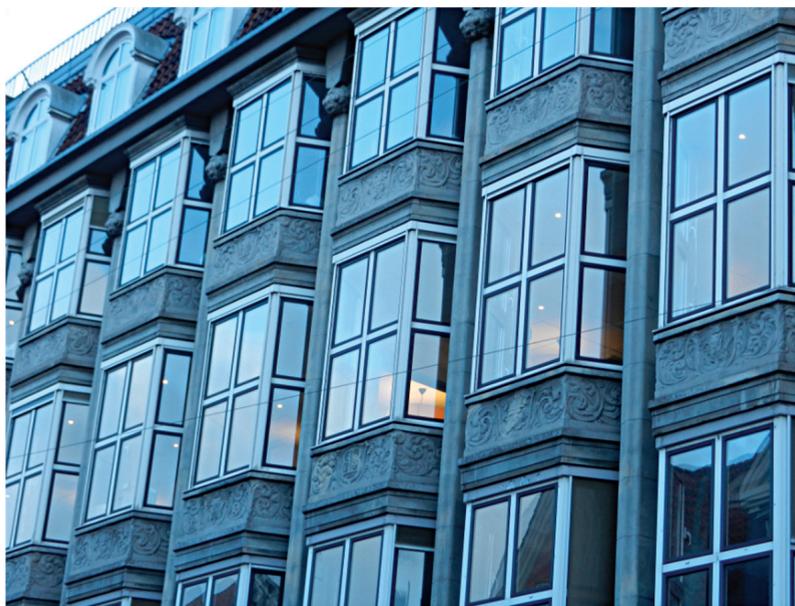


La cultura giuridica.
Testi di scienza, teoria e storia del diritto

LA FUNZIONE SOCIALE NEL DIRITTO PRIVATO TRA XX E XXI SECOLO

a cura di
FRANCESCO MACARIO e MARCO NICOLA MILETTI



Roma TrE-Press
2017

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

La cultura giuridica.
Testi di scienza, teoria e storia del diritto

3

LA FUNZIONE SOCIALE NEL DIRITTO PRIVATO
TRA XX E XXI SECOLO

Atti dell'incontro di studio
Roma, 9 ottobre 2015

a cura di
FRANCESCO MACARIO e MARCO NICOLA MILETTI



Roma TrE-Press
2017

La cultura giuridica. Testi di scienza, teoria e storia del diritto

Collana diretta da Beatrice Pasciuta (Univ. di Palermo)

Comitato scientifico:

Pia Acconci (Univ. di Teramo); Italo Birocchi (Univ. di Roma Sapienza); Antonio Carratta (Univ. di Roma Tre); Emanuele Conte (Univ. di Roma Tre); Wim Decock (Univ. di Leuven); Carlo Fantappiè (Univ. di Roma Tre); Stephanie Henneke-Vauchez (Univ. Paris X – Nanterre); Caroline Humphress (Birkbeck College London); Luca Loschiavo (Univ. di Teramo – Roma Tre); Michele Luminati (Univ. di Lucerna – Istituto svizzero di Roma); Francesco Macario (Univ. di Roma Tre); Marta Madero (Univ. de Buenos Aires); Maria Rosaria Marella (Univ. di Perugia); Valerio Marotta (Univ. di Pavia); Sara Menzinger (Univ. di Roma Tre); Marco Nicola Miletti (Univ. di Foggia); Angela Musumeci (Univ. di Teramo); Paolo Napoli (EHES Paris); Beatrice Pasciuta (Univ. di Palermo); Francesco Riccobono (Univ. di Napoli Federico II); Marco Urbano Sperandio (Univ. di Roma Tre); Mario Stella Richter (Univ. di Roma Tor Vergata); Isabel Trujillo (Univ. di Palermo); Kaius Tuori (Univ. di Helsinki)

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Edizioni: RomaTrE-Press ©

Roma, gennaio 2017

ISBN: 978-88-97524-99-1

<http://romatypress.uniroma3.it>

Immagine di copertina: *Copenaghen – veduta di un esterno* (foto aled.it)

Indice

FRANCESCO MACARIO, <i>Le ragioni di un incontro</i>	5
MARCO NICOLA MILETTI, <i>Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane di una formula</i>	9
NICOLÒ LIPARI, <i>Una chiave di lettura</i>	19
SALVATORE PATTI, <i>La funzione sociale nella 'civilistica italiana' dell'ultimo secolo</i>	23
ANTONIO IANNARELLI, <i>Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni</i>	33
MARIO STELLA RICHTER JR., <i>L'impresa azionaria tra struttura societaria e funzione sociale</i>	65
ANTONIO CARRATTA, <i>Funzione sociale e processo civile tra XX e XXI secolo</i>	87
MICHELE SESTA, <i>La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali</i>	139
GIOVANNI CHIODI, <i>La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto</i>	151
CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, <i>La funzione sociale del diritto del lavoro tra legislatore e giudice</i>	169
ALESSANDRO SOMMA, <i>Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi</i>	189
PIETRO RESCIGNO, <i>Conclusioni: il pensiero di Betti e la prospettiva costituzionale</i>	209

Francesco Macario

Le ragioni di un incontro

Nell'affidare all'amico Marco Milette e a me l'organizzazione del nostro incontro di oggi, l'Istituto Betti intende proporre una nuova riflessione di carattere giuridico e storico a un tempo. Come nella precedente occasione dedicata al tema de *I giuristi e il fascino del regime*, il titolo di questo incontro – *La funzione sociale nel diritto privato* – non vorrebbe enunciare una tesi, ma soltanto stimolare una riflessione, ed eventualmente un dibattito fra diverse ricostruzioni, grazie all'apporto critico di studiosi di diversi ambiti giuridici, su un'ipotesi appunto di studio. In questo senso, il titolo potrebbe apparire provocatorio, ma nel significato più genuino dell'espressione.

L'ipotesi di lavoro si potrebbe meglio esplicitare, probabilmente, con un interrogativo: se ed eventualmente in che modo sia possibile ripercorrere istituti, norme, idee e, più in generale, spunti di riflessione – in una parola, il pensiero giuridico affidato alle sue più diverse manifestazioni – nella lunga 'storia' del diritto privato, all'insegna (e, in tal senso, nella ricerca) di una sua 'funzione', affiancata, più correttamente qualificata dall'attributo 'sociale', anche con il riferimento (che l'Istituto organizzatore dell'incontro intende conservare e rinnovare nei suoi incontri) al pensiero del grande giurista Emilio Betti.

Tale raccordo ideale si coglie con immediatezza, in modo direi più che intuitivo, con la concezione bettiana del negozio giuridico – in particolare, con la sua prospettazione del complesso tema della causa negoziale, quale «funzione economico-sociale», secondo la formula divenuta celebre tra i civilisti –, che rinvia in ultima analisi alla stessa idea dell'autonomia privata, ma è indubbio che l'espressione, e soprattutto l'idea che essa intende esprimere, vanti una storia ben più ampia e articolata.

Potrebbe essere sufficiente riferirsi all'esplicita utilizzazione del concetto nella nostra Carta costituzionale, al fine di conferire – ciò avviene

attraverso una formulazione di forte impatto e, al contempo, di carattere notevolmente impegnativo, riterrei – la nota caratterizzante, se non decisiva, al riconoscimento e alla tutela costituzionale della proprietà privata, in virtù di una norma – si allude a quella consegnata al secondo comma dell'art. 42 Cost. –, la cui dibattuta e sofferta elaborazione costituisce di per sé un indice della sua intrinseca problematicità. Si trattava, in quello straordinario e irripetibile frangente della storia legislativa italiana, di fissare il principio di fondo, che avrebbe rappresentato il criterio guida ineludibile per il legislatore impegnato a disciplinare un diritto (in tutti i suoi risvolti: modi di acquisto, godimento e limiti), non a caso incisivamente definito «terribile diritto» – riprendo il titolo di una preziosa raccolta di studi di Stefano Rodotà, che ci fa l'onore di presenziare al nostro incontro, rendendo, se vorrà intervenire, anche una testimonianza dei suoi studi 'bettiani' –, che attendeva una sorta di ridefinizione e forse rifondazione, alla luce del dettato costituzionale e della scala di valori tra le diverse situazioni giuridiche considerate dal costituente.

È evidente, anche se ciò non venne compreso da tutti immediatamente, che il monito di cui all'art. 42, 2° comma non era destinato al solo legislatore, di modo che la 'rilettura' in chiave costituzionale dell'istituto dominicale, tradizionalmente considerato uno dei cardini – probabilmente, nella cultura più diffusa, il cardine – del diritto privato consegnato all'autorevolezza e alla solidità del codice civile, non avrebbe potuto essere trascurata dall'interprete, in primo luogo il giudice, purché dotato di quella sensibilità e consapevolezza culturale che permette di operare con i principi e le formulazioni normative del tipo di quella in esame.

Non sarebbe stato difficile, del resto, rinvenire – se non altro, ricercare – nella storia del pensiero giuridico civilistico, a partire dalla seconda metà del XIX secolo, i segnali dell'esigenza, manifestata dalla più sensibile dottrina, di superare l'idea – se si preferisce, l'ideologia – di un diritto privato 'neutrale', per così dire, rispetto al contesto socio-economico, quale conseguenza e al tempo stesso, si direbbe, presupposto del mito del soggetto astratto di stampo ottocentesco.

In tal senso, non v'è dubbio che, pur senza riferirsi necessariamente ed esplicitamente alla formula della 'funzione sociale', legislatori e giuristi – ossia gli interpreti, quali protagonisti dell'esperienza giuridica, in sede tanto dottrinale quanto giurisdizionale – hanno operato nella convinzione che il diritto privato potesse (e, dunque, dovesse) definitivamente affrancarsi da tale pretesa neutralità (di stampo, si afferma comunemente, ottocentesco) nei suoi più diversi ambiti: dai rapporti familiari e successori, sino alla materia del contratto e alla disciplina degli affari in termini più generali, senza

trascurare l'ampia area della responsabilità civile, così come la complessa problematica dei diritti della persona e della personalità. Di qui, l'assai ampio spettro di temi e ambiti che il nostro incontro intende indagare.

«La funzione sociale *nel* diritto privato» può essere intesa (e, dunque, ricercata, almeno nell'idea che ha indotto a promuovere l'incontro), non solo e non tanto quale dato caratterizzante di una nuova concezione – rispetto al paradigma tradizionale, espresso e radicato s'è detto nell'impianto stesso delle grandi codificazioni europee – *del* diritto privato (con una sorta di opzione ideologica generale, discutibile come tutte le scelte ideologiche, ma anche con il rischio di una riflessione viziata da eccessiva genericità: il punto è stato ampiamente discusso in sede di organizzazione dell'iniziativa), bensì come chiave di lettura delle diverse discipline, in cui operano principi e regole generali (che siamo soliti ricondurre ai fondamenti del diritto privato), abbracciando così il diritto commerciale e del lavoro, senza trascurare la dimensione giurisdizionale e processuale delle forme di tutela. Sono i diversi ambiti su cui sono stati chiamati a riflettere gli amici relatori, nel tentativo di tenere insieme una sorta di 'filo conduttore' dell'intera riflessione.

In tal senso, l'analisi storico-evolutiva dei diversi ambiti affidati ai relatori potrà rivelare se, e in che modo eventualmente, il diritto privato sia maturato – nell'opera dei giuristi, così come del legislatore del secolo appena trascorso – nel segno della sua 'funzione', e più in particolare di quella che si è voluta declinare come 'funzione sociale', con una continua ridefinizione di norme e principi, nonché elaborazioni teoriche intese ad affermare (o, almeno, a ricercare) il necessario momento di saldatura del dato normativo formale – massimamente, e per definizione verrebbe da dire, generale e astratto nel diritto privato – con la realtà e la drammaticità conflittuale dei rapporti sociali. Ed è quasi superfluo aggiungere che la prospettiva non può che essere quella dell'effettività, dovendosi verificare l'attuazione concreta, nelle diverse sedi dell'esperienza giuridica, dei propositi affidati a formule normative ambiziose, all'apparenza persino troppo enfatiche, come quella che compare nel titolo del nostro incontro.

Nella ricostruzione storica, accanto alle vicende che hanno caratterizzato il pensiero dei giuristi nell'ultimo secolo – una storia dunque recente, i cui echi possono essere ancora avvertiti ai nostri giorni e sono idonei a rivelare il filo rosso costituito dalla 'funzione sociale', da ricercare nei diversi momenti ed episodi di siffatta evoluzione – non può non essere considerata la storia del presente, ossia il contesto attuale, in cui il diritto privato tradizionale si è trovato, e si trova quotidianamente, a doversi confrontare con la fenomenologia del 'diritto europeo', quale che sia l'accezione che s'intenda dare all'espressione.

Un'esperienza giuridica, quest'ultima, che condiziona ormai ogni nostra riflessione e che, per gli studiosi civilisti almeno, presenta il dato significativo e singolare dell'abdicazione – a quanto parrebbe definitiva e convinta – al concettualismo astratto, matrice e linfa vitale in passato del dogmatismo ma anche della costruzione del 'sistema' (in chiave, appunto, dogmatica); un abbandono che si realizza in favore di un dichiarato e, si direbbe, disincantato 'funzionalismo', avente lo scopo di coordinare (*rectius*, 'armonizzare') non soltanto il diritto formale e la realtà dei rapporti socio-economici all'interno di un ordinamento, bensì – molto più ambiziosamente – le diverse e varieguate esperienze giuridiche nazionali, che finiscono per comporre una sorta di grande mosaico definibile e definito suggestivamente in termini di «nuova cultura giuridica europea». Va da sé, del resto, che l'affermazione di nuovi paradigmi cognitivi, anche se si limita il discorso al piano dei concetti giuridici, non può lasciare indifferenti nell'indagine su categorie e formule che provengono da una diversa, spesso ben radicata, tradizione culturale. Il discorso vale, evidentemente, anche per la 'funzione sociale', che peraltro sappiamo essere formula normativa non appartenente soltanto alla tradizione costituzionale italiana.

Nel dibattito di politica del diritto, ormai da tempo in corso, relativo agli obiettivi e, dunque, alle 'funzioni' del diritto privato europeo – al tempo stesso, causa ed effetto dell'intesa attività legislativa proveniente da Bruxelles e della parimenti imponente attività giurisdizionale della Corte di Lussemburgo – si discute, in effetti, del «compito del diritto privato», nella graduale ma inarrestabile costruzione di un ordinamento che, comunque lo si voglia definire, presenta peculiarità e caratteri suoi propri, a tal punto marcati da svincolarlo in modo sempre più netto dai diversi contesti nazionali, ma anche dai modelli categoriali collaudati del diritto internazionale (in quanto fondato sull'idea del 'conflitto' delle leggi, mentre quel che si ricerca in Europa è, all'opposto, la consonanza e pertanto l'armonizzazione).

Anche in questa inedita e stimolante prospettiva, l'idea de «la funzione sociale nel diritto privato» mi sembra meritare ampiamente la riflessione affidata al nostro incontro, con l'obiettivo di comprendere e ricostruire, in modo più consapevole grazie all'analisi storica del pensiero e della cultura giuridica, il contesto in cui lo studioso è chiamato, sul piano tecnico ma ancor prima culturale, a operare senza isolarsi nel suo ambito disciplinare – ancor peggio, se l'isolamento fosse quello dello specifico settore – ma, al contrario, tentando di raccordare la realtà giuridica con la dimensione del sociale.

Marco Nicola Miletta

*Diritto privato e funzione economico-sociale:
radici bettiane d'una formula*

L'occasione dell'incontro promosso dall'Istituto Betti su *La funzione sociale nel diritto privato* e l'invito ad affiancare il fraterno amico Francesco Macario nella cura d'un volume che di quell'incontro raccoglie gli atti mi hanno indotto ad approfondire le matrici bettiane della formula.

Il doppio aggettivo *economico-sociale*, spesso associato al lemma *funzione*, ricorre, com'è noto, con frequenza nella riflessione civilistica del giurista camerte. Ne *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* (1920) Betti, trentenne professore straordinario di Diritto romano all'Università di Camerino, distingueva tra l'«essenza economica» della prestazione debitoria, consistente in una oggettiva «attribuzione di utilità», e un più circoscritto dovere, soggettivo e giuridico, dello stesso debitore di tenere il contegno impostogli (fare, non fare, dare). L'insistenza sul «substrato economico del rapporto d'obbligazione» lo portava a dissentire dal Carnelutti, al quale egli rimproverava d'aver *amalgamato* «il punto di vista *economico-sociale*» e quello «propriamente *giuridico* (cioè formale)» e, di conseguenza, d'aver *giuridicizzato* «l'aspetto economico della prestazione», restandone peraltro, a sua «insaputa, dominato»¹. L'obbligazione,

¹ E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Tipografia Cooperativa, Pavia 1920, pp. 158-162; ivi, pp. 161-162, nt. 40 la polemica verso Carnelutti (csvv. di Betti). Ivi, p. 11, l'A. osservava come il diritto soggettivo constasse specularmente non solo d'un potere giuridico formale, ma anche d'un «contenuto economico-sociale» (interesse, aspettativa) che ne costituiva il versante materiale. L'opera bettiana del 1920, che sviluppava il saggio *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in «Bullettino dell'Istituto di Diritto romano», 28 (1915), pp. 3-96 e 329-333, figura ora, insieme con F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, nella prima parte del vol. *Diritto sostanziale e processo*. Con presentazione di N. Irti, Giuffrè, Milano 2006, pp. 125-127 (ivi, p. 127, nt. 40 la critica a Carnelutti); ivi, p. 14 l'accenno al diritto soggettivo. Oggetto della critica di Betti cui si fa riferimento nel testo era F. CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in «Rivista di diritto

proseguiva il giovane romanista, raggiungendo l'«immediato *scopo economico* [...] adempie la funzione economico-sociale di soddisfare certi determinati interessi»: tale funzione, tutelata dall'ordinamento, era «la causa del negozio giuridico». Sul punto egli riconosceva il magistero di Scialoja, Simoncelli, De Ruggiero; e registrava una qualche consonanza con la dottrina tedesca. Non con Kelsen, però, la cui proposta di escludere dal novero delle «scienze giuridiche ogni considerazione dello scopo» gli pareva comportasse, nel diritto privato, la rinuncia a costruire il concetto di causa².

L'ottica funzionalistica si sarebbe dispiegata appieno negli studi sul negozio giuridico. Anche in quest'ambito Betti mise a profitto intuizioni da tempo circolanti nella 'romanistica-civilistica' italiana. Un lungo saggio del 1899-1900 del suo maestro Gino Segrè aveva dimostrato come nel diritto romano e in quello germanico l'«intenzione diretta a conseguenze giuridiche» non costituisse «requisito essenziale» di esistenza del negozio: e aveva sostenuto, per converso, che l'ordinamento giuridico protegge, di massima, «gli intenti pratici delle parti»³.

Risalivano, forse, anche a queste letture formative la veemenza bettiana contro il «dogma della volontà»⁴ e l'opzione per una teoria negoziale saldamente

commerciale», 1915, I, pp. 525-617, poi confluito in F. CARNELUTTI, *Studi di diritto civile*, «Athenaeum», Roma 1916, pp. 243-326.

² BETTI, *Il concetto della obbligazione*, cit. nt. 1, pp. 163-165; ivi, p. 164, nt. 46 per le citazioni di Scialoja, Simoncelli e De Ruggiero (rispetto ai quali egli rivendicava sommessamente d'aver sottolineato il nesso tra causa negoziale e rapporto obbligatorio nonché la funzione economico-sociale di entrambi) e il riferimento a Kelsen. La dottrina tedesca con la quale Betti ravvisava una sintonia (ivi, pp. 164-165) era quella che aveva configurato come un *dover-avere* la posizione (giuridica) del creditore. Cfr. anche ID., *Il concetto della obbligazione*, cit. nt. 1, pp. 129-130 e ivi, p. 129, nt. 46. Secondo G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in ID. – C. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Utet, Torino 1997, p. 97 ss., spetta al De Ruggiero e al Betti, piuttosto che a Scialoja, la paternità italiana della formula *funzione economico-sociale* quale causa del contratto.

³ G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico secondo il diritto romano e secondo il nuovo diritto germanico*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», XXVIII (1899), fsc. II-III, pp. 161-253 (le citaz. sono alle pp. 161 e 185); ivi, XXIX (1900), fsc. I-II, pp. 1-45 (nonché in estr. Fratelli Bocca Editori, Torino 1900). Include questo «importante studio» tra gli scritti che precorsero la teoria negoziale bettiana G.B. FERRI, *Introduzione* a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*. Ristampa corretta della II edizione. Introduzione di G.B. Ferri, a cura di G. Crifo, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1994, p. VIII.

⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo Vassalli [...]. Volume Quindicesimo, Tomo Secondo*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1943, pp. 44-51. L'A. (ivi, p. 42) considerava il «dogma della volontà» parto della «concezione individualistica [...] non ancora estirpato dalla odierna dogmatica». Cfr. anche ID., *Teoria generale del negozio*

ancorata ad una *socialità* dal compiaciuto tratto pre-giuridico. Non lasciava àdito a fraintendimenti l'*incipit* della voce *Negoziio giuridico*, firmata da Betti per l'*Enciclopedia italiana* e pubblicata nel 1934: «Gl'interessi e i rapporti che il diritto privato disciplina esistono nella vita sociale indipendentemente dalla tutela giuridica». I negozi, scandiva lo studioso poco oltre, «sogliono avere la loro genesi nella vita di relazione: sorgono e si sviluppano spontaneamente sotto la spinta dei bisogni, per adempiere svariate funzioni economico-sociali, fuori dall'ingerenza di ogni ordine giuridico»⁵.

Da simili premesse Betti avrebbe desunto la bussola metodologica: nell'indagine sull'autonomia privata «occorre portare, specie nell'ambiente della società moderna, un grado di sensibilità sociale, del quale il vecchio individualismo dei giuristi non aveva sentore»⁶. L'affondo polemico

giuridico (1994), cit. nt. 3, rispettiv. pp. 57-73 e p. 54 (brani già presenti nell'ed. 1943); ivi, p. 57 l'A. rincarava la dose, definendo «scialba e incolore» la tratizia definizione del negozio come «manifestazione di volontà»; ivi, p. 175 per un ulteriore riferimento al predominio del «pregiudizio soggettivistico». Nel recensire criticamente G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Cedam, Padova 1946, fu lo stesso E. BETTI, *Una teoria del negozio giuridico*, in «Giurisprudenza Italiana», XCIX (1947), IV, coll. 137 ss., ora S. RODOTÀ (a cura di), in *Il diritto privato nella società moderna*, il Mulino, Bologna 1971, p. 233 ss. (e spec. p. 242) a rivendicare il superamento dell'individualismo in nome di un ideale di solidarietà sociale. Sul punto v. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Giuffrè, Milano 2000, p. 236; per un'intelligente rilettura della polemica tra Betti e Stolfi cfr. M. GRONDONA, *Il contratto, l'ordinamento giuridico e la polemica tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi*, in «Comparazione e diritto civile», 2010, pp. 1-31 e spec. p. 21. N. IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 7 (1978). *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, pp. 396 e 417 (il saggio è ora rifluito nel vol. dello stesso N. IRTI, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Giuffrè, Milano 1991, pp. 1-39) colloca tra il 1935 e il 1943 «il passaggio dal vocabolario della 'volontà' al vocabolario degli 'interessi'»; ivi, p. 400 l'A. registra però una certa «leggerezza» o «pigrizia critica» nel ricondurre gli scritti bettiani degli anni Trenta e Quaranta alla categoria dell'anti-volontarismo. Sulla valenza anti-pandettistica e anti-borghese del rifiuto bettiano dell'individualismo atomistico cfr. A. SCHIAVONE, «Il nome» e «la cosa». *Appunti sulla romanistica di Emilio Betti*, in «Quaderni fiorentini», 7 (1978), cit. in questa nt., pp. 304-305; M. BRUTTI, *Da Scialoja a Betti. Proposte e polemiche per un nuovo codice*, in «Bulettno dell'Istituto di Diritto romano», 106 (2012), vol. 2, pp. 1-96, ora in M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Giappichelli, Torino 2013, p. 121.

⁵ E. BETTI, *Negoziio giuridico*, in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti*, XXIV, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma 1934, p. 505. Espressioni analoghe in E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Cedam, Padova 1942, pp. 94-95. Sottolinea la natura pre-giuridica dell'autonomia privata bettiana IRTI, *Itinerari*, cit. nt. 4, p. 402.

⁶ BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit. nt. 3, p. 171. La I ed. rimontava al periodo bellico (1943: è l'ed. cit. nt. 4). La II ed. vide la luce nel 1950; nel 1960 apparve la terza ristampa della II ed., riprodotta dall'ed. 1994.

campeggia nella *Teoria generale del negozio giuridico*, ma non nella prima edizione del 1943: a conferma che, nel rimettere mano al volume, l'Autore si determinò a replicare ai contraddittori rinserrando le argomentazioni a sostegno della sua visione *sociale* del diritto privato⁷.

Nell'architettura negoziale bettiana la causa fungeva da raccordo tra l'universo delle relazioni socio-economiche e le griglie coartanti del diritto. Intorno alla *causa* era costruito il capitolo III (*Funzione del negozio giuridico*) della *Teoria generale del negozio*. Betti la identificava senza tentennamenti «con la *funzione economico-sociale* del negozio intero, ravvisato spoglio della tutela giuridica, nella *sintesi* de' suoi elementi essenziali». Non solo. Fedele ad un approccio 'arioso' al tema, egli sottolineava come la peculiarità della causa negoziale rispetto ad altri comparti dell'ordinamento risiedesse nel «richiamo a categorie extragiuridiche»⁸.

