salari e i profitti, la formazione del capitale bancario e commerciale, le crisi, l'influenza del movimento della popolazione sulle forme di reddito. Il secondo volume, *Le forme storiche della costituzione economica*, considera i vari modi di appropriazione del prodotto nelle diverse formazioni sociali (economia a schiavi, economia servile, economia a salariati, economia coloniale). In complesso, una struttura che ricorda da vicino quella del *Capitale* ⁽⁷⁹⁾ — nel 1885 era apparso

⁽⁷⁷⁾ Cfr. altresì lo studio dello stesso FERRARIS, *Ferrovie*, in *Cinquant'anni di storia italiana, 1861-1911*, a c. dell'Accademia dei Lincei, Hoepli, Milano, 1911, vol. I.

⁽⁷⁸⁾ Fratelli Bocca, Torino, 1889. Si tratta del rifacimento di uno studio sul profitto del capitale che aveva ottenuto il premio reale dell'Accademia dei Lincei nel 1885.

⁽⁷⁹⁾ Il Pantaleoni si riferisce spesso, nella sua corrispondenza con il Loria, all'*Analisi* come al « tuo *Capitale* » (cfr. la lettera del 19 luglio 1890). Le reazioni del grande economista alla lettura dell'*Analisi* sono tutt'altro che negative: « Spero che la tua opera riuscirà ad eclissare lo zibaldone del Boehm-Bawerk in cui ciò che è teoria del capitale poteva restringersi in 100 pagine » (lettera del 16 ottobre 1889). Ricorderemo che il Pantaleoni considerava Eugen Boehm-Bawerk (1851-1914), uno dei maggiori teorici della « scuola austriaca », come un « charlatant »

anche il II libro — ma con un'organizzazione della materia più accademica e « sistematica », da trattato di economia, e con una bibliografia in gran parte nuova e diversa da quella del modello ⁽⁸⁰⁾.

Ritourneremo su quanto c'è di autenticamente lorianiano in questa costruzione, quando esamineremo la teoria « fondiaria » del Loria. Qui basterà ripercorrere i passi salienti in cui Marx viene chiamato in causa in modo esplicito.

In generale, diremmo che quando Marx viene chiamato in causa, è per essere criticato, contrapponendogli argomenti ricardiani (per esempio, nella trattazione dell'elemento temporale nel « capitale tecnico »). Sulla questione del valore, però, il Loria

(cfr. la lettera di Pantaleoni a Walras del 12 agosto 1889, in *Leon Walras' Correspondence*, cit., vol. I).

Quanto a Boehm-Bawerk, dalla corrispondenza con il Loria egli risulta tutt'altro che indifferente alle teorie di questi. In una lettera del 13 ottobre 1888, ringraziandolo per l'invio della *Rendita fondiaria*, gli scrive che « hätte Ich zur Zeit der Verfassung meiner 'Geschichte und Kritik der Kapitalzinstheorie' [1884: n.d.r.] Ihre Arbeit schon gekannt, so würde ich ihr eine ausführliche Besprechung gewidmet haben; jetzt will ich ihrer wenigstens nachträglich in einer Anmerkung meines II Bandes gedenken » (lettera conservata in *CLT*). Come è noto, il II volume apparve con il titolo *Positive Theorie des Kapitals*, nel 1889. Il Loria non risulta citato (cfr. l'ed. it., *Teoria positiva del capitale ed excursus*, a c. di T. Bagioti, UTET, Torino, 1957). È invece richiamato nella III ed. della *Geschichte* (1914).

⁽⁸⁰⁾ Per esempio, l'esame storico della formazione del salario, che Marx tratta nel I libro (capp. IX, XIII, XXIII), è compiuto dal Loria a due riprese: nel I vol. (pp. 291 e ss.) e nel II (pp. 245 e ss.). Invece l'ultimo capitolo del I libro del *Capitale*, dedicato alla teoria della colonizzazione, trova una perfetta corrispondenza nel cap. VI e ultimo del II volume dell'*Analisi* (cfr. il paragrafo seguente). I riferimenti del Loria al II libro del *Capitale* sono rari. Il più interessante è il richiamo alla trattazione marxiana della durata del periodo di circolazione e dei suoi effetti nel senso della creazione di una « pletora di capitale monetario » (*Capitale*, II, Editori Riuniti, Roma, 1967, pp. 297-98). Il Loria commenta: « L'illusione monetaria (attribuente al movimento dei metalli preziosi una influenza fondamentale sulla economia), che vizia tutto il II volume del *Kapital*, come l'illusione mercantilista (attribuente un'influenza fondamentale al valore) vizia tutto il I volume, tolse al Marx di indagare l'azione di quei fenomeni sulla redistribuzione della ricchezza ... » (p. 441 n.); e considera « infruttuose investigazioni » quelle di Marx circa lo squilibrio fra mezzi di circolazione e merci. Osservazioni, come si vede, interessanti, che però l'autore non sviluppa. Quanto al passo di Marx chiamato in causa, è da osservare che si tratta di un testo assai tormentato (cfr. le integrazioni di Engels, pp. 298-300).

sembra oscillare fra Marx e Ricardo, distribuendo censure e approvazioni in modo salomonico. I classici sono criticati in quanto per essi il valore sarebbe « un fenomeno che si rannoda a cause psicologiche » [!], mentre per Marx e i socialisti il valore sarebbe « una legge astronomica [*sic*] che imponesi all'uomo, di cui l'uomo è la vittima e lo spettatore incosciente »; il merito di Marx starebbe nell'aver affermato la storicità della legge del valore. D'altra parte, però, il Loria rende giustamente omaggio ai classici nell'ammettere eccezioni alla legge del valore-lavoro. Molto opportuno il rilievo dato da Loria alla concezione del profitto come astinenza, contenuta alla fine della sez. IV del I capitolo dei *Principles* di Ricardo⁽⁸¹⁾ (un elemento che di solito viene ancor oggi trascurato). Il merito maggiore di Ricardo viene individuato nel riconoscimento che « l'accumulazione del capitale esercita una influenza effettiva sul valore »⁽⁸²⁾, anche se nelle edizioni successive dei *Principles* se ne attenua l'importanza.

Ancora una volta il Loria rimprovera alla teoria marxiana del valore di non saper spiegare perchè i capitalisti introducano le macchine, dal momento che queste, aumentando la composizione organica del capitale, provocano una caduta del saggio del profitto. Questa volta, però, il Loria sta attento a non confondere saggio del profitto e saggio del plusvalore, come rinfacciatogli da Engels nel 1883; e osserva: « Siccome, a norma della teoria di Marx, il saggio del piùvalore [*sic*] è eguale al profitto diviso pel solo capitale salari e siccome la durata del periodo necessario a recare al mercato il prodotto, agisce soltanto sul capitale tecnico, così è evidente che la diversa durata del periodo di produzione e di vendita non ha alcuna influenza sul saggio del piùvalore, che rimane identico nelle varie produzioni. Ma la questione non verte sul saggio del piùvalore, bensì sul saggio del profitto, il quale, nella for-

⁽⁸¹⁾ Cfr. *Analisi*, cit., I, p. 145 n. Il riferimento è a D. RICARDO, *Sui Principi dell'economia politica e della tassazione*, intr. di F. Vianello, ISEDI, Milano, 1976, p. 27.

⁽⁸²⁾ *Analisi*, cit., I, p. 139. Il riferimento è alla I edizione dei *Principles*; cfr. l'ed. Sraffa, Cambridge University Press, Cambridge, 1951, p. 66: « The accumulation of capital ... introduces a considerable modification to the rule, which is of universal application in the early stages of society ».

mazione marxiana del valore, rimane diverso secondo che è diversa la durata dell'accumulazione del capitale, in contraddizione colla libera concorrenza de' capitalisti » ⁽⁸³⁾.

Dopo aver svolto queste ed altre critiche specifiche, il Loria fornisce una propria indicazione sul modo di uscire dalle contraddizioni marxiane: si tratta dell'esigenza, proclamata dal Loria, di tenere separate nell'analisi la teoria del valore da quella del profitto. È l'analisi del profitto che deve precedere quella del valore, e non viceversa, come avviene in Marx. « Questo concetto, il quale crede che la natura del profitto possa dedursi dall'analisi del valore, non è appunto che un errore, ed uno fra i più gravi, della teoria socialista. ... Quando un capitalista entra in rapporto con un altro capitalista, esso è già capitalista, ossia questa sua condizione preesiste al momento dello scambio ... Così l'indagine sulla natura del profitto non può assumere a base il momento dello scambio, ma deve studiare ciò che il capitalista sia precedentemente al momento in cui entra in rapporto di valore cogli altri proprietari del capitale; cioè deve studiare il rapporto che si stabilisce fra il capitalista e l'operaio e che è affatto indipendente dallo scambio e dal valore ... ». E dopo aver bollato le teorie che derivano il profitto dalla teoria del valore come mercantiliste (in quanto, appunto, privilegiano lo scambio rispetto alla produzione), in nota il Loria osserva che in Marx stesso la derivazione del profitto dal valore è opportunamente « obliata » tutte le volte in cui non gli serve; e conclude: « L'analisi del profitto non può compiersi che mercè l'analisi del titolo, pel quale il capitalista pretende a una parte del prodotto, analisi che ... può risolversi prescindendo affatto dal rapporto di valore » ⁽⁸⁴⁾.

Certamente, quello del rapporto fra teoria della distribuzione (compenso ai fattori produttivi) e teoria del valore (rapporto di scambio delle merci fra loro) è uno dei temi centrali, tutt'oggi, della riflessione economica; e va dato atto al Loria di aver cercato una soluzione sulla quale il dibattito è ancora aperto. Si può dire che il Loria risolve gordianamente la questione, imputando la

⁽⁸³⁾ *Analisi*, p. 145 n.

⁽⁸⁴⁾ *Analisi*, pp. 156-157 n.

causa del profitto (come quota distributiva) a un fenomeno sociale e non strettamente economico, come l'appropriazione della terra libera, ed evitando così — sia pure attraverso una petizione di principio — di cadere nel circolo vizioso, a lui ben presente ⁽⁸⁵⁾, di dover spiegare l'elemento causale del valore ricorrendo alla teoria del valore medesima. È un procedimento logico che ricalca esattamente quello seguito da Ricardo, il quale, come è noto, aveva dapprima determinato le leggi della produzione e della distribuzione (*Essay on Profits*) ricorrendo alla teoria dei rendimenti decrescenti; e poi (*Principles*) le leggi del valore di scambio, servendosi dell'unità di misura del lavoro incorporato ⁽⁸⁶⁾. Anche i risultati sono analoghi a quelli di Ricardo, nel senso cioè di riconoscere l'esistenza di *due* leggi del valore. Ma mentre per Ricardo queste derivano dalla presenza o meno del capitale, per il Loria esse sono da ricondursi alla presenza o meno di terra libera. Quando esiste terra libera, e l'intero prodotto appartiene al lavoratore, allora l'unità di misura del valore di scambio è il « lavoro semplice »; quando invece la terra è interamente appropriata, e si è compiuta la scissione fra capitalista e salariato, allora il valore viene misurato in unità di « lavoro complesso ». In questi ragionamenti — la cui matrice classica, più ancora che marxiana, è evidentissima — il Loria mostra una invidiabile conoscenza della letteratura economica inglese, in special modo dei continuatori e critici di Ricardo (Bailey, i due Mill, De Quincey, Senior, Torrens, Ramsay, Barton, ecc.). Una conoscenza che, almeno in estensione, non sfigura di fronte a quella profusa da Marx nelle *Teorie sul plusvalore* (che il Loria, ovviamente, non poteva conoscere) ⁽⁸⁷⁾. Il Loria è inoltre

⁽⁸⁵⁾ Il Loria ha ben presente il punto, quando rileva che spiegare il valore delle merci con il valore dei fattori della produzione, che sono merci anch'esse, significa « determinare il valore in funzione del valore » (p. 167).

⁽⁸⁶⁾ Sul punto, cfr. P. SRAFFA, *Introduction* al vol. I di D. RICARDO, *Works and Correspondence*, Cambridge University Press, Cambridge, 1951 (tr. it. parziale con il titolo *L'evoluzione della teoria del valore in Ricardo*, in R. FAUCCI-E. PESCIARELLI (a c. di), *L'economia classica: origini e sviluppo, 1750-1848*, Feltrinelli, Milano, 1976, pp. 163-181).

⁽⁸⁷⁾ Il Loria recensis le *Theorien über den Mehrwert* editate da Kautsky in un articolo sulla « Nuova Antologia » del 1° febbraio 1909 (*L'ultima parola di Carlo Marx*, rist. in *Verso la giustizia sociale (idee, battaglie ed apostoli)*, vol. II, *Nell'alba*

tributario di un autore allora quasi dimenticato, il von Thünen, una interessante figura di ricardiano tedesco che si sforzò di determinare il salario e il profitto ai loro saggi « naturali », indipendentemente dal valore delle merci, ma in modo di determinare quest'ultimo ⁽⁸⁸⁾. In questa parte della sua opera il Loria dà spesso l'impressione di confutare Marx ricorrendo a Ricardo e Thünen, e viceversa; ma lo sviluppo analitico dato a questi problemi, seppur opinabile, è originale.

5- *Questione sociale, darwinismo e socialismo.*

Come si è accennato, l'ultimo capitolo dell'*Analisi* era dedicato all'esame delle forme storiche di colonizzazione. Qui la teoria dell'appropriazione della terra libera sembrava al Loria particolarmente efficace nello spiegare le origini del capitalismo in quei territori. Nella Nuova Zelanda, per esempio, il processo conosce vari momenti. Dapprima vi è una corsa sfrenata all'occupazione delle terre da parte dei coloni bianchi, che ne espellono con la forza i primitivi abitanti; poi, intorno al 1840, il governo britannico pone « ordine » introducendo il regime delle concessioni e fissando l'estensione massima per ogni terra concessa; infine, visti i non buoni risultati (dal punto di vista del capitale) di questo regime, il governo pone all'asta le terre ancora inoccupate, i cui prezzi altissimi impediscono la formazione della piccola proprietà coltivatrice ⁽⁸⁹⁾. In India invece, dove accanto a una proprietà collettiva fondata sulle comunità di villaggio esistevano vaste estensioni di terre inoccupate, il capitalismo inglese operò trasformando gli originali collettori d'imposte delle prime, gli Zamindars, in

di un secolo (1904-1915), Società editrice libraria, Milano, 1915, pp. 61-80). Si tratta probabilmente dell'intervento lorianiano su Marx meno polemico e più disteso, ed è anche quello più aderente al pensiero di Marx. Si veda anche la *Postilla al saggio precedente*, in *Verso la giustizia sociale*, cit., pp. 81-93, in cui il Loria esamina le critiche di Marx alla teoria malthusiana dei consumatori improduttivi, alla determinazione ricardiana del saggio del profitto, alla teoria smithiana della rendita, alla teoria delle macchine in Ramsay e Jones.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. *Analisi*, I, p. 170 n. e ss.

⁽⁸⁹⁾ Questi spunti saranno sviluppati nel volume postumo di U. RABBENO, *La questione fondiaria nei paesi nuovi*, su cui ci soffermeremo nel paragrafo 7.

« proprietari assoluti delle terre da cui [si] esigevano i tributi »; ed eliminando in pari tempo i diritti di pascolo, di raccolta di legna, ecc., sulle terre incolte, su cui si estese la proprietà diretta della Corona. In Russia infine, osserva il Loria, l'emancipazione dei servi della gleba (1861), con l'altezza dei canoni di riscatto della terra e quindi con l'indebitamento dei contadini poveri verso i Kulak, introdusse di forza il capitalismo nelle campagne. Sono temi oggigiorno ben noti, dopo la lettura di opere come *Lo sviluppo del capitalismo in Russia* di Lenin, che fu scritto dieci anni dopo il libro del Loria. Numerose sono le fonti che il Loria cita dal russo ⁽⁹⁰⁾; non mostra invece di conoscere le corrispondenze e gli studi di Marx ed Engels sull'India e la Russia.

L'ampiezza di conoscenze sui problemi della colonizzazione permise al Loria di partecipare, sia pur marginalmente, al dibattito politico apertosi in Italia all'indomani della costituzione della nostra prima colonia africana, l'Eritrea. L'occasione fu offerta dall'emanazione di una legge che dava facoltà al ministro degli esteri « di concedere a società, ed a privati italiani, indigeni e stranieri, terreni demaniali o di qualsivoglia altra natura, e determinare le condizioni » dello sfruttamento. In una lettera aperta ad Alfredo Baccarini, il 9 marzo 1890, il filosofo Antonio Labriola, che ormai da tre anni aveva compiuto la propria scelta socialista ⁽⁹¹⁾; denunciava la genericità e imprecisione della norma, il

⁽⁹⁰⁾ Il Loria ritornò sui problemi economico-sociali russi nell'articolo *La controversia del capitalismo in Russia*, « Nuova Antologia », novembre 1896 (poi rist. in *Marx e la sua dottrina*, cit., pp. 175-247). Questo studio incontrò l'approvazione di uno specialista come Maksim Kowalewsky, che, in una lettera da Parigi del 20 dicembre 1896, scriveva: « Cognosco da molto tempo il suo magnifico libro « La genesi della proprietà capitalista » [sic]. Il Suo opuscolo che ho letto con grandissimo piacere è una pregievole Appendice a questo lavoro. Vorrei vederlo tradotto in russo » (lettera conservata in CLT).

⁽⁹¹⁾ Sull'iter intellettuale di Antonio Labriola è indispensabile L. DAL PANE, *Antonio Labriola nella politica e nella cultura italiana*, Einaudi, Torino, 1975. Sul passaggio del Labriola al socialismo cfr. ora V. GERRATANA, *Realtà e compiti del movimento socialista in Italia nel pensiero di Antonio Labriola*, in FONDAZIONE G. G. FELTRINELLI, *Storia del marxismo contemporaneo*, vol. III, Feltrinelli, Milano, 1977², pp. 215-21; e i numerosi spunti dell'introduzione di E. Garin ad A. LABRIOLA, *La concezione materialistica della storia*, Laterza, Bari, 1973², spec. p. XXXIX e ss. I brani del Labriola d'ora in poi citati sono tratti però da *Scritti filosofici e politici*, a c. di F. Sbarberi, 2 voll., Einaudi, Torino, 1973.

cui scopo sembrava quello di « mettere la terra ancora libera da ogni titolo di diritti storici e stabiliti in piena balia dei capitali dell'impresa, perchè vi sorga su tutto un nuovo sistema di inve-recondo sfruttamento » ⁽⁹²⁾. Al contrario, proprio questo era il caso di sperimentare forme diverse di associazione produttiva. « Si prepari — continuava il Labriola — l'ottimo mio collega Loria, ad aggiungere in una futura edizione del suo eccellente libro sul capitale ⁽⁹³⁾, ai tanti che ha scritti, un novissimo capitolo ... sulla storia antisociale, anti-umana ... dell'iniquo sfruttamento che gli europei cristiani e civilizzati praticano da secoli sulla terra libera d'Africa, d'America e d'Australia », e concludeva proponendo di provare « le forme della partecipazione o della Cooperativa ».

Il Loria scrisse in proposito una lettera al Labriola, il quale lo invitò a darla alle stampe ⁽⁹⁴⁾. Sul « Messaggero » del 15 marzo apparve allora *La terra a chi la lavora. La colonia Eritrea e la questione sociale*, in cui il Loria scriveva al Labriola:

Condivido perfettamente il concetto e le conclusioni della sua proposta.

Se infatti le mie indagini sul capitale hanno qualche valore, esse conducono per retta via alla necessaria conclusione che la soluzione del problema sociale può ottenersi soltanto da una trasformazione dei rapporti della proprietà fondiaria. Questa trasformazione, nei paesi nei quali la terra è già tutta occupata, esigerebbe un rimaneggiamento radicale della costruzione giuridica delle proprietà: ma nei paesi invece in cui esistono ancora delle terre inoccupate, basterebbe riservare queste ai lavoratori e precluderle all'appropriazione esclusiva del capitale per impedirvi la istituzione del salariato ed assicurarvi la funzione di una economia indipendente ...

⁽⁹²⁾ A. LABRIOLA, *Un esperimento di socialismo pratico?*, « Il Risveglio », Firenze, 9 marzo 1890, in *Scritti filosofici e politici*, cit., p. 108.

⁽⁹³⁾ Evidente riferimento all'*Analisi della proprietà capitalista*.

⁽⁹⁴⁾ Questa la cartolina di Antonio Labriola, che costituisce l'unica sua corrispondenza col Loria conservata in *CLT*: « Martedì sera [il timbro postale da Roma reca la data 12.3.90] — Ottimo Collega. Mettiamo da parte l'illustre e i complimenti, e grazie di cuore. Il Danielli, direttore del Risveglio che è qui, mi chiede una copia della vostra lettera per pubblicarla. Me ne darà il permesso? »

Ora leggo nei giornali che la Camera ha approvata la legge sull'Eritrea. Beati loro! — Ma come l'art. 4° è assai indeterminato fate di scrivere una lettera alla *Tribuna* o ad altro giornale, a proposito delle nostre idee per la buona causa. Vostro A. Labriola ».

A me sarebbe di somma soddisfazione il vedere qualcuno dei nostri ingegni superiori, lei per esempio, egregio professore, porsi a capo di una *Lega per la terra libera*, la quale si proponesse di sottrarre la proprietà fondiaria al monopolio del capitale per renderla accessibile al lavoro. Che questa associazione possa avere un immediato trionfo, o realizzare d'un tratto i suoi voti, io certo non lo ammetto; ... ma la teoria economica della costituzione politica, che è per me un articolo di fede, non esclude, come nulla potrà mai escludere, che la propaganda e l'apostolato delle idee abbia pure qualche influenza, per quanto subordinata, sul progresso della civiltà, e sia pure un fattore della storia ...

Ella, illustre professore, seguiti dunque nell'apostolato così nobilmente intrapreso per una causa altamente degna di apostoli; estenda l'obiettivo della sua crociata, e rivolga le di lei proposte di riforma anche alle condizioni delle nostre terre italiane; e così facendo contribuirà assai meglio che non lo possano fare i legislatori ignoranti o pregiudicati, al benessere del popolo lavoratore ⁽⁹⁵⁾.

Seguiva un commento assai favorevole della redazione ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁵⁾ Lo scritto del Loria fu apprezzato, fra gli altri, da Camillo Prampolini. « Le più sentite congratulazioni » — scriveva il socialista emiliano il 17 marzo 1890 — « per la coraggiosa lettera da lei indirizzata al prof. Labriola relativamente all'uso dei possessi africani. Ella dà l'esempio — disgraziatamente raro oggidì — di uno scienziato di primo ordine che è nel tempo stesso un cuore eletto e un uomo di carattere, il quale non teme di cooperare al progresso umano anche col cercare l'applicazione (per quanto possa spiacere ai potenti!) delle verità radicalmente riformatrici che i propri studi e l'ingegno potente gli hanno rivelato » (lettera conservata in *CLT*).

⁽⁹⁶⁾ Il dibattito proseguì con una lettera di Filippo Turati a « Cuore e Critica », la rivista del Ghisleri, in data 22 marzo 1890. Come il Labriola, anche il Turati assume che l'esistenza di « terra libera » renda di per sé possibile un esperimento socialista (le teorie del Loria sono dunque accolte senza discussione). Ma a differenza del filosofo di Cassino, Turati non crede che « si possa forzare l'evoluzione, cancellare un periodo economico, saltare a piè pari dalla tribù africana al collettivismo ... In quella terra così poco remuneratrice ... la tenera pianticella socialista sarebbe tosto inaridita ». La conclusione è ancora più scettica: « Io credo altresì che una Lega socialista, nel grande senso della parola, sia prematura ... come lo sarebbe, e più ancora, la Lega per la terra libera del Loria ... E perciò il mio *Delenda Carthago* è sempre il partito operaio » (« Cuore e Critica », 16 aprile 1890, ora in L. CORTESI, *Turati giovane. Scapigliatura, positivismo, marxismo*, Ed. Avanti!, Milano, 1962, pp. 400-1, e in A. LABRIOLA, *Scritti filosofici*, cit., pp. 112-113). Al che il filosofo ribadiva che la questione eritrea doveva avere valore pedagogico: « Bisogna mettere sotto agli occhi dei proletari, non la questione astratta della proprietà e del capitale, ma dei casi concreti come questo dell'Eritrea, in cui si vede come nasce la proprietà borghese e come il capitale si impos-

* * *

I rapporti di Achille Loria con i suoi interlocutori in questo dibattito giornalistico subirono, come è noto, una sorte diversissima. In meno di un anno, infatti, l'atteggiamento del Labriola verso il Loria cambiò in modo radicale. È probabilmente la corrispondenza con Engels e i teorici della socialdemocrazia tedesca, che ha inizio nell'aprile 1890⁽⁹⁷⁾, che fa maturare nel filosofo di

nessa della terra, ed è flagrante la contraddizione fra lo Stato presuntivamente democratico e l'abuso della pubblica finanza a vantaggio dei pochi» (lettera datata 24 marzo 1890, ora in L. CORTESI, *op. cit.*, p. 401, e in *Scritti filosofici*, cit., p. 114). Alla fine intervenne anche Engels, che in una lettera al socialista campano Pasquale Martignetti, così scriveva: «Eccovi la lettera a Labriola che mi avete chiesto. Per quel che concerne la sua terra libera, non c'è dubbio che il massimo che si possa pretendere oggi dal governo italiano è che nelle colonie assegni la proprietà terriera in coltivazione diretta ai piccoli contadini, e non ai monopolisti, singoli o società. La piccola economia cittadina è la soluzione naturale e la migliore nelle colonie che vengono oggi fondate dai governi borghesi (su cui è da confrontare Marx, *Capitale*, I vol., ultimo capitolo: *Colonizzazione moderna*). Noi socialisti possiamo dunque appoggiare senza scrupoli di coscienza l'introduzione della piccola proprietà contadina nelle colonie già fondate. Se poi venga introdotta è un'altra questione ...» (lettera riprodotta in L. CORTESI, *op. cit.*, p. 403; MARX-ENGELS, *Corrispondenza con italiani*, cit., pp. 355-56; LABRIOLA, *Scritti filosofici*, cit., p. 115). Da notare che anche conservatori di sicura fede come Sydney Sonnino e Leopoldo Franchetti si stavano battendo per la piccola proprietà coltivatrice in Eritrea (cfr. S. SONNINO, *L'Africa italiana. Appunti di viaggio*, «Nuova Antologia», 1° febbraio 1890, ora in Id., *Scritti e discorsi extraparlamentari*, a c. di B. F. Brown, vol. I, Laterza, Bari, 1972, pp. 413-66; L. FRANCHETTI, *La colonizzazione dell'Eritrea*, «Riforma sociale», 1894, anno I, vol. II, pp. 5-24).

(97) La prima lettera a Engels data 3 aprile 1890; la prima lettera in cui si parli del Loria è quella del 21 febbraio 1891, in cui il Labriola scrive: «La polemica sorta per quella pubblicazione ha avuto eco anche in Italia: ma in modo sgarbato, villano ed indecente. Le annuncio del resto, che lei ha trovato un avvocato spontaneo e gratuito in quel professor Loria, di cui ebbe ad occuparsi nel «Sozialdemokrat» del maggio 1883. Non ho l'autorità e la competenza di un economista per contendere col collega prof. Loria; ma è un bel vedere che una e medesima persona faccia tante parti in commedia: antisocialista nelle pubblicazioni accademiche; marxista nella polemica; e poi lodato dai giornali politici come quello che ha ribattuto tutti i «sofismi» di Marx!» (lettera riprodotta in LABRIOLA, *Scritti filosofici*, cit., p. 261). Il Labriola si riferisce alla diffusione della *Critica del programma di Gotha*, lo scritto marxiano del 1875 pubblicato postumo sulla «Neue Zeit» e recensito dal Loria sulla «Critica Sociale» (vedi oltre).

Cassino la convinzione che il Loria sia personaggio dannosissimo per la crescita intellettuale del movimento socialista in Italia, e gli fa sentire come un dovere « smascherare » l'avversario. « Il Loria era diventato per lui un'ossessione », ricorda Benedetto Croce nel suo *Come nacque e come morì il marxismo teorico in Italia* (98). Non tutto il furore del Labriola contro il Loria aveva un valido fondamento. Il Labriola — nonostante l'ampiezza degli interessi culturali e il rigore degli studi — non era particolarmente competente in economia politica, e il dibattito sul significato e la portata del pensiero economico di Marx lo vide spettatore e commentatore, ma non protagonista nè attore. Contro gli scritti economici del Loria espresse dunque giudizi che erano basati più su impressioni — del resto spesso non infondate — circa la mancanza di lucidità e di originalità di ispirazione del Loria, che non su una analisi approfondita della sostanza teorica del pensiero dell'economista lombardo. Accade così che nelle lettere a Engels siano riportate, in modo colorito ma acritico, opinioni negative sul Loria circolanti negli ambienti accademici italiani (99). Lo spirito di insofferenza verso il Loria fu trasmesso dal Labriola a Benedetto Croce, che pure rispetto a lui era piuttosto ferrato in economia politica e soprattutto in metodologia economica. Fu forse per reazione alle teorie loriane che il filosofo abruzzese accreditò l'indirizzo edonistico come l'unico veramente scientifico, anzi come *la scienza economica tout court* (100).

(98) B. CROCE, *Come nacque e come morì il marxismo teorico in Italia* (1895-1900). *Da lettere e ricordi personali* (1937), ora in *Materialismo storico ed economia marxistica*, cit., p. 271.

(99) Per esempio, il Labriola riprende — evidentemente dal Pantaleoni, con cui era in rapporto — la tesi del plagio loriane da Marlo (cfr. la lettera a Engels del 16 agosto 1894, in *Scritti filosofici*, cit., p. 405). Un indice della scarsa competenza economica del Labriola è dato dal modo con cui egli sorvola, chiamandola « fastidiosa questione », sul rapporto fra valore e prezzi nel passaggio dal I al III libro del *Capitale* (A. LABRIOLA, *Discorrendo di socialismo e filosofia* (1898), in *Scritti filosofici*, cit., p. 676 e n.).

(100) « ... La teoria proposta dal Ricardo e perfezionata dal Marx non è una teoria generale del valore, ossia non è propriamente una teoria del valore. Questa teoria generale è invece l'assunto della scuola edonistica o austriaca » (*Le teorie storiche del prof. Loria*, cit., p. 31 n.); e ancora: « La teoria scientifica del valore non può trovarsi se non nell'indirizzo puristico o « austriaco » che si voglia dire »

L'opposto deve dirsi del Turati. Colpisce il candore con il quale il *leader* socialista inviava a Engels, il 23 febbraio 1891, i primi tre fascicoli della sua rivista, la « Critica Sociale », sottolineando che il terzo conteneva un articolo del Loria, « une des rares valeurs qui tiennent en Italie une place dans les Universités en Economie politique — et vous verrez dans ces articles, reflétés nos sentiments à Votre regard » (101). Poco sensibile — anzi, tendenzialmente indifferente — verso la discussione teorica, il Turati concepiva la sua rivista come una libera palestra di opinioni, in cui accanto ai socialisti militanti trovassero ospitalità personaggi di diverso orientamento politico. Vilfredo Pareto, Luigi Einaudi, Attilio Cabiati, Benedetto Croce — e appunto Achille Loria — illustrarono con le loro firme il primo ventennio di vita della rivista, che fu anche il migliore (102). Ma quello che la rivista guadagnava in qualità anche agli occhi dell'opinione pubblica non socialista, perdeva in coerenza e rigore. L'atteggiamento della direzione in occasione del dibattito sulle teorie del Loria nel 1893-95 è esemplare di una posizione tanto imparziale da sembrare pilatesca.

(*Marxismo ed economia pura* (1899), in *Materialismo storico*, cit., p. 151). In altro saggio il Croce mostra di apprezzare gli sforzi di alcuni economisti tendenti a « conciliare i concetti della scuola edonistica con quelli della ricardiano-marxistica », per esempio quelli del Ricca-Salerno in *La teoria del valore nella storia delle dottrine e dei fatti economici* (1894). Cfr. CROCE, *Per la interpretazione e la critica di alcuni concetti del marxismo* (1897), in *Materialismo storico*, cit., 74. Si tratta della direzione opposta rispetto a quella in cui si muove il Loria. Non risulta che il Croce abbia preso in esame i tentativi in questo senso compiuti da Enrico Leone nel primo decennio del secolo (su Leone e gli altri economisti revisori del marxismo fra '800 e '900 cfr. ora E. ZAGARI, *Marxismo e revisionismo. Bernstein Sorel Graziadei Leone*, Guida, Napoli, 1975, p. 264 e ss.). Sul rapporto fra Croce e il pensiero economico del tempo, cfr. E. AGAZZI, *Il giovane Croce e il marxismo*, Einaudi, Torino, 1962, pp. 226-31 e *passim*. Sul pensiero del Croce in quegli anni, cfr. A. MAUTINO, *La formazione della filosofia politica di Benedetto Croce* (1941), Einaudi, Torino, 1953; M. CORSI, *Le origini del pensiero di Benedetto Croce*, La Nuova Italia, Firenze, 1951. Cfr. anche V. PALAZZOLO, *Contributo allo studio dei rapporti fra economia e diritto*, Ed. dell'Ateneo, Roma, 1960, cap. IX.

(101) Lettera riprodotta in MARX-ENGELS, *Corrispondenza*, cit., p. 371.

(102) L'indice completo della rivista, fino al 1926, è riprodotto nel III vol. di *Critica Sociale*, a c. di M. Spinella, A. Caracciolo, R. Amaduzzi, G. Petronio, Feltrinelli, Milano, 1959.

Il particolare atteggiamento seguito dal Loria intorno al 1890, atteggiamento consistente nell'auspicare sul piano pratico-politico un profondo rinnovamento sociale, mantenendo sul piano teorico e scientifico una larga autonomia dai principi del socialismo, lo rendeva specialmente accetto a Filippo Turati. Che il Loria non fosse socialista, certo era a conoscenza del *leader* milanese. Nel 1890, in un articolo intitolato *Economia scientifica ed economia utopistica*, apparso su una rivista positivista, « La Nuova filosofia » (103), il Loria si era compiaciuto di assumere una posizione equidistante fra i due opposti estremismi dell'economia ortodossa e dell'economia marxistica. Per lui, l'economia « scientifica » si trovava a combattere, da un lato, « contro l'economia socialista ed i suoi rivoltanti sofismi, per altro lato contro l'economia ottimista e le sue fatue blaterazioni ». Dopo aver nuovamente esposta la sua critica alla teoria marxiana del saggio di profitto, e dopo aver bollato l'economia « ottimista » come l'ideologia dei « servitori della proprietà », il Loria tracciava il confine fra le due correnti e « la scienza economica obbiettiva, [che] si rannoda alla grande scuola classica che trovò i suoi più gloriosi campioni in Inghilterra, ossia nella patria del capitale, in sul principio del nostro secolo, ossia in un'epoca in cui la schietta indagine scientifica non era ancora viziata dalle contese di classe e dai partigiani interessi che ne derivarono » (chiara eco del *Poscritto* di Marx alla II edizione del *Capitale*); e concludeva auspicando che anche delle dottrine economiche si desse una spiegazione materialistica: « In una società, quale è la nostra, ossia frazionata in classi ostili fra loro, non possono sperare in un successo se non quelle teorie, che dell'una o dell'altra classe si fanno i portavoce ». Ma il Loria — conformemente alla sua vocazione di apostolo della riforma sociale — non perdeva l'occasione per far intravedere per la scienza (e

(103) « La Nuova Filosofia — Rivista internazionale di scienze, letteratura e politica », uscì in tre soli numeri fra il 1890 e il 1892. Vi collaborarono, fra gli altri, Roberto Ardigò e Francesco S. Nitti. Il direttore, Andrea Torre, fondò nel 1894 « La Riforma » del Crispi, e fu in seguito fra i fondatori del « Giornale d'Italia » (dove nel 1902 pubblicò la celebre intervista ad Antonio Labriola sulla necessità di occupare Tripoli: cfr. *Scritti filosofici*, cit., pp. 957-64). Il Torre fu ministro della pubblica istruzione con Nitti nel 1920, collaboratore del « Mondo » nel 1922 e senatore fascista nel 1929.

l'umanità) la possibilità di un futuro di redenzione: « La scienza economica vera e obbiettiva non può attendere il proprio trionfo che da una forma sociale nella quale venga a cessare ogni disparità e ogni guerra di classe » (104).

Con il 15 gennaio 1891 « Cuore e Critica », la rivista democratica di Arcangelo Ghisleri, diventava « Critica Sociale. Cuore e Critica. Rivista di studi sociali politici e letterari ». Uno dei primi fascicoli presentava un saggio di Achille Loria su *Uno scritto postumo di Carlo Marx*, accompagnato da una nota della direzione (quindi di Turati) che definiva l'autore come « uno dei pochi, dei primi e il più forte degli economisti italiani che da una cattedra universitaria — ed anche prima di salirla — abbiano osato di battere in breccia, con vera profondità di pensiero e di erudizione, la immensa e balorda vanità della consuetudinaria economia ufficiale, baloccantesi ... fra le vacue e menzognere astrazioni di un manchesterrianismo posticcio e le pappine di semolino ... di certi terribili socialisti della cattedra » (105). L'articolo del Loria si riferisce alla *Critica del programma di Gotha*, pubblicato postumo sulla « Neue Zeit » da Viktor Adler per impulso di Engels. L'articolo di Loria segue il filone, inaugurato con la *Teoria economica della costituzione politica*, di critica al socialismo di Stato, ed è genericamente elogiativo del pensiero di Marx. Può parere eccessivo il rilievo che il Loria dà alla posizione di Marx circa la concorrenza del lavoro carcerario col lavoro libero, da Marx appena accennata (106) (ma non bisogna dimenticare che il Loria si era oc-

(104) « La Nuova Filosofia », anno I, n. 1, agosto 1890, p. 15. Questo articolo, che non figura nella *Bibliografia* loriana curata da Luigi Einaudi, è stato rintracciato sulla base di un accenno che Antonio Labriola ne fa a Benedetto Croce in una lettera senza data, ma del 1892 (A. LABRIOLA, *Lettere a Benedetto Croce 1885-1904*, Istituto italiano per gli studi storici, Napoli, 1975, p. 42).

(105) LA DIREZIONE, *Il partito socialista tedesco e i più desiderati della stampa conservatrice*, « Critica Sociale », 1891, fasc. 3, pp. 33-34. Il testo è riprodotto parzialmente anche in E. RAGIONIERI, *Socialdemocrazia tedesca e socialisti italiani 1875-1895*, Feltrinelli, Milano, 1961, pp. 315-16.

(106) Nella *Critica al programma di Gotha* Marx definisce « pretesa meschina in un programma generale operaio » la regolamentazione del lavoro carcerario proposta dai socialdemocratici, e mette in guardia dal rischio che una regolamentazione eccessiva « per paura della concorrenza » tolga ai carcerati « l'unico mezzo

cupato dell'argomento a più riprese, negli anni precedenti) ⁽¹⁰⁷⁾. Quello che invece colpisce sfavorevolmente — ed è del resto rilevato dalla stessa nota redazionale — è che il Loria riferisca, senza prendere posizione, una bassa insinuazione della stampa borghese tedesca secondo cui Engels avrebbe pubblicato la *Critica del programma di Gotha* dietro istigazione — o addirittura dietro compenso — del governo tedesco, allo scopo di gettare il disordine nelle file socialdemocratiche e indebolire il partito.

Un intervento « politico » sulla rivista dell'ex compagno di università è invece la lettera *Stato borghese affamatore (a proposito del dazio sui cereali e del rincaro del pane)*, pubblicata sulla « Critica Sociale » del 20 giugno 1891, e preceduta dalla consueta nota della direzione in cui l'autore era definito « l'analista forse il più profondo, schietto e vigoroso dei fenomeni finanziari ed economici che sieda oggi nelle cattedre universitarie del nostro paese » ⁽¹⁰⁸⁾. Il Loria, prendendo spunto dall'inasprimento del regime protezionistico a favore dei cerealicoltori, richiamava due dei propri argomenti preferiti: la polemica contro i socialisti della cattedra e di Stato, ispiratori della nostra politica doganale; e l'interpretazione, fornita nella *Teoria economica della costituzione politica*, della legislazione come prodotto necessario dell'interesse di classe dei gruppi economicamente dominanti, cioè principalmente

per correggersi, il lavoro produttivo » (*Critica al programma di Gotha*, a c. di A. Illuminati, Savelli, Roma, 1968, p. 53).

⁽¹⁰⁷⁾ Il Loria aveva trattato questo argomento in due riprese: *Nota sulla concorrenza del lavoro carcerario al lavoro libero*, « Giornale degli economisti », 1886, pp. 533-36; e *Di alcune critiche mosse alle mie teorie*, ibidem, 1887, pp. 19-29 (entrambi ristampati in *Verso la giustizia sociale*, cit., vol. I, pp. 308-20).

⁽¹⁰⁸⁾ « Critica Sociale », 20 giugno 1891, p. 130. Come si evince dalla seguente lettera di Ugo Mazzola, l'articolo era stato richiesto dallo stesso Turati: « ... Il Turati Le ha scritto pregandola di occuparsi delle questioni del dazio sui cereali e di far sentire la sua voce nell'agitazione che ora si promuove. Alla sua preghiera unisco la mia: Lei è il profondo analista del fenomeno della rendita e la sua opinione ha una decisiva influenza in materia » (lettera da Pavia del 12 giugno 1891, conservata in *CLT*). Ugo Mazzola (1863-1899), condirettore della nuova serie del « Giornale degli economisti » insieme a Pantaleoni, De Viti de Marco e Zorli, fu uno dei primi a studiare la scienza delle finanze sotto il profilo dell'economia pura. Cfr. PANTALEONI, *In morte di Ugo Mazzola*, « Giornale degli economisti », settembre 1899, p. 189 e ss.

dei ceti proprietari. Il protezionismo è una « usurpazione legalizzata, per cui i proprietari di terre rubano, sotto gli auspici e colla sanzione del governo, nelle tasche dei consumatori, ossia della nazione lavoratrice. Per noi, questa usurpazione non è che un caso di un fenomeno ben più generale e complesso, non è che l'applicazione di una legge universale, per la quale il potere non è che l'emanazione della proprietà e viene sfruttato esclusivamente ai suoi scopi ... L'illustre e geniale mio amico, prof. Antonio Salandra, il quale censurò con tanta acutezza ... la Teoria economica della Costituzione Politica e che oggimai, assurto al potere, avrebbe modo di tradurre nel fatto le sue censure, ... perchè non dimostra coll'esempio che il Parlamento italiano, anzichè un'assemblea di proprietari legiferante a loro vantaggio, è un alto consesso di cittadini illuminati e teneri del bene comune? » (109). D'altra parte l'abolizione della protezione farebbe crescere la domanda, e con questa i profitti e le rendite, oltre ai salari, e quindi si volgerebbe a favore dell'interesse « ultimo » della stessa classe proprietaria. Il fatto che invece quest'ultima persegua « il suo gretto, miope ed immediato interesse dimostra che la teoria economica della costituzione politica trova nel paese nostro una applicazione morbosa, patologica, viziata ... ».

Un altro breve intervento lorianò sulla « Critica Sociale » riguarda il rapporto fra darwinismo e socialismo. Era un tema che il Loria aveva trattato fin dal 1884 in un articolo su *Carlo Darwin e l'economia politica*. In quella occasione aveva sostenuto che, a differenza della « battaglia della natura », la « lotta sociale » fra le classi provoca una selezione alla rovescia: in essa infatti non prevalgono i più forti, ma i più deboli, e cioè i neghittosi proprietari, mentre soccombono i proletari, che rappresentano « l'elemento

(109) *Ibidem*, p. 131. Questo giudizio sul Salandra trovava immediatamente consenziente l'allora ventitreenne Francesco Saverio Nitti, che pochi giorni dopo la pubblicazione dell'articolo scriveva al Loria: « ... Come mai ella si fa delle illusioni proprio sul comune amico Salandra? Io sono stato con lui due anni al *Corriere di Napoli* e non ho conosciuto mai un uomo così vinto, come lui, dai pregiudizi di classe. Consideri del resto che il Salandra è forte produttore di grano ed ha interesse al mantenimento del dazio a 5 lire, cosa che, malgrado la nostra amicizia, io gli ho più volte duramente rimproverato in alcuni miei articoli nella *Gazzetta Piemontese* ... » (lettera da Napoli, 25 giugno (1891)).

vitale, la forza di progresso ». Mentre nella lotta fra le due classi prevalgono in assoluto i « deboli » (i proprietari) sui « forti » (i proletari), all'interno di ciascuna classe la selezione opera come fattore di « degenerazione »: « perocchè nella gente ricca la selezione sessuale tende alla degenerazione della specie, come nella gente povera tende al medesimo risultato la selezione militare. In tal modo, mentre nella contesa fra le due specie vive e predomina quella che è costituita da deboli, la evoluzione economica determina in seno a ciascuna specie il predominio di forze che tendono a degradarla » ⁽¹¹⁰⁾. C'è molto di Zola in questa versione del darwinismo sociale. Tuttavia, tanto bastava a distinguere la posizione del Loria da quella di un altro suo illustre ex compagno di università, Enrico Ferri, che in *Socialismo e criminalità* (1883) aveva sostenuto l'applicabilità integrale del darwinismo al mondo sociale ⁽¹¹¹⁾. Nella lettera a Filippo Turati *Chi è il più forte?* (*polemica darwinio-sociale*), pubblicata il 1° dicembre 1892, il Loria scriveva che nella sfera sociale « la misura normale della forza è la *produzione*, non la *lotta* », definendo quest'ultima « fenomeno proprio di una società viziata, e appartenente alla patologia so-

⁽¹¹⁰⁾ *Carlo Darwin e l'economia politica*, « Rivista di filosofia scientifica », maggio-giugno 1884, rist. in *La proprietà fondiaria e la questione sociale*, cit., p. 167. Nel 1896 il Loria ebbe l'occasione di riproporre questa tesi sulla « Revue internationale de sociologie », la rivista fondata nel 1893 da René Worms e alla quale collaboravano, in quegli anni, Charles Andler, Alfonso Asturaro, Lujo Brentano, Enrico Ferri, Charles Gide, Ludwig Gumplowicz, Maksim Kowalewsky, Carl Menger, Francesco S. Nitti, Paul Vinogradoff, Ferdinand Toennies, Riccardo Dalla Volta e molti altri sociologi, economisti, storici e giuristi. In quella circostanza scrisse che « les ouvriers représentent, dans la lutte économique, l'élément vital, la force du progrès ... tandis que les propriétaires représentent l'*otium cum dignitate*, la riche mollesse, l'inaction » (*Darwinisme social*, « Revue intern. de sociologie », juin 1896, p. 443). Si tratta del testo di una conferenza, come risulta dalla lettera di Charles Gide del 6 maggio 1896 (conservata in *CLT*).

⁽¹¹¹⁾ Era quanto rilevava il sociologo francese Gabriel Tarde in una lettera al Loria del 17 dicembre 1884: « Vous êtes du petit nombre de ceux, je vous en fais mon sincère compliment, qui défendent la liberté de leur jugement contre l'envahissement des idées darwiniennes débordant hors de leur lit naturel ... Ici j'ai le regret de me trouver en désaccord avec notre savant ami M. Ferri ... » (lettera conservata in *CLT*). In una lettera del 29 maggio 1886, invece, il Tarde esprimeva riserve sulla *Teoria economica della costituzione politica*, con argomenti simili a quelli del Salandra (lettera conservata in *CLT*).

ziale » (112). Erano parole sibilline — del resto la lettera loriaiana constava di poche righe — su cui il Turati discettava a lungo, per concludere che all'origine del darwinismo sociale era l'interessato equivoco (« scambietto ») fra « forza » come potere economico, secondo cui non si poteva negare ai capitalisti di essere più forti dei proletari, e « forza » come importanza nel processo produttivo; in tal modo i capitalisti, una volta riconosciuti più forti economicamente, venivano riconosciuti insostituibili socialmente. Contro questo sillogismo si batteva il Turati (ma non si vede che aiuto potesse dargli il ragionamento del Loria, che si muoveva in un'altra direzione) (113).

(112) « Critica Sociale », II, 1892, p. 360.

(113) Contro il darwinismo sociale il Loria intervenne varie altre volte. In un articolo del 1898, dal titolo *L'antropologia sociale* (pubblicato, in traduzione inglese, anche sull'« Anthropologist » diretto da Franz Boas della Columbia University), il Loria attacca le teorie razzistiche dell'Ammon, autore di *Die Gesellschaftsordnung und ihre natürlichen Grundlagen* (il saggio è riprodotto in *Verso la giustizia sociale*, cit., pp. 548-58). Nello scritto *Un mistico del materialismo: Beniamino Kidd* sulla « Nuova Antologia » del 16 novembre 1902, compie un collegamento fra darwinismo sociale e morale spenceriana basata sull'egoismo (cfr. *Verso la giustizia sociale*, p. 581). In un necrologio di Herbert Spencer, scritto per « Il Marzocco » del 20 dicembre 1903, dà questa definizione del grande positivista inglese: « Potente investigatore della lotta per l'esistenza ne' campi della biologia, non intese le singolarità della lotta sociale, le quali accordano il più delle volte il trionfo agli esseri più abietti e degeneri, di cui la ascensione medesima della specie richiederebbe la disfatta e lo sterminio » (in *Verso la giustizia sociale*, p. 584). Il Loria ebbe relazioni epistolari con lo Spencer. In una lettera del 21 luglio 1893 questi lo ringraziava per l'invio delle *Bases économiques de la constitution sociale* (la versione ampliata della *Teoria economica della costituzione politica*, edita da Alcan): « I perceive, however, in a passage devoted to criticism of my views, that you entirely misapprehend one of chief importance. The misapprehension I refer to is implied in the sentence: ' En un mot, l'évolution morale serait le produit de l'évolution intellectuelle '. This is an idea utterly at variance with that which I hold, and is one which I long ago had to repudiate. I regard moral evolution as a consequence not of intellectual evolution, but of *emotional* evolution which is necessarily caused by the daily *habits* and accompanying *feelings* which are the results of an advancing social state produced by conditions more and more peaceful or less and less warlike. The explanation of the fundamental difference between the conception as set forth by you and the conception as held by me, you will find in the first vol. of my *Essay* intitled ' *Morals and Moral Sentiments* ' » (lettera conservata in *CLT*). Circa il rapporto, in Spencer, fra morale ed evoluzione cfr.

Dal darwinismo sociale all'antropologia criminale il passo era (o sembrò al Loria) assai breve. Negli anni Novanta egli sviluppò rapporti cordiali tanto con Cesare Lombroso ⁽¹¹⁴⁾, quanto con Napoleone Colajanni ⁽¹¹⁵⁾, cioè con i sostenitori di due teorie contrap-

J. W. BURROW, *Evolution and Society. A Study in Victorian Social Theory*, Cambridge University Press, 1966, pp. 214-27.

⁽¹¹⁴⁾ La corrispondenza con il Lombroso — per la cui rivista, l'« Archivio di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale », il Loria scrisse l'articolo *Generazione e degenerazione* (1889) — comprende quattro lettere fra il 1890 e il 1898. Le più interessanti sono entrambe del 1892. Nella prima il Lombroso ringrazia il Loria « della ... prolusione [*La terra e il sistema sociale*: n.d.r.] veramente potente, veramente geniale, che dovrebbe scuotere le fibre di questa gioventù se le avesse. Non sono in collera se volete confutarmi; mai si potrebbe esser vinto con maggior grazia e con minore parzialità, però vi confesso che se la nostra scuola deve cadere, per causa di Colajanni, può stare un pezzo in piedi. Gli uomini di mala fede dovrebbero essere respinti da tutti i partiti perchè il vero è superiore a tutti » (lettera conservata in *CLT*). Nella seconda lo scienziato torinese si abbandona a una appassionata autodifesa: « ... è proprio vero che il peggior sordo è quello che non vuol sentire. E questa unilateralità, questa sordità voluta non può non danneggiare la causa santa del socialismo, perchè fa credere che giochi così per mancanza di buone ragioni. Se Ella favorisse di leggere la mia 2^a Edizione, in cui solo il mio Uomo Delinquente è completo, vedrà che le cause sociali sono trattate lungamente, e riconosciute un po' più seriamente di quello che non faccia con artifici evidentemente ridicoli il Colajanni. E mentre nell'Uomo D^{te} non ho potuto discoscendere perchè non faccio la scienza per obbligo di partito o di sistema, l'enorme importanza che ha la parte organica antropologica, e l'influenza fisica, per lo meno il 40% nella donna ho potuto dimostrare che le influenze fisiche vengono in ultima riga, ben inteso nella donna delinquente, mentre vi possono moltissimo nella prostituta.

Se la 2^a edizione non potrà trovarla prenda l'Incremento al [*sic*] delitto in Italia e vedrà se le cause sociali non sono trattate per quanto queste siano cose evidenti che non è un gran merito il vederle e metterle in mostra. E ripeto una mia frase che non si fanno i libri per dimostrare che il sole dà luce ». Seguiva cancellato: « Del resto è comodo buttar giù l'uomo che il mondo accademico e borghese disprezza, ci si fa un buon merito con poca fatica » (lettera conservata in *CLT*).

⁽¹¹⁵⁾ I rapporti epistolari con il Colajanni si sviluppano dal 1886, quando lo studioso siciliano ringrazia il Loria dell'invio della *Teoria economica della costituzione politica* e soggiunge: « Se Ella ha letto il mio *Socialismo*, avrà veduto in quanti punti concordiamo: principalmente nel modo di intendere la evoluzione e sui vari interessi della borghesia ecc. Ella non mi cita: epperò credo che non legga [*sic*] il mio libro (lettera da Castrogiovanni, datata 7/4/1884, in realtà 1886, conservata in *CLT*). Il Colajanni si riferisce al suo *Socialismo e sociologia criminale*. *I. Il socialismo*, Tropea, Catania, 1884, che era stato inviato al Loria con un bi-

poste dell'influenza dell'ambiente sociale, geografico ed economico sul comportamento criminale dell'uomo. Accomunava il Loria a Napoleone Colajanni l'interesse per il socialismo e per lo studio del rapporto fra classe dominante e classi subalterne; e quando, nel 1893, inizia le pubblicazioni la « Rivista popolare », Colajanni chiama il Loria a collaborare ⁽¹¹⁶⁾. Gli articoli del Loria sulla rivista hanno quasi tutti ⁽¹¹⁷⁾ un riferimento antropologico. In *Le anomalie sociali di Roma contemporanea* vi è una insistenza compiuta sul « deserto che cinge Roma ... lugubre zona, dominio maledetto della malaria e della febbre, ... che fa della capitale italiana quasi un'isola separata dalla rimanente parte d'Italia per un mare morto, per una livida gora » ⁽¹¹⁸⁾; ma, al di là della retorica, il Loria sottolinea giustamente la mancanza di osmosi fra popolazione rurale e urbana, « la formazione di una popolazione borghese perpetuamente fluttuante », il difetto di industrie, l'agricoltura estensiva e improduttiva. In *Organismo e società*, recensione al volume

glietto di accompagnamento datato 20 giugno 1884. In un'altra lettera da Catania, illustrando il programma della sua opera in più volumi *Sociologia criminale* (poi uscita nel 1889), si complimenta con il Loria: « Mantova è un vero semenzajo di uomini geniali: Ardigò, Loria, Fano, Ferri, Panizza, ecc. ecc. E dire che Mantova dal lato fisico è una delle più *degenerate* province d'Italia! Povero Lombroso! » (lettera del 5/10/88, conservata in *CLT*).

Nel 1890 gli invia il suo nuovo libro *Ire e spropositi di Cesare Lombroso*: « Vedrà quanto è ignobile il Lombroso! Ferri gli tiene bordone ... Mi è piaciuto assai vedere che pensiamo ugualmente sulla razza » (lettera da Castrogiovanni, 18.4.90).

⁽¹¹⁶⁾ « Col 1° luglio comincerò in Roma la pubblicazione d'una rivista sul tipo *Critica Sociale*, ma aliena dalla intransigenza marxista e assai vicina alle idee da Lei professate ... ». E dopo aver chiesto aiuto per abbonamenti e collaborazioni, gli suggerisce di raccogliere « in un volumetto tutti gli stupendi articoli, che ha pubblicato da parecchi anni su Marx e sul marxismo. Sarebbero di grande giovamento a tutti; soprattutto a quanti giurano ciecamente sul verbo del grandissimo socialista tedesco ... » (lettera da Castrogiovanni, 2/6. 93).

⁽¹¹⁷⁾ Il Loria vi scrisse anche articoli di attualità politico-economica. Intervenendo in un dibattito sul progetto di legge agraria Crispi per la Sicilia, Loria affermava che « non è l'enfiteusi che deve darsi al contadino siciliano e al contadino italiano, ma la proprietà della terra » (*La legge agraria per la Sicilia*, « Rivista Popolare », 15 novembre 1894, p. 580). Un'altra applicazione della sua dottrina della proprietà della terra.

⁽¹¹⁸⁾ « Rivista Popolare », novembre 1895, poi in *Verso la giustizia sociale*, cit., I, p. 517.

omonimo di René Worms, il Loria si avventura nelle ardite analogie fra il mondo biologico e quello sociale: « Accanto alla generazione intellettuale s'ha pure una generazione fisiologica delle società ... Se due società, unendosi insieme, possono dar vita a una terza, conviene ammettere ch'esse siano di sesso diverso: avremo dunque delle società maschio e delle società femmina? E perchè no? ... Però è da soggiungere che la sessualità sociale non è preconstituita e invariabile, ma varia a seconda dei casi; cosicchè una società, la quale oggi funziona come maschio, può domani funzionare come femmina. È il caso di una nazione conquistata, che diviene a sua volta conquistatrice ». Come si vede, ce n'era abbastanza per provocare il sarcasmo di un Labriola ⁽¹¹⁹⁾.

Anche nella lettera a Turati *Continua la demolizione di Roberto Malthus* ⁽¹²⁰⁾ il Loria attinge ai suoi studi teorico-demografici per intervenire su una questione di attualità. Pasquale Martignetti e Paul Lafargue avevano in precedenza rilevato che in Francia da vari decenni si osservava una caduta del tasso di natalità, a riprova del fallimento della legge malthusiana della popolazione ⁽¹²¹⁾. Il Loria ne deduce che non è l'aumento dei salari a costituire il principale fattore di incremento demografico — come sostenuto dal Malthus — ma al contrario la disegualianza di reddito fra le classi. In Francia invece, paese di piccoli proprietari caratterizzato da una distribuzione di ricchezza relativamente equa, l'incentivo alla crescita demografica trova un « freno » ben diverso da quelli immaginati dal pastore inglese.

⁽¹¹⁹⁾ « Rivista Popolare », 30 novembre 1896, rist. in *Verso la giustizia sociale*, I, p. 545. Scriveva il Labriola al Croce: « Aspetto i tuoi opuscoli su Loria. Di costui leggi l'ultimo parto intellettuale sulla « Rivista popolare » del Colajanni ... » (12 dicembre 1896, in A. LABRIOLA, *Lettere a Benedetto Croce*, cit., p. 168). Gli « opuscoli » a cui il Labriola si riferisce sono il saggio *Le teorie storiche del prof. Loria*, da lui commissionato al Croce.

⁽¹²⁰⁾ « Critica Sociale », 1893, pp. 294-95. L'articolo del Loria era seguito da una postilla di Filippo Turati (pp. 295-96). Nella *Bibliografia di Achille Loria* curata da Einaudi vi è un *lapsus*, diremmo, freudiano: il titolo è trasformato in *Continua la demolizione di Carlo Marx* (*Bibliografia*, cit., p. 39). Sull'argomento, non si è potuto tener conto di T. ISENBURG, *Il dibattito su Malthus e sulla popolazione nell'Italia di fine Ottocento*, « Studi Storici », 1977, n. 3, pp. 41-68.

⁽¹²¹⁾ P. MARTIGNETTI-P. LAFARGUE, *La legge di Malthus rovesciata dalla statistica moderna*, *ibidem*, pp. 232-33.

* * *

Nei medesimi anni il Loria accentua la propria distanza dalle varie correnti socialiste, di destra e di sinistra: il socialismo giuridico, il socialismo di Stato, il socialismo postmarxista.

Quanto al primo, il Loria scrisse un saggio, intitolato appunto *Socialismo giuridico*, che vide la luce sulla rivista maggiormente aperta alla problematica di esso, « La Scienza del diritto privato » (122). L'articolo critica l'impostazione del socialismo giuridico sulla base del rapporto sovrastruttura giuridica — struttura economica così come delineato nella *Teoria economica della costituzione politica*; per cui « il tarlo di questa scuola è precisamente nel concetto, che essa ha di comune con quella che le è preceditrice e nemica », cioè la scuola del diritto naturale; « in quel concetto che deriva i rapporti economici dal diritto positivo e il diritto positivo da una norma di giustizia assoluta ». Il socialismo giuridico erra perciò nel non comprendere che « il diritto positivo non è che la emanazione necessaria dei rapporti economici, imposti dalle condizioni storiche della popolazione e della terra ... » (123).

Altrettanto rapidamente il Loria si sbarazza del socialismo di Stato, cioè, in sostanza, della dottrina sociale dei suoi maestri italiani e tedeschi degli anni giovanili. In un breve scritto su Adolph Wagner, dal titolo *Il socialismo di Stato e il suo profeta*, l'economista di Berlino viene accusato di « eclettismo sistematico », e di « portentosi esercizi di acrobatica mentale », per riuscire al tempo stesso a « biasimare la costituzione economica capitalista », e insieme « il comunismo, che ne forma il perfetto ed egualmente

(122) « La Scienza del diritto privato » (poi « Rivista critica di studi giuridici e sociali ») era diretta da G. D'Aguzzano e A. Tortori (poi solo da Tortori). Il primo fascicolo uscì nel gennaio 1893. A Loria replicarono il professore di diritto commerciale E. VIDARI, *Sul socialismo giuridico del prof. Loria*, *ibidem*, pp. 577-82; e il filosofo del diritto G. D'AGUZZANO, *Ancora sul socialismo giuridico del prof. Loria*, *ibidem*, pp. 641-43. Sugli scritti di questi autori concernenti il socialismo giuridico cfr. ora M. SBRICCOLI, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, « Quaderni fiorentini », nn. 3-4, 1974-75, pp. 873-1035.

(123) *Socialismo giuridico*, « La Scienza del diritto privato », sett. 1893, rist. in *Verso la giustizia sociale*, I, p. 480.

vizioso rovescio » (124) (è una critica che verrebbe spontaneo di rivolgere allo stesso Loria). In uno studio alquanto più articolato, *Il bilancio economico del socialismo di Stato*, scritto in occasione delle onoranze allo stesso Wagner, il Loria esamina in teoria e nell'applicazione pratica le principali misure di intervento statale nella vita economica patrocinate dai « socialisti di Stato », per concludere in modo tanto brillante quanto paradossale: « Quando Bastiat va a braccetto con Cobden, l'operaio è oppresso dall'enorme lavoro, ma mangia a sazietà; quando Wagner va a braccetto con Cobden, l'operaio vede ridotto a misura più umana il suo lavoro, senza perciò dover ridurre la sua razione, anzi talora accrescendola; ma quando Wagner va a braccetto con List, l'operaio vede improvvisamente ridotta la sua pietanza e ricasca in una condizione non migliore, od anche peggiore, di quella, in cui trovavasi nel primo caso » (125).

In altri scritti il Loria si propone di prendere le distanze da altri teorici del socialismo, le cui dottrine erano in qualche modo collimanti con la propria.

Al « socialista cristiano » Emile de Laveleye il Loria dedicò un articolo commemorativo sulla « Nuova Antologia » del 1° febbraio 1892. Il Loria — che era stato in corrispondenza con l'economista belga (126) — pur riconoscendo il suo merito nel mostrare

(124) *Il socialismo di Stato e il suo profeta*, « Nuova Rassegna », 16 aprile 1893, rist. in *Verso la giustizia sociale*, I, p. 486.

(125) *Il bilancio economico del socialismo di Stato*, II. *I risultati concreti del socialismo di Stato*, in *Verso la giustizia sociale*, I, p. 505.

(126) In *CLT* sono conservate otto lettere del Laveleye al Loria, scritte fra il 1879 e il 1892, anno della morte dello studioso belga. In una lettera del 27 gennaio 1883, indirizzata a Vienna, dove allora si trovava il Loria, il Laveleye si complimentava per il saggio su *Darwin e l'economia politica*: « Votre discours sur Darwin est admirable [sottolineato due volte: n.d.r.]... En fait c'est vrai: Darwinisme = conservatisme. C'est pourquoi j'ai insurgé ... ». Nello stesso anno gli invia un volume di Henry George (forse quello sulla questione agraria irlandese, del 1881), « qui vous intéressera »; nel 1889 lo ringrazia per l'invio dell'*Analisi della proprietà capitalista*; nel 1890 gli chiede chiarimenti sulle partecipanze di Pieve e Cento e gli dà l'indirizzo di un altro economista « storicista », Cliffe Leslie; nel 1891 gli manda la nuova edizione della *Propriété et ses formes primitives* (Alcan, Paris, 1891). Su Laveleye, cfr. P. Grossi, ' *Un altro modo di possedere* '. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 79-108.

che « la proprietà non aveva quel carattere sacro, onde [gli economisti ortodossi] la volevano cinta, ma era una forma in via di cambiamento perenne » (127), rimprovera al Laveleye il candido afflato etico, fondato sulla convinzione che la legislazione sarebbe bastata da sola a realizzare quell'ideale democratico-egualitario nella proprietà fondiaria da lui auspicato. Ingenua, secondo il Loria, è tutta la teoria dello Stato in Laveleye, che questi concepisce come « organismo » e non già come braccio secolare politico della classe che detiene il potere economico. Gli argomenti contro i socialisti di Stato tedeschi valevano anche per l'economista di Liegi.

Al marxista francese (nonchè genero di Marx) Paul Lafargue il Loria dedicò un ampio e impegnato studio, che forma l'introduzione all'edizione italiana del libro del Lafargue *Origine et évolution de la propriété* (128). Questo libro era in sostanza un tentativo di aggiornare il saggio engelsiano sull'*Origine della famiglia*, arricchendo il panorama con gli studi più recenti sul comunismo primitivo, il collettivismo fra consanguinei, la proprietà feudale e la proprietà borghese. Il Loria nota una grave lacuna: l'assenza di una analisi della proprietà schiavistica e servile, « la quale alle volte si accompagna alla proprietà collettiva, come in altri tempi nell'India, o nell'antichissimo Galles; altre volte invece essa coesiste alla proprietà individuale più assoluta e più rigida, come in Grecia e in Roma ». Quindi il processo descritto da Lafargue è privo di quei caratteri di necessità e di unilinearità che il socialista francese pretende di scorgervi (anche questa critica potrebbe essere estesa alle teorie loriane, e difatti lo fu). Il Loria rileva inoltre che il Lafargue evita di dare una spiegazione delle *cause* che hanno determinato la dissoluzione della proprietà comune e la transizione alle altre forme. O meglio, il Lafargue si contenta di spiegazioni extraeconomiche, come la cupidigia e la violenza; non dà rilievo ai fattori strutturali, come la crescita demografica, l'esigenza di coltivare intensivamente le terre più vicine alle città in espansione, nè tiene conto della relazione fra forme di proprietà ed esistenza o meno di terra libera. In particolare, « la ragion d'essere della ser-

(127) *Emile de Laveleye*, rist. in *Verso la giustizia sociale*, I, p. 137.

(128) P. LAFARGUE, *Origine ed evoluzione della proprietà*, con introduzione critica di Achille Loria, Sandron, Palermo, 1896.

vità della gleba, la quale, a sentire Lafargue, si direbbe cascata dal cielo come un aerolito della storia, è esattamente determinabile e determinata; la servitù della gleba non è che la risultante di due fattori, entrambi riferentisi alle condizioni della terra: da un lato l'esistenza di terra libera trattabile dal lavoro puro, la quale, escludendo la possibilità di estorcere un profitto dall'impiego di un operaio giuridicamente libero, costringeva i capitalisti dell'epoca a ridurre in servitù il lavoratore — e dall'altro, il grado ormai depresso di produttività del terreno, che rendeva necessaria una forma di asservimento meno rigida e più civile, che non fosse l'antica schiavitù. — È appunto con ciò che si spiega perchè in quei paesi, in cui la terra è più sterile, e cessano prima che altrove le terre libere trattabili col lavoro puro, ivi la servitù della gleba non perviene a costituirsi e dalla schiavitù primitiva si procede senz'altro alla piccola industria, dalla quale poi al salariato. Esempio gli Stati scandinavi ... Se non si tien conto di questo duplice nesso causale, fra la terra libera e la servitù della gleba, fra la servitù e il feudalismo, si cade nelle più errate interpretazioni ... » (129). Ma pur nella sua unilateralità, l'opera del Lafargue valeva, secondo il Loria, come « antidoto » nei confronti dei sostenitori *ultras* della proprietà illimitata, come Yves Guyot, che aveva scritto una introduzione all'edizione francese del libro ispirata a un veemente antisocialismo (130). Per il resto, in questo scritto il Loria esibisce una approfondita conoscenza del dibattito storiografico sulle origini della proprietà privata, e sulla polemica fra chi sosteneva che « la comunità agricola fosse sorta ... come una graziosa concessione fatta dal signore ai suoi servi » (Fustel, Seebohm, Inama-Sternegg), e chi invece « *ravvisava* nella comunità servile del medioevo la

(129) *Op. cit.*, pp. 25-27. Il saggio su Lafargue provocava entusiastiche reazioni in Salvatore Cognetti de Martiis: « ... come nella magistrale critica al Marx, così in questa al genero, tanto minore del suocero, tu ripigli per tuo conto la tesi, la lumeggi con brevi ed efficaci tocchi, e poi con quella, così determinata, confronti la trattazione del Lafargue e ne mostri le lacune, e ne scopri i difetti e ne disciogli le argomentazioni con una critica acuta, solidissima, incalzante. E poi fatta la brillante carica, a fondo, ti ricomponi, saluti col nome dello storico giustiziere l'autore e riponi il ben temprato fioretto » (lettera del 18 maggio 1896, in *CLT*).

(130) Cfr. *La Propriété — Origine et évolution — Thèse communiste* par Paul Lafargue — *Réfutation* par Yves Guyot, Delagrave, Paris, 1895.

trasformazione, o la degenerazione, di una comunità libera primordiale » (Maurer, Nasse, Maine, Vinogradoff).

Nei confronti di Henry George e della scuola del « socialismo agrario » il Loria fu molto più severo, anche per distogliere da sé il sospetto ⁽¹³¹⁾ di aver tratto una diretta ispirazione da quella dottrina. In uno studio su *La nazionalizzazione della terra*, del 1897, il Loria passa in rassegna numerosi progetti di confisca della rendita fondiaria attraverso forme più o meno larvate di espropriazione della proprietà. Gli autori esaminati sono numerosi, da Léon Walras a François Huet, da James Mill a Herbert Spencer, da Alfred Russell Wallace a Henry George, appunto. Di quest'ultimo il Loria scrive che « sostanzialmente, non fa che ripetere la teoria ricardiana della rendita, che però nelle sue pagine assume un carattere ... più grave ... Infatti, i proprietari non si limitano, come pensa Ricardo, a giovare dell'incremento naturale della popolazione, ... ma provocano un incremento artificiale [delle rendite], distraendo meditatamente dalla coltura una parte delle terre più feraci ... » ⁽¹³²⁾. Il difetto principale di ogni socialismo agrario consiste, per il Loria, di assumere come « naturali » gli altri due redditi, cioè il profitto e il salario. I socialisti agrari non intendono che « ogni disegno di riforma sociale ... deve tendere a uno scopo ben più ampio e ambizioso: ... deve tendere all'eliminazione dell'intero reddito, alla annessione dell'intero prodotto sociale ai domini del lavoro da cui esso emana » ⁽¹³³⁾. Non si tratta dunque di far prevalere sul capitalismo agrario il capitalismo mobiliare e industriale, ma si tratta di comprendere i nessi profondi

⁽¹³¹⁾ Avanzato, fra gli altri, da Charles Gide nei suoi *Principes d'économie politique*, XI^{me} édition, Sirey, Paris, 1908, p. 536 n. (Loria viene criticato in quanto sostenitore del « retour à la terre libre », senza indicare le vie e le forme del ritorno); e in Italia, dal filosofo del diritto L. MIRAGLIA, *Le teorie di Spencer, di George e di Loria sulla proprietà della terra*, Napoli, 1893 (cfr. le repliche dello stesso Loria in *Il capitalismo e la scienza. Studj e polemiche*, Fratelli Bocca, Torino, 1901, parte I, cap. III, dove definisce il « georgismo » « un ricardianismo inacidito »). Con Henry George (1839-1897) il Loria era stato in corrispondenza. In una lettera del 22 settembre 1886 (evidentemente in risposta all'invio della *Teoria economica della costituzione politica*) George faceva sapere al Loria che « the good cause is making rapid progress in the United States » (lettera conservata in *CLT*).

⁽¹³²⁾ In *La proprietà fondiaria e la questione sociale*, cit., p. 282.

⁽¹³³⁾ *Op. cit.*, p. 315.

che legano i secondi al primo. Rendendo nuovamente libera la terra, si distrugge la base per la formazione del profitto capitalistico, e si rende finalmente possibile l'« associazione mista » di capitale e lavoro.

Più divulgativo è l'articolo su George scritto per la « Nuova Antologia » del 10 dicembre 1897, in occasione della morte del socialista americano. Dopo aver affermato che « il George è un frutto cerebrale della California » della corsa all'oro e delle speculazioni ferroviarie, il Loria mette in luce la debolezza intima della costruzione teorica georgiana, in cui non è chiaro se la rendita dipende dalla fertilità del terreno o è un reddito di monopolio derivante esclusivamente dalla proprietà fondiaria; e anche il profitto è definito a volte come « reddito da capitale », e a volte come reddito non guadagnato. La fonte principale del saggio lorianiano è l'introduzione del suo allievo Eugenio Masè-Dari alla traduzione italiana dei *Social Problems* del George. Alquanto sconcertante è il giudizio conclusivo: « ... la dottrina del George finisce per essere il socialismo degli usurai, degli speculatori, dei faccendieri bancari e per trovare i suoi più ardenti campioni fra i più abietti rifiuti della nostra società » (134).

(134) *Henry George*, rist. in *Verso la giustizia sociale*, I, p. 161.

Forse per questo tono rigoroso nel distinguere i vari socialismi fra loro, il Loria assurse in quegli anni a teorico del socialismo egli stesso. Già Claudio Treves, in una lettera del 13 febbraio 1894, sollecitava un suo intervento a proposito del caro-pane, « contro questa nuova tassa sul ventricolo affamato del popolo italiano » (lettera in *CLT*). Nel biennio successivo gli scritti del Loria vengono accolti nella « biblioteca di propaganda » del giovanissimo partito socialista. Scrive Loria a Filippo Turati il 25 gennaio 1894: « Carissimo, rispondo tosto alla tua grad^{ma} — Innanzitutto, per amore della verità, ti dirò che l'invito a tenere le lezioni *pubbliche* mi venne fatto da circa 150 studenti, i quali non sono certo tutti socialisti; quindi i giornali che scrissero diversamente non erano proprio bene informati. — Ma ciò non ha del resto nulla a fare [*sic*] con l'oggetto della tua lettera; rispetto al quale ti dirò che non sarei punto alieno dal pubblicare in un libriccino le mie lezioni o conferenze, quando saranno terminate ... Ogni progetto in proposito è per ora affatto prematuro. — Ad ogni modo però se una volta o l'altra mi risolverò a pubblicare quelle lezioni, ti prometto che ne scriverò a te prima che a qualunque altro » (lettera conservata in microfilm presso la biblioteca dell'Istituto G. G. Feltrinelli, Milano). Si tratta dei *Problemi sociali contemporanei* (Max Kantorowicz, Milano, 1895) che la « Critica Sociale » offrì a prezzo ridotto per gli abbonati. In realtà, il volumetto non pretendeva di essere nè un vademecum del militante so-

6. *La chiusura dei conti col marxismo, 1894-95.*

Più che con contributi personali, il Loria occupò le pagine della « Critica Sociale » (ormai diventata « rivista quindicinale del socialismo scientifico ») attraverso le polemiche sul suo pensiero sviluppatasi fra allievi e avversari nel biennio 1893-1895.

Primo a scendere in campo fu appunto un allievo, il professore marchigiano Francesco Coletti ⁽¹³⁵⁾, che in una lettera a Turati intitolata *Inchieste borghesi e inchieste operaie* ⁽¹³⁶⁾ esortava i militanti socialisti a dedicarsi maggiormente a ricerche economico-sociali di carattere empirico, perdendo meno tempo in « disquisizioni sociologiche, ingegnose ma poco concludenti, e nelle ripetizioni di insostenibili teorie, come quelle del valore di Marx, corrosive nel vivo il socialismo scientifico, che molti ritengono chiuso tutto nelle teorie marxiane » ⁽¹³⁷⁾. Parole ambigue, che sembravano allu-

cialista, nè una reinterpretazione del marxismo. Si trattava di un testo letterario e discorsivo, adatto a un pubblico di profani, in cui però non mancano osservazioni interessanti, come quella secondo cui il materialismo storico in Marx « non adduce però di per sè stesso, alla conclusione socialista alla quale il Marx vuole arrivare » (p. 73). Piuttosto scialbo invece era il capitolo *Rivoluzione*, pubblicato in anteprima sulla « Critica Sociale », 1894, pp. 372-74. Insofferenza e sarcasmo provocava in Antonio Labriola l'eccessiva condiscendenza degli organi di stampa socialisti verso ogni cosa scrivesse il Loria. A proposito dei *Problemi sociali contemporanei* Labriola, scrivendo a Croce, lamentava che, « la *Lotta di classe* e la *Critica Sociale* ne pubblicassero dei brani come *primizie* ... Intanto le opinioni del Loria erano invocate *contemporaneamente* come la bancarotta del socialismo (principio del 1895) non solo dai giornali borghesi — ma perfino dalle *requisitorie* dei Procuratori del Re ... » (lettera del 20 dicembre 1896, in *Lettere a Benedetto Croce*, cit., p. 182).

⁽¹³⁵⁾ Il Coletti (1866-1940) era stato presentato al Loria da Luigi Cossa per un periodo di perfezionamento a Padova (cfr. la cartolina del Cossa, datata 30 novembre 1891). In precedenza aveva studiato presso lo stesso Cossa. Anche il Messedaglia aveva inviato un biglietto di presentazione. Sul Coletti, studioso di problemi dell'agricoltura e dell'emigrazione, professore a Sassari, poi a Cagliari e finalmente a Pavia, cfr. G. U. PAPI, *In memoria di F. C.*, « Rivista italiana di scienze economiche », 1941, pp. 66-69.

⁽¹³⁶⁾ Il Coletti ne informò il Loria: « Il Turati, con una lettera eccessivamente lusinghiera per me, dice che pubblicherà l'articolo nel prossimo numero, o in quello del 1° gennaio. M'esorta a trattare della teoria del valore .. con *brevità* » (lettera del 9 dicembre 1892, in *CLT*).

⁽¹³⁷⁾ F. COLETTI, *Inchieste borghesi e inchieste operaie*, « Critica Sociale », 1893, p. 9.

dere a un « socialismo scientifico » non racchiudentesi tutto nelle dottrine di Marx, e quindi all'esistenza di teorie non marxiane del socialismo scientifico. Un'allusione alle teorie del maestro Loria? Comunque sia, la direzione della rivista postillava: « Senza consentire, anzi facendo molte riserve sul giudizio del nostro collaboratore che dichiara quella teoria *insostenibile*, non la crediamo essenziale, per altro, alla dottrina e alle conclusioni del socialismo scientifico »; e invitava l'autore a meglio esplicitare il proprio pensiero in materia ⁽¹³⁸⁾.

Il Coletti non ebbe tempo di approfittare dell'invito, perchè Romeo Soldi ⁽¹³⁹⁾ — un giovane socialista cremonese che nel 1892-93 si era perfezionato a Berlino — prese di petto la critica lorianiana a Marx, cercando di dimostrarne l'infondatezza. Tale critica, secondo il Soldi, poteva essere riassunta nei seguenti cinque punti:

⁽¹³⁸⁾ « Invitato dal Turati ad esporre l'*insostenibilità* della teoria del valore di C. Marx — scriveva il Coletti al Loria — avrei bisogno di leggere pure il commento fatto dal *Nazzani* sulle prime cinque sezioni del cap. *On Value* di Ricardo ... Apporterò della Sua bontà e cortesia, per inviarle il ms., affinché dia ad esso un'occhiata » (lettera del 6 gennaio 1893, conservata in *CLT*).

⁽¹³⁹⁾ Romeo Soldi (1870-1959) fu delegato insieme a Enrico Ferri e Alessandro Schiavi al congresso dell'Internazionale a Londra, nel 1896. Cfr. R. SOLDI, *Il congresso Internazionale di Londra del 1896*, « Movimento Operaio », 1950, p. 253 e ss. Cfr. anche ID., *Dichiarazioni di Romeo Soldi su due incontri con Engels*, « Rivista storica del socialismo », 1959, aprile-giugno. Antonio Labriola aveva informato Engels della presenza del Soldi a Londra in questi poco lusinghieri termini: « È a Londra il Dottore Romeo Soldi ... Ci si fermerà lungamente ... Romeo fu espulso dall'Università di Roma per motivi non politici. Fu un anno a Berlino, dove, mentre scriveva sulla « Riforma » (crispina!), divenne socialista. ... Non è cattivo; ma non sa quel che vuole. Cambia di opinione ogni due ore. Occasionò coi suoi spropositi la polemica Loria nella « Crit. Soc. ». Ha poco comprendonio ... » (lettera del 17 marzo 1895, in *Scritti filosofici*, cit., p. 453). Dell'articolo del Soldi, Antonio Labriola aveva puntualmente informato Engels: « ... Se guardate il n. 14 della « Critica Sociale », vedrete che un giovanetto di primo pelo (R. Soldi) si era permesso di pubblicare un branarello di critica alla critica che fa Loria di Marx » (lettera dell'11 agosto 1894, in *Scritti filosofici*, p. 401). Dopo il congresso di Imola del 1902, il Soldi, aderente alla corrente sindacalista rivoluzionaria, non collaborò più alla rivista di Turati. Cfr. R. AMADUZZI, *Problemi dell'economia e del lavoro*, in *Critica Sociale*, cit., vol. I, p. cxii. Il Soldi insegnò per vari anni economia politica e statistica all'Università di Macerata (1936-1943). Si era iscritto al partito fascista nel 1933 (cfr. il fascicolo a lui intestato nell'archivio dell'Università).

- 1) pretesa eternità, in Marx, della legge del valore-lavoro;
- 2) erronea definizione del saggio del profitto sulla base del solo capitale-salari anticipato;
- 3) mancata considerazione dell'elemento temporale ai fini della formazione del saggio di profitto;
- 4) contraddizione fra teoria del valore-lavoro e principio della concorrenza fra capitali aventi differente composizione organica;
- 5) erronea spiegazione della genesi del profitto commerciale in Engels.

Ora, è da osservare che soltanto i punti 3, 4 e 5 rispecchiano il pensiero del Loria. Il punto 1, infatti, riguarda una critica mossa dal Loria più ai classici che non a Marx; il punto 2 dipende dalla confusione, nel « giovane » Loria, fra saggio del profitto e saggio del plusvalore, confusione che non si ritrova più nella sua opera più matura, *l'Analisi della proprietà capitalistica*. Il Soldi ha dunque facile gioco nel dimostrare — testi di Marx alla mano — che la « legge del valore » non è affatto concepita da Marx come eterna; nel rilevare la distinzione fra saggio di profitto e saggio di plusvalore; e nel far vedere che in Marx l'introduzione delle macchine ha lo scopo di aumentare il saggio di plusvalore (c.d. plusvalore relativo), eventualmente bilanciando la caduta del saggio del profitto. Meno facile è invece per il Soldi difendere Marx dal punto 3 della critica del Loria. Qui il Soldi si cava d'impaccio affermando che « il volere fare entrare il fenomeno della circolazione del capitale, che presuppone già le merci, lo scambio e quindi il valore, per analizzare gli elementi costitutivi di quest'ultimo, mi pare rappresenti un vero e proprio errore economico » ⁽¹⁴⁰⁾; ma evidentemente questa osservazione può valere per merci prodotte in tempi uguali e vendute in tempi diversi, ma non per merci prodotte con capitali di diversa durata. Come è noto, Ricardo aveva preso in considerazione entrambe le possibilità ⁽¹⁴¹⁾, riconoscendo in esse altrettante eccezioni alla legge del valore. Ma Marx?

⁽¹⁴⁰⁾ R. SOLDI, *Le critiche di Achille Loria alla teoria del valore di Carlo Marx*, « Critica Sociale », 1894, p. 219. L'articolo del Soldi è riprodotto anche nell'antologia *Critica Sociale*, cit., vol. II, pp. 381-86.

⁽¹⁴¹⁾ D. RICCARDO, *Principi*, cit., cap. I, sez. V, « Il principio secondo cui il valore non varia con l'aumento o la diminuzione dei salari, modificato anche dalla

Anche sul punto 4 — la critica del Loria a Marx, continuamente ripetuta in tutti i suoi scritti — il Soldi si limitava a osservare che per Marx il valore del prodotto del lavoro è indipendente dal valore della forza-lavoro, cioè dal salario; è la produttività del capitale che permette che il saggio del plusvalore cresca nonostante un aumento dei salari. « È precisamente questa elasticità e variabilità dell'efficacia del capitale in qualità di creatore di prodotto e di valore che il Loria trascura nella sua teoria ... Se il costo del lavoro può variare senza che il valore vari, per la diversa efficacia intensiva o estensiva della potenza produttiva inclusa nel capitale, anche il valore può rimanere uguale pur crescendo il maggior valore ottenuto dal capitalista ... ». Il Soldi sembrerebbe addirittura imputare a Marx una teoria del capitale come unica fonte di valore!

Non molto più efficace è la replica del Soldi all'ultimo punto del Loria, secondo cui Engels nell'*Antidühring* avrebbe spiegato la genesi del profitto commerciale con la vendita della merce da parte del manifattore al commerciante a un valore inferiore alla quantità di lavoro contenuta. Il Soldi, infatti, si limita a ripetere che il profitto commerciale è il prodotto della redistribuzione del plusvalore fra i vari capitali, lasciando irrisolta la questione se esso sia dovuto o no a un arricchimento di tipo « mercantile » del commerciante ai danni del manifatturiere.

Se le osservazioni del Soldi non erano particolarmente illuminanti, la replica di parte lorianiana lo fu ancor meno. Francesco Coletti, nel suo *La teoria del valore di Carlo Marx e le critiche di A. Loria* ⁽¹⁴²⁾, ricalcava a tal punto le orme del maestro, da incorrere

diseguale durevolezza del capitale e dalla diseguale rapidità con cui esso fa ritorno a chi lo impiega » (tr. it., p. 28).

⁽¹⁴²⁾ « Critica Sociale », 1894, pp. 248-50. Così l'autore informava il Loria: « Non appena letto lo spropositato articolo del Soldi, ho pensato di tenere la parola già data al Turati, cioè di provare che la teoria del valore di Marx è errata ... » (lettera da Macerata, 21 luglio 1894). Durante la redazione dell'articolo, il Coletti chiede consiglio al maestro: « Vorrei sapere — scrive il 7 agosto 1894 — a pronta posta, se la promessa dimostrazione della esattezza della teoria marxiana (promessa dal Marx stesso e dall'Engels pure nella polemica che ebbe con Lei nel 1883) è poi apparsa nel vol. 2° del Capitale, già pubblicato. Non credo che il 3° vol. sia venuto in luce ... ». Se si tiene presente che l'articolo del Coletti venne pubblicato con la data « agosto 1894 », si è impressionati dal suo procedere a tentoni. Uscito l'articolo, subito scriveva a Engels Antonio Labriola; « Finalmente abbiamo

nel medesimo *lapsus* di indicare il capitolo XI (anzichè IX) del I libro del *Capitale* come quello in cui Marx rinviava a « un quarto libro mai pubblicato » la soluzione del problema del rapporto fra profitto e valore. Per il Coletti (come per il Loria) non può esistere una legge del valore unica: ve ne sarebbero almeno tre, rispettivamente per le produzioni aumentabili alle medesime condizioni (concorrenza perfetta con rendimenti costanti); per le produzioni aumentabili per sola volontà del produttore (monopolio); per le produzioni agricole (rendimenti decrescenti). Coletti ripete con Loria che secondo Marx « la produzione della plusvalenza [*sic*] è indipendente sotto tutti gli aspetti dal capitale costante col quale è associato il capitale variabile », per cui la teoria marxiana è incapace di spiegare la motivazione dei capitalisti ad introdurre le macchine aumentando così la composizione organica del capitale.

La replica del Soldi, di tono quasi goliardico (« abbiamo toccato il papa ed è giusto che il curato strilli »), insisteva sulla tesi (giusta) che Marx aveva sempre riconosciuto la capacità delle macchine di aumentare il plusvalore, e che quindi non gli si poteva imputare di aver trascurato la funzione del capitale nella formazione del valore ⁽¹⁴³⁾.

Interveniva allora un altro giovane, Antonio Graziadei, spingendo alle estreme conseguenze il ragionamento del Loria: « Sono ben lontano dal credere che la legge del valore, semplice fenomeno di circolazione, costituisca la cellula primordiale dell'organismo economico ... Qualora si riesca a dimostrare che la teoria del valore di Marx era erronea, l'economia socialista, eliminandola da sè, ... mentre da una parte darà prova di ... imparzialità, potrà dall'altra, tanto le sue principali scoperte sono indipendenti da una legge del valore, assumere un più sicuro sviluppo » ⁽¹⁴⁴⁾. Sulla

l'uccisione autentica di Marx. Quel Coletti era studente a Roma due anni fa. Lo conosco. Quella non è farina del sacco suo. Quelle sono comunicazioni del Loria stesso, intrigante di professione ... » (*Scritti filosofici*, p. 407).

⁽¹⁴³⁾ R. SOLDI, *Ancora delle critiche di Achille Loria alla teoria del valore di Carlo Marx (replica al prof. Coletti)*, « Critica Sociale », 1894, pp. 264-65.

⁽¹⁴⁴⁾ A. GRAZIADEI, *La teoria del valore di Carlo Marx (Intervento nella polemica Soldi-Coletti)*, *ibidem*, 1894, p. 295. Nella seconda puntata dell'articolo il Graziadei affermava che « l'esistenza del capitale tecnico è incompatibile con la teoria socialista del valore », ma che, ciò nonostante, restava in piedi, dell'economia di

questione se l'introduzione delle macchine accresca o no il profitto intervenne anche Paul Lafargue, ammonendo Loria e i suoi seguaci a « non restare sulla luna », e a riconoscere nella caduta del saggio d'interesse una manifestazione della legge marxiana della caduta del saggio del profitto per effetto dell'introduzione delle macchine ⁽¹⁴⁵⁾. La discussione si protraeva, ardente quanto confusa,

Marx, « la grande legge del sopralavoro » (p. 319). In un nuovo scritto sulle *Teorie del valore di Carlo Marx e Achille Loria*, Graziadei ribadiva che « il capitale tecnico forma la pietra d'inciampo della economia classico-socialista. Ricardo, Marx, Loria, questi giganti del pensiero economico, hanno lavorato indarno a colmare l'abisso che la loro teoria del sopralavoro come coefficiente del valore aveva aperto fra capitale tecnico e capitale salari. Ogni nuova analisi ... dovrà appunto mirare principalmente a togliere di mezzo il dualismo, creato dalla scuola classico-socialista, fra le due forme di capitale produttivo » (« Critica Sociale », 1894, p. 349). Il Graziadei sviluppò la propria analisi nel saggio *Sopralavoro e sopravvalore. L'indipendenza della teoria del profitto dalla teoria del valore* (« Critica Sociale », 1895, pp. 296-97), e soprattutto nel volume *La produzione capitalistica*, Bocca, Torino, 1899, in cui è pagato un esplicito tributo alle intuizioni loriane (cfr. p. ix). Naturalmente, l'analisi del Graziadei provocò le ire di Antonio Labriola, che appaia il nome di Graziadei a quello di Bernstein (« un certo Graziadei, un ragazzo inventore di una nuova teoria del valore! », lettera a Luise Kautsky del 5/4 '99, in *Scritti filosofici*, cit., p. 1000). Cfr. anche i rapidi cenni alla teoria di Graziadei in B. CROCE, *Recenti interpretazioni della teoria marxistica del valore e polemiche intorno ad esse* (1899), in *Materialismo storico*, cit., pp. 134-37. Su Graziadei (1873-1953), professore di finanza nell'Università di Parma, deputato comunista nel 1921, poi espulso per deviazionismo di destra, cfr. L. DAL PANE, *Il pensiero economico di A. G.*, « Giornale degli economisti e Annali di economia », 1955, pp. 197-227; A. GRAZIADEI, *Scritti vari di economia*, a c. di M. Ridolfi, UTET, Torino, 1969; G. GATTEI, *L'economia senza valore di A. G.*, « Studi storici », 1971, pp. 36-63; E. ZAGARI, *La teoria del valore-lavoro nei primi scritti di A. G.*, in ID., *Marxismo e revisionismo*, cit., pp. 159-197 (che introduce una scelta di brani da *La produzione capitalistica*).

⁽¹⁴⁵⁾ P. LAFARGUE, *Breve risposta-domanda ai critici di Marx circa la teoria del valore*, « Critica Sociale », 1894, p. 317. Cfr. anche la risposta di F. COLETTI, *Risposta a P. Lafargue circa la teoria del valore di Carlo Marx*, *ibidem*, pp. 333-35; e P. LAFARGUE, *Replica*, *ibidem*, p. 346. Anche le risposte del Coletti vennero « pilotate » da Achille Loria: « Per quanto io stesso avessi già notato l'errore del Lafargue, non avrei potuto esprimermi meglio e più concisamente di quanto Ella abbia fatto » in una cartolina allo stesso Coletti (lettera del 26 ottobre 1894, in *CLT*). E ancora: « Avrò veduto che il vespaio da me sollevato coll'attaccare la teorica marxiana ha prodotto il triste effetto di ... provocare una serie di bestialità marchiane. Il bravo Graziadei ha veduto che ha scoperto? che il cap. tecnico dà un profitto per sè, come l'operaio dà il plusvalore. E il Lafargue, saccente e barbassore? Egli,

allorchè, nel novembre 1894, uscì finalmente il più volte promesso III libro del *Capitale*, sulla cui pubblicazione (o addirittura esistenza) il Loria e i suoi allievi avevano manifestato il loro sarcastico scetticismo ⁽¹⁴⁶⁾. Accompagnava l'opera una prefazione di Friedrich Engels che a undici anni di distanza riprendeva in esame il « caso Loria » — il Loria del saggio su Marx del 1883, quello della *Teoria economica della costituzione politica*, e infine quello della recensione al *Durschnittsprofirate* di Conrad Schmidt ⁽¹⁴⁷⁾ — riservando al professore italiano una nuova serie di contumelie, che trovarono entusiastica accoglienza in Antonio Labriola ⁽¹⁴⁸⁾, ma che per la

nella « Replica », è ritornato alla teorica di Adamo Smith, che fa consistere il profitto nell'abbondanza o meno dei capitali. — Ora, di fronte a tante bestialità, io oserei pregarla di fare udire la Sua voce, che sarà la voce che potrà schiarire la questione annebbiata nella mente di chissà quanti lettori della « Critica ». Basterebbero poche parole di Lei; e non dico altro » (lettera del 19 novembre 1894, in *CLT*).

⁽¹⁴⁶⁾ Così scriveva Loria a Engels il 15 gennaio 1888: « Eminent Monsieur, Si vous me permettez de frapper à la porte de votre charmante politesse [!], dont je retiens des si agréables souvenirs depuis mon séjour à Londres, je viens vous prier de me dire à quelle époque paraîtra le troisième volume du *Kapital*. J'attends avec la plus vive impatience ce livre, qui doit sauver le système du grand penseur que je vénère et anéantir sans ménagements mes objections ... » (riprodotta in *Corrispondenza con italiani*, cit., pp. 331-32). Scriveva Antonio Labriola a Engels, il 15 ottobre 1894: « [A Roma] Loria ... ha detto a diverse persone che il III volume del *Capitale* non esiste e non sarà mai pubblicato, e che la promessa che se ne fa è una pia menzogna. Gli ho mandato a dire, per mezzo di un professore di Palermo (Ricca-Salerno) che fra poche settimane sarà servito ... » (*Scritti filosofici*, cit., p. 420).

⁽¹⁴⁷⁾ La recensione del Loria a Conrad Schmidt era apparsa sugli « *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* », 1890, pp. 272-74. Lo scritto di Schmidt è ora disponibile in una (poco corretta) edizione italiana, *Il saggio medio del profitto e la legge marxiana del valore*, Summa Uno, s.l., 1972 (nell'introduzione, B. BESNIER cita Loria, ma non dice che aveva recensito Schmidt su una rivista tedesca). Cfr. anche B. BESNIER, *Conrad Schmidt e l'inizio della letteratura economica « marxista »*, in FONDAZIONE GIANGIACOMO FELTRINELLI, *Storia del marxismo contemporaneo*, vol. II, Feltrinelli, Milano, 1977², pp. 5-48.

⁽¹⁴⁸⁾ Ricevendo da Engels una copia del volume, Antonio Labriola rispondeva: « Grazie. Anche per Sganarello e Dulcamara. Siamo d'accordo ... Mi dispiace che io difficilmente troverò un giornale italiano che vorrà riprodurre in buona prosa le frustate somministrate al sig. Dulcamara; salvo che io non voglia ricorrere alla « Rivista Internazionale di Scienze Sociali » diretta da Monsignor Talamo ... (la sola rivista in Italia che parli del movimento sociale con una certa obbiettività » (lettera del 6 dicembre 1894, in *Scritti filosofici*, cit., p. 428).

verità aggiungevano ben poco ai termini della controversia. Nella recensione al libro di Schmidt, il Loria aveva affermato che il capitale commerciale (che egli chiamava « capitale improduttivo ») aveva la capacità di estorcere agli altri capitali i loro extraprofitti, determinando quindi un saggio di profitto medio uniforme per tutti i settori. Questa interpretazione di Marx il Loria credeva di poter ricavare sulla base dello stesso Schmidt. Engels rileva però giustamente che Loria « non ci ha svelato il segreto che dà al ' capitale improduttivo ' il potere non soltanto di sottrarre agli industriali questo loro extraprofitto eccedente il saggio medio del profitto, ma anche di conservarlo, proprio come il proprietario terriero intasca sotto forma di rendita fondiaria l'eccedenza del del profitto del fittavolo ... Soltanto un avventuriero della penna, che nel suo intimo si ride dell'economia intera, può permettersi di affermare che esso possieda il magico potere di assorbire in sé tutto il plusvalore eccedente il saggio generale del profitto, prima ancora che questo si sia formato, e di convertirlo in rendita fondiaria per se stesso, senza che occorra allo scopo una qualsiasi proprietà fondiaria » (149).

Il Loria pensò di chiudere i propri conti con Marx ed Engels in due tempi. Scrisse innanzitutto un articolo sulla « Nuova Antologia » del 1° febbraio 1895 (150), nel quale, lasciando da parte la polemica con Engels, dava una valutazione del III libro del *Capitale* alla luce delle sue ben note critiche a Marx. La sua conclusione era che la promessa soluzione al problema del rapporto fra valore e profitto si risolveva in una « mistificazione », e che il fondamento della critica da lui, Loria, mossa a Marx fin dal 1883 restava pienamente valido.

Nel III libro del *Capitale*, come è noto, Marx prende esplicitamente in esame una economia abbastanza sviluppata da presentare

(149) *Il Capitale*, vol. III, tr. it. cit., pp. 25-26.

(150) Naturalmente il Labriola ne avvisa in anticipo Engels: « Mi scrivono che Loria risponderà al III vol. del *Capitale* nel n. 25 corrente della « Riforma Sociale » del Nitti » (qui il Labriola si sbagliava). « Come non può aver fatto il miracolo di leggere un volume non pubblicato, così la risposta sarà forse alla vostra *Vorrede*, comunicatagli forse dalla Kuliscioff. Sarà per mettere le mani avanti. Lui è capace di costruire a priori il 3° vol. ... » (lettera del 13 dicembre 1894, in *Scritti filosofici*, pp. 428-29).

differenti composizioni organiche del capitale nei vari settori. Per effetto della concorrenza, a questo punto i prezzi delle merci non saranno più proporzionali ai rispettivi valori: vi sarà una redistribuzione del plusvalore per cui alcuni settori (aventi un saggio di plusvalore superiore alla media) « cederanno » plusvalore agli altri, e si formerà un saggio generale medio di profitto. Le singole merci non saranno vendute più al loro « valore » (dato dalla somma del valore del capitale costante, del capitale variabile e del plusvalore: $c + v + p v$), ma saranno vendute al loro « prezzo di produzione » (dato dalla somma $c + v + \frac{P v}{C}$, dove quest'ultimo è

il rapporto fra il plusvalore totale e il capitale totale — costante e variabile — impiegato nell'economia). Il corollario della « trasformazione dei valori in prezzi di produzione » è per Marx che « la somma dei valori delle merci » prodotte nell'intera economia — « eguale al valore del capitale costante + il valore del capitale variabile + il plusvalore » ⁽¹⁵¹⁾ — deve essere eguale alla somma dei « prezzi di produzione ». Soltanto i prezzi relativi — i valori di scambio sul mercato — potranno divergere dai valori relativi (cioè dalla quantità di lavoro e pluslavoro contenuta in ogni merce). In conclusione, Marx ammetteva che la « legge del valore » non funzionasse più per determinare il valore di scambio di *ogni* merce rispetto alle altre (valore relativo); la « legge » tuttavia funzionava ancora per determinare il valore assoluto di *tutte* le merci prodotte.

La critica del Loria riguarda tanto il concetto stesso di « trasformazione », quanto il concetto di « valore totale » delle merci.

Per il Loria, un valore diverso dal prezzo è un non senso; parlando di valore, « gli economisti intendono naturalmente parlare del valore, che si stabilisce di fatto nello scambio... Del valore a cui le merci non si vendono, nè possono vendersi mai, nessun economista che abbia fior di senno si è occupato, nè vorrà mai occuparsi; poichè quello strano ed inavverabile [*sic*] valore sarebbe una specie di *noumenon*, che non si manifesterebbe giammai nelle cose e del quale il teorico potrebbe tutto impunemente affermare » ⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵¹⁾ *Capitale*, III, pp. 207-8.

⁽¹⁵²⁾ A. LORIA, *L'opera postuma di Carlo Marx*, « Nuova Antologia », 10 febbraio 1895, poi in *Marx e la sua dottrina*, cit., p. 108.

Anche l'analisi marxiana dell'operare della concorrenza, secondo cui i capitalisti vendono le loro merci al di sopra del loro valore, e altri al di sotto, sembra al Loria del tutto erronea. Con una certa efficacia, il Loria rileva che in questa visione « ciascun capitalista deve ... considerarsi come l'azionista di una società anonima, il quale partecipa al profitto complessivo (nel nostro caso il più-valore totale) in ragione delle azioni possedute, o del capitale investito » (153). A nulla serve, secondo il Loria, che Marx affermi che il totale dei prezzi è pur sempre uguale al totale dei valori; perchè il concetto stesso di « valore totale » è un « assurdo », oltre tutto in contrasto con l'impostazione del concetto di merce dato da Marx nella *Critica dell'economia politica* e nel I capitolo del I libro del *Capitale*.

Dopo aver ancora una volta rilevato che, se fosse vera la teoria marxiana della caduta del saggio del profitto, nessun capitalista sarebbe mai indotto a introdurre macchine (ma qui si può obiettare con il Soldi che le macchine fanno aumentare il plusvalore, il che può contrastare la caduta del profitto), il Loria esamina favorevolmente le varie categorie di capitale (bancario, commerciale, ecc.) e le forme di rendita. La conclusione è che « se la parte storica del sistema di Marx e la sua stupenda fisiologia dell'industria moderna rimarranno conquiste durevoli della scienza, la sua teoria economica vera e propria ... che egli era venuta creando sulla base della teoria del valore, deve, dopo la pubblicazione della sua opera postuma, considerarsi come distrutta per sempre » (154).

Demolito in tal modo l'edificio marxiano, il Loria rivolse le sue armi polemiche contro Engels, ai cui attacchi rispose con una lettera aperta al direttore della « Rifoma Sociale », Francesco Saverio Nitti (155). Era il solito stile di affettata devozione perso-

(153) *Op. cit.*, pp. 105-106.

(154) *Op. cit.*, pp. 146-47.

(155) Era stato il Nitti a sollecitare un intervento di Loria sul III volume (e questo spiega l'errore di Labriola di credere che *L'Opera postuma di Marx* sarebbe uscita sulla « Riforma sociale »). In una lettera dell'11 dicembre 1894 Nitti scriveva all'amico: « (Confidenziale). Carissimo, fra pochi giorni uscirà il 3° volume del *Capitale* di Marx; è il volume decisivo. Se Marx, in sostegno della sua teorica del valore, non trova nuovi e più gravi argomenti tutta l'opera si sgretola. Aggiun-

nale che però stavolta non si preoccupava più nemmeno di velare un totale distacco teorico. Il Loria ammetteva di aver escogitato la tesi dell'extraprofitto del capitale commerciale solo come un artificio logico per mettere in luce l'infondatezza della teoria della formazione del profitto medio in Marx. Del resto, non era

gete che questo volume sarà particolarmente interessante, perchè conterrà un lunghissimo studio sulla rendita. Sapete che Marx imparò il russo e andò a posta in Russia per studiare il sorgere del fenomeno della rendita [notizia fantasiosa: n.d.r.].

Il volume è preceduto da una prefazione di Engels. Il vecchio compagno di Marx (in parentesi: egli ha tutta l'aria di un padre nobile) difende Marx da tutte le accuse che gli sono state mosse e attacca voi con una violenza straordinaria e anche con assai poco rispetto. Vi dico ciò perchè delle bozze della prefazione ho avuto copia, che poi ho dovuto restituire.

Ora bisogna, che appena voi avete letto il libro ne facciate un articolo *leader* per la *Riforma Sociale*. Il volume del Marx è atteso con impazienza vivissima e al vostro articolo io darò una diffusione enorme, comunicandolo in bozze a tutti i giornali. Nell'articolo farete anche — e come potreste non farla? — la vostra difesa.

Comprendo che siete molto occupato, comprendo che scrivere un articolo di combattimento vi costerà molta fatica, ma sono sicuro che non vi negherete e che comprenderete come anche voi [*sic*] la mia proposta sia utile ... » (lettera conservata in *CLT*). Scriveva il Labriola a Engels: « Chi sia quel Nitti sapete, ..., che fu redattore del poliziesco « *Mattino* » (Napoli), che dirige ora una rivista omnibus, che a tempo perso fa il mestiere di socialistoide ed è poi confidente di ministri, prefetti e questori, che dopo i fatti di Sicilia denunciò come sovversiva e rivoluzionaria la « *Critica Sociale* » ... (lettera del 13 dicembre 1894, cit., p. 429). In precedenza il Nitti era stato redattore della « sezione economica politica » della « *Scuola Positiva* », diretta da E. Ferri, G. Fioretti, R. Garofalo e C. Lombroso. Poi passò alla « *Rassegna di scienze sociali e politiche* » diretta dal Ridolfi, finchè — in una lettera del 23 febbraio 1894 — annuncia al Loria che la « *Rassegna* » è stata acquistata da Roux: « La nuova serie comincerà dal giorno 25 marzo, con un fascicolo doppio di 200 pagine. Il titolo antico non mi piaceva: era troppo lungo, e, dirò così, poco adatto al successo. Il titolo nuovo sarà: *La Riforma Sociale* sottotitolo: *rassegna di scienze sociali e politiche* ... Io conto molto su di voi ... P.S. Una rivista da me diretta non può [sottolineato due volte: n.d.r.] uscire senza un vostro articolo nel primo numero. Scrivete di quello che volete, come volete, quanto volete ... » (lettera conservata in *CLT*). In effetti, la nuova rivista si aprì con un articolo del Loria, *Scienza sociale e riforma sociale*, « *Riforma Sociale* », 1894, I, pp. 13-17. Quanto alla risposta a Engels, il Nitti prese atto dell'intenzione del Loria di scriverne a parte: « Se farete per l'*Antologia* l'articolo sul III volume di Marx, farete per la *Riforma* la risposta ad Engels. Non rispondere mi par che non possiate » (lettera del 21 dicembre 1894, in *CLT*).

possibile attendersi alcun miracolo dalla pubblicazione del II e del III libro: « non una delle 1400 pagine di cui consta l'opera postuma di Marx, non una fu scritta posteriormente al 1867, ossia alla pubblicazione del primo volume » ⁽¹⁵⁶⁾.

La risposta del Loria fu immediatamente trasmessa da Antonio Labriola ad Engels ⁽¹⁵⁷⁾ che ne fece oggetto di un ennesimo (e definitivo) intervento nell'*Ergänzung und Nachtrag* al III libro, che non vide la luce se non dopo la sua morte. In queste *Considerazioni supplementari* trova posto, come è noto, la celebre ammissione engelsiana che « la legge del valore di Marx ha validità generale ... per tutto il periodo della produzione semplice delle merci, quindi fino al momento in cui questa subisce una trasformazione con l'apparizione della forma capitalistica di produzione. Fino a questo periodo i prezzi gravitano attorno ai valori determinati secondo la legge di Marx, ed oscillano attorno a questi valori ... La legge del valore di Marx ha dunque una validità economica per un periodo di tempo che va dall'inizio dello scambio che trasforma i prodotti in merce, fino al XV secolo della nostra era ... La legge del valore ha dunque regnato per un periodo che va da 5 a 7 mila anni. Non ci resta dunque che ammirare la profondità del signor Loria, che chiama il valore affermantesi direttamente e universalmente durante questo periodo, un valore al quale le merci non sono mai vendute o non possono esserlo, e di cui un economista, che abbia un briciolo di buon senso, non può occuparsi! » ⁽¹⁵⁸⁾. Stavolta, però, era Engels a deformare il pensiero altrui,

⁽¹⁵⁶⁾ A. LORIA, *Intorno ad alcune critiche dell'Engels*, « Riforma Sociale », 1895, in *Marx e la sua dottrina*, p. 156.

⁽¹⁵⁷⁾ « Ieri vi mandai la « Riforma Sociale », che contiene la « risposta blanda » (così mi scrive A.L. [Arturo Labriola: n.d.r.] da Napoli !!!) dell'Illustre: ossia la risposta cretina ... » (lettera del 5 marzo 1895, in *Scritti filosofici*, p. 450).

⁽¹⁵⁸⁾ *Capitale*, III, pp. 39-40. L'*Introduzione* di Engels al III libro del *Capitale* fu subito tradotta in italiano dal socialista beneventano Pasquale Martignetti, che già nel 1885 aveva tradotto l'*Origine della famiglia* di Engels e che era in contatto con il socialista tedesco. La traduzione fu presentata a Turati, il quale però — come informa Antonio Labriola in una lettera a Engels del 15 ottobre 1894 — non la pubblicò subito, in quanto « non conforme all'indole del giornale ». Martignetti la pubblicò allora su una rivista borghese di Napoli, la « Rassegna », con il titolo *Prefazione al vol. III del Capitale*, Napoli, 1895, nn. 1-2, pp. 72-100, e poi nell'opuscolo, promosso da Antonio Labriola, intitolato *Dal terzo volume del*

perchè il Loria non aveva affatto negato che la teoria del valore-lavoro avesse operato nelle epoche storiche passate, ma ne negava l'efficacia (esattamente come Engels!) nel capitalismo contemporaneo.

Di lì a un mese, sulla « Critica Sociale » del 16 marzo 1895, il nostro infaticabile autore interveniva nella discussione aperta da Soldi e Coletti con *Due parole di anticritica* ⁽¹⁵⁹⁾. L'anticritica era rivolta al giovane Arturo Labriola ⁽¹⁶⁰⁾, che nell'articolo *Le*

Capitale di Carlo Marx. Prefazione e commenti, Tipogr. editrice romana, 1896, pp. 55 (cfr. G. M. BRAVO, *Marx ed Engels in lingua italiana 1848-1960*, Edizioni Avanti!, Milano, 1962, p. 146). Sulla interessante figura di Pasquale Martignetti (1844-1920) cfr. E. RAGIONIERI, *Socialdemocrazia tedesca e socialisti italiani*, cit., p. 449-56. La « Critica Sociale » pubblicò brani dell'*Introduzione* di Engels solo in occasione della morte di quest'ultimo, nell'agosto 1895, con il titolo *L'ultimo lavoro di F. Engels. Complementi e aggiunte al terzo libro del Capitale*, « Critica Sociale », 1895, pp. 328-30; 347-48; 361-62; 377-78, e con questa avvertenza della direzione: « Dalla *Neue Zeit* togliamo, in piccola parte riassumendo e nella parte maggiore traducendo fedelmente, il lavoro poderoso che poco prima della sua morte, l'Engels scriveva a illustrazione del III volume del *Capitale* di Marx ... Speciale interesse assume questa pubblicazione in Italia dove il più reputato dei nostri economisti, il Loria, scese solennemente in campo contro la teoria marxista con una pubblicazione apparsa nella *Nuova Antologia* ... *Risponde* l'Engels, da par suo [!], alle critiche del Loria, e rettificando le vedute sull'argomento del Sombart e dello Schmidt ... » (« Critica Sociale », 1895, p. 328). Il testo di Engels era purgato dei brani ingiuriosi contro il Loria. Dalla « rivista del socialismo scientifico », forse sarebbe stato legittimo attendersi qualcosa di più.

⁽¹⁵⁹⁾ « Critica Sociale », 16 marzo 1895, rist. in *Marx e la sua dottrina*, pp. 163-73. Per un altro lapsus, la *Bibliografia* einaudiana registra l'articolo come *Due parole di autocritica* (p. 30).

⁽¹⁶⁰⁾ Arturo Labriola (1873-1959), dopo il 1900 teorico del sindacalismo rivoluzionario, in seguito riformista e ministro del Lavoro con Giolitti (1920-21), professore di economia a Napoli, non ha ancora ricevuto sufficiente attenzione come « revisore del marxismo » (cfr. D. MARUCCO, *Arturo Labriola e il sindacalismo rivoluzionario in Italia*, Fondazione Einaudi, Torino, 1970). Nonostante che anche Arturo fosse un critico del Loria, il suo più celebre omonimo — che sulla « Critica Sociale » aveva pubblicato nel 1891 una rettifica, diffidando dal confonderlo con l'altro, « giovane diciottenne, ... che non m'è parente neppur lontano » (p. 183) — non manca di presentarlo in cattiva luce presso Engels. In una lettera del 15 febbraio 1895 scrive che « questo signorino ... non sa una parola di tedesco; mi risulta anche che gli articoli che il signorino ha cominciato nella « Crit. Soc. » sono un plagio del Bernstein nelle traduzioni somministrategli dal Nitti » (*Scritti filosofici*, p. 444). Engels doveva essersi fatta una idea ben strana dell'ambiente intellettuale socialista italiano. L'atteggiamento critico di Antonio Labriola sfio-

conclusioni postume di Marx sulla teoria del valore ⁽¹⁶¹⁾ aveva difeso la teoria marx-engelsiana del capitale commerciale, definendola non in contrasto con la teoria del valore, e aveva concluso che se si accusava la teoria del valore-lavoro come contraria alla realtà, lo stesso si sarebbe dovuto dire di qualsiasi altra teoria del valore, teoria edonistica compresa. Il pensiero di Arturo Labriola era piuttosto confuso, ma serviva egregiamente al Loria per una precisazione della propria linea teorica. Con un parziale arretramento rispetto all'intransigenza dei due articoli precedenti, infatti, questa volta il Loria non nega *in toto* la possibilità di misurare in lavoro il valore totale delle merci, purchè si parli allora di « quantità totale di lavoro contenuto » nel senso di Ricardo. Ribadendo la propria vocazione di critico di Marx attraverso Ricardo, il Loria vuole con questo salvare la teoria del costo di produzione, che con una critica troppo radicale a Marx avrebbe rischiato di crollare per far luogo alle teorie edonistiche, dal Loria sdegnosamente respinte. L'articolo terminava con una sequenza del tutto in linea

rava la mala fede in una lettera del 2 febbraio, quando, riferendosi a un articolo di Arturo sulla « Critica Sociale » del 1° febbraio, *La teoria marxista del valore e il saggio medio del profitto*, scriveva: « A scanso di equivoci: io non ho niente da vedere nell'articolo di A.L., « Crit. Soc. », p. 43-46 (n. 3, 1° febr.): nè so donde provenga tanta scienza e dottrina, condita, come sempre, di lodi agli *illustri* avversari e mascalzoni. Tanto la dottrina del valore è un *ferravecchio* (*ibid.*, p. 37) è cosa già *superata* (*ibid.*, p. 43) etc. » (*Scritti filosofici*, p. 440). Dal contesto, sembra che questi giudizi sulla teoria del valore siano di Arturo Labriola. Al contrario: sono espressioni di IL LUPO, *Comincia il ravvedimento — Note postume alla riunione di Parma, ibidem*, pp. 36-37, che si compiaceva del fatto che « si sia cominciato a menare il piccone della critica nel campo dei principj e molti *si siano* persuasi che la marxista teoria del valore è da buttarsi fra i ferravecchi » (p. 36). Arturo interviene *contro* « il Lupo », sostenendo che non c'è affatto « bancarotta del marxismo ». Il resto dell'articolo era un tentativo di difendere la teoria della « trasformazione » nel III libro del *Capitale*.

⁽¹⁶¹⁾ ART. LABRIOLA, *Le conclusioni postume di Marx sulla teoria del valore*, « Critica Sociale », 1895, pp. 76-79. Al termine dell'articolo di Arturo, figurava la seguente *Postilla* della direzione: « Questa discussione sulla teoria del valore, combattuta da polemisti ferrati come il Soldi, il Lafargue, il Coletti, il Graziadei, ecc., ha interessato moltissimo *alcuni* dei nostri lettori, ...; ma alla *maggioranza* dei lettori, che non sono specialisti di materie economiche, sembrò aver già troppo dilagato, data la natura non strettamente tecnica di questa Rivista » (p. 79). Per la « Critica Sociale », il « marxismo teorico in Italia » era già morto cinque anni prima dell'anno in cui lo faceva morire Benedetto Croce.

con il ruolo di padre fondatore della critica « scientifica » del marxismo che ormai si era stabilmente assunto: « Una esortazione ... io rivolgo a tutti quei socialisti, ai quali mi avvicina una simpatia così viva e sincera. Anzichè rinserrarsi nel cerchio di ferro del sofisma, anzichè precludere meditatamente l'accesso alla verità, apritele, in nome del cielo, tutte le porte, non temete di vedere sfatate le vostre aspirazioni, sol perchè questa o quella parte del vostro *credo* scientifico vada affondata, o distrutta ... No, il socialismo non ha d'uopo di invocare la propria vita dalla persistenza di questa o quella dottrina, perchè il socialismo è la verità, e la verità non può morire » (182).

7. *La teoria lorianiana della proprietà: un tentativo di sintesi.*

Si sono esaminate finora le opere del Loria in rapporto al pensiero di Marx e al pensiero sociale positivistico allora dominante. Fermiamoci ora brevemente su « quel che di lorianiano vi è in Loria »; cioè sulla sua teoria della proprietà e del capitalismo, segnandone i tratti specifici più originali.

(182) In *Marx e la sua dottrina*, p. 172. Era un po' il tono del vincitore. Ma negli anni successivi, la stella del Loria come critico del marxismo cominciò ad appannarsi, anche a causa della fortuna toccata agli scritti di Antonio Labriola e di Benedetto Croce. Ma anche un amico del Loria contribuì, da tutt'altra sponda ideologica, a far vacillare il credito del Loria come revisore del marxismo. Scrivendo sulla « Rivista Popolare » del Colajanni, Maffeo Pantaleoni ironizzava prima sulla teoria della terra libera, e quindi su « questa *croce* del materialismo storico. Non bastava che Engels avesse detto delle insolenze in tedesco al Loria; un altro ha dovuto dirgliene anche in italiano. Trattasi di una grottesca tenzone. I più ... stanno litigando da una parte e dall'altra, a chi abbia per primo e più chiaramente detto una castroneria! » (*A proposito del Cours d'Economie Politique di Vilfredo Pareto*, « Rivista Popolare », 15 aprile 1897, p. 367). « Un altro » era espressione non molto garbata per alludere a Benedetto Croce, che scrisse una lettera al direttore in cui ribadiva che fra il materialismo storico di Marx e quello del Loria c'era una bella differenza; in particolare, che « la concezione storica di Marx non pretende alla ricerca fantastica della *causa ultima*; non nega l'interdipendenza dei fattori sociali; e, in fin dei conti, non è troppo lontana dai teoremi che formula bellamente il Pareto nel suo libro, e che il Pantaleoni accetta ... » (B. CROCE, *Polemica sul materialismo storico*, lettera da Napoli, 19 aprile 1897, « Rivista Popolare », 30 aprile, p. 391). In sostanza, i due erano concordi solo nel riconoscere che il Loria aveva detto una castroneria.

Prima della pubblicazione delle opere del Loria, la principale trattazione del tema della proprietà dal punto di vista economico, in Italia, era quella contenuta nel III volume dell'*Economia dei popoli e degli stati* di Fedele Lampertico ⁽¹⁶³⁾. Si trattava, in realtà, di un lavoro di taglio manualistico, senza note nè riferimenti bibliografici, ma indubbiamente efficace come sistemazione dottrinale di opinioni altrui. Il primo capitolo affrontava le varie definizioni di capitale date nella letteratura economica dall'antichità classica fino a Knies, passando per i fisiocratici e i classici inglesi. Il secondo capitolo affrontava la genesi storica e le varie forme della proprietà fondiaria, appoggiandosi ad autori quali il Roscher, il Cattaneo, il Laveleye e il Jacini. Per le tesi del Laveleye, circa la genesi della proprietà individuale da una proprietà collettiva antica, fondata sulla consuetudine, il Lampertico mostra simpatia, purchè si eviti di « vagheggiare siffatte consuetudini, come feraci di nuove e più larghe applicazioni per l'avvenire », mentre esse debbono essere considerate « come superstiti ad una condizione economica che universalmente si è trasformata, e che più non ritorna all'originario modo di essere » ⁽¹⁶⁴⁾. Piuttosto che a norme

⁽¹⁶³⁾ F. LAMPERTICO, *Economia dei popoli e degli Stati*, III. *La proprietà*, Fratelli Treves, Milano, 1876.

⁽¹⁶⁴⁾ F. LAMPERTICO, *op. cit.*, pp. 35-36. Queste considerazioni, di per sè abbastanza ovvie, provocarono a distanza di quindici anni una risposta di G. VALENTI, *Le forme primitive e la teoria economica della proprietà*, Loescher, Roma, 1892, dedicato alla memoria di Emile de Laveleye e che, appunto, si apriva con un indirizzo al Lampertico. « Se gli studi, che da alcun tempo si vanno proseguendo da economisti e da giuristi, ci riconducono alle origini della proprietà, ciò avviene soltanto per uno scopo teorico e non perchè alla forma primitiva ci si debba soffermare o convenga riprenderla praticamente; bensì per rifare la strada e, ridiscendendo insino a noi, studiare nelle varie forme e condizioni succedentisi di tempo in tempo quel che vi fosse di economicamente necessario e quel che invece debba attribuirsi ad estranee influenze e segnatamente all'influenza della costituzione politica » (pp. viii-ix). L'influenza lorianiana su tutta l'opera del Valenti è evidente, come vedremo. Sugli studi valentiani in tema di proprietà fondiaria, cfr. P. GROSSI, ' *Un altro modo di possedere* ', cit., p. 286-314. Il Valenti era stato presentato al Loria da una lettera di Giacomo Venezian, lo studioso di diritto civile e romano che con la prolusione di Camerino sulle *Reliquie della proprietà collettiva in Italia* (1887) aveva dato un importante contributo agli studi, non solo giuridici, sulla proprietà fondiaria in quegli anni (cfr. GROSSI, *op. cit.*, pp. 257-71). La lettera di Venezian, datata 28 maggio 1890, è in CLT.

che tutelino questi avanzi di diritti collettivi, il Lampertico è favorevole a leggi che consolidino il demanio forestale e in generale la proprietà pubblica ⁽¹⁶⁵⁾. Il capitolo terzo si sofferma sui limiti alla proprietà privata, e consente all'autore di difendere la legge mineraria, voluta dal Sella per sottrarre lo sfruttamento del sottosuolo all'inerzia del proprietario del fondo ⁽¹⁶⁶⁾. Il capitolo quarto, forse quello più valido sotto il profilo teorico, tratta della rendita secondo gli economisti italiani del Settecento, i classici inglesi, il Thünen, ecc., giungendo alla conclusione che la rendita — derivante dalla differenza fra prezzo e costo di produzione — è « fenomeno di distribuzione », e non di produzione; non è un reddito nuovo, ma un reddito derivato ⁽¹⁶⁷⁾. Il capitolo quinto riguarda il profitto e l'interesse. Esso comincia imputando a Marx la teoria per cui « ogni profitto del capitale » deriva dai « soli fattori personali » ⁽¹⁶⁸⁾ (opinione, si è visto, condivisa anche dal giovane Loria, e che si giustifica sulla base della conoscenza del solo I libro del *Capitale*). Segue una lunga trattazione storica dell'usura e delle teorie aristoteliche e canonistiche in materia, per concludere con la polemica Bastiat-Proudhon sulla gratuità dell'interesse (il Lampertico si schiera con Bastiat, secondo il quale « l'interesse rappresenta nella storia del capitale quel punto di progresso che nella storia della terra si rappresenta dal sistema di fitto, che si sostituisce a sistemi più o meno complicati di compartecipazione » ⁽¹⁶⁹⁾). Il capitolo sesto esamina i rapporti fra salario e popolazione, e fra teoria del salario e teoria del valore. La conclusione del Lampertico è che la retribuzione del lavoro non è regolata da un unico principio, e che la teoria del valore — qualunque essa sia — non serve a spiegare la determinazione dei salari (qui il Lampertico è smithiano). Il capitolo prosegue con l'esame della teoria del « fondo-salari » (che stabilisce un rapporto rigido fra popolazione e « fondo » capitale destinato al suo mantenimento), e della teoria

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. F. LAMPERTICO, *op. cit.*, pp. 73-74, 83-85 e *passim*. A Lampertico e Luzzatti si debbono i primi sforzi per la salvaguardia del demanio forestale (cfr. A. MURA, *Ordinamento forestale e problemi montani*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 3-25).

⁽¹⁶⁶⁾ *Op. cit.*, pp. 69-72.

⁽¹⁶⁷⁾ *Op. cit.*, p. 164.

⁽¹⁶⁸⁾ *Op. cit.*, p. 169.

⁽¹⁶⁹⁾ *Op. cit.*, pp. 217-18.

della caduta del saggio di profitto. Il capitolo settimo, piuttosto eterogeneo, parla dell'« applicazione del capitale alle diverse industrie », e si sofferma descrittivamente sulle cooperative e sulle società anonime, per concludersi con un esame dei vari tipi di applicazione del capitale all'agricoltura, e del fenomeno dell'assenteismo quando capitalista e proprietario non sono la stessa persona.

Se confrontiamo *La Proprietà* del Lampertico con *La rendita fondiaria e la sua elisione naturale* del Loria, scritta appena tre anni dopo, osserviamo una grande differenza. Nel Loria, infatti, è presente il tentativo di costruire un « modello » del sistema capitalistico *partendo* dalla proprietà fondiaria e spiegando tutto il resto (accumulazione, distribuzione del reddito, ecc.) sulla base della struttura e dell'evoluzione della proprietà fondiaria. Colpisce anzitutto l'arditezza del proposito lorianiano di dedurre tutti questi fenomeni da una definizione della rendita di tipo strettamente ricardiano, come rendita differenziale rispetto a un margine tanto estensivo quanto intensivo ⁽¹⁷⁰⁾. Da queste definizioni, date nel primo capitolo, il Loria passa all'esame della *Rendita nella storia*, in cui, ancora una volta arditamente, l'autore cerca di dimostrare che in tutte le società passate la rendita era stata « elisa », cioè eliminata mediante il suo trasferimento come reddito ad altri soggetti economici: agli altri membri della comunità agricola tramite la ripartizione del prodotto secondo criteri egualitari (antica Germania), ai proprietari di terre come canone fisso (Medioevo), allo Stato con vari tributi in tutte le epoche. « Nella storia intera dell'umanità la regola non è la rendita, ma la sua elisione. Fu solo col sorgere dell'era contemporanea contraddistinta dalla grande proprietà fondiaria, che si infransero quei vincoli che impedivano alla rendita di dispiegarsi liberamente ... » ⁽¹⁷¹⁾. Nella proprietà fondiaria contemporanea, dunque, a differenza di quanto è avvenuto finora, la rendita trova nuovo impulso per il proprio sviluppo. Nei capitoli successivi il Loria cerca di trovare delle prove per il sostegno di questa tesi. Anzitutto egli osserva che i miglioramenti agricoli, quando avvengono sulle terre migliori, non contribuiscono

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. A. LORIA, *La rendita fondiaria e la sua elisione naturale*, cit., p. 2.

⁽¹⁷¹⁾ *Op. cit.*, p. 52.

ad abbassare il prezzo dei prodotti, ma al contrario ad aggiungere alla rendita già goduta dai proprietari di quelle terre un ulteriore reddito assimilabile al prezzo di monopolio. Questo fenomeno favorisce secondo il Loria la concentrazione delle terre migliori nelle mani dei grandi proprietari capitalistici, mentre la piccola proprietà coltivatrice — la forma che sola potrebbe ostacolare il progredire della rendita — viene confinata alle terre meno fertili. D'altra parte la generale brevità degli affitti impedisce i miglioramenti nelle terre meno fertili e quindi incoraggia ulteriormente la rendita. Ma anche la collettivizzazione della terra — come sostenuto dai « socialisti agrari » anglosassoni — non scongiurerebbe il formarsi della rendita. Secondo il Loria, infatti, « i miglioramenti agricoli sarebbero introdotti dallo Stato, il quale per necessità li introdurrebbe proporzionalmente, senza distinzione alle [sic] varie terre ... Le cagioni avversanti i progressi dell'agricoltura non hanno origine nella proprietà privata del suolo ... La loro vera origine sta nell'organamento giuridico della proprietà territoriale e si riassume nella grande proprietà » (172). È chiaro che, se i miglioramenti sono introdotti « proporzionalmente » su tutte le terre, la rendita differenziale sulle terre migliori (siano pure di proprietà statale) rimarrà. Ma il Loria non spiega *perchè* i miglioramenti dovrebbero essere introdotti proporzionalmente. Comunque sia, questa posizione contraria alla nazionalizzazione della terra fu mantenuta dal Loria in tutte le sue opere successive.

Dopo una sezione storica sulle *Influenze sociali della rendita fondiaria* (cfr. par. 3), il Loria affronta finalmente la questione teorica centrale dell'opera: la dimostrazione che in tutte le società diverse da quella capitalistica la regola è che la rendita viene « elisa », cioè eliminata mediante il suo trasferimento o ad altri produttori, o alla comunità, o allo Stato. Particolarmente abile è il Loria nella dimostrazione dell'« elisione » in una società « minima », cioè in una società che Marx chiamerebbe « mercantile semplice ». Servendosi di complicati esempi numerici di sapore ricardiano, e mutuando nientemeno che da Walras e Dupuit il concetto di « prezzi multipli » in regime di monopolio, il Loria ne conclude che i produttori di manufatti possono sempre praticare

(172) *Op. cit.*, pp. 128-29.

prezzi differenziati nei confronti dei venditori di prodotti agricoli, in modo da intascarsi la loro rendita ⁽¹⁷³⁾. Quando però la terra viene monopolizzata, e il proprietario si dissocia dal coltivatore, il meccanismo di « elisione » si inceppa. Il risultato sarà che i capitalisti industriali dovranno ricreare i margini di profitto comprimendo i salari al minimo di sussistenza ⁽¹⁷⁴⁾, mentre la quota di rendita sul prodotto complessivo tenderà a crescere. La sopravvalutazione dei prodotti agricoli rispetto a quelli industriali, conseguenza della mancata elisione della rendita, cesserà soltanto quando proprietario e coltivatore torneranno a essere la medesima persona, attraverso la diffusione della piccola proprietà coltivatrice. Allora il valore dei terreni « rientrerà nella legge generale dei valori » ⁽¹⁷⁵⁾, dipendendo soltanto dalla quantità di capitale e lavoro impiegati. Naturalmente, il processo non sarà spontaneo, ma sarà provocato da un agente esterno ai fenomeni agricoli: il rafforzarsi, cioè, delle « coalizioni operaie », che premendo per salari più elevati costringono il capitalista industriale a « rivalersi ... elevando i suoi prezzi a danno del proprietario territoriale » ⁽¹⁷⁶⁾. Addirittura, il Loria suggerisce alle « coalizioni » di « dedicarsi accuratamente ad assumere rilievi di fatto sull'ammontare della rendita de' proprietari territoriali » ⁽¹⁷⁷⁾, così da graduare sapientemente le rivendicazioni alla effettiva possibilità di « elisione » della rendita, senza pregiudizio per il profitto.

Il capitolo quinto, *La elisione della rendita e il sistema sociale*, si propone di dimostrare la superiorità del sistema della piccola proprietà coltivatrice rispetto a quello della grande proprietà sia per quanto riguarda un maggiore impulso ai miglioramenti agricoli, sia per quanto riguarda le condizioni degli operai in-

⁽¹⁷³⁾ *Op. cit.*, p. 358, 451 e *passim*.

⁽¹⁷⁴⁾ *Op. cit.*, p. 510.

⁽¹⁷⁵⁾ *Op. cit.*, p. 466.

⁽¹⁷⁶⁾ *Op. cit.*, p. 473. Uno dei primi critici del Loria, U. MANARA, *Concetto e genesi della proprietà fondiaria, suoi correttivi e sua naturale elisione*, tesi di laurea, Armanni, Roma, 1882, osservava che questa forma di abolizione « naturale » della rendita è impossibile, perchè la rendita è nella maggior parte dei casi quantitativamente indeterminabile (p. 174). Il libro del Manara figura nella biblioteca di Loria, conservata in parte presso la Fondazione Giulio Pastore di Roma.

⁽¹⁷⁷⁾ *Op. cit.*, p. 475.

dustriali, che a questo punto vedono assicurato il loro « salario naturale », in funzione esclusiva della produttività del lavoro, e quindi vedono scongiurato lo spettro del « minimo di sussistenza » (178). Ma soprattutto, l'eliminazione della grande proprietà significa il ristabilimento della legge del valore nello scambio fra prodotti agricoli e manufatti. Le due parti finali riguardano la storia della teoria della rendita e la sua evoluzione.

Nelle sue opere successive il Loria non farà altro che arricchire questo quadro, sviluppando le relazioni fra rendita e profitto nel senso di far dipendere il secondo dalla prima e di far dipendere le varie forme di « associazione » fra capitale e lavoro dall'esistenza o meno di « terra libera ». Questi temi, sviluppati nell'*Analisi della proprietà capitalista*, si ritrovano condensati nella prolusione all'Università di Padova del 1891, intitolata *La terra e il sistema sociale* (179). Finchè esiste terra libera, sostiene il Loria, « i produttori sono riluttanti ad associare il loro lavoro ... La forma economica necessaria è la economia dissociata dei produttori indipendenti ... Se invece la produttività della terra è depressa, i produttori son disposti ad associarsi » fra loro; e avremo una « associazione propria », quando il prodotto viene diviso in parti uguali fra produttori che sono anche lavoratori; e una « associazione mista », quando il prodotto viene diviso in parti uguali fra produttori e lavoratori (in sostanza, una forma affine alla mezzadria). In entrambi questi casi, allo stesso modo dell'economia « dissociata », non si ha un vero rapporto capitalistico. Quando invece tutte le terre vengono occupate, il lavoratore, che fino allora aveva la possibilità di « optare » fra il mantenimento della propria condizione di salariato e il raggiungimento dello *status* di proprietario, perde tale diritto di « opzione »; esso cade in balia del capitalista, il quale dapprima gli impone un salario minimo in modo da impedirgli di risparmiare e quindi di concorrere con lui nell'acquisto delle terre; poi, quando tutte le terre sono stabilmente occupate dai capitalisti e quindi non c'è più il pericolo di una concorrenza

(178) *Op. cit.*, p. 520.

(179) A. LORIA, *La terra e il sistema sociale*. Prolusione al corso di economia politica nella R. Università di Padova, 21 novembre 1891, rist. in *La proprietà fondiaria*, cit., pp. 179-261.

dei salariati, il capitalista può permettersi di elevare il salario al lavoratore, perchè a questo punto « la proprietà capitalista diviene veramente automatica, ossia persiste indipendentemente da qualsiasi azione indirizzata contro la libertà, o la retribuzione del lavoratore » (180). Il Loria passa poi ad esaminare le forme storiche di soppressione della terra libera. Queste forme variano a seconda che la terra libera esistente possa essere « trattata », cioè utilizzata produttivamente, con il solo lavoro oppure con lavoro e capitale. Quando la terra libera è abbastanza fertile da essere « trattabile » con lavoro puro, allora la sua « soppressione » non può ottenersi che « mercè la schiavitù o il servaggio ». Ci vuole dunque una coazione giuridica, che impedisca al lavoratore l'esercizio di una opzione che altrimenti egli sarebbe in grado di esercitare anche senza l'aiuto di un capitale. L'associazione capitalista (e la conseguente occupazione di *tutta* la terra libera ancora disponibile) avviene invece quando la terra libera è trattabile solo con ingenti quantità di capitale, di cui il lavoratore non può disporre. « La legge generale economica è questa: la terra libera determina la negazione dell'economia capitalista, la quale perciò non può fondarsi che sulla soppressione della terra libera, ottenibile con metodi che sono diversi in ragione dei gradi successivi della occupazione della terra e che condizionano altrettante forme successive della costituzione economica ... Essa è veramente la *legge delle leggi* » (181). È la legge della produttività decrescente combinata con quella delle diverse forme di appropriazione della terra libera, che permette di interpretare lo svolgimento storico e insieme di prevederne le tendenze attuali. L'errore principale dell'economia socialista è quello di trascurare « lo studio positivo della proprietà fondiaria », per « muovere dall'analisi metafisica del valore » (182).

Con l'*Analisi della proprietà capitalista* il Loria aveva in realtà presentato la propria interpretazione della *genesì* storica di essa. Con un altro ponderoso volume, *La costituzione economica odierna* (183), scritto dieci anni esatti dopo l'*Analisi*, e venti anni esatti

(180) *Op. cit.*, pp. 219-220.

(181) *Op. cit.*, p. 247.

(182) *Op. cit.*, p. 251.

(183) Fratelli Bocca, Torino, 1899. Questa la segnalazione dell'uscita del volume, apparsa sulla « Riforma Sociale »: « Meravigliosa e instancabile attività

dopo la *Rendita fondiaria*, il Loria affrontava lo studio del meccanismo di formazione e di distribuzione del prodotto nelle varie « costituzioni economiche », prescindendo dalla loro traduzione in esperienza storica reale. È dunque un tentativo di « modello » — di oltre 800 pagine! — della dinamica di due sistemi-tipo (ovviamente, questa espressione non è di Loria), rispettivamente a « proprietà fondiaria libera » e a « proprietà fondiaria esclusiva ». Il concetto nuovo è quello di « sopravvalutazione della terra », che impedisce ai salariati di conseguire l'« unità fondiaria »; in pratica, la sopravvalutazione funziona da rendita assoluta, che si somma alla rendita differenziale dovuta alla diversa fertilità dei terreni. Il Loria riconosce che l'aumento del valore della terra a causa della sua « sopravvalutazione » può incidere negativamente sul saggio del profitto ⁽¹⁸⁴⁾; il sistema capitalistico, però, non ha altra strada se non vuole dar luogo a una « opzione » generalizzata dei lavoratori verso le « unità fondiarie » acquistabili con i loro salari — opzione che metterebbe in crisi il sistema del lavoro salariato ⁽¹⁸⁵⁾. L'ultima parte dell'opera esamina le conseguenze sociali della sopravvalutazione: prima fra tutte, la creazione di strati sempre maggiori di capitali e di lavoratori improduttivi ⁽¹⁸⁶⁾.

Il migliore riassunto della teoria loriana della proprietà fondiaria e dello sviluppo capitalistico è fornito dallo stesso autore

quella di Achille Loria! Quando i professionali [*sic*] della diffamazione, gli autori di soggetti stitici più o meno dichiarativi l'uno dell'altro, non fanno che rinchiudersi in una inerzia infeconda, egli dà agli economisti d'Italia esempio di mirabile laboriosità. Dopo i due volumi sull'*Analisi della proprietà capitalista*, egli ha pubblicato in pochi anni due volumi di saggi, l'opera sulla *Moneta*, nuove edizioni interamente rifatte di libri antecedenti. Pareva che da tutto questo la sua attività fosse assorbita ed egli ora regala agli studiosi, quasi inaspettatamente, un volume di assai oltre 800 pagine su un tema fondamentale dell'economia politica » (« Riforma Sociale », 1898, pp. 1085-86. Seguiva la prefazione del Loria al volume).

⁽¹⁸⁴⁾ *La costituzione economica*, cit., p. 293.

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. *op. cit.*, pp. 306-307 e *passim*.

⁽¹⁸⁶⁾ Per il Loria rientrano fra gli impieghi improduttivi di capitale quelli indirizzati « al prestito ipotecario, all'acquisto di fondi pubblici », ecc. (*op. cit.*, p. 649). Per lavoratori improduttivi il Loria intende in senso ampio tutti i lavoratori di « imprese lillipuziane, nelle quali l'operaio stesso lavora un uno alla sua famiglia e talvolta ad un certo numero di salariati, che assorbe dalla popolazione disoccupata » (p. 661).

⁽¹⁸⁷⁾ Fratelli Bocca, Torino, 1901.

nel volume *Il capitalismo e la scienza. Studi e polemiche* (187), che costituisce una replica del Loria ai suoi critici (non a tutti: Croce e Antonio Labriola non sono neppure citati). Le pagine su Marx sono già state richiamate in precedenza. Quanto alla differenza fra la propria teoria e quella di George, il Loria insiste nel rilevare che, mentre in George il profitto è indipendente dall'appropriazione della terra, esso deve invece essere spiegato *soltanto* con il fatto dell'appropriazione della terra libera « trattabile » con capitale combinato a lavoro. Il profitto è dunque un fenomeno storico, collegato non già con l'accumulazione di capitale, ma con il regime di proprietà fondiaria. Alcuni anni prima il Loria aveva brevemente esposto le sue idee in un articolo intitolato appunto *The Landed Theory of Profit* (188). La terza parte del *Capitalismo e la scienza* riguarda la « Difesa della teoria della terra libera », ed è la più importante ai fini della comprensione del nucleo teorico del sistema lorianò. Le critiche maggiori riguardavano, infatti, la teoria della « terra libera », il cui ricordo sembrava perdersi nella più remota antichità, e che invece il Loria sembrava considerare un fenomeno abbastanza recente da spiegare le origini e lo sviluppo del capitalismo moderno. Come faceva poi il Loria — dicevano alcuni critici — a concepire « terre libere » trattabili col solo lavoro, senza aiuto di capitale, tali da permettere una « opzione » del lavoratore su di esse liberandolo dalla soggezione al capitalista? Non era più logico ritenere che il lavoratore avrebbe lottato per un più alto salario in fabbrica, piuttosto che per un misterioso « diritto alla terra »? Queste obiezioni erano state svolte con particolare efficacia da Ghino Valenti nel suo libro *La proprietà della terra e la costituzione economica. Saggi critici sul sistema di Achille Loria* (189), che rilevava fra l'altro come il lavoratore, privo di capitale, non avrebbe mai potuto far valere la propria « opzione » di andare a lavorare sulla terra libera, e tanto meno di costringere il capitalista all'« associazione mista » comportante la divisione del prodotto a metà (190). Dal canto suo un altro critico — che era

(188) A. LORIA, *The Landed Theory of Profit*, « The Quarterly Journal of Economics », 1891-1892, pp. 108-111.

(189) Zanichelli, Bologna, 1901. Cfr. specialmente pp. 67-68.

(190) Scriveva Augusto Graziani, uno dei critici più sereni e acuti del Loria: « ... Malgrado le belle argomentazioni del Loria, ci sembra che la quota del lavora-

anche un grande amico personale del Loria — Carlo Angelo Conigliani, in un saggio dal titolo *L'economia capitalista nel sistema teorico del Loria*, osservava che il lavoratore per poter esercitare il suo « diritto di opzione » sulla terra libera avrebbe avuto bisogno di un capitale in forma di alimenti « con il quale vivere durante l'attesa di quel prodotto ottenuto col solo suo lavoro » (191). Ma anche ammesso che ciascun lavoratore fosse rifornito dallo Stato di un simile capitale-alimenti, non per questo cesserebbe la possibilità del profitto a favore del capitalista in grado di ottenere dalla propria terra — trattata col capitale, oltre che col lavoro — un prodotto maggiore di quello ottenuto dal « lavoratore puro » sulla propria. Il profitto è dunque indipendente dall'esistenza o meno di « terra libera ».

La replica del Loria non va molto oltre la petizione di principio. È vero che la soppressione della terra libera influirebbe sulla condizione del lavoratore salariato più psicologicamente che economicamente, facendogli perdere la famosa « opzione » — un diritto assai difficile da realizzare —; ma, ribatte il Loria, « non potrebbe avvenire altrimenti. Infatti la causa determinante la evoluzione dei fenomeni di una data specie non può mai essere un fenomeno appartenente a codesta specie ... Perciò la causa della evoluzione morale, giuridica e politica non è riposta in un fatto d'ordine morale, giuridico e politico, ma nel fatto economico; ed a sua volta la cagione della evoluzione economica non è riposta

tore semplice, neppure nella economia che sulla terra libera si fonda, mai possa raggiungere nel suo ammontare la metà del prodotto complessivo, poichè altrimenti il capitalista cesserebbe dall'accumulazione e si convertirebbe in lavoratore semplice ... » (A. GRAZIANI, *Appunti critici sull'opera 'L'analisi della Proprietà capitalista' del prof. A. Loria*, « Giornale degli economisti », 1890, p. 334). Il Graziani (1865-1944), allievo del Ricca-Salerno e del Cossa, fu collega del Loria a Siena, poi professore a Modena e dal 1899 a Napoli. Cfr. A. FRACCACRETA, *Commemorazione di A. G.*, in A. GRAZIANI, *Saggi di storia del pensiero economico*, Morano, Napoli, 1966.

(191) C. A. CONIGLIANI, *L'economia capitalista nel sistema teorico del Loria*, « Archivio giuridico », aprile 1899, rist. in ID., *Saggi di economia politica e di scienza delle finanze*, con pref. del prof. A. Graziani, Fratelli Bocca, Torino, 1903, pp. 150-51. Il Conigliani (1868-1901), professore di scienza delle finanze a Modena, fu allievo del Cossa e del Ricca-Salerno. Scrisse anche sulla « Critica Sociale » (cfr. il necrologio scritto da Turati, « Critica Sociale », 1901, p. 380).

in un fatto d'ordine economico, ma nel fatto essenzialmente fisiologico e fisico dell'incremento della popolazione, e de' suoi rapporti colla estensione e produttività del territorio. Per tal guisa ciascuna scienza trova la propria base in fenomeni appartenenti ad una sfera anteriore e meno complessa ... » (192). Il Loria gettava molta acqua sul primitivo monismo, con cui, fin dalla *Rendita fondiaria* e dalla prolusione senese, aveva creduto di poter definire la « legge delle leggi » del movimento storico. L'originaria unitarietà si frammenta in vari elementi, demografici, agronomici, e addirittura psicologici, come la « propensione del lavoratore alla terra ». Era in sostanza un accedere al rilievo che Charles Gide, il principale interlocutore del Loria in Francia, gli aveva mosso in una recensione alla *Proprietà fondiaria e la questione sociale*. Gide osservava che il Loria oscillava nell'identificare la causa prima dell'evoluzione sociale, ora individuandola nell'« accroissement du genre humain », ora nella « limitation de la productivité de la terre », ora infine nella « terre libre qui détermine la négation du système capitaliste » (193). « En voilà donc trois pour une! », concludeva il Gide.

Naturalmente, queste oscillazioni indebolivano il concetto stesso di *necessità* economica che doveva dare carattere scientifico all'analisi loriana, che come si ricorderà doveva consentire, secondo l'autore, di prevedere le linee dello sviluppo economico futuro. Già un recensore acuto come James Bonar aveva gettato molti dubbi sul carattere ferreo del rapporto fra terra libera e forme economiche in Loria (194). Molti anni dopo, nel 1920, in uno dei più intelligenti contributi critici a Loria, Carmelo Scalia osservava che nell'economista lombardo il materialismo storico si mescolava a una buo-

(192) *Il Capitalismo e la scienza*, cit., p. 120.

(193) G. GIDE, in « *Revue d'économie politique* », 1898, pp. 361-54. Con toni alquanto diversi, era lo stesso appunto che muoveva al Loria Benedetto Croce (*Le teorie storiche*, cit., p. 40).

(194) Scriveva al Loria James Bonar: « ... I could not agree with your occasional use of language implying a deliberate intention to produce the remote change » (lettera dell'11.7.99, conservata in *CLT*). James Bonar (1852-1941), il noto studioso di Malthus, fu il principale interlocutore di Loria in Inghilterra, recensendo (in modo critico, ma non negativo) le *Bases économiques de la constitution sociale*, « *Economic Journal* », 1894, pp. 76-82, e la *Costituzione economica odierna*, *ibidem*, 1899, pp. 243-46.

na dose di giusnaturalismo ⁽¹⁹⁵⁾, che lo portava ad attribuire una efficacia reale a valori giuridici come, appunto, il diritto alla terra; e che la teoria lorianiana, invece di spiegare la necessità dello sviluppo storico, ne indicava al massimo la possibile evoluzione.

Come accennavamo nell'introduzione, il pensiero del Loria non provocò soltanto un ampio dibattito internazionale sulle tesi dell'autore, ma suscitò una serie di studi originali intesi a suffragare, confutare o comunque arricchire la teoria lorianiana della proprietà.

Due studi sono particolarmente significativi, non tanto per il loro valore intrinseco — che come vedremo è piuttosto diseguale — quanto come prova della adattabilità del pensiero del Loria a sostegno di tesi molto diverse.

In *I doveri della proprietà fondiaria e la questione sociale*, Augusto Mortara ⁽¹⁹⁶⁾ si serviva della teoria lorianiana della elisione della rendita (richiamata dal Loria nella lettera introduttiva al volume) per imputare le condizioni critiche dell'agricoltura italiana al regime romanistico della proprietà fondiaria esistente, la cui conseguenza è la separazione fra proprietario e coltivatore (una situazione che il Loria chiamava di « associazione propria »). L'ostacolo principale allo sviluppo agricolo era dato dal basso numero di « proprietari di media importanza, coltivanti da sé le proprie terre ». Su oltre quattro milioni di proprietari, i proprietari-coltivatori in Italia sarebbero stati, all'epoca dell'inchiesta Jacini, meno

⁽¹⁹⁵⁾ Dott. C. SCALIA, *Il materialismo storico e il socialismo (raffronti critici fra Carlo Marx e Achille Loria)*, con prefazione del Card. Pietro Maffi, Soc. ed. « Vita e Pensiero », Milano, 1920. Scriveva lo Scalia: « Secondo il Loria ... la successione delle forme economiche capitalistiche non è stata che la violazione continua delle leggi naturali. Schiavitù, servaggio o salariato ... sono dovute ugualmente a umani artifici che, permettendo l'appropriazione esclusiva dell'uomo ... o della terra, e aiutandosi sussidiariamente con una serie di *istituzioni connettive* indispensabili per garantire la persistenza del reddito capitalistico, hanno fatto deviare l'umanità dallo stato naturale della terra libera » (p. 250). Il sacerdote Carmelo Scalia fu in corrispondenza con il Loria, che ne apprezzò il lavoro in una recensione sulla « Riforma Sociale », 1922, pp. 447-50. Cfr. le lettere conservate in CLT.

⁽¹⁹⁶⁾ A. MORTARA, *I doveri della proprietà fondiaria e la questione sociale*, premessa una lettera di A. Loria, Tip. eredi Botta, Roma, 1885. Del Mortara il Loria scrisse un necrologio: *Augusto Mortara. Un lutto della sociologia*, « Il Giornale d'Italia », 5 sett. 1912, n. 208.

di due milioni; i proprietari « benestanti » non coltivatori più di settecentomila, mentre i grandi proprietari assenteisti sarebbero stati oltre seicentomila (in Francia, osserva il Mortara, i proprietari sono oltre otto milioni). Dopo avere scartato le varie soluzioni per aumentare la produzione e la produttività agricola (grande affittanza, colonia parziaria, ecc.), il Mortara si sofferma nientemeno che sulla mezzadria, la quale, se razionalmente esercitata su una « unità fondiaria distintamente determinata per ciascun genere di coltivazione » ⁽¹⁹⁷⁾, permette secondo l'autore un perfetto « accordo ed alleanza del capitale agrario e del lavoro agrario », purchè essa venga accompagnata da una legislazione sul credito agrario e fondiario, sulle bonifiche, sull'espropriazione dei proprietari negligenti, ecc. Le ardenti requisitorie loriane contro i proprietari fondiari trovavano applicazione pratica in modestissime proposte di ritocchi legislativi.

Di assai maggiori ambizioni è invece lo studio di Ugo Rabbeno su *La questione fondiaria nei paesi nuovi*, pubblicato postumo nel 1898 a cura di Carlo Conigliani e dello stesso Loria ⁽¹⁹⁸⁾. Il lavoro, che il Rabbeno aveva potuto svolgere grazie a un soggiorno al Colonial Institute di Londra, cercava di interpretare alla luce della teoria della terra libera l'evoluzione del sistema di colonizzazione inglese in Australia e in Nuova Zelanda dal 1788 al 1896. « Le terre d'Australia ... non erano punto adatte a una cultura capitalista; e soltanto una cultura per parte di lavoratori indipendenti avrebbe potuto fiorirvi, quando questi avessero trovato, nelle concessioni di terreno e in aiuti di credito, quell'incoraggiamento » ⁽¹⁹⁹⁾ indispensabile. Prevalse invece il progetto di « colonizza-

⁽¹⁹⁷⁾ A. MORTARA, *op. cit.*, p. 175.

⁽¹⁹⁸⁾ U. RABBENO, *La questione fondiaria nei paesi nuovi*, volume I, *La questione fondiaria nelle grandi colonie dell'Australia*, pubblicato per cura di Achille Loria e Carlo A. Conigliani, Fratelli Bocca, Torino, 1898. In *CLT* sono conservate le lettere che egli inviò al Loria dal Royal Colonial Institute, dove nel 1893 condusse le proprie ricerche. Del libro postumo del Rabbeno cfr. altresì la recensione di G. LUZZATTI, *Di Ugo Rabbeno (A proposito della sua opera postuma)*, « Riforma Sociale », 1898, pp. 849-56, che ne mette in rilievo l'ispirazione dal Loria. Ugo Rabbeno (1863-1897) è soprattutto noto come studioso della cooperazione. Cfr. L. DAL PANE, *La cooperazione e la scienza economica italiana*, in AA.VV., *Nullo Baldini nella storia della cooperazione*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 628-47.

⁽¹⁹⁹⁾ U. RABBENO, *op. cit.*, p. 39.

zione sistematica » di Edward G. Wakefield, quella singolare figura di pubblicista che anche Marx esamina nel *Capitale*, e che sosteneva la necessità di introdurre « artificialmente » il capitalismo agrario ostacolando l'occupazione della terra da parte dei pionieri e monopolizzandola nelle mani di pochi latifondisti. Il Rabbeno si propone di dimostrare il parziale insuccesso del « piano Wakefield » ai fini della creazione di una classe di *landlords* in Australia, sul modello inglese. In Australia, a differenza che in madrepatria, la grande proprietà non dà luogo a un'agricoltura a salariati, ma a un'economia pastorale. « La legislazione fondiaria ha bensì ostacolato il settlement di lavoratori; ha bensì direttamente o indirettamente favorito l'accentramento della proprietà; ha contribuito ad agglomerare nella città i lavoratori ed a creare il salariato industriale; ma ... essa non è riuscita in pari tempo a creare il salariato agricolo. E la proprietà capitalista, senza il salariato, suo necessario complemento, è rimasta senza funzione, è divenuta un pericolo gravissimo per la colonia » ⁽²⁰⁰⁾. Di fronte a questa situazione viene varata, nella seconda metà dell'Ottocento, una legislazione fondiaria nominalmente democratica, ma che — secondo il Rabbeno — nascondeva il proposito di creare, questa volta attraverso la diffusione della piccola proprietà coltivatrice, quei salariati che la grande proprietà non era riuscita a creare. « Siccome il salariato agricolo non è possibile, si pensa di creare artificialmente una classe di proprietari salariati, dando ai lavoratori dei minuscoli pezzi di terra; e siccome la terra buona è tutta occupata, pur di riuscire all'intento di salvare economicamente la grande proprietà, si propone di fare un piccolo strappo ai diritti stessi di proprietà, autorizzando lo Stato ad espropriarla in qualche parte ... ». Dato che la terra migliore è già tutta occupata, il piccolo proprietario sarà presto costretto a passare come salariato sotto il grande proprietario; la sua « opzione » sulla terra avrà un carattere meramente illusorio. Commentando la legislazione australiana sull'*homestead* in *Il capitalismo e la scienza*, e servendosi dello studio del Rabbeno, il Loria definisce questi interventi come « gingilli legislativi » ⁽²⁰¹⁾. L'ar-

⁽²⁰⁰⁾ *Op. cit.*, pp. 121-22.

⁽²⁰¹⁾ Cfr. A. LORIA, *Il capitalismo e la scienza*, cit., parte II, « Critica dei metodi empirici di ricostituzione della terra libera », cap. I, ' Il giubileo semitico e

dente socialista Rabbeno e il prudentissimo conservatore Mortara si ispiravano entrambi alle teorie di uno stesso maestro.

8. Conclusioni.

Dopo il 1900, il clima intellettuale italiano ed europeo cambia. L'economia edonistica, contro cui il Loria aveva scritto un brillante saggio sulla « Nuova Antologia » ⁽²⁰²⁾, si afferma in modo definitivo con i grandi nomi di Pareto ⁽²⁰³⁾, di Pantaleoni, di Wicksell,

l'homestead americano'. Fonte per queste valutazioni, oltre il Rabbeno, è A. RINALDI, *Le terre pubbliche e la questione sociale*, Roma, 1896. Nella biblioteca di Achille Loria, in parte conservata presso la Fondazione Giulio Pastore, abbondano i testi giuridici; gli autori presenti sono Guido Cavaglieri (che dedica « al mio grande maestro prof. Achille Loria con riconoscenza, stima, ammirazione » una copia del suo *Diritto di tutti gli uomini all'effettivo godimento della terra. A proposito di alcuni avanzi di proprietà collettiva nel Polesine. Osservazioni di ordine economico*, Visentini, Venezia, 1893), Alberto Cencelli Perti (« all'on. prof. Achille Loria il suo vecchio ammiratore », dedica autografa sul volume *La proprietà collettiva in Italia. Le origini. Gli avanzi. La ricostituzione*, Hoepli, Milano, 1920²), Icilio Vanni (*Gli studi di Henry Sumner Maine e le dottrine della filosofia del diritto*, Tedeschi, Verona, 1892), Igino Petrone (*La terra nella odierna economia capitalistica*, Befani, Roma, 1893), per non citare che alcuni nomi fra i più noti. Tutti questi autori, più o meno marcatamente, si rifanno alle teorie loriane, per aderirvi, discuterle o combatterle. Privata di fondamento è perciò l'osservazione di D. Fiorot, secondo cui « su Loria esistono scritti per lo più occasionali e in genere celebrativi e qualche interessante articolo riguardante aspetti particolari della teoria loriania » (*Lettere di Maffeo Pantaleoni ad Achille Loria*, cit., I, p. 440). Basti rinviare alla bibliografia su Loria di R. MICHELS, *Introduzione a Politica ed economia*, vol. XII della « Nuova Collana degli economisti », a c. di G. Bottai e C. Arena, UTET, Torino, 1934.

⁽²⁰²⁾ A. LORIA, *La scuola austriaca nell'economia politica*, « Nuova Antologia », 1^o aprile 1890, rist. in *Verso la giustizia sociale*, cit., I, pp. 164-181. A proposito di questo articolo, così scriveva Pantaleoni: « Hai uno stile di potenza magica e sembra che tu abbia ragione anche quando hai torto » (lettera dell'11 aprile 1890, in *CLT*).

⁽²⁰³⁾ Negli scritti sociologici ed economici paretiani il nome di Loria ricorre raramente, di solito in termini non negativi. Cfr. *Del materialismo storico* (1898), ora in *Scritti sociologici*, a c. di G. Busino, UTET, Torino, 1966, p. 214; e *Corso di economia politica* (1896), vol. II, Einaudi, Torino, 1949, p. 429. In privato, invece il Pareto ostentò sempre un sovrano disprezzo per il Loria. Cfr. i numerosi riferimenti contenuti nelle sue lettere al discepolo Guido Sensini, ora in V. PARETO, *Epistolario 1890-1923*, a c. di G. Busino, Accademia nazionale dei Lincei,

di Marshall. Achille Loria, che pure è anagraficamente più giovane di molti di costoro, appare sempre più come un isolato, come un economista costituente una scuola a sè. Antonio Fossati, in uno scritto commemorativo uscito nel 1953, non esita lapalissianamente a definirla scuola « lorianiana » (204). Ma se avesse avuto presente Gramsci, avrebbe evitato questa espressione. Il « lorianesimo », infatti, venne da Gramsci adottato come sinonimo di « stranezza », di « pretesa all' 'originalità' intellettuale a tutti i costi », oltre che di « leziosità letteraria » (già rimproverata al Loria dal Croce) (205), a testimonianza della scarsa coscienza civile di tanti intellettuali italiani. Se il socialismo ormai disconosce qualsiasi parentela con il pensiero lorianiano, l'economia accademica si prende gioco, con Umberto Ricci (206), dei paradossi di cui il Loria ama sempre più infiorare certi suoi scritti d'occasione, come quello celebre sulle *Influenze sociali dell'aviazione* (207), o quello, non meno grottesco,

Roma, 1973 (« che ne sanno di tali equilibri il Loria e C.? Meno che zero », lettera del 3 settembre 1917, p. 985). Nelle Carte Loria sono conservati due biglietti, di invito a pranzo e di ringraziamento per la visita, del Pareto a Loria, datati 1911.

(204) A. FOSSATI, *Achille Loria nella storia del pensiero economico italiano*, « Giornale degli economisti e Annali di economia », 1953, pp. 493-509. Secondo il Fossati, « certamente, se l'invidia umana non si fosse scagliata contro di lui, il socialismo avrebbe avuto in Achille Loria un impareggiabile maestro » (p. 508).

(205) Ad Achille Loria Gramsci dedica uno dei primi paragrafi dei suoi *Quaderni del carcere* (cfr. edizione critica a c. dell'Istituto Gramsci, Einaudi, Torino, 1975, vol. I, p. 20 e *passim*). La « leziosità » del Loria è rilevata dal Croce in *Le teorie storiche*, cit., p. 24 (« ... con certa leziosaggine da letterato che gli è propria »).

(206) Cfr. U. RICCI, *Tre economisti italiani. Pantaleoni Pareto Loria*, Laterza, Bari, 1939.

(207) A. LORIA, *Le influenze sociali dell'aviazione (Verità e fantasia)*, « Rassegna contemporanea », gennaio 1910, rist. in *Verso la giustizia sociale*, vol. II, *Nell'alba di un secolo (1904-1915)*, Società editrice libraria, Milano, 1915, pp. 379-86. Viene da pensare che i critici del Loria siano stati beffati, cadendo nel tranello di prendere sul serio trovate come questa: « La nuova invenzione ... abatterà quel vincolo invisibile e tuttavia onnipotente, che incatena l'operaio al capitale. Oggi infatti il lavoratore, il quale si ricusi a servire in qualità di salariato, a profitto di un capitalista, non ha altra prospettiva all'infuori della morte per inanizione, o la reclusione nell'ospizio o nel carcere. Ma tutto ciò muterà d'improvviso, quando l'operaio, riluttante ad andare nella fabbrica, o bandito da questa, troverà un aeroplano, che lo innalzi fra gli spazi ... Ma perchè sui venturi aeroplani non potranno disporsi delle fronde e del vischio, così da creare delle formidabili uccellande, le quali assicurino agli aerei viaggiatori un alimento copioso e gratuito? Ed ecco allora che

su *Sensualità e misticismo* (208). È una facile ironia; ma intanto, dalle riviste di economia sparisce il nome di Marx e fra gli storici e gli economisti il solco si approfondisce. Il messaggio lorianiano — il tentativo di studiare la storia sulla base di una interpretazione integralmente « materialistica », ossia strutturale — viene lasciato cadere, tutt'uno con le « stranezze » di cui indubbiamente l'opera del Loria è ricca.

Interventista durante la prima guerra mondiale (209), e ormai lontano anche politicamente dal partito socialista (210), Loria conti-

l'operaio refrattario alla fabbrica potrà lautamente satollarsi e sfuggirà vittoriosamente agli imperi dell'imprenditore capitalista. Che diverrà allora il dogma economico, che il capitalista è necessario all'operaio, che questi non può vivere senza di quello? ... Questa costruzione teorica crollerà ... e dovrà far luogo ad una nuova e affatto diversa teorica dei rapporti fra capitale e lavoro, teoria di libertà, di equipollenza e di mutuo equilibrio, quanto l'altra fin qui vigente è dottrina di tirannide, di unilateralità e di servaggio » (p. 381).

(208) A. LORIA, *Sensualità e misticismo*, « Rivista Popolare », 15 novembre 1909, pp. 577-78, dove il Loria sostiene la tesi che il misticismo è la sublimazione dell'estrema corruzione morale e sessuale (cfr. RICCI, *op. cit.*).

(209) Il Loria era un convinto pacifista, collaboratore fino dal 1895 dell'almanacco edito dalla « Società internazionale della pace », unione lombarda, diretto nei primi anni da Ernesto Teodoro Moneta, premio Nobel per la pace. (Cfr. la *Bibliografia* di Einaudi, p. 9 e *passim*). Durante la guerra, il Loria continuò a scrivere, ma contemporaneamente collaborò con giornali interventisti come « La Gazzetta del Popolo » e con il periodico nazionalista « La Vita italiana », anche se con articoli di carattere economico (cfr. *Bibliografia*, cit., p. 34-35).