Restava però irrisolto il nodo del *riconoscimento* dell'autonomia privata da parte dell'ordinamento giuridico. Si trattava, cioè, di capire se la legge *recepisse* il negozio trasformandolo in fattispecie precettiva ovvero se si limitasse ad *incorporarlo* conferendo diretta rilevanza giuridica ad un'auto-regolamentazione maturata nella sfera sociale⁹. Le pagine del Betti non erano, in proposito, scevre da aporie, sintomo forse d'un sincero rovello. Sia la citata voce dell'*Enciclopedia Treccani* sia la *Teoria generale del negozio* proclamavano che i negozi nascevano «nella vita di relazione»; che la «sanzione del diritto» si presentava «come qualcosa di aggiunto e

⁷ Così GROSSI, *Scienza*, cit. nt. 4, p. 303, con riguardo a un complessivo raffronto tra le edd. 1943 e 1950 della *Teoria generale del negozio giuridico*. I principali dissensi dall'impostazione di Betti erano provenuti da Giuseppe Stolfi (cfr. *supra*, nt. 4) e Salvatore Pugliatti (cfr. *infra*, nt. 9).

⁸ BETTI, *Teoria generale del negozio* (1943), cit. nt. 4, p. 119. *Ivi*, nt. 9 l'A. assimilava la funzione relazionale e sintetica svolta dalla causa negoziale a quella della *ragione* nella logica hegeliana. La definizione di causa è letteralmente ripetuta da ID., *Teoria generale del negozio giuridico* (1994), cit. nt. 3, p. 180 (ove si aggiunge, rispetto alla I ed., la locuzione «come totalità e unità funzionale in cui si esplica l'autonomia privata»); *ivi*, nt. 19 compariva ancora il rinvio a Hegel; *ivi*, p. 181 «il richiamo a categorie extragiuridiche».

⁹ L'alternativa è posta da IRTI, *Itinerari*, cit. nt. 4, pp. 409-412, il quale interpreta il pensiero bettiano propendendo per la seconda ipotesi. Non del tutto convinto della tesi irtiana, in virtù delle numerose «zone d'ombra» che residuano nelle pagine di Betti, si dichiara FERRI, *Introduzione*, cit. nt. 3, pp. XIX-XXII. Già S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in «Rivista di diritto commerciale», 1947, I, p. 13 ss., poi in S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica*, Giuffrè, Milano 1951, p. 109 ss., e in ID., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano 2011, III, pp. 223-227 aveva segnalato l'«ambiguità», anzi l'«erroneità», della tesi bettiana sulla causa negoziale, foriera di *contaminatio* tra profili giuridici (la struttura del negozio) e socio-economici (la funzione) e fondata sull'«assurdo psicologico» d'un «movente astratto, sociale, tipico».

di logicamente posteriore» rispetto ad un autoregolamento sentito come impegnativo già «dalla coscienza sociale»; che gli schemi negoziali erano meri «strumenti» approntati dall'ordinamento per consentire ai privati di auto-normare i propri interessi. Tale strumentalità rispecchiava la dimensione *dinamica* del diritto, perennemente chiamato a *rinnovare* la «distribuzione dei valori economici e sociali esistenti»: un rinnovamento che, «in un ordinamento incardinato sulla proprietà individuale», non poteva che affidare all'auto-disciplina degli interessati – e, quindi, allo strumento negoziale – la circolazione dei beni¹⁰.

Tuttavia l'enfasi bettiana sullo 'spontaneismo' di un'autonomia privata immersa nelle relazioni sociali e persino l'idea che il negozio fosse posto a disposizione dei privati per consentire loro di «comandare in casa propria» non inibivano affatto all'«ordine giuridico» – ecco la contraddizione cui prima si accennava – di valutare i *tipi* negoziali e gli scopi ad essi sottesi «alla stregua della rilevanza sociale» e in conformità «alla socialità della sua funzione ordinatrice»: all'esito di questo 'vaglio', l'ordinamento decideva se *ignorare, riconoscere* o *combattere* le figure negoziali create dai privati. Un filtro ingombrante, come si arguisce: e comunque poco 'liberale'. Né fuggiva il sospetto, a chiusura del ragionamento, l'ellittica definizione del negozio come atto di autonomia privata «al quale il diritto ricollega gli effetti più conformi alla funzione economico-sociale che ne caratterizza il tipo»¹¹.

Il giudizio di conformità immaginato da Betti implicava una verifica *ab externo* dell'autonomia privata. Del resto, se la prima stesura della *Teoria generale* affermava che in ogni negozio erano logicamente distinguibili un regolamento d'interessi privati e «una ragione pratica tipica ad esso immanente, una “causa”, un interesse sociale»¹², le successive edizioni specificavano che il suddetto «interesse sociale» doveva essere «oggettivo e socialmente controllabile» e che il termine *causa* andava inteso nell'accezione deontologica, ossia «attinente all'esigenza di socialità che presiede alla funzione ordinatrice del diritto»: il potere di autonomia – insisteva ora lo studioso a scanso di equivoci – non era esercitabile «in contrasto con la

¹⁰ BETTI, *Teoria generale del negozio* (1943), cit. nt. 4, pp. 33-38; ID., *Teoria generale del negozio* (1994), cit. nt. 3, pp. 44-49. Il testo si limitava a rimpolpare la voce *Negozio giuridico* cit. nt. 5, p. 505. Rimarca la rilevanza del passaggio sul carattere 'aggiuntivo' e a posteriori del riconoscimento FERRI, *Introduzione*, cit. nt. 3, p. XI.

¹¹ BETTI, *Teoria generale del negozio* (1943), cit. nt. 4, pp. 41-42 (a p. 41 l'espressione «comandare in casa propria»); ID., *Teoria generale del negozio* (1994), cit. nt. 3, pp. 52-55 (a p. 52 «comandare in casa propria»). Analoga, ma non identica, la definizione contenuta nella voce *Negozio giuridico* cit. nt. 5.

¹² BETTI, *Teoria generale del negozio* (1943), cit. nt. 4, p. 113.

funzione sociale» né sviandolo «dalla sua destinazione»¹³.

Il controllo operato dall'ordinamento si palesava, insomma, ben piú stringente di quanto non lasciassero intendere altre asserzioni che pure l'Autore conservò nel testo della *Teoria generale del negozio*, come quella secondo cui taluni contratti «sogliono germogliare nella vita sociale, all'infuori di ogni tutela» giuridica¹⁴. Slanci che senza dubbio disvelano, «dietro lo schermo» d'un serrato dogmatismo, un «senso della limitatezza del diritto» e addirittura «un'impetuosa vena di *anti-normativismo*». E che però coesistono, nella stessa monografia, con una latente pretesa 'conformativa', ossia con la pacifica accettazione del potere-dovere dell'ordinamento di incanalare l'autonomia privata nel calco di *tipi* negoziali previamente individuati. Se inquadrata da questa prospettiva, «l'autonomia negoziale» tratteggiata dal maestro camerte denota una propensione conservatrice: essa «*postula un dato ordinamento dell'economia e della società*», imperniato sulla «proprietà individuale»; e il negozio non fa che proiettare nella sfera del giuridico assetti economici e sociali consolidati¹⁵.

Le medesime coordinate ideologiche guidarono Betti allorché fu chiamato, dall'ottobre del 1939, a collaborare alla preparazione del libro IV (obbligazioni e contratti) del codice civile. Egli raccontò nell'autobiografia d'aver messo «volentieri le sue forze a servizio di questo còmpito [...] animato dalla convinzione che si dovesse respingere l'orientamento individualistico del vecchio codice e assoggettare l'autonomia privata a limiti ed oneri rispondenti a fondamentali esigenze d'interesse sociale, come quelle della chiarezza e della buona fede, senza tuttavia menomare l'iniziativa individuale»¹⁶. Le proposte da lui formulate per la redazione degli articoli sulla causa, e in particolare il suggerimento – non accolto nel testo definitivo – d'inserirvi

¹³ BETTI, *Teoria generale del negozio* (1994), cit. nt. 3, p. 172. GROSSI, *Scienza*, cit. nt. 4, p. 305 rileva come l'utilizzo bettiano del vocabolo *sviare* rimandi alle elaborazioni giuspubblicistiche in materia di funzionalizzazione dei poteri: risolto inevitabile della «socializzazione» invocata da Betti.

¹⁴ BETTI, *Teoria generale del negozio* (1943), cit. nt. 4, p. 34; ID., *Teoria generale del negozio* (1994), cit. nt. 3, p. 45.

¹⁵ IRTI, *Itinerari*, cit. nt. 4, p. 404 (schermo del dogmatismo; vena anti-normativista [c.v. dell'A.]); ivi, pp. 417-418 (aspetti conservatori).

¹⁶ E. BETTI, *Notazioni autobiografiche* (1953), a cura di E. Mura, Cedam, Padova 2014, p. 39. L'A. lamentava la mancata condivisione delle sue idee tra i colleghi: forse a torto, come si evince BRUTTI, *Da Scialoja*, cit. nt. 4, p. 152. Ivi, pp. 159-160 lo stesso Brutti descrive l'obiettivo anti-individualistico perseguito, in sede di codificazione, da Betti, il quale lo illustrò nel saggio *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, in REALE ISTITUTO LOMBARDO DI SCIENZE E LETTERE, *Rendiconti. Lettere*, 74, 1940-41, p. 302.

il parametro dell'*idoneità* della stessa intendendola come rispondenza alle «esigenze fondamentali dell'economia nazionale o del regime corporativo», segnarono un'indubbia convergenza tra la tesi della funzione sociale del negozio e i propositi dirigisti del legislatore fascista¹⁷.

Caduto il regime, il rocambolesco approdo al secondo dopoguerra restituì agli studi un Betti pessimista ma, sul punto che qui interessa, pienamente coerente con l'apertura alla *coscienza sociale* coltivata nelle ricerche privatistiche dei decenni precedenti. E ora, anzi, pronto a misurare quel *credo* sui sentieri dell'ermeneutica¹⁸.

Il sottotitolo del primo volume della *Teoria generale delle obbligazioni* (1953) suonava inequivoco: *Funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*. Nella cupa *Prefazione* del 12 maggio 1953 Betti, confidando nel lavoro o nell'«operosa solidarietà altrui» (nell'accezione della *caritas* paolina) quali unici antidoti alla precarietà esistenziale, esortava i giuristi a cimentarsi nel campo delle obbligazioni con la «più alta sensibilità sociale e più intima familiarità» con «l'etica del diritto», considerandone la «funzione economico-sociale» e utilizzando come «chiave» l'«esigenza di cooperazione fra consociati»: ciò specialmente alla luce del totale fallimento di «un'arida analisi formale, astrattamente concettualistica, quale quella proposta dall'indirizzo statalistico e antiteleologico kelseniano»¹⁹. Persuaso che il diritto trovasse la sua ragion d'essere nell'«umana vita di relazione» anziché in un ordine trascendente, Betti criticava Cicu per aver ridotto i rapporti obbligatori al *dover avere* ed essersene così lasciato sfuggire l'«aspetto sociale», vale a dire i profili della *cooperazione* o della *riparazione*. Centrale, nella monografia qui esaminata, era soprattutto il paragrafo che si occupava della *Crisi odierna della cooperazione*. Fenomeno, per Betti,

¹⁷ Per un'acuta analisi del contributo bettiano alla disciplina della causa del contratto nel codice civile del 1942, anche al di là del (mancato) recepimento di proposte puntuali nel testo definitivo, cfr. BRUTTI, *Da Scialoja*, cit. nt. 4, pp. 163-175.

¹⁸ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*. Seconda edizione riveduta e ampliata a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano 1971 (I ed. 1949), p. 33, per dar conto della portata creativa, oltre che ricognitiva, dell'interpretazione *giuridica*, ne rimarcava l'interazione tra testo e contesto, sfociante nell'elaborazione d'un «diritto vivo diverso»: negarne la «funzione normativa» sarebbe equivalso, a suo parere, a coltivare «l'illusione geocentrica» a dispetto di Copernico. Il parallelismo, in Betti, tra la riflessione sul negozio e quella sull'interpretazione è colto da GROSSI, *Scienza*, cit. nt. 4, p. 304, il quale individua il denominatore comune nell'istanza d'una maggiore «socializzazione». Sulla fiducia, espressa dal Betti dell'*Interpretazione*, nel giurista come interprete della «coscienza sociale» insiste P. COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in «Quaderni fiorentini», 7 (1978), cit. nt. 4, spec. p. 337.

¹⁹ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. I. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Giuffrè, Milano 1953, pp. v-vi.

«diligante, di fronte al quale il giurista non può e non deve chiudere gli occhi»: esso constava della perdita di *dedizione* al lavoro (il «lavoro avaro» di cui aveva scritto suo fratello Ugo) e di quella esiziale carenza di «colloquio» che stava retrocedendo l'uomo «verso l'animalità». La deriva sembrava, «se non provocat[a], certo favorit[a]» dalla «eccessiva specializzazione degli studi e delle professioni [...]». Il tipo d'uomo che questa nuova barbarie della tecnica educa e promuove è quello dello specialista che sa il fatto suo in un ristretto ramo [...], ma che fuori di quel ramo non ha vivi interessi spirituali né propria personalità e capacità di giudizio: è uomo-massa», *frammento* di uomo, sul quale faceva agevole presa «il pregiudizio edonistico e utilitaristico diffuso dall'individualismo moderno. Assillato da questo pregiudizio, l'uomo medio di oggi va smarrendo sempre più il gusto e il talento di cooperare con autentica dedizione ad opere che lo trascendano e siano destinate a durare oltre la sua effimera esistenza»²⁰.

Il dolente appello ad un umanesimo solidaristico e, per certi versi, anti-moderno può ritenersi l'epilogo della declinazione bettiana della *funzione sociale* nell'area del diritto privato. Una così partecipe *Aufgabe*, peraltro corroborata da una formidabile esegesi tecnica, ingenera nello storico del diritto una duplice suggestione. Retrospectivamente essa evoca il nodo discontinuità / cesura tra funzionalismi 'corporativo' e 'repubblicano'²¹. Sotto questo aspetto, la posizione di Betti presenta affinità con il Filippo Vassalli del 1942-47 che esaltava la funzionalizzazione dei diritti soggettivi innescata dal nuovo codice civile, in grado di «dare della vita stessa una disciplina integrale»²²: a Betti però, più coriaceo nella difesa della sua collaudata impostazione, e certo più appartato, difficilmente potrebbe imputarsi una sottovalutazione dell'impatto della Costituzione sulla codificazione

²⁰ BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit. nt. 19, I, pp. 11 (primato della vita di relazione); 12 (critica a Cicu); 28-29 (*Crisi odierna della cooperazione*). L'articolo di Ugo Betti relativo al *lavoro avaro* era apparso su «Il Popolo» del 7 marzo 1953. Sulla centralità del concetto di cooperazione nella teoria bettiana delle obbligazioni si sofferma G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in «Quaderni fiorentini», 7 (1978), cit. nt. 4, p. 285, il quale vi ravvisa (ivi, p. 287) uno dei segni della *eterodossia* del giurista di Camerino.

²¹ I. STOLZI, *Fascismo e cultura giuridica: persistenze ed evoluzioni della storiografia*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXXXVII (2014), p. 283. Di fisiologiche «vischiosità» degli assetti produttivi nel trapasso dal fascismo alla Repubblica parla A. GAGLIARDI, *Il corporativismo fascista*, Laterza, Roma-Bari 2010, pp. 157-159.

²² F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», n.s., I (1947), pp. 76-107, poi in F. VASSALLI, *Scritti giuridici*, III/2, Giuffrè, Milano 1960, p. 621. Del brano P. CAPPELLINI, *La forma-codice: metamorfosi e polemiche novecentesche*, in *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Diritto*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2012, p. 554 sottolinea la coerenza tra «funzionalizzazione dell'individuo» e corporativismo.

civile e sulle categorie dogmatiche che l'avevano plasmata²³. Se si volge invece lo sguardo al secondo Novecento, residui della lezione bettiana sembrano rintracciabili non solo nella rivitalizzazione di meccanismi di affidamento e cooperativi (le clausole generali, *in primis*), ma anche nella dimensione comunitaria che ha profondamente permeato la civilistica italiana, in chiave ora religiosa (Mousnier, Maritain), ora costituzionale, ora marxista o comunque marcatamente solidarista e progressista²⁴.

Ma è tempo di chiedere ad autorevoli cultori delle scienze privatistiche che cosa resti dei tormenti di Betti e se la locuzione *funzione sociale* enunci, nello scenario del diritto privato attuale, una plausibile ambizione o un'anacronistica velleità.

²³ Così acutamente, rispetto alla posizione di Vassalli, BRUTTI, *Da Scialoja*, cit. nt. 4, pp. 189-190.

²⁴ E. STOLFI, *Ancora su Vittorio Scialoja (ed Emilio Betti)*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, a cura di I. Piro, 7, Libellula, Tricase 2016, pp. 82-85 fornisce convincenti esempi dell'eredità bettiana (effetto anche d'una eterogenesi dei fini) sulla civilistica italiana: tra questi, la «riaffiorante insoddisfazione» verso il predominio delle volontà individuali; la dimensione 'pubblica' e funzionale della causa negoziale. Sull'approccio comunitario presente nei civilisti italiani del secondo Novecento cfr. G. CIANFEROTTI, *Considerazioni sulla sineddoche della persona nella filosofia italiana e sul dualismo tra soggetto e persona nella civilistica del secondo Novecento*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXXXVII (2014), pp. 414-432.

Nicolò Lipari

Una chiave di lettura

Dobbiamo riconoscere come giuristi che vi è nei nostri correnti modelli culturali una contraddizione di fondo. Da un lato predichiamo di essere ormai usciti dal paradigma dell'esclusiva statualità del diritto, dallo schema di una certezza del diritto misurata nella consolidata struttura degli atti di posizione e plaudiamo agli interventi della Corte costituzionale quando ragiona in chiave di 'diritto vivente' o quando assume a criterio indirizzante di gran parte delle sue decisioni il principio di ragionevolezza; dall'altro continuiamo a ragionare secondo paradigmi di segno sostanzialmente positivista e diamo per scontato che il rinnovamento stia tutto in un mutamento degli enunciati.

A mio sommo avviso il titolo dell'incontro organizzato dall'Istituto Emilio Betti si colloca proprio al centro di questa contraddizione segnalando la necessità di un suo radicale superamento.

Nell'impostazione tradizionale la socialità (variamente modulata) era intesa come un connotato essenziale del diritto, ma essa veniva invocata in termini del tutto generici senza alcun riferimento alle modalità di esercizio di una posizione giuridica soggettiva. Il richiamo competeva ai filosofi piuttosto che ai giuristi nel segno della perentoria affermazione di Pietro Bonfante, che aveva definito la filosofia giuridica «come una fase prescientifica nello studio del diritto». E a lui aveva fatto eco Cammarata affermando che operare al di fuori da ogni dichiarato presupposto filosofico appariva «il criterio più sicuro per conservare intatte le doti essenziali del vero giurista».

Il richiamo ad una funzione sociale senza un genitivo che la specificasse è rimasto a lungo come un generico riferimento al connotato della giuridicità. La stessa tradizionale definizione della causa quale funzione economico-sociale del contratto non ha ampliato l'orizzonte perché il secondo comma dell'art. 1322 cod. civ., a parte la sua praticamente nulla

rilevanza in sede giurisprudenziale, è stato, in chiave concettuale, utilizzato esclusivamente per indicare l'irrelevanza giuridica del contratto futile.

È sintomatico constatare che, in quella sorta di breviario del diritto civile che sono state a lungo considerate le *Dottrine generali* di Santoro-Passarelli, l'espressione 'funzione sociale' non ricorre mai, nemmeno con riferimento alla proprietà, nell'ottica di un'impostazione sistematica che riteneva la struttura del codice non direttamente influenzata dal testo costituzionale.

La realtà è radicalmente cambiata nel quadro di quella che è stata chiamata la costituzionalizzazione del diritto civile. Non intendo qui in alcun modo interferire con le tematiche assegnate ai singoli relatori e segnatamente con il panorama di quadro che ci verrà offerto da Salvatore Patti. Vorrei limitarmi – senza in alcun modo debordare dal ruolo che mi è stato assegnato – a due notazioni soltanto, una sul versante della giurisprudenza, l'altra su quello della dottrina. Chiunque abbia un minimo di esperienza professionale del diritto sa che sono sempre più frequenti i casi in cui i giudici allargano la prospettiva individuando principî socialmente riconosciuti e condivisi e alla rilevanza di questi adeguano l'interpretazione di testi normativi. In sostanza, il giudice, sempre più di frequente, valuta i valori prevalenti nel contesto sociale in relazione ai beni e agli interessi implicati nel conflitto e laddove una tensione permanga la risolve in chiave di bilanciamento, cioè nell'ottica di una socialità diffusa. Persino il contenuto del contratto viene sottoposto ad un'analisi un tempo ritenuta impensabile e il paradigma del contratto giusto non appare più oggi un'eresia. Nella prassi giurisprudenziale si è determinato un capovolgimento del rapporto norme-principî. Ci era stato insegnato che i principî generali del diritto (quelli che l'art. 12 delle preleggi indicava come valvola di chiusura del procedimento interpretativo) si ricavassero, per astrazione o per sintesi, dal sistema delle norme. Oggi i giudici hanno invertito il procedimento: affermano che sono le norme, ancorché non dettate, a ricavarci dai principî. Primo fra tutti il principio di ragionevolezza, che, nel momento stesso in cui entra come criterio principe nell'istrumentario del giurista, sovverte lo schema nomologico-deduttivo e riconduce la giustificazione del modello giuridico ad un criterio di socialità. In sostanza, il giudizio sulla forza cogente dell'enunciato normativo, lungi dall'essere assunto come un *a priori*, viene fatto dipendere da un criterio elastico, riconducibile ad una sensibilità comune e in qualche modo assimilabile ad un principio di giustizia. Il diritto finisce per riscoprire la sua socialità e si libera dalla genericità delle vecchie formule.

Tutto ciò non accade tuttavia in maniera indolore. La dottrina civilistica sta attraversando, a mio avviso, un momento di forte conflittualità.

Anche qui non intendo interferire con le relazioni che seguiranno. Mi limito a citare due posizioni soltanto, peraltro molto autorevoli. La prima è quella di Antonino Cataudella che, in alcuni scritti recenti, non solo ha criticato il modo con cui la Cassazione ha, negli ultimi anni, utilizzato le clausole generali nell'interpretazione del contratto, ma ha altresì contestato l'inecepibile posizione di chi riconosce nell'apertura a principî di rilevanza sociale la rottura del paradigma della fattispecie. La seconda è la tesi che Carlo Castronovo ha consegnato ad una sua recente monografia, significativamente intitolata all'eclissi del diritto civile, nella quale pesantemente critica la costituzionalizzazione del diritto civile e la sua conseguente giurisdizionalizzazione auspicando il ritorno a rigidi (e a suo avviso più tranquillanti) schemi formali.

In questo contesto l'incontro di oggi mi pare non solo opportuno nella tempistica, ma anche indovinato nel titolo. Come ha detto Massimo Vogliotti, in una monografia che i civilisti non hanno degnato dell'attenzione che meritava, noi siamo ormai oltre la modernità giuridica e dobbiamo imparare a liberarci dalle categorie ordinanti che hanno imperato nel secolo scorso e dentro le quali abbiamo per un certo tempo operato cercando di utilizzarle nel massimo di elasticità che esse consentivano. Oggi siamo ormai al di là del punto di rottura. Siamo passati dalla centralità della legge alla centralità dell'uomo di legge. La nostra etica non può più essere quella delle forme, ma dei contenuti. Il nostro compito sta proprio nel guardare sempre alla funzione sociale del diritto, assunta tuttavia questa non nella genericità di una formula che in qualche modo parafrasi l'idea di giuridicità, ma nella concretezza di operazioni interpretative tendenzialmente indirizzate ad un risultato di giustizia. È questa la chiave in cui personalmente mi accingo ad ascoltare le relazioni che ci accompagneranno nel corso della giornata.

Salvatore Patti

La funzione sociale nella 'civiltà italiana' dell'ultimo secolo

SOMMARIO: 1. Le origini del dibattito sulla funzione sociale – 2. Funzione sociale e autonomia negoziale – 3. Il pensiero di Filippo Vassalli e di Salvatore Pugliatti – 4. Il pensiero di Stefano Rodotà e di Pietro Rescigno – 5. Funzione sociale e intervento dello Stato nei rapporti economici – 6. La funzione sociale nel contesto europeo

1. Le origini del dibattito sulla funzione sociale

Una premessa è necessaria: cercherò di non invadere i temi delle relazioni dedicate alle singole materie, quindi mi concentrerò sugli autori, sull'evoluzione del pensiero di alcuni civilisti in questo lunghissimo periodo di tempo. Non tratterò, benché sarebbe necessario per svolgere un discorso completo, dati i tenui confini tra le materie, i contributi dei costituzionalisti, spesso estremamente importanti, sia con riferimento al concetto di funzione (ricordo, ad esempio, la voce enciclopedica di Franco Modugno¹) sia a quello di funzione sociale, né quelli degli storici.

Circa dieci giorni fa ho avuto occasione di conversare sul tema che mi era stato assegnato con Pietro Rescigno, il quale ha osservato: «il periodo preso in considerazione è molto lungo ma in fondo si è parlato di funzione sociale solo dopo l'avvento della Costituzione e perlopiù con riferimento alla proprietà privata». Certamente è così, ma lo stesso Rescigno in alcuni saggi, in primo luogo quello del 1972 intitolato *Per uno studio sulla proprietà*², segnala che il dibattito sulla funzione sociale è molto più antico e frutto di diverse sollecitazioni culturali, come pure che una norma sulla funzione sociale venne introdotta nella Costituzione di Weimar del 1919. In effetti, il concetto di funzione sociale circola in Europa già all'inizio del secolo scorso e di questo dato hanno tenuto conto i civilisti italiani, ad esempio Giovanni

¹ F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, p. 301 ss.

² P. RESCIGNO, in «Rivista di diritto civile», (1972, I) p. 1 ss., spec. p. 39.

Battista Ferri³, che hanno preso le mosse dal pensiero di un costituzionalista, Léon Duguit, ma anche dai contributi di filosofi del diritto e filosofi, i quali hanno sviluppato questo concetto a cavallo fra l'800 e il 900.