(210) Il « socialismo » di Achille Loria termina forse già nel 1901, quando Loria invia una lettera a Turati (*La politica proletaria*, « Critica Sociale », 7 dicembre, pp. 375-76) in cui sostiene che i socialisti debbono allearsi con la borghesia tutte le volte che ne possano derivare « leggi e misure redentrici ». Erano temi già toccati dal Loria in *Movimento operaio e legislazione sociale*, « Nuova Antologia », 1° sett. 1901, pp. 28-48 (poi in *Verso la giustizia sociale*, I, pp. 391-413). Il Loria abbandonava a questo punto il primitivo atteggiamento critico nei confronti del « socialismo di Stato » diventandone un caloroso assertore. Era una posizione che perfino Filippo Turati sentì di dover biasimare: « Noi non possiamo neppure, come il Loria, che non è socialista, desiderare che la politica del proletariato italiano, organizzato nelle Camere del Lavoro, si riduca a ... postulare, dall'uno o dall'altro indifferentemente dei partiti borghesi, questo o quel vantaggio, ... offrendosi in certa guisa al maggiore offerente ... » (F. TURATI, *Variazioni sul tema di un articolo precedente*, « Critica Sociale », 1901, 1° dicembre, p. 356, corsivo nostro). Loria figura fra gli intervistati nell'*Inchiesta sulla partecipazione dei socialisti al*

nua a raccogliere riconoscimenti ufficiali. Il 6 ottobre 1919 è nominato senatore; nel 1926 *fellow* onorario della American Economic Association. Dal 1920 dirige una interessante rassegna della stampa nazionale ed estera, « Echi e commenti », finché il 25 maggio 1928 « il suo voto al Senato contro la legge sulla rappresentanza politica, mise la Presidenza del Consiglio di Amministrazione del periodico nella dolorosa necessità di rilevarne la incompatibilità al posto di direttore » (211). Nel 1930, rispondendo a un questionario-inchiesta promosso dalla rivista « L'ufficio moderno », confessa che « i suoi libri sono nati per caso, da appunti sregolati e vaganti », meditati « nella stanza di studio e nella periferia deserta delle città », ma poi tiene a precisare che il « momento di maggior gioia, durante il lavoro di creazione » è per lui « il momento della si-

governo, « Il Viandante », Milano, 28 novembre 1909-6 febbraio 1910, insieme a esponenti politici e intellettuali come Salvemini, Podrecca, Lazzari, Serrati, E. Ciccotti, Rigola, A. O. Olivetti, Graziadei, Zerboglio e altri. Cfr. E. SANTARELLI, *La revisione del marxismo in Italia*, Feltrinelli, Milano, 1977², pp. 125-28 e 310 n. Sull'« Avanti! », edizione piemontese, 29 gennaio 1918, Antonio Gramsci scriveva: « Il prof. Cav. uff. Achille Loria si è finalmente deciso. Nella conferenza recitata domenica alla « Pro cultura femminile » egli ha esplicitamente dichiarato di non avere 'alcuna simpatia per la setta socialista'. Siamo lieti di questa dichiarazione. Achille Loria ogni tanto dava al movimento socialista delle testimonianze di simpatia ... Queste prove di simpatia loriane hanno nociuto al movimento proletario. È conosciutissima questa legge economica: la moneta cattiva fa fuggire la moneta buona. Achille Loria era precisamente una di queste monete cattive, che circolava, anche non godendo di corso legale, veniva spesa, e poneva in fuga molte monete buone. Una grande quantità delle affermazioni pseudoscientifiche che hanno fatto presa nel nostro movimento, ... sono uscite dalla zecca loriane. Esse hanno dato l'impressione che il socialismo fosse una cosa morta, poichè non riusciva a rinfrescare la sua mentalità media, uscendo dalla palude dell'arruffata e confusa concezione positivista (ch'era una caricatura del materialismo storico) di cui Achille Loria era uno dei paladini più convinti e sinceri, quanto più individualmente arruffato e confuso. E hanno fatto ristagnare la produzione intellettuale del socialismo italiano, che pure con gli scritti di Antonio Labriola aveva avuto un principio così fulgido e pieno di promesse » (rist. in A. GRAMSCI, *Scritti giovanili, 1914-1918*, Einaudi, Torino, 1958, pp. 162-63). Sui rapporti Gramsci-Loria cfr. ora G. BERGAMI, *Il giovane Gramsci e il marxismo 1911-1918*, Feltrinelli, Milano, 1977, pp. 9 e 25-26.

(211) Cfr. A. DI CASTELNUOVO, *Mezzo secolo di attività giornalistica*, Stab. tipografico litografico del Genio Civile, Roma, 1931. Il Di Castelnuovo era fondatore e redattore-capo della rivista.

stemazione dottrinale » (212). Anche in questo vi era del lorianesimo.

La sua produzione letteraria non conosce quasi rallentamenti, nonostante l'età. Nel 1932, al momento di andare in pensione, la numerazione delle sue opere (fra volumi, raccolte di saggi, biografie, necrologi, commemorazioni, prolusioni, conferenze, relazioni a congressi, articoli di vario argomento, risposte a interviste, prefazioni, relazioni per concorsi universitari e discorsi parlamentari) arriva a 884; e si tratta — si è visto nel corso di questo studio — di un catalogo incompleto. Negli undici anni che ancora gli restano pubblica due grossi volumi (213); continua a collaborare alle riviste italiane e straniere (« *Revue économique internationale* »), raccoglie schede e appunti sull'evoluzione della teoria economica contemporanea, pubblicati postumi sul « *Giornale degli economisti* » (214); lascia una singolare autobiografia intellettuale, in forma di dialogo-intervista (215). Negli ultimi anni il suo corrispon-

(212) Riportata in *Bibliografia di Achille Loria*, cit., con il titolo *Come lavora Achille Loria*, pp. 7-8.

(213) A. LORIA, *Economia politica*, IV ed. riveduta e corredata di alcuni chiarimenti sul sistema corporativo, UTET, Torino, 1934; ID., *Dinamica economica. Studio sulle leggi delle variazioni*, UTET, Torino, 1935. In questa opera, Pasquale Jannaccone ha voluto riscontrare elementi di keynesismo (cfr. P. JANNACCONI, *La figura e l'opera di Achille Loria*, « *Giornale degli economisti e Annali di economia* », 1955, p. 431).

(214) A. LORIA, *Questioni di nomi*, « *Giornale degli economisti e Annali di economia* », 1943 — maggio-giugno 1946, pp. 365-71; ID., *Assensi e dissensi*, *ibidem*, luglio-agosto 1946, pp. 441-58; ID., *Assensi e dissensi*, *ibidem*, settembre-ottobre 1946, pp. 597-618.

(215) A. LORIA, *Una crociera eccezionale. Dialoghi con me stesso*, Bocca, Milano, 1947. In questo libro, insieme a un'infinità di pensieri e ragionamenti — taluni invero molto stravaganti — sull'arte, la filosofia, la scienza, la letteratura, ecc., ci sono varie frecciate contro i due suoi maggiori avversari: Benedetto Croce (« ei vorrebbe condannare l'economia politica a vivacchiare fra le inezie del grado finale di utilità, del valore di mercato, ecc., e le consiglia pietosamente di rifuggire dalla pratica, dalla storia e dalla realtà. Con tale intento egli spregia le scienze naturali e le discipline dell'esperimento »: p. 72), e Vilfredo Pareto (« egli si giova del suo metodo logico-sperimentale per relegare tra i suoi concetti metafisici, e perciò condannabili, le idealità che gli sono antipatiche, la morale, il diritto, il bene, il bello, la democrazia, l'umanitarismo, ecc., ma si guarda bene però dal relegare del pari al confino le idealità che egli accarezza, come l'impero, il totalitarismo,

dente epistolare preferito è il vecchio amico e critico di un tempo Augusto Graziani, con cui discute appassionatamente di economia, dalla teoria dei prezzi di Marget agli studi di Roepke sul liberismo, come isolandosi dalle tragiche vicende di quegli anni. In una lettera dell'estate 1943, il Graziani, dopo aver manifestato « letizia per gli avvenimenti del 25 luglio », esprime la speranza che « non tardi troppo la fine di questo immane conflitto, che turba i nostri cuori » (entrambi erano sottoposti alla legislazione razziale) « e fatalmente diminuisce anche l'attività del nostro pensiero, e la possibilità dell'applicazione mentale agli studi ». Achille Loria morirà a Luserna S. Giovanni (Torre Pellice) il 6 novembre 1943; Augusto Graziani a Firenze il 31 marzo 1944.

* * *

Mentre è ben arduo tentare una « rivalutazione » dell'opera del Loria — le cui incertezze analitiche abbiamo intravisto nel paragrafo precedente — ci pare altrettanto da rivedere la posizione di totale diniego di un qualsiasi significato scientifico della sua produzione, di cui furono portatori Antonio Labriola, Benedetto Croce e Antonio Gramsci. Il ventiduenne autore della *Rendita fondiaria*, il trentaduenne autore dell'*Analisi della proprietà capitalista* non è un « ciarlatano », come lo qualifica Benedetto Croce in una lettera a Giovanni Vailati ⁽²¹⁶⁾. È uno studioso di letture vastissime seppur disordinate, e dal notevole intuito per i grandi problemi teorici, anche se a questo intuito non si accompagnava una pari capacità di approfondimento. Fu il primo in Italia a valutare appieno l'importanza dell'eredità teorica classico-marxiana, a collegare Marx a Ricardo anzichè a Proudhon come aveva fatto Francesco Ferrara nel suo *Germanismo economico in Italia*. Ma anche se Ricardo e Marx furono i suoi « autori » prediletti, Loria non si limitò a plagiarli o a farne la caricatura. Il clima culturale del tempo era imbevuto di positivismo, di scientismo, di culto per i fatti. Mettere insieme il deduttivismo di Ricardo e di Marx con l'empirismo dominante nell'ultimo quarto di secolo fu un'opera-

il razzismo, l'élite, l'aristocrazia, il protezionismo agrario, ecc. »: p. 69) — frecciate che, per quanto eccessive, non colgono poi troppo lontano dal segno.

⁽²¹⁶⁾ In G. VAILATI, *Epistolario 1891-1909*, Einaudi, Torino, 1971, p. 618.

zione intellettuale che Achille Loria compì con una disinvoltura metodologica perfino disarmante. Eppure, questa operazione obbediva a una esigenza profonda, ancor viva nella cultura di oggi: l'esigenza di mediare logica e storia, fatti e teorie. Sotto questa angolatura, Loria può essere addirittura considerato un pioniere — un pioniere che attraverso errori e ingenuità ha permesso ad altri (magari ai suoi critici più implacabili) di fornire una sistemazione più rigorosa a questi problemi. Certo, il suo materialismo, o « economismo » storico, era una traduzione in termini meccanicistici e deterministici della concezione marxiana; la sua teoria della proprietà fondiaria era una *reductio ad absurdum* di elementi ricardiani contaminati con darwinismo e malthusianesimo. Ma la « visione » complessiva sottostante il suo pensiero presenta una innegabile grandiosità, e l'idea di fondo della sua ricerca — la concezione dell'economia politica come scienza critica della società — resta valida e attuale. Siamo dunque d'accordo con Leo Valiani, quando scrive che « nonostante i suoi difetti e i suoi innegabili torti verso Marx, a lui più che ad altri si deve la diffusione in Italia della nozione di un'economia non immutabile, non governata da leggi eterne, ma mossa dalla lotta delle classi sociali e perciò suscettibile di evoluzione al di là dello stadio proprietario e capitalistico » (217). E ci piace concludere con un giudizio di Piero Gobetti, alle cui « Energie Nove » il Loria collaborò con uno scritto su *Mazzini e Marx* (218). Discutendo il problema storico della tradizione risorgimentale, Gobetti riproponeva la tesi, a lui cara, secondo cui « la nostra unità ci venne più dalle tradizioni piemontesi che dal liberismo di Cavour e dallo storicismo critico di Cattaneo. Per vie diverse, erranee, limitate, Lombroso, Ardigò, Loria reagivano, rimanendo provinciali, al filisteismo della nostra unità, volgarizzavano esigenze di malcontento, si assimilavano grossolanamente un pensiero europeo che gli italiani non avevano saputo apprendere dalla serietà di Cattaneo e di Cavour. Opponendosi a questo umanitarismo romantico, i nazionalisti non sentirono la vitalità che vi si nascondeva. Da quella parentesi era

(217) L. VALIANI, *Questioni di storia del socialismo*, nuova ed., Einaudi, Torino, 1975, pp. 81-82.

(218) A. LORIA, *Mazzini e Marx*, « Energie Nove », 20 giugno 1919, pp. 90-91.

nato il movimento operaio e, contro il garibaldinismo di Crispi, una franca coscienza libertaria, premessa necessaria di un serio pensiero politico » ⁽²¹⁹⁾. Una valutazione più equanime — al di là del tono *tranchant* — sarebbe difficile concepire per Achille Loria e il suo tempo.

⁽²¹⁹⁾ P. GOBETTI, *Scritti politici*, a c. di P. Spriano, Einaudi, Torino, 1969, pp. 1020-21.

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

5-6

(1976-77)

Itinerari moderni della proprietà

TOMO II



giuffrè editore milano

TUTTI I DIRITTI RISERVATI - PRINTED IN ITALY

(1978) Tipografia MORI & C. s.n.c. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

FRANCESCO GALGANO

PROPRIETÀ E CONTROLLO DELLA RICCHEZZA: STORIA DI UN PROBLEMA

1. *La dissociazione fra proprietà e controllo della ricchezza.*

La proprietà della ricchezza si è separata dal controllo della ricchezza; l'una e l'altro hanno seguito destini diversi: la proprietà, un tempo concentrata nelle mani di pochi, è ora dominio di tutti; al controllo della ricchezza, d'altra parte, attendono *managers* che non ne sono proprietari e per i quali il controllo non è più l'esercizio di un diritto, ma l'adempimento di un servizio reso all'intera comunità.

Questa, in sintesi, una « filosofia » sociale che si svolge nel mondo anglosassone a partire dal principio degli anni venti e che ha l'ambizione di scoprire un nuovo modo di essere del capitalismo del ventesimo secolo, affatto diverso dal capitalismo del secolo precedente e tale da rendere del tutto superate le analisi e le denunce ottocentesche del capitalismo. L'epoca nella quale questo corso ha inizio offre già un elemento di valutazione: è l'epoca immediatamente successiva alla rivoluzione di ottobre; la nuova filosofia sociale reagisce all'allarme che questa ha provocato nella borghesia dell'Occidente, e in quella anglosassone in particolare; vuole persuadere che il mondo occidentale ha in sé gli elementi che lo immunizzano da una rivoluzione proletaria. Perché abbattere, come aveva predicato il *Manifesto del partito comunista*, la proprietà privata dei mezzi di produzione? Un simile obiettivo non ha senso nella società americana: questo è il titolo, persuasivo, del libro con il quale, nel 1923, Veblen fonda la dottrina della dissociazione fra proprietà e controllo della ricchezza, *Absentee Ownership and Business Enterprise in Recent Times, The case of America*. Il « caso dell'America » è

diverso; qui è spontaneamente prodotto, in « tempi recenti », un fenomeno che rende inutile un'azione rivoluzionaria: la proprietà è « assente » nell'impresa. Nel 1926 Keynes decreta, ad un tempo, la « fine del *laissez faire* » e l'« auto-socializzazione dell'impresa privata ». Instaurare con la violenza il socialismo equivale, dunque, a sfondare una porta aperta. Per Keynes, « i proprietari del capitale, ossia gli azionisti, sono quasi interamente dissociati dall'amministrazione, col risultato che l'interesse personale, diretto degli amministratori nel conseguimento di grossi profitti diventa del tutto secondario », e « saranno più considerate dagli amministratori la stabilità generale e la reputazione dell'ente che il massimo profitto degli azionisti. Gli azionisti devono contentarsi di dividendi convenzionalmente adeguati; ma, una volta assicurato ciò, l'interesse diretto degli amministratori consiste spesso nell'evitare critiche da parte del pubblico e dei clienti dell'impresa » (1).

I massimi divulgatori del nuovo credo saranno, come è noto, Berle e Means, che nel 1932 pubblicheranno *The Modern Corporation and Private Property* (2). L'analisi materialistica della storia è, a loro giudizio, definitivamente sconfitta (mentre è, a rigore, sconfitta solo una sua interpretazione « economicista ») (3); ad essi piacerà concludere la loro fatica scrivendo: « quali siano oggi i motivi che spingono il gruppo di controllo ad operare, non può essere altro che oggetto di congettura. È probabile però che si possa raggiungere una miglior conoscenza in materia, studiando i motivi che spingevano Alessandro Magno alla ricerca di nuovi mondi da conquistare, piuttosto che non quelli che muovevano un piccolo bottegaio dei tempi di Adam Smith » (4). Provvederanno poi i loro epigoni a realizzare questa « miglior conoscenza »: scopriranno che la grande *corporation*, retta da *mana-*

(1) È la nota conferenza « The End of Laissez-faire », raccolta nel volume *Essays in Persuasion*, New York, 1932, p. 312 ss.; apparsa sotto il titolo *La socializzazione della grande impresa azionaria*, in *Rivista delle società*, 1971, p. 667 ss.

(2) BERLE e MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, trad. it., Torino, 1966.

(3) E v. in GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, Torino, 1975, p. 460 ss., la critica dell'economismo e la differenziazione da questo del materialismo.

(4) BERLE e MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, cit., p. 330.

gers non proprietari, è diventata una istituzione che svolge « un servizio sociale », che essa è un « corpo politico e sociale », che la sua missione è di realizzare « gli ideali fondamentali della società americana » (5).

Combattere la proprietà privata dei mezzi di produzione non solo significa porsi un obiettivo inutile, perché alla proprietà non è più associato il potere; significa, altresì, porsi un obiettivo anti-popolare, perché la proprietà dei mezzi di produzione (e sia pure una proprietà separata dal controllo) è diventata dominio popolare. Nel *Credo dell'imprenditore americano* si legge che « la società di grandi dimensioni rivendica il fatto che il suo capitale appartiene a migliaia di persone comuni; i suoi azionisti sono lavoratori, agricoltori, massaie, vedove, contadini in pensione in tutto il paese. Essi vivono non solo nelle grandi città ma in fattorie, villaggi, piccole cittadine. La proprietà è un 'campione rappresentativo dell'America'. I creditori della società includono tutti coloro che hanno una polizza di assicurazione o un libretto di risparmio. Se una società è grande è solo perché migliaia di persone hanno ritenuto opportuno affidarle i propri risparmi, nello stesso modo in cui il negoziante ha investito i propri risparmi nella sua azienda. 'Un'impresa posseduta dal Popolo', come l'America Telephone & Telegraph Company ama definirsi, traduce una *promessa socialista di democrazia industriale* nella descrizione di uno stato di fatto relativo ad una delle più grandi società private americane (...) Il Presidente del Consiglio di amministrazione della General Foods definisce la sua e migliaia di altre società americane come 'imprese di proprietà pubblica' e come 'avanguardie della democrazia economica' » (6).

Una « promessa socialista di democrazia industriale »: è proprio vero, allora, quanto suole scrivere Galbraith, che « la parola socialismo non suscita alcuna particolare attrattiva nella società americana »? « Imprese possedute dal Popolo », « imprese di proprietà pubblica »: il desiderio di stabilire, e sia pure su basi di-

(5) Così, fra gli altri, DRUCKER, *Il potere dei dirigenti*, trad. it., Milano, 1958, p. 34 ss.

(6) SUTTON e altri, *Il credo dell'imprenditore americano*, trad. it., Milano, 1972, p. 67.

verse, un rapporto di equivalenza con le istituzioni economiche del mondo socialista appare qui fin troppo evidente. E l'idea che la grande impresa privata sia diventata pubblica, «altrettanto pubblica» quanto l'impresa di Stato, ha finito con il tradursi in un luogo comune: la espresse la letteratura anglosassone sulla «dissociazione» (7); la si ritrova, inopinatamente, in un discorso di Mussolini (8); ricompare oggi nelle parole dei nostri maggiori *managers* non proprietari (9).

Come nella letteratura anglosassone (10), così anche da noi si sottolinea che «il trasferimento della proprietà dei mezzi di produzione allo Stato non sia caratteristica di grande rilievo per distinguere il sistema c.d. socialista da quello capitalista» (11). Come gli scrittori anglosassoni (12) così i nostri scrittori scoprono

(7) Finché GALBRAITH, *Il nuovo Stato industriale*, trad. it., Torino, 1968, pensando al «futuro del sistema industriale», ha giudicato ragionevole prevedere che, «col tempo, la linea tra i due campi scomparirà del tutto, e gli uomini si volgeranno indietro a considerare con divertimento la finzione per la quale la gente si riferiva alla General Dynamics e alla North American Aviation e American Telephone & Telegraph come industria *privata*» (p. 345 s.).

(8) «Quando l'impresa privata varca certi limiti, non è più un'impresa privata, ma un'impresa pubblica. Sarà privata l'impresa dell'artigiano, ma quando un'industria, un istituto di credito, un commercio, una banca controllano miliardi e danno lavoro a diecine di migliaia di persone, come è possibile pensare che la sua fortuna o la sua sfortuna sia un affare personale del direttore dell'azienda o degli azionisti di quella società?». Traggio la citazione dal libro della C. STOLFI, *L'atto di preposizione. Contributo alla teoria dell'impresa*, Milano, 1974, p. 258 nota 59 (solo la cronologia storico-politica permette però il riferimento della frase a Mussolini, giacché la Stolfi, forse in ossequio ai canoni del positivismo giuridico, scrive che «già il 19 dicembre 1930, al Senato, il Capo del Governo diceva» ecc.).

(9) Come VISENTINI, per il quale «la grandissima impresa spersonalizzata, con le azioni diffuse tra centomila, trecentomila o cinquecentomila azionisti, senza azionisti quantitativamente consistenti e qualitativamente attivi, con interessi che coinvolgono quelli di intere regioni o dell'intera nazione, è *pubblica*: altrettanto *pubblica*, anche se in forma diversa, dell'azienda della quale l'Iri ha il controllo» (*Opinioni e discussioni sulla riforma delle società per azioni*, in *Rivista delle società*, 1967, p. 497).

(10) Fra gli ultimi cfr. GINSBERG, *On Justice in Society*, London, 1965, p. 101; GALBRAITH, *Il nuovo Stato industriale*, cit., p. 87 ss.

(11) Così ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, Milano, 1967, p. 11 nota 12.

(12) E v. fra gli altri DRUCKER, *La nuova società. L'anatomia dell'ordine in-*

che la dissociazione fra proprietà e controllo della ricchezza « distrugge la base originaria dell'analisi sociale marxista, che mette capo alla nota teoria dell'alienazione della classe lavoratrice » (13). La quale scoperta è, per la verità, alquanto tardiva, giacché la prima teorizzazione del fenomeno di dissociazione fra proprietà e controllo è, guarda caso, proprio in Marx.

2. La separazione fra proprietà e funzione del capitale.

Nel terzo libro del *Capitale* è la descrizione di una « nuova forma » della contraddizione del capitalismo « fra il carattere sociale e il carattere privato della ricchezza » (14); in questa nuova forma Marx individua un « momento necessario di transizione per la ritrasformazione del capitale in proprietà dei produttori », in « proprietà sociale immediata » (15). La « nuova forma » è in un fenomeno che, al tempo del *Capitale*, non si manifestava se non in modo del tutto embrionale, ma del quale Marx intuiva gli sviluppi futuri, al punto di qualificarlo come « momento di transizione » alla proprietà socialista della ricchezza; un fenomeno che neppure ad un secolo di distanza possiamo definire come compiutamente realizzato (ciò che attesta i « tempi lunghi » della transizione), essendo oggi presente solo nelle grandi imprese e neppure in tutte, dovendosi ancora quanto meno escludere quelle dirette dalle « grandi famiglie » di *managers* proprietari. Marx scorge questa « nuova forma » della contraddizione fondamentale del capitalismo nella società per azioni (16): qui « la proprietà è separata dalla funzione del capitale » e, « nella persona del dirigente, questa funzione è separata dalla proprietà del capitale » (17). L'ipotesi cui Marx fa riferimento non è quella, che pure ha altre

industriale, trad. it., Milano, 1953, p. 8 ss.; CROSLAND, *The Future of Socialism*, London, 1956, p. 68 ss.; GALBRAITH, *Il nuovo Stato industriale*, cit., p. 44 ss.

(13) Così MENGONI, *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, in *Rivista delle società*, 1958, p. 689.

(14) MARX, *Il capitale*, III, 2, trad. it., Roma, 1973, p. 126.

(15) MARX, *op. cit.*, p. 123.

(16) Sulla società per azioni al tempo di MARX cfr. la mia *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976, p. 120 ss.

(17) MARX, *op. cit.*, p. 123.

volte presente, della società per azioni divisa fra un, concentrato, « capitale dirigente » e un, diffuso, « capitale monetario ». Qui le potenzialità implicite nel sistema azionario sono spinte all'estremo limite, fino ad ipotizzare un capitale tutto monetario, amministrato da dirigenti non capitalisti (i *managers* non proprietari della letteratura anglosassone di questo secolo), onde — e qui sta la « nuova forma » — la « trasformazione del capitalista realmente operante in semplice dirigente, amministratore di capitale altrui, e dei proprietari di capitale in puri e semplici proprietari, puri e semplici capitalisti monetari » ⁽¹⁸⁾, e i mezzi di produzione si contrappongono « come proprietà altrui a tutti gli individui realmente attivi nella produzione, dal dirigente all'ultimo giornaliero ».

Così « nella società per azioni la funzione è separata dalla proprietà del capitale, e per conseguenza anche il lavoro è completamente separato dalla proprietà dei mezzi di produzione e dal plusvalore » ⁽¹⁹⁾. Per gli azionisti il profitto si tramuta in interesse: « anche quando i dividendi che essi ricevono comprendono l'interesse ed il guadagno d'imprenditore, ossia il profitto totale (poiché lo stipendio del dirigente è o dovrebbe essere semplice salario di un certo tipo di lavoro qualificato, il cui prezzo sul mercato del lavoro è regolato come quello di qualsiasi altro lavoro), questo profitto totale è intascato unicamente a titolo di interesse, ossia come un semplice indennizzo della proprietà del capitale, proprietà che ora è, nel reale processo di riproduzione, così separata dalla funzione del capitale come, nella persona del dirigente, questa funzione è separata dalla proprietà del capitale » ⁽²⁰⁾.

Per Marx, a differenza che per i suoi inconsapevoli epigoni managerialisti ⁽²¹⁾, la separazione fra proprietà e funzione del

⁽¹⁸⁾ MARX, *op. cit.*, p. 122.

⁽¹⁹⁾ MARX, *op. cit.*, p. 123.

⁽²⁰⁾ MARX, *op. cit.*, p. 122 s.

⁽²¹⁾ Come GALBRAITH, *Il nuovo Stato industriale*, cit., p. 44 s., che a Marx attribuisce l'opinione che il potere « compete naturalmente e inevitabilmente al capitale. Il suo esercizio è prerogativa della proprietà », mentre egli si dichiara dell'opposto avviso che, « secondo ogni evidenza, sono i dirigenti ad avere il potere ».

capitale resta, pur sempre, un fenomeno interno al modo di produzione capitalistico (inconsapevole non è però Dahrendorf che, sorprendentemente, rovescia i termini del rapporto e vede in Marx un « precursore » del managerialismo) ⁽²²⁾: « nel sistema azionario è già presente il contrasto con la vecchia forma nella quale i mezzi di produzione sociale appaiono come proprietà individuale; ma la trasformazione in azioni rimane ancora chiusa entro le barriere capitalistiche; in luogo di annullare il contrasto fra il carattere sociale ed il carattere privato della ricchezza, essa non fa che darle una nuova forma » ⁽²³⁾. Interna a questo modo di produzione è la ragione del fenomeno, che Marx inquadra nel più generale tema della funzione del credito nella produzione capitalistica: « se il credito appare come la leva principale della sovrapproduzione e della sovraspeculazione nel commercio, ciò avviene soltanto perché il processo di produzione, che per sua natura è elastico, viene qui spinto al suo estremo limite, e vi viene spinto proprio perché una gran parte del capitale sociale viene impiegato da quelli che non ne sono proprietari, i quali quindi agiscono in tutt'altra maniera dai proprietari, i quali, quando operano personalmente, hanno paura di superare i limiti del proprio capitale privato. Da ciò risulta chiaro soltanto che la valorizzazione del capitale, fondata sul carattere antagonistico della produzione capitalistica, permette l'effettivo, libero sviluppo soltanto fino a un certo punto, quindi costituisce di fatto una catena e un limite immanente della produzione, che viene costantemente spezzato dal sistema creditizio » ⁽²⁴⁾. L'esigenza che muove alla separazione fra proprietà e funzione del capitale è, dunque, quella di superare un limite immanente nella produzione dell'imprenditore-proprietario; ciò che Hilferding, sulla traccia del *Capitale*, illustra assai bene scrivendo che « l'utilizzazione del capitale altrui porta a dirigere le imprese in modo più energico, ardito e razionale, e soprattutto in modo più libero da considerazioni di carattere personale; si aggiunga che questa

⁽²²⁾ DAHRENDORF, *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, trad. it., Bari, 1963, p. 83 ss.

⁽²³⁾ MARX, *Il capitale*, III, 2, cit., p. 126.

⁽²⁴⁾ MARX, *op. cit.*, p. 127 s.

politica economica finisce, di regola, con l'ottenere l'appoggio dei grossi azionisti, i quali possono sopportare agevolmente una temporanea diminuzione dei profitti, in quanto sanno che, in definitiva, l'aumento del corso delle azioni e un più elevato profitto compenseranno i loro sacrifici (non quelli però dei piccoli azionisti, che nel frattempo saranno stati costretti a vendere i loro titoli). La società per azioni è perciò avvantaggiata nei confronti dell'impresa individuale, per il fatto che in essa le considerazioni e le esigenze di carattere puramente economico prevalgono anche contro gli interessi e le tendenze della proprietà individuale, che in certi casi possono suggerire misure in antitesi con le necessità puramente tecnico-economiche » (25).

Il fenomeno si ricollega, sotto questo aspetto, al più generale tema del rapporto, entro la società capitalistica, fra l'interesse dei singoli capitalisti e quello generale della classe, della tendenziale prevalenza del secondo sul primo (26). La società capitalistica, del resto, è « il dominio della cosa sull'uomo, del prodotto sul produttore », un dominio che si esercita sullo stesso capitalista e « fa apparire il capitalista sottomesso alla schiavitù del rapporto capitalistico non meno che, dall'altro, al polo opposto, l'operaio »; anche se « l'operaio si eleva fin dall'inizio al disopra del capitalista, perché quest'ultimo è radicato in un processo di alienazione nel quale trova il suo appagamento assoluto, mentre l'operaio, in quanto ne è la vittima, è *a priori* con esso in rapporto di ribellione, lo sente come processo di riduzione in schiavitù » (27).

3. *Separazione fra proprietà e funzione e transizione alla proprietà sociale del capitale.*

La separazione fra proprietà e funzione del capitale non è, per Marx, solo una « nuova forma entro le barriere capitalistiche »; è anche « un momento necessario di transizione per la ritrasfor-

(25) HILFERDING, *Il capitale finanziario*, trad. it., Milano, 1961, p. 152.

(26) Sul punto mi sono ampiamente soffermato ne *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1974, p. 12 ss.

(27) MARX, *Il capitale*, libro I, capitolo VI inedito, trad. it., Firenze, 1969, p. 20 s.

mazione del capitale in proprietà dei produttori, non più però come proprietà privata di singoli produttori, ma come proprietà di essi in quanto associati, come proprietà sociale immediata. E inoltre è momento di transizione per la trasformazione di tutte le funzioni che nel processo di riproduzione sono ancora connesse con la proprietà del capitale, in semplici funzioni dei produttori associati, in funzioni sociali » (28).

Questo secondo aspetto del fenomeno è, nel *Capitale*, accennato, ma non svolto. A Marx la società per azioni interessava, essenzialmente, come istituzione economica del capitalismo e, più in particolare, come elemento del sistema creditizio. Se ne è occupato in questa specifica prospettiva, che è la generale prospettiva del capitolo XXVII del terzo libro, dedicato alla « funzione del credito nella produzione capitalistica ». Perciò anche la ragione che qui egli dà del fenomeno è una ragione solo economica, identificata nella sopra ricordata esigenza del capitale di superare, separando la proprietà dalla funzione, un limite intrinseco alla produzione del proprietario-dirigente. E tuttavia Marx intuisce che la sostanza del fenomeno non è tutta qui: al fatto che il capitale « viene impiegato da quelli che non ne sono proprietari » non consegue solo che costoro « agiscono in tutta altra maniera dai proprietari »; ne deriva altresì che « tutte le misure, tutte le spiegazioni ancora più o meno accettate all'interno del modo di produzione capitalistico, qui scompaiono ». Il potere economico, separato dalla proprietà, perde la sua antica base di legittimazione, il fondamento razionale attribuitogli dalla cultura borghese. Il che Marx non dice con riferimento specifico alla società per azioni (per la quale le sue considerazioni valgono però a maggior ragione), ma con generico riferimento al sistema del credito: « ciò che il commerciante all'ingrosso rischia nelle sue speculazioni non è *proprietà sua* [il corsivo è nel testo], ma della società. Altrettanto assurda è la frase fatta che fa derivare il capitale dal risparmio, perché ciò che lo speculatore pretende è proprio che *altri* risparmino per lui ». Onde « concezioni che in una produzione capitalistica meno sviluppata hanno ancora un senso qui lo perdono completamente »; e i pochi che impiegano

(28) MARX, *Il capitale*, III, 2, cit., p. 123.

il capitale sociale assumono « sempre più il carattere di puri e semplici cavalieri di ventura » ⁽²⁹⁾.

Nel che c'è, anche per questo aspetto, l'anticipazione delle teorie managerialistiche del ventesimo secolo e, anzi, del loro punto nodale, che sta nella giustificazione dello smisurato potere dei *managers*, di quello che Berle ha definito come il loro « potere assoluto », simile al potere dei monarchi del diciassettesimo e del diciottesimo secolo ⁽³⁰⁾. Lo riassume Mason, nel presentare il volume collettaneo su *La grande impresa nella società moderna*: « il XIX secolo ha prodotto una dottrina sociale che non solo spiegava, ma giustificava il sistema dell'epoca. Il funzionamento del sistema delle grandi imprese, invece, non è stato fino ad oggi spiegato adeguatamente o, se alcune spiegazioni vengono accolte come adeguate, pare difficile giustificarlo » ⁽³¹⁾. La giustificazione del controllo non è più nella proprietà della ricchezza: « è un po' difficile riconoscere nell'odierna proprietà di azioni quella fonte di sviluppo morale, sociale e politico che Jefferson vedeva nella proprietà privata » ⁽³²⁾: Dove risiede, allora, la base di legittimità del potere economico? A questa domanda la sociologia americana non sa dare una risposta che non sia mistificante ⁽³³⁾; essa è, però, consapevole del nuovo terreno sul quale il problema deve

⁽²⁹⁾ MARX, *op. cit.*, p. 126.

⁽³⁰⁾ BERLE, *The 20th. Century Capitalism Revolution*, New York, 1954, pp. 60 ss., 172 ss.

⁽³¹⁾ MASON, in *La grande impresa nella società moderna*, trad. it., Milano, 1970, p. 24 s.

⁽³²⁾ MASON, *op. cit.*, p. 36.

⁽³³⁾ Cfr. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, cui si deve la più accurata rassegna critica delle teorie manageriali nella nostra letteratura: « in definitiva, gli esponenti della filosofia manageriale sembrano aver fallito nel loro intento di trovare nuove giustificazioni al potere dei dirigenti delle società giganti. Le asserzioni frequenti sul senso di responsabilità che anima i membri dei consigli di amministrazione si riducono ad enunciati apodittici. La responsabilità verso cerchie più vaste degli azionisti non si è finora tradotta in nessun legame istituzionale: non esiste nessun obbligo giuridico e neppure nessun meccanismo per farlo rispettare. Se non ci si accontenta della fede nella 'coscienza del re' [l'espressione è di Berle], non è dato altro rimedio all'assolutismo. Inoltre il problema non è che gli abitanti di questi feudi conducano una vita stentata e gravosa, ma che le loro condizioni vengano decise da altri » (p. 341).

essere affrontato: per Berle il potere economico si è tramutato in potere politico non statutale, e reclama « il giusto consenso dei governati » (34); Mason avverte la contraddizione fra potere manageriale e democrazia politica, giacché « la legittimità può essere conferita in ultima istanza soltanto dal sovrano, e, nella tradizione americana, il popolo è sovrano » (35).

La separazione fra proprietà e funzione del capitale apre così una nuova contraddizione entro la società borghese: il potere economico, separato dalla proprietà e da questa non più legittimato, trova un elemento di contraddizione nella costituzione politica di questa società, per la quale il potere è legittimo solo se conferito dal popolo sovrano. Alla stessa sociologia americana appare, allora, coerente argomentare che il potere economico, per essere assoggettato alla sovranità popolare, dovrebbe essere trasferito allo Stato (36), anche se la soluzione viene subito scartata (e il problema lasciato insoluto) (37) perché in contrasto con quel valore della società americana che è il pluralismo economico, il libero confronto fra diversi centri decisionali (38). La contraddizione di base è, allora, fra pluralismo economico e costituzione politica: per sanarla, salvando entrambi i termini della contraddizione, la sociologia americana propone forme di partecipazione dei « cittadini » al governo delle singole imprese (39), eventualmente con corpi elettorali unificati per l'intero sistema delle grandi imprese (40). Ma un altro valore della società borghese — la separazione della società civile dalla società politica — è così messo in discussione: il « cittadino », il membro della società politica, acquista diritti sul governo della società civile; le ragioni della sovranità popolare invadono lo spazio lasciato vuoto dalle ragioni della proprietà.

(34) BERLE, *op. ult. cit.*, p. 60.

(35) MASON, in *La grande impresa nella società moderna*, cit., p. 27.

(36) BERLE, *op. ult. cit.*, p. 172.

(37) MASON, *op. cit.*, p. 39, auspica che, per risolverlo, nasca un nuovo Hobbes o un nuovo Locke.

(38) BERLE, *op. ult. cit.*, p. 175.

(39) CHAYSE, in *La grande impresa nella società moderna*, cit., p. 53 ss.

(40) BREWSTER, in *La grande impresa nella società moderna*, p. 104 ss.

Per Marx la separazione della proprietà dalla funzione del capitale è « momento necessario di transizione » alla proprietà sociale immediata: di transizione, in particolare, per la trasformazione delle funzioni del capitale « in semplici funzioni dei produttori associati, in funzioni sociali ». Ancora: « le imprese azionarie capitalistiche sono da considerarsi (...) come forme di passaggio dal modo di produzione capitalistico a quello associato » ⁽⁴¹⁾; e, se la società per azioni dà luogo ad una « produzione privata senza il controllo della proprietà privata » ⁽⁴²⁾, i mezzi di produzione « con lo sviluppo della produzione sociale cessano di essere mezzi della produzione privata e prodotti della produzione privata, e possono essere ancora soltanto mezzi di produzione nelle mani dei produttori associati, quindi loro proprietà sociale, così come sono loro prodotto sociale » ⁽⁴³⁾.

Momento non unico, certo, della transizione, e, tuttavia, suo « momento necessario »: il concetto è che la trasformazione del capitale in proprietà dei produttori e delle funzioni del capitale in funzioni sociali passa, necessariamente, attraverso la intermedia « trasformazione del capitalista realmente operante in semplice dirigente, amministratore di capitale altrui, e dei proprietari di capitale in puri e semplici proprietari, puri e semplici capitalisti monetari ». Il perché di questo necessario momento intermedio Marx non dice in modo esplicito; la conclusione del capitolo riprende il discorso sul credito con la generale previsione che « il sistema creditizio affretta quindi lo sviluppo materiale delle forze produttive e la formazione del mercato mondiale, che il sistema capitalistico di produzione ha il compito storico di costituire, fino a un certo grado, come fondamento materiale della nuova forma di produzione. Il credito affretta al tempo stesso le eruzioni violente di questa contraddizione, ossia le crisi e quindi gli elementi di disfacimento del vecchio sistema di produzione » ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴¹⁾ MARX, *Il capitale*, III, 2, cit., p. 127.

⁽⁴²⁾ MARX, *op. cit.*, p. 122.

⁽⁴³⁾ MARX, *op. cit.*, p. 126.

⁽⁴⁴⁾ MARX, *op. cit.*, p. 128.

Ma comprendiamo la più specifica ragione di crisi del capitalismo che sta nella separazione della funzione dalla proprietà del capitale — e comprendiamo, al tempo stesso, il senso storico della transizione — se confrontiamo lo Schumpeter del principio (45) con quello della metà del secolo (46): il primo aveva esaltato l'imprenditore come il geniale innovatore, non importa se proprietario o no dei mezzi di produzione, se percettore o no del profitto (47); il secondo deve constatare che « la proprietà smaterializzata, sfunzionalizzata e assenteista non esercita più il fascino tipico della forma ancora vitale della proprietà. Un giorno, non ci sarà più *nessuno* al quale veramente preme di difenderla »; nessuno « deciso a combattere, economicamente, fisicamente e politicamente, per la 'propria' azienda e per il suo controllo, e a morire, se necessario sui suoi gradini »; e « l'unità industriale gigante perfettamente burocratizzata soppianta non solo l'azienda piccola e media e ne 'espropria' i proprietari, ma soppianta in definitiva l'imprenditore ed espropria la borghesia, come classe destinata a perdere tanto il suo reddito, quanto (cosa molto più importante) la sua funzione » (48). E, se dal confronto fra i due Schumpeter il rapporto fra proprietà separata dal controllo e crisi del capitalismo può essere letto « in negativo » (49), i managerialisti americani sopra esaminati forniscono la chiave per leggerlo « in positivo »: il potere manageriale, separato dalla proprietà, ha bisogno del « giusto consenso dei governati »; deve ritrovare nella « sovranità », che appartiene al popolo, la fonte della perdita legittimità; reclama forme di partecipazione dei « cit-

(45) SCHUMPETER, *Teoria dello sviluppo economico*, trad. it., Firenze, 1971 (la prima edizione tedesca è del 1911).

(46) SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, trad. it., Milano, 1955 (l'originale è del 1942).

(47) SCHUMPETER, *Teoria dello sviluppo economico*, cit., p. 85 ss.

(48) SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, cit., p. 126 ss.

(49) Cfr. al riguardo NAPOLEONI, *Il pensiero economico del 900*, Torino, 1963, p. 123, dove il giudizio che « l'attività imprenditiva su base privata e individualistica è la connotazione essenziale del capitalismo » per Schumpeter, mentre la materializzazione della proprietà « comporta, a lungo andare, una trasformazione profonda, che Schumpeter ritiene irreversibile, del sistema economico, nel quale la componente borghese-capitalistica si indebolisce sempre di più ».

tadini» al governo della produzione. Non c'è in tutto ciò il segno della marxiana «legge di transizione» secondo la quale le funzioni del capitale, una volta separate dalla proprietà del capitale, altro non possono diventare se non «funzioni sociali»?

4. *Organizzazione economica e organizzazione politica.*

La cultura di ispirazione marxista si è più volte saggiata nella critica alle teorie manageriali, fino a negare l'esistenza di una reale dissociazione fra proprietà e controllo della ricchezza. Negli Stati Uniti le obiezioni sono state formulate, soprattutto, da Baran e Sweezy ⁽⁵⁰⁾; ma anche nel nostro paese non sono mancati accessi critici ⁽⁵¹⁾: io stesso mi sono, a più riprese, cimentato ⁽⁵²⁾. Il procedimento critico generalmente seguito è stato questo: la conclusione dei managerialisti, che il sistema capitalistico si è spontaneamente trasformato e che la grande impresa, guidata dai *managers* non proprietari, non persegue più il profitto, bensì il benessere collettivo, è apparsa chiaramente inaccettabile; dalla conclusione si è risalito alla premessa, e si è contestato che i *managers* siano realmente autonomi rispetto ai proprietari del capitale. Per Baran e Sweezy la loro autonomia è contestabile sotto un duplice aspetto: anzitutto perché i *managers*, inizialmente non proprietari, tendono poi ad acquisire cospicui pacchetti azionari nella società amministrata, ossia ad espropriare i precedenti proprietari, onde il fenomeno della dissociazione è solo la modalità iniziale di un ricambio interno alla classe proprietaria ⁽⁵³⁾; in secondo luogo perché i *managers*, anche se sono separati dalla proprietà del capitale, non sono però separati dalla

⁽⁵⁰⁾ BARAN e SWEETZY, *Il capitale monopolistico. Saggio sulla struttura economica e sociale americana*, trad. it., Torino, 1968, p. 31 ss.

⁽⁵¹⁾ Come COTTINO, da ultimo in *Diritto commerciale*, I, Padova, 1976, p. 653 ss.; ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio di impresa*, cit., che risolve la questione in modo originale, sostenendo che non c'è dissociazione fra proprietà e controllo perché il patrimonio sociale non appartiene a nessuno e va qualificato come «patrimonio senza soggetto», al pari dell'eredità giacente (p. 34 s.); WEIGMANN, *Proprietà e potere nelle grandi imprese*, in *Democrazia e diritto*, 1977, p. 101 ss.

⁽⁵²⁾ Da ultimo ne *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, cit., p. 81 ss.

⁽⁵³⁾ BARAN e SWEETZY, *Il capitale monopolistico*, cit., p. 31 ss.

logica del capitale: essi non possono, né desiderano, sottrarsi alla spietata legge della riproduzione del capitale (54).

La prima delle due obiezioni non trova, in verità, un generale riscontro nei fatti: non occorre riferirsi alla realtà americana; basta pensare ai nostri Carli, Visentini, Stammati e così via, dalla mente dei quali sicuramente esula l'intento di intraprendere « scalate » ai pacchetti azionari (e l'alternanza, per molti di costoro, fra presidenze di imprese private e di imprese pubbliche, e fra presidenze di imprese e ministeri economici, contribuisce a spiegare il senso della loro professionalità). La seconda obiezione ha sicuramente un forte fondamento di validità: se non sono proprietari del capitale, i *managers* restano « funzionari » del capitale, come è funzionario del capitale, secondo il giudizio marxiano, lo stesso dirigente-proprietario; e, tuttavia, è un fatto — già constatato da Marx — che i dirigenti non proprietari « agiscono in tutt'altra maniera dai proprietari ». Certamente perché essi non hanno, a differenza dei proprietari, la « paura di superare i limiti del proprio capitale privato » e, quindi, perché meglio dei proprietari sanno valorizzare il capitale; ma non soltanto per questo: che senso mai avrebbe, altrimenti, il giudizio marxiano sulla separazione fra proprietà e funzione del capitale come « momento necessario di transizione » per la trasformazione delle funzioni del capitale in « funzioni sociali »?

Il senso profondo di questo giudizio non lo possiamo ritrovare nel Marx del *Capitale*, al quale premeva, essenzialmente, di ricostruire i meccanismi di funzionamento del sistema capitalistico. Lo dobbiamo ricercare nell'intera opera marxiana e, ancora, in tutto lo sviluppo del socialismo scientifico. Appaiono, illuminanti, allora, gli scritti giovanili di Marx sulla contraddizione politica della società borghese (ché proprio nella costituzione politica di questa la « dissociazione » fra proprietà e controllo della ricchezza ha, come si è visto sopra, aperto una contraddizione); e gli svolgimenti di Engels e, soprattutto, di Gramsci. Dobbiamo cogliere i nessi fra struttura economica e costituzione politica, e considerare la fondamentale unità del disegno strate-

(54) BARAN e SWEETZ, *op. cit.*, p. 35 ss.

gico della borghesia, nella organizzazione economica come nella organizzazione politica della società borghese.

Appare allora evidente l'analogia fra due fenomeni: la separazione, da un lato, fra proprietà e funzione del capitale, con la formazione di una classe manageriale distinta dalla classe proprietaria; la separazione, d'altro lato, fra dominio economico e direzione politica della borghesia, con la formazione di una classe politica distinta dalla classe capitalistica. Sono fenomeni che procedono paralleli; si svolgono per tutto l'arco storico della ascesa della classe borghese. Ho avuto occasione, recentemente, di descriverli: il secondo muove, analogamente al primo, da una fase originaria (società politica comunale), nella quale funzioni economiche e funzioni politiche sono tra loro congiunte, classe economicamente dominante e classe politicamente dirigente coincidono ⁽⁵⁵⁾; ed è in questa stessa fase l'origine di una struttura di impresa (la compagnia medioevale) fondata sulla associazione fra proprietà e direzione, fra potere e rischio ⁽⁵⁶⁾. Parallela al processo di formazione dello Stato moderno è, per contro, l'origine della società per azioni. In politica, la borghesia sa trarre profitto dalla lezione delle monarchie assolute: il potere politico della borghesia si separa dal suo potere economico; dalla classe mercantile si distingue una classe politica, attraverso la quale la borghesia può guardare oltre il proprio immediato interesse economico, può coordinarlo con l'interesse degli altri gruppi sociali, può elaborare una visione « nazionale », e non più corporativa, dei propri interessi di classe. La mediazione nei rapporti fra le classi era stata — il giudizio è di Engels — funzione storica delle monarchie assolute, che « mantengono l'equilibrio tra nobiltà e borghesia »; sarà, nella Francia post-rivoluzionaria, la funzione del bonapartismo, che la eserciterà nel rapporto fra borghesia mercantile e borghesia terriera (mentre il bonapartismo del secondo Impero, aggiunge Engels, si varrà « del proletariato contro la borghesia e della borghesia contro il proletariato ») ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, cit., p. 33 ss.

⁽⁵⁶⁾ GALGANO, *op. cit.*, p. 46 ss.

⁽⁵⁷⁾ ENGELS, *L'origine della famiglia, della proprietà e dello Stato*, trad. it., Roma, 1963, p. 172.

È ciò che Gramsci descrive come « la fase più schiettamente politica, che segna il netto passaggio dalla struttura alla sfera delle super-strutture complesse »: qui « lo Stato è concepito, sì, come organismo proprio di un gruppo, destinato a creare le condizioni favorevoli alla massima espansione del gruppo stesso; ma questo sviluppo e questa espansione sono concepiti e presentati come la forza matrice di una espansione universale, di uno sviluppo di tutte le energie ' nazionali ', cioè il gruppo dominante viene coordinato concretamente con gli interessi generali dei gruppi subordinati e la vita statale viene concepita come un continuo formarsi e superarsi di equilibri instabili (nell'ambito della legge) tra gli interessi del gruppo fondamentale e quelli dei gruppi subordinati, equilibri in cui gli interessi del gruppo dominante prevalgono ma fino a un certo punto, non cioè fino al gretto interesse economico-corporativo » (58).

Anche per l'avvento della società per azioni si deve parlare di « passaggio dalla struttura alla sfera delle super-strutture complesse ». La separazione, con la società per azioni, della funzione dalla proprietà del capitale e sì destinata, come lo Stato borghese, a « creare le condizioni favorevoli alla massima espansione del gruppo » dominante (e nella società per azioni, a creare le condizioni favorevoli alla più intensa valorizzazione del capitale); ma la ragione non sta, neppure qui, solo nel « gretto interesse economico-corporativo ». La classe proprietaria disloca fuori da sé la sede del potere economico; affida a dirigenti non proprietari, da essa istituzionalmente indipendenti, il compito di coordinare il suo interesse con quello degli altri gruppi sociali (che al principio sono solo i ceti medi apportatori di capitale di risparmio, ma poi sono anche, come la sociologia americana puntualmente registra, i lavoratori, quindi i consumatori e, infine, i « cittadini » in quanto tali); li erige a (credibili) artefici di una « espansione universale »: compito che la sociologia americana assegnerà ai *managers*, quali interpreti degli « ideali fondamentali della società americana »; il quale compito assai meno credibilmente la classe proprietaria avrebbe potuto arrogare a se stessa.

(58) GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, cit., p. 457 s.

Sulla indipendenza dei *managers* si possono, certo, avanzare molte riserve; e ciò quantunque il moderno diritto societario ne abbia fatto una istituzionale indipendenza, sottraendo la gestione dell'impresa alla stessa competenza dell'assemblea degli azionisti e affidandola alla autonoma responsabilità degli amministratori ⁽⁵⁹⁾. Formulai, alcuni anni or sono, le mie riserve al riguardo ⁽⁶⁰⁾, eccependo che «la contrapposizione degli amministratori agli azionisti è una falsa contrapposizione; si debbono, piuttosto, contrapporre quegli azionisti, da un lato, che compongono il gruppo di controllo della società — e che sono, assai spesso, una ristretta minoranza non solo numerica, ma anche di capitale — e, dall'altro lato, la massa innumerevole degli azionisti estranei al gruppo di controllo. L'autonomia dell'organo amministrativo rispetto all'assemblea degli azionisti — codificata nei paesi di più avanzato capitalismo — non è una autonomia effettiva, e non è traducibile in termini sociologici di separazione del potere economico dalla proprietà della ricchezza. Essa è solo una autonomia funzionale: è una autonomia strumentale rispetto agli interessi del gruppo assembleare di controllo della società. Gli amministratori, se non ricevono più direttive dall'assemblea, obbediscono pur sempre alle direttive del gruppo di comando, al quale debbono la propria elezione e la determinazione del proprio compenso, e dal quale potrebbero non essere riconfermati alla scadenza della carica. Il fatto che l'assemblea non possa più, come in passato, dare ordini agli amministratori produce questa sola differenza rispetto al passato: il gruppo di comando dà oggi ordini agli amministratori al di fuori dell'assemblea e, quindi, al di fuori di ogni controllo della minoranza. Esso non glieli dà più ufficialmente: glieli dà segretamente o, se si preferisce, confidenzialmente. Ciò crea quella 'evidenza' alla quale, secondo Galbraith, i marxisti non vogliono arrendersi: per l'economista americano 'una modesta quota delle azioni è rappresentata alle assemblee degli azionisti per una cerimonia in

⁽⁵⁹⁾ Per la descrizione tecnico-giuridica del fenomeno debbo qui rinviare al mio volume su *La società per azioni, le altre società di capitali, le cooperative*, Bologna, 1974, 2ª edizione, p. 101 ss.

⁽⁶⁰⁾ GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, cit., p. 89.

cui la banalità è principalmente alternata alla irrilevanza'. Che l'assemblea sia diventata una 'banale cerimonia' è verissimo; ma ciò non legittima — come Galbraith pretende — la conclusione che, 'secondo ogni evidenza, sono i dirigenti ad avere il potere' ⁽⁶¹⁾ ».

Sono tuttora del parere che a questa forma di « evidenza » i marxisti non debbano arrendersi; aggiungo però che essi non possono pretendere, di fronte alla società per azioni, di essere più marxisti di Marx. Sottoscrivo ancora le riserve che allora formulai; ma ora debbo ammettere che esse, per quanto in sé giuste, avevano il torto di cogliere solo in parte la sostanza del fenomeno. Una interpretazione che voleva essere materialistica peccava di economismo. Il punto è che, se i dirigenti ricevono ordini dal capitale di comando, ricevono però mille altre sollecitazioni dalle opposte parti sociali e, più in generale, dall'insieme della società; e il loro compito — il compito cui essi sono organicamente preposti — non consiste nel respingere le seconde per eseguire i primi, ma consiste nel mediare fra i primi e i secondi, nel continuo ricercare i necessari equilibri — ripeto ancora le parole di Gramsci — « tra gli interessi del gruppo dominante e quelli dei gruppi subordinati ». È vero che è il capitale che li nomina e li può in ogni tempo revocare (quando, ciò che rappresenta ancora un'ipotesi estrema, la « polverizzazione » del capitale non sia tale da consentire loro di auto-cooptarsi) ⁽⁶²⁾; ma è vero pure che la stabilità della loro carica deriva non dallo scrupolo con il quale eseguono gli ordini ricevuti (cui sarebbe vano appellarsi nel caso di insuccesso dell'impresa), ma dalla loro ca-

⁽⁶¹⁾ GALBRAITH, *Il nuovo Stato industriale*, cit., p. 45.

⁽⁶²⁾ WEIGMANN, *Proprietà e potere nelle grandi imprese*, in *Democrazia e diritto*, 1977, p. 109, trae dal libro di DE VROEV, *Propriété et pouvoir dans les grandes entreprises*, Bruxelles, 1973, la testimonianza che in Belgio « il quadro della dispersione dei titoli fra proprietari assenteisti è profondamente diverso da quello tracciato da Berle e Means, giacché in nessuna impresa manca un azionista predominante. Solo in cinque i proprietari si limitano a sorvegliare saltuariamente la gestione per il tramite del consiglio di amministrazione. In tutte le altre il controllo dei proprietari, con modalità diverse a seconda delle sfere decisionali, è assiduo e penetrante (...). In nove casi troviamo grossi azionisti impegnati a tempo pieno nella direzione generale e talvolta anche in quelle divisionali ».

pacità di realizzare, resistendo se necessario alle sollecitazioni del capitale, il successo dell'impresa loro affidata, dalla loro capacità di mediare — ch  il successo dell'impresa  , sempre pi  marcatamente, conseguenza di questa mediazione — fra gli interessi della classe proprietaria e quelli delle classi ad essa antagoniste. Sono funzionari del capitale « separati » dalla propriet  del capitale, organicamente deputati — questo   il senso profondo dell'intuizione marxiana — ad « agire in tutt'altra maniera dai proprietari ».

5. *Conclusioni.*

La separazione fra propriet  e funzione del capitale   « nuova forma entro le barriere capitalistiche », ma   anche — si deve qui ripetere — « momento necessario di transizione »,   necessaria « forma di passaggio » ad un diverso modo di produzione, nel quale il capitale   « propriet  sociale immediata dei produttori » e le funzioni del capitale sono « funzioni sociali ». Si comprende il senso della *necessit * di questo « momento di transizione » se si considera la generale legge marxiana di transizione, secondo la quale ogni modo di produzione ha il compito storico di costituire, « fino a un certo grado », il fondamento materiale del nuovo modo di produzione, e il passaggio da un modo di produzione ad un altro esige che il primo abbia adempiuto per intero il proprio compito storico. La propriet  privata del capitale non si trasforma in propriet  sociale immediata, le funzioni del capitale non si trasformano in funzioni sociali, se non si realizza quel « momento necessario di transizione », che   la separazione della propriet  dalla funzione del capitale.

Marx avvertiva, al suo tempo, che « lo sviluppo del sistema creditizio », entro il quale collocava lo sviluppo delle « imprese azionarie capitalistiche », contiene in s  « la potenziale eliminazione della propriet  di capitale » ⁽⁶⁸⁾; a noi spetta di constatare come quella potenziale eliminazione sia, ad un secolo dal tempo del *Capitale*, ancora lungi dall'essere interamente realizzata. In ci    materia di riflessione sui « tempi lunghi » della transizione,

⁽⁶⁸⁾ MARX, *Il capitale*, III, 2, cit., p. 127.

ma anche materia per costruire il disegno strategico delle forze rivoluzionarie e l'articolazione culturale della lotta di classe. Non si tratta di ributtare i *managers* nel ruolo, che poi essi stessi respingono, di « servi del capitale », ma si tratta, all'opposto, di agire per il progressivo sviluppo della loro condizione di indipendenza della classe proprietaria; la quale indipendenza, quanto più si accentua, tanto più divarica la contraddizione fra potere economico e costituzione politica della società borghese e invoca — questa è la lezione della sociologia americana — il « giusto consenso dei governati ». Se essi si proclamano artefici di uno sviluppo universale, non è per una menzogna convenzionale, ma è perché alla proclamazione di un simile loro ruolo li spinge la stessa evoluzione del modo di produzione capitalistico. E allora il compito delle forze rivoluzionarie non sta nel tacciare di « mistificazione » ogni loro asserzione in tal senso, ma nel mettere in campo ogni energia per costringerli a fornire prove reali della loro indipendenza dal capitale e della loro proclamata missione di artefici della prosperità generale.

I tempi della transizione dipendono, ha detto Gramsci, dalla consapevolezza che gli uomini hanno della sua legge storica. Lo ricorda ora Cerroni: « soltanto Gramsci è riuscito a dirci che il meccanismo di riequilibrio dei rapporti sociali non è un *meccanismo* ma una legge storica, come tale legata per un verso al lungo periodo e per un altro ai tempi differenti che la consapevolezza degli uomini conferisce al suo funzionamento » (64). Da questa consapevolezza deriva la loro capacità di identificare i modi e di accelerare i tempi della transizione.

(64) CERRONI, *Crisi ideale e transizione al socialismo*, Roma, 1977, p. 61.

HELMUT RITTSTIEG

DIE JURISTISCHE EIGENTUMSLEHRE IN DER ZEIT DES NATIONALSOZIALISMUS

I.

Im politischen Denken der Neuzeit stehen sich zwei Eigentumslehren gegenüber: die liberale und die sozialistische. Beide haben Varianten ausgebildet und sind Verbindungen eingegangen, bleiben aber deutlich als die beiden Hauptlinien eigentumspolitischen Denkens unterscheidbar ⁽¹⁾. Beide Theoriekomplexe gewannen praktische Bedeutung, indem sie der Rechtsentwicklung vorangingen oder diese als Rechtfertigung begleiteten. Fragmente dieser Theorien finden sich daher auch in den meisten juristischen Äußerungen zum Eigentum, wobei sie allerdings vielfach als beliebige Versatzstücke, ohne Berücksichtigung ihres Zusammenhanges verwendet werden. Das gilt zum Teil auch für die juristische Eigentumslehre, die unter der Herrschaft des Nationalsozialismus entwickelt wurde.

In ihrer ursprünglichen, im 17. Jahrhundert vor allem durch John Locke geprägten Fassung diente die liberale Eigentumslehre der Durchsetzung der ökonomischen und politischen Forderungen des Bürgertums. Ihr Abstellen auf die selbständige Arbeit als Rechtfertigung des Eigentums kennzeichnet sie als eine Theorie der vorindustriellen Marktgesellschaft, in der prinzipiell die selbständige Erwerbstätigkeit für jeden Befähigten erreichbar schien. Die politisch relevante Schicht war weitgehend mit der Gruppe der wirtschaftlich Selbständigen identisch. Erstes Anliegen der liberalen Eigentumslehre war es daher, das Recht

⁽¹⁾ Zur Ideengeschichte: Richard SCHLATTER, *Private Property. The History of an Idea*, London, 1951.

auf inhaltlich unbegrenztes Individualeigentum und den Anspruch der Eigentümer auf Selbstregierung theoretisch zu untermauern; im Verhältnis von Eigentümern und Nichteigentümern konnte auf die Möglichkeit des Eigentümererwerbs durch selbständige Arbeit verwiesen werden, im übrigen konnte man es mangels politischer Relevanz der Nichteigentümer getrost vernachlässigen⁽²⁾.

Ihre ökonomische Rechtfertigung erhielt die Lehre vom inhaltlich unbeschränkten Privateigentum durch die Markttheorie des Adam Smith, wonach die unsichtbare Hand des Wettbewerbes die von den überkommenen Fesseln befreiten individuellen Egoisten zum gesamtgesellschaftlichen Optimum steuern werde. Eigentum und die Möglichkeit des Eigentümererwerbs erscheinen in dieser Theorietradition als die wesentlichen Stimulantien der Erwerbstätigkeit und des nationalen Wohlstandes. Eine politikwissenschaftliche Bekräftigung hat schließlich die liberale Eigentumslehre in der Pluralismustheorie gefunden. Danach ist Eigentum nicht nur die äußere Sphäre individueller Freiheit, wie der deutsche Idealismus in typischer Entpolitisierung des ursprünglich liberalen Konzeptes betonte. Eigentum begründet auch nicht mehr nur den Anspruch auf politische Selbstbestimmung, sondern ist Garant politischer Freiheit, indem es gestattet, staatlicher Macht private Macht entgegenzusetzen⁽³⁾.

Auch die sozialistische Eigentumslehre beruht auf dem neuzeitlichen Individualismus und dem Anspruch auf Selbstverwirklichung durch Arbeit. Insofern ist sie ein legitimes Kind der durch John Locke begründeten naturrechtlichen Tradition. Bezog sich John Lockes Konzeption auf die vorindustrielle Marktgesellschaft des 17. Jahrhunderts, so war der Erfahrungshintergrund der so-

⁽²⁾ Vgl. C. B. MACPHERSON, *Die politische Theorie des Besitzindividualismus*, Frankfurt a. M., 1967.

⁽³⁾ Eine nicht ganz vollständige Übersicht neoliberaler Rechtfertigungen der privatkapitalistischen Eigentumsordnung findet sich bei Günter H. ROTH, *Eigentum*, in *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, Bd. I, *Zivil- und Wirtschaftsrecht*, hrsg. von Norbert Horn und Reinhard Tietz, München, 1977. Umfassend zur gegenwärtigen Diskussion Wolfgang DÄUBLER, in: ders. u. a. *Eigentum und Recht. Die Entwicklung des Eigentumsbegriffs im Kapitalismus*, Darmstadt usw., 1976, S. 141 ff.

zialistischen Eigentumslehre in ihrer durch Karl Marx begründeten Form die Industriegesellschaft des 19. Jahrhunderts. Die technische Revolution hatte das Anwachsen der Produktionseinheiten und damit die Vergesellschaftung der Produktion zur Folge. Wenn nun das Eigentum an einem Gegenstand nach der ursprünglichen liberalen Konzeption dem gebührte, der ihn durch Anwendung seiner Arbeit auf die Stoffe der unbelebten Natur schuf, so begründete die Vergesellschaftung der Arbeit notwendig in denen davon betroffenen Bereichen die Forderung nach einer Vergesellschaftung des Eigentums. Damit muß keineswegs eine Geringschätzung oder Ablehnung des Eigentums überhaupt verbunden sein, wie sie in christlicher Denktradition und ihren säkularisierten Ablegern gelegentlich durchbricht. Die Kritik gilt dem Privateigentum an den Gegenständen der vergesellschafteten Produktion. Unbetroffen davon ist das persönliche Eigentum, d.h. die individuelle Zuordnung der Gegenstände des persönlichen Gebrauchs. Seine Rechtfertigung ist ganz entsprechend der klassischen liberalen Tradition die persönliche Arbeit und die personale Selbstverwirklichung ⁽⁴⁾.

Die Schwäche beider Argumentationsstränge liegt im naturrechtlichen Ansatz, der durch die Lebensbedingungen einer vorindustriellen Umwelt geprägt ist, auch wenn er die industrielle Vergesellschaftung der Produktion berücksichtigt. Die rechtlichen Strukturen individueller und gesellschaftlicher Existenz in der Industriegesellschaft sind zu komplex, als daß sie sich mit dem unter den Vorzeichen agrarischer und handwerklicher Produktion geprägten Schematismus des Sacheigentums darstellen ließen ⁽⁵⁾. Die Bezeichnung von Berufs- und Gewerbeurlaubnissen, sozialrechtlichen Ansprüchen und anderen öffentlich-rechtlichen Posi-

⁽⁴⁾ Vgl. etwa R. CHALFINA, *Das persönliche Eigentumsrecht in der UDSSR*, Moskau, 1976. Zur Rechtstheorie der Ostblockstaaten Norbert REICH, *Sozialismus und Zivilrecht*, Frankfurt a. M., 1972, sowie ders., *Marxistische und sozialistische Rechtstheorie*, Frankfurt a. M., 1972.

⁽⁵⁾ So schon Karl RENNER, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*, Tübingen, 1929, Neuausgabe Stuttgart, 1965; anders allerdings Niklas LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, der den « binären Schematismus » von Eigentum und Nichteigentum als Grundstruktur für die Rechtsordnung der Industriegesellschaft propagiert.

tionen als « Neues Eigentum » ⁽⁶⁾ ist ein Anzeichen dafür, in welchem Maße das bürgerlich-rechtliche Sacheigentum an Bedeutung verloren hat. Die angesprochenen öffentlich-rechtlichen Positionen haben mit diesem allenfalls Erinnerungen gemeinsam. Lassalles bereits vor einhundert Jahren geäußerte These, mit der Entwicklung der Industriegesellschaft verliere das Eigentum an sozialer Bedeutung, hat inzwischen manche Bekräftigung erfahren ⁽⁷⁾.

II.

Eine nationalsozialistische Eigentumslehre, die Anspruch auf innere Geschlossenheit erheben konnte, gab es nicht. Das Programm der NSDAP vom 24. 2. 1920 enthielt einige auf die Eigentumsordnung bezogene Forderungen, so die Abschaffung des arbeits- und mühelosen Einkommens, die Brechung der Zinsknechtschaft (Nr. 11), die Einziehung der Kriegsgewinne (Nr. 12), die Verstaatlichung aller bereits vergesellschafteten Betriebe (Trusts), sowie die Gewinnbeteiligung an Großbetrieben (Nr. 13, 14). Gefordert wurde auch eine « nationalen Bedürfnissen angepaßte Bodenreform », die unentgeltliche Enteignung von Boden für gemeinnützige Zwecke, sowie die Abschaffung des Bodenzinses und die Verhinderung der Bodenspekulation (Nr. 17). Dieses Programm hatte allerdings nur taktische Bedeutung in den politischen Auseinandersetzungen vor 1933; inhaltlich ließ sich die Politik des « Dritten Reiches » nicht darauf festlegen ⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ Charles A. REICH, *The New Property*, in *The Yale Law Journal*, Bd. 73, S. 733 bis 787 (1964); dazu Helmut RITTSTIEG, *Eigentum als Verfassungsproblem*, Darmstadt, 1975, S. 181 f. und 369 ff. sowie Stephan LEIBFRIED, *Das neue Eigentum*, *Zeitschrift für Sozialreform*, 1975, S. 257 ff. mit einer Übersetzung der Abhandlung von Reich.

⁽⁷⁾ Ferdinand LASSALLE, *Theorie der erworbenen Rechte*, Berlin, 1861, 2. Aufl., Leipzig, 1880, S. 217 Fn. 2. Auf dieser Linie liegen amerikanische Untersuchungen zur Reduzierung der Eigentümerfunktionen in der Großwirtschaft oder John K. GALBRAITHS These, die Macht des Kapitals sei durch die Macht der Technologie als des nunmehr wichtigsten Produktionsfaktors ersetzt worden. Dazu RITTSTIEG, *aaO.* (Fn. 6), S. 175 ff., 345 f.

⁽⁸⁾ Vgl. Martin BROZAT, *Der Staat Hitlers*, 5. Aufl., München, 1975, S. 33 ff.; David SCHOENBAUM, *Die braune Revolution. Eine Sozialgeschichte des Dritten Reiches*, Köln usw., 1968.

Kennzeichnend für diese nur taktische Funktion ist die Erläuterung Hitlers zu Punkt 17 vom 13. 4. 1928 ⁽⁹⁾:

« Da die NSDAP auf dem Boden des Privateigentums steht, ergibt sich von selbst, daß der Passus ' unentgeltliche Enteignung ' nur auf die Schaffung gesetzlicher Möglichkeiten Bezug hat, Boden, der auf unrechtmäßige Weise erworben wurde oder nicht nach den Gesichtspunkten des Volkswohls verwaltet wird, wenn nötig zu enteignen. Dies richtet sich demgemäß in erster Linie gegen die jüdischen Grundstücksspekulations-Gesellschaften ».

Daß sie « auf dem Boden des Privateigentums » stand, bewies die nationalsozialistische Führung, indem sie nach ihrer Machtergreifung die freien Gewerkschaften und alle oppositionellen Gruppen ausschaltete. Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers im Betrieb wurde nun zur « Gefolgschaftstreue » ausgeweitet und der Unternehmer mit den Befugnissen eines « Betriebsführers » ausgestattet ⁽¹⁰⁾. Realer Hintergrund des nunmehr von der Rechtswissenschaft herausgearbeiteten « betrieblichen Gemeinschaftsverhältnisses » ⁽¹¹⁾ war die staatliche Kontrolle der Lohnentwicklung, die, soweit es mit den Bedürfnissen der Wiederaufrüstung und Kriegsvorbereitung zu vereinbaren war, an das Niveau der Depression gebunden blieb ⁽¹²⁾.

Gleichzeitig fanden Eigentumsumschichtungen bedeutenden Ausmaßes statt, die allerdings die Struktur der Eigentumsordnung unberührt ließen, weil sie unter der ausschließlichen Zielsetzung des Machtgewinnes und der Machterhaltung standen. Diese Maßnahmen richteten sich gegen die Vermögen politisch

⁽⁹⁾ Wortlaut nach Ulrike SIELING-WENDELING, *Die Entwicklung des Eigentumsbegriffes vom Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches bis zum Ende des Nationalsozialismus*, in W. DÄUBLER, *aaO.* (Fn. 3), S. 112.

⁽¹⁰⁾ Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934, RGBl I 45, abgedruckt in: *Gesetze des NS-Staates*, zusammengestellt von Uwe BRODERSEN, eingeleitet von Ingo von MÜNCH, Bad Homburg usw., 1968.

⁽¹¹⁾ Vgl. W. SIEBERT, *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit*, 1935.

⁽¹²⁾ Dazu mit reichem Tabellenmaterial Timothy W. MASON, *Arbeiterklasse und Volksgemeinschaft. Dokumente und Materialien zur deutschen Arbeiterpolitik 1936 bis 1939*, Opladen, 1975.

und rassistisch Verfolgter und ihrer Organisationen und reichten von der Konfiskation über verschiedene Formen der Rechtsnachfolge und der erzwungenen Veräußerung bis zu «spontanen» Aktionen von Amtsträgern und Privatleuten⁽¹³⁾. Ihnen entsprach die massive Bereicherung der neuen Machthaber und ihres Anhangs, der dadurch materiell an die nationalsozialistische Herrschaft gebunden wurde.

In der umfangreichen rechtswissenschaftlichen Literatur, die unter der Herrschaft des Nationalsozialismus dem Eigentum gewidmet wurde, werden diese Pudenda des Regimes übergangen. Diese Literatur ist in der ersten Zeit nach der Machtübernahme von einem starken Impetus gesellschaftlicher Erneuerung getragen, der ganz offenbar die nationalsozialistische Propaganda mit den andersgearteten Handlungsmaximen der nationalsozialistischen Führung verwechselte. Insgesamt fügen sich diese Äußerungen zum Eigentum in die allgemeine Ablehnung der bis 1933 herrschenden, nunmehr als «liberalistisch» bezeichneten Rechtslehre ein⁽¹⁴⁾. Anstelle des Eigentums, als eines absoluten, nach Belieben des Inhabers zu handhabenden subjektiven Rechts sollte eine pflichtgebundene, nach der Funktion des Gegenstands zu differenzierende «volksgenössische Rechtsstellung» treten. Als Rechtsfolge einer Pflichtverletzung wurde die Verwirkung des Eigentums gefordert.

Auffallend ist, daß die Plädoyers für eine prinzipielle Neuorientierung der juristischen Eigentumslehre in den ersten Jahren nach der Machtübernahme veröffentlicht wurden. Bald darauf trat eine merkliche Beruhigung ein. Im Jahre 1941 konnte Heinrich Lange feststellen, daß die zivilrechtliche Diskussion zum bürgerlichen Gesetzbuch zurückgekehrt sei⁽¹⁵⁾. Diese Entwicklung ist nur unzulänglich durch die emigrationsbedingten Lücken an den Universitäten und die Sturm- und Drangzeit nachrückender

⁽¹³⁾ Die gegen Juden gerichteten Maßnahmen sind insbesondere dargestellt von Helmut GENSCHER, *Die Verdrängung der Juden aus der Wirtschaft im Dritten Reich*, Berlin usw., 1966.

⁽¹⁴⁾ Dazu Jürgen SCHMIDT, *Privatrecht und Gesellschaftsordnung. Eine rechtstheoretische Analyse*, in *Rechtstheorie*, 1975, S. 33 ff.

⁽¹⁵⁾ Heinrich LANGE, *Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933*, Tübingen, 1941.

Gelehrter erklärt. Sie ist ein deutliches Indiz für die zunächst im Nationalsozialismus vorhandene Tendenz zur sozialen Neugestaltung und ihre Unterdrückung nach der Machtübernahme. Die allgemeine Aufbruchstimmung der ersten Zeit nach der Machtübernahme ist auch in der juristischen Literatur unverkennbar.

III.

Der wichtigste Beitrag zur juristischen Eigentumslehre in nationalsozialistischer Zeit und von bleibender Bedeutung ist Franz Wieackers 1935 erschienene Schrift «Wandlungen der Eigentumsverfassung».

Wieacker geht vom Eigentumsbegriff des Zivilrechts aus und untersucht, inwieweit die rechtstechnische Gestaltung des Fahrniseigentums und des Liegenschaftsrechts den Gegebenheiten der geregelten sozialen Sachverhalte und rechtspolitischen Forderungen entspricht. Bei aller Kritik am Rechtspositivismus ist so die Fragestellung durch den rechtstechnischen Eigentumsbegriff des geltenden Zivilrechts begrenzt. Andere vermögenswerte Rechtspositionen mit partieller funktionaler Äquivalenz, die in der angloamerikanischen Diskussion als «property» zusammengefaßt und die teilweise schon in der Weimarer Zeit in den verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff einbezogen wurden, sind nicht Gegenstand der Untersuchung.

Ausgangspunkt der Überlegungen zur Neugestaltung ist die aus der Untersuchung des geltenden Rechts und seiner sozialen Substrate begründete These, daß der abstrakte Eigentumsbegriff des § 903 BGB sich zu weit von der Realität der geregelten Rechtsstellungen entfernt habe, um aussagefähig zu sein. Gerade die Bindungen des Eigentums, die sich im Gesetzesvorbehalt des § 903 verbergen, bestimmten den konkreten Geltungsgehalt der Institution (S. 9).

Wieacker beschreibt die politische Funktion der rechtlichen Abstraktion: sie sei die «Rechtsform, in der sich die politischen Forderungen des siegreichen dritten Standes ausgedrückt haben» (S. 12). Sie wolle «die freie Verfügungsmacht des besitzenden dritten Standes garantieren, unbeschadet sicherheitspolizeilicher

Maßnahmen des Staates zum Schutz der Bürger» (S. 14). Die durch den Glauben an die freie Harmonie der Gesellschaft gerechtfertigte Freisetzung des Eigentümerbeliebens habe allerdings durch die Änderung der Wirtschaftsstruktur gegen Ende des 19. Jahrhunderts eine andere Bedeutung gewonnen. So sei im Hinblick auf die großen Kapitalzusammenschlüsse der Freiheitsanspruch des liberalen Eigentums zum Schutzanspruch des Individuums «gegen die staatsfreien Herrschaftsgewalten in der Anarchie der pluralistischen Kapitalzusammenhänge» geworden (S. 18, 19). Das freie Privateigentum sei zu einem der «eigentlichen Machtmittel dieser großen Kapitalzusammenhänge» geworden und nehme so eine zweideutige Gestalt an (S. 20).

Wieacker grenzt sich entschieden gegenüber dem «Liberalismus» ab, vermeidet jedoch die Auseinandersetzung mit der sozialistischen Gegenposition, die in der deutschen juristischen Literatur vor allem durch Karl Renner vertreten wird⁽¹⁶⁾. Der liberalen Freisetzung des individuellen Erwerbsstrebens wird die nationalsozialistische Gemeinschaftsideologie und der Glaube an das Vorhandensein und die normative Kraft «natürlicher Ordnungen» entgegengesetzt⁽¹⁷⁾.

Durch die Entwicklung zu größeren Wirtschaftseinheiten und Herausbildung wirtschaftlicher Macht habe jedoch die Freisetzung des Eigentümerbeliebens nicht nur theoretisch ihre Rechtfertigung verloren. Wieacker zieht die neuere Wirtschaftsgesetzgebung und die Neustrukturierung der wirtschaftlichen Beziehungen durch die Zwangsverbände des Dritten Reiches als Beleg dafür heran, daß dieses Eigentumsverständnis auch institutionell überwunden sei. Das Zivilrecht tradiere insofern eine leere Rechtsform (S. 21 f.).

Prinzip der neuen Eigentumsordnung sei die Zuweisung von Gegenständen zum sachgerechten Verfahren (S. 24). Sachgerechtes Verfahren könne je nach dem Gegenstand des Eigentums durch-

⁽¹⁶⁾ Karl RENNER, *aaO.* (Fn. 5).

⁽¹⁷⁾ z.B. S. 63. Allgemein zum Topos des «Ordnungsdenkens» Hans KUTSCHER, *Die Enteignung. Ein Beitrag zur Lehre von der Enteignung und vom Eigentum*, Stuttgart usw., 1938, S. 79 ff.; Bernd RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, 1968, S. 277 ff.

aus unterschiedliches bedeuten. Bei von Produktions- und Absatzregelungen erfaßten Waren über der Eigentümer nur eine Verwaltungszuständigkeit aus, während andere öffentliche Marktregelungen lediglich die Veräußerungsbefugnis betreffen. Voll erhalten seien die Befugnisse der Nutzung, Belastung und Veräußerung nur bei Sachen in eigener Nutzung. Da sich hier die Rechtsordnung einzelner Bestimmungen über die Güterzuteilung und Verwendung enthalte, sei insoweit Eigentum noch als Herrschaftsbegriff denkbar (S. 26). - Es fragt sich allerdings, welche Bedeutung im Bereich einer ausschließlichen Mensch-Objekt-Beziehung dem Herrschaftsbegriff zukommt. Das liberale Eigentümerbelieben kann eigentlich nicht gemeint sein, weil es gerade bei den Gegenständen des persönlichen Bedarfs nie eine Rolle gespielt hat. Eigentümerbelieben ist gleichbedeutend mit der Freisetzung sozial mächtigen Eigentums von der Verantwortung für Abhängige. Im Bereich des persönlichen Eigentums ist die nicht durch den Sachzweck bestimmte Nutzung pathologisch und hat zu keiner Zeit normprägende Kraft entfaltet.

Wieackers rechtspolitische Forderung geht dahin, für die Gegenstände des Fahrnisrechts nach ihrer sozialen Funktion je besondere Rechtsinstitute zu entwickeln, die an einem zusammenfassenden Oberbegriff des Fahrniseigentums zu orientieren seien. Eigentum sei als Recht und Pflicht zu bezeichnen, mit einer Sache sachgerecht und gemeinnützig zu verfahren und zu diesem Zwecke andere von der Einwirkung auf die Sache ausschließen zu dürfen. Es begreife in sich das «rechtliche Vermögen eine Sache zu nutzen, zu belasten und zu veräußern» (S. 42 f.).

Paradebeispiel der neuen Eigentumslehre ist das Reichserbhofgesetz vom 29. 9. 1933 (RGBl I 685). Nach diesem Gesetz hatte der Erbhofbauer in der Tat nur eine beschränkte Verwaltungsbefugnis; Belastungen oder Veräußerungen des Erbhofs waren nur mit Zustimmung des Anerbengerichts bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig. Dem Erbhofbauern oblag die Pflicht zu ordnungsgemäßer Bewirtschaftung. Bei deren Verletzung konnte er die Bauernfähigkeit verlieren oder «abgemeiert» werden. In dieser Regelung sah Wieacker die von ihm geforderte Einheit von Rechten und Pflichten des Eigentümers realisiert (S. 61 f.).

Er ging allerdings nicht darauf ein, inwieweit die Verwirkungsregelung durchführbar war und tatsächlich praktiziert wurde.

Die bei der Erörterung des Reichserbhofgesetzes auch von Wieacker nicht ganz vermiedene Blut- und Bodenromantik war ein Herzensanliegen führender Nationalsozialisten. Sie stand in auffallendem Gegensatz zur Entwicklung der Landwirtschaft, die auch während des Dritten Reiches durch den Zwang zu fortschreitender Kommerzialisierung gekennzeichnet war ⁽¹⁸⁾. Die Probleme der Landwirtschaft lagen nicht im mangelhaften Schutz von Bodenverbundenheit und Bauernehre. Die Situation in der Landwirtschaft war vielmehr durch Arbeitskräftemangel, Grundstückszersplitterung und zu geringe Betriebsgrößen, sowie das Fehlen von Kapital für die dringend notwendige Mechanisierung bestimmt. Durch Kriegsvorbereitung und verstärkte Industrialisierung wurde die Landflucht im Dritten Reich eher noch beschleunigt. Eine Stabilisierung der ländlichen Bevölkerung hätte die Lösung dieser konkreten Probleme vorausgesetzt. Das durch ideologische Phantasien bestimmte Reichserbhofgesetz erwies sich dazu als untauglich. Es erfaßte ohnehin nur ca. 35% der landwirtschaftlichen Betriebseinheiten ⁽¹⁹⁾.

IV.

Wieackers Gedankengänge wurden in vielfacher Weise in der juristischen Literatur jener Jahre aufgenommen, teilweise aber auch kritisiert. Bei überwiegender Verwendung einiger Schlüsselbegriffe der nationalsozialistischen Ideologie, teilweise aber auch ohne diese, wurden inhaltlich durchaus unterschiedliche Positionen vertreten.

Im Jahre 1938 erschien die umfangreiche Schrift von Hermann Eichler « Wandlungen des Eigentumsbegriffes in der deutschen Rechtsauffassung und Gesetzgebung », die von der Akademie für Deutsches Recht als Bearbeitung der im Dezember 1933 veröffentlichten gleichnamigen Preisaufgabe ausgezeichnet worden war. Eichler bemüht sich in umfangreichen rechtshisto-

⁽¹⁸⁾ Zur Lage der Landwirtschaft David SCHOENBAUM, *aaO.* (Fn. 8), S. 196 ff.

⁽¹⁹⁾ SCHOENBAUM, *aaO.*, S. 201.

rischen Ausführungen um den Nachweis, daß der nationalsozialistische Eigentumsbegriff « bis in das germanische Rechtsleben » zurückreiche und « trotz aller Anfeindungen und zeitentsprechenden Umwandlungen in seinem inneren Kern in der deutschen Rechtsauffassung und Gesetzgebung » fortgelebt habe (S. 247). Die Pflichtbindungen des von ihm postulierten « sozialen Eigentumsbegriffs » gliedert er in die drei Rechtskreise der Familiengemeinschaft, der Nachbarschaft und der Volksgemeinschaft. Unter die volksgemeinschaftlichen Bindungen subsumiert er insbesondere die planwirtschaftlichen Verpflichtungen der Unternehmen (S. 328 f.). Das Unternehmen wird « als lebendiger Organismus » gekennzeichnet, bleibt aber Eigentumsobjekt. Als einen Mangel des römischen Rechtes bezeichnet Eichler, daß dieses den Besitz privilegiert und die Arbeit gering geschätzt habe. Dem stellt Eichler John Lockes These, die er als deutsch-rechtlichen Grundsatz bezeichnet, gegenüber, daß der Arbeiter Eigentümer des Arbeitsproduktes werden solle. Dadurch werde indessen nicht die Zuordnung der Unternehmensprodukte an den Arbeitgeber in Frage gestellt. Der Unternehmer als Führer der Betriebsgemeinschaft vereinige « die Rechtsbeziehungen, die den Betrieb in seiner Gemeinschaftsform treffen, in seiner eigenen Person ». Die Arbeitsleistung der Gefolgschaft werde dem Unternehmer zugerechnet, weil er Repräsentant des Betriebes sei (S. 189).

Eindeutiger übernimmt Walter Merk die neoliberale Rechtfertigung der auf Privateigentum beruhenden Wirtschaftsordnung⁽²⁰⁾. Allein die « frisch zugreifende Tatkraft und Selbstverantwortung der Einzelpersonlichkeit » könne den wirtschaftlichen Aufschwung bringen. « Echtes Führertum » in Staat und Selbstverwaltung sei undenkbar ohne den Rückhalt an Sondereigentum, der äußere und innere Unabhängigkeit ermögliche (S. 48 f.). Sondereigentum und Privatwirtschaft müßten daher die Grundlage der Rechts- und Wirtschaftsordnung bleiben. Aber das Sondereigentum müsse « pflichtbegrenzt, die Privatwirtschaft volksgenossenschaftlich gebunden sein ». Im Sinne des « mittelalterlichen germanischen

(20) Walther MERK, *Das Eigentum im Wandel der Zeiten*, Langensalza, 1934. Vgl. die Zusammenfassung neoliberaler Eigentumsrechtfertigungen bei ROTH, *aaO.* (Fn. 3).

Rechts » sei das Sondereigentum als Selbstverwaltung und Treuhänderschaft im Dienste der Allgemeinheit auszugestalten (S. 50 f.). Als Paradigma des gebundenen Eigentums wird wiederum das Reichserbhofgesetz angeführt. Es bleibt allerdings offen, welchen Inhalt die entsprechenden Bindungen im industriellen Bereich haben sollen. Wieacker verwies insofern auf « natürliche Ordnungen » als Voraussetzung für die Zuweisung eigenständiger pflichtgemäßer Verwaltungsbefugnisse ⁽²¹⁾, ohne allerdings Existenz und Inhalt solcher Ordnungen näher zu erörtern.

Würdinger ⁽²²⁾ stellte ausdrücklich die Frage, wie der Pflichtgedanke da zu verwirklichen sei, wo Sondernormen fehlen. Die dem Eigentum immanente Pflichtbindung liege auf sittlicher Ebene. Beim Fehlen von Sondernormen könne sie nur über die Auslegung und Lückenergänzung rechtliche Bedeutung gewinnen. Wo diese Möglichkeiten versagten, sei die Pflichtbindung des Eigentums mit den Mitteln der Rechtsordnung nicht erzwingbar. Die Rückkehr des zivilrechtlichen Denkens zu den Kategorien des BGB ist deutlich erkennbar. Der Unterschied zu der in der Weimarer Republik und nach 1949 herrschenden Auffassung besteht freilich darin, daß Eigentum prinzipiell gebunden gedacht wird. Angesichts der Synthese, die der Nationalsozialismus zwischen Individualismus und Sozialismus hervorgebracht habe, dürfen nach Würdingers Ansicht Eigentumsbeschränkungen nicht mehr « als von außen her kommend mit dem Eigentumsbegriff in Widerspruch stehend erfaßt werden », sondern sie waren « dem Eigentumsbegriff selbst einzuordnen » (S. 73). In der Bundesrepublik kehrte die juristische Doktrin unter Führung des Bundesgerichtshofs alsbald wieder zur Vorstellung eines der Gesetzgebung vorgegebenen, prinzipiell inhaltlich ungebundenen Eigentums zurück.

V.

War die Enteignung ursprünglich aus dem dominium eminens, dem Obereigentum des Landesherrn, hergeleitet und später mit

⁽²¹⁾ *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, 1935, S. 63 f.

⁽²²⁾ HANS WÜRDINGER, *Wandlungen in der Eigentumsverfassung*, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht 1936, S. 70 ff.

dem jus eminens, dem Staatsnotrecht, gerechtfertigt worden, so wurde sie im Laufe der Entwicklung zur Marktgesellschaft zu einem regulären Rechtsinstitut des für die Funktionsfähigkeit der Marktgesellschaft erforderlichen Verwaltungsstaates. Die wirtschaftliche Entwicklung war bedingt durch die Neuschaffung oder Erweiterung zahlreicher öffentlicher Einrichtungen und den Ausbau der Verkehrswege. Diese Notwendigkeit schlug sich rechtlich unter anderem im Ausbau der Enteignung zum regulären Rechtsinstitut nieder. In den Worten Lorenz Steins ist die Enteignung ein Institut der staatsbürgerlichen Ordnung, in dem sich deren Prinzip, der freie individuelle Erwerb, bestätige. Diesem Prinzip diene das Eigentum, aber auch die Enteignung, wenn im besonderen Fall das Einzeleigentum zum Hindernis für den Erwerb aller anderen werde. Es gehe daher bei der Enteignung nicht um staatliche, sondern um gesellschaftliche Interessen ⁽²³⁾. Voraussetzung für diese Funktion der Enteignung war freilich, daß sie nur zum Wohle der Allgemeinheit (im Gegensatz zum Privatinteresse der Herrschenden) und gegen Entschädigung durchgeführt wurde. Das war im Absolutismus keineswegs gesichert. So rechnete Tocqueville die willkürliche Handhabung der Enteignung und insbesondere die Unsicherheit der Entschädigung zu den Maßnahmen, durch die das Ancien Régime « die revolutionäre Erziehung des Volkes vollendete » ⁽²⁴⁾. Die Untertanen deutscher Territorien waren insofern kaum besser gestellt. Gegen absolutistische Willkür, nicht gegen reguläre Enteignungen wandte sich die naturrechtliche Konstruktion, wonach Zweck des Gesellschaftsvertrages und damit Bedingung der Untertanenpflicht der Schutz des Eigentums sei. Die Institutionalisierung der Enteignung und ihre Bindung an die Entschädigung war daher der Sinn der Eigentumsgewährleistungen der bürgerlichen Verfassungen. Es ging keineswegs darum, die bestehende Güterordnung festzuschreiben. Im Gegenteil: Während Eigentumsgewährleistungen als Sicherung vor willkürlichen Einzelakten in die Verfassungen aufgenommen wurden, beseitigte man gleichzeitig die überkommene ständische

⁽²³⁾ Lorenz (von) STEIN, *Verwaltungslehre*, 7. Teil: *Die Entwährung*, Stuttgart, 1868, S. 292 ff.

⁽²⁴⁾ A. D. TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, 1856, III 6.

Ordnung und ihre Vermögensrechte zusammen mit den ständischen Bindungen des Eigentumsgebrauchs im Wege der Gesetzgebung. Entschädigung wurde dabei nur insoweit gewährt, als die Entstehung des ständischen Rechts mit den Kategorien der bürgerlichen Rechtsordnung erklärt werden konnte. Im übrigen war die Entschädigung bei der Aufhebung erworbener Rechte eine Frage des politischen Einflusses der alten Oberschicht ⁽²⁵⁾.

Erst als mit Einführung der parlamentarischen Republik durch die Weimarer Verfassung die Vorherrschaft des Bürgertums in der Gesetzgebung unsicher wurde und auch eine Vetoposition im Gesetzgebungsverfahren nicht immer gesichert schien, wandte die juristische Auslegung die Eigentumsgewährleistung gegen den Gesetzgeber ⁽²⁶⁾. Unter Führung des Reichsgerichts wurde der Enteignungsbegriff des Art. 153 der Weimarer Verfassung auf gesetzgeberische Beschränkungen bestehender Eigentumspositionen ausgedehnt. Dadurch erwuchs die Möglichkeit, Gesetzgebungsmaßnahmen, die den vermögensrechtlichen Status quo antasteten, als verfassungswidrige Enteignungen zurückzuweisen. Auf diesem Wege gelangte das Institut der richterlichen Überprüfung ordentlicher Gesetze (judicial review) in das deutsche Verfassungsdenken.

Dieser Zusammenhang zwischen der Weimarer Auslegung der Eigentumsgewährleistung und der Einführung der parlamentarischen Demokratie wurde nach 1933 auch von der herrschenden Staatsrechtslehre bemerkt ⁽²⁷⁾. Jedenfalls war mit der Machtü-

⁽²⁵⁾ Vgl. zum Problem der erworbenen Rechte RITTSTIEG, *aaO.* (Fn. 6), S. 207 ff.

⁽²⁶⁾ Vor allem Martin WOLFF, *Reichsverfassung und Eigentum*, in *Festgabe für Kahl*, Tübingen, 1923. Die kritische Analyse dieser Tendenz von Otto KIRCHHEIMER, *Grenzen der Enteignung*, Berlin usw., 1930, wurde nicht berücksichtigt.

⁽²⁷⁾ So schreibt Wieacker in: Werner WEBER / Franz WIEACKER, *Eigentum und Enteignung*, Hamburg, 1935, S. 45, die « Ruhelage » der Eigentumsgewährleistung habe ein Ende gefunden, als das Gesetz « andere politische Werte zu verkörpern begann als die Erlaubnis der Gesellschaft zu nützlichen und fortschrittlichen Eingriffen in ihren Besitzstand ». Vgl. auch Ernst Rudolf HUBER, *Die Rechtsstellung des Volksgenossen*, in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1936, S. 459, und ders., *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2. Aufl., Hamburg, 1939, S. 375; Hans KUTSCHER, *Die Enteignung. Ein Beitrag zur Lehre von der Enteignung und vom Eigentum*, Stuttgart, 1938, S. 65 ff., 76.

bernahme des Nationalsozialismus für die Staatsrechtslehre der Anlaß für die Abschottung der bestehenden Eigentumsordnung gegenüber dem politischen System entfallen. In der juristischen Literatur jener Jahre zu Fragen des Eigentums und der Enteignung ist nicht eine Spur jener Abwehr gegenüber der Gesetzgebung erkennbar, welche für die Weimarer Zeit kennzeichnend war. Der Gesetzesbefehl des Führers und die Anordnungen der vielen kleinen Führer wurden nicht in Zweifel gezogen und genossen eine juristische Autorität, die das parlamentarische Gesetz der Weimarer Zeit nie gehabt hatte. Das bürgerliche Naturrecht, das die Diskussion zu Art. 153 der Weimarer Verfassung beherrscht hatte, trat zurück zugunsten eines Gesetzespositivismus, der an die Kaiserzeit erinnert. Naturrechtlich wurde nunmehr zur Rechtfertigung staatlicher Maßnahmen argumentiert.

Die Ausschaltung politischer Gegner und rassistisch Verfolgter, die Sicherung des Machtbesitzes und die Kriegsvorbereitungen bedingten Zugriffe auf die bestehende Eigentumsordnung, die strukturell weit über das hinausgingen, was die Weimarer Zeit gekannt hatte ⁽²⁸⁾. Für ihre rechtliche Einordnung erwies sich die politische Zielsetzung als entscheidend. Die Rechtslehre reagierte auf die Anforderungen des nationalsozialistischen Machtapparates, indem sie den Begriff der Enteignung inhaltlich reduzierte und damit den Bereich entschädigungsloser Eigentumsbindung erweiterte ⁽²⁹⁾. Zusätzlich wurde die Kategorie der entschädigungslosen Verwirkung von Eigentumsrechten eingeführt.

Ideologische Prämisse der neuen Enteignungskonzeption war der Wandel des auf sein Privatwohl bedachten Eigentümers zum

⁽²⁸⁾ Vgl. die Übersicht nationalsozialistischer Gesetzgebung von Werner WEBER, in: WEBER / WIEACKER, *aaO.*, S. 26 ff. Im übrigen Helmut GENSCHEL, *aaO.* (Fn. 13) und Rudolf ECHTERHÖLTER, *Das öffentliche Recht im nationalsozialistischen Staat*, Stuttgart, 1970, S. 23 ff.

⁽²⁹⁾ Vgl. außer den bei Fn. 27 genannten: M. BUSSE, *Zur Neugestaltung des Enteignungsrechts*, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 1936, S. 770 ff.; Theodor MAUNZ, *Zur Neugestaltung des Enteignungsrechts*, Deutsche Juristenzeitung, 1935, Sp. 1011 ff.; ders., *Die Enteignung im Wandel der Staatsauffassung*, 1936; Ulrich SCHEUNER, *Eigentum und Eigentumsbindung*, Reichsverwaltungsblatt, 1936, S. 55 ff.; Werner WEBER, *Der Weg zum neuen Enteignungsrecht*, in WEBER / WIEACKER, *Eigentum und Enteignung*, Hamburg, 1935.

Volksgenossen. In der Figur des Volksgenossen und entsprechenden Postulaten hatte auch die nationalsozialistische Rechtslehre ihre naturrechtlichen Axiome.

Begreift man Eigentum als eine Art Verwaltungszuständigkeit, die vom jeweiligen Inhaber des Eigentumsrechts im Interesse der Rechtsgemeinschaft ausgeübt wird, so kann der Anspruch auf eine Entschädigung beim Entzug dieser Rechtsposition nicht aus den Bedürfnissen des Enteigneten begründet werden. Dementsprechend sah Wieacker die Funktion der Entschädigung darin, im Interesse der Volksordnung den Eigentümer in seiner bisherigen Funktion zu erhalten ⁽³⁰⁾. Die Parallele zum öffentlichen Amt liegt nahe, das in früheren Stadien seiner Entwicklung vermögensrechtliche und existenzsichernde Funktionen in sich aufgenommen hatte.

Hoheitliche Bindungen beim Gebrauch des Eigentums und auch die Rücknahme bisher bestehender Eigentümerbefugnisse wurden nun nicht mehr an einem der Rechtsordnung angeblich vorgegebenen Begriff des prinzipiell unbeschränkten Eigentums gemessen; sie konnten in keinem Fall Entschädigungsforderungen auslösen. Ernst Rudolf Huber betonte das ausdrücklich für die früher vom Reichsgericht als Enteignung behandelten Fälle der Baufluchtlinien-Festsetzung oder der Eintragung in Denkmallisten ⁽³¹⁾. Auch Investitionsverbote oder -gebote seien keine Enteignungen; in derartigen « marktregelnden oder kapitalregelnden Anordnungen » werde « stets nur eine Bindung konkretisiert, die durch die gliedhafte Stellung des Eigentümers in der Gemeinschaft von vornherein gegeben ist ». Auch der klassische Fall der Aufhebung einer ganzen Kategorie von Rechten, mit dem sich im 19. Jahrhundert die Lehre von den erworbenen Rechten befaßt hatte ⁽³²⁾, wurde nunmehr wieder aus dem Begriff der Enteignung ausgeschlossen. Der Gesetzgeber könne in diesen Fällen den Betroffenen einen billigen Ausgleich gewähren, er brauche es aber nicht ⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ aaO., in WEBER / WIEACKER, S. 62.

⁽³¹⁾ *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, S. 376 f.

⁽³²⁾ S. oben bei Fn. 25.

⁽³³⁾ Beschluß einer Arbeitstagung der Reichsfachgruppe Hochschullehrer des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen im Juni 1935 II 1 b, in: WE-

Gleichwohl blieb die entschädigungspflichtige Enteignung nicht auf den klassischen Fall der Inanspruchnahme eines bestimmten Vermögensobjektes im öffentlichen Interesse beschränkt. Ernst Rudolf Huber bezeichnete als Enteignung auch Maßnahmen, die so tief in die Rechtsstellung des Eigentümers eingreifen, daß diesem nichts als das nudum ius bleibe. Werde das Eigentum eines Volksgenossen dauernd und vollständig in den Dienst einer öffentlichen Aufgabe gestellt, so liege eine Enteignung vor, auch wenn man ihm die formelle Eigentümerstellung lasse. Die Möglichkeit zum freien Einsatz des Eigentums sei die Voraussetzung der Gemeinschaftspflicht; werde sie aufgehoben, so liege eine Enteignung vor ⁽³⁴⁾.

Neben der Enteignung wurde jedoch allgemein die entschädigungslose Verwirkung akzeptiert ⁽³⁵⁾. Kennzeichen sei, daß die hoheitliche Entziehung des Eigentums durch ein pflichtwidriges Verhalten ausgelöst werde. Darunter wird einerseits das traditionelle strafrechtliche Institut der Einziehung subsumiert, dessen Grundlage der strafbare Gebrauch oder die Gefährlichkeit des eingezogenen Gegenstandes sind. Andererseits, und darin liegt der unausgesprochene Schwerpunkt der nationalsozialistischen Verwirkungslehre, werden unter Verwirkung auch Konfiskationsmaßnahmen und sonstige Eigentumsumschichtungen aus politischen und rassistischen Gründen gefaßt. Unerörtert bleibt, inwiefern Grundlage dieser Maßnahmen eine Pflichtwidrigkeit gewesen sei.

Es bleibt eine Kategorie von Akten, die als «hochpolitische Entscheidungen» außerhalb jeder tatbestandlichen Begrenzung stattfanden. In diesen Fällen hatten «die verantwortlichen leitenden Regierungsstellen das letzte Wort» ⁽³⁶⁾. An der Grenze zwischen der tatbestandlich wenigstens ansatzweise umschriebenen Verwirkung zur «hochpolitischen Entscheidung», der die

BER / WIEACKER, *aaO.* (Fn. 27) S. 6. Auch Ernst Rudolf HUBER, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1936, S. 463; SCHEUNER, *aaO.* (Fn. 29), S. 8.

⁽³⁴⁾ *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1936, S. 464 f.

⁽³⁵⁾ Dazu insbesondere Ernst Rudolf HUBER, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, S. 388 ff. m. w. Nachw.

⁽³⁶⁾ HUBER, *aaO.*

Anwendung der Verwirkung auf darunter nicht subsumierbare Fälle entspricht, endete das normative Denken und der permanente Ausnahmestand begann. Durch dieses Nebeneinander charakterisierte Ernst Fraenkel die nationalsozialistische Diktatur: Einerseits war sie Normenstaat und mußte schon aus Gründen der inneren Rationalität und Funktionsfähigkeit zu einer in sich konsistenten Abgrenzung des entschädigungspflichtigen Zugriffs auf Eigentum finden; daneben stand der Maßnahme-Staat, in dem die Gestapo und andere Organe ohne rechtliche Bindung und Kontrolle die Unterworfenen beherrschten ⁽³⁷⁾.

Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes trugen Ernst Rudolf Huber und Werner Weber mit vielbeachteten Beiträgen zur Ausbildung einer wiederum an die Weimarer Doktrin anknüpfenden Auslegung der Eigentumsgewährleistung in Art. 14 GG bei ⁽³⁸⁾, deren gegen die parlamentarische Demokratie gerichtete Stoßrichtung zur Zeit des Nationalsozialismus eingestanden worden war ⁽³⁹⁾. Gesetzgeberische Maßnahmen, die in der nationalsozialistischen Zeit als legitime Eigentumsbeschränkungen oder Umgestaltungen der Eigentumsordnung behandelt worden waren, wurden nun wiederum zu entschädigungspflichtigen Enteignungen oder verstießen gegen den institutionellen Gehalt der Eigentumsgewährleistung. Ungeachtet der Bestimmung des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, wonach Inhalt und Schranken des Eigentums sich aus den Gesetzen ergeben, war nunmehr wiederum das private Eigentum im « echten Sinne » gewährleistet, d.h. das inhaltlich

⁽³⁷⁾ Ernst FRAENKEL, *Der Doppelstaat*, Frankfurt a. M., 1974, englische Originalausgabe, 1940.

⁽³⁸⁾ Ernst Rudolf HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. 2, 2. Aufl., Tübingen 1954, S. 3 ff.; ders., *Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung*, Stuttgart usw., 1970, S. 86 ff.; Werner WEBER, *Eigentum und Enteignung*, in *Die Grundrechte*, hrsg. von NEUMANN / NIPPERDEY / SCHEUNER, Bd. 2, Berlin, 1954, S. 331 ff.; ders., *Das Eigentum und seine Garantie in der Krise*, in *Festschrift für Karl Michaelis*, Göttingen, 1972, S. 316 ff.

⁽³⁹⁾ S. oben bei Fn. 27. Gegen die pauschale Übernahme der Weimarer Doktrin auch noch RIDDER und IPSEN auf der Staatsrechtslehrer-Tagung 1951, vgl. Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer Heft 10 (1952). So forderte Ipsen bei Auslegung der Eigentumsgewährleistung den Rang des Gesetzes als Ausdruck demokratischer Mehrheitsentscheidung zu respektieren (*aaO.*, S. 75).

unbeschränkte Eigentum des bürgerlichen Gesetzbuches ⁽⁴⁰⁾. Gewiß, das Grundgesetz versteht sich als strikte Verfassung und verpflichtet den Gesetzgeber zur Beachtung der Grundrechte (Art. 1 Abs. 3). Damit sollte jedoch keineswegs der liberale Eigentumsbegriff und die damit verbundene Wirtschaftsordnung festgeschrieben werden. Wesentliche Grundlage des Verfassungskompromisses von 1949 war es, keine der sich gegenüberstehenden Auffassungen von der zukünftigen Gestaltung der Wirtschaftsordnung in der Verfassung festzuschreiben und die Gestaltung der Wirtschaftsordnung damit der politischen Entwicklung des zu gründenden Gemeinwesens vorzubehalten ⁽⁴¹⁾. Aus der Verfassung ergibt sich daher kein Anhalt für die von der Staatsrechtslehre erneut vorgenommene Ausdehnung des Enteignungsbegriffes und die institutionelle Festschreibung des liberalen Eigentums zu Lasten der gesetzgeberischen Gestaltungsbefugnis. Vergleicht man die Äußerungen der deutschen Staatsrechtslehre zu Fragen von Eigentum und Enteignung in der Weimarer und Bonner Republik mit den im Kaiserreich und unter dem Nationalsozialismus vertretenen Positionen, so erscheint die Ausweitung institutioneller Gehalte und des Enteignungsbegriffes innerhalb der Eigentumsgewährleistungen als Funktion eines durchgehenden Skeptizismus gegenüber den Möglichkeiten der parlamentarischen Demokratie.

⁽⁴⁰⁾ Ernst Rudolf HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. 2, S. 8.

⁽⁴¹⁾ Dazu Hans-Hermann HARTWICH, *Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo*, Köln usw., 1970, S. 49 ff. mit ausführlichen zeitgeschichtlichen Nachweisen.

PAUL OURLIAC

PROPRIETE ET DROIT RURAL:
L'EVOLUTION DU DROIT FRANÇAIS DEPUIS 1945

1. L'inexistence du droit rural jusqu'en 1940. — 2. L'absolutisme du droit de propriété et l'empire du contrat. La France démocratie rurale. — 3. La propriété absolue, exclusive, perpétuelle. — 4. La législation de 1945-46 et ses idées maîtresses. — 5. L'accélération de l'évolution vers 1960: la politique d'aménagement des structures agricoles. — I. - 6. La stabilité accordée au preneur rural. — 7. 1^o Durée du bail: le bail à long terme; la transmission successorale. — 8. 2^o Le droit de reprise du propriétaire et l'indemnité de sortie. — 9. 3^o Le droit de résiliation. — 10. Le droit de préemption du preneur en place. — 11. Le prix des baux: fermage ou rente foncière? Les cessions de bail. — 12. Le fermier a-t-il un « domaine utile »? — II. - 13. L'idée d'une « orientation » agricole. — 14. A la recherche des formes d'exploitation collective. — 15. Le cumul des fermages; la réglementation. — 16. La portée de ces règles. — 17. Les sociétés d'aménagement foncier et d'équipement rural. — 18. Objet, pouvoirs, action des S.A.F.E.R.: droit public ou droit privé? — 19. Conclusion.

1. Jusqu'en 1940, il n'y avait en France ni un véritable enseignement, ni même une doctrine du droit rural ⁽¹⁾. Les décrets du 4 août 1789 avaient bouleversé l'ancien ordre des choses et, en même temps qu'ils détruisaient le régime féodal, avaient aboli bien des usages ruraux — la vaine pâture, les communaux, le glanage, par exemple — favorables aux pauvres gens. La loi du 28 septembre-6 octobre 1791 avait instauré ce que Marc Bloch

(1) Remarquons la répugnance à user du terme de droit « agraire »; le mot, d'après Littré, évoque « les lois qui tendent à changer soit le mode de distribution, soit le mode de possession de la terre »; et Littré ajoute: « Le communisme veut une loi agraire ». Le souvenir des Gracques suffit à expliquer, même pendant la Révolution, le contenu sémantique du mot.

a justement appelé l'individualisme agraire ⁽²⁾. La liberté du sol, la liberté des cultures, l'égalité des charges étaient proclamées et elles apparaissent comme l'accomplissement normal du droit de propriété que la Déclaration des droits de l'homme (art. 2) mettait au nombre des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme ».

Dix ans après, on ne trouvait partout « que des débris et des ruines; partout des coutumes différentes, qui ne se ralliaient à aucun principe; enfin une anarchie générale pesant dans le fait sur toute l'économie rurale » ⁽³⁾. Napoléon fit établir en 1806 un projet de Code rural qui n'aboutit pas du fait de l'opposition des commissions départementales auxquelles il avait été soumis. On se borna à apporter quelques retouches à la loi de 1791 et le droit rural se cantonna aux quelques dispositions qui pouvaient renforcer le droit absolu que l'article 544 du Code civil reconnaissait aux propriétaires. Ceux-ci « sont libres de varier à leur gré la culture et l'exploitation de leurs terres » (art. 2, loi 1791); ils peuvent librement clore et déclore leurs héritages, ce qui affranchit ceux-ci de tout droit de vaine pâture ou de parcours (art. 7) comme du droit de glanage ou de grappillage (art. 21).

Les délits ruraux sont sévèrement réprimés: qu'il s'agisse de la destruction des clôtures ou du déplacement des bornes, de la mutilation d'arbres, de la rupture d'instruments d'agriculture, du vol de récoltes ou de ruches, de l'empoisonnement des étangs. Une mention spéciale est faite « des coalitions entre les gens du travail agricole et entre les chefs d'exploitation rurale » (art. 19 et 20).

Le Code civil de 1804 vint compléter ces règles en consacrant seize brefs articles (art. 1763-1778) aux baux à ferme et trente-deux articles (art. 1800-1831) aux baux à cheptel. Les lois du 15 avril 1829 et du 3 mai 1844 imposèrent une réglementation de la pêche et de la chasse dont la liberté illimitée accordée par les lois révolutionnaires avait montré la nécessité. Si l'on

⁽²⁾ Marc BLOCH, *La lutte pour l'individualisme agraire*, dans *Annales* 1930, p. 329-381 et 510-556, et *Les caractères originaux de l'histoire rurale française*, 2 vol. 1952-56.

⁽³⁾ Discours d'introduction au projet de code rural présenté par Chaptal en 1806.

ajoute les lois concernant les chemins ruraux (loi du 20 avril 1881), les ventes d'animaux (loi du 2 août 1884), la garde des animaux domestiques (loi du 4 avril 1889), le bail à métayage (18 juillet 1889), les rivières non domaniales (loi du 8 avril 1898), les accidents du travail agricole (loi du 9 avril 1898), les épizooties (loi du 21 juin 1898), le bail à emphytéose (loi du 25 juin 1902), les chambres d'agriculture (loi du 3 janvier 1924) on aura fait le bilan d'un siècle et demi d'activité législative (4).

2. A la diversité des terroirs et des cultures répondait bien la diversité des usages ruraux; mais ceux-ci étaient à peine mentionnés par le code civil et leur portée était réduite puisqu'ils ne concernaient que le début de l'année culturale ou la distance des plantations ou les réparations locatives. La majesté désormais reconnue à la loi, expression de la volonté nationale, ne pouvait s'accommoder de ce qui apparaissait comme une survivance des coutumes abolies. Comment d'ailleurs pourrait-on même concevoir l'existence de règles rurales ou reconnaître des droits à l'exploitant sans porter atteinte à l'absolutisme du propriétaire? L'ordre individualiste est fondé sur la propriété et sur le contrat et ceux-ci prendront au XIXème siècle une valeur presque mystique.

La propriété est exaltée tout aussi bien par la constitution montagnarde que par les premiers commentateurs de code civil. Demolombe écrira, par exemple, qu'elle confère au maître « sur sa chose un pouvoir souverain, un despotisme complet ». La monarchie du propriétaire est de droit naturel, certains diront même de droit divin; elle est considérée comme la « pierre angulaire de l'édifice social » dont tout démembrement, tout partage, toute restriction compromettraient l'équilibre (5).

La conception du contrat procède du même individualisme. Nul ne peut être obligé s'il ne l'a voulu et, comme le dira le phi-

(4) La plupart de ces lois demeurent d'ailleurs partiellement en vigueur et sont reprises dans l'actuel code rural provenant d'un décret du 16 avril 1955 auquel une loi du 3 avril 1958 a donné valeur législative; le code comporte huit livres: Reprise du sol, animaux et végétaux, chasse et pêche, institutions et groupements professionnels agricoles, crédit agricole, baux ruraux, dispositions sociales, formation professionnelle et recherche.

(5) OURLIAC et DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, t. II, p. 172-198.

losophe Fouillée: « qui dit contractuel dit juste ». La liberté des conventions est une règle absolue: *sit pro ratione voluntas*; les situations de droit objectif ou les institutions sont ramenées à une volonté tacite ou présumée: une servitude, un droit de passage ne peuvent naître que de la volonté du constituant; de même, le bail à ferme ne peut être qu'un contrat fixant librement les droits et les obligations de chaque partie et il a du contrat la diversité et la fragilité.

Le droit du Code civil est celui des bourgeois conquérants du XIX^e siècle; il impose les règles du jeu de la société bourgeoise et, a-t-on dit, sa domination ⁽⁶⁾. Il faut tout aussitôt ajouter que depuis 1789 les paysans ont acquis la pleine propriété des terres qu'ils cultivaient, que la France compte ainsi quelque cinq millions de propriétaires et qu'en toute occasion ceux-ci défendront âprement l'ordre établi. S'il existe bien des salariés agricoles (2.700.000 en 1914) et des fermiers ou des métayers (1.300.000), l'ambition de beaucoup d'entre eux est de devenir propriétaires. Importante numériquement (52% en 1871), la population agricole l'est plus encore politiquement; les députés et plus encore les sénateurs, élus en majorité par les « ruraux », sont fort vigilants quand il s'agit de défendre l'agriculture et la propriété. Au moins jusqu'en 1914 la France restera essentiellement une démocratie rurale ⁽⁷⁾.

(6) André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français*, 1973. Ce n'est pas le lieu de discuter ce que peut avoir d'excessif une pareille analyse. Que le code civil ait véhiculé une idéologie — celle des Lumières — la chose est bien évidente; mais ses rédacteurs n'ont pas été les grands trompeurs qu'on nous décrit et qui, volontairement, auraient faussé le jeu. La querelle porte à vrai dire sur la conception même du droit naturel et le structuralisme ne fait qu'accommoder la pensée de Marx pour qui les rapports de production aboutissent aux faits de propriété, la propriété déterminant les rapports politiques entre les hommes. Marx découvrira, en lisant en 1853 les mémoires du médecin du grand Mogol, que l'Orient (et les états « despotiques ») ne connaissent pas la propriété foncière privée: cf. en particulier sur les conséquences de l'*Eigentumslosigkeit*, *Grundrisse der Kritik der politischen Oeconomie* (trad. française, *Fondements de l'économie politique*, 1968).

(7) Cf. notre article *Tenures et contrats agraires*, *Atti del Primo Convegno internazionale di Diritto agrario*, Milan, 1955, p. 769-807.

3. Les discussions poursuivies par les philosophes, les historiens et les juristes ont été trop parfaitement étudiées par M. Paolo Grossi pour qu'il soit nécessaire d'y revenir ⁽⁸⁾. Le socialisme est avant tout une contestation de la propriété et, par conséquent, de l'ordre établi. Proudhon, pour avoir écrit en 1840: « La propriété c'est le vol » sera déféré à la Cour d'Assises. En revanche l'encyclique *Rerum novarum* (1891) reconnaissait que la propriété individuelle était de droit naturel et condamnait toute nationalisation du sol.

Les juristes traduisent ces doctrines dans les caractères qu'ils reconnaissent au droit de propriété. Pour l'exalter, ils ne trouvent pas de qualification assez forte: droit absolu, droit souverain, empire illimité, despotisme complet diront, par exemple, Toullier et Duranton. La doctrine est fixée par Aubry et Rau (1839) et Demolombe (1854); désormais tous les auteurs définissent la propriété comme absolue, exclusive, perpétuelle.

Droit absolu, la propriété s'étend aux fruits comme aux constructions faites par un fermier (réputé possesseur de mauvaise foi), aux rivières non navigables, au sous-sol (sauf le droit de l'Etat de concéder une exploitation minière). L'expropriation n'est permise que pour cause d'utilité (d'aucuns diront même de nécessité) publique et l'indemnité est fixée à partir de 1833 par un jury de propriétaires. La copropriété et l'indivision sont considérées comme des états anormaux et partant transitoires. Nul n'est obligé de demeurer dans une indivision que l'effet déclaratif du partage annule d'ailleurs rétroactivement; chaque copropriétaire jouit d'un *jus prohibendi* qui lui permet de s'opposer à toute initiative des autres. Même le droit fiscal doit respecter l'inviolabilité du domicile; au lieu de déclaration et de contrôle on imagine un impôt sur les portes et fenêtres qui permet d'apprécier l'importance de l'appartement taxé et, par celle-ci, les revenus de l'occupant.

Le caractère exclusif de la propriété doit être, en effet, « religieusement observé ». Un adage a eu longtemps cours, repris du Digeste: *Nullum dolum facere qui suo jure utitur*. La situation

⁽⁸⁾ Paolo GROSSI, *Un altro modo di possedere*; Milan, 1977 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 5).

des lieux (par exemple l'enclave) impose des servitudes légales; mais, hors celles-ci, toute restriction à son droit doit être consentie par le propriétaire ⁽⁹⁾. L'embarras des tribunaux apparaît quand ils ont à apprécier la nature des anciens droits d'usage qui, surtout en pays de montagne, ont subsisté malgré les lois révolutionnaires. Ils essayent, souvent contre la nature des choses, de les ramener à des droits de servitude sans parvenir à concevoir que, par exemple pour les alpages, il peut exister deux propriétaires, l'un dont le droit s'exerce l'hiver, l'autre en été.

Quant à la perpétuité de la propriété, elle est un axiome toujours repris par la jurisprudence. Elle peut s'acquérir par la possession mais non se perdre par le non-usage puisque le droit français ne connaît pas, pour les droits réels, une possession extinctive. « La propriété se perpétue en se transmettant »: qu'il s'agisse d'une aliénation entre vifs ou d'une succession. On invoque tout à la fois la loi de continuité de Kant, la théorie classique du droit réel et l'idée que celui-ci est absorbé dans son objet et dure forcément autant que lui. La terre étant immuable, la propriété foncière a une vocation normale à la pérennité ⁽¹⁰⁾.

4. La guerre de 1914-18 n'avait pas grandement modifié le cours des choses. Pour les baux d'habitation, le blocage des loyers et l'institution de prorogations ou d'un maintien dans les lieux, pour les baux commerciaux la loi de 1926 sur « la propriété com-

⁽⁹⁾ A vrai dire, la jurisprudence a apporté quelque nuance à cet exclusivisme. On fait remonter au célèbre arrêt Clément Bayard l'application de la théorie de l'abus du droit (un propriétaire voisin d'une aire d'atterrissage est condamné pour avoir planté des piquets afin de gêner les dirigeables). En réalité, de nombreux précédents pourraient être cités. L'idée d'une « fonction sociale » de la propriété a été exprimée par Duguit en 1905 (d'ailleurs à un congrès de la propriété et pour justifier celle-ci: cf. *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon Ier*, éd. 1912; 2ème éd. 1920). En fait l'idée a été exprimée dès 1850 par Auguste Comte et largement reprise par le catholicisme social: Paul COSTE-FLORET, *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil* 1935; cf. l'excellent résumé de J. Ph. LÉVY, *Histoire de la propriété*, 1972 (Coll. Que sais-je?).

⁽¹⁰⁾ Cette théorie de la perpétuité vient d'être parfaitement étudiée par J.F. BARBIERI, *Perpétuité et perpétuation dans la théorie des droits réels*, Toulouse 1977 (dactyl.).

merciale » avaient considérablement réduit le droit des propriétaires (et entraîné une dégradation générale du patrimoine urbain); en 1935 un décret-loi avait facilité la procédure d'expropriation; mais les premières lois concernant les baux ruraux — accordant au fermier une indemnité de sortie, stabilisant le prix des fermages et fixant la durée du bail — datent de 1942 et 1943 et sont dues au gouvernement de Vichy. En 1940 avait été créée la Corporation paysanne destinée à regrouper tous les intérêts agricoles. Ces dispositions furent abrogées en 1944 mais les idées qui les avaient inspirées ne furent pas abandonnées pour autant. Le monde agricole a pris désormais conscience de sa spécificité; il prétend s'organiser lui-même, élaborer sa propre loi, être jugé par ses propres tribunaux. L'institution de commissions consultatives, de contrats-types, de tribunaux paritaires des baux ruraux sont nettement d'inspiration corporative; il s'y joignit, à partir de 1945 bien d'autres idées, reprises dans le programme du Conseil national de la résistance; on promettait aux fermiers et aux métayers de les « libérer » de la domination des propriétaires fonciers, de leur donner un « statut », c'est-à-dire de les soustraire à la loi du contrat, mais aussi de faciliter leur accès à la propriété. L'idée sous-jacente était d'opposer à la propriété, l'exploitation, c'est-à-dire la notion dynamique d'entreprise; l'exploitant acquérant des droits comme tel ce qui aboutissait évidemment à démembrement le droit de propriété qui perdait au profit du travailleur de la terre son absolutisme et son exclusivisme.

Bien vite d'ailleurs une question allait être posée par les jeunes agriculteurs; « la propriété, pour quoi faire? ». M. Michel Debatisse écrivait par exemple en 1963: « L'essentiel pour un jeune n'est pas de posséder un bien de famille, comme ce fut le cas pour ses père et grand-père, mais d'accroître ses moyens de production et de suivre le produit, le plus loin possible, dans le circuit du marché ». Au type ancien du bon père de famille qui fait valoir le bien dont il possède ou ambitionne de posséder la propriété, on oppose désormais le type de l'entrepreneur de culture, propriétaire des machines, qui trouve les capitaux nécessaires aux investissements et au développement de la production mais prétend obtenir, au terme de son effort, le même profit qu'un industriel ou un commerçant. Une telle évolution

avait été pressentie par Duguit qui, dans son *Système de politique positive*, prétendait faire de chaque propriétaire un « fonctionnaire public ». Très logiquement d'ailleurs, Duguit admettait que l'Etat devait contrôler et discipliner l'action des propriétaires et l'usage qu'ils faisaient de leur bien. A l'ordre libéral, était désormais opposé un ordre étatique et dirigiste; comme le droit social, le droit rural devait abandonner le camp du droit privé pour celui du droit public; plus exactement il se situait désormais entre les deux, dans ce secteur d'économie mixte où des entreprises privées sont investies d'une mission de service public ⁽¹¹⁾.

5. La crise agricole des années 1953-55, le mécontentement paysan qui s'ensuivit, la stagnation ou la baisse des revenus agricoles, les recommandations de la communauté européenne vont précipiter l'évolution.⁽¹²⁾ A une politique agricole purement conjoncturelle on oppose désormais une politique des structures et cela même pose la question du nombre, jugé trop élevé, des agriculteurs. Plus de 100.000 abandonnent chaque année la terre. La population agricole qui était encore en 1954 de 3.500.000 hommes ne sera plus en 1962 que de 2.577.000. L'Etat intervient par la loi du 5 août 1960, dite d'« orientation agricole », et par la loi complémentaire du 8 août 1962. Il ne s'agit plus seulement d'arbitrer les rapports des propriétaires et des fermiers, mais de promouvoir un aménagement de l'espace rural. Un fonds d'action sociale pour l'amélioration des structures agricoles (F.A.S.A.S.A.) est créé et le gouvernement s'engage dans une politique dirigiste ⁽¹³⁾. De là provient une législation particulièrement

⁽¹¹⁾ Les incertitudes juridiques ont été parfaitement exposées par J. DERUPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, 1952. J. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Essai sur la notion juridique d'exploitation en droit privé français*, 1955; M. DESPAX, *L'Entreprise et le droit*, 1956, cf. également Michel DEBATISSE, *Le combat des paysans*, 1963; Marcel FAURE, *Les paysans dans la société française*, 1966 (Collection « U »).

⁽¹²⁾ La notion est d'ailleurs en pleine évolution: TAGAND, *Le régime juridique de la société d'économie mixte*, 1969; surtout A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. III, 1970, cf. ce qui sera dit *infra* des S.A.F.E.R.:

⁽¹³⁾ La complexité même de ces lois — qui concernent l'orientation des marchés, l'enseignement et la formation professionnelle, le remembrement, l'indemnité aux vieux agriculteurs qui abandonneraient l'exploitation, l'agriculture

touffue (quatre mille pages du *Journal Officiel*) dont les intentions ne sont pas toujours passées en actes et dont la portée véritable n'apparaît pas toujours. Du moins peut-on déceler les tendances de l'évolution accomplie depuis trente ans.

Si l'histoire permet, comme le disait Paul Valéry, d'entrer dans l'avenir à reculons, elle peut fournir ici sinon une explication, du moins une comparaison. En l'espace de trente années, se sont accomplies sous nos yeux des transformations analogues à celles que traduisaient dans l'ancien droit les théories du double domaine et de la directe universelle du roi. L'exploitation a acquis un domaine utile, antithétique du domaine éminent conservé par l'ancien propriétaire; à partir du XVI^e siècle et en même temps que ce domaine utile se consolidait (pour devenir en 1789 pleine propriété), se surimposaient les prétentions du roi à une directe universelle, c'est-à-dire à une souveraineté ou à une domination générale des terres.

De même, entre 1945 et 1960 la situation de l'exploitant a été consolidée jusqu'à équivaloir à un véritable domaine utile; à partir de 1960, la directe de l'Etat s'est imposée aux propriétaires et aux fermiers avec une précision et une force que n'avaient jamais eues l'ancienne directe universelle du roi. On ne peut souhaiter meilleure illustration de cette « accélération de l'histoire » qui marque notre temps.

I.

6. Le domaine utile des anciens censitaires leur conférait — sous réserve de payer un cens — tous les attributs de la propriété. L'ordonnance du 17 octobre 1945 et la loi du 13 avril 1946 accordent de même au fermier un « statut » dont la plupart des règles sont d'ordre public, par conséquent soustraites à la libre discussion des parties. Le bail n'a plus que l'apparence du contrat; dans chaque département, des Commissions consultatives

dite de groupe — interdit d'en traiter ici: elles abordent tous les problèmes: de l'espace et de l'optimum de superficie, de la production, de la commercialisation, et de l'intégration, de l'équipement et de la modernisation.

élaborent un contrat-type dont les règles s'imposent; tout au plus, dans les interstices de la loi et du contrat-type, peut-on convenir de « conventions particulières » dont la portée demeure très limitée. Sans doute, le propriétaire garde-t-il le droit de choisir son fermier, mais une fois celui-ci en place, sa situation est presque inexpugnable: la loi lui assure une stabilité que des lois successives n'ont fait que renforcer. Le droit de préemption de l'exploitant limite le *jus abutendi* du propriétaire, tandis que sa rémunération est strictement limitée. Il ne manque au fermier pour posséder une propriété culturale, c'est-à-dire un véritable *dominium*, que le droit de céder son bail qui lui est toujours refusé par la loi.

Les lois de 1945-46 comblaient d'un coup le retard du droit français; elles étaient inspirées par le désir avoué de libérer les fermiers de l'emprise du propriétaire et beaucoup de leurs dispositions contredisaient directement les principes du droit civil: au point que l'on a pu parler d'une autonomie du droit rural livré désormais à ses propres inspirations et possédant sa technique propre.

De ce fait bien des adaptations étaient nécessaires qui provoquèrent d'innombrables procès et de fréquentes interventions du législateur. Si les textes de 1945-46 ont subsisté, pour l'essentiel, l'interprétation qui en a été ainsi donnée a aggravé leur portée et bien souvent tourné au profit des fermiers. De sorte que depuis trente ans l'évolution est marquée par une érosion continue des droits du propriétaire ⁽¹⁴⁾.

La stabilité des exploitants était assurée par trois règles qui dès 1945 étaient apparues comme la pierre angulaire du statut et dont les lois subséquentes ont nettement renforcé la portée:

1° Si le bail demeure, en principe, un contrat, celui-ci doit avoir une durée minima de neuf ans et, après ce terme, il fait l'objet d'un renouvellement automatique aux clauses et conditions du contrat-type. C'est-à-dire que, hors les cas de reprise et de résiliation, le fermier est assuré de demeurer dans les lieux.

(14) Sur le statut de 1946, Paul OURLIAC et Michel DE JUGLART, *Fermage et métayage*, 3ème éd. 1951 et Suppl. 1954; René SAVATIER, *Manuel juridique des baux ruraux*, 1950; et *Les baux ruraux*, 1973.

Le bail doit être, en principe, rédigé par écrit mais les baux verbaux demeurent valables et ils sont censés faits aux conditions du contrat-type.

Les tribunaux ont eu, de ce fait, bien souvent à connaître de situations ambiguës où un simple occupant se prétendait titulaire d'un bail. L'article 1715 du code civil n'autorise pas à prouver un bail par témoins ou par présomptions; normalement un bail ne peut exister que s'il y a accord sur la chose et sur le prix; mais, d'une part, le prix du bail est déterminé par la loi et, d'autre part, les faits d'exécution peuvent être prouvés par tous moyens: de sorte que l'exploitant peut invoquer une sorte de possession — le fait qu'il s'est comporté comme fermier ou qu'il a joui d'une occupation prolongée des lieux — pour se prévaloir d'un contrat. Rien ne montre mieux combien l'ancien droit personnel au bail est maintenant chargé de réalité ⁽¹⁵⁾.

Des lois de circonstances ont souvent abouti à prolonger la durée de jouissance: pour les preneurs mobilisés, rapatriés, ou proches de la retraite. Surtout est apparue récemment dans la législation française, l'idée de « baux à long terme » (loi du 31 décembre 1970) présentée comme un moyen, en accordant au preneur une jouissance de plus de dix-huit ans, d'augmenter au bénéfice du propriétaire, le prix des fermages ⁽¹⁶⁾. Des avantages fiscaux étaient attachés à cette forme d'exploitation que l'on présentait, d'autre part, sur les modèles allemands, comme un secteur où la liberté des parties serait entière (notamment dans la fixation du fermage). En fait des lois successives et les réticences de l'administration fiscale ont considérablement réduit la portée de l'innovation qui ne paraît pas appelée à un grand avenir: le prix est maintenant fixé par les Commissions consultatives et la durée du bail n'est plus qu'un facteur de majoration.

L'hérédité du droit au bail a été admise dès 1946 au point que M. Savatier a pu parler de « privilège dynastique ». Le code civil admettait déjà que le « contrat de louage n'est pas résolu

⁽¹⁵⁾ La jurisprudence en vient parfois, comme en matière de possession, à faire état du vice d'« équivoque » et à s'en tenir à la « vraisemblance » du bail.

⁽¹⁶⁾ OURLIAC et DE JUGLART, *Les baux à long terme*, dans *Semaine juridique*, 1972, I, 2449; J.D. LASSAIGNE, *Baux ruraux à long terme*, 1974.

par la mort du preneur » (art. 1742). C'est dire que tous les héritiers pouvaient continuer le bail. Une loi du 19 décembre 1961 est venue donner la préférence au conjoint ou aux descendants qui « participaient à l'exploitation » ou y avaient « participé effectivement au cours des cinq années qui ont précédé le décès ». Au cas de conflit entre les ayants cause, le tribunal « attribue le bail » en considération des intérêts de l'exploitation (art. 831 du code rural). Les intérêts de l'agriculture l'emportent sur ceux des parties et le bail n'est plus considéré sous son aspect contractuel.

8. 2° Le statut de 1946 admettait comme règle d'or qu'il n'y avait meilleur exploitant que le propriétaire du fonds. De même que le preneur pouvait devenir propriétaire par l'exercice de la préemption, de même le bailleur pouvait devenir exploitant par l'exercice du droit de reprise. Il pouvait reprendre le fonds en fin de bail, mais aussi en cours de bail, à la fin de chaque période de trois ans pour installer un de ses enfants à charge pour le bénéficiaire de la reprise d'exploiter personnellement le fonds pendant neuf ans.

Beaucoup de bailleurs trouvèrent là, au lendemain du statut, un moyen commode d'évincer leurs fermiers devenus ainsi les victimes des droits nouveaux qui leur étaient accordés. La jurisprudence, si elle sanctionnait sévèrement les fraudes au droit de reprise, admit normalement que la reprise n'était que l'exercice légitime du droit de propriété et qu'il appartenait au preneur congédié de démontrer la fraude du bailleur ou son inaptitude à exploiter.

La menace qui pesait ainsi sur les fermiers et qui provenait souvent de la vente du fonds à un agriculteur en situation de reprendre en fin de bail provoqua tant de protestations que le législateur dut intervenir souvent. Il entreprit tout d'abord de donner une définition (à vrai dire bien difficile, sinon impossible) de l'exploitation personnelle exigée du reprenant; on précisa pareillement les conditions d'habitation à laquelle il était astreint; une loi du 30 décembre 1963 interdit, en principe, la reprise à un propriétaire âgé de plus de 65 ans, restreint les droits de l'acquéreur du fonds et plus encore les droits des sociétés agricoles.

De même la reprise triennale pour les enfants est plus strictement appréciée. En dernier lieu la loi du 15 juillet 1975 restreint très sérieusement le droit de reprise:

a) La reprise triennale en faveur des enfants est presque supprimée. Elle ne peut être prévue que dans un bail renouvelé et pour la seconde période triennale, c'est-à-dire après quinze ans de jouissance.

b) La reprise n'est possible pour les sociétés que neuf ans après qu'elles aient acquis la propriété du fonds et au profit d'associés qui soient agriculteurs.

c) Enfin, les règles du cumul des fermages sont applicables au cas de reprise.

Toutes ces règles consolident très fortement la situation du preneur qui de surcroît peut toujours prétendre, s'il a amélioré le fonds, à une indemnité de sortie qui, au cas de plantation, par exemple, peut atteindre des chiffres assez considérables. Dans tous les cas — que l'extension des villes rend de plus en plus fréquents — où la reprise est exercée pour réaliser une opération d'urbanisme ou un lotissement, des lois de 1962 et 1963 ont reconnu au preneur un droit à indemnité qui tient compte des dommages subis et de la privation du bail en cours ⁽¹⁷⁾.

9. 3° La résiliation du bail apparaît comme l'*ultima ratio* du propriétaire; tandis qu'elle était jadis prononcée pour toute contravention aux clauses du bail, elle suppose maintenant des manquements très graves. Il s'agit, en premier lieu, des faits de mauvaise culture mais de plus en plus ceux-ci doivent mettre le fonds en péril: le preneur peut librement modifier les modes de culture, par exemple remplacer les animaux par des machines et même, bien que la chose soit discutée, abandonner pour d'autres les cultures traditionnelles. Un second cas de résiliation concerne le non-paiement des fermages; mais une loi du 17 juillet 1956 est venue imposer des conditions de forme fort lourdes:

(17) Cette évolution a été retracée dans les chroniques de la *Semaine juridique* notamment *Le droit de reprise*, 1947, 598; 1950, 846; 1964, 1825; *Bail rural et urbanisme*, 1954, 1155; *Réformes, retouches et repentirs* 1961, 1597; *Les structures agraires*, 1963, 1747; *Le nouveau statut du fermage*, 1975, 2732.

la résiliation suppose des manquements réitérés et deux mises en demeure demeurées sans effet pendant trois mois (art. 840 code rural); en outre le preneur peut toujours alléguer comme excuses des « raisons sérieuses et légitimes » qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier. En fait, les résiliations sont devenues fort rares et elles ne sont prononcées que dans des cas extrêmes.

10. Le statut de 1946 avait conféré au preneur, dans tous les cas d'aliénation du fonds loué, un droit de préemption qui imposait au bailleur, avant toute vente, de faire à l'« exploitant preneur en place » une offre d'achat (art. 790 code rural). Des règles spéciales étaient prévues au cas d'adjudication qui aboutissaient à faire de la préemption un véritable retrait. La nouveauté la plus remarquable venait du droit reconnu au preneur de saisir le tribunal pour faire fixer le prix ou même de discuter les conditions de la vente si celles-ci avaient été prévues « pour l'empêcher d'acquérir ».

Les rédacteurs de la loi s'étaient flattés de transformer ainsi, à plus ou moins bref délai, tous les fermiers en propriétaires. En fait, leurs prévisions ont été bien souvent déçues. Beaucoup de preneurs ont répugné à s'endetter pour acquérir une propriété qui, à raison même des droits qu'ils possédaient déjà, leur paraissait inutile. La pratique notariale a abouti, par le jeu de renonciations à la préemption, à transformer le droit du preneur en une autorisation donnée par lui au propriétaire de vendre son fonds. Une telle renonciation doit être faite sans fraude et en connaissance de cause; en fait, le secret des affaires a permis tous les marchandages; si les conflits ont été bien rarement portés devant les tribunaux, on peut imaginer sans peine que les preneurs en sont venus à percevoir d'une manière occulte, une partie du prix payé par l'acheteur (en moyenne un tiers, a-t-on dit).

La préemption est refusée au preneur déjà propriétaire, mais il peut l'exercer pour installer un de ses enfants. Après sa mort ses héritiers peuvent également y prétendre. Quelques extensions de détail ont été admises par des lois successives, mais l'innovation la plus remarquable vient de la loi du 17 juillet 1975. L'acquéreur d'un fonds peut désormais s'engager, pour rassurer le preneur et l'inciter à ne pas acquérir, « à ne pas user de son

droit de reprise pendant une durée déterminée » (art. 796, al. 5), c'est-à-dire à renoncer à l'un des attributs de la propriété qu'il acquiert. L'expédient peut paraître judicieux, mais il manifeste bien en tout cas, que le droit de préemption n'a pas joué le rôle qu'on lui assignait à l'origine. En 1946, il était placé en tête du statut car il apparaissait que tous les problèmes seraient résolus si les agriculteurs devenaient propriétaires. Maintenant, la loi s'ingénie à les détourner de l'achat, car la propriété constitue une charge. Les auteurs de la loi l'ont répété à plaisir: « Le droit de préemption découlait d'une option de politique agricole tendant à favoriser l'accession des agriculteurs à la propriété et condamnant implicitement les formules de faire-valoir basées sur une dissociation entre le capital foncier et l'exploitation ». Il faut maintenant « décharger l'exploitant du foncier ». « Les agriculteurs, surtout les jeunes, préfèrent consacrer leurs disponibilités à des investissements productifs, sans avoir à acquérir le sol », ce qui fait écho au propos déjà cité de M. Michel Debatisse: « La propriété, pour quoi faire? ».

II. En ce qui concerne le prix du bail, deux conceptions s'opposent qui tiennent à des conceptions économiques et politiques opposées: ou bien le prix est librement débattu entre les parties, il rémunère le capital foncier en associant le propriétaire aux résultats de la production; ou bien le fermage est considéré comme une rente dont le montant peut dépendre de la qualité des terres mais non des récoltes qu'elles portent puisque celles-ci sont dues exclusivement au travail de l'exploitant.

Cette dernière conception prévaut nettement depuis 1945. Les fermages avaient été, comme il était normal, « stabilisés » et jusqu'à la loi du 17 juillet 1975 la référence aux prix de 1939 est demeurée impérative. Pour chaque catégorie de terres des commissions consultatives fixaient un maximum qui ne pouvait pas être dépassé. D'innombrables règles concernant l'établissement de l'index, la fixation d'un cours moyen des denrées, les actions en revision des fermages excessifs aboutissaient toutes à réduire la rémunération du capital foncier. Celle-ci s'établit en moyenne à 1 ou 1,5% du prix de la terre, ce qui a abouti non pas à décourager les acquéreurs, la terre apparaissant comme

une valeur-refuge, mais à les dissuader de tout investissement. Dans bien des régions l'habitat rural demeure ce qu'il était au XIXe siècle.

Dans la réalisation des investissements le preneur se substitue au propriétaire impuissant et devient ainsi propriétaire du cheptel et du matériel, parfois même des améliorations culturelles et des plantations.

La loi déjà citée du 15 juillet 1975 a prétendu, après de longues négociations entre les syndicats de propriétaires et d'exploitants, imposer un retour à la liberté. Lors du vote, tous les orateurs ont longuement critiqué un système qui traduisait, dans chaque département, « des rapports de force » et aboutissait, pour des terres semblables, à des fermages variant de 1 à 4 et parfois de 1 à 12. Admettre une meilleure rémunération du propriétaire paraissait le meilleur moyen de sauvegarder le statut de 1946 et de maintenir les formes traditionnelles d'exploitation.

Ces déclarations ne pouvaient cependant dissimuler les difficultés de fond. Les preneurs étaient évidemment hostiles à toute augmentation brutale; pour beaucoup le prix du bail constituait une rente de situation qu'ils avaient escomptée soit par des achats de matériel et de prêts au crédit agricole, soit même par des « pas de porte » payés à l'occasion d'une cession occulte de leur bail. Nul ne pouvait imaginer le retour à une liberté totale et, la loi ne pouvant poser que des règles générales, la fixation fut renvoyée aux commissions départementales et aux préfets. Après de longues discussions deux décrets du 20 mai 1976 fixèrent enfin la composition des commissions consultatives qui, pour la plupart, n'ont pas encore statué. Les fermages anciens pourront être augmentés quand des circonstances spéciales, durée plus longue du bail ou investissements du bailleur par exemple, le permettront. Des commissions régionales et une commission nationale sont créées qui statueront sur les litiges (sans qu'il apparaisse nettement que le dernier mot appartienne au ministre ou au préfet). On peut déceler la persistance d'idées corporatives puisque les commissions sont paritaires, et qu'aux membres élus par les bailleurs et par les preneurs sont adjoints, avec voix délibérative, les représentants des organisations syndicales agricoles.

La seule véritable restriction au droit du preneur vient de l'interdiction qui lui est faite par l'article 832 du code rural de céder son bail ou de sous-louer le fonds. Par cette disposition, le législateur de 1945 avait voulu affirmer que le bail demeurait bien un contrat et que le droit du preneur n'avait pas de valeur vénale. C'était condamner la théorie souvent émise d'une propriété culturale analogue dans son principe à la propriété commerciale et qui aurait conféré au preneur un « fonds de ferme » sur lequel il aurait eu les mêmes droits que le commerçant sur le « fonds de commerce ».

Autant qu'une question de droit, la solution adoptée tranchait le vieux conflit qui oppose toujours l'agriculture du Nord et celle du Midi. Dans le Nord, le fermier est vraiment un entrepreneur de culture qui possède l'outillage et le capital, engage souvent des investissements importants et considère très normalement que le fonds de culture fait partie de son patrimoine et qu'il peut librement en disposer. Dans le Midi et plus généralement dans les régions de polyculture, les fermiers et plus encore les métayers, étaient souvent demeurés sous la coupe des bailleurs; leurs investissements étaient peu importants et ils désiraient avant tout une stabilité qui souvent était aux confins de l'immobilisme.

L'interdiction de céder le bail est sanctionnée par une nullité absolue qui atteint le cédant comme le cessionnaire; le bail initial est résilié et le propriétaire peut librement rentrer en possession du fonds. Les termes impératifs de la loi ont incité les tribunaux à l'appliquer avec une grande sévérité: la cession est interdite même avec l'accord du bailleur et même entre coindivisaires; le fait de constituer une association ou une société de fait est pareillement sanctionné; il en est de même de l'attribution du droit au bail faite après la liquidation d'une société ou d'une communauté. La justification toujours donnée est l'*intuitus personae* qui caractérise le bail: le propriétaire ne peut se voir imposer un fermier qu'il n'a pas choisi.

Les règles allaient trop directement à l'encontre des intérêts de certains fermiers et aussi des habitudes prises pour que les faits ne se soient pas révoltés contre le droit. Dans les départements du Nord et de l'Aisne surtout, la pratique de « céder » une

ferme se maintient. Toute cession est l'objet de tractations, ouvertes ou occultes, donnant lieu au profit du cédant, mais aussi du propriétaire, au paiement de « pas de porte » ou de « chapeaux » dont la valeur est si bien connue que les cours en sont publiés.

Une loi du 12 juillet 1967 est venue sanctionner d'une forte amende et d'une peine pouvant aller jusqu'à deux ans de prison de telles cessions; mais les tribunaux sont rarement saisis et, quand il le sont, il leur est bien difficile d'établir la réalité du délit. Il est normal, en effet, que le fermier entrant rachète au sortant les récoltes en terre, le cheptel vif et mort, les pailles, fumures ou engrais; seul le droit au bail est incessible et il est donc nécessaire de prouver que la valeur de celui-ci est comprise dans le prix global qui est stipulé. La loi du 15 juillet 1975 elle-même fait une concession importante à l'idée de propriété culturelle en permettant la cession de l'indemnité que le fermier sortant peut avoir contre le propriétaire pour les améliorations qu'il a effectuées. Il est, d'autre part, tout à fait légal que le fermier sortant « présente » son successeur à son bailleur pour que celui-ci consente plus ou moins spontanément un bail nouveau.

12. On peut alléguer l'histoire médiévale des tenures, non pour critiquer ou justifier le droit contemporain, mais pour comprendre la portée de l'évolution accomplie. Il est, tout d'abord, incontestable que la propriété rurale est désormais divisée en deux *dominia* et que le fermier a acquis — même si l'on hésite encore à lui reconnaître un droit réel — bien des prérogatives qui jadis appartenaient au propriétaire. Comme le censitaire ancien il détient et retient le fonds loué; il a une « tenure » qui lui confère les droits qui étaient jadis reconnus à un tenancier: le droit de résiliation a la même fonction que l'ancienne commise dont on sait que, passé le XIV^e siècle, elle était rarement exercée; le renouvellement du bail et le droit de succession reconnu aux descendants du preneur permettent de prolonger la jouissance bien au déjà du terme contractuel; la cession, interdite en droit, existe bien souvent en fait. De nombreuses dispositions de détail sont venues encore renforcer le droit de l'exploitant: le preneur peut effectuer sans l'accord du bailleur (qui devra

cependant l'indemniser en fin de bail), des améliorations jugées d'intérêt public, et concernant, par exemple, l'amélioration de l'habitat, l'assainissement, l'irrigation ou la productivité des sols; le preneur peut de même modifier l'état du fonds en supprimant les talus et les haies, procéder à des échanges de parcelles, exercer le droit de chasser, faire exécuter les travaux nécessaires aux frais du bailleur. Le droit de préemption reprend enfin presque exactement la technique de l'ancien retrait féodal mais au lieu d'être donné au bailleur il est dirigé contre lui (18). Si les droits du fermier ne lui confèrent pas une propriété culturale, du moins la propriété du bailleur a-t-elle perdu son absolutisme et son exclusivisme. Dans un tout récent arrêt, la Cour de Cassation (22 février 1977, inédit) a indiqué que l'existence d'un bail rural « affectait dans une mesure à déterminer la valeur des terres au jour de la vente et que la moins-value résultant de l'existence d'un bail devait être prise en considération pour fixer la valeur vénale des terres ».

C'est reconnaître — ce que voulait ignorer la jurisprudence antérieure — qu'une fraction de la valeur du fonds appartient au fermier. A la veille de 1789 on considérait que le domaine direct représentait de 20 à 25% de la valeur du fonds (à raison des droits de mutation payés au titulaire du domaine direct) tandis que la valeur du domaine utile s'établissait à 75 ou 80% du prix de vente. Il est difficile aujourd'hui d'avancer un chiffre, à raison même du caractère occulte des cessions de fermes. Bien des éléments entrent en compte: la durée du bail, le prix du fermage, comme l'importance de l'outillage appartenant au fermier. Dans quelques régions il paraît bien que le prix du fonds de ferme est égal à celui des terres; plus généralement il paraît s'établir entre une moitié et un tiers; c'est dire que le *dominium* du fermier représente de 25 à 50% du prix d'une propriété libre de tout bail. Il existe certes bien des différences régionales, comme il en existait en 1789 entre les diverse tenures; les pratiques du

(18) Le meilleur exposé de l'ancien droit se trouve dans le livre classique d'Olivier MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. I, 1926; cf. aussi P. OURLIAC et DE MALAFOSSE, *Droit romain et ancien droit*, t. II, *Les Biens*, p. 135-170.

Nord sont, comme autrefois, bien différentes de celles du Midi, mais les effets du statut du fermage n'en sont pas moins certains: il a abouti à conférer au fermier un véritable domaine utile.

II.

13. Le statut du fermage se bornait à répartir entre le bailleur et l'exploitant les prérogatives de la propriété comme le faisait l'ancienne distinction du domaine utile et du domaine éminent. Si ceux-ci étaient au contraire réunis la terre était qualifiée d'« alleu » et la propriété était « pleine et entière ».

L'affirmation que le roi était « souverain fiefieux du royaume », que « toute terre était tenue de lui en fief ou en arrière fief » devait conduire à imposer sa « directe universelle ». Comme le disait un Edit de 1692: « Il n'y a pas de droit mieux établi que celui de la mouvance et directe universelle que nous avons sur toutes les terres de notre royaume ».

La souveraineté du propriétaire, affirmée en 1789, contredisait directement cette souveraineté éminente du roi sur les biens de ses sujets; les vicissitudes du droit moderne en reviennent à conférer à l'Etat plus de droits que n'en avait jamais prétendu le roi. L'évolution se comprend d'ailleurs fort bien: reconnaître une fonction sociale de la propriété et assimiler les propriétaires à des fonctionnaires, comme l'ont fait Duguët et bien des juristes après lui, c'est évidemment préparer l'intervention de l'Etat qui doit discipliner toute vie sociale; si l'économie échappait, en principe, à l'emprise de l'Etat libéral, l'Etat moderne ne peut se borner à « protéger » l'agriculture et prétend l'« orienter ». Par dessus les intérêts égoïstes des propriétaires, il représente seul l'intérêt collectif qui impose une meilleure organisation et une productivité accrue. Plus qu'au droit privé et au conflit traditionnel des propriétaires et des fermiers, le droit rural ressortit désormais au droit administratif. Et celui-ci est forcément plus soucieux de l'usage que l'on fait d'une propriété que de la propriété elle-même.

La notion d'exploitation devient ainsi essentielle. On a pu voir là l'influence d'Hauriou et de ses disciples qui opposent au

contrat l'oeuvre ou l'entreprise créée et soutenue par une idée ou une action; Hauriou critiquait l'ordre libéral et découvrait la société moderne, plus soucieuse des droits de la collectivité que de ceux de l'individu ⁽¹⁹⁾.

La loi d'orientation agricole de 1960 marque, en France, l'émergence de ces idées. Elle introduit, en droit agraire, la notion de « structure » et de « plan » et annonce une évolution dont on ne peut encore connaître l'exacte portée ⁽²⁰⁾.

14. On recherche tout d'abord de nouvelles formes d'exploitation. La superficie des terres cultivées est à peu près également répartie entre le faire-valoir direct (52% en 1970) et le fermage (45%) ou le métayage (3%); les exploitations individuelles représentent d'autre part l'immense majorité. S'il existe bien quelques sociétés d'exploitation, sociétés civiles ou plus rarement commerciales, constituées pour éviter un partage successoral ou, après 1946, pour éviter l'application du statut du fermage, les lois récentes leur sont nettement hostiles et les ont privées de la plupart des avantages qu'elles pouvaient présenter. La loi de 1946 avait, d'autre part prévu des coopératives de type K (Kolkhose) qui n'ont connu aucun succès.

Les agriculteurs demeurent dans leur immense majorité favorables à l'exploitation familiale, mais l'entraide a toujours été pratiquée (cf. loi 8 août 1962, art. 20) et la nécessité d'une « agriculture de groupe » est maintenant ressentie. D'où l'apparition d'une nouvelle forme de société civile, les groupements agricoles d'exploitation en commun (G.A.E.C.) qui prévoient la mise en commun du travail de chacun des associés. Ceux-ci apportent au groupement la jouissance de leur propriété ou leur droit au bail et conviennent soit de mettre tout en commun, soit de limiter l'objet à certaines activités (élevage ou culture de la vigne par exemple). Le nombre des associés est limité à dix et la constitution doit être agréée par l'administration. Les résultats sont, à vrai dire, assez décevant: moins de 4.000 groupements ont

⁽¹⁹⁾ Sur cette évolution cf. Natalino IRTI, *Dal diritto civile al diritto agrario*, dans *Rivista diritto agrario*, t. XL, 1961, p. 227-333.

⁽²⁰⁾ BOBIN, *Exploitation agricole et politique des structures*, 1969.

été créés et, bien souvent, pour bénéficier des avantages fiscaux promis par la loi.

Les groupements fonciers agricoles (G.F.A.) n'étaient à l'origine qu'un moyen d'organiser une indivision; leur objet a été étendu par une loi du 31 décembre 1970 à la réunion de petites exploitations. Ce sont encore des sociétés civiles auxquelles sont normalement apportées des propriétés mises en valeur soit par l'un des associés, soit par un fermier. Aucune statistique n'a été publiée et il ne paraît pas que les groupements aient réussi, comme l'espéraient les auteurs de la loi, à attirer vers l'agriculture de nouveaux capitaux. Le même objectif a été recherché en 1967 par la création de sociétés mixtes d'intérêt agricole (S.M.I.A.) qui jusqu'ici paraissent fort peu utilisées.

D'assez nombreuses coopératives (25.000 environ) existent; mais il s'agit surtout de coopératives d'achats et de ventes, de crédit ou de services. Seules les coopératives d'utilisation du matériel agricole (C.U.M.A.) ont connu un assez large succès; quant aux sociétés d'intérêt collectif agricole (S.I.C.A.) elles concernent, sauf quelques exceptions, la commercialisation des produits et non l'exploitation agricole ⁽²¹⁾.

15. Les véritables nouveautés sont apparues avec la législation dite des cumuls ou des réunions de fermage et avec l'institution de Sociétés d'Aménagement foncier et d'équipement rural (S.A.F.E.R.).

Le statut de 1946 interdisait les réunions d'exploitations et les transformations en prés d'embouche. La loi avait voulu, à la demande surtout des agriculteurs de l'Ouest, lutter contre « l'invasion de l'herbe », mais ses dispositions mal rédigées, rétroactives, fort imprécises au surplus, du fait de l'action populaire qu'elle accordait à « tout intéressé », avaient dû être modifiées en 1949 et abrogées en 1951.

Il fallut attendre sept ans une nouvelle loi car les discussions parlementaires firent apparaître la diversité des points de vue:

⁽²¹⁾ Jacques PRÉVAULT, *Les formes juridiques d'exploitation dans l'agriculture française et les orientations nouvelles du droit rural*, dans *Studi Urbinati*, t. XLIII 1974-75, p. 329-362.

Voulait-on lutter contre la trop grande concentration des propriétés? Contre la disparition de petites exploitations familiales? Interdire la profession agricole à ceux qui ne l'exerçaient qu'occasionnellement? Ou imposer à tous les agriculteurs un contrôle de l'Etat? En fin de compte cinq lois successives ont donné à la législation des cumuls la portée d'une réforme des structures agraires ⁽²²⁾. La loi du 8 août 1962 prétend tout à la fois sauvegarder l'exploitation familiale (art. 1-3), assurer « l'emploi optimum des facteurs de production » (art. 1-1) et définir « la superficie que doit normalement avoir une exploitation » (art. 7).

La politique agricole se définit désormais par un plan, c'est-à-dire par la fixation de normes; ce qui suppose, pour chaque région naturelle (et l'institut de la statistique a caractérisé quelque 550 régions) et suivant « la catégorie des terres, la nature des cultures et le type d'exploitation », l'établissement de maxima et de minima au delà desquels l'exploitation devient « anormale », et, en principe, tout au moins, interdite. C'est dire que le cumul peut être réalisé par un dépassement du maximum, mais aussi par des opérations ayant pour effet de réduire la superficie d'une exploitation en dessous d'un minimum ou même de l'amputer de 30% de ses terres ou de bâtiments jugés essentiels. On peut même, sur l'initiative des commissions départementales, aller localement beaucoup plus loin et instituer ce que l'on appelle couramment le contrôle intégral et interdire tout cumul et toute réunion, c'est-à-dire toute modification de la situation existante « quelle que soit la superficie des exploitations considérées ». Enfin, le cumul peut être réalisé (on parle alors de cumul de professions dans le cas où un industriel ou un commerçant procède à une « création ou une extension d'exploitation en vue d'utiliser les produits de son industrie ou, pour un commerçant, chaque fois que cette réalisation se rattache ou peut se rattacher à sa principale activité ».

⁽²²⁾ Outre l'ouvrage déjà cité de G. BOBIN, *Exploitation agricole et politique des structures*, cf. OURLIAC et DE JUGLART, *Le cumul des exploitations*, dans *Semaine juridique*, 49.I.795; *Les structures agraires*, *Semaine juridique*, 63.I.1747; *Orientation agricole et statut du fermage*, *Semaine juridique*, 69.I.2249 - OURLIAC, *Les cumuls d'exploitation agricole*, *Revue de droit rural*, 1973, 350.

16. Plus que les difficultés d'application provoquées par cette législation — qui sont innombrables — mieux vaut en indiquer la portée générale:

1) En premier lieu, la loi ne concerne que les exploitants, qu'ils soient propriétaires ou fermiers; comme l'a indiqué le Ministre de l'Agriculture dans une réponse à question écrite: « La loi ne touche pas au domaine des acquisitions qui demeurent libres. Aucune distinction n'est établie entre professionnels et non professionnels de l'agriculture ». En fait, cependant, la loi a souvent joué contre les propriétaires, spécialement à l'occasion de l'exercice de leur volonté de reprendre une parcelle pour l'adjoindre au fonds qu'ils exploitaient déjà. Les tribunaux judiciaires saisis de la reprise ne peuvent statuer qu'après que la question de cumul ait été tranchée par l'autorité ou les tribunaux administratifs, ce qui dans bien ces cas crée un imbroglio judiciaire. Le fermier qui contrevient à ces règles peut encourir la résiliation de son bail; quant au propriétaire, il peut être frappé d'une « déchéance du droit d'exploiter » prononcée par l'autorité administrative, le tout sans préjudice de lourdes amendes prononcées par le tribunal correctionnel.

2) Fait beaucoup plus grave: tout ce qui est interdit peut être permis par le préfet du département et par une commission dite des structures qui devient ainsi une véritable juridiction sans qu'aucune garantie de défense soit donnée aux intéressés. La décision du préfet peut seulement être déférée au tribunal administratif et, sur appel, au Conseil d'Etat qui a ainsi la tâche difficile d'introduire une régularité juridique dans une matière qui ne la comporte pas forcément.

En tout cas, la nécessité d'obtenir une autorisation d'exploiter manifeste bien le contrôle très direct exercé désormais sur toute l'activité agricole. On a pu parler de privilège, c'est-à-dire d'une *lex privata* à la discrétion de l'administration ou des commissions qui la représentent. Retenons tout au moins l'emprise désormais exercée sur le droit rural des règles administratives. Même des affaires qui concernent essentiellement des questions de droit privé — comme l'exercice de la reprise ou la possibilité de préempter — ne sont pas tranchées par les tribunaux judiciaires —

gardiens traditionnels de la propriété privée — mais par les tribunaux administratifs.

3) La mise en place de cette réglementation imposait de définir dans chaque département, les normes applicables, ce qui a évidemment provoqué de longues contestations. La loi de 1960, faisant état de recommandations communautaires, considérait comme normale la superficie mise en valeur par deux unités de main d'oeuvre (couramment appelée 2 U.T.H.). Cette superficie ayant été jugée excessive par les organisations syndicales, après de longues discussions on en est venu à définir, dans 94 arrêtés du 16 juin 1975, des « superficies minima d'installation » pour chaque région. En outre sont prévus des « coefficients d'équivalence », par exemple pour l'élevage ou l'aviculture.

Parallèlement diverses dispositions ont réservé les faveurs de la loi — par exemple certains prêts du crédit agricole ou le droit à la retraite (ou I.V.D.) — aux titulaires d'exploitations normales.

On ne peut encore juger pleinement de la portée de ces règles. Elle dépendra d'ailleurs de l'application qui en sera faite. Dans l'Ouest de la France la nécessité s'en faisait incontestablement sentir; dans bien d'autres régions elles pourront paraître inutiles et, occasionnellement, sources d'abus. On permettra sans doute la survie de quelques exploitations qui étaient à la lisière du minimum et dont la disparition aurait entraîné le départ d'un agriculteur. On peut craindre, en revanche, surtout dans les départements où le contrôle intégral a été institué, que ces dispositions ne deviennent un facteur de sclérose ou l'instrument d'une politique à court terme. Les autorisations sont délivrées par les commissions départementales qui tenteront sans doute d'accorder des considérations économiques qui leur paraîtront forcément lointaines avec l'aspect social, plus apparent, des demandes qui leur seront transmises.

17. Les sociétés d'aménagement foncier et d'équipement rural ont été créées par la loi de 1960 pour promouvoir la nouvelle politique des structures. Elles ont reçu pouvoir, de la loi de 1962, d'exercer à l'occasion de toute vente de fonds rural un droit de préemption en vue: « 1° de favoriser la réalisation de l'équilibre

des exploitations agricoles existantes; 2° de contribuer à la constitution de nouvelles exploitations agricoles équilibrées; 3° d'éviter la spéculation foncière et de sauvegarder le caractère familial de l'exploitation agricole ».

Les S.A.F.E.R. sont des sociétés anonymes à but non lucratif et, depuis un arrêt du Tribunal des conflits du 8 décembre 1969, les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour contrôler leur action. Il n'empêche que, comme on l'a écrit, « les S.A.F.E.R. portent un masque de droit privé en fonction de considérations plus politiques que juridiques. Elles exercent « une activité de droit privé », mais sont investies d'une « mission d'intérêt général » et entretiennent, d'après une circulaire, « des liens étroits avec les pouvoirs publics ». Le maître-mot est désormais celui de « structure »: qu'il s'agisse des « structures foncières rurales » (titre I, chap. II de la loi du 5 août 1962), de la création de la « commission départementale des structures » (art. 7 de la loi du 5 août 1960), des « structures sociales », notamment avec l'institution d'une indemnité viagère de départ, ou des infrastructures et des aménagements fonciers.

Les S.A.F.E.R., avait dit le ministre de l'Agriculture, ne sont qu'un outil qui ne vaut que par celui qui le manie »; leur création constituait un compromis « entre le kolkhose et l'anarchie » et elles recevaient pour mission de se faire les « complices du remembrement », de constituer des réserves foncières, de « réintroduire libéralement l'ordre qui correspond à la nécessité du terroir ». En fait, les S.A.F.E.R. ont réalisé le vieux rêve d'un office foncier assurant le contrôle du marché en intervenant dans les transactions rurales et même dans la conclusion de baux qu'elles peuvent conseiller, provoquer et parfois imposer (décret du 14 juin 1961 art. 3 et 10 al. 2) (23).

(23) Sabourin, *chr. Dalloz*, 1970, p. 9; G. GROSLIERE, *Les S.A.F.E.R.*, *Annales faculté droit Toulouse*, 1966, p. 21; A. POULAIN, *Les S.A.F.E.R.*, 1963 et nombreuses notes d'arrêts ou chroniques. La question d'un office foncier a été posé lors du premier congrès du P.C.F. à Marseille en 1921. Elle avait été reprise en 1936 et figure dans le *Programme de gouvernement* du P.C.F., Ed. sociales, 1971, p. 153, comme dans le *Programme commun*, Ed. sociales, 1972, p. 125: « Les ventes et transactions foncières seront contrôlées par des offices fonciers cantonaux et départementaux ». Cf. également le rapport au 7ème congrès de la F.G.A.-C.F.D.T.:

L'intervention des S.A.F.E.R. a été souvent gênée par un manque de disponibilités; en fait, elles contrôlent à peu près le quart du marché foncier. Leur mission propre paraissait être d'effectuer les travaux d'équipement nécessaires; mais bien souvent elles ont acheté pour revendre (faisant ainsi bénéficier l'opération de l'exonération des droits d'enregistrement qui leur est accordée).

Jugée insuffisante par les uns, la création des S.A.F.E.R. apparaît à beaucoup de propriétaires ou même de fermiers comme une atteinte insupportable à leurs droits. Et ces critiques contradictoires atteignent à vrai dire l'idée même d'économie mixte qu'elles représentent et manifestent l'ambiguïté de leurs inspirations, une ambiguïté qui apparaît dans leur objet, dans leurs pouvoirs et dans leur activité.

18. Les S.A.F.E.R., répètent toutes les décisions judiciaires, sont investis d'une « mission de service public »; c'est dire qu'elles ont forcément une compétence « liée » par les textes qui les régissent et limitée à une action sur les structures et à une action sur les prix: en fait, cependant, l'administration des choses passe par le gouvernement des hommes et dans la plupart des cas l'intervention de la société est, si l'on peut dire, subjective plus qu'objective; ces S.A.F.E.R. ont toujours un choix à faire: qu'elles éliminent un acheteur par l'exercice de la préemption ou qu'elles attribuent le fonds à l'acquéreur qu'elles désignent. On conçoit sans peine les protestations que peuvent faire naître de tels choix.

Malgré le caractère privé qui leur est reconnu, les S.A.F.E.R. exercent des prérogatives de puissance publique. Si le président et le conseil d'administration prennent toutes décisions nécessaires, deux commissaires du gouvernement représentant les ministres des Finances et de l'Agriculture, les assistent et contrô-

« Il est donc nécessaire que soient créés des offices publics (on peut les appeler « régies foncières ») avec participation des travailleurs agricoles, élus sur les listes présentées par leurs syndicats représentatifs. La mission de ces régies foncières consisterait à contrôler tout le marché foncier et elles deviendraient progressivement propriétaires des terres agricoles et devraient en réserver la location auprès de ces nouvelles unités de production ».

lent leur action, sans que leur rôle soit parfaitement défini. Le Tribunal des conflits, dans l'arrêt précité du 8 décembre 1969, a indiqué que leur décision était « unilatérale », c'est-à-dire extérieure au Conseil d'administration; on a parlé à ce sujet de tutelle et repris la théorie des actes « détachables » qui sont soumis à l'appréciation des tribunaux administratifs.

Cependant, les actes des S.A.F.E.R. ressortissent aux tribunaux judiciaires qui doivent rechercher s'ils ont « outrepassé » les règles légales. La Cour de Cassation est ainsi appelée à connaître d'un recours pour excès de pouvoir, analogue à celui que l'on peut exercer au Conseil d'Etat contre tous les actes administratifs. S'agit-il d'un contrôle de légalité ou d'un contrôle d'opportunité? Les S.A.F.E.R. revendiquent une « liberté de choix » et la tradition française a toujours été hostile à l'intervention des juges en matières administrative. En outre, la distinction du fait et du droit qui laisse aux premiers juges, sauf le cas de dénaturation, l'appréciation souveraine des faits, commande la compétence de la Cour de cassation tandis que le Conseil d'Etat peut connaître de tous les aspects d'une affaire ⁽²⁴⁾. L'exercice de ce contrôle nécessaire ne va pas d'ailleurs sans de nombreuses protestations: pourtant c'est, croyons nous, servir l'action des S.A.F.E.R. que de les soumettre strictement à l'application de la loi.