Non è stata sufficientemente valorizzata, a mio avviso, e conviene quindi sottolinearne l'importanza, l'opera di un grande civilista tedesco, Otto von Gierke, citato peraltro da Stefano Rodotà, da Pietro Rescigno e da altri studiosi, che dimostra ancora oggi un'attualità veramente sorprendente. Gierke scrive nel 1889, quindi un decennio prima dell'entrata in vigore del BGB e critica vigorosamente il progetto del nuovo codice, soprattutto sotto il profilo del «compito sociale». Infatti il suo saggio, che nasce da un *Vortrag* tenuto a Vienna, si intitola *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*⁴ e cerca di dimostrare che il benessere dell'individuo nella società dipende da un diritto pubblico rispettoso delle prerogative della persona e da un diritto civile idoneo a superare l'«egoismo» dell'individuo e ad impedire l'esercizio abusivo delle prerogative private. Non posso ovviamente soffermarmi neanche sui tratti principali del contributo, che non si riferisce soltanto alla proprietà ma in generale al diritto privato e si basa su una visione dei rapporti privatistici non più individualista ma, appunto, sociale. Ricordo tuttavia una frase molto nota e divertente secondo cui nel diritto privato, che tende anzitutto a garantire la sfera di libertà dell'individuo, per tutelare l'idea di comunità, bisognerebbe versare «*ein Tropfen sozialistischen Öles*»⁵.

Tornando alla Costituzione di Weimar, su cui si sofferma Francesco Galgano nel commentario dell'articolo 41 Cost.⁶, è proprio il riferimento alla funzione sociale contenuto in quel testo⁷ che determina una svolta: la comparsa delle prime norme di diritto privato in una carta costituzionale. La formula è stata poi inserita, praticamente senza modifiche, nell'articolo 14 del *Grundgesetz* ed è molto sintetica: *Eigentum verpflichtet*. Quindi «la proprietà obbliga», si tratta di un diritto soggettivo che fa nascere obblighi. Questa traduzione così semplice, così fedele, si riscontra nella pagina di Rescigno⁸ ma non in altri contributi: c'è chi aggiunge molto, forse

³ G.B. FERRI, *La formula «funzione sociale», dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in «Rivista di diritto privato» (2003), p. 673 ss.

⁴ O. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889; ristampa Frankfurt am Main 1948, a cui si riferiscono le citazioni.

⁵ GIERKE, *Die soziale Aufgabe*, cit. nt. 4, p. 10.

⁶ F. GALGANO, *Rapporti economici*, in «Commentario della Costituzione», a cura di C. Branca, sub. Art. 41, Bologna-Roma 1982, p. 1 ss.

⁷ Art. 153 III, secondo cui l'uso del diritto deve servire anche al bene comune.

⁸ RESCIGNO, *Per uno studio*, cit. nt. 2, pp. 31, 45, 48.

troppo, pur affermando di tradurre; mentre è ancora abbastanza fedele al testo Ugo Natoli, che scrive «la proprietà genera obbligazioni»⁹. D'altra parte, nella traduzione ufficiale della legge fondamentale della Repubblica federale di Germania, a cura del governo tedesco, si legge addirittura che «la proprietà implica responsabilità»¹⁰ con un evidente e ingiustificabile distacco dalla formulazione originale.

2. *Funzione sociale e autonomia negoziale*

Come è noto, si discusse dell'inserimento della «funzione sociale» nel progetto del codice civile del 1942 ma prevalsero le voci di segno negativo. È stato osservato che nelle «Dottrine generali» di Francesco Santoro-Passarelli non ricorre mai l'espressione funzione sociale; mentre, in un altro scritto l'autore, con l'abituale tecnica puramente formale, risolve il problema affermando che di funzione sociale non si può parlare con riferimento al diritto soggettivo ma semplicemente all'istituto¹¹. Tuttavia, se guardiamo alla sostanza dei problemi, verifichiamo la presenza e l'utilizzazione della espressione 'funzione sociale' in vari settori del diritto privato. Non soltanto per l'occasione offerta dal seminario, occorre ricordare anzitutto le pagine di Emilio Betti sulla causa del negozio giuridico quale funzione economico sociale¹². Può ovviamente presumersi che Betti abbia tenuto conto del saggio di Gierke ma, in ogni caso, mi pare che l'idea di quest'ultimo, cioè un compito sociale del diritto privato che doveva portare ad un benessere della collettività attraverso la tutela dei deboli, non sia stata sufficientemente recepita. Mi sembra illuminante un esempio in materia di negozio giuridico. Nel volume dedicato a Filippo Vassalli, Giovanni Ferri ha aggiunto un saggio del 1999, in tema di «Patologie contrattuali e circolazione della proprietà», che non si limita al commento dell'opera del Vassalli e affronta, oltre all'argomento della funzione sociale della proprietà, quello a lui molto caro dell'autonomia negoziale,

⁹ U. NATOLI, *La proprietà, Appunti delle lezioni*, I, Milano 1976, p. 202.

¹⁰ Cfr. *Legge fondamentale della Repubblica Federale di Germania*, trad. it. a cura di G. L. Mannucci con la collaborazione di A. Morello, Bonn 1994, p. 51.

¹¹ F. SANTORO-PASSARELLI, *Risultati di un convegno giuridico interuniversitario sul tema della proprietà*, in «Rivista di diritto civile», 1939, p. 270.

¹² E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in «Trattato di diritto civile italiano», diretto da Vassalli, Torino 1955, p. 172 ss.; ID., *Causa del negozio giuridico*, in «Novissimo Digesto italiano», III, Torino 1959, p. 32 ss. Sul pensiero di Betti v. di recente M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Vicenza 2015, p. 80 ss.

sostenendo che di autonomia privata si può parlare in due sensi e cioè, raccogliendo l'insegnamento di autori tedeschi tra cui Larenz, Esser, Flume e Medicus, sia come libertà di concludere il contratto sia come libertà di determinarne il contenuto. E trattando il tema dei contratti di massa, che ancora oggi ci impegna di frequente, osserva che in quel caso viene meno la libertà di configurare il contenuto ma non quella di concluderlo o meno¹³. Ora, questa tradizionale affermazione, a mio avviso, in molti casi non corrisponde alla realtà, perché non sempre siamo veramente liberi di concludere o meno un contratto. Invero, se desideriamo disporre di un telefono dobbiamo concludere il relativo contratto e parimenti dobbiamo concludere un contratto se vogliamo salire su un treno o un aereo. Quindi, anche la formula che fa salva la libertà di concludere o meno il contratto non appare del tutto condivisibile. Ma ancora meno soddisfa la giustificazione formale offerta dal Ferri per spiegare che nei contratti di massa non si verifica nulla di eccezionale, quando sostiene che «del resto, alla base dello stesso meccanismo di formazione del contratto, più semplice e più tradizionale, quale è quello che si fonda sulla tecnica della proposta e dell'accettazione (cfr. l'art. 1326 c.c.), emerge un fenomeno di mancanza di libertà di determinare il contenuto del contratto e rimane, come nella contrattazione di massa, la sola *Abschlussfreiheit*»¹⁴. Essa trascura, infatti, che nella «più semplice» ipotesi di conclusione del contratto esiste anche la possibilità di iniziare una trattativa, di non accettare una proposta o di proporre una clausola diversa. In definitiva, il formalismo delle regole e il rispetto di un'astratta libertà contrattuale hanno condotto molto spesso a un sacrificio della giustizia del contratto. Utile l'ammonimento di Gierke: una libertà contrattuale senza barriere si autodistrugge, divenendo un'arma terribile nella mani del più forte e uno strumento «poco affilato» nelle mani del più debole¹⁵.

3. *Il pensiero di Filippo Vassalli e di Salvatore Pugliatti*

Non mi soffermo sull'opera del Betti, il cui pensiero è noto ed è stato ampiamente commentato, mentre occorre ricordare il contributo di due autori che hanno segnato la storia del diritto civile del secolo scorso. Mi riferisco a Filippo Vassalli e a Salvatore Pugliatti. Rileggendo i loro scritti,

¹³ G.B. FERRI, *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d'arte*, Padova 2002, p. 143 ss., spec. 213 ss.

¹⁴ FERRI, *Filippo Vassalli*, cit. nt. 13, p. 214.

¹⁵ GIERKE, *Die soziale Aufgabe*, cit. nt. 4, p. 23.

con il pensiero al tema del Convegno, cioè alla funzione sociale, ho notato anzitutto che entrambi gli studiosi mettono in luce una contrapposizione, ideologica, direi, tra il codice civile, che Vassalli ha contribuito a redigere, e le leggi speciali. Il saggio di Pugliatti è dedicato alle leggi speciali che modificano il tradizionale schema proprietario e indicano altri modelli proprietari¹⁶. Quello di Vassalli sottolinea l'importanza delle leggi speciali affermando che le norme del codice, malgrado il prestigio della presentazione, sono spesso delle norme complementari, occorrendo ricostruire gli istituti nella loro complessità, e che «il diritto civile più stabile, quello del Codice, è di continuo sopraffatto dalle leggi speciali»¹⁷. Queste osservazioni ci riportano a quel fenomeno, denunciato alcuni decenni dopo da Natalino Irti, della decodificazione e confermano che il fenomeno stesso in verità ha sempre accompagnato i codici. Il codice inizia ad invecchiare subito dopo la promulgazione e sono le leggi speciali a raccogliere con maggiore rapidità ed efficacia le mutevoli istanze della società. Non stupisce quindi che le esigenze collegate alla funzione sociale siano state tenute presenti nelle leggi speciali, adatte per recepire i mutevoli bisogni e le aspirazioni dei consociati e per disciplinare le nuove problematiche mediante norme che integrano il codice civile.

Il pensiero del Pugliatti è certamente ben noto e non occorre soffermarsi a lungo. Desidero soltanto sottolineare, perché è abbastanza curioso, la fortuna della nota formula «la proprietà e le proprietà»¹⁸, poi adottata – o meglio adattata – in maniera non sempre felice, in molti settori del diritto privato. Si è detto, ad esempio, la famiglia e le famiglie, e si può apprezzare questa formulazione perché in realtà da una famiglia, quella del codice, siamo passati a modelli diversi. Altre formule sembrano superflue o addirittura abbastanza banali, come «la detenzione e le detenzioni»: basta leggere l'art. 1168 cod. civ. per rendersi conto che la legge disciplina diversi tipi di detenzione. Ma soprattutto non si è fatto caso a una peculiarità della formula pugliattiana, legata al fatto che il termine proprietà rimane immutato al plurale, mentre la formula perde una parte della sua magia se nella seconda parte di essa si passa al plurale: famiglie, detenzioni e così via. Inoltre, mi sembra interessante un altro aspetto poco noto: Pugliatti dà atto che la formula era stata già adoperata

¹⁶ S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, V. *La proprietà*, Milano 1938, p. 120 ss.; ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964 (ristampa).

¹⁷ F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile* (1947), ora in ID., *Studi giuridici*, vol. III. Tomo 2, Milano 1960, p. 623 ss.

¹⁸ Cfr. S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit. nt. 16, p. 145 ss.

da Vassalli, come Pietro Rescigno ha segnalato, precisando in una nota che Vassalli aveva ripreso spunti di Josserand e di Schlegelberger¹⁹, autori invero citati dal Vassalli²⁰. Pugliatti, con toni meno delicati, afferma che Vassalli «traduce da Josserand», aggiungendo peraltro che «non riporta per intero» perché Josserand, dopo aver creato la formula, colloca il diritto di proprietà tra i più ‘morbidi’, poiché la sua ‘plasticità’ – termine che viene utilizzato anche dal Rescigno – è infinita e questa plasticità consente di non compromettere l’unità concettuale dell’istituto²¹. In definitiva, la tesi di Josserand divergerebbe rispetto a quella che gli viene attribuita, perché da un lato sostiene che si riscontrano diversi tipi di proprietà, dall’altro ritiene che comunque l’istituto possa conservare una sostanziale unità, unità che invece viene negata dal Vassalli e dal Pugliatti. Di questi autori conviene quindi sottolineare soprattutto la rilevanza che essi correttamente attribuiscono alle leggi speciali e la ricostruzione sistematica del loro rapporto con il codice civile. Pugliatti, in particolare, afferma che è la legislazione speciale a trasformare il diritto di proprietà, garantendo e realizzando la funzione sociale, oltre a mettere in crisi il carattere unitario della ‘categoria’ o ‘istituto’²².

4. *Il pensiero di Stefano Rodotà e di Pietro Rescigno*

In tempi più recenti si rinvengono scritti altrettanto importanti di specialisti del diritto di proprietà. In primo luogo va menzionato Stefano Rodotà. Invero, di funzione sociale della proprietà si è occupato anche Ugo Natoli, ma quest’ultimo richiama gli studi di Rodotà, quindi mi sembra storicamente corretto partire dal suo contributo. A me pare che tra i variegati contenuti offerti in numerosi saggi occorre richiamare soprattutto alcune notazioni. La prima riguarda la natura della funzione sociale, definita un «principio elastico»²³. Si noti, peraltro che la funzione sociale viene a volte inserita negli elenchi di clausole generali e su queste classificazioni

¹⁹ RESCIGNO, *Per uno studio*, cit. nt. 2, p. 20 nota 34.

²⁰ F. VASSALLI, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà* (1938) ora in ID., *Studi giuridici*, cit. nt. 17, vol. II, p. 334.

²¹ PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit. nt. 18, p. 148 nota 8.

²² PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit. nt. 18, p. 149 ss.

²³ S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1960, p. 1338. V. anche ID., *Rapporti economici*, in *Commentario della Costituzione* a cura di C. Branca, sub art. 42, Bologna-Roma 1982, p. 114, nota 11 ove sottolinea che la funzione sociale rimane «uno dei principi ricostruttivi del nostro ordinamento»; ID., *Il diritto di proprietà tra dogmatica e storia. Il terribile diritto*, Bologna 2013³, p. 213 ss., 223 ss.

dovremmo forse riflettere con maggiore rigore²⁴. La funzione sociale è stata definita anche come principio generale che ispira la legislazione e la qualificazione – spiega Rodotà – è importante da un punto di vista pratico, perché consente l'applicazione analogica di norme che altrimenti non sarebbero considerate estensibili a fattispecie nuove. Aggiunge Rodotà che la funzione sociale è regola di comportamento e come tale può essere applicata dal giudice per sanzionare comportamenti che non rispettano questa finalità normativa. Rescigno ha in un certo senso mitigato la suddetta affermazione, in particolare con riferimento all'esperienza tedesca. La funzione sociale è presente, come abbiamo visto, nella legge fondamentale tedesca ed anche l'antico BGB è stato riletto alla luce delle norme di rango costituzionale. Tuttavia, per disciplinare i rapporti tra privati, la funzione sociale è stata adoperata con prudenza o comunque ha avuto una minore fortuna, una ridotta incidenza rispetto ad altre formule, come quella della buona fede²⁵.

In definitiva, la funzione sociale consente anche di guidare i comportamenti dei consociati e di sanzionare quelli che non realizzano una visione solidaristica del diritto privato: non a caso il termine 'sociale' ricorre in molte norme della Costituzione dopo o con l'affermazione del principio di solidarietà. Si realizza in tal modo una visione diversa del diritto privato che consegue ad una moderna concezione della società. Viene messa in soffitta la struttura individualistica del codice francese e già nelle pagine di Gierke, come in quelle di altri autori che ho ricordato, si afferma una concezione del diritto privato che corrisponde ad un ideale solidaristico dei rapporti sociali.

Un ulteriore elemento che caratterizza i contributi brevemente ricordati è il rapporto tra diritto privato e diritto pubblico. L'analisi di questo rapporto è presente già nel saggio di Gierke e in alcuni degli altri scritti menzionati: si tratta di verificare se il compito di tutelare il benessere della comunità e l'interesse dei gruppi sia affidato soltanto al diritto pubblico o se di esso debba farsi carico anche il diritto privato. La risposta è ovviamente nel secondo senso²⁶. Questa, tra l'altro, è l'opinione di un altro grande studioso che desidero citare, Michele Giorgianni, il quale nel suo

²⁴ Di clausola generale parla anche U. BRECCIA nel bel saggio su *I quarant'anni del libro terzo del codice civile*, in «Rivista critica del diritto privato», 1983, p. 337 ss. In termini problematici, F.K. KÜBLER, «*Eigentum verpflichtet*» - eine Generalklausel?, in «Archiv für die civilistische Praxis», 159 (1960-61), p. 236 ss.

²⁵ RESCIGNO, *Per uno studio*, cit. nt. 2, p. 34 ss.

²⁶ GIERKE, *Die soziale Aufgabe*, cit. nt. 4, p. 9 ss.

articolo sui ‘confini’ del diritto privato²⁷ sostiene che le antiche linee di demarcazione non valgono più e che il diritto privato si deve occupare di settori una volta lasciati al diritto pubblico, così come deve tenere conto di una certa invadenza, per così dire, del diritto pubblico nell’antico recinto del diritto privato.

5. *Funzione sociale e intervento dello Stato nei rapporti economici*

La suddetta considerazione suggerisce un altro rilievo, utile per spiegare la funzione sociale. Mi riferisco all’intervento dello Stato nei rapporti economici, fenomeno di cui non hanno potuto tenere conto il *Code civil* e gli altri codici meno recenti. L’intervento statale modifica l’economia e, di conseguenza, incide sulle regole del diritto privato e sul modo di agire dei privati. Il richiamo all’intervento statale nei rapporti privati ci riconduce ad un altro periodo dei nostri studi e ad un altro movimento di pensiero, quello dell’uso alternativo del diritto. Il più noto convegno ad esso dedicato, al quale parteciparono anche alcuni civilisti che non condividevano l’idea di fondo, si svolse a Catania nel 1972, e nei contributi raccolti negli *Atti*²⁸ risultano accenti molto diversi: si trovano interventi di giuristi dichiaratamente comunisti e saggi prudenti di studiosi progressisti come Nicola Lipari, che richiamano i valori e la ricerca dei valori ma che non auspicano uno stravolgimento del sistema e quindi un uso alternativo del diritto. Indubbiamente anche quella esperienza ha caratterizzato la civilistica del secolo scorso e si tratta di una fase interessante perché comunque il messaggio «distruttivo» è importante, non potendosi accogliere l’idea di una neutralità del diritto privato. Il diritto privato risponde a delle visioni politiche e diviene lo strumento tecnico di scelte politiche: il civilista deve tenere conto di questo aspetto del fenomeno. Lipari, ad esempio, parlava di scelte libere e di determinazione storica dei valori realizzabili²⁹; quindi il messaggio che conviene raccogliere è quello di una profonda coscienza, di una piena consapevolezza da parte del civilista del fatto che prima si compie la scelta politica e poi la realizzazione tecnica di quella scelta.

Anche nell’ambito del movimento di pensiero da ultimo ricordato, il terreno su cui si è sviluppato maggiormente il discorso sulla funzione

²⁷ *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1961, p. 441 ss., spec. 455-456.

²⁸ P. BARCELLONA (a cura di), *L’uso alternativo del diritto*, 2 voll., Bari-Roma 1973.

²⁹ N. LIPARI, *Scelte politiche e determinazione storica dei valori realizzabili*, in *L’uso alternativo del diritto*, cit. nt. 28, II, p. 37 ss.

sociale è stato quello della proprietà, ma la funzione sociale trova espressione perfino nella normativa del codice in materia di responsabilità civile. Molte norme dettate in tema di «fatti illeciti», in primo luogo quelle c.d. di responsabilità oggettiva, realizzano una funzione sociale; si pensi ad es. a quella che fa gravare sull'imprenditore il costo dei danni provocati dai dipendenti. Ed in questo contesto la riflessione deve spingersi ad altri ordinamenti che hanno addirittura superato il criterio della responsabilità oggettiva per attuare una più ampia funzione sociale mediante l'accoglimento di regole di compensazione del danno basate su sistemi di sicurezza sociale, per cui, in definitiva, della perdita che si è verificata risponde la collettività e non il soggetto agente o colui che si trova in una certa posizione.

Un'ultima riflessione riguarda la già menzionata rilettura del codice civile alla luce delle norme della Costituzione, a cui si sono dedicati Pietro Rescigno, Pietro Perlinger e altri studiosi del diritto civile. Nelle pagine di Rescigno la formula della funzione sociale è presente ma non sopravvalutata: la funzione sociale ha svolto un ruolo storicamente importante, essendo servita, attraverso i passaggi storici brevemente ricordati (Costituzione di Weimar, legge fondamentale tedesca, Costituzione italiana), a segnare il tramonto di una concezione individualista dei rapporti privatistici, il superamento di una visione egoista del diritto civile, e si inquadra pertanto in un contesto culturale più ampio, che ha visto tra l'altro affermarsi la teoria dell'abuso di diritto.

La funzione sociale, spesso richiamata anche nelle pagine delle sentenze, deve essere posta al fianco di altri principi che impediscono forme abusive di esercizio del diritto e, in generale, servono a garantire un diritto soggettivo più giusto. In fondo si può parlare di abuso del diritto, di funzione sociale o utilizzare altre formule utili per sanzionare il comportamento del più forte nei confronti del più debole, ma in conclusione deve dirsi che il diritto e le sue forme d'esercizio non possono essere 'egoiste' dovendo tenere conto delle esigenze della collettività.

6. *La funzione sociale nel contesto europeo*

È quella sopra indicata la strada sulla quale prosegue l'Europa? Possono esprimersi dei dubbi: ad esempio, la proprietà nella Carta europea non ha ricevuto una collocazione corrispondente a quella della Costituzione italiana con conseguenze sulle quali non posso soffermarmi, ma in ogni caso tali da stravolgere il quadro al quale siamo abituati.

Peraltro, in una stagione che, come ha affermato Nicola Lipari³⁰, ha incominciato ad utilizzare pienamente le clausole generali, i principi e il parametro della ragionevolezza, se non ci serviremo ancora di formule come quella della funzione sociale per tutelare il soggetto debole e gli interessi della collettività dovremo fare ricorso ad altri strumenti. Al riguardo, le indicazioni provenienti dai diversi ambienti giuridici appaiono contraddittorie: da un lato i progetti di codice civile europeo fanno uso (e forse abuso) di principi generali e di formule «vaghe»: la ragionevolezza nel *Draft common frame of reference* è richiamata centinaia di volte e addirittura il termine ricorre più volte nello stesso articolo, dall'altro, se guardiamo al diritto vivente, al diritto prodotto dagli organismi europei, riscontriamo un più moderato uso di clausole generali e un crescente ricorso a norme imperative.

La cittadella del diritto privato, e in particolare il diritto dei contratti, che ha rappresentato il terreno dell'autonomia privata e quindi ha assistito al trionfo delle norme dispositive, è invasa oggi da diritto cogente³¹. Ciò perché, come si è visto, in effetti la norma dispositiva non concede soltanto un'astratta e teorica libertà ai partecipanti al mercato ma consente spesso l'abuso del più forte sul più debole. Per evitare questo abuso il legislatore comunitario, inoltre, non utilizza formule che necessitano di essere precisate, «riempite di contenuti», ma preferisce il ricorso alla norma imperativa, che limita l'autonomia ma garantisce giustizia sostanziale. Anche da questo punto di vista la funzione sociale ha perso il ruolo un tempo attribuitole, venendo privilegiate formule normative più «concrete» e soprattutto rivolte a fattispecie ben determinate. Ma occorre peraltro segnalare un suo «ritorno», attentamente analizzato in tempi recenti, al fine di mettere in luce una «seconda giovinezza» dell'antica formula nel contesto, tra l'altro, della problematica relativa ai beni comuni³².

³⁰ N. LIPARI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, in «I contratti», 2010, p. 706.

³¹ Cfr. G. WAGNER, *Zwingendes Vertragsrecht*, in H. EIDENMÜLLER et al. (a cura di), *Die Revision des Verbraucher-Acquis*, Tübingen 2011, p. 3 ss.

³² V., soprattutto, U. MATTEI, *Una primavera di movimento per la «funzione sociale della proprietà»*, in «Rivista critica del diritto privato», 2013, p. 531 ss.; M.R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, ivi, 2013, p. 551 ss. Diversa la posizione, nello stesso fascicolo della *Rivista*, di L. NIVARRA, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, p. 503 ss.

Antonio Iannarelli

Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni

SOMMARIO: 1. Introduzione. Alla ricerca delle origini della formula ‘funzione sociale’ – 2. La rivoluzione borghese: proprietà attiva e cittadinanza politica nella prima codificazione dell’Ottocento – 3. Processo industriale e proprietà intellettuale nella cultura economico-giuridica dell’Ottocento: la funzione sociale nella ricerca dei Germanisti e della Scuola storica dell’economia – 4. La socializzazione del diritto e la proprietà ‘funzione sociale’ tra fine Ottocento ed avvio del Novecento: dai Codici civili alle Costituzioni – 5. La funzione sociale della proprietà nella Costituzione italiana tra prospettive solidaristiche e partecipative ed efficientismo allocativo dei beni. La crisi delle istituzioni pubbliche e del diritto privato comune: abuso del diritto, beni comuni e diritto giurisprudenziale

1. *Introduzione. Alla ricerca delle origini della formula ‘funzione sociale’*

La presente riflessione è incentrata sull’itinerario culturale che ha portato all’utilizzazione della formula ‘funzione sociale’ nel diritto scritto con specifico riferimento alla proprietà. Al riguardo, a mo’ di premessa all’indagine, appare utile, in chiave euristica, utilizzare la distinzione tra due ‘vicende’ legate tra loro e che, a loro volta, debbono essere attentamente storicizzate.

a) La prima vicenda relativa alla *funzione sociale* riguarda il profilo strettamente tecnico legato all’inserimento esplicito del lemma nel lessico legislativo e, dunque, le trasformazioni che ciò ha implicato sia nella lettura e nella configurazione del diritto di proprietà, sia nella concrete modalità con cui siffatta funzionalizzazione si è attuata. In questa prospettiva, nell’ambito della riflessione sul significato e sul ruolo che il richiamo alla funzione sociale ha assunto nel corso dell’esperienza giuridica del Novecento, l’area della proprietà, nella sua più ampia accezione, si è rivelata centrale per due ordini di ragioni.

In primo luogo, a partire dalla fine dell’Ottocento e per buona parte del Novecento con la crisi dell’ideologia liberale sino ad allora egemone nonché degli equilibri sociali legati alla industrializzazione, è intorno al capitale, nella sua configurazione fondiaria, industriale e finanziaria che,

sul piano della politica e della legislazione, si è aperto il dibattito in ordine alla rilegittimazione delle forme private di appropriazione e circolazione della ricchezza quali emerse nel corso dell'Ottocento, in una con il passaggio, nel mondo della rappresentanza politica, dallo stato monoclasse a quello pluriclasse. Di qui la centralità che sul piano della riflessione giuridica non potevano che ricevere tanto la proprietà quanto il contratto, ossia le strutture portanti dell'economia fondata sulla libertà di contratto e sulla libera iniziativa privata. Tale dibattito, non a caso, ha attraversato buona parte del secolo che si apriva sulla spinta sia delle crisi sociali emerse nei passaggi anche drammatici ed autoritari alla società di massa, sia della spinta complessiva riconducibile al diffondersi delle ideologie socialiste e marxiste. Dibattito che, a voler riprendere una sintetica espressione di Roscoe Pound, ruotava in termini più generali sulla c.d. 'socializzazione del diritto'¹ avviatasi appunto tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, nella duplice prospettiva, sia di una più equa redistribuzione volta a bilanciare la sperequata appropriazione della ricchezza presente nella realtà sociale del tempo, in chiave, dunque, di giustizia sociale, sia di una limitazione e conformazione del contenuto del diritto dominicale in vista della tutela e del soddisfacimento, anche in termini di accesso, di interessi collettivi accanto a quelli del proprietario.

¹ Si v. R. POUND, *Jurisprudence*, St. Paul, Minn.1959, vol. I – *The end of Law*, § 35 *The socialization of Law*, p. 428 ss, nel riprendere chiaramente la formula introdotta da J. CHARMONT, *La socialisation du droit, Leçon d'introduction d'un cours de droit civil*, in «Revue de métaphysique et de morale», 1903, p. 380 ss. In realtà, nell'esperienza nord-americana, già in precedenza R. ELY, uno dei pionieri dell'istituzionalismo statunitense, formatosi nell'ambito della Scuola storica dell'economia tedesca (sul punto v. infra), nel suo ampio lavoro, *Property and Contract in their relation to the distribution of wealth*, New York 1914, X, aveva parlato e rimarcato l'avvento, tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del nuovo secolo, della «socialization of property», sulla scorta di quanto emergeva nell'esperienza europea, nell'ambito di un indirizzo ispirato al dibattito presente in Europa, in particolare in Germania, volto a segnalare e avallare l'intervento pubblico nell'economia: sul punto si v. tra gli altri, A.R. SCHAFFER, *German Historicism, Progressive Social Thought, and Interventionist State in the Unites States since the 1880s*, in M. BEVIR e F. TRENTMANN (a cura di), *Markets in Historical Contexts: Ideas and Politics in the Modern World*, Cambridge Univ. Press 2004, p. 145 ss. A Robert Ely, che ebbe come studenti, tra gli altri, J.R. Commons, F.J. Turner; e T. Veblen, si deve, peraltro, in gran parte la spinta culturale che sino alla metà del Novecento ha contribuito a connotare in direzione progressista, in termini di 'Liberal Welfare State' (in questi termini A.R. SCHAFFER, *American Progressives and German Social Reform, 1875-1920: Social Ethics, Moral Control, and the Regulatory State in a Transatlantic Context*, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 2000, p. 213) tutta la riflessione e la ricerca economico-giuridica sviluppata nella *Wisconsin University*, in cui si sarebbe formati negli anni cinquanta del Novecento anche lavoratori italiani come Gino Giugni e Federico Mancini.

In secondo luogo, la formula stessa *funzione sociale*, di cui oggi si discute, ha ottenuto un riconoscimento esplicito nel tessuto legislativo, al più alto livello, ossia nella nostra Carta costituzionale, proprio in riferimento alla proprietà privata, come si legge nell'art. 42 Cost. Formula, quest'ultima, che, a ben vedere, riflette, in sintesi, la trasformazione del diritto privato, già avviatosi nei primi del secolo, da un lato con la crisi del diritto privato fondato solo su regole di applicazione generale, proprio delle codificazioni ottocentesche, dall'altro, sulla base prima delle suggestioni offerte dal BGB e, successivamente, della proiezione costituzionale acquisita dal diritto di proprietà al di sopra della semplice codificazione privatistica.

Ed infatti, la formula presente nell'art. 42 della costituzione italiana del 1948 riecheggia testualmente quella utilizzata nel corso del dibattito giuridico politico italiano emerso nell'imminenza della codificazione civile del 1942, culminato nel convegno del 1939 sulla concezione corporativa del diritto di proprietà², si colloca però in una disposizione che riprende, tra le diverse soluzioni praticabili, quella già in prevalenza suggerita proprio dalla dottrina civilistica alla fine degli anni trenta, nel partecipare al dibattito ora ricordato, ovviamente depurata dalla declinazione produttivistica in vista della tutela di interessi nazionali che il regime corporativo intendeva assegnarle. A questo specifico proposito, anche alla luce peraltro della stretta connessione tra la formula 'funzione sociale' emersa nel dibattito giuridico novecentesco a proposito della proprietà e la questione relativa all'impatto sulla legislazione civile delle 'clausole generali', introdotte per la prima volta nel codice civile tedesco del 1900³, è bene rammentare che l'art. 42 della nostra Costituzione ha espressamente legato la funzione sociale della proprietà privata ad una riserva di legge circa l'individuazione dei modi di acquisto, di godimento e dei limiti. Riserva già accolta nella

² Il volume pubblicato nel 1939 a cura della Confederazione fascista dei lavoratori dell'agricoltura ha rappresentato la «*summa* del pensiero fascista sulla questione sociale» (così, G. PARLATO, *La sinistra fascista. Storia di un progetto mancato*, Bologna 2000, p. 142) mentre era in corso la stesura del nuovo libro del codice dedicato all'argomento giungendo conclusione di un dibattito che ha attraversato tutti gli anni trenta. Sul punto ci permettiamo di fare rinvio al nostro saggio *Il dibattito sulla proprietà privata negli anni trenta del Novecento*, in «Agricoltura Istituzioni Mercati», 2007, p. 21 ss.

³ Nella critica al BGB, sotto il profilo della certezza del diritto, sulla base della presenza in esso di clausole generali affidate alla interpretazione e applicazione da parte dei giudici, si v. F. NEUMANN, *Alcuni mutamenti della funzione della legge nella società*, in *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna 1973, p. 289 (in inglese *The Change in the Function of Law in Modern Society*, ora in *The Rule of Law under Siege, Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, W.E. Scheuerman, Berkeley-Los Angeles-London 1996).

Costituzione di Weimar, il cui art.153, in verità, si apre, sì, con l'affermazione secondo la quale «La proprietà è garantita dalla costituzione. Il suo contenuto ed i suoi limiti sono fissati dalla legge», ma, al tempo stesso, si chiude con l'altra espressione, di più ampio respiro, secondo la quale «La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune»⁴.

In definitiva, nel richiamare la necessaria presenza della legge, la disposizione costituzionale adottata nel 1948 nella Costituzione italiana appariva riflettere e registrare una convergenza tanto dei costituenti di orientamento liberal-democratico, che intendevano sottrarre la proprietà a possibili interventi puntiformi promossi dal potere pubblico e dai giudici, quanto anche di quelli provenienti della stessa sinistra marxista, favorevoli a concentrare il potere di intervento in economia nell'apparato legislativo, sulla scorta delle suggestioni radicali offerte dal pensiero di Rousseau e che, per la medesima ragione, avevano indotto a contrastare in un primo tempo l'inserimento della stessa Corte costituzionale nella nuova legge fondamentale. In altre parole, nel testo della costituzione repubblicana, la sola praticabile funzionalizzazione sociale della proprietà privata appare quella affidata al legislatore, come tale sottratta tanto a provvedimenti isolati della pubblica amministrazione, quanto a determinazioni giudiziali. Al tempo stesso, peraltro, il complessivo sistema costituzionale in cui si collocava l'art. 42 evidenziava pur sempre che il potere legislativo chiamato a dare contenuto disciplinare alla 'funzione sociale' avrebbe dovuto muoversi nel rispetto sia dei valori e diritti complessivi presenti nella Carta costituzionale, sia dei paradigmi irriducibili che, piaccia o no, permettono di delineare il significato costituzionale del diritto di proprietà. Senza qui riproporre il tema, assai discusso in tempi passati, del c.d. contenuto minimo della proprietà, è indubbio che la fissazione da parte del legislatore dei modi di acquisto e di godimento nonché dei limiti della proprietà privata è soggetta, a sua volta, a limiti: limiti che, a tacer d'altro, entrano in campo allorché si tratta, in concreto, di distinguere tra interventi c.d. conformativi ed interventi ablativi della proprietà che richiedono il riconoscimento di una indennità. Pur con queste precisazioni è peraltro indubbio che con l'avvento delle Costituzioni moderne, la stessa interpretazione del diritto positivo è stata chiamata, in termini generali, a conformarsi ai principi e valori presenti nel testo costituzionale, ossia a configurarsi come costituzionalmente

⁴ Sul compromesso presente nell'art. 153 della Costituzione di Weimar tra le diverse istanze politico-sociali presenti in quel momento storico nella Germania guglielmina a proposito della questione proprietaria, si v. P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino 2016, p. 61 ss.

orientata. Sotto questo profilo, anche se la letteratura giuridica italiana lo ha registrato in ritardo, si è in definitiva determinato il passaggio, a voler utilizzare la formula coniata da Bobbio negli anni sessanta del Novecento, da un'indagine giuridica incentrata sulla 'struttura' degli istituti ad una incentrata sulla 'funzione', dalla configurazione monolitica della proprietà assunta nella sua astrattezza ad una visione articolata in considerazione della diversità e molteplicità degli interessi volta a volta coinvolti alla luce del bene preso in considerazione.

b) La seconda vicenda relativa alla funzione sociale da segnalare è quella più generale, di livello culturale e, per certi versi, ideologico, che ha fatto da sfondo innanzitutto alle stesse scelte legislative ed agli orientamenti ermeneutici che hanno portato all'inserimento stesso nel corpo della legislazione della clausola generale racchiusa nell'espressione (funzione sociale) e che, dunque, in riferimento specifico alla proprietà, ne hanno in concreto modificato significativamente il ruolo, da semplice *giustificazione esterna* dell'istituto giuridico (in particolare la moderna 'proprietà privata' assoluta) destinata ad esaurirsi con la sua positivizzazione legislativa, ad un *dato interno* alla stessa struttura giuridica del diritto dominicale, come tale chiamato, sul piano effettuale, ad assicurare la costante rispondenza del diritto alle attese poste dalla *Grundnorm*.

A voler riassumere in termini sintetici, pur sempre con le dovute cautele e puntualizzazioni che si cercherà di evidenziare in prosieguo, le due 'vicende' dianzi segnalate, si potrebbe dire che mentre la prima, relativa all'inserimento della funzione sociale nella struttura del diritto dominicale, è tutto interna all'indagine della scienza del diritto e alle articolazioni ricostruttive del sistema offerte dalla dottrina e dalla prassi giurisprudenziale sulla base peraltro della legislazione attuativa di siffatta funzione, la seconda attiene sostanzialmente alla politica del diritto, a partire innanzitutto dalle valutazioni che precedono ed orientano le scelte disciplinari.

2. La rivoluzione borghese: proprietà attiva e cittadinanza nella prima codificazione dell'Ottocento

La considerazione introduttiva ora svolta si rivela utile in quanto permette di analizzare il tema della funzione sociale relativa alla proprietà in chiave storica, a partire proprio dalla specifica situazione venutasi a determinare nell'Ottocento europeo. Infatti, con la codificazione civile avviata in Francia nei primi anni dell'Ottocento, in cui *magna pars* spettava all'istituto della proprietà privata, quale fondamentale manifestazione dell'egemonia acquisita dalla

borghesia agraria e, al tempo stesso, del tramonto dell'*ancien régime*, si può dire che si era sostanzialmente esaurita la spinta propulsiva verso il radicale mutamento del quadro normativo emersa per ampia parte del Settecento. La principale conseguenza a livello europeo della chiusura del periodo delle grandi riforme ben può rinvenirsi nel progressivo disaccoppiamento tra la riflessione sul 'diritto positivo', affidata alla nascente scienza del diritto, e la politica del diritto. Più precisamente, con la positivizzazione nei codici civili delle aspettative alla base della rivoluzione borghese, non ha più avuto ragione di continuare quell'approccio culturale che nel pieno del periodo illuministico aveva affrontato i temi fondamentali della riforma civile in termini di 'scienza della legislazione'. Se da un lato, a partire da quel momento, scienza del diritto e politica del diritto si sono andate differenziando in modo netto, con il contrarsi della seconda, in ragione della relativa stabilità del quadro politico e sociale consacrato nel codice civile, dall'altro, analogo fenomeno è emerso e, per di più, con una separazione anche dalla stessa area dell'indagine giuridica, nel campo della riflessione economica per via della progressiva distinzione tra la scienza economica, avviata a strutturarsi sulla base di sempre più precisi e distinti paradigmi teorici, e la politica economica, in una con la stessa differenziazione dei saperi e articolazioni delle scienze sociali.

In altre parole, nell'ambito di questa separazione, i modelli interpretativi utilizzati dai giuristi per il diritto codificato, in particolare per la proprietà privata, si sono collocati pur sempre all'interno di una scelta di politica del diritto ormai acquisita e consolidata. Non vi era più ragione alcuna di riflettere o di riprendere il tema circa il rilievo e la funzione dell'istituto della proprietà privata nel quadro dell'egemone prospettiva ideologica e culturale propria del liberismo fondata appunto sull'assunta coincidenza tra la felicità dei privati proprietari con la felicità pubblica⁵.

A tacer d'altro, al fine di cogliere la progressiva distanza tra la soluzione giuridica consacrata con la codificazione, a partire da quella napoleonica, con il clima riformista immediatamente precedente non ancora egemonizzato pienamente dalla ideologia liberale, appare utile riprendere una pagina famosa a proposito della proprietà agricola scritta da Pietro Verri, ossia dell'esponente dell'illuminismo milanese propugnatore di quella che di recente è stata riprospettata in termini di «economia civile»⁶, per distinguersela

⁵ Sul dibattito che ha accompagnato la codificazione del diritto di proprietà tra istanze ispirate al diritto naturale e soluzioni fondate sulla positiva valutazione politico sociale ed economica dell'istituto, si rinvia a J.F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l'histoire du Code Civil français*, D'Aix-Marseille 2004, p. 270 ss.

⁶ Il riferimento è alla riflessione di S. ZAMAGNI e L. BRUNI, *L'economia civile. Un'altra idea di mercato*, Bologna 2015.

dall'attuale neoliberalismo radicale. Nell'ambito di un approccio al tema in cui la riflessione sul modello giuridico della proprietà agricola si saldava con la riflessione economica, ossia quella in cui in definitiva ben si poteva cogliere l'inveramento della funzione che l'istituto avrebbe dovuto assolvere, Verri sottolineava la necessità di interventi indirizzati rispettivamente a: «favorire quel genere di agricoltura per cui si conservi alla terra la sua attività», «si da rendere «posponibile quel genere di coltura che deteriori le condizioni del clima»; «preferire quel genere di coltura che soddisfaccia ai bisogni fisici, sintanto almeno che sieno largamente assicurati»; «preferire quel genere di agricoltura che più accresce l'annua totale riproduzione e che impiega maggiore numero di braccia»⁷.

Al di là della singolare attualità nell'era post-moderna, attenta agli equilibri ecologici, di alcune delle osservazioni avanzate da Verri, ai nostri fini è interessante rimarcare che il coordinamento tra gli interessi del proprietario e le aspirazioni della società alla base delle sue proposte lasciava aperta la scelta circa le modalità giuridiche di attuazione del disegno di politica economica ivi sotteso, senza rigidi precostituiti paradigmi. Ed, infatti, nell'illustrare il suo punto di vista Verri così continuava:

non intendo dire perciò che io creda mai un bene l'*obbligare* i proprietari con leggi dirette o penali ad abbandonare o scegliere una coltura più che un'altra ... Le leggi coercitive non possono mai produrre verun buon effetto; perché limitando esse il diritto di proprietà per entro a troppo angusti confini tendono ad intimidire gli uomini, a scoraggiare l'industria e diminuire la ricerca de' campi, e a portare la freddezza in ogni parte, dove anzi conviene lasciare vegetabile la vita e schiudersi l'attività. Si otterrà stabilmente e con placidi mezzi che nello Stato si stenda più la coltura che più accresce la riproduzione, qualora indirettamente il legislatore *inviti* la coltura più utile, o aggravando meno il tributo quelle terre sulle quali si esercita, ovvero lasciando più svincolata la contrattazione delle derrate alimentari provenienti dalla coltura più utile, ovvero sollevando nelle gabelle all'uscita e circolazione, quelle derrate, e invece aggravandone le prodotte dalla meno utile coltura ... la ritrosa volontà dell'uomo vuol, essere invitata senza scossa e guidata senza violenza, affinché si ottenga un bene costante e non compensato da un maggior male ... Nelle nazioni illuminate gli uomini vanno direttamente, e obliquamente vanno le leggi; ma quanto sono minori i lumi di un popolo, tanto vanno più direttamente le leggi e obliquamente gli uomini⁸.

⁷ P. VERRI, *Meditazioni sull'economia politica*, Milano s.d., p. 83 ss.

⁸ VERRI, *Meditazioni*, cit. nt. 7, p. 86.

A partire dalla codificazione napoleonica, la proprietà privata, in particolare quella immobiliare⁹, era stata adottata come cardine dell'economia borghese secondo i paradigmi del c.d. individualismo possessivo¹⁰, dunque del modello che riconosceva al proprietario sia il potere assoluto di godimento di suoi beni, sempre che non danneggiasse gli altri, sia il ruolo di cittadino. Al riguardo, è sufficiente rammentare i capisaldi di questa impostazione come illustrati agli inizi dell'Ottocento da B. Constant, laddove da un lato sottolineava che «la propriété seule rend les hommes capables de l'exercice des droits politiques»¹¹ dall'altro metteva in guardia su possibili interventi legislativi sulla proprietà al di là di quanto già previsto nel codice, nel rimarcare che «L'arbitraire sur la propriété est bientôt suivi de l'arbitraire sur les personnes: premièrement, parce que l'arbitraire est contagieux; en second lieu, parce que la violation de la propriété provoque nécessairement la résistance»¹².

⁹ Si è da più parti parlato di una ispirazione 'ruralista' a proposito della disciplina della proprietà nel *Code Napoléon*, restando quella avente ad oggetto beni mobili al centro del *code de commerce*.

¹⁰ Si v. il famoso saggio di C.B. Mc PHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese: la teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, Milano 1982.

¹¹ B. CONSTANT, *Principes de Politique*, Paris 1872 (prima edizione 1815), p. 55. A fronte dell'osservazione secondo la quale «L'on peut dire que l'état actuel de la société, mêlant et confondant de mille manières les propriétaires et les non-propriétaires, donne à une partie des seconds les mêmes intérêts et les mêmes moyens qu'aux premiers ... », Constant difendeva strenuamente l'esclusività della rappresentanza politica ai *possidentes* facendo propria l'osservazione avanzata da un celebre scrittore secondo la quale «lorsque les non-propriétaires ont des droits politiques, de trois choses il en arrive une: ou ils ne reçoivent d'impulsion que d'eux-mêmes, et alors ils détruisent la société; ou ils reçoivent celle de l'homme ou des hommes en pouvoir, et ils sont des instruments de tyrannie; ou ils reçoivent celle des aspirants au pouvoir, et ils sont des instruments de faction. Il faut donc des conditions de propriété; il en faut également pour les électeurs et pour les éligibles».

¹² CONSTANT, *Principes*, cit. nt. 11, p. 116. Sulla rilevanza costitutiva della proprietà ai fini della cittadinanza di fronte allo Stato, si v. altresì P.J. PROUDHON, *Théorie de la propriété*, 1862, il quale legava il carattere assoluto del diritto dominicale alla specifica funzione che l'istituto assolveva al servizio dell'individuo nei confronti dello Stato. A suo dire «La propriété, en effet, est absolue, inconditionnée, *Jus utendi et abutendi*, ou ell n'est pas» nella prospettiva di «Servir de contre-poids à la puyissance publique, balancer l'état, par ce moyen assurer la liberté individuelle: telle sera dons, dans le système politique, la fonction, principale de la propriété. Supprimez cette fonction ou, ce qui revient au même, ôtez à la propriété le caractère absolutiste que nous lui avons reconnu et qui la distingue; imposez-lui des conditions, déclarez-la incessible et indivisible : à l'instant elle perd sa force, elle ne pèse plus rien; elle redevient un simple bénéfice, un précaire; c'est une mouvance du gouvernement, sans action contre lui. Le droit absolu de l'État se trouve donc en lutte avec le droit absolu du propriétaire. Il faut suivre de près la marche de ce combat».

Dal punto di vista ideologico-culturale e politico è indubbio che il modello difeso da Constant e codificato in Francia corrispondesse in larga parte alla figura risultata vincitrice¹³ nella rivoluzione del borghese, proprietario operoso e protagonista dell'attività economica sui beni posseduti, titolare di libertà fondamentali da far valere nei confronti dello Stato¹⁴. E, tuttavia, la forza d'urto della formula impiegata, diretta ad esaltare il profilo dell'assolutezza del diritto, autentico prototipo della categoria del diritto soggettivo, lasciava pur sempre al soggetto la libertà piena di decidere in ordine all'utilizzazione dei beni, ivi compresa la stessa opzione per l'inazione o il totale disinteresse, in termini di *jus utendi ac abutendi*¹⁵. Considerazione, questa, sufficiente per cogliere, sul piano delle relazioni tra gli stessi soggetti privati, le tensioni che inevitabilmente sarebbero emerse con maggiore prevedibilità nel nostro paese nel corso di quel secolo, alla luce proprio della significativa non rispondenza tra il modello operoso di proprietà alla base della disciplina accolta nel codice del 1865, sulla scia appunto del *Code Napoléon*, e la complessa e variegata realtà economica italiana caratterizzata da ampie sacche di parassitismo agrario, di assenteismo e di latifondismo.

Ad ogni modo, ciò che qui interessa rimarcare è che per buona parte dell'Ottocento, la scienza giuridica privatistica europea è rimasta sostanzialmente muta a proposito della funzione sociale della proprietà con

¹³ Sulle diverse prospettazioni in materia di proprietà emerse tra il 1789 e la codificazione napoleonica si rinvia per tutti a F. GUALMANERA, *Accesso alla natura tra ideologia e diritto: Presentazione di Bertil Bengtsson*, Torino 2014, p. 77 ss.

¹⁴ Del resto, il binomio tra libertà e proprietà era alla base del manifesto dei fisiocratici, i primi a dare una giustificazione teorica circa la rilevanza sociale e politica della proprietà privata. Secondo LE MERCIER DE LA RIVIÈRE, *L'ordre naturelle et essentiel des sociétés politiques* del 1767, pubblicato a cura di Depitre, Paris, 1910, p. 25, la libertà si presenta come «tellement inséparable du droit de propriété qu'elle se confond avec lui et qu'il ne peut exister sans elle comme elle ne peut exister sans lui». Sul punto si v. C. MENGÈS-LE PAPE, *Physiocratie, Révolution et Code civil : les origines historiques de la faculté de clore son héritage*, in *La propriété en mutation : propriété privée et utilités économiques*, colloque Tempus, Rouen, 1998, p. 47 ss. Non è un caso che nella Dichiarazione dei diritti del 1789, l'art. 2 menzionasse esplicitamente quali cardini del nuovo sistema sociale: «la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression».

¹⁵ A conclusione della sua analisi del testo del *code civil*, a proposito della posizione del proprietario, DEMOLOMBE (*Cours de Code Napoléon*, t. IX., *De la distinction des biens*, Paris 1852, § 542) non aveva dubbi nel parlare di «un pouvoir souverain, un despotisme complet» prospettando una lettura che avrebbe avuto lunga vita nella riflessione della dottrina giuridica: si v. la recente analisi di G. LARDEUX, *Qu'est-ce que la propriété? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l'histoire*, in «Revue Trim. Droit Civil», 2013, p. 741 ss. e J.P. CHAZAL, *La propriété : dogme ou instrument politique?*, *ivi*, 2014, p. 763 ss.

particolare riguardo a quella immobiliare, a partire, ovviamente da quella agricola, in quanto culturalmente in linea con il modello codificato che rifletteva all'origine il punto di arrivo di quel processo rivoluzionario guidato dalla borghesia, ossia dalla classe effettivamente attiva sul piano economico e che aveva spazzato via le posizioni parassitarie della aristocrazia e del clero¹⁶. In altre parole, la sacralità del modello proprietario accolto dalla codificazione ha per lungo tempo data piena legittimità, sulla base della sua riconosciuta funzione sociale, alla proprietà privata, sebbene questa riflettesse situazioni di appartenenza profondamente diverse l'una dall'altra nella realtà sociale, ossia tanto quelle pienamente in linea con la cultura operosa della 'modernità borghese', alla base delle originarie scelte del *code civil*, quanto quelle riflettenti situazioni premoderne di pura rendita parassitaria¹⁷. L'indiscusso ruolo riconosciuto alla proprietà privata nella sua accezione individualistica può, del resto cogliersi nel corrispondente prevalente atteggiamento critico verso quelle forme di appartenenza 'anomale', considerate come antistoriche e superate, come tali destinate ad essere eliminate (liquidate) dalla esperienza giuridica: si pensi, per quanto riguarda il nostro paese, all'articolata area delle proprietà collettive¹⁸ e, sul

¹⁶ Eppure la mitizzazione del codice come *ratio scripta* si è conservata a lungo nel corso dell'Ottocento. Sul carattere borghese del codice napoleonico si v. infatti il riconoscimento cauto di R. SALEILLES, *Le code civil et le méthode historique* in *Le code civil 1804-1904 Livre du centenaire*, Paris 1904, p. 115 nel constatare, peraltro, che la trinità intangibile indicata da Cambacères, «Liberté, Propriété, Autonomie contractuelle», aveva subito nel tempo significative limitazioni. Siffatta qualificazione, a ben vedere, tra la fine dell'ottocento e gli inizi del Novecento, nonostante fosse passato un secolo, accomunava a quello francese anche il novello codice tedesco: si v. al riguardo, M. R. SOHM, *Le code civil français et le code civil allemand*, Congrès international du droit comparé del 1900, Paris 1905, p. 268 «les deux grands Codes que le XIX siècle a produits, le Code civil français et le Code civil allemand, sent de la même essence. Tous les deux reposent à la fois sur l'idée nationale et sur les conceptions libérales de la bourgeoisie. Tout deux exèriment la vie et la force du tiers état. Ils constituent tous les deux un monument à la fois de l'unité nationale et de la liberté bourgeoise, ou civile».