Une autre source d'ambiguïté vient de la nature même du droit de préemption ⁽²⁵⁾. Il n'est pas, répète-t-on, une expropriation et les propriétaires demeurent libres de vendre. Ils ne sont pas, en revanche, libres de fixer les conditions de la vente; d'une part les S.A.F.E.R. peuvent faire fixer le prix par le tribunal, d'autre part, la préemption s'exerce à l'encontre d'un échange ou d'un apport en société; au cas de vente par adjudication, le

(24) Après quelques hésitations, la Cour de Cassation paraît s'être engagée dans la voie d'un contrôle très précis; cf. mes notes à la *Semaine juridique* 1968, 15.317; 1970, 16.483; 1972, 17.243; 1973, 17.519; 17.442; 1975, 18.176; 1976, 18.446.

(25) La portée « politique » que peut prendre tout droit de préemption est bien indiquée dans le récent article de Pierre SUBRA, *Réflexions sur le contentieux de la préemption administrative*, dans l'*Actualité juridique, Droit administratif*, 1977, p. 59-84.

vendeur doit, du moins dans certains départements, offrir le bien vendu « préalablement à l'amiable deux mois avant la date prévue pour l'adjudication », ce qui peut évidemment aboutir à la suppression de celle-ci.

La dérive du droit rural vers le droit public apparaît d'ailleurs à un autre trait. En 1962, il avait été admis que la préemption de la S.A.F.E.R. ne pouvait jamais primer celle du fermier. Des dispositions postérieures — notamment l'ordonnance du 23 septembre 1967 — ont rompu au détriment du fermier le parallélisme des deux droits. En outre, le preneur a perdu une partie des exonérations fiscales qui lui avaient été consenties. On pense à l'ancien conflit qui existait entre le retrait lignager et le retrait féodal.

19. On connaît bien les restrictions que les lois d'urbanisme ont fait subir à la propriété urbaine. La propriété des fonds ruraux subit une évolution peut être plus profonde. Les lois successives ont provoqué une érosion du droit de propriété. Un propriétaire doit maintenant, assez fréquemment, obtenir de l'administration l'autorisation d'exploiter son propre bien. Il ne peut le vendre librement. L'idée d'exploitation qui devait libérer les fermiers de l'emprise des propriétaires aboutit à les soumettre les uns et les autres à des contrôles ou à des autorisations d'autant plus graves qu'ils sont exercés par des commissions ou des conseils d'administration dont la nature et la compétence sont fort imprécises. En s'affranchissant des règles de droit civil le droit rural a conquis son autonomie, mais celle-ci tourne souvent au profit de l'administration.

L'évolution tient certes à une mutation de l'agriculture et elle concerne tous les pays européens ⁽²⁶⁾; mais une fois encore

(26) Il faut mentionner ici l'action de la *Rivista di diritto agrario*, fondée en 1922 par Giangastone Bolla pour « libérer le droit rural du lit de Procuste du code civil »: cf. Paolo GROSSI, *Il momento storico-giuridico nella elaborazione dottrinale nell'autonomia del diritto agrario*, dans *Riv. diritto agrario*, 1972, p. 35; et également les articles de E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, dans *Archivio giuridico* 1923, p. 56 et Salvatore ROMANO, *Sulla nozione di proprietà*, dans *Istituto di dir. agrario*, Congrès de Florence 1962, t. II, p. 631. Une étude très fouillée consacrée au droit belge mais d'un grand intérêt général

la France apparaît comme une Europe en raccourci et son droit en vient à exprimer les influences les plus opposées. De sorte qu'on peut pour appliquer à l'actuel droit rural français le mot de Cicéron: *Inter caesa et porrecta*.

est fournie par Paul DELNOY, *Politique agricole des structures et régimes juridiques d'exploitation du facteur terre*, Liège, 1975. Nous n'avons pu aborder ici le problème de la politique agricole commune dont on peut suivre les étapes dans le *Bulletin des communautés européennes*, spécialement 1969, supplément n. 3, 1971, p. 29-37; n. 7, 1971, p. 30-40; n. 4, 1972, p. 7-8 (orientations présentées par M. Mansholt).

LUDWIG RAISER

DAS EIGENTUM IM DEUTSCHEN RECHTSDENKEN
SEIT 1945

I

Die Jahreszahl 1945 steht für das deutsche Volk symbolisch für eine der größten Katastrophen in seiner Geschichte: die totale Niederlage nach einem selbstverschuldeten, mörderischen Krieg mit seinen Menschenverlusten und ausgedehnten Zerstörungen der Städte und Industrieanlagen, den Zusammenbruch nicht nur des NS-Regimes, sondern aller staatlichen Strukturen, die Besetzung des ganzen Reichsgebiets durch die fremden Siegermächte mit der Folge der Vertreibung von Millionen von Menschen aus Ostdeutschland und der weiteren Konsequenz einer rasch sich verfestigenden Spaltung Deutschlands, in der sich der nun offen ausbrechende machtpolitische und ideologische Gegensatz der beiden Supermächte unheilvoll auswirkte.

Ich erinnere an diese Ereignisse nicht nur, um zu begründen, warum der folgende Bericht das Jahr 1945 als Anfangsdatum nennt, sich also auf die letzten 30 Jahre beschränkt. Wichtiger ist mir noch, damit die aussergewöhnliche Situation deutlich zu machen, in der sich im westlichen Teil Deutschlands, auf den sich mein Bericht beschränken muss, nach 1945 in mehreren, von den Besatzungsmächten kontrollierten Schritten die Gründung der Bundesrepublik Deutschland vollzog. Ihre Verfassung, das « Grundgesetz » (im folgenden als GG zitiert) wurde am 23.5.1949 in Bonn von einer — nicht aus allgemeinen Volkswahlen hervorgegangenen — konstituierenden Versammlung, dem « Parlamentarischen Rat », beschlossen. Unter solchen Umständen war es keineswegs selbstverständlich, dass die neue Verfassung das Privateigentum als eines der grundlegenden Rechtsinstitute der

künftigen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung anerkannte. Die wirtschaftliche Notlage, in der sich grosse Teile der Bevölkerung befanden, aber auch ideologische, gegen Individualismus und Liberalismus gerichtete Strömungen legten den Versuch nahe, zum mindesten an bestimmten Teilen des Volksvermögens ein sogen. Gemeineigentum einzuführen. In einigen der Länder, die schon vor der Gründung der Bundesrepublik von den Besatzungsmächten wiederhergestellt oder neu geschaffen wurden, sind in den ersten Jahren nach 1945 solche Versuche mit dem Ziel einer Sozialisierung von Teilen der Industrie gemacht worden. Doch scheiterten sie entweder, wie in Nordrhein-Westfalen, am Einspruch der Besatzungsmacht oder, wie in Hessen, daran, dass solches Landesrecht nach Inkrafttreten des Grundgesetzes als unvereinbar mit dem Verfassungsrecht der Bundesrepublik erklärt wurde ⁽¹⁾.

Auch das Grundgesetz selbst lässt noch den Zwiespalt erkennen, in dem sich der Parlamentarische Rat in dieser Frage befand. Es enthält einerseits in Art. 14 Abs. 1 die eindeutige Aussage: «Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet», und die Stellung dieser Norm im Grundrechtsteil der Verfassung und in engem Zusammenhang mit den die Menschenwürde und die Freiheitsrechte des Menschen und Bürgers bestätigenden Grundrechten lässt keinen Zweifel daran, dass damit — vorbehaltlich der noch zu erwähnenden Beschränkungen — eine Garantie des Privateigentums im Sinne der Verfassungstradition des 19. Jahrh. gemeint war. Andererseits erklärt Art. 15 eine Überführung bestimmter wichtiger Wirtschaftsgüter — Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel — in Gemeineigentum zum Zweck der Vergesellschaftung, also eine Sozialisierung dieser Güter für zulässig, allerdings nur durch Gesetz und nur gegen Entschädigung.

Es wäre reizvoll, der verfassungsrechtlichen Bedeutung dieses Zwiespalts im System der Grundrechte und der Tragweite der in Art. 15 dem Gesetzgeber zugestandenen Möglichkeit der Sozialisierung nachzugehen. Indessen sind alle Untersuchungen darüber

⁽¹⁾ Zu diesen (durch die Rechtsentwicklung inzwischen überholten) Fragen vgl. ausführlich E. R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht* (2. Aufl. 1954), Bd. II S. 145ff, 180ff.

bis heute nur von theoretischem Interesse. Die gesetzgeberischen Körperschaften, also Bundestag und Bundesrat, haben noch in keinem Fall von der Ermächtigung des Art. 15 Gebrauch gemacht, und darum hatte auch das Bundesverfassungsgericht noch keine Gelegenheit, die Voraussetzungen einer Sozialisierung zu überprüfen. Die politische Entscheidung, die die Antinomie im Grundgesetz verfassungsrechtlich bis heute offenhält, ist faktisch auch hinsichtlich der in Art. 15 genannten Wirtschaftsgüter zu Gunsten des Privateigentums gefallen. Das schließt nicht aus, dass Bund und Länder, Gemeinden und andere Körperschaften oder Anstalten öffentlichen Rechts Eigentümer von Wirtschaftsgütern der in Art. 15 genannten Art sind — sie sind es in großem Umfang, und sie sind, soweit diese Güter Verwaltungszwecken dienen, vielerlei Beschränkungen des öffentlichen Rechts unterworfen. Gleichwohl handelt es sich auch dann nicht um « Gemeineigentum » i.S. des Art. 15, sondern um Privateigentum der öffentlichen Hand. Die dem französischen Recht geläufige Rechtsform des « öffentlichen Eigentums » taucht zwar neuerdings in einigen Landesgesetzen zum Wasser-, Wege- und Deichrecht auf, hat aber in der Doktrin noch keine volle Anerkennung gefunden ⁽²⁾.

Die Entscheidung zu Gunsten des Privateigentums, auch am Grund und Boden und an den Produktionsmitteln, stand im Einklang mit dem schon 1948 vollzogenen Übergang von der im NS-System angelegten, während des Krieges immer stärker ausgebauten staatlichen Wirtschaftsverwaltung zur marktwirtschaftlichen Ordnung, die das unternehmerische Verfügungsrecht über die Produktionsmittel voraussetzt. Angesichts der offensichtlichen Erfolge dieser marktwirtschaftlichen Ordnung beim Wiederaufbau der deutschen Wirtschaft und der allgemeinen Abneigung gegen das, inzwischen auch im östlichen Teil Deutschlands eingeführte sowjetische Zwangswirtschaftssystem konnte diese Entscheidung mit einer breiten Zustimmung in der westdeutschen Bevölkerung rechnen. Auf den inneren Zusammenhang mit der starken Be-

(²) Zum « öffentlichen Eigentum » vgl. WOLFF-BACHOF, *Verwaltungsrecht* (Bd. I 9. Aufl. 1974) §§ 55ff; FORSTHOFF, *Verwaltungsrecht* (10. Aufl. 1973) § 20. Zur Auslegung des Art. 15 GG ist auf die Kommentare zum GG zu verweisen, bes. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG (1969).

tonung der individuellen Freiheitsrechte im Grundgesetz, namentlich der Gewährleistung eines jedermann zustehenden « Rechts auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit » in Art. 2¹ GG habe ich schon hingewiesen. Auch das Bundesverfassungsgericht hat in der Folge mehrfach ausgesprochen, der Sinn der Gewährleistung des Privateigentums liege in dem damit dem Bürger offengehaltenen Freiheitsraum ⁽³⁾. Zwar ist nicht zu verkennen, dass in der industriellen Gesellschaft privates Vermögen für die große Mehrheit der in einem abhängigen Arbeitsverhältnis stehenden Bevölkerung nicht ausreicht, um ihre wirtschaftliche Existenz zu sichern. Dazu kommt, dass das Wirtschaftsvermögen großer Unternehmen faktisch nicht in der Verfügungsmacht der Aktionäre, sondern der Manager als Verwalter fremden Vermögens steht. Gleichwohl ist kein Zweifel, dass die dem einzelnen Bürger offengelassene Möglichkeit, privates Vermögen zu bilden und darüber zu verfügen, um sein Leben in einem engen oder weiten Rahmen selbst zu gestalten, zu den Grundelementen unserer Gesellschaftsordnung gehört, ebenso wie eine freiheitliche Wirtschaftsordnung an die Voraussetzung geknüpft ist, dass die vom Eigentum an Produktionsmitteln ausgehende wirtschaftliche Macht nicht in der Hand des Staates zentralisiert, sondern unter die miteinander konkurrierenden Unternehmen verteilt ist.

Indessen muss alsbald hinzugefügt werden, dass das Grundgesetz sich nicht damit begnügt hat, eine Eigentumsgarantie im Stile der Verfassungen des 19. Jahrhunderts in Verbindung mit den im Geist des Liberalismus konzipierten Freiheitsrechten auszusprechen. Eine Garantie dieser Art hätte wohl der auch nach 1945 sehr wachen sozialistischen Kritik nicht standgehalten. Schon die Weimarer Reichsverfassung von 1919 hatte in ihrem Art. 153 die Gewährleistung des Privateigentums ergänzt durch die Sätze: « Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das gemeine Beste ». Fast gleichlautend damit sagt Art. 14 Abs. II: « Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich

⁽³⁾ Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vgl. besonders BVerfGE 21, 73ff, 86; 24, 367ff, 389. Dazu HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts* (7. Aufl. 1974) S. 178f; W. LEISNER, *Freiheit und Eigentum*, in *Festschr. f. H. Jahrbuch* (1974), S. 135ff.

dem Wohl der Allgemeinheit dienen». Darüber hinaus wird den individuellen Freiheitsrechten der Art. 2-13 GG in den Art. 20 und 28 das Postulat der Verwirklichung eines demokratischen, sozialen Rechtsstaats gegenübergestellt. Offensichtlich ist mit diesem Postulat eines Sozialstaats ein Leitprinzip normiert, das in einem Spannungsverhältnis zu den liberalen Freiheitsrechten steht. Aber es ist eine fruchtbare Spannung, die ein dynamisches Element in die Rechtsentwicklung einbringt und die der Gesetzgeber fallweise auszugleichen hat. Eben diese Aufgabe ist ihm auch für die Ausgestaltung des Eigentums gestellt, dessen Inhalt und Schranken er nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 zu bestimmen hat. Es ist eine Aufgabe, die sowohl die Freiheit wie die soziale Bindung des Eigentümers im Blick behalten muss, oder — nach einer in Rechtslehre und Rechtsprechung üblich gewordenen Ausdrucksweise — sowohl die überwiegende Privatnützigkeit als auch seine Sozialpflichtigkeit berücksichtigen muss (4). Das eine wie das andere sind Elemente des « Wesensgehalts » des Grundrechts, der nach Art. 19 Abs. 2 GG durch ein einfaches Gesetz nicht angetastet werden darf.

Damit ist der verfassungsrechtliche Rahmen abgesteckt, innerhalb dessen sich die Eigentumsdoktrin seit 1945 entwickelt hat (5). Zugleich wird deutlich, dass wesentliche Elemente dieses

(4) Der Begriff « Privatnützigkeit » als wesentliches Element des von Art. 14 GG gewährleisteten Eigentums stammt von R. REINHARDT, *Inhalt und Schranken des Eigentums*, in REINHARDT-SCHEUNER, *Verfassungsschutz des Eigentums* (1954), S. 14 ff.; er ist seitdem (zusammen mit dem Begriff der « Verfügungsfreiheit ») in der Eigentumsdoktrin allgemein anerkannt; vgl. z.B. BVerfGE 24, 367ff, 389; 31, 229, 239.

(5) Aus der umfangreichen Literatur zur Entwicklung der verfassungsrechtlichen Eigentumsdoktrin seit 1945 können hier ausser dem Hinweis auf die Kommentare zu Art. 14 GG- nur wenige Arbeiten beispielhaft genannt werden: W. WEBER, *Eigentum und Enteignung*, in NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. 11 (1955), S. 331ff; DERS., *Das Eigentum und seine Garantie in der Krise*, in *Festschr. f. Michaelis* (1972), S. 316ff; FORSTHOFF, *Zur Lage des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes*, in *Festschr. f. Maunz* (1971); IPSEN, *Bundesverfassungsgericht und Privateigentum*, in *AÖR* 91 (1966), S. 86ff; STEIN, *Zur Wandlung des Eigentumsbegriffs*, in *Festschr. f. Gebh. Müller* (1970), S. 503ff; LEISNER, *Die Sozialbindung des Eigentums* (1972); E. W. BÖCKENFÖRDE, *Eigentum, Sozialbindung des Eigentums, Enteignung* in DUDEN, u.a. (Hrsg.), *Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft* (1972), S. 215ff; P. BADURA, *Eigentum im Ver-*

Rahmens nicht erst nach 1945 neu geschaffen werden mussten, sondern aus dem Verfassungsrecht der Weimarer Republik übernommen werden konnten. In der Tat hat die Zäsur des Jahres 1945, so tief sie in alle Lebensverhältnisse einschneidet, in Westdeutschland doch nicht zu einem völligen Neubau der politischen und ökonomischen Ordnung geführt. Vielmehr gewann schon bald — spätestens mit dem Ausgang der Wahlen zum 1. Bundestag, die zu einem knappen Sieg der CDU über die SPD und zu einer bürgerlichen Regierung unter Konrad Adenauer als Bundeskanzler führten — eine restaurative Tendenz die Oberhand. Sie legte es den Juristen nahe, ihrem ohnedies bestehenden Bedürfnis nach Wahrung rechtlicher Kontinuität zu folgen und auch in der verfassungsrechtlichen Eigentumsdoktrin an den Stand dieser Lehre vor 1933, dem Jahr des politischen Machtwechsels zum Nationalsozialismus, wiederanzuknüpfen. Hier sind vor allem vier Ergebnisse der Entwicklung vor 1933 zu nennen, die nach 1945 erneut anerkannt und seitdem weiterentwickelt worden sind.

1) Während die Verfassungsgarantien des 19. Jahrhunderts den Schutz des Eigentümers nur gegen willkürliche Eingriffe der Exekutive bezweckten, war das Reichsgericht in den 20er Jahren dazu übergegangen, der rechtsprechenden Gewalt auch eine Kontrolle der Gesetzgebung zuzuerkennen, also das Recht, Gesetze des Reichs und der Länder auf ihre Vereinbarkeit mit der Reichsverfassung zu prüfen⁽⁶⁾. Dieses richterliche Prüfungsrecht ist 1949 vom Grundgesetz, das die Grundrechte als «unmittelbar geltendes Recht» bezeichnet (Art. 1 Abs. 3), in der Sache voll anerkannt, nur im Verfahren insofern modifiziert worden, als die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes mit der Folge der Nichtigkeit nur von dem neu geschaffenen Bundesverfassungsgericht ausgesprochen werden kann, dem alle übrigen Gerichte diese Fragen bei einem in einem Rechtsstreit auftauchenden Zweifel zur Entscheidung vorzulegen haben (Art. 93, 100 GG)⁽⁷⁾.

fassungsrecht der Gegenwart (Verh. d. 49. Dtsch. Juristentags Bd. II T; 1972); RITTSIEG, *Eigentum als Verfassungsproblem* (1975).

(6) So (im Hinblick auf die Aufwertungsgesetzgebung) RGZ 111, 320.

(7) Der näheren Ausgestaltung dient das Ges. über das Bundesverfassungsgericht v. 1951. Die Probleme, die die Rechtsstellung und das Verfahren vor diesem Gericht aufwerfen, sind Gegenstand der Arbeiten in der Festschrift zum

2) Gegenstand der Verfassungsgarantie ist nach dem Wortlaut des Art. 14 GG, wie schon des Art. 153 WeimRV, das « Eigentum ». Gemeint war damit nach der Tradition des 19. Jahrhunderts der Schutz des im Zivilrecht, so in den §§ 903ff BGB näher ausgestalteten Eigentums an körperlichen Sachen, praktisch vor allem an Grundstücken, gegen staatliche Eingriffe. Demgegenüber hat sich in den 20er Jahren — vor allem dank eines Vorstosses des Zivilrechtlers Martin Wolff in einem berühmt gewordenen Aufsatz über « Reichsverfassung und Eigentum »⁽⁸⁾ — auch in der Judikatur des Reichsgerichts die Auffassung durchgesetzt, dass der Schutz der Verfassung in sinngemässer Auslegung des Art. 153 WeimRV auf alle privaten Vermögensrechte, also andere dinglichen Rechte, Forderungen, Mitgliedschaftsrechte, Urheber- und Patentrechte zu erstrecken sei⁽⁹⁾. Rechtsprechung und Rechtslehre haben diese extensive Auslegung auch für Art. 14 GG übernommen. Auch öffentlich-rechtliche Ansprüche von Privatpersonen, z.B. sozialrechtliche Unterhalts- und Versorgungsansprüche, werden in den Verfassungsschutz einbezogen, jedenfalls dann, wenn sie ein Äquivalent vorausgegangener eigener Leistungen der Berechtigten sind⁽¹⁰⁾. Mit dieser Ausdehnung des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes trägt die Doktrin dem Umstand Rechnung, dass in der modernen Industriegesellschaft Sachgüter, auch Grundstücke, ihren früheren Vorrang als Vermögenswerte verloren haben.

3) Auch der liberale Rechtsstaat des 19. Jahrh. konnte Eingriffe in das Privateigentum seiner Bürger nicht vermeiden, wenn er Grundstücke, seltener auch bewegliche Sachen, für öffentliche Zwecke in Anspruch nehmen musste, z.B. für den Bau von Wegen, Eisenbahnen und Wasserstraßen oder für Zwecke der Landes-

25 jährigen Bestehen des Gerichts: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (1976), 2 Bde.

(8) M. WOLFF, *Reichsverfassung und Eigentum*, in *Festschr. f. W. Kahl* (1923). Zur Ausdehnung des Eigentumsschutzes in der Periode der Weimarer Republik vgl. auch die Darstellung von SCHEUNER, in SCHEUNER-KÜNG, *Der Schutz des Eigentums* (1966), S. 37ff.

(9) *RGZ* 111, 328; 121, 168; 129, 148; M. WOLFF, *aaO.*, S. 23.

(10) *BVerfGE* 1, 264, 277; 13, 225, 229; 22, 241, 253; 24, 220, 225. Dazu MAUNZ, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Anm.* 32f zu Art. 14.

verteidigung. Eine Anzahl von Spezialgesetzen regeln seit jeher und bis heute das Verfahren solcher Enteignungen. Auch die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie muss diesem Erfordernis Rechnung tragen. Art. 14 Abs. 3 GG erklärt darum, insoweit übereinstimmend mit Art. 153 WeimRV, Enteignungen für zulässig, sofern sie auf gesetzlicher Grundlage (oder durch ein Gesetz) und zum Wohl der Allgemeinheit vorgenommen werden und gegen Entschädigung erfolgen. Aber diese Entschädigungspflicht hat das Grundgesetz verschärft; konnte nach Art. 153 Abs. 2 WeimRV ein Reichsgesetz Enteignungen auch ohne Entschädigungen zulassen, so kennt Art. 14 Abs. 3 GG solche Ausnahmen nicht mehr und muss jetzt das die Enteignung ermöglichende Gesetz auch gleich Art und Ausmaß der Entschädigung regeln (sogen. Junktim-Klausel).

Diese Verschärfung ist umso bedeutsamer, als die Rechtsprechung schon in den 20er Jahren dazu übergegangen war, den Begriff der Enteignung auszuweiten: nicht nur die Entziehung des Eigentums durch Übertragung auf einen Dritten, sondern auch die Belastung oder inhaltliche Beschränkung des Rechts galt als Enteignung oder enteignungsgleicher Eingriff⁽¹¹⁾. Rechtslehre und Rechtsprechung haben auch diese Ausweitung nach 1945 bestätigt und weiterentwickelt⁽¹²⁾ — ein folgenreicher Schritt, weil nun, anders als nach Art. 153 WeimRV, auch Bundesgesetze, die solche Beschränkungen enthalten, für nichtig erklärt werden müssen, wenn sie keine Entschädigungspflicht vorsehen. Überdies entstand damit eine Abgrenzungsschwierigkeit, die seitdem Rechtslehre und Rechtsprechung immer neu beschäftigt: wenn Art. 14 Abs. 1 S. 2 den Gesetzgeber ermächtigt, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, und wenn Art. 14 Abs. 2 die Sozialpflichtigkeit des Eigentums betont, so steht der Richter, der die Verfassungsmäßigkeit eines das Eigentum beschränkenden Gesetzes zu prüfen hat, vor der Frage, nach welchen Kriterien sich

(11) So RGZ III, 226; II, 191; I, 116, 272; I, 40, 283. Anders M. WOLFF, *aaO.*, S. 24ff.

(12) BGHZ 6, 270; 30, 338; MAUNZ, *aaO.*, Anm. 69ff zu Art. 14; KREFT, *Aufopferung und Enteignung* (1969); KRÖNER, *Die Eigentumsgarantie in d. Rechtsprechung des BGH* (2. Aufl. 1969).

eine Inhaltsbestimmung, die dem Eigentum Schranken zieht, von einem enteignenden Eingriff unterscheidet, der das Eigentum nicht entzieht, sondern nur seine Ausübung beschränkt. Ich lasse die Antwort hier noch offen; sie führt in den Kernbereich der seit 1945 über die Tragweite der Verfassungsgarantie des Eigentums geführten Diskussion ⁽¹³⁾.

4) Noch eine, nach dem ersten Anschein nur theoretische, in Wahrheit aber doch folgenreiche Erkenntnis, die gleichfalls Martin Wolff in dem vorhin erwähnten Aufsatz entwickelt hatte, wurde nach 1945 wieder aufgenommen und dann fortgebildet. Es ist die Einsicht, dass der Sinn der Eigentumsgarantie der Verfassung nicht nur darin besteht, in konkreten Konfliktsfällen die Rechtsstellung eines Eigentümers gegen staatliche Eingriffe zu schützen, sondern dass die Verfassung damit zugleich eine Wertentscheidung zugunsten des Fortbestands des Eigentums als eines zentralen Rechtsinstituts in unserer Gesamtrechtsordnung getroffen hat ⁽¹⁴⁾. Die damit gewonnene Unterscheidung von « Rechtsstellungs- » und « Institutsgarantie » des Eigentums fügt sich heute in ein im Verfassungsrecht allgemein anerkanntes Verständnis der Grundrechte ein, das sie nicht nur im liberalen Sinn als subjektive Abwehrrechte gegenüber dem Staat, sondern zugleich als Elemente objektiver Ordnung, die von der Legislative zu respektieren sind, begreift ⁽¹⁵⁾. Den Folgerungen, die sich aus diesem Grundrechtsverständnis für das gesamte Verfassungsrecht ergeben, ist hier nicht nachzugehen. Für die Eigentumsdoktrin ist wichtig festzuhalten, dass danach der Sinn der verfassungsrechtlichen Gewährleistung sich nicht darin erschöpft, ja nicht einmal primär darauf gerichtet ist, den status quo der Vermögensverteilung in unserer Gesellschaft zu verteidigen. Geschützt wird der Bestand einzelner Vermögensrechte, nicht das Vermögen als solches, das dem Spiel der marktwirtschaftlichen Kräfte, aber auch den Maßnah-

⁽¹³⁾ Dazu unten Abschnitt IV.

⁽¹⁴⁾ M. WOLFF, *aaO.*, S. 5f; MAUNZ, *aaO.*, Anm. 3f zu Art. 14; aus der oben (FNS) angeführten Literatur vgl. bes. die Arbeiten von W. WEBER, BÖCKENFÖRDE (S. 215f) und P. BADURA (S. 13f); *BVerfGE* 24, 367, 388ff; 26, 215; 31, 229, 240; 37, 132, 140.

⁽¹⁵⁾ So etwa HESSE, *aaO.*, (FN 3), S. 116ff; DÜRIG, in MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Anm. 96f zu Art. 1; *BVerfGE* 7, 198, 205; 21, 362, 371f.

men staatlicher Umverteilung, vor allem im Wege der Besteuerung, ausgesetzt bleibt ⁽¹⁶⁾. Aber so stark die Praxis der Gerichte und die kritisch mit ihr befasste Rechtsdogmatik auf die Frage fixiert sind, wie weit der Schutz bestehender Rechte gegenüber staatlichen Eingriffen im Einzelfall reicht, so liegt doch das politische Gewicht des Art. 14 GG nicht auf diesen, sehr subtilen Auseinandersetzungen, sondern auf der Zusage, dass in der Rechtsordnung der Bundesrepublik auch weiterhin ein Rechtsinstitut, das nach seinem Wesensgehalt den Namen Eigentum verdient, einen zentralen Platz einnehmen soll ⁽¹⁷⁾. Dass zu diesem Wesensgehalt des Eigentums nicht nur Freiheit in der Verfügung und überwiegende Privatnützigkeit, sondern auch die Sozialpflichtigkeit gehört, sei noch einmal in Erinnerung gebracht. Und gerade wenn man das politische Gewicht dieser Zusage der Verfassung betont, bleibt die offene Flanke bemerkenswert, die sich aus dem Sozialisierungsvorbehalt des Art. 15 ergibt.

II

Nach diesem Überblick über die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Lehre vom Eigentum im Recht der Bundesrepublik wenden wir uns zunächst der Entwicklung zu, die diese Lehre im Privatrecht erfahren hat. Es ist ja kein Zweifel, dass Privateigentum und Vertragsfreiheit die tragenden Rechtsinstitute einer auf die Selbstverantwortung und Initiative des Bürgers vertrauenden Privatrechtsordnung darstellen; wo sie fehlen oder übermäßig beschränkt werden, verkümmert das Privatrecht.

Das Eigentum, verstanden als Sacheigentum, hat im III. Buch des BGB eine bis heute vom Gesetzgeber nur wenig geänderte, in sich geschlossene Regelung gefunden, die einen einheitlichen Eigentumsbegriff für alle Sachen zugrundelegt, allerdings dann doch in vielen Regelungsbereichen zwischen Grundstücks- und Fahrniseigentum differenziert. Selbst die in der Tradition der konti-

⁽¹⁶⁾ *BVerfGE* 4, 7; 16; 19, 119, 128. Zur Verfassungsmäßigkeit von Steuergesetzen vgl. P. BADURA, *aaO.*, (FN 5) mit weiterer Literatur.

⁽¹⁷⁾ So schon M. WOLFF, *aaO.*, S. 6; die Formel kehrt wieder in den in FN 14 angeführten Entscheidungen des *BVerfG*.

mental-europäischen Rechtswissenschaft stehende Eingangsnorm des § 903 BGB, die dem Eigentümer das Recht zuspricht, mit der ihm gehörenden Sache « nach Beblieben zu verfahren, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen », ist im Wortlaut bis heute unverändert. Aber sie konnte schon zu Beginn des Jahrhunderts allenfalls für das persönliche Eigentum als Beschreibung eines faktischen Regelzustands gelten. Für landwirtschaftlich oder städtisch genutzte Grundstücke und für die in den Wirtschaftsprozess einbezogenen Produktionsmittel liess sich schon damals die Rechtsstellung des Eigentümers nicht allein aus den Bestimmungen des Privatrechts erschliessen. Inhalt und Grenzen der Nutzungsbefugnisse werden je nach der wirtschaftlichen Funktion der Eigentumsobjekte in wachsendem Maß durch das öffentliche Recht geregelt, das gegenüber dem Eigentümerbeblieben Gemeinschaftsinteressen zur Geltung bringt und damit das Privatrecht weithin überlagert. Heute tritt § 903 BGB hinter Art. 14 GG zurück; er bleibt trotzdem nützlich, weil er am Eigentumsbegriff nicht nur das Ausschliessungsrecht, sondern zugleich den positiven Kern, die Verfügungsfreiheit hervorhebt, deren völliger Ausschluß Enteignung bedeuten würde⁽¹⁸⁾. Man kann dem § 903 eine Vermutung für diese Freiheit entnehmen, muss aber gemäß dem Gebot der Sozialpflichtigkeit hinzufügen, dass die Beschränkungen, die sich aus dem Privat- und öffentlichen Recht ergeben, nicht regelwidrige Ausnahmen von einer « an sich » unbeschränkten Freiheit darstellen, sondern unter den Lebensbedingungen unserer Gesellschaft immanente, d.h. ebenso wie die Freiheit den « Wesensgehalt » (Art. 19 Abs. 2 GG) dieser Rechtsstellung prägende Schranken des Eigentums bilden.

Die Privatrechtswissenschaft hat heute diese Verflechtung von privatem und öffentlichem Recht im Rechtsinstitut des Eigentums durchaus im Blick⁽¹⁹⁾. Sie kann sich aber dadurch nicht

(18) Zur Tragweite des § 903 BGB, WOLFF-RAISER, *Sachenrecht* (10. Aufl. 1957), § 51 II 2; § 52; BAUR, *Sachenrecht* (9. Aufl. 1977), § 24; BAUR, in SOERGEL-SIEBERT, *Kommentar* (10. Aufl. 1968), zu § 903.

(19) Eine systematische Darstellung dieser Verflechtung im Grundstücksrecht bringt BAUR, *Die gegenseitige Durchdringung von privatem und öffentlichem Recht im Bereich des Bodeneigentums*, in *Festschr. f. Sontis* (1977), S. 181ff. Vgl. dazu auch unten FN 40.

daran hindern lassen, Begriff und Funktion des Eigentums im Privatrechtssystem selbständig zu bestimmen. Auf der Grundlage des BGB steht sie dabei noch immer in der Tradition der Pandektisten, die den Weg einer generalisierenden Abstraktion eingeschlagen haben, um « das Eigentum » als zentrales, absolutes subjektives Recht sowohl den bloß relativen, gegen eine bestimmte Person gerichteten Forderungsrechten, als auch den übrigen dinglichen, aber inhaltlich beschränkten Rechten gegenüberzustellen. Versuche mancher Autoren, die unterschiedliche wirtschaftliche Funktion der als Eigentumsobjekte in Frage kommenden Gegenstände nicht nur für das öffentliche, sondern auch für das Privatrecht unter Verzicht auf einen einheitlichen Eigentumsbegriff zur Geltung zu bringen, haben sich nicht durchgesetzt ⁽²⁰⁾. Aber auch wenn man an dem, vom BGB vorausgesetzten einheitlichen Eigentumsbegriff festhält, lassen sich in der inhaltlichen Bestimmung des Begriffs noch verschiedene Grade der Abstraktion unterscheiden. Vielfach treibt man sie so weit, dass nur eine formale Definition des Eigentums möglich ist. So bezeichnen einige Autoren das Eigentum als ein Verhältnis der Zuordnung oder der Zugehörigkeit einer Sache zu einer Person ⁽²¹⁾ — eine Definition, die verkennt, dass das Privatrecht viele Arten solcher Zuordnung entwickelt hat. Lediglich formalen Charakter tragen auch die, schon der Pandektistik vertrauten Definitionen, die auf der Grundlage der sogen. Imperativentheorie, d.h. der Auffassung, dass Inhalt von Rechtsnormen nur Ge- oder Verbote sein können, das Eigentum als das Recht verstehen, anderen Personen die Einwirkung auf eine Sache zu verbieten ⁽²²⁾. In der modernen

⁽²⁰⁾ Der bedeutsamste Vorstoß für eine Differenzierung ging aus von der Schrift WIEACKERS, *Wandlungen der Eigentumsverfassung* (1935). Noch weitergehend SCHULTZE-v. LASAULX, *AcP* 156, 454 ff.

⁽²¹⁾ Von Zuordnung spricht — in Anlehnung an WIEACKER, *aaO.*, S. 25 — WESTERMANN, *Sachenrecht* (5. Aufl. 1966), § 28 I; von Zugehörigkeit EICHLER, *Institutionen des Sachenrechts* BdI (1954), S. 138ff.

⁽²²⁾ Das war im ausgehenden 19. Jahrh. die Auffassung von THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht* (1878), S. 218, 223, 291; WINDSCHEID (-Kipp), *Lehrbuch des Pandektenrechts* (9. Aufl. 1906, BdI), § 38 Anm. 3; SCHLOßMANN, *Über den Begriff des Eigentums*, *Jher. J.* 45, 338ff. Ebenso DARMSTÄDTER, *Der Eigentumsbegriff des BGB*, in *AcP* 151, 329. Zur Imperativentheorie ENGISCH, *Ein-*

Rechtstheorie hat diese normlogische Denkweise wieder neue Verteidiger gefunden⁽²³⁾. Demgegenüber stellt die herrschende Auffassung, m.E. zu Recht, auf ein materiales Moment ab, das sich aus dem Zweck der Zuordnung der Sache oder dem Zweck der Ausschliessungsbefugnis ergibt, nämlich die Anerkennung einer Sachherrschaft, die dem Eigentümer die Nutzung der Sache nach seinen Vorstellungen ermöglichen soll⁽²⁴⁾. Allerdings ist Sachherrschaft nicht nur in der Rechtsform des Eigentums denkbar. Aber diese Überlegung zwingt nicht dazu, das Eigentum zum Unterschied von anderen Nutzungsrechten als die « an sich » unbeschränkte und unteilbare Form solcher Herrschaft zu bezeichnen⁽²⁵⁾; die Erfahrung lehrt, dass Teilungen und Beschränkungen nicht auszuschliessen sind⁽²⁶⁾. So muss es genügen, das Eigentum als die, nicht in bestimmten einzelnen Befugnissen sich erschöpfende, darum — verglichen mit anderen Formen von Sachherrschaft — als die umfassendste der von der Rechtsordnung anerkannten Herrschaftsformen zu bezeichnen. Im Privatrechtssystem hat es die Eigenschaften eines subjektiven Rechts. Aber

führung in des juristische Denken (5. Aufl. 1971), S. 22ff; kritisch LARENZ, *Methodenlehre des Rechtswissenschaft* (3. Aufl. 1975), S. 235ff.

⁽²³⁾ So BUCHER, *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis* (1965), bes. S. 151ff, 160ff; AICHER, *Das Eigentum als subjektives Recht* (1975); auch J. SCHAPP, *Das subjektive Recht im Prozess der Rechtsgewinnung* (1977), der (S. 36f) einen « wirtschaftlichen Begriff » des Eigentums von dem normlogischen Rechtsbegriff ablöst. Kritisch zu diesen rechtstheoretischen Doktrinen jetzt LARENZ, *Zur Struktur « subjektiver Rechte »*, in *Festschr. f. Sontis* (1977), S. 129ff.

⁽²⁴⁾ So WOLFF-RAISER, *Sachenrecht* (10. Aufl. 1957), § 51 II; BAUR, *Sachenrecht* (9. Aufl. 1977), § 24 I; DERS., *AcP* 176, 116ff; LENT-SCHWAB, *Sachenrecht* (14. Aufl. 1974), § 24 I.

⁽²⁵⁾ Das war die Lehre WINDSCHEIDS (-Kipp), *aaO.* (FN 22), § 167. So auch E. WOLF, *Sachenrecht* (1971), S. 81. Im gleichen Sinne jetzt SONTIS, *Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff*, in *Festschr. f. Larenz* (1973), S. 981 ff. Den so weit abstrahierten und formalisierten Eigentumsbegriff verteidigt auch GEORGIADIS, *Eigentumsbegriff und Eigentumsinhalt*, in *Festschr. für Sontis* (1977), S. 149 ff, indem er zwischen dem (formalen) Begriff und dem (geschichtlich wandelbaren) Inhalt des Eigentums unterscheidet. Gegen diese Trennung wendet sich mit Recht BAUR, *AcP* 176, 117; sie ist methodisch und rechtspolitisch bedenklich.

⁽²⁶⁾ Vgl. dazu jetzt L. RAISER, *Funktionsteilung des Eigentums*, in *Festschr. f. Sontis* (1977), S. 167ff.

auch dieser Begriff, der auf die Person als Subjekt alles Rechts verweist, ist das Ergebnis einer Abstraktion; führt man sie auf den realen Erfahrungsgehalt zurück, in dem auch die erwähnte Verflechtung von privatem und öffentlichem Recht wieder zutritt, so erweist sich das Eigentum als eine höchst komplexe Rechtsstellung, in der um des genannten Zweckes der möglichst umfassenden Sachnutzung willen eine Fülle von Befugnissen, aber auch Pflichten des Eigentümers zusammengefasst sind ⁽²⁷⁾.

Die Feststellung, dass das Privatrecht in seiner Eigentumsdoktrin die aus dem 19. Jahrhundert stammende Denktradition ohne scharfen Bruch fortentwickelt hat, bedeutet nicht, dass es nicht imstande gewesen wäre, seine Gestaltungen neuen gesellschaftlichen Bedürfnissen anzupassen. Das sei ohne Anspruch auf Vollständigkeit im folgenden an drei Beispielen verdeutlicht.

1) Um den Wiederaufbau der im Krieg zerstörten Städte zu erleichtern und um dem Wunsch vieler Menschen aus allen Volksschichten nach Erwerb einer eigenen, nicht nur gemieteten Wohnung entgegenzukommen, wurde 1951 das Wohnungseigentumsgesetz erlassen ⁽²⁸⁾. Während das BGB streng an dem Prinzip *superficies solo cedit* festhielt, ermöglichte dieses Gesetz die Begründung von «Sondereigentum» an Wohnungen, verbunden mit dem Miteigentum an dem Grundstück und den gemeinschaftlich genutzten Teilen des Gebäudes. Die — nicht ganz einfache — rechtstechnische Durchführung dieses Gedankens in dem Gesetz interessiert hier nicht. Die Wohnungswirtschaft, die Hypothekenbanken und das wohnungsuchende Publikum nahmen das neue Rechtsinstitut in den ersten Jahren nur zögernd auf. Aber seit dem Bau-Boom der 60er Jahre im Umkreis unserer Städte hat es sich voll durchgesetzt; «Eigentumswohnungen» gehören zum selbstverständlichen Programm aller Bauträger in Wohnsiedlun-

⁽²⁷⁾ Zum Eigentum als komplexe Rechtsstellung s. WOLFF-RAISER, *aaO.* (FN 24), § 51 II 3; L. RAISER, *Der Stand der Lehre von subj. Recht im dtsh. Zivilrecht*, in *JZ* 1961, 465ff (jetzt auch in «Die Aufgabe des Privatrechts» [1977], S. 98ff, 115ff). Im gleichen Sinn spricht jetzt GEORGIADIS, *aaO.* (FN 25), S. 159ff, 163ff vom Eigentum als Rechtsverhältnis. Zu den Eigentümerpflichten vgl. auch unten FN. 37.

⁽²⁸⁾ Zum Wohnungseigentum vgl. die Darstellung im Lehrbuch von BAUR (FN 24), § 29 mit weiterer Literatur.

gen und sind ebenso wie die im Einzeleigentum stehenden «Eigenheime» begehrte Vermögensobjekte, übrigens nicht nur zur Deckung des eigenen Wohnbedarfs oder des Bedarfs an Zweitwohnungen in Ferienorten, sondern auch als wertbeständige Kapitalanlagen. Die Finanzierung wird dem Erwerber durch Bausparkassen erleichtert, und eine offenkundige steuerliche Begünstigung des Grundbesitzes (einschliesslich der Eigentumswohnungen) verstärkt den Anreiz zu solchem Erwerb. Das mit dieser Gesetzgebung verfolgte politische Ziel, den kleinen Grundbesitz auch in den breiten Mittelschichten der städtischen Bevölkerung populär zu machen und damit die Idee des Privateigentums zu stärken, ist in hohem Maße erreicht worden.

Auch im landwirtschaftlichen Bereich ist diese Stärkung zu beobachten ⁽²⁹⁾. Die bald nach 1945 auf Drängen der Besatzungsmächte erlassene, landesrechtlich zersplitterte Gesetzgebung zur Bodenreform hatte keine einschneidende Wirkung, zumal da in West-Deutschland landwirtschaftlicher Großgrundbesitz die Ausnahme von der Regel eines bäuerlichen Mittel- und Kleinbesitzes darstellt. Das Flurbereinigungsgesetz von 1953 diente dazu, diese Struktur durch Schaffung geschlossener bäuerlicher Wirtschaften zu verbessern; das Grundstücksverkehrsgesetz von 1961, das die Veräusserung landwirtschaftlich genutzten Bodens an eine behördliche Genehmigung bindet, und die (nur für die norddeutschen Länder geltende) Höfe-Ordnung von 1947 (ergänzt 1964 und 1976), die durch ein Anerbenrecht die Zersplitterung des bäuerlichen Grundbesitzes im Erbgang verhindern soll, haben gleichfalls den Zweck, eine wirtschaftlich erwünschte Agrarstruktur zu sichern. Zwar ist im Laufe der letzten 20 Jahre die Zahl der bäuerlichen Betriebe stark zurückgegangen, weil viele Familien durch Industriearbeit ein besseres Auskommen finden, aber die meisten dieser Familien verbleiben im Dorf und halten an ihrem Grundbesitz fest, den die noch aktiven bäuerlichen Betriebe häufig zusätzlich zu ihrem eigenen Grundbesitz in Pacht nehmen, um damit ihre Rentabilität zu verbessern. So kann ohne staatliche Len-

⁽²⁹⁾ Auch zur Rechtslage des landwirtschaftlichen Grundeigentums sei hier auf die Darstellung von BAUR, *aaO.*, § 27 verwiesen.

kung mit den Mitteln des Privatrechts eine produktive Nutzung des landwirtschaftlichen Bodens erreicht werden.

2) Die hohe Bevölkerungsdichte in Westdeutschland, vor allem in den städtischen Ballungsräumen, und die noch zunehmende Industrialisierung haben zu Problemen im Zusammenleben der Menschen geführt, die nicht mehr ohne die ordnende Hand des Staates zu lösen sind. Er versucht ihnen durch planende Massnahmen der Raumordnung, zu denen neuerdings in wachsendem Maße auch Maßnahmen des Umweltschutzes kommen, gerecht zu werden⁽³⁰⁾. Aber auch dem Privatrecht fallen hier Ordnungsaufgaben zu: Das Nachbarrecht, das in einer vor-industriellen Gesellschaft dazu diente, das «freie Belieben» der Eigentümer in der Nutzung ihrer Grundstücke so gegeneinander abzugrenzen, dass sie sich gegenseitig möglichst wenig störten, bedurfte mit zunehmender Industrialisierung einer neuen Konzeption⁽³¹⁾. § 906 BGB hatte in seiner ursprünglichen Fassung die Industrialisierung begünstigt; waren Industriebetriebe in einem Stadtviertel «ortsüblich» geworden, so mussten Nachbarn davon ausgehende Störungen, selbst wenn sie wesentlich waren, ohne Rechtsschutz hinnehmen. Eine vom Reichsgericht Ende der 30er Jahre begründete, nach 1945 vom Bundesgerichtshof fortgeführte Rechtsprechung hat diese Norm in zweierlei Hinsicht modifiziert: sie hat das individualistische Prinzip der blossen Abgrenzung von Interessensphären ergänzt durch den Gedanken eines «nachbarschaftlichen Gemeinschaftsverhältnisses», aus dem sich nach § 242 Pflichten der Rücksichtnahme und die Selbstbeschränkung der einzelnen Grundstückseigentümer ableiten lassen⁽³²⁾. Und sie hat

⁽³⁰⁾ Maßgebend ist das (nur als Rahmengesetz angelegte) Raumordnungsg. des Bundes v. 1965, ergänzt durch Ausführungsgesetze der Länder. Näheres dazu bei WOLFF-BACHOF, *aaO.* (FN 2), § 38 III mit weiterer Literatur. Zum Umweltschutz STRÄBER (Hrsg.), *Privatrecht und Umweltschutz* (1976); BENDER-DOHLE, *Nachbarschutz im Zivil- und Verwaltungsrecht* (1972); E. REHBINDER, *Umweltrecht*, in *RabelsZ* 40, 363 ff. S. auch unten FN 34.

⁽³¹⁾ Zur Entwicklung des Nachbarrechts vgl. BAUR, *aaO.*, § 25 IV mit weit. Lit.; WESTERMANN, *Die Funktion des Nachbarrechts*, in *Festschr. f. Larenz* (1973), S. 1003ff; MÜHL, *Die Ausgestaltung des Nachbarrechtsverhältnisses*, in *Festschr. f. Raiser* (1974), S. 159ff.

⁽³²⁾ Zum «nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis» vgl. die Übersicht

in den Fällen, in denen die Norm des § 906 schwer erträgliche, auch die wirtschaftliche Existenz der Nachbarn bedrohende Beeinträchtigungen ermöglichte, gegen die wegen Ortsüblichkeit der Abwehranspruch ausgeschlossen war, den Nachbarn gegen den Störer zum Ausgleich einen Anspruch auf Entschädigung in Geld zugesprochen⁽³³⁾. Der Gesetzgeber hat diesen zweiten Lösungsversuch aufgegriffen und den Ausgleichsanspruch 1959 durch eine Änderung des § 906 ins BGB übernommen. Mehr als einen Beitrag zur Lösung der hier entstandenen Probleme kann das Privatrecht freilich nicht leisten; neben seine nachbarrechtlichen Bestimmungen tritt das im Verwaltungsrecht entwickelte « öffentliche Nachbarrecht », und neuerdings ist ein Immissionsschutzgesetz des Bundes von 1974 bestrebt, dem Umweltschutz, der ja nicht nur den Interessen der Nachbarn dient, zur Durchsetzung zu verhelfen⁽³⁴⁾.

3) Im Bereich der gewerblichen Wirtschaft hat das Eigentum an Waren neben der Funktion der Nutzung durch Verarbeitung, Verkauf und Verbrauch noch eine weitere, damit oft rivalisierende Funktion erlangt: die der Sicherung von Krediten, die dem Ablauf der Produktion und der Verteilung der Waren dienen⁽³⁵⁾. Ein Bedürfnis für die Ausbildung dieser Funktion ergab sich aus dem Umstand, dass das BGB das klassische Rechtsinstitut der Kreditsicherung, nämlich das Pfandrecht, bei beweglichen Sachen aus rechtspolitischen Gründen an die Voraussetzung geknüpft hat, dass der Pfandgläubiger die Sache in Besitz nimmt und behält (§§ 1205, 1253 BGB). Eine Mobiliarhypothek oder ein besitzloses Registerpfandrecht hat unser Privatrecht nicht anerkannt. Für den Warenverkehr und die ihn unterstützende Kreditwirtschaft erwies sich das als schweres Hindernis. Die Pra-

von MÜHL, *NJW* 1960, 1133ff; KLEINDIENST, *Der privatrechtliche Immissionsschutz nach § 906 BGB* (1964); *RGZ* 154, 164; 159, 139; 167, 23; *BGHZ* 28, 110; 28, 225.

⁽³³⁾ *RGZ* 154, 161; *BGHZ* 1954, 613; *BGHZ* 30, 273; 58, 149. Dazu die in FN 31 u. 32 angeführte Literatur.

⁽³⁴⁾ Dazu BAUR, *aaO.*, § 25 IV; DERS., *Die privatrechtlichen Auswirkungen des BImSchG*, in *JZ* 1974, 657; WALZ, *Marktbezogener Umweltschutz u. privatrechtlicher Immissionsschutz*, in *Festschr. f. Raiser* (1974), S. 185ff.

⁽³⁵⁾ Zum Folgenden vgl. die Darstellung von BAUR, *aaO.*, §§ 56-59; SERICK, *Eigentumsvorbehalt u. Sicherungsübereignung*, 4 Bde (1963ff).

xis hat zwei sich ergänzende Wege entwickelt, um es zu überwinden: der Warenverkäufer pflegt sich bei Vertragsabschluss das Eigentum an den Waren auch nach Lieferung an den Käufer solange vorzubehalten, bis der Käufer den Kaufpreis vollständig bezahlt hat (§ 455 BGB); andererseits lassen sich Banken und andere gewerbsmäßige Kreditgeber als reale Sicherung für Kredite, die sie einem Wirtschaftsunternehmen gewähren, meist dessen Warenlager im Wege des Besitzkonstituts, das den unmittelbaren Besitz beim Kreditnehmer belässt (§ 931 BGB), übereignen. Beide Rechtsinstitute, die von der Rechtsprechung seit langem anerkannt sind, wurden in der Kautelarpraxis seit 1945 noch wesentlich erweitert und verfeinert. Auf die vielen dabei aufgetauchten juristischen Zweifelsfragen ist hier nicht einzugehen; auch auf den Interessenkonflikt, der nicht selten zwischen Vorbehaltsverkäufer und einer kreditierenden Bank in Bezug auf das von beiden Seiten in Anspruch genommene Eigentum an derselben Ware entsteht, kann ich nur hinweisen. Für uns ist interessant, dass in allen diesen Fällen das Eigentum von den Gläubigern nur zu Sicherungs-, nicht zu Nutzungszwecken in Anspruch genommen wird. Interessant ist weiter, dass im Falle des Eigentumsvorbehalts, bei dem nach der von § 455 BGB aufgestellten Auslegungsregel der Eigentumsübergang unter einer aufschiebenden Bedingung i.S. der §§ 158ff BGB steht, die Rechtsprechung dazu übergegangen ist, auch die Anwartschaft des bereits besitzenden Käufers auf Erwerb des Eigentums als eine selbständige Rechtsstellung anzuerkennen, die vom Käufer weiterübertragen, von seinen Gläubigern gepfändet werden kann. Man spricht von einem eigentumsähnlichen Anwartschaftsrecht und diskutiert darüber, ob hier nicht in Wahrheit eine Funktionsteilung des Eigentums vollzogen wird⁽³⁶⁾. Für das deutsche Privatrechtssystem, das bisher in der Nachfolge römischen Rechtsdenkens solche Eigentumsspaltungen, etwa auch bei der Treuhand, abgelehnt hat, ergeben sich daraus bemerkenswerte Perspektiven.

⁽³⁶⁾ Dazu L. RAISER, *Dingliche Anwartschaften* (1961); DERS., *Funktionsteilung des Eigentums*, in *Festschr. f. Sontis* (1977), S. 167ff.

III

Das dem Gesetzgeber in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG vorbehaltene Recht, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, dient heute vor allem dazu, die Sozialbindung des Eigentums zu verwirklichen. Ob sich bestimmte Rechtspflichten des Eigentümers auch unmittelbar aus der in Art. 14 Abs. 2 GG festgestellten prinzipiellen Sozialpflichtigkeit ableiten lassen, ist bis heute im Privatrecht streitig; man könnte etwa die Pflichten aus dem eben erwähnten nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis hierher rechnen⁽³⁷⁾. Aber die Frage ist ohne große praktische Bedeutung, denn der Gesetzgeber ist eifrig bemüht, die generelle « Pflichtigkeit » in konkrete Pflichten zu verwandeln. Überwiegend handelt es sich dabei um Bindungen und Beschränkungen des freien Eigentümerbeliebens, also um Unterlassungs- und Duldungspflichten des Eigentümers. Doch erlaubt Art. 14 Abs. 2 unzweifelhaft auch, ihm Handlungspflichten aufzuerlegen, wie z.B. neuerdings im städtischen Baurecht.

1) Eine ältere Schicht solcher Gesetze dient der Gefahrenabwehr im Sinne des Polizeirechts; sie soll die Allgemeinheit vor Schäden bewahren, die typischer Weise beim Gebrauch bestimmter Gegenstände entstehen können, und beschränkt daher den Eigentümer, indem sie einige oder alle Nutzungsweisen unter einen Genehmigungsvorbehalt stellt oder für regelmäßige Kontrollen der Sicherheit sorgt⁽³⁸⁾. Das Recht der Verkehrs-, der Gewerbe- oder der Baupolizei liefert Beispiele dafür, die hier keiner Erläuterung bedürfen. Bemerkenswert ist indessen einmal, dass sich diese Vorschriften in den letzten Jahrzehnten wegen der Zunahme der vom Gebrauch der Technik in dicht besiedelten Gebieten drohen-

⁽³⁷⁾ Oben FN 32. Der Streit geht im wesentlichen darum, ob sich aus Art. 14 Abs. 2 GG außer bloßen Duldungs- auch Handlungspflichten des Eigentümers ableiten lassen. Während BAUR, *aaO.*, § 24 I 4 davor warnt, halte ich mit M. WOLFF, *aaO.* (FN 8), S. 10 diese Folgerung für geboten; WOLFF-RAISER, *aaO.*, § 52 I 3. Ebenso KÜBLER, *Eigentum verpflichtet*, in *AcP* 159, 236ff und jetzt GEORGIADIS, *aaO.* (FN 27), S. 159ff.

⁽³⁸⁾ Zum Folgenden vgl. RUDOLPH, *Die Bindungen des Eigentums* (1960); LEISNER, *Sozialbindung des Eigentums* (1972) und die Übersicht bei BAUR, *aaO.*, § 26.

den Gefahren deutlich verschärft haben, zum anderen, dass die neuerdings viel diskutierten Aufgaben des Umweltschutzes und der Erhaltung der Lebensqualität auch für künftige Generationen zu gesetzlichen Vorsorgemaßnahmen führen, die über die polizeirechtlichen Formen punktueller Gefahrenabwehr weit hinausgehen. Ältere Regelungen dieser Art, die nur einzelne Objekte betreffen und ihrer Erhaltung dienen, sind die (dem Landesrecht überlassenen) Gesetze über Natur- und über Denkmalschutz; moderne Schutzgesetze von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sind (als Bundesgesetze) das Wasserhaushaltsgesetz von 1957-1976, das Waldgesetz von 1975 und das bereits erwähnte Immissionschutzgesetz von 1974. In diesen Fällen wird das öffentliche Interesse an der Sicherung natürlicher Lebensbedingungen durch Reinhaltung von Luft und Wasser oder durch Erhaltung der klimatisch und als Erholungsräume wichtigen Waldbestände eindeutig über das private Nutzungsinteresse der einzelnen Eigentümer gestellt ⁽³⁹⁾.

2) Ein weiteres Beispiel gesetzlicher Bestimmung des Eigentumsinhalts mit dem Ziel, den Vorrang der öffentlichen vor den Privatinteressen zu sichern, bildet die Entwicklung des Baurechts in den Städten und den zum Umkreis der Städte gehörenden sogen. Ballungsgebieten ⁽⁴⁰⁾. Bis heute rechnet die Doktrin die Befugnis eines Grundstückseigentümers, auf seinem Grundstück nach eigener Initiative und eigenem Ermessen Gebäude zu errichten, also die sogen. Baufreiheit zum Inhalt des Privateigentums. In der Tat hängt im städtischen Bereich der Wert eines Grundstücks entscheidend davon ab, ob und wie es durch Bebauung benutzt werden kann. Indessen stehen einer solchen Baufreiheit starke öffentliche Interessen gegenüber. In Wahrheit hat

⁽³⁹⁾ Zum Wasserrecht vgl. WOLFF-BACHOF, *aaO.* (FN 2), §§ 55-59; BAUR, *aaO.*, § 27 V; zum Waldrecht ebenda § 27 VI; zum Natur- und Denkmalschutz ebenda § 26 IV.

⁽⁴⁰⁾ Zum Folgenden vgl. die Übersicht bei BAUR, *aaO.*, § 26 II; SCHMIDT-ABMANN, *Grundfragen des Städtebaurechts* (1972), sowie die Referate von BAUR und BADURA über Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts bei der Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse im Bodenrecht, *AcP* 176, 97ff, 119ff; ferner die Hinweise von BADURA, *aaO* (FN 5), S. 27f.

darum auch eine unbeschränkte Baufreiheit zu keiner Zeit bestanden. Auch im 19. Jahrhundert, in dem die älteren, die Freiheit stark begrenzenden städtischen und territorialen Bauvorschriften überwiegend beseitigt wurden, blieben die der Sicherheit der Bewohner dienenden baupolizeilichen Vorschriften bestehen; sie gelten bis heute als selbstverständlicher Bestandteil des Baurechts. Dazu kamen aber schon im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts, als die Städte mit der zunehmenden Industrialisierung rasch zu wachsen begannen, neue Gesetze, die es den Stadtverwaltungen ermöglichen sollten, durch Festsetzung von Fluchtlinien oder, weitergehend, durch Aufstellung umfassender Bebauungspläne für das ganze Stadtgebiet die private Bautätigkeit an feste Regeln zu binden und unter Kontrolle zu halten. Dieses Bauplanungsrecht war lange dem Landesrecht vorbehalten; es hat erst durch das Bundesbaugesetz von 1960 eine einheitliche Rechtsgrundlage für das ganze Bundesgebiet erhalten. Danach ist das Bauen ausserhalb geschlossener Ortschaften generell untersagt; Ausnahmen bedürfen besonderer Genehmigung. Im Stadtgebiet darf nur auf Grundstücken gebaut werden, die vom städtischen Bebauungsplan als «baureif» vorgesehn sind, und die Art der Bebauung — für Wohnungs- oder industrielle Zwecke — muss sich im Rahmen des Planes halten. In den letzten Jahren hat sich die Notwendigkeit ergeben, die danach den Eigentümern als Baufreiheit verbliebene Initiative noch weiter einzuschränken. Das Städtebauförderungsgesetz von 1971 hat den Gemeinden die Möglichkeit verschafft, in Stadtbezirken, die der Sanierung bedürfen, und in sogen. Entwicklungsbereichen, in denen neue Wohnsiedlungen angelegt werden sollen, auch die Verwirklichung der dafür aufgestellten Pläne in die Hand zu nehmen, den Grundeigentümern entsprechende Verhaltenspflichten durch Modernisierungs-, Bau- und Abbruchgebote aufzuerlegen und notfalls Grundstücke durch Ausübung gesetzlicher Vorkaufsrechte oder Enteignung zu erwerben. 1976 hat eine Novelle zum Bundesbaugesetz dieses verschärfte rechtliche Instrumentarium einer aktiven Entwicklungsplanung den Gemeinden generell, auch ausserhalb der im Städtebauförderungsgesetz geregelten besonderen Bereiche, zur Verfügung gestellt. Man kann unter diesen Umständen zweifeln, ob die Bau-

freiheit heute noch zum Inhalt des städtischen Bodeneigentums gerechnet werden darf ⁽⁴¹⁾.

3) Von anderer Art, aber nicht weniger einschneidend, sind die Bindungen, die heute für das in Wirtschaftsunternehmen investierte Vermögen, also das Eigentum an industriellen Produktionsmitteln bestehen. Wie schon eingangs erwähnt, hat sich die Rolle des Eigentums in diesem Bereich seit langem schon dadurch stark verändert, dass die Eigentümer-Unternehmer an Zahl und wirtschaftlichem Gewicht immer mehr hinter den Fällen zurücktreten, in denen das Unternehmen in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft betrieben wird mit der Folge, dass die Verfügungsmacht bei Managern liegt, die jedenfalls von der großen Zahl kleiner Anteilseigner praktisch nicht mehr kontrolliert werden können. Immerhin sollte das Unternehmen im Auftrag und im Interesse der Anteilseigner geführt werden. Aber gerade an diesem Punkt vollzieht sich im deutschen Unternehmensrecht eine tiefgreifende Veränderung: es war das Ziel der Gewerkschaften, den Arbeitnehmern ein Recht auf Mitwirkung und Mitbestimmung nicht nur in sozialen, sondern auch in den wirtschaftlichen Fragen der Unternehmensführung zu erkämpfen, und sie haben mit dieser Forderung beim Gesetzgeber weitgehend Gehör gefunden. Die einzelnen Etappen dieser Entwicklung, die schon nach dem 1. Weltkrieg mit dem Betriebsrätegesetz von 1920 einsetzte und nach dem 2. Weltkrieg mit dem Montan-Mitbestimmungsgesetz von 1951 und dem Betriebsrätegesetz von 1952 neuen Auftrieb erhielt, sind hier nicht zu schildern ⁽⁴²⁾. Seit dem lange umkämpften Mitbestimmungsgesetz von 1976 besteht für praktisch alle Unternehmen in der Rechtsform von Kapitalgesellschaften, die mehr

⁽⁴¹⁾ Die umfangreiche Literatur zur Reform des städtischen Bodenrechts ist zum großen Teil in den in FN 40 genannten Arbeiten angeführt; auf die dort diskutierten Vorschläge, wie z.B. die Spaltung des Bodeneigentums in ein städtisches « Verfügungs- » und ein privates « Nutzungseigentum » (vgl. meine *Hinweise in Funktionsteilung des Eigentums*, aaO. [FN 36], S. 176ff) kann ich hier nicht eingehen.

⁽⁴²⁾ Vgl. die Hinweise von BADURA, aaO. (FN 5), S. 25f; die Entwicklung der Mitbestimmungsdoktrinschildert RAISCH, *Unternehmensrecht*, Bd. II (1974), S. 71ff; TH. RAISER, *Komm. z. MitbestG* (1977), Einl., bes. Anm. 40ff zur Frage der Verfassungsmäßigkeit.

als 2000 Arbeitnehmer haben, ein Recht dieser Arbeitnehmer auf Mitbestimmung, das durch paritätische Besetzung des Aufsichtsrats mit Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer ausgeübt wird. Auf die Einzelheiten der Regelung, die alle Züge eines mühsam erreichten politischen Kompromisses trägt, kommt es für unsere Darstellung nicht an; deutlich ist jedenfalls, dass damit der Einfluss der Anteilseigner — und nicht nur der Klein-, sondern auch von Großaktionären — erheblich zugunsten der Arbeitnehmervertreter zurückgedrängt worden ist. Ob diese Lösung mit der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie des Art. 14 GG noch vereinbar ist, ist bis heute streitig; das Bundesverfassungsgericht ist durch eine Klage damit befasst, hat aber noch nicht entschieden.

IV

Die starke Zunahme der dem Eigentum im öffentlichen Interesse auferlegten gesetzlichen Beschränkungen auf der einen Seite, die oben (I, 3) berichtete Ausweitung des Enteignungsbegriffs und die Verschärfung der Sanktionen gegen Eingriffe von Enteignungscharakter auf der anderen Seite haben eine Rechtsfrage zu einem brennenden Problem werden lassen: welche Beschränkungen durch Gesetz oder — auf gesetzlicher Grundlage — durch Verwaltungsmaßnahmen muss der Eigentümer entschädigungslos hinnehmen, weil sie als nähere Bestimmungen des Eigentumsinhalts (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) zu gelten haben, und welche sind als enteignende Eingriffe anzusehen, die ihm einen Anspruch auf Entschädigung geben (Art. 14 Abs. 3 GG)? Rechtslehre und Rechtsprechung habenviel Mühe darauf verwendet, die Kriterien dieser Unterscheidung herauszuarbeiten⁽⁴³⁾. Der Bundesgerichtshof hat schon 1952 in einem Grundsatzurteil die Unterscheidung ähnlich wie früher das Reichsgericht danach treffen wollen, ob die Beschränkung generellen Charakter hat oder nur einen oder einzelne Eigentümer trifft, also von den Betroffenen ein Sonderopfer im Interesse der Allgemeinheit fordert; nur im zweiten Fall wollte er wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebots der Verfassung

⁽⁴³⁾ Einen Überblick darüber gibt BAUR, *aaO.*, § 24 I 5; dazu die oben FN 12 angeführten Arbeiten von KREFT und KRÖNER.

(Art. 3 GG) eine entschädigungspflichtige Enteignung bejahen ⁽⁴⁴⁾. Dieser formale Lösungsversuch erwies sich anfangs als hilfreich, aber auf die Dauer nicht als ausreichend; in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts setzten sich mit Zustimmung des überwiegenden Teils der Rechtslehre materielle Kriterien, also die Unterscheidung nach der Schwere und Zumutbarkeit des Eingriffs durch ⁽⁴⁵⁾. Heute werden in der Praxis beider Gerichte diese Kriterien je nach Lage des Einzelfalls kombiniert oder gegeneinander abgewogen, was dem bewertenden Ermessen der Gerichte einen erheblichen Spielraum gibt, damit aber auch Schwankungen in den Ergebnissen dieser Judikatur herbeiführt. Zu den materialen Kriterien, die die Rechtsprechung entwickelt hat, ist auch der Gedanke zu rechnen, dass der Enteignungscharakter eines Eingriffs und damit die Entschädigungspflicht nicht abstrakt, sondern nur im Hinblick auf den bisherigen Verwendungszweck des betroffenen Objekts beurteilt werden kann. So löst ein Bauverbot für ein bisher landwirtschaftlich genutztes Grundstück keine Entschädigungspflicht aus; auch im Stadtbereich müssen zeitlich befristete Bausperren, die der Planung und Aufschliessung eines Baugebiets dienen, von den betroffenen Eigentümern hingenommen werden. Der BGH spricht hier von Schranken der Nutzbarkeit, die sich aus der « Situationsgebundenheit » eines Grundstücks ergeben, deren rechtliche Fixierung darum keine Enteignung darstellt ⁽⁴⁶⁾. Voraussetzung einer Entschädigungspflicht ist ferner, dass der Eingriff eine rechtlich gesicherte Position beeinträchtigt; die Schmälerung bloßer Gewinnaussichten, etwa durch Verlegung einer Durchgangsstraße, genügt dafür nicht ⁽⁴⁷⁾. Die Höhe der Entschädigung, die z.B. dem Eigentümer eines infolge einer Änderung des städtischen Bauleitplans mit Bauverbot belegten Grundstücks im Stadtbereich zu zahlen ist, wird von den Gerichten bisher nach dem Verkehrswert im Zeitpunkt des Urteils be-

⁽⁴⁴⁾ *BGHZ* 6, 270; die weitere Entwicklung dieser Judikatur ist zusammengefasst in *BGHZ* 30, 338. S. jetzt auch *BGHZ* 59, 93 (97).

⁽⁴⁵⁾ *BVerwGE* 5, 143; 7, 297; 11, 68 u.a. In die gleiche Richtung weist auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; vgl. bes. *BVerfGE* 24, 367ff.

⁽⁴⁶⁾ *BGHZ* 17, 96; 23, 30; 30, 338; *BGH NJW* 1964, 202; 1976, 715.

⁽⁴⁷⁾ So z.B. *BGHZ* 23, 235; 45, 150; 48, 58; 48, 340; 55, 261. Im gleichen Sinne *BVerfGE* 28, 119, 142.

messen, selbst dann, wenn die Höhe dieses Werts wesentlich dadurch bestimmt ist, dass die Gemeinde zuvor auf ihre Kosten diesen Bereich erschlossen und baureif gemacht hat. Erst die neueste Baugesetzgebung versucht, die Berücksichtigung solcher, ohne Zutun des Eigentümers eingetretener Werterhöhungen zu beschränken (48).

Im ganzen kann man feststellen, dass die sehr umfangreiche Rechtsprechung unter Führung des Bundesgerichtshofs, unterstützt von der Rechtslehre, sich vor allem im Bodenrecht, auf das sich die große Mehrzahl der Urteile bezieht, zugunsten der Eigentümer bemerkenswert großzügig gezeigt hat. Das gilt sowohl hinsichtlich der Ausdehnung des Enteignungsbegriffs, also des Umfangs der Fälle, in denen für behördliche Eingriffe Entschädigung zuerkannt wird, als auch in Bezug auf die Bemessung der Höhe der Entschädigung. Die Gerichte haben damit dem Verfassungsgebot Rechnung getragen, das Rechtsinstitut des Privateigentums in seinem Wesensgehalt zu schützen. Freilich haben sie damit auch einer Gesinnung des Besitzindividualismus Vorschub geleistet und die administrative und finanzielle Bewegungsfreiheit der Gemeinden in Bezug auf ihre Grundstücks- und Baupolitik fühlbar eingeschränkt (49). Es ist eine offene Frage, ob nicht aus dem Grundsatz der Sozialbindung des Eigentums, der ja unzweifelhaft heute schon neben dem Grundsatz der Eigentumsfreiheit mit Verfassungsrang gilt, unter den Lebensbedingungen der Zukunft bald weitergehende Folgerungen gezogen werden müssen, die die Rücksicht auf das Gemeinwohl noch stärker als bisher über die Individualinteressen der einzelnen Bürger stellen.

(48) Zur Bemessung der Höhe der Entschädigung vgl. etwa *BGHZ* 11, 156; 25, 225; 39, 198 u.a. Dazu GELZER, *Der Umfang des Entschädigungsanspruchs aus Enteignung und enteignungsgleichem Eingriff* (1969). Zu der im Text genannten, die Entschädigung beschränkenden Gesetzgebung vgl. § 23 Abs. 2 StädtebaufördG und die durch die Novelle von 1976 vorgenommene Neufassung der §§ 40ff, 93ff BBauG.

(49) Es fehlt darum auch nicht an kritischen Stimmen gegenüber diesem Ausbau der Eigentumsgarantie durch die Rechtsprechung. So von hoher Warte H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre* (2. Aufl. 1966), S. 421ff, und neuerdings in schärferer politischer Tonart RITTSTIEG, *Eigentum als Verfassungsproblem* (1975) und W. DÄUBLER, *Eigentum und Recht in der BRD*, in DÄUBLER u.a. (Hersg), *Eigentum und Recht, Die Entwicklung des Eigentumsbegriffs im Kapitalismus*, (1976), S. 141ff.

KLAUS WESTEN

THEORETISCHE BEGRÜNDUNG UND RECHTLICHE AUSGESTALTUNG DES PERSÖNLICHEN EIGENTUMS IN DEN SOZIALISTISCHEN STAATEN

I. DIE EIGENTUMSFRAGE ALS ZENTRALER GEGENSTAND DER MARXISTISCHEN IDEOLOGIE.

Die Frage nach der theoretischen Begründung sowie der rechtlichen Ausgestaltung des persönlichen Eigentums durch die heutigen sozialistischen Staaten kann nicht ohne einen — wenigstens kurzen — Rückgriff auf die marxistische Theorie behandelt werden, denn diese bildet die Grundlage dafür, daß hinsichtlich sozialistischer Rechtsordnungen das « persönliche » Eigentum als juristische Kategorie überhaupt darstellbar ist.

Für den Gesetzgeber sozialistischer Staaten besteht, ebenso wie für jeden anderen Gesetzgeber ⁽¹⁾, das elementare Problem einer Ordnung der Sach- und Güterwelt, insbesondere ihrer Zuordnung zu den Subjekten der Rechtsordnung ⁽²⁾; in der Lösung dieser Aufgabe ist er jedoch an die Prämissen der marxistischen Ideologie oder doch an einige von ihr abgeleitete politische Forderungen gebunden. Dabei ist die « Aufhebung des Privateigen-

⁽¹⁾ Daran ändert nicht, daß das Eigentum eine historisch wandelbare Kategorie und in juristischer Hinsicht kein inhaltlich und formal ein- für allemal festgelegtes Rechtsinstitut ist (s. etwa S. SCHLOßMANN, *Über den Begriff des Eigentums*, in *Jherings Jahrbücher*, Bd. 45, S. 289 ff. (290)).

⁽²⁾ Hier geht es in der Tat um die Klärung einer Reihe von Befugnissen (so. V. KRUSE, *Das Eigentumsrecht*, Bd. I, Berlin und Leipzig 1931, S. 158), die als Rechtsproblem sich grundsätzlich weitgehend gleichartig aufdrängen, deren Regelung aber entsprechend den konkreten Bedingungen sehr unterschiedlich ausfallen kann.

tums» (3) und die «Vergesellschaftung der Produktionsmittel» wohl das eigentlich zentrale Anliegen marxistischer Theorie i.S. einer unabdingbaren Voraussetzung der erstrebten Umgestaltung der Gesellschaft, und zwar nicht nur Voraussetzung einer ökonomischen Umwandlung, sondern nicht weniger und erst recht Voraussetzung einer geistig-anthropologischen Umwandlung und eigentlichen Befreiung des Menschen.

War das Auseinanderfallen von Produzent und Eigentümer an den Produktionsmitteln in der Klassengesellschaft, insbesondere dann in der kapitalistischen, der eigentliche Grund für die Selbstentfremdung des Menschen in eben dieser Klassengesellschaft, so soll die Überwindung dieser Situation durch die Vergesellschaftung der Produktionsmittel die Selbstverwirklichung des Menschen ermöglichen (4). Daraus wird von vornherein die enorme Bedeutung von Eigentum ersichtlich, Eigentum nicht nur als ökonomische und rechtliche Kategorie, sondern als anthropologische. Freilich soll jene Überwindung der verlorenen Identität von Produzent und Eigentümer nicht auf die Weise vor sich gehen, daß man den eigentumslosen Proletarier zum individuellen Eigentümer der Produktionsmittel, an denen er arbeitet, macht; typisch für den Stand der Entwicklung der Produktivkräfte im Kapitalismus ist ja eben die gesellschaftliche Produktion und nicht die individuelle. Eine individuelle Einsetzung des einzelnen Produzenten in Eigentümerrechte wäre ein Anachronismus. Gesellschaftlicher Produktion kann deshalb nur gesellschaftliches Eigentum entsprechen.

Die mit der Expropriation der Expropriateure herzustellende Situation, in der die Selbstverwirklichung des Menschen wieder möglich wird, beruht rechtlich nicht auf individuellem Eigentum an den Produktionsmitteln, vielmehr wird nicht nur die Pro-

(3) K. MARX - F. ENGELS, *Kommunistisches Manifest*, Berlin 1948 (Dietz Verlag), S. 23.

(4) «Die wirkliche Vernichtung des Privateigentums... ist die wirkliche Vernichtung, die Beendigung aller Entfremdung, d.h. die Rückkehr des Menschen aus Religion, Familie, Staat usw. zu seiner menschlichen, d.h. gesellschaftlichen Existenz» (K. MARX, *Vorarbeiten zu «Die heilige Familie»*, 1845, hier Zit. nach R. THOMSON, *Das persönliche Eigentum im Sowjetrecht*, Freiburg 1959, S. 16).

duktion, sondern auch die Aneignung des Produkts und damit auch die Selbstverwirklichung eine gesellschaftliche Angelegenheit. Die individuelle Selbstverwirklichung wird damit zu einer Abfolge der gesellschaftlichen oder ist in ihr gar von vornherein mitenthalten und bildet deshalb kein selbständiges Problem. Hieraus könnte der Schluß gezogen werden, daß wenn Eigentum an dem Produktionsmitteln eine maßgebliche Rolle bei der Selbstverwirklichung spielt und dieses Problem durch die Vergesellschaftung der Produktionsmittel im Sozialismus-Kommunismus gelöst wird, die Frage eines anderweitigen individuellen Eigentums allenfalls von sekundärem Interesse ist. Darüberhinaus läßt sich sagen, daß das Abstellen des Marxismus auf das Produktionsmitteleigentum (in welcher Funktion und Dimension auch immer) von vornherein zu einer Differenzierung der Kategorie Eigentum zumindest unter dem Gesichtspunkt Produktionsmittel und Nichtproduktionsmittel zwingt, wobei man bei letzterem insbesondere an die Dinge und Gegenstände zu denken haben wird, die jeder einzelne Mensch in mehr oder weniger großem Ausmaß, aber mit gleicher Funktion, sein eigen nennt, mag es sich um ein Schnupftuch oder einen Taschenkamm, um einen Konzertflügel oder ein Reitpferd handeln ⁽⁵⁾. Hier muß die Theorie ihrer eigenen Logik und der Natur der Dinge Rechnung tragen- und sie tut dies in einem weitergehenden Ausmaß, als es zu erwarten wäre.

In dem «Proletarier und Kommunisten» überschriebenen zweiten Abschnitt des Kommunistischen Manifests setzen sich Marx und Engels mit dem Vorwurf auseinander, die Kommunisten wollten das Eigentum abschaffen. Demgegenüber stellen sie fest, daß der Kommunismus nicht das Eigentum überhaupt, sondern das bürgerliche Eigentum abschaffen wolle. Nachfolgend erklären sie dann, was sie unter bürgerlichem Privateigentum verstehen, nämlich den letzten und vollendetsten Ausdruck der Erzeugung und Aneignung der Produkte auf der Basis von Klassegegensätzen und der Ausbeutung der einen durch die ande-

(5) Allerdings ist diese Unterscheidung durchaus nichts neues, sondern ein Andnüpfen an frühhistorische primitive Eigentumsordnungen, die grundsätzlich auf Gemeineigentum fußten und für Gegenstände des persönlichen Gebrauchs (z.B. Kleidung oder Waffen) ein Sondereigentum ermöglichten.

ren ⁽⁶⁾. Bürgerliches Eigentum ist also Privateigentum und dieses wiederum beschränkt sich auf Eigentum (natürlicher oder juristischer Personen) an Produktionsmitteln ⁽⁷⁾, was allein aber nicht ausreicht. Vielmehr ist Privateigentum zusätzlich gekennzeichnet durch Ausbeutung fremder Arbeitskraft auf der Basis von Klassegegensätzen ⁽⁸⁾.

Diese — in der marxistischen Theorie häufig anzutreffende — Einengung eines Begriffs gegenüber seinem sonst üblichen Gebrauch muß man für das Verständnis und die Abgrenzung dessen zugrunde legen, was dann die späteren Rechtsordnungen sozialistischer Staaten unter dem persönlichen Eigentum verstehen werden. Vor allem aber scheidet damit von vornherein jede Möglichkeit aus, persönliches Eigentum und Privateigentum synonym zu gebrauchen. Es handelt sich von vornherein um etwas grundsätzlich anderes, wobei es auch keine Teilüberschneidungen etwa in dem Sinne gibt, daß das Privateigentum auch das persönliche, nicht aus Produktionsmitteln bestehende und nicht durch Ausbeutung gekennzeichnete, aber eben der Privatperson dienende Eigentum umfaßt, das sich dann in den Bereich der Produktion fortsetzt.

Eine solche — bürgerliche — Sehweise widerspräche der marxistischen Kategorisierung des Eigentums in krasser Weise. Denn während die Abschaffung des bürgerlichen Privateigentums verkündet wird, erfährt das persönliche Eigentum im gleichen Atemzuge die höchste Wertschätzung:

« Man hat uns Kommunisten vorgeworfen, wir wollten das persönlich erworbene, selbstverarbeitete Eigentum abschaffen; das Eigentum, welches die Grundlage aller persönlichen Freiheit, Tätigkeit und Selbständigkeit bilde » ⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ K. MARX - F. ENGELS, *Manifest der Kommunistischen Partei*, Berlin 1948, Dietz Verlag, S. 23.

⁽⁷⁾ Zur Vorstellung über die Entstehung von Privateigentum s. F. ENGELS, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates*, Berlin 1946, S. 32 ff.

⁽⁸⁾ Dies wird von Engels nicht immer mit aller Klarheit herausgestellt. Für ihn ist Privateigentum in erster Linie ein Gegenmodell zum ursprünglichen Gruppeneigentum, auch verwendet er das Wort Privateigentum durchaus im Sinne des späteren Begriffs des persönlichen Eigentums (s. etwa *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft*, 10. Aufl., Stuttgart 1919, S. 166 f.).

⁽⁹⁾ ebenda, S. 23 f.

Marx und Engels antworten auf diesen Vorwurf hin nicht nochmals mit der Feststellung, die sie bereits vorher getroffen hatten, daß der Kommunismus nicht das Eigentum überhaupt abschaffen wolle, sondern nur das bürgerliche Eigentum ⁽¹⁰⁾, sondern mit der Behauptung, daß dieses Eigentum, von dem gerade die Rede gewesen sei, durch die Entwicklung der Industrie abgeschafft worden sei, bzw. täglich abgeschafft werde ⁽¹¹⁾. Gleichwohl ist klar, daß dieses persönliche Eigentum nicht das Schicksal des bürgerlichen Privateigentums erleiden soll.

«Der Kommunismus nimmt keinem die Macht, sich gesellschaftliche Produkte anzueignen, er nimmt nur die Macht, sich durch diese Aneignung fremde Arbeit zu unterjochen» ⁽¹²⁾. Auch im Kommunismus wird es also Aneignung und damit Eigentum geben, nur eben nicht solches, durch dessen Aneignung man fremde Arbeit ausbeutet, was sich sowohl hinsichtlich der Entstehung des Produkts als auch hinsichtlich seiner Weiterverwendung interpretieren läßt.

Was aber aufhorchen läßt, ist die Kennzeichnung des nicht abzuschaffenden persönlichen Eigentums als «Grundlage aller persönlichen Freiheit, Tätigkeit und Selbständigkeit». Allerdings wird diese Umschreibung des persönlichen Eigentums von Marx und Engels im Sinne eines indirekten Zitats («bilde») vorgenommen, sie kann ihnen also nicht unmittelbar als ihre eigene Aussage unterschoben werden. Allerdings widersprechen Marx und Engels dieser Kennzeichnung des persönlichen Eigentums auch nicht; sie stellen nur fest — und dies im kritischen Sinne —, daß es dieses persönliche Eigentum (mit der ihm zugeschriebenen Funktion) gar nicht *mehr* gebe. Dies und die von Marx der Aneignung des Produkts im Zusammenhang mit der Selbstverwirklichung des Menschen dem (persönlichen) Eigentum zgedachte Bedeutung lassen eher den Schluß zu, daß Marx und Engels sich mit der Kennzeichnung des persönlichen Eigentums als «Grundlage aller persönlichen Freiheit, Tätigkeit und Selbständigkeit» identifizieren.

⁽¹⁰⁾ ebenda, S. 23.

⁽¹¹⁾ ebenda, S. 24.

⁽¹²⁾ ebenda, S. 26.

Darin liegt sicherlich ein gewisser Eigentumsfetischismus, wie ja überhaupt für den Marxismus eine Überschätzung der Rolle des Eigentums charakteristisch ist, wobei auch die Vehemenz in der Negation des bürgerlichen Privateigentums Ausdruck dieser Überschätzung ist. Ohne dies hier weiter vertiefen zu wollen, muß man jedenfalls konstatieren, daß das persönliche Eigentum auch im Kommunismus — und natürlich erst recht in der Übergangsgesellschaft — seinen Platz haben soll, nicht nur als Relikt des bürgerlich-kapitalistischen Privateigentums, sondern als von vornherein eigenständige Eigentumskategorie mit aller dem Eigentum für die Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen zugeschriebenen Bedeutung.

Allerdings muß, da Eigentum Produktion voraussetzt und diese — schon im Kapitalismus, erst recht also im Sozialismus-Kommunismus — gesellschaftlich erfolgt, auch die Aneignung — zunächst jedenfalls — gesellschaftlich erfolgen. Um persönliches Eigentum zu werden, muß also ein Produkt einen zweimaligen Aneignungsvorgang durchlaufen, zunächst einen gesellschaftlichen und sodann einen individuellen. Von hier aus ergibt sich für das persönliche Eigentum in der nachkapitalistischen Gesellschaft nun doch eine abgeleitete Rolle. Ebenso, wie es praktisch — in der Regel — nur entstehen kann in gesellschaftlicher Produktion, d.h. der individuellen Arbeit an vergesellschafteten Produktionsmitteln, so kann es zum persönlichen Eigentum erst werden durch die (zweite individuelle) Aneignung gesellschaftlicher Produkte nach der ersten gesellschaftlichen Aneignung. Diese Konstruktion bildet die Grundlage dafür, das persönliche Eigentum in der Rechtslehre der sozialistischen Staaten als vom sozialistischen Eigentum abgeleitetes ⁽¹³⁾ Eigentum zu behandeln.

II. DIE AUFSPALTUNG DES EINHEITLICHEN EIGENTUMSBEGRIFFS.

Die in der marxistischen Kritik der bürgerlichen Eigentumsordnung von vornherein getroffene Unterscheidung in (schlechtes)

⁽¹³⁾ Diese Ableitung des persönlichen Eigentums vom sozialistischen ist eine polit-ökonomische, keine juristische Konstruktion. Persönliches Eigentum ist juristisch vollwertiges, nicht etwa nachrangiges Eigentum i.S. eines *dominium utile*.

bürgerliches Privateigentum und (gutes) persönliches Eigentum ist der Ausgangspunkt für eine Aufspaltung des Eigentums in mehrere Arten. Das abzuschaffende bürgerliche Privateigentum (also das kapitalistische Produktionsmitteleigentum) verliert mit seiner « Abschaffung » weder seine gegenständliche Existenz noch seine Qualität als Eigentum schlechthin. Abgeschafft werden soll nur die Art oder Form « Privat » eigentum, also die konkrete sozial-ökonomische und juristische Qualität von Produktionsmitteleigentum in der kapitalistischen Gesellschaft. Die Objekte dieses Privateigentums, die Produktionsmittel selbst, aber sollen nicht ihre Eigenschaft als Eigentum verlieren, sondern in eine neue Art oder Form (und Qualität) von Eigentum überführt werden: in gesellschaftliches Eigentum ⁽¹⁴⁾.

Da dieses gesellschaftliche Eigentum nicht identisch ist mit dem — nicht abzuschaffenden — persönlichen Eigentum, bleibt auch für die nachkapitalistische Gesellschaft eine Unterscheidung unterschiedlicher — und zwar mindestens zweier — Eigentumsarten beizubehalten, nämlich in das vergesellschaftete Produktionsmitteleigentum und das persönliche Eigentum ⁽¹⁵⁾. Diese Unterscheidung bildet bis heute die Grundlage der Grobsystematisierung der Eigentumsordnung in sozialistischen Staaten in « sozialistisches » und « persönliches » Eigentum (wobei auf die weitere Untergliederung des sozialistischen Eigentums einstweilen nicht näher eingegangen zu werden braucht).

Ohne dies primär anzustreben, überwindet die marxistische Eigentumstheorie damit zugleich die traditionelle Eigentumslehre in einer wichtigen Hinsicht, nämlich in ihren Monismus. Vom römischen Recht geprägt, kennt das Recht des Bürgertums nur einen einheitlichen und ungeteilten Begriff des Eigentums, unabhängig davon, worum es sich im einzelnen handelt und wozu es in einzelnen dient ⁽¹⁶⁾. Zwar wird der Tatsache Rechnung ge-

⁽¹⁴⁾ Das (selbe) Eigentum an den Produktionsmitteln hat also einen verschiedenartigen Charakter, je nachdem, wer Inhaber ist (s. hierzu K. MARX, *Das Kapital*, Bd. I, 4. Aufl., Hamburg 1890, S. 726).

⁽¹⁵⁾ Zu dieser Unterscheidung s. auch F. ENGELS, *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaften*, 10. Aufl. Stuttgart 1919, S. 130-132.

⁽¹⁶⁾ So etwa Art. 544 Code Civil.

tragen, daß die Subjekte des Eigentums unterschiedliche Rechtspersönlichkeit haben können (natürliche oder juristische Personen oder der « Fiskus »), in gewisser Hinsicht wird dies aber durch das Eigentum ausgeglichen: es macht die natürlichen Subjekte allesamt zu Privateigentümern, d.h. der einheitliche Eigentumsbegriff des bürgerlichen Rechts kennt Eigentum nur als Privateigentum (nicht in dem verengten marxistischen Sinne) und behandelt auch den Staat in seinem Eigentum als Eigentümer weitgehend als Privatperson.

Dieser Monismus des Eigentums ist in jüngerer Zeit, nämlich im Zuge der Industrialisierung einerseits und der Knappheit des nichtreproduzierbaren Bodeneigentums, zunehmend fragwürdiger geworden und wird von den Rechtsordnungen durch vorgeschaltete öffentlich-rechtliche Normen über Verkehrsbeschränkungen u.ä. zum Zweck der Abwendung sozial- und wirtschaftspolitisch unerwünschter Folgen anzugleichen versucht, in seinem Kern ist der monistische Eigentumsbegriff jedoch unbeeinträchtigt geblieben.

Die marxistische Unterscheidung verschiedenartiger Erscheinungsformen des Eigentums bietet demgegenüber die Handhabe auch einer rechtlich bestimmbareren Differenzierung oder gar Begriffsbildung. Freilich darf man hier keine grundsätzlichen Neuigkeiten erwarten. Eigentum wird in rechtlicher Hinsicht in der Rechtslehre der sozialistischen Staaten ganz konventionell als Zuordnung von Sachen (Objekten) zu Personen (Subjekten) behandelt, wobei allenfalls der Sachbegriff über ein rein körperlich-gegenständliches Verständnis hinausgeführt wird. Im übrigen aber konzentriert sich auch die Eigentumslehre in den sozialistischen Staaten in rechtlicher Hinsicht auf die Umschreibung der Kompetenzen des Eigentümers und des Eigentumsschutzes. Ein grundsätzliches Infragestellen des Subjekt-Objekt-Verhältnisses findet sich in Ansätzen oder weiterzudenkenden Konsequenzen allenfalls in der jugoslawischen juristischen Diskussion.

Die Kriterien für die Abgrenzung der unterschiedlichen Eigentumsarten voneinander im Recht der sozialistischen Staaten sind weniger juristischer, als vielmehr rechtspolitischer und faktischer Natur; es handelt sich um zwei, nämlich einmal um eine Funktionalisierung und zum anderen um eine Gegenstandsbestimmung.

Der Gesichtspunkt der Funktion bietet sich von den theoretischen Grundlagen her von selbst an. Das (zu vergesellschaftende) Eigentum an den Produktionsmitteln umfaßt die Objekte, die der gesellschaftlichen Produktion dienen⁽¹⁷⁾. Die Rechtsordnungen der sozialistischen Staaten kennen zwischenzeitlich drei Erscheinungsformen des « sozialistischen » Eigentums, nämlich das staatliche Eigentum, das auch als Volkseigentum oder als gesamtgesellschaftliches Volkseigentum bezeichnet wird, das genossenschaftliche Eigentum und das Eigentum des gesellschaftlichen Organisationen. Diese drei Arten des sozialistischen Eigentums jeweils unter dem Gesichtspunkt ihrer Funktion zu kennzeichnen, ist nicht schwer, dagegen ist es schon ungleich schwieriger, sie unter diesem Aspekt juristisch klar zu bestimmen und abzugrenzen.

So sagt etwa § 18 ZGB DDR⁽¹⁸⁾, daß das Volkseigentum als Grundlage der sozialistischen Produktionsverhältnisse entsprechend den gesellschaftlichen Erfordernissen und den Prinzipien der sozialistischen Planwirtschaft zu nutzen und zu mehren sei. Diese Nutzung und Mehrung des Volkseigentums wird vom Staat organisiert und erfolgt insbesondere durch volkseigene Betriebe, Kombinate, wirtschaftsleitende Organe, staatliche Organe und Einrichtungen, aber auch durch sozialistische Genossenschaften und gesellschaftliche Organisationen sowie durch Bürger.

Was man also über das Staats- oder Volkseigentum unter dem Gesichtspunkt der Funktion erfährt, ist wenig präzise; im Grunde nur, daß seine Nutzung entsprechend den gesellschaftlichen Erfordernisse im Rahmen der Planwirtschaft erfolgt. Das heißt zugleich, daß den Objekten des Staats- oder Volkseigentums

(17) Zu den einzelnen Nationalisierungsmaßnahmen z.B. in der Sowjetunion s. V. Gsovski, *Soviet Civil Law*, Ann. Arbor. University of Michigan Law School 1948, Bd. I, S. 11 f.; R. THOMPSON, *Das persönliche Eigentum im Sowjetrecht*, Freiburger Dissertation, Freiburg i. Br. 1959, S. 18 ff.

(18) Die zitierten Rechtsvorschriften haben in der Hauptsache Beispielcharakter für Regelungen, wie sie auch in anderen als der herangezogenen Rechtsordnung gelten. Eine erschöpfende Darstellung des Rechtszustandes in allen in Betracht kommenden Ländern im Detail ist nicht beabsichtigt. Bei gravierenden Abweichungen des Rechtszustandes in den einzelnen Ländern wird hierauf eingegangen.

jeweils konkrete Aufgaben zugewiesen sind, in deren Rahmen sich ihre Nutzung zu halten hat.

Etwas deutlicher wird dies beim genossenschaftlichen Eigentum. Hier bestimmt § 18 III ZGB DDR, daß das Eigentum sozialistischer Genossenschaften im Rahmen der staatlichen Leitung und Planung, der Erfüllung ihrer wirtschaftlichen Aufgaben, der Verwirklichung ihrer Verpflichtungen gegenüber der sozialistischen Gesellschaft sowie der Gestaltung der Arbeits- und Lebensbedingungen ihrer Mitglieder dient. Das heißt zugleich, auf eine Kurzformel gebracht: das genossenschaftliche Eigentum dient den Zwecken genossenschaftlicher Tätigkeit, was wiederum bedeutet, daß genossenschaftliches Eigentum nicht zweckentfremdet werden darf.

Entsprechendes gilt für das Eigentum der gesellschaftlichen Organisationen, das der Erfüllung politischer, sozialer, wissenschaftlicher, kultureller und sonstiger Aufgaben dient (§ 18 IV ZGB DDR). Auch damit ist angedeutet, daß das Eigentum gesellschaftlicher Organisationen, das als eigenständige Kategorie sozialistischen Eigentums erst später hinzugekommen ist und die wirtschaftliche und rechtliche Basis für die verschiedenartigen Aufgaben der gesellschaftlichen Organisationen abgeben soll, (nur) im Rahmen der ihm zugedachten Funktionen genutzt werden darf. Dies wird hinsichtlich aller dreier Erscheinungsformen sozialistischen Eigentums nochmals durch die nachfolgende Bestimmung der § 19 I u. II ZGB DDR unterstrichen, nach der die jeweiligen Nutzungs-, Verfügungs- und Besitzbefugnisse der Berechtigten auf die Funktion der entsprechenden Eigentumsart beschränkt wird.

Es bleibt jedoch festzuhalten, daß der Gesichtspunkt der Funktion einer Eigentumskategorie offenbar allein nicht ausreicht, um diese hinreichend präzise gegenüber den anderen Arten (sozialistischen) Eigentums abzugrenzen. Er muß also von vornherein um eine Bestimmung der Gegenstände, die unter eine bestimmte Eigentumskategorie fallen, ergänzt werden. Hinsichtlich des Staats- oder Volkseigentums geschieht dies in der Regel durch eine Verfassungsbestimmung, die einen enumerativen Katalog derjenigen Objekte aufführt, die obligatorisch Staats- oder Volkseigentum sind und folglich in keine andere Eigentumskategorie fallen kön-

nen ⁽¹⁹⁾. Im wesentlichen handelt es sich hierbei um einen weitgehend übereinstimmenden Kreis von Objekten, nämlich die wichtigsten Produktionsmittel, die Bodenschätze und sonstigen Naturreichtümer (Wälder, Gewässer), die Banken und Versicherungen und das Verkehrs- und Nachrichtenwesen.

Ein wirklich gravierender Unterschied im Katalog der Objekte des Staats- oder Volkseigentums besteht nur hinsichtlich des Bodens. Während nach einigen Verfassungen der Boden unabdingbar und ausnahmslos Staats- oder Volkseigentum ist ⁽²⁰⁾, fällt der Boden nach anderen Verfassungen nicht unter die Objekte, die obligatorisch zum Staats- oder Volkseigentum gehören. Dies heißt dann zugleich, daß hinsichtlich des Bodens mehrere Eigentumsformen möglich sind oder anders ausgedrückt: neben dem staatlichen Bodeneigentum gibt es in diesen Ländern auch die beiden anderen Arten des sozialistischen Eigentums an Boden, aber auch individuelles Bodeneigentum, was für das hier behandelte Thema von besonderer Bedeutung ist.

Die Gegenstandsbestimmung des genossenschaftlichen Eigentums erfolgt in der Regel etwas allgemeiner. So lautet Art. I der Verfassung der UdSSR von 1936:

« Die gesellschaftlichen Betriebe in den Kollektivwirtschaften und den genossenschaftlichen Organisationen mit ihrem lebenden und toten Inventar, die von den Kollektivwirtschaften und den genossenschaftlichen Organisationen hergestellten Erzeugnisse ebenso wie ihre gesellschaftlichen Baulichkeiten bilden das gesellschaftliche sozialistische Eigentum der Kollektivwirtschaften und der genossenschaftlichen Organisationen » ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ So z.B. Art. 6 Verf. UdSSR 1936 (art. 11 II Verf. 1977); Art. 12 I Verf. DDR.

⁽²⁰⁾ Art. 6 Verf. UdSSR 1936 (Art. 11 II Verf. 1977), Art. 18 albanische Verf. Subjekt des Bodeneigentums ist in der Sowjetunion nach einem Dekret vom 15.12.1928 (GS RSFSR Nr. 69, Pos. 642) die Union, was angesichts der staatsrechtlichen Konstruktion nicht unproblematisch ist (s. hierzu auch Z. SZIRMAI, *Schets van het Sowjet-Russische Eigendomsrecht*, in *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, Af. 4, 1957, S. 265-281 (270 ff.).

⁽²¹⁾ Etwas einfacher und von vornherein mit dem Funktionsgesichtspunkt verknüpft die Umschreibung des Art. 13 I Verf. 1977.

Die erst später entwickelte ⁽²²⁾, als Eigentum der gesellschaftlichen Organisationen gekennzeichnete zusätzliche Kategorie des sozialistischen Eigentums wird bislang am allgemeinsten und zurückhaltendsten umschrieben ⁽²³⁾. Die Verfassung der DDR von 1968 z.B., die ausdrücklich vom Eigentum der gesellschaftlichen Organisationen spricht (Art. 10 I Verf. DDR), verzichtet auf eine nähere Gegenstandsbeschreibung, obwohl sie diese für die beiden anderen Formen des sozialistischen Eigentums trifft (Art. 12 I, 13 Verf. DDR). Relativ konkret erfolgt eine Gegenstandsbestimmung in Art. 24 I der Grundlagen der sowjetischen Zivilgesetzgebung von 1961. Es heißt dort:

« Im Eigentum der Gewerkschafts- und sonstigen gesellschaftlicher Organisationen befinden sich: ihre Betriebe, Gebäude, Anlagen, Sanatorien, Erholungsheime, Kulturpaläste, Klubs, Stadien und Pionierlager nebst Ausrüstung, ihre Geldmittel für kulturelle und Bildungszwecke sowie sonstiges Vermögen, das den Zielen der Tätigkeit dieser Organisationen entspricht ».

Damit ist zwar auch keine präzise Gegenstandsbestimmung getroffen, denn Sanatorien oder Klubs beispielsweise und erst recht Betriebe, Gebäude usw. können sich auch im Eigentum des Staates oder auch von Genossenschaften befinden. Man kann also diese Gegenstandsbestimmungen beim genossenschaftlichen Eigentum und beim Eigentum der gesellschaftlichen Organisationen eigentlich nur insofern als verlässlich ansehen, als sie die Objekte angeben, die in der Regel vermutlich für diese oder jene Eifigentumskategorie infrage kommen. Dies wird dann durch den Gesichtspunkt der Funktion bzw. der Aufgaben der Genossenschaften oder der gesellschaftlichen Organisationen noch unterstrichen.

Aufgabe einer landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft ist nicht der Druck von Zeitungen oder die Heilbehandlung von Industriearbeitern. Von hier aus werden Druckereien oder Heilsanatorien nicht in genossenschaftlichem Eigentum stehen dür-

⁽²²⁾ Erstmals gesetzlich geregelt in den sowjetischen Zivilrechtsgrundlagen von 1961, Art. 24.

⁽²³⁾ Diese Kategorie sozialistischen Eigentums wird auch noch nicht in allen Rechtsordnungen sozialistischer Staaten ausdrücklich geregelt.

fen, umgekehrt ist es nicht Aufgabe gesellschaftlicher Organisationen, Feldfrüchte anzubauen oder Vieh zu züchten. Hiermit im Zusammenhang stehende Eigentumsobjekte werden also (in der Regel) nicht Eigentum gesellschaftlicher Organisationen sein können.

Wegen der mangelhaften Präzisierung der einzelnen Kategorien des sozialistischen Eigentums auch in einer Kombination von Funktionsbestimmung und Gegenstandsumschreibung bleibt eine Abgrenzung im einzelnen möglicherweise problematisch. Dies ist indessen aus zwei Gründen rechtlich unerheblich: einmal ordnet im Einzelfall letztlich die konkrete staatliche Verfügung ein bestimmtes Objekt einer bestimmten Eigentumskategorie und einem entsprechenden Rechtsträger zu. Nur bei den Objekten, die zwingend Staatseigentum sind, gibt es hinsichtlich der Eigentumskategorie keine Wahl. Zum Zweiten sind die Kataloge, die das Staatseigentum umschreiben, insofern offen, als sie zwar festlegen, was nicht in einer anderen Eigentumskategorie stehen darf, daß sie das Staatseigentum aber nicht abschließend umschreiben. Vielmehr gilt, daß grundsätzlich alles in Staatseigentum stehen kann. Schon von hier aus können sich die Umschreibungsversuche der beiden anderen Arten des sozialistischen Eigentums im Bereich des Ungefähren und Vorläufigen bewegen.

Wie gut oder schlecht gelungen die Bestimmungsversuche des sozialistischen Eigentums insgesamt und seiner einzelnen Erscheinungsformen im Detail auch immer sein mögen, im Ergebnis bleibt der Eindruck zurück, daß man sich auf recht schwankendem Boden bewegt. Der Verzicht — oder auch die Unmöglichkeit —, eigene juristische Kriterien für das sozialistische Eigentum und seine Unterarten zu entwickeln, bedeutet, daß die Eigentumslehre der Rechtsordnungen in den sozialistischen Ländern im Grunde an der Eigentumslehre der bürgerlichen Rechtsordnungen grundsätzlich festhält und über sie nicht hinausgeht. Was sozialistisches Eigentum ist, wird nicht durch die positive Bestimmung neuartiger Eigentumskategorien festgelegt, sondern durch die Zuordnung von Eigentumsobjekten an bestimmte Subjekte und damit durch einen Negativkatalog der Einschränkung von Privateigentum bis hin zu seinem Ausschluß. Etwas überspitzt kann man sagen: die Eigentumstheorie und Eigentumsordnung in den

sozialistischen Staaten beruhen auf dem Privateigentum, dieses wird jedoch im Wege der Einschränkung oder gar des Anschlusses von Privateigentum an bestimmten Objekten in den meisten Ländern ganz, in einigen Ländern bis auf gewisse Restbestände aufgehoben.

Stellt sich schon das sozialistische Eigentum in seiner rechtlichen Behandlung als Anschluß von Privateigentum dar, so liegt die Vermutung nahe, daß dies erst recht beim persönlichen Eigentum der Fall ist, denn dieses erweckt — zumindest beim nicht-marxistischen Betrachter — den Eindruck einer besonderen Nähe zum Privateigentum.

III. DIE BESTIMMUNGSKRITERIEN DES PERSÖNLICHEN EIGENTUMS.

Eine ausgebildete Kategorie persönliches Eigentum hat es in der marxistisch-leninistischen Rechtslehre nicht von vornherein gegeben, obwohl sich von der dargestellten Unterscheidung durch Marx und Engels her die Herausarbeitung der Kategorie persönliches Eigentum geradezu angeboten hätte. Freilich muß man verstehen, daß es zunächst um die Überwindung der alten Eigentumsordnung und als zweites um die Ordnung des vergesellschafteten Eigentums ging; die rechtliche Neuordnung der dem einzelnen verbliebenen Sachgüter war jedenfalls nicht vordringlich.

Die erste Sowjetverfassung, die Verfassung der RSFSR vom 10. Juli 1918⁽²⁴⁾, die die vom III. Allrussischen Sowjetkongreß im Januar 1918 bestätigte « Deklaration der Rechte des werktätigen und ausgebeuteten Volkes » als ihren Ersten Abschnitt übernommen hat, enthält in eben diesem Ersten Abschnitt eine Reihe wichtiger Aussagen zum Eigentum. Es handelt sich hierbei jedoch durchgängig um die Aufhebung von Privateigentum an bestimmten Objekten oder um Maßnahmen zu seiner Einschränkung und Kontrolle. Äußerungen darüber, in welchem Rahmen individuelles Eigentum (in welcher Rechtsform auch immer) anerkannt oder gar geschützt wird, enthält diese Verfassung nicht.

⁽²⁴⁾ Text in: *Die Verfassungsgesetzgebung des Sowjetstaates*, Berlin (Ost) 1959, S. 9 ff.

Auch die erste sowjetische Zivilrechtskodifikation, das ZGB der RSFSR vom 31.10.1922 (das später auch von den anderen Unionsrepubliken übernommen wurde), kennt das persönliche Eigentum als eigenständige Eigentumsart noch nicht. Es unterscheidet drei Eigentumsarten, nämlich (1.) das Staatseigentum an nationalisierten und munizipalisierten Gegenständen, (2.) das Genossenschaftseigentum und (3.) das Privateigentum (Art. 52 ZGB RSFSR 1922).

Die Regelung und Berücksichtigung von Privateigentum im ZGB der RSFSR von 1922 ist nicht nur aus der Rückschau ganz folgerichtig, denn dieses Zivilrecht sollte ja die ökonomischen Verhältnisse der « Neuen ökonomischen Politik » (NEP) regeln, die weitgehend auf privatkapitalischer Basis vonstatten gingen, freilich gleichzeitig unter staatlicher Kontrolle. Deshalb verhält sich auch der Gesetzgeber hinsichtlich des Privateigentums zurückhaltend, indem er die Gegenstände, die in Privateigentum stehen können, detailliert und erschöpfend aufzählt und dem Eigentümer den Besitz, die Nutzung und die Verfügung ausdrücklich nur in den Schranken des Gesetzes gestattet und vom Privateigentum das Kriterium sozialer Nützlichkeit verlangt ⁽²⁵⁾. Dabei zeigt sich, daß der damalige sowjetische Gesetzgeber selbst absolut noch nicht differenziert und Privateigentum selbst im Sinne eines hergebrachten Verständnisses, nicht aber in marxistischer Weise interpretiert. Der einschlägige § 54 ZGB RSFSR 1922 umschreibt das erlaubte Privateigentum (*častnij sobstvenost'*) folgendermaßen: nichtkommunalisierte Gebäude, Handelsunternehmungen, Industrieunternehmungen, die nicht mehr als die gesetzlich zulässige Zahl von Lohnarbeitern beschäftigen ⁽²⁶⁾, Waffen und Produktionsmittel, Geld, Wertpapiere und sonstige Wertgegenstände, darunter auch Gold- und Silbermünzen und ausländische Valuta, Gegenstände des häuslichen Bedarfs, der (Haus-)Wirtschaft und des persönlichen Gebrauchs, Waren, deren Verkauf

⁽²⁵⁾ S. hierzu N. REICH, *Sozialismus und Zivilrecht*, Frankfurt 1972, S. 162.

⁽²⁶⁾ Dies waren nach einem Dekret vom 7. Juli 1921 über die Haus- und Kleinindustrie 10 bis 20 Lohnarbeiter. S. hierzu H. FREUND, *Das Zivilrecht Sowjetrußlands*, Mannheim-Berlin-Leipzig 1924, S. 160.

gesetzlich nicht verboten ist und alle Sachen, die vom Privatverkehr nicht ausgeschlossen sind.

Diese recht buntscheckige Kollektion erlaubten Privateigentums enthält eindeutig Objekte, die in marxistischer Begriffsbestimmung Privateigentum sind, also Produktionsmittel, aber auch Objekte, die dies eindeutig nicht sind, schließlich aber auch Gegenstände, die beides sein können (insbesondere Geld, Wertpapiere, Waren usw.). Immerhin deuten sich durch die Kennzeichnung einiger Objekte als solcher, die dem « häuslichen Bedarf » oder dem « persönlichen Gebrauch » dienen, schon später maßgeblich werdende Kriterien des persönlichen Eigentums an.

Allerdings unterscheidet das ZGB RSFSR von 1922 doch schon zwei Arten von Privateigentum. Neben den in § 54 umschriebenen Objekten des ohne weiteres erlaubten Privateigentums nennt es in den beiden nachfolgenden Paragraphen zwei Erscheinungsformen des Privateigentums, die zusätzlicher Genehmigungen bedürfen. In § 55 wird das sogenannte Konzessionäreigentum behandelt, nämlich das Privateigentum an Unternehmungen mit mehr als der gesetzlich zugelassenen Zahl an Lohnarbeitern, an Telegraph, Radiotelegraph und anderen für den Staat bedeutsamen Einrichtungen. An diesen Objekten konnte Privateigentum nur auf Grund einer staatlichen Konzession bestehen. Ähnliches galt für Privateigentum an Waffen und Kriegsmaterial, Explosivstoffen, sprithaltigen Gegenständen mit einer das erlaubte Maß übersteigenden Stärke und stark wirkenden Giften. Für das Privateigentum an diesen Gegenständen war eine Erlaubnis des zuständigen Regierungsorgans erforderlich (§ 56 ZGB RSFSR 1922).

Diese Unterscheidung von ohne weiteres zulässigem Privateigentum und solchem Privateigentum, das auf Grund einer Konzession oder staatlichen Erlaubnis zulässig war, deutet zwar schon die Richtung der späteren Entwicklung an; rechtstechnisch blieb sie allerdings auf der Ebene von Eigentumsbeschränkungen durch öffentlich-rechtliche Eingriffe oder Vorbehalte, wie sie auch westlichen Rechtsordnungen bekannt sind ⁽²⁷⁾. An der Tatsache, daß

⁽²⁷⁾ Zu berücksichtigen ist auch, daß das Privateigentum unter dem generellen Vorbehalt des Art. 1 ZGB RSFSR 1922 stand, der bürgerliche Rechte schützte,

es sich sowohl in den Fällen des § 54 als auch in denen der §§ 55, 56 ZGB RSFSR 1922 in rechtlicher Hinsicht um Privateigentum handelte, wird hierdurch nichts geändert.

Eine Unterscheidung von privatem und persönlichem Eigentum erfolgt dann erst in der Mitte der dreißiger Jahre, nämlich in einem « Kurs des sowjetischen Wirtschaftsrechts » von 1935 ⁽²⁸⁾. Hier wird ausgeführt, daß dem persönlichen Eigentum der Bürger, das sich vom sozialistischen Eigentum ableitet, eine ständig wachsende Rolle zukomme.

Damit findet Ausdruck, was als Rechtsproblem schon längst auch dann hätte aufgeworfen werden müssen, wenn die Kategorie des persönlichen Eigentums nicht schon von Marx und Engels her vorgegeben gewesen wäre. Denn wenn die Volkswirtschaft nach der Beendigung der NEP nun eindeutig auf der Basis von sozialistischem Eigentum funktionierte, dann mußte nach den rechtlichen Instrumentarien gefragt werden, über die sich die sozialistische Volkswirtschaft in die Sphäre der individuellen Konsumption fortsetzen sollte. Oder anders ausgedrückt: Der Werktätige, der für seine Arbeit am gesellschaftlichen Eigentum einen Lohn in Geld erhielt, erwarb damit Eigentum an diesem Geld oder an den mit diesem Geld erworbenen Waren. Daß dieses Eigentum kein gesellschaftliches mehr sein konnte, war offenkundig; umgekehrt konnte nicht recht einleuchten, daß es sich hierbei um Privateigentum handeln sollte, denn daß die gesellschaftliche Produktion an gesellschaftlichem Eigentum zur Entstehung von Privateigentum führt, nämlich sowohl in Gestalt des Lohns als auch in Gestalt der für den Lohn erworbenen Waren, die ja ebenfalls zunächst als sozialistisches Eigentum entstanden sind, mußte im Grunde als systemwidrig erscheinen. Schon unter diesem Gesichtspunkt bot sich die Herausbildung des persönlichen Eigentums als einer eigenständigen Kategorie von Eigentum an, deren essentielle Verknüpfung mit und Ableitung vom

« mit Ausnahme derjenigen Fälle, in denen sie im Widerspruch zu ihrer sozialökonomischen Bestimmung ausgeübt werden ».

⁽²⁸⁾ *Kurs sovetskogo chozjajstvennogo prava*, Bd. II (Redaktion Docenko) 1935, S. 7.

sozialistischen Eigentum aber von vornherein offenkundig wird ⁽²⁹⁾.

Die sowjetische Unionsverfassung von 1936 greift diese längst fällige Weiterentwicklung der Eigentumstheorie auf und sanktioniert sie. In ihrem Art. 10 spricht sie aus, daß das persönliche Eigentum der Bürger an ihren selbsterarbeiteten Einkünften und Ersparnissen, am Wohnhaus und an der häuslichen Nebenwirtschaft, an den Hauswirtschafts- und Haushaltungsgegenständen, an den Gegenständen des persönlichen Bedarfs und Komforts durch das Gesetz geschützt wird. Den gleichen Schutz erfährt das Erbrecht an diesem persönlichen Eigentum.

Art. 10 der Sowjetischen Unionsverfassung von 1936 gibt lediglich eine — recht detaillierte, gleichwohl aber offene — Gegenstandsbestimmung des persönlichen Eigentums; eine Funktionsbestimmung wird in der Verfassungsnorm nicht versucht, sie ergibt sich allenfalls indirekt aus der Gegenstandsbestimmung, denn die einzelnen Objekte, die Gegenstand des persönlichen Eigentums sein können, sind unter dem Gesichtspunkt der ihnen obliegenden Funktion gekennzeichnet. Die Verfassung läßt damit zwar offen, wie hoch im einzelnen die Einkünfte und Ersparnisse sein können, sie verlangt nur, daß sie selbsterarbeitet sind ⁽³⁰⁾. Auch über den Umfang der häuslichen Nebenwirtschaft, der Hauswirtschafts- und Haushaltungsgegenstände und vor allem des persönlichen Bedarfs und Komforts sagt die Verfassung nichts näheres. Gleichwohl wird deutlich gemacht, daß es sich jeweils um derartige Gegenstände handeln muß und nicht um andere.

Immerhin fällt bei der sowjetischen Verfassung von 1936, die erstmals diese neue Eigentumskategorie formuliert — und dies

⁽²⁹⁾ *Kurs sovetskogo chozjajstvennogo prava*, Bd. II (Redaktion Docenko) 1935, S. 7).

⁽³⁰⁾ Daß mit der im gleichen Artikel enthaltenen Garantie des Erbrechts von vornherein ein Widerspruch hierzu gesetzt ist, soll nur am Rande bemerkt werden. Im übrigen soll das Sonderproblem des Erbrechts hier nicht näher behandelt werden. Die im Kommunistischen Manifest (*a.a.O.*, S. 32) geforderte « Abschaffung des Erbrechts » und seine spätere Gewährleistung im Recht der sozialistischen Staaten bilden an sich noch keinen Widerspruch, weil die Forderung nach Abschaffung des Erbrechts sich offenbar wiederum nur auf das Privateigentum bezieht. Freilich ist ererbtes Eigentum arbeitsloses Eigentum und kann von einer gewissen Größenordnung an Probleme hinsichtlich einer möglicherweise unerwünschten Akkumulation von persönlichem Eigentum aufwerfen.

in der Absicht einer klaren Abgrenzung gegen das Privateigentum — eine erstaunliche Sachlichkeit und Zurückhaltung auf. Die sowjetische Unionsverfassung von 1936 verzichtet sowohl auf die Bestimmung einer Obergrenze des persönlichen Eigentums als auch auf eine ausdrückliche Abgrenzung gegenüber dem Produktionsmitteleigentum als auch schließlich auf die Fixierung eines Mißbrauchsverbots für das persönliche Eigentum. Sie übt damit hinsichtlich des persönlichen Eigentums sehr viel mehr vornehme Zurückhaltung als andere und spätere Bestimmungsversuche dieser Materie.

Die sowjetische Unionsverfassung von 1936 spricht darüberhinaus auch noch ein für das persönliche Eigentum, seinen Umfang und seine rechtliche Einordnung wichtiges Problem an. In Art. 4 wird zwar klargelegt, daß die ökonomische Grundlage der UdSSR das sowjetische Wirtschaftssystem und das sozialistische Eigentum an den Produktionsinstrumenten und -mitteln auf der Basis der Aufhebung des Privateigentums an ihnen und der Abschaffung der Ausbeutung des Menschen durch den Menschen sei. Gleichzeitig trägt die Verfassung jedoch dem elementaren Phänomen Rechnung, daß im Grunde keine Wirtschaft voll sozialisierbar ist, weil gewisse Bereiche privater wirtschaftlicher Betätigung immer übrig bleiben oder übrig bleiben sollten, weil es auch in einer vollsozialisierten Volkswirtschaft den Flickschuster, die Schneiderin, den Töpfer oder Maler und viele andere kleingewerbliche Formen der Produktion und Dienstleistung geben muß, es sei denn, man verzichtet auf ihre Hervorbringungen überhaupt, weil viele dieser Aktivitäten in einer wie immer sozialisierten Erscheinungsform nicht zu organisieren sind. Das Problem ist bekannt, insbesondere durch die von allen sozialistischen Volkswirtschaften latent vorangetriebenen Versuche, privatwirtschaftliche Aktivitäten weitgehend zurückzudrängen oder gar auszuschalten, um den Kapitalismus zu überwinden und sein Wiederentstehen zu verhindern. Dies vor allem führt dann zu den ständigen Engpässen der Alltagsversorgung, wie sie für die meisten sozialistischen Länder charakteristisch sind, zu den Versorgungsdefiziten im Bereich der kleinen Bedürfnisse (von der fehlenden Handwerkerleistung bis zum nicht aufzutreibenden Hosenknopf); und dies schließlich ist einer der Hauptgründe dafür, daß Sozial-

lismus bislang mit einer grauen und freudlosen Lebensweise weitgehend identisch geblieben ist.

Diesem Problem trägt die Unionsverfassung von 1936 Rechnung, wohl aber noch mehr der — damals noch nicht überwundenen ⁽³¹⁾ — Tradition und erklärt in ihrem Art. 9 neben dem in der UdSSR herrschenden sozialistischen Wirtschaftssystem die auf persönlicher Arbeit beruhende und eine Ausbeutung fremder Arbeit ausschließende kleine Privatwirtschaft von Einzelbauern und Kleingewerbetreibenden für gesetzlich zulässig ⁽³²⁾.

Diese zugelassene landwirtschaftliche und kleingewerbliche Betätigung bildet gleichsam die offene Flanke vom sozialistischen zum kapitalistischen System hin - zugleich auch von der sozialistischen Eigentumsordnung hin zur bürgerlich-privatkapitalistischen. Denn zweifellos ist die in Art. 9 UdSSR-Verf. 1936 erlaubte wirtschaftliche Tätigkeit individuelle Produktion, bei ihr wird mit Produktionsmitteln gearbeitet, die in individuellem Eigentum stehen und auch die Aneignung des Arbeitsergebnisses erfolgt individuell. Das einzige, was diese Art wirtschaftlicher Betätigung vom kapitalistischen Wirtschaften unterscheidet, ist das Erfordernis persönlicher Arbeit und damit der Ausschluß der Ausbeutung fremder Arbeit ⁽³³⁾.

Es stellt sich die Frage, ob das im Zusammenhang mit diesem erlaubten individuellen Wirtschaften bestehende (an den Produktionsmitteln) oder entstehende (an den Ergebnissen der Produktion) Eigentum ohne weiteres unter das persönliche Eigen-

⁽³¹⁾ Von der damaligen Konzeption her handelte es sich in der Tat um die Anerkennung eines privatwirtschaftlichen Restbereichs, der noch nicht sozialisiert ist, der aber weiter schrumpfen und schließlich verschwinden sollte (s. hierzu D. M. GENKIN, *Pravo ličnoj sobstvennosti v SSSR*, Moskau 1953, S. 397).

⁽³²⁾ Auch die Wortwahl « gesetzlich zugelassen » statt — wie beim persönlichen Eigentum « garantiert » — deutet die Vorläufigkeit dieser Restvorkommen von individuellem Produktionsmitteleigentum an.

⁽³³⁾ In gewisser Hinsicht ist dies freilich fiktiv, denn in der Regel ist bei diesen Konstruktionen die Beschäftigung von Familienangehörigen nicht untersagt. Daß aber auch Familienangehörige ausgebeutet werden können, vielfach sogar leichter als Fremde, durch Arbeitsschutz und andere Gesetze besser geschützte Personen, bedarf keines zusätzlichen Beweises. Hier ist dann der Rekurs auf Engels, der die tradierte Einehe als das erste historische Ausbeutungsverhältnis bezeichnet hat, nicht einmal sehr fernliegend.

tum subsumiert werden kann oder ob es sich hier (trotz des Fehlens des Kriteriums der Ausbeutung) nicht doch eher um Privateigentum handelt. Die sowjetische Unionsverfassung von 1936 beantwortet diese Frage nur zur Hälfte, indem sie bei der Aufzählung der Objekte des persönlichen Eigentums zwar die häusliche Nebenwirtschaft (also die persönliche Landwirtschaft des Kolchosbauern) ausdrücklich nennt, hinsichtlich der Produktionsmittel des Kleingewerbetreibenden aber schweigt. Allenfalls die Erträgnisse der Arbeit kann man unter den «selbsterarbeiteten Einkünften» als miterfaßt ansehen, obwohl unter ihnen eigentlich die Einkünfte aus der Produktion an vergesellschafteten Produktionsmitteln gemeint sind und generell für die individuelle Produktionsweise zu sagen ist, daß seine Ableitung aus dem sozialistischen Eigentum nicht möglich ist.

Wo daher das kleingewerbliche Eigentum einzuordnen ist, mochte sich als problematisch erweisen, zumal im Jahre 1936 das Zivilgesetzbuch der RSFSR von 1922 (und die entsprechenden Zivilgesetzbücher der anderen Unionsrepubliken) noch formell geltendes Recht war — und mit ihm das Privateigentum als rechtliche Kategorie unter das kleingewerbliche Eigentum von der Umschreibung des Gesetzes her ohne Bedenken zu subsumieren gewesen wäre.

Indessen ist davon auszugehen, daß spätestens mit der Unionsverfassung von 1936 die Kategorie des Privateigentums (trotz formeller Fortgeltung der einschlägigen Zivilrechtsnormen) als obsolet angesehen werden mußte. Der Katalog der Eigentumsformen der Verfassung galt als abschließend. Eine Einordnung des Kleingewerbeigentums unter das persönliche Eigentum bot sich auch über die Analogie aus der Behandlung des einzelbäuerlichen Eigentums an. Und schließlich findet sich die eigentliche Legitimation für die Subsumtion des Kleingewerbeigentums unter das persönliche Eigentum in der Ideologie, denn dieses war von Marx und Engels im Kommunistischen Manifest als «erarbeitetes, erworbenes, selbstverdientes», als «kleinbürgerliches, kleinbäuerliches Eigentum»⁽³⁴⁾ umschrieben werden, womit zwei-

⁽³⁴⁾ K. MARX - F. ENGELS, *Manifest der Kommunistischen Partei*, Berlin 1948, S. 24.

fellos auch und vor allem das kleingewerbliche Eigentum gemeint ist. Man kann also feststellen, daß in der Sowjetunion mit der Anerkennung des persönlichen Eigentums als eigener Eigentums-kategorie von vornherein in zwar beschränkter Weise auch Eigentum aus oder im Zusammenhang mit privatwirtschaftlicher Tätigkeit unter die Kategorie des persönlichen Eigentums subsumiert worden ist. Dies war notwendig wegen der Verdrängung des Privateigentums (auch als rechtlicher Kategorie) und es war (ideologisch) möglich wegen der strikten Eingrenzung der zulässigen privatwirtschaftlichen Tätigkeit. Problematisch bleibt dies gleichwohl, weil das persönliche Eigentum im Sozialismus vom sozialistischen Eigentum abgeleitet sein soll, weil es der persönlichen Bedürfnisbefriedigung dienen soll (und nicht der Reproduktion von Kapital) und schließlich, weil die Wand zwischen Ausbeutung und Nichtausbeutung fremder Arbeitskraft sehr dünn und brüchig ist - oder anders ausgedrückt: es wirkt wenig überzeugend, wenn das Eigentum des Flickschusters, der einen Gehilfen beschäftigt, eine andere ökonomische Qualität und rechtliche Kategorie erhält als dann, wenn er die Schuhe allein oder mit Hilfe seiner Ehefrau und Kinder repariert. Dies führt dann zu der weiteren Frage, wo die Grenze zwischen persönlicher Tätigkeit und Ausbeutung zu ziehen ist - bei einem, fünf, 10 oder 100 beschäftigten fremden Arbeitskräften oder bei anderen Kriterien? Die Rechtsordnungen der sozialistischen Staaten geben hierauf unterschiedliche Antworten, sowohl in der Sache als auch in der rechtlichen Einordnung.

IV. DAS PERSÖNLICHE EIGENTUM IM GELTENDEN RECHT DER SOZIALISTISCHEN STAATEN.

1. UdSSR.

Die Grundlagen der sowjetischen Zivilgesetzgebung (GZG) vom 8. Dezember 1967⁽³⁵⁾ schreiten auf dem von der Unionsverfassung von 1936 eingeschlagenen Weg fort, setzt aber die Akzente deut-

⁽³⁵⁾ VVS SSSR 1961, Nr. 50, Pos. 525.

licher und präzisiert den Gegenstand des persönlichen Eigentums. Was in der Unionsverfassung von 1936 nur indirekt angesprochen ist, die Funktionsbestimmung des persönlichen Eigentums, bildet nun gleichsam den eigentlichen Rahmen seiner inhaltlichen Fixierung. Art. 25 I S. 1 GZG UdSSR bestimmt, daß sich im persönlichen Eigentum der Bürger Vermögen befinden kann, das zur Befriedigung ihrer materiellen und kulturellen Bedürfnisse bestimmt ist. Dieser Aspekt, daß persönliches Eigentum der materiellen und kulturellen Bedürfnisbefriedigung dienen muß, wird durch das Verbot, persönliches Eigentum zur Gewinnung arbeitslosen Einkommens zu verwenden (Art. 25 I, S. 3 GZG UdSSR, nochmals unterstrichen. Zugleich fixiert dieses Verbot die Grenze des persönlichen Eigentums. Sofern dieses zur Gewinnung arbeitslosen Einkommens verwendet wird, verliert es seinen Charakter als persönliches Eigentum und damit auch den Schutz des Gesetzes. Hier wird nun erstmals wirklich deutlich gemacht, was das persönliche Eigentum vom (nicht marxistisch interpretierten) Privateigentum der westlichen Rechtsordnungen eigentlich unterscheidet, nämlich seine durch das Gesetz fixierte Zweckgebundenheit.

Persönliches Eigentum im Recht sozialistischer Staaten ist nicht einfach die Summe der Gegenstände, die der einzelne Bürger (noch) in seinem Eigentum haben darf, persönliches Eigentum wird vielmehr in erster Linie durch die Art seiner Nutzung (bzw. durch den Ausschluß bestimmter Nutzungsarten) bestimmt. Eine der Zweckbestimmung zuwiderlaufende Nutzung hat dann folgerichtig die Wegnahme des zweckentfremdeten (persönlichen) Eigentums zur Folge ⁽³⁶⁾.

Im Rahmen dieser Funktionsbestimmung wird dann eine konkrete Bestimmung der Objekte und Gegenstände versucht, die persönliches Eigentum sein können. Die sowjetischen Zivilrechtsgrundlagen nennen hier: die Arbeitseinkünfte und Ersparnisse, ein Wohnhaus oder den Teil eines Wohnhauses, eine Nebenwirtschaft (des Kolchosbauern), Hauswirtschafts- und Haushaltsgegenstände sowie Gegenstände des persönlichen Bedarfs und Kom-

⁽³⁶⁾ So ausdrücklich Art. 111 ZGB RSFSR.

forts (Art. 25 I, S. 2 GZG UdSSR). Hinsichtlich des Hauseigentums erfolgt dann die weitergehende Präzisierung (die gegenüber dem vor 1961 geltenden Rechtszustand eine Einschränkung bedeutete), daß zwar jeder Bürger Eigentum an einem Wohnhaus haben kann, daß aber zusammenlebende Ehegatten und deren minderjährigen Kinder auch nur zusammen ein Haus haben dürfen, wobei gleichgültig sei, ob sich dieses im Alleineigentum eines Familienmitgliedes oder im gemeinschaftlichen Eigentum aller befinde. Darüberhinaus verweist das Gesetz auf Vorschriften über die höchstzulässige Größe sowie über die Bedingungen für die Vermietung (Art. 25 II GZG UdSSR). Ein weiterer Verweis auf weitergehende Konkretisierungen betrifft die Höchstgrenze der zulässigen privaten Viehhaltung (Art. 25 III GZG UdSSR), die insbesondere für Kolchosbauern und Sowchosarbeiter von Bedeutung ist. Für das Kolchosmitglied von Bedeutung ist die weitere Bestimmung, daß ein Bürger, der Mitglied eines Bauernhofes in einer Kollektivwirtschaft ist, persönliches Eigentum nicht an solchem Vermögen haben kann, das nach dem Statut der betreffenden Kollektivwirtschaft nur dem Hof als solchem gehören kann (Art. 25 IV GZG UdSSR) ⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ Diese für den Außenstehenden auf den ersten Blick nicht leicht zu verstehende Beschränkung des persönlichen Eigentums trägt der historisch bedingten Besonderheit Rechnung, daß Subjekt des Eigentums des Bauernhofes (in der heutigen Kollektivwirtschaft ebenso wie in der früheren Mir-Gemeinde) der Hof selbst und nicht einer seiner Bewohner ist, rechtlich als Eigentum zur gesamten seiner Mitglieder (Angehörigen bzw. Bewohner) konstruiert (Art. 27 I GZG UdSSR). So geht dann auch das Gesetz davon aus, daß der Hof Eigentümer der Nebengewirtschaft, des Wohnhauses, Nutzviehs, Geflügels und landwirtschaftlichen Kleininventars ist (sofern dieses vom Statut der Kollektivwirtschaft so vorgesehen ist). Auch das Arbeitseinkommen des Kolchosbauern oder sonstiges Vermögen, das er dem Hof zur Verfügung stellt, gehört dem Hof, ebenso Haushaltsgegenstände und Gegenstände des persönlichen Bedarfs, wenn diese mit gemeinschaftlichen Mitteln erworben werden (Art. 27 II, III GZG UdSSR).

Der Kolchosbauer ist also hinsichtlich des persönlichen Eigentums anders gestellt als andere Bürger. Persönliches (Allein-) Eigentum kann es nur an (nicht an den Hof übereigneten) Arbeitseinkünften und Ersparnissen sowie an den aus diesen Mitteln angeschafften Gegenständen, ferner an Komfortgegenständen haben. Alle anderen Objekte des persönlichen Eigentums sind für ihn gemeinschaftliches Eigentum in der Form des Gesamthandseigentums (Art. 26 GZG UdSSR).

Auch die Unionsverfassung der UdSSR von 1977 bleibt in ihren Art. 13 im wesentlichen bei dieser Bestimmung des persönlichen Eigentums; sie knüpft allerdings stärker an die Vorlage der Unionsverfassung von 1936 als an die Zivilrechtsgrundlagen von 1961 au. So fehlt auch hier die ausdrückliche Funktionsbestimmung des persönlichen Eigentums, dagegen ist das Zweckentfremdungsverbot im Text der Verfassung enthalten (Art. 13 III Verf. Entwurf 1977 UdSSR).

Hinsichtlich der Gegenstandsbestimmung des persönlichen Eigentums enthält die Verfassung eine gewisse Erweiterung im Zusammenhang mit der Nutzung staatlichen Bodens durch Bürger. War dies in bisherigen rechtlichen Fixierungen stärker vom Bild der Nebenwirtschaft des Kolchosbauern bestimmt, so ist die Nebenwirtschaft in der Anlage der Verfassung nur eine unter mehreren Arten individueller Bodennutzung. Die Verfassung denkt hier insbesondere an die Zwecke des Obst- und Gemüseanbaus (also an die gärnerische Nutzung) sowie an den Bau von Eigenheimen (Art. 13 II Verf. 1977 UdSSR).

Auch in Bezug auf den Umfang der erlaubten individuellen gewerblichen Betätigungen enthält die Verfassung offensichtlich eine großzügigere Formulierung. War in der Verfassung von 1936 lediglich von der kleinen Privatwirtschaft der Einzelbauern und Kleingewerbetreibenden die Rede (Art. 9 UdSSR Verf. 1936), so ist jetzt von der individuellen Arbeitsbetätigung im Bereich der Heimarbeit des Handwerks, der Landwirtschaft und der Dienstleistungen für die Bevölkerung sowie von anderen Formen der Erwerbstätigkeit die Rede, die allerdings nach wie vor auf persönlicher Arbeit oder der Arbeit von Familienangehörigen beruhen muß (Art. 17 Verf. 1977 UdSSR).

Damit muß nicht notwendig eine Erweiterung der erlaubten privatwirtschaftlichen Betätigungen verbunden sein; es ist jedoch kaum anzunehmen, daß die neue Verfassung der Angelegenheit mehr Aufmerksamkeit als die alte schenken würde, wenn sie nicht zugleich an eine Erweiterung in der Sache dächte ⁽³⁸⁾. Wenn

⁽³⁸⁾ Allerdings wird in dogmatischer Hinsicht das individuelle Produktionsmitteleigentum ebenso wie bisher behandelt, nämlich « zugelassen » und nicht « garantiert ».

dies jedoch so ist, dann sind damit auch Auswirkungen auf das persönliche Eigentum nicht nur in quantitativer Hinsicht verbunden, sondern auch insoweit, als eine erweiterte rechtliche Sanktionierung privatwirtschaftlicher Tätigkeit notgedrungen auch eine Ausweitung des Gegenstandes des persönlichen Eigentums um diejenigen Produktionsmittel und die aus ihnen fließenden Einkünfte in Kauf nehmen muß, die zu bestimmten erlaubten privaten Betätigungen gehören. Denn nach wie vor kennt das sowjetische Recht nicht die Kategorie des Privateigentums; es bleibt also nur die Möglichkeit, das kleingewerbliche Eigentum als persönliches Eigentum zu behandeln. Dies wird in Art. 116 ZGB RSFSR in der Weise ausgesprochen, daß auf diese Fälle die Vorschriften über das persönliche Eigentum « Anwendung finden ».

Die rechtliche Behandlung des persönlichen Eigentums in der Sowjetunion hat Modellcharakter für einige andere sozialistische Länder.

2. DDR ⁽³⁹⁾.

Dies gilt z.B. für die DDR. Dort gewährleistet Artikel 11 der Verfassung von 1968 (1974) ⁽⁴⁰⁾ das persönliche Eigentum und das Erbrecht und fixiert es auf die Funktion der materiellen und kulturellen Bedürfnisbefriedigung. Die DDR-Verfassung verzichtet allerdings auf eine gegenständliche Umschreibung des persönlichen Eigentums, enthält jedoch wiederum das Zweckentfremdungsverbot, das sogar weiter reicht als im sowjetischen Recht, da nicht nur die Erzielung arbeitslosen Einkommens verboten wird, sondern jeder den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufende Gebrauch des Eigentums (Art. 11 Verf. DDR).

⁽³⁹⁾ Die Darstellung der Rechtslage in einzelnen Ländern soll lediglich Beispielcharakter haben. Nicht beabsichtigt ist eine erschöpfende Darstellung der Regelung der einschlägigen Fragen in allen sozialistischen Staaten. Die ausgewählten Länder sind allerdings in gewisser Hinsicht repräsentativ für bestimmte Typengruppen.

⁽⁴⁰⁾ Vom 6.4.1968, GBl. I, 199, i.d.F. des Gesetzes zur Ergänzung und Änderung der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 7.10.1974, GBl. I, 425, 432.

Sowohl die Zweckbestimmung als auch das Mißbrauchsverbot sind auch im Zivilrecht ⁽⁴¹⁾ fixiert (§ 22 II, III ZGB DDR), wobei noch eine zusätzliche Funktionsbindung Interesse verdient. Nach § 22 II, S. 2 ZGB DDR haben sowohl der Erwerb als auch die Nutzung des persönlichen Eigentums in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften zu erfolgen. Zwar ist eine solche Bestimmung eigentlich selbstverständlich; im konkreten Fall soll sie aber eine weitere Entfernung des persönlichen Eigentümers vom Privateigentümer des bürgerlichen Rechts signalisieren. Das persönliche Eigentum ist nicht nur gegenständlich und funktional fixiert, auch die Art und Weise, wie man es erwirbt und zu nutzen hat, unterliegt staatlicher Reglementierung. Anders als die Verfassung verzichtet das Zivilgesetzbuch nicht auf die Bestimmung des Gegenstandes des persönlichen Eigentums, sondern nennt « insbesondere » folgende Objekte: Arbeitseinkünfte und Ersparnisse, die Ausstattung der Wohnung und des Haushalts, Gegenstände des persönlichen Bedarfs, die für die Berufsausbildung, Weiterbildung und Freizeitgestaltung erworbenen Sachen, Grundstücke und Gebäude zur Befriedigung der persönlichen und familiären Wohn- und Erholungsbedürfnisse ⁽⁴²⁾.

Hinsichtlich der eigentumsrechtlichen Behandlung privatwirtschaftlicher Tätigkeit bildet die DDR ein recht brauchbares Demonstrationsobjekt für einen erst vor relativ kurzer Zeit vollzogenen Wechsel der Konzeption.

Die Verfassung von 1968 räumte in Art. 14 das Recht zur Nutzung und zum Betrieb privater Wirtschaftsunternehmen und Einrichtungen zu Erwerbszwecken ein, verlangte allerdings, daß diese Privatbetriebe gesellschaftliche Bedürfnisse befriedigen müßten. Diese privaten Wirtschaftsunternehmen wurden rechtlich als Privateigentum eingeordnet, wofür es in dem damals noch geltenden BGB von 1896 auch eine rechtliche Basis gab. Die Eigentumslehre in der DDR unterschied im individuellen Bereich persönliches und Privateigentum.

⁽⁴¹⁾ Zivilgesetzbuch der DDR (ZGB DDR) vom 19.6.1975, GBl. I, 465.

⁽⁴²⁾ Hier wird in die Gegenstandsbestimmung eine nochmalige Zweckbestimmung eingeführt.

Auf dem Hintergrund einer weiteren Sozialisierungswelle im Jahr 1972, in deren Verlauf alle größeren privaten Wirtschaftsbetriebe in Volkseigentum überführt wurden, ist dann mit der Verfassungsänderung von 1974 die Anerkennung des privaten Wirtschaftsunternehmens gestrichen worden. Der neue Art. 14 erkennt nur noch überwiegend auf persönlicher Arbeit beruhende kleine Handwerks- und andere Gewerbebetriebe an, die auf gesetzlicher Grundlage tätig sind und die vom Staat gefördert werden sollen.

Unverkennbar ist hier die Imitation des sowjetischen Modells, freilich mit der kleinen Abweichung, daß die DDR-Verfassung nicht von « ausschließlich », sondern von « überwiegend » auf persönlicher Arbeit beruhender Tätigkeit spricht, was — zumindest per definitionem — die Nutzbarmachung-Ausbeutung fremder Arbeitskraft nicht ausschließt. Damit wird die von der eigenen Ideologie her vorgegebene Grenze zum Privateigentum unscharf. Da nun aber das Privateigentum als eigenständige Eigentums-kategorie fortgefallen ist, wird dieses gewerbliche Individualeigentum unter das persönliche Eigentum subsumiert, was durch die Bestimmung des § 23 II ZGB DDR erfolgt, freilich ebenfalls wie im sowjetischen Recht mit der vorsichtigen Wendung von der entsprechenden Anwendung der Bestimmungen zum persönlichen Eigentum auf das individuelle Gewerbeigentum (43).

3. ČSSR.

In der Tschechoslowakei erfolgt die Behandlung des persönlichen Eigentums im Verfassungsrecht (44) in strikter Anlehnung

(43) Daß gleichwohl Lücken verbleiben, kann am Beispiel des Hauseigentums demonstriert werden. In der DDR ist individuelles Eigentum an Mietshäusern nach wie vor möglich (wenn auch wenig lukrativ). Da es — zumindest theoretisch — arbeitsloses Einkommen erbringt, konnte man es folgerichtig der Kategorie des Privateigentums zuordnen, solange es dieses im Katalog der Eigentumsarten gab. Nunmehr bleibt — in analoger Anwendung von § 23 II ZGB DDR — eigentlich nichts anderes übrig, als das individuelle Eigentum an Mietshäusern unter das persönliche Eigentum zu subsumieren.

(44) Verfassung der Tschechoslowakischen Sozialistischen Republik vom 11. Juli 1960; hier zitiert nach der deutschen Übersetzung, in *Jahrbuch für Ostrecht*, Bd. I (1960), 2. Heft, S. 193 ff.

an das sowjetische Modell. Die Garantie des persönlichen Eigentums und des Erbrechts an ihm erfolgt in Art. 10 Verf. ČSSR, wobei auch diese Bestimmung nur eine Gegenstandsumschreibung, aber keine Funktionsbestimmung gibt. Art. 9 Verf. ČSSR erklärt in den Grenzen des sozialistischen Wirtschaftssystems private Kleinbetriebe für zulässig, sofern sie auf persönlicher Arbeit begründet sind und die Ausbeutung fremder Arbeitskraft ausschließen. Die Verfassung sagt nicht ausdrücklich, daß es sich bei diesem erlaubten Kleingewerbeeigentum um persönliches Eigentum handelt, der gesteckte Rahmen sowie das Fehlen des Privateigentums überhaupt lassen aber keine andere Deutung zu ⁽⁴⁵⁾.

Wesentlich interessanter und aufschlußreicher ist die Behandlung des persönlichen Eigentums im tschechoslowakischen Zivilgesetzbuch vom 28.2.1964 ⁽⁴⁶⁾. Das persönliche Eigentum ist hier im 2. Hauptstück des 2. Teils « Sozialistisches gesellschaftliches Eigentum und persönliches Eigentum » (§§ 125 ff.) geregelt, wobei das aus lediglich zwei Paragraphen bestehende 1. Hauptstück unter der Überschrift « Sozialistisches gesellschaftliches Eigentum und Befriedigung der Bedürfnisse der Bürger » ein wichtiges Verbindungsstück zwischen sozialistischen und persönlichem Eigentum darstellt. Hier stellt nämlich § 123 fest, was man sich sonst eigentlich immer nur denken muß, daß nämlich Sachen, die zum persönlichen Bedarf der Bürger bestimmt sind, aus dem sozialistischen Eigentum in ihr persönliches Eigentum überführt oder ihnen zum persönlichen Gebrauch überlassen werden. Hierdurch wird die Ableitung des persönlichen Eigentums vom sozialistischen deutlich gemacht, und zwar nicht nur in dem Sinne, daß persönliches Eigentum seine Quelle hauptsächlich in Arbeit an sozialistischem Eigentum und dem hierdurch erlangten Arbeitsentgelt hat, sondern vor allem darin, daß die Objekte des persönlichen Eigentums in ihrer Mehrzahl ja zunächst als sozialistisches Eigentum entstehen und sodann in persönliches Eigen-

⁽⁴⁵⁾ Auch die Regelungen zum Privateigentum in den Schlußbestimmungen des ZGB (§ 489 ff. ZGB ČSSR) können hier nicht einschlägig sein.

⁽⁴⁶⁾ *Sbírka zákonu* 1964. Nr. 19, Pos. 40.

tum überführt bzw. dem Bürger zugeteilt werden müssen ⁽⁴⁷⁾. Erst in einem zweiten Schritt spricht das Gesetz den Aspekt an, daß die Quelle des persönlichen Eigentums vor allem die gesellschaftsnützliche Arbeit ist (§ 125 I ZGB ČSSR). Diese freilich wenig erschöpfende Auskunft hat wohl mehr die Funktion einer Generalklausel im Sinne der Abgrenzung gegenüber unerwünschten und gesetzlich mißbilligten Erwerbsformen des persönlichen Eigentums. Aus einer unehrlichen Quelle erworbenes Vermögen jedenfalls genießt nicht den Schutz des persönlichen Eigentums (§ 125 II ZGB ČSSR). Daß man nämlich auch auf andere Weise als durch Arbeit zu persönlichem Eigentum kommen kann, wird dann deutlich bei der Aufzählung seiner Erwerbsarten in § 133 ZGB ČSSR. Hierunter fallen der Kauf, die Schenkung oder ein anderer Vertrag, die Erbschaft, die Entscheidung eines staatlichen Organs und andere vom Gesetz vorgesehene Fälle. Es ist offenkundig, daß die meisten dieser Erwerbsgründe Arbeit nicht voraussetzen.

Auch im tschechoslowakischen Recht wird das persönliche Eigentum funktional und gegenständlich bestimmt. Es dient der materiellen und kulturellen Bedürfnisbefriedigung der Bürger (§ 126 ZGB ČSSR) und umfaßt vor allem die Einkünfte und Ersparnisse aus der Arbeit und aus der Sozialversicherung, Haushaltsgegenstände und Gegenstände des persönlichen Bedarfs, Familienhäuser und zur Erholung bestimmte Wochenendhäuser (§ 127 ZGB ČSSR). Dabei regelt das tschechoslowakische Recht in einer recht kleinlichen Kasuistik, was als Familienhaus zu verstehen ist (§ 128 I ZGB ČSSR) ⁽⁴⁸⁾, während die Bestimmung,

⁽⁴⁷⁾ Dabei ist es durchaus folgerichtig, wenn § 123 ZFB ČSSR für diese Zuteilung von sozialistischem Eigentum an den Bürger sowohl die Eigentumsübertragung als auch die Gebrauchsüberlassung für möglich ansieht und im übrigen von der Zuteilung zum persönlichen Bedarf dann in § 124 ZGB ČSSR die Zuteilung zum gesellschaftlichen Gebrauch der Bürger unterscheidet, der dann in öffentlichen Einrichtungen erfolgt und keines individuellen Übertragungsaktes bedarf. Damit macht das tschechoslowakische Zivilgesetzbuch vor allem deutlich, daß die Gewährung und Begründung von persönlichem Eigentum nur eine von mehreren Formen einer Teilhabe des einzelnen am gesellschaftlichen Reichtum in einer sozialistischen Gesellschaft sein soll.

⁽⁴⁸⁾ Diese Bestimmung lautet: « Ein Familienhaus ist ein Wohnhaus, bei welchem wenigstens zwei Drittel der Bodenfläche aller Räumlichkeiten auf Woh-

daß im persönlichen Eigentum nur ein Familienhaus stehen kann (§ 129 ZGB ČSSR), unter dem Gesichtspunkt der Funktion von persönlichem Eigentum folgerichtig erscheint.

Bemerkenswert ist, daß das tschechoslowakische Recht als — soweit ersichtlich — einziges eine Art obere Begrenzung des persönlichen Eigentums festzulegen versucht, während sonst im Rahmen der erlaubten Funktion und Objekte eine quantitative Begrenzung nicht erfolgt ⁽⁴⁹⁾. § 130 II ZGB ČSSR bestimmt in freilich wenig konkreter Weise, daß Sachen, die im Widerspruch mit den Interessen der Gesellschaft über das Ausmaß des persönlichen Bedarfs des Eigentümers, seiner Familie und des Haushalts angesammelt wurden, nicht den Schutz des persönlichen Eigentums genießen. Wer also mehr hat als er braucht, d.h. als die Gesellschaft ihm zubilligt, muß damit rechnen, daß ihm das Überschüssige fortgenommen wird, obwohl diese letztere Konsequenz im Gesetz nicht direkt ausgesprochen wird.

Auch in den Bestimmungen über das persönliche Eigentum erweist sich die ČSSR als besonders puristisch- und das heißt in diesem Falle restriktiv. Insbesondere die letzterwähnte Bestimmung erscheint zwar unter dem Gesichtspunkt der Funktion von persönlichem Eigentum konsequent, sie ist aber ebenso unpraktisch wie freiheitsbeschränkend. Da die gesetzlichen Bestimmungen noch nicht einmal generell den Komfort als Gegenstand des persönlichen Eigentums berücksichtigen, könnte eine restriktive Administration den praktisch geduldeten Umfang des persönlichen Eigentum auf die Gegenstände des täglichen Bedarfs reduzieren.

nungen entfallen. Ein Familienhaus kann höchstens 5 Wohnräume haben, zu welchen eine Küche nicht gezählt wird. Es darf eine größere Zahl von Wohnräumen haben, wenn die Summe ihrer Bodenfläche 120 Quadratmeter nicht übersteigt; von Wohnküchen werden auf diese Summe nur die Flächen angerechnet, um welche das Ausmaß der Küche 12 Quadratmeter überschreitet ».

⁽⁴⁹⁾ Allerdings läßt sich von der Funktion her auch eine — freilich willkürliche — quantitative Obergrenze herleiten. Materielle und kulturelle Bedürfnisbefriedigung kann ohne Schwierigkeiten unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Möglichkeiten genormt oder doch wenigstens gelenkt werden. Man denke etwa an Chruscev's Reduzierung des kommunistischen Grundsatzes: « jedem nach seinen Bedürfnissen » auf die « vernünftigen » Bedürfnisse.

Das in der Verfassung erlaubte kleingewerbliche Eigentum wird im Zivilrecht nicht nochmals aufgegriffen. Es scheint ohne weiteres dem persönlichen Eigentum zugeordnet zu werden.

4. Rumänien.

Grundsätzlich übereinstimmend mit den bislang dargestellten Ländern, aber in manchen inhaltlichen und formalen Details abweichend, ist die Rechtslage in Rumänien. Die Verfassung vom 20. August 1965⁽⁵⁰⁾ legt in ihren Bestimmungen zur Landwirtschaftsverfassung fest, daß die Genossenschaftsbauern an ihrem Wohnhaus und den dazu gehörenden Wirtschaftsgebäuden sowie an dem Grundstück, auf dem diese sich befinden⁽⁵¹⁾, an den Nutztieren und dem landwirtschaftlichen Kleininventar persönliches Eigentum haben (Art. 9 I Rum. Verf.).

Als generelle Kategorie wird dann das persönliche Eigentum im Grundrechtskapitel behandelt und als Grundrecht durch die Verfassung geschützt (Art. 36 I Rum. Verf.). Das gleiche gilt auch für das Erbrecht (Art. 37 Rum. Verf.). Hinsichtlich des persönlichen Eigentums gibt die Verfassung eine Gegenstandsbestimmung. Diese spricht von den erarbeiteten Einkünften und Ersparnissen, dem Wohnhaus und der dazugehörigen Hofwirtschaft und dem Grundstück, auf dem diese sich befinden, sowie von den Gütern des persönlichen Gebrauchs und Komforts (Art. 36 II Rum. Verf.).

Eine interessante Nuance enthält die rumänische Verfassung hinsichtlich derjenigen Bauern, die sich unter den Bedingungen einer vergenossenschafteten Landwirtschaft nicht in landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften vereinen können.

Ihnen garantiert die Verfassung laut Gesetz das *Eigentum* an dem Boden, den sie selbst und ihre Familien bearbeiten, an

⁽⁵⁰⁾ Dt. Übersetzung in *Jahrbuch für Ostrecht*, Bd. VII (1966), 1. Heft, S. 217 ff. Wegen des Fehlens einer sozialistischen Zivilrechtskodifikation in Rumänien — es gilt noch das Zivilgesetzbuch (Codul Civil) von 1865 — beruht die Eigentumsverfassung unmittelbar auf Verfassungsrecht. Auch die Darstellung beschränkt sich in diesem Fall auf das Verfassungsrecht.

⁽⁵¹⁾ Im Unterschied zum Boden, der den Hofwirtschaften zur Nutzung überlassen wird und der genossenschaftliches Eigentum ist (Art. 9 I Rum. Verf.).

den zu diesem Zweck benutzten Geräten sowie an den Zug- und Nutztieren (Art. 11 I Rum. Verf.). Auch den Handwerkern wird das *Eigentum* an den eigenen Werkstätten garantiert. Die Verfassung spricht hier nur von Eigentum und verzichtet darauf, dieses einzelbäuerliche oder handwerkliche Eigentum entweder als persönliches oder als Privateigentum zu qualifizieren.

Man kann aber sagen, daß dieses einzelbäuerliche oder handwerkliche Eigentum offenbar mit Absicht nicht unter das persönliche Eigentum subsumiert wird, denn die von der Verfassung gegebenen Gegenstandsbeschreibungen decken sich nicht, bzw. läßt sich die eine nicht unter die andere subsumieren. Ausdrücklich von Privateigentum wollte wohl aber der Verfassungsgesetzgeber angesichts des begrenzten Umfangs dieses einzelbäuerlichen und handwerklichen Eigentums auch nicht sprechen, weshalb dann nur der Schluß bleibt, daß es sich beim « Eigentum » des Art. 11 der Rumänischen Verfassung um eine Zwischenform zwischen Privateigentum und persönlichem Eigentum handelt.

5. Bulgarien.

In Bulgarien ⁽⁵²⁾ stellt die Verfassung vom 16. Mai 1971 ⁽⁵³⁾ von vornherein durch die enumerative Aufzählung der Eigentumsformen klar, daß es kein Privateigentum gibt (Art. 14 Bulg. Verf.).

Was also auch immer den Rahmen des dem einzelnen zugebilligten individuellen Eigentums bilden mag, es kann sich juristisch nur um persönliches Eigentum handeln. Das Recht auf persönliches Eigentum wird den Bürgern in Art. 21 Bulg. Verf. zuerkannt und — insbesondere in Absatz 4 — garantiert. Es wird funktional auf Vermögen und Sachen fixiert, die der Befriedigung der eigenen und der Familienbedürfnisse ⁽⁵⁴⁾ dienen (Art.

⁽⁵²⁾ Bulgarien hat keine geschlossene Zivilrechtskodifikation, sondern lediglich Kodifikationen einzelner zivilrechtlicher Sachkomplexe. Für das Eigentumsrecht gilt jetzt das Gesetz über das Eigentum der Bürger vom 30.3.1973, das die verfassungsrechtlichen Bestimmungen konkretisiert und spezifiziert.

⁽⁵³⁾ Dürzaven Vestnik v. 18.5.1971, Nr. 39, S. 1, deutsche Übersetzung in: *WGO*, 13. Jahrg. (1971), S. 300 ff.

⁽⁵⁴⁾ Die Bestimmung des persönlichen Eigentums auch zur Bedürfnisbefriedigung der Familie wird nicht in allen sozialistischen Rechtsordnungen ausdrücklich berücksichtigt. Obwohl dies an sich selbstverständlich ist, erhält das persön-

21 I Bulg. Verf.) und unterliegt einem Mißbrauchsverbot, dessen Kriterium die Schädigung gesellschaftlicher Interessen ist (Art. 22 VI Bulg. Verf.).

Eine generelle Gegenstandsbestimmung enthalten die Regelungen der bulgarischen Verfassung zum persönlichen Eigentum nicht ⁽⁵⁵⁾, vielmehr konzentrieren sich derartige Aussagen auf denjenigen Bereich individueller gewerblicher Tätigkeit, auf den das persönliche Eigentum rechtlich erstreckt wird, obwohl Zweifel an dieser Eigenschaft berechtigt sind. Auch die bulgarische Verfassung räumt den Bürgern das Recht ein, auf der Basis persönlicher Arbeit oder der Arbeit ihrer Familienangehörigen eine landwirtschaftliche, gewerbliche oder andere wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, wobei auf gesetzliche Bestimmungen über die zulässigen Produktionsmittel verwiesen wird (Art. 25 Bulg. Verf.) ⁽⁵⁶⁾. Grundsätzlich werden aber diese — erlaubten — Produktionsmittel, ebenso wie diejenigen, die die Genossenschaftsbauern zur Führung ihrer Hofwirtschaft benutzen, dem persönlichen Eigentum zugeschlagen (Art. 21 II Bulg. Verf.), wobei gesetzwidrige Einkünfte aus derartigen Tätigkeiten zugunsten des Staates eingezogen werden ⁽⁵⁷⁾.

liche Eigentum hierdurch eine über den persönlichen Bereich hinausreichende soziale Dimension. Der Gesichtspunkt der Familienbedürfnisse taucht ansonsten eher im Zusammenhang mit der Festlegung von höchstzulässigen Größen von Familienwohnungen im persönlichen Eigentum auf.

⁽⁵⁵⁾ Gegenständlich wird das persönliche Eigentum allerdings noch in Art. 21 IV Bulg. Verf. hinsichtlich der Ersparnisse angesprochen.

⁽⁵⁶⁾ Das « Gesetz über das Eigentum der Bürger » vom 30.3.1973 (*DuV* 1973, Nr. 26, S. 1) umschreibt den Umfang der zulässigen Produktionsmittel nur insoweit präziser, als es vom benötigten Umfang gemessen an Art und Ausmaß der Tätigkeit spricht (Art. 11 I GEB Bulg.), wodurch alles unbestimmt und relativ bleibt. Interessanter ist in diesem Zusammenhang die Bestimmung des Art. 11 II GEB Bulg., die den Umfang der zulässigen individuellen Gewerbetätigkeit festlegt. Danach ist die Herstellung von Waren oder Halbfabrikaten mit Ausnahme von Kunstgegenständen nicht erlaubt. Die erlaubte individuelle Gewerbetätigkeit ist also offenbar im wesentlichen auf die handwerkliche Einzelproduktion, insbesondere aber auf Reparaturbetriebe konzentriert, wobei Kunstgegenstände (einschließlich kunstgewerbliche) hiervon ausgenommen sind.

⁽⁵⁷⁾ S. hierzu G. GEILKE - Ch. JESSEL, *Einführung in das Recht der Bulgarischen Volksrepublik*, Darmstadt 1975, S. 61.

Das persönliche Wohnungs- bzw. Hauseigentum erfährt im bulgarischen — wie im sowjetischen und tschechoslowakischen — Recht eine nähere Reglementierung durch das « Gesetz über das Eigentum der Bürger » (GEB Bulg.) vom 30.3.1973 ⁽⁵⁸⁾. Danach beträgt die Obergrenze des zulässigen Wohnungseigentums 120 Quadratmeter (Art. 4 GEB Bulg.), Eigentümer können ein oder mehrere zusammenwohnende Familienmitglieder sein. Zur Familie gehörende Minderjährige können zusätzlich Eigentum an einer weiter Wohnung (bzw. Haus) haben, dieses muß allerdings vermietet sein. Auch in Bulgarien ist daneben Eigentum an einem Wochenendhaus (bis zu 60 Quadratmeter) zulässig ⁽⁵⁹⁾.

6. Albanien.

Auch die albanische Verfassung vom 28. Dezember 1976 ⁽⁶⁰⁾ erkennt das persönliche Eigentum an und schützt es sogar — zusammen mit dem Erbrecht — als Grundrecht (Art. 50 Alb. Verf.). Da Privateigentum als verboten erklärt wird (Art. 16 II Alb. Verf.), bedarf es auch keiner Erörterungen darüber, ob kleingewerbliches oder kleinbäuerliches Produktionsmitteleigentum hierunter fallen könnte oder unter das persönliche Eigentum. Allerdings enthält die Verfassung auch keine generelle Erlaubnis zu kleingewerblicher oder kleinbäuerlicher Tätigkeit. Nur die Hofwirtschaft der Genossenschaftsbauern und die Gegenstände, die er aufgrund des Genossenschaftsstatus haben darf, gehören über den normalen Rahmen des persönlichen Eigentums hinaus ebenfalls zu diesem (Art. 23 III Alb. Verf.).

Ansonsten gehören dazu das Arbeitseinkommen und anderes gesetzlich erlaubtes Einkommen, das Wohnhaus ⁽⁶¹⁾ und andere Dinge, die der persönlichen und familiären, materiellen und kulturellen Bedürfnisbefriedigung dienen (Art. 23 II Alb. Verf.),

⁽⁵⁸⁾ DuV 1973, Nr. 26, S. 1.

⁽⁵⁹⁾ Siehe im einzelnen V. PETEV, *Sozialistisches Zivilrecht*, Berlin - New York 1975, S. 126 f.

⁽⁶⁰⁾ Text in: *Albanien heute*, Nr. 1 (25), 1977, S. 2 ff.

⁽⁶¹⁾ Dabei verdient Beachtung, daß in Albanien der Boden zu denjenigen Objekten gehört, die ausschließlich Staatseigentum sein können (Art. 18 II Alb. Verf.).

womit funktionaler und gegenständlicher Aspekt von vornherein zusammengezogen werden. Auch in Albanien ist eine den gesellschaftlichen Interessen zuwiderlaufende Nutzung des persönlichen Eigentums verboten (Art. 23 IV Alb. Verf.).

7. *Volksrepublik China.*

Obwohl die Verfassung der Volksrepublik China vom 17. Januar 1975 ⁽⁶²⁾ mit ihren 29 Artikeln die kürzeste unter den Verfassungsurkunden sozialistischer Staaten ist ⁽⁶³⁾, spricht sie den Zusammenhang mit dem persönlichen Eigentum stehenden Fragenkomplex immerhin an, auch wenn sie naturgemäß im Detail noch weniger konkrete Aussagen macht als andere Verfassungen. Das Eigentumsrecht der Bürger auf ihr Arbeitseinkommen, ihre Ersparnisse, ihre Häuser und ihre Verbrauchsgüter wird in Art. 9 II Verf. VR China geschützt. Dieses gegenständlich umschriebene Eigentum wird zwar nicht ausdrücklich als « persönliches Eigentum » bezeichnet, seine Kennzeichnung entspricht aber grundsätzlich derjenigen des persönlichen Eigentums in anderen Verfassungen; daß es sich um nichts anderes handeln kann, ergibt sich auch aus dem Kontext der verfassungsrechtlichen Bestimmungen ⁽⁶⁴⁾.

Neben dieser grundsätzlichen Gewährleistung des persönlichen Eigentum enthält die Verfassung zwei Ermögligungen individueller gewerblicher Tätigkeit. Nach Art. 7 III Verf. VR China dürfen die Mitglieder der ländlichen Volkskommunen kleine Parzellen für ihre private Nutzung bewirtschaften und häusliche Nebengewerbe in geringem Umfang ausüben. In Viehzuchtgebieten dürfen sie auch einen geringen Viehbestand für ihre private Nut-

⁽⁶²⁾ Text in: *Die Verfassung der Volksrepublik China* (dt.), Verlag für fremdsprachige Literatur, Peking 1975.

⁽⁶³⁾ Ganz anders noch die Verfassung vom 20.9.1954, die sich mit ihren 106 Artikeln an sonst übliche Größenordnungen hielt (Text in: *Die Verfassungen der Asiatischen Länder der Volksdemokratie* (dt.); Berlin (Ost) 1955, S. 7 ff).

⁽⁶⁴⁾ Weitgehend identisch Art. 11 der Verf. der VR China von 1954, wo in den vorangehenden Artikeln Erscheinungsformen des Privateigentums aufgeführt und geschützt werden, nämlich das Eigentum der Bauern (Art. 8), der Handwerker und anderer individuell Gewerbetreibenden (Art. 9) und der Kapitalisten (Art. 10).

zung besitzen. Diese Regelung entspricht grundsätzlich derjenigen über die private Nebenwirtschaft des Genossenschaftsmitglieds im sowjetischen oder im Recht anderer sozialistischer Staaten. Die vorangestellten Worte: « Unter der Voraussetzung, daß die Entwicklung und der absolute Vorrang der Kollektivwirtschaft der Volkskommune gewährleistet sind... », unterstreicht aber stärker als in anderen Ländern die Abhängigkeit der privaten Nebenwirtschaft vom Gedeihen der Volkskommune und damit ihre Abdingbarkeit. Eine Bestandsgarantie wird man in dieser Bestimmung jedenfalls nicht sehen dürfen.

Die zweite Ermöglichung individueller Gewerbetätigkeit enthält Art. 5 III Verf. VR China. Hiernach erlaubt der Staat den nicht in der Landwirtschaft tätigen einzelnen Werkträgern im Rahmen der Gesetze, individuell zu arbeiten, ohne andere auszubenten, wobei diese Arbeit zusätzlich von den Organisationen der Wohnblöcke in den Städten und Kleinstädten, bzw. von den Produktionsgruppen der ländlichen Volkskommunen einheitlich geregelt wird. Diese Reglementierung und Organisierung der individuellen gewerblichen Tätigkeit sowie der nachgestellte Satz, daß die Werkträger zugleich Schritt für Schritt auf den Weg der sozialistischen Kollektivierung geleitet werden sollen, zeigen an, daß auch in diesem Bereich von privatwirtschaftlichen Betätigungen im eigentlichen Sinne nicht mehr die Rede sein kann und daß an eine Beibehaltung dieses Zustandes auf Dauer auch nicht gedacht ist. Die Verfassung trägt hier lediglich der überlieferten Mannigfaltigkeit asiatischer Gewerbe- und Handwerkstätigkeit Rechnung. Sie vermeidet es auch, in beiden Fällen erlaubter individueller Wirtschaftstätigkeit die Eigentumsfrage anzusprechen⁽⁶⁵⁾.

Von Interesse ist noch die Bestimmung des Art. 6 III Verf. VR China, wonach der Staat in Übereinstimmung mit den dafür

⁽⁶⁵⁾ Anders noch Art. 5 Verf. VR China von 1954, wo ausdrücklich folgende Hauptformen des Eigentums an Produktionsmitteln unterschieden werden: Staatseigentum, genossenschaftliches Eigentum, Eigentum der individuell produzierenden Werkträgern und Eigentum der Kapitalisten. Hierin liegt zugleich der weitestgehende Versuch, individuelles Produktionsmitteleigentum in Gestalt des Eigentums der individuell produzierenden Werkträgern nicht (zwangsläufig) als Privateigentum anzusehen, aber auch ausdrücklich vom persönlichen Eigentum zu unterscheiden.

gesetzlich festgelegten Bestimmungen u.a. Grund und Boden in Stadt und Land durch Ankauf enteignen, mit oder ohne Entschädigung in Anspruch nehmen oder verstaatlichen kann. Die Volksrepublik China gehört also zu jener Mehrheit sozialistischer Staaten, die Grund und Boden nicht generell verstaatlicht hat. Obwohl dies nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, muß man Grund und Boden — soweit er nicht in Staatseigentum steht — zu den Objekten des persönlichen Eigentums, aber auch des Eigentums der Volkskommunen zählen, nachdem kapitalistisches Privateigentum, unter das auch individuelles Grundeigentum subsumiert werden könnte, nicht mehr als Eigentumskategorie berücksichtigt wird.

8. Polen und Ungarn.

Nimmt bereits Rumänien in der Behandlung des Eigentums insofern eine Zwischenposition ein, als das kleingewerbliche und einzelbäuerliche Eigentum nicht ausdrücklich unter das persönliche Eigentum subsumiert wird (wenn auch umgekehrt ebenso nicht unter das Privateigentum), so gehen die Verfassungen von Polen und Ungarn einen Schritt weiter und differenzieren ausdrücklich zwischen persönlichem und Privateigentum. Die Ungarische Verfassung von 1949 in der Fassung von 1972 ⁽⁶⁶⁾ und die Polnische Verfassung von 1952 in der Fassung vom 19. Februar 1976 ⁽⁶⁷⁾ schützen sowohl das persönliche Eigentum (§ 11 Ung. Verf.; Art. 18 Poln. Verf.) als auch das Privateigentum (Art. 12 Ung. Verf.; Art. 17 Poln. Verf.). Dabei beschränkt sich die ungarische Verfassung darauf, die gesellschaftlich nützliche wirtschaftliche Tätigkeit der kleinen Warenproduzenten anzuerkennen und zu postulieren, daß das Privateigentum und die Privatinitiative die Interessen der Allgemeinheit nicht verletzen dürfen (§ 12 Ung. Verf.) ⁽⁶⁸⁾. Dagegen « anerkennt und schützt » die Polnische

⁽⁶⁶⁾ *Magyar Közlöny*, Nr. 32-1972, vom 26.4.1972. Deutsche Übersetzung in: *Jahrbuch für Ostrecht*, XIII (1972), Heft 1, S. 241 ff.

⁽⁶⁷⁾ *Dziennik Ustaw*, Nr. 5, Pos. 29.

⁽⁶⁸⁾ Die in § 13 Ung. Verf. ausgesprochene Gewährleistung des Erbrechts bezieht sich vom Aufbau des Gesetzes her sowohl auf das persönliche als auch auf das Privateigentum.

Verfassung ausdrücklich das Privateigentum — und auch das Erbrecht — an Grund und Boden, Gebäuden und anderen Produktionsmitteln, die den Bauern, Handwerkern und Heimarbeitern gehören (Art. 17 Poln. Verf.). Bei der polnischen Verfassung kommt noch hinzu, daß Art. 15 Ziff. 2 den individuellen Landwirtschaftsbetrieben Schutz und staatliche Hilfe verspricht, womit auch der überwiegend auf der individuellen Bauernwirtschaft beruhenden polnischen Landwirtschaftsstruktur Rechnung getragen wird.

Man könnte nun darauf verweisen, daß es sich bei beiden Verfassungen um solche aus der Frühzeit der volksdemokratischen Entwicklung handelt, in der auch andere Verfassungen heutiger sozialistischer Staaten noch das Privateigentum als eigene Kategorie, wenn auch im Sinne einer Übergangerscheinung, anerkannt haben. Dies ist zwar grundsätzlich richtig; wichtiger erscheint jedoch, daß sowohl Polen als auch Ungarn diese Besonderheit der Eigentumsverfassung offenbar ganz bewußt beibehalten haben, denn die Verfassungsreformen in neuerer Zeit, die sich nicht nur auf Einzelretouschen beschränkten, haben an dieser Konstruktion nichts verändert ⁽⁶⁸⁾.

Die Zulassung von Privateigentum in Polen und Ungarn entspricht auch der realen sozialökonomischen Situation. In beiden Ländern spielt das individuelle Kleingewerbe eine größere Rolle, die erlaubten Grenzen sind weiter gezogen, als in anderen sozialistischen Ländern ⁽⁷⁰⁾. Schon aus diesen Gründen wäre es nicht ohne weiteres möglich, das Privateigentum rechtlich als oder wie persönliches Eigentum zu behandeln.

Sowohl an der Polnischen als auch an der Ungarischen Verfassung fällt auf, daß sie persönliches Eigentum zwar gewähren

⁽⁶⁸⁾ Die in der Literatur vorherrschende Auffassung, daß das Privateigentum nur mehr ein in Restbeständen geduldetes Eigentum ist, das schließlich in vergesellschaftetes Eigentum übergehen wird (so. J. N. HAZARD, *The Communists and Their Law*, Chicago 1969, S. 172 ff.; V. KNAPP, *Les différentes Catégories de la propriété*, in V. KNAPP - J. SZABÓ u.a., *Introduction aux droits socialistes*, Budapest 1971, S. 361-364), ist in dieser Absolutheit nicht ausnahmslos zutreffend.

⁽⁷⁰⁾ Unterschiedlich ist die Situation in Polen und Ungarn hinsichtlich der faktischen Bedeutung der Einzelbauern. In Ungarn ist ihre Zahl — im Unterschied zu Polen — nur mehr sehr gering.

und schützen, daß sie aber weder zu zeinem Gegenstand noch zu seiner Funktion etwas aussagen. Näheres kann man hier den einschlägigen Zivilrechtskodifikationen entnehmen.

Das Ungarische Zivilgesetzbuch von 1959 ⁽⁷¹⁾ greift die von der Verfassung getroffene Unterscheidung von Privateigentum und persönlichem Eigentum auf und gibt auch hinsichtlich des letzteren eine Gegenstands- und Zweckbestimmung. Nach § 92 I Ung. ZGB sind persönliches Eigentum die Güter, die unmittelbar der Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse der Bürger dienen oder diese fördern. Hierzu gehören beispielsweise Einfamilienhäuser ⁽⁷²⁾, Einrichtungs- und Gebrauchsgegenstände, aber auch andere Gegenstände, die dem gleichen Zweck dienen. Nach Abs. 2 der gleichen Bestimmung sind persönliches Eigentum aber auch die Vermögensgegenstände, die zum Betrieb der Hofwirtschaft (insbesondere) des Genossenschaftsbauern dienen. Diese Vorschrift verdient deshalb Interesse, weil sie die Grenze zwischen dem Privateigentum und dem persönlichen Eigentum nicht eindeutig zwischen den Kriterien Produktion und Bedürfnisbefriedigung zieht, sondern einen Teil individueller Produktionstätigkeit und die damit verbundenen Produktionsmittel dem persönlichen Eigentum zuordnet, nämlich die Nebenwirtschaft des Genossenschaftsbauern (und ähnliche Nebenwirtschaften), während dem Privateigentum nur die Produktionsmittel und der Erwerb des Einzelbauern und des Kleingewerbetreibenden, also derjenigen, die nicht neben dieser individuellen Produktionstätigkeit auch noch in der gesellschaftlichen Produktion tätig sind, zugeschlagen werden.

Interesse verdient auch die Bestimmung des § 93 Ung. ZGB, wonach der Eigentümer von seinem persönlichen Eigentumsrecht zur Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse freien Gebrauch machen kann. Während sonst überwiegend versucht wird, die Nutzungs- und Verfügungsbefugnisse hinsichtlich des persön-

⁽⁷¹⁾ Deutsche Übersetzung: *Zivilgesetzbuch der Ungarischen Volksrepublik*, Budapest 1960.

⁽⁷²⁾ § 92 II Ung. ZGB bestimmt, daß die Größe des in persönlichem Eigentum stehenden Wohnraums nach oben begrenzt werden kann.

lichen Eigentums negativ und restriktiv zu formulieren und schon damit die Abgrenzung zum (bürgerlichen) Privateigentum deutlich gemacht werden soll, erhält der Eigentümer von persönlichem Eigentum hier direkt eine positive Ermächtigung zu freiem Tun, wenn auch auf die Funktion der persönlichen Bedürfnisbefriedigung eingegrenzt.

Im Grundsatz ähnlich wie das Ungarische Zivilgesetzbuch verfährt das polnische Zivilgesetzbuch von 1964 ⁽⁷³⁾. Nach einer an die Verfassung anknüpfenden Bestätigung des Privateigentums (Art. 130, 131 Poln. ZGB) wird das persönliche Eigentum als Eigentum an Sachen umschrieben, die zur materiellen und kulturellen Bedürfnisbefriedigung des Eigentümers und seiner Angehörigen bestimmt sind (Art. 132 § 1 Poln. ZGB). Als Gegenstände des persönlichen Eigentums werden insbesondere genannt: ein Einfamilienhaus oder eine Wohnung ⁽⁷⁴⁾, die dazugehörigen Wirtschaftsgebäude, Sachen, die zur Hauseinrichtung und -wirtschaft gehören und mechanische Fahrzeuge (Art. 133 § 1 Poln. ZGB). Wie das Ungarische ZGB ordnet das Polnische ZGB die zur individuellen Hofwirtschaft des Genossenschaftsbauern gehörenden Gegenstände dem persönlichen Eigentum zu (Art. 133 § 2 Poln. ZGB).

Eine in gleicher Weise klärende wie Fragen aufwerfende Bestimmung, die man in anderen Rechtsordnungen vermißt, enthält Art. 132 § 2 Poln. ZGB. Hier wird als persönliches Eigentum auch dasjenige Eigentum an kleinen Produktionsmitteln ausgegeben, die der Herstellung von Gegenständen dienen, die zur Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse des Eigentümers und seiner Angehörigen bestimmt sind. Persönliches Eigentum kann und soll hier nicht beim Produktionsmittel haltmachen, was auch gar nicht denkbar ist, da schon Hammer, Messer und Axt Produktionsmittel sind. Ein derartiges individuelles Produktionsmitteleigentum (und das Gesetz spricht hier ausdrücklich von

⁽⁷³⁾ Vom 23.4.1964, Dziennik Ustaw 1964, Nr. 16, Pos. 93; dt. Übersetzung in: *Zivilgesetzbuch der Volksrepublik Polen*, Berichte des Osteuropa-Instituts an der Freien Universität Berlin, Reihe Wirtschaft und Recht, Heft 69.

⁽⁷⁴⁾ Nähere Spezifikationen zu Einfamilienhaus und Wohnung i.S. ihrer Einordnung unter das persönliche Eigentum enthalten die Art. 134, 135 Poln. ZGB.

kleinen Produktionsmitteln) wird ebenfalls auf die Funktion der Bedürfnisbefriedigung beschränkt. Dabei fällt auf, daß das Kriterium der Ausbeutung fremder Arbeitskraft hier nicht bemüht wird.

Eine derartige zusätzliche Zuordnung von individuellem Produktionsmitteleigentum zum persönlichen Eigentum wird insbesondere dort notwendig, wo auch Privateigentum zugelassen ist. Hier gleichsam umgekehrt zu verfahren und jegliches individuelles Produktionsmitteleigentum rechtlich dem Privateigentum zuzuschlagen, wäre lebensfremd.

Freilich wirft eine derartige Bestimmung auch Fragen auf, die sich aus der Unbestimmtheit dessen, was unter individueller und familiärer Bedürfnisbefriedigung zu verstehen ist, herleiten. Das persönliche Eigentum am Hammer ist unzweifelhaft, vom Wortlaut des Gesetzes her aber auch dasjenige an der Betonmischmaschine. Wie verhält es sich aber mit der kleinen Schiffswerft, die jemand aufbaut, um eine Jacht für sich und seine Familie zu bauen, weil diese Gegenstand des Bedürfnisses ist.

Einen das persönliche Eigentum begünstigenden Aspekt enthält Art. 138 Poln. ZGB. Hier wird bestimmt, daß die teilweise Vermietung eines Einfamilienhauses oder einer Eigentumswohnung keine Änderung ihrer Zweckbestimmung sind. Entsprechendes gilt für die Vermietung des ganzen Hauses bzw. der ganzen Wohnung, wenn sie aus gutem Grund und unter Einhaltung des hierfür vorgesehenen Verfahrens erfolgt.

Auch hierdurch wird etwas klargestellt, was sonst als Problem leicht verwischt zu werden pflegt. Die Vermietung des eigenen Hauses oder der eigenen Wohnung, auch die teilweise Vermietung, ist im Grunde keine zweckentsprechende Nutzung persönlichen Eigentums. Sie ermöglicht arbeitsloses Einkommen auf der Basis von Kapitalverzinsung ⁽⁷⁵⁾ und kann daher sehr wohl das persönliche Eigentum dem Verdacht der Zweckentfremdung

⁽⁷⁵⁾ Dabei ist Verzinsung allein sicher noch nichts Anrüchiges, denn die Verzinsung von Spareinlagen ist unbestritten. Vermietung ist aber in marxistischer Sehweise immer mit dem Odium der Ausbeutung des Mieters belastet, zudem auch mit der Vorstellung des Einsatzes von Kapitalwerten zum Zweck der Gewinnerzielung.

aussetzen. Will man also die Vermietung zulassen und ihr gleichzeitig den Schutz angedeihen lassen, den das persönliche Eigentum genießt, dann muß man dies konsequenterweise ausdrücklich sagen. Dies wird dann auch noch einmal durch die Bestimmung des nachfolgenden Art. 139 Poln. ZGB unterstrichen, wonach bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes der umfassende Schutz zu berücksichtigen ist, der dem persönlichen Eigentum garantiert wird ⁽⁷⁶⁾. Dadurch wird die positive Haltung des Gesetzes zum persönlichen Eigentum auch dem Rechtsanwendenden für die Praxis als Auftrag aufgegeben.

9. Jugoslawien.

Schließlich ist noch die Behandlung des persönlichen Eigentums im jugoslawischen Recht von Interesse, d.h. es ist zu fragen, ob dieser in vieler Hinsicht vom sowjetischen Modell abweichende Sozialismus-Versuch auch in dieser Frage abweichende Erscheinungsformen gezeitigt hat. Die Verfassung vom 31. Januar 1974 ⁽⁷⁷⁾ gesteht den Bürgern das Eigentumsrecht an Gegenständen für den persönlichen Verbrauch und zur Befriedigung ihrer kulturellen und sonstigen Bedürfnisse zu (Art. 78 II Jug. Verf.). Aus der Formulierung wird deutlich, daß hiermit persönliches Eigentum in dem auch in den anderen sozialistischen Staaten bekannten Sinne gemeint ist. Ausdrücklich können in persönlichem Eigentum Wohnbauten und Wohnungen zur Befriedigung der persönlichen und familiären Bedürfnisse stehen, wobei auch gleich festgelegt wird, daß ein Einkommenserwerb aus diesen Objekten nur nach den gesetzlich vorgesehenen Bedingungen zulässig ist (Art. 78 II Jug. Verf.), womit insbesondere die Vermietung gemeint ist.

In Städten und Siedlungen städtischen Charakters und anderen für den Wohnbau und eine sonstige komplexe Bebauung vorge-

⁽⁷⁶⁾ Ähnliche Bestimmungen enthält das Polnische ZGB allerdings auch hinsichtlich des gesellschaftlichen Eigentums (Art. 129 Poln. ZGB) und sogar hinsichtlich eines Teils des Privateigentums, bei diesem aber — wohl nicht ohne Absicht — auf die Einzelwirtschaften werktätiger Bauern beschränkt.

⁽⁷⁷⁾ Text in: *Verfassung der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien*, dt., Beograd 1974.

sehenen Gebieten kann durch die Gemeinde ein Eigentumsrecht ausgeschlossen werden (Art. 81 I Jug. Verf.) ⁽⁷⁸⁾.

Neben solchen, das persönliche Eigentum gewährenden bzw. beschränkenden Bestimmungen, regelt die Jugoslawische Verfassung in Art. 80 das Eigentumsrecht der Bauern an ihren Ackerböden. Obwohl es sich hier nicht mehr um Gegenstände des « persönlichen Eigentums » handelt, sondern eindeutig um Produktionsmittel, trifft die Verfassung keine terminologische Unterscheidung, sondern spricht lediglich vom « Eigentumsrecht ». Dieses Eigentumsrecht an bestellbarem Ackerboden wird für Bauern auf 10 ha pro Haushalt beschränkt, wobei Ausnahmen nach oben in gebirgigen Gegenden möglich sind (Art. 80 I, II Jug. Verf.). Hierbei handelt es sich offensichtlich um Privateigentum, aber die Jugoslawische Verfassung trifft diese Unterscheidung nicht ausdrücklich. Sie unterläßt dies mit guten Gründen, denn die Eigentumsverfassung in Jugoslawien ist offen und kennt keine starren Grenzen.

So gesteht die Verfassung den Bürgern die Freiheit zur selbständigen persönlichen Arbeit mit Mitteln aus ihrem « bürgerlichen » Eigentum grundsätzlich zu (Art. 64 Jug. Verf.); und sie schlägt darüberhinaus eine Brücke zwischen persönlichem und sozialistischem Eigentum, wie sie anderen sozialistischen Rechtsordnungen nicht bekannt ist. Nach Art. 65 Jug. Verf. können nämlich Werktätige, die selbständig mit Mitteln des persönlichen Eigentums tätig sind, Genossenschaften gründen und in diesen auf der Grundlage der Gleichberechtigung Arbeit und Arbeitsmittel vereinen.

Was in den anderen Ländern völlig verschüttet ist, nämlich die Urform von Sozialisierung durch einen spontanen und auf dem eigenen Willen beruhenden genossenschaftlichen Zusammenschluß der Beteiligten, wird in Jugoslawien als rechtliche Möglichkeit wieder eingeräumt. Damit wird die Grenze zwischen gesellschaftlichem und persönlichem Eigentum fließend, ebenso wird die Funktionsbindung von persönlichem Eigentum zweifel-

⁽⁷⁸⁾ Gemeint ist hier wohl der Ausschluß individuellen Bodeneigentums (einschließlich des Miteigentums mehrerer). An diesen Bodenflächen soll vermutlich ausschließlich gesellschaftliches Eigentum bestehen können.

haft, jedenfalls was ihre Dauerwirkung betrifft. Vor allem aber wird auf diese Weise ein Weg eröffnet, persönliches, der Bedürfnisbefriedigung dienendes Eigentum in Produktionsmitteleigentum zu transformieren, ohne sich das Verdikt der Rechtsordnung zuzuziehen, weil diese Transformation nicht notwendig Privateigentum hervorbringt. Damit greift die jugoslawische Eigentumsordnung ein Problem auf, das sich in allen sozialistischen Rechtsordnungen über kurz oder lang hinsichtlich der Weiterentwicklung des persönlichen Eigentums einmal stellen muß.

Faßt man das Ergebnis der Bestandsaufnahme des Rechtszustandes zusammen, so ergeben sich verschiedene Gruppen von Ländern, je nach ihrer rechtlichen Behandlung dieser Frage: Die erste Gruppe von Ländern kennt in ihrer Eigentumsverfassung neben den Erscheinungsformen des sozialistischen Eigentums lediglich das persönlich Eigentum, nicht dagegen Privateigentum. Die auch in diesen Ländern vorkommenden Erscheinungsformen kleingewerblicher und kleinbäuerlicher Tätigkeit, die freilich nur in einem beschränkten Ausmaß, nämlich auf persönlicher oder der Arbeit von Familienangehörigen beruhend, zugelassen werden, müssen unter das persönliche Eigentum subsumiert werden, obwohl hierdurch der Rahmen der Kriterien des persönlichen Eigentums praktisch von vornherein wieder gesprengt wird⁽⁷⁹⁾. Im Ergebnis ergibt sich bei dieser Gruppe von Ländern ein relativ weit gefaßter und von vornherein verwässerter Begriff des persönlichen Eigentums.

In eine zweite Gruppe gehören Länder, die neben dem sozialistischen und dem persönlichen Eigentum als dritte Kategorie noch das Privateigentum kennen (Polen und Ungarn). Dieser rechtlichen Abweichung entspricht auch eine sozialökonomische, da in diesen Ländern individuelles Produktionsmitteleigentum nicht nur in gleich eingengter Weise zulässig ist, wie in den Ländern der ersten Gruppe. Der Begriff des persönlichen Eigentums

⁽⁷⁹⁾ Die von V. PETEV, *Sozialistisches Zivilrecht*, Berlin - New York 1975, S. 123, vertretene Auffassung, daß Eigentum an Produktionsmitteln jeder Art, auch wenn es sich um einen « Ein-Mann-Betrieb » handelt, Privateigentum ist, entspricht nicht der Rechtslage in diesen Ländern.

konzentriert sich in diesen Ländern auf (in einzelnen auch kasuistisch genannte) Gegenstände der persönlichen Bedürfnisbefriedigung und bleibt im wesentlichen unverwässert.

Eine dritte Gruppe von Ländern (Jugoslawien und Rumänien), die eigentlich eine Untergruppe der zweiten Gruppe bilden, lassen neben dem persönlichen Eigentum privatwirtschaftliche Wirtschaftsformen (insbesondere landwirtschaftliche) zu, ohne sie in eigentumsrechtlicher Hinsicht ausdrücklich dem persönlichen Eigentum zuzuordnen, allerdings auch nicht dem Privateigentum, das es ausdrücklich in der Eigentumsverfassung der betreffenden Länder nicht gibt.

V. BEFUGNISSE AUS DEM PERSÖNLISCHEN EIGENTUM.

Auch die sozialistischen Rechtsordnungen knüpfen an das Eigentumsrecht im wesentlichen die drei Befugnisse: Besitz, Nutzung und Verfügung. Dabei werden lediglich rechtstechnische Unterschiede darin gemacht, daß diese Befugnisse entweder generell für jegliches Eigentum ausgesprochen werden (so etwa Art. 92 ZGB RSFSR) oder gesondert für das persönliche Eigentum (so z.B. § 24 ZGB DDR). Unterschiede lassen sich auch darin ausmachen, ob die Eigentumsbefugnisse zunächst unbeschränkt (so ebenfalls z.B. § 24 ZGB DDR) oder von vornherein unter dem Vorbehalt gesetzlicher Einschränkungen eingeräumt werden, wie etwa Art. 92 ZGB RSFSR, wo von den Befugnissen «innerhalb der vom Gesetz bestimmten Schranken» die Rede ist.

Ein derartiger Gesetzesvorbehalt bildet an sich keine Besonderheit, er gilt — ausgesprochen oder unausgesprochen — in allen Rechtsordnungen, denn in keiner sind insbesondere Nutzung oder Verfügung von Eigentum außerhalb des gesetzlich zulässigen Rahmens erlaubt, wobei mit der Zunahme des Bewußtseins, aber auch der Notwendigkeit sozialer Bindung von Eigentum der gesetzliche Rahmen der Eigentümerbefugnisse allenthalben enger wird. Unterschiede zwischen sozialistischen und nichtsozialistischen Rechtsordnungen können sich hier allenfalls in quantitativer Hinsicht ergeben.

Aus der bereits hinreichend dargestellten Zweckbindung bzw. Funktionalisierung auch des persönlichen Eigentums ergeben sich allerdings zwingend Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse, die vergleichbare Einschränkungen westlicher Rechtsordnungen erheblich übertreffen müssen. Wenn persönliches Eigentum der persönlichen materiellen und kulturellen Bedürfnisbefriedigung zu dienen hat, dann scheiden eine ganze Reihe von Möglichkeiten der Realisierung von Eigentümerbefugnissen von vornherein aus, ohne daß dies detailliert geregelt zu sein braucht⁽⁸⁰⁾. Die Funktionsbestimmung des persönlichen Eigentums wirkt gleichsam als jederzeit auf die konkreten Wahrnehmungen von Eigentümerbefugnissen anwendbare Generalklausel, die eine an sich rechtlich möglich Befugnis unzulässig machen kann. Der Bürger kann mit seinem persönlichen Eigentum (Geld) rechtlich zunächst unbedenklich z.B. eine Werkbank kaufen. Der mögliche Zweck, diese Werkbank als Produktionsmittel unter Einsatz der Arbeitskraft eines Dritten zu nutzen, macht schon die Rechtmäßigkeit des Kaufs fragwürdig; spätestens aber die Nutzung wird zum Rechtsmißbrauch.

Freilich, dies macht auch das Beispiel deutlich, betrifft die Funktionsbestimmung persönlichen Eigentums vor allem die Nutzungsbefugnis, obwohl die Fixierung des persönlichen Eigentums auf die materielle und kulturelle Bedürfnisbefriedigung auch — unmittelbar oder mittelbar — Auswirkungen auf die Befugnisse der Verfügung und des Besitzes haben.

Darüberhinaus sind aber Beschränkungen der Eigentümerbefugnisse nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Funktionsbestimmung des persönlichen Eigentums festzustellen, sondern auch unter anderen Aspekten. Betroffen ist hier insbesondere die Verfügungsbefugnis über persönliches Eigentum, die insbesondere durch Genehmigungspflichten erschwert oder verhindert wird, wobei insbesondere das Motiv der Kontrolle und Lenkung des (verbliebenen) rechtsgeschäftlichen Verkehrs eine Rolle spielt. So

⁽⁸⁰⁾ S. hierzu aber z.B. Art. 105 III ZGB RSFSR, wonach persönliches Eigentum nicht in der Weise genutzt werden darf, daß hierdurch « nicht erarbeitetes Einkommen » erzielt wird. Derartiges Einkommen wird nach Art. 111 ZGB RSFSR enteignet.

bedürfen — um dies lediglich an einem Beispiel zu verdeutlichen, das nicht in jeder Hinsicht für andere Länder repräsentativ zu sein braucht — in der DDR folgende rechtsgeschäftliche Vorgänge einer staatlichen Genehmigung und sind ohne sie nichtig: Die Übertragung des Eigentums an Grundstücken (§ 297 I ZGB DDR), die Vereinbarung des Preises beim Grundstücksgeschäft (§ 305 II ZGB DDR), die Bestellung und Abtretung einer Hypothek (§§ 453 I 454 III ZGB DDR), der Vertrag über die Einräumung des Vorkaufsrechts an einem Grundstück (§ 306 I ZGB DDR), der Mietervertrag über Wohnungen (§§ 96, 99 ZGB DDR), der Wohnungstausch (§ 126 II ZGB DDR), der Vertrag über die Überlassung land- und forstwirtschaftlich nicht genutzter Bodenflächen zur Nutzung, Erholung und Freizeitgestaltung an Bürger (§ 312 I ZGB DDR), die vertragliche Einräumung eines Wege- und Überfahrtrechts (§ 322 I ZGB DDR) und Verträge, in denen die Zahlung in fremder Währung vereinbart wird (§ 430 II ZGB DDR). Auch der Vertrag über eine « Gemeinschaft von Bürgern » (§ 267 II ZGB DDR) muß zwar nicht genehmigt, aber doch registriert werden, was kaum einen Unterschied macht.

Nicht alle diese rechtsgeschäftlichen Vorgänge sind unmittelbar Verfügungen über Eigentum ⁽⁸¹⁾, aber sie haben mit Verfügungen im weiteren Sinne zu tun, so wie die Verfügungsbefugnis des Eigentümers nicht nur das Verfügungsgeschäft im Rechtsinne meint.

Dieses Beispiel eine Kollektion von Einschränkungen von Eigentumsbefugnissen aus dem Zivilrecht des DDR, das lediglich staatliche Genehmigungspflichten betrifft und um weitere Instrumentarien staatlicher Einflußnahmen auf den Zivilrechtsverkehr ergänzt werden könnte ⁽⁸²⁾, die direkt oder indirekt ebenfalls Einschränkungen von Eigentümerbefugnissen darstellen, zeigt an, daß das persönliche Eigentum auch in seinem Sach- und Funktionsbereich nicht etwa dem Belieben und der Willkür

⁽⁸¹⁾ Erst recht sind sie nicht Verfügungsgeschäfte i.S. des Abstraktionsprinzips, das für das ZGB der DDR ohnehin nicht mehr gilt.

⁽⁸²⁾ S. hierzu K. WESTEN, *Das Zivilgesetzbuch der DDR*, in ROW 1976, I-II (4-9). Nicht angesprochen sind hiermit mögliche öffentlich-rechtliche Eingriffe und Beschränkungen insbesondere zeitweiligen Charakters.

des Eigentümers überlassen ist, sondern vielfältigen Einengungen und Verkürzungen der Eigentümerbefugnisse unterliegt. Oder anders ausgedrückt: Auch in dem durch sachliche Eingrenzung und funktionale Zweckbestimmung eng gesteckten Rahmen des persönlichen Eigentums gilt nicht das Prinzip der Privatautonomie oder — unideologisch ausgedrückt — das Prinzip des freien Besitzes, der freien Nutzung und der freien Verfügung ⁽⁸³⁾.

Wenn (persönliches) Eigentum als eine wesentliche Voraussetzung für die Selbsterwirklichung des Menschen angesehen wird, so ist das Ausmaß der von Land zu Land unterschiedlich weitgehenden Einschränkungen und Einengungen dieses persönlichen Eigentums offenbar symptomatisch für die Beschränkungen menschlicher Selbsterwirklichung in den heutigen sozialistischen Staaten. Mit anderen Worten: Das Defizit an persönlicher Freiheit und individueller Emanzipation in vielen der heutigen sozialistischen Staaten ist Spiegelbild des Ausmaßes einer restriktiven und dirigistischen Behandlung des persönlichen Eigentums.

Gleichwohl bleiben dem Eigentümer unreglementierte Freiräume zum Besitz, zur Nutzung und Verfügung seines persönlichen Eigentums. Insbesondere der Nutzung (i.S. von Verbrauch) zum Zweck der persönlichen Bedürfnisbefriedigung sind kaum irgendwelche Grenzen gesetzt. Zu diesem Zweck unterliegen auch Verfügungen über persönliches Eigentum, nämlich von Geld, zum Erwerb von Bedarfsgütern grundsätzlich keinen Beschränkungen. Vielmehr dient eine Art « sozialistische Vertragsfreiheit » dazu, dem Bürger das vertragsrechtliche Instrumentarium für seine persönliche Bedürfnisbefriedigung zur Verfügung zu stellen, wobei diese zivilrechtlichen Instrumentarien überwiegend das Verbindungsstück zwischen staatlicher Versorgung der Bevölkerung und individueller Inanspruchnahme staatlicher Versorgungsleistungen darstellen ⁽⁸⁴⁾. Dabei spielt das Warenangebot der staatlichen Planwirtschaft zugleich die Rolle eines — außerrechtlichen — Regulierungsinstruments der persönlichen Bedürfnisse.

⁽⁸³⁾ S. hierzu auch V. PETEV, *Sozialistisches Zivilrecht*, Berlin - New York 1975, S. 89.

⁽⁸⁴⁾ S. hierzu K. WESTEN, *a.a.O.*, S. 7 ff.

Nicht unerwähnt soll bleiben, daß dem Eigentümer bis zu einem gewissen Grad auch die Ermächtigung zu Willkür und Eigenmacht gegenüber seinem persönlichen Eigentum verbleibt. Er kann mit ihm nach Belieben verfahren, sofern nicht Interessen der öffentlichen Ordnung oder Dritter tangiert sind.

Es ist im Grunde kein Zufall, daß der Grundsatz der Sozialpflichtigkeit von Eigentum beim persönlichen Eigentum in den sozialistischen Staaten nirgends ausdrücklich ausgesprochen wird. Die Sozialpflichtigkeit des Eigentums in westlichen Rechtsordnungen bezieht sich im Grunde praktisch nur noch auf Eigentumsobjekte, die — vom Eigentum an Häusern abgesehen — als Gegenstand persönlichen Eigentums in sozialistischen Staaten nicht mehr in Betracht kommen. Darüberhinaus läßt sich allerdings sagen, daß die gesetzliche Zweckbindung des persönlichen Eigentums weiter geht, als der Grundsatz der Sozialpflichtigkeit.

Ein Gesichtspunkt verdient allerdings noch Beachtung. In denjenigen sozialistischen Staaten, in denen der auf persönlicher Arbeit beruhende kleine Gewerbe- oder Landwirtschaftsbetrieb unter das persönliche Eigentum subsumiert wird, müssen auch die sich aus diesen Tätigkeiten ergebenden eigentumsrechtlichen Vorgänge den für das persönliche Eigentum geltenden Befugnissen zugeordnet werden. So muß die Veräußerung des vom Kleingewerbetreibenden oder individuellen Landwirt hergestellten Produkts ebenso als legale Verfügung über persönliches Eigentum gelten, wie der Kauf einer neuen Maschine. Es lassen sich hier eine Reihe von Rechtsgeschäften mit Verfügungscharakter über Eigentum denken, die zumindest nicht unmittelbar als Nutzung von persönlichem Eigentum zur eigenen Bedürfnisbefriedigung ausgelegt werden können.

Dies mag dann auch wenigstens teilweise die vielfältigen Kontrollen und Einschränkungen hinsichtlich rechtsgeschäftlicher Vorgänge, die das persönliche Eigentum betreffen, erklären, von denen oben die Rede war. Derartige Kontrollen und Einschränkungen haben nicht zuletzt die Funktion, die Ausübung der Eigentümerbefugnisse in dem von der Rechtsordnung gewünschten Rahmen zu halten.

Dabei lassen sich — zumindest ideologisch — die im Zusammenhang mit einem Kleingewerbebetrieb stehenden Nutzungs-

und Verfügungsvorgänge immer wieder auf die Funktion von persönlichem Eigentum zurückführen, denn man kann — mit einigen Gedankenbrücken — durchaus argumentieren, daß der Kauf der Maschine durch den Kleinproduzenten die Herstellung seiner Produkte ermöglicht, deren Verkauf wiederum Voraussetzung für die Beschaffung der Existenzmittel, also die persönliche Bedürfnisbefriedigung ist. Freilich wäre dies nichts anderes, als eine Beschreibung der Keimzelle des Kapitalismus, woran sich ein weiteres Mal zeigt, daß das funktionale Abgrenzungskriterium des persönlichen Eigentums äußerst unscharf und wenig tauglich ist.

Nicht weniger problematisch stellt sich die Situation in denjenigen Ländern dar, deren Rechtsordnungen das Privateigentum als selbständige Eigentumskategorie zulassen. In ihnen bestehen zwar nicht die eben geschilderten Schwierigkeiten hinsichtlich einer extensiven Interpretation des Begriffs der persönlichen Bedürfnisbefriedigung; ihr Problem liegt vielmehr darin, daß der grundsätzlichen Unterscheidung von Privateigentum und persönlichem Eigentum in rechtlicher Hinsicht nichts folgt. Die zivilrechtlichen Normen, die für die Ausübung der Eigentümerbefugnisse maßgeblich sind, machen keinen Unterschied für die beiden Eigentumskategorien. Von hier aus kann grundsätzlich der Eigentümer von persönlichem Eigentum mit Hilfe des gleichen rechtlichen Instrumentariums die gleichen rechtsgeschäftlichen Akte vornehmen wie der Privateigentümer, sofern nicht durch Gewerbe- oder verwaltungsrechtliche Sonderbestimmungen dem einen erlaubt bzw. verboten ist, was der andere darf oder nicht darf.

Daß hier eine Einbruchsstelle gegenüber privatkapitalistischen Tendenzen geöffnet ist, liegt auf der Hand, denn es kann praktisch in diesen Ländern nicht bei jedem grundsätzlich erlaubten rechtsgeschäftlichen Vorgang zusätzlich gefragt werden, ob dieser der persönlichen Bedürfnisbefriedigung oder erlaubter privatkapitalistischer Betätigung dient. Als Alternative böte sich nur eine totale Kontrolle aller rechtsgeschäftlichen Vorgänge an, wobei eine solche Kontrolle in letzter Konsequenz am besten unter Verzicht eines rechtsgeschäftlichen Verkehrs durch ein System staatlicher Zuteilung durchführbar wäre. Damit würde aber auch

die Frage aufgeworfen werden, ob man persönliches Eigentum als rechtliche Kategorie überhaupt noch braucht. Es ist bekannt, daß die europäischen sozialistischen Staaten diese Alternative nicht bevorzugen, aber es ist auch ersichtlich, daß sie auf dem von ihnen eingeschlagenen Weg ständig in einem Spannungsfeld zwischen zwei « reinen » Lösungen stehen.

VI. DER SCHUTZ DES PERSÖNLICHEN EIGENTUMS.

Die Frage des Schutzes von persönlichem Eigentum hat zwei Dimensionen, einmal diejenige des zivilrechtlichen Schutzes, zum anderen diejenige des Schutzes gegenüber der eigenen Rechtsordnung, also die verfassungsrechtliche Frage des Bestandsschutzes. Hinsichtlich beider Aspekte des Schutzes von persönlichem Eigentum bietet die Situation in den sozialistischen Staaten keine Besonderheiten.

Was den zivilrechtlichen Schutz des persönlichen Eigentums betrifft, so bewegen sich die Rechtsordnungen der sozialistischen Staaten in traditionellen Bahnen. Eigentum wird auch als Ausschlußrecht gegenüber Dritten verstanden. Die Konsequenz sind Besitzstörungs- und Herausgabeansprüche, wobei auch unterschiedliche Behandlungen des redlichen und unredlichen Besitzers üblich sind. Auch die Begrenzung des Eigentumsschutzes durch die Ermöglichung des gutgläubigen Erwerbs fremden Eigentums erfolgt in weitgehend gewohnten Markierungen. So ist z.B. nach sowjetischem Zivilrecht der gutgläubige Erwerb nur hinsichtlich verlorengegangener, gestohlener oder sonst abhanden gekommener Sachen nicht möglich (Art. 152 I ZGB RSFSR), wobei damit allerdings nur der entgeltliche Erwerb gemeint ist, während der Eigentümer die Sache immer herausverlangen kann, wenn sie unentgeltlich erlangt worden ist (§ 152 III ZGB RSFSR). Das Zivilrecht der DDR schränkt die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs auf Sachen, die im Einzelhandel gekauft wurden, ferner auf Geld und Inhaberpapiere ein (§§ 27, 28, ZGB DDR). Als Tendenz kann man daher feststellen, daß der Gesetzgeber sozialistischer Staaten dem Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs offenbar kein so große Gewicht beilegt, wie der Gesetzgeber

westlicher Staaten, was sogar einen verstärkten Schutz des Eigentums zur Folge hat.

Dabei soll nicht unerwähnt, bleiben, daß das sozialistische Eigentum gegenüber dem persönlichen Eigentum im allgemeinen einen — zwischen den einzelnen Arten des sozialistischen Eigentums nochmals differenzierten — privilegierten Bestandsschutz genießt. Gutgläubiger Erwerb von sozialistischem Eigentum, Aufrechnung gegen Forderungen aus und Zurückbehaltungsrechte gegenüber Forderungen aus sozialistischem Eigentum und Verjährung von Forderungen aus sozialistischem Eigentum sind im allgemeinen ausgeschlossen oder doch erheblich erschwert. Derartige Schutzprivilegien des sozialistischen Eigentums mindern grundsätzlich aber nicht die Qualität der Schutzbehelfe des persönlichen Eigentums. Diese liegen auf dem Niveau westlicher Rechtsordnungen, während der — letztlich nicht gerechtfertigte — privilegierte Bestandsschutz des sozialistischen Eigentums ein unvergleichbares Phänomen ist. Freilich muß man sehen, daß im Einzelfall die dem sozialistischen Eigentum gewährten Schutzprivilegien sich zu Lasten des persönlichen Eigentums auswirken können, wenn sich beide Eigentumsformen in einem streitigen Verhältnis gegenüberstehen.

Im Prinzip nicht anders als mit dem zivilrechtlichen Schutz des persönlichen Eigentums verhält es sich mit seinem verfassungsrechtlichen Bestandsschutz. Dies ergibt sich zwingend schon aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des persönlichen Eigentums und des Erbrechts sowie aus dem Stellenwert des persönlichen Eigentums in der sozialistischen Gesellschaft. Der rücksichtslose Umfang mit Eigentum, wie man ihn von Kommunisten in Zuge der von ihnen umgestalteten Gesellschaftsordnungen kennt, ist für etablierte sozialistische Ordnungen im Hinblick auf das persönliche Eigentum keineswegs systemtypisch. Soweit persönliches Eigentum von den Rechtsordnungen zugelassen ist und soweit es sich in Umfang und Funktion in dem von der Rechtsordnung gesteckten Rahmen hält, genießt es auch deren Schutz.

Im Einzelfall kann es jedoch auch für den sozialistischen Staat notwendig sein, Objekte des persönlichen Eigentums zu enteignen. Dies mag zwar angesichts der Tatsache, daß der Staat selbst der größte Eigentümer im Lande ist, sehr viel seltener not-

wendig sein, als in Gesellschaftsordnungen, die durchgängig auf individuellem Eigentum beruhen; im Prinzip sind Fälle notwendiger Enteignungsmaßnahmen aber auch in sozialistischen Staaten nicht ausgeschlossen. Die Hauptanwendungsfälle dürften Straßen- und Wohnungsbaumaßnahmen einerseits und militärpolitische oder Sicherheitsmaßnahmen andererseits sein.

Manche Verfassungen sozialistischer Staaten enthalten deshalb eine Enteignungsklausel ⁽⁸⁵⁾, wie etwa Art. 16 DDR Verf., wo es heißt, daß Enteignungen nur für gemeinnützige Zwecke auf gesetzlicher Grundlage und gegen angemessene Entschädigung und auch nur dann zulässig sind, wenn auf andere Weise der angestrebte gemeinnützige Zweck nicht erreicht werden kann.

Ist in der Verfassung der DDR die Enteignungsklausel allgemein gefaßt und lediglich hinsichtlich der Voraussetzungen an strenge Kriterien gebunden, so wird in anderen Fällen zum Ausdruck gebracht, daß Gegenstand derartiger Enteignungen entweder nur das persönliche Eigentum sein kann ⁽⁸⁶⁾ oder aber nur persönliches oder genossenschaftliches Eigentum ⁽⁸⁷⁾ oder nur Immobilien ⁽⁸⁸⁾ oder schließlich Immobilien und andere Produktionsmittel ⁽⁸⁹⁾. Obwohl diese wenigen Fälle der verfassungsrechtlichen Regelung einer Enteignungsmöglichkeit in Einzelheiten recht weit voneinander abweichen, meinen sie grundsätzlich persönliches Eigentum (im Prinzip auch genossenschaftliches und soweit vorhanden privates) ⁽⁹⁰⁾ und machen Enteignungen von materiellen und formellen Erschwernissen abhängig.

⁽⁸⁵⁾ So Art. 24 Alb. Verf.; Art. 6 II Chin. Verf.; Art. 12 Rum. Verf.; Art. 21 V Bulg. Verf.

⁽⁸⁶⁾ Art. 21 V Bulg. Verf.

⁽⁸⁷⁾ Art. 24 Alb. Verf.

⁽⁸⁸⁾ Art. 12 Rum. Verf.; Art. 24 Alb. Verf.

⁽⁸⁹⁾ Art. 6 III Chin. Verf. Hier handelt es sich allerdings um eine Mischung aus Enteignungs- und Sozialisierungsklausel, denn es ist davon die Rede, daß der Staat durch Ankauf enteignen oder mit oder ohne Entschädigung in Anspruch nehmen oder verstaatlichen kann. Gemeint ist mit dieser Bestimmung auch die Sozialisierung noch privater Produktionsmittel.

⁽⁹⁰⁾ Dabei ist aber auffallend, daß gerade diejenigen Verfassungen, die Privateigentum anerkennen, also die polnische und ungarische, gar keine Enteignungsklausel enthalten.

Es ist allerdings auffallend, daß eine Reihe von Verfassungen eine derartige Enteignungsklausel nicht enthalten, allen voran die sowjetische Verfassung von 1936, aber auch die Verfassung von 1977, die ansonsten vieles enthält, was in der Verfassung von 1936 noch fehlte. Man wird hieraus aber nicht den Schluß ziehen dürfen, daß in diesen Ländern das persönliche Eigentum einen geringeren (weil verfassungsrechtlich fixierte Voraussetzungen für Enteignungen fehlen) oder höheren (weil überhaupt keine Möglichkeit der Enteignung ausgesprochen ist) Schutz genießt, als in den Ländern mit einer derartigen Klausel. In der Grundhaltung und der Tendenz dürfte die Situation in dieser Frage in allen sozialistischen Staaten weitgehend gleich sein. Ob mit der ohne Enteignungsklausel, das persönliche Eigentum genießt überall Verfassungsgarantie, willkürliche Eingriffe scheiden von Rechtswegen aus. Soweit Eingriffe erforderlich und zulässig sind, können sie nur auf einem von der Rechtsordnung vorgesehenen und für zulässig erachteten Weg erfolgen. Von dieser Prämisse her ist eine in der Verfassung fixierte Enteignungsklausel in der Tat entbehrlich; es reicht durchaus, daß in einfachen Gesetzen Einzelfälle zulässiger Enteignung geregelt sind.

Zu bedenken bleibt freilich, daß in den in erster Linie auf die Stärkung und Mehrung des sozialistischen Eigentums fixierten sozialistischen Staaten in der faktischen Interessenabwägung der Schutz des persönlichen Eigentums nicht im Vordergrund stehen dürfte ⁽⁹¹⁾. Dem Gesetzgeber ⁽⁹²⁾ wird ein Entschluß, der persön-

⁽⁹¹⁾ Dies gilt im besonderen Maße für das — in einer Art Analogie — als persönliches Eigentum behandelte individuelle Produktionsmitteleigentum, das nicht zufällig auch schon rechtlich einen minderen Schutz genießt, als das eigentliche persönliche Eigentum (z.B. « zugelassen » statt « geschützt »). Wo solche Unterschiede gemacht werden und wo darüberhinaus Absichtserklärungen in Richtung auf weitere Sozialisierungsgrade bestehen, wird man allenfalls einen Kernbereich des persönlichen Eigentums (tatsächlich ausschließlich der persönlichen Bedürfnisbefriedigung dienende Gegenstände) als garantiert ansehen können. Daß aber auch eine gegenläufige Tendenz möglich ist (Polen, Ungarn, sowjetische Unionsverfassung von 1977), und sich aus Gründen wirtschaftlicher Vernunft vermutlich auf Dauer sogar durchsetzen wird, sollte nicht übersehen werden.

⁽⁹²⁾ Gesetzgeber meint hier auch Verfassungsgesetzgeber, denn gerade die Verfassungsgesetzgebung hat sich in den sozialistischen Staaten als besonders schnelllebig erwiesen, wobei insbesondere die Eigentumsverfassungen in kurzen

liches Eigentum tangiert, leichter fallen und es wird ihm auch nicht so viel Widerstand entgegengesetzt werden, wie in einer Gesellschaftsordnung mit individuellen Eigentumsstrukturen und entsprechenden Interessen. Freilich ist dies ein mehr faktischer, allenfalls noch rechtspolitischer Aspekt, der den rechtlichen Schutz des persönlichen Eigentums nicht grundsätzlich berührt.

VII. SCHLUßBEMERKUNG.

In den Rechtsordnungen der sozialistischen Staaten hat das persönliche Eigentum als eigenständige und systemadäquate Kategorie von Eigentum in einer sozialistischen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung seinen festen Platz. Es ist nicht erlaubter Restbestand an Privateigentum⁽⁹³⁾, schon weil es von diesem theoretisch-dogmatisch unterschieden wird, sondern eine der sozialistischen Eigentumsordnung zugehörige und vom sozialistischen Eigentum abgeleitete Eigentumskategorie.

Gleichwohl erweckt das persönliche Eigentum mehr als alle anderen Erscheinungsformen von Eigentum in einer sozialistischen Ordnung Assoziationen zum Privateigentum. Mit diesem, bzw. mit der Grundvorstellung von diesem hat es den individuellen Charakter gemeinsam; vor allem aber sind insbesondere die sachenrechtlichen Regelungen des Zivilrechts der sozialistischen Staaten (abgesehen von den Grundsatzbestimmungen über das sozialistische Eigentum) in erster Linie für das persönliche Eigentum einschlägig; und dort, wo noch Privateigentum vorhanden ist, auch für dieses, während sie für das sozialistische Eigentum nur ausnahmsweise Anwendung finden. Dies insbesondere bestärkt den Eindruck von der Verwandtschaft des persönlichen Eigentums mit dem herkömmlichen Privateigentum, was durch die Subsumtion des Privateigentums in denjenigen Rechtsord-

Zeiträumen großen Wandlungen unterworfen waren, was auch für die Zukunft als Möglichkeit nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden kann.

⁽⁹³⁾ S. auch S. LUBY, *La propriété personnelle*, in: LUBY u. a., *Le droit civil tchécoslovaque*, Bratislava 1969, S. 55 ff.

nungen, in denen es noch zugelassen ist, unter die für das persönliche Eigentum geltenden Normen noch unterstrichen wird.

Demgegenüber scheint unmaßgeblich zu sein, daß das persönliche Eigentum sich vom Privateigentum dadurch unterscheidet, daß es kein Produktionsmitteleigentum ist, was das Privateigentum in marxistischer Sicht immer ist und in außermarxistischer Einschätzung zumindest sein kann. Die Funktionsbestimmungen des persönlichen Eigentums und die meist zusätzlich fixierten Mißbrauchverbote (mit unterschiedlich weitgehenden Sanktionen) schränken das persönliche Eigentum praktisch in seinem Umfang und rechtlich in seinen Anwendungsfeldern ein. Dies hat in rechtlicher Hinsicht insbesondere Auswirkungen auf die quantitative Relevanz der eigentumsrechtlichen Regelungen. Die Funktionsbestimmung des persönlichen Eigentums hat zur Folge, daß bestimmte wirtschaftlich relevante Verkehrsvorgänge mit ihm überhaupt nicht vorkommen. Vergleichbare eigentumsrechtliche Bestimmungen, wie in westlichen Rechtsordnungen, haben deshalb gleichwohl einen völlig anderen Stellenwert, weil sie in der Praxis wesentlich seltener und zudem in wesentlich beschränkteren Dimensionen Anwendung finden. Dieser spezielle Aspekt sollte bei der Rechtsvergleichung gerade mit dem Recht sozialistischer Staaten nicht außer Betracht bleiben.

Trotz der grundsätzlichen Verbannung des persönlichen Eigentums aus dem Bereich der Produktion, bleibt die Grenzziehung zum individuellen Produktionsmitteleigentum (und damit zum Privateigentum) problematisch, weil fließend. Dies wird insbesondere an der Lösung derjenigen Länder deutlich, die kein Privateigentum zulassen und das auch bei ihnen noch vorkommende individuelle Produktionsmitteleigentum politisch und rechtlich als persönliches Eigentum behandeln. Hier wird wohl ständig eine Schwachstelle des persönlichen Eigentums als selbständige Eigentumskategorie bleiben, die man sicher eher mit Hilfe gewerbepolizeilicher (Verbieten oder Erlauben bestimmter Tätigkeiten unter Festlegung der Bedingungen im einzelnen) als eigentumsrechtlicher Bestimmungen in den Griff bekommen kann.

Auch in anderer Hinsicht bildet die Grenze zum Produktionsmittel die entscheidende Schwäche des persönlichen Eigentums. Sozialistische Gesellschaften sind keine auf permanente Armut

ihrer Mitglieder angelegten Ordnungen, vielmehr sollen sie neben dem gesellschaftlichen auch den individuellen Wohlstand ständig vermehren. Daß dies bislang nirgendwo wirklich in markanter Weise sichtbar geworden ist, beruht auf Unvermögen und nicht auf Absicht. Gleichwohl erfährt der Lebensstandard in den sozialistischen Ländern langsame, aber doch kontinuierliche Verbesserungen, und es ist anzunehmen, daß er langfristig erhebliche Steigerungen erleben wird. Daß diese Tendenz durch das geltende Erbrecht erheblich bestärkt wird, soll hier nur am Rande erwähnt werden.

Damit muß eine entsprechende Vermehrung des persönlichen Eigentums einhergehen ⁽⁹⁴⁾. Selbst wenn man unterstellt, daß ein großer Teil der Einkommenserhöhungen für erweiterte Konsumbedürfnisse verwendet wird, sind Kapital- und Vermögensanhäufungen eine notwendige Folge eines dauerhaft verbesserten Lebensstandards. Hier entsteht nun das Problem der Verwendbarkeit dieser Kapitalreserven und zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt ihrer Nutzbarmachung für den Eigentümer als auch dem der Nutzbarmachung für die Volkswirtschaft. Zwar bieten sich hier vielerlei Möglichkeiten an, Kapitalismus zu verhindern und gleichwohl überschüssiges Kapital zum Nutzen der Volkswirtschaft abzuschöpfen oder doch wenigstens zu nutzen, ohne daß dabei Eingriffe in Eigentümerrechte erfolgen müßten. Von der Partizipation des Staates am persönlichen Eigentum durch Steuern über Nutzung von Sparkapital durch die Banken, die Möglichkeit für die Bürger, Anleihen zu zeichnen, sein Geld in eine Wohnungsbaugenossenschaft einzuzahlen usw., gibt es auch in einer sozialistischen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung mannigfache Möglichkeiten, nicht unmittelbar verbrauchtes persönliches Vermögen anzulegen und in bescheidenem Rahmen persönlichen Nutzen hieraus zu ziehen.

Auch hierbei gelangt man allerdings sehr schnell in den Grenzbereich des Zweifels, ob nicht bestimmte Anlegungsarten von persönlichem Eigentum mit seiner Funktionsbestimmung grund-

⁽⁹⁴⁾ Zu diesem Problem s. auch V. PETEV, *Sozialistisches Zivilrecht*, Berlin-New York 1975, S. 82.

sätzlich im Widerspruch stehen. Schon die Anlage von Geld auf einem Sparbuch und der Bezug von Zinsen hierfür ist ja nicht im strengen Sinne Nutzung zur persönlichen materiellen und kulturellen Bedürfnisbefriedigung, sondern (indirekte) Kapitalnutzung mit Erzielung arbeitslosen Einkommens. Die Erlaubnis dieser oder anderer Nutzungen durch die Rechtsordnung räumt jedoch die im Prinzip begründeten Zweifel aus. Freilich wird auch hieran deutlich, daß die Konkretisierung funktionsgerechter Nutzungsarten des persönlichen Eigentums letztlich der Willkür des Gesetzgebers überlassen bleibt.

Läßt sich auf diese Weise über vielfältige Möglichkeiten das Problem der Notwendigkeit eines Rückflusses von privatem Geld in die Volkswirtschaft lösen, so bleiben alle bislang praktizierten Realisierungen dieses Anliegens in herkömmlichen Anlageformen (mit Ausnahme der unmittelbaren Kapitalinvestition) stecken. Was einstweilen (mit Ausnahme des dargestellten positiven Ansatzes in Jugoslawien) völlig fehlt, ist jegliche Möglichkeit einer unmittelbaren Transformation persönlichen Eigentums in sozialistisches Produktionsmittelkapital unter Beibehaltung der Eigentümerstellung dessen, der das Kapital einbringt. Zwar ist das genossenschaftliche sozialistische Eigentum von diesem Vorstellungsbild geprägt und es läßt sich rückblickend vielleicht trotz allen administrativen Nachdrucks, der zu Genossenschaftsbildungen geführt hat, von ihnen dieses Bild vermitteln, wobei es sich freilich um den Vorgang einer Sozialisierung von Privateigentum handelt. Dagegen ist die aktuelle Bildung genossenschaftlichen sozialistischen Eigentums auf der Basis des spontanen und freiwilligen Zusammenschlusses persönlicher Eigentümer (mit Ausnahme von Jugoslawien) nirgends vorgesehen. Auch andere Beteiligungsformen mit persönlichem Eigentum an sozialistischem Eigentum ohne Aufgabe der Eigentümerrolle sollten sich denken lassen.

Die etablierten sozialistischen Ordnungen kennen in ihrer bürokratischen Erstarrung und in ihrer lediglich negativen Haltung gegenüber jeglicher Form individuellen Wirtschaftens lediglich staatlich monopolisierte Begründungen sozialistischer Unternehmungen oder Kapitalinvestitionen, selbst wenn man sich der Rechtsform der Genossenschaft bedient. Eine wirkliche Soziali-

sierung der Wirtschaftens im Sinne eines stets aktuell bleibenden Prozesses wird in den sozialistischen Staaten unmöglich gemacht.

In rechtlicher Hinsicht verwundert dabei am meisten, daß überindividuelle Eigentümerpositionen, wie das Miteigentum oder das Gesamteigentum, die das sozialistische Recht von der bürgerlichen Rechtstradition übernommen und für die es teilweise sogar den anderen Verhältnissen adäquate Anwendungsfälle entwickelt hat ⁽⁹⁵⁾, bislang überhaupt nicht als Möglichkeit einer Verbindung zwischen individuellem und sozialistischem Eigentum aufgegriffen worden sind. Sie werden in Anknüpfung an die Konvention als besondere Erscheinungsformen des persönlichen Eigentums, aber eben als persönliches Eigentum behandelt. Daß jede überindividuelle Eigentümerschaft (einschließlich solcher typisch kapitalistischer Erscheinungsformen wie die Kapitalgesellschaften) im Grunde Ansätze zu sozialistischen Eigentumsverhältnissen sind ⁽⁹⁶⁾, weil sie das individuelle Subjekt-Objekt-Verhältnis überwinden und damit auch Anknüpfungspunkte für eine differenzierte Behandlung des persönlichen Eigentums im System der sozialistischen Eigentumsverfassung böten, wird vorerst nicht gesehen.

Damit erweist sich die Eigentumslehre der sozialistischen Staaten als merkwürdig unflexibel und steril; ein wirklich produktiver Einbau des persönlichen Eigentums — produktiv auch im praktischen Sinne — in das System der Eigentumsordnung der sozialistischen Staaten ist bislang nicht gelungen, was insbesondere mit der quantitativen Zunahme des persönlichen Eigentums zu wirtschaftlichen und rechtlichen Problemen führen kann, nämlich zu einer Erstarrung von festgelegten Vermögensmassen, von denen eine, nämlich das persönliche Eigentum, dem Wirtschaftsprozess entzogen bleibt. Eine andere Gefahr besteht darin,

⁽⁹⁵⁾ S.z.B. in der DDR die Mietergemeinschaft (§ 118 ZGB DDR) oder die Gemeinschaften von Bürgern zur Verbesserung ihrer Arbeits- und Lebensbedingungen (§ 226 ZGB DDR).

⁽⁹⁶⁾ Im Grunde hat schon MARX selbst (*Zur Kritik der politischen Ökonomie*, 1859, S. 10) gesehen, daß nicht individuelles, sondern ein « naturwüchsiges Gemeineigentum » bei allen Völkern und Kulturen am Anfang der Entwicklung steht. Auch von hier aus ist es nicht zwingend, überindividuelle Eigentümersituationen begrifflich in Rechtskategorien für individuelles Eigentum hineinzuzwängen.

daß mangels hinreichender Möglichkeiten oder auch nur Anreize zur Investition von persönlichem Eigentum im Wirtschaftsprozess, persönliches Eigentum in einem höheren Maße konsumiert wird, als dies volkswirtschaftlich wünschenswert erscheint, daß also eine wirklich entwickelte sozialistische Gesellschaft eine auf die Spitze getriebene Konsumgesellschaft werden könnte.

Solche Gefahren wird man nur abwenden können, wenn man das persönliche Eigentum in theoretischer und dogmatischer Hinsicht wesentlich besser aufarbeitet, als dies gegenwärtig noch der Fall ist, da das persönliche Eigentum in letzter Konsequenz auf einen Ausschluß bestimmter Objekte und bestimmter Betätigungen sowie auf einige sehr wenig präzise Auflagen hinsichtlich der Nutzung von herkömmlichem bürgerlichem Eigentum hinausläuft.

FRANZ WIEACKER

‘ WANDLUNGEN DER EIGENTUMSVERFASSUNG ’
REVISITED

I.

Zu einer kritischen Analyse seiner vor 43 Jahren im 26. Lebensjahr geschriebenen Abhandlung gleichen Namens ⁽¹⁾ würde sich der Autor kaum entschlossen haben ohne die wiederholte Aufforderung des Herausgebers der ‘ Quaderni ’, der in der temperamentvollen und eigenwilligen Schrift offenbar ein instruktives Dokument der Einstellung eines jungen Juristen jener Zeit zu Grundfragen der europäischen Eigentumsverfassung sieht. Wie begreiflich, blickt der Autor selbst auf die unausgeglichene und in vieler Hinsicht unreife Jugendschrift mit geringer Genugtuung zurück, ohne sie zu verleugnen oder nach fast einem halben Jahrhundert apologetische Absichten zu verfolgen.

Die Schrift stellte sich durch Publikationsort und wiederholte Bezugnahmen als Beitrag zu der im Beginn der nationalsozialistischen Machtergreifung inaugurierten ‘ Erneuerung ’ des Privatrechts (und Bodenrechts) dar. Obwohl sie kein Wort enthält, an das der junge Autor nicht glaubte (wie sich denn auch ihre Gedankengänge zum Teil in späteren, vielleicht reiferen Veröffentlichungen ⁽²⁾ fortsetzen), und obwohl ihr Inhalt ergibt, daß sie

⁽¹⁾ *Wandlungen der Eigentumsverfassung* (Hamburg 1935), 94 S.

⁽²⁾ Vgl. *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* (Karlsruhe 1952; *Nuova Riv. d. Dir. commerciale* etc., 5 (1952) 125-133); *Pandektenwissenschaft u. Industrielle Revolution* (1966); *Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen* (1960); *Der Kampf des 19. Jhs. um die Nationalgesetzbücher* (1970). Diese Abhandlungen jetzt

nach Absicht und Wirkung die Unterdrückungen und Rechtsbrüche des Regimes in seinem weiteren Fortgang nicht ermutigen konnte, muß der Vf. ihr heute doch die Illusion vorhalten, das neue Regime habe es damals ernstlich und verantwortlich auf eine gerechte (etwa auch 'sozialistische') Neuordnung der Sozial- und Besitzverfassung einer modernen Industrienation abgesehen. Die weitere Entwicklung zeigt vielmehr, daß das Regime in Fragen der Besitzverfassung (immer abgesehen von der Ausplünderung seiner politischen Gegner) durchaus opportunistisch, ja statisch verfuhr (unten IV 1). Die Illusionen werden weder durch die Jugend des Autors noch dadurch vollkommen entschuldigt, daß sie rechtschaffene Betrachter in Deutschland und im Ausland damals geteilt haben.

Entschiedener tadelt der Vf. im Rückblick die begriffliche Voreingenommenheit, ja den Doktrinarismus seiner Skizze. Sie bekundet sich in der monotonen Kritik des meist undifferenziert als 'normativistisch' gekennzeichneten Gesetzespositivismus und in dem sich zuweilen zu einer Art Obsession steigenden Mißtrauen gegen die allgemeine Begriffs- und Systembildung der Privatrechtswissenschaft seiner Zeit. Wie noch zu zeigen, dürften die Gründe dafür in dem Bestreben gelegen haben, um jeden Preis durch die Krusten des fachjuristischen Teilsystems zu der sozialen und moralischen Realität der Gesellschaft ('Gemeinschaft') durchzustoßen. Obwohl ich auch heute noch nicht daran glaube, daß allgemeine und abstrakte Begrifflichkeit des Privatrechts ein wirkliches Bollwerk bürgerlicher Freiheiten ist ⁽³⁾, so neige ich doch zu einer weit höheren Einschätzung der Leistungen des fachspezifischen Teilsystems der gesetzlichen Rechtsordnung für Freiheit und Gerechtigkeit als der junge Rechtshistoriker und Sozialkritiker der frühen 30er Jahre. In der Sache überrascht den Zurückblickenden die Einseitigkeit der Option für die gesellschaftlichen (in diesem Sinn wirklich sozialistischen, wenn schon staatssozialistischen) Werte gegen die individuellen Interessen, die sich aus

zusammen in *Industriegesellschaft u. Privatrechtsordnung* (Frankfurt 1974, Fischer Athenaeum Taschenbücher); vgl. ferner *Privatrechtsgeschichte d. Neuzeit* (i.f. PGN) ² (1967), 438 ff.; 447 ff.; 478 ff.; 450 ff. u. insbes. 551 ff. u. 619 ff.

⁽³⁾ Dazu *ex professo* PGN (A. 2) 486 ff.; vgl. auch 478 f.

der nicht einem Ressentiment, aber der eigenen akademischen Weltfremdheit entspringenden Verurteilung des ökonomischen Liberalismus erklären dürfte. Auch hier haben erst die Erfahrungen der folgenden Jahrzehnte eine nüchternere Einschätzung der Bereitschaft siegreicher 'Bewegungen' gelehrt, Freiheit und Würde der Einzelperson ohne legalistische Garantien zu respektieren.

Noch ein Wort zu Darstellungsart und Stil. Mit Unbehagen finde ich im Rückblick vielfach jene Atemlosigkeit, jene Sprünge und Verschlingungen des Gedankengangs, die (in anderem Zusammenhang) Gerhard v. Beseler als 'problemverknäuelndes Denken' rügte. Der Stil hält sich zwar, wie ich denke, von opportunistischen Phrasen frei, und meidet — übrigens in bewußter und erkennbarer Distanzierung von der parteioffiziösen Beschimpfung der Andersdenkenden — jegliche Herabsetzung der weltanschaulichen Gegner und Gegenrichtungen der damaligen Machthaber; aber er hält sich doch nicht von jener Sozialromantik frei, die das alte Ingrediens nationaldemokratischer, christlich-sozialer und germanistischer Sozialkritik war und die sich der Autor, nach manchen Lehrjahren der Realität, heute nicht mehr gestatten würde (4).

II.

Für den heutigen Betrachter sei noch einmal in Kürze der Inhalt der kleinen Schrift rekapituliert (5). Nach einer Vorbemerkung, die (an sich zutreffend) eine Wahrnehmung und Verarbeitung der sozialstaatlichen Wandlungen der Eigentumsverfassung seit 1914 in der Zivilrechtswissenschaft vermißt (6), dann aber aus ontologischen wie aus Gründen der sozialen Funktion eine allzu radikale Scheidung von 'Fahnis' oder Mobiliareigentum

(4) Hierhin die Bevorzugung von 'Gemeinschaft' statt 'Gesellschaft' (im Sinn der bekannten Unterscheidung von *Tönnies*; jedoch nicht: 'Volksgemeinschaft'); 'Volk', 'Volksordnung' (auch in der Weimarer Zeit allgemeine Terminologie), 'völkisch' (jedoch nicht: 'Volksgenosse').

(5) Eine bequeme Übersicht gibt das Inhaltsverzeichnis S. 5.

(6) Über die Gründe, billiger abwägend, jetzt PGN 553 f.; 556 ff.; 624 f.

und Grundeigentum empfiehlt (9-11) (?), wendet sich die Schrift zunächst dem *Mobiliareigentum* zu (p. 12-45).

1. a) Sie skizziert zunächst, zwar übertreibend und verkürzend, aber im ganzen zutreffend (?), die soziale und politische Vorgeschichte dieses Eigentumsbegriffs (12-24, 25 f.). Dabei liegt das Gewicht auf der Konfrontation der Eigentumsideologie des ökonomischen Liberalismus seit dem Ende des 17. Jhs. mit seinen physiokratischen, altständischen, sozialreformerischen, staatssozialistischen und sozialistischen Gegenströmungen (?).

b) Die folgenden Abschnitte (24 ff.) schlagen demgegenüber aus den ontologischen und sozialen Gegebenheiten der gegenwärtigen Situation der Nation heraus ein — im Privatrecht prinzipiell — neues Eigentumsmodell vor: Eigentum als Zuordnung von Gütern zu einer Person, deren rechtlicher Grund nicht die Ermächtigung der Rechtsordnung zur Sachherrschaft ist, sondern die Anerkennung der Rechtsperson durch die Gemeinschaft; die also erst durch das funktionsgemäße Verfahren mit Sachgütern legitimiert und gebunden ist. Damit wird in eigentümlicher, zugleich personalistischer und naturalistischer Einseitigkeit das Eigentum durch den konkreten Status der Person in der Gesellschaft zugleich konstituiert und — wie ich heute meine — unzulässigerweise relativiert, seine Legitimation also aus der vorgesellschaftlichen Individualsphäre in die *fonction sociale* selbst verlegt. In der Grammatik des älteren Naturrechts ausgedrückt, wird also das Modell des ursprünglichen Gemeineigentums vor dem der (erst sozialvertraglich beschränkten) ursprünglichen Individualsphäre bevorzugt. Wenn dabei der Eigentumsinhalt, wenigstens für viele Wirtschaftsgüter — im Gegensatz zu persönlichen Gebrauchs- und Konsumgütern —, auf eine bloße Verwal-

(?) Kennzeichnend etwa die weittragende Forderung (S. 44), auch die « rechtstechnischen Einzelheiten » müßten « jeweils an konkreten Sachgütertypen verwirklicht werden ».

(?) Vgl. jetzt. DIETER SCHWAB, art. 'Eigentum', in KOSELLECK u. a. (Hsg). *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politischen und sozialen Sprache in Deutschland* 5 (1971), 65-115, mit zahlreichen Nachweisungen; vgl. auch PGN (A. 2).

(?) Hierzu später auch: Sozialmodell (A. 2) 10-16; PGN 447 ff.; vgl. auch 479 ff.

tungsbefugnis zu schrumpfen drohte, war hierfür — außer den noch zu erörternden Gemeinschaftsideologien (III 2) — auch die voreilige Verallgemeinerung der Bewirtschaftungspflichten bestimmend, welche damals die Weltwirtschaftskrise und die anschließenden Planungstendenzen der nationalen Wirtschaften für Devisen, Importgüter sowie gewerbliche und agrarische Erzeugnisse gezeitigt hatten.

c) Für die privatrechtstechnischen Folgerungen (29 ff.) ging der Autor zunächst zutreffend davon aus, daß das Sachenrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (und einiger anderer Kodifikationen) keine endgültige materialen Zuordnungsgründe einschließt: die notwendige Konsequenz der Entscheidung des BGB für den abstrakten dinglichen Vertrag, der den Rechtsgrund, der Zuordnung einer Sache (die *iusta causa* des römischen Rechts, den *titulus* des *jus commune*, den *titre* der romanischen Rechtsfamilie) in das Obligationenrecht (Austauschverträge und Leistungskondiktion) abdrängt. Eine definitive Zuordnung enthalten nur einige Sonderformen des originären Erwerbs: der (entgeltliche) gutgläubige Erwerb (§§ 933-936), der Funderwerb (§ 973 f. BGB) und, nach heute durchgedrungener Meinung, die Ersitzung (§ 937 BGB). Eine materiale Güterzuweisung vermittelt das Eigentumsrecht (und gewisse andere *iura in re*) nur insoweit, als es die Zugehörigkeit einer Sache zum Haftungsvermögen des Eigentümers vermittelt und damit dem obligatorisch berechtigten Eigentümer die Insolvenzgefahr abnimmt, andererseits aber den persönlichen Gläubigern des Eigentümers den Vollstreckungszugriff ermöglicht. Die eigentümliche Doppelfunktion der dinglichen Rechtszuweisung, sowohl Herrschaft und Nutzung als auch Haftung zuzuordnen, hat der Autor erst in späteren Untersuchungen zum Eigentumsvorbehalt schärfer herausgearbeitet ⁽¹⁰⁾.

Wenig übersichtlich vermengt der Autor (33 ff.) mit diesen Gedankengängen die Abschwächung des Übergabepinzips (*traditio*, der *modus* der gemeinrechtlichen Doktrin) durch die Traditionssurrogate. Der Zusammenhang geht allein aus der etwas

⁽¹⁰⁾ *ZakDR* 1938, 590 ff.; dazu G. PAULUS, *JZ* 1957, 41; GEORGIADIS, *Die Eigentumsanwartschaft bei Eigentumsvorbehalt* (1963), *passim*; weitere Nachweise PGN 522 A. 39, 40 - Andeutend bereits *Wandlungen* 35 f.

undurchsichtigen Bemerkung (S. 33) hervor, der Verfall des Übergabepinzips durch die Zulassung des (abstrakten) Besitzkonstituts und der Vindikationszession (§§ 930, 931 BGB) « mache » die abstrakte Übereignung und den gutgläubigen Erwerb « fragwürdig ». Gemeint ist — wohl unter dem Einfluß Hecks —, daß mangels des Erfordernisses einer *iusta causa* der äußerlich nicht erkennbare Besitzwechsel durch bloßen Vertrag ein unzureichender Indikator für die Zuordnung von Herrschaft, Verfügungsbefugnis und Haftung ist, und daß die Kumulation von abstrakter Übereignung und gutgläubigem Erwerb den Verkehrsschutz des Erwerbers und damit die Ablösung der Güterzuweisung von ihrem wirtschaftlichen und sozialen Hintergrund übertreibt.

d) Betrachtungen über die Sonderstellung des fiduziarischen Eigentums (Sicherungseigentum, Vorbehaltseigentum, Treuhand), über den privatrechtlichen Schutz des Eigentums und die außergerichtlichen Selbsthilferechte (S. 38-45) schließen den ersten Teil ab.

Die für die Gesamtkonzeption des Vfs. kennzeichnende Einordnung jener außergerichtlichen Selbsthilferechte gegen den Eigentümer in die öffentliche Sozialpflichtigkeit findet zwar eine geschichtliche Stütze in der vernunftrechtlichen Gleichsetzung der Aufopferung des Eigentums im Notstand einer anderen Privatperson mit dem Zurückweichen des Eigentums vor der *publica utilitas*, widerspricht aber, wie noch zu zeigen (IV 3), einer positiven Rechtsordnung, welche den privatrechtlichen Friedensschutz und die Grenzen der privatrechtlichen Ausschließungsrechte von der Sozialpflichtigkeit des Eigentums prinzipiell unterscheidet.

2. a) Der zweite Teil (S. 46-88) begründet zunächst die Forderung nach begrifflich und systematisch gesonderter Behandlung des **G r u n d e i g e n t u m s** weniger mit der (in der Tat schwerwiegenden) mittelalterlichen, germanistischen oder auch angelsächsischen Tradition als mit den ontologischen Gegebenheiten ⁽¹¹⁾,

⁽¹¹⁾ Festzuhalten ist freilich an der (im Schriftum alsbald bekämpften) Aufstellung, ein 'Grundstück' sei auch in dem (für die allgemeine Rechtssprache verbindlichen) Wortsinn keine 'Sache' (anders als die römische *res*!); in der Tat ist ein Grundstück ein abgegrenztes Stück der Erdoberfläche, mit Einschluß

der Unvermehrbarkeit des nationalen Bodenraums, seinen öffentlichen Aufgaben und den vom Mobiliareigentum prinzipiell verschiedenen Nutzungsweisen und sozialen und wirtschaftlichen Funktionen des Bodenraums (46-49). In der Tat kommt diesen Argumenten ein stärkeres Gewicht zu als bei der Aussonderung (und Zusammenfassung) des Mobiliareigentums in einer besonderen Zuteilungsordnung.

b) Dem folgt wieder eine knappe, aber im ganzen noch den heutigen Stand betreffende Skizze der Entwicklung der europäischen Bodenverfassungen bis an die Schwelle des 20. Jhs. (S. 49-58; vgl. auch 68 f.) ⁽¹²⁾. Dabei werden wiederum die Gegenströmungen gegen den Agrarliberalismus mit besonderem Verständnis, die altständischen, frühsozialistischen und bodenreformerischen mit Sympathie, die marxistischen mit unparteilichem Hinweis auf ihr ursprünglich geringes Interesse an der agrarischen Urproduktion verzeichnet.

c) Von diesen Voraussetzungen aus wird noch schärfer als beim Mobiliareigentum die Stellung des Grundeigentümers (übrigens mit zeitgebundenem Hinweis auf den 'Erbhof' und berechtigterem auf die Funktionsgleichheit des öffentlichen Bodeneigentums im Verständnis Otto Meyers) auf eine « Verwaltungszuständigkeit » aus eigenem Recht beschränkt und dies an der Eigenart fiduziarischer Rechtsstellungen und privatrechtlicher 'Amtsstellungen' exemplifiziert (S. 58-67). Diese auf den ersten Blick überspannten Aufstellungen stießen damals auf den Widerstand sowohl der Vertreter des bürgerlichen Rechtsstaates wie der Parteiideologie und hätten nur von dezidierten Sozialisten akzeptiert werden können; auch heute würden sie nicht mit den Sympathien der Zivilrechtswissenschaft rechnen dürfen. Tatsächlich sind sie die am aktuellsten gebliebenen Teile des Konzepts. Sie entspringen auch keineswegs einem doktrinären Kollektivismus, sondern

des Luftraums darüber und des Erdinnern darunter, soweit sie praktisch der Beherrschung des Eigentümers zugänglich sind (etwas weitergehend § 905 BGB), Anders der Grundstücksbegriff des formellen Grundbuchrechts.

⁽¹²⁾ Auch hierzu SCHWAB (A. 8), bes. 84 ff.; 104 f. Eingehender zu der hier besonders wichtigen Ideen- und Rechtsgeschichte der Enteignung der Vf. in WEBER-WIEACKER, *Eigentum u. Enteignung* (Hamburg 1935), 35-48.

dem Eindruck der Realität der Bodenverfassung seit den Rückschlägen des Agrarliberalismus und zumal seit dem Ersten Weltkrieg. In der Tat verliert sich der Eindruck der Radikalität, sobald man realistisch auf die politische, wirtschaftliche und soziale Wirklichkeit in den entwickelten Industrienationen, zumal in den auf engstem Raum konzentrierten europäischen (und z.B. der japanischen) blickt. Auch wo sie im Zeichen der freien (Sozialen) Marktwirtschaft stehen, wie etwa in Westdeutschland, binden Baugesetze, Flächennutzungspläne, erweiterte Enteignungsmöglichkeiten zur Baulandbeschaffung, Raumordnung, regionale Wirtschaftspläne, die mittelbaren und unmittelbaren Einwirkungen der öffentlichen Hand die Nutzung und Verfügungen der privaten Bodeneigentümer weit stärker als etwa — trotz Gemeinwohlphrase und Erbhofeservat — im Dritten Reich.

d) Als rechtsdogmatische Konsequenzen (S. 70-84) ergaben sich damals dem Autor einmal eine Staffelung und Gliederung des Grundeigentums nach der Intensität seiner öffentlichen Sozialbindung; die Einordnung der allgemeinen und nachbarrechtlichen Eigentumsbeschränkungen des Privatrechts in die allgemeine Sozialbindung⁽¹³⁾; eine weitergehende 'Verliegenschaftung' beweglichen und unkörperlichen Zubehörs im Hinblick auf die spezifischen Zwecke der Bodennutzung; die (insoweit zutreffende) Auffassung der beschränkten Liegenschaftsrechte (mit Einschluß von Grundstücksmitte und Pacht: S. 78-81) als funktionelle Teilung des Grundeigentums⁽¹⁴⁾, und im besonderen die Auffassung der Grundpfandrechte als funktionell geteilter Berechtigungen am Grundstück (im Sinn der jüngeren Wertparzellentheorie). Daraus ergab sich auch die Forderung der Bestimmung des Rangs und Inhalts dieser Rechte, ihrer Ausgestaltung und systematischen Gliederung nach den typischen Kreditzwecken.

⁽¹³⁾ Hierzu ausführlich unten IV 3 b; V 2 a.E.

⁽¹⁴⁾ Ein offenbarer *lapsus calami* des Autors ist S. 77 die Zuschreibung der Auffassung, die beschränkten Eigentumsrechte seien «Eigentums splitter, deren Summe das Vollrecht ergeben müßte» an die herrschende zivilistische Doktrin: dies ist natürlich gerade die germanistische (und ökonomische) Betrachtungsweise. Dem bekannten Elastizitätsdogma der Pandektistik widerspricht auch das (beim Vf. folgende) Bild von «Kreis und Sektor».

III.

Die Untersuchung der Herkunft dieser unausgeglichenen Gedankenmasse erschließt zugleich die Gründe, der Fehlurteile, Fehldiagnosen und unrichtigen Akzente der Gesamtkonzeption. Wenn ich den jungen Autor der 30er Jahre noch recht verstehe, lag das spezifische Pathos seiner Illusionen und Postulate in zwei Richtungen: *methodisch* in der leidenschaftlichen Abkehr vom fachjuristischen 'Teilsystem' der Zivilrechtsdogmatik zugunsten einer naturalistisch-empirischen Zweckbetrachtung; in der *inhaltlichen* Rechtskritik in der Abkehr von dem (zu einseitig auf das Konto des bürgerlichen Rechtsstaats) gesetzten ökonomischen Liberalismus zu einer mehr sozialen als sozialistischen Ideologie.

1. Der übersteigerte, bis zur Atomisierung getriebene Kritik des Autors an der begrifflichen und systematischen Einheit des privatrechtlichen Eigentumsmodells lag zugrunde — neben der naheliegenden Bevorzugung des konkreten Rechtssphänomens durch den Rechtshistoriker im allgemeinen und den Romanisten in besonderen — eine radikale Kritik der Begriffsjurisprudenz und des rechtswissenschaftlichen Formalismus, zu welcher den Autor vor allem Jherings Rechtszweckbetrachtung, die Interessenjurisprudenz seiner zivilrechtlichen Lehrer und gewisse Eindrücke der Freirechtsschule inspiriert hatten. Diese Motive mußten zu einer Unterschätzung der spezifischen Leistungen der fachjuristischen Teilsysteme für die Sicherung des Rechtsfriedens, der Rechtssicherheit und des Handlungsspielraums des Bürgers führen, wie sie ihm gerade die (auf dem Boden der empirischen Soziologie erwachsene) 'Systemtheorie' zugesteht. Für die Gefahren der Preisgabe dieses Teilsystems fehlten dem im gesicherten Rechtsfrieden des späten Positivismus Erzogenen ebenso die Erfahrungen wie einst einem Jhering oder den enthusiastischen Begründern der Freirechtsschule. Dann aber mußte notwendig die Auffassung der Privatrechtsordnung als eines konsistenten Systems subjektiver Rechte seiner Vorstellung als ein Netz sozialer Relationen (*fonctions sociales*) ⁽¹⁵⁾ weichen, deren Inhalte, Präferenzen, Rang-

⁽¹⁵⁾ Auf (*Duguits*) *fonction sociale* bezieht sich ausdrücklich 88 A. 29 a -

ordnung und Intensitäten sich nach Art und Gewicht jener Funktion bestimmen ⁽¹⁶⁾.

2. a) Diese Betrachtungsweise erhielt indes ihre stärksten Impulse von einem leidenschaftlichen, beinahe moralisierenden Engagement gegen den (in seiner Aktualität vom Vf. anachronistisch überschätzten) ökonomischen Liberalismus des 19. Jhs. Wenn ich in der Distanz von anderthalb Menschenaltern richtig urteile, nährte sich dieses (durch Sozialromantik verwischte) Engagement nicht aus der sozialistischen Gesellschaftskritik, sondern aus der sozialen Kritik der karitativen christlichen — in dieser Fassung protestantischen — Ethik am wirtschaftlichen Eigennutz und vor allem aus deren Säkularisierung in dem akademischen Bürgertum, das die Beamtenschaft des deutschen Territorialstaats stellte. Es ist diese Gedankenwelt, die von Rodbertus bis auf Sombart und andere Wortführer des Deutschen Sozialvereins, die Bodenreformer um Wagner und Damaschke bis zu Naumann und Max Weber wirksam war, und welche in der Rechtswissenschaft ihren stärksten Ausdruck in der Sozialtheorie Otto Gierkes und seiner Kritik am Ersten Entwurf des BGB fand. In der Erbbaurechts-, Heimstätten- und Siedlungsgesetzgebung der frühen Weimarer Zeit hatte sich diese Konzeption praktisch aktualisiert. Der soziologische Hintergrund dieser Gedankenwelt war nicht das Ressentiment, aber die Distanz der wesentlich an öffentlichen Verwaltungs- und Wohlfahrtsaufgaben interessierten Staatsdiener, Seelsorger und Pädagogen am ökonomischen Liberalismus des Besitzbürgertums; es ist dieser Bereich, der auch dem Autor durch die Tätigkeit seiner Vorfahren in kirchlichen Hilfswerken und in der Reformpädagogik des späteren 19. Jhs. zugänglich war. Das Interesse dieser Schicht war genuin sozial und grenzte in den « Kathedersozialisten » an die sozialistische Bewegung an; aber ihr Gerechtigkeitserlebnis war das eines praktisch besitzlosen,

wenn schon mit Vorbehalten gegen den Verzicht dieser Doktrin auf eine wertende Rangordnung der Sozialfunktionen.

⁽¹⁶⁾ Den Opportunismus und die Gefahren dieser Preisgabe der Konturen des juristischen Teilsystems hat Vf. später, unter dem Eindruck seiner Erfahrungen, erkannt, und dann (*PGN* 583 ff.) gegen den Zweckrationalismus (auch der 'freiheitlichen' Demokratien) vertreten.

aber ökonomisch uninteressierten bürgerlichen Beamtenstandes, nicht das der Arbeiterklasse, die sich den Weg zur wirtschaftlichen, politischen und kulturellen Freiheit und Eigenständigkeit zu erkämpfen hatte. Eben darum erlag sie leichter den Verführungen der Gesinnungsethik des 'guten Willen', die an den deutschen Irrwegen dieses Jahrhunderts einen nicht geringen Anteil hat.

b) Von den sozialistischen Eigentumstheorien des 19. u. 20. Jhs. (und zwar mehr von der marxistischen als von der des west- und mitteleuropäischen Frühsozialismus [Proudhon, Weitling, Lassalle] und des genossenschaftlichen englischen Sozialismus [Owen usf.]) unterschieden sich diese Konzeptionen in drei Richtungen: Zunächst im Misstrauen gegen eine Überschätzung der bestimmenden Tragweite des ökonomischen Prozesses und seiner gesetzlichen Entwicklung; daraus folgte, im Fall dieser Schrift, die dogmatische und ontologische Unterscheidung von Mobiliar- und Grundeigentum, statt der am gesellschaftlichen Produktionsprozess orientierten zwischen Produktionsmittel und Konsumgütern (die allenfalls bei der weiteren Aufgliederung der Mobilien einen Platz fand). Aus beiden Voraussetzungen ergab sich folgerecht das (staatssozialistisch überspannte) Postulat einer rigiden und statischen Bindung des Individual- und Familieneigentums anstatt der Übereignung der Produktionsmittel (nicht des persönlichen Eigentums) an die Gesellschaft oder an gesamtgesellschaftliche Verbände ('Sozialisierung'); gewisse Berührungspunkte lagen lediglich in der Zuordnung von Produktionseigentum an die (hier wirtschaftsständisch aufgefaßten) Wirtschaftsgenossenschaften. Es ist kennzeichnend, daß in der Sicht dieser Eigentumskonzeption die spezifischen Fragen der Unternehmensverfassung ebenso unbeantwortet blieben wie die der Betriebsverfassung.

IV.

Damit sind wir schon bei der Detailkritik der inhaltlichen Postulate der in Rede stehenden Schrift.

1. Die rigide Unterscheidung des Autors zwischen Mobiliar- und Grundeigentum beruft sich zwar auf die Verschiedenheit der

sozialen und wirtschaftlichen Funktionen; streng genommen bleibt sie aber beim äußerlich Ontologischen (Grundstück keine Sache, vgl. A. 11) stehen, anstatt zu einer wirklich funktionsgerechten Gliederung der Güterkomplexe in Betrieb, Unternehmen, sonstige Produktionsmittel, mobilisiertes Kapital, persönliche Lebensausstattung und höchstpersönliches Nutz- und Gebrauchsgut durch-zustoßen. Solche Gruppierungen finden sich allenfalls in der weiteren Untergliederung des Mobiliar- und Grundeigentums (S. 26: Gerät und Werkzeug, aber gerade nicht sonstige Produktionsmittel; S. 64: Erbhof, Verliegenschaftung des Zubehörs, agrarische und gewerbliche Pacht), überwinden aber nicht die äußerliche Sonderung in Liegenschaft und bewegliche Sachen. Die Gründe dafür lagen offenbar einmal in der starken rechtsgeschichtlichen Suggestion nichtromanistischer Rechtssysteme wie der mittelalterlichen, deutschrechtlichen, angelsächsischen; zum anderen in der eigentümlichen Verengung der ökonomischen Sicht, die allenfalls die Kategorien der Produktionsmittel und des persönlichen Eigentums unterscheidet, aber die allgemeine Größe 'Kapital' nicht wahrnimmt. Nirgends tritt die geheime, unbewußte Statik einer sozialen Ordo-Romantik in der Schrift empfindlicher hervor als in diesem Punkt.

3. Damit hängt es auch zusammen, daß der Eigentumsbegriff trotz seiner Zurückführung auf die gesamtgesellschaftliche Dimension doch an der *res corporalis* haften bleibt; die unkörperlichen Gegenstände, die in einer arbeitsteiligen Wirtschaft einen wesentlichen Anteil an den Produktionsmitteln haben (Giral- und Buchgeld, Gesellschaftsrechte, Immaterialgüterrechte und Debitoren) und auch für das persönliche Eigentum (Sparrücklagen, Unterhaltsforderungen) bedeutsam sind, bleiben, in eigentümlicher Fixierung auf den gemeinrechtlich-pandektistischen Sachbegriff, außer Sicht ⁽¹⁷⁾. Diese Verengung ist um so erstaunlicher, als doch

⁽¹⁷⁾ Dagegen lassen spätere Vorschläge des Vf. zum (inneren) *System des deutschen Vermögensrechts*, Leipziger rechtswiss. Studien 128 (Leipzig 1941), S. 47 ff.; tabellarische Übersicht II-III, einem allgemeinen Teil «Vermögen» richtiger und klarer die einzelnen Gruppen folgen: Liegenschaften, Schiffe, Mobilien, Zahlungsmittel, vermögenswerte Rechte und unkörperliche Vermögensgegenstände (*good will* usf.).

dem Autor der weitere Eigentumsbegriff der vernunftrechtlichen Gesetzbücher und der grundrechtlichen Eigentumsgarantien beständig vor Augen stand.

a) Diese Defizite führen bereits auf den schwächsten Punkt der ganzen Konzeption. In der an sich berechtigten Voraussetzung, daß das Eigentumsinstitut eines privatrechtlichen 'Teilsystems' aus dem sozialökonomischen und verfassungspolitischen Kontext der Gesamtordnung interpretiert werden muß, hielt es der Verfasser damals für ausgemacht, daß in der traditionellen Herrschafts- und Ausschließungsformel des § 903 BGB ⁽¹⁸⁾ und ähnlichen der zeitgenössischen Kodifikationen schon die verfassungspolitische Entscheidung für den ökonomischen Individualismus zum Ausdruck komme. Dagegen hätte ihn schon die dauernde Vorherrschaft dieser romanistischen Eigentumsformel durch die mannigfachsten Wirtschafts- und Gesellschaftszustände hindurch (vom klassischen römischen Recht ⁽¹⁹⁾ über den justinianischen Absolutismus und die wechselnden Wirtschaftsbilder der Glosse, Konsiliatoren, des europäischen Territorialstaats und des Merkantilismus bis zum ökonomischen Liberalismus des 19. Jh. und den ersten Gesetzbüchern der Sowjetunion) darüber belehren sollen, wie sehr damit die Durchlässigkeit und Interdependenz der tradierten dogmatischen Tradition überschätzt ist ⁽²⁰⁾. Mag auch der letzte Grund dieser Blicktäuschung wieder in der Fixierung der Interpretationen auf den ökonomischen Liberalismus liegen der Autor stand damit im Lager der Sozialkritik der letzten hundert

⁽¹⁸⁾ § 903 BGB: « 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 ».

⁽¹⁹⁾ Als Romanist ah der Autor natürlich auch damals, daß der spezifische Herrschaftscharakter des quiritarischen Eigentums aus der insprünglichen väterlichen Hausgewalt (*dominium* im ältesten Sinn) und nicht aus einem der modernen Wirtschaftsgesellschaft vergleichbarem ökonomischen Individualismus erfließt (vgl. S. 87 A. 16) - wie ihm ja auch die (für diese bezeichnende) Verknüpfung mit der (persönlichen) Freiheit vom Staat fremd ist. In Kürze und etwas gewagt ebd. A. 18 zum prätorischen *in bonis esse*, das ich heute nicht mehr eine prätorische Eigentumsordnung nennen würde.

⁽²⁰⁾ Vgl. jetzt, mit besonnenerem Augenmaß, PGN 93 ff.; 150 ff.; 198 ff.; 461 ff.; 539 ff. u. ö.

Jahre nicht allein. In der Tat lag seit John Lockes Binom *Liberty and Property* auf der Verknüpfung der individualistischen Eigentümerbefugnisse mit den persönlichen Freiheiten ein für die neue insulare Pioniergesellschaft kennzeichnendes Pathos, das sich seit dem späten 18. Jh. dem französischen und bald darauf dem mitteleuropäischen Liberalismus mitteilte⁽²¹⁾ und folgerecht auch die sozialen und sozialistischen Gegenpositionen bis zu Gierke und Menger auf sich fixierte. Endlich bestimmte den Autor auch der Eindruck der Legitimierung der subjektiven Privatrechte durch die sittliche Autonomie des Individuums, wie sie die mehr idealistisch als ökonomisch gestimmten ersten Generationen der Pandektenwissenschaft, in der Folge Savignys, aus Kants 'Metaphysik der Sitten' und den Maximen seiner 'Kritik der praktischen Vernunft' entlehnt hatten⁽²²⁾.

b) Mit der monistischen Einschmelzung der privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen in die öffentliche Sozialpflichtigkeit des Eigentums droht jedoch das Grundproblem jeder juristischen Eigentumstheorie außer Sicht zu geraten. Die rechtliche Güterzuweisung an Personen und staatsfreie Verbände steht notwendig im Schnittpunkt zweier Regelungsprobleme: der Sicherung von Verfügungsspielraum und Friedenschutz des Eigentümers und der Einfügung der Verteilung von Wirtschaftsgütern in eine gerechte gesamtgesellschaftliche Ordnung⁽²³⁾. Da es in der Tendenz aller politischen, wirtschaftlichen und sozialen Eigentumstheorien liegt, die Thematisierung ihres Problems auf die Antinomien Individuum und Gesellschaft, Freiheit und Sozialbindung einzuschränken, gerät jede sozial engagierte Rechtskritik in die Versuchung, auch die Beschränkung des Eigentums durch kollidierendes Privateigentum (Nachbarrecht) oder kollidierende Privatinteressen (Rechtsmißbrauch, Notstand, Sachwehr) in der öffentlichen 'Sozialbindung' des Eigentums aufgehen zu lassen.

⁽²¹⁾ Dazu jetzt fördernd D. SCHWAB (A. 8), 79 ff.; 83 f.

⁽²²⁾ Statt aller PGN 532 f. u. ö. (Reg. 'Kant'), mit weiteren Nachweisen 352 A. 12.

⁽²³⁾ Zum sozialistischen, besonders marxistischen Eigentumsbegriff und dem «positiven Stellenwert», den ihm schon bei Marx die Entfremdungsdoktrin geben kann, SCHWAB 109 f.

Diese Versuchung kann sich auf eine lange ideengeschichtliche Tradition berufen: so auf die naturrechtliche von der Spätscholastik über Grotius zu Christian Wolff, so auf Kants Maximierung der Freiheit eines jeden (und also auch der Eigentümerfreiheit) durch ihre Verträglichkeit mit der Freiheit des anderen; sie wirkt noch fort in der Konzeption des «nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses» (Anm. 28) und — in meiner Schrift S. 46 — für die Interpretation der Eigentums Grenzen aus § 226, 228 und 904. Als Begründungstopoi figurieren dabei bis heute die 'Überwindung des Gegensatzes zwischen privatem und öffentlichem Recht' oder das Verschwinden des für den ökonomischen Liberalismus kennzeichnenden Dualismus von Staat und bürgerlicher Erwerbsgesellschaft. In Wahrheit kann Inhalt und Grenzen des Eigentums im Verhältnis zu kollidierenden Rechten anderer Privatrechtssubjekte der gesamtgesellschaftlichen Inpflichtnahme nur gleichsetzen, wer bereit ist, das privatrechtliche Teilsystem der Gesamtrechtsordnung (und dann bald folgerecht das Untersystem der Rechtsordnung im Verhältnis zur Sozialordnung) preiszugeben. Ob sich ein Gesellschaftssystem dazu entschließen soll, ist ein möglicher Gegenstand ideologischer, politischer und ökonomischer Diskussionen; soweit ich sehe, hat sich aber bisher keine entwickelte Rechtsordnung — auch, zumindest in ihrer Rechtspraxis, keine sozialistische — dafür entschieden. Man frage sich nur, welches positive Rechtssystem heute bereit wäre, alle Eigentumskonflikte zwischen Bürgern ernstlich als gesamtgesellschaftliche Entscheidungen zu behandeln. Da r e c h t l i c h e Theorien (gleich ob rechtsdogmatische, rechtstheoretische oder rechtskritische) Rechtssystemen gelten, die in der (geschichtlichen oder aktuellen) Wirklichkeit anzutreffen sind, gibt diese Feststellung dem Eigentumsmodell jener Jugendschrift (insofern es sich als r e c h t s w i s s e n s c h a f t l i c h e s verstand) letzthin utopische Züge — mag auch ein sehr nachsichtiger Betrachter die Utopie ehrlich, in- struktiv und selbst anregend finden.

V.

Programme und Utopien sind notwendig auch P r o g n o s e n ; es lohnt also zu fragen, welche Wege Praxis und Rechtstheorie

des Eigentums in den letzten vierzig Jahren, vornehmlich im Lande des Verfassers, gegangen sind ⁽²⁴⁾.

1. a) Der Nationalsozialismus hat - abgesehen vom ideologischen Reservat des Erbhofrechts und allgemeinen Gemeinwohlformeln - eine konsistente Gesellschafts- und also Eigentumstheorie bekanntlich nicht hervorgebracht ⁽²⁵⁾. Seine Eigentumsgesetzgebung war — abgesehen von den Konfiskationen, welche die Unterdrückung und schließlich Vernichtung unserer jüdischen Mitbürger und der « Staatsfeinde » zunehmend begleitete — ebenso opportunistisch oder pragmatisch wie seine Besitzpolitik; opportunistisch, indem sie, auf Vorbereitung und Erhaltung des Rüstungspotentials bedacht, sich auf sozialistische Aktivierung vorerst nicht einzulassen bereit war; pragmatisch, indem sie für die gleichen Zwecke durch eine zurückhaltende Planwirtschaft, die Beschaffung des Raumbedarfs für die Rüstung, die Rüstungswirtschaft und die Autobahnen und für die Anfänge einer Raumordnung, meist technisch zweckmäßig verfahren, konventionelle Bahnen nicht verließ. Wie sich Eigentumsideologie und Eigentumspraxis nach einem Siege Hitlers gestaltet hätte, ist ebensowenig auszudenken wie vorherzusagen.

b) Die Eigentumsgesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland ist wider Erwarten unbeschadet der Rückkehr und Verstärkung der verfassungsrechtlichen Garantien, des Verzichtes auf eine expropriierende Bodenreform und der Entscheidung gegen

⁽²⁴⁾ Dazu *PGN* 536 f. u. bes. 550-553. Die prinzipiell abweichend motivierte Bodengesetzgebung der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) bedarf einer besonderen sachkundigen monographischen Darstellung; dazu vgl. etwa den Sammelband: *Das Eigentum im Ostblock*, in *Studien d. Instituts für Ostrecht V* (Berlin o. J.); L. RAISER, *Das Eigentums Rechtsbegriff in den Rechten West- und Osteuropas*, in *Rabels Ztschr.* 26 (1961) 232 ff.; für die Sowjetunion statt aller nur OTTO-WILHELM-JAKOBS, *Eigentumsbegriff u. Eigentumssystem d. sowjetischen Rechts* (Köln-Graz 1965); vgl. auch SCHWAB (A. 231).

⁽²⁵⁾ Die positive Regelung des Reichserbhofgesetzes war trotz seiner ideologischen Voreingenommenheit und trotz tiefer Eingriffe in Verfügungs- und Testierfreiheit im ganzen gemässigt und in der rechtstechnischen Durchbildung wohl durchdacht. Die mit der Eigentümerfreiheit verträglichen Grundsätze sind nach 1945 in 'Höfegesetz' der bundesdeutschen Länder (und das gemeinsame der vier nordwestdeutschen Länder, ohne Bremen) übernommen worden.

eine Planwirtschaft und für eine soziale (d. h. sozialstaatlich orientierte) freie Marktwirtschaft weit dynamischer als dieser Hintergrund erwarten ließe. Der Wiederaufbau der Städte und der Industrie nach 1948, der Wohnbedarf einer zwar dezimierten, aber um viele Millionen von Flüchtlingen vermehrten Bevölkerung, die ständige Intensivierung der industriellen Nutzung und der Verkehrsflächen in einem so beschränkten nationalen Territorium; und endlich die eben hierdurch potenzierten Forderungen des Umweltschutzes: all dies erzeugte eine mehr technische als soziale Motorik ohnegleichen. In dieser Lage ging die Bindung auch des privaten Bodeneigentums durch allgemeine und regionale Planungen und Entwicklungspläne, durch Baulanderschließung, Flächennutzungs- und Bebauungspläne, durch Vorkaufs- und Enteignungsrechte auch für die Baulandbeschaffung, Nutzungsvorschriften und -beschränkungen, weit über das Instrumentar der Vorkriegszeit (mit Einschluß des Dritten Reichs) hinaus; dies alles ist im übrigen den Industriestaaten in West und Ost wie den meisten 'Entwicklungsländern' gemeinsam. Eine neue technische Revolution hat allenthalben die noch erhaltene Statik, aber (nicht nur außerhalb der westlichen Demokratien) auch viele der institutionellen Eigentums Garantien überspielt, und zwar meist mit komplexeren, aber nicht weniger einschneidenden Steuerungsmitteln als der ideologischen Überführung des Eigentums an Produktionsmitteln auf kollektive Eigentümsträger ('Sozialisierung'). So übertrifft die tatsächliche Inpflichtnahme des Bodens für die gesamtgesellschaftliche Planung unter allen Vorzeichen weit das in jener Jugendschrift Postulierte und Vorauszusehende: die zweite industrielle Revolution hat die sozialtheoretische Statik jenes Konzepts einfach überholt.

2. Während die ideologische, wirtschaftliche und technische Diskussion der Gesellschaftspolitiker, Planer, Architekten und Sozialtheoretiker in dieser Lage zwar oft ratlos, aber doch auf dem laufenden ist, und die verfassungs- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung und Lehre ständig mit ihrer Realität unmittelbar konfrontiert sind, bewahrt die Zivilrechtsdogmatik weiterhin Zurückhaltung in der begrifflichen, systematischen und inhaltlichen Verarbeitung dieser Realität. Zunächst mit der Wiederher-

stellung des traditionellen rechtsstaatlichen Bestandes auch in diesem Feld beschäftigt, hat sie sich erst allmählich um die rechtsdogmatische 'Thematisierung' der fortschreitenden gesamtgesellschaftlichen Inpflichtnahme des Bodeneigentums bemüht; ihre Wachstumsspitzen lagen eher bei der Unternehmens- und Betriebsverfassung, die in der Tat eine größere gesellschaftliche Tragweite haben als die technischen Eigentumsmodelle. Die Aporien der hier angezeigten Jugendschrift des Autors haben denn ja auch gezeigt, welchen Schwierigkeiten die reibungslose Verzahnung (*addentellamento*) der privatrechtlichen Genuß-, Ausschließungs- und Verfügungsrechte des Eigentümers mit einer sich wandelnden gesellschaftlichen Eigentumsverfassung bereitet. Im Schwerpunkt der neueren Untersuchungen ⁽²⁶⁾ lag denn auch die Frage, ob die beständig zunehmende Sozialbindung vor allem des Bodeneigentums Inhalt und Begriff des privatrechtlichen Eigentums überhaupt tangiere ⁽²⁷⁾. Sie pflegt sich meist in der Kontroverse zu thematisieren, ob die Verfassungsgarantien des Art. 14 des westdeutschen Grundgesetzes und ihre Gesetzesvorbehalte das sachenrechtliche Eigentum des bürgerlichen Rechts unmittelbar berühren (wie überwiegend angenommen wird) ⁽²⁸⁾ und in der

⁽²⁶⁾ Aus der neuesten westdeutschen Literatur etwa F. BAUR, *AcP* 176 (1976) 117 ff.; KÜBLER, ebd. 159, 237 ff. (« Eigentum verpflichtet » etc.); LEISNER, *NJW* 1975, 233 f.; OFFERMANN-CLAS, *Eigentum in den europäischen Gemeinschaften* (1974); L. RAISER, *JZ* 1961, 470 f. (zu den subjektiven Rechten i.a.); REINHARD-SCHEUNER, *Verfassungsschutz des Eigentums* (1954); RIEGEL, *Das Eigentum im europäischen Recht* (1975); SENDLER, *Zum Wandel der Auffassungen vom Eigentum*, in *DÖV* 1974, 73 ff.; im Druck: A. GEORGIADIS, *Eigentumsbegriff und Eigentumsverhältnis*, Fs. J. Sontis (München 1976), dem ich viele der vorstehenden Zitate entnehme. - Für die Schweiz etwa: LIVER, *Eigentumsrecht u. Eigentumsordnung in Privatrechtl. Abh.* (1975) 149 ff.; MAYER-HAYOZ, *Vom Wesen des Eigentums*, in *Fs. Oftinger* (1969) 171 ff. und bereits HANS PETER, *Wandlungen des Eigentums u.d. Eigentumslehre seit dem 19. Jh.* (Aarau 1949).

⁽²⁷⁾ Dazu bes. BAUR, KÜBLER, LEISNER, MAYER-HAYOZ, PETER, RAISER, SENDLER (sämtliche A. 26).

⁽²⁸⁾ Ableitung der privatrechtlichen Verkehrssicherungspflicht des Eigentümers aus art. 153 Weimarer R. Verf. (« Eigentum verpflichtet ») schon bei MARTIN WOLFF, *Festgabe f. W. Kahl*, 1923) 107. KÜBLER, *AcP* 159, 279 leitet die Haftung aus § 1004 aus art. 14 Grundgesetz ab; ähnlich wohl PLEYER, *AcP* 156, 291 ff.; *JZ* 59, 317; vgl. jetzt GEORGIADIS (A. 26) A. 57 n. 60. - Gegen das auf verwandten Vorstellungen beruhende « nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis » auch der neue-

— mehr ideenrealistischen, also wenig förderlichen — Frage, ob die Eigentumsbeschränkungen dem Begriff des Eigentums immanent sind oder ob sie nur kontingente Bedingungen der Ausübung dieses subjektiven Privatrechts sind. Diese heute vorherrschende Meinung ⁽²⁹⁾ entspricht in der Tat der zuletzt berührten (IV 3) relativen Autonomie des privatrechtlichen Rechtsschutzsystems besser als die vor allem in der Schrift des Vfs. nicht ohne starkes soziales Pathos vertretene Gegenmeinung. Das verbleidende Problem, wie sich damit die Pflichten des Eigentümers gegenüber anderen Privatrechtssubjekten (Verkehrssicherungspflicht, nachbarrechtliche Verhaltens- und Duldungspflichten, ggf. Gefährdungshaftungen) vereinbaren, scheint mir jüngst Sontis ⁽³⁰⁾ durch einen glücklichen Vorschlag einer Lösung näher gebracht zu haben: er will den Begriff des komplexen Rechtsverhältnisses, wie er zuvor für das Schuldverhältnis (als Organismus) entwickelt worden ist, auf das privatrechtliche Eigentum übertragen, das in gleicher Weise Genuß- und Ausschließungsrechte wie Obliegenheiten und Pflichten aus sich entläßt.

Eine privatrechtliche Eigentumstheorie bleibt freilich notwendig defizient, solange die Zivilrechtswissenschaft nicht eine allgemeine Theorie des Vermögens mit Einschluß der Zuordnung unkörperlicher Gegenstände entwickelt hat (vgl. bei A. 17). Es scheint indes außerordentlich schwer, die eigentümliche Fixierung der privatrechtlichen Eigentumsdogmatik auf die einzelne *res corporalis* zu überwinden, wie sie sich in Mitteleuropa erst im 19. Jh. durch die Pandektistik exklusiv durchgesetzt hat und dann im Pandektensystem und dem des BGB zementiert worden ist.

ren Rspr. die Lehrbücher des Sachenrechts von WOLFF-RAISER (§ 53 n. 1); ERNST WOLF, S. 112; F. BAUR, § 25 IV 2 e; ferner PLEYER, *JZ* 59, 305; zu dem allen GEORGIADIS bei A. 35 ff.

⁽²⁹⁾ So unter den A. 26 genannten HANS PETER, 31 ff.; LIVER 149 ff.; OF-FERNANN-CLAS 10; RIEGEL 29; oft mit der m. E. leerlaufender Distinktion von 'Eigentumsbegriff' und 'Eigentumsverhältnis', dagegen mit Recht F. BAUR, *AcP* 176-117; so aber auch GEORGIADIS bei A. 3 - 6, der sich folgerichtig auch gegen die Aufgliederung in öffentliches, landwirtschaftliches, industrielles Eigentum usf. wendet (bei A. 20).

⁽³⁰⁾ Grundlegend: *Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff*, in *Fs. für Larenz* (1973), 981 ff. (996 ff.).

PIETRO RESCIGNO

DISCIPLINA DEI BENI E SITUAZIONI DELLA PERSONA(*)

1. Il pensiero giuridico moderno e il tema della proprietà. Dalla nozione unitaria agli « statuti » delle diverse proprietà. Iniziativa economica e dominio dei beni. Oggetto e soggetto dei diritti, con speciale riguardo all'azienda. Relatività delle valutazioni del legislatore e dell'interprete. — 2. La proprietà e le situazioni giuridiche soggettive; altri motivi di riflessione critica sul modello 'dominativo'. Rapporto giuridico e cooperazione. Tutela aquiliana fuori del campo dei diritti assoluti. Proprietà e diritti reali speciali. L'abuso dei diritti. — 3. Favore, promozione, tutela di determinate forme di proprietà. Connessioni istituite tra proprietà e tutela della persona. I beni immateriali. L'impresa e i diritti della personalità. — 4. Le proprietà incoraggiate. *Jus ad rem* e situazioni 'dominative'. L'abitazione, la proprietà coltivatrice, l'edilizia economica e popolare, la politica dei suoli edificabili. — 5. Svolgimento della personalità e 'migliore condizione di vita'. Diritti 'superindividuali' ed interessi 'diffusi' rispetto ai beni naturali e culturali. Vecchie categorie e problemi nuovi di tutela.

1. La riflessione sulla proprietà, più che ogni altra — si pensi al contratto o alla responsabilità civile, che pure sono istituti su cui è largamente costruita l'esperienza —, è intessuta di reminiscenze e sollecitazioni, frammenti di vicende remote e programmi a venire, quando a dirittura non si compia il faticoso lavoro che riscopre realtà estinte o non si assuma per il futuro il linguaggio misterioso della profezia.

Liberi dalle « religioni » e dalle « morali », che sarebbe assai disagiata riportare alla luce, conviene scegliere taluni momenti

(*) Per indicazioni bibliografiche l'a. rinvia al saggio *Per uno studio sulla proprietà*, apparso nella *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 1-67; per una prima informazione di carattere istituzionale, sul sistema delle norme (Costituzione, codice civile, leggi speciali) e i contributi della dottrina e della giurisprudenza (costituzionale ed ordinaria) al *Manuale del dir. priv. italiano*, 3ª ed., Napoli, 1977, spec. alle pp. 435-467.

significativi della storia moderna dell'istituto (e la parola 'istituto', preferita ad altri termini, vuole avvertire della limitata dimensione del discorso). Si possono fermare due momenti della letteratura giuridica del secolo, rappresentativi di un modo diverso di contemplare ed ordinare i dati dell'esperienza: la rottura dello schema unitario, così che si comincia a parlare *delle* proprietà contro la persistente unità delle generali previsioni normative; ed il rapporto istituito, ora nel segno della conciliazione ora della discriminazione, tra proprietà ed impresa, dominio dei beni e iniziativa economica.

I codici dell'ottocento avevano conservato una immagine della proprietà destinata a coprire tutti i modelli 'dominativi' segnati dalla assoluta pienezza ed esclusività del godimento e dell'uso. Ancor più specificamente la 'proprietà' del codice, nella sua forma esemplare, era la proprietà solitaria delle cose del mondo fisico: collocare l'individuo nell'*Umwelt* e garantirgli un ambito di incisiva azione sulla natura sembrava la maniera più rassicurante di fornire una base concreta alle sue libertà. L'attenzione prestata alle sole cose 'corporali', e la preminente dignità degli immobili — la terra, gli edifici — completavano il quadro; rimaneva estranea al disegno legislativo ogni preoccupazione di legare il diritto sulle cose all'attività che lo stesso proprietario, o persona diversa da lui, poteva svolgere per rielaborarle e trasformarle, e così produrre nuova ricchezza.

Le due rilevazioni sopra ricordate — tra le più note, del resto, della storia del pensiero giuridico — muovono da una ricognizione dell'ordinamento più completa ed aggiornata rispetto ai dati di partenza. Accanto alla « rivolta dei fatti » vi è dunque il sistema positivo considerato nella sua interezza, anche nell'emergere di figure che nascono con carattere temporaneo od eccezionale, e nell'avvertita sopravvivenza di fenomeni che sembravano ridotti in esili margini.

Della revisione critica, e dei motivi che l'hanno provocata, prende coscienza lo stesso legislatore (mi riferisco al codice civile del 1942) quando rinvia all'ordinamento nella norma generale che attorno alla 'signoria' del proprietario disegna la trama dei limiti da rispettare e degli obblighi da osservare. La 'formula' dell'ordinamento giuridico richiamato nella sua totalità ricorre

nel codice civile a proposito degli istituti fondamentali. Oltre che nella definizione dei poteri del proprietario, si trova con riguardo all'obbligazione, che vincola la libertà, e precisamente nell'indicazione dei fatti da cui le obbligazioni possono derivare, e nella norma sull'autonomia contrattuale, con riguardo ad una tra le manifestazioni dell'esercizio, il ricorso ai ' tipi ' non previsti dal sistema.

Si è detto di misure provvisorie e di deroghe al diritto comune, che più tardi si consolidarono e divennero anzi soverchianti nel rapporto tra regola ed eccezione: ma intanto, già quando si presentavano nella veste dimessa dell'intervento occasionale e della contingente provvidenza — si pensi al blocco dei fitti e al razionamento delle merci —, esse suscitavano l'interesse del giurista avveduto e sensibile. Così accadde di scoprire « che non vi è una sola proprietà, che vi sono piuttosto delle proprietà, in quanto l'interesse pubblico è che l'appropriazione dei beni comporti statuti diversi in armonia con gli scopi perseguiti, i quali variano assai ».

Le letture da Schlegelberger e Josserand avevano fornito certamente lo stimolo e dischiuso le nuove prospettive a Filippo Vassalli, ma erano state l'economia e la legislazione di guerra, e quindi, sullo sfondo, la scarsità dei beni e l'urgenza dei bisogni a rivelargli nei fatti, che convalidavano le intuizioni, il frantumarsi dello ' statuto ' legislativo della proprietà. Con gli anni i fenomeni sarebbero cresciuti di numero e d'intensità; e la parola ' proprietà ' si offriva al giurista ancor più vuota di univoco significato — « troppe cose essa designa, perchè possa essere adoperata con la pretesa di essere facilmente intesa » — e incapace di sostenere « l'illusione che all'unicità del termine corrisponda la reale unità di un saldo e compatto istituto ».

Nella ricostruzione di Pugliatti, che è lo scrittore citato per ultimo, sono molteplici e varie « le proprietà » considerate ed è sempre la diversità degli ' statuti ', per tornare al linguaggio di Vassalli, il criterio di ' classificazione ' e di verifica. Profilo soggettivo ed oggettivo sono i punti di vista attorno ai quali viene ordinata la materia: sotto il primo profilo vengono alla luce l'aspetto quantitativo, con particolare riguardo alla proprietà collettiva, e qualitativo, allora imponendosi la distinzione tra proprietà privata e pubblica; sotto il secondo è decisiva per l'indagine ora la

struttura della situazione, come nel dividersi della proprietà formale dalla proprietà sostanziale, altre volte la peculiarità dell'oggetto, e la linea del discorso incontra allora i temi dei beni immateriali, delle organizzazioni di beni, dell'azienda.

Il passaggio « dal profilo statico al profilo dinamico », nelle zone dove la proprietà viene a contatto con l'impresa e col lavoro, non poteva mancare nella rilevazione di un giurista dell'affinata sensibilità di Pugliatti. Era stata, questa del rapporto fra proprietà e impresa, l'altra vicenda di pensiero che si è segnalata dalla dottrina dei primi decenni del secolo; e ad assecondarla aveva contribuito, come era accaduto per « le » proprietà, un'altra fase episodica della storia politica ed economica del paese, la dottrina e la pratica del « corporativismo ». Ma le contrastanti tendenze ad avvicinare o a contrapporre le due nozioni — da un lato l'idea statica del dominio che prescinde dall'utilizzazione e dalla stessa produttività dei beni, dall'altro l'impresa vista come organizzazione di attività oltre che di beni, ed anche di cose e di lavoro forniti da altri — erano già affiorate prima dell'illusione ' corporativa ' del fascismo. Il dibattito si era legato sin dall'apertura del secolo a nomi — si pensi a Finzi ed alle preziose anticipazioni che si rinvennero nei suoi scritti — che non potevano nemmeno lontanamente suscitare il sospetto di essere al servizio della caduca ideologia economica del regime politico illiberale che si annunciava e più tardi si sarebbe imposto con la violenza.

Il discorso su « le » proprietà induceva a ravvisare i segni della dissoluzione del sistema; l'altra riflessione, che attingeva dall' ' officina delle cose ' e vedeva i processi giuridici alla luce della ' politica delle cose ', del sistema ribaltava i termini. Al regime dei rapporti e degli interessi a base soggettiva vedeva sopravvenire e sostituirsi un regime in cui erano i beni — l'uso, l'organizzazione, il destino delle cose — ad occupare il primo piano, oggetto immediato della disciplina giuridica, un *prius* rispetto al titolare, non più contemplati « in funzione » del soggetto, poichè adesso era il soggetto a subire particolari discipline « in funzione » dei beni.

Nell'impresa collettiva lo ' schermo ' della personalità giuridica poteva acquietare perplessità e dubbi, imputando la titolarità dell'agire ad un soggetto e rispettando l'esigenza che a quel soggetto, la persona giuridica, appartenessero i beni utilizzati. La proprie-

tà si fermava al momento che precede l'attività produttiva — la proprietà, si intende, dei beni impiegati — e riprendeva il suo corso una volta concluso il processo di elaborazione e trasformazione, sui risultati dell'iniziativa esercitata. Nell'arco di tempo che separa le differenti titolarità dei beni, disegnate secondo il modello 'dominativo', veniva ad inserirsi la realtà dell'impresa; ed anche per l'impresa era possibile parlare di 'appartenenza', avvertendo però come fosse sufficiente, ed allo stesso tempo indispensabile, il 'controllo' dei beni. Ancora una dissociazione finiva dunque per registrarsi, ma stavolta non più in relazione agli 'statuti' dei beni, bensì tra le 'componenti' — gli 'atomi', come qualche scrittore ebbe ad esprimersi — che nell'antica proprietà rimanevano congiunte.

Dove non soccorreva lo strumento della personalità giuridica, come nel caso dell'impresa individuale, o quando lo schermo appariva espediente meramente formale, la scoperta di un regime dei beni sovraordinato agli interessi ed alle relazioni tra gli uomini si risolveva nell'accentuare la relatività della distinzione fra soggetto ed oggetto dei diritti, in certe zone a cancellarne o ad annebbiarne il confine. L'azienda, complesso organizzato per l'esercizio dell'impresa, sembrò allora e rimane dinanzi ai nostri occhi il fenomeno più significativo della relatività messa in luce dal giurista o, se si preferisce, di un itinerario che prende avvio dalla categoria dei beni ed è destinato a concludersi nella teoria dei soggetti.

Le meditazioni su proprietà ed impresa ebbero, in verità, esiti diversi. Se prevalevano le spinte ideologiche, la formula della 'funzione sociale' si presentava come la più suggestiva: ripudiata dal codice civile è stata poi accolta nel testo costituzionale, ancora più carica di simboli e di memorie e perciò difficile a decifrarsi sino al limite dell'ambiguità. Se l'interprete si appagava di criteri 'sistematici', gli bastava ribadire nella proprietà il carattere di situazione statica, negazione delle pretese altrui, diritto di escludere gli altri; il concetto di impresa sembrava interferire con la proprietà, ma sempre nel permanere di una rigorosa distinzione logica, solo quando la natura dei beni provocava nel titolare il dovere giuridico — l'onere, per usare la parola più conveniente tratta dalla terminologia in materia di doveri — di farne materia e mezzo

di attività, come nella previsione del codice che impone di conservare o di coltivare o di esercitare i beni che interessano la produzione dell'intero paese.

Altre indicazioni proponevano, del rapporto soggetto-beni, una visione che confermava la tradizionale prevalenza del primo pei beni mobili, nel segno della titolarità e dell'appartenenza, mentre per la proprietà della terra (ed il suggerimento veniva, singolarmente, dalla Germania impegnata nella espansione industriale che preparava la guerra) e per l'azienda era il complesso patrimoniale ad acquistare preminenza e a diventare 'soggetto' della proposizione linguistica, nel senso che « il fondo ha un proprietario », « l'azienda ha un imprenditore ». L'escogitazione verbale voleva nascondere un processo riduttivo delle persone, 'funzionari' e 'ministri' di beni che trascendevano la loro vicenda individuale ed i particolari interessi del momento.

Di maggiore utilità, in definitiva, era la circostanza che venissero alla luce, dai settori più vivi dell'esperienza, figure sfuggenti alla distinzione tra soggetto ed oggetto dei diritti. La relatività delle valutazioni legislative emerge, all'osservazione, già nelle nozioni di cosa composta, di accessorietà, di pertinenza, e poi nell'universalità e nella persona giuridica. Un complesso di cose può esser considerato alla stregua di oggetto di diritto, come si verifica nell'universalità, o assurgere alla condizione di soggetto, che è l'ipotesi della fondazione. La disciplina dell'azienda avverte dell'opportunità di non assumere con carattere di assolutezza l'uno o l'altro dei due modi di valutazione. Quest'ultima, quando è compiuta dal legislatore nell'indicato segno della relatività, obbedisce anche a ragioni storiche. Si spiega così che la comunione si incontri nel regime dei beni e della proprietà, pur dando vita ad un'organizzazione di persone, e che invece la stessa comunione, dove diviene strumentale all'esercizio di un'attività economica, sia contemplata sotto il profilo delle collettività di persone, e più precisamente delle società.

2. Di un'altra vicenda intellettuale che riguarda la proprietà conviene far cenno nell'inventario degli 'argomenti' e dei 'problemi' del secolo. Anche a questo riguardo è difficile tracciare il confine tra ideologia da un lato, e dall'altro i mutamenti della

‘ tecnica ’ del legislatore o dell’interprete. Mi riferisco al luogo che la proprietà occupava tra le situazioni giuridiche soggettive ed al ripensamento critico della posizione che le veniva riservata quale modello o ‘ prototipo ’ del diritto soggettivo, sino all’estremo risultato — non generalmente condiviso, e tuttavia affiorante in forme diverse — della dislocazione a dirittura fuori delle categorie tradizionali.

Lo studioso che predilige le analogie, anche le più sforzate, indugia a disegnare il corrispondente destino della sovranità, che nell’ordine politico pareva assolvere la stessa funzione che la proprietà svolgeva nei rapporti privati: ma l’accostamento tra sovranità smembrata e proprietà disgregata non coglie il senso del distacco dai diritti soggettivi intesi nel senso tradizionale e avvicina fenomeni che possono ricevere un apprezzamento radicalmente diverso. Se del potere politico si attua una distribuzione che superi l’accentramento dell’autorità, il giudizio può essere pienamente positivo e registrare i fatti alla luce di una ritrovata incidenza dei gruppi sociali e della loro autonomia. Della proprietà ‘ divisa ’, al contrario, sono troppi i significati ora polemici ora neutrali, perchè l’osservatore possa tutti comprenderli con attitudine di adesione o di segreto timore.

La identificazione tra proprietà e ‘ modello ’ del diritto soggettivo non è caduta soltanto per ragioni ideologiche, in breve per essere venute meno le connessioni tra libertà e proprietà. Al giurista riesce più convincente una spiegazione che muova dal diritto soggettivo e, sulla base della categoria rimeditata nel contenuto e nell’ampiezza, possa aiutarlo a comprendere l’estraneità o la resistenza del dominio a rimanere nel territorio riesplorato.

Sono decisivi, tra gli altri, due fatti (ed è opportuno chiarire che il discorso si riferisce, come sempre, ad atteggiamenti del pensiero sollecitato o piegato dalla realtà degli interessi e del loro concreto attuarsi): che dei diritti reali, e della proprietà in particolare, non appaiano più note qualificanti e tipiche certi caratteri che finiscono invece per inerire ad ogni situazione tutelata dalle norme; e che nel diritto soggettivo, ed in ogni altra prerogativa privata, si ravvisi uno schema che nasce dall’esigenza della cooperazione e secondo l’elementare necessità di « operare assieme » degli uomini

— nel conflitto o nella convergenza degli interessi — deve modellare la sua struttura e segnare i limiti del sacrificio e della pretesa.

Nella prospettiva ricordata per ultima l'obbligazione è il rapporto giuridico di esemplare evidenza, o meglio la sola figura che meriti il nome di rapporto, che poi vuol dire relazione tra soggetti istituita nel tempo, e nel tempo ristretta, attorno all'impegno ed all'aspettativa. L'immediatezza del godimento che connota la proprietà supera ogni relazione con gli altri; e ricostruire un rapporto che con tutti correrebbe, ma di carattere puramente negativo, e cioè di esclusione e di negligenza, appare escogitazione scolastica senza pratica utilità.

Rapporto giuridico e diritto soggettivo hanno trovato quindi nell'obbligazione, e non più nella proprietà, il 'modello' che risponde ai principi. La cooperazione tra gli uomini, resa necessaria dalla ineguale distribuzione dei beni e dalla diversità dei bisogni, deve ritrovarsi all'origine dei fatti che creano situazioni di potere e di soggezione, ed ha senso e valore il parlare di rapporto soltanto se ricorra una relazione tra persone determinate, nello svolgersi e nel compiersi del fenomeno che limita la libertà dell'una e realizza l'interesse dell'altra. Sono caratteri che, a guardar bene nel campo dei diritti sulle cose, si ritrovano nei diritti reali limitati invece che nella proprietà; e si scopre pure, nei *jura in re aliena*, come la 'misura' di poteri e doveri possa distribuirsi fra titolare del diritto speciale e proprietario secondo gradi diversi (si pensi al rispetto della destinazione economica del bene imposto all'usufruttuario ed all'obbligo di migliorare dell'enfiteuta).

Si matura così una ulteriore frattura delle costruzioni che una secolare tradizione teneva in salda unità. È la categoria dei diritti reali, costruita come capace di comprendere la proprietà ed i diritti reali di godimento e di garanzia, a rompersi. Più che dall'equivoco originario portato alla luce — le limitazioni al dominio presentate come eccezionali e tassative, e perciò da ordinarsi nello stesso sistema logico della proprietà su cui incidevano —, alla nuova riflessione si è indotti dal confronto fra la proprietà « diritto egoista » (in cui si riassume il significato dell'esclusione degli altri) e le figure dell'usufrutto, della servitù, dell'enfiteusi, della superficie, che attorno alle cose creano rapporti concreti e specifici

ed obbediscono alla ragione d'essere — come si è detto, alla cooperazione tra gli uomini — dei rapporti giuridici.

Almeno due profili della scarna disciplina positiva e della più robusta elaborazione pratica possono menzionarsi perchè si avverta come lo schema dell'obbligazione sia divenuto il punto di riferimento del discorso sul rapporto e sul diritto soggettivo. Da un lato si pensi ad una nota che qualificava la proprietà nel senso di riservarle una particolare tutela, al carattere di assolutezza che appariva presupposto e condizione della tutela aquiliana. La tendenza ad assicurare ai diritti relativi, ed al credito in primo luogo, la protezione che si pensava accordata ai soli diritti assoluti costituisce un momento assai rilevante del processo che rivede la posizione della proprietà nell'ambito delle situazioni soggettive e dei mezzi di difesa.

La singolare vicenda della dottrina dell'abuso del diritto è un'altra conferma dell'impovertirsi del ruolo della proprietà, mentre dal regime dell'obbligazione si arriva a trarre, sia pure con esitazioni e diffidenze, l'indicazione di moduli di condotta cui può commisurarsi l'esercizio dei diritti. Per ricordare in rapidi tratti una tra le pagine più interessanti della storia del pensiero giuridico, il divieto degli atti emulativi si è dimostrato insufficiente a fornire il criterio di valutazione della condotta individuale nei rapporti giuridici, ed ha anzi finito per ribadire la sostanza di diritto « egoista » della proprietà, per la 'salvezza' che la legge assicura ad ogni atto di esercizio del diritto che procuri utilità al proprietario. Dalla disciplina generale delle obbligazioni, al contrario, le regole di correttezza e solidarietà, pur con la vaghezza di toni e di contorni che accompagna le « clausole generali », meglio sono servite a dare un primo fondamento positivo al sindacato ed al controllo chiesti al giudice sull'esercizio delle prerogative private, anche quando — uscendo dalla 'logica' angusta della proprietà individuale e del conflitto tra singole persone — all'esame voglia sottoporsi la condotta di gruppi, ed a domandare o provocare l'intervento giudiziale siano formazioni sociali, di vecchia estrazione o nate da episodiche e contingenti necessità di difesa.

3. Disgregata dalla molteplicità degli 'statuti', ridotta ad inerte situazione staccata da ogni attività che l'attraversi o vi si

sovrapponga, contemplata fuori di ogni idea di cooperazione e perciò relegata ai margini della rimeditata categoria dei rapporti giuridici e del diritto soggettivo, la proprietà continua tuttavia ad esercitare, nella riflessione critica e nel linguaggio tecnico, e poi nei programmi politici e nell'impegno concreto di azione, un fascino invadente o discreto. Anche la insinuante persistenza e le vie del ritorno non consentono che frammenti di osservazione e di discorso, come è stato dell'inventario e del primo elenco dei motivi e dei segni della ' crisi '.

Si è detto delle incrostazioni che il modello ' dominativo ' ha lasciato nella lingua dei giuristi, e voleva alludersi al trapianto di termini e schemi su terreni che non rientrano nella vecchia immagine che conserviamo dei diritti sulle cose, e della proprietà che collochiamo in cima a tutti. Della ' proprietà ' di posizioni acquisite nel rapporto di lavoro — le mansioni, la qualifica, la categoria — è frequente la rivendicazione; qui, forse, ci si può limitare a prendere atto della forza che pretese nuove chiedono all'antiquato arsenale di concetti.

Ma quando il termine viene riferito al « posto di lavoro », e vi si riassume il sistema di garanzie della stabilità dell'occupazione (nella nostra vicenda politico-giuridica, in breve, la linea che dalla legge sui licenziamenti porta, in un decennio, allo Statuto dei lavoratori ed al processo del lavoro), allora si è in presenza di un fatto che non è più meramente filologico. Viene alla luce nella formula del ' posto di lavoro ' oggetto di proprietà — con significativa coincidenza, nell'uso dell'espressione, di ambienti lontani — non solamente l'attitudine a servirsi del linguaggio della proprietà, e se si vuole del suo ' folklore ', per ricondurre la realtà sociale alla coerenza di un sistema ove è stato sempre preminente o esclusivo il modello del ' dominio '. Si rivela anche il più sottile disegno di rivalutare la ' proprietà ', quella dei codici, della dottrina e della giurisprudenza, legando il diritto e l'istituto alla persona ed ai modi di svolgere e realizzare le capacità individuali.

È un ritorno anche questo, come spesso accade nell'avventura del pensiero attorno alla proprietà: la connessione proprietà-libertà riproposta in una forma diversa da quella che ebbe a presentarci l'età dei codici borghesi e delle costituzioni liberali, e tut-

tavia tenuta ferma. La garanzia della libertà era stata concessa, dai codici e dalle Costituzioni, in termini di estraneità dell'ordinamento alla sfera privata dell'individuo, e di immunità del singolo nell'ambito delle decisioni che toccavano il destino del suo patrimonio: difendere la proprietà era un modo o almeno voleva dire, nelle intenzioni del legislatore, muoversi sullo stesso piano della protezione del riserbo o degli affetti e delle consuetudini di vita familiari. La libertà che domanda protezione è diventata invece, nelle Costituzioni moderne, una libertà attiva, e dal singolo muove una serie di pretese ad esplicitare la personalità. Nella nostra Carta, ad esempio, il tema dello 'svolgimento' della persona ricorre nelle norme più originali della 'rilettura' del sistema, a proposito delle formazioni sociali intermedie e del principio di eguaglianza da attuare attraverso la rimozione degli impedimenti di fatto.

A reinserire la proprietà tra i 'valori' della società e dell'ordinamento, la strada — sia pure incerta e discontinua, e non sempre percorsa da interpreti consapevoli della direzione e degli esiti dell'avventura — appare questa, di una proprietà ricondotta alla persona, e quindi alle garanzie della libertà. Il collegamento risulta particolarmente agevole quando i 'beni' siano così strettamente inerenti all'uomo da chiedere un'attività mediatrice che ne assicuri la incidenza sul mondo della natura e la natura valga a trasformare.

Attorno ai beni immateriali, alle idee creative suscettibili d'essere sfruttate, si comprende come il discorso costantemente oscilli e cerchi di conciliare la logica della proprietà e la logica dei soggetti (quando non si accontenta di artificiose distinzioni tra aspetto personale e profilo patrimoniale del diritto). Con riguardo a 'costruzioni' di patetica ingenuità o di paradossale inventiva, segnalai dell'una e dell'altra 'logica', portate a gradi esasperati, esemplari applicazioni: si pensi al rapporto tra colonna sonora ed immagine del film visto come relazione tra fondo servente e fondo dominante a simiglianza della situazione della servitù prediale, e, per l'opposta maniera di accostarsi ai beni immateriali, al disconoscimento di paternità richiamato come istituto applicabile per analogia all'opera apocrifia. Positivismo e formazione romantica, l'educazione idealistica dall'altra parte erano facilmente

riconoscibili negli atteggiamenti dell'uno e dell'altro tipo, piegati a singolari adattamenti o forzature.

Dei beni immateriali si vide subito, nella storia del pensiero, che natura e funzione contraddicono l'essenza della proprietà. Sin che dell'idea non vi sia partecipazione, manca ogni segno esteriore che consenta agli estranei di percepirla e di apprenderla; e non a caso, del resto, l'originaria terminologia riservò alla categoria il nome di cose 'incorporali'. Una volta che le idee siano partecipate, il godimento largamente diffuso del 'corpo meccanico' in cui trovano realizzazione e la temporanea durata della tutela dell'autore contrastano con la rigida 'clausura' del diritto di proprietà sulle cose materiali — la garanzia, si è già ricordato, consiste nell'escludere gli altri, quasi nel volerli assenti dal piccolo mondo in cui il proprietario celebra la sua posizione di dominio — e con la perpetuità, l'altro carattere abitualmente ascritto alla mitologia del 'dominio'.

L'inclinazione a legare proprietà e tutela della persona, e quindi a ricondurre la proprietà ai temi della libertà individuale, si è spinta fino all'originale disegno dell'impresa come diritto soggettivo, e più precisamente come diritto della personalità. Quasi a compensare la mutata impostazione del regime legale — dalla disciplina dei beni « in funzione del soggetto » un ordinamento dei soggetti di attività produttive dettato « in funzione dei beni » —, si compie un'operazione sottile ed intelligente per restituire alla persona un ruolo preminente se non decisivo, inserito nella realtà delle cose e nel mondo dell'azione. La capacità e la volontà di organizzare divengono in questa luce esplicitazione della persona, che si realizza nell'imprimere alle cose ed al lavoro un indirizzo e un destino; ed ogni vicenda che attiene alla titolarità dell'impresa, anche se il complesso patrimoniale conserva unità e continuità, si traduce in manifestazione concreta di un nuovo diritto della personalità.

4. La connessione con le esigenze della persona assume toni più dimessi quando il giurista si fermi a considerare le proprietà che il sistema incoraggia, promuove, favorisce. La garanzia della legge è accordata nel testo costituzionale alla proprietà privata senza distinzioni, entro i limiti della funzione sociale da assolvere

e della generale accessibilità; ma la piccola e media proprietà della terra e in primo luogo la proprietà diretta coltivatrice, la proprietà dell'abitazione, l'azienda artigiana devono, già alla stregua degli impegni costituzionali, beneficiare di provvidenze e di aiuti.

L'acquisto della proprietà è l'obiettivo che il sistema vuole perseguire a vantaggio dei soggetti che utilizzano il bene o che sul bene svolgono il fruttuoso impegno del lavoro: l'accessibilità a tutti, nel senso di un avvicendamento che faccia coincidere titolarità e uso effettivo dei beni, diviene motivo prevalente sul richiamo alla funzione 'sociale', sminuita o vanificata rispetto a proprietà (la casa da abitare, il fondo da coltivare, la bottega artigiana) che costume e storia conoscono tra le più gelose, così strettamente legate all'individuo da poter essere conservate e protette come 'proprietà personale' anche nei diritti socialisti che cancellano dalla costituzione e dal codice la proprietà 'privata'.

Nel discorso tecnico il profilo più interessante riguarda l'esame, e prima ancora la sommaria ricognizione delle proprietà da promuovere ed incoraggiare, nella fase che ne prepara o ne annuncia il realizzarsi. Anche stavolta proprietà e diritti reali, già ripensati e discussi come unitaria categoria, devono piegarsi alla ribellione dei fatti; ma ora lo scarto tra vecchi schemi concettuali e realtà sociale induce ad arricchire piuttosto che a ridurre le situazioni reali della comune esperienza, se il diritto del conduttore dell'immobile di abitazione o dell'affittuario del fondo rustico si colora di realtà.

Un atteggiamento più prudente e forse la convinzione della ambiguità che pervade il diritto contemporaneo giustificano la preferenza accordata, da interpreti di pari autorità, a formule come quella del *jus ad rem*. Lo studioso che abbia sensibilità alla storia degli istituti e rispetto per la collaudata dogmatica dovrebbe convincersi, come già gli ha suggerito la figura dell'azienda a proposito del soggetto e dell'oggetto dei diritti, della relatività delle valutazioni legislative.

Senza la pretesa di menzionare le misure legislative di oltre un trentennio, qui sarà sufficiente ricordare al lettore come la conversione del *jus ad rem* nella proprietà delle cose abbia percorso, essa pure, strade diverse, e vi siano stati e rimangono diffusi procedimenti indiretti; come in taluni settori sia bastata la sostan-

ziale intangibilità della situazione del titolare del diritto personale (situazione che è venuta a connotarsi di ' realtà ', se si preferisce il termine più consueto) evitando di trasformarla in proprietà e allentando la ' tensione ' verso quel risultato; come della proprietà sia caduta l'una o l'altra facoltà, per favorire il disegno dell'avvicendamento dei soggetti e dell'accessibilità a tutti; come siano stati rivalutati istituti che in età e culture remote realizzarono funzioni diverse; infine, come siano state adottate misure per conferire alle proprietà nuove o ridimensionate caratteri di solidità e di durata.

La disciplina dei contratti agrari fornisce l'esempio più trasparente della tendenza a convertire le situazioni ' personali ' in proprietà, ed è in quella materia, del resto, che è stata escogitata e proposta la formula del *jus ad rem*. Si pensi alla prelazione accordata all'affittuario, al mezzadro, al colono nel trasferimento a titolo oneroso del fondo. Con la ragione politica più volte ricordata, di realizzare l'accesso alla proprietà in virtù del ' titolo ' rappresentato dal lavoro e dall'impegno spiegato sulle cose dell'antico signore, concorre l'esigenza di assicurare il più razionale sfruttamento della terra, e perciò si comprende che la prelazione sia attribuita anche al coltivatore diretto proprietario di terreni confinanti ed alle cooperative agricole.

Le case di abitazione offrono invece l'immagine, attraverso la disciplina delle proroghe, dei vincoli, dei blocchi, di mezzi indiretti che comprimono la proprietà e garantiscono il conduttore sino a conferire al diritto personale la ' resistenza ' delle situazioni reali. Nelle prime leggi — il discorso può risalire al primo conflitto mondiale — l'esigenza primaria da soddisfare era il mantenimento del rapporto alle stesse condizioni, o a condizioni mutate ma entro precisi limiti stabiliti dalla norma, e la proroga forzosa dei contratti, il blocco o il graduale adeguamento dei canoni furono allora gli strumenti più semplici della politica legislativa. Più tardi gli interventi sull'autonomia negoziale dei privati si sono esplicitati anche nel senso di una riduzione dei canoni pattuiti o dell'inserimento, nei contratti nuovi, di elementi propri del precedente rapporto. Le vicine prospettive sembrano destinate ad utilizzare in via generale lo strumento dell'inserzione automatica di clausole, mediante l'equo canone che verrebbe commisurato a vari indici

quali l'età, la posizione e la superficie dell'immobile, e suscettibile di adeguamento al costo della vita. Intanto la Corte costituzionale ribadisce la legittimità del blocco e delle proroghe, giustificate ancora per il carattere « straordinario e temporaneo » della disciplina e per il favore delle classi meno abbienti; ma avverte e sottolinea la necessità che ormai si provveda a dettare un regime ordinario e definitivo, orientato ad « attingere razionali equilibri ».

Delle facoltà racchiuse nella proprietà del suolo ha perduto il carattere di 'connaturale' elemento il 'diritto di edificare': si pensi all'ultima legge in materia e al regime della 'concessione' (integrato dalla previsione delle 'convenzioni-tipo' e degli 'atti di obbligo' del privato, che traducono in un alleggerimento degli oneri finanziari le limitazioni dell'autonomia negoziale). La legge sull'edificabilità dei suoli contempera l'interesse del titolare del diritto a costruire (anche non proprietario) con le ragioni della collettività, e lo strumento, come si è ricordato, è la concessione comunale, subordinata a un contributo (commisurato, quest'ultimo, alle spese di urbanizzazione ed al costo di costruzione).

Nel discorso di politica economica avviato vent'anni fa la ricerca di strumenti efficaci per risolvere il problema dei suoli urbani edificatori, per frenare la speculazione e consentire l'appropriazione privata in forme compatibili con gli interessi della collettività aveva indicato nel diritto di superficie una possibile soluzione. L'istituto poteva favorire la creazione di temporanee proprietà superficiali private su costruzioni — le case di abitazione — accedenti ai suoli, da mantenere o da trasferire in mano pubblica. La proposta riprendeva in parte un'esperienza dell'immediato dopoguerra inglese, quella del *Town and Country Planning Act*.

Previsioni nel senso indicato furono inserite nella legge italiana per l'edilizia economica e popolare e nella legge per la casa: delle aree espropriate dai comuni una percentuale può essere ceduta in proprietà, mentre sul resto è ceduto il diritto di superficie, per una durata che al massimo sfiora il secolo. Una siffatta rivalutazione dell'istituto aiuta a riscoprirne le lontane radici poichè la superficie, con l'abbandonare i principi del diritto romano, dell'unicità del dominio sul suolo e sulle costruzioni, servì là dove voleva riconoscersi e conservarsi sul suolo un diritto eminente di collettività particolari e di enti pubblici, in primo luogo della Chiesa, al

tempo stesso garantendo al titolare della costruzione la pienezza dei diritti riconosciuti alla proprietà. Ed era tipico della mentalità e delle idee dell'età medievale consentire sullo stesso bene una pluralità di situazioni 'reali' riducibili al modello dominativo, sovrapposte o parallele o contigue.

La proprietà procurata ai soggetti delle classi subalterne incontra a sua volta limitazioni nel godimento e nella disposizione. Ai soggetti che ottengono la proprietà dell'abitazione in virtù delle norme per l'edilizia economica e popolare sono imposti limiti al diritto di alienare. Dell'alloggio costruito sull'area ceduta in proprietà è ammessa l'alienazione, ed è prevista altresì la libertà di costituire diritti reali di godimento, solamente dopo dieci anni dalla licenza di abitabilità, ed a favore di soggetti che abbiano, essi pure, i requisiti per l'assegnazione di alloggi economici e popolari; a favore di chiunque l'alienazione è consentita dopo vent'anni, con l'obbligo di pagare al comune la differenza tra il valore di mercato all'atto della disposizione ed il prezzo d'acquisto.

Per la proprietà agraria si rivelano analoghe tendenze, stavolta (come si è avuto modo di anticipare) anche nel disegno di un più razionale sfruttamento della terra. È significativa la ripresa, animata da spirito di concretezza, di una nozione già fermata dal codice, quella della « minima unità culturale », nei programmi della provincia sud-tirolese. Sul piano sovranazionale una serie di direttive della Comunità è intesa, dal canto suo, a favorire il processo di un'agricoltura 'ringiovanita'. L'indennità, accordata per cessazione dell'attività agricola, è negata al richiedente che nell'ultimo biennio abbia alienato parte dell'azienda in misura superiore al venti per cento della superficie. La preclusione legislativa conferma il concorso delle due finalità, realizzare strutture più efficienti dopo averne impedito l'invecchiamento.

5. Le proprietà e le iniziative che la legge promuove, favorisce, incoraggia e tutela appaiono dunque legate ad una visione strettamente individuale delle necessità di vita, anche quando alle elementari aspirazioni del singolo — la casa da abitare, il fondo da coltivare, i risparmi da investire con saggezza ed utilità — il sistema cerca di accompagnare più ambiziose prospettive, sulla terra intervenenti che vanno dalla bonifica all'instaurazione di equi rapporti

sociali, nell'attività economica forme associative con carattere di mutualità, nelle aziende la partecipazione dei lavoratori alla gestione, per il risparmio il finanziamento dei grandi complessi industriali.

Che prevalga nella graduatoria delle garanzie (se, per semplicità, si vuole istituire una 'scala' di valori) la proprietà ricondotta alle necessità fondamentali dell'esistenza, e quindi ai beni idonei a soddisfarle, può suscitare serie perplessità sulla carica innovativa della 'funzione sociale' rispetto agli schemi del codice; e a dubitare si può essere indotti dallo scarso interesse, se a dirittura non si avverte la disattenzione ed il silenzio del testo costituzionale per le 'proprietà collettive' (quelle, s'intende, che nascono da un comune impegno sulle cose e non siano solamente un espediente o una formula nella logora disputa sulla personalità giuridica e sugli enti che nel formalismo legislativo ne rimangono privi).

Delle proprietà da promuovere e favorire, quasi a compensarne la povertà di contenuto sociale, si è ricordata la connessione istituita con la personalità. A chiusura del discorso anche la categoria dei diritti della personalità, tuttavia, merita una considerazione che ne segnali il mutare dei confini. Se la proprietà e le situazioni 'reali' cercano nella tutela della persona, e nei modi di esplicarsi dell'individuo, un aggancio o, ancora di più, una convalida o a dirittura l'approdo ad un'ultima spiaggia che assieme possa accoglierli, i diritti della personalità conoscono un cammino che per certi tratti è scavato nella direzione opposta.

Al lettore è ormai familiare il dibattito sui beni naturali, su gli interessi collettivi a conservarli e difenderli, sulle forme di possibile tutela giuridica. Nello sforzo di inserire queste pretese nel catalogo delle prerogative private ci si ferma per solito a formule neutre come quella dei 'diritti superindividuali' o degli 'interessi diffusi', nel timore di confondere o di turbare la terminologia abituale. Ma se si guarda al di là del fragile schermo delle 'categorie' (a cominciare dal diritto soggettivo che dominò la costruzione delle prerogative private, trovando nella proprietà l'esemplare 'modello', per giungere all'interesse legittimo che rimane figura più sfuggente anche se storicamente di sicura utilità), si avverte che la sostanza del discorso è nella mutata considerazione del rapporto tra l'uomo e la natura, tra la persona e il 'mondo' (dove

la diversa parola vuole avvertire che pei beni culturali, per il patrimonio storico e artistico sono maturate necessità e richieste di tutela in larga parte analoghe).

La conservazione e la difesa della natura — che nel primo conflitto tra proprietà fondiaria ed iniziativa industriale, rispecchiato dai codici, è preoccupazione che cede in via generale al proposito di incentivare l'attività produttiva — sono riconducibili all'aspirazione alla « migliore condizione della vita » che l'esperienza di altri paesi conosce già come materia di pretesa individuale nelle formule legislative, affidandone l'esercizio concreto più spesso ai gruppi che al singolo, debole e disarmato a fronte della vastità dei fenomeni.

Per il giurista inserire l'aspirazione ad una migliore condizione di vita (che significa anche conservare i beni già goduti e le risorse dell'ambiente) in un ' catalogo ' dei diritti soggettivi non è una tentazione di carattere meramente costruttivo. Vi sono ragioni concrete che lo inducono a collocare aspettative e pretese nell'elenco dei diritti individuali e collettivi. Una ragione può indicarsi, ad esempio, nella norma relativa alla reintegrazione in forma specifica della situazione modificata, ed alla onerosità della reintegrazione. La collocazione secondo una determinata graduatoria, nel catalogo, porta a conseguenze diverse quando la pretesa di rispettare la condizione dei luoghi o delle cose urta contro la iniziativa di rimuoverla o di immutarla.

Il giurista è indotto a ripercorrere, oltre che la vicenda della responsabilità civile ed il legame sempre più allentato con la logica della proprietà, il cammino dei diritti soggettivi in principio legati alla stessa ' logica '. All'origine della vicenda del pensiero la protezione veniva concessa al soggetto per beni esterni a lui, e tuttavia non aperti all'indiscriminato godimento di tutti: ci venne insegnato che dal concetto giuridico di ' bene ' esulano le cose che tutti godono come l'aria e l'acqua fluente, per rifarci agli esempi di scuola. Un siffatto modo di pensare vuol dire non solo insistenza sul carattere di estraneità e di alienità, rispetto al singolo, delle cose su cui cade il suo potere di appropriazione, di disposizione e di godimento; vuol dire pure che rimane fuori dall'interesse di studio e di riflessione del giurista tutto ciò che gli appare oggetto di godimento così generalizzato da non esigere protezione specifica.

La categoria dei diritti soggettivi e, nell'ambito di essa, con caratteri peculiari i diritti della persona hanno a lungo subito l'influenza della 'logica' della proprietà. Nasceva da quella influenza l'abitudine a vedere in termini di « cose », ed a tradurre in apprezzamento economico, col metro semplice della valutazione in danaro, anche i valori di cui l'uomo è portatore. La vicenda della categoria merita di essere interamente ripensata. Si dovrebbe muovere dalle rivendicazioni borghesi, in primo luogo dal bisogno di riserbo: il rifugio nella 'privatezza' era del resto comprensibile nell'età in cui cadevano rapporti, legami, dipendenze e vincoli di devozione e lealtà che tenevano stretti uomini e gruppi. E si dovrebbe giungere, come a termine conclusivo ed attuale dell'evoluzione, a fenomeni che ora portano a utilizzare indebitamente la categoria (come si è visto con riguardo all'impresa), ora ne denunciano i limiti e impongono quindi di rinnovarla.

La linea di sviluppo parte dalla tutela conferita agli uomini per beni considerati a loro estranei, anche quando erano il frutto dell'iniziativa e delle attività dei singoli. Ora, al termine della vicenda che partiva dalla considerazione in termini patrimoniali della persona e dei beni che essa porta in sé, si è portati a riconoscere all'individuo il potere di agire a tutela di beni nemmeno tecnicamente appropriabili da parte dei singoli.

La propensione incoraggiata dalle leggi e dai giudici, a tradurre in cose le energie, il lavoro, l'iniziativa e persino i sentimenti e le sofferenze e le passioni degli uomini (si pensi al regime di rigorosa ristrettezza del danno non patrimoniale) cede ad una visione in cui il mondo, dove l'uomo è radicato e che assiduamente si modifica, diviene materia di pretese individuali o di gruppi privati, dirette a difendere la natura ed a promuoverne lo sviluppo.

Beni formalmente situati fuori dell'uomo ed estranei al modello 'dominativo' sono sentiti e protetti quali beni 'propri' di lui, come gli appartengono la cultura e la storia (e per ciò si spiega la lettura della norma costituzionale che nel 'paesaggio' vuole compresi i beni d'interesse artistico e le memorie del passato): ancora una singolare 'trasfigurazione' dell'istituto, secondo l'immagine del nostro tempo avvolto da 'religioni' e 'moralì' assopite in un sonno inquieto.

STEFANO RODOTÀ

LA LOGICA PROPRIETARIA TRA SCHEMI RICOSTRUTTIVI E INTERESSI REALI

1. La « nuova » proprietà: un'altra frontiera? — 2. Garanzia proprietaria e tutela dei valori economici. — 3. Concetto unitario e molteplicità degli statuti proprietari: tra storia e sistema. — 4. Tecniche proprietarie e tutela di interessi non proprietari. — 5. Il retroterra non proprietario e la ricostruzione dell'ordinamento dei beni. — 6. Tra vecchio e nuovo: la sentenza n. 55 del 1968 della Corte costituzionale.

1. Quando nel 1964 Charles Reich pubblica un saggio destinato ad aprire immediatamente un nuovo fronte nelle discussioni sulla proprietà, *The New Property* ⁽¹⁾, ormai sono in molti ad aver colto il nuovo ruolo dello Stato come diretto dispensatore di ricchezza, sia attraverso il canale della spesa pubblica, sia attraverso le varie forme di autorizzazione all'ingresso in settori di attività economicamente rilevanti. Reich prende le mosse proprio da questa realtà fatta di sussidi, sgravi fiscali, incentivi,

⁽¹⁾ C. A. REICH, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 73 (1964), pp. 733-787. Naturalmente, il saggio di Reich non è il solo contributo in cui, nei tempi recenti, sia stata riproposta con forza, ed associandola ai dati nuovi desumibili dalle trasformazioni della struttura dello Stato, il nesso tra proprietà e libertà. Più che negli Stati Uniti (sulla cui esperienza si veda la documentazione offerta da G. BOGNETTI, *Proprietà e libertà. A proposito delle strutture giuridiche dell'economia americana*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1976, nn. 32-33, pp. 1-91), la tematica ha trovato vigorosa espansione e consistenti realizzazioni pratiche nella Repubblica Federale Tedesca: per i profili più direttamente richiamati nel testo si vedano i rilievi e le indicazioni di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970 (che bene illustra l'orientamento espansivo della tutela delle posizioni individuali, particolarmente rilevato in Italia a proposito degli incentivi. In questa materia la logica non proprietaria affiora solo con D. SERANI, *Lo Stato finanziatore*, Milano, 1971, dove compare appunto il problema del controllo sull'uso del pubblico denaro).

contratti pubblici, licenze di commercio, autorizzazioni all'esercizio di professioni, concessioni per stazioni radiotelevisive e via dicendo, che egli definisce riassuntivamente come «elargizioni» (*largess*), sottolineando lo scarto tra la crescente dipendenza di un numero sempre più alto di individui da tale liberalità pubblica e la scarsità di garanzie giuridiche di fronte ad una discrezionalità amministrativa che, in nome di un non ben definito interesse pubblico, può privarli della fonte principale od esclusiva del loro benessere.

Nella riflessione di Reich si congiungono così il motivo del ruolo dello Stato nei sistemi a capitalismo avanzato e quello dello spostamento di fasce sempre più larghe di cittadini verso «quel nuovo perno della stratificazione sociale che è l'occupazione» (2). Siamo dunque di fronte ad un massiccio spostamento «dalla proprietà alla non proprietà» (3): il problema diventa quello di vedere se sia possibile assicurare anche a coloro i quali si trovano, rispetto agli schemi tradizionalmente usati, in una situazione di «non proprietà» la stessa indipendenza attribuita in passato da una situazione proprietaria (4). Lungo questa linea si muove l'indagine di Reich, la sua richiesta finale è appunto quella di una «nuova proprietà».

Nello stesso ambiente in cui questa richiesta era maturata, quello statunitense, si è ben lontani dall'aver attribuito ai destinatari di *largess* quella ampiezza di tutela giuridica che Reich auspicava. Le ragioni di ciò sono molteplici, ed una riflessione pur sommaria intorno ad esse può consentire di introdurre in modo realistico una analisi di alcune tendenze che hanno segnato nei tempi più recenti la discussione sulla proprietà. È ovvio anzitutto che, pure in sistemi caratterizzati storicamente da una nozione di proprietà assai «liquida» (5) (e per ciò più facilmente adattabile a situazioni nuove), esistono resistenze notevoli a do-

(2) C. WRIGHT MILLS, *Colletti bianchi*, tr. it. di S. Sarti, Torino, 1966, p. 96.

(3) C. WRIGHT MILLS, *op. cit.*, p. 96.

(4) C. WRIGHT MILLS, *op. cit.*, p. 109.

(5) Il termine è usato da R. C. NOYES, *The Institution of Property. A Study of Development, Substance and Arrangement of the System of Property in Modern Anglo-American Law*, London, 1936, p. 265.

tare di una tutela « forte », quale certamente è quella proprietaria, situazioni che si discostano in modo chiaro da quelle a cui abitualmente questa forma di tutela si riferisce. Il motivo risiede tanto in fatti riferibili alla sfera strettamente tecnica, intendendosi con ciò non solo l'astratta compatibilità tra situazioni nuove e tecnica proprietaria, ma pure gli ostacoli opposti dal conservatorismo dei dottrinari; quanto nell'indubbio fattore di rigidità che l'adozione di una tutela forte porta con sé, rigidità evidentemente poco accetta all'apparato amministrativo, sia per la perdita di potere discrezionale che comporta, sia per l'obiettivo cristallizzazione degli interessi che ne risulta, con immediati riflessi sull'agilità dell'azione amministrativa.

Una valutazione realistica delle prospettive concrete di una linea di « nuova proprietà » rinvia dunque ad una più attenta considerazione dei dati di fatto con cui essa deve fare i conti, al di là dell'insistito garantismo che quella linea necessariamente implica. Non è sorprendente, allora, constatare una sorta di rovesciamento delle parti tra gli scienziati sociali che si occupano del fenomeno: più flessibile e aperta la posizione del giurista, preoccupato soprattutto di mettere a punto un equivalente funzionale dell'istituto proprietario, capace di assicurare ai fruitori di *largess* lo stesso tipo di tutela offerta dalla disciplina della proprietà al titolare del diritto su un pezzo di terra; più scettica e rigorosa la posizione del sociologo, che segnala la irreversibilità di alcuni fenomeni e implicitamente mette in guardia contro la tentazione di proporre, dietro la flessibilità degli schemi giuridici, un ritorno a modelli storicamente superati.

Ma le difficoltà del garantismo proprietario nascono non solo da una considerazione unilaterale della realtà, ma pure da un irrisolto nodo teorico. « The dilemma of liberal-democratic theory is now apparent: it must continue to use the assumptions of possessive individualism, at the time when the structure of market society no longer provides the necessary conditions for deducing a valid theory of political obligations from those assumptions » ⁽⁶⁾. Il punto è cruciale proprio per il tema che Reich affronta, quello

⁽⁶⁾ C. B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*, Oxford, 1962, p. 275.

dei rapporti del cittadino con uno Stato non più soltanto garante di libertà, ma dispensatore di ricchezze.

2. Dopo queste prime osservazioni si può allora dire che la proposta di Reich nasce già vecchia e non esprime la linea che, in quegli anni e in quelli successivi, seguiranno gli orientamenti in materia di disciplina della proprietà? A prima vista, a questo interrogativo si dovrebbe rispondere negativamente. Infatti, alcune delle esigenze indicate da Reich ricevono soddisfazione: la disciplina proprietaria si espande al di là del suo alveo tradizionale, anche in sistemi legati a schemi concettuali assai più rigidi di quelli di *common law*; la concessione dell'indennizzo si ritrova anche in ipotesi diverse dall'espropriazione in senso tecnico, cioè della perdita forzata della titolarità del diritto su un bene. La forza dei fatti ha dunque colmato le molte lacune di una teorizzazione approssimativa?

In realtà, i successi parziali non riescono a velare l'intima debolezza di una ipotesi che, di fronte ad una realtà del tutto nuova, sostanzialmente ripropone l'equazione proprietà = libertà e tende a riportare i rapporti tra cittadino (destinatario di *largess*) e Stato in un quadro di reazione alle invadenze pubbliche. Ma la debolezza del modello proposto si coglie nella sua mancanza di confini definiti, nel senso che l'intera area dei rapporti tra cittadino e Stato con rilevanza economica dovrebbe esser coperta da una garanzia proprietaria: una ipotesi evidentemente impraticabile, poiché la tutela dovrebbe essere estesa a tutte le situazioni caratterizzate dall'incidenza negativa sulla posizione patrimoniale dei singoli di una decisione pubblica che, direttamente o indirettamente, revoca un beneficio o comunque comporta perdite. Sia dal punto di vista economico, infatti, sia dal punto di vista della sicurezza (certezza) dei singoli di fronte all'azione statale e agli usi impropri del riferimento all'interesse pubblico, non è possibile distinguere tra la revoca di una licenza e un intervento della banca centrale sul mercato obbligazionario, che deprime il corso di alcuni titoli a vantaggio di altri. Di fronte all'impossibilità di far spaziare con tanta larghezza la garanzia proprietaria, diventa necessario introdurre un criterio di distinzione tra le varie situazioni che si candidano a quel tipo di protezione: ma

allora la nozione di *largess* appare in tutte la sua genericità, e si rivela tecnicamente inutilizzabile; oppure viene mantenuta ferma la categoria delle *largess*, tendenzialmente senza confini, e la selezione delle ipotesi meritevoli di protezione viene affidata al modo in cui si manifesta l'intervento pubblico, giustificato o no: ma, in tal caso, si tornerebbe a dar spazio alla temuta discrezionalità.

Reich, dunque, esprime un'esigenza, non formula una convincente ipotesi teorica. Si che la sua proposta, non potendo offrire quella garanzia globale a cui pure aspirerebbe, finisce con il portare con sé il germe di nuove discriminazioni. La verità è che egli non ha avvertito che proprio « the new equality of insecurity has (...) changed the terms of our problem » (?). Si può, rivisitando le vecchie regole del gioco, creare una nuova situazione di sicurezza?

Nella riflessione di Reich si avvertono le aporie derivanti da una mancata considerazione del senso reale dei dati di fatto dai quali, pure, egli prende le mosse: è la tecnica proprietaria, immaginata per dominare il rapporto tra cittadino e Stato in una epoca storicamente determinata, ancora utilizzabile quando mutano la posizione del cittadino e il ruolo dello Stato? L'ottica, in cui Reich si muove, è certo quella liberal-democratica: ma non può certo dirsi che egli abbia sufficientemente riflettuto sulla nuova realtà delle stesse relazioni di mercato.

Nella sua ipotesi, tutta ideologica, ardonò gli ultimi fuochi di quel « possessive individualism » che C. B. Macpherson era venuto poco prima indagando nelle fonti inglesi del Seicento e del Settecento (8). Ma per Reich, e altri come lui, il tempo sembra essersi fermato, così che egli non si accorge neppure delle diverse ipotesi che, proprio intorno ai *property rights*, venivano formulate nello stesso torno d'anni, nel tentativo di scioglierli da una « obbligazione politica » e di riportarli ancor più decisamente ad una logica di mercato tutta fatta di comparazione tra costi e benefici (9).

(?) C. B. MACPHERSON, *op. cit.*, p. 277.

(8) C. B. MACPHERSON, *op. cit.*

(9) In generale i testi e le indicazioni contenuti nel reading curato da B. A. ACKERMANN, *Economic Foundations of Property Law*, Boston-Toronto, 1975.

A ben guardare, per cogliere il senso di queste tendenze variamente revisioniste dei tradizionali schemi proprietari, è necessario tener conto che in esse si intrecciano vari filoni, che traggono le loro origini da esperienze diverse ed hanno differente spessore storico. Sicuramente ci si riannoda più direttamente alla tradizione continuando a considerare la tecnica proprietaria come l'unica idonea a garantire una ripartizione razionale delle risorse scarse. Non è detto che, muovendosi in quest'ottica, alla tutela proprietaria si debba necessariamente arrivare d'un colpo: esistono diversi strumenti che possono consentire un graduale passaggio « from gift » o « from largess to right » ⁽¹⁰⁾. Si può adottare per talune situazioni la teoria dei diritti quesiti ⁽¹¹⁾ o far leva sulla nozione di « affidamento del cittadino » ⁽¹²⁾ o collegare la perdita di una « largess » con l'obbligo di corrispondere un indennizzo ⁽¹³⁾. Al di là degli strumenti adoperabili nei casi specifici, rimarrebbe comunque una sostanziale assimilazione tra la via seguita per proteggere la nuova forma di « proprietà » privata e quella adoperata in passato per assicurare tutela alla proprietà terriera e, più in generale, ad ogni tipo di proprietà individuale. Reich lo dice esplicitamente, ricordando che gli stessi diritti di proprietà sulla terra provengono dallo Stato e nascono dopo un'epoca in cui l'attribuzione di tali diritti era soggetta a condizioni e revocabile; e che, definitiva, ogni forma di proprietà trova il suo fondamento in un riconoscimento legislativo ⁽¹⁴⁾.

Ancora una volta, però, si rivela l'intima debolezza delle argomentazioni di Reich, incapaci di tenere nel giusto conto proprio

Più specificamente, H. DEMSETZ, *Toward A Theory of Property Rights*, in *American Economic Review*, 57 (1967), pp. 347-373; E. FURUTBON - S. PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature*, in *Journal of Economic Literature*, 10 (1972), pp. 1137-1162; R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1972, pp. 10-40. Inoltre D. C. NORTH - R. P. THOMAS, *L'evoluzione economica del mondo occidentale*, tr. it. di E. Brambilla, Milano, 1976 (a differenza dei precedenti, in chiave esclusivamente storica).

⁽¹⁰⁾ C. A. REICH, *op. cit.*, pp. 479, 785.

⁽¹¹⁾ Ancora C. A. REICH, *op. cit.*, p. 744.

⁽¹²⁾ F. MERUSI, *op. cit.*

⁽¹³⁾ Lo propone esplicitamente Reich, ma si tratta di una linea consolidata nella giurisprudenza tedesca e, in parte almeno, in quella italiana.

⁽¹⁴⁾ C. A. REICH, *op. cit.*, p. 778.

i dati desumibili dall'esperienza storica. Manca, infatti, ogni considerazione delle condizioni in presenza delle quali si giunse, con modalità peraltro variabili, al riconoscimento della pienezza del diritto individuale di proprietà sulla terra. Reich enuncia sommariamente una sorta di legge ferrea della proprietà, che dovrebbe governare tutte le ipotesi di ripartizione tra i cittadini di risorse all'origine pubbliche, senza però tenere in alcun conto i problemi posti dal dilatarsi delle funzioni dello Stato e dal conseguente mutamento della qualità delle sue mediazioni, oltre che dalle caratteristiche particolari delle risorse ripartite. La debolezza complessiva di questa posizione risalta con chiarezza ancora maggiore quando si considera che la tecnica di appropriazione individualistica ed esclusiva, e le forme di garanzia ad esse conseguenti, sono state ripetutamente messe in discussione pure all'interno dei sistemi capitalistici, sì che appare almeno azzardato proporre una indiscriminata estensione ad aree diverse prima di aver tentato per esse una plausibile rifondazione.

3. Se, tra le molte avventure intellettuali a cui lo studio della proprietà ha spinto, dovesse esserne scelta una per meglio illustrare i tentativi di rifondare la categoria proprietaria senza ripercorrere i sentieri troppo disagiati (o desueti) della giustificazione etica o dell'argomentazione tutta economica, probabilmente la scelta migliore sarebbe quella che si indirizzasse verso le posizioni che, con vari accenti, hanno cercato di dar cittadinanza nel sistema giuridico non più ad un solo *concetto* di proprietà, ma ad una molteplicità dei suoi *statuti* ⁽¹⁵⁾. Si può a buon diritto ritenere, infatti, che proprio queste posizioni hanno adempiuto, a un tempo, alla funzione di dissolvere la vecchia categoria unitaria e di lasciar sopravvivere lo schema proprietario: preparando così un terreno propizio all'adozione di quest'ultimo tutte

⁽¹⁵⁾ Si tratta dell'analisi classica di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, pp. 145-309. Sui precedenti di questa posizione alcuni rilievi nel nostro scritto su *Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, III, Bologna, 1972, pp. 439-440, e nota 5.

le volte che la medesima giustificazione « realistica » poteva essere adottata a sostegno di situazioni dotate di insediamento sociale pari a quello che aveva presieduto alla messa a punto di una tutela forte per il diritto di proprietà. Il caso ormai classico, in questo senso, è quello dell'impresa ⁽¹⁶⁾.