¹⁷ Per l'esaltazione convinta della proprietà assoluta che preesiste sicché la legge deve limitarsi a riconoscerla, si v. per tutti M.F. BASTIAT, *Propriété et loi, justice et fraternité*, in «Journal des Économistes», 15 maggio / 15 giugno 1848.

¹⁸ Sul punto si rinvia per tutti alle ampie riflessioni di P. GROSSI secondo il quale (*Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 1990, p. 508) «Il tema delle proprietà collettive è stato uno dei più illuminanti banchi di prova dell'assolutismo giuridico ottocentesco: durante quasi tutto un secolo l'unica reazione dello Stato monopolizzatore della produzione giuridica fu quella di rimuovere gli assetti proprietari collettivi. Senza essere sfiorato dall'ombra di un dubbio, mescolando indebitamente con ignorante protervia usi civici, partecipanze, università agrarie, comunanze, proprietà comuni, dovunque fossero situati, a qualunque

piano culturale generale europeo, all'eterodossia delle riflessioni avanzate al riguardo da Maine a metà dell'Ottocento¹⁹ e presenti anche nella ricerche svolte senza pregiudizi dagli economisti della scuola storica tedesca.

3. Processo industriale e proprietà intellettuale nella cultura economico-giuridica dell'Ottocento: l'emersione della funzione sociale nella ricerca dei germanisti e della scuola storica dell'economia

A fronte di un quadro normativo decisamente stabile come quello racchiuso nei codici civili e di una cultura giuridica civilistica orientata fondamentalmente a riflettere sul diritto positivo con un pressoché univoco indirizzo politico-ideologico, in linea con i paradigmi del pensiero liberale, sono state due, a nostro avviso, le circostanze emerse sin dai primi decenni dell'Ottocento che hanno aperto la strada agli sviluppi che, a partire dalla fine del secolo, sarebbero intervenuti nella lettura della proprietà privata codificata e nella rispondente esperienza legislativa sino ad una rivisitazione della sua prospettazione sistematica.

La prima circostanza, cui si lega l'apertura di un dibattito in termini di politica del diritto avente ad oggetto la proprietà e la sua funzione sociale, è offerta dalla progressiva emersione del tema rappresentato dalla 'proprietà intellettuale'²⁰. All'indomani della fine delle corporazioni e l'avvio della iniziativa economica libera, si è progressivamente percepito che sarebbe stata sempre di più questa ultima a costituire il motore dello sviluppo economico ed a delineare le forme attraverso le quali si sarebbe attuata «la distruzione creatrice»²¹, avente come protagoniste le nascenti imprese industriali e commerciali, ed assicurata una concorrenza corretta.

radice storica si connettessero, con qualsivoglia struttura si fossero organizzati, il legislatore non ebbe che un solo pensiero incombente: quello che, con termine auschwitziano, è stato fino a ieri chiamato la loro 'liquidazione'».

¹⁹ Il riferimento è all'indagine di H.S. MAINE, *Ancient Law* edito a Londra nel 1861 (trad. ita., *Diritto antico*, Milano 1998).

²⁰ L'uso della formula, in quanto riassuntiva di tutte le manifestazioni della creazione umana artistica, tecnologica e legata all'esercizio dell'impresa, si rinviene già alla metà dell'Ottocento francese: si v. accanto al contributo di M. JOBARD, *Création de la propriété intellectuelle*, Bruxelles 1843; A. NION, *Droits civil des auteurs, artistes et inventeurs*, Paris 1846,II; e E. CALMELS, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, Paris 1856, p. 22, ivi ampi riferimenti alla letteratura e all'esperienza europea del tempo.

²¹ Si tratta della formula coniata dall'economista J. Schumpeter nell'illustrare il meccanismo al cuore del capitalismo moderno incentrato sulla produzione affidata alle regole del mercato e alla libera competizione tra le imprese.

La seconda circostanza, del tutto innervata nella prospettiva offerta dalla riflessione suggerita dal processo industriale, cui si legava il tema dei nuovi ‘beni immateriali’ e della loro progressiva sistematizzazione in chiave proprietaria, è legata al recupero esplicito nella giustificazione sociale circa le nuove forme di appartenenza, che si andavano enucleando nel giovane diritto industriale, del riferimento a risultati produttivi riconducibili all’iniziativa dell’uomo e del suo ingegno: di qui il progressivo superamento, in nome dei diritti dell’uomo consacrati dalla rivoluzione francese, delle resistenze pur presenti verso siffatte novità emerse nel corso di quel medesimo periodo storico dovute in parte alla lotta contro i privilegi del vecchio regime delle corporazioni, in parte alle suggestioni offerte dalle correnti ispirate ad un integralismo liberale. Il legame tra l’*homo faber* e il meccanismo appropriativo del prodotto del suo lavoro, al centro della riflessione sulle articolazioni della nascente proprietà immateriale²², finiva da un lato con l’evidenziare la distanza tra il modello proprietario alla base del codice civile e una realtà economico-sociale che presentava ampie manifestazioni di ignavia e di disattenzione dei *possidentes* verso beni di sicuro rilievo collettivo nonché gravi squilibri nell’allocazione sociale della ricchezza, dall’altro valorizzava il ruolo incisivo del legislatore nel bilanciare istanze individuali ed esigenze collettive. In altri termini, la rivisitazione del rapporto tra le forme private di appartenenza e la loro funzione sociale è in primo luogo riemersa nel corso dell’Ottocento fuori dall’indagine sulla proprietà codicistica, in particolare su quella agraria, collocandosi in quel processo, di più ampio respiro, legato all’adeguamento delle strutture giuridiche ottocentesche alle esigenze indotte dalla progressiva industrializzazione delle società europee, e, in definitiva, dal progressivo passaggio della centralità sociale ed egemonia culturale della borghesia

²² Come ebbe a rimarcare A.C. RENOARD, *Droit industriel dans ses rapport avec les principes de droit civil*, Paris 1861, p. 212: «Le capital intellectuel, propriété indivise de l’entière communauté humaine, est une création du travail». Questa considerazione permetteva da un lato il collegamento di tale capitale con le altre forme di ricchezza materiale prodotte dall’uomo nella prospettiva della proprietà, dall’altro fondare la singolarità della proprietà intellettuale. Secondo Renouard (*op. cit.*, p. 213-214), la società è consapevole del fatto che «qu’elle doit au travail intellectuel, non-seulement un légitime salaire, mais aussi des récompenses plus hautes: les honneurs, le crédit, la renommée, la gloire. L’appropriation des choses et l’expression des idées sont deux conditions de la vie, deux destinations entre lesquelles le travail humain se divise. La loi de propriété domine la distribution des choses; la loi d’action préside à la fusion des esprits et à leur fécondation réciproque née de leur perpétuel commerce». In tale prospettiva, «quoique, par son essence, le domaine immatériel appartienne à l’universalité de jouissance du genre humain, il arrive cependant que le droit civil y crée, par appropriation fictive, certaines parts exclusivement réservées».

agricola a quella industriale, dal primato della proprietà immobiliare a quella mobiliare.

La necessità di un effettivo rispettoso inveramento della *proprietà attiva*, assunta quale unica rispondente alla funzione sociale che aveva condotto alla sua collocazione al centro della codificazione civile europea, è emersa nel corso dell'Ottocento non già nella riflessione dei giusprivatisti, studiosi del codice civile, bensì da un lato nelle indagini e proposte degli operatori culturali e politici più attenti al concreto divenire della società contraddistinta dal passaggio progressivo del primato economico e culturale dal mondo della proprietà fondiaria a quello rappresentato dall'industria e dalla finanza incentrato sulla proprietà mobiliare²³, dall'altro nelle riflessioni e studi che hanno accompagnato e preparato l'avvento della prima legislazione in materia di beni immateriale e di proprietà immateriale.

È all'interno di questa riflessione di natura programmatica e politica che, del resto, si è affacciato per la prima volta l'uso stesso della formula 'funzione sociale'. Quanto alla riscoperta valenza produttivistica dell'istituto proprietario, quale fondamento della sua rilevanza sociale, è sufficiente ai nostri fini richiamare la riflessione di Saint-Simon. Infatti, nella sua opera *Physiologie sociale*, il rilievo primario riconosciuto alla legge che individua la proprietà quale autentica base dell'edificio sociale, per cui quella avente ad oggetto la divisione dei poteri andrebbe considerata addirittura secondaria²⁴ rispetto alla prima, si lega ad una specifica configurazione giuridica della proprietà. Questa «doit être constituée d'une manière telle que le possesseur soit stimulé à la rendre productive le plus qu'il est possible»²⁵. Nella sua successiva opera su *L'industrie* Saint-Simon provvide a chiarire il suo pensiero, implicitamente critico sulla 'neutra' categoria proprietaria presente nel *code civil*, prospettando altresì un lessico destinato ad un futuro successo nell'ideologia produttivistica del Novecento, fatta propria dal corporativismo nostrano e sottesa alla stessa nella codificazione civile del 1942. Infatti, nei paradigmi individuati nel *De l'industrie*, Saint-Simon ha precisato innanzitutto il significato del primato della proprietà attiva, marcando appunto il rilievo sostanziale da

²³ Già nel 1839, E. LABOULAYE, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Paris (63-64), attento seguace di Savigny in terra di Francia, segnalava il «prodigieux développement de la propriété mobilière, propriété nouvelle destinée à absorber la propriété immobilière et dont la répartition est la grande question des temps modernes, comme la répartition du sol fut la question capitale des temps anciens».

²⁴ (C. H. DU ROUVROY COMTE DE) SAINT-SIMON, *Vues sur la propriété et la législation*, in ID., *Ouvres complètes*, Paris 1841, p. 248: «La loi qui constitue la propriété est la plus importante de toutes; c'est elle qui sert de base à l'édifice social. La loi qui établit la division des pouvoirs, et qui en règle l'exercice, n'est qu'une loi secondaire».

²⁵ SAINT-SIMON, *ibid.*

riconoscere all'attività produttiva in quanto tale, per cui il primato originario della proprietà fondiaria veniva progressivamente ad essere erosa²⁶.

A suo dire, infatti, «la production des choses utiles est le seul but raisonnable et positif que les sociétés politiques puissent se proposer, et conséquemment que le principe *respect à la production et aux producteurs est infiniment plus fécond qu'ecelui-ci: Respect à la propriété et aux propriétaires*» [il corsivo è nostro]²⁷.

In questa medesima prospettiva, pochi anni dopo, August Comte, nel suo *Système de politique positive* del luglio del 1851, è il primo non solo ad utilizzare esplicitamente la formula 'funzione sociale' a proposito della proprietà (peraltro assunta, in un'accezione ampia, in termini di capitale) in quanto appunto «destinée à former et à administrer les capitaux par lesquels chaque génération prépare les travaux de la suivante»²⁸ ma, al tempo stesso, ad avvalersene proprio per respingere l'allora imperante lettura rigorosamente individualistica in cui giuristi ed economisti risultavano accomunati, tanto da favorire e giustificare per reazione lo sviluppo culturale del nascente movimento comunista²⁹, a sua volta alimentato dall'aggravarsi della questione

²⁶ Del resto, già ai primi decenni di quel secolo, G.B. SAY (*Corso completo di Economia politica pratica*, 1873, pp. 881-882), nel prospettare una graduatoria tra le diverse forme di proprietà, assegnava il primato a quella delle facoltà personali seguita dalla più sacra quella dei capitali, «perché sono della creazione propria dell'uomo che li possiede, o di colui che glie li ha trasmessi». Laddove «la proprietà la cui legittimità è la più dubbia è la proprietà fondiaria». Sul ruolo del pensiero di Say nell'avvento dell'industrialismo, resta tuttora prezioso il contributo di E. ALLIX, *Jean-Baptiste Say et les origines de l'industrialisme*, Extrait de la «Revue d'économie politique», 1910.

²⁷ SAINT-SIMON, *De l'industrie*, in *Ouvres*, cit. nt. 24, 2^e vol., pp. 185-186.

²⁸ Così A. COMTE, *Système de politique positive*, Paris 1851, t. I, p. 156 e, già, in Id., *Discours sur l'ensemble du Positivisme: ou Exposition sommaire de la doctrine philosophique et sociale propre à la grande république occidentale*, Paris 1848, p. 149 ss.

²⁹ Infatti, l'affermazione circa la funzione sociale spettante alla proprietà si poneva a compimento di una riflessione che nel criticare le tesi nascenti comuniste prendeva altresì le distanze dal modello individualistico della proprietà accolto dal codice e osannato dai giuristi. A suo dire, *op. ult cit.*, p. 154: «Le vrais philosophes n'hésitent point à sanctionner directement les réclamations instinctives des prolétaires envers la vicieuse définition adoptée par la plupart des juristes modernes, qui attribuent à la propriété une individualité absolue, comme droit d'user et d'abuser. Cette théorie antisociale, historiquement due à une réaction exagérée contre des oppressions exceptionnelles, est autant dépourvue de justice que de réalité». Infatti, prosegue Comte, «Aucune propriété ne pouvant être créée, ni même transmise, par son seul possesseur, sans une indispensable coopération publique, à la fois spéciale et générale, son exercice ne doit mais être purement individuel. Toujours et partout, la communauté y est plus ou moins intervenue, pour le subordonner aux besoins sociaux». Sotto questo profilo, Comte non solo accomunava l'errata prospettiva del nascente comunismo a quella dei giuristi esaltatori della proprietà

sociale e dalle inique condizioni della classe operaia.

Ciò che qui interessa sottolineare è che lo spostamento dell'attenzione sulla proprietà produttiva prospettato da questa letteratura, e destinato ad entrare lentamente nel circuito della cultura giuridica, ha però acquisito rilievo fondamentale sul solo piano di una possibile politica del diritto da adottare, senza peraltro essere in grado di incidere operativamente sul modello codificato e sulla sua interpretazione. Al riguardo, a conferma della difficoltà di andare oltre il quadro codicistico della proprietà, è interessante e significativo quanto si legge nell'indagine giuridica edita nel 1860 da A.C.M. Renouard, con il titolo *Droit industriel dans ses rapport avec les principes de droit civil*³⁰. Infatti, se da una parte nel corso dell'Ottocento il dibattito sulla funzione sociale in termini di nuova legislazione da introdurre si è andata spostando molto presto, a partire dai primi decenni del secolo, sulla proprietà immateriale, ossia sulle forme giuridiche con cui tutelare scrittori ed inventori, mimando un percorso parallelo a quello emerso in precedenza prima della codificazione per la proprietà fondiaria, d'altra parte, per le forme private di appartenenza dei beni materiali, la forte resistenza ideologica e culturale del quadro giuridico centrato sulla proprietà assoluta ha continuato a lungo a 'neutralizzare' sul piano degli effetti giuridici le pur formali preferenze riconosciute per la sola proprietà attiva.

A dispetto ed in contraddizione con l'affermazione secondo la quale era quest'ultima a rispondere al modello codificato, Renouard metteva in guardia circa possibili sbocchi ermeneutici sul diritto civile vigente ed eventuali interventi legislativi correttivi da adottare in presenza di una proprietà assenteista. Infatti, da un lato rimarcava che «un capital qui, pouvant produire, reste stérile, affecte la société par une absence de gain; un capital qui de productif devient stérile, amène un appauvrissement» sul presupposto, in definitiva, che «La productivité des capitaux est la base de la richesse publique aussi bien que des richesses privées»³¹. Dall'altro, metteva però in guardia su possibili rimedi legislativi da introdurre, a fronte della perdita di effettività della proprietà attiva. A suo dire³²:

senza limiti in quanto entrambe espressioni di tesi infondate e false nella loro radicalità, ma accomunava a questi anche «les maximes métaphysiques» avanzate dagli economisti volte ad interdire «toute régularisation sociale des fortunes personnelles» (ivi, p. 155).

³⁰ Il libro indicato nel testo venne pubblicato nel 1860 come già segnalato *supra* alla nt. 20.

³¹ A.C.M. RENOARD, *Droit industriel dans ses rapport avec les principes de droit civil*, Paris 1860, p. 263. Sulla riflessione di Renouard in materia di proprietà, si v. ampiamente M. ZIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie de droit*, Paris 2004.

³² RENOARD, *Droit industriel*, cit. nt. 31, pp. 263-264.

On tombe dans une erreur funeste lorsque, de la liaison qui existe entre les fortunes privées et la fortune publique, on conclut que l'autorité publique a qualité pour intervenir dans la gestion ou la surveillance des fortunes privées. L'unique juge légitime du bon usage d'un capital est la personne responsable investie, à ses risques, du droit d'en user. Attaquer les capitalistes sous le prétexte qu'ils s'entendent mal à employer leurs capitaux est un de ces attentats qui renversent le droit par oppression de sa liberté d'exercice. Nous avons déjà amplement insisté sur l'injustice et le péril de cette audacieuse négation de la propriété.

La soluzione, a suo dire, non poteva essere legislativa: «C'est à la science, toute seule, aidée par l'amélioration des mœurs, qu'il est permis de demander des enseignements pour les propriétaires et les capitalistes dans l'emploi des biens qui sont à eux, et dont l'envahissement est un ébranlement social».

In definitiva, per ampia parte dell'Ottocento il tema della 'funzione sociale' ha riguardato essenzialmente in termini di *politica del diritto* la sola questione relativa alle nuove frontiere della proprietà c.d. immateriale legata al processo industriale. Per il resto, la letteratura giuridica ha fondamentalmente continuato ad analizzare i temi della proprietà sulla base del pieno accoglimento delle scelte adottate nella codificazione, proiettando in avanti l'ambito operativo del modello della proprietà privata e difendendo le questioni legate alla successione ereditaria del diritto dominicale. Il riferimento alla funzione sociale della proprietà si presentava con rilevanza squisitamente morale nel quadro della tradizione cattolica destinata a significativi momenti di rilevanza nei decenni successivi.

In definitiva, in quella fase storica scienza del diritto e scienza economica si sono collocate sul medesimo orizzonte. Al trionfo, sul piano giuridico, del codice borghese e del pensiero liberale si è affiancato, nell'ambito della scienza economica, quello della scuola di Manchester.

Non è un caso, a voler proseguire nella prospettazione di possibili simmetrie, che la critica crescente all'impostazione individualistica della proprietà fatta propria dalla cultura giuridica nel suo approccio al diritto privato e dalla cultura economica nella sua analisi scientifica, sia emersa progressivamente nella prima, attraverso l'indagine della germanistica tedesca³³, attenta a recuperare i profili comunitari e solidaristici del diritto intermedio, a fronte dell'individualismo egemone nella riflessione pandettistica e filtrato

³³ Sulla questa scuola si v. per tutti il recente, ampio contributo di G. DILCHER, *The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization*, in «Rechtsgeschichte - Legal History», 24 (2016), p. 22 ss.

attraverso la tradizione romanistica³⁴; nella seconda, attraverso le indagini della scuola storica dell'economia e del c.d. socialismo della cattedra³⁵, in un contesto culturale, peraltro, in cui la crescente critica socialista alla proprietà privata riproponeva la necessità di una riproposizione su basi teoriche nuove circa l'effettiva preferenza per il modello economico fondato sulla appropriazione privata della ricchezza³⁶. Di qui, l'inevitabile esigenza di analizzare l'istituto emerso con prepotenza nella modernità non più e

³⁴ Sul punto si v. tra i più recenti contributi J.Q. WHITMAN, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change*, Princeton 2014. Per altro verso la germanistica era più aperta alla riflessione sul diritto pubblico in quanto da tempo emancipatasi dalla tutela del diritto romano: così M. MITTEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, vol. I, Milano 2008, p. 26.

³⁵ Su tale scuola e sulla sua influenza nella cultura economica dei paesi europei, i recenti lavori raccolti da J.L. CARDOSO - M. PSALIDPOULOS (a cura di), *The German Historical School and European Economic Thought*, Routledge 2015, nonché l'ampia indagine di E. GRIMMER-SOLEM, *The Rise of Historical Economics and Social Reform in Germany, 1864-1894*, Clarendon 2003. Sulle principali figure della vecchia e giovane scuola storica tedesca dell'economia si v. B. SCHEFOLD, *Great Economic Thinkers from Antiquity to the Historical School: Translations from the Series Klassiker Der Nationalökonomie*, Routledge 2016, p. 264 ss. In ordine all'importanza di tale scuola anche nella formazione della cultura economico-giuridica nord-americana, per via sia degli studi svolti in Europa da giovani economisti e giuristi statunitensi, sia dell'emigrazione negli States da parte di professori tedeschi, si v. di recente, B.W. BATEMAN (a cura di), *German Influences in the Making of American Economics 1885-1935*, in K. HEINZ-DIETER, N. TAMOTSU, K. TRIBE, *The Dissemination of Economic Ideas*, Elgar 2011, p. 108 ss. Sull'influenza della Scuola storica anche nella riflessione di A. Marshall si v. G.M. HODGSON, *Alfred Marshall versus the historical school?*, in 32 «Journal of Economic Studies», 2005, p. 331ss.

È il caso di osservare, anche alla luce degli diversi sviluppi emersi nell'ambito della cultura ispirata alla scuola tedesca dell'economia, che, al di là della evidente insofferenza per la visione propria dell'individualismo possessivo, il recupero della 'socialità' si è articolato in indirizzi profondamente distanti l'uno dall'altro in quanto rispettivamente ispirati da un canto ad un comunitarismo anticapitalistico (al quale può ascrivere, a nostro avviso, la figura di Emilio Betti), dall'altro alla modificazione dell'economia di mercato in chiave welfaristica e riformistica in linea con gli sviluppi delle società moderne.

³⁶ Il clima generale dell'epoca è ben evidente nella considerazione di J. CHARMONT, *La socialisation du droit, Leçon d'introduction d'un cours de droit civil*, Paris, 1903, p. 387 il quale, nell'individuare le cause fondamentali del nuovo approccio, rimarcava che «deus causes ont provoqué cette réaction; l'apparition du socialisme scientifique, l'évolution du droit vers l'observation sociale». Peraltro, il mutamento dell'approccio alla lettura della questione proprietaria venne altresì agevolato da ricerche storiche come quelle di Niebuhr e Mommsen per cui, come si è osservato, GRIMMER-SOLEM, *The Science of Progress*, cit. nt. 35, p. 117, «The social question thus was telescoped into the past, only to return with the sobering insight that modern German and European society was at an important crossroads in its property relations, and that the current age would be judged on how it resolved the social inequality resulting from the recent urban-industrial transformation».

solo su basi ideali o ideologiche, bensì alla luce della sua concreta utilità sociale con l'inevitabile superamento della prospettiva individualistica³⁷. In tale ottica, come venne a caldo osservato, «aux dogmes métaphysiques succèdent les analyses scientifiques»³⁸.

A titolo esemplificativo, con riferimento alla esperienza giuridica emersa in occasione della nuova codificazione civile tedesca di fine secolo, è sufficiente pensare alle critiche avanzate da Gierke circa l'egemonia assicurata al modello individualistico nella nuova codificazione³⁹, riflesso degli studi dedicati alle società intermedie ed ai gruppi sociali presenti tra Stato ed individuo e portatrici di istanze solidaristiche e comunitaristiche come tali distanti dai paradigmi del liberismo integrale⁴⁰ e, viceversa, in

³⁷ Esemplare, in questa specifica direzione, l'ampia indagine scientifica di Adolph Wagner, economista partecipe del movimento rappresentato dalla scuola storica dell'economia e, però, sensibile e aperto sul piano metodologico alla ricerca teorica: sulla distanza tra il suo specifico itinerario culturale rispetto a quello di Schmoller, si v. tra gli altri, F.K. RINGER, *The Decline of the German Mandarins: The German Academic Community 1890-1933*, Wesleyan University Press, 1990, p. 148 ss. Quanto all'istituto dominicale, a prescindere dalla sua opera del 1876 *Allgemeine oder theoretische Volkswirtschaftslehre*, in cui si prospettava la tesi circa la necessaria destinazione sociale della proprietà [tesi condivisa pienamente circa il rigetto del carattere assoluto della proprietà nel 1884 da JHERING, *Der Zweck im Recht*, vol. I, 1886, p. 408 (trad. ita. con *Introduzione* di M.G. LOSANO, *Lo scopo del diritto*, Torino 2014, p. 359 nt. 247)], si v. , nell'edizione francese che si consultata, *Les Fondements de l'économie politique*, t. 5, Paris 1914, la sua indagine a proposito della complessiva sfera della proprietà privata e in particolare di quella fondiaria. Sebbene Wagner sia approdato nella parte finale della sua vita su posizioni fortemente nazionalistiche e antisemitiche, la sua riflessione, aperta alla ricerca storica [e si v. la critica rivolta a Marshall in occasione della recensione del lavoro di questo ultimo, *Principles of economics*, pubblicata in *5 Q. J. of Economics*, 1891, p. 319 ss.] e allo studio delle relazioni tra economia e diritto [oggetto, queste ultime, della seconda parte del ci. *Les Fondements de l'économie politique* (t. 4, Paris 1913)], ha evidenziato con forza il superamento della configurazione individualistica della proprietà privata nella prospettiva del diritto sociale. Di qui la convergenza, reciprocamente riconosciuta, con l'impostazione avanzata da Jhering, e si v. infatti lo stesso, WAGNER, *op.ult. cit.* 19.