Ad ogni modo, conferme alla teoria della molteplicità degli statuti proprietari sono indubbiamente venute, oltre che da una adesione convinta e argomentata degli studiosi, dallo stesso arricchirsi e differenziarsi della legislazione di settore ⁽¹⁷⁾ e dal successivo trapasso nelle decisioni di collegi giudicanti ⁽¹⁸⁾. Tutto questo, però, non esclude che uno dei problemi centrali rimanga ancora quello del rapporto tra la realtà dei diversi statuti e la persistenza di riferimenti ad una nozione unitaria di proprietà, non solo nel linguaggio, ma in molti materiali normativi componenti il nostro ordinamento (a cominciare dalla Costituzione). Sarebbe ingenuo, infatti, ritenere che il passaggio dalla proprietà alle proprietà significhi un voltar pagina, che consente di non dar più rilevanza alcuna ad una serie di norme, schemi ricostruttivi, concetti ordinatori, foggiate partendo dalla premessa di una proprietà sempre identica nei suoi connotati fondamentali. Anche se si ammette che in questa materia è in corso uno svolgimento lineare, al termine del quale sarà caduto ogni pur lieve pretesto normativo di collegamento tra diverse discipline proprietarie, è indubbio che oggi dobbiamo fronteggiare problemi tipici di una fase in cui le due diverse dimensioni, quella unitaria e quella della molteplicità, visibilmente convivono. Basta qui accennare

⁽¹⁶⁾ Per l'Italia è obbligato il riferimento a R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e sui nuovi orizzonti del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1956, I, 181-195. Nella Repubblica Federale Tedesca il *Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb* costituisce una delle due figure di nuovi diritti soggettivi creati in questo dopoguerra (su cui le indicazioni di H. BUCHNER, *Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den delictsrechtlichen Unternehmensschutz*, München, 1971, in particolare pp. 34-63).

⁽¹⁷⁾ Cfr., ad esempio, l'analisi di S. CASSESE, *Dalla proprietà all'impresa: i beni privati destinati dallo Stato alla produzione*, in *Politica del diritto*, 1975, pp. 609-637.

⁽¹⁸⁾ Cito, una volta per tutte, le sentenze n. 55 e 56 del 1968 della Corte costituzionale, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, pp. 838-879.

alla delicatissima questione del riconoscimento di distinte e autonome « categorie di beni », deducibili appunto con operazioni ricostruttive condotte in ciascuno dei settori considerati ⁽¹⁹⁾: la conseguenza di questa riconosciuta autonomia può anche consistere nella sottrazione dei beni appartenenti ad una determinata categoria ad una o più regole proprietarie « comuni ».

A conclusioni diverse non si giunge neppure se, accogliendo i risultati delle indagini che più hanno fatto i conti con lo spessore storico del problema, si constata che, sotto la crosta della definizione unitaria, si sono mantenute in ogni momento discipline di settore fortemente differenziate. Non ci si può limitare, infatti, a « squarciare il velo » della proprietà unica: rimane sempre da spiegare come potè accreditarsi per decenni la tesi dell'unitarietà del concetto di proprietà, malgrado l'esistenza di discipline settoriali differenziate; se tale tesi fu propria soltanto dei discorsi « sopra il diritto » fatti dagli studiosi, senza alcuna interferenza sul diritto effettivamente applicato; o se, invece, i rapporti tra norme generali e legislazione speciale non siano espressivi di una dialettica che può essere colta solo valutando, storicamente e nel loro insieme, le situazioni socio-economiche in cui la disciplina proprietaria si è di volta in volta trovata ad operare ⁽²⁰⁾.

Proprio l'allargamento dell'orizzonte imposto dalla considerazione storica, d'altra parte, ci consente di definire con precisione il significato e la portata di un metodo di ricerca teso a cogliere l'occasione « realistica » offerta dalla sostituzione, come oggetto d'indagine, di una nozione astratta con materiali normativi diversi, in cui più direttamente si riflettono e si riconoscono gli interessi concretamente in gioco. Sarebbe, infatti, un progresso da poco se la prospettiva « delle proprietà » conducesse soltanto ad una moltiplicazione di nozioni (ciascuna riferita ad un singolo statuto proprietario) in luogo di quella unitaria, tutte però ricavate con procedimenti di tipo logico-formale in nulla diversi da quelli secondo cui il concetto tradizionale era stato costruito. In questo modo non solo verrebbe contraddetta l'originaria (anche

⁽¹⁹⁾ Cfr. le sentenze ricordate alla nota 18.

⁽²⁰⁾ Su questi vari punti il nostro scritto *Scienza giuridica ufficiale*, cit., *passim*.

se spesso inconsapevole) ispirazione realistica, ma soprattutto cadrebbe la possibilità di ricordare normative e interessi e, quindi, di ricostruire analiticamente il progetto complessivo che sostiene l'ordinamento di poteri e rapporti in ordine alle varie categorie di beni.

Attraverso il riconoscimento della effettiva funzione storica dei diversi elementi costitutivi del sistema giuridico della proprietà, invece, possono emergere, a un tempo, le finalità perseguite con i diversi statuti e il progetto sociale d'insieme ad essi corrispondente, non più cristallizzato intorno ad un'unica nozione, formalmente unitaria, ma ricavato dall'osservazione diretta di una realtà non più rinsecchita in poche formule dottrinarie. Metodologicamente, il risultato non è solo quello genericamente definibile come sostituzione di una linea realistica ad una dogmatica: ben più importante è il constatare che, per questa via, il valore ordinante non è più quello della stabilità (incarnato dalla definizione astratta e immutabile), ma quello del movimento (espresso dal fluire delle diverse discipline di settore); e che diviene così possibile cogliere e dar rilievo piuttosto alle innovazioni, precedentemente occultate e riassorbite attraverso l'« elasticità » dello schema unitario.

All'osservatore di oggi, quindi, la proprietà non si presenta come un blocco monolitico, da misurare nella sua compattezza e, se mai, da levigare in qualche spigolo troppo acuto. Essa, anche quando viene presentata come un « oggetto » da considerare nel suo insieme, è piuttosto un τόπος, intorno al quale una stratificazione secolare è venuta raccogliendo problemi, i cui nessi, però, non possono essere arbitrariamente recisi: questi nessi, anzi, vanno analizzati, sia per accertarne l'effettiva portata storica, sia per saggiarne la corrispondenza alla realtà attuale. Infatti, non si può certo dire che, per effetto della frammentazione della categoria giuridica della proprietà, sia venuto meno nella nostra cultura il riferimento allo schema proprietario per descrivere o connotare nel loro insieme tipi di rapporti esistenti nell'organizzazione sociale. Ed è agevole constatare come questi descrizioni o connotazioni, critiche o apologetiche che siano, trapassino poi dall'originario loro terreno filosofico, economico, sociologico nel campo giuridico, fondando la pretesa o la ripulsa di forme di tutela

proprietaria, nell'ottica, già ricordata, di chi la considera ancora la più forte tra le tecniche giuridiche disponibili. L'innegabile rilevanza di questi fenomeni, da una parte, obbliga a fare ancora i conti con nozioni di proprietà assai comprensive: ma, d'altra parte, impone l'attenzione per criteri ricostruttivi diversi da quelli logico-formali, determinando così una ulteriore dissoluzione della categoria giuridica tradizionale.

Dovrebbe esser chiaro, a questo punto, che la sostituzione di una prospettiva analitica e realistica (per comodità qui identificata con quella delle « più proprietà ») ad una esclusivamente dommatica non può significare limitazione dell'indagine ed isolamento dello statuto proprietario studiato rispetto alla complessiva problematica, non solo giuridica, dell'ordinamento dei beni. Altrimenti, il recupero dell'effettività e della peculiarità della disciplina di settore sarebbe pagato con una perdita di profondità interpretativa, venendo meno la possibilità di collocare quella disciplina nel contesto che le è proprio. Ciò non vuol dire che non siano legittime, e sommamente utili, le ricerche che tendono ad una ricostruzione puntuale di un singolo statuto: queste, anzi, costituiscono oggi il materiale indispensabile per un superamento delle impostazioni totalizzanti e per una verifica concreta dei progetti riguardanti l'ordinamento dei beni. Quel che non sembra possibile, allo stato attuale delle cose, è tuttavia un serio chiarimento delle modalità di funzionamento di un singolo statuto che non tenga conto dei condizionamenti fino a ieri determinati e delle influenze ancora esercitate dallo schema proprietario unitario.

Mi pare, anzi, che semplicistici tagli d'ogni legame possano determinare conseguenze variamente negative. Verrebbe mortificata, anzitutto, proprio la rilevanza dei dati storici, che costituisce l'aspetto forse più significativo e fecondo dell'attuale arricchimento metodologico delle ricerche in questo settore: qui, infatti, la considerazione storica necessariamente porta con sé proprio l'accertamento dei multiformi legami via via istituiti tra concetto generale di proprietà e discipline di settore, delle diverse dinamiche che hanno sorretto la crescente autonomia di alcune tra queste discipline, delle mutevoli forme di subordinazione delle normative speciali rispetto alla definizione ed al concetto di base.

La mancata considerazione dell'«ambiente» in cui uno specifico statuto proprietario vive, inoltre, può indurre ad elevare tale statuto a modello di un più generale ordinamento dei beni, proiettando le conclusioni tratte dall'analisi di «una» proprietà su «tutte» le proprietà, così ricalcando proprio lo schema (e il vizio) d'origine della definizione unitaria (in cui, come è ben noto, sostanzialmente si rispecchiano i caratteri tipici della disciplina della proprietà terriera). Né potrebbe valere il rilievo di chi osservasse che, così facendo, sarebbe almeno possibile ricostituire quel raccordo tra definizione generale e settore economicamente più importante, che giustificava in passato l'adozione come modello dello schema della proprietà terriera. Se, infatti, il ripudio della definizione tradizionale è maturato pure sul terreno della sua mancanza di rappresentatività della nuova scala dei valori proprietari, resta il fatto che non ci si è fermati a questa constatazione, avanzando una pura e semplice richiesta di aggiornamento. Senza voler qui riassumere un dibattito lungo e fin troppo noto, si può soltanto osservare che è stato revocato in dubbio proprio la possibilità che una definizione unitaria, ricavata con procedimenti logico-formali, riesca a costituire il cemento unificatore di statuti proprietari diversi. Le ragioni di ciò sono molteplici, e vanno dalla distanza che separa tra loro molti statuti (che renderebbe addirittura impossibile una definizione unica ottenuta con l'abituale procedimento deduttivo) fino al constatato irrigidimento del sistema che una nozione unitaria comporta (congeniale solo ad una ideologia che vuole salvaguardare la posizione centrale e prevalente della tutela proprietaria, anche in presenza del difendersi di indicazioni normative di segno opposto).

In definitiva, tutte le indagini tendenti a sostituire ad un riferimento concettuale unico una molteplicità di assunzioni concrete (come accade ormai anche in materie diverse dalla proprietà, quali l'impresa o il negozio giuridico) devono decifrare una dialettica complessa: se non possono trascurare il fatto che, per un periodo sufficientemente lungo e rappresentativo, proprio il concetto «astratto» ha costituito il «reale» punto d'avvio di operazioni legislative, giurisprudenziali e scientifiche (per non parlare delle sue utilizzazioni fuori dello stretto ambito giuridico), neppure possono rinunciare, già nella prospettiva storica e non solo

ricostruendo i lineamenti dell'ordinamento vigente, a misurare la rilevanza effettiva dei singoli statuti.

Qui la scelta di metodo diventa determinante. Si pensi solo ai problemi che nascono dalla scoperta di profonde contraddizioni, già in tempi in cui era incontrastato il predominio della linea espressa dalla definizione unitaria, tra quest'ultima e specifiche discipline di settore; o ai problemi interpretativi oggi posti, in un ambiente complessivamente assai sensibile al tema della pluralità degli statuti, dalla persistenza di norme di principio (l'art. 42 della Costituzione, per esempio) che paiono mantener fermo il riferimento unitario. Sembra del tutto ovvio osservare che, ricostruendo nel loro insieme situazioni normative passate, si abuserebbe dell'argomento storico se frettolosamente si volesse giungere ad un rovesciamento completo della versione tradizionale, attribuendo concreta influenza solo ai singoli statuti (il dato reale) e negandola invece alla definizione generale (l'ipotesi astratta). D'altra parte, la presenza di riferimenti unitari nel sistema attuale non necessariamente entra in contraddizione con la constatata esistenza di più proprietà: così sarebbe se da quei riferimenti si traesse spunto per tornare ad eludere i problemi posti dai diversi statuti o, addirittura, per ignorarne una volta di più l'esistenza; ma gli stessi riferimenti, invece, possono essere intesi proprio in funzione di una scontata molteplicità, specificabili quindi a seconda del tipo di proprietà concretamente considerato.

4. A questo punto si potrebbe osservare che, riannodando intorno alla dialettica tra definizione unitaria e discipline di settore i fili problematici del dibattito sulla proprietà e insistendo sulla impossibilità di giudicare il concetto unitario come una arbitraria e ininfluyente sovrapposizione di legislatori e studiosi, si finisce con il ridare spazio proprio a quel concetto. Se, in questa o in altre analisi, si procedesse lungo i tradizionali itinerari logico-formali, questa osservazione sarebbe probabilmente esatta: in un quadro formalistico, la forza espansiva del « concetto » è sempre maggiore di quella dei dati normativi isolati, di cui, per ragioni di principio inerenti profondamente al metodo adottato, non è possibile indagare i rapporti con gli interessi sottostanti e le reali modalità di funzionamento. Al contrario, se si adottano criteri

d'indagine in cui variamente si esprimono le finalità effettivamente perseguite da ciascuno statuto proprietario, vien meno proprio la condizione di base che aveva assicurato al concetto la sua assoluta supremazia.

Ciò non significa che il concetto svanisce, ma che diviene uno dei tanti elementi di cui tener conto nell'indagine, con ovvie variazioni d'importanza a seconda del periodo o del settore considerato. Naturalmente, questa riduzione di significato è tanto minore quanto più alla nozione generale di proprietà viene mantenuta una posizione centrale nel corpo del sistema giuridico: e, a ben guardare, questa centralità non deriva solo da manipolazioni interne di tale sistema, ma è il riflesso del fatto che la proprietà rimane una delle idee-forza dell'organizzazione socio-economica. Non si dice nulla di nuovo facendo queste considerazioni. Infinite volte apologeti e critici dei sistemi giuridici borghesi hanno sottolineato come l'ordinamento giuridico dovesse o potesse essere considerato come una entità interamente caratterizzata dal carattere « pervasivo » della proprietà, dalla posizione centrale e determinante fatta a questo diritto. Oggi, tuttavia, questa constatazione non basta, non essendo né utile né appagante continuare a constatare genericamente tale centralità (anche se qualche scrittore non dev'essersi ancora accorto della scarsa originalità di questo rilievo, a giudicare almeno dal modo aggressivo con cui continua a riproporlo): si tratta di ridefinirne concretamente la portata, anche alla luce delle spinte verso l'espansione delle tecniche proprietarie per la tutela di nuove categorie d'interessi candidati alla protezione giuridica.

Che il problema sia tutt'altro che teorico lo confermano i casi già ricordati ai paragrafi precedenti, ai quali possono essere aggiunti gli esempi desumibili dal settore della tutela dell'ambiente; ed alla stessa linea può essere riferito il modo in cui sono state impostate ed elaborate pure nella nostra cultura giuridica, nella giurisprudenza e nella legislazione le posizioni teoriche riguardanti le cosiddette espropriazioni non ablativo o espropriazioni di valore ⁽²¹⁾. Perché ciò sia avvenuto e continui ad accadere, si spiega

⁽²¹⁾ In particolare, A. M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1961, pp. 809-840; G.

proprio con le caratteristiche già ricordate dei sistemi giuridici borghesi, dove appunto la tutela proprietaria è sempre stata sinonimo di tutela forte, servendo da modello allo stesso schema del diritto soggettivo o legandosi al *due process of law*. Adottata questa logica, da una parte è sembrato ovvio estendere la tutela di tipo proprietario a situazioni assimilabili per valore socio-economico alla proprietà o che addirittura avevano sopravanzato questa nella scala complessiva dei valori; dall'altra, la tecnica proprietaria è sembrata indissociabile da situazioni in cui si assisteva alla progressiva trasformazione di risorse abbondanti in risorse scarse, ponendosi così il problema dell'accesso a queste ultime e delle modalità del loro godimento.

Le recenti ricerche, condotte con metodologie di tipo economico sul sistema dei diritti di proprietà, hanno infatti spinto a mettere l'accento su una definizione della proprietà appunto come « l'insieme dei rapporti economici e sociali che definiscono la posizione di ciascuno rispetto all'utilizzazione di risorse scarse » (22). Definizione nella sostanza tutt'altro che originale, ma che spinge a riflettere sui limiti entro cui è possibile utilizzare il riferimento alla proprietà. Per rendere più chiaro il discorso, ci si può riferire come esempio alle questioni legate alla tutela dell'ambiente, a cui rivolgono ormai attenzione particolare tanto i giuristi « puri », quanto gli economisti studiosi di *property rights*. Senza voler qui considerare la complesse ragioni culturali che hanno progressivamente attribuito ai problemi ambientali una posizione centrale pure nelle ricerche dei giuristi (23), è possibile mettere subito in evidenza due dati: il tentativo di utilizzare tecniche variamente

D'ANGELO, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, Napoli, 1963; F. BARTOLOMEI, *L'espropriazione nel diritto pubblico*, I, Milano, 1965. Criticamente A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione. Saggi*, Milano, 1969, in particolare pp. 64-154; D. SORACE, *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*. Parte prima, Milano, 1974; G. VERBARI, *La dichiarazione di pubblico interesse*, Milano, 1974. La ricostruzione dell'insieme è nel saggio di M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, pp. 443-501.

(22) E. G. FURUTBON - S. PEJOVICH, *op. cit.*, p. 1139.

(23) Si veda M. S. GIANNINI, *Ambiente*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1973, pp. 15-53; A. PREDIERI, *Urbanistica*, *cit.*, pp. 1-18.

attinte alla disciplina della proprietà per combattere le più pericolose attività inquinanti; l'accento posto sul rarefarsi di alcune risorse, come premessa per nuove costruzioni giuridiche. Nel primo senso, sono molti i casi di ricorso agli strumenti della responsabilità civile e, in genere, a quelli connessi alla disciplina dei rapporti di vicinato ⁽²⁴⁾; al secondo dato si collegano le ricerche tendenti ad identificare nuovi beni, in luogo delle tradizionali *res communes*, muovendo appunto dal presupposto tradizionale della teoria dei beni, che fa consistere nella scarsità una delle condizioni della tutela giuridica.

Molte, tuttavia, sono le difficoltà che si incontrano nel tentativo di risolvere i problemi ricordati prevalentemente nel quadro giuridico individuato dalla tradizionale disciplina della proprietà. La più ovvia riguarda il fatto che, seguendo la linea abituale dell'analisi della trasformazione delle risorse da abbondanti in scarse, il problema della proprietà si pone nella prospettiva della divisione dei beni residui e, quindi, della necessità di fissare le regole relative alla loro appropriazione e al loro uso: la soluzione si trova nella distribuzione di quei beni tra diversi soggetti secondo le regole ben note della proprietà solitaria. Questa linea appare evidentemente improponibile per le risorse ambientali, dove la questione della scarsità non può essere certamente risolta secondo i classici postulati della disciplina proprietaria: o perché per alcuni beni non è neppure possibile ipotizzare il passaggio ad un regime comunque caratterizzato da una spartizione tra soggetti determinati del bene « creato » dal sopravvenire di una situazione di scarsità; o perché per tali beni la tutela proprietaria, anche quando si veste con le reliquie della proprietà collettiva, è nella maggior parte dei casi inidonea ad investire nel suo complesso l'intera situazione di conflitto o la totalità degli interessati. Nell'un caso il ricorso alla disciplina proprietaria urta contro le stesse caratteristiche naturali del bene; nell'altro non riesce ad esprimere il rapporto tra interessi (e soggetti che se ne fanno portatori) e beni, essendo costretta a selezionare i portatori

⁽²⁴⁾ Cfr. le indicazioni contenute nel volume collettaneo *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974.

di tali interessi con criteri individualisti, tipici del modello di proprietà solitaria adottato da ordinamenti come il nostro, mentre rispetto al bene l'interesse si qualifica complessivamente come collettivo ed attribuisce quindi al bene stesso un carattere « pubblico » (nel significato che a questo aggettivo dà la teoria economica dei beni ⁽²⁵⁾). In definitiva, nel settore della tutela dell'ambiente, l'utilizzazione dello schema proprietario può avvenire solo a prezzo di una forte disostruzione della situazione reale.

In realtà, qui si manifesta con chiarezza un conflitto tra « base » proprietaria e « retroterra » non proprietario: intendendosi con questi riferimenti, da una parte, la logica giuridica a cui si fa capo; e, dall'altra, la realtà degli interessi implicati nell'operazione. La tecnica di tipo proprietario, lo si è già visto, consiste nell'attribuire al dominio esclusivo di alcuni quel che precedentemente era liberamente goduto da tutti. Solo che questa tecnica, facilmente utilizzabile quando ad esempio si doveva procedere alla divisione di terre coltivabili, appare socialmente meno accettabile e praticamente più difficile da strutturare quando si tratta ad esempio di risorse ambientali. È impensabile che la pressione collettiva (l'interesse implicato nell'operazione) possa essere dispersa in tanti canali separati, ciascuno dei quali porta ad una porzione autonoma del bene da godere e, quindi, ad un interesse di tipo individualistico da tutelare. Le stesse caratteristiche fisiche delle risorse in questione pongono limiti insuperabili alla loro frammentazione e forniscono una base materiale indiscutibile alla permanenza del carattere collettivo degli interessi che in esse hanno il loro punto di riferimento.

Queste conclusioni inducono a riflettere, più seriamente di quanto sia stato fatto finora, sull'argomento di politica del diritto che presso alcuni ha sorretto e giustificato l'adozione dello schema proprietario malgrado l'indubbio rilievo delle considerazioni appena svolte. Si tratta dell'abituale argomento di chi, constatata la scarsa dinamicità del nostro sistema nell'adattarsi a situazioni

⁽²⁵⁾ Per una prima serie di indicazioni si veda il volume curato da G. BIGNETTI ed E. GERELLI, *I beni pubblici. Problemi teorici e di gestione*, Milano 1974.

nuove o mutate, è spinto a far rientrare tali situazioni nel quadro legislativo e concettuale posseduto, sia pure con qualche aggiornamento, di quest'ultimo in particolare. A voler tacere d'altro, l'esperienza non solo italiana ci dice che questa può essere solo una tattica di breve periodo, perseguendo la quale si realizzano risultati modesti e sempre messi in pericolo dalla possibilità di un ritorno ad interpretazioni (utilizzazioni) più restrittive degli schemi tradizionali. Ma, soprattutto, il ricorso a tecniche proprietarie in settori « nuovi », e non connotabili in senso individualistico, si risolve in una rinnovata legittimazione di quelle tecniche: con la conseguenza che, nel più lungo periodo, si determina proprio una situazione contraddittoria con gli interessi che si era creduto di poter così tutelare, dal momento che il rafforzamento complessivo del modello proprietario non può che risolversi a vantaggio prevalente degli interessi ad esso originariamente congeniali. Per restare sempre nel quadro dei problemi dell'ambiente, è facile rilevare che le elaborazioni tutte in chiave proprietaria impongono anzitutto forme di bilanciamento degli interessi (rozzamenti identificabili in quello della collettività, da una parte, e in quello di proprietari e imprenditori, dall'altra) che determinano un impoverimento qualitativo proprio degli interessi che più si vorrebbero tutelare, spogliati dei loro caratteri più significativi pur di farli rientrare negli schemi considerati. In secondo luogo, l'esaltazione delle difese di tipo proprietario finisce con l'entrare in contraddizione con l'esigenza di tutela degli interessi ambientali, risolvendosi alla lunga nel rafforzamento della posizione di quei soggetti che, come i proprietari di aree edificabili o gli imprenditori che esercitano attività inquinanti, sono gli avversari naturali degli ecologi (se, poi, l'avversario viene individuato più genericamente nel modo di produzione capitalista, la contraddizione diviene ancora più evidente).

Guardando indietro nella storia delle normative sulla proprietà si potrebbe esser tentati di trovare una via d'uscita dalla situazione appena descritta ricordando che, in ambienti e momenti storici diversi, la contraddizione tra centralità della tutela proprietaria e selezione tra gli interessi ad essa teoricamente riferibili è stata spesso risolta attraverso il depotenziamento delle proprietà « cattive » e il rafforzamento progressivo di quelle « buo-

ne » ⁽²⁶⁾, grazie anche alla creazione di strumenti di tutela proprietaria che si adattavano particolarmente alle esigenze di queste ultime. Quando ci si rifà a queste esperienze storiche, ad ogni modo, è bene ricordare che questo metodo di risoluzione dei conflitti è stato utilizzato in presenza di interessi tutti di matrice individualistica (o privata), anche quando nelle proprietà « buone » si poteva scorgere il riflesso immediato di esigenze di carattere più generale, che giustificava appunto la prevalenza ad esse accordata. Ma, per il problema qui discusso, la situazione è già formalmente diversa, poiché gli interessi in conflitto non possono ordinariamente esser posti sullo stesso piano, poiché ad un interesse di tipo privatistico (non importa se incarnato talvolta da un soggetto pubblico) si contrappone un interesse collettivo (o diffuso): è dunque in questa diversa qualità dell'interesse, e non solo in una valutazione di opportunità, che deve essere trovato il criterio di selezione. E, quando tale criterio deve risolversi nella preferenza accordata all'interesse collettivo, le ragioni prima ricordate inducono a ritenere che esso non può esprimersi in una tecnica di tipo proprietario.

5. A questi notevoli inconvenienti, derivanti dall'utilizzazione (sia pure « alternativa ») di tecniche proprietarie per la tutela di nuove categorie d'interessi, altri se ne aggiungono se si considerano i più generali effetti negativi che certamente l'adozione di questa linea determinerebbe sulla ricostruzione complessiva del sistema privatistico. Ciò deriverebbe dal fatto che le nuove situazioni d'interesse, e le molte norme nuove ormai ad esse riferibili, non verrebbero utilizzate come indizi di valori e di discipline non riducibili a quelle tradizionali, ma sarebbero impiegate al più come strumenti per la rilettura di vecchi schemi: una operazione che questi ultimi, proprio in forza della loro astrattezza, soppor-

⁽²⁶⁾ Si vedano i rilievi nel nostro *Scienza giuridica ufficiale*, cit., *passim*. La miglior analisi di un'esperienza altamente significativa, come quella statunitense, è di M. J. HORWITZ, *The Transformation in the Conception of Property in American Law. 1780-1860*, in *University of Chicago Law Review*, 1973, pp. 248-290 (ora anche in *The Transformation of American Law. 1780-1860*, Cambridge, Mass., 1977).

tano benissimo e che può condurre solo ad una rinnovata (anche se inavvertita) adesione alla sistematica tradizionale. Ora, non c'è bisogno di professarsi convinti seguaci della metafora evangelica del vino nuovo e degli otri vecchi, per rendersi conto del fatto che operazioni del genere sono sempre frutto di pigrizia intellettuale e di incapacità di raccordare le proprie indagini con le situazioni reali, quali che possano essere le motivazioni ideologiche dietro le quali queste debolezze vengono occultate. Già dalle sommarie indicazioni tratte dalle discussioni sui problemi dell'ambiente, invece, risalta con chiarezza non solo la specifica irriducibilità di quella tematica agli abituali schemi proprietari, ma pure l'emergere di una situazione in cui l'ordinamento dei beni (o di alcune categorie di beni) tende a muoversi in una direzione che potrebbe (o dovrebbe) portare all'abbandono della logica proprietaria.

Non cogliere questa occasione significherebbe ribadire nei fatti la legittimità del vecchio sistema e la posizione centrale in esso fatta alla proprietà, anche se a parole se ne denuncia il carattere oppressivo e classista. Adottando una diversa linea d'indagine, è invece possibile verificare quali realmente siano le aree in cui gli schemi proprietari mantengono intatta la loro presa e quali i settori nei quali il criterio proprietario deve almeno fare i conti con interessi diversi. Metodologicamente questa può non essere una conclusione da poco, dal momento che la rimozione della proprietà come esclusivo criterio ordinante impone una diversa lettura e ricostruzione dell'intero sistema, prima costruito come rispecchiamento esclusivo dell'immagine proprietaria. Anche a non voler ammettere maggiori implicazioni, un sistema policentrico è ovviamente assai più articolato, e disponibile per operazioni sia pur parziali di rinnovamento, di uno monocentrico.

Naturalmente, perché tutto questo non si risolva in una serie di operazioni a freddo, ancora una volta slegate dalla realtà e quindi incapaci di incidere effettivamente su di essa, è necessario verificare se proprio nella realtà e nell'insieme dei materiali normativi sia possibile ritrovare un «retroterra non proprietario», che costituisce l'indispensabile presupposto per una diversa collocazione dello stesso istituto proprietario. Da ciò non deriverebbe soltanto un generale ridimensionamento del peso sistematico della

proprietà, che proprio dall'affermata sua pervasività dell'intero ordinamento ha sempre tratto argomento per imporre interpretazioni e ricostruzioni riduttive di tutti quegli elementi che potevano costituire un polo dialettico nei suoi confronti; sarebbe pure recuperata la vera carica realistica della teoria delle più proprietà (intendendosi in tal caso per carica realistica la capacità di dissoluzione del concetto astratto), che altrimenti finisce con l'apparire solo come l'effetto di una rifrazione prismatica, come la via per scoprire la ripetizione e la riproduzione dei moduli proprietari nei diversi settori e, dunque, come una rinnovata conferma della vitalità e della centralità dell'istituto proprietario. Se, infatti, alla frantumazione della categoria astratta si accompagna la rilevazione di interessi e criteri ordinatori irriducibili alla logica proprietaria, allora le ricostruzioni su base pluralista diventano anch'esse uno strumento per ridimensionare l'influenza effettivamente esercitata dai riferimenti proprietari.

Nel passaggio da ricostruzioni astratte ad analisi realistiche, la ricerca di fondamenti non proprietari deve fare i conti con il diffondersi, già segnalato, di posizioni caratterizzate da un interesse per il rafforzamento di situazioni qualificate come « nuove proprietà ». Quest'ultimo modello si differenzia da quello delle « più proprietà » per il fatto che esso, in luogo di agire come elemento disgregatore di situazioni ricevute, si basa sul recupero di una permanente base funzionale dell'istituto proprietario. Comune ai due modelli, ad ogni modo, rimane il denominatore individualistico. E la conferma di una loro sostanziale omogeneità può esser tratta dalla esperienza di questi anni, quando, registrata pure negli ambienti fedeli alla più pura tradizione formalistica la distanza ormai insopportabile tra concetto astratto e situazioni concrete reclamanti una tutela forte, non si è esitato nell'imboccare la strada del riconoscimento, con artifici diversi, del carattere proprietario a situazioni riconducibili alla base funzionale prima ricordata.

Così agendo, si è introdotto un elemento di rifiuto della nozione astratta di proprietà, ma non si è in nulla innovato nello schema proprietario, che, anzi, è riuscito a recuperare per la via realistica quel che la testardaggine formalistica gli aveva fatto perdere: prova evidente del fatto che un semplice mutamento di

metodo, se può dire molte cose sulla funzione reale e sulla ideologia tipica di un istituto, non può certo produrne un cambiamento del segno. In definitiva, se al di là delle formule si vuole effettivamente vedere quali linee ricostruttive operino oggi nella materia della proprietà, è necessario tener presente la complessa dialettica tra concetto unitario e teoriche delle « più » e delle « nuove » proprietà, di cui qui si è cercato di mettere in evidenza qualche momento. Per maggior chiarimento, si può accennare alla ben nota sentenza n. 55 del 1968 della Corte costituzionale ⁽²⁷⁾, in cui (a parte altre questioni, di cui si discuterà più avanti) i diversi elementi appena ricordati sembrano atteggiarsi nel modo seguente: abbandono della nozione unitaria e formale della proprietà; sua scomposizione nella molteplicità degli statuti delle varie « categorie di beni »; ricomposizione del nesso tra aspettative economiche e tutela proprietaria. Come ben si vede, l'istanza realistica è presente ai due livelli della molteplicità in luogo della unità (più proprietà) e della individuazione di situazioni meritevoli di tutela proprietaria anche dove non ricorre lo schema formale tradizionale (valori economici come nuove proprietà). La vecchia unità formale, non più rispondente alle richieste di tutela espresse dai titolari dei beni, viene dissolta con lo strumento pluralistico, il quale però, mettendo a nudo lo scheletro dei reali interessi sottesi a ciascuna categoria, rende possibile l'emersione di un nuovo elemento unificante, attraverso la rilevanza obiettivamente attribuita ad un « contenuto minimo » identificato con l'attitudine naturale (o storica: qui davvero natura e storia si congiungono) di ciascun bene ad essere oggetto di sfruttamento economico. Ovviamente, in situazioni diverse da quella qui sinteticamente analizzata, la dialettica tra i diversi elementi indicati può variare: ma il caso della sentenza n. 55 dovrebbe mostrare con chiarezza anche i limiti delle metodologie realistiche, le quali, se vengo serrate nel quadro proprietario, finiscono inevitabilmente col rafforzarlo.

Questi rilievi possono essere approfonditi prendendo lo spunto dall'osservazione — al fondo esatta, anche se formulata in modo

⁽²⁷⁾ Citata alla nota 18.

ambiguo — di chi ha messo in risalto come l'operazione di politica del diritto condotta dagli studiosi di diritto pubblico teorizzatori delle espropriazioni non ablativo non sarebbe stata possibile senza la preliminare relativizzazione del concetto di proprietà, operata dai privatisti ⁽²⁸⁾. Con ciò si vuol dire, in sostanza, che la nozione formale di proprietà consentiva di arroccarsi intorno ad una nozione altrettanto formale di espropriazione (secondo una linea che fu propria della giurisprudenza del Consiglio di Stato ⁽²⁹⁾) ed impediva la penetrazione di quelle istanze realistiche alle quali ha potuto riannodarsi la teorica delle mere espropriazioni di valore. L'esattezza di questa considerazione si coglie sol che si tenga presente l'analisi qui svolta in precedenza; l'ambiguità deriva dal non aver messo in evidenza l'aspetto forse essenziale dell'operazione di relativizzazione della nozione di proprietà, dal cui approfondimento può derivare il superamento della logica tutta intraproprietaria che ha finora sorretto l'utilizzazione di strumenti innovatori non solo nelle apparenze.

Per chiarire questo punto, è necessario mettere in evidenza un momento delle metodologie realistiche e della teorica delle più proprietà finora deliberatamente tenuto nell'ombra, e che ci riporta al tema già enunciato della ricerca nel nostro ordinamento di fondamenti non proprietari. Infatti, almeno in alcune ricerche condotte nell'ambiente italiano, l'attenzione per la pluralità degli statuti proprietari non è stata determinata soltanto dalla volontà di offrire una descrizione più accurata del materiale normativo esistente e di revocare così in dubbio un concetto per il quale l'astrattezza era ormai sinonimo di irrealtà. Questa volontà senza dubbio c'era, ma non s'esauriva qui l'indagine, il cui fine era invece quello di trovare per questa via il raccordo (precluso appunto dalla metodologia formalistica) con gli interessi implicati nella disciplina delle diverse categorie di beni. E, quando si parla di interessi, non si allude solo al fatto che essi possono variare con il mutare dei beni, che è considerazione vecchia e neppure sostanzialmente contraddetta dal rilievo attribuito al concetto astratto

⁽²⁸⁾ In questo senso A. GAMBARO, *Jus aedificandi e disciplina civilistica della proprietà*, Milano, 1975, p. 345.

⁽²⁹⁾ Cfr. le indicazioni di A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 340.

di proprietà: piuttosto si vuol dare rilievo alla concorrenza o al conflitto di diversi « valori » in relazione alla medesima categoria di beni, non mediabili attraverso gli strumenti di tutela privatistica previsti dall'ordinamento (azioni a difesa della proprietà, disciplina degli atti emulativi e delle immissioni, e via dicendo), dal momento che siamo in presenza pure di interessi prevalentemente collettivi, e dunque non sempre riconducibili alla logica proprietaria.

Tuttavia, considerando nel loro complesso le ricerche degli studiosi, ci si avvede che il lavoro di dissoluzione del vecchio concetto di proprietà è andato avanti con rapidità e intensità maggiori dell'opera di individuazione dei fondamenti non proprietari, a cui evidentemente si ricollega la possibilità di ricostruire complessivamente la costellazione di interessi riferibile ad una determinata categoria di beni, evitando che pure le metodologie nuove si facciano veicolo solo degli interessi vecchi. Ma di queste sfasature la storia del pensiero è piena, anche se questa considerazione non sempre può rappresentare una assoluzione in un settore come quello giuridico, in cui le acquisizioni teoriche si mescolano subito con implicazioni pratiche e dove, quindi, una ricerca a metà può essere utilizzata, proprio per la sua incompletezza, per un disegno diverso da quello che l'aveva ispirata.

Ma, per tornare all'osservazione da cui hanno preso le mosse questi ultimi rilievi, c'è da domandarsi quali effetti avrebbe avuto un atteggiamento del tutto opposto a quello censurato, che avrebbe visto i civilisti arroccarsi intorno al vecchio concetto di proprietà. A parte ogni rilievo sull'antistoricità di questo atteggiamento, e sul suo palese contrasto con una massa imponente di dati normativi, la conseguenza più probabile sarebbe stata un irrigidirsi ulteriore della nozione di proprietà. Da ciò sarebbe stato forse evitato l'emergere di una linea di interpretazione costituzionale come quella delle espropriazioni non ablativo, ma sarebbe pure venuta la spinta a dar cittadinanza nel nostro sistema a versioni assai più radicali del contenuto essenziale della proprietà, tali da consentire più estese censure di incostituzionalità rispetto ad una gamma assai larga di interventi limitativi dei poteri proprietari.

La validità storica del rilievo, tuttavia, rimane, confermando i limiti invalicabili di quelle operazioni ricostruttive del sistema

normativo che, pur giovandosi di metodologie non formalistiche, non riescono ad uscire dal quadro proprietario e, anzi, tendono a ricondurre all'interno di questo pure quelle situazioni antagonistiche che un'analisi realistica degli interessi aveva permesso di individuare. Con evidente pregiudizio di queste ultime che, come già si è ricordato, possono trarre la ragione della loro prevalenza proprio dalla netta configurazione di un fondamento non proprietario.

Ricorrendo ancora una volta ad un esempio tratto dalla materia della tutela dell'ambiente, basta riflettere sui diversi effetti di un intervento che utilizzi strumenti privatistico-proprietari, quali sono quelli configurati dalle norme sulle immissioni o sugli atti emulativi, e di uno che prenda invece le mosse da un interesse sicuramente qualificabile come collettivo (paesaggio, salute). Mentre nel primo caso l'azione del proprietario inquinatore potrebbe essere controllata per quel tanto che collide con la proprietà dell'attore, nell'altro il controllo potrebbe investire l'attività nel suo insieme.

Significative verifiche di questa linea possono esser fatte con riferimento all'impresa. Qui il rifluire di tecniche proprietarie non investe soltanto la posizione dell'imprenditore⁽³⁰⁾, ma anche quella del lavoratore, almeno per quel che riguarda la tutela « reale » del posto di lavoro. Mentre nel primo caso siamo in presenza di una evoluzione del tutto conseguente col tentativo dell'imprenditore di appropriarsi di forme di difesa proprietaria pienamente coerenti con la sua posizione di dominio dei mezzi di produzione, la forte garanzia ottenuta dal lavoratore (di cui non intendo sottovalutare minimamente l'importanza) appare giustificata unicamente dalle caratteristiche dell'organizzazione in cui si colloca, della cui logica costituisce in sostanza una accettazione.

Non voglio qui indulgere a schematismi, che altre volte ho esplicitamente condannato⁽³¹⁾, sostenendo che ogni rafforzamento

⁽³⁰⁾ Cfr. le indicazioni della nota 16; ulteriori sviluppi e indicazioni in D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, in particolare pp. 205-326.

⁽³¹⁾ Rinvio ad una mia replica in *L'uso alternativo del diritto*, II. *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, 1973, p. 301.

della posizione del lavoratore, fino al giorno della palingenesi rivoluzionaria, « oggettivamente » consolida il sistema e deve pertanto essere condannato. Voglio dire più semplicemente che il raggiungimento di forme di tutela reale da parte del lavoratore non può essere considerato il punto in cui si realizza il massimo di tutela, in una valutazione comparata dell'interesse suo e di quello dell'imprenditore (se mai, saremmo di fronte all'ennesimo episodio di riduzione dell'operaio a venditore della forza lavoro, di cui è proprietario e per la quale, appunto, può pretendere forme di tutela reale).

Seguendo la trama del nostro ordinamento legislativo, si trova più d'una conferma di queste considerazioni. Così, nella legge n. 300 del 1970, nel momento in cui crescono le garanzie di tipo « reale » per il lavoratore, si attribuisce pure rilevanza autonoma all'interesse e all'iniziativa nel sindacato, spezzando l'identificazione tra tutela reale e interesse individuale e dando spazio al dispiegarsi di un retroterra di carattere non proprietario. Più recentemente, in occasione della tornata contrattuale del 1976, la stessa tutela del posto di lavoro è stata più comprensivamente considerata nel quadro di un controllo operaio capace di evitare quei comportamenti imprenditoriali pregiudizievoli per i livelli di occupazione: qui la stessa tutela dell'interesse individuale viene integralmente risolta in una prospettiva non proprietaria, facendo corpo con la linea collettiva individuata dal diritto di informazione del sindacato e del controllo sugli investimenti ⁽³²⁾.

Questi rilievi riguardanti l'impresa, come già quelli sull'ambiente, confermano l'inidoneità delle sole tecniche di tipo individualistico-proprietario a costituire un effettivo strumento di tutela di quei nuovi interessi che, essendo espressione di dinamiche confliggenti con il quadro proprietario, non possono trovare collocazione all'interno di quest'ultimo, a meno che non si assicuri loro quella prevalenza « assoluta » che si riassume nella socializzazione dei mezzi di produzione. Ipotesi, quest'ultima, non considerata in questa pagina, ma rispetto alla quale acquista consistenza sempre maggiore l'analisi che rileva come il conflitto tra

⁽³²⁾ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto d'informazione del sindacato*, in *Diritto-Economia*, 1977, n. 2.

logiche proprietarie e non proprietarie si riproduca anche in presenza di situazioni di socializzazione.

Nell'ordinamento italiano il terreno dove meglio si colgono i conflitti tra le due logiche rimane ancora quello costituzionale. Può essere utile, quindi, saggiare concretamente la consistenza di alcuni punti dell'analisi qui svolta alla luce di uno specifico conflitto risolto dai giudici della Corte costituzionale.

6. La sentenza della Corte costituzionale n. 55 del 1968 consente una valutazione puntuale di profili diversi: la nozione stessa di proprietà « costituzionale »; il ricorso a sprazzi di metodologia realistica nell'argomentazione della Corte; e, più in particolare, i nessi istituiti tra dati formali e dati socio-economici. In quella sentenza sono state compiute operazioni interpretative diverse, tutte convergenti verso un obiettivo di politica del diritto che, sinteticamente, è lecito identificare con un complessivo rafforzamento della tutela proprietaria. Tali operazioni possono così riassumersi: *a)* estensione della garanzia prevista dall'art. 42, comma 2, della Costituzione alle cosiddette espropriazioni di valore; *b)* utilizzazione di (sia pur generici) criteri economici per identificare le specifiche espropriazioni di valore a cui la ricordata garanzia sarebbe applicabile; *c)* utilizzazione della teoria delle « più proprietà », attraverso il riferimento ad una nozione di « categoria di beni » individuata sostanzialmente in base ad una comune funzione economica, per circoscrivere formalmente i casi di applicabilità della nuova garanzia apprestata per le espropriazioni di valore; *d)* controllo della legittimità costituzionale degli interventi legislativi riguardanti il diritto di proprietà alla luce del principio di eguaglianza affermato dall'art. 3 della Costituzione; *e)* irrigidimento del rapporto tra attività legislativa e attività amministrativa, con evidenti riflessi sulla portata della riserva di legge in materia proprietaria.

Nella sentenza è così possibile scorgere la presenza di attitudini realistiche tanto nell'adozione di metodologie analitiche per l'esplorazione della nozione di proprietà, quanto nel tentativo di adeguare il concetto giuridico di proprietà ai dati dell'esperienza economica. La prima attitudine (rinvenibile nell'operazione indicata sub *c)* nell'elencazione precedente) operativamente si traduce

in una rottura della nozione di proprietà, in conseguenza della quale alcune forme della tutela costituzionale, previste in relazione a quella, sono subordinate al modo complessivo in cui la legge costruisce e disciplina ciascuna categoria di beni. La seconda, espressa soprattutto dalle operazioni a) e b), conduce ad identificare l'oggetto della protezione costituzionale non con un interesse quale risulta dalla sua formalizzazione in una categoria giuridica data e determinata, bensì con un interesse quale si deduce dalla osservazione della realtà economica. Nella motivazione si cerca di fondare normativamente quest'ultima conclusione, facendo riferimento ad una portata della protezione giuridica quale risulta « storicamente determinata » dalla legge in relazione allo specifico bene considerato. Analizzando più accuratamente la motivazione, però, ci si avvede che questo non è un criterio di identificazione del punto d'incidenza della tutela costituzionale nel caso specifico, ma unicamente il riconoscimento della inesistenza nell'ordine normativo di una condizione di esclusione dell'accertamento in termini economici. Ciò risulta chiaramente, in primo luogo, dal riferimento al fatto che solo una esplicita eliminazione legislativa della facoltà di edificare esclude la possibilità di indagare intorno alle situazioni meritevoli di indennizzo. E, in secondo luogo, l'area della protezione costituzionale non viene identificata con quella formalmente riconosciuta (facoltà di edificare), ma con una diversa e minore, quale risulta da un'indagine condotta unicamente in termini economici intorno alle destinazioni d'uso del bene. La nozione formale di proprietà, in conclusione, viene utilizzata solo come punto d'avvio per una ricostruzione tendente a garantire soprattutto l'omogeneità tra ambito di applicazione della tutela giuridica e valori espressi dal mercato. Da questo ancoraggio al mercato, non più mediato da una valutazione legislativa, risulta una nozione di proprietà assai più mobile e « liquida » di quella tradizionale, indubbiamente più pronta ad adattarsi alle variazioni della realtà economica e, in questo senso, più moderna e direttamente modellata sulle situazioni di fatto.

L'adozione di questo metodo, e la nozione di proprietà che ne risulta, devono essere messi a confronto con l'altro elemento costitutivo della *ratio decidendi* della sentenza, cioè il riferimento

al principio d'eguaglianza. L'accento posto quasi esclusivamente sulla nozione di proprietà risultante dalla sentenza n. 55 ha di solito fatto trascurare quest'ultimo riferimento, sul quale solo di recente si è richiamata l'attenzione come sul dato caratterizzante l'intera decisione ⁽³³⁾. La giurisprudenza della Corte costituzionale successiva al 1968 convalida questa correzione di punto di vista, anche se è forse eccessivo ritenere il riferimento all'art. 3 della Costituzione come l'unica vera *ratio decidendi*, dal momento che un'analisi accurata di quella giurisprudenza rivela l'importanza che assume il procedimento ricostruttivo della situazione sostanziale di base per far agire il criterio dell'eguaglianza. La rilevanza di tali procedimenti, indubbia per intendere la portata effettiva delle indicazioni della Corte, diventa poi massima quando si vogliono analizzare in prospettiva le linee di tendenza della giurisprudenza costituzionale o le valutazioni, che questa talvolta contiene, anche di ipotesi di interventi in materie connesse con quella proprietaria (come accade per le indicazioni più volte fornite dalla Corte relativamente alla disciplina dei contratti di locazione o di affitto).

Per intendere correttamente il rilievo attribuito al principio d'eguaglianza — giudicando così non solo la finalità politica, ma la correttezza del procedimento seguito dalla Corte — è indispensabile un esame dei rapporti che possono essere istituiti, e che in concreto la Corte ha istituito, tra gli articoli 3 e 42 della Costituzione. Trattandosi in entrambi i casi di norme contenenti dichiarazioni di principio, si possono prospettare le ipotesi seguenti: *a)* nessuna possibilità di ordinare gerarchicamente le due norme, sì che, accertata l'esistenza di una legge ordinaria conforme ad una di esse e confliggente con l'altra, ci si troverebbe di fronte ad una non risolvibile antinomia legislativa; *b)* prevalenza dell'art. 42, come norma speciale, che detta il criterio per la realizzazione del principio d'eguaglianza nella specifica materia a cui si riferisce; *c)* prevalenza dell'art. 3, per la sua posizione sistematica e per la sua valenza di principio, che lo porta a collocarsi come supernorma o principio caratterizzante l'intero assetto costi-

(33) Cfr. A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 355.

tuzionale. Quest'ultima è l'ipotesi accolta, sia pure con ottiche diverse, tanto dalla Corte costituzionale che da quella parte della cultura giuridica da cui è stato con più coerenza affermato il valore immediatamente ordinante dei principi costituzionali: l'una privilegiando il riferimento al primo comma dell'articolo, l'altra facendo del criterio affermato nel secondo l'idea-forza caratterizzante in senso innovativo l'intero ordinamento.

Accettando il punto di vista adottato dalla Corte costituzionale, è possibile valutare dall'interno la coerenza complessiva del suo atteggiamento. L'accento posto con forza sul principio di eguaglianza (formale) non può sciogliere i nessi con la ricostruzione della situazione di base (nel nostro caso il diritto di proprietà) nel cui ambito viene collocata la specifica disciplina legislativa di cui dev'essere controllata la legittimità. È quindi necessario tener presente il procedimento ricostruttivo della situazione proprietaria adottato dalla Corte, la quale ha finito con il rompere pure lo schema formale del diritto di proprietà, attribuendo rilievo ai diversi statuti delle varie categorie di beni e ritrovando il nucleo costituzionalmente protetto di ciascuna situazione nella possibilità di utilizzazione economica conforme alla natura del bene. Il profilo formale è così sacrificato a vantaggio di una diretta rilevanza attribuita ad un elemento di fatto, desumibile di volta in volta da una osservazione della realtà guidata non da un criterio giuridico-formale, ma socio-economico.

Se si volesse indulgere a paragoni sommari, si potrebbe dire che qui lo schema tradizionale è completamente dissolto, dal momento che questo era fondato proprio sull'indifferenza per le specifiche attitudini produttive dei beni ai fini di un loro trattamento giuridico fortemente differenziato; e che il concetto, o le nozioni, di proprietà individuati dalla Corte nel modo indicato finiscono con l'essere, per i criteri ricostruttivi non meno che per alcune loro importanti valenze operative, più vicini a quelli della tradizione di *common law* (sia pure nella sua versione statunitense piuttosto che in quella inglese), di cui ripetono appunto il connotato fondamentale della tendenziale disponibilità a riflettere in maniera abbastanza immediata le variazioni della realtà socio-economica. Nella sentenza della Corte, tuttavia, non si traggono tutte le conclusioni che pure dovrebbero essere imposte da un

così radicale mutamento di punto di vista, sì che in essa le argomentazioni realistiche finiscono col convivere, contraddittoriamente, con criteri di valutazione esclusivamente formali.

L'adozione di un metodo tendente a mettere in evidenza elementi di fatto non percepibili attraverso l'analisi formale, per adeguare ad essi misura e modalità della protezione giuridica, dovrebbe poi avere uno sbocco obbligato, nel momento in cui si pone l'ulteriore problema della valutazione in termini di eguaglianza delle situazioni così rilevate: l'impiego del criterio indicato dal secondo comma dell'art. 3, dove il riferimento all'eguaglianza sostanziale si lega appunto al rilievo attribuito alle concrete situazioni di fatto. Non si può, in altri termini, impostare in termini schiettamente socio-economici il problema dell'accertamento del nucleo proprietario suscettibile di (specifiche forme di) tutela giuridica e poi risolverlo prescindendo del tutto dai criteri generali di valutazione dei dati socio-economici esplicitamente dettati dalla Costituzione.

L'abuso, soprattutto verbale, dei riferimenti al secondo comma dell'art. 3 del testo costituzionale può indurre a grande cautela quando si tratta di analizzare la concreta portata operativa di tale norma: ma non autorizza certo il giudice, quale che esso sia, ad ignorarla. Si può sicuramente porre, anche per quel comma, la questione tradizionale di quali siano i suoi destinatari: ma, se pure si ritenesse, con interpretazione sicuramente errata, che nell'espressione « la Repubblica » non possono essere compresi i giudici ordinari, questa interpretazione mai potrebbe valere per la Corte costituzionale, chiamata ovviamente a valutare la legittimità della legislazione ordinaria con riferimento all'intero quadro dei principi costituzionali. D'altra parte, la Corte ha basato il suo peculiare indirizzo in tema di proprietà, rendendo la garanzia per i privati più larga di quella accordata dallo Statuto del Regno, sulla constatazione della variazione intervenuta sia nell'insieme del quadro costituzionale, sia nella specifica materia della proprietà. Per quanto riguarda il primo, è chiaro che l'indirizzo della Corte è legittimato dal carattere rigido della Costituzione, che pone limiti prima non previsti agli interventi riduttivi del contenuto della proprietà; relativamente alla seconda, la Corte ha condotto una operazione interpretiva del terzo comma dell'art. 42,

che non è qui il caso di criticare nel dettaglio ⁽³⁴⁾, ma che sostanzialmente tende a presentarlo come una norma estensiva della nozione tradizionale di espropriazione. I giudici costituzionali, in altri termini, hanno potuto condurre la loro operazione di rafforzamento della tutela proprietaria facendo paradossalmente leva proprio su elementi di innovazione generale o specifica contenuti in una Costituzione peraltro indirizzata, nelle intenzioni almeno, verso una riduzione dei poteri proprietari. Coerenza avrebbe voluto che analoga attenzione per i dati innovativi fosse poi esercitata nella materia dell'eguaglianza, dove la rottura con lo schema del passato è certo meno controvertibile che nella materia della proprietà. In tema di eguaglianza, infatti, non solo viene affermata l'irriducibilità dell'analisi giuridica ai soli dati formali, attribuendosi rilevanza esplicita ad elementi di fatto: soprattutto viene dettato un criterio di giudizio idoneo a discriminare tra situazioni di fatto coerenti al disegno costituzionale e situazioni di cui « la Repubblica » deve perseguire l'eliminazione.

Così completato il quadro dei riferimenti costituzionali, l'analisi della Corte si rivela tutt'altro che lineare e completa, presentandosi piuttosto caratterizzata da un continuo trascorrere dall'ordine formale a quello socio-economico non giustificato dal tentativo di integrare più profondamente i dati desumibili da entrambi, ma unicamente dalla volontà di accumulare argomenti disparati a sostegno di una linea di politica del diritto complessivamente confliggente con il disegno della Costituzione. Perché la linea adottata dai giudici della Corte manchi di rigore e coerenza, e quindi di forza persuasiva, si può scorgere facilmente, sol che si tengano presenti alcune delle considerazioni appena svolte. Esclusa la tradizionale via formale, che avrebbe imposto l'adozione di una nozione restrittiva di espropriazione e reso più ardua l'identificazione di un contenuto essenziale del diritto di proprietà al di là degli schemi della titolarità o dell'elasticità del dominio, la Corte è approdata ad una nozione tutta ricostruita intorno all'emersione « storica » dell'ordinaria utilizzazione econo-

⁽³⁴⁾ Si veda quanto ha scritto G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà*, Genova, 1973, pp. 124-127.

mica del bene considerato: logica avrebbe voluto che, a questo punto, il controllo di costituzionalità fosse condotto considerando gli interventi legislativi incidenti sulla situazione così ricostruita sia nella loro complessiva valenza sociale, sia nella loro attitudine a realizzare le condizioni indicate dal secondo comma dell'art. 3 della Costituzione. Entrambi questi controlli sono stati elusi della Corte attraverso operazioni interpretative delle due norme costituzionali immediatamente rilevanti (gli articoli 3 e 42) che si sono risolte in una amputazione di una parte del loro stesso testo letterale.

A ben guardare, le operazioni condotte su quei due articoli sono tra loro strettamente collegate. Nell'art. 42 è stato praticamente cancellato il riferimento alla funzione sociale della proprietà: in questo modo, il problema della proprietà ha perduto tutto il suo spessore collettivo ed è tornato ad essere, come nel costituzionalismo ottocentesco (o, comunque, pre-weimariano), una questione riguardante unicamente le modalità di compressione di un diritto individuale, il cui titolare continua ad essere considerato come il portatore dell'interesse giuridico per eccellenza. Una volta che il problema della garanzia costituzionale del diritto di proprietà tornava ad essere «affare interno» della sola categoria dei proprietari, ben poteva apparire lecita l'amputazione a cui veniva poi sottoposto l'art. 3: dovendosi indagare all'interno di una categoria omogenea, l'unico riferimento possibile all'egualianza diveniva quello formale del primo comma, mancando la possibilità di quel confronto tra interessi qualitativamente differenti che costituisce il presupposto del riferimento al secondo comma dello stesso articolo.

L'arbitrarietà di questo modo di procedere, già sufficientemente illustrato dalle ultime considerazioni, diventa ancor più evidente se si torna al nocciolo della ricostruzione da cui la Corte costituzionale ha preso le mosse. Si è già rilevato che questa tende sostanzialmente a garantire l'omogeneità tra ambito di applicazione della tutela giuridica (proprietaria) e valori espressi dal mercato che, nell'andamento prevalentemente socio-economico della sentenza qui soprattutto considerata (quella n. 55 del 1968), vengono assunti come l'elemento di base per identificare il nucleo

delle situazioni private e la portata degli istituti giuridici relativi (l'espropriazione riportata al « valore »). Ora, si può anche discutere se la portata dell'art. 3 della Costituzione, considerato nella sua integralità, sia davvero quella di una contestazione dell'assetto sociale a cui il testo costituzionale si riferisce e in cui è chiamato ad operare: è certo, però, che anche l'interpretazione più prudente e restrittiva di quella norma non può scendere al disotto della constatazione che essa è figlia, se non della lotta di classe, almeno di quella cultura che ha messo in luce i limiti degli automatismi di mercato come via agli ottimi tra gli equilibri economici (e sociali), sottolineando e sollecitando la necessità di interventi pubblici in funzione riequilibratrice proprio degli scompensi e delle diseguaglianze determinati dal « libero gioco delle forze ». Pure in questa versione più moderata, tuttavia, l'art. 3 si configura come una « norma di rifiuto », particolarmente rilevante per chi è chiamato a ricostruire oggi i lineamenti complessivi di un sistema giuridico ancora costituito in parte notevole da materiali predisposti quando, invece, il principio di base era rappresentato proprio da una diffusa adesione ai postulati dell'economia di mercato. Tenendo presente il nuovo quadro dei principi, si deve allora concludere che i valori di mercato possono attualmente considerarsi pienamente tutelati solo se e in quanto non siano confliggenti con i valori dell'eguaglianza, quali sono espressi dal secondo comma dell'art. 3 ⁽³⁵⁾.

Questo era l'ovvio schema di valutazione che la Corte costituzionale avrebbe dovuto adoperare, una volta constatata l'esistenza di una normativa (quella sulla proprietà urbana) a suo giudizio espressiva di valori formati nel mercato, nei confronti della quale altre norme (incluse quelle, impugnate, della legge urbanistica del 1942) si facevano portatrici di interessi confliggenti. La piena tutelabilità del nucleo economico della situazione proprietaria, infatti, non poteva non essere subordinata ad un giudizio di conformità al criterio di eguaglianza sostanziale. Una volta accertato, invece, che proprio nella realtà effettuale quella situazione, così come allora si configurava, costituiva un consi-

⁽³⁵⁾ In generale si veda quanto ha scritto U. ROMAGNOLI, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, sub art. 3, co. 2.

stente ostacolo di fatto alla realizzazione di condizioni di eguaglianza considerate in relazione a categorie di soggetti più larghe di quella dei soli proprietari (oltre che portatrici di interessi non proprietari, ma anch'essi di rango costituzione, come quelli alla tutela dell'ambiente o della salute, al godimento di una casa), doveva essere esclusa in via generale l'ammissibilità di una tutela giuridica rafforzata.

Senza che sia qui necessario entrare in dettagli, è infatti certo che i principi costituzionali di base escludono la possibilità di accordare tutela alla rendita fondiaria, in cui sostanzialmente si esprimono i valori economici identificati dalla sentenza n. 55, poiché proprio un'analisi realistica, che tenga conto della esperienza non solo italiana di questi anni, è in grado di fornire solidi argomenti per considerare quel tipo di rendita tra i più consistenti tra gli ostacoli di fatto che si oppongono al realizzarsi di condizioni di eguaglianza sostanziale. Per essere più precisi, può dirsi che la tutela accordata alla rendita fondiaria, in quanto espressa da situazioni giuridiche soggettive riflettenti i valori di mercato, deve cedere in presenza di norme tendenti ad assicurare la preminenza del valore dell'eguaglianza sostanziale, anche quando questo venga unicamente configurato come un correttivo della logica del mercato. Ciò può anche condurre a disparità interne alla categorie dei proprietari di suoli urbani, risultando alcuni tra questi più sacrificati di altri: in tal caso, però, non potrebbe certamente parlarsi di irragionevolezza del diverso trattamento, in considerazione della finalità perseguite e dell'interesse colpito. L'unica eccezione di costituzionalità, possibile a questo punto, è quella che riguarda l'eventuale carattere arbitrario del modo in cui si giunge a discriminare tra i proprietari. Ma, così impostata, la questione non può più riguardare né l'art. 3, né l'art. 42, co. 3, bensì la violazione della riserva di legge prevista dal secondo comma di quest'ultimo articolo, dovendosi soltanto indagare la sufficienza delle direttive e dei criteri indicati dalla legge per la limitazione del diritto dei proprietari, al fine di valutare l'ampiezza e l'ammissibilità della discrezionalità amministrativa in questa materia.

Valutando complessivamente la linea adottata dai giudici costituzionali italiani, ci si avvede che la nessuna rilevanza attri-

buita al principio di eguaglianza sostanziale riflette una più generale reticenza della Corte ad identificare il piano generale dei conflitti impliciti nelle questioni ad essa sottoposte, intendendosi per « piano generale » quello che consente di dare evidenza appunto all'insieme delle condizioni di fatto ed alle domande sociali che tali condizioni generano, evidentemente irriducibili alla « base proprietaria » alla quale si rimane saldamente ancorati. Questo è un limite grave dell'analisi, poiché l'indicazione del secondo comma dell'art. 3 è proprio nel senso indicato: altrimenti, non sarebbe possibile né una identificazione corretta degli interessi confliggenti, né una scelta tra questi secondo criteri definiti anche sulla base di un'analisi diretta dei rapporti socio-economici, come ovviamente si richiede quando il giudizio di costituzionalità deve tendere pure ad accertare l'attitudine delle norme esaminate ad operare come strumenti di rimozione di ostacoli di fatto. Si potrebbe osservare che questa più puntuale valutazione degli interessi in giuoco la Corte riesce a compierla quando si tratta di interessi sicuramente riferibili a soggetti determinati, o comunque riconducibili ad una sfera spaziale determinata, piuttosto che in casi in cui gli interessi appaiono davvero come « generali » o « sociali » e non sono riferibili che alla collettività nel suo insieme. Questa attitudine potrebbe essere analizzata più in dettaglio, per mettere in evidenza le eredità culturali che in taluni casi spiegano un atteggiamento più aperto; in altri rendono possibile un più accurato bilanciamento degli interessi, proprio perché in tutte le posizioni confliggenti viene riconosciuto un nucleo proprietario; e in altri ancora conducono ad ammettere disparità interne alla categoria degli imprenditori, a cui evidentemente non si riconosce un cemento unificatore forte come quello che tiene insieme la categoria dei proprietari. In tutte queste ipotesi, l'atteggiamento (almeno nelle apparenze) più aperto della Corte (e della cultura giuridica a cui questa si ricollega e dà alimento) è spiegabile con il carattere più limitato dei conflitti in questione, dove l'eventuale sacrificio di un interesse di tipo proprietario non ha come conseguenza il mettere in discussione le regole del gioco dell'intera materia. Dove invece, al di là della specifica occasione, i giudici costituzionali avvertono l'esistenza di un conflitto più generale e profondo, tendono ad irrigidire i criteri di giudizio,

depurando lo stesso testo delle norme costituzionali da tutti quei riferimenti che, attraverso un ampliamento e un approfondimento dell'analisi, renderebbero percepibile all'interno stesso del sistema legislativo (e, per di più, sul piano assai significativo dei principi) l'esistenza di un consistente retroterra non proprietario.

Le molte contraddizioni in cui la giurisprudenza costituzionale italiana s'impiglia, tuttavia, mostrano come quel retroterra non possa essere eliminato e come da esso si sprigioni una forza dialettica di cui bisogna tener conto non solo per identificare le situazioni che via via vanno sottraendosi alla logica proprietaria, o i casi nuovi non riducibili a quest'ultima, ma pure per ritrovare le dimensioni reali dell'ordinamento proprietario dei beni compatibile con l'assetto complessivo dei principi costituzionali di base.

Lecture

Reinhard BRANDT, *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant* (problematata 31), Stuttgart, Verlag Frommann-Holzboog, 1974, 275 S.

Brandt analysiert und belegt jeweils mit ausführlichen Textbeispielen, was Grotius, Cumberland, Locke, Hume, Rousseau und Kant zur Rechtfertigung der Institution des Privateigentums ins Feld geführt haben. Durch die Anerkennung eines Privateigentums erweitert sich der Körper des Eigentümers «in der Rechtswelt in imaginärer Weise über die natürlichen Grenzen hinaus und belegt körperliche Gegenstände mit dem gleichen Tabu, das für seinen Leib gilt; die Person wird in ihrem Recht verletzbar ... » (11). Für alle anderen außer dem Eigentümer endet am Eigentum die Freiheit zum natürlichen Gebrauch von Gegenständen in der Umwelt auf eine «widernatürliche», «skandalöse» Weise, ohne daß diese Grenze hinsichtlich der tatsächlichen Sachherrschaft der sinnlichen Wahrnehmung und hinsichtlich der rechtlichen Zuordnung dem «natürlichen inneren Empfinden» zu entsprechen braucht. Stein des Anstoßes ist dabei für Brandt in erster Linie «die in der Rechtswelt vollzogene unverschämte Negation der Tätigkeit der tatsächlichen Produzenten» (18). Gerade zu dieser Frage sind die Texte aber eigentlich noch nicht besonders ergiebig. Das damit angeschnittene Problem der Lohnarbeit wird zwar von den untersuchten Autoren manchmal unter dem Gesichtspunkt der «specificatio», der nach römischem Recht zweiten naturrechtlichen Erwerbsart neben der «occupatio» erörtert. Manchmal erscheint es auch als ein Problem des «Eigentums» von Menschen an anderen Menschen. Offensichtlich liegen aber den diesem speziellen Aspekt des Eigentumsproblems gewidmeten Ausführungen bei allen Autoren nicht die Probleme zugrunde, die sie als die wirklich bewegenden Probleme ihrer Zeit ansahen.

Die jedenfalls prima facie bestehende «Widernatürlichkeit» des Eigentums macht die philosophische Untersuchung der Frage erforderlich, wie Eigentum überhaupt zu rechtfertigen ist, welche Umstände in der Rechtswelt die als Eigentum bezeichnete rechtliche Verknüpfung eines Gegenstandes mit einer Person zu legitimieren geeignet sind und wie weit schließlich die Befugnisse des Eigentümers reichen. Das Charakteristikum des Rechts ist bei alledem, daß diese Fragen nicht durch freundschaftliches Einvernehmen, aber auch nicht durch Gewalt geregelt werden, sondern jenseits von Freundschaft und Feind-

schaft durch einen mit Macht zu zwingen ausgestatteten Richter, der den durch das Gesetz gewollten Zustand herstellen kann.

Alle von Brandt vorgeführten Theoretiker verteidigen die Einrichtung des Eigentums als ausschließliche Herrschaft über prinzipiell für alle nützliche Dinge auch bei Nichtbestehen physischen Besitzes als ein Gebot der Vernunft. Privateigentum, darüber sind sich alle Quellen mit mehr oder weniger schlechtem Gewissen und mehr oder weniger positiver oder negativer Bewertung einig, ist kein Diebstahl am Gemeineigentum.

Grotius geht bei seiner Eigentumstheorie von einem natürlichen Urzustand mit Gemeineigentum aus. Die Natur selbst hat dann aber zur Aufteilung des Eigentums auf die privaten Eigentümer geführt, wodurch die Befugnis endete, alle Dinge zu gebrauchen, die nicht gerade ein anderer gebrauchte. Und zwar hat sich diese Aufteilung naturgemäß zuerst bei den zum Verbrauch bestimmten Dingen eingestellt, also bei Speise und Trank, dann bei der Kleidung und schließlich auch beim Landbesitz. Dies alles ist unter Übereinstimmung der Menschen erfolgt, also durch Vertrag, wobei auch die Möglichkeit der « occupatio » als auf Vertrag beruhend angesehen wird. So war die Aufteilung zwar naturrechtlich erlaubt und durch den naturrechtlichen Vertragsgedanken legitimiert, moralisch aber doch eher negativ zu bewerten. Ihre Triebkräfte waren das Erkalten der Nächstenliebe, die Neigung zu einer immer mehr verfeinerten Lebensart und menschlicher Ehrgeiz und Gewinnstreben.

Nach Cumberland (*De legibus naturae*, Cambridge 1672) können alle Rechte ihre Rechtfertigung nur daraus herleiten, daß sie notwendige Mittel zur Erreichung des höchsten Gutes sind, des Glücks der größten Menge der Wohlmeinenden (*hominum plurimum meliorumque felicitas*). Dementsprechend ist im Gegensatz zu Grotius also ein moralisch positiv bewertetes Eigentum auch im Naturzustand möglich. Die Staat dient nur der Konsolidierung bereits bestehender Rechtsverhältnisse. Er hat somit im Verhältnis zu der absoluten Funktion, die er bei Hobbes besitzt, hier nur akzessorische Funktion. Das Verlassen des *status naturalis*, des Urkommunismus und die Ermöglichung einer Lebensführung auf der Grundlage privaten Eigentums ist für Cumberland die wesentliche Bedingung eines friedlichen und kultivierten Lebens. Warum aber gerade das Privateigentum die Erreichung der Glückseligkeit (*felicitas*) ermöglicht, bleibt (jedenfalls bei Brandt) unerklärt, obwohl gerade insoweit die einschlägigen Texte Cumberlands einer besonderen Kommentierung bedürften. So, wenn es dort heißt: « Sie (sc. jede vernünftige Lehre) zielt also darauf ab, daß als notwendig erwiesen wird eine Aufteilung der Dinge und der menschlichen Tätigkeiten (können Tätigkeiten also auch Objekt des Eigentums sein?, K.L.) unter alle zum Nutzen aller wenigstens für die Zeit, wo sie einem jeweils nutzen » (Cap. I, § 22, bei Brandt p. 59). Das « als

notwendig erwiesen » ergibt sich dabei aus folgender Überlegung Cumberland: « Es ist völlig klar, daß niemand überhaupt dem Allgemeinwohl dienen kann, wenn er nicht sein Leben, seine Gesundheit und seine Kräfte erhält durch den Gebrauch von Sachen und menschlicher Tätigkeit ... - Die Erhaltung ... der einzelnen Menschen verlangt den getrennten Gebrauch der Sachen und menschlichen Tätigkeit. Also ist eben dieser zur Erhaltung des Ganzen notwendig » (bei Brandt p. 60). Die schwierige Frage der zeitlichen Beschränkung wird dadurch gelöst, daß es dem Menschen eigentümlich sei, für die Zukunft zu sorgen. Deswegen ist auch das Eigentum « fixiert für die Zukunft » - also nach einmal erfolgter Teilung für alle Zeiten vom Gesichtspunkt des Nutzens und der Notwendigkeit für den einzelnen gedeckt (bei Brandt p. 62). Dagegen wird die mindestens ebenso heikle Frage nach der Herrschaft über die menschliche Tätigkeit als Eigentumsrecht, das Recht auf die « Hilfestellung der notwendigen Personen » (bei Brandt p. 64) nicht einmal angeschnitten.

Wer eigentlich gemeint ist, wenn Cumberland von der « felicitas hominum plurium meliorumque » spricht, zeigen folgende bei Brandt abgedruckte Passagen: « Wir wollen nicht viele Worte verlieren über die Güteraufteilung, da jedermann sie schon abgeschlossen vorfindet und sie in der Form, wie sie vorgenommen wurde, offensichtlich dem höchsten Zweck genügt, nämlich der Ehre Gottes und dem Glück aller Menschen ... » (bei Brandt p. 66). - « Denn es ist klar, daß die Teilung der dominia so, wie sie von unsern Ahnen vorgenommen und mit der Zustimmung oder Einwilligung aller Völker und Staaten erhalten wurde, die Geburt und Erhaltung aller einzelnen jetzt Lebenden ermöglichte, zugleich auch die Verwirklichung eines so großen Wohlstandes, wie wir ihn die Menschheit jetzt besitzen sehen ... » - « Weiter ist evident, daß das Glück, das wir auf Grund dieser Teilung genießen ... größer ist als das Glück, daß man ... sich erhoffen kann ... dadurch daß man die etablierten sakralen und profanen Recht umstürzt und versucht, eine neue Teilung der dominia einzuführen ... » (bei Brandt p. 67).

Bei Locke bedarf es im Gegensatz zur Lehre von Grotius und Pufendorf zum Erwerb von Sondereigentum aus dem ursprünglichen Gemeineigentum keines « Vertrages » unter den Menschen. Ursprung des Naturrechts ist für ihn der Schöpfungsakt Gottes. Dieses aus einer schöpferischen Handlung resultierende Recht führt, auf die Menschen übertragen, im Zusammenhang mit Bacons Programm der Unterwerfung der Natur unter die Bedürfnisse des Menschen (das allerdings nicht mit der Vorstellung eines Privateigentums verbunden war) zu einem auf Arbeit beruhenden Individualeigentum.

Bei Locke besteht aber ein Verbot des Erwerbs von Privateigentum an Dingen, die der Bearbeiter nicht gebrauchen kann. Auch darf der Erwerb nicht so weit gehen, daß anderen Menschen die Möglich-

keit des Erwerbs eines gleichen Anteiles genommen wird. Diese letztere Aneignungsschranke ist jedoch aufhebbar, weil sich ihre Aufhebung als ökonomischer erweist als ihre Beibehaltung (85); denn es läßt sich beobachten, daß durch den Mehrerwerb einzelner in der Regel auch der Lebensstandard der Unbegüterten wächst. So hat die Aneignung von großen Landteilen durch wenige die Folge, daß alle größeren Wohlstand erlangen (87). Allerdings führt das dazu, daß im Ergebnis die Unbegüterten ihre physische Arbeit an Gegenständen verrichten, die nicht in ihrem Eigentum stehen.

Diese Situation hat jedoch, wie Brandt meint, auch Locke nicht als ein besonderes Problem empfunden, das einer differenzierten Lösung bedurft hätte (89; vgl. jedoch dazu C. B. MACPHERSON, *The Political Theorie of Possessive Individualism. From Hobbes to Locke*, Oxford 1962, Abschn. V, 2, c, und 3).

Bei Hume ist das Eigentum und Vertrag garantierende Privatrecht die Institution, die verhindert, daß das Besitzstreben der Individuen sich selbst paralyisiert. Das Eigentum beruht darauf, daß der Mensch sein Interesse am Besitz von Gütern nur durch Abstinenz vom Besitz anderer realisieren kann. Und so beruht die Vertragsbindung darauf, daß der Gebundene sieht, daß der Vertragspartner seinen Dienst erwidern wird in Erwartung der Wiederholung eines ähnlichen Dienstes und zur Aufrechterhaltung des Systems wechselseitiger Hilfeleistung. Das Recht dient nicht dem augenblicklichen Scheininteresse einzelner, sondern dem langfristigen Interesse aller. Es wird gestützt durch ein natürliches moralisches Gefühl (moral sense) des Menschen, das auf den allgemeinen Vorteil der Gesellschaft gerichtet ist. Was im Grunde bedeutet, daß das Nützliche als sittlich empfunden wird. Trotzdem ist der Staat erforderlich, um dieses System zu gewährleisten.

Zur Ungleichheit in Bezug auf Besitz und Eigentum sagt Hume nichts. Gerade mit dieser Frage hat sich aber Rousseau beschäftigt. Im Gegensatz zu Locke, der einfach die vorgefundene Verteilung der Güter rechtfertigt, zielt Rousseaus Vorstellung auf eine durch den Staat zu schützende Eigentumsform, bei der alle in möglichst gleicher Weise durch eigene Arbeit für die eigenen Bedürfnisse sorgen können. Nur solange das gewährleistet ist, ist der gesellschaftliche Zustand für den Menschen überhaupt vorteilhaft. Bei Rousseau fehlt also der sonst übliche Optimismus. Eigentumsordnung und Staatsordnung sind notwendige Institutionen, sie sind Recht und nicht bloße Gewalt, aber sie sind nur positives, aus der Not erforderliches Recht und nicht Naturrecht.

Kant schließlich geht bei seinen Eigentumsvorstellungen von der menschlichen Selbstbestimmung aus, die zunächst « Selbstbesitz » des Menschen bedeutet. Damit ist sie aber auch das Fundament des privaten Eigentums: « Die ganze belebte oder unbelebte Natur, die nicht

eigene Willkür hat, ist mein, insofern ich sie zwingen und nach meiner Willkür bewegen kann». Die Erweiterung des Leibes über seine natürlichen Grenzen hinaus geschieht wie bei Locke durch Arbeit. Der Wille unterwirft sich die Dinge durch Arbeit. Hier liegt aber gerade die Problematik: Der Mensch «muß entweder selbst arbeiten oder andere für ihn, und diese Arbeit wird andern soviel von ihrer Glückseligkeit rauben, als er seine eigene über das Mittelmaß steigern will».

Mit dieser «Arbeit für andere» spricht Kant ein Problem an, das nicht eigentlich Eigentumstheorie ist im Sinne der übrigen von Brandt geschilderten Theorien, sondern mehr eine Konsequenz der Überlegungen Kants zu der immer wieder auftauchenden Kardinalfrage, wie der Wille eines Menschen dem Willen eines anderen Menschen unterworfen sein könne. Kant geht es also aus heutiger Perspektive «juristisch» gesehen nicht allein um das Eigentum, sondern um eine generelle Theorie des Vermögens, das körperliche Sachen, die Willkür einer anderen Person und den Zustand einer anderen Person umfaßt.

Die «Willkür einer anderen Person» meint in dieser Aufzählung das Vertragsrecht, wobei sich Kant den Gläubiger einer Leistung gleichsam als Besitzer des Versprechens des Schuldners vorstellt, so mit Grotius die Begründung eines vertraglichen Schuldverhältnisses als Übertragung deutend. Größere Bedeutung, obwohl eigentlich nicht mehr zu einer Eigentumslehre gehörend, hat aber der «Zustand einer Person» als Objekt des Vermögens. Hierzu gehören das Eherecht, die Rechtsbeziehung zwischen Eltern und Kindern und Arbeitsverhältnisse. Die Deutung des Arbeitsverhältnisses mit dem Gesinde als schuldrechtliche Beziehung reicht für Kant nicht aus, da das Gesinde sich nicht wie beim Schuldvertrag lediglich zu einer genau bestimmten Leistung (Übergabe, Handlung) verpflichtet hat. Vielmehr beherrscht der Wille der Eltern und des Hauscherrn als Arbeitgeber beliebige Handlungen der Kinder und Knechte. Für «zur bestimmten Arbeit Gedungene (Handwerker oder Tagelöhner)» (so Kant bei Brandt 197) trifft das allerdings nicht zu (ohne daß die Grenzen zwischen beiden Gruppen deutlich werden). Die geschilderte Form der sachenrechtlichen Herrschaft über andere hat die konkrete Auswirkung, daß «Weib, Kind und Gesinde» keine aktiven Befugnisse im Staate haben. Im übrigen klammert auch Kant die Frage des Zwanges zum Verkauf der eigenen Arbeitskraft aus seiner Rechtslehre aus (200).

Insgesamt bleibt die Darstellung der Eigentumstheorien aller behandelten Philosophen etwas farblos. Es ist zu viel von Prinzipien und Konstruktionen die Rede und zu wenig von Geschichte. Mit den sicher stets geschickt ausgewählten Textbeispielen und ihrer sehr behutsamen und sehr klugen Analyse könnte der Leser des Buches dann wesentlich mehr anfangen, wenn er etwas mehr über Voraussetzungen und Folgen der einzelnen Stellungnahmen zum Eigentumsproblem erführe. Was wurde denn von Fall zu Fall angegriffen oder verteidigt,

kritisiert oder gefördert? Die Bildung der Kolonialreiche durch die Landnahme von Staaten, Compagnien oder durch einzelne Siedler, der Versuch der Beherrschung der Meere, die Enclosures, die Sklavenhaltung, die Beschäftigung von Lohnarbeitern in neuen Industrien, die Gutsuntertänigkeit der Bauern, das Erbrecht des Adels (der Stuarts), der absolute Staat, die französische Revolution, das Vermögensrecht des Preußischen Allgemeinen Landrechts? All diese « geschichtlichen » Grundfragen, die « von Grotius bis Kant » Politik und Recht beherrschten, bleiben bei Brandt unangesprochen. Ein solches Verständnis der Texte lag allerdings zum größten Teil in der Absicht der ausgewählten Autoren, die ja überparteiliche, neutrale, ewige, unanfechtbare, kurz « juristische » Lösungen für die Probleme ihrer Zeit bieten wollten, die sich gerade durch die Abstraktheit als Recht darstellen sollten. Über diese systematische Absicht seiner Quellen hätte sich aber Brandts historische Interpretation erheben sollen. So wie Brandt die Dinge dargestellt hat, ist es vielleicht paradoxerweise gerade die fehlende Bezugnahme auf die längst vergangenen historischen Situationen der Entstehung der geschilderten Theorien, die sein Buch so gegenwartsfern erscheinen lassen. Der Leser, der nicht spürt, was die Welt der von Brandt vorgeführten Rechtstheoretiker bewegt hat, fühlt sich auch selbst nicht bewegt.

KLAUS LUIG

Francesco DE SANCTIS, *Crisi e scienza. Lorenz Stein. Alle origini della scienza sociale*, Napoli, Arte Tipografica, 1974.

Il lavoro di Francesco De Sanctis, dedicato a Lorenz Stein, è, nella sua impostazione e nel suo esito, qualcosa di molto diverso dalla biografia di un autore: non è un 'racconto' storiografico su ciò che ha 'fatto' e 'detto' ('scritto') Stein, non un'analisi globale della produzione intellettuale dello scrittore tedesco nè un uso di Stein come di un centro da cui muovere verso un tentativo di ricostruzione complessiva dell'intelligenza tedesca tra giurisprudenza e sociologia (ma l'uso odierno di questi schemi disciplinari non è probabilmente adeguato). Certamente tutti questi livelli di ricerca sono presenti ed ermeneuticamente indispensabili nel quadro della peculiare operazione storiografica che De Sanctis conduce: ci è offerta, come vedremo, una ricostruzione puntuale, dall'interno, del pensiero steiniano, un'analisi documentata, condotta pazientemente sui testi, senza frettolose generalizzazioni; ci è indicata (ma in termini più — troppo? — sfumati) la condizione economico-sociale ed istituzionale della Germania prima e dopo il '48; infine, è considerato con attenzione l'intrecciarsi degli specifici contributi steiniani con i testi ed i temi della principale giuripubblicistica coeva. Tutto questo, però, non costituisce l'oggetto pri-

mario dell'indagine di De Sanctis, ma semmai lo strumento, necessario, per la comprensione di un problema diverso, che passa attraverso Stein, a cui Stein dà, a parere del nostro autore, un contributo di grande rilievo, ma che ha uno spessore teorico e una capacità di attrazione suoi propri: le « origini della scienza sociale », come specifica De Sanctis nel sottotitolo del suo libro, e Stein vi compare come un punto, e un punto non secondario, di irradiazione di una teoria dello stato e di una politica non già confinate in *Sozialismus und Kommunismus* o nella *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, episodio circoscritto nel teatro della storia delle idee giuridiche, ma destinate a divenire una modalità ' di lungo periodo ' del discorso giuristico fra '800 e '900. L' ' origine ' della teoria socio-giuridica considerata deve essere quindi intesa assai più come *archè* in senso foucaultiano (anche se in De Sanctis è assente ogni appesantimento metodologico-programmatico) che non come ricerca tutta interna ad una catena di concetti lungo la quale, dati gli anelli terminali, risalire pazientemente all'indietro.

In altri termini, De Sanctis esce brillantemente dagli equivoci e dalle *Irrwege* che hanno costituito, per esplicita o implicita scelta di metodo, il punto di caduta di una storiografia (ancor più di una giurisprudenza) fino ad oggi o fino a ieri piuttosto diffusa: una storiografia giuridica che guardava alla cultura del passato cercandovi più le prove di una ininterrotta continuità con il presente che non le differenze e le cesure, e comunque ragionando di queste e di quelle nell'ottica di chi, credendo in una sorta di generazione spontanea di un enunciato giuridico dall'altro, va ricostruendone le genealogie e l'intrinseco, spontaneo sviluppo.

La ricerca di De Sanctis è invece ben diversamente consapevole della specificità storica del contributo steiniano. A cavallo fra le tensioni prequarantottesche e le successive istanze di ' normalizzazione ', Stein viene ad essere direttamente investito dalle lacerazioni caratteristiche della società uscita dalla rivoluzione francese, organizzata intorno all'opposizione fra capitale e lavoro, la società, diciamo con espressione riassuntiva, ' moderna '. È appunto l'incombente presenza, il riverberarsi immediato e totale, delle opposizioni di classe caratteristiche ' moderne ' nei testi dello scrittore tedesco che De Sanctis assume, con rigore dimostrativo e insieme con le sfumature e gli aggiustamenti dovuti alla complessità dell'oggetto, a filo conduttore, a punto di ricostruzione (*archè*, dicevamo) della sua indagine. Il formarsi della sociologia steiniana viene così a essere rappresentato come il costituirsi di un sapere socio-giuridico (come scienza) che risponde, reagisce alla ' modernità ' non già analizzandone settori o problemi particolari e irrelati, ma assumendo senza residui la crisi (l'opposizione di classe) come campo di esercitazione delle proprie procedure analitico-discorsive.

Se questo è l'oggetto intenzionale della produzione steiniana (dove la Francia dei due celebri scritti del 1842 e del 1850 è la classica *fabula* per narrare non solo della Francia, ma anche della Germania e, in generale, della società 'moderna'), i temi che la attraversano si possono ricondurre, secondo la 'ricostruzione del De Sanctis, ad una serie di strategie teoriche che sono imposte dall'oggetto (la società moderna con le sue intrinseche opposizioni di classe) e insieme volte a intervenire su di esso, per controllare e bloccare i possibili esiti dirompenti delle sue lacerazioni. La teoria è quindi anche una politica (o una richiesta di politica) ed è tale in quanto teoria, in quanto, per un verso, si costruisce come sapere 'oggettivante' rispetto ai dati, non scelta di campo ma argomentazione 'disinteressata', ma, per un altro verso, indica, conoscitivamente, una via di uscita dalla crisi, una serie di operazioni, una pratica 'oltre' la opposizione.

La pregnanza politica di questo modo di far teoria non è occultata in una teoria formalistica dello stato, ma è piuttosto circolante dentro le stesse categorie socio-giuridiche steiniane, sociologicamente 'piene', non difensivamente arroccate nelle 'vuote' forme giuridiche, ma non per questo meno selettive e 'tendenziose' verso i dati. È lavorando su questa necessaria doppiezza steiniana che De Sanctis ha buon gioco nell'esercitare la sua decifrazione dei testi dello scrittore tedesco. Il quadro di riferimento di Lorenz Stein è sostanzialmente composto dai principali 'ideologemi' della cultura illuministica: De Sanctis lo ricorda, sobriamente, in più occasioni (p. 89; pp. 166 ss.), ma forse senza troppo insistere sullo spessore, la consistenza di questo comune patrimonio socio-giuridico, diciamo così, post-lockiano. Che pure, mi sembra, costituisce all'incirca tutto ciò che Stein vuol preservare dalla distruzione: la proprietà privata come appropriazione-dominio della natura, il capitale come lavoro accumulato, la necessaria sottoposizione dei non-proprietari ai proprietari, la conseguente gerarchizzazione della società, infine il bisogno, l'interesse (questo centro di gravitazione, ben oltre Bentham, della immaginazione socio-giuridica fra '700 e '800) come l'unico elemento dinamico non distruttivo all'interno della società gerarchizzata; infine, e in certo modo riassuntivamente, l'identificazione della società capitalistica con la 'civiltà'.

Ora, tutto questo patrimonio ideologico, pur richiamato da De Sanctis, è largamente condiviso, ancora in pieno ottocento, da molti inellettuali-giuristi, magari differenziati per formazione culturale e per scelte politiche immediate, ma accomunati nel rispetto di una tradizione ideologico-giuridica che si era venuta formando massicciamente nel corso del secolo precedente. Anche Stein è fedele alle forme e ai valori, in parte espliciti, in parte sottaciuti, del liberalismo classico, ma, insieme, se ne distacca per aspetti non irrilevanti, che sviluppa verso esiti originali, rappresentando così uno 'scarto' rispetto alla 'regola' della tradizione post-lockiana.

Un primo 'scarto' rispetto a quella 'regola' è la percezione della potenzialità distruttiva del proletariato industriale e *insieme* l'approntamento di proposte di controllo come risposta vincente alla crisi: non tanto, si badi bene, è rilevante, come tale, l'idea della distruttività delle *classes dangereuses* verso l'Ordine e la Proprietà (la Civiltà) — luogo ideologico 'classico' —, quanto il tentativo di curvare il dato dell'*opposizione* di classe in proposta di *conciliazione*. Da ciò la costruzione di un sapere che, nel momento in cui concepisce l'opposizione di classe in termini, mi sembra, non molto dissimili dalla tradizione, si propone (e da qui l'origine di *una* scienza sociale) come scienza e tecnica della integrazione: scienza di stabilizzazione, quindi, non di opposizione, per riprendere la distinzione habermasiana fatta propria da De Sanctis.

Coerentemente, la riforma a cui Stein chiama è una modesta (o immodesta) proposta rivolta alle classi dominanti per fugare lo spettro del distruttivo antagonismo proletario. Nasce così quello che mi sembra il secondo 'scarto' rilevante di Stein rispetto alla 'tradizione': l'imputazione allo stato di un ruolo antagonistico nell'opera di integrazione-eliminazione della distruttività (il comunismo come 'movimento reale che abolisce lo stato di cose presenti' è certamente preso sul serio e alla lettera da Stein). E qui si apre, evidentemente, un nodo decisivo, non solo 'dentro' Stein, ma oltre di lui: potremmo interrogarci sull' 'uso' di Stein fra '800 e '900 (De Sanctis parla degli estremi che vanno da Lassalle al « volto sombartiano del nazismo » (p. 126)), ma è certo che al di là della genealogia dei concetti, siamo di fronte ad una di quelle modalità 'di lungo periodo' del discorso socio-giuridico che, pur circolante in innumerevoli, intrecciati test, aspetta ancora, mi sembra, analisi storiografiche adeguate alla sua importanza.

Ora, in Stein, De Sanctis individua alcuni passaggi non secondari di questo labirinto linguistico-concettuale: dal ruolo dello stato di fronte alla opposizione di classe alla riforma come strumento di conciliazione nazionale e, *a contrario*, all'antagonismo come pura distruttività, dalla dissociazione programmatica fra produzione e distribuzione all'amministrazione come capillare cura del singolo individuo (si legga: l'attività dello stato dovrebbe far « suo proprio compito l'esistenza di ogni cittadino » (p. 180); vengono alla mente, per associazione, alcune recenti pagine foucaultiane sulla 'società disciplinare'), all'enfasi metafisica su 'comunità e persona' come compensazione delle inevitabili gerarchie.

Se dunque un simile approccio, prima sommariamente compendiato, al tema dello stato è in Stein, Stein è certamente collocabile 'alle origini': alle origini di un sapere socio-giuridico il cui peso specifico nella 'nostra' storia è lungi dall'essere tutto teoricamente chiarito e politicamente esaurito — e, indirettamente, si ha anche la con-

ferma che, in un contesto siffatto, 'origine' è un'espressione linguistica semanticamente reticente.

Dunque Stein politologo della società industriale, o addirittura profeta della BDR, come pure qualcuno ha finito per sostenere? De Sanctis può usare il primo termine, ma non certo il secondo: proprio perchè l' 'origine' non è attingibile attraverso una immagine retrodatata del presente. Nella lunga rassegna storiografica che precede i capitoli centrali dedicati alla lettura diretta dei testi steiniani, il nostro autore prende le debite distanze da incaute presentificazioni e discute esaurientemente con una storiografia (soprattutto tedesca) ormai abbondantissima (particolarmente equilibrato il giudizio sulla *querelle* intorno al rapporto Stein-Marx). Ciò che comunque rende il libro di De Sanctis un libro 'da leggere' non è la quantità delle informazioni (pure utili e accurate) che esso offre, ma la qualità dell'analisi, precisa, tematicamente ricca e, *last but not least*, stilisticamente brillante.

PIETRO COSTA

R. FEENSTRA, C. J. D. WAAL, *Seventeenth Century Leyden Law Professors and their influence on the development of the civil law. A study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, Amsterdam-Oxford, North Holland Publishing Company, 1975, 124 pp.

This is a book of fine scholarship and quite an extraordinary character. Maybe it will be valued most by librarians, antiquarians and specialists of the history of legal science in the seventeenth century. It is rather a reference work than a book to read for pleasure and for the learned public in general the title might even be a bit misleading. The book is concerned neither with « dogmengeschichte » nor with the history of ideas. It does not present a full intellectual biography of the three famous professors, nor a full analysis of their works. Only very incidentally some of the doctrines on civil law they propounded are discussed at any length. The book may be best compared to what was formerly called « historia litteraria ».

Chapter I summarizes the history of the Leyden law faculty and gives bio-bibliographical data concerning Bronchorst, Vinnius and Johannes Voet. Chapter II gives detailed information concerning the numerous foreign editions of their work, among which there are by the way some truly remarkable specimens. On the basis of this material in chapter III the authors try to assess the influence of their works, adding material from other sources, such as biographies, citations, *rationes studenti* and the like. The book is completed by various indices, which are very useful and indeed indispensable for a book of this character.

No doubt the circulation of books, reprints and pirate editions is a very important source for the study of the academic exchange of learning. And a source, for that matter, which is neglected only too often by students of the history of ideas, of legal science and of university teaching alike. But naturally this source has its limitations, just as any other one. A new impression of a book in some foreign town may indicate that the book was used or at least intended to be used there in the law curriculum. Especially where the place of printing is a university-town, the suggestion is very strong. But hardly ever this fact by itself can be taken as conclusive evidence without corroborative evidence from other sources. Often printers took the initiative, more or less at their own risk, just as editors do nowadays. On the other hand books printed outside a university-town may very well have been intended directly for a neighbouring university. During the sixteenth century for instance, in a period that there was no printer in Louvain, several books were printed in Antwerp.

Furthermore there were in various locations big printing industries which were working for export mainly, much in the same way as the editors specialising in anastatic reprints in our day. In the seventeenth century Amsterdam and Lyon played such a rôle, as well as Leipzig. Many Italian printers in the eighteenth and nineteenth centuries mainly worked for export, apparently because their printing costs must have been extremely low. The authors have not made a systematic study of these aspects of the history of printing and international book distribution.

As far as testimonies of contemporary jurists are concerned, there may be other problems still. I would like to dwell on only one example, the work of A. Maurice (p. 73 v.), who edited an edition of Voet's *Commentaria ad Pandectas* and published in 1841 the wellknown, by now rather scarce «*Table des commentaires de Voet ... analysés dans leurs rapports avec chacun des articles des cinq codes français*». This work may not have been as extraordinary as it seems to us. The introduction of the new codification presented a problem to the jurists of all professions who were trained for and accustomed to the use of the old laws, customs and authorities. To meet this need, besides the table of Maurice there were published several other concordances between the old system and the new codes. I have knowledge of two books of this type, the «*Code civil ... ou conférence du code civil avec les lois anciennes*» by H. J. B. Dard, which appeared for the first time in 1805 and had a third impression in Paris in 1827, and «*Le Code civil annoté*» by Lahaye and others, which appeared in Paris in 1840. Both give references, for every article of the Code civil, to the *Corpus Iuris Civilis*, other laws and customs, as well as to authorities like Pothier, Toullier, Proudhon, Merlin and others. The advertisement of Maurice in favor of Voet, which is cited on page 74 ff.

cannot be taken at its face value in the light of these other concordances with which the table of Maurice had to compete.

There is an immense mass of information stored in this book, in the text as well as in the numerous and often quite extensive footnotes. Needless to say that inevitably there will be some minor flaws too, but they really are hardly worth mentioning. In general the book is a model of philological exactness and it will no doubt find a score of grateful users.

G. C. J. J. VAN DEN BERGH

Natalino IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, Giapichelli, terza edizione, 1976, pp. I-191.

1. Appare, a distanza di due anni dalla seconda del 1974, la terza edizione — a stampa e non più litografata — di questa fortunata Introduzione. Nata per le lezioni propedeutiche, è caratterizzata da una continua ed unitaria speculazione dogmatica, che si ricollega agli insegnamenti (pur diversi) di due maestri della passata generazione — Emilio Betti e Mario Allara — giustamente ricordati nella prefazione alla prima edizione. Introduzione ai concetti, dunque: la relatività storica dei quali concetti, pur affermata nelle prefazioni ed in qualche osservazione marginale (con riferimenti prevalentemente a Riccardo Orestano), scompare in realtà nell'andamento del lavoro, e la scomparsa è giustificata dall'autore in rapporto ad esigenze di continuità « elevando un argine severo contro le effimere mode e le tenaci seduzioni del proprio tempo » (p. 9). Può essere che l'andamento tutto dogmatico del libro venga meno nei suoi sviluppi: a questa prima parte di un più ampio disegno, dedicata all'*oggetto* del diritto privato, ne dovrebbero seguire due, dedicate rispettivamente alla *storia delle metodologie* ed ai *criteri del metodo privatistico* (p. 7). Va detto che nella seconda edizione alcuni spezzoni della seconda parte erano stati inclusi, avendo in quella sede Irti ristampato o anticipato taluni studi storici (su Filomusi Guelfi, su Francesco Ferrara, su « le due scuole del diritto agrario »); in questa terza edizione, però, tali studi sono stati esclusi. In un certo senso la esclusione degli studi storici, quantunque ne risulti una maggiore unitarietà del libro, dispiace, dato che molti — tra cui lo scrivente — ritengono essere quei saggi di Irti tra i più accurati ed illuminanti nella ancora troppo scarsa letteratura sulla cultura giuridica italiana recentissima: il dispiacere sarà attenuato solo quando il promesso secondo volume verrà licenziato. Ma limitiamoci, per ora, a questo primo volume.

2. Il volume si divide in una Premessa (divisa a sua volta in due paragrafi, dedicati alla « duplice accezione del 'diritto privato' » ed

al « carattere propedeutico delle ' istituzioni di diritto privato ' »), ed in tre capitoli.

Il primo capitolo si intitola a « Elemento generico ed elemento specifico della norma giuridica privatistica » (pp. 25-123); esso costituisce la parte principale — oltre che la più lunga — del volume, e su di esso si deve concentrare l'attenzione del lettore. Compariva nella precedente edizione, rispetto alla quale non presenta modificazioni se non formali ed insignificanti.

Il secondo capitolo si intitola a « Il linguaggio delle norme giuridiche privatistiche » (pp. 125-160), ed è integralmente nuovo.

Il terzo capitolo si intitola alla « Classificazione delle norme giuridiche privatistiche » (pp. 161-187), è il più breve, ed era già presente nella seconda edizione.

L'insistenza sull'aggettivo *privatistica*, che nei titoli dei capitoli si aggiunge al sostantivo *norma giuridica*, è — come vedremo subito — scarsamente giustificata ove ci si ponga dal punto di vista dell'autore, anche se per avventura potrebbe giustificarsi ove ci si ponesse dal punto di vista di un determinato tipo di critico dell'atteggiamento di Irti. Ciò sarà immediatamente chiarito, considerando da un lato la Premessa e dall'altro lato la seconda sezione (« L'elemento specifico », paragrafo unico: « Significato attuale del diritto privato ») del capitolo primo.

In apertura di libro Irti indica due accezioni di « diritto privato », l'una avente come riferimento un « insieme di norme giuridiche » e l'altra avente come riferimento il relativo « ramo della scienza giuridica » (p. 19), e propone a guisa di chiarimento che di fronte al « testo della norma » il giurista solo « lentamente » si fa « consapevole della propria autonomia » creandosi « un corpo di nozioni non esplicitamente enunciato nei testi legislativi » (p. 20): il ramo della scienza giuridica che si crea il corpo di nozioni è dunque la scienza del diritto privato, e i « testi della norma o testi legislativi » (per dirla con Irti) costituiscono il diritto privato come insieme di norme. Ma quali testi legislativi costituiscono il diritto *privato*? Secondo Irti il diritto *privato* non può venire caratterizzato con riferimento alla « struttura della norma » perchè tale struttura è sempre la stessa (p. 118), non può venir caratterizzato con riferimento al codice civile perchè comprende « la grande folla delle leggi speciali », ma deve caratterizzarsi — sia pure per fini meramente « didattici » (p. 118) — sul piano « materiale e contenutistico » (p. 118) con riferimento all'uso di « taluni strumenti giuridici » che tradizionalmente sono stati elaborati in sede di diritto privato (119, 120). Si tratta, come si vede, di una caratterizzazione piuttosto timida, che fa riferimento a poco più che a delle abitudini accademiche; come abitudine accademica (oltretutto in via di esaurimento) è quella di affidare all'insegnamento del diritto privato lo svolgimento di nozioni generalissime ed in particolare quello del « pro-

blema della norma giuridica », (p. 21): perchè allora prendere lo spunto dalla osservazione — certamente in parte esatta — che nel secolo XIX il diritto privato esprimeva i valori politici più diffusi attraverso « i principi della proprietà privata e della libera circolazione dei beni, della successione per causa di morte e della obbligatorietà del contratto » ed aveva perciò « carattere costituzionale » (p. 21: ma sul carattere « costituzionale » occorrerebbe precisare), per pervenire con salto logico alla conclusione che il « sistema del diritto privato assume [nel presente] un valore esemplare, è il *modello* che le altre discipline (...) si sforzano di imitare e di riprodurre » (p. 22)? Una caratterizzazione non fondata su ragioni teoriche può essere mantenuta sull'abitudine ma l'abitudine non giustifica sè stessa ed ha anzi bisogno di giustificazioni quando perde l'adesione generale. Una teoria formale della norma giuridica ben può farsi in sede di istituzioni di diritto privato (come in qualunque altra sede accademica giuridica), ma non v'è motivo di chiamarla « teoria della norma giuridica *privatistica* » come fa Irti, se si accettano le premesse esplicitamente dichiarate dallo stesso autore. Invece si potrebbe osservare — da un punto di vista esterno — che quella che Irti propone è una teoria della norma giuridica dal punto di vista di un indirizzo di pensiero che, in Italia, è stato a lungo dominante tra i privatisti: e che perciò si potrebbe parlare piuttosto che di « teoria della norma giuridica privatistica » di « teoria privatistica della norma giuridica ». Ma non anticipiamo, e consideriamo la teoria della norma che Irti ci propone. Diciamo subito, però, che questa teoria — nell'ambito di quelle elaborate dall'indirizzo formalistico della privatistica italiana — è una delle più chiare e cristalline e merita perciò il massimo apprezzamento anche da parte di chi non ne condivide le premesse e le implicite valutazioni, e ne paventa le potenzialità d'impiego.

3. La teoria della norma giuridica è svolta, come si accennava, nella parte centrale del primo capitolo.

La prima tesi è che la « norma giuridica » è una specie del più ampio genere « norma ». Questa tesi non viene dimostrata, ma presupposta. Carattere strutturale della « norma » si assume essere quello di giudizio ipotetico secondo la forma « *Se A, allora B* ». Non viene dimostrata nè menzionata esplicitamente la differenza specifica della « norma » rispetto al genere del « giudizio ipotetico ». Non viene dimostrata poi la differenza specifica della « norma giuridica » rispetto al genere « norma », limitandosi l'autore a negare che la differenza specifica sia costituita dalla coazione. Si conclude che per norme giuridiche si intendono quelle norme umane « riconosciute tali, con un certo grado di stabilità, da una società storicamente data » (pp. 26-30).

La seconda tesi è che la norma giuridica è uno schema di valutazione consistente nell'assumere *A* (una fattispecie) come determinante

della valutazione di *B* come effetto giuridico (pp. 31-40). Secondo questa tesi, lo schema normativo è completamente avulso dallo schema c.d. nomogenetico, cioè dalla valutazione compiuta da chi produce (storicamente) la norma, dallo schema c.d. direttivo, cioè dalla valutazione del destinatario della norma, e dallo schema psicologico, cioè dalla valutazione compiuta da chi « usa » la norma per decidere e/o per risolvere conflitti. Non viene respinta soltanto la tesi imperativistica (la norma come comando) ma anche la tesi precettivistica (la norma come comunicazione linguistica in funzione direttiva o precettiva): « riteniamo » — scrive Irti (p. 45) — « che il rapporto tra norme e comportamento dei consociati non sia necessario alla definizione del diritto obiettivo, il quale si esaurisce nel nesso ipotetico tra un fatto ed un effetto ».

Sulla base di queste premesse, l'autore procede ad una analisi strutturale della norma giuridica secondo le linee seguenti.

Anzitutto l'analisi si dirige al fatto previsto nell'ipotesi normativa. Tale fatto è un fatto *eventuale* di cui la norma offre una *descrizione* che prende il nome di « fattispecie ». Trattandosi di fatti futuri ed eventuali la descrizione non può essere detta — secondo Irti — nè « vera » nè « falsa »; ed è scorretto parlare di una « fattispecie concreta », essendo la fattispecie sempre astratta. Le tecniche di descrizione (legislativa) del fatto, cioè la costruzione (legislativa) della fattispecie è storicamente variabile secondo le tecniche legislative; è abituale nel diritto italiano la selezione di caratteri tipici per descrivere i fatti in modo generalizzante, il combinare fatti che si presentano come autonomi dando luogo a fattispecie complesse, e il collocare in categorie i fatti previsti secondo schemi di classificazione in modo da disporre le fattispecie in relazioni di specie a genere e di eccezione a regola. Se l'effetto di una fattispecie è elemento di una seconda fattispecie, la prima fattispecie è inclusa nella seconda fattispecie; se nella seconda fattispecie è incluso come elemento l'effetto di una classe di fattispecie, ciascuna fattispecie di questa classe realizza la seconda fattispecie. Ciascun membro del tipo di soggetto o del tipo di comportamento che compare in una fattispecie la realizza.

In secondo luogo l'analisi si dirige all'effetto previsto nell'ipotesi normativa. Irti esamina, successivamente, alcune delle figure che abitualmente si indicano come proiezioni soggettive e oggettive della posizione di una norma, e precisamente: l'obbligo, la qualità giuridica, lo stato, il diritto soggettivo, il potere, il diritto potestativo, l'onere, la facoltà. Di queste due sole sono — secondo l'autore — irriducibili analiticamente nei termini di altre figure: l'obbligo ed il diritto soggettivo, di cui l'obbligo discende necessariamente dalla posizione di una norma, ed il diritto soggettivo può discenderne ed è figura eventuale (p. 99). L'obbligo viene definito come « proiezione nel futuro di uno schema normativo di contegno e qualifica di doverosità del con-

teguo coincidente » (p. 59); il diritto soggettivo viene definito come « destinatarietà dell'obbligo » ed « ha soltanto il compito di identificare la persona che, proponendo la domanda, fa sorgere nel giudice il dovere di pronunciare una sentenza sfavorevole all'obbligato » (p. 79). Tutte le altre figure soggettive sarebbero trasposizioni psicologistiche di particolari tecniche di determinazione dell'effetto (critica del psicologismo), e le c.d. qualità giuridiche non sarebbero che simboli per economicamente riassumere lunghe descrizioni di fattispecie o per richiamare disgiuntivamente membri di una classe di fattispecie (critica dell'ontologismo). La categoria del rapporto giuridico altro non è che metafora, nata dall'« esigenza ideologica » di configurare relazioni giuridiche come forma di sottostanti relazioni socio-economiche (critica del sociologismo e dell'economicismo) (pp. 100-104). Il « lecito giuridico » « appare nozione infondata ed empirica » (p. 106).

Come si vede, la teoria generale della norma giuridica che Irti propone a titolo di introduzione (didattica) al diritto (privato) si ispira ad una esigenza di « purezza formale », nel senso che a questa locuzione si era soliti attribuire nella prima metà di questo secolo anche per l'influenza lessicale di Kelsen. Irti, in parte ripercorrendo un sentiero battuto da Allara, intende perseguire questa esigenza di « purezza » anche oltre il punto in cui Kelsen si era fermato, dal momento che considera compromissoria la concezione della norma come imperativo (quantunque « depsicologicizzato » questo si voglia).

A questo punto, l'attenzione del lettore deve essere richiamata sul fondamento di questa esigenza puristica e sulle motivazioni con cui può accreditarsene o screditarsene il perseguimento. Dalle pagine di Irti emerge con sufficiente chiarezza che per l'autore — quantomeno a livello psicologico — l'esigenza di purezza si fonda su di una esigenza ulteriore e primaria, che è quella di distinguere l'attività del giurista da quella del politico del diritto e del critico della legislazione. Questa ulteriore esigenza è certamente rispettabile, e per parte mia non esito a condividerla in certa misura: in quella misura, almeno, che esprime insofferenza per coloro che presentano immediatamente come conclusioni di diritto positivo quelle che sono particolari e personali opinioni (talvolta inarticolate) su ciò che sarebbe bene « il diritto » volesse. Temo, però, che la strada prescelta da Irti sia non solo inidonea a soddisfare a questa ulteriore esigenza, ma sia addirittura ad essa sostanzialmente antinomica. Per mostrare ciò, mi propongo di richiamare (non certo in questa sede di svolgere) alcuni punti, incominciando da quelli di indole più generale.

Primo. È immotivato scientificamente e inopportuno didatticamente identificare *in limine* la nozione di « norma » con quella di « testo legislativo », perchè ciò occulta il dato empirico per cui operatori diversi, in tempi diversi o contemporaneamente, per fini diversi o perseguendo con mezzi diversi gli stessi fini, individuano negli stessi

testi legislativi norme diverse e magari tra loro confliggenti; sotto il profilo didattico, occultare questo significa indurre lo studente a ritenere cervelotiche le controversie tra giuristi, ed a ritenere semplicisticamente discernibili la ragione e il torto anche quando non si tratta di contrapposizioni meramente artificiali.

Secondo. È immotivato scientificamente e inopportuno didatticamente considerare irrilevanti per una non meglio identificata « scienza » del diritto il fatto che chi elabora, chi formula, chi promulga « testi legislativi » persegue fini relativi alla strutturazione della società, alla repressione di comportamenti, ai modi di distribuzione di beni; il fatto che chi conosce « testi legislativi » per decidere, per motivare decisioni, per proporre decisioni, si propone il perseguimento di interessi e si pone in rapporto di collaborazione o di contestazione con tutti o alcuni degli autori dei « testi legislativi ». Sotto il profilo didattico, ciò significa suggerire che le attività connesse al diritto abbiano carattere ludico, e non siano serie e talvolta tragicamente serie.

Terzo. È immotivato scientificamente ed inopportuno didatticamente considerare le c.d. « norme » (più precisamente, i significati che gli operatori attribuiscono o si propone attribuiscono ai « testi legislativi ») solo sotto il profilo nomostatico e non sotto il profilo nomodinamico. Ciò comporta, infatti, una completa obliterazione — ed in una *sede propedeutica!* — dei problemi delle gerarchie normative: gerarchie strutturali, gerarchie di riserva, e soprattutto gerarchie delle fonti (quest'ultima particolarmente rilevante nel diritto civile, data la problematica oggi così viva dell'incidenza del dettato costituzionale sulla disciplina civilistica del codice e delle leggi speciali). È vero che le gerarchie normative sono concettualmente risolubili nello schema nomostatico « Se A, allora B », ma si badi che tutta la problematica delle gerarchie si pone nella realtà storica in termini tali da rendere una considerazione nomostatica assolutamente inutile.

Quarto. Mi sembra inopportuno presentare come metafora (cioè come un traslato) la categoria del rapporto giuridico: la relazione intercorrente tra una disciplina giuridica e le sottostanti relazioni sociali ed economiche è infatti talmente stretta che il prospettare la disciplina giuridica in termini di disciplina di « rapporti » (comunque li si vogliano chiamare) è imprescindibile per la comprensione effettiva — che significa pratica — di qualunque legislazione per lo meno in quei settori in cui il diritto non istituisce le formazioni sociali ma si limita a predisporre forme e schemi a disposizione di soggetti che intendono avvalersene conseguendone così dei vantaggi. Proprio in sede di propedeutica al diritto privato, a mio avviso, la figura concettuale del rapporto giuridico rivela la sua utilità.

Quinto. Le figure concettuali che corrispondono alle qualità giuridiche ed alle posizioni soggettive rispetto a norme sono, non v'è dubbio, da un punto di vista meramente formale, dei simboli riassuntivi

di lunghe descrizioni di fattispecie (come ha efficacemente mostrato Alf Ross). Peraltro si consideri che da un lato tali figure concettuali entrano nei testi legislativi con i nomi corrispondenti, e dall'altro lato le lunghe descrizioni di fattispecie che tali nomi sono chiamati a riassumere sono di solito non univoche e contengono termini indefiniti; ciò comporta che l'utilizzazione dei testi legislativi formulati in termini di qualità giuridiche e di figure soggettive sia *di fatto*, ed anche *giustificatamente*, compiuta *anche* lavorando sui concetti di qualità e di posizione usati nella legge. Occorre perciò, quantomeno, cautela nel suggerire che la problematica giuridica dei concetti è quella della riducibilità di tutti ad uno solo.

Sesto. In particolare, il privilegiare l'obbligo ed il definire il diritto soggettivo in termini di destinatorietà dell'obbligo azionabile significa adottare in sede di teoria preliminare un indirizzo interpretativo destinato poi a gravare, come pesante ipoteca, sull'esegesi legislativa (e senza fornire alcuna giustificazione di ciò). Si ricordi che, nella tradizione concettualistica in cui i nostri operatori vivono, le elaborazioni concettuali di una figura tendono sempre a circoscriverla: le elaborazioni dell'obbligo tendono a circoscrivere gli obblighi, le elaborazioni dei diritti soggettivi tendono a circoscrivere i diritti. Or bene, la descrizione della disciplina giuridica di un rapporto del tipo semplice, con correlazione diritto soggettivo-obbligo, in cui si pensi all'obbligo come centro logico-normativo e al diritto come mera azionabilità (secondo l'indirizzo che le teorizzazioni alla Irti suggeriscono), porterà insensibilmente a circoscrivere l'obbligo da un lato ed a circoscrivere l'azionabilità dall'altro lato, proprio all'opposto di ciò che avverrebbe ponendo a centro logico-normativo il diritto e pensando all'obbligo come responsabilità (secondo indirizzi teorici che costruiscono il diritto come concetto privilegiato, vuoi come signoria, vuoi come interesse tutelato). Nulla vieta di teorizzare in modo da preferire un indirizzo generale interpretativo ad un altro: ma occorre darne le motivazioni, specialmente in sede propedeutica e di didattica al primo livello.

Insomma, va benissimo dolersi della facilità con cui si imputano al diritto positivo preferenze politiche in via immediata e senza motivare, e dichiarare una sana propensione per il rigore; ma va benissimo anche dolersi della facilità con cui le personali preferenze vengono imputate al diritto positivo in via indiretta e tortuosa (anzichè diretta e lineare).

4. Il secondo capitolo dedicato al « linguaggio delle norme » è — come si è accennato — interamente nuovo. Ed è anche, a mio avviso, il più utile rispetto alla funzione propedeutica del libro oltrechè, per taluni aspetti, quello che suscita nel recensore la più massiccia dose di consenso.

L'autore traccia inizialmente, e opportunamente, la distinzione tra linguaggio delle norme (io direi: degli enunciati legislativi) e metalinguaggio, cioè livello del discorso che ha per oggetto il discorso legislativo; nell'ambito del discorso metalinguistico, distingue poi il discorso sul significato della legge dal discorso sull'applicazione della legge. Fatte queste distinzioni, la chiusa del primo paragrafo — secondo cui il linguaggio legislativo « ha a tal segno carattere rigido e sistematico da disciplinare anche l'attività dell'interprete » (p. 129) — è non certo inesatta ma forse bisognosa di qualche precisazione, tanto più che la formulazione seguente (« L'analogia è l'esclusivo strumento di trasformazione del linguaggio oggetto »), priva di precisazioni necessarie come essa è, potrebbe indurre il lettore non troppo versato in problemi di logica in qualche equivoco.

Al livello del metalinguaggio l'autore distingue poi (p. 132) il metalinguaggio « dottrinario » dal metalinguaggio « applicativo »; mediante quest'ultimo i fatti vengono « ridotti a 'casi' o 'esempi' di tipi legislativi »: solo alle proposizioni che appartengono al discorso metalinguistico normativo convengono — afferma Irti — i predicati di « vero » e « falso ». Quest'ultima asserzione si riferisce ad un problema (se le apparenti asserzioni su norme siano effettivamente ricomprese nel linguaggio conoscitivo ovvero se siano riconducibili al linguaggio precettivo) che Irti non tratta esplicitamente: sarebbe stato perciò forse opportuno, in una sede introduttiva, limitarsi a dire che il problema della predicabilità di vero o falso si pone solo per proposizioni metanormative e non per proposizioni normative, e accennare alla propria opinione in tono meno apodittico.

Di grandissimo interesse sono le considerazioni del terzo e del quarto paragrafo, sul lessico legislativo; questo è un tema di notevole rilievo, cui la letteratura giuridica italiana ha dato troppo scarsa attenzione e, anche perciò, le pagine di Irti colmano una lacuna e suscitano aspettative di futuri sviluppi. I problemi trattati sono quelli del rapporto tra lessico comune e lessico legislativo in relazione alle tecniche legislative, del rapporto tra le tecniche della legislazione ed il ruolo del giudice, dell'incidenza della costanza applicativa sulla tecnicizzazione del lessico legislativo, dei rapporti tra gerarchia delle fonti e diversità di tecniche legislative adottate nei diversi livelli (qui, però, si vorrebbe un discorso più approfondito), del carattere classificatorio della nomenclatura adottata dal legislatore italiano, dal problema del valore della nomenclatura legislativa. Su tutti questi problemi le indicazioni — per quanto sobrie — sono chiare e sovente acute.

L'ultimo dei problemi ora accennati prelude ad un problema ulteriore, quello delle definizioni legislative, cui Irti dedica due paragrafi (pp. 150-158). Questo problema — che nella recente letteratura italiana ha avuto una trattazione analitica da parte di Antonio A. Martino, in un volume che avrebbe dovuto venire utilizzato — viene

trattato da Irti in maniera riduzionistica: le definizioni legislative sono *nomi* di definizioni e cioè nomi delle norme che entro ciascun ordinamento il legislatore connette alla nomenclatura prescelta. Si tratta di un riduzionismo a favore del quale militano buone ragioni (ed anche chi scrive è proclive a praticarlo): ciò non dovrebbe tuttavia far omettere almeno un cenno ai problemi relativi alle definizioni transordinamentali (quelle adottate da legislatori diversi nello spazio e nel tempo, talvolta di proposito) che tanti problemi suscitano in sede di interpretazione.

Troppo stringato, o forse tale appare al lettore che ne avrebbe desiderato maggiore sviluppo, è l'ultimo paragrafo di questo secondo capitolo, dedicato a « definizioni ed elencazioni ».

5. Il terzo ed ultimo capitolo è dedicato alla « classificazione delle norme giuridiche privatistiche » e segue in parte schemi tradizionali degli indirizzi formalistici: nessun criterio materiale di classificazione viene ritenuto utilizzabile dalla « scienza del diritto », ma solo criteri formali relativi al fatto, all'effetto giuridico, e alla correlazione tra i due.

Quanto al fatto, Irti ricorda le classificazioni delle norme in: (a) generali e singolari; (b) astratte e concrete; (c) rigide ed elastiche (e scredita l'ultima delle tre).

Quanto all'effetto l'autore ricorda le classificazioni in norme positive e negative e — nuovamente — in generali e singolari ed in astratte e concrete; scredita poi (in quanto basata su di un criterio teleologico) la distinzione tra norme di comportamento e norme di organizzazione, ritenendo al massimo accettabile la considerazione del carattere di investito di funzioni pubbliche dell'obbligato; e scredita (in quanto basata sul criterio della sanzione) la distinzione tra norme primarie e norme secondarie (come evidente, qui Irti prende in considerazione una sola delle molte accezioni di « norma secondaria »). Viene poi ridotta al « modo di composizione della fattispecie » la distinzione tra norme cogenti e norme relative (dispositive o suppletive), distinzione però alla quale Irti — che programmaticamente si preclude ogni considerazione di carattere funzionalistico — concede una attenzione scarsa e, a mio avviso, troppo scarsa.

Quanto alla correlazione fra fattispecie ed effetto giuridico, Irti si richiama alla teoria generale della norma affermata nel primo capitolo per affrontare sotto il profilo dogmatico i problemi posti rispettivamente dagli articoli 1339, 1932 secondo comma, 1374 e 1375 del codice civ. italiano: ed il modo in cui affronta — con notevole chiarezza — tali problemi costituisce un'ulteriore riprova del carattere strumentale rispetto ad intenti dogmatici di quella « teoria generale ».

Il capitolo — ed il libro — si conclude con un paragrafo dedicato alla distinzione tra norme regolari e norme eccezionali: distinzione

che dà luogo a problemi, di cui viene fatto sobrio cenno, senza che l'autore si addentri nei problemi di carattere interpretativo cui — a vari livelli di discorso — tale distinzione dà luogo.

6. La stessa lunghezza dell'analisi che precede, quantunque essa sia ben lontana dal dare conto in modo esauriente del libro, mostra la ricchezza della tematica affrontata da Irti in questa prima parte del suo ampio progetto. L'utilità dell'opera è indubbia, e la fortuna che le ha arriso attraverso tre successive edizioni come strumento didattico del primo corso è certissimamente meritata. A giudizio di chi scrive, tale utilità riguarda particolarmente — come il lettore avrà compreso — il secondo ed il terzo capitolo: ma tale giudizio è forse il frutto di una radicale divergenza d'opinione sulla tesi — implicita nel primo capitolo — in ordine alla natura della scienza giuridica ed intorno al concetto di norma, divergenza a sua volta derivata da diversità di motivazioni del giurista. Se il progetto sarà portato a termine ed Irti ci farà dono della parte della sua introduzione relativa al metodo, i termini reali di questo dissenso potranno trovare chiarimento: credo infatti che, soprattutto in sede di dottrina dell'interpretazione e dell'applicazione, si riflettano, e su quel banco di prova possano misurarsi, le teorie generali della norma. Non potrei concludere su questo parziale dissenso, però, senza aggiungere che raramente ho riscontrato, in una introduzione agli studi giuridici, un nitore di espressione, una chiarezza di concetti, ed una acuta percezione dei problemi (compresi quelli che una prospettiva formalistica induce a tralasciare), pari a quelli di questo libro.

GIOVANNI TARELLO

La formazione storica del diritto moderno in Europa, voll. 3 (a cura di B. Paradisi), Firenze, Olschki, 1977, (*Atti del Terzo Congresso Internazionale della Società italiana di storia del diritto*).

Fa ormai un quarto di secolo da quando Bruno Paradisi indicava nei *Nuovi orizzonti della storia giuridica*, accanto al trasferimento — in pieno corso — del centro di gravitazione della disciplina verso il diritto comune e la storia del diritto internazionale, una direttiva emergente nuova: « all'estremità opposta del lungo corso del tempo l'età delle codificazioni, che già consideriamo come oggetto di osservazione storiografica, appare l'ultima generale sistemazione del diritto che abbia precorso l'età attuale della grande crisi. A quell'età appunto, al di là degli elementi comuni o divergenti, il fatto della codificazione come evento europeo attribuisce unità storiografica » (1953). Dieci anni dopo, in un bilancio di settore sottoposto al primo congresso

della Società degli storici italiani, lo stesso studioso poteva osservare che « vaste aree ancora non dissodate vengono invase a poco a poco dai nuovi coltivatori [...] si lavora sempre più intensamente sui secoli che dal XIV arrivano fino alle codificazioni » (1963). Ancora dieci anni, ed eccoci a un congresso internazionale, il terzo della serie, promosso dalla Società italiana di storia del diritto e dedicato alla *Formazione storica del diritto moderno in Europa* (1973), del quale vedono ora finalmente la luce sotto lo stesso titolo, per gli elegantissimi tipi di Olschki, tre volumi di atti. Sempre il Paradisi, nella relazione introduttiva ai lavori, ha avuto cura di avvertire che non si tratta solo o tanto di una lacuna materiale degli studi, esistendo anzi « una letteratura monografica che è molto più vasta di quanto solitamente non si ritenga da chi non è storico di professione »: quanto piuttosto del terreno di emersione di nuovi indirizzi e metodi storiografici tali da fondare, nella loro convergenza con tutto un nuovo orientarsi della dottrina del diritto positivo verso la storia del diritto moderno, la possibilità di una « nuova epoca della scienza del diritto ». Una storiografia giuridica libera da irretimenti formalistici e filologici, eppur padrona delle categorie della dogmatica e delle tecniche della filologia, capace di pensare il passato del diritto, secondo una nota espressione, fluido come il presente e libero come l'avvenire, nella viva unità cioè del processo storico, sarebbe affluente necessario di una cultura critica del diritto vigente e delle sue realistiche trasformazioni.

In quale misura il tema congressuale cogliesse nel segno stanno a indicarlo già le nuove testate che si sono venute negli ultimi anni ad affiancare alla classica *Rivista di storia del diritto italiano* al tentativo, iniziato dal Calasso, degli *Annali di storia del diritto*, dove già cadeva la limitazione, sentita come convenzionale, all'Italia: da questi stessi *Quaderni fiorentini*, intitolati alla storia del pensiero giuridico moderno, ai tarelliani (e quasi tutti moderni) *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fino (e perfino) ad una recentissima *Rivista di storia del diritto contemporaneo*. Con riscontro puntuale nella didattica universitaria, dove, attraverso i temi dei corsi impartiti in questi anni, si può leggere tutto uno sforzo di saldare, negli interessi dei giovani, la storia del diritto romano e degli ordinamenti medievali con lo studio dei vari rami del diritto vigente, proprio lavorando a ricostruire l'anello che tuttora manca alla grande catena, e ciò non meno ad opera di giuristi positivi attenti alla storia che di storici del diritto professionali.

Questa tendenza (in qualche modo parallela a un movimento che, ad esempio, nelle università americane più prestigiose vede in pieno sviluppo la bipartizione dei classici insegnamenti di *Legal History*, incentrati sulla formazione del *Common Law*, in una *English Legal History*, corrispondente nell'insieme al contenuto dei corsi tradizionali, e una *American Legal History*, dall'età coloniale al *New Deal* roosevel-

tiano all'incirca, nella quale si è poi affermata una metodologia di ascendenze weberiane) ha avuto una sua parziale consacrazione anche negli ordinamenti didattici. In tre università almeno, fra le quali Padova, si professa così la *Storia del diritto* (con o senza il predicato *italiano*) *moderno e contemporaneo*, mentre la riforma delle facoltà di scienze politiche ha offerto una base all'introduzione, avvenuta con una certa larghezza, di corsi di *Storia delle costituzioni*, di *Storia della codificazione* e di *Storia della pubblica amministrazione*. Quanto alle facoltà di giurisprudenza, più di una articolazione completa di corsi, soprattutto dove ne sono impartiti in parallelo due-tre, prefigura l'attuazione di una proposta di Paradisi che, mentre nel 1946, parallelamente al Bognetti, suggeriva per la cattedra la nuova denominazione *Storia del diritto medievale e moderno*, con ciò rimuovendo già il limite nazionale, al convegno degli storici del diritto del 1966 avrebbe chiesto, insieme con il Cassandro e non senza vivi contrasti, due cattedre distinte, una per la *Storia del diritto medievale*, e l'altra per la *Storia del diritto moderno*: articolazione questa che si ritrova, da ultimo, nell'ordinamento rinnovato della scuola di perfezionamento in storia del diritto annessa alla facoltà giuridica romana.

Se l'attualità del tema non abbisogna di ulteriore argomentazione, quali concrete direttive di lavoro emergono da queste più che millecinquecento pagine di atti è una domanda alla quale nessuna recensione, per quanto estesa, potrebbe rispondere adeguatamente, così riuscito è l'assunto di mostrare come, da una piattaforma europea, sia possibile meglio illuminare singoli temi di storia giuridica nazionale, piuttosto che dissolverli nelle generalità di una storia « continentale » onnicomprensiva, e di riunire saggi di utilizzazione puntuale di una prospettiva storico-comparativa. Fondamenta e frane in profondità, linee di resistenza e gallerie di collegamento egualmente insospettite si rivelano a chi cerchi di affondare lo sguardo nell'imprevisto sottosuolo storico del lavoro di chi attende, ad esempio, alla faticosa ricerca della cosiddetta « armonizzazione » legislativa fra i paesi dell'area comunitaria attuale e di quella in via di imminente definizione. Grandi ricapitolazioni di temi, rassegne della produzione scientifica recente e meno recente, spaccati monografici, proposte di lavoro nuove si alternano nei contributi di studiosi, che in non pochi casi (e fra questi si distinguono gli italiani) si sono misurati con la storia giuridica di altre *partes Europae*, e quasi sempre danno prova di una apertura verso orizzonti 'comparativi' che, libera da certo meccanicismo descrittivo pur corrente, contiene forse, nelle cose, la migliore lezione di questo congresso.

L'indice finale degli atti, che presenta qualche lacuna (non certo ascrivibile a scarsa pazienza del curatore e dell'editore) rispetto al programma originario dei lavori, offre già una sorta di mappa delle università rappresentate: da Vienna e Salisburgo austriache a Madrid,

Salamanca e Pamplona spagnole; da Varsavia e Cracovia polacche a Londra, Cambridge, Newcastle on Tyne ed Edinburgo inglesi; da Friburgo, Francoforte e Monaco germaniche (alle quali è da aggiungere, con un gruppo di professori e ricercatori, la *Max-Planck-Stiftung für europäische Rechtsgeschichte*) a Groninga e Leida nei Paesi Bassi; dalla Sorbona (con il C.N.R.S. e con la Corte d'Appello di Parigi) ad Atene, a molte facoltà giuridiche, politiche e letterarie italiane. Non offre, invece, un impossibile panorama completo di risultati, di tendenze, di « problematiche »: e tuttavia, come si cercherà di accennare esemplificando, ne accoglie un inventario così ampio, da legittimarsi quale primo e insostituibile strumento di orientamento per chi intenda, come si è detto, muovere da una piattaforma europea all'attacco di singoli temi di storia giuridica moderna. Nonostante, poi, la riconoscibile posizione metodologica del curatore, nessuna unilateralità è dato rinvenire nella scelta dei temi o degli studiosi chiamati a illustrarli: ed anche per questa via si torna a respirare nell'aria chiara e trasparente alla ragione di quella cultura scientifica europea che nell'equilibrio critico ed espositivo ha il suo primo e irriducibile denominatore.

Più che opportunamente, né i lavori fiorentini né l'ordinamento degli atti hanno dato luogo a singole sezioni nazionali. Tutta una serie di relazioni su singoli temi o istituti, del resto, ha avuto taglio storico-comparativo, con particolare insistenza su vicende comuni o concomitanti dell'area centrale dell'Europa occidentale: Francia, Paesi Bassi, paesi germanici, Italia. Così, e necessariamente, per le sintesi di storia culturale, da quella (Bobbio) delle alternative fra un « modello aristotelico » e un « modello giusnaturalista » del diritto naturale, fino alla loro ricomposizione — e dissoluzione — nel sistema hegeliano dell'eticità, incentrato sulla triade famiglia-società civile-Stato, a quella (Thieme) dei rapporti storici fra diritto naturale e diritto romano, scandito dalle grandi formule di Hugo (« il diritto romano è il nostro diritto naturale ») dello Jhering (« con il diritto romano, oltre il diritto romano ») e dell'autore stesso (« dal diritto naturale romano, cristiano e germanico, a un diritto privato comune europeo »); o ancora, se Pothier è il padre del *Code civil*, « kein Pothier ohne Daguesseau, kein Daguesseau ohne Domat, kein Domat ohne Bourjon ». Ma così anche per le grandi sintesi sulla codificazione, dal movimento europeo dei secoli XVI-XVII (Coing) al retroterra storico-culturale e istituzionale europeo dei codici italiani dell'800 e fino alle tendenze alla pubblicizzazione del '900 (Astuti), fino al tema dell'equità nei quattro grandi codici civili dell'800, napoleonico, ABGB, BGB, codice federale svizzero delle obbligazioni (Sójka-Zielinska). Così, infine, per una serie di temi cosiddetti di settore, quasi tutti invece di grandissimo momento: le tecniche dialettico-retoriche da Lorenzo Valla a Giulio Pace da Berriga, attraverso un complesso periplo culturale europeo (Vasoli), il diritto romano nel sistema delle fonti dei diritti continentali nel XVIII

secolo (Luig), la libertà contrattuale nel diritto inglese, francese e prussiano moderni (Grimm), la formazione del diritto del lavoro da Bartolo alla prima rivoluzione industriale (Mayer Maly), la pubblicità delle procedure in Francia e in Italia prima e dopo la grande Rivoluzione (Vigoriti), l'obbligo di motivazione delle sentenze nei *philosophes*, negli illuministi italiani e nei codici germanici (Taruffo), un'ipotesi di periodizzazione per la desiderata storia comparativa del processo civile inglese e continentale (Van Caenegem); e ancora, il quasi-contratto del *Common law* di fronte agli sviluppi della responsabilità extracontrattuale nella classificazione delle fonti delle obbligazioni dai quattro codici europei dell'800, già ricordati, all'art. 1373 del codice civile italiano del 1942 (Cannata); l'evoluzione dal «quasi-delitto» in diritto romano alla responsabilità civile nei codici moderni, fino a quello polacco del 1964 (Wolodkiewicz); quella della clausola *rebus sic stantibus* dal giusnaturalismo alla pandettistica e ai codici europei (Beck-Mannagetta) o dell'enfiteusi nel sistema dei diritti reali, dai postglossatori ai codici moderni (Feenstra); la funzione di un diritto europeo in ordine alla nazionalità dei cittadini di territori oggetto di annessione, fino ai trattati di pace seguiti alle due guerre mondiali del nostro secolo (Szelechter). Benché affrontato di scorcio in alcune tra queste relazioni, e più compiutamente in quella di Astuti, può peraltro sorprendere l'assenza di un tema: quello della rivoluzione francese, «centro strategico della storia giuridica moderna», come lo designava Pound nelle sue *Interpretations in Legal History*. Due soli studiosi italiani hanno, semmai, dedicato considerazione specifica a capitoli minori ma assai interessanti del ciclo rivoluzionario-napoleonico nella penisola: il processo di costituzionalizzazione della Repubblica ligure, nei suoi aspetti di originalità rispetto ai modelli francesi (Da Passano), e le società commerciali, con speciale riguardo alle anonime ed alle alterne soluzioni date al problema della loro assoggettabilità ad autorizzazione governativa (Padoa Schioppa). Ma il centro di gravitazione dei lavori congressuali si collocava, propriamente, nell'età moderna, facendo battere l'accento, quanto all'Italia, sul recupero ad una piena storicizzazione giuridica degli ultimi due secoli di essa, e sottoponendo a vaglio critico, come si vedrà, la formula dell'età di decadenza: sicché viene a collocarsi in posizione isolata e del tutto eccezionale l'ampio studio del Tarello sul trapasso dalla tradizione esegetica italiana della «procedura civile» ai sistemi del «diritto processuale civile», fino ai progetti postbellici fra il 1919 e il 1926, ricollegati all'antagonismo fra Chiovena e Mortara ed alla sfuggente dialettica fra le soluzioni elaborate nel precedente periodo e le nuove esigenze politiche di regime.

Anche a voler seguire il filo di singoli, ipotetici, raggruppamenti nazionali, l'apertura europea ed il taglio comparativo emergono con sicurezza, a cominciare dalle influenze veneziane e genovesi sul diritto commerciale greco, rilevate nel periodo della dominazione ottomana

(Gofas) e dal profilo delle idee di codificazione in Polonia dal XVI secolo alla Dieta del 1776, condotto con speciale riguardo alla critica del diritto penale e alle suggestioni in essa operanti dell'Europa dei « lumi » (Malinowska). Ma lo stesso può dirsi per gli studi dedicati all'area francese, dove a un'organica ricapitolazione di quelli dedicati dal Piano Mortari alla grande giurisprudenza del XVI secolo, con netta attenuazione della tradizionale contrapposizione fra *mos italicus* e *mos gallicus*, porgono conferme un saggio monografico (Foisil) su Charondas le Caron, con forte enfasi sulla volontà sovrana che si afferma regolatrice del rapporto fra legge e consuetudini, ed un profilo (Reulos) del contributo della giurisprudenza umanistica all'unificazione del diritto francese fra Cinquecento e Seicento, dalla generazione di Budé a quella di Dumoulin. Lievemente e forse solo a prima vista diversa la direttiva di chi (Gaudemet) assegna il ruolo di forza motrice decisiva dell'unificazione giuridica francese ai giuristi, attraverso l'elaborazione progressiva di una piattaforma di *droit commun coutumier*, ed alla magistratura dei « Parlamenti », soprattutto attraverso gli *arrêts de règlement* e l'uso calcolato degli strumenti concettuali romanistici: gli uni e gli altri per trovare un punto di arrocco dal quale, nell'*impasse* del potere sovrano che si scontrava in molteplici limiti, costituzionali e di fatto, ad una piena esplicazione di attività legislativa, sostenere egualmente la lotta volta a superare i tenacissimi particolarismi locali. Ma che l'idea di Stato, per usare questa ormai arcaica espressione, operi piuttosto dal vertice ufficiale di uno Stato o da settori variamente periferici della sua organizzazione, ciò sposta i punti di applicazione piuttosto che la direzione centrale di un processo storico: e si può far ricorso a idee variamente complesse dello Stato.

Alquanto distaccato da questo filone, e riconducibile semmai a quello dei contributi italiani alla conoscenza dell'età dell'illuminismo è quello (Rebuffa) sull'apporto del pensiero fisiocratico alla moderna definizione della figura dell'*entrepreneur*, ancorata non alle responsabilità organizzative o alla funzione innovatrice, ma all'immissione del capitale mobiliare che rende produttive altre ricchezze, nel quadro della più corrente equazione fra *ordre naturel* e modello di sistema economico.

Fra gli studi di argomento inglese e scozzese risalta, sulla linea più sopra indicata, il profilo (Stein) del lungo dialogo fra la cultura giuridica di *common law* e le culture giuridiche continentali, illustrando le successive influenze di Montesquieu, di Helvétius, della Scuola storica tedesca e della Pandettistica, la quale ultima sarà segnatamente chiamata a fornire gli stampi concettuali per una sistemazione del *common law* che lo renda « esportabile » e suscettibile di insegnamento metodico nei domini indiani; analogamente, in tema di *error in persona* ed *error in substantia*, altri (Thomas) ricostruisce con finezza la fortuna di una citazione di Pothier nelle corti britanniche. Profili speciali,

non senza frequenti richiami e scorci comparativi, sono quelli del diritto scozzese in età moderna (Watson), del rapporto fra *equity* e *law* nella storia giuridica inglese, con progressiva incorporazione in questa dei risultati consolidati di quella (Heath), del rapporto parallelo fra « legge » e « diritto » dal Medio evo all'età moderna in Inghilterra (Kieralfy) e degli aspetti dottrinali e sociologici dello sviluppo delle nullità contrattuali (Routledge).

Una più stretta complementarità intercorre fra gli studi del gruppo spagnolo, che riguardano sia la madrepatria, sia l'America latina, sia i diritti regionali, sia il rapporto con il diritto canonico. La grande linea della (tuttora incompiuta) unificazione giuridica spagnola attraverso l'età moderna e fino alla *Novissima Recopilación* del 1805 (Garcia y Garcia) e da questa, attraverso i principi sulla codificazione affermati nelle costituzioni di Bajona e di Cadice e le vicissitudini del secolo XIX fino alla « Legge delle basi » con la sua particolarissima tecnica di delegazione legislativa, dalla quale uscirà il codice civile spagnolo del 1888 (Gibert) è ricostruita in due studi, ai quali fanno corona un quadro generale del diritto ispano-americano o « indiano » (Garcia Gallo) nei secoli XVI-XVIII, strumento d'indagine sulle condizioni giuridiche e materiali della massa india, e base delle rivendicazioni indipendentistiche del XIX secolo contro la madre patria; nonché i profili del regionalismo giuridico nella Spagna moderna, barriera contro gli *afrancesados*, e in particolare degli elementi romanistici in quello di Navarra (D'Ors), e delle vicende della formula *motiva sunt pars sententiae* nel diritto aragonese (Scholz). Un'analisi a parte, condotta prevalentemente su testi spagnoli, riguarda gli scambi fra diritto canonico e diritto secolare (Prosdocimi).

Ultima, ma non meno importante si presenta l'area germanica, per la quale va forse ricordato per primo il grande quadro della pandettistica disegnato da Giovanni Pugliese ponendo in valore sia le ascendenze donelliane, sia le premesse politico-ideologiche compendiabili nel liberalismo economico, sia il peculiare rapporto germanico fra *Juristenrecht* e autoritarismo politico sia, infine, l'influenza esercitata dalla Pandettistica stessa, piuttosto sui civilisti che non sui romanisti italiani verso la fine secolo. Alle sistematiche giuridiche germaniche, del XVI secolo però, e collocando al centro del quadro i giuristi dell'area renana è dedicato un altro studio italiano (Mazzacane), tutto sul filo di una insistita polemica contro le trasposizioni in sede storica di certo rapsodismo giuridico contemporaneo: quando invece il sistema può proporsi come sforzo verso una « ipotesi generale di lettura della società civile » condotto da giuristi e cogli strumenti propri della scienza giuridica, fino a rivendicare per una cultura ed un ceto determinati il « compito di unificare ed egemonizzare un'epoca » ed una classe sociale: per la qual via la vicenda dottrinale che si svolge fra Zasio e Vultejo, l'importanza del quale ultimo nella formazione del Vico è

qui richiamata, viene assunta quale *test* di un possibile modo di storicizzazione della giurisprudenza dommatica. Un terzo ampio quadro di dottrine è quello della *Methodenlehre* nel XIX secolo in Germania, incentrato (Dilcher) sulla scienza giuridica del positivismo e sulle sue implicazioni più generali di filosofia sociale e politica, mentre per grandi vette di pensiero, anche distanti nel tempo, procede un altro saggio (Erler) sulla *necessitas* come perentoria forza d'impulso delle grandi trasformazioni del diritto.

Come si colloca, nel quadro fin qui così rapidamente riassunto, il contributo offerto in questa occasione da italiani e stranieri alla conoscenza del nostro diritto, ed a quali nuove ipotesi e direttrici di lavoro può dirsi abbia dato luogo? Alcuni lavori concernenti l'età napoleonica e, poi, il primo Novecento sono stati già ricordati, sicché è possibile concentrare ora l'esame sull'età moderna nel senso più stretto e tradizionale, disponendo gli altri (non numerosissimi, del resto) lungo tre grandi filoni: storia del processo, soprattutto penale, e delle magistrature; interpretazioni dell'età dell'illuminismo; nuove direzioni di lavoro (Cozzi, Gorla, Ranieri).

Venendo ai saggi di argomento italiano dovuti a italiani, subito si osserva che uno solo (Tarello, sui meno immediati precedenti del vigente codice di procedura civile e sul grande duello fra Chiovenda e Mortara) può dirsi di storia contemporanea, mentre il gruppo più nutrito (Astuti, Cavanna, Petronio, Padoa Schioppa) riguarda appunto la codificazione. Proprio in questa rivista (cfr. Ungari, «Saggi recenti in tema di codificazioni: ragguaglio», n. 2, 1973, pp. 778-787) si era rinviato «ad altro numero dei *Quaderni fiorentini* un rendiconto e un bilancio critico di quanto il congresso abbia potuto dire sull'età della codificazione, ed in particolare sul periodo napoleonico», accennando peraltro al nuovo movimento degli studi negli anni sessanta ed al fatto che «centro di gravitazione di questi nuovi interessi non poteva non essere il fenomeno della codificazione, inteso nel suo senso più ampio e non circoscritto ai codici di diritto privato». In ogni caso, si anticipava, quel congresso «ha offerto tra l'altro una precisa misura del rapido invecchiamento dell'immagine di una storiografia giuridica italiana tutta ancorata, se non all'alto medioevo ed alle annose questioni intorno alle origini di questo o quell'istituto, certamente ancora al diritto comune classico, con fortunate ma isolate avventure verso il tempo dell'umanesimo giuridico e la sua *renovatio* della giurisprudenza».

Vero è che, a non contare i giuristi positivi con le loro non di rado acutissime scorribande storiche, e a non contare lo stesso Gioele Solari e, più in qua nel tempo, filosofi del diritto come M. A. Cattaneo o Frosini, già allora la lista degli assaggi, degli scavi e delle edizioni in qualche modo pertinenti al processo ideale e pratico della codificazione non era brevissima. Da un Salvioi, un Donati, un Tarello, un Roberti,

un Leicht, si veniva a *Consolidazioni e codificazioni* di Viora e a Visconti, Vaccari, Astuti, alle esplorazioni sul Settecento giuridico di Piano Mortari e Ajello con specifico riferimento ai codici, e poi di Berlinguer (Luigi), D'Amelio Caracciolo, Pecorella, Ghisalberti; e ancora, nei primi anni settanta, alle edizioni e ai lavori di Berlinguer sui tentativi di codificazione commerciale nel Regno Italico, di Peruzzi su quelli per un codice civile della Repubblica italiana, di Feola su Donato Tommasi e la legislazione nelle Due Sicilie.

Chi scrive si ripromette di offrire qualche elemento per un « bilancio critico » di questo movimento, bilancio non circoscrivibile alle relazioni e comunicazioni del congresso fiorentino, nella nota di appendice alla prelezione letta salendo la nuova cattedra di « Storia del diritto italiano moderno e contemporaneo », istituita ad iniziativa di Gaetano Cozzi, Ennio Di Nolfo e Guido Lucatello nell'ateneo padovano. Ma già si può prevedere che offriranno materia di dibattito le conclusioni dell'ampia sintesi dell'Astuti sulla *Codificazione del diritto civile* dai secoli XVII-XVIII al codice nazionale italiano del 1865 e poi, con accenni al BGB germanico e al codice federale svizzero, fino al movimento critico del « socialismo giuridico » ed alla « alluvione di leggi speciali ». « Che rimane ormai dell'idea fondamentale della codificazione, come riduzione del sistema normativo ad un ordinato e compendioso testo di norme, organicamente articolate in modo conciso e preciso, fisso e immutabile? » (p. 883). C'è un punto di contatto con la visione paradisiaca dell'età dei codici come ultima « età organica » del diritto europeo continentale prima di quella nostra, della grave crisi: e ancora in questa rivista (*Per la storia della idea di codice*, « Quaderni fiorentini » n. 3, 1974?) si è tentato di suggerire una parziale risposta sul terreno del residuo significato costituzionale dei codici civili, quale legge fondamentale comune a tutti i cittadini di uno Stato che, incorporando un principio di eguaglianza, non sembra scalfibile per questa parte da legiferazioni locali.

Ma di ciò, e delle *legum leges*, ad altra occasione. Vale intanto registrare, anche per le fruttuose esplorazioni negli archivi condotte dai tre studiosi della giovane generazione, i saggi « lombardi » sul *Nuovo piano per la pratica civile e criminale dello Stato di Milano* (senatori Santucci e G. Verri, 1768) di Ugo Petronio, su un inedito progetto di codice penale (1791-1792) comparato con le contemporanee elaborazioni toscane e viennesi da Adriano Cavanna, e sulle società commerciali nei progetti di codificazione del Regno Italico (1806-1807) studiati, con pubblicazione, in questa parte, dei successivi testi da Antonio Padoa Schioppa. In effetti, solo l'ampio piano di pubblicazione dei lavori preparatori dei codici italiani preunitari avviato dal Consiglio Nazionale delle Ricerche, del resto preceduto dalle citate edizioni di Peruzzi, Berlinguer e Padoa Schioppa, consentirà un vero esame e valutazione d'insieme, previi gli opportuni raffronti compa-

rativi, del movimento italiano di codificazione nei suoi tipici atteggiamenti di fronte ai modelli europei: fredericiano, austriaco e soprattutto francese.

Variamente connesso con il tema appena richiamato è anche il grande « disegno storico-comparativo », offerto allo sbocco di suoi lunghi studii da Gino Gorla, sui *Tribunali supremi degli Stati italiani, fra i secoli XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*. Ricondurre al centro dell'attenzione, per l'Italia prerivoluzionaria e, poi, per quella preunitaria, il *Juristenrecht* delle grandi corti rispetto al *Professorenrecht* delle Università o anche dei pubblicisti è certo la via aspra ed erta, ma regia per « intendere la storia delle codificazioni dei vari Stati italiani e di quello unitario del secolo XIX [...] e ciò non soltanto per le codificazioni, ma in genere per le leggi unificatrici di diritto privato e pubblico (pp. 460-461). Il Gorla offre un saldo filo per la selezione e valutazione dello sterminato ammasso di fonti, e di quanto in esso abbia valore di *nova interpretatio*, altamente creativa, rispetto alle posizioni consolidate nei secoli precedenti, seguendo in materia il gran detto del Cardinal De Luca a fine Seicento: ormai Accursio, Azzone, Cino, Bartolo, Baldo, D'Andrea « de facili a quolibet novitio sollicitatore (ut vulgo dicitur) ponerentur in sacco... Talis est temporum ac mundi rerum vicissitudo » (*Theatrum, De iudiciis*, cit., a p. 487). Per quali vie tali *novae interpretationes* convergano verso una sorta di preunificazione giuridica interna ai singoli Stati, nonché verso un certo grado di armonizzazione delle soluzioni giurisprudenziali da Stato a Stato italiano, è storia della quale sono qui proposte solo alcune linee di tendenza e anticipazioni. Sufficienti, in ogni caso, a riconsiderare le conclusioni ultranegative del pur minutissimo esame consacrato da G. Pansini alle vicende della Rota fiorentina fra il 1502, anno della sua istituzione sotto il nome di Consiglio di giustizia, e il 1722, per non restar irretiti nella dicotomia fra gli « ottimi giureconsulti », e le loro « molto apprezzate raccolte di decisioni », e una cattiva giustizia, cioè, par di cogliere, una infamia dottamente presentata e abbigliata.

Un analogo e, per quanto minore, non meno suggestivo taglio « trasversale » della storia giuridica italiana moderna è quello offerto da Filippo Ranieri, dell'Istituto Max Planck di Francoforte, per quanto riguarda le vere e proprie « recezioni » dottrinali e giurisprudenziali delle quali può essere spia indicativa il vasto complesso di traduzioni di opere germaniche, soprattutto per il primo punto, e di commentari e repertori francesi, soprattutto per il secondo. La ricognizione di questo lavoro estesa alle riviste giuridiche che nel primo Ottocento vengono per la prima volta a caratterizzare il paesaggio accademico e forense italiano, e rapidamente approfondita fino al livello delle tecniche di traduzione impiegate, è operata dal Ranieri in misura

ridotta, ma con sicuro intuito di ciò che simili scavi potrebbero rivelare. Si potrebbe anzi aggiungere la « recezione » di dati parlamentari anglo-francesi, che viene a retroagire sullo Statuto albertino, operando tutta una serie di vere e proprie modificazioni tacite rese possibili dal suo connotato tecnico non tanto di flessibilità, quanto di elasticità: via fra le più promettenti ad una storia costituzionale non formalistica, ma neppure atecnica, del Regno d'Italia, dalle Assemblee subalpine fino alla stessa Camera dei Fasci e delle Corporazioni.

Ci limitiamo invece a citare, non potendo discorrerne in questa sede con l'ampiezza che meriterebbero, il saggio mirabile su giustizia e politica nella Venezia seicentesca di Gaetano Cozzi (assai opportunamente collocato a fianco del quadro della scienza penalistica europea dal Cinquecento all'Ottocento tratteggiato dal Marongiu) e quello vivacemente critico non meno di certe neoteriche facilità marxistiche in tema di illuminismo giuridico che della formalistica tradizione storiografica sull'ultimo diritto comune offerto da Raffaele Ajello, che aggiunge poi un contributo sull'*Esperienza giuridica di C. A. Broggia*. Arrestandoci qui, perché i due studi aprono, e non con prologhi in cielo, un discorso sul metodo della storia giuridica e propongono ad essa un bagno di realismo (se il termine non fosse così diffamato, a causa di certi cultori, da noi) sociologico, sul quale converrà dover tornare in sede diversa) da quella di una presentazione-recensione, e *funditus*.

PAOLO UNGARI

Aldo MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, Liguori, 1976, pp. 152.

È la seconda edizione accresciuta di uno studio apparso, presso lo stesso editore, nel 1974. L'autore si propone di mostrare il condizionamento ideologico — come oggi si dice — del nesso posto tra storia e sistema nella giurisprudenza tedesca dell'Ottocento, e innanzitutto nell'opera del suo massimo esponente. La stessa valutazione delle sistemazioni umanistiche, là offerta, risponderebbe alla collocazione dei giuristi della scuola storica nel contrasto degli interessi economici. La « vocazione per la legislazione », che Savigny negava nell'opera celebre, si vide sostituita dalla « vocazione per la sistematica », in un modo e con significati che Walter Wilhelm ha disegnato in un'opera limpida e fortunata, alla quale in parte si ispirano queste pagine di Mazzacane. E questa vocazione al sistema rappresenterebbe la risposta teorica ai problemi sollevati dalla crisi politica e sociale del tempo. Gli avvenimenti rivoluzionari, i mutamenti sociali, chiedevano collaborazione ai giuristi interessati al mantenimento del vecchio ordine. « Appunto rispetto a questa crisi, i concetti di certezza e di sistematicità

del diritto cominciavano ad apparire come elementi necessari per uscire dal caos della vita giuridica e come elementi, ad un tempo, tra loro inscindibili. Si trattava certo di valori legati in maniera strumentale agli interessi di ceti dei giuristi, al mantenimento dei privilegi dell'interprete, cui di fatto era consegnata la gestione effettiva dell'ordinamento» (p. 11). Le radicalizzazioni giacobine spingevano il cauto liberalismo degli intellettuali tedeschi «verso una concezione del diritto e dello Stato che fosse in grado principalmente di garantire la borghesia sia dal ritorno di un regime senz'altro assolutistico, sia dai pericoli della rivoluzione democratica» (p. 13). Il discorso, quindi, si allarga alla natura dello storicismo savignyano: «uno storicismo» — scrive Mazzacane — «cui mancava sostanzialmente una teoria effettiva della processualità del mondo storico» (p. 29); ove «l'ideale è di un movimento in cui la storia si riduce a natura e le trasformazioni appaiono impercettibili, come nel naturale andamento delle cose» (*ibidem*). Nella stessa pagina, è citato il passo seguente: «il passato si trasforma in valore, sia pure da riscoprire mediante un discorso sulle sue 'fonti' metodologicamente nuovo, ed il punto di riferimento che compare per la prima volta — il 'popolo' —, spogliato di ogni determinazione storico-sociale concreta, diventa niente altro che il soggetto (in certo senso *a priori*) fondante e depositario di una continuità passato/presente, in cui il passato, elevato (e ridotto) a valore, libera dall' 'arbitrio' del presente solo perché, in effetti, lo giustifica» (da: SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in *Democrazia e diritto*, 1973, pp. 74-77).

Altrove, l'Autore scrive che «un discorso attento» meriterebbero «le osservazioni critiche di Hegel a Savigny ed alla Scuola storica, poco o punto utilizzate <...> per una corretta ricostruzione delle posizioni di Savigny e dei loro referenti concreti, culturali e materiali» (p. 57); e scrive cosa assai giusta e convincente. Cosa meno giusta e convincente egli scrive quando, nella stessa pagina, trova «illuminanti le espressioni del Marx giovanissimo, nella lettera al padre del 10 novembre 1837», con riguardo ai limiti del metodo giuridico dei suoi tempi; o quando afferma che «l'approfondimento del rapporto Schelling-Savigny-Ranke potrebbe utilmente contribuire a definire la continuità di un pensiero storico-metafisico, strutturalmente conservatore, nato durante la Restaurazione e capace di attraversare tutto il secolo (spingendosi anche oltre: si pensi in Italia a un Volpe) in modo parallelo ed indipendente rispetto alle sorti dell'hegelismo» (p. 56).

Si è citato con un'ampiezza che potrebbe apparire sproporzionata alle dimensioni del saggio; e le citazioni potrebbero continuare a lungo, per offrire altre affermazioni, altrettanto meritevoli di discussione; ma se si facesse così si scriverebbe, o si riscriverebbe, un saggio diverso. Meritava però citare con ampiezza, perché questo lavoro di Mazzacane è una analisi ideologica della scienza giuridica, particolarmente

significativa perché applicata a un momento in cui lo studio del diritto ha raggiunto il massimo di scambio con la cultura del tempo; e quindi offre motivo per osservazioni che vanno al di là dell'occasione presente e delle pagine intelligenti e documentate di Mazzacane, per investire un metodo e un indirizzo. Tutti sanno quale fosse la cultura dell'età di Savigny; Mazzacane stesso fa vari nomi: Herder, Kant, Hegel, Goethe, Ranke, e altri ancora. I giuristi di quel tempo, Hugo, Savigny, Puchta (ma è ben noto che l'operazione è compiuta da altri per le varie parti dell'*orbis intellectualis*), sono strappati da quella cultura ed esaminati come rappresentanti di una classe, di cui curano gli interessi nel campo del diritto. Diciamo che sono strappati da quella cultura, perché, anche se essa è citata, o nota, o letta (è il caso di Mazzacane, che è padrone dei suoi argomenti, dei suoi testi e della letteratura critica), lo schema è poi invariabilmente ripetuto e applicabile a qualsiasi ambiente; e quel che va bene per Ranke va bene per Volpe, quel che va bene per Savigny va bene per un giurista di oggi. Stabilita la collocazione politica di un autore, gli strumenti concettuali dell'analisi ideologica possono entrare in funzione, *mutatis nominibus*. Se ne ha una riprova nella struttura stessa del saggio di Mazzacane. Le pagine del testo sono di impronta più astratta; le pagine delle note sono un'ampia, informatissima, ragionata rassegna di posizioni dottrinali e della letteratura sull'argomento (segue una buona scelta di testi di Savigny). Non sarebbe stato meglio se Mazzacane avesse esposte le sue convinzioni in unico contesto, citando autori e testi, di allora e di oggi, esemplificando, e documentando le singole affermazioni, ma mostrando nascere — se è possibile — le costruzioni teoriche dalle lotte economico-politiche? Altrimenti, questo ricongiungimento di posizioni sovrastrutturali a posizioni strutturali — per usare la terminologia marxistica — rimane artificioso e non riesce a convincere. Chi scrive queste riflessioni, pensa che considerare Kant o Savigny, Goethe o Ranke, come difensori di interessi di questo o di quel gruppo o sottogruppo, sia un'impresa al cui pregio poco conferisce l'esser oggi largamente diffusa; ma pensa che il coltivarla imponga lo sforzo di ripercorrere, con una ricerca scrupolosissima delle sfumature, tutti gli anelli e le mediazioni culturali dei condizionamenti affermati. Per esempio, non c'è dubbio che sia meritevole di esame la polemica di Hegel con la scuola storica. Ma proprio Hegel accusava Savigny (ingiustamente; e il saggio di Mazzacane ne è una conferma) di ignorare « la sistemazione, cioè l'elevamento all'universale », in cui egli vedeva « la spinta infinita del momento » (HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 211, *Zusatz*; trad. Messineo). Non si pone allora il problema di ricostruire, nell'ambito della cultura del tempo, la specificità e le radici teoriche del sistematismo di Savigny? E quanto al valore politico del riferimento al concetto di popolo nella cultura romantica tedesca, crediamo che pure lo studioso marxista (magari sulle orme di Lukács)

potrebbe esaminare, distinguere, anche apprezzare: da Savigny ai Grimm, a Brentano e Arnim, ai *Lieder* di Schubert, il panorama del tempo ne risulterebbe assai variegato, e degno che lo studioso marxista si immerga, vivendola, in quella mirabile sovrastruttura, se così gli piace chiamarla.

GIULIANO MARINI

Projet du Code civil de la République Romaine (1798), edito con una introduzione di F. RANIERI, Frankfurt am Main, Klostermann, 1976, in 8°, pp. 114. S.p.

Segnalato dal Bouvier (in *La Révolution française. Revue historique*, 63, 1912, p. 455) e dal Caron (in *Manuel pratique pour l'étude de la Révolution française*, Nouvelle édit., Paris, 1947, p. 172), questo progetto viene finalmente offerto all'attenzione degli studiosi da Filippo Ranieri. Si tratta di un contributo assai interessante sia per la ricostruzione della vicenda della « giacobina » repubblica romana del 1798-1799, sia, soprattutto, per la migliore conoscenza di quei contenuti normativi del *droit intermédiaire* che in Italia come in Francia hanno costituito il riflesso istituzionale delle conquiste della Rivoluzione.

Come è noto, grazie soprattutto agli studi compiuti nel tempo dal Dufour (*Le régime jacobin en Italie. Etude sur la république romaine*, Paris, 1900), dal Giuntella (*La giacobina repubblica romana*, in *Arch. della Soc. rom. di Storia patria*, 73, 1950) e dal Battaglini (*Le istituzioni di Roma giacobina: 1798-1799: Studi ed appunti*, Milano, 1971), la classe dirigente « giacobina » poté esercitare, per la costante ingerenza del comando militare francese e dei commissari civili inviati dal Direttorio di Parigi, una sovranità notevolmente limitata sul territorio romano, per cui, oltre la costituzione di quella repubblica, persino la legislazione destinata a regolamentare la vita della società civile fu redatta frequentemente dai francesi. Questi si sostituirono così ad un Corpo legislativo i cui verbali in corso di edizione per merito del Giuntella (*Assemblee della Repubblica Romana: 1798-99*, vol. I, Bologna, 1954, e vol. II, Roma, 1977, in *Accad. Naz. dei Lincei. Atti delle Assemblee costituzionali italiane dal Medioevo al 1831*) ne rivelano la mancanza di funzionalità, l'inefficienza e addirittura una notevole dose di incapacità politica dovute in parte all'inesperienza ed alla demagogia dominante l'animo di molti suoi componenti. In questa situazione era chiaro, pertanto, che il margine di discrezionalità goduto dalle autorità francesi fosse larghissimo e che, proprio mentre in Francia era assai diffusa la consapevolezza dell'opportunità di giungere alla redazione definitiva dell'intera codificazione privatistica, taluno potesse pensare alla preparazione di un progetto di codice civile anche per

la appena sorta repubblica romana, la cui vita dipendeva interamente dalla volontà del governo di Parigi.

Nelle altre repubbliche italiane del triennio « giacobino », malgrado fosse stata spesso sottolineata dalle locali classi dirigenti l'opportunità di procedere alla codificazione del diritto privato e nonostante qualche timido passo in quella direzione, non si era mai giunti alla definitiva stesura di un progetto di codice civile ed il discorso codicistico era restato ancora abbastanza lontano dalla effettiva fase operativa, come è stato ampiamente documentato per la Cispadana e per la Cisalpina dal Peruzzi (*Progetto e vicende di un codice civile della Repubblica italiana: 1802-1805*, Milano, 1971). E ciò rende ancora più interessante il progetto di Codice civile della Repubblica romana che resta così una delle più notevoli testimonianze delle istanze codicistiche maturate prima dell'emanazione del *Code Napoléon*. Autori del progetto erano stati i Commissari civili inviati dal Direttorio di Parigi col compito di dar vita al governo provvisorio della Repubblica romana, redigerne la costituzione e promuoverne l'attività legislativa le cui basi essenziali dovevano naturalmente fondarsi sui modelli sperimentati in Francia. Questi Commissari operavano sotto la guida del Daunou alla cui preparazione culturale e giuridica ed alla cui esperienza si deve probabilmente la effettiva stesura del progetto, il cui testo, peraltro, era inserito tra le sue carte (*Papiers Daunou*, in *Bibl. Naz. de Paris, Nouvelles acquisitions françaises*, 21892).

Personaggio di notevole levatura il Daunou aveva aderito alla Rivoluzione partecipando attivamente alle sue vicende e diventando deputato alla Convenzione ove si era distinto per le sue idee moderate, soprattutto quando vi si discusse il progetto della costituzione dell'anno III (1795) al quale dedicò notevole impegno qualificandosi come un esperto conoscitore dei problemi istituzionali. Al Godechot (*Les commissaires aux armées sous le Directoire. Contribution à l'étude des rapports entre les pouvoirs civils et militaires*, Paris, 1941, t. II, p. 19) il Daunou appare più come un teorico astratto che come un pratico di affari pubblici ma, evidentemente nella Parigi post-termidoriana così non doveva essere considerato date le attribuzioni di ordine politico che il Direttorio gli aveva conferito, e visti i riconoscimenti che reiteratamente vi ebbe. Tecnico della normazione non soltanto pubblicistica, era stato richiesto della sua opera sia per collaborare alla redazione dei testi costituzionali delle repubbliche batava ed elvetica, sia per la stesura di testi legislativi importanti. Ed in questo contesto deve valutarsi la sua opera di estensore del Progetto di Codice civile della repubblica romana.

Data la formazione culturale, l'ideologia e la carica ricoperta dal suo principale autore, questo progetto per la repubblica romana sembrava naturalmente fondato, e per lo schema e per molti suoi contenuti sul terzo progetto di codice civile predisposto dal Cambacérès

per la Francia, l'ultimo, cioè, della serie che l'insigne politico e giurista d'oltr'Alpe aveva redatto e che si trovava allora all'esame del Consiglio dei Cinquecento. Il testo romano era, quindi, in linea con le idee dominanti a Parigi e che i patrioti delle diverse repubbliche mostravano di massima di condividere sulla necessità che i vari ordinamenti statali trasformati o creati dalla rivoluzione in Europa imitassero più o meno da presso la costituzione, la normazione e gli istituti civili di Francia. Non era, infatti, pensabile che il Daunou e gli altri commissari inviati a Roma dal Direttorio, con la loro redazione, potessero eccessivamente discostarsi dalle direttive del governo di Parigi e dal modello codicistico che la Francia avrebbe dovuto adottare tanto più che, già nella stesura della costituzione della repubblica romana, il paradigma era stato offerto dal testo francese dell'anno III (1795) allora in vigore. Esempio questo peraltro comune a molti altri offerti sul piano giuridico ed istituzionale dalle diverse repubbliche alleate o satelliti della Francia che recepirono od adottarono costituzioni, norme ed istituti elaborati a Parigi od imitanti quelli ivi vigenti.

Ed è stato proprio questo adeguarsi ai principi ed alle norme adottate od in via di adozione oltr'Alpe che ha fatto sostenere a parecchi studiosi, come il Guyot (*Du Directoire au Consulat: les transitions*, in *Revue historique*, 1912, p. I e segg.), lo stesso Giuntella (premessa ad *Assemblee della Repubblica romana*, vol. I, p. LX) e lo Zaghi (*Dalla democrazia direttoriale all'autoritarismo consolare in Francia e nelle Repubbliche vassalle*, in *Rassegna storica del Risorgimento*, 1966, fasc. I e II) che gli ordinamenti delle piccole repubbliche sorte per iniziativa del Direttorio sarebbero stati il teatro della sperimentazione di una larga serie di istituti destinati a segnare le tappe di quel processo evolutivo che vide la progressiva e graduale modificazione del regime francese dalla costituzione direttoriale dell'anno III (1795) a quella consolare dell'anno VIII (1799).

Il Ranieri, analizzando la genesi ed il contenuto del progetto di codice civile della repubblica romana sembra far propria questa tesi estendendola nella sua impostazione dal terreno del diritto pubblico e delle istituzioni politiche sul quale era stata formulata a quello delle fonti normative e della legislazione. Il progetto di codice civile per la repubblica romana si inquadrebbe chiaramente nell'evoluzione delle tendenze politico-legislative in atto allora a Parigi e rifletterebbe da presso un momento di transizione tra quello del Cambacérès allora all'esame del Corpo legislativo ed il successivo dell'anno VIII (1799) riflettente le nuove istanze del regime autoritario desideroso di dar un determinato assetto alla società francese. In realtà il problema è assai complesso: se sul terreno più dichiaratamente politico-costituzionale sembra problematico considerare i mutamenti avvenuti nelle repubbliche alleate o vassalle come tappa dello svolgimento del regime

francese e se sembra pure estremamente ardua la ricerca dei fondamenti del regime consolare sorto il 18 brumaio nelle basi che il Direttorio avrebbe posto con le sue tendenze autoritarie e col suo costante ricorrere a mezzi di governo ed a procedure eccezionali, anche sul piano delle fonti normative e della legislazione civile nasce qualche perplessità nell'accogliere del tutto una tesi analoga.

E ciò per due ordini di motivi: in primo luogo perchè dall'analisi del testo si nota in modo estremamente chiaro la preoccupazione dominante i suoi estensori di renderlo il più possibile aderente alle esigenze della società romana, ancora tanto distante per idee e sviluppo civile da quella d'oltr'Alpe; secondariamente, poi, perchè il progetto di codice civile romano si palesa tanto diverso da quelli elaborati successivamente a Parigi da non poter troppo facilmente essere definito una tappa di quel processo di codificazione destinato a produrre infine il *Code Napoléon*.

Le norme civilistiche predisposte per la repubblica romana, distaccandosi in parecchi punti e non solo marginalmente dal modello costituito dal terzo progetto del Cambacérès, costituiscono una implicita conferma dello sforzo del Daunou e degli altri commissari civili francesi, operanti evidentemente in contatto con gli esponenti del giacobinismo romano, di fronteggiare le peculiari esigenze dei territori e delle popolazioni già soggette al potere temporale dei papi. Questa sensibilizzazione dei loro autori, quindi, fa meditare sulla tesi troppo spesso ripetuta acriticamente della passività della rivoluzione « giacobina » nella penisola proclive a recepire senza discutere il diritto pubblico e privato elaborato oltr'Alpe. Se, infatti, per far fronte alle esigenze ed alle attese degli esponenti della rivoluzione romana i redattori francesi del progetto di codice civile mostrarono di tenere nel massimo conto la peculiare realtà sociale dei territori ex-pontifici al punto di discostarsi, e non solo in misura marginale, dall'archetipo predisposto dal Cambacérès per la Francia, l'influenza esercitata sul Daunou e sui Commissari del Direttorio dalla classe dirigente locale doveva essere notevole e comunque tale da smentire almeno in parte l'immagine di un giacobinismo romano passivo e supinamente disposto ad accettare tutto ciò che fosse stato deciso a Parigi.

L'analisi del testo mostra infatti le sue notevoli differenze con il terzo progetto del Cambacérès: si tratta di differenze di carattere sia formale, ossia inerenti all'articolato ed alla struttura del testo, ridotto a soli 528 articoli contro i 1104 di quello in corso di esame davanti al Consiglio dei Cinquecento, sia sostanziale, ovvero relative alla disciplina normativa degli istituti ed a particolari contenuti. Formalmente parrebbe che il Daunou fosse mosso dalla preoccupazione di giungere ad una maggiore semplificazione dell'intera materia del diritto privato e che, quindi, la riduzione operata nel numero dei titoli e degli articoli nei quali erano ripartiti i tre libri *des personnes, des biens* e

des obligations potesse rispondere a quelle esigenze di brevità e di chiarezza postulate dalla ideologia rivoluzionaria e particolarmente sentite in una società non troppo elevata culturalmente come era quella romana. Le stesse modificazioni linguistiche apportate dalla formulazione romana rispetto all'archetipo francese e che tendevano a facilitare con la lettura l'interpretazione e l'applicazione del testo, sembravano giustificate dalla consapevolezza delle concrete necessità dell'ambiente cui erano destinate, tanto diverso dalla società d'oltr'Alpe.

Sul piano sostanziale il Progetto di codice romano appare maggiormente originale per le soluzioni normative che adotta nei primi due libri: nel terzo, invece, ancorchè lo abbrevi notevolmente, segue pedissequamente il modello del Cambacérés. Tra le norme che evidentemente riflettono le preoccupazioni emergenti dalla conoscenza tutt'altro che indiretta della particolare situazione romana, quelle sui registri parrocchiali, assimilati a quelli civili nella determinazione e nella prova dello stato delle persone (art. 16-17); quella sulla manomorta ecclesiastica particolarmente incidente nella realtà economica delle antiche provincie pontificie (art. 257) e che sembra collocarsi a lato di quelle tendenti ad attuare una certa limitazione della proprietà privata in nome del bene pubblico, esteso e giuridicamente rafforzato rispetto al privato. Di ciò è prova ad esempio il potere sancito per lo Stato di sfruttare a fini di utilità collettiva miniere e cave site nel fondo di un proprietario, anche indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo (art. 197-198). Norme queste che evidentemente riflettono le istanze più avanzate di taluni gruppi radicaleggianti del giacobinismo romano desiderosi di un più accentuato impegno sociale dei legislatori. Assenti invece nel progetto due cause di scioglimento del matrimonio previste per la Francia dal Cambacérés, e cioè la morte civile ed il divorzio. Nella consapevolezza della reazione e dell'opposizione che i due istituti avrebbero suscitato nella popolazione romana i cui sentimenti religiosi erano costante fonte di preoccupazione per i rivoluzionari, si preferì non farne menzione nel testo, forse pensando, in una visione gradualistica, che al divorzio si sarebbe giunti successivamente. Naturalmente a questo il progetto del Daunou sostituiva la separazione personale dei coniugi (art. 174 e segg.) accompagnandola con una vasta serie di disposizioni a tutela dei figli minori.

A questi esempi altri se ne potrebbero aggiungere per dimostrare la varietà e l'originalità di certe soluzioni normative proposte. Ma soprattutto va rivelato come una cautela politica, dovuta sia ad una visione realistica delle cose sia ad un disegno gradualistico, sembri aver determinato il comportamento dei redattori del progetto di codice romano nella loro opera per molti aspetti distante dall'architettura sistematica e dai contenuti normativi del disegno del Cambacérés; a questo i commissari francesi avevano naturalmente guardato per ispirarsi ma necessariamente se ne erano dovuti discostare perchè

in larga misura condizionati dal complesso ed articolato ambiente del « giacobinismo » romano e dalla realtà sociale della repubblica nella quale operavano.

L'utilissima edizione del testo offertaci oggi dal Ranieri contribuisce ancor più, quindi, a farci comprendere la complessità della situazione del triennio rivoluzionario italiano le cui vicende storico-giuridiche adesso cominciano ad essere studiate non solo dal punto di vista del diritto pubblico ma anche da quello delle fonti normative.

CARLO GHISALBERTI

Giacomo RONCORONI, *La legislazione penale ticinese dal 1816 al 1873 (con particolare riguardo al Codice del 25 gennaio 1873)*, Pisa, Pacini, 1975, pp. 333.

Questo libro del giovane studioso svizzero possiede più di un requisito che valga a richiamare l'attenzione del lettore italiano: dello storico del diritto penale, in particolare, e del penalista *tout court*. La sua lettura, intanto, potrebbe suscitare l'interesse di chi si fa esponente di un generale orientamento metodologico che anche nella storiografia italiana va oggi salutarmente manifestandosi, sia pure allo stadio nascente: un orientamento volto a superare la tradizionale polarità 'italianista' degli oggetti di indagine ed indirizzato quindi a dimensioni europeistiche e comparatistiche della storia del diritto. Ma anche chi si accosti al volume del R. restando entro i limiti di una prospettiva italo-centrica può cogliervi apprezzabili dati informativi e concreti spunti di riflessione. Nella forzata logica di questa angolazione, se mai, lo svolgimento del diritto penale ticinese dell'Ottocento potrebbe per certi aspetti apparire addirittura una sorta di 'capitolo' extravagante di storia della scienza penalistica italiana: non fosse altro perchè le particolari vicende storiche della legislazione criminale del Canton Ticino culminano nel bel codice del 1873, testo direttamente e massicciamente influenzato dal pensiero di Francesco Carrara e in generale dalle teorie scientifiche che ispirano taluni progetti italiani precedenti il codice Zanardelli.

Il lavoro del R. ha un'intelaiatura molto semplice. Si divide in tre parti, dedicate rispettivamente: a) ad un esame del codice penale ticinese del 1816 e ad un'analisi delle tappe più importanti nell'attività legislativa del Cantone fino al 1873, con una parallela individuazione delle tendenze generali manifestantisi nella politica criminalistica cantonale in questo sessantennio (pp. 9-132); b) allo svolgersi del dibattito sulla pena di morte nel Ticino, dal 1817 fino al trionfo dell'idea abolizionista nel 1871 (pp. 133-177): problema politico e ideologico

centrale che anche qui, come nell'Italia degli anni sessanta dell'Ottocento, si presenta inestricabilmente e pregiudizialmente connesso alla questione stessa di un rinnovamento della legislazione penale; c) ad una storia esterna ed interna del codice del 1873, prodotto finale di quasi un secolo di intensa esperienza legislativa e di lenta evoluzione della cultura giuridica penalistica nel Ticino (pp. 178-289).

La promulgazione del codice penale del 1816 costituisce il punto di partenza dell'indagine del R. Questo termine *a quo* ha una sua logica, perchè tale codificazione rappresenta la prima unificazione del diritto penale ticinese e quindi il definitivo superamento del particolarismo giuridico cantonale sul terreno dei delitti e delle pene: una data storica, dunque, che conclude una plurisecolare tradizione di pluralismo statutario e consuetudinario e dà inizio anche nel Ticino ad una promettente infanzia dell'attività legislativa in senso moderno.

L'analisi che l'Autore dedica ai caratteri formali e sostanziali del testo del 1816 (che, nella sua portata storica complessiva, è indubbiamente un buon codice) è volutamente sintetica, ma sufficiente ad evidenziarne le più importanti soluzioni tecniche, dottrinali e ideologiche nonchè i pregi sostanziali e i più cospicui difetti di fattura. Fra i caratteri preminenti del codice, ad esempio, emerge la tipica tendenza liberal-garantistica ad una rigorosa limitazione del potere discrezionale del giudice, la quale spiega la eccessiva minuziosità casuistica nella disciplina dei singoli reati, il macchinoso e talvolta impacciante sistema della comminazione della pena in gradi, la particolare complessità delle distinzioni e suddistinzioni nell'indicazione delle circostanze aggravanti e attenuanti. V'è da tener conto, d'altro lato, anche della spiccata vocazione umanitaria del legislatore, che, nonostante un ricorso alla pena di morte piuttosto massiccio, inclina a scelte tipicamente progressiste: ad esempio l'assoluta esclusione delle pene corporali, la commisurazione della multa al patrimonio del condannato, la limitazione di ogni effetto delle pene infamanti alla sola persona del colpevole, l'accoglimento della riabilitazione, la valutazione della irrepressibilità della precedente condotta ai fini della commutazione in multa dei minimi gradi di detenzione.

L'economia del lavoro non permette al R. di approfondire il problema della individuazione dei modelli dottrinali e legislativi che possono aver esercitato una particolare influenza nella costruzione di questo rispettabile monumento originario della storia della codificazione ticinese. Il R. si limita così a segnalare le opinioni di autori come l'Orelli, il Temme, il Pfenninger, contrastanti nel valutare la « misura in cui i vari modelli » (e principalmente i tre grandi codici napoleonico, austriaco e bavarese) « avrebbero influenzato il codice penale ticinese ». Questi cenni del R. ben si prestano a suggerire al lettore un quesito interessante: nel codice del 1816 operarono indubbiamente (e autonomamente) anche influssi del diritto penale comune di provenienza ita-

liana, influssi che paiono particolarmente evidenti, ad esempio, nelle teorizzazioni distintive su cui si basa la disciplina del tentativo. Ma quale ne fu la portata? La presenza, fra gli artefici della codificazione, del penalista milanese Giuseppe Marocco (opportunosamente menzionato dal R.) potrebbe spiegare molto in proposito.

In ogni caso, nel testo del 1816 è già attiva in partenza quella che sarà anche in seguito una costante tendenza non solo della codificazione penale ticinese, ma in genere della codificazione dei vari cantoni svizzeri nell'Ottocento e infine del lungo processo di elaborazione scientifica che si conclude col prestigioso codice penale federale del 1937: la tendenza del legislatore elvetico a razionalizzare le proprie istituzioni penali su base 'comparata', attraverso una meditata assimilazione e reinterpretazione delle categorie scientifiche di diversa provenienza europea.

Pur escludendo dai propri obbiettivi un diretto esame della prassi giurisprudenziale generatasi sulle basi del codice del 1816, l'indagine del R. mette egualmente in luce, per altre vie, come quest'ultimo non abbia avuto una vita facile nella realtà sociale ticinese: un po' per talune sue indiscutibili carenze nel contenuto oggettivo e nell'impianto sistematico e un po' perchè entrò in vigore in un paese materialmente privo di una organizzazione carceraria modernamente adeguata al nuovo apparato delle sanzioni detentive. Ma, soprattutto, ciò che provocò un diffuso malcontento nell'opinione pubblica e reazioni di una certa asprezza negli ambienti della magistratura penale ticinese fu la convinzione che le norme del codice fossero eccessivamente miti e tali da far prevedere, per la loro non realistica indulgenza, un pericoloso rialzo del tasso di criminalità nel Cantone. Dal confronto con il rigore dei vecchi Statuti il nuovo codice, agli occhi di larga parte della società ticinese, usciva perdente. L'esame delle osservazioni critiche inviate al Consiglio di Stato dai vari Tribunali distrettuali mostra che l'unanime reazione conservatrice del ceto giudiziario, con largo appoggio negli strati tradizionalisti della cittadinanza, era improntata soprattutto al timore — tipicamente svizzero — che precetti scarsamente intimidatori tramutassero il Cantone in una sorta di allettante luogo di soggiorno per vagabondi e delinquenti stranieri, con disastrose conseguenze per la sicurezza personale e patrimoniale dei Ticinesi.

In questo clima, e a pochi mesi dall'entrata in vigore del codice, sollecitata da petizioni delle Municipalità, da pareri dei tribunali e da conformi messaggi del Consiglio di Stato, il Gran Consiglio del Ticino mise in moto un'intensa attività legislativa di ritocco e di integrazione in senso autoritario del testo del 1816, attività legislativa che non può non definirsi terroristica. Tra le varie leggi ricordate dal R. (notevoli quelle, persecutorie, contro vagabondi, evasi e malfattori stranieri) si distinguono per l'illiberalità ed il carattere brutalmente severo delle misure sanzionatorie i cento articoli della c.d. *ferrea ri-*

forma del 1822, volta a tramutare il sistema di pene del codice in un arsenale poliziesco e repressivo dotato di esemplare durezza. Sul dichiarato presupposto di voler abbandonare gli utopistici caratteri di moderatezza umanitaria del codice, la *ferrea riforma* ampliava con rigore esagerato l'area di incidenza della pena di morte, della pena dei ferri a vita, della berlina, del bando ed istituiva il pressochè generale aumento di grado o di qualità delle pene detentive. La disciplina del codice veniva così privata del suo fondamentale principio ispiratore, quello della funzione educatrice della pena.

Ma gli effetti di questi poco illuminati e poco ponderati inasprimenti erano destinati a non durare a lungo. Ben presto, come mette in luce il R., le stesse coscienze dei giudici si trovarono a dover fare i conti con il disagio morale creato dalla sproporzionata severità del codice riformato. Il Gran Consiglio da parte sua dovette farsi interprete di una specie di 'crisi di rigetto' che regolarmente non mancò di manifestarsi nell'opinione pubblica — questa volta per motivi opposti — nei confronti delle poco praticabili norme della riforma. Fu così la realtà stessa delle cose a mostrare quanto poco realismo politico e psicologico ci fosse in questa legge che era nata per sopperire ad una supposta mancanza di realismo del precedente legislatore.

La legislazione del Ticino entrò allora, a partire dagli anni trenta, in una seconda fase, caratterizzata dall'inversa tendenza alla mitigazione delle misure repressive: nel 1842, *rebus dictantibus*, si giungeva alla totale abrogazione della *ferrea riforma*, cioè al ripristino del codice penale del 1816. Si decretavano poi l'abolizione della pena di morte e delle pene infamanti per i reati politici (1851), la soppressione della berlina (1858), la limitazione della pena di morte al solo crimine di assassinio (1863). Anche la normativa diretta a creare nuove fattispecie criminose (cessione di passaporti, gravi delitti commessi all'estero, spionaggio) o a risolvere problemi di politica criminale particolarmente rilevanti per l'ordine pubblico del Cantone (prevenzione e repressione delle evasioni, bando degli stranieri meritevoli di detenzione) si rivelano complessivamente in armonia con gli originari equilibri del codice penale del 1816.

Ciò che piuttosto caratterizza l'elaborazione di questa seconda serie di leggi penali ticinesi è, secondo il R., «l'assenza di discussione scientifica che le preparasse», cioè uno spiccato e piuttosto frettoloso empirismo, la preminenza di occasionali criteri di opportunità di governo e l'assenza di un coerente programma di politica del diritto. L'unica legge che abbia riformato un capo del codice penale sostituendovi — peraltro non del tutto felicemente — un organizzato complesso di norme basate su un «modello scientificamente preparato» fu la legge sui ferimenti del 1844, che si rivela in realtà una sorta di estratto del codice penale sardo del 1839.

Intanto un grande problema veniva via via evidenziandosi anche nel Ticino, legandosi progressivamente, dopo la metà del secolo, con la questione relativa alla promulgazione di un nuovo codice penale per il Cantone: il problema della abolizione della pena di morte. A questo proposito la ricerca del R. mette bene in chiaro come la « spesso vantata convinzione abolizionista del popolo ticinese » sia un luogo comune storiografico che almeno in parte occorre tornare a verificare seriamente. È vero che *de facto* la pena di morte cessò di essere eseguita nel Ticino fin dal 1853; ma quando il Gran Consiglio venne, nel 1863, alla prima stanca discussione ufficiale di un isolato (e boicottato) progetto abolizionista, la maggioranza dei deputati si dichiarò per il mantenimento della sanzione capitale, sia pure limitata al caso dell'assassinio. Il consueto timore che una totale abolizione costituisse un *ulteriore* allettamento per i delinquenti stranieri era stato determinante. Ci sarebbero voluti altri otto anni perchè il Gran Consiglio — sollecitato ad esprimersi con una dichiarazione di massima di fronte al commissionato progetto di codice penale che non contemplava la pena di morte (progetto Battaglini) — si pronunciasse nel senso che il futuro codice non avrebbe più irrogato l'estremo supplizio.

Ma non è tanto l'esame di questi dati di fatto che rivela la non vivace partecipazione degli ambienti culturali ticinesi all'appassionato dibattito europeo sulla pena di morte e l'atteggiamento piuttosto freddo, in merito, della stessa comunità sociale del Cantone. Il R. rileva che « la lenta evoluzione che portò all'abolizione della pena capitale del 3 maggio 1871 fu caratterizzata dalla frammentarietà delle iniziative: l'idea abolizionista venne portata avanti essenzialmente in occasione di eventi concreti (domande di grazia, fissazione delle pene del nuovo CP). Mancò cioè qui, come del resto in tutta la legislazione penale, una continuità astratta da problemi contingenti ». Una serie di dibattiti granconsigliari che possano anche lontanamente ricordare, per ampiezza e vigore, le memorabili battaglie parlamentari italiane del '65 sostanzialmente non vi fu, nè il livello qualitativo delle proposte, delle argomentazioni e delle discussioni dentro e fuori la sede legislativa fu in genere tale da inserire il contributo dei giuristi e dei pubblicisti ticinesi in quella disputa europea cui già avevano dato robusto alimento le dottrine di uomini come il Romagnosi, il Carmignani, il Lucas, il Guizot, il Rossi, il Thonissen, il Mittermaier. Si registrano piuttosto le iniziative e gli isolati monologhi in sede di Gran Consiglio di talune singole figure di giuristi e uomini politici: ad esempio del parlamentare Ernesto Bruni (vigoroso autore e difensore di progetti abolizionisti, la cui battaglia personale fu seguita con simpatia da Giuseppe Mazzini e Victor Hugo) o di Vittore Scazziga, che nella sua perorazione abolizionista fece appello all'indiscussa autorità del Carrara (1). Furono uomini come questi che nel 1871 riuscirono a

(1) Un dato di dettaglio, ma significativo per quanto concerne i rapporti fra

determinare, in vista del nuovo codice penale ticinese, la scelta abolizionista da parte di un Gran Consiglio palesemente tiepido e preparato più pragmaticamente che scientificamente a discutere la questione, nonchè il consenso di un'opinione pubblica scarsamente sensibilizzata. La stessa saggistica ticinese, d'altronde, non quantitativamente cospicua, riscosse forse più attenzione all'estero (e in particolare in Italia) che non in patria, non fosse altro perchè la maggior parte degli interventi più ragguardevoli fu pubblicata fuori Ticino: un caso esemplare è quello del saggio di Emilio Censi su *La pena di morte nel Canton Ticino*, nel 1862 ospitato da Pietro Ellero nel noto *Giornale per l'abolizione della pena di morte*. Se infine prescindiamo da una polemica alquanto vivace accesi nel 1867 fra i giornali *La libertà* e *Il Repubblicano*, anche la partecipazione della stampa del Cantone al dibattito risulta indubbiamente modesta.

L'indagine del R. sul problema storico dell'abolizione della pena di morte nel Ticino porta dunque a queste conclusioni: se battaglia vi fu, essa si ridusse a intermittenti e frammentarie scaramucce parlamentari e giornalistiche. Mancò lo scontro appassionato tra uomini di cultura, politici e giuristi di grande statura intellettuale. E ad influenzare il pensiero dei più e a vincerne le resistenze bastò la non originale ma intelligente perorazione di qualche intelletto sufficientemente lucido: bastarono un Bruni, uno Scazziga, un Censi, nomi fino a ieri abbastanza oscuri, su cui oggi il R. ampiamente ci documenta. Quello ticinese (se prescindiamo dalla grande ombra del Carrara che sembra talora far capolino tra le quinte) fu dunque un dibattito appartato, vorremmo quasi dire provinciale. Fu condotto — se ben interpreto il pensiero del R. — in tono sommesso, con argomentazioni perbenistiche non prive di un certo candore e con scarso sfoggio di teorie e di nomi illustri, che del resto avrebbero suscitato un'eco di debole suggestione nel sodo senso pratico locale. I risultati della ricerca del R. hanno a questo punto il merito di suggerire una riflessione: nel Ticino, come si è detto, i pochi abolizionisti *attivi* non si trovarono di fronte avversari temibili, avversari del calibro di un Becker o di un Eschenmayer, tanto per intenderci. E vinsero la loro piccola battaglia. Ma avrebbero potuto scontrarsi con una resistenza ottusa, con una caparbieta tanto più grossolana e inespugnabile quanto più scientificamente e culturalmente sprovveduta. Invece l'intimo convincimento abolizionista si formò — sia pur faticosamente e in seguito a ripetuti stimoli — in uomini abituati per tradizione a ragionare con buon senso, ad affidarsi ad un pragmatismo magari angusto ma localmente produttivo, a risolvere i propri problemi senza drammi e sbandieramenti retorici. Fu così che il piccolo Ticino, fundamentalmente

il Carrara e la cultura giuridica ticinese: la notizia della vittoria abolizionista fu immediatamente annunciata con telegramma al penalista toscano.

mite ad onta della regressiva e peraltro ben presto ripudiata *ferrea riforma*, giunse dignitosamente e senza clamori alla propria soluzione del grande problema civile dibattuto in Europa. Perchè il fatto importante è che quello ticinese non solo fu uno dei primi cantoni elvetici ad abolire ufficialmente la pena di morte, ma in questa decisione risultò preceduto, in Europa, da ben pochi altri paesi (Toscana, Sassonia, Olanda, Grecia, Romania).

Come avvenne nell'Italia unificata, anche nel Ticino — sia pure per ragioni di altro contenuto politico — la questione sulla pena di morte sorse come problema pregiudizialmente connesso alla promulgazione di un codice penale. Già intorno alla metà del secolo un nuovo testo che sostituisse quello del 1816 era in programma e nel 1860 — come informano gli atti del Gran Consiglio — un « distinto giureconsulto » (Carlo Battaglini) vi lavorava. Se prendessimo alla lettera la documentazione ufficiale dovremmo pensare che nel campo del diritto penale il bisogno di radicali innovazioni fosse largamente avvertito dai ticinesi e che veramente il vecchio codice, come si esprime un messaggio governativo del 1863, fosse ormai considerato « un monumento contro cui protestano i tempi odierni ». Invece il R., attraverso una minuziosa ricostruzione del periodo incubativo vissuto dal codice penale del 1873, dimostra come in realtà mancasse una seria volontà politica di risolvere la questione con urgenza: gli inconvenienti, il disagio e il malcontento creati dall'invecchiamento della normativa del 1816 dovevano verosimilmente essere (o essere ritenuti) meno gravi di quanto possa apparire leggendo le ricorrenti dichiarazioni programmatiche che le autorità cantonali furono indotte a pronunciare da un'esigua minoranza di sostenitori della riforma. La maggioranza granconsigliare reputò invece di potersi permettere i tempi lunghi. Così, se a risolvere il problema della pena di morte il legislatore ticinese giunse senza fretta e senza troppo scaldarsi (1871), al varo delle nuove norme penali esso pervenne con altrettanta calma e senza prefiggersi come assolutamente prioritario questo obiettivo.

Anche la piccola Commissione che nel 1863 fu delegata a redigere il progetto di codice (composta dai tre giuristi ticinesi Carlo Battaglini, Carlo Olgiati, Vittore Scazziga) lavorò con lentezza ampiamente tollerata dal governo cantonale. Per di più i tre commissari — scopertisi particolarmente allergici all'attività d'*equipe* — non operarono collegialmente: il Battaglini, già al lavoro da solo a partire dal '60, compilò per primo un proprio progetto, che fu presentato al governo nel 1868. Questo progetto, sottoposto nel frattempo al giudizio del Carrara, fu ripreso e rielaborato dagli altri due commissari, che fra il 1869 e il 1870 ne ripresentarono una seconda redazione: il primo libro di tale successiva redazione (rivisto anch'esso dal Carrara) fu compilato dall'Olgiati, il secondo e il terzo dallo Scazziga. Il nuovo

testo così costruitosi, accompagnato nel 1872 dal rapporto sostanzialmente favorevole di una Commissione nominata dal Gran Consiglio, fu infine approvato pressochè in blocco e tramutato in legge il 25 gennaio 1873.

Nella dettagliata descrizione dedicata dal Roncoroni alla nascita del nuovo codice penale ticinese trovano posto, come si è detto, le notizie sull'autorevole e per non pochi aspetti determinante ruolo svolto da Francesco Carrara nello sviluppo formativo del testo. È questa la parte più interessante del volume. Incaricato dalle autorità cantonali di svolgere un esame ragionato del progetto Battaglini (attività che gli valse il conferimento della cittadinanza onoraria ticinese), il Carrara presentò alla Commissione quella bella e densa relazione che sarebbe poi comparsa negli *Opuscoli di diritto criminale* e il cui contenuto è oggi integrato dal Roncoroni sulla scorta delle note manoscritte apposte dal penalista italiano ad un esemplare del progetto conservato nella Biblioteca di Lugano.

Il Battaglini aveva indubbiamente lavorato bene, producendo un'opera al passo con i tempi: e un uomo come il Carrara, che si dichiarava (ed era) abituato ad esprimere il proprio giudizio non « per deferente adulazione, ma per sincero convincimento », trovò nel progetto del giurista ticinese « moltissimo da lodare, pochissimo da correggere ». Propose una serie di puntuali modifiche formali e sostanziali al testo di taluni articoli; presentò un controprogetto relativo agli artt. 248-265 (seduzione, violenza carnale, ratto, lenocinio), che egli ritenne particolarmente infelici; dichiarò infine che era assolutamente imprescindibile sopprimere, nell'abozzo di codice sottopostogli, « la punizione del tentativo con mezzi inidonei ed il sistema tirannico della interruzione della prescrizione per atti di procedura ». Ma, al di là di queste riserve, il Carrara manifestò la propria piena approvazione per non pochi fra i 447 articoli del progetto e, complessivamente, giudicò presenti in quest'ultimo « tutti quei principî che la moderna scienza penale ha riconosciuto; moderazione nella severità; equità somma nella proporzione della penalità; rispetto doveroso a tutte le situazioni eccezionali dell'uomo le quali esigono un aumento, od una mitigazione di severità ... le definizioni dei singoli fatti portate a migliore chiarezza perchè ridotte alle più semplici espressioni ». Secondo il Carrara, insomma, il progetto presentatogli, opportunamente corretto e migliorato secondo i criteri indicati, si sarebbe potuto trasformare addirittura nel « migliore fra tutti i codici penali che possiede oggi l'Europa ».

Il R. ha accertato (si veda anche l'utile tavola delle corrispondenze testuali in appendice al volume) come il Battaglini si fosse soprattutto ispirato agli schemi e alle soluzioni dei più recenti progetti italiani allora in corso di elaborazione, progetti destinati a sostituire il codice sardo del 1859: al noto progetto De Falco del 1864 e all'ancora

incompleto progetto del 1868, che andava perfezionandosi ad opera di una Commissione presieduta dal Pisanelli. Un dato si può qui aggiungere a complemento di quanto il R. ha assodato sul lavoro del giurista ticinese e sui lusinghieri risultati della revisione fatta di questo lavoro dal Carrara: il padre della scuola classica aveva personalmente partecipato nel 1866 all'attività della Commissione Pisanelli; illustre e agguerrita Commissione, quest'ultima, in cui operavano — peraltro nella più bella stagione dottrinale del diritto penale italiano — giuristi della statura del Mancini, del Pessina, dell'Ellero, del Tolomei, cioè uomini pienamente convinti di essere avviati alla costruzione di un « monumento di civiltà giuridica » (Pessina, Relazione al Senato del 22 ottobre 1888). Ecco perchè il maestro toscano si sentì, per così dire, a casa propria quando ebbe tra le mani l'elaborato del Battaglini, che seguiva quasi sempre da presso e intelligentemente le fresche orme italiane ⁽²⁾.

Non fu più così, invece, quando il Carrara si ritrovò ad esaminare la innovativa rielaborazione del progetto Battaglini successivamente stesa dagli altri due membri della Commissione ticinese: più precisamente l'ulteriore progetto di libro I redatto da Carlo Olgiati. In questa nuova stesura il Carrara scorse (e lo disse con la consueta, aggressiva sincerità) un prodotto dell'infelice « mania di copiare la Francia ». In pagine che vale la pena di tornare a leggere perchè in un secolo non hanno perso un grammo della loro robustezza e della loro colorita vivacità il grande lucchese rimpianse il progetto precedente: quello sì che era un lavoro ottimo, e « precisamente perchè vi mancavano quelle tre cose che ora vi si vogliono apportare ». Le tre principali innovazioni dal Carrara giudicate sconsolanti e di deplorabile « impasto francese » erano le seguenti: 1) la nota tripartizione dei reati in crimini, delitti e contravvenzioni, esteriormente basata sulla pena prevista per ciascuno di essi (« un bazar a prezzi fissi dove trovi divise le merci in differenti celle secondo il valore che assegnò loro il mercante »); 2) la liberazione condizionata del condannato, da effettuarsi a giudizio di un Consiglio di sorveglianza (un sistema ipocritamente umanitario, che getta in realtà « l'uomo in balia dell'arbitrio dei birri »); 3) la costruzione di una *tabula* generale delle circostanze aggravanti e attenuanti, certamente da indicarsi a priori dalla legge, ma tuttavia da « descriversi per ciascun malefizio secondochè la figura speciale ne mostra la convenienza ».

Orbene, il R. mostra come, a conti fatti, il codice penale ticinese entrato in vigore nel 1873 abbia pressochè integralmente seguito le

(²) Non è un caso che il progetto Battaglini abbia attirato anche la spontanea attenzione di un giurista del peso di Emilio Brusa, sul cui contributo critico (1870) il R. si è adeguatamente soffermato. Non è più reperibile, invece, la relazione redatta dall'Ellero (1869) e citata nel rapporto della Commissione ticinese.

indicazioni date dal Carrara nelle sue due relazioni alle autorità cantonali. La tripartizione dei reati non fu abbandonata, ma si ridusse a mera enunciazione di principio, con conseguenze operative unicamente in ordine alla competenza del magistrato penale; scomparvero la punibilità dell'omicidio impossibile nei mezzi (che era stata qualificata come marchio errore scientifico) e l'interruzione della prescrizione dell'azione penale per atti di procedura; il controprogetto del Carrara relativo agli artt. 248-265 del progetto Battaglini fu calato di peso nel testo definitivo; le decisioni del Consiglio di sorveglianza in merito alla liberazione condizionata dei condannati furono assoggettate al requisito della motivazione e furono rese impugnabili; le circostanze aggravanti non vennero regolate in via generale e le attenuanti furono ridotte alle sole quattro accettate dal Carrara. Anche le non poche modifiche di carattere formale da lui suggerite in ordine alla redazione e alla sistemazione di articoli singoli furono di regola puntualmente attuate.

Non possiamo qui soffermarci sulla dettagliata analisi conclusiva che il R. svolge in merito ai caratteri del codice penale del 1873 nella sua veste definitiva (un codice di stampo liberale, essenzialmente mite, privo della pena di morte, a struttura minuziosamente casuistica, applicabile — attraverso il discusso sistema dei gradi — da un giudice rigorosamente controllato nei suoi spazi di intervento: un codice, in conclusione, assai più aperto alle tendenze espresse nei vari progetti italiani degli anni sessanta che non a quelle presenti nei codici degli altri cantoni svizzeri, più semplici e più generosi nei confronti del potere discrezionale del giudice). Fra i molti dati che emergono al termine della esauriente storia esterna ed interna del codice ticinese tracciata dal R. se ne può qui segnalare ancora uno in particolare. Quando il codice fu promulgato gli fu trionfalisticamente affibbiata dalla stampa e dalle dichiarazioni delle autorità di governo quella 'ufficiale' etichetta di « miglior codice d'Europa » che in realtà il Carrara aveva decisamente riservato al solo progetto Battaglini. E tanto più tale definizione era storicamente inapplicabile al codice del 1873 (poichè il Carrara non avrebbe mai plaudito ad un sistema che accogliesse la tripartizione dei reati) quanto più essa, strumento di un'operazione politica di propaganda governativa, divenne negli anni seguenti inseparabile dal codice stesso.

L'originalità dei risultati conclusivi raggiunti dal R. al termine del suo lavoro consiste in sintesi in questi tre punti: *a*) nell'aver chiarito la 'montatura' storica che si cela dietro l'ufficialmente immeritato titolo di « miglior codice d'Europa », tradizionalmente destinato dagli ambienti culturali ticinesi al codice del 1873; *b*) nell'aver mostrato come, nonostante questo, il testo definitivo fosse sostanzialmente migliore del primitivo progetto Battaglini, della cui revisione carrariana — se prescindiamo da quel poco di invisibile al Carrara che vi rimase —

in fin dei conti si era avvantaggiato; c) nell'aver risolto comunque in senso negativo la questione di vedere se — *obiettivamente* — il codice penale ticinese del 1873 potesse aspirare ad una preminenza europea: quel codice, pur sotto vari aspetti apprezzabile, era in realtà viziato da eccessi di garantismo antiguidiziale che lo rendevano uno strumento non sempre ben maneggevole e quindi non sempre utilizzabile con buoni risultati sostanziali.

La ricerca del R. appare complessivamente solida e densa di contenuto. È condotta con rigorosi metodi di accertamento e attraverso la completa utilizzazione di un vasto e talora ingrato materiale edito ed inedito. Se è detto che esista qualche aspetto della realtà studiata a tratti lasciato in ombra o affrontato solo di scorcio, questo può essere la fase della concreta applicazione giurisprudenziale nella vita delle leggi e dei codici esaminati. Ma si tratta di un limite voluto, che il R. medesimo denuncia chiaramente, già nell'Introduzione, forse con fin troppa severità nei confronti di se stesso: in realtà tale complessa problematica avrebbe richiesto un volume autonomo.

Dobbiamo poi riconoscere al R. non solo l'indipendenza del giudizio, ma anche la sobrietà (e vorremmo dire la salutare freddezza) con cui ha ricostruito la vita del diritto penale nel piccolo mondo studiato: l'immagine che ne è uscita è scevra tanto da istintivi trionfalismi quanto da troppo colorite reinterpretazioni. Correndo il rischio di riuscire magari troppo descrittivo, egli non ha 'gonfiato' la propria merce nè ha appesantito le tinte di un quadro che talora poteva prestarsi a certi avventurosi svolazzi di rilettura ideologica e sociologica oggi di moda. Il R. si è così calato all'interno dell'ambiente politico-culturale ticinese mettendone in luce quei semplici meccanismi empirici che storicamente ne spiegano le tendenze di fondo genuine e le scelte reali al di sotto delle giustapposizioni operate dalla retorica ufficiale. Emergono, allora, talvolta l'angustia e la mediocrità spirituale talaltra il robusto senso pratico dei politici ticinesi. Ad esempio, non c'è bisogno di pensare a ideologie nazionalistiche o municipalistiche per spiegare perchè il Gran Consiglio abbia escluso dalla Commissione i giuristi stranieri: «la decisione fu infatti dettata più da motivi economici che dal desiderio di avere redattori cui fosse ben nota la realtà sociale ticinese». Nè, per fare un altro caso, è necessario scovare motivazioni etiche o scientifiche o politiche di vasta portata per spiegare come mai, a prescindere dalle scontate enunciazioni di principio dei parlamentari ticinesi, il sistema penitenziario che si adottò nel Cantone si ispirasse in notevole parte al rigido modello 'filadelfiano': la costruzione di un Penitenziario era possibile unicamente grazie ai quarantamila franchi che un benefattore era pronto a donare, a condizione però che si adottasse quel sistema.

Il R. ci guida così a conoscere con semplicità e immediatezza le reali condizioni di sviluppo della vita giuridica ottocentesca in una

delle ventidue cellule di quell'Europa in miniatura che è la Svizzera, al cui diritto penale il giurista italiano è solito interessarsi per epoche posteriori, cioè a partire dal tempo dell'illustre Carl Stooss e in relazione al codice federale 'unificato' del 1937. Sapere che cosa sia avvenuto *prima* in una delle tante tessere del mosaico elvetico (e precisamente in quella più culturalmente affine all'ambiente italiano e più direttamente influenzata dalle sue grandi Scuole) è un'occasione in più per misurare la dimensione europea degli sviluppi del diritto penale nell'Ottocento e la sua crescita scientifica nel solco della tradizione occidentale dello Stato di diritto.

ADRIANO CAVANNA

Staatsräson - Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs, herausgegeben von Roman Schnur, Berlin, Duncker u. Humblot, 1975, 612 s.

Roman Schnur è ormai un benemerito della cultura europea, non fosse che per la sagacità e la capacità organizzativa con cui riesce, da qualche anno a questa parte, ad eccitare il confronto di idee su temi centrali e caratterizzanti del « modo » politico europeo, in una progressione tematico-concettuale di cui più avanti cercherò di cogliere il filo. Per quest'anno (ad esempio) era programmato un convegno su Lorenz von Stein, che è stato sospeso perchè solo un terzo dei relatori invitati avevano consegnato per tempo le rispettive relazioni: si avrà così la semplice pubblicazione dei contributi.

Sorte più felice avevano avuto il convegno del 1972 su Thomas Hobbes ⁽¹⁾ e quello del 1974 sul tema della ragion di stato, di cui sono apparsi a fine '75 gli atti che qui si recensiscono. Si tratta di un compatto volume in 8°, di 612 pagine, contenente 23 relazioni, oltre all'*Introduzione* di Schnur, ad un *Nachwort* di Berkowitz e Roux e alla trascrizione delle discussioni relative alle diverse sezioni in cui erano organizzati i lavori. Tali sezioni — che scandiscono anche la struttura del volume degli Atti — sono sei: *Gli inizi (sopra tutto Machiavelli e Bodin)*, pp. 27-85; *L'apice (sopra tutto in Francia e Inghilterra)*, pp. 87-240; *Hobbes*, pp. 241-337; *La ragion di stato nel pensiero tedesco*, pp. 339-480; *Paesi Bassi e inizio dell'Illuminismo*, pp. 481-547; *La fine di un'epoca*, pp. 549-600.

Sarebbe sbagliato pretendere da un'iniziativa come questa assoluta omogeneità e coerenza interna fra i diversi contributi: non solo sul piano della metodologia e dei contenuti, ma anche per quel che riguarda il filo conduttore del discorso. I due relatori che si sono fatti carico della conclusione del dibattito ne riconoscono esplicitamente il

(1) *Hobbes-Forschungen*, hrsg. v. R. KOSELLECK und R. SCHNUR, Berlin 1969, Duncker und Humblot.

carattere eterogeneo dichiarando che « non vi è stata alcuna struttura-guida, né subordinazione o correlazione di imputazioni a qualche schema o modello pre-ordinato o sovra-ordinato. La distribuzione delle relazioni pervenute in sezioni distinte è stata un fortuito accidente, come lo è stata la notevole libertà nelle ripetizioni » (2). Non v'erano intenti « né paradigmatici né programmatici » e neppure obiettivi di conquista del consenso o dell'unanimità scientifica sul tema comune. Da qui, qualche lacuna tematica, qualche incomprendimento interdisciplinare: e sopra tutto una scarsa consapevolezza unitaria dell'impasto linguistico da cui l'espressione « ragion di stato » emerge e a cui è collegata in tutto lo sviluppo della sua equivoca storia. Così, la nota metodologica conclusiva è dedicata all'elencazione di una serie di sinonimi di « ragion di stato », secondo i giuristi (*law of state, prerogative, arcana imperii, salus populi, pro bono publico, sovereignty*); i filosofi (*ratio status, interest of state, public good, common weal, discretion, state necessity*); i pubblicisti (*mystery of state, statecraft, ratio imperandi, policy, prudentia, judgement*); a un abbozzo di verifica linguistica su sei dei termini elencati; a una raccomandazione infine ad allargare e approfondire l'indagine non solo per l'area inglese, ma anche per quella italiana, francese, spagnola, tedesca, olandese e latina.

Il piano aperto dell'iniziativa non impedisce tuttavia al suo promotore, Roman Schnur, di esporre, nell'Introduzione (3), una linea di svolgimento del discorso che ha l'aria di essere ben più di un'indovinata cucitura fra interventi diversi o disarpati e di esprimere piuttosto i termini di massima di un'ipotesi di lavoro, estremamente solida nella sua costruzione e rigorosa nel suo impianto anche ideologico. Il punto di partenza consiste nella proiezione dell'espressione « ragion di stato » in chiave storica, sulla base di una determinazione concreta del suo significato generale. È un'impostazione da tempo obbligata nella storiografia costituzionale tedesca, ultimamente potenziata e scientificamente fondata dalla seria svolta in senso « concettuale » della ricerca più recente (4). Tant'è vero che la necessità di tale proiezione viene immediatamente sostenuta da un analogo atteggiamento rispetto al termine-concetto « Stato ». Il che introduce anche il tema di fondo dell'argomentazione di Schnur, basata — in un'ormai consolidata linea polemica rispetto a Meinecke, iniziata non a caso mezzo secolo fa da Carl Schmitt (5) — sulla espunzione del dato morale da

(2) *A Note on Some Methodological Issues and Problems*, p. 601.

(3) *Einleitung*, pp. 11-25.

(4) Una segnalazione per tutte: *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. v. O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSELLECK, Band 1: A-D, Band 2: E-G, Stuttgart 1974-75, Ernst Klett Verlag.

(5) C. SCHMITT, *Zu Friedrich Meineckes « Idee der Staatsräson »*, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », 56 (1926), pp. 226 ss.

qualsiasi considerazione sulla ragion di stato, visto che quest'ultima trova la sua specificità proprio come pensiero politico *nuovo* (e diverso) rispetto ad un pensiero che faceva del monopolio della morale politica il suo carattere distintivo. Ciò porta ad una selezione sostanziale e non formale dei sostenitori della ragion di stato: non in base cioè all'uso linguistico puro e semplice, ma al suo impiego « in senso materiale »: cioè come concetto politico concretamente applicabile alla situazione del tempo. Il che, dal punto di vista costituzionale, coinvolge direttamente il tema cruciale della cosiddetta « origine dello Stato moderno » (come forma di organizzazione del potere sostitutiva del precedente sistema politico medievale: tant'è che Schnur propone di vedere il termine ragion di stato come espressione ellittica analoga, per l'età moderna, a quella di *bonum commune*, che racchiudeva sinteticamente i principi del sistema politico medievale). Dal carattere di novità, di alternativa, in tal modo conquistato discendono le diverse posizioni che gli stessi « innovatori » assunsero rispetto al problema, e le diverse accezioni di ragion di stato: alla Machiavelli o alla Bodin, per esempio. Volta, la prima, ad accentuare il punto di contrapposizione radicale e di rottura col passato, puntando sulla figura-forza del principe-demiurgo; orientata l'altra a giocare insistentemente sui dati istituzionali della trasformazione formalizzante e procedurale: « politica contro giurisprudenza, rivoluzione contro riforma, soggettivo contro oggettivo » (8).

L'argomentazione di Schnur procede, a questo punto, con un rigore logico fin eccessivo. Dall'importanza che le condizioni storiche interne alle singole situazioni hanno per cogliere le diverse sfumature di appartenenza alla corrente della ragion di stato, discende infatti che quest'ultima fu, in prima istanza, un concetto attinente alla politica *interna*: relativo cioè alla prima fase di costruzione dello Stato moderno, che dovette consolidarsi appunto al suo interno, prima di poter entrare, come Stato territoriale, in antagonismo con altri Stati. Così si spiega ancora il riferimento prevalente al principe (sia in termini personali — Machiavelli —, che in termini impersonali — Bodin —, con la sua dottrina della sovranità) da parte di tutte le correnti della « prima » ragion di stato. E si spiega anche l'oscillante posizione della ragion di stato sui problemi religiosi, prevalentemente vissuti in termini di politica interna, quindi suscettibili di congiunzione diversa col tema di fondo del rinnovamento politico; come si spiega anche il costante impegno di distinzione fra politica e morale da parte di chi, rifiutando l'egemonia religiosa, optava per una nuova etica, autonoma. Solo più tardi (con Richelieu), la ragion di stato divenne uno strumento di politica internazionale, e solo per quei paesi in cui il processo di consolidamento interno si era potuto compiere. In questa ulteriore fase,

(8) *Einleitung*, p. 17.

la diffusione del concetto aumentò, per il minor coinvolgimento con problemi di morale che il nuovo ambito di applicazione, esterno e lontano, comportava: è sintomatico di ciò il caso olandese. Il che tuttavia non significò un ammorbidimento del contenuto politico del termine, né un suo allontanamento dai temi concreti dei rapporti politici, se si pensa che l'uso *esterno* del concetto corrispose alla graduale formazione del complesso sistema dei rapporti interstatali che dominò la politica europea fino alla fine del secolo XIX, secondo la formula fortunata del *jus publicum europaeum*, ma anche nelle due linee persistenti del machiavellismo da una parte e del giuridicismo dall'altra.

Visto il ruolo centrale della ragion di stato nella sintesi politico-costituzionale compiutasi nell'età moderna mediante lo Stato e il diritto, in campo interno e internazionale, anche l'elegante problema se Hobbes abbia o no a che fare con essa trova risposta immediata e positiva, poiché la ragion di stato costituisce il nodo di quei problemi e Hobbes è il massimo teorico dei medesimi. Ma egli è insieme il primo a raggiungere, nell'età moderna, un nuovo livello di aggregazione teorica in rapporto al nuovo tipo di rapporti sociali e politici facenti capo allo Stato: « dalla ragion di stato nasce la razionalità del Leviatano » (7).

L'esplicazione ideologica del diritto naturale e razionale non provoca però, in una formula statale ancora dominata dal principe e dalla sua « segreteria », la fine della ragion di stato. Quest'ultima si riduce sempre più a segreto, sia in privato che in pubblico, ma permane, finché la crescita della società civile non giunge alla pretesa di conquistare lo Stato. Nella proiezione ideologica dello « Stato costituzionale », la ragione privata s'installò al posto della ragion di stato e il ruolo storico di quest'ultima giunse alla fine. È con Hegel, con la sua teoria del diritto e dello Stato, che si conclude la linea di discorso del convegno di Tübingen, nella ricostruzione logica compiutane da Schnur.

Si tratta ora di vedere se, e fino a che punto, le relazioni riportate negli *Atti* che qui si recensiscono vi corrispondono. L'impressione generale è negativa: non già perché esse presentino lacune tali da compromettere il fitto ordito di cui Schnur ha voluto, nella sua introduzione, offrirci la trama (ciò era scontato ed è ampiamente denunciato dallo stesso Schnur e dai compilatori del *Nachwort*), quanto perché esse dicono cose diverse, sia prese ciascuna per sé, sia nell'insistenza con cui si aggruppano su questo o quel tema, trascurandone altri.

A Machiavelli e a Bodin sono dedicati i primi due saggi (8), il che consente di entrare subito nel vivo del problema che è costituito in realtà da che cosa sia il machiavellismo, e, nella specie, se Machiavelli e Bodin siano stati machiavellisti. Ma in Quaritsch abbiamo già un'importante annotazione in più: la ragion di Stato come « miscuglio

(7) *Einleitung*, p. 23.

(8) R. POLIN, *Le concept de Raison d'Etat avant la lettre d'après Machiavel*, pp. 27-42; H. QUARITSCH, *Staatsraison in Bodins « République »*, pp. 43-63.

(come diremmo oggi) di politologia, dottrina dello Stato, diritto costituzionale e dottrina costituzionale»⁽⁹⁾. Così, se per ragion di stato s'intende la valutazione dello Stato come momento centrale del politico, Bodin ne fa certamente parte. Il criterio statocentrico d'interpretazione della ragion di stato funziona anche (nel saggio di Weinacht) per spiegare la recezione critica che essa ebbe in Germania (debolezza del principe rispetto ai ceti territoriali e all'Impero, persistenza dell'idea unitaria di legge diritto morale e fede - e politica). E per allargare ulteriormente la plurisignificanza che il termine assunse nelle diverse situazioni storiche, contro la lettura tradizionale di una «idea della ragion di stato» unitaria⁽¹⁰⁾.

È ad Anna Maria Battista che si deve l'allargamento dei punti di riferimento della ragion di stato alle nuove tematiche scaturenti dal «privato»⁽¹¹⁾. Le opere di Montaigne e Charron servono a mostrare quanto esatta sia la definizione della ragion di stato in rapporto alla «conservazione e alla crescita» dello Stato, purché non si scordi che questa nuova dimensione acquista la sua autonomia (il relativismo del mondo contingente) in confronto all'autonomia interna dell'individuo (l'oggettività del mondo razionale). Stato e società dunque. Ma quale società e quale stato? Salmon ci presenta un quadro di Rohan e del suo «interesse di Stato» nei termini alternativi dell'interesse individuale e delle relazioni internazionali⁽¹²⁾. E Naudé, secondo Freund, utilizza la ragion di Stato come categoria esclusivamente attinente al caso eccezionale in una linea che può ben essere fatta risalire alla nota interpretazione schmittiana di Bodin (il bene comune tollera, o anche impone, una violazione della giustizia ordinaria⁽¹³⁾). Mentre per Berkowitz⁽¹⁴⁾ il concetto di ragion di stato, come impiegato nell'Inghilterra del primo Seicento, implicava l'idea di un monarca non limitato dalla legge, attivo quando necessario senza il consenso dei sudditi (di nuovo il caso d'eccezione!) e responsabile della sicurezza e della sopravvivenza dello Stato (ma giustamente osserva Berkowitz che il concetto continentale di ragion di stato, con le sue ferree implicazioni assolutistiche, era di estrazione — o di destino — giusnaturalistico e per ciò già si contrapponeva al tradizionale costituzionalismo inglese di derivazione «common-law»).

(9) H. QUARITSCH, *Staatsraison* cit., p. 53.

(10) P.-L. WEINACHT, *Fünf Thesen zum Begriff der Staatsräson. Die Entdeckung der Staatsräson für die deutsche politische Theorie* (1604), p. 71.

(11) A. M. BATTISTA, *Morale «privée» et utilitarisme politique en France au XVIIe siècle*, pp. 87-119.

(12) J. H. M. SALMON, *Rohan and Interest of State*, pp. 121-140.

(13) J. FREUND, *La situation exceptionnelle comme justification de la raison d'Etat chez Gabriel Naudé*, p. 157.

(14) D. S. BERKOWITZ, *Reason of State in England and the Petition of Right*, p. 167.

Per Sutcliffe, il dibattito fra vera e falsa ragion di stato (di stampo controriformato) verte sul « come conciliare le condizioni dell'azione politica efficace in un'Europa frazionata dove si affrontano le rivalità nazionali con le esigenze della morale cristiana » (15). Roux invece, interpretando i concetti di ragione di Stato in Hobbes, crede di individuare il terreno della vera ragion di stato non nella dicotomia fra diritto e morale, ma nello spazio esistente fra l'interpretazione della legge e la pratica della menzogna (16).

Il legame fra ragion di stato (e contratto sociale) e Stato moderno è sottolineato anche da Minogue, sulla base di una visione della politica, non come mantenimento di una prestabilita armonia, ma come attività di volontà dirompenti, in cui l'ordine doveva essere imposto ai recalcitranti (la visione predatoria di Hexter) (17). E viene particolarmente colto il momento in cui la *respublica christiana* si cristallizzò in Stati sovrani, corrispondentemente alla dissoluzione dell'impero concettuale del modo di vita cristiano in un insieme di sfere separate. Il pensiero politico da Machiavelli e Hobbes è polarizzato fra il diritto dell'individuo e il diritto dello Stato: due diritti pieni e contrapposti (questo è forse il senso del dibattito sull'uso della prerogativa). Contratto sociale e ragion di stato non sono insomma termini antitetici (18).

Willms si stupisce che Hobbes possa essere considerato contemporaneamente « protoliberal » e teorico dell'assolutismo o comunque dello Stato moderno. Per Hobbes, è proprio della ragione della sovranità di pretendere al monopolio di definizione ed interpretazione dei concetti politicamente rilevanti (19). Kodalle insiste, pure, sul rapporto soggettività-sovranià di Hobbes, mediato dal contratto (strumento moderno, anche se presente fin dall'antichità). Ciò risulta anche dal doppio significato, di alleanza e di contratto, del termine inglese « *covenant* », che implica unione di *Treue* e di *Vertrauen* e rende il potere sovrano una pura teoria, preservandolo dal cadere nel terrorismo. La garanzia di tutto ciò è Dio (richiama la massima di Schmitt, secondo cui « tutti i concetti pregnanti della moderna teoria dello Stato sono concetti teologici secolarizzati »): solo così può nascere la società. Ma anche religiosa è la fondazione della libertà personale (20).

(15) F. E. SUTCLIFFE, *La notion de Raison d'Etat dans la pensée française et espagnole au XVIIe siècle*, p. 222.

(16) L. ROUX, *Etat et Raison chez Hobbes*, p. 263.

(17) J. H. HEXTER, *The Vision of Politics on the Eve of the Reformation. More, Machiavelli, and Seyssel*, New York-Alan Lane, 1973.

(18) K. R. MINOGUE, *Remarks on the Relation between Social Contract and Reason of State in Machiavelli and Hobbes*, pp. 267-274.

(19) B. WILLMS, *Staatsräson und das Problem der politischen Definition. Bemerkungen zum Nominalismus in Hobbes' « Behemoth »*, pp. 275-300.

(20) La citazione di Schmitt riguarda *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, p. 61 della traduzione italiana, in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, Bologna 1972, Il Mulino; K.-M. KODALLE, *Subjektivität und*

Secondo von Unruh ⁽²¹⁾, la ragione di stato esprime la superiorità delle pretese del potere supremo su tutte le altre pretese, economiche e sociali, individuali come anche sui principi etici. Si spiega così la sua mancanza in Lutero (che elabora piuttosto una teoria del « servizio pubblico »). Scheuner ⁽²²⁾ parla di una « scienza dello Stato e del potere politico che si viene formando nel segno della dottrina della ragion di stato »: nel senso della secolarizzazione: con riferimento alla Germania, c'è il dato dell'unità di fede come comando non solo « di fede » ma anche dell'interesse statale (con incroci con gli interessi attuali all'indipendenza). Per Hoke, la ragion di Stato viene definita, sulla base della recezione tedesca (Clapmar, Chemnitz), come contenuto della costituzione specifica di uno Stato ⁽²³⁾, quindi varia secondo la forma di quest'ultima.

Cattaneo esordisce nel suo saggio, citando Radbruch e collegando la ragion di stato allo Stato di polizia (« così lo Stato di polizia cercò di erigere l'adeguatezza allo scopo a principio dominante, mettendo da parte senza rimpianto, nelle azioni di potere della sua giustizia di gabinetto, giustizia e sicurezza giuridica ») ⁽²⁴⁾: ragion di stato come predominio assoluto dell'utile dello Stato e della società, senza riguardo all'interesse e ai diritti degli uomini singoli. Essa contraddice, in quanto idea politica guida dello Stato di polizia, ai principi dello Stato di diritto, a cui ha condotto il moderno giusnaturalismo. Questa impostazione trova riscontro anche dal punto di vista del diritto penale (la pena viene giocata in funzione dell'utilità pubblica, non della personalità individuale).

Stolleis, riferendosi alle prime definizioni tedesche di *ratio status*, le ricollega al retroterra politico della costruzione della sovranità statale territoriale: quindi « reale Machtpolitik » ⁽²⁵⁾ e non solo « concettologia scolastica e interesse umanistico » (Meinecke). Lo sdoppiamento della *ratio status* fra interessi imperiali e territoriali trova in ogni caso la sua spiegazione nelle difficoltà costituzionali della recezione della ragion di stato in Germania. Polemizzando con la ricostruzione tradizionale che ha finora riferito la ragion di stato ai grandi

Staatskonstitution. Freiheit, « absolute » Wahrheit und das System more geometrico, pp. 301-323.

⁽²¹⁾ G.-C. v. UNRUH, *Obrigkeit und Amt bei Luther und das von ihm beeinflusste Staatsverständnis*, p. 360.

⁽²²⁾ U. SCHEUNER, *Staatsräson und religiöse Einheit des Staates. Zur Religionspolitik in Deutschland im Zeitalter der Glaubensspaltung*, p. 363.

⁽²³⁾ R. HOKE, *Staatsräson und Reichsverfassung bei Hippolithus a Lapide*, p. 411.

⁽²⁴⁾ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5. Auflage, hrsg. v. E. WOLF, Stuttgart 1956, p. 173: citato in M. A. CATTANEO, *Staatsräsonlehre und Naturrecht im strafrechtlichen Denken des Samuel Pufendorf und des Christian Thomasius*, p. 427.

⁽²⁵⁾ M. STOLLEIS, *Textor und Pufendorf über die Ratio Status Imperii im Jahre 1667*, p. 445.

Stati territoriali, militaristici e aggressivi, Boogman rivendica l'appartenenza alla sua area dei più piccoli Stati marittimi e commerciali, anche se eretti a regime repubblicano. È il caso dell'Olanda che, alla metà del Seicento, poteva già essere considerata uno Stato di benessere ⁽²⁶⁾. Sullo sfondo dell'interesse prioritario per il commercio, quindi per la pace interna (tolleranza) ed esterna (*jus gentium*), ne risulta un bel quadro di De Witt, che aveva al centro delle proprie convinzioni politiche il concetto d'interesse di stato, di ragion di stato. Per lui anzi tale concetto si dovrebbe applicare meglio alle repubbliche che alle monarchie, perché i principi hanno spesso interessi particolari, contrari al bene comune. All'interno di quest'ottica di realismo scettico, anche Kossmann ⁽²⁷⁾ attribuisce alla ragion di stato barocca un'idea profondamente pessimistica della natura umana e della storia. In Olanda, le dottrine e le analisi degli «interessi» degli Stati erano metodi accreditati accademicamente di studiare politica (es. Boxhorn, Huber). Anche ciò confermerebbe la superiorità delle repubbliche sulle monarchie.

Secondo Schneider ⁽²⁸⁾, la *ratio status* non ha solo carattere legittimante e giustificativo di determinati comportamenti di potere, ma continue preminenti componenti normative e limitative dello stesso. Dalla ragion di stato allo stato di ragione, verso lo Stato di diritto. In una linea analoga, ma più esplicita, Seidler definisce la ragion di stato — intesa come il valore supremo nel sistema dei valori vigenti — come la sopraordinazione degli interessi di stato agli interessi sociali e religiosi o anche ai principi giuridici e morali.

Essa assume una connotazione positiva quando (XVI-XVII secolo) serve ad integrare lo Stato in un'entità unitaria; negativa quando (XVIII secolo) è volta all'esterno, in vista di espansione basata sulla forza, con inevitabile sbocco nella guerra ⁽²⁹⁾. Una verifica di ciò si ha nell'illuminismo polacco della seconda metà del Settecento, in cui è rintracciabile una cesura nell'idea della ragion di stato, nel contesto costituzionale dell'assolutismo illuminato, a causa della separazione instauratasi fra organizzazione statale e società.

Greenleaf, trattando di Burke, non può non recuperare all'idea di ragion di stato un senso di profondità storica perduto da Meinecke: Burke infatti oppose sia alla ragion di stato che alla ragione dell'astratta moralità la ragione della storia, individuata nella pienezza specifica della vita etica di una società. In tal senso, Meinecke non

⁽²⁶⁾ J. C. BOOGMAN, *Johan de Witt - Staatsräson als Praxis*, pp. 481-496.

⁽²⁷⁾ E. H. KOSSMANN, *Some late 17th-century Dutch writings on Raison d'Etat*, p. 496.

⁽²⁸⁾ H.-P. SCHNEIDER, «*Staatsraison*» bei Leibniz, p. 518.

⁽²⁹⁾ G. L. SEIDLER, *Die Idee der Staatsräson und die polnische Aufklärung*, p. 521.

doveva far iniziare la sua storia dell'idea di ragion di stato da Machiavelli, trascurando autori del tipo di Marsilio e Occam ⁽³⁰⁾.

Che in tal modo il concetto di ragion di stato finisca per perdere ogni specificità appare chiaro: ed è la conclusione a cui giunge Maluschke, indagando da questo punto di vista Hegel, di cui interpreta l'opera come il tentativo di congiungere lo Stato reale con l'ideale della ragione. Così, in ultima istanza, l'idealismo gli serve a legittimare il proprio empirismo. In realtà, Hegel combina interessi statali e individuali nel sopraconcetto comune di moralità: quindi vien meno il dissidio fra quei due interessi e cade la necessità stessa della ragion di Stato ⁽³¹⁾.

La rapida rassegna delle opinioni esposte dai partecipanti al convegno di Tübingen non può certo bastare a convalidare o meno la ricostruzione complessiva fattane da Schnur. Resta certo confermato lo sforzo comune di collegare lo sviluppo dell'interesse per la « ragion di stato » alle necessità concrete di riorganizzazione politica connessa con l'affermarsi dello Stato moderno. Ma all'interno di questa grande categoria, il tema riceve, contemporaneamente o in successione, diverse coniugazioni, talora contraddittorie. È difficile, ad esempio, scindere con precisione, anche solo sul piano concettuale, una fase di esclusiva applicazione interna, da una esterna, del concetto e delle tecniche che ne derivano. Ciò anche alla luce del ruolo importante svolto dalla regolamentazione degli affari esteri in funzione della pacificazione interna e della conseguente aggregazione politico-territoriale di cui consiste lo Stato moderno.

Ugualmente, sembra difficile ricavare un'equazione unica dal rapporto fra politica e morale, su cui pure insiste, indubbiamente, il fenomeno « ragion di stato ». La presenza diversamente qualificata e qualificante della religione nelle diverse situazioni rende dubbia ogni interpretazione unitaria di quell'equazione. Quanto poco questi due aspetti siano univoci è dimostrato in abbondanza dalla complessità assunta dal tema in terra tedesca, nei molteplici intrecci che esso ebbe nella secolare contrapposizione fra Impero e ceti territoriali. Così come, infine, la proiezione della ragion di stato fino alle fasi più moderne dell'evoluzione costituzionale europea, nel Settecento e poi nell'Ottocento, non contribuisce a portare chiarezza, cioè a conquistare momenti di specificità al tema, finendo anzi per complicarlo ulteriormente, proprio nella misura in cui lo sfuma e lo diluisce in un processo teleologico — segnato dalla costante del giusnaturalismo e dallo sbocco nello Stato di diritto — di difficile comprensione storica.

⁽³⁰⁾ W. H. GREENLEAF, *Burke and State Necessity: The Case of Warren Hastings*, pp. 549-567.

⁽³¹⁾ G. MALUSCHKE, *Hegel und das Problem der Staatsräson*, pp. 569-590.

L'inevitabile farraginosità dei contributi nel loro insieme non può evidentemente che evidenziare le aporie, le incertezze e le contraddizioni di un tale processo. La proiezione tentata da Schnur è di per sé tanto compatta e logicamente ben costruita da accattivare il lettore e da sollevarlo dalla risposta ad interrogativi pressanti che riguardano la costituzione del moderno modo di organizzazione del potere, e quindi, in ultima analisi, la natura e il destino della crisi, che oggi stiamo vivendo, di quel « modo ». In realtà sembra che il risultato di questi studi sia di proporre un'immagine della ragion di stato « internamente » opposta a quella di Meinecke: più smalzata, aperta, politica; ma « esternamente » non dissimile. La ragion di stato continua ad essere vista come una concezione complessiva del politico, sufficientemente vaga da essere adattabile alle diverse sfumature assunte in Europa dallo Stato moderno dal Cinquecento ad oggi, ma anche abbastanza precisa da caratterizzare quest'ultimo, dal punto di vista ideologico, rispetto al modo di organizzazione precedente, a cui corrispondeva una concezione politica diversa. E il sigillo di Hegel alla storia della ragion di stato sembra aprire prospettive nuove, più complesse ma anche più mediate e comprensive, allo Stato contemporaneo. Non è un caso, da questo punto di vista, che il convegno di Tübingen di quest'anno fosse dedicato a Lorenz von Stein. Così come non è un caso che il primo di questi convegni fosse dedicato, sei anni fa, a Thomas Hobbes, su cui pure, anche nel lavoro ora recensito, si registra un'attenzione forse sproporzionata all'oggettivo legame che egli, in ogni caso, poté avere con la ragion di stato.

Il resoconto della discussione svoltasi al convegno di Tübingen registra a un certo punto un irresistibile scoppio di risa che accompagna l'affermazione di Freund secondo cui « il termine ragion di stato è inadeguato ad esprimere ciò che la ragion di stato è stata » ⁽³²⁾. Non si tratta solo di una battuta: tale non può che essere la conclusione se si pretende — ripeto: sostanzialmente nella scia di Meinecke e di tutta la tradizionale letteratura — di dare una lettura unitaria e interna al fenomeno. Sono invece i nessi che esso ebbe con l'esterno che andrebbero approfonditi, alla ricerca di specificità sempre maggiori, riguardo sia alle differenze storico-costituzionali fra le diverse situazioni (in termini sia cronologici che territoriali), che ai tagli problematici via via utilizzati nell'affrontare il tema del politico. Perché questo ha significato, complessivamente, la ragion di stato: lo sforzo di affrontare il politico in modo autonomo, secondo le condizioni storiche che di volta in volta si presentavano, e fino a che (in modo e per vie diverse nelle diverse situazioni) l'autonomia del politico non ha saputo produrre anche un'autonomia della sua propria lettura: cioè una scienza politica (o più scienze politiche) internamente autonoma.

(32) Cfr. p. 329.

La ragion di stato non è altro che l'insieme, spesso indistinto, confuso e contraddittorio di attenzioni al nuovo politico (autonomo nella sua diretta colleganza ad obbiettivi concreti pratici operativi) che segnano il trapasso dal compatto ordine concettuale-ideologico medievale all'altrettanto ma diversamente chiuso ordine statale. Essa comincia a esistere, come fenomeno storicamente databile, dove e quando le urgenze delle condizioni e del tempo impongono soluzioni diverse ai problemi della convivenza umana, e cessa di esistere quando tali urgenze riescono a trovare una risposta unitaria e metodologicamente integrata nelle moderne scienze dello Stato (siano esse l'economia, il diritto, la scienza di polizia). In questo senso, la ragion di stato fa in qualche modo parte di quel periodo di transizione, contraddittorio ma rivoluzionario, che si è progressivamente convenuto di considerare « manieristico », nel senso che il nostro Schnur ha da tempo con grande intelligenza proposto di intendere anche in campo politico ⁽³³⁾.

Se ciò è vero, ecco che le numerose aperture offerte dai contributi di Tübingen possono trovare un punto di lettura più unitario, capace di esaltarne contemporaneamente le singole specificità e il collegamento unitario: purchè non si pretenda di infilarli in modo coerente lungo il filo di una collana perfettamente sgranata, ma si punti piuttosto a porre in luce il groviglio di tematiche e di proposte di soluzioni che il grande salto dal vecchio al nuovo politico provoca. Va da sè, allora, che alcuni nodi di quel groviglio potranno essere colti già prima di Machiavelli e Bodin, e altri continueranno a ingombrare il cammino dopo Hobbes e Tomasio; ma è altrettanto vero che solo il XVI e il XVII secolo potranno essere considerati i secoli della ragion di stato, nel senso che in quell'epoca principalmente si giocò il grande conflitto (proprio di ogni età di transizione) fra vecchio e nuovo « modo ». Ne consegue che l'epoca della ragion di stato andrà studiata non tanto con l'obbiettivo di individuare in modo sistematico i connotati interni di una sua presunta autonomia, ma con quello di misurare il grado di distacco dal vecchio e di anticipazione del nuovo che nel suo ambito si poté produrre. Sarà cioè preferibile una lettura in negativo piuttosto che in positivo della ragion di Stato: attenta — per riprendere l'aforisma prima citato di Freund — più a quel che si verificò fuori di essa che al suo proprio interno. In tal modo, forse, non sarà più necessario ricorrere in modo brusco alla distinzione (assai più di tipo logico che storico) fra fase interna e fase esterna di costruzione e affermazione dello Stato; o fare i salti mortali per seguire le

⁽³³⁾ R. SCHNUR, *Individualismus und Absolutismus. Zur politischen Theorie vor Thomas Hobbes (1600-1640)*, Berlin 1963, Duncker und Humblot; ma anche *Die französischen Juristen im konfessionellen Bürgerkrieg des 16. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des modernen Staates*, Berlin 1962, Duncker und Humblot.

complicate evoluzioni che hanno accompagnato lo svolgersi e il definirsi in concreto dei rapporti fra politica e religione; e infine accettare con maggiore tranquillità e « comprensione » il rapporto separante/congiuntivo fra Stato moderno e società moderna.

Dal punto di vista costituzionale, il collegamento che sto proponendo di evidenziare è quello con l'assolutismo nel suo complesso teorico-pratico, in particolare con la sua *ratio* di fondo, consistente nella stringente logica progettuale del nuovo Stato, della nuova forma di organizzazione del potere che si viene costruendo. Se il legame di fondo è questo, poco importano le lacune o le cadute di tipo polemico che segnano l'andamento delle riflessioni sulla « ragion di stato ». Assai più importanti risultano le coesioni tematiche e metodologiche (o meglio di prospettiva). Di nuovo, appare confermato che la lettura della « teoria » della ragion di stato va fatta in rapporto all'altalenante maturità del progetto teorico-pratico dello Stato moderno (e delle nuove « scienze » in cui esso vieppiù si esprimerà).

Non può essere un caso che la stragrande maggioranza degli autori a cui ci si riferisce quando si parla di ragion di stato siano teorici estremamente concreti dello Stato, qualunque sia l'aspetto che indagano in modo privilegiato (la sovranità del principe, la polizia interna, i rapporti con l'esterno, l'organizzazione amministrativa, le relazioni economiche, il problema religioso, la sfera privata e così via). È altrettanto sicuro che buona parte di questi aspetti trovano progressivamente, nel corso del Seicento e con maggiore compiutezza nel Settecento, sistemazione teorico-concettuale nelle diverse « scienze dello Stato ». La ragion di stato va definita in rapporto a questi elementi, e non per i suoi caratteri formali o solo politico-materiali (cioè prevalentemente polemici).

Il volume curato da Schnur offre numerosissimi appigli per una ricostruzione di questo genere, e per questo si presenta come una tappa importante degli studi non solo e non tanto sulla ragion di stato, quanto sulla transizione ideologica e teorica dal vecchio al nuovo mondo politico. Gli arricchimenti che ne derivano nella ricostruzione dei caratteri specifici delle riflessioni politiche che accompagnano la crescita dello Stato moderno in Europa sono di altissimo valore; non solo perché è raro poter disporre in modo sinottico di quadri interpretativi per forza difformi, in quanto riferiti a situazioni diverse, ma anche proprio per i risultati originali spesso raggiunti nella definizione di situazioni singole (è questo il caso, particolarmente, della situazione tedesca). Ciò conferma, ancora se ve ne fosse bisogno, l'intelligenza insita in una proposta di « comprensione » unitaria del pensiero politico europeo della prima età moderna, dal punto di vista prospettico della ragion di stato. Purchè però quest'ultima serva alla prima, e non viceversa. In tal modo, proprio il punto di partenza metodologico dell'introduzione di Schnur — il collegamento diretto, in chiave sto-

rica, con l'esperienza dello Stato moderno — riceve la sua più convincente applicazione.

Perchè, a voler ben vedere — e su questo il congresso di Tübingen ha un po' troppo taciuto, ma non è certo questa la sede per riempire i suoi silenzi — gli elementi di concretezza, di operosità, di progettualità sopra richiamati a nutrire il concetto di ragion di stato sono anche, senza ombra di dubbio, gli elementi « originari » del fenomeno, nella sua stessa storia letteraria. Più che Machiavelli, i fondatori della ragion di stato sono gli italiani della fine del Cinquecento: e anche Botero « illustra » assai meglio la sua ragion di stato nelle *Cause della grandezza e magnificenza delle città* che nella *Ragion di Stato*. E dei due Guicciardini è indubbiamente più significativo Ludovico che non Francesco. E infine (forse merita ricordarlo) secondo Meinecke, fu monsignor Della Casa il primo ad usare consapevolmente il termine: solo che va aggiunto che l'impiego dellacasio non fu in alcun modo occasionale, ma del tutto consapevole e finalizzato: anche se (spiace per Schnur) in termini di politica estera e non di politica interna. E ancora, se si vuole, fa forse parte dei fondamenti della ragion di stato anche l'operetta dimenticata del Della Casa, quel *Galateo* di tanto inferiore per dignità sociale al *Cortegiano* di Baldassar Castiglione, ma di quest'ultimo tanto superiore nell'allargare al tema dei rapporti sociali i criteri razionali, utilitaristici, operativi, quasi statistici, di cui si cominciava solo allora timidamente a tentare l'applicazione ai più formalizzabili e governabili rapporti interni allo Stato.

PIERANGELO SCHIERA

Ilmar TAMMELO, *Zur Philosophie des Überlebens*, Freiburg-München, K. Alber Verlag, 1975, 267 S. (Reihe « Fermenta Philosophica »).

Nimmt man Ilmar Tammelos neuestes Opus « Zur Philosophie des Überlebens » zur Hand, ist man zunächst verwundert, ja sogar skeptisch: Wie kommt ein weltweit bekannter Rechtslogiker und Methodologe zu dieser Thematik, die gezwungenermaßen seinen wissenschaftstheoretischen Ansatz transzendieren muß?

Liest man die ersten Seiten, das erste Kapitel, wird eine zentrale Denkstruktur Tammelos sichtbar: Er will Positivismus und Formalismus, überhaupt die Wissenschaft — so wie sie hier und jetzt ist, — keineswegs zur Wahrheit schlechthin erheben. Denn er besteht eindringlich auf dem Unterschied zwischen Wahrheit und Richtigkeit. Äußerst präzise wird die Gefahr reflektiert, die immer dann entsteht, wenn die Wissenschaft in einer bestimmten Gesellschaft zur absoluten Wahrheit schlechthin hypostasiert wird. Die Konsequenzen eines Totalitarismus — sei er nun linker oder rechter Provenienz — sind dann

niemals weit entfernt. In diesem Sinne relativiert Tammelo auch seine eigene Sachkompetenz: seine rechtslogischen und methologischen Anstrengungen sind eine Auseinandersetzung mit dem Problem der Richtigkeit; davon differenziert sieht er das Problem der Wahrheit! Um sie kreisen die Gedanken des Buches, — «unkonventionell», wie er selbst sagt. Dabei gibt Tammelo keineswegs vor, das was Wahrheit ist, ergründen zu können: sein Unterfangen besteht in Annäherungsversuchen oder — metaphorisch gesprochen — in Einkreisungsversuchen. Bei diesen Versuchen der Darlegung der eigenen Position ist aber Tammelo immer von radikaler Skepsis. Die Legitimation für seine Arbeit bezieht er aus der Angst und Sorge «um das Dasein». Sein Begriff der Sorge, der nichts mit dem Umgangssprachlichen zu tun hat, wird von ihm sorgfältig expliziert. So sind es auch letztlich Deskriptionen dieses «Daseins», die ihm Anlaß zu seinen philosophischen Überlegungen geben: eigene depressive oder euphorische Traumreflexe, Gespräche, Situationen, aktuelle politische Ereignisse, Erinnerungen. Eine erste Denkbeziehung Tammelso wird sichtbar, nämlich das existentiell Erlebte als Ausgangspunkt. Dies soll nicht heißen, daß Tammelo dem Existentialismus verpflichtet ist, wohl aber daß er in seinem Denkkontext steht.

Tammelos Registraturen des Negativen, dessen daß das «Prinzip Hoffnung» immer wieder auf das «Prinzip Wirklichkeit» stößt, bedingen, daß ein ungetrübter Optimismus für ihn eine Sache der «Naiven» ist. Weitere Denkkontexte eröffnen sich: bei allem Willen zum Besseren, den Tammelo hat, bei allen Bemühungen, in den von ihm aufgeworfenen Problemen den Weg der «goldenen Mitte» zu entdecken, ist er doch eher geneigt, Schopenhauer zu folgen, der sagte, daß es zum wirklichen Guten in der Welt niemals kommen wird. In Verwandtschaft zum metaphysischen Pessimismus des späten M. Horkheimer scheinen Tammelo die Verheißungen künftigen Glücks für die Menschheit angesichts des gewesenen Unglücks fragwürdig, wenn nicht sinnlos. Er wäre bereits damit zufrieden, wenn die Gegenwart den künftigen Generationen nicht eine derartige Hypothek hinterlassen würde, die ihr Überleben radikal in Frage stellen könnte.

Die in Tammelos Arbeit behandelten Zentralprobleme liegen auch im Arbeitsfeld jener verstorbenen Wissenschaftler, denen das Buch gewidmet ist. Dem großen österreichischen Naturrechtler und Rechtsphilosophen René Marcic und dem amerikanischen Rechtstheoretiker und Völkerrechtler Wolfgang Friedmann. Beiden verdankt Tammelo Denkanregungen sowohl durch ihr wissenschaftliches Werk, wie auch durch ihr persönliches Schicksal. Während Marcic Opfer einer «technischen Panne» wurde (er verlor sein Leben bei einem Flugzeugabsturz), wurde Friedmann Opfer eines Raubmordes. Werk und Schicksal dieser Wissenschaftler verschmelzen bei Tammelo zu einer gedachten Einheit, zu einem Dialog über die Grenzen des Todes, so ins-

besondere im dritten Teil seiner Arbeit, den « eunomischen Versuchen », wo er zentrale Probleme des Naturrechts behandelt und seine Denkergebnisse in Konfrontation mit Marcic' Naturrechtsdenken bringt. Es wird ein Vermittlungsversuch zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht vorgeschlagen: das eunomische oder wohlbegründete Recht. Methodisch schlägt Tammelo für dessen Begründung produktive Verfahren vor, die geeignet sind, über den Weg der Kommunikation zu Werten zu gelangen, deren Kriterien die intersubjektive Anerkennung sind. Der Kommunikationsbegriff selbst wird zentral im zweiten Teil seiner Arbeit thematisiert, der mit dem Übertitel « Albingensische Begegnungen » versehen ist. Die metatheoretischen Erwägungen des Autors versuchen Kommunikation in Relation zu Recht, Wissenschaft, politischer Macht sowie zur Weltordnung insgesamt zu stellen. Der erste Teil der Arbeit setzt sich mit den Dimensionen der Gerechtigkeit auseinander.

Über das ganze Buch hin läßt uns Tammelo an seinem Zweifel und seinen Verzweiflungen teilhaben. Er zwingt uns, seine Autopsychogramme mitzulesen und seine permanenten Selbstkorrekturen nachzuvollziehen. Bedingt durch die Einbeziehung seiner Traum- und Empfindungsreflexe eröffnet Tammelo dem jeweils gestellten Thema auch tiefenpsychologische Dimensionen. Mit dem Autor durchwandert man die verschütteten Plätze mystisch-philosophischen Denkens, die letztlich doch zur existentiellen Erfahrung eines jeden einzelnen gehören. Die Bogumilen, die Albingenser, die Manichäer als geschichtliche Erscheinungen dienen Tammelo dazu, eine wesentliche tiefenpsychologische Struktur freizulegen: Die des existentiellen Zweifels und der Verzweiflung - daß doch « das Wesen alles Wirklichen das Böse » ist. Unsere zwischen individuelle psychische Verfassung läßt uns Gut und Böse schwanken, zwischen homo homini homo und homo homini lupus. Die Ambivalenz existentiell erfahrener Euphorie und Depression bedarf der Vermittlung! Einzige legitime Vermittlungsinstanz für diese Aporetik von Gut und Böse scheint Tammelo das wohlbegründete Recht zu sein. Dabei warnt er strikt vor jeder Dogmatisierung der Werte (die mittels der oben erwähnten produktiven Verfahren gefunden werden sollen) und will sie nur so lange in sozialer Geltung und Wirksamkeit sehen, solange sie intersubjektive Anerkennung genießen.

Tammelos Buch ist in der Tat unkonventionell: Nirgends läßt er dem Leser den Fluchtweg in Glauben oder Ideologie offen, nirgends gibt er selbst vor, über Zweifel erhaben zu sein, nirgends offeriert er unfehlbare Lösungsmöglichkeiten für einen Ausweg aus der bedrohten Gegenwart. Trotzdem und gerade darum ist seine Arbeit durch ein echtes philosophisches Anliegen gekennzeichnet, nämlich sich mit der Wirklichkeit auseinanderzusetzen so wie sie ist. Denn diese zwingt philosophisches Denken auch seine eigene Tradition neu zu überdenken und zeitgemäße Begriffe zur Erfassung der Wirklichkeit zu erarbeiten.

Ein solches Denken kann nur ein übergreifendes und integratives Denken sein. Die Gegenwart ist die antizipierte Zukunft. Die Gefährdungen der Gegenwart, sei es nun für das Einzelindividuum oder für das Kollektiv, antizipieren die Katastrophe der Zukunft! Nur wenn dies ins Bewußtsein der Menschen kommt, sind Präventionen und Innovationen real möglich; genau die Erzeugung dieses Bewußtseins leistet Tammelos Buch.

MICHAEL FISCHER

F. TODESCAN, *Lex, natura, beatitudo (Il problema della legge nella scolastica spagnola del sec. XVI)*, Padova, 1973, pp. 269.

Il libro di Franco Todescan, un giovane filosofo del diritto della scuola padovana, ha il merito di affrontare il rapporto tra metafisica e diritto a proposito della seconda scolastica. In questa andiamo sempre più riscoprendo i fondamenti taciti della scienza giuridica continentale, dal diritto privato al diritto pubblico. Un importante bilancio delle più recenti ricerche è rappresentato dal primo volume della collana (1973), che si affianca ai *Quaderni fiorentini*, dedicato a « La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno ». Anche chi scrive ha cercato di dimostrare come concetti giuridici in apparenza neutri (da quello di imputazione a quello di ente morale), siano impregnati di una metafisica costruita dagli scolastici spagnoli del sec. XVI.

Il tema dei rapporti tra metafisica e diritto non rappresenta certo in tempi recenti un argomento alla moda; ma il senso di istintivo disinteresse verso la metafisica (o — per usare un brutto neologismo — l'ontologia) appare non solo ingiustificato, ma pericoloso sul piano del diritto. Possiamo solo correre il rischio di essere schiavi inconsapevolmente di una metafisica costruita per risolvere — come vedremo a proposito della trattazione della *lex aeterna* — i problemi di una concezione teocentrica del diritto, subordinato alla Teologia: e ciò a malgrado dei tentativi di 'laicizzazione' dei giusnaturalisti moderni. Ed i pericoli venivano avvertiti perfino da quei *giuristi*-teologi spagnoli dell'epoca, che difendevano l'autonomia del diritto canonico rispetto alla Teologia. Basti leggere il prologo del Bañez al *De iure et iustitia*, in cui viene difesa una etica profana e naturale indispensabile per l'esperienza del diritto. L'affermazione di Alberico Gentili ('Silete Theologi in munere alieno') non rappresentava dunque una voce isolata. In questa ottica la ricerca del Todescan risulta importante non solo per specialisti, ma anche per i giuristi.

Il tema centrale del libro è « se e in quale misura è stato favorito dalla filosofia tardo-scolastica, a tutti i livelli, un clima culturale che ha permesso la nascita di quel pensiero *secolarizzato*, fondamento dell'odierna civiltà tecnologica, nelle cui spire ci dibattiamo e dalla cui

crisi minacciamo di restare travolti » (p. 23). Il Todescan è consapevole che il passaggio dal 'diritto' alla 'legge' — operato dalla seconda Scolastica — non sarebbe stato possibile senza precisi agganci ontologici: il confronto tra le varie soluzioni nelle questioni fondamentali (dalla legge umana alla *lex aeterna*) viene affrontato sul piano dei diversi modi di concepire la metafisica. L'approfondimento delle singole posizioni — da Soto a Suarez — ha imposto all'autore una complessa ricerca, e vaste letture di libri non facilmente accessibili.

Il discorso sul diritto naturale viene ricollegato alla tradizionale polemica tra una etica intellettualistica ed una etica volontaristica, e vengono individuate varianti ed oscillazioni nel modo di concepire la *ratio practica*: « ... se Soto respinge la concezione volontaristica della legge, non si può parlare in lui di una mera ripetizione delle tesi dell'Aquinato. Il ruolo che alla volontà era stato riservato, nella morale e nel diritto, dai teologi francescani, non ha attraversato invano la cultura del tardo Medioevo. Lo attesta l'insistenza con cui il Maestro di Segovia precisa che la legge non è solo *rationis ordinatio*, ma altresì, e in modo indissolubilmente connesso, *praeceptio* ... ». Ma anche la distinzione tra 'ratio theorica' e 'ratio practica' (p. 171 ss.) — ripresa da s. Tommaso e Guglielmo di Auxerre — finisce per privilegiare « l'accettazione di una legge naturale concepita come sistema deduttivo (sia pur incompleto) di precetti. Ora questo fatto acquista significato se messo in relazione con l'emergente mentalità scientifica e razionalistica della filosofia moderna. Si profila infatti il pericolo, per il momento soltanto embrionale, di un'interpretazione dogmatica e precettistica del giusnaturalismo ... ». La negazione della autonoma razionalità dei valori etici trova, nel caso di Fernando Vasquez, il suo prolungamento in una concezione della Ragione come mero strumento di notificazione dell'incondizionata volontà divina.

Nell'impossibilità di offrire un adeguato resoconto di tutti i problemi connessi con la legge umana e la legge naturale, vorremmo richiamare l'attenzione sul capitolo quarto dedicato alla legge eterna, ossia alla 'lex de qua homines iudicare non possunt'. Nella filosofia cattolica « la *lex aeterna* indicava l'orizzonte, misterioso e provvidenziale, nel quale il piano della salvezza andava inscritto. Non si poteva prendere coscienza dei limiti stessi della realtà naturale, senza avere consapevolezza di una diversa realtà, che sta oltre, ma non 'fuori' di essa. Veniva così indicato l'autentico significato della *lex aeterna*: solo se, ed in quanto, si riesce ad intendere l'Essere, si può cogliere la considerazione ontologica della *natura* » (p. 227). Dio creatore e legislatore è il centro di tutto l'ordine ontologico e giuridico. Una questione discussa nell'ambito della seconda scolastica è se la legge eterna potesse configurarsi come una autentica *lex*. Il confronto tra Gabriele Vasquez e Francisco Suarez è rivelatore dei ben diversi presupposti metafisici. Secondo il primo la legge eterna non costituisce

un *imperium*, ma un *iudicium*; presuppone l'esistenza di 'idee' nell'intelletto divino: «nemo dubitat — afferma il Vasquez — in Deo esse *rationes aeternas rerum agendarum, quas ideas vocamus*». Se le 'rationes' sono intese come modelli ideali contemplati dall'intelletto divino, è inutile parlare di legge per ciò che Dio non ha ancora creato oppure deve ancora creare. Una tale concezione viene capovolta dal Suarez, al quale non pare accettabile negare il carattere dell'*obbligatorietà* alla legge eterna. La legge eterna («*quatenus per illam moraliter et politice rationalia et politica gubernantur*») assume fisionomia di legge solo rispetto agli uomini. Suarez insomma, pur consapevole dello scarto ontologico tra la legge eterna e la legge umana, intendeva affermarne l'eguale natura di fronte all'archetipo legge. Per una tale affermazione, non si poteva eludere il problema delle '*rationes aeternae*' e delle 'idee' divine. Ma esso trova la sua soluzione in una ben diversa metafisica, che contrappone all'*idea* (che è '*mere naturalis*' abbracciando anche i '*possibilia*' non creati) l'*exemplar*. Come nota il Todescan, «l'*exemplar* implica la libera scelta fra i diversi modelli possibili, e la conseguente attività creatrice rispetto a tali modelli» (p. 250). La moralità insomma suppone la conformità ad una autentica legge di Dio, e non ad una mera idea che ha carattere speculativo.

La problematica sollevata da Todescan pare allora rilevante anche per capire la genesi e la struttura della metafisica suaresiana: non ci pare casuale che il tema della esemplarità, e della causa esemplare, sia centrale nelle *Disputationes metaphysicae* (1597): dalla XII alla XXV. Quella metafisica pare sollecitata dalla soluzione del problema della *lex aeterna*, che è fondamentale in una dottrina teocentrica del diritto. Se infatti consideriamo l'evoluzione del pensiero del *Doctor eximius* (a partire dal *De bonitate et malitia actuum humanorum* del 1581), notiamo come nelle precedenti trattazioni non vi sia una frattura con la dottrina delle 'idee'. La dottrina suaresiana della legge eterna — esposta nel secondo libro del *De legibus* (1612) — presuppone dunque una nuova concezione della esemplarità e della causa esemplare, che era ignota alla metafisica aristotelica. Accanto ad una causalità 'fisica' vi è secondo Suarez — una causalità 'metafisica', il cui studio appartiene alla scienza generale dell'Essere. A differenza delle 'idee', che hanno un carattere meramente *speculativo*, gli esemplari sono «*rationes intelligibiles rerum faciendarum*». L'esemplare non ha carattere speculativo ma pratico, operativo, produttivo: l'esemplare insomma è una *forma practica*. Il pensiero tradizionale, trascurando l'azione creativa, aveva ignorato l'esistenza di una 'causalità morale': la verità delle cose è strettamente legata alla verità dell'atto creativo. Il fare divino è 'pratico', e la sua verità è nella esemplarità dell'intelletto divino. Qui va ricercato il criterio della verità della prassi, o — per usare il linguaggio di Suarez — della '*veritas in re operabili*'.

ALESSANDRO GIULIANI

A proposito di...

GIORGIO BERTI

RECENTI SCRITTI DI GIUSPUBBLICISTI INTORNO ALLA PROPRIETÀ

I pubblicisti si sono avvicinati al tema della proprietà, in questi ultimi tempi, sotto tre profili: la proprietà pubblica o i beni pubblici; l'espropriazione; l'edilizia e il connesso regime dei suoli. A stare alla distribuzione sistematica degli istituti di diritto pubblico, secondo la tradizione, questi profili non sono omogenei, né presentano una continuità naturale fra loro, sia per l'origine storica dei singoli istituti, sia per l'attacco che ciascuno di essi ha in tale sistematica.

A parte i beni pubblici, tra i quali campeggia il demanio, e che hanno occupato, con funzione ridotta e mai caratterizzante, lo spazio che il diritto privato riserva agli oggetti dei diritti reali, conservando peraltro nettamente la dipendenza dal codice civile che pure disciplina i beni pubblici, l'edilizia e l'espropriazione non sono stati che paragrafi dei capitoli dedicati agli atti amministrativi e ai relativi procedimenti e rapporti tra amministrazione e privati.

Poiché però il regime della proprietà costituisce il presupposto su cui si misura l'attività amministrativa e quindi si pone la relativa problematica di legittimità, bisogna dire ancora una volta che, considerando il diritto amministrativo tradizionale secondo l'ottica dei privati destinatari degli atti, che rimane in fondo quella giusta per capirne appieno il sistema, la derivazione dogmatica e sistematica e quindi anche pratica del diritto amministrativo dal diritto privato diventa o rimane il motivo più importante di qualsiasi presentazione del fenomeno pubblicistico in termini di amministrazione. C'è insomma una ragione di più rispetto a quelle comunemente messe in luce, della dipendenza dal diritto privato: i cittadini o i destinatari degli atti dell'autorità propongono un tema obbligato per ogni iniziativa del potere pubblico, ed è a ben vedere il tema della proprietà. E se è vero che il sistema del diritto privato uscito dalle codificazioni non è altro che la traduzione sistematica del « codice della proprietà », anche il diritto amministrativo si iscrive in questo codice o ne svolge le premesse, cercando peraltro costantemente di restargli fedele.

Oltretutto l'autorità è stata molto spesso fatta scendere dal piedestallo in cui ufficialmente trovasi collocata; una sotterranea azione di compromesso oppure la concorde adesione a regimi convenzionali

ha fatto scadere il potere pubblico a livello di partner di rapporti sostanzialmente paritari e non è anzi inconsueto trovare scritto che i destinatari degli atti sono stati vincenti, in molte parti dell'esperienza amministrativa, rispetto agli autori degli atti, i quali si sono dunque lasciati condurre od hanno spesso esercitato un'autorità scontata o accettata.

Rilievi sociologici e definizioni giuridiche, pur voltandosi la faccia, si danno ormai spesso la mano: se si vuol riscrivere la storia dell'amministrazione nella sua poco più che centenaria esperienza, bisogna forse cominciare dalla proprietà e dalle sue varie gestioni.

Per un certo verso, il diritto amministrativo ha catalogato degli usi della proprietà, che i rapporti interprivati non avevano conosciuto: e non si parla soltanto di particolari utilizzi di beni in via immediata, ma anche e soprattutto di definizioni di rapporti nei quali il cittadino qualificato dalla proprietà si presenta ed anzi difende le sue pretese. In altri termini, i molti statuti proprietari di cui oggi si parla sono da vedersi anzitutto come diverse presentazioni del soggetto privato, la cui capacità non ha mai cessato di esporsi nei rapporti attraverso lo schema della proprietà, che è come dire attraverso la mediazione del potere sui beni. E si può anche lasciare per ora da parte la proprietà pubblica, giacchè essa ha probabilmente poco da spartire con la proprietà in quanto status economico che legittima il cittadino o che condiziona una legittimazione altrimenti acquistata.

Su tale linea, si deve registrare altresì uno scambio frequente tra diritto privato e diritto amministrativo, nel senso che ciò che si sperimenta nel rapporto stato-individuo viene spesso recuperato ai « valori » civilistici, come nuova caratterizzazione o nuova qualificazione di un istituto o di un tipo di diritti soggettivi. Anche la funzione sociale della proprietà, ha giocato in questo senso il suo ruolo: essa infatti ha lo spessore di una caratterizzazione unitaria della proprietà, in quanto al rapporto soggetto-bene essa ha aggiunto quello soggetto-società, mediato quest'ultimo dalla presenza di istituti ufficiali o doppiato da rapporti formali tra privati ed enti pubblici.

Così, nell'ottica della proprietà, il diritto pubblico salda la sua ragione a quella del diritto privato, il quale dal canto suo incorpora i risultati dell'esperienza pubblicistica, rielaborati ed adattati alle esigenze della funzionalità complessiva del sistema. Dopodiché può anche apparire il rovescio, e cioè che, nei rapporti di diritto pubblico si sfrutti una qualificazione della proprietà che il diritto privato ha elaborato all'interno della sua esperienza storica. C'è insomma uno scambio continuo nel quale peraltro prevale sempre il diritto dei rapporti interprivati, in quanto fra le cosiddette sovrastrutture è quello che ha fornito il modello ai rapporti di diritto pubblico e ne ha anzi dominato tutta la vicenda.

Nella proprietà c'è sempre un momento di assolutezza ed è quello che, a prescindere dagli usi dei beni e quindi della proprietà stessa,

rende preminente rispetto a ogni altro il rapporto uomo-bene o rapporto economico o rapporto soggetto-oggetto, come schermo tra l'uomo e la società; e su questo schermo si è innestata anche la posizione individuale nei confronti del potere pubblico. Le mille relativizzazioni della proprietà riflesse in altrettanti regimi dei beni non hanno nuociuto a questa assolutezza di fondo, dalla quale traggono alimento le situazioni soggettive e lo stesso interesse legittimo, se è vero che dietro ad esso c'è sempre un diritto soggettivo.

Lacerata e apparentemente abbattuta, la proprietà unitaria ricompare, travestita in molti modi, quando si tratti di qualificare una posizione od una pretesa. Il diritto soggettivo accumula al suo fondo i residui unitari dell'istituto della proprietà. Ed è chiaro allora che la condanna di certe forme di proprietà o della proprietà come diritto assoluto e inviolabile si arresta di fronte a quella soglia nella quale si ritrova, come momento ancora fondamentale dell'ordinamento, la qualificazione unitaria e perciò generica del diritto soggettivo, come posizione appunto assoluta dell'uomo nei confronti della società e quindi dell'ordinamento.

Il diritto soggettivo è assoluto, in quanto pretesa vincente, anche se riferito per la nascita o per lo svolgimento a un rapporto di natura obbligatoria: assoluto, nel senso che la sua definizione e la sua difesa non ammettono interferenze o verifiche sociali. L'interesse legittimo, nel versante dei rapporti cittadino-potere pubblico, è il prolungamento di quella posizione di assolutezza dell'individuo, che ha la sua matrice nella proprietà, e così si spiega la genericità del suo contenuto ed anche la sua disponibilità alle soluzioni concrete le più varie, in quanto esso non viene mai turbato sino in fondo dall'esercizio del potere pubblico, essendo destinato appunto a conservare per principio e al di là del singolo caso l'assolutezza del diritto.

Ciò per dire che la conservazione dell'assetto giuridico generale, che preme come un'esigenza primaria sull'azione dei giudici, si avvale della riconduzione a schemi unitari dei fenomeni giuridici più vari e perciò anche di quelli che contengono maggiori cariche innovative e sociali. Questi schemi perciò si induriscono, assumono una durezza quasi costituzionale e poco conta alla fine che tale operazione venga giustificata attraverso il riconoscimento di particolari contenuti come quello, a proposito della proprietà, del contenuto minimo e del contenuto essenziale. Il senso dell'operazione è infatti più ampio, ed è quello secondo il quale, in tempi chiaramente di transizione come i presenti, nessun mutamento delle leggi ha idoneità ad incidere al fondo dei singoli istituti sino a che l'ordinamento giuridico non riesca a trarre dall'esperienza conclusioni generali sulla condizione individuale. Allora si comprende il limite della « funzione sociale » della proprietà, del ruolo conformativo che secondo l'art. 42 Cost spetta al legislatore circa il contenuto di tale diritto.

2. GIANNINI, nel suo libro recente « *Diritto pubblico dell'economia* » (Bologna, Il Mulino, 1977), a proposito della funzione sociale dei diritti dominicali privati, respinge l'idea, adottata dai privatisti, che la funzione sociale sia da ricercarsi come « una sorta di spirito interno dei diritti di proprietà ». Secondo lui si dovrebbe invece ritenere che il condizionamento, dovuto all'inerenza di pubblici interessi a determinati beni, avvenga dall'esterno del diritto di proprietà in se stesso e colga più propriamente gli elementi nei quali i singoli diritti di proprietà sono strutturati: l'appartenenza, la disposizione, il godimento o più di essi insieme. Insomma, non ogni inerenza di pubblico interesse a un bene è funzionalizzazione del relativo diritto di proprietà, ma soltanto quella che si realizzi attraverso l'esercizio di una potestà di direzione da parte di un potere pubblico. E così la funzione sociale sarebbe un « quid concreto e particolare che la legge determina, e che si esprime sempre in un potere di direzione e quindi di controllo da parte di un pubblico potere ». Ne conseguirebbe che sul medesimo bene coesistono « situazioni soggettive di un privato (proprietà) e situazioni soggettive di un pubblico potere, queste secondo o potestà o diritti potestativi, a seconda delle norme positive ». La funzionalizzazione si inserirebbe dunque in un rapporto di direzione.

Se si è ben capito, anche sulla base del precedente studio di GIANNINI, « *Basi costituzionali della proprietà privata* » (in *Politica del Diritto*, 1971, 443), il pensiero dell'Autore si sviluppa secondo un'ottica pubblicistica, anzi di poteri pubblici identificati attraverso una loro soggettivizzazione (stato, enti pubblici) e alla stregua di una idea di fondo, che è alla base della sistematica pubblicistica, secondo cui non si dà alla fine alcuna concessione del privato al momento sociale che non passi attraverso l'esercizio del potere pubblico da parte dello stato o di un soggetto ad esso aggregato ovvero assimilato.

Ciò conduce apparentemente a rappresentare la proprietà in termini di un diritto soggettivo avente una struttura chiusa, in quanto definito esclusivamente dalla posizione individuale e quindi non permeabile al momento sociale, ma soltanto comprimibile mediante l'esercizio di un potere pubblico ufficiale. Il bene diventa così la struttura al cui confronto si bisticciano, o più ottimisticamente si compongono, il diritto soggettivo privato di proprietà e il potere soggettivo pubblico di direzione.

Se ora andiamo a rileggere qualche pagina addietro, là dove GIANNINI si intrattiene sulla proprietà pubblica in senso oggettivo e sulla fruizione imprenditoriale (beni pubblici destinati a fruizione di impresa altrui) crederemmo di trovare una sorta di corrispondenza, sia pure a termini rovesciati, con la categoria dei beni privati sottoposti a direzione di un pubblico potere. Il parallelismo però non sembra prodursi integralmente.

È vero infatti che lo stato è proprietario di giacimenti minerari, ai quali è impressa la destinazione di essere utilizzati da altri. Già ta-

luno aveva però osservato in proposito che la fattispecie costitutiva della miniera è l'impresa mineraria; prima dell'impresa vi è una cosa, e cioè un giacimento, e non un bene in senso giuridico. A questo riguardo abbiamo allora un bene o una cosa che diventa bene in quanto confluiscono su di essa una proprietà pubblica e un regime di concessione. La cosa trascolora in impresa e il bene è questa impresa.

Osserviamo subito che qualcosa di simile, a proposito di convergenze di situazioni private e di situazioni pubbliche, dovrebbe verificarsi nel regime dei suoli urbani dopo la legge sulla casa del 1971 e la legge sulla utilizzazione dei suoli del 28 gennaio 1977 n. 10: che mai sarebbe infatti la concessione *ad aedificandum* se non la trasfigurazione ad opera del pubblico potere di una cosa in bene giuridico? Anche l'area urbana e la proprietà privata impiantata su di essa non sarebbero dunque altro che il presupposto dell'area edificabile o della edificazione come impresa: però, non c'è, perlomeno in termini così marcati come per l'impresa mineraria, un tale interesse collettivo o pubblico all'esercizio dell'impresa edificatoria, che riesca veramente a tradurre la proprietà in alcunché di vivo e di funzionale. L'edificazione resta sempre, salvo il caso dell'espropriazione, un fatto da limitare, ma non da funzionalizzare in se stesso. Altrimenti occorre che il pubblico potere, portandosi oltre il rilascio della concessione, coinvolga il bene in una impresa edificatoria pubblica: comparti, ovvero piani di edilizia residenziale pubblica. In questi casi però pare che l'ablazione del diritto sia un passaggio necessario.

Tutto ciò deve bastare per dire che la coesistenza di interessi di varia matrice in ordine ad un bene non presenta soluzioni univoche: il bene non è mai una struttura rispetto alla quale sia possibile definire delle situazioni complesse e dei rapporti. Prima vi sono queste situazioni e solo dopo viene il regime del bene. Tutt'al più il bene, per le sue qualificazioni economiche, serve a provocare un processo di conflitto o di composizione di interessi e quindi di diritti e di poteri. Si torna dunque da capo: è vero che certi beni hanno un valore per la loro destinazione giuridica, ma è vero anche che questa destinazione presuppone a sua volta una definizione sociale dell'utilizzo del bene e quindi una soluzione di conflitti mediante la costruzione o la conformazione, come oggi si dice, di situazioni soggettive.

Sembra dunque che la pluralità di categorie di beni non sia che un riflesso della pluralità di posizioni soggettive a loro volta formate mediante l'assunzione del bene come entità economica e come definizione di rapporti sociali intorno a questo oggetto. In altri termini, il bene in senso giuridico non è definibile se non come riflesso di un rapporto o di un fascio di rapporti, anche se ovviamente il bene come oggetto fa parte degli elementi della fattispecie o addirittura la condiziona.

Alle volte, la disciplina legislativa adotta categorie di beni, anzi il rilievo economico o sociale di categorie di beni allo scopo di con-

formare rapporti e attività che vengono fatti emergere come disciplina di beni determinati: lo scambio soggetto-oggetto è assai frequente e forse non nuoce, quando si abbia presente il limite della funzione dell'oggetto nella qualificazione giuridica del rapporto.

La « funzione sociale » della proprietà rende dunque relativo il diritto del proprietario, giacché due posizioni giuridiche in ordine ad uno stesso bene non possono che relativizzarsi l'una all'altra, e non c'è quindi ragione per conservare l'assolutezza di un diritto solo perché la sua imputazione avviene nei confronti di un soggetto privato.

La proprietà privata dell'art. 42 Cost., è pertanto lo statuto di un tipo di proprietà che garantisce l'appartenenza privata del bene come definizione normativa del rapporto tra il privato e la società; come la proprietà pubblica è la definizione di uno statuto proprietario secondo il quale lo stato o l'ente pubblico stabilisce attraverso i beni la ragione della sua funzione verso la società.

La norma costituzionale presuppone evidentemente l'idea che vi siano soggetti pubblici e soggetti privati e che la proprietà sia un istituto capace di raccogliere al suo interno esperienze apparentemente molto diverse. Il pubblico potere, quando si rivolge al privato proprietario, anche per imporgli limiti positivi o prestazioni, si trova necessariamente ad operare all'interno della struttura proprietaria e ne subisce i condizionamenti; la forza costituzionale dell'art. 42 consiste probabilmente nel rendere necessari prima che possibili questi condizionamenti, e tutto il dibattito sulla proprietà si concentra appunto sulla definizione di questi condizionamenti che si esauriscono praticamente nelle limitazioni e nell'espropriazione.

La funzione sociale della proprietà privata acquista pertanto il significato di una conferma costituzionale di una struttura proprietaria che non risolve di per sé stessa il rapporto tra il privato e la società dal punto di vista dell'uso dei beni e che di conseguenza ammette la presenza degli interessi sociali e collettivi nella determinazione concreta delle facoltà del soggetto di imputazione del bene. Escluso che la proprietà sia un diritto fondamentale e inviolabile, la collocazione dell'istituto nel titolo dei rapporti economici acquista il significato di una chiave di lettura di questi rapporti ed è in questo modo che la proprietà è una struttura: essa significa il criterio di definizione del rapporto uomo-società riflesso sui beni, ma non decide il contenuto di questo rapporto. Ciò perché la Costituzione stessa è indecisa per principio, essendo destinata a ricoprire una società pluriclasse e una economia divisa tra il pubblico e il privato.

Molte categorie di beni dunque, ma non proprietà fondamentalmente diverse, sibbene diverse relazioni, riflessi sui beni, tra pubblico e privato, il che vuol dire tra uomo e società. Così è chiaro che, quanto più stretta o più vicina è, per esito di vicende storiche o per volontà politica, l'immedesimazione dell'individuo nella società, tanto più ridotta sarà la parte che al privato spetta all'interno della struttura

proprietaria. Così come nell'altro versante, quello dei beni pubblici, quanto più la società prende le distanze dal soggetto pubblico proprietario e impone delle sue scelte, tanto più sarà ridotta la parte spettante al soggetto pubblico: il che è evidente nella proprietà collettiva, quando la titolarità formale dell'ente pubblico si stempera e si svuota di fronte all'uso collettivo.

La vera eccezione è dunque la proprietà collettiva, perché qui la struttura si confonde con il contenuto, e qui si contiene il germe, nelle nostre costituzioni occidentali mai sviluppato, di una proprietà popolare. E quando la proprietà è popolare, allora veramente il bene non è più misura del rapporto fra individuo e società: purtroppo, ad apparente conferma postuma dell'antico impianto borghese o liberale, la sconfitta della proprietà individuale si accompagna di fatto con l'eclissarsi o l'attenuarsi della garanzia della libertà individuale (in realtà giocano altri fattori, e più in particolare la troppa pieghevolezza delle misure sostitutive del ruolo della proprietà, incapaci di convalidare il distacco e il confronto tra individuo e stato).

Il significato di questa struttura proprietaria, che conserva e garantisce al suo interno la dialettica sociale e consente la qualificazione normativa del punto storico di fissazione di questa dialettica, è tuttavia quello di ridurre l'importanza o la funzione qualificatoria delle situazioni soggettive ovvero dei diritti soggettivi e dei poteri pubblici: lo schema che offre GIANNINI è invece ancora legato da un lato alla funzione compositiva di interessi che ha il legislatore (il che emerge di più dalle ultime pagine del libro), dall'altro alla visione organizzativa e quindi soggettivistica del potere pubblico, che si esprime con manifestazioni le quali definiscono il limite di espansione del diritto individuale ovvero ne dirigono l'esercizio in sensi determinati. È vero che la funzione esecutiva dell'apparato statale trascolora ormai a servizio a disposizione di centri di potere politico-economico (pag. 330). Resta tuttavia il telaio di fondo, secondo il quale il potere pubblico si presenta come una forza esterna al diritto soggettivo del privato, anche se « il riconoscimento delle proprietà private si avvera secondo i modi con i quali le diverse leggi conformano i diritti medesimi ».

Che poi questa idea di fondo domini, nel ricco e non acquietato pensiero dell'AUTORE, la ricostruzione dei rapporti economici e della regia riconosciuta ai poteri pubblici, emerge dall'attenzione che l'Autore stesso presta, rielaborando e rinnovando concezioni o intuizioni già presenti nella dottrina, alla simiglianza di presentazione e di definizione normativa della proprietà privata e dell'impresa: sia per l'una che per l'altra « i pubblici poteri hanno potestà conformative, di controllo e di programmazione, quando ricorra inerenza di un interesse pubblico in ordine all'appartenenza, alla disposizione, al godimento del bene ». Anche l'impresa infatti è una struttura che ammette soluzioni effettive molteplici, anch'essa non è definita quanto al contenuto, vi sono imprese pubbliche e imprese private.

Certo l'impresa è un'attività, oppure un'istituzione, e per essa è più facile discorrere di struttura che non per la proprietà, che si presenta nei panni di un diritto soggettivo, anzi *del diritto soggettivo*: però è proprio questo che fa la Costituzione, essa cioè riduce questi due istituti ad una sorta di denominatore comune. In altri termini, la Costituzione inizia il processo di erosione della proprietà come diritto assoluto, inizia il processo di revisione del diritto soggettivo come qualificazione dei momenti assolutistici della posizione e della pretesa individuale. La funzione sociale interrompe il filo diretto uomo-bene, vale a dire soggetto-oggetto. Ed è chiaro allora che la prima figura che viene ad essere intaccata non è tanto la proprietà come appartenenza, ma il diritto soggettivo che si innesta in quell'appartenenza traendo da essa la connotazione dell'assolutezza.

L'osservatore pubblicitario non può non essere sensibile a questa vicenda costituzionale, dato che, come si è detto all'inizio, il rapporto amministrativo tradizionale rimane ancorato al diritto soggettivo, di cui l'interesse legittimo rappresenta in fondo un potenziamento di tutela, un'azione posta a copertura della pretesa individuale quando questa si scontra col potere pubblico. Se i rapporti interprivati traggono dalla proprietà e dalla disponibilità dei beni il marchio che li contraddistingue, e quindi insieme la legittimazione di ordine economico e la caratterizzazione del contenuto, lo stesso va detto per il diritto pubblico, quando si sia convinti della sua subordinazione scientifica, ma anche istituzionale e pratica. Insomma, se lo schema di fondo è quello del diritto soggettivo che si innesta nella proprietà, ciò vale anche per il diritto pubblico, onde deve dirsi che sia il rapporto amministrativo che i termini di questo rapporto e i suoi contenuti si ricollegano alla posizione economica dell'individuo, posizione che si misura verso la società appunto in forza della signoria sui beni e della disponibilità dei beni come misura. Quindi anche lo schema autorità-libertà e la contrapposizione dell'individuo alla società, sia pure attenuata dall'ordine necessario del sistema giuridico, ha radici in quella situazione soggettiva, come disponibilità del bene.

La Costituzione apre, come si è rilevato, un processo di trasformazione, basato sulla solidarietà e sull'accessibilità da parte di tutti all'uso dei beni, condizione intermedia tra la proprietà come dominio e la proprietà popolare ovvero la non proprietà. Però le deviazioni dallo schema costituzionale, che sono il prodotto di un tipo di azioni politiche e di comportamenti, e così la dipendenza dell'amministrazione per troppe vie da poteri di fatto, politici ed economici, hanno impedito l'avverarsi di quel programma, hanno svolto negativamente l'indecisione costituzionale, conservando, nelle prospettazioni dei giudici e in buona parte dell'opinione dottrinale, la forza della rappresentazione tradizionale: hanno conservato soprattutto il valore del soggetto e del diritto soggettivo, il contenuto autoritario ed assolutistico della pretesa individuale.

In breve, le molte proprietà e le molte categorie di beni, che segnavano l'avvio alla concezione sociale dei diritti, sono valse di più a permettere la conservazione del nucleo di fondo della proprietà, che è la protezione del diritto soggettivo e del sistema di rapporti che fa perno su tale figura.

Così, nella conclusione di GIANNINI, secondo cui funzionalizzare una situazione soggettiva di un privato non significa determinare il contenuto di questa situazione soggettiva, ma sottoporla ad una potestà di direzione di un potere pubblico, c'è forse la constatazione implicita della impossibilità di realizzazione del modello costituzionale da parte di una società che rimane indecisa e perciò disordinata, nel senso che non ha saputo trovare l'ordine adatto alla sua composizione pluriclasse. Tanto vale allora conservare al pubblico e al privato i loro tradizionali impianti e cercare piuttosto di forzare la capacità recettiva degli istituti tradizionali e degli schemi nei quali essi si rispecchiano. Si va a rischio però di incontrare troppe occasioni per verificare anche da questa parte dei limiti invalicabili.

3. Nel suo libro « *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, parte I^a (Milano 1974), SORACE, nel ripercorrere la vicenda costituzionale, giurisprudenziale e dottrinale in ordine alla proprietà-espropriazione, focalizza l'indagine sulla determinazione delle premesse e dei presupposti occorrenti a configurare in termini costituzionalmente appropriati l'indennità espropriativa. Dell'indennizzo non si parla però nel libro, ma la relativa trattazione è rimandata ad una seconda parte, che non risulta a tutt'oggi pubblicata. Di conseguenza, vanno fatte risaltare le premesse, e cioè i risultati che l'Autore raggiunge in ordine alla configurazione della proprietà e della espropriazione.

C'è dunque per Sorace una proprietà civilistica ed una proprietà costituzionale: la prima reca evidenti i segni di un diritto riconosciuto, in quanto storicamente conformato; la seconda attende di essere conformata dal legislatore. Però il legislatore è vincolato a un contenuto minimo o a un contenuto tout court della proprietà, e questo contenuto gli è indicato dalla costituzione materiale « nella misura in cui il legislatore sembra tenuto a riconoscere la gestione privata dei beni in conformità alle esigenze dei rapporti economico-sociali svolgentisi nella società o, se e in quanto si voglia dire sostanzialmente la stessa cosa, in conformità alle richieste della coscienza sociale ».

Se si è ben inteso, la costituzione materiale rispecchierebbe questa coscienza sociale. Ma cos'è questa coscienza sociale se non la storia di una società tradotta in un sentimento attuale? Allora pare che non vi sia tanta differenza di metodo tra il legislatore civile e quello costituente, visto che il primo non ha fatto che recepire e ridefinire un criterio di proprietà che la costituzione materiale di allora gli aveva imposto. Di qui si potrebbe anche inferire che il legislatore, pure nell'ambito della definizione costituzionale, svolge la funzione di chi, se-

condo la storia, configura e quindi contermina la proprietà, operando sempre su di una situazione soggettiva che trae indipendentemente la propria ragione e il proprio contenuto dal sentimento sociale o dalla volontà politica. Certo, è difficile districarsi a proposito della proprietà dall'intreccio tra una coscienza generalizzata del diritto privato al godimento esclusivo del bene e la consapevolezza di tutto ciò che si racchiude nell'espressione « funzione sociale », e che designa in fondo il peso delle esigenze di una società che si trasforma senza rinnegarsi.

La lunga disamina di SORACE reca evidenti i segni di questa difficoltà di superamento di posizioni e di definizioni apparentemente contraddittorie, difficoltà che a loro volta riprendono e amplificano o rendono più sensibili le molte indecisioni del testo costituzionale. Fino a che punto la Costituzione si libera ovvero libera dalla storia sociale e giuridica vissuta in precedenza? Non è solo per pigrizia o per spirito di conservazione che la Costituzione viene letta talora secondo l'apparenza e la forza degli istituti già codificati: la Costituzione stessa non ha invero voluto o saputo allontanarsene, preferendo trasmettere impulsi ad un legislatore futuro. E così è stato per la proprietà dove, come SORACE mette in evidenza, lo scontro delle ideologie non ha fatto scoccare la scintilla di una soluzione vera.

Quindi, la mancanza di identità fra la nozione civilistica di proprietà e quella costituzionale non sembra essere tanto decisiva agli effetti del reperimento di una nozione di espropriazione alla luce dell'art. 42, III comma della Costituzione. Anche per l'espropriazione, SORACE propone invero una scissione, che egli vede tra l'espropriazione amministrativa e l'espropriazione costituzionale. Nel diritto costituzionale non possono trasferirsi, secondo SORACE, « i risultati cui hanno portato elaborazioni, pur rigorose ed attendibili, di nozioni e principi propri di un altro settore del diritto ed ispirati ad una ratio propria di quel settore ». Però anche per SORACE l'espropriazione amministrativa sembra rimanere « l'espropriazione in senso stretto » con cui vanno appunto confrontati gli istituti che sembrano presentare con essa qualcosa in comune.

Ma che cos'è l'espropriazione costituzionale? Pare di capire che, nel pensiero dell'AUTORE, l'espropriazione costituzionale, (in questo peraltro assai poco collegata con la proprietà costituzionale) corrisponda veramente a una espropriabilità di categorie di beni, come modificazione dell'imputazione soggettiva. Egli prende, infatti, le mosse dall'osservazione che si ha conformazione della proprietà quando un provvedimento « prenda in considerazione oggettivamente il diritto soggettivo cui si riferisce », ma non si ha conformazione sibbene espropriazione quando il provvedimento « consideri il profilo della (sua) imputazione soggettiva che presuppone un diritto già conformato ». Oggi non si potrebbe più ritenere l'istituto (espropriazione) « come esclusivamente idoneo a trasferire coattivamente singole proprietà, sicché non si vede come non si possa e debba ricorrere ad essa

tanto se, ad esempio, si tratti di « pubblicizzare » una intera « categoria » di beni privati, che se si debba operare una riforma fondiaria trasferendo tutte le aree di una certa zona agraria a determinati soggetti ». E allora l'AUTORE respinge la tesi secondo cui « non sarebbero espropriazioni, ma provvedimenti regolativi del regime dei beni, i provvedimenti privativi acquisitivi riguardanti una intera categoria di beni ». Quali saranno le conseguenze che l'AUTORE trarrà poi in tema di indennizzo non è dato sapere: a questo punto infatti ogni ipotesi deve rimanere riservata, mentre appare urgente che egli concluda la sua fatica e completi le sue risposte.

La linea di pensiero è comunque chiaramente determinata da una visione dell'ordinamento, secondo la quale pubblico e privato si disgiungono e si distinguono per contrapposizioni soggettive. Il trasmettere dei beni da un soggetto all'altro, da categorie di soggetti ad altre categorie di soggetti, secondo una vocazione costituzionale che rimane sottintesa, ovvero affidata alla coscienza sociale, sembra in realtà costituire il punto nodale del regime costituzionale della proprietà. Un'appartenenza e una fruibilità dei beni debbono pur esserci, e questo è il momento della garanzia e della quiete; tutto il resto è mobile e tutto dovrebbe quindi risolversi alla stregua di un principio o di un criterio di indennizzo.

Secondo questa ricostruzione, il regime della proprietà diventa il potere, non si sa bene se del legislatore o dell'amministrazione, di regolamentare l'appartenenza, ed anche pubblico e privato non sarebbero espressioni decisive, giacché l'espropriazione, come provvedimento generalizzato, serve ad attuare la sostituzione di categorie di soggetti con altre categorie, e questo è il suo fine fondamentale, non quello di sostituire un soggetto pubblico a un soggetto privato. Gli articoli 42 e 43 della Costituzione vengono letti insieme, l'espropriazione amministrativa è recessiva di fronte alla più larga espropriazione costituzionale.

A guardare più a fondo però, questa espropriazione costituzionale assume la dimensione di un criterio astratto per la definizione della proprietà. Non per nulla il libro è dedicato all'espropriazione e all'indennizzo: ciò vuol dire infatti voler vedere la proprietà nella luce dell'espropriazione. Ma ciò è davvero conforme alla Costituzione? Si corre il rischio di annullare la funzione sociale, soffocandola nel grande mare della espropriabilità. Non è la proprietà che cambia, ma cambiano i soggetti proprietari, e questo è tutt'altro che un'operazione di adeguamento degli istituti alla società del momento. Diventa una delle tante operazioni, con le quali la storia sostituisce le classi o i ceti nella disponibilità o nell'uso dei poteri. E allora si capisce che agli occhi dell'Autore il contenuto della proprietà diviene quello imposto dalla Costituzione materiale fatta coincidere con la c.d. coscienza sociale, dove domina però l'interesse di coloro che attendono il passaggio di mano della disponibilità dei beni. E a ciò contribuisce anche la rigida

visione soggettivistica dei rapporti, che è il telaio di fondo su cui si collocano le operazioni espropriative. La proprietà insomma rimane un diritto assoluto, con i temperamenti imposti dal legislatore attuale, e continua a premere sui rapporti con la sua antica carica di dominio e di esclusione (giacché è chiaro che la proprietà dell'uno nega quella dell'altro, se l'uso dei beni è regolato solo col cambiamento dell'imputazione).

Ci sarebbe anche da chiedersi se questa visione espropriativa e appropriativa sia poi in linea con certa legislazione dell'ultima ora: la L. 8 agosto 1977 n. 513 sembra infatti chiudere taluni accessi alla proprietà della casa di abitazione, che l'art. 47 II comma Cost. garantisce e che la legislazione precedente aveva puntigliosamente assicurato. Il che fa pensare oltretutto a quanto sia labile e forse bizzarra la costituzione materiale in un paese dall'assetto sociale non ancora definito.

4. Insieme con l'espropriazione e l'indennizzo ha assillato la recente dottrina il tema della proprietà edilizia e della disciplina dell'uso dei suoli urbani. Anche in questo campo abbiamo avuto chiaramente un riflusso nel quadro dei poteri autoritari e dei rapporti amministrativi, sulla base di una diffidenza verso le programmazioni e le pianificazioni, indubbiamente giustificata dal comportamento politico, sia di quello tradotto in atti dell'amministrazione sia quello trasformato in leggi.

La polizia urbanistica o edilizia ha soppiantato da tempo la programmazione. Ha cominciato la cosiddetta legge ponte del 1967 ed ora continua la legge sui suoli di quest'anno (28.I.1977 n. 10). Era chiaro perciò che la disciplina urbanistico-edilizia divenisse agli occhi della dottrina una sorta di nuova polizia della proprietà ed in particolare della proprietà edilizia. Vi sono categorie di beni e vi sono categorie di proprietari: la proprietà edilizia doveva essere ricondotta fuori dal privilegio economico nel quale l'aveva posta la prassi sfrenata che si era legittimata sull'idea della proprietà unitaria e, bisogna aggiungere, sulle colpe di amministratori politici e burocratici. I giudici ordinari, che si sono impossessati, sotto il profilo civile, ma anche e soprattutto sotto quello penale, dei rapporti e dei conflitti provocati dall'attività edilizia, hanno largamente contribuito alla crescita di questa nuova polizia.

E vien subito da pensare come sia contraddittorio prefigurare una pianificazione che non si può svolgere altro che all'interno del nucleo dei poteri di disposizione sul suolo e poi esaltare le sanzioni, le quali presuppongono invece una partenza chiaramente liberistica in ordine alla proprietà e al relativo commercio. Sembra che programmazione e pianificazione urbanistica e proprietà privata urbana continuino a marciare separatamente senza riuscire nei fatti a incontrarsi e determinare con questo incontro un regime realistico ed accettabile.

La recente legge n. 10 del 1977 può presentarsi come un tentativo per rendere plausibile questo incontro, proponendosi appunto un nuovo tipo di conformazione proprietaria che ha nella concessione edilizia la sua sintesi. In realtà, troppe altre disposizioni di questa legge fanno ricadere i rapporti edilizi nella ormai tradizionale dissociazione di poteri e di diritti, dove il pubblico e il privato vanno ciascuno per la propria strada nella più generale confusione di fondo. Sotto il profilo delle posizioni giuridiche, nulla come l'edilizia-urbanistica testimonia la degenerazione dei rapporti basati sull'autorità e la libertà, che sono formule vuote quando l'autorità è disarmata e la libertà si alimenta di poteri economici incontrollabili. Però questa è la linea cui ci si attiene o nella quale si ricade, anche quando la si ripudia.

Una dimostrazione di queste singolari impossibilità di rinnovamento del nostro sistema giuridico ci viene dal libro di MAZZONI, *La proprietà procedimento* (Milano 1975), al cui proposito dovremmo dire subito che il titolo un po' suggestiona, un po' inganna.

Il libro si apre con un capitolo dedicato a talune precisazioni circa l'orientamento e la metodologia dello studio. MAZZONI cerca di superare i condizionamenti del problema autorità-libertà che sarebbe stato centrale di un intero periodo storico della scienza del diritto, e cerca contemporaneamente di universalizzare il mondo urbanistico-edilizio, adottando un'usanza scientifica oggi abbastanza in voga tra gli studiosi, di salire cioè al generale e di ridiscendere al particolare, per importare nell'ambito ristretto preso in considerazione il buono e il cattivo che si rinviene nel campo generale. Insomma, i mali urbanistici sono mali di tutti, e allora anche i rimedi debbono trovarsi in uno spazio più grande. Prova ne sono le disquisizioni del più vario genere di cui si compiace l'AUTORE e le sortite che egli si concede nella storia e nell'economia. Nulla di nuovo e nulla di male, anzi tutto di bene, se e quando si riesca alla fine a seguire un metodo e a dimostrare uno stile.

Si legge a pag. 17: « la norma urbanistica è, per sua natura, una disciplina, un modo, un metodo di trasformazione della realtà, di sovrapposizione di ciò che sarà la realtà del futuro a ciò che è la realtà attuale »; ed ancora: « la normativa urbanistica impone una visione dinamica rapportata al complesso delle norme e degli strumenti urbanistici »; « essa ha bisogno di un inquadramento globale ». E queste osservazioni si collegano subito con altre, che hanno per bersaglio la dottrina, la quale lascerebbe poco spazio a ricerche volte a individuare « la completezza del comando giuridico nell'ambito del sistema ». Ed allora la novità del metodo abbracciato dall'Autore, dichiaratamente affascinato dal cosiddetto diritto urbanistico, è quella di porsi a individuare gli interessi in gioco e di cucire quindi, per non abbandonare il criterio giuridico, il fatto e la norma, l'essere e il dover essere. Tra i giuristi, « l'interesse, consciamente o inconsciamente, produce l'orientamento »; ciò vuol dire che la dottrina è interessata (or non si sa bene

se tutta o solo quella invischiata nel diritto urbanistico e ammorzata dalle sue piuttosto squallide vicende). Ed ecco subito la dimostrazione: la dottrina sostiene che la pianificazione urbanistica è « controllo su di una attività », onde si traduce in un sistema di limiti imposti ad una attività del soggetto. Proprio perché è limite dell'attività, la pianificazione non può sopprimere questa attività, ed allora l'espropriazione non potrebbe essere una conseguenza della pianificazione, perché la prima è soppressione dell'attività e la seconda disciplina dell'attività stessa in quanto facente capo a un soggetto privato. Insomma, l'ideologia della proprietà, evidentemente cara anche agli scrittori di cose urbanistiche, ha impedito al diritto urbanistico di librarsi in un aere meno viziato. Non si sarebbe voluto capire che la pianificazione urbanistica comprende due problemi diversi, e cioè la programmazione urbanistica che attiene all'assetto della organizzazione economica e la pianificazione della proprietà che vuol dire pianificazione della rendita tratta da un determinato bene. L'indagine giuridica deve essere allora finalizzata a scoprire gli interessi che governano il mercato urbanistico. Di qui appunto l'approccio preferito dell'A.: nel termine proprietà si fondono gli interessi della proprietà e della impresa; dalla fusione alla omogeneità intrinseca degli interessi il passo è breve, e così la proprietà conforma l'impresa e quindi la dinamica del mercato.

Sarebbe dunque possibile ordinare il complesso delle tensioni economiche e sociali, che in un determinato periodo storico hanno animato il fenomeno urbanistico, intorno alla proprietà: ma, per risalire dalla considerazione economica a quella giuridica si avrebbero da una parte la proprietà che legittima l'impresa edilizia e dall'altra la proprietà che è già impresa; la prima legittimerebbe la seconda.

Viene subito da chiedersi se questa sia veramente una descrizione giuridica, oppure ancora una descrizione di tipo sociologico dello sfruttamento edilizio della proprietà urbana da parte del proprietario. Si era sempre parlato, a proposito dell'edificazione, di facoltà del proprietario; e la diversa qualificazione offerta dall'A. circa il passaggio dalla proprietà all'uso edilizio della proprietà non aggiunge nulla ed è piuttosto criticabile proprio in funzione della ricostruzione degli istituti. Così il ricorso al termine impresa è piuttosto ingannevole, anche perché se vogliamo far risaltare l'arbitrio concesso al proprietario del suolo è meglio adottare termini che rappresentino questo tipo di comportamento, piuttosto che altri che, come l'impresa, designano tutt'altro fenomeno ed anzi sottolineano il distacco dell'attività produttiva dal mero arbitrio del proprietario.

Il continuo trascorrere della rappresentazione giuridica alla descrizione storica impedisce di cogliere sino in fondo il pensiero dell'AUTORE. Vi sono ogni tanto affermazioni che andrebbero messe in evidenza per valutare la trattazione: sembra infatti perlomeno eccessivo dire che lo stato corporativo tendesse alla sublimazione dell'individuo (finora si diceva il contrario). Si capisce che l'ansia dell'AUTORE è rivolta a

mettere in luce la sostanza profonda dei fenomeni ed a chiarire le mistificazioni: però non si può confondere l'impostazione politica dello stato di un certo periodo storico con l'uso collaterale dei relativi istituti. Altrimenti si rischia di accrescere la mistificazione, e non si arriva a metterla a nudo.

Poi viene la legge urbanistica del 1942, la quale onererebbe il proprietario dell'impresa edilizia, pena il passaggio del bene ad altro soggetto pubblico o privato. Così, mentre nella proprietà-legittimazione, che prevale nel periodo liberale, l'ordinamento distingue tra soggetti proprietari e soggetti consumatori delle attività edilizie, nella proprietà-impresa, che ha il suo punto di attacco nella legge urbanistica del 1942, la selezione dell'ordinamento è tra soggetti capaci all'impresa e soggetti incapaci. Risultato codesto di una nuova alleanza tra pubblico e privato: la decisione sull'an e sul quomodo e sul quando dell'azione passa alla mano pubblica; il vecchio proprietario è protetto in quanto sa divenire imprenditore, altrimenti gli subentra un nuovo proprietario imprenditore.

Ma c'è un altro modello, quello della proprietà riservata, i cui caposaldi sono delineati nella L. 22 ottobre 1971 n. 865. Per rendersi conto di questo nuovo fenomeno, che si realizza mediante un servizio prestato a categorie di cittadini, occorre però prendere atto di un lungo dibattito politico e dottrinale che mette via via in evidenza le linee di « un sistema economico sostanzialmente dualistico nel quale proprietà pubblica e privata, riconoscimento del diritto e limite allo stesso, coesisterebbero ».

Poco alla volta, il proprietario statico diviene sempre più isolato e il suo destino è gravemente compromesso (pag. 184): si profila l'alleanza tra la grande industria e l'impresa edilizia. Però la giurisprudenza insiste sul contenuto minimo del diritto di proprietà e allora la lotta tra il proprietario « parassita » e il proprietario « imprenditore » non è conclusa, anche se l'interesse del proprietario imprenditore sembra divenire prevalente. Non conta tanto definire la licenza edilizia e collocarla in questo gioco di prevalenze alterne, quanto dare atto che vi sono casi « in cui la proprietà statica soccombe rispetto alla proprietà dinamica o, meglio, vi sono fattispecie in cui, rispetto a un singolo bene, può parlarsi di proprietà statica legittimata dal consenso all'accollo di un obbligo di impresa ».

Non si capisce però il ruolo della licenza edilizia che oscilla tra l'idea di rimozione di un limite e quella di « provvedimento con il quale si impone un impiego di capitale necessario all'adempimento di un obbligo che il proprietario del bene si è assunto nei confronti della pubblica amministrazione » (pag. 209), dove si vede subito l'inaccettabilità di un confronto o di una alternativa tra concetti per nulla omogenei.

Lo sbocco finale è una conferma ulteriore dell'idea ossessiva che pervade il lungo discorso e cioè: « l'imprenditore non trova più la le-

gittimazione all'impresa nella semplice esistenza del diritto di proprietà, per via della riconnessione del c.d. *ius aedificandi* all'area del potere pubblico ». Allora « occorre, per raggiungere lo scopo, conquistare l'area di pubblici poteri »; insomma arriva il momento del potere clientelare e dei suoi compromessi che sono le convenzioni edilizie.

E su queste osservazioni si innestano tentativi di valutazione di opinioni della scienza giuridica e tentativi ripetuti di definizione dello *ius aedificandi*. Anche l'espropriazione entra nel giro di questo argomentare e così apprendiamo ancora una volta che « vi è precisa corrispondenza tra proprietà statica ed espropriazione-garanzia ».

Tra le pagine 294 e 295 troviamo finalmente una sintesi delle situazioni di proprietà statica, situazioni che, a scioglimento di dubbi creati in precedenza, non sono correlative a diverse età del generale processo storico-economico, ma « sono tutte presenti nell'attuale fase di evoluzione storica ». Il proprietario da legittimazione può utilizzare il bene in senso edilizio; il proprietario da impresa è obbligato a questa utilizzazione; il proprietario con riserva (ma di chi?) è escluso dalla utilizzazione e dal godimento del bene.

Queste sono le dimensioni della proprietà statica, su cui l'Autore continua a intrattenersi nel III capitolo. La proprietà-legittimazione si scompone in proprietà-legittimazione autorizzata e proprietà-legittimazione concessa, la quale ultima si avrebbe quando l'amministrazione definisce l'assetto urbanistico del bene. Nella proprietà legittimata operano l'autorizzazione e la concessione o consenso. Questi strumenti giuridici servono a rendere attuale la legittimazione. Pare invece che la licenza edilizia sia un atto di controllo nel caso della proprietà impresa.

Entrambe le figure di proprietà attengono all'ambito di soddisfazione degli interessi individuali; invece la proprietà riservata attiene « all'intervento equilibratore dei poteri pubblici nelle naturali zone di conflitto e di scontro tra interessi dell'industria e interessi della proprietà »; qui l'espropriazione attua appunto la riserva, che ne sta a monte. Nella « proprietà riservata insomma la legge interviene per porre un limite alla proprietà privata disciplinando il modo di acquisto e di godimento di un bene di proprietà pubblica ».

Ecco, tutto il quadro servirebbe a porre in luce « una sorta di gradualismo nella intensità degli interventi legislativi »: finalmente l'art. 42 Cost. ha pace, giacché con l'articolazione offerta dall'Autore i modi di acquisto, di godimento e i limiti della proprietà privata sono i settori nei quali deve operare la legge ai sensi dell'art. 42, II comma, Cost. Però, attenzione, afferma l'AUTORE: tutto ciò vale solo nel diritto urbanistico (la cui definizione resta come è noto piuttosto discutibile).

A questo punto, e siamo alla fine del libro (ne mancano una cinquantina di pagine), l'Autore si chiede come mai un bene immobile singolo possa essere oggetto del primo oppure del secondo oppure del terzo tipo di proprietà. Allora, la folgorazione: questo problema è mal

posto, la proprietà non si divide in tre statuti, ma è uno statuto unico, solo che l'unità si ritrova « nella dinamica del fenomeno giuridico della proprietà immobiliare », per cui lo stesso bene può essere oggetto oggi di un tipo di proprietà e domani di un'altra. Lo scopo della disciplina normativa è il divenire giuridico del bene immobile. E, preso dall'entusiasmo di questa intuizione, l'Autore arriva a dire che anche la funzione sociale della proprietà, che è scopo della norma e non quindi della gestione proprietaria, va ricercata in quel divenire, e cioè nella trasformazione dello statuto del bene immobile.

Il IV capitolo dovrebbe spiegare questa dinamica e farci comprendere la proprietà-procedimento che abbiamo rincorso invano per 500 pagine. Viene fuori così che tutto si risolve nel sistemare la finalizzazione della proprietà ai sensi dell'art. 42: a ciò provvede la « funzione », istituto già noto, che viene utilizzato per la puntualizzazione o lo svolgimento del passaggio dalla rilevanza politica alla rilevanza giuridica.

Non basta che la funzione sociale qualifichi lo scopo della norma, occorre che si abbia un'attività imputata a diverse componenti soggettive, insomma un procedimento, nel quale si esprimono forze politiche, forze sindacali, enti, soggetti privati, portatori di interesse diffuso, etc. etc. Insomma si scopre ancora una volta il procedimento come ambito nel quale si esercita o si attua il cosiddetto pluralismo sociale, e si riscopre il piano regolatore, giacché tramite questo alla decisione del proprietario si sostituisce la decisione di forze da lui diverse. Infine si ricuce uno schema che pareva a brandelli, e cioè quello dell'attività amministrativa che esegue un precetto. La consegna del costituente è che la norma legislativa designi lo scopo dell'attività e che questa, anziché essere condotta dal singolo individuo, il disprezzato proprietario statico, sia invece realizzata attraverso una dinamica procedimentale cui partecipino le forze sociali.

Non si può nascondere la delusione che rimane alla fine di una lettura alquanto faticosa disturbata di continuo da note farraginose non sempre funzionali al testo e non sempre vigilate nei riferimenti dottrinali.

Dunque basta riscoprire ancora una volta il procedimento? Basta la partecipazione? Si ha l'impressione che questa ricostruzione dinamica della proprietà abbia soggiogato in vario modo l'Autore, attraendolo però in diverse prospettive che egli non è riuscito a combinare insieme. L'economia e la storia possono essere ripercorse utilmente solo all'interno dei fatti giuridici e delle rilevazioni a cui questi, secondo metodi e criteri appropriati, danno occasione, non attraverso passaggi di piano o sovrapposizioni che divengono bisticci e conducono alla fine ad affermazioni sostanzialmente elusive. Qual'è l'utilità di porre il procedimento al posto del soggetto se non si ha consapevolezza della premessa fondamentale di questa operazione, che per essere innovativa vuole anzitutto l'oggettivazione dell'intera attività amministrativa e

prima ancora la ridefinizione del rapporto tra l'amministrazione e la legislazione, nonché tra i poteri e la società?

È mai possibile che il procedimento assuma in se stesso tutta la disciplina giuridica, che divenga cioè la norma fondamentale? O non è piuttosto un alibi per eludere ricostruzioni e sistematiche più complete?

Anche la proprietà entra in questo ambito di problemi e di trasformazioni. La funzione sociale, certamente, si deve realizzare all'interno della struttura proprietaria e questa è descritta prima dalla Costituzione e poi dal legislatore, ed è giusto che la funzione sociale non sia alcunché di fisso e di immobile, ma il risultato di un confronto effettivo: questo però deve essere reso possibile da una predisposizione degli individui e della società a una ridefinizione dinamica dei ruoli e delle attitudini e quindi dei poteri. Altrimenti si ricade in un incontrollato e incontrollabile intersecarsi di convenzioni e di contratti, dove semmai vince l'interesse del gruppo più forte e la società rimane ancora perdente.

PIO CARONI

L'EDUCAZIONE GIURIDICA IN ISVIZZERA DAL XVI AL XIX SECOLO

I.

Si sa che la storia giuridica svizzera non ha nessuna tradizione unitaria. Ciò non dovrebbe meravigliare troppo e nulla ha a che fare con una presunta letargia culturale o insensibilità politica degli storici del diritto elvetici. Il passato del paese è fortemente marcato da una tradizione terragna-locale, antiunitaria ed anticentralista, nel migliore dei casi (a partire dal 1848) federalista. E non è mancato chi ha collegato questo fatto con il persistere di istituti di democrazia diretta, ritenendo che l'autonomia politica potesse allignare solo nell'ambito di rapporti fortemente particolareggiati, secondo il motto: *Demokratie und Partikularismus sind ein Geschwisterpaar* ⁽¹⁾.

L'illuminismo giuridico aveva ben tentato di superare la molteplicità delle finora intatte sovranità cantonali: avviando o favorendo lo studio comparato dei diversi ordinamenti cantonali, e prefigurando così — almeno a livello descrittivo e non ancora operativo — il futuro stato federale ⁽²⁾. Ma fu una istanza prematura, che non incise sulla prassi, ed avvizzì poi nel clima della Mediazione e della Restaurazione. Le classiche opere storico-giuridiche scritte in Svizzera nel XIX secolo da storici che — almeno in parte e talvolta a titolo diverso — si consideravano membri della scuola storica di Savigny, sono storie cantonali

(1) Così Karl MEYER, *Italienische Einflüsse bei der Entstehung der Eidgenossenschaft*, in *Aufsätze und Reden*, Zürich, 1952, p. 33 ss., in particolare (con il motto citato nel testo) 50-51 ss. L'origine di questa idea è ovviamente in MONTESQUIEU *De l'esprit des lois*, VIII-16.

(2) Rinvio ad es. all'opera di Johann Jacob LEU, *Eidgenössisches Stadt- und Landrecht*, 1727-1746, sulla quale vedi ora C. SOLIVA, *Das eidgenössische Stadt- und Landrecht des Zürcher Bürgermeisters Johann Jacob Leu*, Wiesbaden, 1969. Interessante mi sembra poi in questo contesto anche il piano di una rappresentazione finalmente completa del diritto in vigore nei diversi territori della Confederazione, che fu tipica espressione dell'illuminismo giuridico svizzero. Il piano venne spesso discusso nelle lettere che si scambiarono I. ISELIN e J. A. F. BALTHASAR negli anni 1758-1759 (il carteggio è pubblicato in *Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde* 24, 1925, in part. p. 6-7, 9, 17, 30, 32, 33-34, 35, 36, 136).

o che raggruppano più Cantoni dalla matrice politica comune: penso ai lavori di J. K. BLUNTSCHLI, di J. J. BLUMER e di Ph. A. von SEGESSER⁽³⁾.

Quei pochi che, sfidando la moda dei tempi e l'ironia degli accademici, lavorarono a delineare una unitaria storia giuridica svizzera, dovettero talvolta pagare un prezzo che mi pare (e non sono il solo a pensarlo) molto elevato: dovettero infatti espungere dalla tematica trattata tutto quanto non fosse comune alla tradizione dei singoli Cantoni. E questo significava, non raramente, rinunciare ad esaminare gli aspetti centrali di quella vecchia Confederazione, alla quale già Jean BODIN aveva negato ogni carattere unitario⁽⁴⁾. Penso ad opere dedicate esclusivamente al «nuovo» diritto pubblico elvetico e che regolarmente cominciano con l'esame della Repubblica Elvetica, che fu fenomeno effimero nel tempo (1798-1803) ma pur determinante nel destino della Confederazione⁽⁵⁾. Penso poi anche ad altri lavori, nei quali il discorso, ridotto all'osso fino alla fine dell'Ancien Régime, si va via arricchendo e diversificando nel corso del XIX secolo, a contatto con la realtà tutta nuova della scomparsa dei paesi soggetti e collegati e poi della conseguente nascita dello stato federativo⁽⁶⁾.

Altri storici hanno potuto offrire un panorama completo (e quindi apparentemente unitario) della storia giuridica svizzera solo servendosi di un artificio che ha avuto, sì, parecchio successo, ma non per questo resiste meglio alla critica. Secondo un metodo familiare al giurista, hanno «sussunto» la storia giuridica elvetica in un modello straniero, ne hanno fatto una più o meno fedele derivazione e l'hanno quindi esposta secondo le esigenze di quel modello. Penso qui, per essere esplicito, ai molti tentativi di privilegiare il nesso fra la storia giuridica svizzera e quella *Deutsche Rechtsgeschichte*, che i germanisti tedeschi del secolo scorso vennero costruendo in aperta concorrenza con le tesi pretestuose di SAVIGNY⁽⁷⁾. Questa scelta, che ha lasciato tracce vi-

⁽³⁾ J. K. BLUNTSCHLI, *Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich*, Zürich, 1838-1839; J. J. BLUMER, *Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien oder der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell*, St. Gallen, 1850-1859; Ph. A. von SEGESSER, *Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Luzern*, Luzern, 1851-1858.

⁽⁴⁾ J. BODIN, *Les six livres de la République*, Paris, 1583, p. 110-114. Sulle diverse costruzioni giuridiche fiorite intorno alla vecchia confederazione vedi M. KOPP, *Die Geltung des Mehrheitsprinzips in eidgenössischen Angelegenheiten vom 13. Jahrhundert bis 1848 in seiner Bedeutung für die alte Eidgenossenschaft*, Diss. iur. Bern, 1959, p. 80 ss.

⁽⁵⁾ Così soprattutto Ed. His, *Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts*, Basel, 1920-1938.

⁽⁶⁾ Vedi ad esempio J. MEYER, *Geschichte des Schweizerischen Bundesrechts*, Winterthur, 1878-1875; E. BRAND, *Eidgenössische Gerichtsbarkeit*, Bern, 1952-1956.

⁽⁷⁾ Nell'inverno 1878-1879 Alois v. ORELLI tenne per la prima volta una lezione dal temerario titolo *Schweizerische Rechtsgeschichte* all'Università di Zurigo. Ne pubblicò poi uno schema: *Grundriss zu den Vorlesungen über Schweizerische Rechtsgeschichte*, 2. Auflage, Zürich, 1884. Nel paragrafo introduttivo di questo

stose e difficilmente cancellabili a breve scadenza anche nell'organizzazione dell'insegnamento universitario, *non tiene conto della molteplicità e della peculiarità della tradizione giuridica svizzera*. Essa va quindi rifiutata per un mucchio di motivi: poiché costringe lo storico ad ipotizzare un rapporto concorrenziale con altre tradizioni giuridiche che hanno operato nel paese (e fra queste certamente anche quella romanistica), scindendo così quanto in realtà operò insieme e proponendo già per questo una visione artificiosa della prassi; poiché denatura l'esperienza giuridica locale per farla apparire poi conforme ad un modello straniero di volta in volta adottato. Ma non voglio insistere sulle molte perplessità che fa nascere questo atteggiamento metodologico, e sui riflessi ideologici e politici che può avere (e talvolta ha avuto). Mi basta qui ricordare che non servirebbe nemmeno sostituire alla unilaterale adesione al modello germanistico quella a più modelli o tradizioni. Poiché non è meno deformante ritenere la storia giuridica della Svizzera romanda modellata sul calco di quella francese, e quella della Svizzera italiana esclusivamente elaborabile secondo i canoni della storia giuridica italiana. Così facendo si ammetterebbe (giustamente) la molteplicità delle tradizioni, ma nel contempo si negherebbe la peculiarità di esse rispetto al modello scelto.

Un esempio: il Ticino appartenne dal 1513 al 1798, per titoli diversi, ai Cantoni della vecchia Confederazione. Gli statuti dei baliaggi ticinesi erano modellati sullo stampo di quelli delle città lombarde e regolarmente ammettevano la funzione sussidiaria del diritto comune. Di qui la tentazione di ritenerli tipica espressione di *jus non commune*, di applicarvi la teoria dell'interpretazione romanistica, ed insomma di considerarli in tutto e per tutto nell'ambito del sistema delle fonti del diritto comune. Ma occorre resistere a questa tentazione. Poiché operando in questo modo e trasferendo *sic et simpliciter* alla tradizione giuridica ticinese categorie e concetti elaborati nell'ambito giuridico italiano, si verrebbe a negare la tipicità dell'esperienza ticinese.

Nella prassi giuridica ticinese (ed anche di altri territori italiani soggetti a paesi collegati alla Confederazione svizzera, ad es. della Valtellina e di Valchiavenna) il diritto comune divenne ben presto l'arma politica maneggiata dalla popolazione per neutralizzare l'intervento dei sovrani nel corso della giustizia. Questo spiega perché in Ticino l'interpretazione strettamente romanistica del diritto statutario, ribaltata in Italia nel corso dell'età moderna a favore dell'autonomia dello statuto, abbia avuto più a lungo vigore indiscusso. E questo spiega anche perché gli interventi giurisdizionali del sovrano siano stati rego-

schema si legge: « Die Aufgabe. Schwierigkeit derselben, Zusammenhang mit der deutschen Rechtsgeschichte. Methode » (p. 3). La novità della lezione e dell'impianto non sfuggirono all'attento occhio di Eugen HUBER, che ne parlò in una recensione del marzo 1879 (ora riprodotta in H. FRITSCHÉ, *Prof. Dr. Aloys von Orelli*, Zürich, 1957, p. 55-57).

larmente dislocati al difuori dell'area del diritto comune e si siano realizzati con l'emanazione di gride, decreti, ordinamenti, ecc. ⁽⁸⁾.

Resta da vedere ora se il rispetto della molteplicità e peculiarità della tradizione giuridica svizzera importi necessariamente la rinuncia ad ogni elaborazione che tenti di cogliere *anche* la presenza di caratteri unitari. Vi è un'opera che, secondo me, dimostra la possibilità di unire in modo convincente le due cose. È la finora insuperata e magistrale *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts* di Eugen HUBER, l'artefice del Codice civile svizzero del 1907 ⁽⁹⁾. Come riuscì HUBER a mediare in modo convincente fra termini apparentemente contraddittori? Allargando il suo strumentario, combattendo i vizi (o le illusioni) dei positivisti e quindi ricollegando la vicenda degli istituti giuridici e quella dei rapporti economici. L'opera di Huber è esemplare, proprio perché dimostra *avant-lettre* come su sostanzialmente uguali strutture economiche (quelle dell'economia naturale o — soprattutto — della lenta e non uniforme transizione all'economia monetaria) possano poi fiorire diversi e multiformi istituti giuridici, corrispondenti alla diversità e multiformità delle tradizioni culturali, religiose, morali, ecc. Non è necessario condividere tutte le tesi di Eugen HUBER, per ammettere la genialità di questo impianto. Per primo HUBER ha capito come proprio la tradizione giuridica svizzera offra materiale interessante per riflettere sul tema (che io ritengo centrale) dei rapporti che intercorrono fra i diversi « condizionamenti » del diritto.

Ho ritenuto necessarie queste osservazioni preliminari, per inquadrare un'opera recente, con la quale Ferdinand ELSENER, uno dei più noti storici del diritto svizzero, che dal 1959 professa all'Università di Tübingen ⁽¹⁰⁾, tenta una nuova rielaborazione unitaria del passato giuridico svizzero: *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert, unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts - Die kantonalen Kodifikationen bis zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*.

⁽⁸⁾ Ho elaborato partitamente questo esempio nel mio scritto *Statutum, Chiarimenti e prospettive di ricerca*, in *Scrinium*, Studi e testimonianze pubblicati in occasione della 53^a Assemblea annuale dell'Associazione degli archivisti svizzeri, Locarno, 1976, p. 55 ss. ed in particolare 59 ss. Analoghi esempi potrebbero essere adottati in ordine all'evoluzione nella Svizzera romanda (si pensi solo all'infusso esercitato dai sovrani bernesi sul *droit coutumier* del Pays de Vaud) ed anche tedesca (con riferimento obbligato alla recezione del diritto comune, che fu sostanzialmente rifiutata dai Cantoni svizzeri, a differenza di molti altri territori dell'impero romano-germanico).

⁽⁹⁾ Ho indicato la bibliografia essenziale su Eugen HUBER in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 3-4 (1974-1975), p. 274 nota 3. Aggiungo ora il necrologio di Fulvio MAROI in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto* 4 (1923), secondo fascicolo.

⁽¹⁰⁾ Notizie biografiche sull'autore nella *Festschrift* dedicatagli in occasione del suo 65° compleanno, edita da L. CARLEN e F. EBEL, Sigmaringen, 1977, p. 1-8. Ivi, p. 269-277, un elenco delle sue opere.

II.

L'opera di ELSENER ruota attorno a tre temi centrali, fra loro connessi in misura diversa, non senz'altro evidente e forse opinabile: l'atteggiamento della Confederazione nei confronti della precezione e poi della recezione del diritto romano; l'insegnamento giuridico (a tutti i livelli, come vedremo) nei territori appartenenti alla Confederazione o a lei collegati; la codificazione del diritto privato, realizzata su base cantonale nel corso del XIX secolo.

I. Da più di vent'anni ELSENER studia l'influsso del diritto culto sulla prassi giuridica dei paesi svizzeri ⁽¹¹⁾. Le sue tesi, dapprima formulate in un importante saggio del 1957 e poi continuamente approfondite e precisate ⁽¹²⁾, stanno a fondamento anche di questa nuova, complessiva opera. Possono essere riassunte così:

a) La precezione del diritto romano e canonico (la cosiddetta *Frührezeption*), che non fu fenomeno legato specificatamente alle sole vicende tedesche, provocò anche in Svizzera un primo contatto con la scienza giuridica. L'autore lo deduce da questi fatti: dalla frequenza di studenti svizzeri allo studio bolognese, dalla pratica dell'arbitrato ed ancor più dall'attività esplicata da giuristi nei diversi tribunali della giurisdizione ecclesiastica. Tutto ciò permetterebbe di concludere che il diritto culto romano-canonico fu accettato quale diritto comune sussidiario già nel XIII-XIV secolo ⁽¹³⁾.

b) Il contatto con la scienza giuridica, così promettentemente istaurato, si intensificò nei due secoli successivi, per poi perdersi, più o meno improvvisamente, nel corso della prima metà del XVI secolo. La guerra di Svevia (1499) aveva ormai staccato i Cantoni svizzeri della giurisdizione imperiale. Essi, pur restando formalmente parte dell'Impero, non riconobbero la competenza del *Reichskammergericht*, che era composto da giudici-giuristi ed applicava, in mancanza di diritto locale, allegando dalle parti, il diritto comune dell'impero. Ciò spiega perché i Cantoni svizzeri, a differenza dei territori rimasti fedeli all'Impero, non abbiano mai recepito *in complexu* il diritto romano ⁽¹⁴⁾.

⁽¹¹⁾ Per un ampio esame critico delle tesi di Elsener rimando a P. CARONI, *Entwicklungstendenzen im schweizerischen Rechtsleben, Bemerkungen zur schweizerischen Rechtsgeschichte der Neuzeit*, in *Zeitschrift für historische Forschung* 2 (1975), p. 223 ss.

⁽¹²⁾ F. ELSENER, *Die Einflüsse des römischen Rechts in der Schweiz, Historisches Jahrbuch*, hg. von J. SPÖRL, 76 (1957), p. 133-148. Per i molti e frequenti approfondimenti rinvio all'elenco bibliografico indicato *supra*, nota 10.

⁽¹³⁾ *Rechtsschulen*, p. 20-24.

⁽¹⁴⁾ *Rechtsschulen*, p. 24-30, 256-258.

c) Quali conseguenze ebbe questo rifiuto (se così lo si può definire)? ELSENER le riassume nella sua tesi centrale, quella della volgarizzazione e della stagnazione: il rifiuto di riconoscere la competenza del *Reichskammergericht*, e quindi anche quello di accettare le ordinanze imperiali volte a riorganizzare la procedura giudiziaria, il notariato, ecc., avrebbero provocato la completa volgarizzazione della prassi giuridica (15) ed il declino della già fiorente giusciviltistica (16). Sintomi di questa sorprendente disaffezione per la scienza giuridica sarebbero ad esempio: il disinteresse dei giovani svizzeri per lo studio accademico del diritto, manifesto persino nei confronti dell'Università di Basilea (17); il deterioramento dell'avvocatura e del notariato, visibile esemplarmente nelle fonti bernesi (18); il persistere nei tribunali di situazioni dall'autore ambiguamente ritenute « medievali » (19). Il tutto riassumibile in una diffusa avversione nei confronti del diritto comune e di una prassi culta, dietro i cui mediatori (dottori ed avvocati) i confederati vedevano agitarsi le rivendicazioni politiche dell'Impero (20).

2. Detto questo l'autore passa poi, nella parte centrale del lavoro, a delineare la storia dell'insegnamento giuridico nei territori confederati. Tre momenti gli sembrano qui degni di particolare attenzione.

a) All'umanesimo giuridico è legato un momento particolarmente felice dell'Università di Basilea, istituita nel 1460 (21). È sufficiente fare i nomi di J. SICHARDUS, C. CANTIUNCULA e BONIFACIO AMERBACH (quest'ultimo, con il figlio BASILIO, tipico esponente di una curiosità culturale sconfinata e sconfinante, particolare ai migliori intelletti della città renana), per convincersene. L'importanza dell'umanesimo giuridico basilese va vista — penso — nel suo carattere mediatore: a cavallo fra le sicurezze del *mos italicus* e le suggestioni del *mos gallicus jura docendi*, e già dilaniato dalla crisi di coscienza provocata dalla riforma religiosa, BONIFACIO AMERBACH invitò appunto a non scegliere, ma a percorrere le strade del compromesso, a salvare Bartolo e Baldo, per poi farli brillare di nuova luce (22).

(15) *Rechtsschulen*, p. 269, 277.

(16) *Rechtsschulen*, p. 33, 146 nota 35, 237-238.

(17) *Rechtsschulen*, p. 31, 117, 238-239, 242, 366.

(18) *Rechtsschulen*, p. 243-249 (per l'avvocatura) e p. 32, 240 ss. (per il notariato).

(19) *Rechtsschulen*, p. 31. Ciò mi sembra contraddica un po' alla tesi della romanizzazione della prassi medievale, dall'autore esposta qualche pagina prima (p. 24), alla quale ho già accennato.

(20) *Rechtsschulen*, p. 32-33.

(21) *Rechtsschulen*, p. 94 ss. ed in particolare p. 99-109.

(22) *Rechtsschulen*, p. 105. Vedi sul punto anche V. PIANO MORTARI, *Aspetti del pensiero giuridico del secolo XVI*, Napoli, 1970, p. 185 ss. (ed il testo di BONIFACIO AMERBACH in appendice, p. 206 ss.); R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, seconda edizione, Torino, 1963, p. 135-136.

Qualche anno più tardi inizierà il periodo d'oro dell'*Académie* ginevrina, eretta da CALVINO nel 1559 ⁽²³⁾. Vi insegnarono in breve torno di anni, confinati a Ginevra dall'intolleranza religiosa del Re di Francia, FRANÇOIS HOTMANN, DYONISIUS GOTHOFREDUS e poi il figlio JACOBUS.

b) Il secondo momento interessante è quello giusnaturalistico. Già oggetto di privati *colloquia* negli ultimi anni del XVII secolo ⁽²⁴⁾, il diritto naturale viene eretto a materia ufficiale di insegnamento nei diversi istituti delle città confederate nei primi decenni del XVIII secolo ⁽²⁵⁾. A Berna, Basilea e Zurigo professarono rappresentanti mediocri e presto dimenticati della nuova disciplina che, nel migliore dei casi, si limitarono a commentare pedissequamente l'aureo libretto di Pufendorf *De officio hominis et civis prout ipsi praescribuntur lege naturali*. Losanna e Ginevra invece diventarono ben presto il ricettacolo della gioventù europea francofona, desiderosa di essere iniziata ai rudimenti della nuova dottrina da docenti già illustri. A Losanna insegnò infatti JEAN BARBEYRAC (dal 1711 al 1718), a Ginevra il suo discepolo J.-J. BOURLAMAQUI e JEAN CRAMER ⁽²⁶⁾.

c) Nel XIX secolo, finalmente, le scuole giuridiche si sganciarono dalla doppia matrice teologica ed aristocratica e vennero costituite in facoltà autonome. Nel clima ottimistico della rigenerazione politica (1830-1848) ed in perfetta corrispondenza con le scelte organizzative del ceto borghese, il *curriculum* dello studio giuridico viene ampiamente modificato. Si arricchisce delle materie storiche imposte alla scienza giuridica dalla scuola di SAVIGNY, e delle materie dommatiche rese necessarie dalle codificazioni giusnaturalistiche e cantonali. Espunge, d'altro canto, tutto quanto sembrava *dépassé* perché superato dagli eventi politici o pericolosamente ambivalente: il diritto naturale per primo, la filosofia del diritto e la teoria politica poi. Il XIX secolo, in quest'ottica particolare, si rivela quale secolo decisivo: nel segno del positivismo giuridico si opera il salto di qualità, la *Verwissenschaftlichung* della prassi. A Zurigo F. L. KELLER ed i suoi seguaci si adoperano per sostituire ai giudizi pronunciati *ex bono et aequo* (*nach Minne und Recht*) quelli emanati secondo diritto scritto e motivati secondo i canoni formalistici della giurisprudenza dei concetti ⁽²⁷⁾.

3. Accanto al rinnovamento dell'insegnamento giuridico, la rigenerazione liberale aveva postulato anche la codificazione del diritto

⁽²³⁾ *Rechtsschulen*, p. 158 ss.

⁽²⁴⁾ *Rechtsschulen*, p. 76-77, 114 nota 44.

⁽²⁵⁾ *Rechtsschulen*, p. 41 nota 20, 41-43 ss., 76-77, 115, 183 ss., 217-218.

⁽²⁶⁾ *Rechtsschulen*, p. 183 ss., 217 ss.

⁽²⁷⁾ Su questi fatti, che hanno avuto un'importanza decisiva sull'evoluzione della scienza giuridica svizzera, vedi *Rechtsschulen*, p. 366 ss. Sui giudizi formulati *ex bono et aequo*, ibidem, p. 257 ed anche P. CARONI, *Entwicklungstendenzen* p. 225-226.

privato: dalla riuscita della quale ci si attendeva la così intensamente agognata sicurezza del diritto e quindi anche uno stimolo ai traffici contrattuali. Questo giustifica senz'altro il rilievo dato dall'autore all'*iter* seguito dalle diverse codificazioni cantonali, ai codici emanati nei diversi cantoni fra il 1825 ed il 1870, alla personalità e formazione dei giuristi che vi lavorarono, ecc. Partendo da accertamenti ormai già familiari alla storia giuridica svizzera ⁽²⁸⁾, ELSENER suddivide le diverse codificazioni cantonali secondo il modello via via adottato.

a) In un primo gruppo mette le codificazioni che si ispirarono all'ABGB austriaco del 1811: quelle dei Cantoni Berna, Lucerna, Solletta ed Argovia ⁽²⁹⁾. Ma questo elenco, in fondo, non dice nulla, anzi inganna. Poiché il giusnaturalismo di questo codice austriaco, come si sa, è ambivalente. I contemporanei recepirono quindi l'ABGB come il codice che per primo dava espressa formulazione legislativa al diritto di libertà kantiano, e che nel contempo mediava ancora validamente fra il principio della sovranità monarchica e le rivendicazioni dell'aristocrazia e della borghesia. Non deve quindi destare nessuna meraviglia che i codici di Cantoni dal regime politico non precisamente affine (Berna e Lucerna, per fare un esempio) si ispirassero sì al modello austriaco ⁽³⁰⁾, ma lo facessero poi in definitiva per motivi opposti ⁽³¹⁾.

b) Nel secondo gruppo l'autore ricorda le diverse codificazioni influenzate dal *code civil* francese del 1804. A Ginevra, che fino al 1814 fu parte integrante dell'impero napoleonico e passò poi nel 1815 a far parte della Confederazione, restò in vigore anche dopo questa data il codice francese. Negli altri cantoni della Svizzera romanda furono invece elaborati nuovi codici cantonali: Vaud (1819), Friburgo (1850), Vallese (1853) e Neuchâtel (1855) unitamente al Ticino, che nel 1837 aveva codificato il proprio diritto privato non senza aver prima attentamente esaminato anche il codice parmense e quello albertino.

Un giudizio sull'originalità di questi prodotti della politica codificatrice romanda non è oggi formulabile. Mancano monografie settoriali ⁽³²⁾ ed anche l'autore è parco di informazioni in merito. Per

⁽²⁸⁾ P. LIVER, *Einleitung zum Einleitungsband des Berner Kommentars zum schweiz. Privatrecht*, Bern, 1962, N. 26 ss.; ripreso ora ad es. da L. CARLEN, *Oesterreichische Einflüsse auf das Recht in der Schweiz*, Forschungen zur Rechts- und Kulturgeschichte, Band IX, Innsbruck, 1977, p. 15 ss.

⁽²⁹⁾ *Rechtsschulen*, p. 277-338.

⁽³⁰⁾ Sui motivi che determinarono la scelta del modello austriaco da parte dei patrizi bernesi vedi ora anche L. CARLEN, *Oesterreichische Einflüsse*, p. 15-18.

⁽³¹⁾ Visto questo, ci si chiede naturalmente se davvero sia ancora lecito e scientificamente convincente ordinare le codificazioni cantonali assumendo a criterio i codici presi a modello.

⁽³²⁾ La valida opera di G. PATOCCHI, *Gli influssi delle legislazioni straniere e degli statuti locali sul Codice civile Ticinese del 1837*, Diss. iur. Berna, 1961, è la riproduzione disgraziatamente solo parziale di una più vasta ricerca, che esaminava l'influsso esercitato da singoli modelli stranieri sugli istituti del codice civile

motivi certo esistenti e forse validi, ma in ogni caso non evidenziati, il suo racconto è, proprio qui, sommario e frammentario e quasi inaridisce ⁽³³⁾.

c) Le codificazioni dell'ultimo gruppo godono tradizionalmente dei favori dello storico svizzero: sono anche le codificazioni che si staccano radicalmente dai modelli stranieri e tentano un'elaborazione della materia legislativa secondo stampi nuovi ed autoctoni.