³⁸ Così A. FOUILLÉE, *La propriété sociale et la démocratie*, Paris 1884, p. 5.

³⁹ Sulla critica all'impostazione allora egemonica nella letteratura giuridica resta oltremodo significativo il contributo di O. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrecht*, Frankfurt am M. 1889, sulla base dell'ampia monografia *Das deutsche Genossenschaftsrecht* del 1881 tradotta in inglese nel 1934 da E. Barker con il titolo *Natural Law and the Theory of Society*. Sulla ricezione in Italia della impostazione di Gierke si rinvia a G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali: diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2007, p. 121 ss.

⁴⁰ Si v. al riguardo G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: Ein «Juristensozialismus» Otto v. Gierke?*, in «Quaderni fiorentini» 3-4 (1974-1975), p. 319 ss. Sul punto, si v. anche G. GURVITCH, *L'idée du droit social*, del 1932, riedito in Germania nel 1972,

linea con la costruzione di un diritto sociale⁴¹. Quanto, alla riflessione degli economisti della scuola storica e alla loro sensibilità per il discorso giuridico, può dirsi esemplare l'impostazione avanzata da uno dei principali esponenti di tale scuola Schmoller, fedele custode del metodo induttivo nell'analisi economica e nella ricerca storica, come tale restio ad assunzioni teoriche di applicazione universale di cui, viceversa, si sarebbe fatta portatrice in quel medesimo periodo la scuola austriaca dell'economia, a partire dalle indagini di Menger, da cui prende l'avvio la scuola marginalistica con l'apertura di un acceso dibattito sul metodo delle scienze sociali destinato a prolungarsi anche nel corso del Novecento⁴².

Nell'ambito della vastissima indagine storico-economica di Schmoller sono eloquenti, nella prospettiva della presente analisi, le considerazioni che si rinvencono nelle lettere aperte inviate tra il 1874-1875 da questo studioso a Heinrich von Treitschke⁴³, ossia ad uno dei più rigidi esponenti del liberismo classico e della configurazione individualistica della

p. 535 ss. e, con riferimento al dibattito costituzionale, il recente finissimo studio di RIDOLA, *Stato e Costituzione*, cit. nt. 4, p. 9 ss.

⁴¹ Su questo ultimo, resta sempre prezioso lo studio di GURVITCH, *L'idée du droit*, cit. nt. 40.

⁴² Per ampi riferimenti bibliografici al conflitto metodologico tra Schmoller e Menger, si rinvia a D. ANTISERI (a cura di), *Epistemologia dell'economia*, Rubettino, 2005, p. 28 ss. Più di recente si v. M. LOUZEK, *The Battle of Methods in Economics: The Classical Methodenstreit-Menger vs. Schmoller*, in 70 *The American Journal of Economics and Sociology*, 2011, 439ss; e K. YAGI, *Austrian and German Economic Thought: From Subjectivism to Social Evolution*, Routledge 2013, p. 48 ss. Nella prospettiva dell'analisi istituzionalistica, si v. G.M. HODGSON, *How Economics Forgot History, The problem of historical specificity in social science*, Routledge 2001, p. 113 ss. Con specifico riferimento anche all'importante posizione assunta da Max Weber in ordine a siffatto dibattito, si v. il recente contributo di F. C. BEISER, *The German Historicist Tradition*, Oxford 2012, p. 512 ss., nonché M. SCHÖN, *Gustav Schmoller and Max Weber*, in W.J. MOMMSEN – J. OSTERHAMMEL (a cura di), *Max Weber and His Contemporaries*, Routledge 2013, p. 65 ss. e W. HENNIS, *A Science of Man: Max Weber and the Political Economy of the German Historical School*, ivi, p. 25 ss. In particolare, come ebbe a rammentare nel 1926 M(ARIANNE) WEBER, *Max Weber una Biografia*, Bologna 1995, l'idealtipo prospettato da Weber intendeva favorire una soluzione in grado di riflettere sia la prospettiva metodologica della ricerca teorica, sia quella della ricerca storica, quale costruito concettuale destinato ad operare l'unione di procedimento storico e dogmatico (in questi termini G. DILCHER, *Dalla Storia del diritto alla Sociologia. Il confronto di Max Weber con la Scuola storica del diritto*, in «Scienza e Politica», 2007, p. 115).

Sugli sviluppi del dibattito sul metodo in Germania nel corso del Novecento si v. tra i più recenti contributi H.-P. HAFERKAMP, *On the German History of Method in Civil Law in Five Systems*, in «German Law Journal», 17 (2016), p. 543 ss., ivi ampi riferimenti bibliografici.

⁴³ G. SCHMOLLER, *Politique sociale et économie politique (Questions fondamentales)*, Paris 1902, p. 66 ss.

proprietà privata. Alla denuncia degli «erreurs invétérées du droit romain et de la philosophie individualiste» che sono alla base dell' impostazione fondata sul «laisser passer et laisser faire, c'est-à-dire le jeu libre des forces individuelles actuellement existantes, sans aucun autre devoir, sans aucune contrainte, sans aucune conception morale des rapports de la propriété et du travail», Schmoller contrapponeva una visione istituzionalistica della proprietà, con la piena valorizzazione del ruolo che spetta al diritto nell'orientare in chiave sociale e solidaristica il diritto di proprietà come tale contraddistinto da limiti e da obblighi. Da questo punto di osservazione, attento a dare rilievo al diritto, si colloca, al tempo stesso, la sua critica alle impostazioni del movimento socialista:

Les principales erreurs du socialisme proviennent bien plus du mépris qu'il a de ce côté formel des institutions juridiques et économiques, que de l'injustice de ses revendications. Il méconnaît la nature spécifique, la technique du droit formel, la difficulté de convertir le principe de justice partout, immédiatement et uniformément, en articles de loi, de contrat, en règlements économiques. Il ne voit pas que l'économie a besoin d'avoir à la base un droit techniquement achevé, formulé en quelques articles clairs que le besoin le plus urgent, dans toutes les circonstances de l'heure présente, est un droit formel bien établi, plutôt qu'un droit absolument juste. Ces arguments constituent les seules armes que l'on puisse sûrement tourner contre un socialisme exagéré.

La discussione, apertasi nella seconda metà dell'Ottocento sulla spinta dei primi movimenti operai e sull'onda dei crescenti conflitti sociali legati al processo di industrializzazione, avrebbe progressivamente investito parallelamente tanto il pensiero giuridico, quanto quello economico: il primo, chiamato sempre più a prendere atto dell'inadeguatezza delle soluzioni giuridiche accolte nel codice civile e della loro stessa sistemazione, e, dunque, spinto a riproporre con urgenza e ricchezza di interventi anche il problema del metodo circa il ruolo e l'interpretazione del diritto, il secondo chiamato a fare i conti con una realtà sempre più distante dal modello concorrenziale classico, adottato come criterio di lettura della realtà economica, e in evidente progressivo contrasto, per via delle accentuate crisi sociali, con le 'armonie' preannunciate alla metà dell'Ottocento dal liberismo economico di Bastiat⁴⁴.

⁴⁴ Il libro di F. BASTIAT, *Harmonie économiques*, apparve nella traduzione italiana nel 1851 con la introduzione di F. Ferrara.

4. *La socializzazione del diritto e la proprietà 'funzione sociale' tra fine Ottocento ed avvio del Novecento: dai Codici civili alle Costituzioni*

La crisi del modello liberale ha finito con l'investire tanto il pensiero giuridico che a lungo aveva assecondato la lettura della realtà effettuale attraverso le lenti sempre di più deformanti della codificazione napoleonica in quanto chiamato a misurarsi con i problemi dell'industrialismo, con l'accentuarsi delle tensioni sociali e l'emergere dei conflitti di classe, quanto l'indagine economica chiamata a affrontare, anche dal punto di vista teorico, il tema dell'intervento pubblico in funzione promozionale dell'economia in termini sia di correzione degli squilibri redistributivi legati al funzionamento del mercato, sia di tutela assistenziale dei lavoratori, nonché, più in generale, di promozione della domanda aggregata per favorire la piena occupazione, configurando lo Stato anche come diretto protagonista dell'attività produttiva.

In questo quadro, la riapertura del dibattito sul metodo giuridico e la rilettura delle categorie giuridiche fondate sulla codificazione ottocentesca non potevano che investire prima di tutto i due pilastri della cultura giuridica privatistica del tempo costituiti appunto dalla proprietà e dal contratto in quanto assunti come manifestazioni della signoria dell'individuo [in realtà del proprietario borghese], attraverso rispettivamente la categoria del *diritto soggettivo* e l'*autonomia della volontà*. La dimensione sociale che la fenomenologia giuridica si vedeva riconoscere in luogo di quella individualistica, preannunciata da Charmont nella *socialization du droit* non poteva che investire con particolare incidenza la configurazione della 'proprietà privata', sì da mettere in crisi l'impostazione secondo la quale il raccordo tra la sfera della sovranità proprietaria e le esigenze superiori della comunità avrebbe dovuto essere assicurata solo dalla rigorosa puntuale fissazione di semplici limiti esterni al potere dominicale oltremodo circoscritti.

Il ribaltamento della prospettiva, prospettata in termini radicali ai primi del Novecento da Duguit nel suo famoso saggio su «La necessità della trasformazione del diritto privato»⁴⁵ segnava l'apertura di una pagina nuova nella riflessione sulla proprietà. La compiuta positivizzazione dell'istituto dominicale, definitivamente affrancato dalle istanze giusnaturalistiche che avevano, non sempre sottotraccia, accompagnato la riflessione ottocentesca, trovava la sua manifestazione nella collocazione della 'funzione sociale' all'interno dell'istituto della proprietà privata, peraltro lungo una più generale linea di indirizzo teorico e filosofico, che si sarebbe vieppiù

⁴⁵ L. DUGUIT, *Les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1912.

rafforzata nella prima parte del Novecento, indirizzata da un lato a demitizzare la stessa categoria del diritto soggettivo⁴⁶ e a ridurre gli impatti più negativi legati al suo esercizio mediante la prospettazione del tema relativo al c.d. abuso del diritto, dall'altro a radicalizzare il positivismo giuridico nelle forme del c.d. assolutismo giuridico, affidando al solo legislatore il compito di soddisfare le esigenze sociali conformando le situazioni giuridiche dei privati. In realtà, nell'impostazione prospettata da Duguit, la funzionalizzazione della proprietà si presentava in termini oltremodo radicali, come tali non condivisi dalla dottrina giuridica del tempo e, però, sufficienti a segnare una svolta definitiva nell'approccio al tema, con il conseguente definitivo tramonto della lettura ottocentesca dell'istituto proprietario. La demolizione della proprietà come diritto soggettivo era totale. La socializzazione del diritto, in cui s'iscriveva in primo luogo la proprietà privata, non s'indirizzava, nella sua prospettazione, a favore della collettivizzazione, come viceversa auspicato dal pensiero socialista. Siffatta impostazione, vieppiù confortata dai provvedimenti legislativi adottati nel corso della prima guerra mondiale, significava due cose: da un lato «que la propriété individuelle cesse d'être un droit de l'individu pour devenir une fonction sociale», dall'altro «quel les cas d'affectation de richesse à des collectivités, qui doivent être juridiquement protégés, deviennent de plus en plus nombreux»⁴⁷. La funzionalizzazione della proprietà implicava sostanzialmente che «le propriétaire, c'est-à-dire le détenteur d'une richesse a, du fait qu'il détient cette richesse, une fonction sociale à remplir; tant qu'il remplit cette mission, ses actes de propriétaire sont protégés. S'il ne la remplit pas ou la remplit mal, si par exemple il ne cultive pas sa terre, laisse sa maison tomber en ruine, l'intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à remplir sa fonction sociale de propriétaire, qui consiste à assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur destination»⁴⁸. Nella costruzione offerta da Duguit, la proprietà cessava di essere un diritto soggettivo e si identificava con una situazione di diritto oggettivo «une situation d'ordre général et permanent, une situation

⁴⁶ A proposito del diritto soggettivo, al centro del *Code Napoléon*, già lo stesso DUGUIT (*Le droit social et le droit individuel et les transformations des l'état*, Paris 1911², p. 4) aveva parlato di «une notion d'ordre métaphysique» preannunciando nella pagine finali di quel lavoro la conseguente rivisitazione proprio del diritto di proprietà da prospettarsi non più in termini di diritto soggettivo bensì di «fonction sociale» per cui «Le détenteur d'une richesse n'a point de droit sur elle; c'est une situation de fait, qui l'astreint à une certaine fonction sociale, et son appropriation est protégée dans la mesure et seulement dans la mesure où il remplit cette fonction sociale» (*ivi*, 1 p. 55).

⁴⁷ Così, DUGUIT, *Le droit social*, cit. nt. 46, p. 21.

⁴⁸ *Ibidem*.

qui implique un ensemble d'impératifs positifs et négatifs pour celui qui détient la chose à titre de propriétaire et pour tous les autres individus ... le détenteur de capitaux apparaît de plus en plus, et surtout depuis la guerre, comme un producteur social investi d'une fonction sociale, qui implique una série de charges à lui imposées directement par la loi, laquelle en même temps impose à tous les autres une série de prohibitions, afin de permettre au capitaliste de remplir fonction sociale de producteur»⁴⁹.

Come si è sopra osservato, gran parte della dottrina non condivise la soluzione radicale di Duguit in ordine alla totale negazione circa la riconduzione del diritto di proprietà al diritto soggettivo, pur rimarcando il rilievo istituzionale della proprietà e l'inevitabile necessità di un sempre più articolato raccordo tra gli interessi del proprietario e quelli della intera collettività in ordine al funzionamento socialmente orientato dei poteri di godimento e di disposizione del proprietario. Se, da un lato, il Novecento si apriva con il tramonto del mondo della proprietà assoluta e illimitata, ammesso che questa fosse stata mai oggetto reale del diritto positivo, e, dunque, con l'indubbia rivisitazione e non totale negazione del diritto soggettivo, dall'altro il riferimento forte nell'impostazione di Duguit al diritto oggettivo, avrebbe sempre di più portato alla valorizzazione piena circa della specifica diversità dei beni oggetto della proprietà e della loro diversa rilevanza sociale, quale presupposto per la prospettazione di una pluralità di statuti proprietari. Per altro verso, e questo emerge pur sempre nell'itinerario scientifico e culturale di Duguit e di Saleilles, la progressiva perdita di centralità del codice civile e della sua diretta rilevanza costituzionale, poneva la stessa cultura giuridica privatistica, che aveva elaborato le sue categorie sul solo codice borghese, ad un confronto con tutta l'esperienza legislativa e con l'assetto stesso dell'intero sistema economico.

L'intervento sempre più incisivo dello Stato nell'economia emerso prima e dopo il conflitto mondiale con caratteri ormai strutturali e non più congiunturali legittimava in pieno il superamento dell'orizzonte culturale e giuridico proprio dell'originaria codificazione borghese, mediante una legislazione speciale orientata in chiave sociale⁵⁰. Al tempo stesso, esso finì con il colmare, sia pure in parte, quel vuoto che si era andato evidenziando a cavallo dei due secoli, alla luce dell'inadeguatezza del quadro codicistico e della legislazione allora vigente, a fronte delle crescenti istanze sociali. Di tale vuoto, invero, si era fatta carico la scienza giuridica

⁴⁹ Si v. L. DUGUIT, *Traité du droit constitutionnel*, Paris 1921, p. 267.

⁵⁰ Per la nostra esperienza si rammenti la lucida messa a punto offerta da F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, in «Rivista di diritto commerciale», 1919, p. 1 ss.

a partire da quella privatistica che, nel torno di fine secolo, aveva aperto un'ampia discussione a livello europeo sul metodo e sulla interpretazione al fine di adottare categorie in grado di fornire risposte adeguate ai tempi anche a prescindere da mutamenti del quadro legislativo che si auspicava alla luce della «rivolta dei fatti contro il codice civile»⁵¹: si pensi a titolo esemplificativo sia allo sviluppo della responsabilità civile per incidenti connessi all'uso dei beni, sia al dibattito sull'«abuso del diritto», in cui era evidente l'incidenza crescente, quanto ormai indiscutibile, della dimensione sociale da ammettere in ordine all'esercizio dei diritti soggettivi⁵². È, d'altro canto, al culmine di siffatta discussione, «a bocce ferme» rispetto ad un rinnovo della legislazione, che si collocano e possono correttamente comprendersi le prospettazioni della scuola del c.d. diritto libero sulla base del 'manifesto' di Kantorowicz⁵³ che nella loro radicalità, facendo perno in maniera rigorosa sulle scelte di valore sottese al processo ermeneutico, superavano il problema costituito dalle scelte del codice sempre più inadeguate e, al tempo stesso, dalla mancanza di un diverso quadro legislativo con l'affidare ai giuristi e, in ultima istanza, ai giudici il compito di fornire risposte alle richieste nuove provenienti dalla società⁵⁴, anche con decisione *contra legem*⁵⁵ sì da confermare anche sul piano teorico la crisi del diritto calcolabile che Weber aveva posto al cuore della moderna società borghese⁵⁶.

Nel nuovo contesto politico-sociale del primo dopoguerra tra le macerie materiali e spirituali della crisi sociale che aveva portato al primo conflitto

⁵¹ Il riferimento è al lavoro di G. MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, Paris 1920.

⁵² In tal quadro si considerino i contributi dello stesso J. CHARMONT, *L'abus de droit*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 119 e di R. SALEILLES, *De l'abus de droit*, in *Bulletin de la Société de études législatives*, IV (1905), p. 325 ss; a L. JOSSERAND, *Des l'abus de droit*, Paris 1905.

⁵³ Il riferimento è al saggio *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* edito nel 1906 con lo pseudonimo di *Gneus Flavius* (trad. it., *La lotta per la scienza del diritto*, Palermo 1908, severamente recensito da B. CROCE sulla rivista «La Critica» del 1908, secondo il quale (p. 199) siffatto «libriccino» avrebbe avuto «forse importanza pratica e politica», ma ... «nessuna dottrinale». Sulla dottrina del diritto libero, si v. le ponderate considerazioni di K. LARNEZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano 1966, p. 82 ss.

⁵⁴ Sul movimento, più che sulla scuola, del diritto libero, si v. L. LOMBARDI VALLAURI, v. *Diritto libero*, in «Digesto delle discipline giuridiche. Sezione civile», IV, Torino 1990, p. 279 ss.

⁵⁵ Sulla precisa posizione di Kantorowicz al riguardo, si v. le osservazioni puntuali di A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto del diritto*, Milano 2008, pp. 147-148 (testo e nota).

⁵⁶ Sulla rilettura nell'ora presente dell'impostazione di M. Weber, si v. il recente, sempre stimolante, saggio di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016.

mondiale e che quest'ultimo aveva accentuato in maniera oltremodo drammatica, la prospettiva in cui collocare la complessiva problematica andava ben oltre l'ambito dei codici e della legislazione speciale privatistica. Essa investiva l'intero assetto delle istituzioni e delle relazioni sociali e politiche, alla luce, altresì, dell'introduzione dell'ampliato suffragio politico e dell'avvento della democrazia di massa. Anche la configurazione della proprietà, pur sempre istituto cardine dei sistemi economici fondati sul mercato, esigeva una risposta nuova che non poteva che collocarsi *in apicibus*, ossia nell'ambito delle nuove Costituzioni economiche. La prospettiva costituzionale della proprietà privata esigeva, a tacer d'altro, una collocazione necessariamente diversa e distinta da quella dei codici civili in ragione, peraltro, proprio della mutata funzione e diverso peso da riconoscere alla codificazione civile nella società del Novecento. In questa chiave, al di là dei contenuti adottati nel corso dei primi decenni di quel secolo, è indubbio che, con riferimento al ruolo ed al compito assegnato alla proprietà privata, un filo rosso lega l'esperienza pilota europea intervenuta nella Costituzione di Weimar, il programma politico sociale adottato in Italia nel 1927 nella Carta del Lavoro e la Costituzione repubblicana del 1948, come già rimarcato in apertura della presente riflessione.

5. La funzione sociale della proprietà nella Costituzione italiana tra prospettive solidaristiche e partecipative ed efficientismo allocativo dei beni. La crisi delle istituzioni pubbliche e del diritto privato comune: abuso del diritto, beni comuni e diritto giurisprudenziale

Esula dalla presente indagine ripercorrere il dibattito, in verità solo in parte civilistico, emerso nell'imminenza della codificazione civile del 1942, incentrato appunto sulla eventuale inserimento del richiamo alla funzione sociale della proprietà nel nuovo codice e tanto meno ripercorrere gli itinerari che hanno portato, dopo la caduta del fascismo, alla diversa soluzione accolta nell'art. 42 della nostra Costituzione⁵⁷. Ciò che qui mette conto osservare è che nel testo della nostra Costituzione e della gerarchia dei valori ivi adottata, la funzione sociale assegnata alla proprietà è andata certamente oltre la prospettiva produttivistica che aveva accompagnato il processo di industrializzazione europeo e che il fascismo

⁵⁷ Sul punto, con riferimento anche al famoso convegno del 1939, si rinvia, per gli ampi riferimenti bibliografici, a F. MACARIO, *Commento sub art. 832 c.c.*, in A. JANNARELLI e F. MACARIO (a cura di), *Della proprietà artt. 810-868*, in «Commentario al codice civile» diretto da E. Gabrielli, Torino 2012, p. 313 ss.

aveva adottato in funzione nazionalistica e, soprattutto, antioperaia: prospettiva produttivistica ed efficientistica fatta propria e suggerita anche dai tecnocrati e, però, carente di concreti risultati come, del resto, hanno confermato i modesti risultati conseguiti in materia di bonifica, allorchè, a dispetto dell'impostazione avanzata da Serpieri, il regime fu chiamato a fare i conti con gli interessi forti della borghesia agraria.

Nella Costituzione repubblicana, la funzione sociale della proprietà di cui parla l'art. 42 e che è sottesa anche all'art. 44, risponde non solo ad esigenze di redistribuzione della ricchezza⁵⁸ ma, soprattutto, a quella di assicurare un raccordo virtuoso tra le legittime aspettative del proprietario e la salvaguardia e promozione di istanze collettive pur sempre riconducibili all'uso e alle diverse destinazioni dei beni alla luce della loro diversa rilevanza sociale in linea con le linee di sviluppo di una società industrializzata di mercato⁵⁹. Per altro verso, accanto al mutamento strutturale registrato dall'istituto per via della collocazione della funzione sociale all'interno suo stesso, la Carta ha adottato una soluzione fondamentalmente garantista nell'affidare al legislatore il compito di concretizzare siffatta funzionalizzazione mediante la disciplina legale dei modi di godimento e di disposizione della proprietà.

Ebbene, se si analizza sinteticamente il percorso emerso nel corso dei decenni seguiti alla introduzione della Carta costituzionale, è indubbio che sino agli anni ottanta del Novecento, in linea con la politica economica keynesiana e con l'intervento dello Stato nell'economia, la legislazione attuativa della funzione sociale si è sviluppata in maniera significativa intorno ad alcune questioni cruciali legate allo sviluppo industriale del paese e alla conseguente crescente urbanizzazione. La prima, più significativamente legata al passaggio ad una società industriale, ha affrontato la questione agraria attraverso l'esperienza della riforma fondiaria e quella dei contratti agrari, nel quadro, prima dell'originario conflitto tra proprietari e lavoratori e, successivamente, del conflitto tra proprietari ed imprenditori agricoli. A questa si sono affiancate la problematica della pianificazione urbanistica, rimasta peraltro sostanzialmente irrisolta, nonché quella delle locazioni urbane che ha portato ad una fioritura di una singolare stagione di riflessione dei civilisti sul diritto all'abitazione. L'altra questione, incidente sul capitale di impresa, ha riguardato il problema della condizione operaia e dei sindacati all'interno delle strutture produttive, culminata con l'adozione dello Statuto dei lavoratori.

⁵⁸ Di marcata connotazione egualitaria ha di recente parlato M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013, p. 190.

⁵⁹ Sul punto si rinvia per tutti alle ricerche classiche di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna 2013³.

Quella stagione di espansione della legislazione interventistica orientata costituzionalmente in vista del perseguimento degli obiettivi sopra indicati, in coerenza con un sistema sociale pluriclasse e un sistema politico basato sulla rappresentanza proporzionale, è alle nostre spalle⁶⁰. Nel giro di pochi decenni, si è registrato da un lato il progressivo smantellamento del sistema dei canoni legali nei contratti agrari e locatizi con il ritorno al mercato libero, la riduzione dell'equo indennizzo in materia di espropriazione ai prezzi di mercato, con la definitiva chiusura dell'esperienza dell'edilizia economica e popolare, dall'altro la forte contrazione del sistema delle tutele assicurate ai lavoratori nei rapporti di lavoro nelle aziende in coincidenza con l'avvento della economia post-industriale nonché la sostanziale privatizzazione delle imprese pubbliche.

In estrema sintesi, la crisi finanziaria dello Stato, il processo di globalizzazione dei mercati, l'egemonia culturale del neoliberismo con il ritorno della scuola austriaca dell'economia e del pensiero di Hayek⁶¹, l'avvento di una società postmedocratica⁶², hanno contribuito in misura oltremodo significativa a modificare la linea di lettura e l'attuazione della funzione sociale della proprietà.

Già solo sul piano delle fonti, l'attuale rapporto tra i paradigmi fondativi della Costituzione repubblicana e quelli provenienti da istanze normative sovranazionali segnala il mutamento profondo della complessiva cornice in cui si iscrive l'intera problematica. A tacer d'altro, è sufficiente pensare alla ricollocazione della proprietà tra i diritti della persona adottata dalla Carta dei diritti europea nonché alla prassi della Corte europea di diritti dell'uomo per cogliere la distanza tra la prospettiva presente nella nostra Costituzione del 1948⁶³ e quella ora richiamata nonché la stessa

⁶⁰ Nella medesima prospettiva di lettura circa l'evoluzione della nostra esperienza si v. M.R. MARELLA, *La funzione sociale oltre la proprietà*, in «Rivista critica del diritto privato», 2013, p. 531 ss.

⁶¹ Sul pensiero di Hayek esiste una letteratura oltremodo vasta per cui si rinvia alla sintesi offerta da N. WAPSHOTT, *Keynes o Hayek. Lo scontro che ha definito l'economia moderna*, Milano 2012; per altri riferimenti si v. R. MELE, *L'ordoliberalismo e il liberalismo austriaco di fronte al pensiero giuridico moderno. Un contributo giusfilosofico*, in «I-lex Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale – Rivista quadrimestrale on-line» [www.i-lex.it] Maggio 2014, numero 21.

⁶² Si v. C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari 2009; sul punto, più di recente D. COSTANTINI, *La democrazia dei moderni: storia di una crisi*, Firenze Univ. Press, Firenze 2012.

⁶³ Diverso discorso, ovviamente, resta pur sempre quello relativo alla funzione strumentale che il diritto di proprietà può assumere con riferimento all'esercizio dei diritti fondamentali della persona: sul punto si v. per tutti nella nostra esperienza L. MENGONI, *Proprietà e Libertà* in «Rivista critica del diritto privato», 1988, p. 427 ss; sul tema, con specifico riferimento alla esperienza tedesca e nord-americana si v. G.S. ALEXANDER,

perdita di peso del richiamo alle tradizioni costituzionali dei paesi europei a lungo utilizzato dalla Corte di Giustizia nel costruire l'ordinamento giuridico europeo e che ha condotto la stessa, nella sentenza del 22 ottobre 1991, *Georg von Deetzen c./ Hauptzollamt Oldenburg*, causa C-44/89, punto 28, a rimarcare, sulla base di una consolidata giurisprudenza, che «i diritti fondamentali, e in particolare il diritto di proprietà, non costituiscono prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale». Siffatta perdita di peso si è peraltro accentuata alla luce del tendenziale ridimensionamento funzionale che le Corti costituzionali nazionali dei paesi europei registrano attualmente a fronte delle istanze giurisdizionali sovranazionali⁶⁴ che, peraltro, operano sempre di più nella prospettiva di un *global constitutional law*⁶⁵.

Sul piano, poi, della stessa legislazione, chiamata a riempire di contenuti la funzione sociale della proprietà, la rivincita del pensiero di Hayek e della scuola economica di Chicago all'insegna del neoliberalismo non solo ha portato alla sostanziale demolizione o neutralizzazione delle leggi adottate nel periodo dominato dal *welfareismo*, ma ad indirizzare in termini di rigoroso efficientismo allocativo la rilettura della funzione sociale e del primato da assegnare al funzionamento del libero mercato in luogo del perseguimento di finalità sia redistributive, sia rivolte a porre rimedio agli squilibri sociali, tanto da dare legittimità alla proposta interpretativa, da più parti condivisa, secondo la quale lo stesso art. 41 della nostra Costituzione sarebbe ormai definitivamente fuori gioco alla luce dei diversi opposti paradigmi attualmente prevalenti nell'economia globalizzata. Il tutto, peraltro, nell'ambito dell'avvento di mercati globalizzati per

Property as a Fundamental Constitutional Right? The German Example, in «Cornell Law Faculty Working Papers», Paper 4 (2003).

⁶⁴ Sul punto, al centro di un ampio dibattito al cuore del quale si colloca paradigmaticamente la questione dei c.d. 'controlimiti' e della loro concreta operatività, si v. tra gli ultimi interventi con letture diverse tra loro, G. AMATO, *La Corte costituzionale e le corti europee. La protezione dei diritti nelle interazioni fra giudici*, Bologna 2016; J. KOMÁREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in 12 «International Journal of Constitutional Law», 12 (2014), p. 525 ss.

⁶⁵ Sul tema amplissimo e molto discusso si rinvia, tra gli altri, a G. DE BÚRCA – O. GERSTENBERG, *The Denationalization of Constitutional Law*, in «Harvard International Law Journal», 47 (2006), p. 243 ss; R. FERRARESE, *When National Actors Become Transnational: Transjudicial Dialogue between Democracy and Constitutionalism*, in «Global Jurist», 9 (2009), p. 1 ss.; D. SCHNEIDERMAN, *A New Global Constitutional Order?*, in R. DIXON – T. GINSBURG (a cura di), *Research Handbook on Comparative Constitutional Law*, Elgar 2010; A. O'DONOGHUE, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, Cambridge 2014; C. PINELLI, *Constitutionalism and globalisation: a dispute relationship*, in A. FEBBRAJO – G. CORSI (a cura di), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Routledge 2016, p. 125 ss.

cui i singoli Stati hanno visto ridimensionato il loro potere sino a soffrire una progressiva abdicazione della loro funzione storica insieme alle altre istituzioni rappresentative dell'economia⁶⁶, con tutti gli effetti negativi conseguenti alla situazione per la quale l'oggettiva supremazia «dei mercati del capitalismo» si accompagna all'assenza o latitanza delle «istituzioni del capitalismo»⁶⁷.

A proposito, in particolare, della proprietà immobiliare la più recente legislazione si caratterizza per una singolare diversificazione. Da una parte, la *regulation* interviene in misura crescente per assicurare l'allocazione più efficiente della proprietà privata, affidata al funzionamento del mercato concorrenziale, senza più effetti distributivi di diretta rilevanza sociale, con l'ulteriore tendenza a coinvolgere nel processo di privatizzazione, per quanto, in parte, relativo alla sola utilizzazione ed esercizio, risorse e beni tradizionalmente collocati nell'area della proprietà pubblica. Dall'altra, per via delle difficoltà finanziarie in cui si trova, l'intervento pubblico, oltre alla dismissione di parte del patrimonio della collettività in termini di privatizzazione, si concentra sulla proprietà immobiliare privata in misura incisiva a difesa degli soli interessi fiscali dello Stato. Al riguardo, è sufficiente richiamare le molteplici ipotesi di nullità prevista per contratti di vendita o di attribuzione di diritti personali di godimento aventi ad oggetto beni immobili che, come tali, sono indirizzate non certo al funzionamento ottimale del mercato, ma solo o in prevalenza a contrastare direttamente l'evasione fiscale. In tal modo, la disciplina privatistica è totalmente stravolta rispetto alla sua funzione originaria.

Il tendenziale straniamento della funzione sociale presente nella Costituzione rispetto alla originaria prospettiva che ne aveva determinato la collocazione nel testo della legge fondamentale sta producendo mutamenti di rilievo sistemico di non poco rilievo.

Una manifestazione significativa, questa volta in termini di reazione alle tendenze riduzionistiche emergenti a favore della privatizzazione degli stessi beni pubblici, può indubbiamente rinvenirsi nel recente dibattito sui 'beni comuni', in cui, a prescindere dalle mancate risposte legislative e dalle suggestioni offerte dalla giurisprudenza, affiora in misura evidente il contrasto tra Stato e società in ordine alla concreta possibilità di accesso

⁶⁶ Si v. al riguardo L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino 2013, p. 255 ss.

⁶⁷ Sul punto, decisivo per comprendere l'attuale crisi delle istituzioni, si v. P. LEON, *Il capitalismo e lo stato. Crisi e trasformazione delle strutture economiche*, Roma 2014 nonché G. INGHAM, *Capitalismo*, Torino 2010.

dei cittadini alla fruizione collettiva di beni con destinazione sociale⁶⁸.

Più in generale, il riproporsi della contrapposizione tra diritto certo e diritto giusto, peraltro in termini nuovi ed in un contesto storico profondamente mutato, atteso che attualmente la crescente inadeguatezza delle risposte in termini di giustizia sociale si lega, con effetti perversi, alla presenza di un diritto intrinsecamente privo di certezze e di calcolabilità, sta spostando l'asse del sistema dalle determinazioni legislative spettanti alle istituzioni democratiche rappresentative, a partire dal Parlamento, alle determinazioni della giurisdizione ordinaria.

In un contesto storico-sociale in cui il conflitto di valori non riesce più a trovare soluzione e sintesi nelle determinazioni della legislazione e della politica, è comprensibile, a titolo esemplificativo, la stessa ripresa attenzione nei confronti dell'abuso del diritto e, più in generale la progressiva autoreferenzialità che sta assumendo la giurisprudenza rispetto all'indagine della dottrina e alla stessa lettera della legge nella ricerca della soluzione 'giusta', attraverso il ricorso a clausole generali, vecchie e nuove, quasi a ripercorrere, senza però dichiararlo esplicitamente, il percorso delineato nel programma del movimento del diritto libero emerso nei primi del Novecento. A tacer d'altro, è di tutta evidenza che in una società di massa, la risposta puntiforme della giurisprudenza si rivela inadeguata a fronteggiare squilibri di rilievo collettivo e sociale, soprattutto quando sono in gioco le aspettative dei soggetti più deboli.

In realtà, anche intorno al tema della *iurisdictio*, le prospettive appaiono confuse e contraddittorie.

Infatti, a fronte della rilevanza esponenziale che la giurisdizione ordinaria sta assumendo nei conflitti tra i privati, pur nei limiti dovuti sia all'inefficienza del complessivo sistema giudiziario, sia della strutturale inidoneità (in assenza in concreto delle *class actions* e di altri mezzi di tutela collettiva) di conseguire effetti di portata meta-individuale, si registrano, con effetti perversi, due fenomeni che contrastano l'azione della giurisdizione ordinaria.

In primo luogo, si consideri l'espansione della giustizia arbitrale e delle ambigue e poco trasparenti forme alternative di soluzione dei conflitti introdotte negli ultimi anni. Nell'ambito di rapporti sociali di massa è

⁶⁸ Sul tema dei 'beni comuni' si è accumulata nella nostra recente esperienza un'ampia letteratura e sviluppato un acceso dibattito dai contenuti per la verità non omogenei, anche in ragione della diversa configurazione che si assegna di volta in volta al tema in discussione, con esiti insoddisfacenti ed equivoci. Paradigmatica, al riguardo, la distorta e inadeguata lettura offerta da un recente osservatore esterno: si v. F. LAFFAILLE, *Biens publics, biens communs, fonction sociale de l'État. La lagune de Venise et le statut des Valli salse di pesca*, in «Revue International de Droit comparé», 2016, p. 681 ss.

sempre più evidente che il margine di opacità che presenta questo modo di amministrare la soluzione dei conflitti interprivati rischia di rivelarsi funzionale alla salvaguardia dei soggetti economicamente forti rispetto alla parte debole della società. Non è senza significato che negli Stati Uniti non solo stia emergendo un'ampia riflessione critica sulle conseguenze che l'espansione della giustizia arbitrale ha prodotto sull'evoluzione della stessa *common law*⁶⁹, ma si stia prospettando una legislazione speciale diretta a vietare esplicitamente la previsione di clausole arbitrali in rapporti contrattuali in cui sono presenti soggetti dotati di potere economico squilibrato.

In secondo luogo, l'orizzonte delle tutele dei diritti si modifica ulteriormente tanto in ragione dell'attribuzione di potere normativo, destinato ad incidere sui rapporti tra privati, in capo ad una pluralità di nuovi soggetti istituzionali, le c.d. autorità indipendenti, quanto a causa della tendenza di tali autorità a spostare l'attenzione dalla tutela e salvaguardia di interessi privati, siano essi individuali o collettivi, al perseguimento diretto del solo obiettivo costituito dal funzionamento corretto dei mercati, quale presupposto solo e sufficiente perché si realizzi una giustizia economica anche nei rapporti interprivati. In tal modo, la soluzione delle controversie legate alla violazione del diritto scritto tende sempre di più a spostarsi a livello sia di siffatte autorità c.d. indipendenti, sia della giustizia amministrativa, con l'ulteriore aggravio costituito dallo svilupparsi di frequenti conflitti tra questi nuovi signori del diritto, gelosi del proprio ambito operativo e orientati ad espanderlo a svantaggio degli altri⁷⁰.

In tal modo, il diritto privato moderno, strumento pur sempre di

⁶⁹ Si rinvia sul punto ai saggi pubblicati nel volume 124 del «Yale Law Journal» (2014-2015), issue 8, pp. 2804-3093, in cui emerge chiaramente la necessità di evitare la crescente *erosion of substantive law* dovuta al ricorso ad un sistema di soluzione dei conflitti sempre di più alternativo rispetto a quello spettante alle corti giudiziarie. Il tema è esploso alla luce della discutibile giurisprudenza della stessa suprema corte, in particolare della recente decisione *American Express v. Italian Colors Restaurant* del giugno 2013, a proposito di una clausola arbitrale prevista nel contratto relativo ai pagamenti con carta di credito, tale da impedire il ricorso ad una *class action* anche sotto il profilo applicativo della disciplina antitrust. Tale decisione è stata considerata destinata a favorire la ripresa del liberismo più rigoroso secondo la linea tracciata nella famosissima sentenza del primo novecento *Lochner v. New York*, manifesto della libertà piena di contratto anche di fronte al monopolio. Invero, nella sua *dissenting opinion* nella sentenza *Italian Colors*, la giudice Kagan ha rimarcato i pericoli derivanti dall'abusivo ricorso alla clausola arbitrale, con particolare riguardo proprio alle situazioni più sensibili dal punto di vista dell'antitrust, ossia quando «the monopolist gets to use its monopoly power to insist on a contract effectively depriving its victims of all legal recourse».

⁷⁰ Sul punto si fa rinvio al nostro saggio *Dall'età delle regole all'età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno*, in «Giustizia civile», 2014, p. 991 ss. (ivi ampi riferimenti bibliografici).

emancipazione e di salvaguardia dei diritti dei singoli, si trova attualmente stretto tra due tenaglie, l'una rappresentata dal rinnovato sviluppo ed espansione del diritto dei privati, più precisamente dei soggetti forti socialmente ed economicamente in grado di orientare le prassi negoziali sulla scorta dello squilibrio di potere che è al loro vantaggio, l'altra rappresentata da un potere pubblico, cui spettano compiti di produzione normativa in vista del funzionamento di distinti mercati, che non coincide più con i parlamenti democraticamente eletti, bensì con nuove singolari entità istituzionali in cui si stempera la distinzione tradizionale dei poteri propria del diritto moderno e che si rivelano inclini ad operare in modo autoreferenziale, a scegliersi gli interlocutori con cui concordare soluzioni negoziate nonché a coordinarsi tra loro in chiave neofeudale.

Mario Stella Richter jr.

L'impresa azionaria tra struttura societaria e funzione sociale

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'impresa azionaria – 3. La funzione sociale – 4. La struttura societaria – 5. Funzione della società: l'interesse sociale – 6. Segue: *corporate governance* e *corporate social responsibility* – 7. La retorica del «terzo» e «quarto settore»: imprese sociali, start-up innovative a vocazione sociale, società benefit, social bond – 8. Rilevanza sociale dell'impresa azionaria e Costituzione: cenni a questioni attuali

1. *Premessa*

La mia non è una vera e propria relazione, ma si limita ad essere una conversazione; in particolare, una conversazione tra amici, dato lo spirito con il quale sono entrato e sono stato accolto nell'Istituto Betti; una conversazione che muove da alcune riflessioni – e in esse, come vedrete, si esaurisce – su quella che può essere la sua stessa impostazione; cioè, in buona sostanza, sulle possibili indicazioni che possono trarsi dalla sua intitolazione. D'altra parte su di un tema così vasto, quanto a materia e anche a orizzonte temporale evocato dal titolo del convegno, non mi pare che si possa fare di più a questa tarda ora della mattinata.

2. *L'impresa azionaria*

Una prima indicazione mi sembra che debba trarsi dalla locuzione «impresa azionaria». È una espressione felice e feconda di implicazioni (e della quale dobbiamo essere grati ai due organizzatori del Convegno), perché delle realtà delle società azionarie sottolinea – con scelta consapevole e gravida di conseguenze – la intima natura, il loro essere forma organizzativa dell'impresa, cioè di un qualcosa che è essenzialmente *attività*: è dunque con riferimento all'attività, e in particolare all'*attività di impresa*, che può e deve essere individuata la *funzione sociale*, come del resto indica già l'art. 41 della Costituzione. Ciò che interessa è dunque una realtà intesa nella

sua dimensione dinamica e non per quello che è il suo sostrato materiale e statico, i suoi elementi costitutivi considerati al di fuori del divenire dello svolgimento dell'attività (ai quali è stata dedicata la relazione precedente). Anche se, evidentemente, non sfugge che problemi di contemperamento di interessi sociali (che qui e poi in seguito sono da intendersi – lo aggiungo a scanso di equivoci – non come interessi societari ma come interessi della collettività) nel rispetto dell'essenza del diritto di proprietà si pongono anche con riguardo a quei particolari «beni» che sono i titoli azionari o le stesse partecipazioni azionarie, a prescindere dalla loro rappresentazione cartolare (dematerializzata o meno).

D'altronde, come è stato puntualmente rilevato da Giuseppe Ferri, «è solo con riferimento a un'attività che possono essere fissate norme di comportamento, è solo rispetto ad una attività che possono essere posti limiti, controlli e direttive»; norme di comportamento, limiti, controlli e direttive che sono poi appunto, come è chiaro, le più evidenti manifestazioni della rilevanza sociale dell'impresa.

Questo *in limine*, per quanto riguarda la «impresa azionaria».

3. *Funzione sociale*

Per quanto invece attiene alla espressione «funzione sociale» comincerei col rilevare come essa evochi, allo stesso tempo, due distinte modalità di perseguire il fine o l'utilità sociali e quindi, in fondo, due distinte accezioni di funzione sociale.

Per un verso si potrebbe pensare che l'espressione funzione sociale della impresa azionaria alluda alla possibilità per i pubblici poteri (Stato e non solo) di utilizzare l'istituto della società per azioni nello svolgimento di quella che la stessa Costituzione chiama «attività economica pubblica» (art. 41, comma 3), la quale – è appena il caso di sottolinearlo, dopo quanto scritto da Giorgio Oppo – è necessariamente indirizzata al fine sociale, cioè è per definizione socialmente utile. Il discorso allora dovrebbe allora quantomeno articolarsi nei seguenti profili:

- (i) confronto con gli altri modelli organizzativi di impresa pubblica;
- (ii) rilevazione del successo o insuccesso nei vari momenti storici (rientranti nell'ambito temporale evocato dalla intitolazione del convegno) del modello della società azionaria rispetto a quelli alternativi;
- (iii) rilevazione, nell'ambito del modello della società azionaria, di alterazioni (puntuali o meno) della «società pubblica» rispetto al regime di diritto comune. Quest'ultimo è forse il profilo attualmente di

maggior interesse e rilevanza anche pratica, anche perché ha appena visto la luce un (sedicente) «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica» (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175).

Per altro verso, una «funzione sociale» dell'impresa azionaria può e deve essere ricercata (e, seppure con gradazioni diverse in pratica, sempre trovata nei diversi momenti storici) a prescindere dalle attività economiche pubbliche (dei pubblici poteri), nelle regole che sono poste a disciplinare il funzionamento dell'organizzazione societaria. In altre parole, l'ordinamento positivo, l'ordine giuridico può più o meno fortemente dare ingresso a istanze o interessi pubblici, collettivi, sociali, conformando il contenuto di prerogative e responsabilità dei partecipanti alla società e dei poteri e responsabilità di coloro che sono chiamati a svolgere funzioni (allora da intendersi in senso tecnico) all'interno della organizzazione societaria.

Da un lato, quindi, l'impresa azionaria come strumento di intervento dei pubblici poteri nell'economia e quindi manifestazione dello Stato imprenditore; dall'altro lato, la funzionalizzazione (ancora da intendersi in senso lato) dell'impresa azionaria, intesa come istituto di diritto comune e cioè a prescindere dalla sua riconduzione alla mano pubblica.

4. *Struttura societaria*

In realtà questi due modi di intendere la funzione sociale, che visti oggi con gli occhiali del giurista positivo appaiono distinti e distanti, trovano nella storia dell'istituto della società azionaria un momento di collegamento e anzi di immedesimazione. Mi riferisco, come è chiaro, alla origine delle società anonime o per meglio dire a tutta la prima fase di sviluppo dell'istituto, del prototipo di modello organizzativo; mi riferisco alla stagione delle compagnie coloniali del XVII e XVIII secolo. Una fase nella quale le funzioni schiettamente pubbliche (espressione della sovranità statale, della sovranità dei nuovi Stati nazionali) e le funzioni private, ma talora anche indirizzate a fini sociali, risultavano intimamente e inscindibilmente connesse in uno statuto societario di volta in volta concesso in forza di un provvedimento (più spesso normativo, talvolta amministrativo, in ogni caso) autoritativo, specificamente pensato e voluto per la singola realtà e attività.

L'idea, meglio l'impressione, che il titolo di questo intervento evoca in noi, e cioè quella di una tensione, quasi di un contrasto tra struttura societaria e funzione sociale, nasce più tardi. Non dobbiamo trascurare che essa è il frutto di una precisa fase storica di sviluppo dell'istituto, entro una contingente temperie ideale e culturale. Nasce nel corso del XIX secolo

dopo che l'istituto della società azionaria (allora «anonima») passa dal dominio del diritto speciale e anzi singolare al campo del diritto comune e riceve la sua disciplina (prima per vero assai embrionale e poi sempre più sofisticata e articolata) in codici o leggi speciali, ma sempre di diritto privato. In particolare, in occasione di questa trasformazione epocale la società anonima viene considerata nel suo momento genetico un contratto tra i soci fondatori e dunque attratta per la sua struttura negoziale nel dominio degli atti retti e governati dalla signoria della volontà dei contraenti e finalizzati (anzitutto) al perseguimento dei loro interessi. C'è – è vero – sempre bisogno di una autorizzazione legislativa o amministrativa per il perfezionamento del procedimento di costituzione, ma tale sindacato è destinato, in modo sempre più accentuato, a ridursi ad una verifica di legittimità e conformità rispetto al modello previsto astrattamente dal legislatore, senza lasciare spazio a valutazioni di merito.

Naturalmente il passaggio dell'istituto dal diritto speciale al diritto comune non elimina ma anzi accentua (nel senso che costituisce il presupposto perché emergano) due caratteri specifici della impresa azionaria:

- (i) il costituire lo strumento principe dello sviluppo della moderna economia capitalista per l'esercizio di attività rilevanti per interesse collettività [di «società di interesse nazionale» parla ancora a determinati fini il codice civile (art. 2451), ma evidentemente vi sono società (multinazionali) rilevanti a livello sovranazionale o anche mondiale];
- (ii) il fondarsi, almeno finanziariamente, su di una base di partecipanti al capitale di rischio allargata, eterogenea e soprattutto anonima e come tale, almeno potenzialmente, disinteressata ad ogni diretto coinvolgimento nella conduzione dell'impresa.

Sono caratteri ben noti che qui mi limito a richiamare in modo sintetico e approssimativo al solo fine di segnalarne le conseguenze in termini di creazione di paradigmi, di schemi concettuali utilizzati dai giuristi per tentare di ordinare e di collocare l'istituto nel sistema e di discutere i problemi che il suo funzionamento poneva.

Tali paradigmi, schemi, modelli concettuali sono anzitutto quelli del sistema del diritto privato, che si andava configurando nei termini moderni in cui lo conosciamo proprio nella fase di attrazione dell'istituto della società per azioni nell'ambito del diritto comune; e dunque: «persona», «diritto soggettivo», «proprietà», «contratto». Su di essi e sulle loro alterazioni rispetto al paradigma classico (e cioè genuinamente privatistico), nonché sulla opportunità di continuare ad utilizzarli ancora oggi, è costruita la più importante riflessione, di cui oggi disponiamo, sull'istituto della società per azioni: *La società per azioni. Principi e problemi* di Carlo

Angelici (Milano, 2012), opera che ha stimolato un vasto dibattito (e si vedano anzitutto gli interventi – il cui contenuto travalica i confini della mera recensione – di Denozza, Libertini, Montalenti, Portale e Spolidoro).

In realtà, tutta la riflessione contemporanea sul diritto societario sembra al vertice risolversi nella ricerca di un punto di equilibrio tra il dato strutturale tipicamente privatistico – o almeno avvertito come tale – della «società» (intesa dunque come contratto o comunque atto che dà vita ad un centro di imputazione di situazioni giuridiche e che serve a regolare i rapporti tra i «soci») e quello funzionale (e cioè l'impresa). Ne sono chiara manifestazione tanto i dibattiti sul rilievo dell'organizzazione nella impresa azionaria (che è poi un modo per indicarne la natura di istituzione) quanto il pure ricorrente richiamo ad una visione o concezione obbiettiva e non soggettiva per comprendere il fenomeno imprenditoriale (di cui la società per azioni è la forma organizzativa principe, anche per la sua funzione di strumento di finanziamento della impresa).

Così come della suddetta ineliminabile tensione costituiscono epifanie le ormai risalenti discussioni sul tipo di situazioni giuridiche «soggettive» che è possibile rintracciare all'interno della organizzazione sociale, sul ruolo da riconoscere a soci o amministratori della società per azioni in relazione alle scelte gestorie, e, più in generale, sul punto di auspicabile equilibrio tra componente «proprietaria» e funzione «professionale» (o *manageriale*) nell'assetto organizzativo della società; e la esemplificazione potrebbe a lungo continuare.

Si tratta di dibattiti tanto risalenti, quanto rinnovantisi vuoi in Italia vuoi all'estero, seppure con l'utilizzazione di diverse formule e diversi slogan, sicché essi ci appaiono ormai una componente essenziale dello stesso rilievo culturale della scienza del diritto societario: come è evidente se si considera il tipo di eredità che hanno lasciato i momenti più alti di tale confronto (e si pensi al celebre dibattito che si sviluppò alla metà del secolo scorso, soprattutto tra Giuseppe Ferri e Giorgio Oppo, in vista di una possibile riforma del diritto azionario italiano).

5. *Funzione della società: l'interesse sociale*

In una prospettiva generale, il confronto tra struttura societaria e funzione sociale, intesa in termini latissimi – e cioè, per intenderci, espressione delle esigenze dell'attività di impresa obbiettivamente considerata – è la sostanza del diritto societario.