Fra di esse domina chiaramente quella del Canton Zurigo, entrata in vigore fra il 1853 ed il 1856, voluta e realizzata da F. L. KELLER e J. K. BLUNTSCHLI che furono, come si sa, allievi prediletti (ma non succubi e forse nemmeno fedeli) di Savigny ⁽³⁴⁾. Meraviglia, in questo codice, l'equilibrio con il quale l'importante gruppo dei *neue Juristen* di Zurigo riuscì a conciliare il rispetto per la tradizione giuridica del paese con le esigenze di una formulazione sistematica e tendenzialmente completa della legge. Il tutto, ovviamente, secondo le attese ben precise di quel ceto borghese, i cui rappresentanti avevano tempestivamente allontanato dal progetto istituti e disposizioni singole ritenuti troppo sociali ⁽³⁵⁾.

Il codice zurighese assunse alla dignità di modello: destino finora riservato a leggi straniere. Ma anche qui non appare lecito abbandonarsi a troppo ottimismo. Sarebbe infatti perlomeno avventato allineare tutti i cantoni tradizionalmente compresi in quest'ultimo gruppo, per la diversa misura con la quale si appoggiarono al modello zurighese. In taluni cantoni (Sciaffusa, Turgovia, Nidvaldo) esso fu adottato alla lettera ⁽³⁶⁾. In altri nacquero codici di notevole formato (Glarona 1869-

ticinese, rimasta finora inedita. La codificazione vallesana è ora esaminata nell'opera di M. SULSER, *Die Zivilgesetzgebung des Kantons Wallis im 19. Jahrhundert*, Diss. iur., Friburgo, 1976.

⁽³³⁾ Ginevra (p. 451-452); Vaud (p. 291 nota 38); Ticino (p. 458-460); Friburgo (p. 348 nota 28); Vallese (p. 356). Manca ogni accenno al codice civile neocastellano del 1855.

⁽³⁴⁾ *Rechtsschulen*, p. 381-405.

⁽³⁵⁾ Furono così espunte dal progetto di BLUNTSCHLI — fra le altre cose — anche tutte le norme attinenti ai rapporti lavorativi nelle fabbriche, ispirate a criteri vagamente sociali ed in ogni caso non esclusivamente ossequiose degli interessi padronali. Del pari furono radiati dal progetto — siccome troppo temerari nei confronti delle convinzioni generali — gli articoli che circoscrivevano il diritto ereditario intestato a poche classi di eredi più vicine al *decujus*, ed in difetto di eredi aggiudicavano l'eredità al comune di origine del defunto. Vedi in merito P. GUGGENBUHL, *Die Entstehung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches*, Diss. iur., Zurigo, 1924, p. 65-71; P. WEIDMANN, *Die soziale Entwicklung des zürcherischen Arbeitsrechts von 1815-1870 (unter besonderer Berücksichtigung der Fabrikgesetzgebung)*, Diss. iur., Zürich, 1971, *passim*, in part. p. 105-112; ELSENER, *Rechtsschulen*, p. 397-399; P. CARONI, *Quaderni fiorentini* 3-4 (1974-1975), p. 287 ss.

⁽³⁶⁾ Inspiegabilmente sommario — anche qui — il giudizio di ELSENER, p. 405 nota 70 in fine. Anche i Cantoni privi di codificazione propria non attirano la particolare attenzione dell'autore, ad eccezione di Basilea-Città (p. 438-443). Sarebbe stato interessante approfondire i motivi — presumibilmente di natura difforme — che nei singoli cantoni della Svizzera centrale e poi in Appenzello, S. Gallo e Basilea-Campagna hanno influito sulla decisione di non modificare

1874, Grigioni 1862), solo parzialmente (o persino marginalmente) tributari del già famoso codice civile di Zurigo ⁽³⁷⁾.

III.

L'insegnamento giuridico: ho già ricordato che questo è il vero argomento (o almeno quello centrale) di questa opera poderosa. È lecito quindi, almeno qui, porre talune domande preliminari: è giusto considerare l'insegnamento giuridico, dall'autore ripetutamente concepito nella sua portata più vasta e diffusa ⁽³⁸⁾ quale « spia » o quale termometro dell'acculturazione giuridica? Fino a che punto l'analisi di tutto quanto ruota attorno a questo argomento (dai tentativi di organizzare una scuola giuridica, ai programmi ed ai singoli cambiamenti subiti da questi nel tempo, dal grado di recettività degli studenti ai rapporti che intercorsero fra giuristi e politici) è di aiuto ad una comprensione della effettiva funzione che ha avuto il diritto nella prassi di un paese? Ossia: quanta (e quale) fetta della realtà si ritaglia con un'analisi di questo genere?

Tutto ciò dipende, direi, dal modo con il quale uno storico considera preliminarmente il suo oggetto e poi lo svolge, *scil.* dalle connessioni che intravede o privilegia, rispettivamente che ignora, trascura o reprime, fra questo suo oggetto ed altri contemporanei avvenimenti. Ed è proprio qui che vorrei — iniziando l'analisi critica di quest'opera — attestare all'autore di non aver isolato il suo argomento, di non averne fatto solo una monotona storia di materie giuridiche professate in modo più o meno convincente o scientificamente aggiornato ad allievi cui (se si fa fede alle fonti ricordate) doveva essere più congeniale l'apatia che l'entusiasmo.

Da quanto l'autore dice espressamente, e da quanto soprattutto permette al lettore di dedurre, si può derivare questo: che il desiderio

l'assetto tradizionale del diritto privato o di innovare solo emanando singole leggi, prescindendo da una codificazione. Talune nuove opere hanno fatto qualche po' di luce in merito: W. KUNDERT, *Die Zivilgesetzgebung des Kantons Thurgau*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 102, Basel-Stuttgart, 1973; F. N. SCHLAURI, *Karl Beda Müller-Friedberg (Sohn) und die st. gallischen Bestrebungen zur Kodifikation des Privatrechts 1806-1811*, St. Gallen, 1975; B. ZELGER, *Karl von Deschwanden und sein Sachenrechtsentwurf für Nidwalden*, Rechtshistorische Arbeiten Band 13, Zürich, 1974. Notevole in merito anche P. LIVER, *Abhandlungen zur schweizerischen und bündnerischen Rechtsgeschichte*, Chur, 1970, p. 196 ss.

⁽³⁷⁾ *Rechtsschulen*, p. 412-418 (Glarona), 423-433 (Grigioni).

⁽³⁸⁾ Nell'ottica dell'autore l'insegnamento nella facoltà giuridica di Basilea viene equiparato a quello impartito da un parroco di montagna a giovani di 13-15 anni, ed ovviamente ridotto ad elementari nozioni civiche (v. ad es. p. 156, 341-342). Ed è sufficiente che quest'ultimo venga a mancare, perché l'autore parli di declino della cultura giuridica (p. 156). È ovvio che si può (e forse si deve) dissentire da tale punto di vista.

di istaurare un insegnamento giuridico, risp. di riorganizzarne uno già esistente, può essere capito e spiegato solo considerando la contemporanea storia politica e sociale. Questo è vero avvantutto per l'insegnamento giuridico impartito a far data dal XVI secolo nelle Accademie teologiche di Ginevra e Losanna e nei corrispondenti istituti teologici di Berna e Zurigo. Il fatto che vi fossero ammessi esclusivamente giovani che si avviavano alla carriera ecclesiastica; l'altro fatto, che l'insegnamento, pur incentrato su diritto metapositivo, comprendesse poi anche taluni temi di rilevanza pratica; ed infine la assoluta subordinazione delle materie giuridiche a quelle morali, teologiche, filosofiche (nell'ambito di un programma che almeno esternamente corrispondeva ancora ai modelli medievali): tutto questo è scontato ed appare logico non appena si consideri lo scopo (appunto teologico) di questi istituti di formazione ed anche il particolare rapporto (di stretta collaborazione, se non proprio di parziale identificazione) intercorso fra la Chiesa evangelica riformata e lo Stato.

Un primo scossone queste strutture lo subirono nel corso del XVIII secolo. Non solo per l'affermarsi di una nuova disciplina (quella giusnaturalistica), nella quale si riflettevano anche nuove istanze politiche e sociali; ma anche per la pressione esercitata dal ceto aristocratico cittadino, che aveva ormai monopolizzato il potere politico, dando vita ad una nuova forma (elvetica, ma non per questo meno esecrabile) di assolutismo oligarchico⁽³⁹⁾. Nelle grandi famiglie cittadine nacque così il desiderio di dare in loco ai futuri reggenti una istruzione, che li preparasse poi ad esercitare il potere in modo più sicuro ed uniforme, e già per questo meno arbitrario. Ed ecco che le accademie teologiche si piegarono docilmente a questo desiderio, allargano le maglie, istituiscono nuove cattedre (di diritto naturale, di storia, di politica, ma poi anche di diritto comune, da esporre in comparazione con quello locale) ed accettano nuovi studenti, in cui la vocazione religiosa ha lasciato il posto alla determinazione politica o ad un calcolo tutto terreno. Le accademie così ristrutturate nella seconda metà del XVIII secolo differiscono da quelle teologiche del XVI e XVII secolo non perché (astrat-

⁽³⁹⁾ Anche nei Cantoni svizzeri, di città e di campagna, nel corso dell'età moderna si attua una chiara involuzione aristocratica; che certo non può essere paragonata per intensità all'assolutismo che si instaura negli stati che circondavano la Svizzera, ma che purtuttavia oscura fino ad occultare pesantemente la originaria matrice democratica. Vedi sull'argomento ad es.: H. FEHR, *Der Absolutismus in der Schweiz*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, germ. Abt. 69 (1952), p. 182-202; W.-A. LIEBENSKIND, *La Suisse et le despotisme éclairé*, in *Institutions politiques et traditions nationales*, Genève, 1973, p. 242-256; W. KOPP, *op. cit.*, p. 50 ss.; U. IM HOF, *Aufklärung in der Schweiz*, Bern, 1970, p. 10-12; B. CHRIST, *Die Basler Stadtgerichtsordnung von 1710*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 87, Basel-Stuttgart, 1969, p. 134 ss.; P. FELDER, *Ansätze zu einer Typologie der politischen Unruhen im Schweizerischen Ancien Régime 1713-1789*, in *Rivista storica svizzera* 26 (1976), p. 324 ss., ed in particolare p. 333-340.

tamente) concedono più spazio all'insegnamento del giure, ma perché si organizzano secondo altre esigenze (appunto politiche) e corrispondono ai nuovi bisogni del ceto dominante, moltiplicando e diversificando l'offerta di insegnamento giuridico.

Nel XIX secolo, finalmente, ed in corrispondenza all'emergere, nell'ambito della Rigenerazione cantonale, dei modelli politici propri alla classe borghese, anche l'insegnamento giuridico viene trasformato. Gli istituti di formazione riservati alla gioventù patrizia lasciano il posto a scuole pubbliche ed università di libero accesso, nelle quali si riflette tutto il programma pedagogico della Rigenerazione: *Volksbildung ist Volksbefreiung* (40). Ossia: l'educazione (anche quella universitaria) come veicolo di emancipazione politica, ed ancora più concretamente come mezzo, con il quale liberarsi dalle secche e dalle connivenze della società aristocratica, marcando anche nel diritto la distinzione fra pubblico e privato, oppure fra stato e società civile, come si dirà più tardi. I programmi delle facoltà giuridiche ora costituite riflettono chiaramente questa scelta: il diritto privato viene finalmente costituito a dignità di materia indipendente e curata sia in ordine alla prassi locale che alla teoria romanistica; il diritto naturale appare azzardato ed in ogni caso non più attuale. Quando non scompare del tutto lascia il posto a deboli surrogati (filosofia del diritto) o alla teoria gius-costituzionalista. Alla quale PELLEGRINO ROSSI, che dal 1819 al 1833 insegnò all'Università di Ginevra, riconobbe esplicitamente la funzione di vaccino e meglio ancora *contre-poison* (41), così finalmente esortando se stesso ed i colleghi:

« *Faisons des économistes pour ne pas avoir des niveleurs, faisons des constitutionnels pour ne pas avoir des jacobins, formons enfin une génération de citoyens éclairés, sous peine d'avoir dans les mêmes hommes des sujets inquiets, et plus tard des rebelles* » (42).

Quest'ultimo accenno poi — che è mio — non sembri fuori posto o inutilmente polemico. Esso sta invece a dimostrare che fra un inse-

(40) Questo il titolo di un discorso notissimo tenuto nel 1836 da Heinrich ZSCHOKKE, che fu figura centrale della rigenerazione politica elvetica. Vedilo riprodotto in *Gesammelte Schriften*, 2. Ausgabe, Band 21, Aarau, 1859, p. 170 ss. Sul programma pedagogico della rigenerazione v. D. SCHEFOLD, *Volkssouveränität und repräsentative Demokratie in der schweizerischen Regeneration 1830-1848*, Basel-Stuttgart, 1966, p. 26 ss. Per la realizzazione di questo programma si batterono nel Ticino Carlo CATTANEO e Stefano FRANCINI. Vedi Pio CARONI, *Stefano Francini*, in *Grosse Verwaltungsmänner der Schweiz*, Solothurn, 1975, p. 136 ss. e soprattutto p. 139-140.

(41) P. ROSSI, *De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science*, in *Annales de législation et de jurisprudence* 1 (1820, p. 1-69 e 357-428, specialmente p. 376. Su P. ROSSI a Ginevra vedi ELSNER, *Rechtsschulen*, p. 445 ss. Io stesso mi sono diffusamente occupato dell'argomento in una conferenza tenuta l'8 giugno 1973 all'Università degli Studi di Milano, dal titolo: « *Pellegrino Rossi e Savigny. La scuola storica del diritto a Ginevra* ».

(42) P. ROSSI, *op. cit.*, p. 428.

gnamento giuridico concretamente concepito, fatto di certe teorie ed ispirato a certe opere, ed un calcolo politico, esiste un rapporto che non è casuale e contingente, ma immanente e necessario anche se non sempre rilevabile immediatamente. È del resto in quest'opera che noi troviamo le prove più convincenti di questo assunto. Con la stessa sicurezza, con la quale PELLEGRINO ROSSI intendeva neutralizzare Rousseau ed altri giusnaturalisti arroganti, dimostrando alla gioventù studiosa i vantaggi della *véritable théorie du système représentatif* (43), l'autorità zurigana aveva imposto all'inizio del XVIII secolo l'uso del *De officio* di PUFENDORF, affinché i giovani *von denen je mehr und mehr aufkommenden gefährlichen principis verwahrt werden* (44). Continuando su questa linea è poi facile dimostrare che l'organizzazione di un sia pure rudimentale studio giuridico in loco fu spesso dovuta a motivi che nulla hanno da spartire con le intrinseche ragioni della cultura giuridica. Creare uno studio giuridico voleva dire anche indurre ad un soggiorno più o meno prolungato figli di aristocratici stranieri, con un riflesso non troppo occulto per le finanze cittadine: e pare che questa considerazione economica fosse di parecchio peso per la città di Losanna e per i suoi governanti bernesi (45). Oppure: l'aristocrazia cittadina (e soprattutto quella bernese) sperava, istituendo in loco un'occasione di studio, di evitare ai propri figli (ai futuri governanti quindi) lunghi soggiorni in affermate università straniere. Soggiorni che questa aristocrazia non apprezzava troppo: per ovvi motivi economici, avantutto, perché pare che gli scapigliati rampolli scialacquassero all'estero rapidamente le sostanze paterne (46). Ma poi anche per il danno politico che ne veniva ai padri: spesso i giovani rientravano all'ovile in capo ad un'educazione giusnaturalistica, che aveva insegnato loro ad odiare il patrio regime aristocratico, insistendo sui valori della sovranità popolare. È logico pensare che i padri non ne fossero entusiasti ed avessero bisogno di tempo e pazienza per riportare sulla buona strada le pecorelle smarrite. Logico quindi anche che vedessero di sempre più cattivo occhio le

(43) P. ROSSI, *op. cit.*, p. 376.

(44) Vedi la citazione completa in ELSENER, *Rechtsschulen*, p. 77. Dato che l'autorità si attendeva da un attento studio di Pufendorf un atteggiamento leale (e forse persino solidale) nei propri confronti, appare ben logico che non abbia mai represso l'insegnamento giusnaturalistico nel corso del XVIII secolo (così anche ELSENER, *Rechtsschulen*, p. 218 nota 24).

(45) All'inizio del XVIII secolo, discutendosi pubblicamente il progetto di istituire una cattedra giuridica all'Accademia di Losanna, i bernesi, che erano i padroni della città e di tutto il paese di Vaud, consentirono tosto, speculando poi scopertamente sui soldi che gli stranieri avrebbero speso in città (ELSENER, *Rechtsschulen*, p. 214). Ed allorché nel 1740 intervenne una pericolosa vacanza, subito i cittadini di Losanna supplicarono i governanti di rioccupare senza ritardo la cattedra. Poiché « *durch dieses Mittel* (scil. tramite l'insegnamento del diritto) *wird gelt ins Land gebracht, und zu empfindl. nutzen der Statt Lausane alda verzehrt...* » (vedi la citazione completa dell'importante frammento in ELSENER, *Rechtsschulen*, p. 229 in fondo).

(46) *Rechtsschulen*, *passim*, e soprattutto p. 48 nota 32.

escapades dottrinali dei figli e covassero in cuore il piano di tenerseli più vicini, per meglio dirigerli e correggerli (47).

IV.

Arrivati a questo punto sta il dilemma: come è mai possibile sostenere la tesi dell'immobilismo ed ancor più del declino della cultura giuridica nel corso dell'età moderna, e nel contempo riunire così tante prove della diffusione dell'insegnamento giuridico? Qual'è dunque l'esatto rapporto che intercorre fra la tesi della stagnazione (che l'autore premette volutamente al suo lavoro) e l'argomento centrale di quest'opera? Non si può forse ritenere che proprio il moltiplicarsi delle iniziative volte a dare dignità scientifica all'insegnamento del diritto, e quindi anche a razionalizzare la prassi, dimostrano la vitalità (e non la sterilità) della cultura giuridica?

Non è certo difficile ipotizzare una contraddizione di fondo fra le due cose. Basterebbe assolutizzare o irrigidire la tesi dell'immobilismo, farne una caricatura, per poi facilmente dimostrare che viene sconfessata dai molti segni di un interesse per la scienza giuridica. Ma sarebbe un artificio. L'autore stesso dà infatti una chiave di lettura: quando si rifiuta di generalizzare la tesi dell'immobilismo e ammette esplicitamente che l'interesse per l'insegnamento giuridico fu di carattere eccezionale, discontinuo ed episodico (48). E starebbe quindi a confermare la regola. Per capire questo libro occorre quindi riconsiderare la tesi dell'immobilismo. L'ho già discussa in altra sede e non ritengo oggi opportuno (e meno ancora necessario) tornare sull'argomento (49). Mi preme però ricordare qui, che anch'io potrei dividerla, se la si potesse davvero specificare secondo questi punti:

a) Se si riferisce esclusivamente alla scienza giuridica (alla *gelehrte Rechtspflege*) e non al diritto materiale, se quindi non accomuna nella sua condanna anche la prassi, rea di aver imposto alla società un diritto ormai inadatto o sorpassato. La tesi della stagnazione non dovrebbe allora necessariamente escludere che il diritto materiale (risp. il modo di applicarlo) corrispose perfettamente — anche nei tre

(47) Deduco tutto ciò, tra l'altro, da una presa di posizione del consiglio scolastico cittadino di Berna del 1722 (ampiamente citata da ELSENER, *Rechtsschulen*, p. 48 nota 32), da altre fonti bernesi citate dall'autore (p. 61 nota 61), nonché dall'affermazione di un importante giurista neocastellano, G.-A. MATILE, fatta a metà XIX secolo, a sostegno del piano di una accademia giuridica cittadina: « *Quel puissant moyen de prémunir les jeunes gens contre les doctrines politiques dangereuses auxquelles ils prêtent souvent l'oreille et dont ils ne s'affranchissent que difficilement!* » (citato da ELSENER, *Rechtsschulen*, p. 457).

(48) Ad es. p. 254-255.

(49) P. CARONI, *Entwicklungstendenzen*, p. 223-227.

secoli dell'età moderna — ai bisogni della società e fu costantemente modificato in corrispondenza all'emergere di nuovi bisogni.

b) Se si limita alla scienza giusprivatistica ed ammette nel contempo che vi fu reale interesse per un'elaborazione scientifica (e per un insegnamento giuridico) nell'ambito del diritto naturale e poi di quello costituzionale.

c) Se infine non viene estesa ai paesi francofoni collegati ai singoli Cantoni della Confederazione, e viene fissata nel tempo al periodo 1550-1750.

A queste condizioni, dicevo, potrei anch'io schierarmi in favore della tesi iniziale di ELSENER. Con una grave riserva, però: ometterei di parlare di *declino* della scienza giuridica, di volgarizzazione di una prassi in tempi passati (ed ovviamente più felici) già culta. Insisterei invece sul concetto di *immobilismo*, di *stagnazione*, senza dare però a questa espressione nessun carattere spregiativo. Se non facessi questa riserva, alimenterei anch'io un doppio equivoco, che rimprovero all'autore: quello di aver dato una interpretazione troppo euforica (è il minimo che si possa dire) dell'influsso del diritto romano in Svizzera fino al XVI secolo, e quello di aver perciò ricostruito un po' troppo idealisticamente taluni capitoli del passato giuridico elvetico.

Sul primo punto non voglio diffondermi qui, anche se mi corre l'obbligo di osservare che un po' tutte le inchieste compiute in Svizzera nel corso degli ultimi anni nell'ambito dell'impresa collettiva dell'IRMAE (*Jus romanum Medii Aevi*) — ed Elsener stesso fu molto attivo in questa direzione — abbisognerebbero di un'analisi critica approfondita. Sono state infatti programmate e realizzate nell'evidente tentativo di ridimensionare (se non proprio screditare) l'opinione espressa nel 1893 da EUGEN HUBER, secondo cui il diritto romano fu solo *eine kleine Ingredienz* della nostra prassi giuridica medievale ⁽⁵⁰⁾.

È comprensibile — ma non scusabile — che scrivendo 60-70 anni più tardi sullo stesso argomento, e quasi nella necessità di non semplicemente confermare la minimizzante teoria di Eugen Huber, si finisse poi per esagerare nell'altra direzione e si dimostrasse che anche nei territori svizzeri la precezione allignò rapidamente e stabilmente. Ciò fu facilmente possibile in sequela ad un *taglio chiaramente nominalistico* dato alle ricerche: taglio che spiega la trasformazione (o riduzione) della storia giuridica medievale in storia di concetti romanistici o canonistici, di termini tecnici, di manoscritti o libri giuridici, di *curricula* personali. Una storia, come si vede, che resta in superficie e non studia in particolare se tutti questi fenomeni avessero poi influenzato la prassi e provocato un effettivo cambiamento delle abitudini giuridiche ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ E. HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Band IV, *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Basel, 1893, p. 115.

⁽⁵¹⁾ Ho già ricordato la necessità di esaminare più severamente l'attendibilità

Sul secondo punto voglio essere più preciso. ELSENER non ignora — ed io stesso ho già tentato di evidenziarlo — che anche la storia dell'insegnamento giuridico ha molteplici nessi con l'organizzazione politica e sociale dello stato che organizza questo insegnamento. Ammette anche, a più riprese, trovando ovviamente il mio completo consenso, che la ragione di molte modifiche e dell'insegnamento e del diritto materiale, vada ricercata in motivi di natura economica ⁽⁵²⁾. Ma dubito che davvero creda molto a tutto questo. Ho l'impressione che faccia talune concessioni (verbali) a teorie ritenute correnti, senza però modificare il proprio impianto o il proprio modo di interrogare il passato in corrispondenza a queste teorie. Al di là delle apparenze continua quindi a credere ad una storia depoliticizzata (ed in questo senso purificata) della cultura giuridica, ad una scienza giuridica che un popolo si merita o perde, a seconda della propria sensibilità culturale o del proprio livello intellettuale. Qui non posso seguirlo, anche se provo un'infinita simpatia per la sua curiosità scientifica. Perché ritengo finalmente che ogni società dà alla vita del diritto quell'assetto e quell'organizzazione concreta che corrispondono agli interessi politici ed economici predominanti o emergenti nella società. Allora c'è da dire, capovolgendo i termini del discorso, che nel corso dell'età moderna una vera cultura giuridica non ci fu perché non fu necessaria ed in ogni caso non avrebbe risolto meglio o in modo più convincente i problemi delle nostre oligarchie campagnole e cittadine.

In merito è interessante notare, come il bisogno di una riflessione più approfondita sulla vita del diritto si sentì solo nel corso del diciottesimo secolo, in concomitanza con i tentativi dell'aristocrazia cittadina di rafforzare le strutture portanti del proprio potere, sempre più vacillante perché discredito dai postulati illuministici ⁽⁵³⁾ o in connessione poi proprio con i piani illuministici di una ristrutturazione completa della ormai decadente Confederazione. E non è meno inte-

dei risultati finora conseguiti e dei particolari fenomeni ritenuti sintomatici della precezione in *Entwicklungstendenzen*, cit., p. 224-225. Particolarmente significativa è in questo contesto l'importanza data alla presenza di ricche biblioteche giuridiche. Non è sufficiente provare l'esistenza di sostanziosi fondi giuridici in queste biblioteche, e nemmeno dimostrare che il proprietario dei libri davvero li lesse (è quello che dimostra ELSENER stesso in ordine ai libri dell'umanista sangalese *Vadianus* in *Archiv des Historischen Vereins des Kantons Bern* 44, 1958, p. 243-260, soprattutto p. 254 e 259 nota 1), per ritenere poi che il diritto comune, ivi esposto sicuramente con dovizia di dettagli, fosse davvero generalmente applicato siccome diritto sussidiario. Quest'affermazione — come vedremo — non può essere fatta in base a reperti così azzardati, ma solo dopo un esame dettagliato della prassi giudiziale.

⁽⁵²⁾ Vedi ad es., p. 335, 357-358, 362, 392-393, 416, 441.

⁽⁵³⁾ Questo lo ammette anche l'autore: quando ad esempio ricorda che la scienza giusprivatistica fu negletta « *da man offenbar mit der patrimonialen Biligkeitsjustiz der bernischen Gerichte durchaus zufriedenen war* » (*Rechtsschulen*, p. 43-44).

ressante ricordare come la riflessione giuridica così occasionata fosse nel primo caso giusnaturalistica e nel secondo (pure non casualmente) giuscostituzionalistica. Per tutti questi motivi, ed in particolare perché tento di capire la storia della scienza giuridica partendo sempre dalla storia politica — intesa qui in senso molto lato — fatico poi a credere che davvero già nel Medio Evo, come ritiene Elsener, il diritto comune sia stato accettato come diritto sussidiario nei territori confederati, ciò che avrebbe poi quasi automaticamente scientificizzato la prassi. Non penso che i Cantoni medievali avessero bisogno di questo « supplemento di scienza ». Avevano i loro problemi, certo, e non di piccola portata. Stettero più volte sul punto di separarsi, di sciogliere l'originario vincolo confederale, per sostituirvi una più facile alleanza con amici occasionali e certo non disinteressati. Ma per quale recondito motivo avrebbero dovuto riconoscere la forza sussidiaria del diritto comune? Perché mai avrebbero dovuto sostituire al giudizio reso *ex bono et aequo* in capo ad un procedimento orale e trasparente, quello pronunciato *secundum ius communem*, previo scambio di allegati scritti, redatti secondo le severe regole dell'arte? ⁽⁵⁴⁾. Non solo è difficile reperire un nesso fra questa nuova organizzazione ed i bisogni politici degli enti che l'avrebbero adottata. Ancor più mi sembra possibile osservare che la tanto magnificata ed in ogni caso allora ancora vitalissima struttura associazionistica (*genossenschaftliche Struktur*) delle comunità confederate avrebbe rigettato in blocco (come davvero fece più tardi) una procedura giudiziaria ed un diritto materiale che richiedevano una mediazione culta e quindi specialistica ⁽⁵⁵⁾.

Vi è allora, concludo, una sostanziale analogia fra la situazione medievale e quella dell'età moderna, almeno fino al XVIII secolo: si impone la realtà di uno stato, nel quale il diritto « serve » così com'è: *ungelehrtes Recht*, perché legato a tipici modi di espressione popolari, organizzato su base preferibilmente consuetudinaria, aperto ad una intelligenza da nulla e nessuno mediata. È per questo motivo che io non vedo un declino, ma semmai immobilismo. Anche se voglio ammet-

⁽⁵⁴⁾ Sul punto P. CARONI, *Entwicklungstendenzen*, p. 225-226.

⁽⁵⁵⁾ Sul nesso che intercorre fra l'organizzazione comunitaria-democratica dei territori confederati ed il rifiuto della recezione, vedi ancora validamente R. STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Band 1, München-Leipzig, 1880, p. 69-71. Sul punto vedi poi già F. C. von SAVIGNY in un saggio del 1816; *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 3 (1816), p. 1-52 (qui citato da J. STERN, *Thibaut und Savigny*, Berlin 1914, reprint 1959, p. 225): « Was haben nun wir Juristen, woran wir uns im Ganzen halten und empor heben können? was in England hilft und in den alten Freystaaten half, sind eingewohnte freye Staatsformen, nebst einem Erbgut von Volkssitte, die gerade aus ihrer Abgeschlossenheit frische Lebenskraft zieht; diese Mittel haben wir nicht. Was uns im Grossen und Ganzen am meisten helfen kann, ist allein ein wissenschaftlicher Geist, der das Geschäft des Juristen, auch das ^{es} wöhnliche praktische Geschäft, zu veredeln im Stande ist ».

tere che la funzione ideologica di questo assetto esternamente immutato ed uniforme del diritto può (o ha potuto) nel tempo cambiare.

Ho parlato di idealismo dell'autore, volendo così caratterizzare la sua tendenza a costituire la storia di « scuole » giuridiche a oggetto isolato e indipendente di ricerca. Ma di idealismo si può parlare anche in un secondo senso: per definire allora la disponibilità a privilegiare i dati teorici su quelli dell'esperienza, riconoscendo così la funzione motrice delle idee. Idealista in questo senso ritengo sia l'autore nel giudizio che ci dà sul ruolo assunto dal diritto comune prima, e da quello naturale poi nella prassi giuridica svizzera dell'età moderna.

1. Si pensi ad esempio a cosa ha potuto significare la presenza di una facoltà giuridica su suolo confederato per la recezione della scienza del diritto comune. ELSENER ricorda giustamente che i Cantoni confederati non riconobbero l'Università di Basilea come università della Confederazione, che non le riservarono nessun trattamento di favore ed anzi la considerarono con distacco e quasi malfidenza ⁽⁵⁶⁾. Ma sembra ritenere che almeno nella prassi cittadina basilese si possano rintracciare segni importanti di un nuovo modo (appunto culto) di formulare ed applicare il diritto: quasi che davvero bastasse la presenza in loco di una facoltà giuridica per imporre — ancorché in via sussidiaria — la validità del diritto comune ⁽⁵⁷⁾. Altri segni di questo influsso vede poi l'autore anche nell'attività consigliere svolta dalla facoltà o da singoli suoi membri particolarmente noti, a favore della città o di privati che adivano i tribunali cittadini ⁽⁵⁸⁾. E gli sembra quindi logico e confortante salutare nella nuova redazione degli statuti cittadini del 1719 « *ein gemeinrechtliches Gesetzbuch im eigentlichen Sinne* » ⁽⁵⁹⁾.

A questo punto mi corre davvero l'obbligo di gettare un po' di acqua sul fuoco: di dire ad esempio che talune di queste perizie si muovono esclusivamente nell'ambito dell'antico diritto basilese, senza nessuna connessione con la tradizione giusromanistica ⁽⁶⁰⁾; di far rilevare che l'interesse degli avvocati e notai basilesi per istituti e clausole romanistici

⁽⁵⁶⁾ *Rechtsschulen*, passim, ad es. p. 87, 112-113.

⁽⁵⁷⁾ Così però *Rechtsschulen*, p. 242.

⁽⁵⁸⁾ Sulle perizie giuridiche redatte dalla facoltà vedi p. 111-112; su quelle di Cantiuacula p. 103-104, di B. Amerbach p. 106-107.

⁽⁵⁹⁾ ELSENER, *Rechtsschulen*, p. 129-130, 133, 138. A tale modo ELSENER aderisce alla caratterizzazione che di questa *Städigerichtsordnung* ha recentemente dato B. CHRIST nell'opera citata *supra*, nota 39, in particolare a p. 127. Ho recensito ampiamente quest'ultimo lavoro in *Entwicklungstendenzen*, p. 227-232. A queste pagine rimando per un approfondimento del fugace accenno agli statuti basilesi contenuto nel testo.

⁽⁶⁰⁾ Vedi ad es. H. THIEME, *Die beiden Amerbach - Ein Basler Juristennachlass der Rezeptionszeit*, in *L'Europa e il diritto romano*, Studi in memoria di P. Koschaker, Milano, 1953, I, p. 139 ss., in particolare, p. 155-156.

si manifestava soprattutto in faccende « *die über das eigene Stadtgebiet und die Eidgenossenschaft hinausreichen* » ⁽⁶¹⁾; e di finalmente osservare che la stessa *Stadtgerichtsordnung* del 1719 anteponeva al diritto comune il valore sussidiario della consuetudine ⁽⁶²⁾. Non voglio con ciò certo affermare che questo rinvio abbia poi neutralizzato l'altro, a favore del diritto comune. Voglio semplicemente osservare che in mancanza di un attento spoglio della documentazione offerta dalla prassi (atti intercorsi fra le parti, documentazione notarile, prassi giudiziale), nulla può esser dedotto da un semplice rinvio a fonti sussidiarie al nuovo statuto. È questo il lavoro, al quale tutti dovremmo applicarci con maggiore costanza, diffidando invece di una storia descritta combinando articoli di legge o teorie di giuristi, oppure decidendo a tavolino sulla interpretazione da dare a questi articoli e teorie.

2. Nella già citata perizia del consiglio scolastico bernese del 1722 in punto alla riorganizzazione dell'insegnamento giuridico, si impose al nuovo docente — fra le altre cose — di spiegare le Istituzioni di Giustiniano e si precisarono così le modalità dell'insegnamento:

« ... *es seye genug, wann man den discipulis die ersten elementa juris civilis beybringe, und dass es vielmehr schädlich, als nuzlich, wenn man disses studij allzuweit treiben, und alles nach denen gesäzen, die von einem staate, so von dem unsrigen in der regierungsforn sehr weith abgethet, gegeben worden, wolte decidieren* » ⁽⁶³⁾.

Cosa deduce l'autore da questo testo? Molte cose: che il nuovo docente fosse obbligato ad esporre le Istituzioni di Giustiniano in connessione con gli statuti cittadini bernesi, che quindi la città optasse per un metodo di studio (*Differentienmethode*) tipico dell'*usus modernus pandectarum*, ed in tal modo riconoscesse implicitamente (*faktisch*) il valore sussidiario del diritto comune ⁽⁶⁴⁾. Il primo punto posso ammetterlo, ed è del resto confermato da un'analoga perizia di quattro anni

⁽⁶¹⁾ Così ancora H. THIEME, *Ludwig Iselin-Ryhiner (1550-1612), Erbe der beiden Amerbach*, in *Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde* 66 (1966), p. 133-155, il passo citato a p. 140.

⁽⁶²⁾ Così suonava la disposizione conclusiva della *Stadtgerichtsordnung* del 1719: « *Inmassen Wir hiemit Unseren Rächten, Schultheissen und Gerichten, Gericht-Schreibern und Amt-Leuten, dessgleichen all anderen Tribunalien, untern Gerichten und Collegiis, ernstlicher Meynung befehlen und gebieten, in allen künftigen, nach angegangenem diesem unserem erneuertem Stadt-Rechten, begebenden Fällen und Handlungen, selbigem nach zu erkennen, zu sprechen, und zu urtheilen, oder sich sonst in ihrem Amt darnach zu halten, und in allweg zu verfügen, damit selbigem durchaus gehorsamlich gelebt und nachgesetzt; oder auch in denen Fällen, so in dieser Ordnung etwan nicht absonderlich decidirt, nach Unserer Statt altem Herkommen und Observantz, und in Abgang derer nach denen gemeinen Rechten geurtheilet werde, Alles bey Vermeidung unserer Hoch-Obrigkeitlichen Straf und Ungnad* ».

⁽⁶³⁾ Passo citato da ELSENER, *Rechtsschulen*, p. 48 nota 32.

⁽⁶⁴⁾ *Rechtsschulen*, p. 46-49, 52, 250 e *passim*.

più tardi ⁽⁶⁵⁾. Ma non vedo come da una menzione delle Istituzioni di Giustiniano, che a me pare poi piena di riserve, si possa senz'altro inferire la validità dell'*usus modernus pandectarum*, ossia di un sistema delle fonti stabilmente assiso sulla preminenza del diritto comune. È troppo, anche qui, chiedere un supplemento di prova?

A far data dal 1750 si nota — nella Svizzera alemannica — un rinnovato interesse per una elaborazione teorica del diritto locale, del *vaterländisches Rechts*. Ciò fu reso possibile, credo, da una presa di coscienza della indipendenza di questo diritto da quello comune, dalla convinzione che fosse possibile descriverlo e svolgerlo senza continuamente riferirsi ad una matrice, che in realtà gli era estranea. Postulare una teoria del diritto patrio significava allora negare qualsiasi nesso strutturale fra esso ed altre fonti, ritenute principali o scientificamente più ragguardevoli ⁽⁶⁶⁾. È chiaro che questo nuovo modo di considerare il diritto tradizionale fu la conseguenza di un nuovo modo di comprendere e rappresentare la realtà. In Svizzera fu l'illuminismo a favorire e diffondere questa nuova intelligenza della realtà. Singolarmente antirazionalista (perché antifrancese) e quindi sensibile allo spontaneo affermarsi del genio popolare ⁽⁶⁷⁾, esso nutrì anche una visione teocratica (e già per questo tendenzialmente conservatrice) della società, che imponeva di mantenere il diritto così com'era, poiché in esso si rifletteva (mediatamente o immediatamente) la volontà divina. Proprio ragionando così l'illuminismo dava nuova dignità a questo diritto, e lo faceva ora apparire degno persino di riflessione scientifica. Se questo fu — in Svizzera, ripeto — il senso del messaggio illuministico e giusnaturalistico ⁽⁶⁸⁾, allora fatico ad ammettere che la teoria dello *ius patrium* sia anche solo una variante dell'*usus modernus pandectarum*. È, credo, qualcosa di diverso e postula quindi un diverso rapporto (certo non più di unilaterale dipendenza) con le norme e la scienza del diritto comune.

3. Singolare è poi, per concludere, la contraddizione che il lettore scopre nelle belle, ma forse qualche po' parziali pagine dedicate dall'autore alla caduta della vecchia Confederazione e all'avvento della Repubblica Elvetica (1798-1803). Da una parte ELSENER parla di una vasta adesione popolare ai principi illuministici ed ai concetti propagandati dalla rivoluzione francese e sembra quindi ritenere che le nuove

⁽⁶⁵⁾ *Rechtsschulen*, p. 52.

⁽⁶⁶⁾ Proprio per questo dissenso dalla connessione operata dall'autore fra la teoria del *vaterländisches Recht (ius patrium)* e l'*usus modernus pandectarum*: v. ad es. a p. 49, 192, 228 nota 47 ecc.

⁽⁶⁷⁾ Sempre illuminanti in merito le pagine di C. ANTONI, *La lotta contro la ragione*, Firenze, 1968, p. 13-54.

⁽⁶⁸⁾ Penso in particolare all'opera già citata di J. J. LEU (vedi *supra*, nota 2). Sul punto ora anche P. CARONI, *Entwicklungstendenzen*, p. 232-236.

dottrine abbiano saldamente attecchito, preparando popolo e borghesia ad assumere responsabilmente la direzione di un movimento rivoluzionario ⁽⁶⁹⁾. D'altra parte, quando deve comunicare taluni dettagli su questa « rivoluzione elvetica » l'autore non può tacere che essa fu artificiosamente provocata dall'intervento di truppe straniere, si svolse sostanzialmente secondo piani francesi e raggiunse risultati modesti nella sostanza ed effimeri nel tempo. Tutto questo perché, ricorda ELSENER, gli svizzeri non erano ancora pronti a recepire il messaggio rivoluzionario, perché lo sentivano come qualcosa di estraneo, artificioso ed immaturo ⁽⁷⁰⁾.

Questa descrizione contraddittoria, provocata da una troppo lusinghiera ed euforica interpretazione del giusnaturalismo ed illuminismo svizzeri, va corretta secondo me ricordando due cose.

Avantutto è bene notare che le teorie ed i singoli postulati pratici dell'illuminismo giuridico non raggiunsero mai il popolo, e molto raramente anche il ceto dirigente. Furono sovente discussi, certo: ma solo fra illuministi, nel contatto privato o in società, che la società politica accuratamente emarginava ⁽⁷¹⁾. Mai, né alla vigilia della rivoluzione, né più tardi, diventarono di pubblico dominio. E poi non si dovrebbe dimenticare che la teoria giusnaturalista professata negli istituti superiori delle città confederate, dovendo necessariamente essere funzionale all'organizzazione di potere dell'aristocrazia cittadina, non fu certo rivoluzionaria, ma razionalizzante e conservatrice. Non metteva perciò in questione le strutture di questo potere, non ne postulava la sostituzione con forme più aperte alla partecipazione e consenso popolari. Ben più conferiva loro, facendone riflesso della « natura », una giustificazione metagiuridica, tutta volta a favorire conservazione ed obbedienza ⁽⁷²⁾. In questa ottica va vista, credo, la predilezione per PUFENDORF: che dovette apparire come il giusnaturalista più vicino alle opzioni politiche del ceto dominante. PUFENDORF fu allora ripetutamente consigliato a docenti e discenti: forse però solo *faute de mieux* e nella speranza quindi che gli istitutori provvedessero oralmente a criticare e neutralizzare tutto quanto non quadrava con il regime dominante, e quindi con i bisogni locali. Posso ben immaginarmi, per fare un esempio, che gli aristocratici bernesi e zurighesi non abbian goduto particolare simpatia per il radicale ed ostinato contrattualismo pufendorfiano: perché faceva a pugno con la dottrina in queste città dominante sull'origine della società: che era teocratica e quindi non ammetteva

⁽⁶⁹⁾ *Rechtsschulen*, p. 261-262, 267.

⁽⁷⁰⁾ *Rechtsschulen*, p. 277 e *passim*.

⁽⁷¹⁾ Vedi U. IM HOF, *Aufklärung in der Schweiz*, p. 5, 43-44, 85-86; KOPP, *op. cit.*, p. 55 ss.; FELDER, *op. cit.*, p. 376-384. Questo lo ammette però anche ELSENER, *Rechtsschulen*, p. 266.

⁽⁷²⁾ CARONI, *Entwicklungstendenzen*, p. 233.

pericolose mediazioni umane ⁽⁷³⁾. Come avrebbe potuto — chiedo per concludere — una ideologia così rigidamente quietistica preparare gli animi a recepire, condividere e poi realizzare il messaggio rivoluzionario?

⁽⁷³⁾ Gli stralci più importanti dalle opere di PUFENDORF sul contrattualismo sono ora pubblicati da P. CASINI, *Il patto sociale*, Firenze, 1975, p. 84-103. Sul tema da ultimo R. LIEBERWIRTH, *Die historische Entwicklung der Theorie vom vertraglichen Ursprung des Staates und der Staatsgewalt*, in *Sitzungsberichte der sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig*, Phil.-hist. Klasse, Band 118, Heft 2, Berlin, 1977, p. 36 ss. Sull'importanza ideologica di tutto il tema contrattualistico sono esemplari le pagine di L. ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, 1969, p. 21-26.

PIETRO COSTA

WIDAR CESARINI SFORZA:
'ILLUSIONI' E 'CERTEZZE' DELLA GIURISPRUDENZA

(in margine a *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*
di Antonio De Gennaro)

1. Il 'caso' Cesarini Sforza: qualche domanda preliminare. — 2. Scienza giuridica e filosofia. — 3. Dalla giurisprudenza alla filosofia: il dominio del Soggetto. — 4. Dal Soggetto all'autonomia della giurisprudenza (con un'osservazione sul 'realismo'). — 5. Alle origini del formalismo: una scienza della giuridicità in universale. — 6. Alle origini del formalismo: l'autosufficienza della ragione giuridica. — 7. Alle origini del formalismo: nessuna etero-integrazione per la giurisprudenza. — 8. Il primato della giurisprudenza: il diritto come 'struttura' dell'azione sociale. — 9. Il primato della giurisprudenza: il giurista come custode della continuità. — 10. Alla ricerca dell'autorità: un'interpretazione politica del Risorgimento. — 11. L'autorità ritrovata: avventure e disavventure teoriche intorno alle istituzioni del fascismo. — 12. Una 'certezza' della giurisprudenza: la proprietà privata (lockiana). — 13. L'impresa razionalizzata e corporativizzata. — 14. Dall'impresa alle imprese: il corporativismo come generalizzazione della 'razionalità' grande-industriale. — 15. Una nuova variabile nelle equazioni dell'economia: lo Stato. — 16. Razionalizzare, ma con misura: il corporativismo come blocco 'proprietario'. — 17. Prendere le distanze dagli 'estremisti'. — 18. Irrazionalità dell'obbedienza e razionalizzazione dell'economia. — 19. Epicedio per il corporativismo e nuove (o vecchie) proposte. — 20. Oltre le 'illusioni' corporativistiche: le 'certezze' della giurisprudenza e le minacce dello Stato. — 21. Collaborare alla produzione nella libertà. — 22. Le rimostranze dell' 'individuo': la critica della 'società di massa'. — 23. La 'grande illusione degli intellettuali': i conti col fascismo.

I. *Il 'caso' Cesarini Sforza: qualche domanda preliminare.*

La cultura giuridica dell'Italia contemporanea è stata per lungo tempo una sorta di storiografica 'terra di nessuno', non attraversata né dagli storici del diritto, per lunga tradizione poco inclini a far storia della 'contemporaneità' ⁽¹⁾, né dagli storici 'generali', probabilmente

⁽¹⁾ Non mancano naturalmente le eccezioni: basti segnalare, sul versante storico-giuridico, il lavoro, 'pionieristico' per l'anno in cui è stato scritto, di P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963.

distolti dal tecnicismo e dalla povertà culturale di tanta produzione giurisprudenziale (2). È solo in tempi recentissimi che alcuni contributi cominciano ad offrire ipotesi interpretative e spunti ricostruttivi della vicenda giuridico-intellettuale dell'Italia unita (3).

Certo è che, tuttora, mancano (e non potrebbero non mancare, data la scarsità di studi particolari) libri disposti a parlarci delle cronache della giurisprudenza italiana contemporanea o a storicizzare l'opera di giuristi italiani del XX secolo o a introdurci alla giurisprudenza italiana fra '800 e '900 (tanto per stravolgere a nostro uso i titoli di alcuni fondamentali lavori di Eugenio Garin). *Crocianesimo e cultura giuridica* di Antonio De Gennaro (4) non vuol essere certo, troppo ambiziosamente, una storia globale della cultura giuridica del '900. Il tema assunto ad oggetto della ricerca è, come suggerisce il titolo, specifico, anche se certo non marginale: l'influenza che la 'rinascita idealistica' (Croce innanzitutto, ma non vengono trascurati i gentiliani) ebbe sulla ridefinizione degli strumenti e dei compiti della giurisprudenza, ad opera di giuristi e filosofi, dagli itinerari anche divergenti fra di loro, ma tutti iscrivibili nell'area impressionata dalle tematiche neo-idealistiche.

In questa opera di raggruppamento per zone di influenza teoriche dei giuristi e filosofi del diritto italiani fra le due guerre, De Gennaro è stato preceduto con una qualche efficacia, in anni piuttosto risalenti, da uno dei pochissimi contributi generali dedicati alla giurisprudenza italiana di quel periodo: il saggio, intelligente e brillante, anche se storiograficamente certo non esauriente, di Bruno Leoni (5). È questo autore a parlare del convergere di più filosofi del diritto su soluzioni neo-idealistiche al problema dello statuto teorico della giurisprudenza; e 'dottrina italiana' è l'espressione riassuntiva che il Leoni usa per alludere ai profili metodologicamente omogenei delle teorie di coloro che « muovendo nettamente dalle premesse epistemologiche tipiche dell'idealismo italiano, cercano una soluzione al problema, impostandolo nella forma, ben nota, della possibilità della scienza » (6).

(2) Con 'giurisprudenza' e derivati intendo indicare la stessa area semantica compresa nell'inglese 'jurisprudence'.

(3) Anche solo per ciò che concerne il pensiero di singoli giuristi fra '800 e '900 cominciano ad essere relativamente numerosi, anche se ancora largamente insufficienti, i saggi storico-giuridici usciti in tempi recenti: dai contributi comparsi sui *Materiali per una storia della cultura giuridica*, curati da G. TARELLO, all'accurata monografia di G. MARINO, *La filosofia giuridica di Alessandro Levi tra positivismo e idealismo*, Camerino, 1976, al saggio di S. CASSESE, *Un programmatore degli anni trenta: Giuseppe Bottai*, in *Politica del diritto*, 1970, pp. 420 ss.; ad Emilio Betti sarà dedicato il volume 6° dei « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno »; e si tratta ovviamente solo di una esemplificazione.

(4) Milano, 1974.

(5) B. LEONI, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, Torino, s.d. (ma 1942).

(6) *Op. ult. cit.*, p. 85.

Il punto forte della peregrinazione del Leoni fra i testi della filosofia giuridica italiana non sta tanto in una loro ordinata sistemazione per scuole e correnti quanto nella verifica, anche in territorio neo-idealistico, di una tesi di fondo: il contrasto, a suo avviso ancora irrisolto, fra quella che il Leoni chiama « la visione storica e la visione naturalistica della scienza » (7); cioè, per precisare: il contrasto fra una definizione di diritto che, per volersi suscettibile di applicazione in universale, finisce per essere indefinita e tautologica, e un'istanza contraria (di natura, dice il Leoni, sociologica) rivolta ad osservare il mondo storico nella sua consistenza 'reale' e a « vedere, oltre le proposizioni delle leggi, il contenuto che esse rispecchiano » (8).

Ora l'ipotesi di una contraddizione o tensione fra due poli ('storicistico' e 'naturalistico') della filosofia giuridica italiana di ispirazione idealistica (9) è un profilo interpretativo fatto proprio e largamente utilizzato dal De Gennaro, anche se non è certo l'unico spunto ricostruttivo che questo autore ci offre: non foss'altro per il motivo che *Crocianesimo e cultura giuridica italiana* svolge un'analisi testuale e perviene ad una ricostruzione del dibattito teorico giuridico del novecento che si segnala per una grande ricchezza di dati e di problemi, ben oltre l'alveo, piuttosto ristretto, entro il quale si era mantenuto il lavoro del Leoni (10).

Non è però mia intenzione seguire da vicino l'itinerario che De Gennaro ci fa compiere, dal lungo *aperçu* intorno alla 'polemica sui concetti giuridici' all'idealismo di un Cesarini Sforza o di un Cammarata, alle istanze di rinnovamento ideologico di un Ascarelli. Il mio obiettivo è piuttosto quello di usare il libro di De Gennaro come una provocazione a porsi alcune domande:

a) assumendo per buona l'ipotesi Leoni-De Gennaro sulla tensione interna alla 'dottrina italiana', presa fra storicismo e naturalismo, è possibile spingere l'indagine più a fondo, verso i problemi ai quali quella 'doppiezza' era risposta e verso gli esiti teorici (e politici) che essa implicava?

b) verso quale immagine di stato e di società si orienta (esplicitamente o implicitamente) la 'dottrina italiana'?

c) quale nesso di continuità o discontinuità collega l'elaborazione giusteoria (dell'uno o dell'altro filosofo del diritto) maturata nel contesto politico e culturale dell'Italia fra le due guerre e quella svoltasi negli anni della 'ricostruzione' del secondo dopoguerra?

(7) *Op. cit.*, p. 97.

(8) *Op. cit.*, p. 100.

(9) Anche idealistica, per meglio dire: la stessa diagnosi il Leone veniva sostenendo per la giurisprudenza neokantiana.

(10) Lo stesso giudizio può essere ripetuto a proposito di un altro saggio di rilievo, precedente a *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*: mi riferisco a *La filosofia dei giuristi italiani* (Padova, 1955) di L. CALANI: un altro libro stimolante e acuto, ma più un'esplorazione 'per campioni' e un *work in progress* che un compiuto panorama storiografico sui giuristi italiani fra le due guerre.

d) quale immagine di intellettuale-giurista emerge (implicitamente) dalle risposte ai quesiti sovraelencati? Quali committenze ('sogettive' o 'oggettive') lo concernevano? Quale il grado e la forma della sua autocomprensione di classe?

Non posso certo, in questa sede, propormi di rispondere perentoriamente ad alcuna di queste comande, ma soltanto di offrire qualche spunto interpretativo suggerito da una lettura molto ravvicinata degli scritti, piuttosto vari per oggetti e moduli stilistici, di Widar Cesarini Sforza. I motivi che mi hanno indotto ad assumere come 'caso' questo autore sono:

- a) la sua rappresentatività nei riguardi della 'dottrina italiana';
- b) il carattere non reticente e non episodico del suo impegno teorico-politico, sia durante il regime fascista che negli anni successivi⁽¹¹⁾;
- c) la poliedricità della sua produzione, non chiusa nei tradizionali confini della disciplina giusfilosofica, ma pronta a cogliere l'emersione

(11) Cesarini Sforza è stato direttore del « Resto del Carlino » dall'aprile del 1925 al maggio del 1928: sostituiva Monicelli, in viso, in quanto fascista sostenitore della 'normalizzazione', agli squadristi del « L'Assalto » di Bologna (ma le lotte, non ideologiche, che si svolgevano dietro le quinte erano molto più intricate). Su questa vicenda, così come sui fatti che portarono, nel '28, alla sostituzione di Cesarini Sforza (e che trascendevano largamente la persona in questione) cfr. N. S. ONOFRI, *I giornali bolognesi nel ventennio fascista*, Bologna, 1972. Cfr. anche, per altre notizie, U. BELLOCCHI, *Il Resto del Carlino. Giornale di Bologna*, e V. CASTRONOVO, *La stampa italiana dall'Unità al fascismo*, Bari, 1970. Più interessante per noi è ricordare che dietro il *Resto del Carlino* c'erano gli Agnelli e il Consorzio Produttori Zuccheri: un particolare da tenere presente, quando ci imbattemmo nelle scelte 'grande-industriali' del Cesarini Sforza corporativista.

Non c'è dubbio che, nel quadro di una eventuale 'biografia' di Cesarini Sforza occorrerebbe soffermarsi sulla attività giornalistica del nostro autore (che, fra l'altro, collaborò al « Resto del Carlino » già prima di assumerne la direzione): non tanto allo scopo di completare il profilo politico-giuridico del suo pensiero, già compiutamente ricostruibile attraverso gli scritti 'scientifici', quanto di studiare in modo ravvicinato le valutazioni politiche quotidiane del nostro giurista. Il mio obiettivo, in questa sede, è, come si comprende, diverso e rivolto a cogliere la 'politica' di Cesarini Sforza solo in quanto tradotta in una 'giuridica' che ne è insieme il filtro e la generalizzazione progettuale - un obiettivo, di regola, raggiungibile privilegiando gli scritti meno episodici e teoricamente più organici ed impegnativi del nostro autore.

Almeno una volta, tuttavia, solo un editoriale del « Resto del Carlino » (del 26 maggio 1925) rende chiaramente percepibile un atteggiamento soggiacente a tutta l'attività, anche scientifica, di Cesarini Sforza, eppure mai così nettamente esplicitato: in contrapposizione al famoso invito prezzoliniano al disimpegno dell'intellettuale, l'editoriale afferma che « se qualcosa è da lamentare o da deprecare, non è, come sostiene Prezzolini, la contaminazione della intellettualità con la politica, ma al contrario, l'indifferenza che molti, troppi intellettuali mostrano sdegnosamente per questa ». E se è vero che oggi la lotta politica è più dura, ciò avviene perché « sono in gioco le grandi idee e non i piccoli interessi della politica spicciola. Ragione di più perché gli intellettuali non si appartino, al di fuori della mischia ». Politico infatti, quasi 'oggettiva' risultante di un consimile programma, è l'orizzonte di tanti scritti cesariniani, anche di molti apparentemente distanti dalla immediatezza della prassi.

di fenomeni storico-sociali nuovi, anche in terreni di regola tutt'altro che familiari al filosofo accademico ⁽¹²⁾;

d) un notevole gioco d'equilibrio fra la fedeltà alle proprio prospettive di fondo e la capacità di rinnovamento all'interno di una produzione prolungatasi per un cinquantennio: da ciò la possibilità di cogliere, nella precisa angolatura del discorso cesariniano, sottili nessi di continuità fra fasi diverse della tradizione giuridico-intellettuale italiana.

L'insieme dei motivi adottati per indicare il senso della lettura che mi accingo a proporre ne determina congiuntamente i limiti: non una ricostruzione senza lacune del pensiero di Cesarini Sforza, ma una semplice ricognizione tematica; non la pretesa di inferire dal 'caso' conclusioni estendibili ad una futura quanto problematica 'storia della cultura giuridica dell'Italia unita', ma solo l'intenzione di ricostruire alcuni momenti della strategia politico-giuridica di un giurista di fronte ai problemi del mutamento sociale.

2. Scienza giuridica e filosofia.

A leggere il giovanile ma impegnativo 'programma' cesariniano contenuto nei *Principi filosofici di una nuova teoria del Diritto* ⁽¹³⁾, il compito di rintracciarne i modelli culturali, di ritrovarvi le pagine dei maestri (da Croce a Bergson), non necessariamente citati ma onnipresenti nelle pagine del giovane filosofo del diritto, si presenta subito facile, ma non particolarmente istruttivo ⁽¹⁴⁾. Delle cospicue impronte crociane (e bergsoniane, ma in subordine) sull'opera cesariniana non serve tanto registrare gli elementi più appariscenti e più manifestamente recettizi (i gradi dello spirito, la categoria dell'economico, il rapporto fra economia e morale come rapporto fra particolare e universale e così via) quanto piuttosto sottolineare l'uso originale che dei materiali crociani fa il nostro filosofo.

Le direttive principali lungo le quali si muove Cesarini Sforza sono: innanzitutto, una correzione, dall'interno, della prospettiva crociana, per rivendicare, contro Croce, la tipicità e la specificità del fenomeno giuridico ⁽¹⁵⁾; in secondo luogo, una originale sistemazione del rapporto

⁽¹²⁾ Si pensi al lavoro su *I consorzi*, in *Trattato di diritto corporativo* (a cura di G. CHIARELLI), *L'organizzazione sindacale e corporativa*, Parte I, pp. 389 ss., e ai numerosi interventi su riviste non certo filosofiche come « La proprietà edilizia italiana », « Commercio », « Il diritto del lavoro ».

⁽¹³⁾ Pistoia, 1911.

⁽¹⁴⁾ È del resto l'autore stesso ad informare, nell'« Avvertenza », che « i progressi del pensiero filosofico contemporaneo, in Italia e in Francia », sono stati tenuti ben presenti.

⁽¹⁵⁾ DE GENNARO dedica a Croce un intero capitolo del suo libro, *Crocianesimo*, cit., pp. 93 ss.

fra filosofia e scienza (giuridica), volta a salvare l'autonomia e insieme il reciproco condizionamento di quelle due forme di conoscenza.

Se il primo obiettivo è ancora, nello scritto dell'11, più proposto che raggiunto, il secondo riceve una formulazione ancora incompiuta, ma chiara nei suoi termini costitutivi: la scienza è il dominio dell'oggettività, del dato, del fatto, la filosofia concerne il momento del farsi, dell'attività, della soggettività. Nei 'Principi' dell'11 sono sostanzialmente già precisati i termini di due coppie di concetti, fra loro complementari, che rimarranno fra gli schemi fondamentali di riferimento di tutto l'ampio arco della produzione cesariniana: filosofia e scienza giuridica, dominio dell'oggettività e iniziativa del soggetto.

Naturalmente, la direzione generale secondo la quale vengono regolati i rapporti fra i concetti suddetti è assai più recepitata che impressa originalmente da Cesarini Sforza e il suo scritto sembra ospitare una serie di variazioni sul tema neo-idealistico della svalutazione della scienza e del primato della soggettività. In realtà, il discorso è più complesso, e ricostruirlo analiticamente porterebbe molti chiarimenti su quel delicato momento di crisi e di passaggio della giurisprudenza italiana dagli entusiasmi sociologistici di anni non di molto precedenti alle nuove purezze formalistiche dell'esaltazione del 'metodo giuridico'.

Certo è che su quel succedersi di teorie giuridiche e climi culturali diversissimi — sul quale, da un punto di vista storico-giuridico, moltissimo resta ancora da dire — il 'caso' Cesarini Sforza è illuminante. Alcune istanze — e non delle più trascurabili — del positivismo ottocentesco vengono sostanzialmente recepite dal nostro filosofo. La sua teoria del rapporto fra la scienza giuridica e la filosofia, pur privilegiando quest'ultima come conoscenza fondante, non porta tuttavia a negare il valore euristico della scienza, ma semmai a confermarglielo, sia pure nel suo ambito: la scienza ordina schematicamente i fenomeni, mentre è della filosofia il compito di rilevare i fatti profondi, soggiacenti agli schemi. Sembrerebbe ancora un discorso interno alla dottrina crociana degli pseudoconcetti, eppure già in due saggi del '13, e ancor meglio nel fondamentale scritto del '34 (più maturo, ma in perfetta continuità con le tesi di fondo degli scritti giovanili) ⁽¹⁶⁾ la scienza giuridica viene contrapposta alla filosofia non come conoscenza *inferiore*, ma come conoscenza *diversa*. La scienza coglie ciò che vi è di specificamente giuridico nei fenomeni, la filosofia invece mostra « ciò che in essi c'è di *non giuridico*, ossia di immediatamente reale » ⁽¹⁷⁾ e insieme

⁽¹⁶⁾ *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Milano, 1913; *Introduzione alla filosofia del diritto* (1913), ora in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, Milano, 1967 (da ora in poi VN), vol. I, pp. 51 ss.; *Oggettività e astrattezza dell'esperienza giuridica* (1934), ora in *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano, 1956 (da ora in poi IP), pp. 17 ss.

⁽¹⁷⁾ *Introduzione*, cit., p. 51.

indica la forma del passaggio dal 'reale' al 'giuridico', ovvero la genesi di quest'ultimo da ciò che logicamente lo precede. La scienza, quindi, ha una sua compiuta autonomia e semmai è la filosofia che «presuppone la scienza», sia pure «solo per criticarla» (18).

La scienza, dunque, produce un tipo di conoscenza determinato, vincolato al suo specifico 'punto di vista', ma non provvisorio, 'inferiore' o meramente tecnico. Il dominio d'intervento della scienza è semplicemente il regno della datità, della oggettività. È possibile per il giurista variare il punto di vista intorno al quale raggruppare l'insieme dei dati, dei fatti giuridicamente conoscibili: è possibile, ad esempio, usare lo Stato come sostegno ultimo dell'oggettività dei fenomeni giuridici, ma anche spingersi oltre la soglia 'statualistica' attingendo, con Romano o con Hauriou, il concetto di istituzione. In tutto questo, però, «la scienza sposta il suo limite, ma non modifica menomamente il suo procedimento logico» (19). Alla scienza — dirà Cesarini Sforza discutendo con Volpicelli — sfugge la dialettica, perché «la logica scientifica è precisamente la logica formale: $A = A \dots$. Ecco perché la scienza non può seguire la filosofia sul suo terreno» (20).

Ora, già fin da queste prime battute della ricca orchestrazione discorsiva cesariniana è facile intendere come la lezione positivista non sia stata né rifiutata in blocco né parzialmente, ecletticamente accolta, ma letteralmente *aufgehoben*. Il 'superamento' idealistico del positivismo è realizzato da Cesarini Sforza in termini del tutto peculiari. Alla scienza giuridica si demanda il compito di farsi precisa conoscenza del dato, dell'oggettività, della fenomenologia storico-istituzionale, insomma di quella 'realtà' che il miglior positivismo aveva assunto come *la* realtà empiricamente analizzabile: ma questa scienza giuridica (diremmo, giocando sulle parole, 'positiva') viene presa come tale e inserita in un *organon* conoscitivo che di quella scienza pretende di vedere il rovescio o il *prius* genetico. Il problema storiografico è a questo punto quello di capire come giochi la coesistenza (anzi la ribadita complementarità) di questi due programmi conoscitivi nella determinazione dei contenuti (e non più dei confini) rispettivamente della filosofia e della scienza giuridica.

3. *Dalla giurisprudenza alla filosofia: il dominio del Soggetto.*

La filosofia scopre il punto di origine delle cristallizzazioni normative, la realtà fondante, soggiacente agli schemi: questa realtà è la sfera dei soggetti, del Soggetto. Per il plurale si pronuncia ancora l'acerbo,

(18) *Ibidem*, p. 52.

(19) *Oggettività e astrattezza*, cit., p. 21.

(20) *Corporativismo e scienza del diritto* (1932), ora in *IP*, pp. 159-160.

ma pregnante scritto dell'II: in esso la riconduzione delle grandezze 'oggettive', meta-individuali al loro fondamento, alla pratica degli individui, sembra quasi obbedire all'antico invito a non moltiplicare gli enti e a scomporli nei loro elementi semplici ed empiricamente individuabili (21). Le concrezioni socio-giuridiche più solenni si dissolvono così in un intrico di pratiche inter-individuali che ne costituiscono il fondamento vitale, pre-schematico, dislocando l'attenzione del filosofo dal mondo dell'oggettività giuridica all'attività pratica dei soggetti.

I soggetti finiscono per essere qui concepiti (sia pure con molte oscillazioni) nella loro dimensione immediatamente empirica, piuttosto che proiettati in una filosofia della pratica compiutamente svolta secondo i moduli neoidealistici. È, se si vuole, un momento di relativa immaturità del pensiero cesariniano, se commisurato ai più organici, meno eclettici, sviluppi successivi, ma è anche un momento qualitativamente non trascurabile: l'istanza, analiticamente rigorosa, alla scomposizione logica di concetti apparentemente 'primitivi' rimarrà uno dei più fecondi (anche se non dei più ricorrenti) atteggiamenti mentali del nostro filosofo, e, come vedremo, un ulteriore elemento della sua caratteristica 'ambiguità' teorica (22).

Cesarini Sforza, comunque, raggiunta ben presto una formulazione più univoca delle sue posizioni idealistiche, riporta il fondamento soggettivo degli schemi normativi ad un fare che è, sì, l'operare dei soggetti, ma nello stesso tempo è il divenire dello spirito e « la realtà non sta più fuori dallo spirito, come qualcosa da conquistare, ma da lui scaturisce ininterrottamente » (23). Al di sotto degli schemi della scienza, nel loro ambito rilevanti, ma non totalizzanti, non è l'intrecciarsi delle molteplici pratiche intersoggettive, empiricamente individuabili e convenzionalmente ordinabili, che assurge a punto di rilettura del momento 'giuridico-positivo' ('scientifico') del programma cesariniano; non emerge insomma un livello di realtà, fondante, ma pur sempre empiricamente analizzabile, ma, in modo ormai coerentemente idealistico, « ciò che viene in luce » è « la profonda libertà della realtà che, come spirito, va creando se stessa » (24).

(21) « La cosiddetta 'realtà sociale', cioè quelle forme di condotta e di pensiero di cui l'individuo ha coscienza di non essere l'autore, e che infatti risultano da esperienze collettive sorpassanti la pratica attività individuale, non è altro che la totalità delle azioni empiriche che i membri di un gruppo sociale vanno, ognuno per sé, compiendo... » « La società, lo Stato, la Città sono tutti simboli di quella zona individuale e insieme extraindividuale in cui le altrimenti irriducibili attività dei singoli paiono ridotte a un denominatore comune » (*Principi filosofici*, cit., pp. 153-154).

(22) Cfr., ad es., lo stile argomentativo che conduce Cesarini Sforza alla definizione di 'interesse corporativo' (*infra*, par. 18).

(23) *La comune origine spirituale della religione e della scienza* (1912), ora in *VN*, I, p. 4.

(24) *Introduzione alla filosofia*, cit., p. 52.

‘ Tornare alla radice ’ è la *policy* cesariniana verso la scienza, « tornare alla sorgente dei fenomeni »; ma, per il diritto, la sorgente è la « soggettività spirituale », « la soggettività pratica da cui scaturiscono certe forme del mondo pratico » ⁽²⁵⁾. Nel momento in cui il dato giuridico viene scomposto nella sua apparente fissità, e riportato all'indietro, verso il suo processo genetico, i protagonisti di questo, i soggetti empiricamente determinati, tendono a sublimarsi e scomparire nella indeterminata categoria della Soggettività.

Non che per questo ogni analisi, anche ‘ positiva ’, sia preclusa: la Soggettività si dispone a scindersi nei concreti soggetti agenti e a offrirsi così come supporto di un'attenzione rivolta al mondo delle azioni ‘ pregiuridiche ’; allo stesso modo, però, anche il cammino inverso è percorribile e la Soggettività può tornare ad essere assunta come rappresentativa dell'intero mondo del soggetto volente » (soggetto per soggetti), divenendo responsabile di enunciazioni, a mio avviso, pericolosamente universalizzanti. Uno stesso enunciato può così essere sottoposto a torsioni diverse eppure non incompatibili: andare oltre la scienza giuridica — scrive il nostro autore —, permette di scoprire « la vita giuridica reale, il diritto in azione, cioè le azioni giuridiche nel loro immediato determinarsi come prodotto di concrete ed effettive volontà... » ⁽²⁶⁾. Oltre i dati della scienza giuridica, dunque, si apre un mondo di azioni, di pratiche individuali, destinate, si supporrebbe, ad uno studio delle loro specifiche modalità, insomma della loro determinata storicità. Ma ecco la torsione idealistica dell'enunciato: « quelle azioni, oltre alla « viva realtà del mondo oggettivo » riflettono « l'intero mondo del soggetto volente » ⁽²⁷⁾. Le azioni sottostanti all'oggettività giuridica, il concreto sottostante all'astratto, vengono sollevati fino alla totalità del soggetto, rischiando così di perdere ogni analizzabile determinatezza.

Alcune conseguenze: innanzitutto, ciò che la filosofia scopre al di là degli schemi giuridico-normativi (‘ oggettivi ’) è una ‘ realtà ’ in qualche modo ‘ doppia ’. È un mondo di azioni (potenzialmente) determinate, l'incontro-scontro (per Cesarini Sforza) di ‘ volontà ’ di soggetti praticamente operanti, quindi, potremmo dire, un campo di ricerca per una determinazione storico-sociale delle loro modalità. Ma è anche (per il nostro autore) un mondo di azioni riconducibili all'unità spirituale del Soggetto e perciò un'occasione per la ricerca delle regolarità *universali* del loro accadere. Se è esatta la constatazione di una siffatta ‘ doppiezza ’, è lecito senz'altro parlare della complessità della posizione cesariniana ‘ fra idealismo e realismo ’ ⁽²⁸⁾: dove ‘ realistica ’

⁽²⁵⁾ *Ibidem*, p. 54.

⁽²⁶⁾ *Il problema dell'autorità* (1940), ora in *IP*, p. 94.

⁽²⁷⁾ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁽²⁸⁾ È il titolo di un interessante, articolato saggio di A. BARATTA, *Tra idea-*

è l'apertura della ricerca verso il 'diritto in azione', 'idealistica' la riconduzione 'speculativa' delle azioni storicamente determinate alla metafisica del Soggetto.

Ora, senza nulla togliere alla persuasività di un tale rilievo, nel suo senso più generale, resta però da chiedersi *come* il 'realismo' si faccia strada nel quadro di riferimento neo-idealistico, se attraverso una contraddizione interna alle coordinate teoriche usate o attraverso un uso peculiare di quelle; e quale sia stato l'effettivo risultato teorico, giuridico e politico, di tutta l'operazione. In questa prospettiva, mi sembra che fin d'ora si possa affermare che il 'diritto in azione', verso il quale la coppia cesariniana scienza-filosofia getta indubbiamente un ponte, non è un 'valore positivo', genericamente sociologico o 'realistico' di contro a un 'valore negativo' genericamente idealistico o speculativo. Comunque si valuti la coppia opposizionale idealismo-realismo, certo è che il 'realismo' delle azioni è raggiunto sempre e soltanto a partire dall'idealismo' del Soggetto: dal Soggetto ai soggetti, insomma, dallo Spirito alle singole volontà operanti. Un itinerario storico *à rebours*, si direbbe: dal neo-idealismo all'empirismo 'atomistico' delle prime, grandi indagini sulla società liberale-classica.

Tutto questo importa una conseguenza: che, a partire dal Soggetto, si può arrivare ai soggetti, ma oltre questi (ossia verso operazioni interpretative capaci di raggruppare variamente i soggetti in funzione esplicativa della dinamica storico-sociale) è difficile spingersi. Da ciò, la rappresentazione 'antropomorfa' della dinamica sociale produttiva degli schemi giuridici: illustrata col ricorso alla 'volontà del soggetto', assunta come elemento categorialmente decisivo e non come (sia pure insoddisfacente) metafora.

In conclusione, il passaggio dalla scienza giuridica alla filosofia, come passaggio dal fatto al fare, dall'*actum* all'*agere*, rappresenta:

a) l'indicazione, *per il giurista*, di un mondo ulteriore rispetto agli schemi normativi, non attingibile dalla scienza giuridica, eppure essenziale per la completezza critico-culturale del giurista ⁽²⁹⁾.

lismo e realismo. A proposito della 'filosofia del diritto' di Widar Cesarini Sforza, in Rivista internazionale di filosofia del diritto, 1965, pp. 421 ss.; cfr. anche, sulla 'filosofia del diritto' cesariniana U. SCARPELLI, La 'filosofia del diritto' di Widar Cesarini Sforza, in Rivista di diritto civile, 1957, pp. 353 ss.

⁽²⁹⁾ La complementarità fra filosofia e scienza giuridica, e la loro necessaria compresenza nella formazione del giurista, sono tesi costantemente riaffermate nel corso della riflessione cesariniana sul diritto. Si rileggano ad esempio le osservazioni del nostro autore al celebre *exploit* 'antifilosofico' bonfantiano: proprio perché la scienza del diritto è compiutamente scienza — così argomenta Cesarini Sforza — la filosofia del diritto, svelando ciò che la scienza, in quanto tale, non può mostrare, porta un contributo essenziale per la cultura del giurista (*La filosofia del diritto nelle scuole di Giurisprudenza, in Rivista di filosofia, 1918, pp. 121 ss.*).

In tutt'altro contesto — e un quarantennio più tardi — le osservazioni critiche che Cesarini Sforza rivolge, rispettivamente, a Caiati e a Piovani vanno,

b) l'estirpazione del mondo pre-giuridico dal dominio delle vecchie sociologie positivistiche e la sua completa attrazione nell'ambito delle coordinate teoriche neo-idealistiche: quindi una perfetta *Aufhebung*, recezione-superamento (-stravolgimento), di una delle più importanti istanze metodologiche del positivismo ottocentesco;

c) la chiusura della processualità pre-giuridica nell'alveo della metafisica del Soggetto; (e/o) la soluzione di questo in 'azioni' dei soggetti, schematizzati però in 'volontà operanti' e assunti come elementi 'primitivi' della dinamica pre-normativa;

d) l'inchiesta sulla 'giuridicità' condotta a partire dagli elementi categoriali del Soggetto e quindi in qualche misura preordinata nei suoi risultati.

4. Dal Soggetto all'autonomia della giurisprudenza (con un'osservazione sul 'realismo').

Alla filosofia spetta il compito di rendere possibile il salto dal dominio dell'oggettività giuridica alla sfera dei soggetti, al Soggetto, dissolvendo l'apparente compattezza della scienza; proprio per questo, essa è tenuta a compiere il cammino inverso: dal Soggetto al fenomeno giuridico. Non a caso la domanda che domina uno dei saggi più brillanti e impegnativi della piena maturità di Cesarini Sforza ⁽³⁰⁾ verte sulla ricerca del « principio costitutivo del diritto », cioè di ciò « che esprime l'esigenza spirituale della creazione giuridica siccome creazione di un Ordine delle azioni, qualunque sia, poi, quest'ordine in concreto, qualunque sia il contenuto delle regole e norme giuridiche storicamente considerate » ⁽³¹⁾: la filosofia del Soggetto predetermina non i contenuti, storicamente variabili, della giuridicità, ma la sua funzione, categorialmente universale.

Lo sforzo teoretico di Cesarini Sforza è qui tutto rivolto a salvare, contro le liquidazioni o sottovalutazioni, sia di parte crociana che di parte gentiliana, dell'esperienza giuridica, il carattere essenziale, autonomo, di questa nel più vasto mondo 'pre-giuridico' delle azioni umane. La teoria della norma come elemento necessariamente interno all'agire, la tesi della compresenza, nell'azione del soggetto, dell'elemento creativo e individualizzato e dell'elemento astratto, tipico, 'normale'

di nuovo, nel senso della difesa della necessaria complementarità fra scienza e filosofia: la filosofia giuridica né è tutta immanente alla scienza giuridica, riducendosi alla logica di quella scienza, né è estendibile a generale visione del mondo, venendo così a perdere di vista il fenomeno giuridico nella sua specificità (*Giuristi o filosofi?* (1955-1956), ora in *VN*, I, pp. 392 ss.; *La filosofia del diritto come scienza filosofica* (1963), ora in *VN*, I, pp. 419 ss.).

⁽³⁰⁾ *Oggettività e astrattezza*, cit., pp. 17 ss.

⁽³¹⁾ *Ibidem*, p. 25.

(esposte, nel saggio che vengo rileggendo, con sobrietà stilistica e rigore argomentativo) sono posizioni cesariniane tanto note, credo, da potermi dispensare da una illustrazione descrittivamente esauriente ⁽³²⁾.

Mi preme piuttosto far emergere una domanda, ben presente nel testo cesariniano, ma, per così dire, decentrata rispetto al filo argomentativo principale. Il centro della discussione con Gentile, Maggiore, Cammarata, da una parte, e Croce dall'altra, sta, chiaramente, in una diversa valutazione che Cesarini Sforza vuol dare del momento 'oggettivo' dell'esperienza giuridica (quindi del ruolo della scienza giuridica). La grossa acquisizione di questi autori — scrive il nostro filosofo — è lo spostamento dell'attenzione del filosofo del diritto dalle norme, dai fatti normativi, al soggetto; il costo che però tutte le filosofie della Soggettività, ciascuna a suo modo, pagano è la perdita del momento oggettivo, la vanificazione della sua (pur relativa) autonomia, il suo assorbimento, senza residui soddisfacenti, nel movimento spirituale del Soggetto ⁽³³⁾. La strada battuta dal Cesarini Sforza è diversa, passa per i temi della 'normalità' dell'agire, del rapporto fra individualità e tipicità, dell'espressione come termine medio, e raggiunge lo scopo di mantenere assai saldamente in piedi, pur all'interno di un quadro di riferimento marcatamente neo-idealistico, l'autonomia del giuridico.

Ora, diversa è la strada seguita da Cesarini Sforza e diverso è il suo esito teorico, perché diversa è l'impostazione del problema (direi la sensibilità) soggiacente a questa sua tenace preoccupazione di 'salvare' il giuridico: « il problema » — scrive incidentalmente, ma significativamente, il nostro autore, discutendo del rapporto fra il comando di un soggetto e l'agire in obbedienza di un altro — « il problema è appunto di spiegare in qual modo nell'interiorità del volere possa tro-

⁽³²⁾ Posso rinviare, a questo scopo (così come per la suggestiva analogia fra diritto e linguaggio) all'analitica, attentissima esposizione che ne fa De Gennaro (*Crocianesimo e cultura giuridica*, cit., pp. 345 ss.). A proposito di quella tematica semmai, chi dimenticasse la ricchezza di osservazioni particolari sul rapporto fra azione tipica e atto individuale, potrebbe osservare la singolarità di un procedimento argomentativo tutto condotto sul filo dell'analogia: un filo di rasoio, avanzando lungo il quale il nostro filosofo rischia continuamente di dare per dimostrato il *quid demonstrandum*, e di risolvere le difficoltà moltiplicandole. Senza dunque niente togliere alla felicità di tante osservazioni cesariniane, mi sembra tuttavia lievemente trionfalistico ciò che viene scrivendo al proposito De Gennaro: « se si pensa a dicotomie come 'lingua-parola', 'sincronia-diacronia', 'paradigma-sintagma', ecc., della moderna linguistica strutturale... non può non risaltare — contemporaneamente — la profonda analogia tra il problema fondamentale di essa e quello del Cesarini Sforza, da una parte, e la *superiorità del tentativo di questi'ultimo dall'altra* », in quanto erede dello storicismo crociano e capace di correggerlo in senso 'realistico' » (*Crocianesimo e cultura giuridica*, cit., p. 350, in nota; corsivo mio). Cesarini Sforza, da un lato, e (tutta?) la « moderna linguistica strutturale » e De Saussure dall'altro lato: mi sembrerebbero termini di confronto francamente sproporzionati.

⁽³³⁾ *Oggettività e astrattezza*, cit., pp. 44-45.

var luogo un elemento caratterizzato dalla esteriorità ed oggettività, come è la regola o norma voluta o imposta da un altro soggetto » (34). Ma questo è precisamente il *problema politico*.

Certo, l'affezione cesariniana al giuridico ha motivazioni 'interne', da giurista sensibile alla problematica epistemologica specifica del proprio universo di discorso, ma risponde anche ad una preoccupazione politica, ad una cura *per la politica*. Questa attenzione al potere, sotterranea o indiretta nello scritto del '34, dominato da una tensione teoretica (apparentemente) divergente, emerge con chiarezza in un saggio, non di molto successivo, dedicato al problema dell'autorità (35); il problema, precisa il Cesarini Sforza, di come « l'autorità possa imporsi a un'altra volontà » (36). Ma questa soluzione è, per il Cesarini Sforza, insoddisfacente, politicamente insoddisfacente: riportando il momento giuridico-obiettivo *al* Soggetto, senza accurate mediazioni, o si lascia uno spazio alla rivolta *dei* soggetti, o si cade in un quietistico ('antimoderno') riconoscimento di ogni Stato esistente (37).

Se è così, lo sforzo rivolto alla salvaguardia dell'autonomia del giuridico e alla corretta impostazione del rapporto fra oggetto e soggetti, non è solo disincarnata acribia teoretica, ma oculata sensibilità politica, insomma attenzione al potere, fattasi filosofia. Quando il nostro filosofo passava dal mondo degli oggetti al Soggetto e infine, di nuovo, ai soggetti, questi si disponevano a perdere qualcosa della loro rarefatta astoricità e ad assumere figure più mondane e 'reali': stato e individui, soggetti di un rapporto politico, autorità e obbedienza. Una certa impostazione del rapporto fra norma dell'agire e azione del soggetto era *anche* (non certo *soltanto*; non pretesto per, ma espressione di) una impostazione certa del problema politico. Ed ecco una conseguenza, non formale: il problema politico raggiunto a partire dalla teoria cesariniana del Soggetto conduceva a espungere come irrilevante il problema dell'autonomia o eteronomia della regola dal punto di vista dell'individuo, a considerarlo niente di più di una escrescenza « materialistica e psicologista » (38). Non c'è già, sublimata in stilemi professionalmente

(34) *Ibidem*, p. 31.

(35) *Il problema dell'autorità* (1940), ora in *IP*, pp. 91 ss.

(36) *Ibidem*, p. 95.

(37) *Ibidem*, p. 96.

(38) « In concreto non è possibile distinguere fra autorità ed eteronomia. Non vi sono che processi regolativi e normativi, caratterizzanti l'attività pratica, che si svolgono completamente nella intimità del pensiero. Entro il quale l'autonomia e l'eteronomia non significano altro che soggettività ed oggettività, concretezza ed astrattezza » (*Oggettività e astrattezza*, cit., p. 33). D'altronde, già nella critica, molto più risalente nel tempo, che Cesarini Sforza aveva condotto contro il 'modernismo giuridico' (la 'scuola del diritto libero'), le principali obiezioni formulate dal nostro autore erano: da un lato, la confusione, della quale a suo dire, i giusliberisti erano responsabili, fra filosofia e scienza giuridica, dall'altro lato il fraintendimento del concetto di libertà (dalle norme), che, per essere compiuta,

filosofici, tutta una politica dell'obbedienza? Non voglio dir troppo: ma certamente si intuisce, almeno, una domanda di politica e una direzione verso *una* politica.

Il neo-idealismo dei più rilevanti saggi teoretici cesariani degli anni trenta è, allora, sì, profondamente 'realistico': ma non in quanto diventa altro da sé, in quanto si fa, 'oggettivamente', veicolo, in terra italiana ad egemonia idealistica, di realismi scandinavi od americani⁽³⁹⁾. Il realismo di Cesarini Sforza è il suo peculiare modo di essere neoidealista; ovvero, cessando di giocare con le parole: il suo 'realismo' non consiste tanto in aperture sociologizzanti e in correzioni 'realistiche' dello storicismo idealistico quanto in una pervicace, oculata attenzione al potere, che proprio attraverso un uso, rigoroso ma non dottrinario, dei principali assunti neo-idealistici si fa discorso teorico e programma politico⁽⁴⁰⁾.

5. *Alle origini del formalismo: una scienza della giuridicità in universale.*

Se (anche) politica è l'esigenza sottesa ad un'equilibrata impostazione del rapporto fra oggettività e soggettività nel momento dialettico della dissoluzione della giurisprudenza, le riflessioni intorno a

deve essere libertà da ogni norma (e non solo dalla norma privilegiata dalla dogmatica). Questa libertà, però, aggiungeva Cesarini Sforza, è pensabile solo sul terreno della «vita pratica pura», dove «lo spirito proclama la... inutilità (delle forme inferiori) intanto che in esse si avvolge: mentre l'inutilità può rilevarsi come tale solo quando l'abbandono sia avvenuto. Ed avviene infatti continuamente: ma allora delle lotte di prima scompare ogni traccia. Gli assertori del libero diritto hanno cognizione della libertà dello spirito, senza poterla raggiungere: chi la raggiunge è l'uomo che agisce eticamente, che ascende cioè a quello spazio ideale in cui del mondo giuridico non vive neppure più il ricordo» (*Il modernismo giuridico* (1912), ora in *VN*, I, p. 17). In altri termini, la libertà, compiuta e 'a portata di mano' nella pura sfera etica, può (deve) dialetticamente assoggettarsi alle più varie restrizioni nella sfera delle forme giuridiche (e politiche).

Incidentur tantum: Luigi Lombardi dà testimonianza (*Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 219, in nota) del distacco con cui l'anziano filosofo del diritto si rapportava al suo giovanile saggio del '12 — manifestamente gentiliano nel suo *modus procedendi* antimodernista.

⁽³⁹⁾ Cfr. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica*, cit., pp. 333-335. in nota.

⁽⁴⁰⁾ Mi sembra molto acuto e pertinente un giudizio di Alessandro Baratta: «... il metodo filosofico del soggettivismo idealistico... costituiti per [Cesarini Sforza] un fecondo principio euristico. Se esso sembra a volte, nella sua opera, sovrapporsi in modo astrattizzante all'indagine della realtà storica e sociale del diritto, che egli ebbe costantemente dinanzi agli occhi (e perciò si può parlare del suo *idealismo realistico*), si è rivelato però assai più fruttuoso di tante ingenuie professioni di empirismo, nutrite dalla illusione di poter far parlare la *verità delle cose* lasciando in soffitta le categorie del pensiero...» (*Presentazione* a M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. CESARINI SFORZA, Milano, 1967, p. XXVI).

quest'ultima, al suo oggetto, alla sua logica, sembrerebbero dover rendere ancora più trasparente la ragione politica implicita nella filosofia del nostro autore. In prima approssimazione, invece, niente di tutto questo. Nell'impegnativo saggio teorico-giuridico del '13 ⁽⁴¹⁾, alla scienza giuridica viene demandato l'oneroso compito di individuare i concetti giuridici soggiacenti ad ogni possibile fenomeno, oltre ogni determinazione spaziale e temporale: « sopra tutta la varietà temporale e spaziale la scienza domina con i suoi concetti metastorici: nel singolo fatto essa vede la verificazione di un concetto, il quale può verificarsi ancora in mille altri fatti diversi » ⁽⁴²⁾.

L'obiettivo, francamente ambizioso, è quello di una scienza giuridica che trascenda le determinatezze dell'una o dell'altra contestualità storico-sociale per divenire una sorta di sintassi logica della giuridicità 'come tale'. La scienza raggiunge, ordina i fenomeni a partire da alcuni concetti semplici, anzi da un assioma fondamentale, la « legge della giuridicità », « che condensa in una formula unica gli elementi comuni a tutti i fenomeni giuridici reali o possibili... » ⁽⁴³⁾. Una scienza giuridica all'altezza di questo compito (una « giurisprudenza integrale », per usare l'espressione cesariniana) lavora induttivamente nella ricerca delle uniformità fra fenomeni diversi, e procede deduttivamente nell'inferire dalla legge della giuridicità, dal proprio assioma fondamentale, i principi « che regolano i fenomeni giuridici concreti ». In realtà, l'aspetto induttivo è più apparente che sostanziale, o comunque riguarda più il momento formativo della scienza che non il suo funzionamento logico: una volta costituita, essa estende la rete di concetti, nati per generazione spontanea dal suo interno, tendenzialmente a tutti i fenomeni possibili. L'universo di discorso giurisprudenziale, costruito coerentemente con il proprio assioma fondamentale, funziona come griglia selettiva degli elementi di realtà non pertinenti e appare caratterizzato da una sua logica specifica e da una sua immanente visione della realtà.

Qui, a mio avviso, si tocca con mano l'incompiutezza dello storicismo cesariniano, la perpetuazione, in un terreno più elevato, di quella già neo-kantiana scissione fra 'storicismo' e 'naturalismo' che il Leoni aveva felicemente registrato a carico della più 'aggiornata' filosofia giuridica italiana del primo novecento. Né è d'altronde il caso di sfondare porte ormai ben aperte sulla 'logica specifica dell'oggetto specifico', sulla necessità di ancorare uno schema teorico-giuridico, in questo caso) a una precisa contestualità storico-sociale, usandolo (aggiungerei) come un insieme di operazioni (non di *quidditates*) utili alla decifrazione dei dati 'in campo'. È semmai opportuno sottolineare un altro aspetto dell'atteggiamento cesariniano verso la giurisprudenza:

⁽⁴¹⁾ *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Milano, 1913.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*, p. 50.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*, p. 41.

un'istanza di rigore analitico-deduttivo, e soprattutto una serie di osservazioni particolari sul rapporto fra discorso e 'dati di realtà' che, pur ospitati in un involucro idealistico, non perdono nulla della loro persuasività (44).

Comunque, sia che si voglia insistere sull'*impasse* naturalistico della 'giurisprudenza integrale', sia che ci si lasci prendere dal fascino logico-deduttivo che ne emana, di 'realismo' (in qualsiasi senso) sarebbe difficile parlare. La 'realtà' (se con questo si vuole intendere l'insieme dei fenomeni sociali di una data contestualità storica) è caso mai raggiunta non dalla giurisprudenza integrale (autenticamente 'scientifica'), ma da una giurisprudenza 'disintegrata', ridotta a mera tecnica, dove le norme vengono considerate «come veri e propri *strumenti* della vita di un dato ambiente sociale» (45). La tecnica giuridica è, sì, anche per Cesarini Sforza, 'realistica': ma la scienza, il fondamento logico-sistematico delle operazioni meramente tecniche, non è 'realistico', ma puramente 'logico' e universalizzante.

Allo stesso modo, la polemica cesariniana contro le illusioni della dogmatica e l'idolatria della legge — un tema utilizzabile anche sul versante 'realistico' — ha origine proprio dalla tesi della diversità dell'ambito entro il quale la tecnica e la scienza giuridica devono muoversi. La negazione della pretesa normativistica a porre la norma come rappresentante esclusiva della giuridicità, è, certo, recisa e argomentata: le norme, lungi dall'esaurire il fenomeno giuridico, ne sono al massimo un segno, un indice rivelatore (46). Le norme esprimono un dover essere, ma l'interezza del fenomeno giuridico impone la considerazione dell'azione contemplata dalla previsione normativa; questa, dunque, conferma il suo carattere parziale (ipotetico) che può, come può non, essere completato (verificato) solo da chi estenda l'indagine oltre la norma, sul versante, diremmo, della effettività (47). Una cosa è la norma, altra cosa il fenomeno giuridico nella sua interezza; questo è l'oggetto della giurisprudenza, mentre la norma, «un prontuario di principi o di formule per risolvere le controversie giuridiche», non è che uno strumento per il 'tecnico' del diritto, per il cultore della 'dogmatica' giuridica. È a stretto contatto con le norme, rappresentative «di fenomeni storicamente determinati», che la dogmatica costruisce le sue categorie; queste, di per sé non scientifiche in quanto ferme al dato 'contenutistico' rispecchiato nell'assetto normativo dell'una o dell'altra situazione storica, possono varcare la soglia della

(44) Dell'apertura di Cesarini Sforza verso i problemi dell'analisi del linguaggio è d'altronde testimonianza il saggio *Sul significato degli imperativi giuridici* (1957-1958), ora in *VN*, I, pp. 305 ss.

(45) *Il concetto del diritto*, cit., p. 117.

(46) *Ibidem*, p. 55.

(47) *Ibidem*, pp. 58-59. Non sembra eterogeneo alla prospettiva cesariniana il saggio di P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953.

scientificità solo se e in quanto applichino ai 'contenuti' la 'forma' dei « principi costitutivi della giuridicità » (48).

Siamo così da capo: la scienza giuridica o è conoscenza dell'universale giuridico — e si preclude l'individuazione della specificità giuridica di una serie di fenomeni determinati; o è legata ad un preciso contesto, fa i conti con la 'realtà' — ma allora cessa di essere scienza (o lo è solo indirettamente e involontariamente) per ridursi a tecnica, a mero strumento di risoluzione delle controversie. Resta, certo, un'importante affermazione: se oggetto della scienza giuridica non sono le norme, ma (per leggere Cesarini Sforza attraverso Capograssi) l'interezza dell'esperienza giuridica, se il dato normativo non è rilevante scientificamente se non commisurato alla sua effettività, il varco aperto al 'realismo' c'è ed è di notevole ampiezza. Se però questa strada sia, oltre che aperta, anche percorsa (è come) non può essere valutato se non spostando l'attenzione sul centro del discorso: gli elementi costitutivi del fenomeno giuridico.

6. *Alle origini del formalismo: l'autosufficienza della ragione giuridica.*

Le norme rappresentano il primo degli elementi fondamentali del fenomeno giuridico, ma non l'unico: le regole esistono, hanno senso, in quanto rinviano alle azioni regolate. La distinzione e insieme la necessaria complementarità dei due aspetti dell'esperienza giuridica è chiarissima nel dettato cesariniano: « è appunto la combinazione delle regole relative a un determinato nucleo di contegni, o fenomeno giuridico, che esprime la 'struttura' di questo fenomeno; e le concrete azioni alla cui verifica sono diretti i voleri formulati nelle regole rappresentano il fine delle regole stesse, o la 'funzione' del fenomeno » (49). La possibile sfasatura, insorgente nel tempo, fra struttura e funzione spiega la trasformazione degli istituti e fonda quindi la possibilità di una storia giuridica intesa, di nuovo, non come registrazione di semplici mutamenti normativi, ma come comprensione del diverso strutturarsi dell'« esperienza giuridica » nella sua globalità.

'Struttura' e 'funzione', dunque, sembrano confermare, con il necessario *balancement* fra regola ed azione, la tendenza ad un esito 'realistico' della teoria cesariniana del diritto. Se così fosse, però, la strada scelta dal nostro autore sarebbe una troppo facile scorciatoia: in realtà il problema era, a questo punto, di aggirare lo scoglio della distinzione fra forma e materia — un tema sul quale l'eredità positivista poteva contare ancora qualcosa. La soluzione cesariniana è, come al solito, apparentemente lineare: la forma è la struttura; le

(48) *Il concetto del diritto*, cit., p. 99.

(49) *Senso e condizioni del progresso nella scienza del diritto* (1918), ora in *VN*, I, p. 138.

azioni sono il contenuto, la materia; come le norme implicano le azioni, così la struttura rinvia alla funzione, e la forma al contenuto, del fenomeno giuridico ⁽⁵⁰⁾. Ma che cosa è la forma e di quali azioni sta parlando il nostro filosofo? La risposta, fondamentale, ci giunge da un contesto dominato dall'esigenza di far fronte ai dubbi sul carattere autenticamente scientifico della giurisprudenza e insieme di bloccare risposte per l'appunto sociologizzanti alla crisi di identità epistemologica del sapere giuridico ⁽⁵¹⁾. Di fronte alla proposta ⁽⁵²⁾ di spostare l'angolo di osservazione della giurisprudenza dalle norme ai fatti, quindi si direbbe dalla forma alla materia, Cesarini Sforza accoglie l'invito ad andare oltre le norme, verso le azioni — e non ci sorprende, data la sua definizione non normativistica del fenomeno giuridico — ma aggiunge due importanti correzioni: con la prima egli rifiuta, sostanzialmente, il primato esplicativo dell'economia nei confronti della dinamica sociale complessiva; con la seconda, rivendica al diritto un ruolo socialmente centrale, e corrispettivamente al sapere giuridico una autonomia scientifica incondizionata.

Dunque: il diritto è *anche* 'forma', ma non « una forma la quale può coprire qualunque contenuto... economico, etico, religioso » ⁽⁵³⁾. È evidente allora che tutto il gioco si riduce a capire l'estensione semantica di 'forma' nel lessico cesariniano. 'Forma', per Cesarini Sforza, non è un recipiente vuoto: non è quindi 'forma' nel significato diffuso in tanta tradizione dogmatico-giuridica (uno schema di qualificazione dei fatti, di qualsiasi fatto). Tolta, per assurdo, la forma, il fenomeno giuridico non mantiene un suo contenuto 'non giuridico', precedente, comunque indipendente dalla forma stessa, ma diventa un fenomeno *toto coelo* diverso, caratterizzato a sua volta da una forma specifica. « Contenuto di una forma giuridica non può essere, insomma, che una materia giuridica: se fosse una materia economica, economica sarebbe anche la forma. In ambo i casi forma vuol dire concetto generale o scientifico, ossia espressione di uniformità » ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁰⁾ « Ma come struttura e funzione di un fenomeno sono impensabili l'una indipendentemente dall'altra, perché sono originariamente la stessa cosa... così la forma è impensabile indipendentemente dalla materia giuridica... Ora tutti i fenomeni giuridici hanno una forma unica, quella appunto che li distingue dagli altri fenomeni, sia del mondo spirituale, sia del mondo fisico, che sono oggetto di altre scienze, ma questa unicità di forma non è che il riflesso dell'unicità della materia; in altre parole, essi hanno tutti la medesima fondamentale struttura che è quella in cui necessariamente si presentano le attività pratiche che costituiscono il loro contenuto » (*Ibidem*, p. 141).

⁽⁵¹⁾ Sulla possibilità di una scienza giuridica pura (1914), ora in VN, I, pp. 110 ss.

⁽⁵²⁾ Messa in bocca a Von Stein ma estensibile ovviamente ad altri svariati autori.

⁽⁵³⁾ Sulla possibilità di una scienza giuridica, cit., p. 114.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*, p. 116.

Se è così, 'forma' non è tanto un insieme di regole di comportamento determinate, di 'normalità' empiricamente constatabili in rapporto alle azioni 'normate'. Forma è piuttosto il concetto (il principio costitutivo) della giuridicità delle azioni e rappresenta, sul terreno della 'giurisprudenza integrale', lo stesso momento universalizzante scoperto dalla filosofia nel movimento del Soggetto. 'Forma' è così più espressione della 'regolarità' o 'normatività' in universale che non regola di un dato contesto di azioni; 'forma' è l'individuarsi in comportamenti determinati della legge universale della giuridicità. Per questo motivo, togliere la 'forma' al 'contenuto' significa far sparire anche il contenuto, ovvero trasformarlo in elemento di individuazione di regolarità *altre* rispetto a quelle giuridiche (implicate dalla *forma* giuridica).

È vero, dunque, che per il Cesarini Sforza le azioni sono una parte integrante del fenomeno giuridico, mai riducibile alla sua mera formulazione normativa. Ma queste azioni non rappresentano in nessun modo il momento 'pregiuridico' *nel* 'giuridico'. Perché ciò avvenisse, sarebbero richieste tre condizioni: che le azioni giuridicamente regolate avessero una loro autonomia, una loro pensabilità prima e al di fuori della loro 'regolarità'; che quelle azioni, comunque pensate, fossero considerate in un qualche rapporto, di complementarità o di implicazione, con le norme ad esse relative; che questo giudizio di rapportualità fosse sentito come un'operazione pertinente con l'universo di discorso giurisprudenziale. Nessuna di queste condizioni, invece, ricorre in Cesarini Sforza (e coerentemente, aggiungo, con i suoi assunti). Perciò: o le azioni sono *giuridiche* — e ciò vorrà dire che esse sono state raggruppate secondo i principi dedotti dalla legge universale della giuridicità e quindi rese qualitativamente estranee a qualsiasi altro punto di vista non o pre-giuridico; o le azioni sono raggruppate secondo un criterio ordinatore, secondo regolarità, uniformità *non giuridiche* (secondo una altra 'forma') — ed esse offriranno 'materia' ad osservazioni che non potranno, almeno direttamente, raggiungere la giurisprudenza.

In conclusione: la tensione fra 'forma' e 'contenuto' del fenomeno giuridico, le possibili, storiche, discrepanze fra questi due livelli dell'esperienza, che, di primo acchito, potevano far pensare ad un esito 'realistico' (*felix* o *infelix culpa*, a scelta) del dettato idealistico cesariniano, non legittimano una siffatta valutazione: perché le azioni non esistono se non in quanto giuridicamente ordinate, attratte nella 'forma' che le raggruppa secondo una pregiudiziale regolarità; perché è la 'forma' il principio ordinatore che totalmente assorbe la 'materialità' delle azioni e non il contrario, una presunta 'forza delle cose' che indica i nessi di causalità necessaria. Certo, esiste, per il Cesarini Sforza, l'*événement* storico della discrepanza fra struttura e funzione: ma non perché le azioni squassino e infine facciano saltare *realiter* le costruzioni della dogmatica, ma perché le diverse modalità dell'acc-

dimento suggeriscono all'intelligenza giuridica un diverso aggiustamento categoriale, un'inferenza, a partire dalla stessa legge fondamentale della giuridicità, di regolarità diversamente formulate.

Per chi accetti questa interpretazione, è, di nuovo, difficile parlare, per Cesarini Sforza, di 'realismo', se con questo si intende una correzione o uno stravolgimento dei suoi postulati teorici verso presunte (a mio avviso immaginarie) 'concretezze'. Assai più ricco e promettente di troppo facili 'realismi' è, a mio avviso, la rigida coerenza del discorso cesariniano: dove, almeno, gli assunti 'metafisici' si danno per quello che sono, senza nascondimenti, e le deduzioni da essi si organizzano in un discorso, di regola, logicamente controllato, e poco incline a moltiplicare fittiziamente gli enti e ad attribuire ad essi il predicato della 'realtà'.

7. *Alle origini del formalismo: nessuna etero-integrazione per la giurisprudenza.*

Una prima conseguenza, prevedibile, dell'assorbimento delle azioni nella 'forma' giuridica è la recisa negazione di un approccio interdisciplinare allo studio del diritto e la corrispettiva difesa dell'autosufficienza epistemologica della giurisprudenza.

Se le azioni non esistono, non sono pensabili, che dentro una forma che le raggruppi secondo determinate regolarità, e ciascuno dei possibili principi ordinatori ha una sua non confondibile tipicità, gli universi di discorso costruiti a partire da essi sono necessariamente incommunicanti. Il fatto che uno stesso oggetto sia colto attraverso universi di discorso organizzati secondo principi ordinatori diversi non legittima, per Cesarini Sforza, la comunicazione interdisciplinare: « nulla certo di più legittimo che la Sociologia o l'Economia e altre scienze si occupino di quei dati della realtà che per la scienza del diritto diventano fenomeni giuridici: l'errore sta nel voler far coesistere diversi punti di vista in un sistema scientifico, che dovrebbe essere più completo e perfetto della pura giurisprudenza »⁽⁵⁵⁾.

La giurisprudenza, per essere scienza, deve essere 'pura' e ciò significa: in negativo, l'esclusione, per il giurista, di un atteggiamento che, in tempi recentissimi, si sarebbe detto interdisciplinare; in positivo, l'attrazione dentro la forma della giuridicità di tutti gli elementi (e soltanto di quelli) pertinenti con l'assioma della 'giurisprudenza integrale'. Con questo saltavano evidentemente, le velleità enciclopediche di certo facile positivismo, ma anche (ed era un'ipoteca assai pesante sullo sviluppo della giurisprudenza italiana) la possibilità di una integrazione multi-disciplinare del sapere giuridico in un rinnovato

⁽⁵⁵⁾ *Il concetto del diritto*, cit., p. 212.

organon del sapere. Il nostro autore è perentorio sul punto: « non vi è nesso sostanziale possibile fra scienze diverse: ciò che può riunirle è soltanto il sistema della cultura della quale deve essere doviziosa la mente di ogni particolare scienziato »⁽⁵⁶⁾. In altri termini: la completezza epistemologica di ogni ramo del sapere impedisce ogni eterointegrazione; l'ampliamento degli orizzonti del singolo scienziato è un fatto relativo alla sua informazione culturale e può permettere soltanto un aumento quantitativo di dati, disposti, per così dire, in linea parallela, senza nessuna possibilità di interferenza trasversale. La purezza, la autosufficienza della ragione giuridica era reclamata, come si vede, senza reticenze.

8. *Il primato della giurisprudenza: il diritto come 'struttura' della azione sociale.*

La forma che permette di raggruppare una serie di azioni nell'ambito della 'giuridicità' è l'elemento che rende quelle azioni incompatibili con qualsiasi altro 'punto di vista': ogni oggetto può essere visto da molteplici angoli di osservazione, dal momento che la materia non esiste se non in quanto espressa in una forma che può essere, sì, giuridica, ma anche economica, politica ecc. In prima approssimazione, perciò, la giuridicità non sembra avere una posizione privilegiata rispetto all'economicità o alla politicità, ma appare solo come una delle varie, possibili forme dei fenomeni, reciprocamente comunicanti.

Vediamone però più da vicino le caratteristiche. La forma giuridica delle attività, quella che Cesarini Sforza chiama « la costante giuridica fondamentale », consiste in un rapporto di interazione fra le volontà individuali che sfocia nella cooperazione fra soggetti in vista di determinati fini: « sicché la cooperazione consiste in un incrocio di regolarità e di fini, per cui, benché l'uno degli individui associati si comporti secondo una regola che esprime il volere dell'altro individuo e quindi attui il fine proprio di costui, pure viene attuato anche il suo fine, appunto perché lo attua l'altro, che si comporta secondo la regola esprime il volere del primo »⁽⁵⁷⁾. Non è una sorta di armonia smithiana, sia pure ben diversamente motivata? un'armonia giuridica e non economica, un'armonia delle volontà e non degli interessi, ma pur sempre l'armonia del consueto modello 'mercantile' immanente a tanta parte dell'ideologia giuridica moderna.

Torna così, puntualmente, anche il luogo ideologico più importante: il primato della ragione giuridica su altre legittime, ma non altrettanto decisive forme dell'intelligenza politico-sociale. Tutte le attività essen-

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*, pp. 212-213.

⁽⁵⁷⁾ *Senso e condizioni del progresso*, cit., p. 142.

ziali per la vita dell'uomo sono attività di cooperazione e costituiscono « la realtà del diritto ». Di contro alle azioni giuridiche (di cooperazione) stanno tutte le altre attività (« economiche, politiche, morali, religiose e via dicendo »); queste, di per se stesse, « si esauriscono nell'azione del singolo individuo », e quindi sono qualitativamente secondarie rispetto al fenomeno giuridico della cooperazione ⁽⁵⁸⁾.

Allora: i rapporti fra gli uomini (all'origine e quindi al fondamento) esistono solo in quanto rapporti giuridici. L'economia (nella sua fondamentale destinazione di senso) è (lockianamente) appropriazione individuale, rapporto con le cose prima che rapporto sociale. Il rapporto sociale è in quanto costituito dal e col diritto. « I fenomeni dell'economia, della politica, del costume, della religione, lungi dal fornire il contenuto a un'immaginaria forma giuridica, presuppongono la realtà del diritto, che è già di per se stesso, naturalmente forma e materia » ⁽⁵⁹⁾. La forma giuridica non è dunque soltanto una modalità di azione, ma il contrassegno delle azioni socialmente determinanti.

L'operazione intellettuale condotta da Cesarini Sforza si organizza così in tre momenti principali:

a) la forma non è un involucro vuoto da cui si possano idealmente distaccare i contenuti ('materiali') dell'azione, ma le azioni esistono in quanto espresse-ordinate da una forma non separabile da quelle;

b) ciascun ordine di azioni è formalmente definito e incomunicante rispetto ad ordini di azioni diversamente 'formati';

c) la regolarità giuridica delle azioni non è uno strato qualsiasi di una realtà indifferenziata, ma è il livello costitutivo della società, l'elemento fondante la possibilità dei rapporti intersoggettivi, senza il quale (per assurdo) la società si disgregherebbe in 'atomi' individuali.

Il 'tempo storico' degli elementi *sub a)* e *sub b)* è diverso dal 'tempo storico' dell'elemento *sub c)*. I primi due concetti (*quella* idea di forma, *quella* versione della *Isolierung* della giurisprudenza, della sua autosufficienza epistemologica) sono impensabili al di fuori dell'impatto della filosofia idealistica sulla cultura, anche giuridica, italiana e del nodo, storicamente intricato, della graduale fuoriuscita di essa dall'ascendente del positivismo ottocentesco. L'elemento *sub c)*, invece, il 'pangiuridicismo' di Cesarini Sforza ⁽⁶⁰⁾ non sembra essere che il prolunga-

⁽⁵⁸⁾ *Ibidem*, p. 143.

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*, pp. 143-144; cfr. anche *Lezioni di teoria generale del diritto* (1927-1928), Padova, 1929, p. 34: « ... bisogna non confondere la funzione economica che il diritto effettivamente ha insieme ad altre funzioni sociali, col contenuto specifico del fenomeno giuridico: lungi dall'essere economicamente definibile, è questo contenuto — cioè la particolare struttura del fenomeno giuridico — che rende possibile lo svolgimento di rapporti economici concreti, ossia la realizzazione delle leggi economiche mediante rapporti sociali ».

⁽⁶⁰⁾ L'espressione è di G. PERTICONE, *Widar Cesarini Sforza (1886-1965)*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965, p. 624, dove peraltro il 'pangiuridicismo' è giudicato « apparente ». Cfr. anche G. PERTICONE, *Il diritto e lo Stato nel pensiero italiano contemporaneo*, Padova, 1950, 98 ss.

mento (ma il discorso mai come su questo punto richiederebbe ulteriori verifiche ed eventuali generalizzazioni) di una delle principali metafore 'assolute' costituenti la sotto-struttura dell'ideologia giuridica 'moderna' ⁽⁶¹⁾. La difesa della 'nuova' purezza della ragione giuridica diveniva così, in Cesarini Sforza, il modo più adeguato per riproporre, in una temperie storica profondamente mutata, la 'vecchia' tesi della centralità politica della giurisprudenza ⁽⁶²⁾.

9. *Il primato della giurisprudenza: il giurista come custode della continuità.*

Se il diritto veniva ideologizzato, nel modo anzidetto, a pernio dei rapporti sociali, la giurisprudenza non poteva non essere investita di una aspettativa all'altezza del fenomeno da essa studiato. La scienza giuridica, per il Cesarini Sforza, non può essere presa alla sprovvista dalla dinamica sociale, sopravanzata, sovvertita da questa. « Non può darsi nuovo fenomeno *giuridico* che la scienza del diritto non sia pronta a collocare nei suoi quadri, a spiegare con le sue leggi » ⁽⁶³⁾. Certo, la scienza giuridica subisce pure, nel corso del tempo, battute di arresto, momenti di inadeguatezza, insomma di crisi. La scienza giuridica ha una sua storia, anzi è storia di sé stessa: i suoi concetti mutano in risposta ai fenomeni che essa va ordinando nelle proprie categorie, ma i mutamenti non avvengono mediante 'rivoluzioni scientifiche', fratture radicali, bensì « mediante un nuovo assestamento dei concetti formulati fino a quel punto » ⁽⁶⁴⁾.

Non che si voglia il giurista — si badi bene — chiuso alla storia, mero ripetitore di formule programmaticamente astratte dalla 'realtà' ⁽⁶⁵⁾. Tutto il contrario: il raffigurare la storia della scienza giuridica come un movimento lento, sempre incompiuto, delle proprie categorie; il concepirla come uno sviluppo sempre aperto, procedente dai principi immanenti (e, quelli sì, 'costanti'), volta a ingabbiare nelle proprie procedure discorsive ogni accadimento 'esterno'; tutto ciò conferisce

⁽⁶¹⁾ Ho tentato un'impostazione complessiva di questo problema al momento delle sue 'origini' in *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, 1974, *passim* e sez. VI.

⁽⁶²⁾ Credo che si potrebbe svolgere, per la giurisprudenza, un discorso in parte omologo, nel suo assunto di fondo, a quello impostato da Asor Rosa per la letteratura degli anni trenta: « un'ideologia della letteratura [della giurisprudenza] come valore assoluto » e quindi « una società dei letterati [dei giuristi] che si riconoscono solidali... in nome... di quella ideologia comune che è la difesa della letteratura [della giurisprudenza] in quanto valore assoluto » (A. ASOR ROSA, *Una ideologia della letteratura nell'Italia fascista*, in *Quaderni storici*, 1977, 34, p. 115). Ben s'intende che per una siffatta operazione occorrerebbero diverse precisazioni e minute verifiche.

⁽⁶³⁾ *Il concetto del diritto*, cit., p. 43.

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*, p. 51.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. *Senso e condizioni del progresso*, cit., p. 130.

al giurista una duplice funzione, solo apparentemente contraddittoria: per un verso essere il sacerdote deputato alla conservazione della tradizione giuridica, per un altro verso farsi interprete attento ad ogni fatto nuovo, potenzialmente dirompente, per chiuderlo, senza però soffocarlo, nella rete a fitte maglie della giurisprudenza.

L'immagine della giurisprudenza come 'rete di concetti' è di Cesarini Sforza, e sua la prosecuzione della metafora in questa direzione: « le imperfezioni dell'opera legislativa » — vale a dire gli 'accidenti' della politica tradotti in norma — « sono come dei buchi o degli strappi nella rete dei concetti » ed è mestiere del giurista fornire concetti che il più possibile « simulino l'assolutezza », garantiscano la continuità, ricuciano gli strappi ⁽⁶⁶⁾. Queste parole Cesarini Sforza veniva scrivendo nel '59, quarantacinque anni dopo le giovanili riflessioni del saggio del '13, ma l'atteggiamento di fondo verso il ruolo della scienza giuridica ed il compito del giurista nella società (dopo due guerre mondiali, il fascismo, la resistenza, la ricostruzione del dopoguerra) non era sostanzialmente mutata ⁽⁶⁷⁾. La funzione mediatrice del giurista (« ricucire gli strappi », garantire la continuità della 'tradizione', ospitare ed esorcizzare i fenomeni politico-sociali emergenti) finiva così per condensare (e far scendere abbastanza vicino alla prassi) le principali coordinate dell'identità culturale del nostro filosofo ⁽⁶⁸⁾.

10. *Alla ricerca dell'autorità: un'interpretazione politica del Risorgimento.*

La funzione del giurista come interprete e moderatore delle trasformazioni sociali e *deus ex machina* della continuità era già *in nuce* un

⁽⁶⁶⁾ Sulla relatività dei concetti giuridici, ora in VN, I, p. 169.

⁽⁶⁷⁾ La rilevanza socio-politica del 'mestiere di giurista' è rimasta fino agli ultimi scritti un punto fermo della riflessione cesariniana sul diritto. Ciò che egli approva del 'realismo' di Pound è appunto il tentativo di usare il diritto come strumento di una « vera e propria ingegneria sociale », come mezzo « di previsione degli effetti che potrà avere una determinata disciplina degli interessi in questione: di previsione, in altri termini, del rendimento della macchina o parte della macchina sociale che il giurista-ingegnere costruisce » (*Una concezione realistica del diritto*, ora in VN, I, 431). Nello stesso tempo, la macchina sociale di cui il giurista è l'ingegnere non può procedere a bruschi sbalzi sotto le mutevoli spinte delle ideologie: la « difesa del positivismo giuridico » è la difesa « di una scienza giuridica sempre valida giuridicamente, che cioè si svolga senza pericolo di andare in frantumi sotto la pressione dei mutevoli ideali e interessi » (*Difesa del positivismo giuridico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1965, p. 324). Di nuovo: ingegneria sociale (responsabilità, rilevanza 'pubbliche' del mestiere di giurista) e difesa della continuità della 'tradizione' giuridica.

⁽⁶⁸⁾ E non perché Cesarini Sforza fosse un banale ripetitore di se stesso, ché anzi egli seppe rinnovarsi efficacemente nel corso degli anni, ma perché, per importanti che fossero le discontinuità nella sua produzione, queste non impedirono, anzi talvolta utilizzarono proprio, la continuità di alcune prospettive di fondo.

programma politico, o almeno una domanda verso la politica: la pura filosofia, divenuta giurisprudenza e 'mestiere di giurista', doveva acquistare una tensione verso la morfologia politico-istituzionale dalla quale altrimenti avrebbe potuto più facilmente dispensarsi. In effetti, buona parte della produzione di Cesarini Sforza è tutt'altro che tradizionalmente, accademicamente filosofica: non però che egli faccia, per così dire, due mestieri e si sdoppi nel metodologo della giurisprudenza, da una parte, e nel sociologo della trasformazione politico-sociale, dall'altra. Al contrario, egli raggiunge i problemi, talvolta anche molto particolari, relativi alla dinamica politico-sociale ordinandoli e disponendoli lungo le coordinate fondamentali della sua teoria giuridica: che il suo neo-idealismo avesse uno spessore politico e una 'concretezza' operativa tutt'altro che trascurabili (e che, per continuare il solito gioco di parole, proprio in questo consistesse il suo 'realismo') è lo stesso Cesarini Sforza a dimostrarlo *per facta concludentia*.

Negli stessi anni (fra l' '11 e il '17) durante i quali il nostro filosofo veniva elaborando alcuni degli schemi teorico-giuridici destinati a rimanere i costanti punti di riferimento di tutta la sua produzione successiva (filosofia e scienza giuridica; autonomia ed eteronomia della norma e le altre 'coppie' di concetti ormai ben noti), vedeva la luce anche una serie di altri scritti, di piccola mole, ma tematicamente importanti. Si trattava principalmente di contributi ad una riflessione sul risorgimento italiano, ma la chiave di lettura non era affatto anodina: il risorgimento interessava a Cesarini Sforza come momento di gestazione dello Stato; il risorgimento era una domanda di Stato, e di un nuovo Stato.

« Il Risorgimento — scrive Cesarini Sforza — è un grande fatto giuridico » perché si risolve tutto nella organizzazione di un popolo considerato nella sua unità nazionale ⁽⁶⁹⁾ e colto nel suo sforzo di creazione dello Stato: questo « non è più pura oggettività, bensì costruzione soggettiva » ⁽⁷⁰⁾ e quindi « *composizione* di tutte le forze individuali e collettive che si agitano nella società... » ⁽⁷¹⁾. Lo Stato risorgimentale proposto dal Cesarini Sforza non è uno stato qualsiasi: è sintesi, è composizione di forze anche eterogenee, è autorità rinnovata nella sua capacità di assorbimento delle forze sociali centrifughe. Era, per Cesarini Sforza, la linea che correva senza soluzione di continuità da Gioberti a Spaventa a De Meis: « era una filosofia che sostituiva al concetto oggettivistico dello stato quello soggettivistico ». Oggettività-soggettività, lo schema già usato dal nostro autore nella sua versione neo-idealistica della scienza giuridica, per riportare quest'ultima al Soggetto come al proprio fondamento genetico: oggettività-soggettività, qui, per

⁽⁶⁹⁾ *La filosofia giuridica del risorgimento* (1916), ora in *VN*, II, pp. 165-166.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem*, p. 167.

⁽⁷¹⁾ *Ibidem*, p. 170.

« conciliare l'antitesi fra l'individuo, la libertà, la rivoluzione da una parte, e lo Stato, l'autorità, la tradizione dall'altra » (72).

Lo Stato così raffigurato era, per Cesarini Sforza, assai più che la descrizione dello Stato unitario così come si era venuto formando storicamente, il modello di uno Stato *nuovo*: la novità come ripristino della tradizione, una legittimazione nuova per uno Stato degenerato, la « rivoluzione » come « il ripristinamento della tradizione nazionale » (73). È, in sostanza, il concetto della 'rivoluzione conservatrice' destinata a non poche fortune (74). La domanda politica cesariniana è, qui, chiarissima, relativamente originale e, semmai, interessante per le inflessioni che la accomunano a tanta pubblicistica pre-bellica: la denuncia della carente legittimazione dello stato liberale nella sua versione 'giolittiana'; la sovversione *per* la (rifondazione in senso conservatore della) legalità; il tema della nazione come catalizzatore delle energie, per intenderci, legalitario-sovrversive (75). Per diffuso che sia questo atteggiamento, è comunque da richiamare l'attenzione sulla via che Cesarini Sforza percorre per approdarvi; una rilettura della storia giuridico-intellettuale del risorgimento che privilegia la componente 'di destra' come elemento unificante di quell'esperienza e insieme come 'deposito di valori' ancora normativi per il presente.

La proposta politica che ne consegue non è affatto un rifiuto puro e semplice dello Stato liberale, ma semmai una accentuazione degli elementi autoritari in esso impliciti. Ciò che si vuol far cadere della filosofia politica liberale è la pretesa contrapposizione fra Stato e individuo, fra « un'autorità che s'impone dal di fuori alla massa sociale che le è suddita ». Il liberalismo insomma non è « la strategia e la tattica della lotta dell'Individuo contro lo Stato », ma l'affermazione degli interessi universali, attraverso la negazione dell'empirica volontà individuale, nella 'volontà generale' » (76). Ciò che viene minimizzato del liberalismo è, semplicemente, la libertà individuale, i pretesi diritti dell'individuo la cui volontà empirica non si è sublimata identificandosi con la volontà dello Stato.

Liquidata come 'empirica' la volontà dei singoli soggetti, ricondotto lo Stato dal dominio meccanico dell'"oggettività" alla dimensione del Soggetto, il gioco fra questi due poli della dialettica idealistica ospitava, insieme, un progetto di Stato liberale(-autoritario) e uno schema di legittimazione sottratto agli 'empirici' computi elettorali della democrazia parlamentare.

(72) *Ibidem*, p. 172.

(73) *Ibidem*, p. 173.

(74) Ognuno ricorda d'altronde la valorizzazione gentiliana della componente 'di destra' del risorgimento, interpretata in continuità col fascismo.

(75) Non esiste forse un 'antigiolittismo giuridico' che attende ancora una compiuta analisi storiografica?

(76) *Storia e politica: del preteso tramonto del liberalismo*, in *Nuova rivista storica*, 1917, p. 521; sull'interpretazione gentiliana del 'liberalismo' cfr. l'attenta analisi di D. FAUCCI, *La filosofia politica di Croce e di Gentile*, Firenze, 1974, pp. 163 ss.

II. *L'autorità ritrovata: avventure e disavventure teoriche intorno alle istituzioni del fascismo.*

« Quella generazione di 'grandi intellettuali' meridionali che aveva seguito il Croce e il Gentile nella 'riforma intellettuale e morale' italiana degli inizi del secolo... aveva seguito con simpatia il sorgere del fascismo, perché riteneva che avrebbe restaurato il 'senso dello Stato' e l'ordine e la disciplina liberali-conservatrici...; e perché, non riuscendo a comprendere per spirito di classe l'appello che veniva, pur in parte nel suo stesso linguaggio, per un ordine nuovo, da Antonio Gramsci, e neppure quello di P. Gobetti per una nuova rivoluzione liberale, credette di riscontrare nel fascismo lo strumento per la restaurazione anche della propria egemonia » (77).

Cesarini Sforza non era un intellettuale meridionale, ma, salvo questo particolare, la sua posizione negli anni dalla guerra al fascismo è perfettamente rispecchiata nelle pagine di Cantimori testé citate: la formazione idealistica, la componente autoritaria di una certa tradizione liberale, la disponibilità ad inserirsi, come protagonisti o più spesso come commentatori e 'moltiplicatori ideologici', in quel processo di creazione di uno stato nuovo che il fascismo proclamava di aver inaugurato (78). In questo processo Cesarini Sforza (e come lui moltissimi altri intellettuali-giuristi, dai più illustri ai più oscuri) si inserì adoperandosi per la sua realizzazione, sulla base di alcuni presupposti impliciti e di molte aspettative dichiarate.

I presupposti impliciti più generali possono essere così schematizzati: la convinzione che occorresse non un semplice ripristino del 'senso dello stato', ma un rinnovamento del rapporto fra stato e società all'altezza dei problemi emersi (non solo di 'ordine pubblico') capace di sostenere e svolgere un disegno di trasformazione dello stato; che il ceto intellettuale (e i giuristi innanzitutto) fossero chiamati ad un ruolo protagonisti nell'assetto socio-politico che si veniva creando.

Questi presupposti (e, come vedremo, altri, più espliciti) non erano, ancora una volta, assunti esclusivamente cesariniani, ma costituivano un patrimonio comune ad altri 'intellettuali del regime' (79); tuttavia

(77) D. CANTIMORI, *Note sugli studi storici in Italia dal 1926 al 1951*, in *Storici e Storia*, Torino, 1971, p. 275.

(78) Continua Cantimori: « Quando il fascismo attaccò anche il liberalismo tradizionale e la democrazia formale, la maggior parte di quel gruppo accettò anche le nuovissime posizioni, o per spirito nazionalistico, o per accettazione del fluire della storia, o per la speranza di dominare e guidare colla potenza e col prestigio del proprio pensiero gli *homines novi*, o per la concezione dell'intellettuale come servitore dello Stato, e per la identificazione di Stato, governo e patria » (*op. ult. cit.*, pp. 275-276).

(79) Non è possibile, in questa sede, allargare il discorso oltre il 'caso' Cesarini, ma solo raggruppare materiali ed ipotesi intorno ad una delle diverse risposte che il fascismo ottenne dai giuristi.

la sobrietà stilistica, piuttosto rara nella pubblicistica coeva, e la chiarezza degli obiettivi caratteristiche dei testi cesariniani rendono questi storicamente trasparenti e quindi istruttivi. E convergenti, innanzitutto, su un punto generale: il fascismo è l'occasione storica per la costruzione di uno stato finalmente 'moderno' in Italia. La 'scommessa' cesariniana sugli esiti politico-istituzionali dell'avventura fascista punta tutto sulla capacità di 'modernizzazione' del regime⁽⁸⁰⁾ e sul successo delle sue componenti 'tecnocratiche'. Il nuovo Stato a cui guarda Cesarini è quindi, sì, anche uno stato riformato nelle sue strutture giuridico-statali (e del resto a più riprese le sollecitazioni della propaganda spingevano a sottolineare gli elementi di novità inseriti nella tradizionale compagine dello stato liberale), ma è, assai più realisticamente, soprattutto il quadro istituzionale di riferimento di un'organizzazione che poteva dirsi genericamente 'corporativa', ma che, in Cesarini Sforza, non era (come vedremo) né generica né semplicemente propagandistica.

Lo stato nuovo è, per il nostro giurista, la condizione di possibilità di un rilancio in senso produttivistico dell'economia italiana, a patto che non venga concepito in un'ottica che, per qualche verso, lo riavvicini al «popolo» e lo comprometta con i particolarismi dei ceti e delle classi: la genesi complessa della 'astrattezza' dello stato moderno ha nello stato liberale un momento importante, ma non certo conclusivo di realizzazione. L'astrattezza finalmente compiuta suppone un distacco ulteriore (operato «per influsso della filosofia idealistica») dello stato dalla volontà 'empirica' dei cittadini, con la conseguente possibilità di «definire il bene e l'interesse dello Stato, il bene e l'interesse della Nazione, come assolutamente separabili da quello dei singoli componenti la comunità nazionale o statale»⁽⁸¹⁾: è una breve nota, che potrebbe essere tralasciata se proprio sul tema della incommensurabilità dell'interesse dello Stato con l'interesse dei cittadini non si fondasse

⁽⁸⁰⁾ È ancora aperto il dibattito sull'alternativo 'sviluppo-stagnazione' come elemento di giudizio complessivo sull'economia italiana durante il ventennio fascista: cfr. P. GRIFONE, *Il capitale finanziario in Italia*, Torino, 1971; E. FANO DAMASCELLI, *La 'restaurazione antifascista-liberista'. Ristagno e sviluppo economico durante il fascismo*, in *Il movimento di liberazione in Italia*, 1971, pp. 47 ss.; G. MORI, *Per una storia della industria italiana durante il fascismo*, in *Studi storici*, 1971, pp. 3 ss. Il problema, nel nostro caso, è ovviamente spostato rispetto all'asse del dibattito a cui abbiamo accennato. Non si tratta di decidere se fossero le une o le altre tendenze a prevalere caratterizzando l'economia del periodo nella sua globalità; ma di individuare quale di esse il corporativismo del nostro autore intendesse privilegiare. Da questo punto di vista, non c'è dubbio che fra i «residui feudali» e il «capitale monopolistico» (per usare la contrapposizione di N. POU-LANTZAS, *Fascismo e dittatura*, Milano, 1971) la preferenza di Cesarini Sforza andasse (ma vedremo con che limiti) al secondo.

⁽⁸¹⁾ *Preliminari sul diritto collettivo* (1936), ora in *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, 1932 (da ora in poi CE), pp. 193-194, in nota.

una delle più brillanti 'prestazioni' del Cesarini Sforza corporativista ⁽⁸²⁾.

Certo, il tema dello Stato non può chiudersi, per il nostro filosofo, con la constatazione della 'astratta', 'oggettiva' contrapposizione di esso ai soggetti: egli avrà cura di avvertire che la personificazione dello stato è una pura *factio*, una metafora utile per il giurista, ma incapace di cogliere la realtà dello Stato. Lo Stato del giurista è un'ipotesi limite a cui la scienza giuridica deve arrestarsi. Oltre la scienza giuridica, oltre l'oggettività (nel dominio, ricordiamo, della filosofia) si rivela il fondamento dello Stato: « quella realtà umana, etica, politica storica che vive al di sotto degli schemi logici di cui s'intesse la conoscenza scientifica del diritto; quella realtà creatrice che è come una profonda corrente sulla quale gli schemi logici galleggiano fino a che non ne sono travolti » ⁽⁸³⁾. La volontà dello stato non è quindi la volontà dello stato-persona postulato dalla giurisprudenza: dietro le forme giuridiche compaiono « persone vive e reali » che con la loro volontà e forza dominatrice creano, mantengono o sviluppano quell'ordine dell'azione umana, che è l'ordine giuridico, e comandano, spingono o trascinano gli altri uomini ad agire secondo obiettivi che non questi ultimi, ma loro, i dominatori, statuiscono » ⁽⁸⁴⁾.

Dietro l'oggettività della scienza giuridica si apre il dominio del Soggetto. Questo, però, ora è davvero scisso, moltiplicato nei soggetti: i dominatori, i trascinatori delle folle. Dietro la consueta dialettica neo-idealistica fra oggetto e soggetto si insinuano curiosamente Mosca e Pareto e i soggetti si precisano (si deve dire 'realisticamente?') come i protagonisti dell'élite politica. Succede però che questa, a sua volta, si condensi, si individualizzi in una 'grande personalità': « nella Storia compaiono, a larghi intervalli, tali uomini, creature sovrane, che con la loro volontà plasmano la vita e il destino di popoli interi, fondano o rivoluzionano gli Stati » ⁽⁸⁵⁾. L'esempio è Augusto ⁽⁸⁶⁾, ma il personaggio metaforizzato è, ovviamente, assai più vicino nel tempo ⁽⁸⁷⁾.

In tutto questo, è da sottolineare la singolare caduta irrazionalistica del discorso cesariniano. Non appena lo filosofia mette alla prova la propria dichiarata capacità di scoprire il momento genetico della

⁽⁸²⁾ *Infra*, par. 18.

⁽⁸³⁾ *Il problema dell'autorità*, cit., p. 182.

⁽⁸⁴⁾ *Ibidem*, p. 103-104.

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*, p. 106.

⁽⁸⁶⁾ *L'auctoritas* citata è ovviamente P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, Roma-Milano, 1926.

⁽⁸⁷⁾ Un altro esempio di infelice personalizzazione di 'concetti universali' si può leggere in uno scritto, del '32, comparso sulla « Nuova Antologia », dove Mussolini, per « la compattezza, la sistematicità, l'ordine del suo spirito » supera « l'antitesi fra volontà e destino » e diviene una sorta di incarnazione mondana della filosofia idealistica (*Mussolini nei colloqui con Ludwig*, in « Nuova Antologia », 1932, pp. 317-318).

'oggettività' giurisprudenziale, il tema speculativo della volontà del Soggetto precipita (in mancanza di appigli empiricamente consistenti) nella consacrazione dell'immagine 'volgare' della politica come zona riservata ad un manipolo di 'dominatori' e 'trascinatori'. Ed è di regola per questa via, attraverso la trasvalutazione immediata ed infelice di un fatto politico in vicenda 'sublime', che passano le rare affermazioni razionalmente meno controllate di Cesarini Sforza.

Eppure, anche nel momento in cui la solennità del discorso nasconde una indebita enfattizzazione dei fatti, il disegno politico di fondo e una serie di osservazioni particolari sono di regola lucidi e pertinenti. Così, nello stesso contesto in cui il partito fascista viene retoricamente solennizzato (*post festum*, data la caduta verticale della sua importanza politica) ⁽⁸⁸⁾ come una « grande élite politica » ⁽⁸⁹⁾, viene pure ricordato fra le righe il problema della creazione di istituzioni di organizzazione del consenso che tuttavia prescindano dagli strumenti della legittimazione democratica. Dinanzi al problema della creazione dello 'stato nuovo', il tema delle libertà individuali viene destituito d'importanza ed esaltata invece l'esigenza della creazione di una « coscienza di massa ». Il problema del consenso allo stato fascista diventa, con l'impassibile, machiavellica lucidità dei migliori interventi cesariniani, il problema di una manipolazione dell'opinione pubblica volta a creare nella massa il senso di una partecipazione alla cosa pubblica che 'mimi' la spontaneità di un'adesione di cui la massa, proprio in quanto massa, non può essere protagonista ⁽⁹⁰⁾.

È un tema (questo del deperimento dell'individuo e della formazione manipolatoria dell'opinione pubblica nella 'società di massa') che troveremo più avanti, negli scritti cesariniani dei primi anni del dopoguerra, ma fin da ora è il caso di richiamare l'attenzione su questo punto. L'idea cesariniana di Stato, liberale-autoritaria o autoritaria *tout court*, quindi la direttiva di fondo della riforma socio-politica caldeggiata durante gli anni del regime, suppone la convinzione, non sempre esplicitata ma costante, della radicale incapacità delle masse ad esprimere una qualsiasi autonomia decisionale: la totale passività delle masse, e quindi la loro illimitata manipolabilità, destinava *altri*, che non fossero 'massa', a fare, e a imporre, una qualche politica.

Nello stesso tempo, però, la 'modernità' che Cesarini Sforza voleva ritrovare nell'esperimento socio-politico in corso, lo avvertiva

⁽⁸⁸⁾ Cfr. R. DE FELICE, *Mussolini il duce*, I, Torino, 1974, pp. 216 ss.

⁽⁸⁹⁾ *L'evoluzione del partito*, in AA.VV., *Il Partito nella dottrina e nella realtà politica*, Roma, 1931, p. 52.

⁽⁹⁰⁾ *Avventure del diritto soggettivo* (1941), ora in *IP*, p. 138, nota 17. La riflessione di Cesarini Sforza ha alle spalle ormai tutti gli sforzi propagandistici del regime; ma è significativo, nel nostro autore, l'atteggiamento 'scientificamente' distaccato e politicamente consapevole della posta in gioco, e anche l'immediata sублиmazione, questa volta però pertinente, del fatto politico della propaganda in elemento per la caratterizzazione politologica del regime.

dell'importanza di un consenso 'di massa' al regime, dove spontaneità e manipolazione non dovevano essere considerati termini incompatibili. Da ciò, la caratterizzazione del fascismo come 'democrazia autoritaria', ovvero tentativo di inquadramento delle masse intorno ad un ordine socio-politico rinnovato in senso autoritario e perpetuato nella tradizionale distribuzione del potere.

Ciò che interessava a Cesarini Sforza nel passare dallo 'oggetto' Stato al Soggetto che ne costituiva il fondamento 'attivistico', non era certo riesumare, ed immiserire *ad usum delphini*, le teorie paretiane dell'*élite*, per individuare la fisionomia di una nuova, quanto ipotetica, 'classe politica'; né correre ad ingrossare la schiera, già nutritissima, dei 'manipolatori del consenso'; ma fissare i punti fermi di un ordine economico-sociale che garantisse, insieme, la continuità del dominio ed una sua flessibile 'modernizzazione'.

12. Una 'certezza' della giurisprudenza: la proprietà privata (lockiana).

Lo spazio da destinare all'iniziativa privata nel quadro di un nuovo corso di politica economica che un imponente pubblicistica coralmemente predicava non più capitalistico, 'post-capitalistico', era, come Cesarini Sforza avvertiva⁽⁹¹⁾, il punto più delicato sul piano della teoria (e della pratica: ma, come si sa, la prassi corporativistica non è che lo svelamento dell'impotenza della teoria)⁽⁹²⁾. Nella misurazione dello spazio destinabile all'iniziativa privata, quindi nella concreta determinazione del ruolo dello stato nel controllo dell'economia, gli atteggiamenti della pubblicistica coeva, giornalistica o specializzata, sono piuttosto vari e compositi⁽⁹³⁾: da uno Spirito a un Serpieri, da un Napolitano a un Panunzio, da un Paccès a un Arias, gli atteggiamenti di fondo, il grado di coinvolgimento politico, lo stile discorsivo variano notevolmente e, in questa sede, non è possibile nemmeno abbozzare un *aperçu*

⁽⁹¹⁾ *Corso di diritto corporativo*, Padova, 1932², p. 26 e p. 28.

⁽⁹²⁾ Cfr. S. CASSESE, *Corporazioni e intervento pubblico nell'economia*, in *Quaderni storici*, 1968, pp. 402 ss.

⁽⁹³⁾ Su svariati aspetti e momenti dell'ideologia corporativistica cfr. U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale corporativo e i suoi interpreti*, in *Storia contemporanea*, 1970, pp. 105 ss.; E. SANTARELLI, *Il processo del corporativismo: elementi di transizione storica*, in *Critica marxista*, 1972, pp. 20 ss.; B. UVA, *La nascita dello stato corporativo e sindacale fascista*, Assisi-Roma, 1974; L. MANGONI, *L'interventismo della cultura. Intellettuali e riviste del fascismo*, Bari, 1974; P. SANTOMASSIMO, *Aspetti della politica culturale del fascismo: il dibattito sul corporativismo e l'economia politica*, in *Italia contemporanea*, 1975, pp. 3 ss.; R. FAUCCI, *Finanza, amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di stato da Cavour al fascismo*, Torino, 1975, pp. 176 ss.; G. B. GUERRI, *Giuseppe Bottai. Un fascista critico*, Milano, 1976 (cfr. anche la recensione di V. ZAGARRIO, *Bottai: un fascista critico?*, in *Studi storici*, 1976, pp. 267 ss.); M. CILIBERTO, *Intellettuali e fascismo. Saggio su Delio Cantimori*, Bari, 1977.

sul corporativismo come movimento complessivo, ma solo cogliere *un* itinerario, se non esemplare, certo significativo, *attraverso* il corporativismo.

Ora, uno dei punti certi è, per Cesarini Sforza, precisamente la libertà economica dell'individuo, realizzata nella solenne forma giuridica della proprietà privata. La difesa della proprietà privata come di un aspetto irrinunciabile dell'esperienza corporativistica è, come si sa, uno dei luoghi retorici più ricorrenti nella pubblicistica del regime, con il monotono corollario della pretesa equidistanza del fascismo dai 'cattivi' estremi del 'bolsevismo' e della 'plutocrazia' ⁽⁹⁴⁾. Per gli autori che però si sforzano di andare oltre lo slogan tentandone qualche determinazione concettuale, si profilava la necessità di mediare fra alternative oscillanti, all'incirca, fra la rivalutazione delle tendenze (positivisticamente, genericamente) anti-individualistiche di certa tradizione giuridica, anche italiana, e la difesa intransigente della proprietà. Il tutto, poi, finiva di regola per ordinarsi intorno al tema della 'funzione sociale' della proprietà - una concrezione ideologica singolarmente fortunata, con esiti, anche normativi, illustri, dal codice civile del '42 alla Carta Costituzionale del '48 ⁽⁹⁵⁾.

In una siffatta confusione di lingue, dove gli interventi logicamente e politicamente chiari non erano (per quello che mi consta) numerosissimi, la posizione di Cesarini Sforza non è certo fra le più trascurabili. Per il nostro giurista, « non c'è da discutere se nello Stato fascista si diritto di proprietà esista o meno. Il problema è soltanto tecnico: li tratterà di decidere, per ciascuno caso concreto, se e come la gestione statale possa ottenere gli stessi o migliori risultati della gestione privata. Il principio della proprietà è fuori discussione » ⁽⁹⁶⁾. Lo spunto è offerto da un decreto del prefetto di Rovigo, che aveva affidato l'amministrazione di un fondo, lasciato incolto dal proprietario, al presidente della Federazione fascista degli agricoltori, perché vi provvedesse in nome e per conto del proprietario; e la posizione del Cesarini Sforza è tutt'altro che entusiastica verso lo strumento delle espropriazioni: queste, piuttosto che rimandare all'ispirazione giuridica della Carta del lavoro, riportano più indietro, al clima di « demagogia bolscevizzante », alle « invasioni della terra », alle minacce « contro la proprietà terriera e urbana » ⁽⁹⁷⁾. La difesa della proprietà nell'ambito del regime corporativo

⁽⁹⁴⁾ È un punto obbligato di ogni manuale di diritto corporativo o di economia corporativa; due esempi fra mille: G. MASCI, *Corso di economia politica corporativa*, Roma, 1940, vol. I; A. SERPIERI, *Principi di economia politica corporativa*, Firenze, 1942².

⁽⁹⁵⁾ Rispettivamente all'art. 832 e all'art. 42; cfr. sul tema della 'funzione sociale' della proprietà le acute osservazioni di S. RODOTÀ, *Potere dei privati e disciplina della proprietà*, in *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, pp. 345 ss.

⁽⁹⁶⁾ *Proprietà ed espropriazione*, in *Educazione fascista*, 1928, p. 118.

⁽⁹⁷⁾ *Ibidem*, p. 119.

non è un qualsiasi appello ai principi, ma consegue a una precisa scelta di classe, che si riconosce per tale e non vuole essere diluita in troppo facili (e magari alla lunga pericolosi) populismi. La difesa della proprietà privata è, dunque, intransigente e rappresenta un elemento di continuità che attraversa indenne regimi che sono (e soprattutto si vogliono, per tanti altri aspetti) diversi.

La difesa 'tradizionale' della proprietà privata è d'altronde solo una faccia del discorso cesariniano. L'altra faccia emerge a contatto con elementi affatto 'non tradizionali': da una parte, il fastidio di fronte alle spesse cortine di ideologico fumo sollevato sul tema della funzione sociale della proprietà privata; dall'altra parte, la percezione di un lento ma consistente declino dell'importanza socio-politica di quelle classi per le quali il modello privato proprietario 'classico' (ancora omogeneo con la politica del codice del '65) era stato, per così dire, forgiato su misura; infine, la convinzione che le redini del processo produttivo nel suo complesso fossero ormai saldamente nelle mani delle grandi concentrazioni industriali ⁽⁹⁸⁾.

Sul primo fronte, Cesarini Sforza ha, mi sembra, buon gioco nell'intervenire con l'istanza di distinzioni precise e di concetti adeguati: la proprietà o è un diritto — questo è sostanzialmente il suo schema argomentativo — e allora essa non può essere, immediatamente e in quanto tale, un dovere, una 'funzione'; o è un dovere, ma allora si deve dire in quali comportamenti questo si sostanzia e dove e come sia finito il diritto di proprietà ⁽⁹⁹⁾. La tesi di Cesarini, insomma, è che per il diritto di proprietà è questione di essere o di non essere: *tertium non datur*. E *non datur* perché il diritto di proprietà non è un diritto qualsiasi, ma, addirittura, la «normalizzazione» dei «rapporti di appropriazione». Tornano, tenacemente, gli stessi luoghi ideologici del più 'classico' liberalismo. La proprietà si fonda «nel rapporto fra un bisogno personale e individuale e una cosa, idonea a soddisfarlo... Tale rapporto si realizza... con un atto di appropriazione...»; «... il sorgere di rapporti di proprietà tra l'uomo e le cose corrisponde a un impulso profondo, quasi a un istinto incomprimibile della natura umana» ⁽¹⁰⁰⁾. La continuità dell'ideologia giuridica è ben tenace e non a caso Cesarini Sforza attribuisce al giurista il compito di custodirla oculatamente: in questo caso, la fondazione del diritto di proprietà è, sostanzialmente se non letteralmente, lockiana. E ancora lockiana è l'idea della proprietà di cui si fa convinto assertore il Cesarini Sforza, ben oltre il fascismo, negli anni '50, ad ulteriore conferma della 'perennità', di cui questa idea-forza gode nella produzione del nostro autore ⁽¹⁰¹⁾.

⁽⁹⁸⁾ *Supra*, par. II.

⁽⁹⁹⁾ *Intorno alla II dichiarazione della Carta del lavoro (1937)*, ora in *CE*, p. 229.

⁽¹⁰⁰⁾ *Proprietà e impresa (1938)*, ora in *VN*, II, p. 289.

⁽¹⁰¹⁾ *Economia e diritto (1953)*, ora in *IP*, pp. 302-305.

Se dunque l'idea lockiana di appropriazione è il liberalismo segreto e perenne di Cesarini, il diritto di proprietà come diritto 'privato', esclusivo, sfera di autonomia ed espressione del soggetto, non può essere né gettato via né confuso e mistificato dal fascismo: non a caso questo è prefigurato *ab origine* da Cesarini Sforza come il 'vero volto' del liberalismo, il liberalismo finalmente realizzato, all'altezza dei tempi.

E qui l'operazione cesariniana è complessa: dedicare al diritto di proprietà tutta la gelosa attenzione della giurisprudenza liberale; nello stesso tempo, non cadere nella inattualità di una difesa priva di *nuances*, ma rapportare la proprietà alla complessità della 'modernizzazione' (a suo dire) in atto.

Dal primo punto di vista, un ostacolo da abbattere è il concetto di proprietà comune, quasi la continuazione in altro terreno della nutrita disputa ottocentesca sulle 'origini' della proprietà e sulla rilevanza storico-teorica, ma anche indirettamente politica, delle forme di proprietà comune residue alla individualizzazione 'moderna' della proprietà ⁽¹⁰²⁾. Cesarini Sforza è perentorio: « La proprietà di tutti è, in realtà, proprietà di nessuno, proprietà senza soggetto, non-proprietà » ⁽¹⁰³⁾. Ed è tale non tanto per ragioni interne alla configurazione puramente giuridica del diritto di proprietà, ma perché, per Cesarini Sforza, la proprietà-diritto non è altro che il prolungamento giuridico della proprietà-appropriazione privata del 'naturale', lockiano fondamento di ogni proprietà.

La polemica contro la 'proprietà comune' non era la lotta inutile contro un fantasma, ma un argomento in più contro le confusioni corporativistiche in tema di 'funzione sociale' della proprietà, un'occasione per rinsaldare, sul punto, i nessi con la tradizione del liberalismo giuridico ottocentesco. L'enfasi sul godimento della proprietà in rapporto con la « funzione sociale del diritto stesso » è, da questo punto di vista, apprezzabile, al più, per la sua componente anti-individualistica ⁽¹⁰⁴⁾, ma questa, sembra aggiungere Cesarini Sforza, è condividibile fino a che non si spinge oltre la soglia, 'naturalmente' sacra e giuridicamente definita e rigorosa, della proprietà individuale.

13. *L'impresa razionalizzata e corporativizzata.*

Negata recisamente la modificabilità del concetto 'lockiano' di proprietà — una delle grandi, perenni 'certezze' della giurisprudenza

⁽¹⁰²⁾ Conclusiva, sul problema, le pagine di P. GROSSI, 'Un altro modo di possedere', Milano, 1977. Il 'caso' Cesarini Sforza può essere una riprova *ex post* degli echi, talvolta sotterranei, ma rilevanti anche a distanza di tempo, di quel dibattito.

⁽¹⁰³⁾ *Interesse pubblico e iniziativa privata*, in *Rivista tecnico-professionale e di cultura del Corpo della Guardia di Finanza*, 1955, p. 702; cfr. anche *Proprietà e produzione nell'impresa agraria* (1942), ora in *VN*, II, p. 319.

⁽¹⁰⁴⁾ *Proprietà e impresa*, cit., p. 287.

cesariniana — rimane al nostro autore l'onere di svolgere la *pars construens*, non più solo difensiva ma costruttiva, del proprio discorso.

Questo è tutto imperniato sul raffronto di due grandezze il cui rapporto è concepito, a voler schematizzare, in termini, insieme, di complementarità e di esclusione: da una parte la proprietà, dall'altro l'impresa. La proprietà è, e non può essere che, lo schema del rapporto individuale di dominio e di godimento di un soggetto su un bene. Questo schema, però, pur rimanendo concettualmente uguale a se stesso, subisce, non delle smentite, ma delle limitazioni, delle erosioni da parte della 'realtà' (da parte, cioè, delle tendenze più recenti dello sviluppo economico-sociale): lo schema socio-giuridico espressivo di questa realtà è, per Cesarini Sforza, l'impresa.

Tutto ciò che il nostro autore espelle come vuota chiacchiera dall'ambito tematico della proprietà, torna, depurato e precisato, per descrivere la problematica dell'impresa. « Il diritto del proprietario è definito anzitutto per sé stesso. I limiti e gli obblighi non hanno una relazione immediata col diritto. Vi è solo una relazione mediata, per il fatto che la stessa persona titolare del diritto può essere titolare degli obblighi, ma la definizione del primo è indipendente da quello dei secondi » (105). L'obbligo, la funzione sociale, non gravano sul proprietario, ma sul produttore. Le due figure possono incarnarsi simultaneamente in una stessa persona, ma rimangono distinte concettualmente. Questa distinzione non obbedisce solo a esigenze di chiarezza definitoria, non è una via giuridicamente pervia per schematizzare la direzione del processo economico-sociale o bilanciare conservazione e rinnovamento. Definire la proprietà in termini rigorosamente liberali e contrapporvi l'anti-individualismo dell'impresa diveniva così un espediente capace di esprimere diversi livelli di realtà: il riconoscimento e l'accettazione della dislocazione d'importanza del 'vecchio' proprietario (per intenderci) modellizzato dal codice del '65 rispetto alla morfologia della grande produzione industriale; nello stesso tempo, però, l'esigenza che il nuovo ordine (ad egemonia) grande-industriale accettasse, sia pure come suo momento subordinato, l'alleanza della proprietà paleo-capitalistica.

Proprietà e impresa sono, finiscono per essere una coppia di concetti giuridici esaustiva dell'immagine che Cesarini Sforza si fa del processo economico-sociale in atto: la tesi della loro crescente dissociazione (106), l'avvertenza della crescente egemonia grande-industriale sono compendiate in due schemi giuridici che rappresentano, quasi simbolicamente, i diversi tempi storici della loro insorgenza e del loro affermarsi. Di fronte al problema della loro coesistenza, il progetto socio-politico cesariniano va decisamente verso l'affermazione dell'egemonia grande-industriale dentro il processo economico nazionale; nel

(105) *Proprietà e produzione*, cit., p. 322.

(106) *Proprietà e impresa* (1938), ora in *VN*, II, p. 296.

momento però in cui il nostro giurista si dispone a legittimare la subalternità della 'proprietà' alla 'impresa', egli esige per la 'proprietà' uno spazio residuo e inattaccabile, quasi il prezzo di un'alleanza a cui essa doveva piegarsi, non senza ottenerne in cambio precise garanzie di sussistenza.

Ora, se tale è lo schema cesariniano, è evidente che in esso proprietà e impresa non giocano tanto la parte di concetti giuridici distinti e irrelati (o collegati soltanto da nessi pertinenti alla loro definizione *formalmente* giuridica), quanto piuttosto quella di concetti volti a rappresentare e 'condensare' giuridicamente la presunta direzione del processo economico e la complessa ripartizione del dominio sociale. In questo contesto, una teoria giuridica dell'impresa diviene, immediatamente, anche qualcosa d'altro. L'interesse dell'intervento di Cesarini Sforza sta appunto qui: nella ricchezza dei collegamenti fra diverse zone dell'esperienza giuridica a cui lo sollecitavano le ambizioni totalizzanti della sua filosofia, nella capacità di scegliere, in una pubblicistica piuttosto caotica, non necessariamente gli interlocutori migliori per *self-control*, ma certo le tematiche più congruenti con la sua *policy* teorica.

Per questo, non si dovrà cercare negli scritti cesariniani che toccano, programmaticamente o incidentalmente, il tema dell'impresa e della proprietà, gli *exploits* di un improvvisato civilista o commercialista che, operando dentro la tradizione dell'uno o dell'altra disciplina giuridica, inventa nuove formule dottrinarie. In particolare, per la teoria dell'impresa, non mi sembra avventato indicare in Mossa l'esperto, direi il suggeritore, che Cesarini Sforza poteva utilizzare a sostegno del suo disegno socio-giuridico complessivo: con il che non si vuole affatto affermare un'influenza unidirezionale dal commercialista al filosofo o attribuire al primo o al secondo la paternità esclusiva dell'una o dell'altra soluzione, ma soltanto indicare una convergenza oggettiva, di cui cogliere, in questa sede, non tanto la genesi e le occasioni, ma gli esiti tematici principali.

Innanzitutto, l'approccio 'modernizzante' al problema giuridico e politico: la modernizzazione è invocata, direttamente, come risoluzione metodologica del formalismo giuridico in una giurisprudenza sociologicamente orientata, e, indirettamente, come allusione ad un processo di accelerazione e razionalizzazione del processo economico ⁽¹⁰⁷⁾. Poi: la figura dell'imprenditore come *deus ex machina* dell'unità della organizzazione, responsabile primario della sua gestione, elemento 'personalizzante' la macchina produttiva ⁽¹⁰⁸⁾. Nello stesso tempo, però, l'imprenditore, capo indiscusso della organizzazione produttiva,

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. L. MOSSA, *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, 1935, pp. 35 ss., pp. 83-92.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibidem*, p. 50; W. CESARINI SFORZA, *L'unità della produzione nella Carta del lavoro*, in *Commercio*, 1937, p. 25.

non è tanto il soggetto di un rapporto militarmente gerarchico, quanto il responsabile del « rapporto di complementarità » che intercede « fra i diversi elementi attivi dell'organizzazione » (109), fra i produttori all'interno dell'impresa (110). Ancora: l'impresa è concepita come un'istituzione autonoma, dotata di potere normativo, un vero e proprio microcosmo politico, fornito di potere espansivo e di capacità unificante su tutta la dinamica economico-sociale (111). Infine (e decisamente): la grande impresa, la società anonima, è giudicata uno strumento capace di per sé (già prima del pur auspicato intervento dello Stato) di razionalizzare l'economia, di condurre oltre le disarmonie implicite nel sistema della pura concorrenza (112).

Ora, capire il senso della proposta corporativistica di Cesarini Sforza significa, sostanzialmente, ritrovarvi quei temi, i loro nessi, la loro direzione di senso. L'imprenditore è, come si è detto, l'elemento catalizzatore dell'impresa, l'organo propulsore della macchina produttiva. Nello stesso tempo, però, questa rappresentazione carismatico-prometeica (paleo-capitalistica) del capitano d'industria viene piegata dentro un concetto che batte più che sulla gerarchia militarmente rigida, sulla razionale distribuzione dei servizi, sulla collaborazione fra 'produttori' nell'unità dell'impresa (113): un'impresa che si vuole razionale, funzionalmente organizzata, nell'Europa del primo dopoguerra è, tanto per dirla in breve, un'impresa taylorizzata. Ma vale anche la reciproca: chi ha letto, anche sommariamente, Taylor o un qualsiasi suo emulo o corifeo, sa come un'impresa 'razionalizzata' debba anche insistere, nella sua ideologia e nella sua prassi, sui valori della collaborazione (114).

Un'impresa 'razionalizzata' e organizzata secondo il principio della collaborazione fra 'produttori' è un'impresa, ci dice Cesarini Sforza, *tout court* 'corporativizzata': « in sostanza potrebbe dirsi 'corporativizzata' già quell'azienda nei cui componenti fosse in atto la coscienza della complementarità delle varie prestazioni mediante le quali l'organismo produttivo vive ed agisce » (115). L'obiettivo finale sul quale converge la coscienza della complementarità delle prestazioni

(109) *Ibidem*, p. 26.

(110) L. MOSSA, *L'impresa*, cit., p. 50.

(111) *Ibidem*, pp. 49-50, pp. 61 ss.

(112) *Ibidem*, p. 126, p. 158, *passim*.

(113) *L'unità della produzione*, cit., p. 26.

(114) La diffusione del 'taylorismo' in Italia è un tema ancora assai poco studiato: cfr. M. REVELLI, *Fascismo come 'rivoluzione dall'alto' (1920-1925)*, in *Primo Maggio*, 1975, pp. 63 ss.; G. SAPELLI, *Fascismo, grande industria, sindacato. Il caso di Torino, 1929-1935*, Milano, 1975; G. SAPELLI, *Organizzazione 'scientifica' del lavoro e innovazione tecnologica durante il fascismo*, in *Italia contemporanea*, 1976, pp. 3 ss.; ID., *Appunti per una storia dell'organizzazione scientifica del lavoro in Italia*, in *Quaderni di Sociologia*, 1976, pp. 154 ss. Per rendersi conto del grosso successo (almeno 'ideologico') che i temi tayloristici raccoglievano in Italia basta scorrere i numeri del « L'organizzazione scientifica del lavoro », emanazione dell'ENIOS (Ente Italiano per l'Organizzazione Scientifica del Lavoro).

(115) *L'unità della produzione*, cit., p. 26.

è l'aumento di produttività nell'impresa e, da ciò, l'incremento della produzione nazionale - un valore 'assoluto', trascendente la posizione (le pretese, le aspettative) dei soggetti. D'altra parte, l'uniformità della figura del 'produttore' (celebre personaggio del teatrino retorico del regime), indifferenziata *ex parte objecti*, perché finalizzata all'obiettivo, uguale per tutti, della produzione, si sdoppia costantemente, *ex parte subjecti*, dando luogo alla figura 'responsabilizzata' e 'personalizzata' dell'imprenditore, da un lato, e a quella esecutiva e subordinata dell'operaio, dall'altro ⁽¹¹⁶⁾.

Che l'ideologia produttivistica sia una delle componenti più interessanti dell'ideologia fascista; che il tema della conciliazione di classe sia il tema per eccellenza corporativistico (si direbbe: di ogni corporativismo) sono fatti ovviamente notissimi (anche se non sempre adeguatamente analizzati). L'uso che tuttavia Cesarini Sforza fa di questi ed altri temi divulgatissimi, ovvero i nessi che egli va stringendo fra l'uno e l'altro, hanno, credo, qualcosa di singolare e di illuminante.

Già fin d'ora mi sembra che si possa rilevare che:

a) per Cesarini Sforza il corporativismo nasce come una determinata teoria dell'impresa: in un ambito problematico, quindi, pregnante, quanto mai 'realistico', politicamente caldo;

b) il corporativismo può essere usato, sul terreno dell'impresa, in un qualche rapporto (positivo) con una organizzazione razionale-tayloristica del lavoro;

c) il corporativismo suppone una teoria dell'impresa che esalti la configurazione unitaria, istituzionale di questa. L'impresa nell'ottica corporativistica cesariniana è un microcosmo politico-giuridico, quindi una cellula espansiva, il motore del processo economico. Il corporativismo, per Cesarini Sforza, è, in qualche modo, l'espressione della vincente 'modernizzazione' industriale;

d) l'enfasi produttivistica non è un semplice luogo retorico, ma la proiezione ideologica di un'organizzazione del lavoro finalmente *disciplinata* (razionalizzata, collaborativa).

14. *Dall'impresa alle imprese: il corporativismo come generalizzazione della 'razionalità' grande-industriale.*

La 'razionalizzazione' nasce sul terreno dell'organizzazione del lavoro, ma si estende all'intero processo produttivo, postulando un sistema economico parzialmente diverso, corretto rispetto al modello mercantile 'puro'. Ora, il corporativismo di Cesarini Sforza è tutto giocato sulla inevitabilità e insieme problematicità del passaggio dalla singola impresa, dispoticamente guidata nell'anarchia della libera concorrenza, a un sistema di imprese coordinate intorno a scelte eco-

⁽¹¹⁶⁾ *Ibidem*, pp. 24-25; cfr. anche *Intorno alla II Dichiarazione*, cit., pp. 225 ss.

nomiche 'oggettivamente' predisposte, ma nello stesso tempo rispettose della libera iniziativa di cui ciascuna impresa vuol essere ancora espressione.

In altre parole, il corporativismo è, sì, per Cesarini, il 'superamento' del capitalismo, come vuole la pubblicistica di regime, ma lo è in termini piuttosto peculiari. Il corporativismo, per il nostro autore, è (deve essere) lo stadio ultimo di uno sviluppo che, iniziatosi all'interno della dinamica socio-economica capitalistica, già prima della guerra, si è gradualmente intensificato fino a configurare non già una fuoriuscita dal sistema capitalistico, ma una sua trasformazione, appunto una sua 'razionalizzazione'. L'equilibrio economico un tempo delegato all'«automatismo delle forze individuali» diventa gradualmente un obiettivo realizzabile solo attraverso il collegamento organico fra imprese: «le forze della produzione hanno cercato di giuridicamente organizzarsi in modo da tutelare e da soddisfare i loro interessi definiti non più individualisticamente, ma unitariamente» (117).

Attori di questo movimento innovativo sul terreno dell'economia sono dunque i protagonisti stessi della vita economica, le imprese industriali, e precisamente le grandi imprese, i centri di potere economico che con la loro forza espansiva riescono a coagulare intorno a sé enormi concentrazioni produttive. «L'organizzazione», «la disciplina», sono il risultato di questa azione massiccia di semplificazione della vita economica intorno a pochi centri propulsori, un risultato conseguito dall'interno della dinamica economica, una razionalizzazione spontanea, non coattiva, non sovrimposta alle scelte che le forze economiche devono poter fare in proprio. L'organizzazione razionale della produzione «non può essere imposta dall'alto, bensì deve svilupparsi secondo le esigenze della vita economica...» (118). La coartazione dall'esterno del processo economico configura, per Cesarini Sforza, addirittura l'ipotesi di un'«economia comunista». Al di fuori della collettivizzazione forzata, però, non c'è soltanto il liberalismo e la sua ipotesi di equilibrio automatico delle forze, ma il coordinamento spontaneo e 'razionale' delle forze economiche.

Ora, se è vero che la 'cartellizzazione' dei produttori è l'unico veicolo possibile di una 'razionalità nuova', è anche vero che questa viene invocata perché non funziona più la razionalità 'smithiana' dell'automatismo dell'equilibrio. In altri termini, la fuoriuscita dal quadro economico consustanziale al liberalismo classico è, per Cesarini Sforza, non un dover essere o una scelta di governo o un progetto dottrinario, ma un processo storico: un qualche cosa che è già avvenuto, una nuova razionalità che le grandi imprese hanno introdotto e sempre più introdurranno nel processo produttivo, con le loro sole forze, 'spontaneamente'. La spontaneità del processo economico che Cesarini

(117) *Libertà contrattuale e ordine corporativo* (1937), ora in CE, p. 210.

(118) *Gli accordi economici nell'economia corporativa* (1939), ora in CE, p. 236.

contrappone alla 'comunistica' direzione dall'alto del processo stesso è, in effetti, un tema polisenso. Innanzitutto è la constatazione di un dato: la grande industria ha, per così dire, fatto il suo gioco e si è sviluppata nella direzione imposta dalle sue stesse potenzialità. In secondo luogo, però, è anche una implicita distribuzione di ruoli: la 'spontaneità' dell'economia diviene il riconoscimento della centralità della iniziativa grande-industriale non solo sul terreno immediatamente produttivo, ma anche su quello, più mediato, del rapporto fra politica ed economia. Il progetto corporativistico cesariniano nasce dunque da una chiara ed esplicita ricognizione del processo economico-sociale in corso e da una strategia che pensa la politica in stretta dipendenza dai movimenti e dalle necessità delle grandi concentrazioni industriali. Con il che, però, l'approccio corporativistico è, sì, metodologicamente impostato, ma certo non disteso in un discorso risolto nei suoi esiti più propriamente politici. Vediamone più da vicino i passaggi problematici.

a) Il corporativismo è innanzitutto l'estensione (tendenziale) della razionalità, introdotta 'caso per caso' nell'organizzazione del lavoro, al sistema complessivo delle imprese operanti sul piano nazionale. « In questo senso si può dire che nel concetto dell'impresa si trova il primo nucleo ideale del corporativismo, e che l'organizzazione corporativa non è altro che lo sviluppo di questo primo nucleo... »⁽¹¹⁹⁾. Ora, il passaggio dalla razionalità dell'impresa alla razionalità delle imprese (ovvero del sistema economico complessivo), se è indicativo della strategia (per intenderci) di 'modernizzazione' grande-industriale di cui Cesarini si fa sostenitore, presenta pure, a stretto rigore, una qualche soluzione di continuità al suo interno: al livello della singola impresa, la 'razionalità' è, sostanzialmente, un diverso modo di organizzazione del lavoro (ma sul punto Cesarini Sforza è reticente) e una rinnovata disciplina di fabbrica (la pace sociale, la collaborazione), al livello del sistema economico complessivo, la nuova razionalità che Cesarini Sforza riconosce e raccomanda è una crescente concentrazione industriale che, contrapponendosi alle incertezze del rischioso equilibrio puramente concorrenziale, garantisca un sistema economico 'a prova di crisi'. Entrambi gli aspetti suddetti sono, per Cesarini Sforza, 'corporativismo', ma il primo è in funzione del secondo, la sua condizione di possibilità, se si vuole, ma anche lo strumento di per sé finalisticamente insufficiente. Da ciò il senso che il nostro giurista dà alla distinzione (ricorrente nella pubblicistica) fra la fase puramente sindacale e quella propriamente corporativa del corporativismo. Se ci si fermasse alla prima non si avrebbe vero e proprio corporativismo: « il corporativismo, pienamente svolto, non può significare che *collegamento fra*

(119) *Corso di diritto corporativo, cit.*, p. 32.

imprese e non solo fra padroni e operai, giacché questi due elementi, dal punto di vista economico, non si collegano che dentro l'impresa » (120).

Cesarini Sforza non teneva ad una disputa dottrinarica sul 'vero' corporativismo, ma capiva che la scommessa corporativistica non poteva essere una pura e semplice instaurazione della disciplina in fabbrica e della coatta pace sociale nel paese: non lo poteva non perché dovesse essere preso troppo sul serio il clamore di regime sulla solidarietà, il giusto salario e la fine della 'plutocrazia', ma perché la subalternità operaia non bastava, *da sola*, a far uscire dalle secche delle 'disarmoniche' crisi capitalistiche ed occorreva il tentativo di un intervento politico adeguato alla nuova 'razionalità' capitalistica.

b) Se il movimento verso una rinnovata razionalità della prassi economica era già in moto e procedeva sullo slancio della autonoma iniziativa imprenditoriale, restava da chiarire la funzione e l'estensione di una politica corporativa. « Se gli accordi economici (fra imprese)... sono già di per se stessi espressione di un virtuale corporativismo... » (121), non si capiva che cosa di ulteriore il corporativismo dovesse immettere nella situazione per divenire, da virtuale, attuale. Il problema, di nuovo, non era puramente ideologico: si trattava di valutare il rapporto con il quadro politico-economico da cui il corporativismo cesariniano voleva distaccarsi, senza però sconvolgerne alcuni ben radicati principi; si trattava di indicare il ruolo dello Stato in un'economia spontaneamente già orientata verso la razionalizzazione.

Dal primo punto di vista, già nell'economia liberale, osserva Cesarini Sforza, « si moltiplicano i tentativi per razionalizzare la soluzione di problemi economici... cercando di eliminarne al più possibile gli elementi arbitrari o casuali » (122). Non solo: gli accordi economici « finora (al '36) sottoposti al parere delle corporazioni » non fanno che creare o sancire situazioni cartellistiche ed « è probabilmente impossibile trovare nell'ambito dell'economia disciplinata delle soluzioni che più o meno immediatamente non creino situazioni cartellistiche » (123). Il corporativismo insomma non fa che attuare « una disciplina della vita economica sostanzialmente analoga a quella realizzata mediante forme organizzative autonome ». Dunque: il corporativismo sembra essere un duplicato, appena un riconoscimento *ex post*, di prassi economiche già introdotte e funzionanti.

Non è però questa la conclusione di Cesarini Sforza. Il corporativismo ha il compito di procedere, sì, dai tentativi di razionalizzazione già introdotti nella prassi economica, ma per riprenderli e svilupparli

(120) *Il Corporativismo e la Proprietà edilizia*, in *La Proprietà edilizia italiana*, 1933, p. 945.

(121) *Gli accordi economici*, cit., p. 260.

(122) *Corporazioni e consorzi*, in *Commercio*, 1936, p. 365.

(123) *Ibidem*, p. 368.

sistematicamente ⁽¹²⁴⁾: per esso insomma « non si tratta di razionalizzare l'impostazione di determinati problemi economici, bensì di razionalizzare l'impostazione del problema economico universale... » ⁽¹²⁵⁾. Il corporativismo è così una novità rilevante, ma sullo stesso piano, nella stessa direzione verso cui spingono le grandi concentrazioni industriali. Il passaggio dalle soluzioni cartellistiche alle soluzioni corporativistiche è un salto dall'episodicità delle prime alla sistematicità delle seconde. Che è come dire: la razionalità ancora ipotetica dell'attuale congiuntura, la 'oggettività' ancora induttiva delle scelte economiche oggi possibili, devono divenire razionalità, oggettività 'assolute'. « In una economia corporativa totalitaria, e soltanto in essa, tutte le soluzioni che ora si dicono cartellistiche, mutate all'economia liberale, diventerebbero soluzioni corporative, perché non sarebbero più fine a se stesse, e quindi limitate e particolaristiche anche se moltiplicate all'infinito, ma realizzerebbero con continuità e in ogni punto della vita economica le condizioni ottime per il raggiungimento degli scopi di questa » ⁽¹²⁶⁾.

Il corporativismo, per Cesarini Sforza, diviene così la generalizzazione e la formalizzazione politico-istituzionale della razionalità introdotta, ma non ancora 'totalitariamente', dal capitalismo monopolistico, sviluppatosi rigogliosamente nel dopoguerra. È vero dunque, anche per il nostro giurista, che il corporativismo è equidistante dal comunismo e dal liberalismo 'capitalistico': se con quest'ultimo si intende quell'economia 'manchesteriana' da cui la società capitalista (senza certo aspettare le invenzioni corporativistiche) si era già 'spontaneamente' allontanata.

15. *Una nuova variabile nelle equazioni dell'economia: lo Stato.*

Le reazioni della teoria al diverso atteggiarsi delle vicende politico-istituzionali non dovevano essere per Cesarini Sforza che semplici correzioni, aggiustamenti interni e non una palingenesi, una rifondazione *ab imis* della scienza economica e della scienza giuridica. « È possibile costruire un sistema di leggi logico-empiriche, introducendo nelle equazioni la più importante delle variabili, lo Stato, inteso come ordinamento giuridico » ⁽¹²⁷⁾. Le equazioni a cui il giurista Cesarini e l'economista Carli congiuntamente alludono sono gli assiomi fondamentali della scienza economica 'tradizionale' o 'pre-corporativa': domanda, offerta, legge del minimo mezzo, utilità marginale ecc. Questi principi

⁽¹²⁴⁾ *Ibidem*, p. 369.

⁽¹²⁵⁾ *Ibidem*, p. 365.

⁽¹²⁶⁾ *Ibidem*, p. 368.

⁽¹²⁷⁾ *Principi economico-giuridici del corporativismo*, in *Archivio di studi corporativi*, 1937, p. 322; il saggio è scritto in collaborazione con Filippo Carli.

che Car e Cesarini Sforza chiamano « le forze economiche originarie », « non variano ». Il rapporto con la scienza economica precorporativa è tutt'altro che reciso, ed è bandita ogni pretesa di dar luogo ad una scienza *toto coelo* diversa.

Non si tratta di *self-control* o di modestia, ma di una valutazione teorica che si vuole congruente con una strategia politica e una scelta di campo, in un rapporto di illuminazione e non di mistificazione di quest'ultima. La relativa continuità con i presupposti della scienza economica 'tradizionale' diviene così il corrispettivo del mantenimento del quadro economico-sociale di riferimento e dei suoi principali meccanismi: la società capitalistica esige, sì, un superamento dei cattivi equilibri e una risposta alle crisi, ma deve conservare i comportamenti e i valori compendati nel luogo ideologico tradizionale dell'iniziativa privata. Cesarini Sforza, insomma, lavorando in collaborazione con l'economista Carli, ripropone per il 'suo' corporativismo lo stesso rapporto di continuità-superamento nei riguardi della dinamica sociale capitalistica che egli aveva già espresso in altri modi.

Ciò che, però, nell'importante saggio del '37, viene indicato con maggiore chiarezza è il rapporto di stretta complementarità che passa fra l'obiettivo del superamento delle crisi capitalistiche, del conseguimento di un superiore, più razionale, equilibrio, e « la più importante delle variabili nel sistema delle equazioni », lo Stato. Il problema di una formalizzazione giuridico-istituzionale dei nodi principali dello sviluppo economico era ben chiaro a Cesarini Sforza (e non poteva essere diversamente, dato il suo ben noto pangiuridicismo), prima e indipendentemente da un esito statualistico del problema stesso.

Si potrebbe anzi sostenere che l'uso brillante ed estensivo che Cesarini Sforza ha ripetutamente fatto dell'istituzionalismo romaniano in svariate occasioni (dal saggio, particolarmente fortunato, su 'Il diritto dei privati' ⁽¹²⁸⁾ agli scritti sul diritto sportivo) ⁽¹²⁹⁾, se non motivato dalla necessità di giuridicizzare l'economia, ha trovato certo in quell'ambito tematico un'importante occasione di verifica. Ricordiamo il concetto cesariniano di diritto collettivo: un diritto che rappresenta la risposta ad un interesse che, senza essere più solo individuale, non è ancora pubblico, ma comune solo ai membri di una data categoria ⁽¹³⁰⁾; un diritto che esprime il momento organizzativo-normativo di una collettività ormai caratterizzata da un ambito del tutto autonomo e spontaneo di azione. Una siffatta collettività può essere, ovviamente, una collettività qualsiasi: non appena però essa perde la sua indeterminata e acquista referenti sociologicamente precisi, la scena più rag-

⁽¹²⁸⁾ *Il diritto dei privati* (1929), ora in *CE*, pp. 1 ss.

⁽¹²⁹⁾ *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo* (1933), ora in *CE*, pp. 85 ss.; *Figura giuridica degli enti sportivi e dei direttori delle gare* (1936), ora in *CE*, pp. 117 ss.

⁽¹³⁰⁾ *Preliminari sul diritto collettivo* (1936), ora in *CE*, pp. 189 ss.

gardevole sulla quale il corrispondente concetto giuridico finisce per muoversi è la « vita economica » della « civiltà industriale ». Lo sviluppo della civiltà industriale diventa, giuridicamente, « una progressiva riduzione dell'autonomia contrattuale correlativamente allo sviluppo dell'organizzazione giuridica degli interessi collettivi » (131). In altri termini: il diritto collettivo sta al 'puro' regime contrattualistico come lo sviluppo in senso monopolistico del capitalismo sta alla fase del 'puro' capitalismo concorrenziale. La teleologia immanente a questo doppio sviluppo, economico-giuridico, è, ancora una volta, un nuovo modello di razionalità, un più sicuro equilibrio fra gli interessi in gioco. La forma giuridica di questo processo è quel fenomeno trans-individualistico ma pre-statalistico che Cesarini Sforza individua come 'diritto collettivo': il momento giuridico, quindi, non interviene, per Cesarini, nel momento ultimo del passaggio dall'economia alla politica, ma già dentro al processo economico stesso, del quale scandisce insostituibilmente una fase. Il passaggio ulteriore, lo sbocco politico della fase monopolistica del capitalismo non è il primo incontro col diritto, ma l'invenzione di un diritto, sotto qualche aspetto almeno, *diverso*: ciò avviene « quando le organizzazioni collettive sono attratte dallo Stato nell'orbita del suo diritto, e così fornite di poteri di diritto pubblico... » (132). Il diritto collettivo, attirato nell'orbita dello Stato, diviene diritto corporativo, « si trasvaluta » in interesse pubblico. Che è come dire: il diritto corporativo è, per un verso, recezione delle forme e della direzione inaugurate dalle grandi concentrazioni industriali, per un altro verso, ne è una generalizzazione, una *Aufhebung*, una trasvalutazione, appunto, come si esprime Cesarini Sforza. Questa « trasvalutazione degli interessi collettivi in interessi nazionali o pubblici... non significa dissolvimento di quelli in questi, bensì trasformazione degli interessi collettivi, e quindi delle strutture giuridiche create per la loro tutela, in metodi e, rispettivamente, in strumenti, per la determinazione oggettiva delle attività economiche, intese precipuamente come attività produttive » (133). Il passaggio dal diritto collettivo delle organizzazioni intermedie al diritto statale è reso necessario perché la continuità fra interesse individuale e interesse collettivo, che appariva facile e immediata agli occhi dei liberisti, si era ormai complicata e inceppata.

Il ponte fra individuo e collettività, la conciliazione degli interessi in una superiore armonia che li conservasse e anzi li utilizzasse a quel fine, doveva essere ricostruito oltre il mito ormai infranto di una loro automatica composizione: il *deus ex machina* a ciò evocato è la « organizzazione giuridica dell'economia » (134). Con questa espressione gli autori non si riferiscono semplicemente al contesto politico-istituzionale

(131) *Libertà contrattuale e ordine corporativo*, cit., p. 223.

(132) *Ibidem*, loc. cit.

(133) *Premessa a CE*, p. iv.

(134) *Principi economico-giuridici*, cit., p. 311.

assunto come referente sociologico generale dell'operare tecnicamente economico: essi ricordano, in questo senso, l'intervento dell'istituzionalismo americano (e non hanno omesso prima nella critica al liberalismo del *laissez-faire*, il nome di Keynes) ⁽¹³⁵⁾; si mostrano insomma attenti ai fermenti nuovi della scienza economica, ma l'accento (direi inequivocabilmente cesariniano) viene posto sul momento delle « istituzioni nella loro specificità di ordinamento giuridico », infine sulla « organizzazione giuridica totale » della società, sullo Stato ⁽¹³⁶⁾. Lo Stato nuovo, lo Stato corporativo, è la condizione della nuova razionalità: « il comando giuridico è dunque il mezzo per attuare un minimo di equilibrio, ossia un minimo di razionalità ». Lo stato è corporativo, ben al di là delle nebulose retoriche di tanta pubblicistica coeva, se si fa strumento della fase capitalistico-monopolistica dello sviluppo economico-sociale; e viceversa la 'nuova' economia ha possibilità di saltare oltre i crepacci delle ricorrenti crisi capitalistiche proprio perché (e solo se) « il corporativismo rappresenta precisamente l'estensione a tutto lo Stato della coordinazione delle scelte economiche... » ⁽¹³⁷⁾.

Lo Stato, per il progetto corporativistico cesariniano, è, in altri termini, il quadro di riferimento istituzionale e lo strumento operativo più idoneo per le strategie razionalizzatrici del processo economico-sociale che il nostro autore sembra attribuire alle grandi concentrazioni industriali. In questo senso, lo Stato corporativo di Cesarini Sforza è davvero, immediatamente, lo Stato del capitale.

16. *Razionalizzare, ma con misura: il corporativismo come blocco 'proprietario'.*

Lo Stato corporativo come 'Stato del capitale', come Stato che si dispone a far propria la politica grande-industriale e a fornire ad essa il quadro istituzionale della razionalizzazione del sistema non è un'invenzione speculativa di Cesarini Sforza: il senso delle proposte corporativistiche complessive del nostro autore esprime, a mio avviso, 'oggettivamente' alcuni momenti impliciti nella strategia delle componenti 'modernizzanti' del capitale.

⁽¹³⁵⁾ Il saggio keynesiano era stato tradotto (*La fine del lasciar fare*), nella *Nuova collana di Economisti stranieri e italiani*, vol. III, Torino, 1936.

⁽¹³⁶⁾ *Principi economico-giuridici*, cit., p. 316.

⁽¹³⁷⁾ *Ibidem*, p. 318; e ancora: « ... è l'ordinamento giuridico che mediante determinate strutture create direttamente dallo Stato, oppure dai soggetti economici via via che essi diventano consapevoli di quella complementarità, e poi inserite nelle istituzioni statali, è l'ordinamento giuridico che consente l'aggiustamento delle originarie forze economiche individuali in sistemi d'equilibrio sempre più vasti fino a che queste forze possano svolgersi in piena armonia con l'interesse generale, vale a dire con l'utilità massima così per l'individuo come per lo stato » (*Ibidem*, p. 313).

Nello stesso tempo, però, il discorso cesariniano è più composito e meno lineare di quanto una indebita assolutizzazione delle sue linee di tendenza potrebbe indurre a credere. Perché, se c'è il Cesarini Sforza proteso a fondare un 'diritto' (corporativo) dell'economia ⁽¹³⁸⁾, c'è anche il Cesarini Sforza, diciamo così, lockiano ⁽¹³⁹⁾: quello che, confrontando 'proprietà' e 'impresa' ospitava nello schema giuridico, e attraverso questo descriveva e valutava positivamente, la crescente importanza della prima sulla seconda, ma, insieme, si faceva intransigente difensore dello spazio, a suo dire gradualmente più contratto, ma insostituibile, della 'proprietà', del 'privato' nel senso più classicamente liberale.

Ora, questa doppia anima, 'modernizzante' e 'tradizionalista', del Cesarini Sforza non poteva non provocare, in un uomo lucidamente consapevole dell'impatto socio-politico degli schemi teorici, aggiustamenti di rilievo nel suo disegno corporativistico e quindi non influire decisamente sulla sua strategia complessiva. L'aggiustamento va soprattutto nel senso di dare ascolto ad una domanda di rappresentanza nel sistema avanzata da 'categorie' del cui diritto di cittadinanza in un processo economico razionalizzato sul modello delle grandi concentrazioni industriali si poteva legittimamente dubitare. Si legga con attenzione l'abile intervento comparso sull'organo della Federazione fascista della proprietà edilizia ⁽¹⁴⁰⁾ e si troverà che l'impegno di Cesarini Sforza è rivolto ad agganciare al carrozzone corporativistico non solo l'*impresa* edile, ma, semplicemente, la *proprietà* fondiaria, piccola o grande, rustica od urbana, produttiva o non.

La chiave dell'operazione è la ridefinizione di uno dei concetti più ricorrenti nella ideologia del corporativismo (e a maggior ragione delle componenti 'modernizzanti' di essa): il 'produttore'. Il termine — avverte Cesarini Sforza — è equivoco, perché può indurre « a creare assurde discriminazioni, come quella, per esempio, fra classi o categorie che hanno una positiva funzione economica e classi che ne hanno una negativa o parassitaria » ⁽¹⁴¹⁾. Il problema del corporativismo è insomma quello di rifiutare « ogni discriminazione nell'organismo economico ». Il corporativismo è, ricorda Cesarini Sforza, non solo disciplina dei rapporti di lavoro, ma quadro di riferimento di tutta la dinamica economica: se il corporativismo non riusciva ad assolvere a questo secondo compito, « importantissime categorie di capitalisti, come i proprietari di fondi rustici od urbani... restavano... ai margini del sistema » ⁽¹⁴²⁾. Le « categorie » che il sistema di un'economia razionalizzata (corporativizzata) non deve emarginare, ma unificare intorno alle proprie

⁽¹³⁸⁾ Cfr. A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica*, cit., pp. 410 ss.

⁽¹³⁹⁾ *Supra*, par. 12.

⁽¹⁴⁰⁾ *Il corporativismo e la proprietà edilizia*, cit., pp. 943 ss.

⁽¹⁴¹⁾ *Ibidem*, p. 944.

⁽¹⁴²⁾ *Ibidem*, loc. cit.

scelte di fondo sono « i proprietari di fondi rustici o urbani », tutti i singoli che agiscono » sopra determinati valori economici, siano pur piccolissimi e transitori... » (143): questi sono pedine di un gioco che può essere, sì, giocato da altri, ma non senza l'apporto e il fattivo consenso della media e piccola proprietà, della proprietà (per intenderci) 'lockiana'.

Se questo è vero, il corporativismo di Cesarini Sforza è disegnato (o meglio intuito, inteso) secondo un tratto non univocamente, settorialmente grande-capitalistico, ma più sfumato e insieme più politico, più 'realistico' e però più frenato, più compromissorio. Nella vaga nebulosa corporativistica, Cesarini insomma vuol ritrovare non solo il quadro di uno sviluppo 'moderno' e 'razionale' del capitale monopolistico oltre le crisi, ma anche il profilo di un'alleanza fra classi sociali, distinte, ma unificate (e contrapposte ad altre) per mezzo dell'espedito ideologico-giuridico (vecchio, ma come si vede, tutt'altro che *démodé*) della 'proprietà'.

Non a caso chi per Cesarini Sforza deve restare escluso dalla corporazione dell'edilizia è la « cosiddetta categoria dei consumatori, cioè, in questo caso, degli inquilini » (144). Se gli inquilini sono 'consumatori' e gli oggetti del consumo tendenzialmente infiniti, non 'vi sarebbe ragione di organizzare, per esempio, i consumatori di case o inquilini e non gli utenti dei servizi di distribuzione di energia elettrica o i clienti degli avvocati o gli abbonati ai giornali e via dicendo » (145). Il che significa: tutto ciò che non è proprietà è consumo, ovvero un qualcosa di fluido e di giuridicamente non esprimibile, pura perdita, un non essere: il corporativismo collega e organizza a partire dal livello minimale della proprietà privata. Al di sotto di quel livello di guardia (ovviamente, al di fuori della disciplina del lavoro e delle organizzazioni del consenso), i soggetti sono proteiformi, indefiniti, vorrei dire (anticipando un tema cesariniano del dopoguerra) pura 'massa'.

La massa non può essere utilizzata come soggetto attivo del corporativismo, che costituisce, direttamente, solo il quadro di collegamento « degli interessi dei produttori, considerati questi ultimi nella loro totalità e unità... »: la difesa dei consumatori è indiretta, è una conseguenza oggettiva (ma non il fine) della nuova 'razionalità' dell'economia. Gli inquilini-consumatori o, generalmente, le masse non-proprietarie, « non troveranno la difesa dei loro interessi e lo strumento del loro benessere in una determinata corporazione, bensì lo troveranno nell'unitarietà della produzione, nell'equilibrio delle forze produttive, nell'ordine corporativo compenetrato con la realtà sociale ed economica della Nazione » (146). Insomma, la « razionalizzazione (del sistema economico) costituirà *automaticamente* un beneficio per i consuma-

(143) *Ibidem*, p. 945.

(144) *Ibidem*, p. 946.

(145) *Ibidem*, p. 947.

(146) *Ibidem*, *loc. cit.*

tori » (147): la famosa tesi smithiana della oggettiva utilità per tutti dell'economia di mercato torna qui a riproporsi al 'superiore' livello dello sviluppo capitalistico: la produttività razionalizzata è di per se stessa la migliore politica per le masse.

Il punto di vista di Cesarini Sforza, d'altronde, non era isolato o puramente dottrinario: il dibattito sviluppatosi sulla rivista e il parere della Direzione stessa (la direzione di una rivista che, come si comprende, non poteva essere olimpicamente 'disinteressata') convergono su posizioni simili a quella del nostro autore. Innanzitutto sul rifiuto della rappresentanza paritetica degli operai nella corporazione (148); poi: razionalizzazione, sì, ma lasciare la determinazione del fitto al libero gioco della domanda e dell'offerta (149); quindi: razionalizzazione come strumento per il raggiungimento dell'equilibrio economico, anche attraverso l'intervento dello Stato. Infine (ed è forse l'asserzione più esplicita ed interessante): premesso che l'apparato tradizionale dello Stato si è mostrato burocraticamente sordo alle istanze dei 'produttori' consegue che la corporazione può ovviare a questa disfunzione « in quanto inserisce ceti produttori nello Stato, e lascia loro voce e determinazione, subordinatamente all'interesse pubblico » (150).

Il corporativismo come cooptazione diretta della iniziativa imprenditoriale nell'apparato dello Stato è una versione per certi versi riduttiva, ma per altri versi pertinente, del disegno politico di Cesarini Sforza. Se è riduttiva dell'ampio arco problematico del nostro autore, è anche espressiva delle forze, delle alleanze, dei referenti sociali, insomma, a cui il nostro giurista voleva affidare il compito di condurre l'economia verso una nuova, più sicura 'razionalità'.

17. *Prendere le distanze dagli 'estremisti'.*

La proposta corporativistica di Cesarini Sforza risponde ad un disegno ambizioso, ma non necessariamente irragionevole; ha interlo-

(147) *Ibidem*, p. 947; corsivo mio.

(148) « La parità fra datori di lavoro e prestatori d'opera è ben lungi dall'aver l'importanza che ha nei riguardi del contratto collettivo di lavoro; in quanto la corporazione di produzione interessa soprattutto, direttamente ed immediatamente, i datori di lavoro... I prestatori d'opera, gli operai sono, sì, interessati, mediatamente ed indirettamente, al buon esito di quella produzione, in quanto, se questa va male, dovranno perdere quel lavoro. Ma la immediata e diretta responsabilità dell'esito della produzione non può che spettare al datore di lavoro... » (R. MALINVERNO, *La proprietà, la corporazione edilizia e la corporazione di categoria*, in *La proprietà edilizia italiana*, 1933, pp. 695-696). Per un parere contrario, però, cfr. G. NAPOLITANO, *Tra corporazioni di categoria e corporazioni di produzione: corporazione economica*, in *La proprietà edilizia italiana*, 1933, pp. 824 ss.

(149) Cfr. M. LA TORRE, *Per la corporazione dell'edilizia*, in *La proprietà edilizia italiana*, 1933, pp. 820-821.

(150) È il parere della Direzione della rivista, espresso in un articolo dal titolo *La corporazione e la casa. Delucidazioni e rilievi*, in *La proprietà edilizia italiana*, 1933, p. 836.

cutori precisi, di fronte ai quali conserva una sua autonomia di giudizio; ha il tono di regola assai poco predicatorio di un 'modest proposal'. La caratteristica *medietas* stilistica del discorso cesariniano (emergente se commisurata alle ridondanze di tanta pubblicistica di regime) era, se si vuole, il rispecchiamento nella forma del discorso di una strategia accuratamente condotta nel bel mezzo di contraddizioni piuttosto serie. Vi era la componente che si è convenuto di chiamare 'tradizionalista', del pensiero del Cesarini Sforza, ma vi era anche la spinta, che si è detto, per intenderci, 'modernizzante', a privilegiare le forme di razionalizzazione sollecitate dallo sviluppo delle grandi concentrazioni industriali. A complicare ulteriormente le cose, l'atto di fiducia nell'iniziativa grande-industriale si stemperava in un progetto compromissorio volto ad agganciare al carro del capitale monopolistico le medie e piccole forze della 'proprietà': in sostanza, la strategia cesariniana del 'giusto mezzo' finiva per essere la difficile quadratura del cerchio che stringeva in un pesante fascio di contraddizioni lo sviluppo capitalistico in Italia. Si comprende perciò come la valutazione cesariniana delle posizioni degli 'estremisti' (veri o presunti) ⁽¹⁵¹⁾ fosse piuttosto critica.

Il dissenso da Volpicelli verte innanzitutto sulla valutazione della scienza giuridica 'pre-corporativistica'; un punto, quindi, sul quale il teorico della continuità della scienza giuridica (e del compito del giurista come custode di quella continuità) non poteva non essere assai reattivo. La tesi di Volpicelli si articola in due assunti principali: la non scientificità della giurisprudenza pre-corporativa; il corporativismo come 'finale' rivelazione della vera natura del diritto, offuscata dalle aporie individualistiche del liberalismo; con un corollario operativo: la inutilizzabilità del sapere giuridico tradizionale per la costruzione della nuova scienza corporativistica ⁽¹⁵²⁾.

La risposta di Cesarini è altrettanto netta: liberalismo e corporativismo sono, per la scienza giuridica, solo due modi, distinti ma non necessariamente irrelati, di concettualizzare e ordinare i fatti; «nella scienza del diritto vi sono — ad ogni momento della sua storia — dei concetti che non servono più, e al loro posto ne sorgono dei nuovi. Si tratterà di vedere, praticamente, quali siano i rami secchi e quelli che fioriscono o rifioriscono» ⁽¹⁵³⁾. La 'rottura' non è la categoria ermeneutica privilegiata da Cesarini e la distinzione fra i diversi 'tempi di fioritura' può investire l'uno o l'altro concetto, ma non il sistema della scienza nel suo complesso: non è dall' 'estremismo' di Volpicelli che

⁽¹⁵¹⁾ Spirito e Volpicelli, in rapporto al convegno corporativistico di Ferrara ed oltre quell'occasione.

⁽¹⁵²⁾ Cfr. A. VOLPICELLI, *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*, in *Atti del II Convegno di Studi sindacali e corporativi* (Ferrara, 1932), Roma, pp. 123 ss.; vedi anche, dello stesso autore, *Corporativismo e scienza del diritto. Risposta al prof. Cesarini Sforza*, in *Archivio di studi corporativi*, 1937, pp. 423 ss.

⁽¹⁵³⁾ *Corporativismo e scienza del diritto* (1932), ora in *CE*, p. 155.

Cesarini Sforza ritiene smentita la propria giovanile (e mai abbandonata) idea della scienza come di un organismo che muta e si arricchisce in rapporto di ininterrotta continuità con i propri principi costitutivi.

Non era d'altronde in gioco solo l'una o l'altra immagine di scienza giuridica, ma, sia pure implicitamente, l'una o l'altra aspettativa politica di fronte al regime. E Cesarini Sforza chiedeva al regime non una indeterminata, verbalistica palingenesi, ma una limitata, e pure importante, capacità di rendere lo stato strumento o condizione di uno sviluppo razionale del capitale; « tagliare i rami secchi », sia pure, ma solo quelli chiaramente accertati e soltanto in vista di un disegno socio-politico determinato e prudente.

Per questa stessa esigenza di chiarezza, l'altro importante tema gentiliano-volpicelliano — il corporativismo come celebrazione dell'unità dialettica fra Stato e individuo — viene riportato a dimensioni molto più determinate attraverso un abile gioco di distinzioni fra le zone del sapere e le loro diverse logiche conoscitive. Per la filosofia, ammette Cesarini Sforza, è vero che « individuo e Stato sono momenti di un infinito processo di reciproca conversione » ⁽¹⁵⁴⁾, ma la scienza « non può seguire la filosofia nel suo terreno » ⁽¹⁵⁵⁾. Il terreno della filosofia, lo sappiamo, è la dialettica del Soggetto. Essa non ha una dimensione immediatamente giuridica (e funziona, aggiungo, come schema di legittimazione) ⁽¹⁵⁶⁾, ma solo mediatamente conduce al momento giuridico-positivo, alla pratica di governo. E da questo punto di vista, l'enfasi sulla soluzione dialettica dell'aporia individualistica deve cedere il posto, per Cesarini Sforza, alla più modesta, ma più 'scientifica' constatazione del progressivo restringersi della zona del 'privato': un processo che « una volta si chiamava, vagamente, socializzazione del diritto e che oggi — divenuta più intensa e metodica — rientra nella trasformazione corporativa della vita economica » ⁽¹⁵⁷⁾. Insomma, per rivisitare il solito luogo cesariniano, dalla 'proprietà' all' 'impresa', sullo sfondo della trasformazione corporativistica dello Stato.

Più difficili e sfuggenti sono i conti che Cesarini deve pur fare con un altro 'estremista' del corporativismo, con Ugo Spirito. Non è possibile in questa sede, soffermarsi sulle proposte del filosofo gentiliano ⁽¹⁵⁸⁾, ma il senso generale del suo corporativismo mi sembra essere sostanzialmente, salvo rettifiche particolari, quello individuato da Lanaro: la centralità della grande società per azioni, l'assunzione di questa a centro di tutto il progetto politico, l'apparente sinistrismo della 'parte-

⁽¹⁵⁴⁾ *Ibidem*, p. 159.

⁽¹⁵⁵⁾ *Ibidem*, p. 160.

⁽¹⁵⁶⁾ *Supra*, par. 4.

⁽¹⁵⁷⁾ *Ibidem*, p. 160.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. S. LANARO, *Appunti sul fascismo 'di sinistra'*. *La dottrina corporativa di Ugo Spirito*, in *Belfagor*, 1971, pp. 577 ss.; P. SANTOMASSIMO, *Ugo Spirito e il corporativismo*, in *Studi storici*, 1973, pp. 61 ss.

cipazione ' operaia, smentito dalla soppressione in radice di ogni residua organizzazione di classe.

Ora, se questo schema di lettura è, come penso, attendibile, i punti di consenso e di dissenso con la proposta cesariniana sono facilmente individuabili. Sostanzialmente convergente è l'opzione grande-industriale, che a sua volta implica: la constatazione di uno sviluppo economico-sociale a tendenza capitalistico-monopolistica; la convinzione delle potenzialità 'positive', razionalizzatrici di un siffatto sviluppo; l'incubo delle crisi capitalistiche, lo spettro del '29 e l'esigenza di lasciarlo alle spalle, retaggio di un'economia non ancora razionalizzata. Naturalmente se convergente è quest'insieme di atteggiamenti mentali, diverso è l'impegno nello svolgimento di ciascuno di essi: più continuo e quantitativamente più rilevante in Spirito, più periferico e sfumato in Cesarini Sforza.

A parte comunque le divergenze di tono e di oggetti del discorso, il dissenso verte su un aspetto non certo periferico del corporativismo: addirittura sul ruolo dello Stato. L'obiezione di Cesarini Sforza (la proposta di Spirito «è democrazia economica, non corporativismo»⁽¹⁵⁹⁾) è una variazione dell'obiezione di fondo che il nostro autore rivolge a Volpicelli: la indistinzione fra Stato e società, insomma la elisione del momento politico, la sua dissoluzione nella pratica economico-sociale; ovvero, per Spirito, la pretesa autosufficienza del capitalismo monopolistico al di fuori di ogni sua proiezione giuridico-istituzionale. Tutto al contrario, per Cesarini Sforza è proprio la creazione di un'adeguata formalizzazione giuridica della dinamica economica la scommessa su cui si deve impegnare la riflessione corporativistica.

E poi un'altra differenza: la posizione di Spirito non conduceva certo, come si temeva, dal corporativismo al comunismo, se è vero che la sua era una scelta di campo sostanzialmente grande-industriale, ma era pur sempre una versione estremistica di una siffatta opzione politica. Proprio per questo, il corporativismo compromissorio di Cesarini Sforza non poteva collimare in tutto con l'utopia intransigentemente grande-industriale di Spirito: ne sarebbe rimasta fuori la 'tradizione' giuridica, la 'proprietà' lockiana, insomma una politica delle alleanze fra classi dominanti nel *medium* ideologico-giuridico della proprietà; e poi sarebbe saltata una praticabile politica d'intervento dello Stato, così come la possibilità di generalizzare, rendere sistematica la razionalità parzialmente introdotta dai raggruppamenti cartellistici: insomma sarebbe saltato il corporativismo *tout court* (160).

(159) *Individuo e Stato nella corporazione* (1933), ora in *CE*, p. 182.

(160) Se si fa proprio il giudizio gramsciano espresso nel *Quaderno 15 (II)*, *Quaderni del carcere*, (ed. V. Gerratana, Torino, 1975, III, p. 1796) sull'«intellettualismo» dell'«utopia libresca» di Spirito, la 'oggettiva' vicinanza del compromesso cesariniano alla arretratezza dello sviluppo capitalistico italiano rende le proposte del nostro autore più 'realistiche', ma anche teoricamente più deboli.

Da tutto ciò la caratteristica mezza misura del corporativismo cesariniano, in polemica, da un lato, con l'approccio 'estremistico' al corporativismo, da un altro lato, con la 'prudenza' liberistica: se del primo il nostro autore teme l'unilateralità grande-industriale, alla seconda egli contesta la pretesa di confinare lo Stato sullo sfondo del processo economico, « *al limite esterno* delle equazioni dell'equilibrio economiche » anziché « *nelle equazioni stesse* » ⁽¹⁶¹⁾. L'elemento che a Cesarini Sforza sembrava irresponsabilmente trascurato, dai liberisti come dai corporativisti 'estremisti', sia pure per motivi esattamente contrari, era, di nuovo, il referente giuridico dell'economia, era lo Stato.

18. *Irrazionalità dell'obbedienza e razionalizzazione dell'economia.*

Lo Stato corporativo costituisce un problema almeno in due direzioni: quale fosse la forma di stato più idonea a servire come quadro di riferimento della dinamica sociale; quale fosse il termine medio fra gli interessi 'particolari' dei soggetti della produzione e le scelte economiche complessive di cui lo stato doveva farsi portatore.

I due problemi, come si vede, sono connessi e tutt'altro che speculativi. Stabilire il rapporto fra interessi particolari e interesse generale è, per Cesarini Sforza, semplicemente fondare la condizione di possibilità del corporativismo: questo sta e cade con la domanda « in che cosa la scelta economica per la soddisfazione dell'interesse generale differisce dalla scelta per la soddisfazione d'interessi particolari » ⁽¹⁶²⁾. Questi sono, per Cesarini Sforza, il dato imprescindibile: il corporativismo suppone il mantenimento di una dinamica economica fondata sull'iniziativa privata e però anche l'inserimento dello Stato come elemento aggiuntivo e strumentale al processo dell'accumulazione capitalistica.

Questa oggettiva difficoltà si traduce per Cesarini nei termini di un raffronto fra il 'tutto' e le 'parti' che, se apparentemente scolastico, conduce in realtà a conclusioni illuminanti sia sul procedimento che

⁽¹⁶¹⁾ *Intorno ai principi economico-giuridici del corporativismo*, in *Archivio di studi corporativi*, 1938, p. 355: si tratta di una risposta a un duro attacco rivolto a Carli e a Cesarini Sforza da N. M. FOWEL, *Intorno a un 'proclama' corporativo di Filippo Carli e W. Cesarini Sforza*, in *Nuovi problemi di politica, storia ed economia*, 1937, pp. 335 ss.; Fowel sostanzialmente insiste sull'inconcludenza dimostrativa degli argomenti usati da Carli e da Cesarini Sforza a favore della possibilità di una scienza economica rinnovata per il semplice fatto di prendere in considerazione lo Stato; Cesarini Sforza e Carli (così argomenta l'autore) avrebbero dovuto dimostrare che le equazioni fondate sull'ipotesi del mercato in libera concorrenza sono « logicamente sbagliate » e, conseguentemente, dar prova che è lo Stato l'elemento in grado di colmare quella deficienza logica. Se invece, come è il caso, il ricorso al concetto di Stato « non realizza un nuovo sistema equazionale », il semplice prendere atto dell'importanza pratica delle istituzioni statuali non colma la lacuna teorica.

⁽¹⁶²⁾ *Studi sul concetto d'interesse generale* (1935), ora in *CE*, p. 126.

sull'esito del discorso cesariniano. « Concepire gli individui come parte di un tutto equivale a concepirli nella loro unificazione entro il tutto. Ma se, invece, dal tutto si staccano le parti, cioè gli individui, e ciascuno di essi viene considerato fuori dal tutto, quest'ultimo scompare »⁽¹⁶³⁾. La considerazione dell'interesse particolare impedisce la contemporanea percezione dell'interesse generale. « Ciò significa che non possiamo pensare contemporaneamente l'individuo nella sua singolarità e come parte di un tutto »⁽¹⁶⁴⁾.

La tesi centrale di buona parte del saggio è la negazione di un ponte che colleghi i due versanti opposti della 'parte' e del 'tutto'. Il filo argomentativo che conduce a confermare l'assunto volta a volta per sfere di interessi di raggio maggiore (dalla categoria alla nazione), analiticamente brillante, mira a demolire le incaute entificazioni di nomi collettivi ciascuno dei quali risulta riducibile agli individui empirici, solo per comodità o per abuso di linguaggio raggruppati in unità meta-individuali.

Questa lunga *pars destruens* del saggio cesariniano è, a prima vista, sorprendente: una sorta di paradosso del corporativismo impossibile per chi si proponeva di dimostrare il contrario. E il contrario è in effetti dimostrato, o almeno postulato: la totalità non è la collettività, il tutto è più della somma delle parti⁽¹⁶⁵⁾. È un *escamotage*, di per sé, piuttosto scontato. Ma è significativa l'utilizzazione argomentativa che ne fa Cesarini Sforza. Se il tutto è più delle parti, se esso è attingibile non per una sommatoria delle empiriche volontà, dei pareri, degli individui, ma per un salto qualitativo, oltre l'empiria, due sono le possibili soluzioni: la prima è che tutti gli individui si abbandonino spontaneamente e armonicamente al senso del tutto. Ma — si affretta a precisare il nostro autore — una siffatta ipotesi è improbabile, non è una praticabile ipotesi di governo. Come per le esazioni delle imposte lo Stato non può affidarsi alle scelte individuali, ma impone un proprio criterio di valutazione, così esso « si assume di definire l'interesse generale in luogo dei singoli, lo vogliono essi o non lo vogliono »⁽¹⁶⁶⁾. « Inutile attendere che dalle valutazioni soggettive, sia pure ripetute, scaturisca una definizione oggettiva »⁽¹⁶⁷⁾: la « determinazione dell'interesse generale » non può che essere « fatta dal di fuori », attraverso l'uso « di un criterio esteriore »⁽¹⁶⁸⁾.

In altri termini, la mancanza di un ponte fra quelli che nello schema filosofico-giuridico cesariniano sono da una parte gli 'interessi particolari' e, dall'altra parte, l' 'interesse generale' rende impossibile

⁽¹⁶³⁾ *Ibidem*, p. 129.

⁽¹⁶⁴⁾ *Ibidem*, loc. cit.

⁽¹⁶⁵⁾ *Ibidem*, p. 142.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibidem*, p. 145.

⁽¹⁶⁷⁾ *Ibidem*, p. 146.

⁽¹⁶⁸⁾ *Ibidem*, loc. cit.

solo una continuità di passaggio fra di essi, e non una qualche definizione di quest'ultimo. Per meglio dire: rende impossibile una definizione di questo ultimo *attraverso* una semplice aggregazione dei primi e impone perciò la definizione dell'interesse generale al di fuori di quelli.

Traducendo ulteriormente: la *pars destruens* del saggio del '35 non distrugge il corporativismo come tale, ma *un* corporativismo, quello che Cesarini Sforza chiamava la democrazia economica di Ugo Spirito. E al di là della polemica con Spirito: ciò che viene rifiutato è un possibile approccio — diciamo genericamente un approccio non autoritario — al problema del rapporto fra stato e sviluppo economico-sociale. Non a caso il saggio si conclude con una critica alla dialettica 'irrazionale' della democrazia e alle aporie del pensiero rousseauviano. Con la tesi del *no bridge* fra le 'parti' e il 'tutto', Cesarini Sforza aveva implicitamente indicato un nesso, a suo parere, cogente: la razionalizzazione dell'economia imponeva (anche) una qualche autonomia del politico, e soprattutto una forma di stato non disponibile ad iniziative 'dal basso', insomma uno stato autoritario. Se è vero che c'è una domanda europea di razionalizzazione della vita economica, è anche vero che solo uno 'stato forte' può offrire le condizioni politiche di realizzabilità ⁽¹⁶⁹⁾: la forma dello stato autoritario e la nuova razionalità del capitale monopolistico sembrano saldarsi strettamente.

Non era certo, questa, una solitaria escogitazione di Cesarini Sforza: il dibattito sullo sviluppo in senso monopolistico del capitalismo e sulle relative forme di dominio era stato ed era assai nutrito sia in Italia che in Germania ⁽¹⁷⁰⁾. In questo dibattito, però, l'intervento di Cesarini non era né banale né evasivo. Consapevole, come Spirito, del ruolo giocato dai grandi monopoli e favorevole a puntare sulle capacità razionalizzatrici delle grandi concentrazioni industriali, è tuttavia, a differenza di Spirito, molto più cauto nell'immaginare una società tutta, senza residui, egemonizzata dal grande capitale. Su questa prudenza progettuale cesariniana influiscono sia la fedeltà ideologica del nostro giurista ai valori della tradizione liberale sia la sua posizione mediatrice fra le esigenze della 'proprietà' e quelle dell' 'impresa': l'esito, comunque, è quello di un progetto che, puntando su un' alleanza composita di classi 'proprietarie', finisce per tener conto, oggettivamente anche se indirettamente, della arretratezza e della peculiare composizione di classe della società italiana. Proprio per questo, il ruolo dello Stato non poteva essere sostituito. Lo Stato, concepito fuori dalla

⁽¹⁶⁹⁾ *Corso di diritto corporativo*, cit., pp. 24-25.

⁽¹⁷⁰⁾ Le proposte di un Rathenau, ad esempio, così come vengono presentate dalla intelligente lettura che ne offre ora Massimo Cacciari (*La nuova economia di Walter Rathenau*, in *Democrazia e diritto*, 1977, pp. 347 ss.) si inseriscono, mi sembra, in un orizzonte problematico per molti versi continuo con quello del nostro autore: con il che, ovviamente, non si vuole alludere ad una comparabilità della importanza storica dei due personaggi o ad una sovrapposibilità delle soluzioni da essi prospettate, ma solo ad una relativa convergenza di atteggiamenti.

‘democrazia economica’ rimproverata a Spirito, era ancora tradizionalmente pensato *super partes* (cioè con un suo preciso ambito di autonomia e la conseguente possibilità di equilibrare i conflitti fra ‘proprietari’) e insieme però ‘modernizzato’ ai fini di ‘valorizzare le categorie economiche’, di offrire ad esse il quadro di riferimento istituzionale più adeguato al compito (inevitabile, dopo il '29) della introduzione di una nuova razionalità.

Perché questa ‘razionalità’ portasse fuori dalle crisi capitalistiche occorre che lo Stato non fosse disponibile ai giochi incerti delle maggioranze e delle minoranze, ma si imponesse ai singoli come l'unica, indiscutibile espressione della volontà generale, cosicché il singolo potesse abbandonarsi «spontaneamente e quasi istintivamente... al senso di un tutto che lo trascende pur essendo immanente in lui» (171). Il salto oltre il razionalismo ‘empirico’ della democrazia assume così la forma di un salto nell'irrazionale dedizione allo stato autoritario. Questo, concepito come risposta oggettiva alle domande dell'economia razionalizzata, ha, della ‘razionalità’, soltanto una faccia: quella relativa al dominio. Proprio per questo, alle scelte ‘razionali’ delle élites del potere non possono corrispondere che le mistiche identificazioni della massa con il ‘tutto’ dello Stato. La nuova ‘razionalità’ del capitale monopolistico e della sua forma politica postulavano, insieme, la irreversibilità del dominio e l'irrazionalità dell'obbedienza.

19. *Epicedio per il corporativismo e nuove (o vecchie) proposte.*

Se le aspettative contenute negli scritti cesariniani degli anni trenta puntavano su una ristrutturazione dello stato che privilegiasse le (presunte o reali) spinte razionalizzatrici del grande capitale e insieme mantenesse una sua autonoma capacità di generalizzazione di quelle istanze e di mediazione all'interno delle classi dominanti; se insomma il corporativismo doveva essere il veicolo di una ‘modernizzazione nella continuità’ dello Stato e della società italiana, il fallimento pratico del progetto doveva, agli inizi degli anni quaranta, risultare ormai chiaro al nostro giurista.

Il bilancio che, nel '42, Cesarini Sforza delinea, pur con qualche reticenza e qualche insolita tortuosità, è il riconoscimento di un *impasse* difficilmente superabile all'interno del quadro politico esistente. Ciò che è fallito, per il nostro autore, è sostanzialmente quell'opera di mediazione e generalizzazione delle pratiche settoriali dei ‘produttori’ per la quale lo Stato corporativo era stato pensato: il corporativismo, degenerato a mero espediente burocratico, si è dimostrato incapace di essere la forma giuridica di una ‘economia nuova’ (172).

(171) *Studi sul concetto di interesse generale*, cit., p. 144.

(172) *Diritto corporativo vecchio e nuovo*, 1942, in *CE*, pp. 281 ss.

Ora, un siffatto giudizio, che poteva suonare come un inequivocabile rito di seppellimento del corporativismo, non si limitava a liquidare onorevolmente il poco che sotto quell'etichetta si era realizzato, ma procurava di aprirsi delle possibilità che andassero oltre l'esperienza passata, senza però rifiutarne alcuni possibili suggerimenti.

Che cosa era fallito, si chiede Cesarini Sforza, dell'esperimento corporativo? Il corporativismo come « fenomeno di produzione di norme », come organizzazione giuridica dei produttori. Traducendo: era fallito il progetto di demandare allo Stato il compito di dare una definizione attendibile e praticabile dell' 'interesse generale'. Nonostante ciò, restava, per il nostro giurista, una parte non secondaria dell'originario progetto corporativistico: l'interesse generale come interesse della produzione nel suo complesso. Fallita l'ipotesi dell'intervento equilibratore e razionalizzatore dello Stato « ... non si pongono da una parte gli interessi particolari e dall'altro quello generale nella speranza di trovare poi tra essi, mediante un certo dispositivo giuridico, un punto di contatto, ma si concepiscono addirittura gli interessi particolari, in quanto interessi di categorie produttive, come interessi della produzione... » (173).

No bridge, aveva già dimostrato Cesarini Sforza, fra interessi particolari e interessi generali: il superamento della irrazionalità del capitalismo concorrenziale era possibile solo attraverso un intervento potestativo e insindacabile dello Stato autoritario. Di nuovo, *no bridge*, nessun superamento diretto della aporia è possibile, anche dopo che lo Stato come quadro di riferimento istituzionale dei produttori è fallito, ma è possibile un suo aggiramento: gli interessi particolari dei 'produttori' sono *immediatamente*, come tali, interesse della produzione.

Una siffatta soluzione era, per un verso, un *escamotage*: il corporativismo di altri scritti cesariniani voleva essere anche quell'organizzazione dei produttori di cui ora si constatava il fallimento. Per un altro verso, però, questa sorta di corporativismo senza od oltre l'organizzazione corporativa, aveva un valore politico assai pregnante; come se volesse dire: dimostrata l'impossibilità di servirsi direttamente dello Stato, saranno i 'produttori' a fare da sé. Non so se questo è, come vuole Cesarini Sforza, « il corporativismo ricondotto al suo senso primitivo » (174), ma è certo un corporativismo *après lui*. Questo corporativismo postumo ha (e avrà) una continuità con l'ideologia corporativistica degli anni trenta almeno su tre punti fondamentali: l'impresa come categoria centrale; momento di coincidenza fra l'interesse particolare e l'interesse della produzione; il superamento dell'antitesi fra capitale e lavoro nell'impresa; l'ideologia del lavoro come dovere verso la produzione nel suo complesso (175).

(173) *Ibidem*, p. 288.

(174) *Ibidem*, *loc. cit.*

(175) *Ibidem*, pp. 289-290.

Non sono, come ognuno vede, assunti marginali ed ideologicamente neutri. Se è vero che essi, in termini puramente storico-ideali, 'segnano un passo *prima*' del corporativismo, piuttosto che un progresso al suo interno, è anche vero che, situati come sono nella specifica contestualità storica loro propria, rappresentano piuttosto 'un passo *oltre*' il corporativismo: anticipazioni di atteggiamenti e valori che troveranno di lì a poco un favorevole terreno di sviluppo.

20. *Oltre le 'illusioni' corporativistiche: le 'certezze' della giurisprudenza e le minacce dello Stato.*

Sostenere che nello schema di successione al corporativismo delineato nel saggio del '42 è già implicito il discorso politico-giuridico del Cesarini Sforza degli anni cinquanta, sarebbe ovviamente semplicistico, ma, a mio avviso, plausibile. Il corporativismo senza organizzazione corporativa era, sì, la caduta delle illusioni circa la disponibilità dello Stato autoritario per una razionalizzazione della vita economica nazionale, ma anche, in positivo, la riconferma di valori e di scelte di fondo (per intenderci, pre-corporativi) nei riguardi dei quali la forma autoritaria dello Stato era stata concepita in termini strumentali. Resosi inservibile quello strumento, restavano riconfermati i valori finali: la 'proprietà' e l' 'impresa', innanzitutto.

Occorre, però, subito un avvertimento preliminare (di cui dare verifiche ulteriori nel prosieguo della lettura dei testi cesariniani): quei temi ed altri consimili, se, per un verso, sono i medesimi temi, per un altro verso non lo sono più. E ciò non soltanto perché Cesarini Sforza li usa, li ripresenta in un discorso organizzato, in punti determinanti, secondo orientamenti nettamente diversi; ma anche perché la contestualità storica di cui il discorso cesariniano è parte dà a quegli stessi temi un senso specifico e diverso.

Fra i temi cesariniani che reggono al crollo del regime corporativistico la proprietà è probabilmente il più illustre e il più visibile. Il rapporto fra appropriazione e proprietà, il carattere necessariamente individuale, 'originario', dell'appropriazione, l'impossibilità 'logica' della proprietà collettiva: sono affermazioni che possiamo trovare, variamente sviluppate, ma proposte in termini simili, tanto in alcuni saggi degli anni trenta ⁽¹⁷⁶⁾ quanto in scritti degli anni cinquanta ⁽¹⁷⁷⁾. Pur senza voler ritornare sul già detto, conviene sottolineare almeno una catena di enunciati: la scienza economica è scienza della proprietà; la proprietà è « il concetto economico primordiale » ⁽¹⁷⁸⁾. Quindi, l'unica

⁽¹⁷⁶⁾ *Supra*, par. 12.

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. *Economia e diritto*, cit., pp. 299 ss.

⁽¹⁷⁸⁾ *Ibidem*, p. 308.

economia pensabile è l'economia 'individualistica': « come si può affermare che la proprietà o è privata o non è, così si può affermare che l'economia o è individualistica o non è »⁽¹⁷⁹⁾. Gli sforzi di andare oltre il quadro dell'economia 'privatistica' o sono un abuso di linguaggio o sono l'intrusione della politica sull'economia: un'economia dell'interesse generale, delle finalità trascendenti le finalità particolari è impossibile. « In una società comunista nella quale, con l'abolizione totale della proprietà questo completo trascendimento si dice che sarebbe possibile, l'economia morirebbe definitivamente »⁽¹⁸⁰⁾.

Ora, la tesi dell'impensabilità di un'economia *altra* rispetto a quella capitalistica (e — direi — capitalistico-manchesteriana) ha, sì, un elemento di continuità con le tesi cesariniane degli anni trenta (la versione lockiana della proprietà, la insostituibilità degli 'interessi particolari' il carattere privatistico dell'economia), ma rappresenta anche un'esaasperazione o irrigidimento di quelle teorie. L'estromissione dello Stato dal campo di osservazione, la fine delle speranze corporativistiche, lasciano libero il campo al nucleo liberale-tradizionale, che diventa il punto di Archimede degli scritti post-corporativistici del Cesarini Sforza.

L'opzione 'tradizionalista' è, così, intransigente, ma non è un semplice ritorno al passato remoto. Non lo è per vari motivi: innanzitutto perché gli anni della ricostruzione capitalistica nell'Italia del dopoguerra sono un contesto nel quale la semplice dichiarazione della necessità e insostituibilità del meccanismo dell'accumulazione privata finiva per coincidere nuovamente con la politica ideologica del grande capitale⁽¹⁸¹⁾. In secondo luogo, perché la posizione di Cesarini Sforza non si limitava ad una rozza apologia del presente capitalistico, ma sfumava e articolava una siffatta scelta di campo in direzioni varie e complesse.

La fine della razionalizzazione corporativistica si accompagnava al crollo di un certo Stato, ma imponeva anche una qualche strategia teorica, in positivo, verso il nuovo stato, sia nella sua configurazione costituzionale, sia nel suo rapporto con la 'immodificabile' economia privatistica. Questa, osserva Cesarini, pur rimanendo ancora integra nel suo nucleo fondamentale, è tuttavia sottoposta ad una continua erosione, ad una 'statizzazione' « invano mascherata... dalla artificiosa teoria e contraddittoria pratica della 'economia mista' »⁽¹⁸²⁾. La constatazione del contrarsi dello spazio privato-proprietario era un altro dei risalenti rilievi del nostro giurista: ma, negli anni corpora-

⁽¹⁷⁹⁾ *Ibidem*, p. 309.

⁽¹⁸⁰⁾ *Ibidem*, p. 310.

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. le osservazioni di V. CASTRONOVO, in *Storia d'Italia*, IV, Torino, 1975, pp. 355 ss.

⁽¹⁸²⁾ *Economia di stato e libertà sindacale* (1958), ora in *VN*, II, p. 380.

tivistici, un siffatto rilievo cercava, per così dire, una compensazione in un progetto generale di società che pur badando di mantenere uno spazio per la 'proprietà' lockiana, tuttavia tentasse di aggregarla ad iniziative di 'razionalizzazione', se non gestite, almeno assistite dallo Stato; negli anni cinquanta, invece, salta ogni possibile complementarietà fra 'statizzazione' e 'razionalizzazione'. Il corporativismo senza corporazioni prefigurato nel saggio del '42 aveva l'interventismo dello Stato assai più come nemico che come alleato.

Eppure, non è vero che per Cesarini Sforza la forma democratica dello Stato significhi, immediatamente, carattere non autoritario dei contenuti dell'esperienza politica. Non è mutata, per il nostro autore, l'antica inconciliabilità fra interessi particolari e interesse generale. La definizione di quest'ultimo è pur sempre autoritaria e la dialettica democratica fra maggioranza e minoranze non può nascondere la reale dinamica del potere: l'imporsi del parere della maggioranza nonostante il parere contrario della minoranza, mostra che « il metodo democratico si converte nel metodo autoritario, e che appunto per questo l'interesse generale, anche nella democrazia, viene definito con scelta dall'alto, di guisa che anche se 'il ponte' di cui si è parlato (col quale si dovrebbe raggiungere l'interesse generale partendo dalla scelta individuale) sembra esistere, in realtà si tratta solo di una finzione comoda » (183).

Se però è, nella sostanza, autoritario anche lo Stato democratico, le conseguenze che il nostro giurista ne trae in tema di politica economica sono del tutto opposte a quelle che lo Stato autoritario-corporativo gli suggeriva: l'intervento dello Stato non è più un veicolo di razionalizzazione, ma, semmai, un male necessario, conseguente al restringersi dell'area della proprietà e alle tendenze alla 'statizzazione' prevalenti in alcuni settori politici. Così Cesarini Sforza può, a proposito della 'funzione sociale' della proprietà prescritta dell'art. 42 della Costituzione repubblicana, riaffermare la sua definizione lockiana, intransigentemente privatistica, di proprietà e spostare, secondo il solito schema, ormai variamente collaudato, la funzione sociale all'impresa, al proprietario-produttore (184). Ma, di nuovo, non si tratta di una semplice ripetizione: 'proprietà' e 'impresa' sono uno schema ancora operante, ma il loro gioco combinato non serve tanto a descrivere un movimento sociale complessivo, selezionandovi all'interno tendenze vincenti e alleanze possibili, ma semplicemente a enfatizzare il momento privatistico, la 'particolarità' non trascendibile degli 'interessi' di fronte alle 'minacce' interventistiche dello Stato democratico.

(183) *Evasione fiscale e psicologia economica*, in *Rivista tecnico-professionale e di cultura del Corpo della Guardia di Finanza*, 1955, p. 11.

(184) *Interesse pubblico e iniziativa privata*, cit., pp. 703-705.

21. *Collaborare alla produzione nella libertà.*

Come la proprietà, così l'impresa resta definita nei termini familiari ai lettori degli scritti cesariniani degli anni trenta: un ente dotato di una precisa autonomia politica e giuridica, un vero e proprio microcosmo sociale. Ciò che muta radicalmente è, di nuovo, il rapporto con lo Stato. Saltato il quadro di riferimento corporativistico, lo Stato non è (non deve essere) il centro di una qualche politica economica di largo respiro, ma rappresenta, nella peggiore delle ipotesi, un pericolo di ingerenza indebita nella sfera del 'privato', nella migliore delle ipotesi, un punto di riferimento garantistico per la tutela del diritto di libertà.

È appunto in quest'ultima prospettiva che Cesarini torna a considerare l'ordinamento giuridico 'impresa'. La violazione dei diritti di libertà del lavoratore nell'ambito dell'impresa viene considerato dal nostro autore in due prospettive: da un lato, egli afferma che il sistema delle garanzie costituzionali di libertà non deve fermarsi sulla soglia della fabbrica, ma tutelare il cittadino-lavoratore anche nell'ambito dell'organizzazione del lavoro ⁽¹⁸⁵⁾. Dall'altro lato, egli, movendo da una concezione istituzionalistica dell'impresa, sviluppa il tema dell'impresa-microcosmo sociale e imposta il problema dei rapporti fra operai e imprenditore in termini direttamente politici: la tutela costituzionale dei diritti di libertà dell'operaio in fabbrica impone una considerazione dell'impresa non più in termini 'assolutistico-feudali', ma 'democratici' ⁽¹⁸⁶⁾.

La 'impresa' non è la 'proprietà': ritorna, se si vuole, il vecchio schema cesariniano, ma il *quid demonstrandum*, il referente a cui piegare interpretativamente lo schema giuridico è nuovo ed interessante. Il mutamento del quadro politico-istituzionale è qui assunto come modello macro-politico di uno schema di rapporto fra detentori del potere

⁽¹⁸⁵⁾ *Tutela costituzionale dei diritti di libertà e ordinamento del lavoro nell'azienda*, in *Atti del Convegno su 'La tutela della libertà nei rapporti di lavoro'* (Torino, 1955), Milano, 1955, p. 37.

⁽¹⁸⁶⁾ *Ibidem*, p. 40. Assai più restrittivo, nella sostanza, il parere espresso da Cesarini Sforza nel rispondere ad un'inchiesta promossa dalla rivista « Società » a proposito del 'caso' Santhià (un operaio della Fiat, licenziato con una motivazione apertamente politica) (*Società*, 1952, pp. 299 ss.). La tesi di Cesarini Sforza è: negare la legittimità del licenziamento, per motivi politici, senza preavviso; ma ammetterla nel caso di licenziamento con preavviso ed indennità; in questo caso, sostiene il nostro autore, la risoluzione del contratto è sempre lecita e il motivo (dichiarato o non) irrilevante (*Ibidem*, pp. 302-304). Osserva giustamente Crisafulli nella nota redazionale che la risposta di Cesarini Sforza è fuori tema, perché in questione era per l'appunto non il licenziamento in tronco, ma il licenziamento *ex art. 2118 c.c.*, e che il Cesarini Sforza è il solo dei giuristi interrogati a sostenere esplicitamente che « un recesso così motivato sia giuridicamente ammissibile, insindacabile e valido » (*Ibidem*, p. 309). I giuristi richiesti del parere dalla redazione di « Società », oltre a Cesarini Sforza, erano R. Balzarini, M. S. Giannini, U. Natoli, S. Pugliatti, F. Santoro Passarelli.

e soggetti ad esso che si vuole ripetuto nel microcosmo dell'impresa. « Se il lavoratore si inserisce nell'azienda non come cosa ma come persona... egli diventa membro ed elemento integratore di una comunità di lavoro, ma bisogna che diventi tale anche l'imprenditore, se si vuole che questa comunità di lavoro si realizzi diventando sinonimo di comunità democratica... » (187). La tutela dei diritti di libertà del lavoratore non è dunque solo un intervento, di tipo garantistico, giuridicamente rigoroso, a tutela dei diritti di libertà dell'operaio (né, ovviamente, è un episodio di una non rimediabile spaccatura di classe), ma uno strumento per un fine più complesso: la 'comunità di lavoro', l'integrazione dell'imprenditore e del lavoratore in un'azienda i cui caratteri istituzionali si impongano in ugual modo ad ambo le parti. Democrazia in fabbrica non può significare che « coscienza comunitaria e perciò superamento di quella separazione, di quel contrasto tra governanti che deriva dalla diversa fonte dei poteri degli uni e dei diritti degli altri » (188).

Al corporativismo senza corporazioni del saggio del '42 erano attribuiti, come caratteri essenziali, al di là delle forme giuridiche, la centralità dell'impresa e la collaborazione ad un comune lavoro produttivo. La 'coscienza comunitaria' dell'impresa democraticamente retta negli anni cinquanta sembra porsi in opportuna continuità con il 'corporativismo postumo' degli anni quaranta. Si tratta solo di un accenno: ma non sembra del tutto improprio congetturare che gli 'schemi nuovi' che nel '42 Cesarini Sforza andava cercando *oltre il corporativismo*, finisce per trovarli, negli anni cinquanta, proprio col conservare e insieme col rinnovare, in un contesto diverso, gli stessi valori e strategie che, a suo dire, erano *dentro* il corporativismo — come parte essenziale e più duratura di questo — fin dalle origini.

22. *Le rimostranze dell' 'individuo': la critica della 'società di massa'.*

Il gioco delle 'continuità' e degli opportuni 'aggiornamenti' è, come si vede anche solo da questi fugaci accenni, sottile, ma, nella sua generalità, orchestrato secondo due linee complementari: nel momento in cui salta un'idea di stato interventista e razionalizzatore delle iniziative grande-industriali, tutto, per converso, viene giocato sulla zona, presa in blocco, del 'privato', degli 'interessi particolari', siano questi 'proprietari' o 'imprenditoriali' (tanto per usare di nuovo, per brevità, lo schema cesariniano).

Questo spostamento di strategia è piuttosto rilevante, ma non arbitrario o irrazionalmente contrapposto ad alcune direttive di fondo della posizione cesariniana precedente: se insomma, per il nostro autore,

(187) *Tutela costituzionale dei diritti di libertà*, cit., p. 40.

(188) *Ibidem*, p. 41.

è il grande capitale che gioca (e deve giocare) la partita politico-economica in Italia; se l'illusione degli intellettuali (l'espressione è di Cesarini Sforza) sul fascismo (sul fascismo come quadro di una 'alleanza nella distinzione' fra grande capitale e Stato interventista) è finita, non resta che riportare in piena ed esclusiva luce i temi 'classici' (ma sempre mantenuti, come *fons perennis*, anche dentro l'involucro corporativo: i temi dell'iniziativa economica, della centralità dell'individuo, della proprietà — e questi e simili temi, d'altronde, costituiscono il principale cemento dell'ideologia della ricostruzione nel dopoguerra).

D'altronde, la riproposizione pura e semplice delle vecchie canzoni era, per un intellettuale avvertito come Cesarini Sforza, culturalmente sconveniente: a meno di non scadere a semplice, acritico ripetitore della retorica di regime — una funzione da cui l'aristocratica intelligenza di Cesarini Sforza si era da sempre dispensata. L'opzione (per intenderci) 'individualistica' doveva essere messa di fronte ad almeno due circostanze rilevanti: da un lato l'introduzione delle norme costituzionali: un fatto che non poteva lasciare indifferente la sensibilità giuridica e politica del nostro autore (189); dall'altro, la novità di un regime di democrazia che, bene o male, poteva dirsi 'di massa'.

Su questo sfondo, gli interventi di Cesarini Sforza in tema di individualità e di libertà finiscono per essere una serie di (razionalmente molto controllate) *lamentationes* sul declino dell'individuo e sul sopravvento della 'massa' al posto di quello. Il regime di massa, per il nostro giurista, è il regime « della disindividualizzazione o spersonalizzazione degli uomini », del confondersi degli individui nel conformistico anonimato del numero: si ha 'massa' tutte le volte che un gruppo più o meno numeroso di uomini vive conformisticamente (190). La massa è quindi, per Cesarini Sforza innanzitutto una grandezza morale: la libertà è dell'individuo, mentre della massa è l'illibertà; del primo è l'attività, della seconda la passività; dell'individuo la creatività, della massa la gregarietà.

Questi *topoi*, caratteristici della critica conservatrice alla cosiddetta società di massa (191) conducono Cesarini Sforza a relativizzare la differenza fra regime fascista e regime democratico nel denominatore, che li accomuna, di 'società di massa': « le dittature passano, ma la crisi dei regimi liberali resta » (192). La 'crisi della libertà' è quindi una fenomenologia che 'genera' il fascismo, lo attraversa e raggiunge le moderne democrazie parlamentari.

(189) *Supra*, par. 21.

(190) *Crisi della libertà e crisi della legge* (1945), ora in *IP*, pp. 84-85.

(191) Cfr. le osservazioni di M. HORKHEIMER e Th. W. ADORNO, *Lezioni di sociologia*, Torino, 1966, pp. 87 ss.

(192) *Crisi della libertà*, cit., p. 184: « ... i veri e propri regimi dittatoriali sono l'espressione di una crisi della libertà che realmente comincia a manifestarsi già negli stessi regimi liberi in forme attenuate, le quali però contengono il germe delle

Crisi della libertà è, d'altronde, crisi della proprietà: dove 'proprietà' è, ancora, il luogo ideologico 'lockiano', espressione della personalità e libertà ⁽¹⁹³⁾ e il suo contrario è la richiesta, 'di massa' e quindi disindividualizzata, anonima, della 'sicurezza'.

L'esito finale di queste aporetiche opposizioni cesariniane è lo spettro dello Stato interventista e il regime di illibertà che ne consegue. « Il maggior pericolo: lo Stato ». Così si intitola un capitolo di un famosissimo libro (che Cesarini Sforza non omette di citare) ⁽¹⁹⁴⁾: *La ribellione delle masse*, di José Ortega y Gasset. In quel capitolo si compendiano i principali passaggi argomentativi condivisi anche dal nostro autore: la opposizione 'ontologica' fra la 'massa' e le 'minoranze eccellenti'; la necessaria gregarietà delle masse; lo Stato come macchina formidabile e terribile; e infine: « il maggior pericolo che minaccia la civiltà, ovvero la 'statificazione' della vita, l'interventismo dello Stato... » ⁽¹⁹⁵⁾. Se le « istanze sociali » vincessero totalmente sulle « istanze individuali », osserva Cesarini Sforza, i diritti verso lo Stato si trasformerebbero fatalmente in obblighi, da un regime di libertà finiremmo in un regime di totale illibertà ⁽¹⁹⁶⁾. Il totalitarismo non è tanto connesso all'una o all'altra forma di Stato, all'uno o all'altro schema di rapporto col potere, ma alla opposizione, meta-politica prima ancora che direttamente politica, fra autonomia dell'individuo e gregarietà della massa.

23. La 'grande illusione degli intellettuali': i conti col fascismo.

Nel sottile nesso di continuità che gli scritti post-corporativistici di Cesarini Sforza vengono a stabilire fra regime di massa a forma politica democratica e regime di massa a forma politica autoritaria c'è implicito, come si intende, un giudizio sul fascismo che, nella misura in cui diverge dall'immagine di fascismo racchiusa negli scritti cesariniani degli anni trenta, rappresenta una sorta di autocritica o revisione interna del proprio pensiero da parte del nostro giurista: in un impegnativo saggio uscito nel '64 ⁽¹⁹⁷⁾ (un anno prima della morte) Cesarini Sforza tenta un'analisi (tutt'altro che scontata o disimpegnata) del

forme estreme. E si potrebbe dire che al loro sviluppo corrisponde un processo sempre più vasto di 'ammassamento', cioè la soppressione di zone sempre più larghe nel singolo, e sempre più numerose nella collettività, di autonomia » (*Ibidem*, p. 185).

⁽¹⁹³⁾ *Dalla libertà alla sicurezza* (1955), ora in VN, II, pp. 345-347.

⁽¹⁹⁴⁾ *Tecniche del consenso nelle democrazie dittatoriali*, in *Storia e politica*, 1964, p. 326, nota 13.

⁽¹⁹⁵⁾ J. ORTEGA Y GASSET, *La ribellione delle masse* (tr. ital. a cura di S. Battaglia), Bologna, 1962, pp. 105-109.

⁽¹⁹⁶⁾ *Lo Stato di diritto e le istanze sociali* (1961), ora in VN, II, p. 371.

⁽¹⁹⁷⁾ *Tecniche del consenso nelle democrazie dittatoriali*, in *Storia e politica*, 1964, pp. 309 ss.

fascismo, che, senza parere, costituisce un importante ripensamento di temi non secondari della sua riflessione.

Il centro del discorso è il problema del consenso al potere: ma ciò che Cesarini Sforza, negli anni '60, chiama, politologicamente, consenso ⁽¹⁹⁸⁾ in scritti ben più risalenti denominava, più speculativamente, rapporto fra l'autonomia e l'eteronomia del soggetto di fronte alla norma ⁽¹⁹⁹⁾. Questa sorta di interpretazione autentica che il nostro autore offre della propria antica terminologia, questa traduzione dell'un termine nell'altro, non è un semplice fatto di 'aggiornamento' lessicale, ma l'autocomprensione e l'esplicitazione del senso politico che il problema della coppia autonomia-eteronomia ospitava già nella impostazione puramente speculativa degli scritti teoretici fino al '34.

Nel gioco fra autonomia ed eteronomia si nascondeva il tema del consenso al potere, e una certa impostazione di quel problema conteneva *in nuce* una politica conseguente. Il cattivo esito, un uso indebitamente apologetico, di quel rapporto spostava la sintesi fra autonomia ed eteronomia dall'«intimità delle coscienze» alla «realtà empirica di una relazione tra il dittatore e il popolo» ⁽²⁰⁰⁾. Fatta precipitare la sintesi speculativa sul piano immediato dell'empiria (della politica) era già fondato intellettualmente il consenso al regime: «una delle grandi illusioni degli intellettuali» ⁽²⁰¹⁾ passava attraverso un fraintendimento del meccanismo del consenso.

Ciò premesso, tutta la fenomenologia del regime fascista è descritta attraverso il gioco combinato, se così posso dire, del 'consenso manipolato' e della 'grande illusione': una rappresentazione teatrale dove il dittatore è il regista, gli intellettuali i critici gabbati e il pubblico la massa manipolata e plaudente.

La massa è l'altro polo della esplicazione storiografica del Cesarini Sforza: il fascismo è democrazia dittatoriale o dittatura democratica perché costruisce una forma di rapporto al potere, in cui la massa è protagonista in senso passivo, destinataria della manipolazione ⁽²⁰²⁾ propagandistica. Da ciò una serie di osservazioni piuttosto fini e anti-

⁽¹⁹⁸⁾ *Ibidem*, p. 312.

⁽¹⁹⁹⁾ *Supra*, par. 4.

⁽²⁰⁰⁾ *Tecniche del consenso*, cit., p. 318.

⁽²⁰¹⁾ *Ibidem*, p. 350. Un'altra 'grande illusione' — come, nella sostanza, si esprimeva, nel '62, il nostro autore a proposito del corporativismo (v. *Corporativismo*, in *Enciclopedia del Diritto*, X, Milano, 1962, p. 667) — era stato il ritenere che fra la «concezione burocratica» dello Stato fascista, gli interessi grande-industriali e le organizzazioni sindacali potesse esservi fattiva collaborazione.

⁽²⁰²⁾ L'espressione 'democrazia dittatoriale' richiama il concetto di 'democrazia totalitaria' di J. Talmon; ma il filo argomentativo dello scritto del nostro autore è più apparentato con la *Ribellione delle masse*, che non con *Le origini della democrazia totalitaria*: anche se la domanda che chiude questo libro — «si deve quindi concludere che l'accentramento economico che mira alla sicurezza sociale deve eliminare la libertà spirituale?» (trad. ital., Bologna, 1967, p. 349) — pone un'alternativa tipicamente 'cesariniana'.

cipatorie di temi storiografici solo di recente affrontati organicamente (203), ma dal nostro autore convogliate tutte a dare un'idea del fascismo come colossale spettacolo per la massa. Con una prima conseguenza: l'alternativa al regime autoritario fascista non è tanto la moderna democrazia di massa (dove il passaggio dalla volontà dei soggetti atomizzati e massificati alla rousseauviana volontà generale è di regola una *fictio* giuridica) quanto, per un verso, la tradizione liberale originaria, antiassolutistica (per intenderci, di nuovo, lockiana), per un altro verso le forme di democrazia diretta, dove l'esiguità numerica dei soggetti e la conseguente possibilità della comunicazione intersoggettiva rendono meno illusoria la coincidenza della volontà di tutti con la volontà generale.

Se però si pensa che, per Cesarini Sforza, la democrazia diretta è, per così dire, la forma impossibile della moderna organizzazione del potere, l'alternativa alla dittatura democratica è, di nuovo, l'autonomia, in senso liberale, dell'individuo. Finite 'le grandi illusioni degli intellettuali', la continuità con la tradizione liberale (complicata nel corso degli anni, ma non smentita da Cesarini Sforza) torna ad occupare il campo d'osservazione del nostro autore. Ritornato alle certezze del soggetto, Cesarini può ritrovare il fascismo nello schema del racconto manniano, pensarlo come una vicenda di affatturamenti ed illusioni, e condividere sostanzialmente il giudizio di chi vedeva nel fascismo un « incredibile accumularsi di errori e follie », un episodio di puro irrazionalismo, un tragico spettacolo. Nello stesso tempo, però, non poteva sfuggire a Cesarini Sforza che un giudizio siffatto (e sono le parole di un breve scritto postumo del nostro autore) « lascia nell'ombra alcuni aspetti importanti della vita politica italiana tra le due grandi guerre » (204): in questi aspetti tralasciati Cesarini Sforza non poteva non ricomprendere 'le grandi illusioni degli intellettuali', le proprie 'grandi illusioni'.

In realtà, dell'esperimento corporativistico del fascismo, Cesarini Sforza non era mai stato uno sprovveduto celebratore: ad esso si era interessato non con l'entusiasmo troppo facile del dottrinario, ma con la cauta lungimiranza dell'intellettuale che, saldamente legato ad una prospettiva, immediatamente grande-borghese, e, in senso generale, proprietaria, chiedeva allo Stato di fare la sua parte nell'invenzione di un capitalismo al di là delle crisi. Finita questa, davvero grande, illusione, tornavano, prendevano nuova vita, le antiche certezze e la 'parentesi' corporativistica diveniva, nella reticente espressione del nostro autore, quello che (per la realtà degli anni '60) effettivamente era: uno strumento di cui il capitale, al momento, poteva fare benissimo a meno.

(203) Cfr. ad esempio Ph. V. CANNISTRARO, *La fabbrica del consenso. Fascismo e massa media*, Bari, 1975.

(204) *Storia e politica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 495.

MAURIZIO FIORAVANTI

PER L'INTERPRETAZIONE
DELLA GIUSPUBBLICISTICA TEDESCA DELL'OTTOCENTO:
PROBLEMI E PROSPETTIVE

(A proposito di PETER von OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1974)

Questo volume di von Oertzen, che reca sul frontespizio la data del 1974, in verità non è altro che la riproduzione inalterata della *Dissertationsschrift* dell'autore, scritta nel 1953.

Non si può quindi affermare che questa opera abbia avuto particolare fortuna, dal momento che essa ha circolato per più di due decenni in un numero assai limitato di copie, con il risultato pratico di una sua scarsa utilizzazione nelle ricerche che sono state condotte in seguito sul tema. Questo particolare è in evidente contrasto con l'estremo rilievo del volume, che costituisce, a tutt'oggi, l'unico tentativo di ricostruzione complessiva dello sviluppo storico della scienza di diritto pubblico in Germania nel secolo scorso.

L'indubbio isolamento, al quale è stato sottoposto il risultato delle fatiche di von Oertzen ⁽¹⁾, si capisce già sfogliando la lunga introduzione al volume, dove l'autore precisa soprattutto i propri punti di vista metodologici, cercando di mettere in luce — con un acuto esame dei precedenti lavori di interpretazione della dottrina di diritto pubblico dell'Ottocento, generalmente intrapresi al tempo della Repubblica di Weimar — l'incapacità dei vari Smend ed Heller di procedere con lo sguardo attento « auf die Totalität der gesellschaftlich-geschichtlichen Wirklichkeit » (p. 18). La critica al formalismo giuridico si riduce, nel loro caso, « in der blossen Beschreibung und Negation » (p. 19). Lo stesso Schmitt, considerato in un certo senso il padre del ripensamento antiformalistico, viene presentato come soste-

⁽¹⁾ L'autore non ha continuato l'attività scientifica, e si è invece dedicato per intero all'impegno politico. Rimane, come unica eccezione, l'articolo *Die Bedeutung C. F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung - Festgabe für Rudolf Smend*, Tübingen, 1962, dove però von Oertzen non fa altro che sintetizzare le conclusioni già raggiunte nel lavoro principale.

nitore nei fatti di una *Geistesgeschichte*, costituita da « einem blossen Nacheinander der Begriffe » (p. 24).

Nella seconda parte dell'introduzione, von Oertzen si sposta sul terreno vero e proprio della scelta dei criteri metodologici. Qui troviamo il rifiuto delle indicazioni del Mannheim — il quale, secondo l'autore, ha ridotto lo storicismo a metafisica (p. 39) —, ma soprattutto scopriamo il tipo di rapporto di von Oertzen con il metodo marxista.

Autori collocabili in questa sfera, e che già prima del 1953 avevano fornito tentativi di interpretazione della dottrina tedesca di diritto pubblico dell'Ottocento ⁽²⁾, vengono valutati negativamente per aver interpretato il pensiero giuspubblicistico solo nel senso dell'espressione di determinati e contingenti interessi di classe (p. 45).

A von Oertzen appaiono assai più interessanti le posizioni di Lukács, il quale sottolinea la categoria della 'Totalität' come momento distintivo del metodo marxista: essere e pensare sono componenti di un unico processo storico. Il marxismo si differenzia dagli altri metodi di interpretazione storiografica non per l'assoluta prevalenza concessa al momento economico, ma per uno sforzo di comprensione complessiva della realtà (p. 46). Questo è appunto il tipo di marxismo al quale von Oertzen aderisce, sottolineandone continuamente gli aspetti dinamici: questa 'Totalität' non può essere data una volta per tutte, ma deve essere sottoposta ad un processo dialettico, che continuamente verifichi i nessi interni ed i gradi di interdipendenza tra le sue varie componenti (p. 57).

Il problema, dunque, non è quello di 'interpretare sociologicamente', ma di scrivere una nuova storia della dottrina tedesca di diritto pubblico del secolo scorso, in cui tale oggetto di ricerca sia concepito come elemento del flusso storico complessivo dell'Ottocento. La storia della giuspubblicistica non viene isolata dalla storia generale. L'obbiettivo polemico è la pura *Dogmengeschichte*; l'intento è quello di ricerca di nuove vie, che possano orientare in modo diverso la storia delle idee politiche, del pensiero giuridico, della stessa Costituzione.

Per questo, come all'inizio osservavamo, è importante la data del 1953, ed il fatto che il volume sia stato quasi del tutto dimenticato per più di venti anni. Le idee professate da von Oertzen nella sua lunga introduzione erano certamente eterodosse rispetto alla storiografia giuridica e politica dominante.

Eppure la voce di von Oertzen non è del tutto isolata all'inizio degli anni '50. Per vie del tutto diverse, uno storico come Otto Brun-

(²) Ricordiamo il contributo di HANS MAYER nel volume *Karl Marx und das Elend des Geistes*, Meisenheim am Glan, 1948, e quello di ECKART KEHR nel volume *Der Primat der Innenpolitik. Gesammelte Aufsätze zur preussisch-deutschen Sozialgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, hrsg. von H. U. Wehler, Berlin, 1970.

ner proponeva, in un suo articolo del 1954 ⁽³⁾, una *Sozialgeschichte* che si distinguesse sia dalla storia politica come da quella sociale, intese in senso stretto; il suo oggetto avrebbe dovuto essere la società in senso ampio, come complesso di fattori, fra cui ricomprendere anche quelli ideali e culturali. Ritorna qui esplicitamente il concetto di 'totalità', già scoperto nell'analisi di von Oertzen.

Werner Conze, d'altro canto, in un articolo quasi contemporaneo a quello del Brunner, proponeva l'inserimento della *Verfassungsgeschichte* in una *Sozialgeschichte* così concepita ⁽⁴⁾.

Quanto in tutti questi anni si sia proceduto in una simile direzione, è difficile a dirsi. Certo è che negli ultimi tempi si stanno raccogliendo risultati significativi, che però riguardano soltanto settori specifici, come l'analisi delle classi sociali ⁽⁵⁾, o del movimento operaio tedesco ⁽⁶⁾, o dell'imperialismo bismarckiano ⁽⁷⁾, o del ruolo dello Stato prussiano ⁽⁸⁾. Una cosa è indubbia: da queste proposte rinnovatrici è rimasta fuori quasi del tutto la storia delle idee, ed in particolare del pensiero giuridico. Si può quindi affermare che il volume di von Oertzen ancora oggi si presenta nella veste di un'opera che procede alla ricerca di nuove soluzioni.

Questo non significa che dal '53 ad oggi non si sia fatto alcun progresso sulla via dell'indagine della dottrina giuspubblicistica dell'Ottocento. Non vogliamo qui certo trascurare per lo meno altre due opere assai significative, come il lavoro di Ernst Wolfgang Böckenförde « Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus » (Berlino, 1958), e quello di Walter Wilhelm « Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft » (Frankfurt am Main, 1958), di recente tradotto in italiano ⁽⁹⁾. Riteniamo anzi opportuno esaminare brevemente anche queste due opere, di poco successive a quella di von Oertzen, e che in sostanza pongono la stessa domanda principale

⁽³⁾ *Das Problem einer europäischen Sozialgeschichte*, in *Historische Zeitschrift*, 177, 1954, p. 469-494.

⁽⁴⁾ *Die Stellung der Sozialgeschichte in Forschung und Unterricht*, in *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht*, 1952/3, p. 648-657.

⁽⁵⁾ Da segnalare la nuova rivista *Geschichte und Gesellschaft*, il cui primo numero è uscito nel 1975, a Göttingen.

⁽⁶⁾ Notevoli i lavori di due allievi di Conze: FLORINDE BASLER, *Sozialdemokratie 1848/49-1853. Die erste deutsche Arbeiterorganisation 'Allgemeine deutsche Arbeiterverbrüderung' nach der Revolution. Textband und Quellen*, Stuttgart, 1962, e WOLFGANG SCHIEDER, *Anfänge der deutschen Arbeiterbewegung. Die Auslandsvereine im Jahrzehnt nach der Julirevolution von 1830*, Stuttgart, 1963.

⁽⁷⁾ HANS ULRICH WEHLER, *Bismarck und der Imperialismus*, München, 1976.

⁽⁸⁾ REINHART KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, Stuttgart, 1972.

⁽⁹⁾ Noi citiamo dalla edizione italiana *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, traduzione di P. L. Lucchini, Milano, 1974.

circa l'origine storica del metodo 'giuridico' nella scienza del diritto pubblico. Non si tratta di allargare l'oggetto del nostro discorso, ma di fissare, tramite questi due volumi, degli elementi comparativi, che valgano a mettere in evidenza il rilievo culturale dell'opera di von Oertzen.

Diamo, innanzi tutto, uno sguardo al volume di Böckenförde. Il titolo, incentrato sopra un aspetto particolare — la concezione di legge e di potere legislativo — non deve trarre in inganno. L'autore dichiara subito di servirsi di questo elemento specifico per arrivare alla delineaazione di un processo storico, che coinvolge inevitabilmente anche i metodi e le concezioni generali degli autori esaminati (p. 15-19).

All'interno di questo processo storico vi sono due fasi distinte. L'affermarsi del metodo 'puro' di stampo gerberiano e labandiano è preceduto da tutta una fase della scienza di diritto pubblico orientata in modo opposto.

Certo, questa fase, precedente alla costituzione del Reich, contiene esperienze assai diverse: dall'impero morale e divinamente fondato di Stahl, all'organicismo di Bluntschli, al liberalismo di Mohl, alla monarchia sociale di Stein. Ma è proprio il metodo, inteso in senso assai generale, che tiene unite queste esperienze. Böckenförde parla « einer sach- und zweckbezogenen Methode » (p. 126 e ss.), cioè di un tipo di approccio al problema dello Stato legato ad orientamenti politici espliciti, ad una ragione 'pratica', aliena da ricerche di criteri scientifici 'astratti'. Il giurista di diritto pubblico ha il compito di studiare lo Stato come realtà storica, di fornire soluzioni per il concreto ordinamento esistente, e svolge tale funzione a partire dal suo quadro di riferimento sociale e politico, dentro il quale egli colloca lo Stato medesimo. Questo viene concepito ancora all'interno di un complesso di valori etici e razionali: non è stato ancora isolato il momento della *Staatsgewalt* come fonte di rapporti di volontà e di dominazione, i cui contenuti non sono vincolati a priori da alcun ordinamento obbiettivo.

Böckenförde tende a sottolineare gli aspetti positivi di questa fase storica della scienza di diritto pubblico, mettendo in rilievo personaggi come Hegel, Stein o Gneist (p. 130 e ss.), i quali seppero cogliere il problema centrale della dinamica di Stato e società, della liberazione della seconda dal primo, dei meccanismi di partecipazione delle componenti sociali allo Stato, della contemporanea necessità dello Stato di tenersi al di sopra delle lotte tra queste componenti per garantirsi quella neutralità necessaria al dominio dei movimenti sociali. In particolare, proprio nel periodo in cui il volume di Böckenförde è stato scritto, si dava inizio, dopo una lunga dimenticanza, ad una sorta di letteratura specialistica su Lorenz von Stein ⁽¹⁰⁾, con lo scopo

⁽¹⁰⁾ WERNER SCHMIDT, *Lorenz von Stein*, Eckernförde, 1956; più recentemente MANFRED HAHN, *Bürgerlicher Optimismus im Niedergang. Lorenz von Stein*, München, 1965; ultimamente, tra gli altri, *Lorenz von Stein. Gesellschaft-Staat-Recht*, hrsg. von E. Forsthoff, Frankfurt am Main, Berlin und Wien, 1972, e DIRK BLA-

— sia pure perseguito con sfumature interpretative diverse, ed anche con esplicite resistenze — di qualificare questo autore come 'padre spirituale' della moderna idea di Stato sociale (11). Non a caso Böckenförde, in sede di conclusione, critica il tardo formalismo per la sua incapacità di fornire soluzioni adatte per la concreta realtà statuale (p. 334-335), propone la ricerca di un nuovo metodo ispirato secondo nuovi bisogni, e pone la domanda se tali bisogni non siano da individuarsi sulla via della moderna esigenza di *Sozialstaatlichkeit*.

Ma è troppo poco. Dire che il positivismo non ha saputo fornire, nel campo del diritto pubblico, soluzioni valide anche oggi, significa dire che esso è nato in un altro momento storico, a cui esso deve essere circoscritto; ma non si entra ancora nel terreno della valutazione del fenomeno storico 'positivismo' in relazione alle condizioni sociali e politiche in cui esso si produsse, all'ambiente culturale nel quale esso si mosse e prosperò.

Infatti, tornando all'introduzione al volume, troviamo che esso è definito come 'dogmengeschichtliche Arbeit' (p. 16), certamente aperto ai contributi della sociologia e della filosofia (giuridica e non), ma pur sempre concepito come storia di opinioni in materia di teoria costituzionale, con sforzi assai limitati in direzione dell'integrazione di tali teorie nella totalità del divenire sociale.

Così, quando Böckenförde si trova direttamente di fronte al fenomeno del positivismo e del grande successo delle teorie labandiane, non sa andare oltre ad una generica valutazione del periodo storico come periodo in cui la tecnica e le scienze naturali assumono grande rilievo, in cui è avvertita con forza l'esigenza di osservazione scientifica del reale (ciò che porterebbe la scienza di diritto pubblico ad essere scienza delle norme formalmente emanate dallo Stato, p. 210-220).

Esiste però anche un merito non trascurabile del volume di Böckenförde: quello di non aver riproposto il solito scarno schema di sviluppo storico 'giusnaturalismo-liberalismo-positivismo' secondo autori grandi e già noti, ma di aver fornito un quadro ampio e fittamente popolato, tentando una ricostruzione la più possibile complessiva.

Rimane il fatto, come già sopra precisato, che alla conoscenza orizzontale non si accoppia un adeguato sforzo in senso verticale, d'interpretazione storica del fenomeno, del proprio oggetto di studio.

Del tutto diverso deve essere il giudizio sul volume di Wilhelm, anch'esso del 1958. Wilhelm mira alla dimostrazione di una tesi ben

SIUS und ECKART PANKOKE, *Lorenz von Stein. Geschichts- und gesellschaftswissenschaftlichen Perspektiven*, Darmstadt, 1976.

(11) Proprio negli anni '50 si sviluppava in Germania il dibattito sull'interpretazione della Costituzione del dopoguerra, e della definizione da essa data della Repubblica Federale come 'Stato sociale di diritto'. Un dibattito assai vasto, a cui partecipano uomini come Abendroth, Huber, Scheuner, Forsthoff. I loro contributi sono raccolti nel volume *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, curato proprio da Forsthoff, Darmstadt, 1968.

precisa: il metodo 'puro' di Laband è l'apice di uno sviluppo storico che parte da Savigny. La dottrina dell'istituto giuridico del fondatore della Scuola Storica, la teoria dei corpi giuridici di Jhering, il metodo formalistico di Gerber e poi di Laband, sono altrettante tappe di un unico processo, in senso astrattivo, della scienza giuridica. Il diritto pubblico diviene così il banco di prova ultimo di un metodo affermato altrove.

Tipico esempio, in questo senso, è la figura di Gerber, che si forma negli anni '40 su studi di diritto privato e qui pone i presupposti del suo lavoro di giuspubblicista. Come ha mostrato Wilhelm, è proprio in questi scritti di diritto privato che si forma una certa concezione della dogmatica, della storia, della ricerca storico-giuridica e del suo rapporto con la costruzione sistematizzante del giurista.

Wilhelm avrebbe dovuto, a nostro avviso, fin da questo momento porre i protagonisti della sua ricerca (in questo caso il Gerber privatista) a colloquio con i contemporanei. Non è forse vero che il principale di questi scritti di diritto privato, il « *Wissenschaftliches Prinzip* » del '46, è scritto da Gerber in difesa di Savigny contro l'attacco che Beseler, nel '43, aveva portato, col suo « *Volksrecht und Juristenrecht* », ad una certa concezione delle fonti del diritto? E non è forse vero che tale volume di Gerber deve essere inquadrato in un più generale coro di voci negative, espresse proprio sul conto del volume di Beseler, dai vari Mommsen e Puchta, cioè dalla scienza romanistica ufficiale⁽¹²⁾? Qui c'è probabilmente un nodo da sciogliere, una tappa storica da illustrare e portare alla luce, e che può servire a chiarire anche il successivo dibattito germanismo-romanismo, al quale (a nostro avviso giustamente) Wilhelm dà anche una coloritura politica (p. 136-137), che poi si mostrerà chiaramente nell'opposizione di Gierke a Laband.

Questa ci sembra la carenza più evidente del lavoro di Wilhelm, qui solo esemplificata col riferimento al dibattito sulle tesi beseleriane. L'autore ha individuato con estrema lucidità l'asse Savigny-Puchta-Gerber-Jhering-Laband, ma ciascuno di questi giuristi finisce per essere isolato rispetto ai propri contemporanei. Raramente Wilhelm illumina zone periferiche, illustra dibattiti o contrasti all'interno della scienza del tempo. L'estrema varietà del panorama scientifico del secolo scorso viene piuttosto appiattita, forzata dentro lo schema di un'unica direzione di ricerca: quella del progressivo formalizzarsi del metodo della scienza giuridica.

Certo, sarebbe ingiusto indugiare in questo tipo di valutazione sul libro di Wilhelm, poichè in esso troviamo proprio quello sforzo che abbiamo visto mancare nel volume di Böckenförde, e cioè il tentativo di dare una spiegazione storica all'affermarsi del formalismo.

(12) Questo coro di voci negative espresse contro il volume di Beseler è stato recentemente documentato da JAN SCHRÖDER, *Savignys Spezialistendogma und die 'soziologische' Jurisprudenz*, in *Rechtstheorie*, 1976/1, p. 23 e ss.

La tesi di Wilhelm è nota: il liberalismo tedesco è organicamente incapace di realizzare da solo i propri compiti, ed è costretto al compromesso con le vecchie forze dominanti, con la Monarchia e l'Aristocrazia. L'oggetto del compromesso è altrettanto chiaro: la borghesia rinuncia a fare della propria capacità d'iniziativa economica la molla per un progetto di trasformazione complessiva, lascia che l'apparato dello Stato rimanga in mano alle vecchie forze dominanti, e chiede in cambio piena libertà di azione a livello economico e produttivo. Questa volontà di compromesso corre per tutto il secolo, ma si esprime in modo definitivo con la fondazione del Reich: qui essa si cala in un fatto compiuto, ed il formalismo nasce per sanzionare e legittimare tale fatto. La scienza giuridica prima di Laband poteva ancora operare in un certo rapporto tra politica e diritto, nella misura in cui il compromesso politico non era ancora sanzionato in formule definitive; con Laband questo non è più possibile, e ciò spiega l'estrema rigidità delle scelte da lui operate.

È senza dubbio merito di Wilhelm quello di aver segnalato la notevole importanza ed il notevole peso che questa debolezza e questa volontà di compromesso della borghesia tedesca dovettero avere sulle elaborazioni dei giuristi, ma è proprio a questo punto che si fa più pressante la domanda di fondo: come si inserisce il ceto dei giuristi in questo quadro generale del proprio tempo?

Scegliendo il metodo 'puro', e per ciò stesso legittimando il potere esistente, risponde Wilhelm.

Ma se noi ci collochiamo nella prospettiva di un'analisi complessiva della scienza di diritto pubblico dell'Ottocento, non ci può soddisfare una risposta a livello puramente metodologico: si tratta di cogliere soprattutto le applicazioni di tale metodo, le concrete realizzazioni che i giuristi portarono a termine, le loro tecniche, le generali concezioni politiche e filosofiche che ad esse sono sottese. Ed allora il modello di interpretazione adottato da Wilhelm non può più essere qualcosa che viene giustapposto dall'esterno, ma deve essere messo in condizione di operare all'interno della stessa scienza giuridica e del suo sviluppo storico.

Se il dato specifico dell'Ottocento tedesco è quello del ritardo della rivoluzione borghese, e della conseguente debolezza del movimento liberale, si tratta soprattutto di vedere come i giuristi interpretano, con le loro soluzioni tecniche, questa situazione. È necessario studiare le tappe storiche attraverso le quali il giurista di diritto pubblico definisce il proprio ruolo ed il proprio *status*, per arrivare a capire il significato storico del punto di arrivo, della figura del giurista come 'tecnico' delle strutture dello Stato.

La storia di questo sviluppo è la storia di un travaglio che opera nelle coscienze dei giuristi, i quali si trovano di fronte ad una società e ad una cultura piene di aspetti contrastanti, di esigenze nuove e di

resistenze di vecchi elementi. Perchè una cosa è certa: i giuristi nell'Ottocento hanno grande parte nella costruzione dello Stato moderno, e non possono essere relegati al ruolo di registratori di compromessi sociali e politici altrove elaborati.

Il volume di Wilhelm è, nel suo complesso, un irrinunciabile punto di partenza per ulteriori ricerche sulla scienza giuridica tedesca dell'Ottocento; in particolare, ci sembra esatta, per la scienza giuspubblicistica, l'idea centrale della derivazione del metodo labandiano dalle scelte formalistiche della Scuola Storica. È però adesso necessario allargare il campo di indagine dal metodo alle concezioni generali e alle soluzioni tecniche dei giuristi, sciogliere i nodi problematici, individuati da Wilhelm in singoli giuristi, all'interno di un panorama più vasto e più rispondente alla complessità del dibattito ottocentesco.

Le considerazioni sin qui fatte sugli apporti di Böckenförde e di Wilhelm ci consentono, come sopra precisavamo, di valutare per contrappunto il peso specifico del volume di von Oertzen, di constatare con maggiore puntualità se e come esso risponda alle esigenze conoscitive sopra poste, sia nel senso di un quadro il più completo possibile della dottrina di diritto pubblico dell'Ottocento, sia nel senso dell'approfondimento del modello di interpretazione storica.

Avendo della introduzione già esaminato le parti per noi interessanti, possiamo ora esaminare la seconda parte del volume, che concerne l'analisi vera e propria del pensiero giuspubblicistico dell'Ottocento.

Essa ha inizio con Stahl, da sempre considerato — per altro giustamente — il campione della reazione e del legittimismo. Von Oertzen ha saputo superare questo ostacolo 'ideologico', per ritrovare in Stahl il punto di partenza della prima fase della dottrina liberale giuspubblicistica. È Stahl che mette al centro dell'analisi il *Rechtsstaat*, è lui che pone il problema del rapporto tra potenza e volontà (*Willensmacht*) dello Stato ed ordinamento giuridico inteso come complesso di valori giuridici, morali, sociali, in cui lo stesso Stato è inserito.

Muovendo dalla figura di Stahl, von Oertzen allarga l'orizzonte, riuscendo ad individuare alcuni accorpamenti dottrinali; un gruppo di autori, che sostengono la dottrina del 'principio monarchico': Zoepfl, Held ed O. Mejer; un secondo gruppo viene poi individuato sulla base dell'idea di *Rechtsstaat*: Mohl, Rönne e Bähr; infine, un terzo gruppo è visto come specificamente orientato sull'idea dello Stato come organismo: Bluntschli, H. A. Zachariae, H. Schulze. La convinzione di von Oertzen è che vi sia una sostanziale unità in tutta questa complessa fase della dottrina precedente alla vittoria delle teorie labandiane: o che si passi attraverso l'idea del principio monarchico, o attraverso quella del *Rechtsstaat*, o attraverso quella dello Stato come organismo, si arriva pur sempre ad una conclusione comune, che è quella della collocazione della *Staatsgewalt* all'interno di un complesso

di valori etici, sociali, giuridici, che costituiscono l'orientamento ideale e politico del giurista.

L'osservazione è sostanzialmente esatta, ma von Oertzen, così attento a registrare il momento di dibattito — che avviene a metà degli anni '60 con la pubblicazione dei *Grundzüge* gerberiani — non sembra altrettanto efficace nel delineare i rapporti interni alla fase precedente della dottrina di diritto pubblico. Non si poteva pretendere che la trattazione di von Oertzen, già così ampia, risalisse ai problemi, ancora irrisolti, delle influenze hegeliane sulla giurisprudenza dell'Ottocento, o che tentasse una teoria della concezione del potere pubblico nei rappresentanti della Scuola Storica, ma è certo che determinate deficienze lasciano perplessi.

Quando si parla di Gerber come seguace della Scuola Storica, si dovrebbe procedere nel senso di inquadrarlo all'interno di quella Scuola. Si vedrebbe allora, come sopra già accennato, che Gerber è debitore di Savigny in molti punti, e che egli difende il Maestro sul punto decisivo del ruolo del giurista e della sua attività scientifica. Il « *Wissenschaftliches Prinzip* » di Gerber, del '46, non è altro infatti — ripetiamolo ancora una volta — che la difesa di Savigny contro l'attacco portato da Beseler nel '43.

Qui si scontrano, all'interno della Scuola Storica, due concezioni diverse dei compiti della scienza giuridica. Da una parte — Savigny, Gerber e Puchta — sta la convinzione che diritto romano e diritto germanico sono ormai conciliati, e che il giurista ha una base armonica su cui lavorare e svolgere la sua opera sistematizzante: alla scienza è affidato il compito, altrove svolto dalle codificazioni, di estrarre dal materiale fornito dalla tradizione storica i principi sui quali dovrà orientarsi tutto il complesso dell'esperienza giuridica.

Sull'altro versante del dibattito troviamo Beseler, con la sua teoria della recezione del diritto romano in Germania attraverso un ristretto ceto di dotti, i quali hanno trascurato il rapporto con i valori più autentici del diritto popolare germanico: pertanto, seguire la proposta di Savigny significa approfondire il divario già esistente tra ceto dei giuristi e concreta vita giuridica popolare.

Ma questo non basta: nell'opera di von Oertzen troviamo un'omissione assoluta della figura di Lorenz von Stein, non solo nel suo ruolo di studioso dei conflitti sociali, ma anche nella sua funzione di critica alle proposte di Savigny. Sotto quest'ultimo aspetto, noi scopriamo la figura di un giovane hegeliano, il quale contrappone alle categorie di 'diritto dei giuristi' e di 'diritto popolare' le categorie di 'Stato' e di 'diritto positivo' (13).

(13) Stein recensisce il *System* di Savigny sui *Deutsche Jahrbücher für Wissenschaft und Kunst*, 1841, p. 365 e ss., e torna su questi temi con l'articolo *Das Corpus Juris und die Idee des gemeinen deutschen Rechts*, in *Deutsche Vierteljahreschrift*, 1845, p. 293 e ss.

I « Diritti Pubblici » del Gerber del 1852, la scelta centrale in essi contenuta di legare le situazioni soggettive di diritto pubblico a quelle di diritto privato, si spiegano, a parte ogni considerazione sul generale clima politico e culturale di quegli anni, con l'accantonamento delle soluzioni orientate secondo i modelli di Stein o di Beseler, e col prevalere delle soluzioni savigniane. In materia di diritti pubblici soggettivi — ed in prospettiva nel diritto pubblico in genere —, la scienza giuridica non ha alcun bisogno di richiamarsi al 'diritto popolare', od al complesso delle norme emanate dallo Stato, ma deve risolvere da sola i problemi che si presentano, poichè solo essa lavora 'scientificamente', e dunque garantisce sicurezza e stabilità.

L'omissione di questa serie di elementi nel volume di von Oertzen non è casuale: l'idea di fondo dell'autore è che i liberali tedeschi, i maestri del diritto, i 'Professoren', ebbero in tutta la prima fase, fino alla fine degli anni '60, una scarsa coscienza del sociale e delle contraddizioni di una moderna società. La loro proposta era a livello di 'principi superiori', di pathos politico, era caratterizzata da una fede incrollabile nella capacità dell'ordinamento giuridico — e dei valori etici e razionali ad esso sottesi — di mediare tutti i contrasti, di giungere ad una sintesi organica della vita pubblica. Cosicché il formalismo successivo rappresenta la 'modernità': lo Stato viene individuato come soggetto autonomo dotato di volontà, capace di agire sulla base dei bisogni di una società finalmente liberata dai vincoli del passato medievale.

C'è solo da chiedersi — e non è davvero poco — perchè allora un uomo come Hegel, che certamente per primo aveva avvertito l'emergere delle moderne tensioni sociali, venga del tutto accantonato, sotto questo profilo, dallo sviluppo della *Staatslehre*; perchè il suo allievo Lorenz von Stein, teorico dei movimenti sociali e critico delle soluzioni savigniane, riceva eguale sorte; perchè, infine, il punto di passaggio dalle vecchie alle nuove soluzioni sia segnato dall'opera di Gerber, fedele allievo di Savigny. La verità è che von Oertzen, nonostante i toni dell'introduzione sopra riportata, conduce un'indagine su tempi più concettuali che storici.

Nella seconda parte del volume l'autore non ci fornisce infatti un quadro storicizzato della dottrina giuspubblicistica dell'Ottocento, ma l'analisi del pensiero di una serie di autori orientati secondo formule generali (principio monarchico, Stato di diritto, organicismo).

Se ci è consentito un sommario accenno esemplificativo, non è storiograficamente corretto, a nostro avviso, parlare di organicismo — al di là dell'uso e dell'abuso che nell'Ottocento viene fatto della parola 'organismo' — senza far riferimento alla precisa zona storica in cui questo fenomeno intellettuale si produsse in modo manifesto; mi riferisco — è chiaro — alla Prussia degli anni '50, al clima politico ed intellettuale successivo al fallimento del '48, alla Costituzione prus-

siana del '51, al maturarsi della volontà di compromesso del movimento liberale, al sorgere dell'idea della 'via tedesca', della terza via che elimina sia i pericoli dell'assolutismo sia quelli della rivoluzione.

Con questa cautela metodica si può infatti arrivare ad una qualità diversa dell'organizzazione delle fonti e del materiale storico a disposizione. Esso non può più essere costretto entro formule generali ed astratte, del tipo di quelle adoperate da von Oertzen, ma viene raggruppato invece secondo tempi storici precisi, secondo i ritmi imposti dalla storia. Ed allora un nodo decisivo diventa, ad esempio, il '48 tedesco. Innanzitutto come momento di maggiore apertura del liberalismo tedesco al confronto con le altre esperienze nazionali, con il cammino storico della borghesia negli altri Paesi: il giovane Stein, teorico dei movimenti sociali francesi, rappresenta storicamente tutto questo, e non è più personaggio 'scomodo' da dimenticare in quanto contraddicente ad uno schema di analisi preconstituito.

L'isolamento di Stein rispetto ad i suoi contemporanei, il perdersi negli anni successivi delle tematiche sociali a lui care, il sostituirsi ad esse dell'ideologia dell'organicismo nel ben definito senso storico sopra indicato, tutto ciò dovrebbe essere il filo conduttore di un'indagine che miri a collocare realmente la storia del pensiero giuspubblicistico nella storia generale. Solo così il momento di analisi a livello di storia generale, economica, politica, sociale non è più qualcosa di giustapposto rispetto alla storia giuridica, ma mira alla ricostruzione della totalità del divenire storico in cui quei diversi momenti si inseriscono, ciascuno col suo peso specifico ed il suo grado di autonomia.

Va da sé che una giusta reazione ad un'astratta *Dogmengeschichte* non significa sottoposizione della scienza giuridica al ruolo fisso di ripetitrice delle decisioni prese ad altri livelli, ma tentativo di valutazione del contributo autonomo della scienza giuridica nel quadro della totalità storica. La domanda pressante rimane quella sul ruolo del giurista di fronte ai grandi mutamenti storici.

È solo nella terza parte del volume che von Oertzen affronta temi di un certo tipo. I titoli dei paragrafi qui contenuti parlano chiaro: 'Der politische Umschwung; der deutsche Liberalismus', oppure 'Zur Soziologie des deutschen Liberalismus'. Qui von Oertzen pone al centro del suo discorso il risultato principale della sua indagine a livello di *Dogmengeschichte*: il passaggio dalla concezione dello Stato come 'Ordnung' alla concezione dello Stato come 'Willensverband' (p. 284), dichiarando di voler verificare questo risultato a livello della totalità del processo sociale. La tesi principale è che il positivismo sia l'interprete più coerente di tale passaggio, che coincide, sul piano economico e sociale, con l'abbandono del modello agricolo a favore della industrializzazione (p. 294).

La prima fase della dottrina di diritto pubblico, quella dei Mohl e dei Rönne, è legata ad un tipo di liberalismo, che proponeva una

sintesi delle forze contrapposte a livello di pathos etico e spirituale. I nuovi compiti dello Stato, la necessità di un crescente intervento economico a partire dagli anni '70, pongono i problemi del rapporto tra le forze economiche e lo Stato medesimo: è proprio di fronte a questi nuovi sviluppi che si ha « die Auflösung der geistigen Grundlagen des Liberalismus » (p. 405). In una società in cui i contrasti divengono sempre più evidenti non ha più senso la proposta di mediazione a livello puramente etico-politico.

Tutto ciò diviene ancora più chiaro passando al livello dei reali rapporti economici e sociali. Il vecchio tipo di liberalismo vive tra l'antica ' Ständesozietät ' e gli inizi della nuova ' Klassengesellschaft ' (p. 308), ma all'interno di una struttura economica prevalentemente agricola, in cui l' ' Haus- und Grundbesitz ' prevalgono ancora largamente sul ' Kapital ' (p. 310). La società è ancora frazionata in centri economici relativamente autonomi ed autosufficienti. I contrasti sociali sono ancora assai limitati. È appunto in questa situazione che nasce e prospera quel tipo di liberalismo di cui dicevamo, che può illudersi di mediare tutto a livello di pathos sociale e politico.

La fine di questa situazione si ha negli anni '70 ed '80, con il sorgere della « moderna società tecnico-economica » (p. 316). I vecchi professori universitari, la ' Honorationen-Politik ' di vecchio stampo, erano destinati a rimanere tagliati fuori dal nuovo sviluppo.

È il positivismo di Laband la scienza della nuova società. Si ammette così da parte di von Oertzen che la rigida separazione di diritto e politica abbia una chiara valenza conservatrice, ma, allo stesso tempo, si puntualizza che l'attestarsi della scienza giuridica su posizioni date non esclude il fatto che essa rappresenti le idee « der sozial aufstrebenden, vorwärtsdrängenden Gesellschaftsschichten » (p. 322).

Lo Stato non è più una delle tante *Genossenschaften*, inserito in un ordinamento di cui esso costituisce solo una parte. Il metodo ' giuridico ' è l'espressione scientifica dell'elevarsi dello Stato sulla società, della sua *Absonderung*. Ma è proprio nella misura in cui la scienza si rende cosciente di tale processo, che essa assume una posizione favorevole per dare una risposta ' scientifica ' ai fenomeni sociali. Così, per la stessa via, il giurista acquisisce anche un'alta coscienza del sociale, all'interno del quale egli si muove. Altra cosa sono poi gli ' errori ' (p. 333) del positivismo, che derivano da pericoli in esso insiti, e cioè l'irrigidirsi in una posizione di assoluta fede nell'ordinamento e nella sua capacità di mediare tutte le spinte sociali.

Questi difetti del metodo giuridico sono visti però come accidentalità, elementi che possono sussistere oppure no variando le condizioni specifiche e l'abilità dell'interprete, mentre il dato di fondo rimane il fatto che quel metodo corrisponde ad una situazione storica in cui si afferma l'« Hochkapitalismus in der Zurückdrängung des Kleinbürgertums und im endgültigen Übergang vom Agrarstaat zum

Industriestaat » (p. 342). E ciò ha riflessi a tutti i livelli: a livello politico, con la fine del liberalismo classico e l'inizio del principio della « Klassen- und Interessenvertretung » (id.), a livello culturale, con la fine dell'idealismo e l'inizio della ricerca dell' 'obbiettività' (p. 343).

Qui, in conclusione del volume, riemerge con forza il discorso della 'modernità' del metodo giuridico, del suo collegarsi con una svolta di carattere più generale a livello sociale, politico ed economico.

Può darsi che questa risposta di von Oertzen appaia più stimolante di quella assai schematica di Wilhelm. In verità, la qualità dell'interpretazione rimane la stessa.

Anche von Oertzen parte da un dato storico assai generale: il passaggio dalla società feudale a quella borghese; e giustappone questo dato all'analisi della scienza giuridica, il cui sviluppo risulta necessariamente spezzato in due tronconi. Egli non pone in primo piano il problema del ruolo della scienza giuridica nella storia di quel passaggio dalla società feudale a quella borghese.

Da questo angolo di osservazione il punto di partenza avrebbe dovuto essere colto nel dibattito, all'interno della Scuola Storica, sul ruolo del giurista (Beseler, Savigny, Gerber). I successivi punti, come si è già precisato, avrebbero dovuto concernere il rapporto della coscienza dei giuristi con il sociale (Stein, Mohl, l'organicismo, il dibattito degli anni '50 sulla *Gesellschaftslehre*). Si sarebbe prodotto un quadro assai diverso da quello monolitico dello Stato come *Ordnung*.

Il discorso vale anche per la successiva fase, in cui il metodo labandiano si afferma. Agli occhi di von Oertzen, trascinato dal suo stesso modello, il metodo 'giuridico' vince in modo totale. Tutti i giuristi si adeguano ad esso; figure come Hänel o Gierke vengono poste in secondo piano, o addirittura considerate come nostalgiche di un passato anacronistico. Non viene sufficientemente verificata sui testi la figura di un Laband interprete dei grandi mutamenti sociali, conservatore, ma legato a forze sociali progressive, e dunque anche liberale. Come conciliare con tutto questo espressioni come *Substrat*, riferite al popolo, o la negazione dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini, o la rigida esclusione della rappresentanza dalla *Herrschaft* statutale?

Una volta accertato il fatto indiscutibile del coincidere della vittoria del metodo 'giuridico' con l'emergere di nuovi rapporti sociali, si tratta di vedere che tipo di risposta viene data alle nuove esigenze dall'interno della scienza giuridica. Da questo punto di vista si coglie l'importanza di un secondo versante interpretativo del tutto sconosciuto a von Oertzen.

Non v'ha dubbio che lo Stato come *Willensverband* con propria volontà autonoma è lo Stato della nuova società borghese in contrapposizione al passato feudale, come suo superamento. Ma questo tipo di Stato è delineato soprattutto come 'ursprüngliche Macht', indifferente rispetto alla dinamica della società civile. Tutti gli istituti di

diritto pubblico vengono concepiti dalla scienza giuridica sotto il punto di vista della necessità di costruire un argine alle influenze della società civile sullo Stato. Al fondo vi è l'illusione di risolvere tutte le tensioni sociali col solo strumento del diritto: il senso più profondo del metodo 'giuridico' è dato dall'affermata centralità del dato giuridico e del ruolo del giurista.

Si capisce, in questo senso, l'irrilevanza del sociale per il giurista, convinto di giocare un ruolo centrale con i soli suoi strumenti specialistici. È così che si acquisisce la capacità di cogliere la continuità Savigny-Laband, attraverso una serie di esperienze della scienza giuridica, tutte dirette a coltivare l'illusione della dominabilità dei processi sociali con il solo strumento del diritto.

È questo aspetto specifico che sfugge a von Oertzen: egli mostra la generale corrispondenza del metodo 'giuridico' all'emergere dei nuovi rapporti sociali, ma non si fa carico fino in fondo di vedere come la scienza giuridica nelle sue realizzazioni concrete risponde a quei mutamenti sociali.

Per questa via, che noi riteniamo di indicare, la risposta diviene più complessa: è indubitabile che l'idea dello Stato come soggetto autonomo dotato di autonoma volontà — così come l'idea della scienza di diritto pubblico come sistema di tali rapporti di volontà — corrisponde ad una società liberata dai vincoli feudali, la quale richiede l'intervento attivo dello Stato e la sua capacità di controllo delle nuove forze sociali ed economiche. L'idea di sistema, quella di soggetto con astratta capacità di agire, rispondono prima di tutto, nel diritto privato come nel pubblico, all'esigenza di prevedibilità e di calcolabilità di una società liberata dalle vecchie pastoie, ed alla ricerca di nuove certezze. Tutto bene, con una sola osservazione: von Oertzen non si occupa della nascita della scienza di diritto borghese in Europa, ma della scienza di diritto pubblico tedesca dell'Ottocento, cioè di un oggetto di ricerca che ha la sua insopprimibile specificità. Se noi operiamo all'interno di essa, ci accorgiamo che le soluzioni dei giuristi, la loro cultura, la coscienza del loro ruolo, vanno tutti nella direzione di una *Staatslehre*, che non costruisce lo Stato sulla base della recezione in esso delle moderne tensioni sociali, ma che lo isola, lo esalta come autonoma *Macht*, lo affida per intero alla 'scientificità' delle soluzioni tecniche.

Questa seconda componente, che noi non definiamo 'arretrata', ma più semplicemente conseguente alla cultura giuridica e politica dell'Ottocento tedesco, è costantemente in lotta con la 'modernità' del nostro von Oertzen.

Si potrebbe sintetizzare in altro modo: il formalismo, nel campo del diritto pubblico, deve essere inquadrato in un generale mutamento della società ottocentesca, ma, all'interno di questo, esso finisce per operare anche come freno rispetto a possibili ulteriori sviluppi.

Il giurista, che si separa dalle tensioni sociali e politiche per poter essere in grado di calcolarle e di misurarle, è legato in Germania all'altra figura del giurista, che si separa da quella tensione, perchè ha alle spalle una cultura, che lo spinge all'illusione di essere il centro irrinunciabile della vita civile, perchè crede di avere a sua disposizione la programmazione completa della *Macht* statale, a cui tutte le contraddizioni sociali devono piegarsi.

La mancanza di questo secondo aspetto produce una sfasatura di fondo del volume di von Oertzen e falsa anche il suo giudizio sulla figura di Gerber, che egli pone come spartiacque tra la prima e la seconda fase della dottrina.

È noto come Wilhelm abbia giudicato antiliberal l'opera e l'attività di Gerber (p. 136-137 op. già cit.), ed in particolare lo scritto del '52 sui diritti pubblici soggettivi, in cui Gerber vincolava i diritti dei cittadini alle situazioni di diritto privato, osteggiando più in generale il movimento liberale (p. 160-161 e p. 171-172).

L'opinione di von Oertzen è del tutto diversa. Egli interpreta Gerber in direzione opposta, facendo leva su certe sue affermazioni, come quella dello Stato quale 'Herzpunkt' delle forze morali e politiche del popolo, per avvicinarlo a moderne concezioni dello Stato-integrazione, o addirittura per avvicinare l'espressione gerberiana 'Volksstaat' all'eguale termine adoperato dai socialdemocratici nel congresso di Eisenach del 1869 (p. 172). L'autore parla qui assai genericamente della questione della sensibilità di Gerber per il problema della partecipazione dei cittadini alla cosa pubblica, di un Gerber « an die Schwelle der Demokratie » (p. 181) ⁽¹⁴⁾.

Certo, anche von Oertzen si rende conto del fatto che 'Volk' è di per sé termine assai ambiguo, e che per Gerber esso può significare un corpo organizzato dalla natura stessa in modo gerarchico e corporativo; così come il principio della sovranità popolare ha sicuramente un segno morale e spirituale, più che il significato di un complesso di misure che vadano nel senso di un effettivo controllo democratico (p. 207 n. 33). Ma non sa trarre da tutti questi elementi le dovute conseguenze.

Nell'analisi degli scritti di diritto privato di Gerber (p. 214-238), von Oertzen compie un'indagine a senso unico, che mira a mostrare la lucida coscienza che Gerber medesimo aveva del passaggio dalla società feudale a quella borghese. Il suo antigermanismo (si ricordi la polemica col *Volksrecht* beseleriano, sopra riportata) è solo avversione per le vecchie soluzioni, legate al passato medievale; la tecnica romanistica è accettata in quanto strumento idoneo alla costruzione

⁽¹⁴⁾ Posizioni simili a quelle di von Oertzen ha preso MARIO NIGRO nel suo articolo *Il 'segreto' di Gerber*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973/2, p. 293-333.

di nuovi istituti e rapporti giuridici, più consoni alla realtà sociale che sta mutando.

Il sistema formale di rapporti di volontà tra individui corrisponde alla nuova società, è il superamento di un'età in cui il diritto era vincolato alla complessità dei rapporti organici della *Genossenschaft* (diritto medievale-germanico). Il metodo 'giuridico' è l'espressione scientifica di questo superamento. Il giurista, nell'applicarlo, deve solo stare attento a non cadere nel pericolo di un concettualismo che faccia a pugni con la realtà.

Gerber dunque interpreta il sorgere della società borghese, ed anzi va al di là del liberalismo, muovendosi in direzione della stessa 'democrazia'. Gli altri elementi del suo pensiero sono marginali, come sbandamenti rispetto ad un'asse sostanzialmente positivo.

Qui si vede chiaramente come il modello interpretativo di von Oertzen forzi la realtà del pensiero gerberiano. Gerber è concepito nel volume come il punto di inizio della nuova dottrina, ma senza gli irrigidimenti formalistici, che saranno propri di un giurista come Laband. Ne esce fuori un personaggio 'positivo' e 'progressivo' *in toto*, semplificando una figura in realtà assai più complessa.

Non si può qui certo esaurire il problema dell'interpretazione della figura di Gerber, ma solo mettere in guardia contro il pericolo di versioni unilaterali.

Non si può liquidare il problema applicando a Gerber l'etichetta di 'reazionario', ed interpretando tutta la sua opera in questo senso, ma non si può neppure fare l'apologia della sua figura e della sua 'modernità', addirittura in senso 'democratico'. Queste nozioni e qualificazioni, che da ultimo abbiamo posto tra virgolette, vengono sovrapposte ad un materiale storico assai complesso, e finiscono per deformarlo.

Così il riferimento di Gerber al *Volksstaat*, ed allo Stato come centro delle forze morali e politiche di un popolo, su cui von Oertzen fa leva per costruire il suo Gerber 'democratico', può essere visto alla luce del forte influsso esercitato dal Savigny, come mostra chiaramente un'analisi più attenta degli scritti di diritto privato. Così il continuo richiamo al superamento della società e dei rapporti feudali, la costante polemica antigermanistica, si mescolano con la polemica antiliberalista, e sono innanzitutto strumentali, diretti all'adozione di un metodo 'puro', la cui prima caratteristica è proprio quella del rifiuto della storia.

Queste ed altre riserve si potrebbero esprimere sul volume di von Oertzen. Ma una cosa è certa: chi oggi inizi una ricerca sulla dottrina giuspubblicistica dell'Ottocento, a distanza di quasi venticinque anni dal suo primo apparire, è proprio da questa opera che dovrà prendere le mosse. La parte più strettamente ricostruttiva della storia del pen-

siero giuridico è ricchissima di dati e basata su un raggio di conoscenza assai vasto.

Ma non sono solo meriti compilativi. Von Oertzen è riuscito a farci cogliere una certa faccia del formalismo e il suo collegarsi obbiettivo con l'ascesa di una nuova società. La conservazione dello *status quo*, insita nel modo di operare del metodo 'giuridico', si intreccia indubitabilmente con l'affermarsi di nuovi rapporti sociali.

Solo uno sforzo ulteriore, non contenuto nel volume di von Oertzen, può mostrare come il formalismo alla Laband sia certamente venuto alla luce in coincidenza di un mutamento complessivo della struttura sociale e politica, ma abbia anche apportato in esso il peso specifico della propria matrice culturale ed ideale, collocabile nell'idea savigniana della centralità assoluta della scienza nel diritto.

Da qui la pretesa dei giuristi tedeschi di creare un sistema assoluto, capace di risolvere ogni tensione, e collocato al di là della dinamica tra dato sociale e soluzione sul piano giuridico. Ma la 'signoria' del giurista non era destinata a durare a lungo: già alla fine del secolo l'urgere della questione sociale, il premere di essa sulle istituzioni, l'articolarsi di un diverso rapporto tra potere politico ed economico, costringono la scienza giuridica alla ricerca affannosa di nuove soluzioni. Tutto ciò è però già storia della crisi contemporanea del formalismo.

Strumenti

ANDRÉ-JEAN ARNAUD

ELEMENTS DE BIBLIOGRAPHIE
EN LANGUE FRANÇAISE, SUR L'HISTOIRE
DE LA PENSÉE JURIDIQUE MODERNE

2^e mise à jour: hiver 1976/77

On s'est expliqué, dans le vol. 1 (1972) de cette revue, sur le choix des ouvrages figurant dans cette bibliographie, ainsi que sur le plan adopté pour leur présentation:

- I. *Dictionnaires, Encyclopédies, Bibliographies.*
- II. *Manuels.*
- III. *Études générales.*
- IV. *Études spéciales.*
 - a) sur la relation de quelques notions philosophiques au Droit
 - b) sur quelques institutions du Droit privé
 - c) étude des 'mentalités'
 - d) influence de quelques penseurs sur le Droit.
- V. *Méthodologie.*

Le lecteur trouvera ci-dessous la référence des principaux travaux publiés entre l'hiver 1972 et l'hiver 1976/77, ainsi que celle d'un certain nombre d'études qui n'avaient pas été mentionnées dans les précédentes livraisons (la première mise à jour était parue dans le vol. 2/1973 de cette revue).

I.

Il faut signaler, tout d'abord, l'achèvement de l'*Encyclopaedia Universalis*. Les tables en sont extrêmement précieuses: elles donnent des renseignements sur nombre de rubriques qui n'ont pas fait l'objet d'un article de fond.

Beaucoup de chercheurs ignorent l'existence d'instruments bibliographiques fondamentaux. On nous excusera de citer un instrument de travail aussi commun que le *Bulletin signalétique (Sciences humaines)* publié par le C.N.R.S. La section 519 (Philosophie) et la section 521 (Sociologie) donnent des renseignements sur la matière qui nous occupe. En s'adressant au Centre de Documentation en Sciences Hu-

maines du C.N.R.S. (54 Bld Raspail, 75260 PARIS CEDEX 06), il est possible, également, d'obtenir des renseignements sur les recherches en cours dans les laboratoires, ainsi que sur les activités des laboratoires, groupes et équipes de recherche dépendant du C.N.R.S. En outre, ce service a fait un relevé exhaustif des thèses soutenues en lettres et sciences humaines depuis le 1.10.1970.

Le Cercle de la Librairie (117 Bld Saint-Germain, 75279 PARIS CEDEX 06) publie, chaque année, un catalogue des thèses soutenues en France, quelle que soit la discipline. L'ouvrage est préparé par les services de la Bibliothèque Nationale.

Aux éditions Bordas, une *Encyclopédie des Sciences sociales* est parue en deux volumes, avec une préface de J. Duvignaud.

II.

L. SÈVE, *La philosophie contemporaine et sa genèse de 1789 à nos jours*, Paris, Editions Sociales, 1962, n'a pas vieilli, malgré la publication, sous la direction de François CHATELET, d'une *Histoire de la philosophie, idées, doctrines* (Hachette, 1973), dont les huit volumes ont été écrits en collaboration par de jeunes philosophes.

Sur l'histoire de la pensée juridique depuis la promulgation du Code Napoléon, A. J. ARNAUD, *Les juristes face à la société, de 1804 à nos jours*, Paris, P.U.F., 1975.

La même année, M. VILLEY donnait, chez Dalloz, un précis de *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit*, qu'il sera utile de comparer au très neuf livre de M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit* (Paris, Maspéro, 1976).

III.

Léon HUSSON a publié un volume de *Nouvelles études sur la pensée juridique*, issu du dialogue que son auteur a, depuis la publication en 1947 de son ouvrage sur *Les transformations de la responsabilité*, poursuivi avec des juristes.

III/2. Lumières.

Franco VENTURI, *Europe des Lumières. Recherches sur le XVIIIe siècle*: c'est à Fernand Braudel que nous devons cette traduction, de l'italien, d'un livre fondamental.

Claude MANCERON a donné trois volumes de son grand ouvrage sur *Les hommes de la liberté*: 1 - *Les 20 ans du roi (1774-1778)*, Paris, C.F.L., 1972; 2 - *Le vent d'Amérique (1778-1782)*, 1974; 3 - *Vivre libre ou mourir (1782-1791)*, 1976.

III/3. 1789.

Sur l'histoire des idées sous la Révolution, cf. bibliographie récente dans la *Revue Historique*, n° 507, pp. 186 et s.

III/4. Idéologies.

M. CLOUSCARD, *L'Etre et le Code. Le Procès de production d'un ensemble précapitaliste* (1972), retrace l'histoire des rapports de classe en France, du haut Moyen-âge à la Révolution. Dans un deuxième livre, *Néo-fascisme et idéologie du désir* (chez Denoel, 1973), l'auteur s'élève contre le freudo-marxisme qui relève du conformisme et de l'opportunisme, et appartient à l'idéologie néo-capitaliste.

Les juristes trouveront dans *Fétichisme et société*, par J. M. VINCENT, un approfondissement des rapports entre marxisme et droit. A lire en même temps que, de B. EDELMAN, *Le droit saisi par la photographie* (Maspéro, 1973 - même année que le livre de Vincent, paru chez Anthropos, à Paris).

Tout récemment, P. ANSART, *Les idéologies politiques* (P.U.F., 1974) et P. BIRNBAUM, *La fin du politique* (Le Seuil, 1975) apportent un aliment de choix pour la réflexion sur l'idéologie juridique.

III/5. Fondements philosophiques du droit:

a) théorie.

A. ADAM, H. BATIFFOL, J. CARBONNIER et al., *Le Droit - Les Sciences humaines - La Philosophie*, 29e semaine de synthèse, Paris, 1973.

Par un philosophe qu'intéresse la théorie juridique: J. FREUND, *Les Théories des sciences humaines* (P.U.F.); et par un juriste, tourmenté par les problèmes philosophiques: Aurel DAVID, *Matière, machines, personnes* (collection 'Études', Bordas édit.). Cet auteur avait antérieurement publié *La Cybernétique et l'Humain*.

b) doctrines.

Sous la direction de J. DROZ, *Histoire générale du socialisme*. Vol. 1 - *des origines à 1875* (Paris, P.U.F., 1972); vol. 2 - *de 1875 à 1918* (1974).

K. STOYANOVITCH, *La pensée marxiste et le droit* (P.U.F., 1974): reprise partielle d'un livre ancien paru à la L.G.D.J. sous le titre *Marxisme et droit*. Voir la critique qu'en font M. et R. WEYL, marxistes 'orthodoxes', que connaissent les lecteurs des *Quaderni* (dans *France-Nouvelle*, 10 mars 1975, p. 17: critique sévère, mais juste).

Sur le socialisme juridique, on trouvera, dans le volume des *Quaderni* consacré à ce thème, deux articles d'auteurs français: M. & R. WEYL, «Socialisme et justice dans la France de 1895: le 'bon juge

Magnaud' » (pp. 367-382 du vol. 3/4, 1974-75), et N. et A. J. ARNAUD, « Le socialisme juridique à la 'belle époque': visages d'une aberration » (pp. 25-54 du même ouvrage). Ce dernier article a été repris avec une étude sur le solidarisme juridique (publiée aux *Archives de Philosophie du droit*, 1976) et divers autres articles antérieurement parus, sur la pensée juridique moderne et ses prolongements dans le droit contemporain, dans A. J. ARNAUD, *Le droit trahi par la philosophie*, avec un essai de P. Y. Raccah sur « *Le droit trahi par les mathématiques* » (Rouen, Biblioth. du Centre d'étude des systèmes politiques et juridiques, sous la direction de M. Troper, Faculté de droit de Rouen, 1977).

IV. a)

— *utilité sociale*: J. BELIN, *La logique d'une idée-force. L'idée d'utilité sociale pendant la Révolution française (1789-1792)*, th. Lettres, Paris, 1939.

— *nature*: J. F. SAUVAT, *La notion de droit naturel dans les révolutions du XVIII^e siècle* (Mémoire D.E.S. Études politiques, Aix-en-Provence, 1971 - Institut d'Études Politiques, n° 149).

— *utopie*: Paul MEYER, *La pensée utopique de William Morris*, Paris, Editions Sociales, 1973.

IV. b)

— *personnes*: *Réforme du droit de la famille*, Archives de philosophie du droit, n° spécial, 1975.

M. DELMAS-MARTY, *Le droit de la famille* (Coll. Que sais-je?), Paris, P.U.F.

— *propriété*: J. Ph. LÉVY, *Histoire de la propriété* (Coll. Que sais-je?), Paris, P.U.F.

J. de LANVERSIN, *La propriété. Une nouvelle règle du jeu?*, Paris, P.U.F.

— *responsabilité*: M. L. RASSAT, *La responsabilité civile* (Coll. Que sais-je?), Paris, P.U.F.

IV. d)

J. ROUVIER, *Les grandes idées politiques, des origines à J. J. Rousseau*, Paris, Bordas, 1973.

BARNAVE: F. RUDÉ, *Barnave: Introduction à la Révolution française*, Paris, A. Colin, 1971.

CÉLINE: J. MORAND, *Les idées politiques de L. F. Céline*, Paris, L.G.D.J., 1972. Ne pas oublier de lire, en même temps: H. E. KA-

MINSKI, *Céline en chemise brune*, paru en 1938 (!), et réédité aux éditions Plasma (58 rue des Moines, 75017 Paris).

COMTE: CH. RUTTEN, *Essai sur la morale d'Auguste Comte* (Bibl. de la Fac. de philosophie et lettres de l'Université de Liège), 1972.

P. ARNAUD, *Le Nouveau Dieu. Préliminaires à la politique positive*, Paris, Vrin, 1973.

CONDORCET: M. et F. HINCKER, *Introduction et notes sur: CONDORCET, Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain*, Paris, Editions Sociales, 1966.

DUGUIT: E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, L.G.D.J., 1972.

ESPINAS: J. J. OSTROWSKI, *Alfred Espinas, précurseur de la praxéologie (Ses antécédents et ses successeurs)*, avec une préface de G. LANGROD.

GRAMSCI: J. M. PIOTTE, *La pensée politique de Gramsci*, 1972.

HEGEL: B. QUELQUEJEU, *La Volonté dans la philosophie de Hegel*.

HOBBS/LOCKE: C. B. MACPHERSON, *La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*, Paris, 1971.

MARX/PROUDHON: G. DUPRAT, *Marx-Proudhon: théorie du conflit social* (Cahiers de l'Institut d'Etudes Politiques de Strasbourg).

MAURRAS: C. CAPITAN PETER, *Charles Maurras et l'idéologie d'Action Française. Etude sociologique d'une pensée de Droite*, Paris, Le Seuil, 1972.

MONTESQUIEU: S. GOYARD-FABRE, *La Philosophie du droit de Montesquieu*.

STOICISME: A. BRIDOUX, *Le Stoïcisme et son influence*, Paris, Vrin, 1966.

V.

Bien qu'il soit publié en Allemagne, le livre de *Vorstudien zur Rechts-historik*, hrsg. J. M. SCHOLZ (Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1977) regroupe deux études (sur trois) consacrées à la France. Il s'agit d'un ouvrage de méthodologie historique juridique.

Publicando qui la commemorazione di Giuliana D'Amelio Caracciolo redatta con vigile partecipazione da Ennio Cortese, la Redazione intende ricordare e onorare la Studiosa che fu intelligente e assidua collaboratrice di questi 'Quaderni' sin dal loro nascere

P. G.

ENNIO CORTESE

GIULIANA D'AMELIO CARACCIOLO (*)

Nel 1956, quando cominciò a frequentare l'Istituto di storia del diritto italiano dell'Università di Roma, Giuliana D'Amelio preparava la sua tesi di laurea.

Non si può dire che facessimo conoscenza sin da allora.

Noi giovani assistenti di quegli anni la vedevamo entrare nella biblioteca con viso serio e quasi scuro; un rapido saluto sottovoce e poi sedeva al tavolo più appartato, si sprofondava nella lettura, scriveva appunti, sempre chiusa, sempre silenziosa. Non potevamo fare a meno di sentirla estranea e lontana.

Fino alla laurea, sostenuta l'anno seguente, non sapemmo nemmeno l'argomento preciso dei suoi studi. Quando l'apprendemmo non fummo troppo sorpresi che si trattasse di un tema un po' discosto dagli interessi prevalenti nella nostra cerchia. Gli usi civici dopo l'unità: da noi si studiava soprattutto il Diritto comune nell'età di mezzo e la ricca biblioteca rispondeva per la maggior parte alle esigenze di ricerche medievistiche. Un risveglio di interessi per problemi moderni — è vero — c'era stato con Carlo Ghisalberti, con Alberto Aquarone, con Federico Coen: ma piuttosto sulle linea di indagini rivolte a questioni generali di diritto pubblico con larghe aperture sulle loro premesse politico-ideologiche, indagini sulle prime esperienze costituzionali sette e ottocentesche o su aspetti legislativi della Restaurazione. Gli usi civici sollevavano più pungenti quesiti tecnici, erano pur sempre condizionati dalla loro rilevanza attuale, andavano insomma guardati con l'occhio del giudice o dell'avvocato: ossia

(*) Commemorazione tenuta a Firenze presso il Circolo toscano di storia del diritto, il 7 maggio 1976.

da punti di osservazione non molto familiari a buona parte di noi convinta nell'intimo, e magari di nascosto, che la storia 'si volgesse in sua sfera', pronta a rendersi utile per la formazione culturale del giurista ma decisamente restia a entrar nei tribunali.

Giuliana aveva invece un certo gusto per i problemi del diritto positivo vigente e, nell'intraprendere indagini storiche connesse con qualche istituto, usava porre sempre molta cura nell'esaminare quesiti e soluzioni della dogmatica recente, dibattiti svolti, atteggiamenti essenziali assunti dalla giurisprudenza. Era forse un gusto maturato nell'ambiente familiare, ove gli echi della vita di un attivo studio professionale dovevano far sì che i problemi di diritto, per così dire, si sentissero nell'aria.

Ma, a ben vedere, sulla scelta dell'argomento della tesi potevano aver pesato anche altri motivi.

Politicamente molto impegnata, e militante nel P.C.I. sin dall'età di 14 anni, Giuliana era a quel tempo particolarmente incline a cercar nella storia una consapevolezza più piena dei grandi temi politico-sociali, sicché l'elaborazione di una tesi doveva fatalmente costituire l'occasione per un qualche approfondimento teorico rivolto a questo fine. Nei dibattiti svolti sugli usi civici prima e dopo la discussa legge abolitiva dell'88 poté in effetti veder delinearsi contraddizioni interne, insufficienze e limiti storici della proprietà individuale forgiata secondo gli antichi schemi della tradizione; poté scorgere come in molte zone d'Italia conservasse un significato attuale e un'utilità, che invano si negava, la concezione in cui il diritto d'uso prevaleva su quello astratto della pertinenza, in cui la titolarità collettiva si scontrava con quella individuale, in cui l'antica e drastica riduzione dell'uso civico a una semplice servitù gravante su beni altrui urtava contro la configurazione di veri e propri domini collettivi.

Qui risiedevano interessi teorici che forse la passione politica ispirava.

Ma la passione politica che tanto spesso ostacola lo storico, alimenta giudizi aprioristici, riduce la realtà alle idee piuttosto che adeguare le idee alla realtà, e conduce a gabbellare *pamphlets* per opere di scienza era in questo caso ben dominata da una serietà inappuntabile e, vorrei aggiungere, dal naturale pudore per qualunque esibizione di incentivi personali. La tesi di laurea

vide in parte la luce in un articolo del '59: la documentazione è puntuale, gli sviluppi sono rigidamente controllati, alla descrizione fanno riscontro giudizi obiettivi, secchi, imparziali.

Quest'obiettività scarna e rigorosa, specchio di attitudini scientifiche genuine, si rivela in quegli anni persino in un lavoro dedicato a vicende politiche sofferte, e quindi di per sé idoneo ad aprirsi agli sfoghi e ai condizionamenti affettivi del discorso: sono pagine forse poco note, apparse in *Passato e presente* del '60 e dedicate alla lotta politica degli intellettuali e degli universitari comunisti romani nel 1956. Giuliana era nel numero di quegli studenti che avevano vissuto il dramma dei fatti di Polonia e di Ungheria, sopravvenuti nel pieno della crisi aperta dal XX Congresso sovietico, ed era intervenuta nel movimento di opposizione subito stroncato dall'VIII Congresso del P.C.I. Era stata una crisi di coscienza profonda. Non pochi abbandonarono allora definitivamente il partito. Lo fece appunto anche Giuliana.

Ma la prosa dell'articolo che rievoca fatti e pensieri dalle risonanze così intime è fredda, la relazione sugli uni e sugli altri è quasi arida, solo la chiusa si anima commentando il documento redatto dai segretari della cellula e del circolo universitario Tronti e Caracciolo nel gennaio del '57: pochi cenni esprimono sentimenti di delusione, d'incertezza, il bisogno di appartarsi, di riflettere, di maturare scelte ulteriori.

L'affinità con le posizioni politiche del marito Alberto Caracciolo, e il peso che queste continuarono a esercitare, va di pari passo con la chiara influenza sulla formazione culturale. Influenza palesata soprattutto dall'ampiezza di orizzonti che hanno sempre caratterizzato l'attività di studio di Giuliana.

Grande lettrice, si inoltrava con naturalezza in temi vari della storia generale, trascorrendo dalle vicende del pensiero sette e ottocentesco ai problemi di storia economica e specialmente agraria; poi, oltre, a quelli del mondo feudale soprattutto del nostro Mezzogiorno.

La scelta stessa di taluni argomenti d'indagine lascia trasparire le sollecitazioni che le vennero da Alberto.

La raccolta di documenti sulla legislazione ecclesiastica fino al 1867 fu inserita in una collana diretta da A.M. Ghisalberti e

coordinata da Caracciolo. La densa introduzione, imperniata sul disegno degli scontri tra le vecchie tradizioni giurisdizionalistiche e la nuova politica separatistica di marca cavouriana, rivela singolari capacità sintetiche nella fusione in un quadro armonico dei problemi a sfondo ideologico, relativi ad esempio al matrimonio, con quelli di natura economico-finanziaria connessi con la soppressione delle corporazioni religiose e con l'incameramento dell'asse ecclesiastico.

Un tema, d'altronde, sul quale Giuliana tornò qualche anno dopo con un saggio sulle scelte di politica ecclesiastica nei mesi che precedettero e seguirono la proclamazione dell'unità.

Né è possibile ignorare come fosse vicino agli interessi di Alberto lo studio su Pasquale Stanislao Mancini, commissionato dall'UTET per la sua collana di biografie in cui però non vide mai la luce. Ne fu stralciata la parte sulla discussa adozione delle leggi piemontesi in Toscana, nell'Emilia e a Napoli, all'indomani della seconda guerra per l'indipendenza, e ne risultò un lungo ed elegante articolo pubblicato negli *Annali di storia del diritto* del '61-'62.

Fino alla metà circa degli anni Sessanta la produzione scientifica appare tutta ispirata dalla curiosità per la storia politico-giuridica recente e recentissima, ma, quando vede la luce nel '65 l'opera forse più impegnativa di questa prima fase degli studi, l'attenzione si sposta verso le radici un po' più lontane di certe posizioni intellettuali moderne e si orienta verso il Settecento. *L'Illuminismo e scienza del diritto in Italia* insegue da una parte le testimonianze di una sensibilità storica preromantica, e in particolare di quella consapevolezza di una dimensione storica del diritto di cui non si può fare, e non si usa più fare, un risultato esclusivo della rivoluzione culturale ottocentesca. È in effetti una prima intuizione della necessità di sciogliere l'astrattezza delle norme che guida la polemica illuministica contro il diritto romano: polemica che scarta ormai le sottigliezze filologiche dell'antitribonianismo umanistico, né si esaurisce più nella semplice esigenza giusnaturalistica di una razionalizzazione dell'ordinamento, ma coglie l'inadeguatezza di fonti troppo lontane dallo spirito dei tempi, pessime leggi perché hanno imposto una esperienza tutta romana a popolazioni diversissime (Pilati), inu-

tile raccolta, sebbene tanto celebrata, di opinioni dottrinali intessute più che altro di « spiritose sottigliezze » (Castellamonte) inadatte a costituire un sistema normativo: insomma un monumento al quale è assurdo prestare la tradizionale reverenza (Alessandro Verri).

D'altro canto l'indagine si volge al conflitto, specialmente vivace a Napoli, tra talune concezioni filosofico-giuridiche di antica radice medievale — che si sviluppano intorno ai modi dell'*interpretatio*, al valore della *ratio*, al procedimento analogico — e altre invece politiche che esaltano la certezza del diritto e svuotano la funzione del giudice a una semplice applicazione della lettera. E poi si inoltra in quel realismo settecentesco che si rivela nel ripudio, ad esempio, del corrente dogma dell'eguaglianza — sia naturale (Hobbes) sia convenzionale (Rousseau) — per affermare col Grimaldi addirittura un'ineguaglianza naturale destinata a rispecchiarsi nell'ineguaglianza degli *status* giuridici.

Sono temi che obbligavano a un confronto non solo con altre posizioni teoriche coeve o posteriori, ma altresì con modelli medievali: soprattutto le tarde polemiche antiromanistiche ponevano inevitabilmente sul tappeto la questione del Diritto comune, e ciò impegnava a volgere lo sguardo indietro di qualche secolo.

Taluni motivi cari a Calasso finivano così col fare presa.

Ma, a ben vedere, l'accostamento al maestro atteneva più al campo di ricerca che al modo di guardare glosse e commenti.

Un nuovo gusto per il particolare e per l'approfondimento meticoloso caratterizza infatti la seconda fase degli studi di Giuliana e li volge verso la filologia e l'indagine erudita.

È del '68 il primo segno dell'avvenuta modifica degli orientamenti. Le note su *Petrus Burgundus* o *Petrus Burgundionis* scoprono alcuni dati, ne sistemano altri già risaputi: ma quel che conta è riscontrare, in quelle pagine, l'investigazione puntuale delle fonti e delle sparse notizie storiografiche relative a un personaggio di quell'ambiente complesso, e in buona parte misterioso, ch'è la scuola tolosana tra il Due e il Trecento. Un passo avanti, nel '70, con le *Notizie di letteratura longobardistica* pubblicate nella rivista della Facoltà giuridica di Cagliari. L'esame dei manoscritti qui si approfondisce, taluni problemi circa gli

studi longobardistici a Bologna nei primi tempi della scuola si pongono con sottigliezza più matura e sfociano nell'edizione di due frammenti, i cosiddetti *Brocarda Lombarde* e il *De pugna*.

I primi incontri con quel diritto germanico che tanta parte ha avuto nella vita giuridica del Mezzogiorno, e quindi i primi fatali contatti con i Carlo di Tocco e i Roffredo da Benevento, sono all'origine della curiosità che viene da allora sviluppandosi per le vicende meridionali di quell'ordinamento e dei suoi interpreti: indagini di manoscritti che conducono al rinvenimento di talune testimonianze parziali dell'opera di Carlo, edite nel '74, riferimenti numerosi in molti articoli e soprattutto l'ultimo lavoro, dettato quando già la malattia la costringeva a letto e dedicato alla memoria di Calasso. Un lavoro dal taglio tutto nuovo, rivolto a sfatare le idee correnti circa la semplice sopravvivenza locale di antiche strutture longobarde — sopravvivenza troppo ostinata e troppo capillarmente diffusa per essere spiegata unicamente in termini di continuità — e conferisce a tali strutture una seconda gioventù riscontrandone l'introduzione, per il tramite della prassi feudale, nel sistema delle *Constitutiones regie*. Un angolo visuale inconsueto e molto suggestivo, dal quale occorrerà d'ora in poi valutare un fenomeno che ha finora nascosto nell'ombra troppi aspetti.

Dalla fine degli anni Sessanta è comunque il Mezzogiorno medievale a costituire il polo degli interessi primi.

Anche lo studio che resterà la chiave di volta della produzione di Giuliana — le *Indagini sulla transazione* edite in veste provvisoria nel '71 e poi definitivamente nel '72 — prende lo spunto e toglie in parte il capitolo centrale da un articolo apparso negli *Annali di storia del diritto* del '68-'69 sul medesimo argomento, ma circoscritto alla giurisprudenza del Regno di Sicilia.

In un singolare contesto di fonti edite ed inedite, le contraddizioni tra il principio dei poteri cogenti del giudice nella transazione e quello opposto dell'autonomia privata vedono intrecciarsi le tradizioni romanistica, canonistica e longobardistica; poi l'emergere presso glossatori e commentatori della *perpetua causa* del negozio transattivo sposta il problema dal piano formale dell'autorizzazione del giudice a quello sostanziale degli effetti, preclusivi e quindi tali da eliminare ogni futuro stato di conte-

stazione; nel capitolo finale del libro il discorso si allarga infine a investire i fondamenti teorici dell'*ultra citroque obligari* e le soluzioni proposte dai culti cinquecenteschi sulla scorta dei loro approfondimenti del concetto di sinallagma.

Spunti numerosi e suggestivi si presentano, insomma, come contributi per una storia del contratto e dell'obbligazione in genere.

Ma se questi polarizzano anzitutto l'attenzione del giurista, lo storico della cultura viene attratto dall'appendice sulla scuola di Napoli, che sembra sì staccarsi dalla trattazione svolta nel resto del volume, ma è una testimonianza ulteriore sia della provenienza dal mondo meridionale delle prime sollecitazioni alla ricerca, sia del puntiglio con cui le fonti utilizzate venivano sottoposte a un'analisi filologica e a un'interpretazione storica originali: è ammirevole, infatti, veder le tante e minute notizie sulla scienza napoletana tra Due e Trecento animarsi nella contrapposizione di un'aristocratica cultura romanistica da una parte, e dall'altra di una dottrina del *ius Regni* legata alla pratica degli alti uffici regi.

È anzi proprio da quest'ultima attraente ipotesi del doppio volto assunto dalla scienza giuridica meridionale che si sviluppa nei *Quaderni storici* del '71 il discorso breve, ma denso e ad ampio raggio, sui rapporti tra diritti comuni e diritti locali nell'insegnamento universitario dell'età di mezzo. Un discorso che puntualizza e corregge talune conclusioni esposte da studiosi stranieri nel Congresso di scienze storiche di Mosca: poche pagine su cui dovranno riflettere gli studiosi del fenomeno universitario medievale.

Sono anni in cui il prevalere di tendenze, per così dire, erudite e del gusto per fonti due e trecentesche si palesa in campi vari e con frequenza.

Nel bell'articolo apparso nella *Tijdschrift* del '72, una stesura assai vicina a quella originaria, oggi perduta, del misterioso *Dictionarium iuris* di Jacques de Revigny è individuata nel manoscritto ottoboniano 1299; una stesura ancor meno discosta dal testo genuino di quanto non sia quella del frammento bifolio rinvenuto dal Seckel e da lui considerato senz'altro parte dell'opera smarrita; una stesura, insomma, che all'atto pratico re-

stituisce con notevole approssimazione agli studiosi una scrittura che circolò tra i primi commentatori e li influenzò non poco.

Dopo il '73 sembra aprirsi una terza fase nell'attività scientifica di Giuliana.

L'antica propensione per temi di storia più vicina a noi, e più direttamente legati ad atteggiamenti della società e della cultura odierne, tende a risvegliarsi e coesiste con quella, forse attutita ma non spenta, per le ricerche specialistiche di storia medievale, per le biografie di giuristi antichi, per la raccolta e l'elaborazione di dati e di notizie.

È difficile dire se le due tendenze che traspaiono dalla produzione degli ultimi anni convivessero quietamente o si scontrassero, se si fondessero nell'intimo di una personalità tanto complessa e aperta a ogni sollecitazione intellettuale o ponessero un'alternativa magari sofferta, precludendo a un'ulteriore scelta.

Certo è, da una parte, che le ricerche sulle fonti intermedie non si interrompono. Un gruppo di *quaestiones* di scuola napoletana vedrà prossimamente la luce negli *Aspetti dell'insegnamento giuridico nelle Università medievali* curati da Manlio Bellomo; la sensibilità per il libro antico continua a rivelarsi nei garbati cenni sulla rara edizione veneziana di *Tractatus* del 1548, dei cui 18 volumi si arricchisce con un acquisto fortunato la biblioteca della Facoltà di Cagliari; alla dotta voce del *Dizionario biografico* sul Caccialupi si aggiunge quella su Paolo e Angelo di Castro, purtroppo non completata, ma della cui rifinitura si è assunto il compito Mario Caravale; le vecchie premure per il diritto longobardo danno un ultimo frutto nell'indagine, di cui si è detto sopra, destinata agli *Studi* per Calasso e attualmente in bozze.

D'altra parte, però, quel mondo meridionale, che offre forse il filo conduttore più evidente degli studi di un decennio e più, prospetta ora problemi che si collocano in quell'età dell'illuminismo già per altri versi cara al primo libro del '65; sono problemi relativi alle posizioni teoriche che accompagnarono i settecenteschi attacchi al feudalesimo ormai in procinto di cadere; problemi che si legano quindi chiaramente a temi in voga presso una storiografia politico-economica recente, i cui motivi prin-

cipali vengono assunti e precisati alla luce di fonti tecnico-giuridiche.

Pesavano certo su tali nuove prospettive la collaborazione divenuta assidua ai *Quaderni storici* diretti da Caracciolo e Villani e i contatti, che si erano allora venuti intensificando, con i Villani, appunto, con i Venturi e con la loro cerchia.

Così la relazione tenuta l'11 maggio del '73 al Congresso catanese sull'illuminismo e la società meridionale prende lo spunto dal carattere di sistema sociale riconosciuto al feudalesimo dagli illuministi; il binomio dominio diretto-dominio utile — ch'è il perno della struttura giuridica di tale sistema — è condotto allora a rappresentare non soltanto l'antitesi tra proprietà astratta del feudatario e possesso terriero concreto del lavoratore, ma altresì tra *iurisdiction* del barone e *subiectio* del produttore; i presupposti del discorso comprendono il richiamo a Marx, e all'interpretazione dell'economia feudale italiana come atipico regresso nei confronti del precapitalismo comunale, lungo la linea di uno studio del Sereni, nonché il richiamo all'altra affermazione del carattere non direttamente economico, ma politico-giuridico, del prelievo sul pluslavoro operato in regime feudale dalle classi dominanti: vi sono insomma gli elementi per un'impostazione tutt'altro che specialistica del tema. E se da tali premesse nasce poi un discorso intorno a costruzioni di giuristi, restano evidenti sia l'ispirazione da una certa storiografia non giuridica, sia l'obiettivo di saggiarne i risultati.

Le conclusioni si collegano e si misurano con quelle rigorose di altra pubblicazione, nei *Quaderni storici* del '74, in cui la medesima polemica antif feudale viene però osservata nel solco delle antiche tradizioni feudistica e longobardistica: gli intellettuali riformisti, che vedono il feudo istituzionalmente inserito come trave portante nel *ius Regni*, più che denunciare il sistema, per buona parte del secolo si limitano a formulare condanne più o meno roventi dei baroni; sicché gli attacchi perdono molto della loro virulenza storica e non riescono a togliersi dai consueti binari tecnico-formali.

Se in questi lavori il riemergere della predilezione per il Settecento non esclude il perdurante apporto della severa esperienza medievistica, un completo distacco da tale esperienza e una più

significativa conferma del ritorno ai gusti di 15 o 20 anni prima si registra nel contributo per i *Quaderni fiorentini* del '74-'75 su Icilio Vanni, sul positivismo, lo storicismo e il materialismo storico dell'ultimo Ottocento. Come un po' negli scritti della prima epoca, anche qui la curiosità per fatti e dottrine vicini ai nostri tempi sembra tradursi nel desiderio di guardare a problemi dei padri con gli occhi nostri, e a problemi nostri con gli occhi dei padri.

Molte schede sono rimaste di ricerche intraprese che non vedranno mai la luce.

Ve ne sono intorno al notariato nell'età napoleonica, altre riguardano i corsi seminariati che teneva a Cagliari su questioni costituzionali dell'età fascista, talune infine testimoniano dell'intenzione di riprendere gli studi sugli usi civici avviati negli anni della laurea: quasi un estremo ritorno alle origini.

Sono soltanto appunti sparsi. Nessuno potrebbe oggi sostituirsi a lei e tentare a suo nome di elaborarli per offrire un attestato della stima e dell'affetto che ovunque e in tutti ha suscitato una personalità ricca di doti scientifiche e ricca al contempo di calore umano.

Era un calore umano che si esprimeva in una generosità immediata e davvero inconsueta. Lo sa bene chi, impegnato nei compiti amministrativi che in altri tempi imponeva l'assistenzato universitario, l'ha vista spontaneamente e silenziosamente addossarsi tutti per consentire al collega di dedicare alcuni mesi per intero a una ricerca; lo sa chi l'ha vista sobbarcarsi a viaggi faticosi e a indagini d'archivio in città anche lontane per fornire a un laureando fonti utili alla tesi; lo sa chi l'ha vista sempre pronta a sacrificarsi per essere vicina a chiunque fosse stato colpito da un'avversità. Le avversità che colpivano lei, invece, le sofferenze e finché fu possibile la stessa malattia erano tenute nascoste, perché altri non dovessero partecipare alla sua pena.

Giuliana D'Amelio ci ha lasciati.

Coloro che l'hanno conosciuta, e in particolare gli studiosi e gli studenti, non hanno perso soltanto una collega e un'insegnante di valore. Hanno perso un'amica carissima, la cui umanità vera e intensa rimarrà nel ricordo, al fondo del cuore di tutti.

E il rimpianto non avrà mai fine.

Giuliana D'Amelio in Caracciolo (Roma 20.7.1934 - Roma 2.2.1976) si è laureata in Giurisprudenza a Roma nel 1957 discutendo una tesi con Francesco Calasso; è stata nominata assistente volontaria alla cattedra di Storia del diritto italiano della Facoltà giuridica romana nel 1958, nel 1960 assistente straordinaria e nel 1967 ordinaria; ha conseguito la libera docenza di Storia del diritto italiano nel 1966 e nel 1967 ha ottenuto l'incarico dell'insegnamento della medesima disciplina nell'Università di Cagliari; dichiarata nel 1970 matura nel concorso alla cattedra di Storia del diritto italiano dell'Università di Macerata, risultava seconda ternata, con due voti per il primo posto, nel successivo concorso bandito dall'Università di Cagliari ed espletato nel maggio 1972. Dal 1° novembre di quell'anno professore straordinario a Cagliari, dal 1° novembre del 1974 è stata chiamata nella Università di Pisa.

L'opera pubblicata comprende:

L'abolizione degli usi civici nell'Italia centrale dopo l'unità, in *Rivista di diritto agrario* 38 (1959) parte I, pp. 443-58

La lotta politica del 1956 fra gli universitari e gli intellettuali comunisti di Roma, in *Passato e presente* 13 (1960) pp. 1704-39

Stato e Chiesa. La legislazione ecclesiastica fino al 1867, Milano 1961

Pasquale Stanislao Mancini e l'unificazione legislativa nel 1859-61, in *Annali di storia del diritto* 5-6 (1961-62) pp. 159-220

Illuminismo e scienza del diritto in Italia, Milano 1965

La proclamazione dell'unità d'Italia e i problemi di politica ecclesiastica, in *La legislazione ecclesiastica* [Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione] Milano 1967, pp. 45-63

Petrus Burgundionis, in *Studi senesi* III ser. 17 (1968) pp. 95-98

Transazione e « auctoritas iudicialis » nella giurisprudenza del Regno di Sicilia, in *Annali di storia del diritto* 12-13 (1968-69) pp. 161-262

Notizie di letteratura longobardistica, in *Studi economico-giuridici* [Università di Cagliari - Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza] 46 (1969-70) pp. 91-116

Discussioni congressuali sull'insegnamento del diritto nelle Università medioevali, in *Quaderni storici* 16 (1971) pp. 241-45

Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia con un'appendice sulla scuola di Napoli, Milano 1972

Il Dictionarium iuris di Jacques de Revigny, in *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis* 40 (1972) pp. 43-72

Prime testimonianze manoscritte dell'opera longobardistica di Carlo di Tocco (in collaborazione con Ennio Cortese) in *Atti del Convegno « I glossatori »* [Istituto Lombardo - Accademia di scienze e lettere] Pavia 1974, pp. 85-108

Caccialupi Giovanni Battista, in *Dizionario biografico degli italiani*, 15, Roma 1972, pp. 590-97

Una rara raccolta di 'Tractatus' nella biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari, in *Studi economico-giuridici* [Università di Cagliari - Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza] 48 (1973-1974) pp. 71-75

Polemica antif feudale, feudistica napoletana e diritto longobardo, in *Quaderni storici* 26 (1974) pp. 337-50

La società feudale come società anti giuridica nel pensiero dei giuristi napoletani dell'età dell'illuminismo, in *Archivio storico per la Sicilia orientale* 71 (1975) [Illuminismo e società meridionale - Atti del Convegno] pp. 99-114

Positivismo, storicismo, materialismo storico in *Icilio Vanni*, in *Quaderni fiorentini* 3-4 (1974-75) pp. 431-55.

Recensioni:

L. DAL PANE, *Lo Stato pontificio e il movimento riformatore del Settecento*, Milano 1959, in *Annali di storia del diritto* 3-4 (1959-60) pp. 428-31

A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960, ivi pp. 431-33

U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, Roma 1962, in *Annali di storia del diritto* 7 (1963) pp. 318-21

D. STRAUCH, *Recht Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny*, Bonn 1963, in *Annali di storia del diritto* 8 (1964) pp. 375-77

G. RICUPERATI, *L'esperienza civile e religiosa di Pietro Giannone*, Milano-Napoli 1970, in *Rassegna storica del Risorgimento* 58 (1971) pp. 458-60

G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Parte I, Genova 1970-71, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 21 (1971) pp. 1149-51

A. MAZZACANE, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. XVI*, Milano 1971, in *Quaderni fiorentini* 1 (1972) pp. 419-422

El cardenal Albornoz y el Colegio de España, 2 voll., Bologna 1972, in *Quaderni storici* 23 (1973) pp. 599-602.

Opere di prossima pubblicazione:

Una falsa continuità: il tardo diritto longobardo nel Mezzogiorno, in *Per Francesco Calasso. Studi degli allievi*, Reggio Calabria

Giuristi napoletani in due manoscritti vaticani, in *Aspetti dell'insegnamento giuridico nelle Università medievali* (a cura di M. Bellomo), Reggio Calabria

Castro (di) Angelo e Paolo, in *Dizionario biografico degli Italiani*.

Indice

	pag.
PAOLO GROSSI, <i>Pagina introduttiva</i>	I
MICHEL VIDAL, <i>La propriété dans l'école de l'exégèse en France</i>	7
MASSIMO BRUTTI, <i>L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny</i>	41
FRANCESCO DE SANCTIS, <i>Proprietà privata e società moderna: Hegel e Stein</i>	105
ANTONIO ZANFARINO, <i>La proprietà nel pensiero di Proudhon</i>	165
PAOLO GROSSI, <i>Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà</i>	201
JOHANNES - MICHAEL SCHOLZ, <i>Eigentumstheorie als Strategie portugiesischen Bürgertums von 1850</i>	339
MARIANO PESET, <i>Derecho y propiedad en la España liberal</i>	463
BARTOLOMÈ CLAVERO, 'La propiedad considerada como capital': en los origenes doctrinales del derecho actual español	509
ALBERT JANSSEN, <i>Otto von Gierkes sozialer Eigentumsbegriff</i>	549
RICCARDO FAUCCI, <i>Revisione del marxismo e teoria economica della proprietà in Italia, 1880-1900: Achille Loria (e gli altri)</i>	587
FRANCESCO GALGANO, <i>Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema</i>	681
HELMUT RITTSTIEG, <i>Die juristische Eigentumslehre in der Zeit des National- sozialismus</i>	703
PAUL OURLIAC, <i>Propriété et droit rural: l'évolution du droit français depuis 1943</i>	723
LUDWIG RAISER, <i>Das Eigentum im Deutschen Rechtsdenken seit 1945</i>	753
KLAUS WESTEN, <i>Theoretische Begründung und rechtliche Ausgestaltung des persönlichen Eigentums in den sozialistischen Staaten</i>	779
FRANZ WIEACKER, 'Wandlungen der Eigentumsverfassung' revisited	841
PIETRO RESCIGNO, <i>Disciplina dei beni e situazioni della persona</i>	861
STEFANO RODOTÀ, <i>La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali</i>	881

LETTURE

	pag.
R. BRANDT, <i>Eigentumstheorien von Grotius bis Kant</i> (K. Luig)	921
F. DE SANCTIS, <i>Crisi e scienza. Lorenz Stein. Alle origini della scienza sociale</i> (P. Costa)	926
R. FEENSTRA, C. J. D. WAAL, <i>Seventeenth Century Leyden Law Professors and their influence on the development of the civil law. A study of Bronchorst and Voet</i> (G. C. J. J. Van Den Bergh)	930
N. IRTI, <i>Introduzione allo studio del diritto privato</i> (G. Tarello)	932
<i>La formazione storica del diritto moderno in Europa</i> (P. Ungari)	941
A. MAZZACANE, <i>Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema</i> (G. Marini)	951
<i>Projet du Code civil de la République Romaine (1798)</i> (C. Ghisalberti)	954
G. RONCORONI, <i>La legislazione penale ticinese dal 1816 al 1873 (con particolare riguardo al Codice del 25 gennaio 1873)</i> (A. Cavanna)	959
<i>Staatsräson - Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs</i> (P. Schiera)	970
I. TAMMELO, <i>Zur Philosophie des Überlebens</i> (M. Fischer)	982
F. TODESCAN, <i>Lex, natura, beatitudo (Il problema della legge nella scolastica spagnola del sec. XVI)</i> (A. Giuliani)	985

A proposito di...

GIORGIO BERTI, <i>Recenti scritti di giuspublicisti intorno alla proprietà</i>	991
PIO CARONI, <i>L'educazione giuridica in Svizzera dal XVI al XIX secolo</i>	1009
PIETRO COSTA, <i>Widar Cesarini Sforza: 'illusioni' e 'certezze' della giurisprudenza (in margine a 'Crocianesimo e cultura giuridica italiana' di Antonio De Gennaro)</i>	1031
MAURIZIO FIORAVANTI, <i>Per l'interpretazione della giuspublicistica tedesca dell'Ottocento: problemi e prospettive (A proposito di PETER VON OERTZEN, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1974)</i>	1097

STRUMENTI

ANDRÈ - JEAN ARNAUD, <i>Éléments de bibliographie en langue française sur l'histoire de la pensée juridique moderne - 2^e mise à jour: hiver 1976/77</i>	1117
ENNIO CORTESE, <i>Giuliana D'Amelio Caracciolo</i>	1125

I collaboratori del quinto-sesto «Quaderno»

Michel VIDAL

Chargé des fonctions de maître de conférences - Université de Montpellier I

Massimo BRUTTI

Prof. Straordinario di Storia del diritto romano - Università di Macerata

Francesco DE SANCTIS

Prof. Incaricato stabilizzato di Filosofia della politica - Università di Teramo

Antonio ZANFARINO

Prof. Ordinario di Storia delle dottrine politiche - Università di Firenze

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Johannes-Michael SCHOLZ

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte - Frankfurt/Main

Mariano PESET

Profesor de Historia del derecho español - Universidad de Valencia

Bartolomé CLAVERO

Profesor Agregado de Historia del derecho - Universidad de Sevilla

Albert JANSSEN

Dr. iur. - Oberregierungsrat - Hildesheim

Riccardo FAUCCI

Prof. Incaricato stabilizzato di Storia delle dottrine economiche - Università di Macerata

Francesco GALGANO

Prof. Ordinario di Diritto civile - Università di Bologna

Helmut RITTSTIEG

Ord. Professor für Öffentliches Recht - Universität Hamburg

Paul OURLIAC

Membre de l'Institut de France - Professeur d'Histoire des institutions et des faits sociaux - Université de Toulouse

Ludwig RAISER

Emerit. Professor für bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht - Universität Tübingen

Klaus WESTEN

Ord. Professor für östereuropäisches Recht und bürgerliches Recht - Freie Universität Berlin

Franz WIEACKER

Ord. Professor für römisches Recht - Universität Göttingen

Pietro RESCIGNO

Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto privato - Università di Roma

Stefano RODOTÀ

Prof. Ordinario di Diritto civile - Università di Roma

- Klaus LUIG

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte - Frankfurt/Main

Pietro COSTA

Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Salerno

G. C. J. J. VAN DEN BERGH

Professeur d'Histoire du droit - Université d'Utrecht

Giovanni TARELLO

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Genova

Paolo UNGARI

Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano moderno e contemporaneo - Università di Padova

Giuliano MARINI

Prof. Ordinario di Filosofia della politica - Università di Pisa

Carlo GHISALBERTI

Prof. Ordinario di Storia del diritto - Università di Roma

Adriano CAVANNA

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Padova

Pierangelo SCHIERA

Prof. Straordinario di Storia delle dottrine politiche - Università di Trento

Michael FISCHER

Assistent am Institut für Rechtsphilosophie, Methodologie der Rechtswissenschaften und Allgemeine Staatslehre - Universität Salzburg

Alessandro GIULIANI

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Perugia

Giorgio BERTI

Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Firenze

Pio CARONI

Prof. Ordinario di Storia del diritto e Diritto privato svizzero - Universität Bern

Maurizio FIORAVANTI

Ass. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

André-Jean ARNAUD

Chercheur au C.N.R.S.-Centre de Philosophie juridique - Université de Paris II

Ennio CORTESE

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Pisa