In tale contesto, interessa ricordare quegli schemi concettuali che hanno consentito al giurista di confrontarsi nel contesto privatistico – e in

quel particolare contesto privatistico sorto appunto nell'ambito e in funzione di una società borghese e liberale e nell'ambito dello Stato censitario – con il rilievo che per le collettività inevitabilmente assumeva la società per azioni nel momento del grande sviluppo capitalistico.

Alludo quindi al concetto di *interesse sociale*, che è stato centrale in tutta una prima fase nel dibattito sulla funzione o sulle funzioni della società per azioni, e poi, più di recente, ai paradigmi della *corporate governance* e della *corporate social responsibility* (o responsabilità sociale di impresa). È specialmente mediante il costante utilizzo di tali strumenti concettuali che nell'ultimo secolo si è, al vertice, riflettuto e discusso per cercare di conciliare una visione individualistica, legata ai paradigmi privatistici di cui s'è detto, e una visione più ampia e quindi sociale, legata alla rilevanza, per l'appunto, dell'attività e cioè dell'impresa azionaria.

Quale è l'interesse che la società deve perseguire? Quali sono gli interessi che attraverso una organizzazione corporativa per funzioni si possono selezionare, prima, e si devono perseguire, poi, nell'esercizio del potere?

La fortuna del paradigma dell'interesse sociale è largamente legata alla sua elasticità; alla sua capacità di conciliare visioni contrattuali con finalità sociali. Mi limito ad un esempio che mi pare emblematico. Nell'introdurre il tema della organizzazione della società anonima, Cesare Vivante nel suo classico *Trattato*, il monumento della scienza commercialistica italiana della fine del XIX secolo e del principio del XX, scrive: «Gli organi normali della società sono: a) le assemblee; b) gli amministratori; c) i sindaci. Gli organi straordinari, che hanno l'ufficio di rimediare alla deficiente opera dei primi e di rimetterla sulle vie della legge, sono: a) le minoranze; b) i singoli soci. I soci non possono rinunciare preventivamente all'esercizio di questi uffici, perché non li tengono nel proprio interesse individuale, ma nell'interesse dell'ente sociale». Attraverso il medio concettuale dell'interesse l'impresa azionaria può tranquillamente restare dal punto di vista strutturale un contratto tra i partecipanti al capitale di rischio e, al contempo, aprirsi, almeno potenzialmente, al perseguimento di fini ulteriori rispetto a quelli individuati dai suddetti partecipanti (e cioè quelli «privati») e quindi anche alle funzioni sociali che in qualche misura ogni impresa, in quanto attività e in quanto organizzazione (e cioè coordinamento di fattori della produzione) finalizzata alla produzione di nuova ricchezza, necessariamente comporta.

La riflessione sulla funzione sociale dell'impresa, e quindi anzitutto di quella organizzata in forma di società anonima, si infittisce durante il ventennio fascista, acquistando coloriture particolarmente nette (e non solo per ragioni ideologiche) ed indirizzi anche molto interessanti che

meriterebbero un approfondimento specifico: basti pensare alla riflessione di Lorenzo Mossa. Ne scaturiscono proposte che modificano la stessa tradizionale visione di fondo di un diritto commerciale non più parte del diritto privato (ancorché più o meno autonomo dal diritto civile), ma del diritto dell'economia ... e però questo è altro discorso.

Anche nel secondo dopoguerra, il paradigma dell'interesse sociale continua a godere di una immensa fortuna almeno sul piano del dibattito dottrinario: la nuova temperie ideologica spinge, quasi per reazione, verso concezioni eminentemente contrattualistiche dell'interesse sociale. Si assiste alla utilizzazione di tale schema concettuale per dare soluzione a tante specifiche questioni interpretative. Ricordo solo quella che diede forse vita al dibattito più articolato nel secondo dopoguerra: e cioè in quale misura fosse legittimo comprimere il diritto al dividendo dell'azionista in nome dell'interesse dell'impresa (societaria) all'autofinanziamento; un dibattito cui contribuiscono, come è noto, studiosi della levatura di Ascarelli, Mengoni, Ferri, Graziani, Pettiti e Guido Rossi (solo per citarne alcuni) e che offrì il destro ad Alberto Asquini di scrivere quell'autentico gioiello di raffinata lucidità dal titolo, divenuto emblematico (e si veda infatti poi il celebre lavoro di d'Alessandro), de *I battelli del Reno*.

Ovviamente, un discorso di questo tipo dovrebbe divenire molto più analitico. Ed è d'altronde la stessa varietà dei contesti in cui viene utilizzato il paradigma dell'interesse sociale che finisce per metterne in crisi, ad un certo punto, la stessa portata euristica.

Dal ricco dibattito che è proseguito nell'ultimo quarto del secolo scorso emergono tuttavia, almeno a mio parere, due possibili significati che consentono ancor oggi di fare ricorso – a mo' di breviliquio – alla coppia, tipica delle discussioni sull'interesse sociale, *istituzionalismo/contrattualismo*.

- (i) Il primo è colto in un lavoro degli anni '90 di Pier Giusto Jaeger, nel quale si nota che, al fondo, la identificazione dell'interesse sociale con lo *shareholder value* è espressione di una concezione istituzionalista di interesse sociale. Cosa c'è di vero in questa affermazione che potrebbe apparire paradossale? C'è, a mio parere, una grande verità, e cioè la constatazione che tutte le volte in cui si pensa ad un interesse sociale unitario e monolitico, sul quale le parti non possono incidere e che si impone a tutte le società, si contraddice e si sopprime lo spazio, tipico del fenomeno negoziale, dell'interesse comune delle parti. La prima alternativa è dunque quella tra una concezione della società azionaria intesa come strumento utile a perseguire i fini in concreto voluti dalle sue parti (qualsiasi essi siano e quindi impregiudicata, per ora, la loro stessa identificazione) e una

concezione che invece tipizza, fissa e per così dire «sclerotizza», una volta e per tutte e *ab externo*, il parametro dell'interesse sociale.

- (ii) La seconda possibilità di utilizzazione della coppia istituzionale *v.* contrattuale, in qualche misura collegata alla prima, si traduce nel chiedersi se alla determinazione dell'interesse sociale contribuiscano solo le parti del contratto (*shareholders*) o anche fattori esterni (le così dette altre *constituencies*; gli *stakeholders*): nel primo caso avremmo concezioni contrattuali dell'interesse sociale, nel secondo caso concezioni istituzionali (Denozza). Si tratta di una domanda la cui risposta è inevitabilmente influenzata dalla stessa identificazione di cosa si voglia intendere per parti del contratto ed è qui che si collega ed emerge il dibattito di matrice anglo-americana sulla *corporate governance* e, in particolare, la fortunata concezione di *corporation* (la nostra impresa azionaria) come *nexus of contracts*, cioè come rete di contratti tra tutti coloro che partecipano alla impresa azionaria: amministratori e dirigenti, soci e lavoratori, finanziatori e creditori.

In questa prospettiva, si sono da ultimo diffusi i seguenti convincimenti che qui mi limito a registrare come chiare linee di tendenza:

- (i) che le concezioni schiettamente contrattualistiche trovano il loro limite nella difficoltà di fare emergere i reali interessi dei singoli soci considerati in concreto in un tipo sociale che si connota proprio per rendere le persone degli azionisti anonime e sostanzialmente irrilevanti rispetto alla struttura e alla organizzazione della società;
- (ii) che, conseguentemente, la figura del socio e la ricerca del paradigma del suo interesse diviene necessariamente il risultato di una opera di astrazione (se vuoi, di ipostatizzazione) e di stilizzazione, reinserendo quindi un elemento di per così dire inevitabile "istituzionalizzazione" nella concezione di interesse sociale;
- (iii) che in questo processo di stilizzazione della figura paradigmatica del socio (del *fictional shareholder*, come è stato detto) tende inevitabilmente a prevalere l'interesse dell'investitore istituzionale, in quanto componente più significativa sui mercati internazionali;
- (iv) che a contrastare questa moderna concezione dell'interesse sociale in termini valorizzazione della partecipazione non resta che avanzare una visione per così dire "procedimentale" dell'interesse, che valorizzi la funzione collegiale dell'organo amministrativo chiamata, prima ancora che a ponderare come meglio perseguire l'interesse sociale, a comporre i diversi possibili interessi desumibili per ogni specifica società in base alle indicazioni del suo statuto (che può fornirne

- valorizzando molteplici espressioni della autonomia statutaria) e della legge;
- (v) che, quanto alle indicazioni che discendono dalla legge, indicazioni inequivoche che impongono agli amministratori di privilegiare interessi generali nella gestione dell'impresa azionaria (e dunque di perseguire una funzione sociale), si rintracciano con sempre maggiore frequenza in relazione a particolari ma rilevanti attività: basti pensare alla legislazione speciale di tema di banche, di intermediari finanziari e di società di gestione del risparmio, dalla quale emerge il dovere per gli amministratori di contemperare (se non postergare) l'interesse dei soci (qualsiasi cosa ciò possa significare) con quelli più generali dei "clienti" se non anche della collettività.

6. *Segue: Corporate governance e corporate social responsibility*

Anche sulla *corporate governance* e sulla *corporate social responsibility* il discorso sarebbe più che lungo, quasi infinito: sicuramente superiore alle mie forze. Mi limito ad osservare che, per quanto si tenti di fare rientrare – come brillantemente fa Denozza in recenti importanti studi – in una concezione contrattualista dell'interesse sociale la tutela di fini diversi da quelli dei soci per l'appunto attraverso una visione quanto più possibile allargata della struttura contrattuale della società, l'esigenza di imporre alle società azionarie la considerazione di altri interessi e quindi il rispetto di fini sociali ulteriori riemerge.

Per di più riemerge in termini alquanto più problematici rispetto alla realtà del principio del XX secolo. Prima che si assistesse al fenomeno della c.d. globalizzazione il discorso poteva, almeno dal punto di vista della sua ricostruzione concettuale, impostarsi in modo piuttosto lineare: si potevano, cioè, considerare esclusivamente le soluzioni esplicitamente o implicitamente adottate dai legislatori nazionali, dai singoli ordinamenti statali, i quali riuscivano a imporre i limiti entro i quali poteva esplicarsi (liberamente) la iniziativa economica e quindi l'attività di impresa, così come potevano scegliere le caratteristiche della organizzazione sociale in modo da selezionare gli interessi destinati a diventare socialmente rilevanti. In un contesto di questo tipo era naturale pensare che fosse opportuno che il conflitto di interessi tra soci e altri *stakeholders* fosse risolto direttamente dal legislatore ovvero da contratti espliciti (nei limiti di spazio lasciati dal legislatore) e che la sua composizione non venisse lasciata alla discrezionalità degli amministratori. In particolare, la responsabilizzazione

sociale dell'impresa era considerata obiettivo da raggiungersi per il tramite di *vincoli* imposti all'impresa *dall'esterno* (e soprattutto dalla legge) e non affidandosi a una riformulazione in chiave sociale dei criteri che dovevano guidare l'azione discrezionale degli amministratori. Di qui quella visione essenzialmente contrattualista dell'interesse sociale di cui s'è detto. L'ordinamento giuridico dello Stato dove era stata costituita la società o dove questa svolgeva la sua attività avrebbe poi provveduto a tutelare gli altri interessi (di volta in volta giudicati) rilevanti ed esterni al contratto (quelli dei creditori; dei risparmiatori; dei dipendenti; della collettività locale; della collettività nazionale; dell'economia; della salute; dell'ambiente; etc.). Ciò era fatto essenzialmente con norme imperative e attraverso il ricorso a sanzioni penali, amministrative e civili. Tali regole, di conseguenza, erano per la più parte ritenute estranee alla sfera del diritto dell'impresa e componevano (e in vero continuano a comporre) frammenti di altre branche del diritto (il diritto del lavoro, il diritto dell'economia, il diritto amministrativo, il diritto dell'ambiente, il diritto penale, il diritto tributario, e via dicendo). In una prospettiva di questo tipo era abbastanza sterile discutere se gli amministratori di una società avrebbero dovuto perseguire interessi diversi da quelli della società: per essi era sufficiente e allo stesso tempo necessario perseguire l'interesse sociale nel rigoroso rispetto della legge, perché era quest'ultima a farsi carico di tutelare interessi extra-sociali.

Ma questa costruzione entra in crisi nell'era dell'economia mondiale o globale, che dire si voglia, e del sistema economico e di produzione «supercapitalistico» (Reich). Ciò deriva essenzialmente dal fatto che il potere delle grandi società (multinazionali), le loro dimensioni economiche e il loro ambito di operatività sono cresciuti in modo tale da rendere sostanzialmente impossibile, per gli ordinamenti statali (almeno per i singoli ordinamenti nazionali), limitare in modo significativo le attività di quelle realtà imprenditoriali e così controllare alcuni esiti dell'economia di mercato e da garantire il rispetto degli interessi della collettività dei consociati, e cioè una adeguata tutela degli interessi e dei beni pubblici, dei fini sociali. Singoli gruppi di società raggiungono (anche in un momento di crisi) fatturati maggiori del prodotto nazionale lordo di molti dei paesi in cui operano (G. Rossi) e, quindi, riescono a fortemente limitare la sovranità di quegli Stati.

In questa situazione, l'idea che si è venuta diffondendo (forse anche grazie all'ausilio delle grandi imprese) è che la tutela di interessi e beni pubblici, cioè dei nostri fini sociali, debba essere affidata alle medesime società, così «internalizzando» nella nozione di interesse sociale quei valori. Da qui deriva, in buona sostanza, tutta la teoria della *Corporate Social*

Responsibility (o della *responsabilità sociale d'impresa*, che dire si voglia).

Naturalmente, non si tratta di una soluzione al problema perché le imprese restano in ultima analisi soggette alle logiche della massimizzazione del profitto e sono quindi strumentali al perseguimento degli interessi degli investitori e perciò (almeno quando operano su di un mercato concorrenziale) dei consumatori. Come è stato a sufficienza argomentato, la CSR è solo un palliativo perché delle due l'una: o il comportamento eticamente e socialmente commendevole, cioè l'atteggiamento basato sulla auto-responsabilità, coincide con quello profittevole per la società (magari anche solo in termini di immagine) o esso finirà per essere accantonato in assenza di vincoli cogenti (posti allora da norme giuridiche). È vero che se la domanda dei clienti e le scelte di investimento degli investitori facessero costantemente prevalere il perseguimento degli interessi pubblici e la tutela dei beni collettivi, allora le scelte «socialmente responsabili» degli amministratori sarebbero costantemente premianti; e tuttavia pare illusorio che i singoli individui conformino le loro preferenze di consumatori e investitori al perseguimento degli interessi pubblici, seppure come da loro liberamente determinati (e che quindi un sistema politico democratico si affermi attraverso il funzionamento di mercato: il punto è analizzato da Reich).

Ma su tutto questo non posso più indulgere.

7. *La retorica del «terzo» e soprattutto «quarto settore»: imprese sociali, start-up innovative a vocazione sociale, società benefit, social bond*

Qualche cenno mi pare invece opportuno riservare alle conseguenze, in termini di nuove emersioni di istituti di diritto positivo, di quella che sotto alcuni riguardi appare la dilagante retorica della responsabilità sociale d'impresa e più in generale della invocazione dell'intervento del privato per il perseguimento di interessi pubblici. A tale proposito faccio quattro esempi: quello delle «imprese sociali»; quello delle *start up* innovative a vocazione sociale; quello delle società *benefit*; quello dei *social bond* o dei *social impact bond*.

7.1 Per le *imprese sociali* (quelle per intenderci del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155) il discorso, che pure potrebbe e dovrebbe essere molto lungo se fatto in generale, può limitarsi, almeno nella prospettiva della società azionaria (che, come è noto, ben può essere una delle forme organizzative suscettibile di acquistare la qualifica di «impresa sociale») alle seguenti constatazioni.

La sua rilevanza è nulla per quanto attiene al principale beneficio

conseguente all'essere «impresa sociale»: mi riferisco al beneficio della limitazione della responsabilità per le obbligazioni sociali (art. 6 d.lgs. n. 155/2006); dal momento che esso è già comunque connaturato al tipo in questione. La «impresa sociale azionaria», viceversa, si tradurrebbe in un meccanismo per svolgere una attività di impresa (in determinati settori economici) per realizzare finalità di interesse generale e, ciò che più conta, senza finalità di lucro soggettivo, stante il divieto di ripartire tra i soci gli utili (eventualmente) prodotti. In questo senso, la società per azioni-impresa sociale finirebbe – una volta superati almeno dal punto di vista sistematico i delicatissimi problemi di compatibilità con le specifiche caratteristiche del tipo – per costituire uno strumento prossimo, sotto certi aspetti, ad una «fondazione» preordinata allo svolgimento di una impresa e, sotto altri, ad una «società senza soci» (la c.d. *Keinmannengesellschaft*).

7.2 Meno problematico, dal nostro angolo visuale, un discorso di inquadramento delle così dette *start-up* innovative «a vocazione sociale», e cioè di quella particolare varietà di *start-up* previste dal d.l. n. 179/2012 (così come convertito in l. n. 221/2012). Ad esse la legge riserva particolari (ulteriori) agevolazioni di natura fiscale, se ed in quanto operino in settori specifici che la legge considera di particolare valore sociale¹, sulla base del convincimento per cui svolgere attività di impresa in tali ambiti sia meno «attraente» e determini «un ritorno sugli investimenti inferiore rispetto a quello generato da altre imprese».

Si tratta dunque di un approccio per così dire tradizionale: quello dell'ausilio con mezzi pubblici per incoraggiare l'intervento privato in particolari settori economici individuati per la loro rilevanza «sociale» (e quindi in ragione di un interesse collettivo o generale). Una logica che dunque (impregiudicata ogni valutazione sulla correttezza del presupposto della minore profittabilità in astratto delle ricordate attività economiche) non pone problemi di riconduzione a sistema.

7.3 Di ancor più recente introduzione è la figura (profondamente diversa dalla impresa «sociale» nelle sue varie declinazioni) della *società benefit*, disciplinata dai commi 376 e seguenti dell'unico articolo della

¹Quelli di cui all'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 155/2006, sulle imprese sociali. In sostanza: assistenza sociale; assistenza sanitaria; educazione, istruzione e formazione; tutela dell'ambiente; valorizzazione del patrimonio culturale; turismo sociale; ricerca ed erogazione di servizi culturali; servizi strumentali alle imprese sociali, resi da enti composti in misura superiore al settanta per cento da organizzazioni che esercitano una impresa sociale.

legge di stabilità per il 2016². Sono *benefit*, secondo lo stesso legislatore che si incarica di definirle, le società che «nell'esercizio di una attività economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse»; società, dunque, che finalizzano lo svolgimento dell'attività *economica* non solo allo *scopo di lucro* ma anche a *finalità altruistiche*, di 'beneficio comune'. Tali «finalità altruistiche sono perseguite mediante una gestione volta al bilanciamento con l'interesse dei soci e con l'interesse di coloro sui quali l'attività sociale possa avere un impatto». Le società *benefit* diventano tali, e si assoggettano dunque alla relativa disciplina, indicando nella clausola statutaria dell'oggetto sociale le finalità di beneficio comune (o altruistiche). L'acquisto della qualificazione di società *benefit* non dà diritto a godere di benefici di tipo fiscale o economico, né a regimi di favore per quanto attiene al diritto del lavoro o della previdenza sociale o a incentivi di altro tipo. L'essere società *benefit* consente (e non impone) soltanto di «introdurre, accanto alla denominazione sociale, le parole: 'Società *benefit*' o l'abbreviazione: 'SB' e utilizzare tale denominazione nei titoli emessi, nella documentazione e nelle comunicazioni verso terzi»; consente quindi di fregiarsi del titolo di società *benefit*, sia inserendolo che non inserendolo nella denominazione sociale. In quanto *benefit*, la società è tenuta – oltre che a «bilanciare l'interesse dei soci» con «il perseguimento delle finalità di beneficio comune e [quindi con] gli interessi delle categorie indicate nel comma 376, conformemente a quanto previsto dallo statuto» – a:

- (i) individuare «il soggetto o i soggetti responsabili a cui affidare funzioni e compiti volti al perseguimento» delle finalità di beneficio comune;
- (ii) redigere «annualmente una relazione concernente il perseguimento del beneficio comune, da allegare al bilancio societario».

Non essendo una misura di incentivo o sussidio a determinate forme di attività economica, è necessario brevemente soffermarsi sulle ragioni che hanno indotto il legislatore a introdurre questa nuova figura. Nella relazione illustrativa al disegno di legge che originariamente prevede le ricordate disposizioni poi rifluite nella legge di stabilità (A.S. n. 1882) si spiega che lo scopo è di consentire alle società di perseguire uno scopo aggiuntivo a quello del profitto e cioè lo scopo di beneficio comune, la cui

² L. 28 dicembre 2015, n. 208, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato».

previsione statutaria avrebbe incontrato, in assenza di apposita previsione normativa, difficoltà di «registrazione presso le camere di commercio» (*recte*: di iscrizione nel registro delle imprese). In realtà, la sensazione è che vi sia anche una ragione non confessata: quella di dare vita o rafforzare la industria delle «certificazioni» e «valutazioni» delle società benefit. Infatti, le società benefit sono tenute a sottoporsi ad un processo di valutazione quantitativa e qualitativa delle *performance* sociali e ambientali, ricorrendo ad uno standard di valutazione esterno in possesso di specifici requisiti. In particolare, tale standard deve essere sviluppato da un ente che non sia controllato dalla società benefit o collegato con la stessa e che abbia le competenze necessarie per valutare l'impatto sociale e ambientale delle attività di una società nel suo complesso e che utilizzi un approccio scientifico e multidisciplinare per sviluppare lo standard.

Comunque sia, il maggiore dei problemi che la nuova disciplina pone è di carattere sistematico e si traduce nel ripensare e ricollocare la posizione delle società che benefit non sono, alla luce di quanto previsto dalla legge di stabilità per il 2016. Per tentare di fare ciò bisogna, a mio avviso, anzitutto distinguere diverse ipotesi che invece sono spesso confusamente accostate e accomunate anche nei primi commenti sulle società benefit e più in generale nel dibattito in corso sulle possibili connessioni e interferenze tra interessi collettivi, sociali o generali e società (in particolare, di capitali)³.

- (i) Ci possono essere, e di fatto ci sono, società – ma in questo caso sarebbe più corretto parlare in generale di imprese comunque organizzate – le quali, nell'ambito della loro libertà di iniziativa economica e della loro autonomia di impresa, scelgono di svolgere la (propria) attività economica bilanciandola con il perseguimento di interessi esterni e cioè con finalità di beneficio comune, nella

³ Ovviamente non elenco tra le diverse ipotesi quella, latissima, della impresa, anche e soprattutto organizzata in forma di società, che arreca un beneficio per così dire «comune» ad una collettività per il solo fatto di svolgere una attività economica, produttiva di nuove utilità e di nuova ricchezza, che per il fatto stesso di riuscire nel suo scopo avvantaggia intere collettività di consociati (locali, nazionali, ecc.) dando un contributo al benessere economico generale. E neppure elenco quella ipotesi, appena meno generale, della impresa (societaria e non societaria) che riporti risultati utili alle collettività (diverse e ulteriori rispetto a quella dei soci) per il tipo di attività che svolge: perché, ad esempio, si concentra in attività di istruzione, ricerca, cura e via discorrendo con criteri puramente lucrativi e al contempo ottenendo risultati, scoperte, invenzioni utili a conseguire effetti positivi o a ridurre effetti negativi per una o più categorie «di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse» (si ricorda che tale è appunto la nozione legislativa di beneficio comune quale risultante dal combinato disposto dei commi 378, lett. a), e 376).

convinzione che questa scelta gestionale possa portare vantaggi 'reputazionali' o di altro genere idonei a tradursi, magari in un orizzonte temporale di più lungo periodo, (anche) in vantaggi di natura economica per la impresa. È appena il caso di aggiungere che si tratta di una scelta che, al pari di tutte quelle imprenditoriali, può portare o non portare all'atto pratico quegli sperati vantaggi anche di ordine economico, ma che tutto ciò, in ogni caso, non contraddice affatto lo scopo proprio, tipico e tradizionale dell'attività di impresa, e cioè lo svolgimento di una attività economica, così come non contraddice lo scopo di lucro oggettivo di tutte le società. Trattandosi di scelta prettamente gestionale essa ricade nella competenza dell'organo o degli organi cui è affidata la funzione gestoria dell'impresa sociale e quindi, per esempio, per quanto attiene alla società azionaria, nella competenza esclusiva dell'organo amministrativo. Ancora: sempre in quanto scelta gestionale, ad essa si applica la così detta *business judgment rule*.

- (ii) Dalla ipotesi appena fatta si può distinguere quella in cui alcune scelte di carattere ideale, che possono andare a vantaggio di interessi generali o collettivi e comunque esterni alla società, vengano fissate nello statuto sociale. Ciò avverrà, nella più parte dei casi, circoscrivendo l'oggetto dell'attività sociale e quindi operando sulla clausola relativa all'oggetto sociale. Solo per fare qualche esempio: si potrà prevedere che l'attività di produzione di energia elettrica possa derivare solo dallo sfruttamento di fonti rinnovabili; che una attività industriale nel settore della meccanica escluda la produzione di armamenti; che una attività editoriale escluda la pubblicazione di testi con certe connotazioni politiche o ideologiche (è questo il caso dello statuto della celebre Springer Verlag). Anche in questi casi la scelta potrebbe essere ispirata (anche o solo) al legittimo convincimento (in questo caso anzitutto dei soci, trattandosi di scelta riflessa nello statuto o nell'atto costitutivo della società) che essa possa tradursi in vantaggi di natura economica. E tuttavia, ciò che distingue questa ipotesi dalla precedente [indicata *sub* (i)] è che: per un verso, la previsione statutaria rende la scelta più vincolante, la limitazione più rigida, nel senso che essa si impone agli organi sociali; e, per altro verso, il motivo che ha ispirato la previsione della limitazione diviene in certo senso irrilevante. Non conta dunque stabilire (attraverso la improbabile ricerca della *mens* dei soci e anzi di quei determinati soci che hanno approvato la clausola statutaria) in base a quali valutazioni sia stato ritenuto

opportuno prevedere la specificazione statutaria, ma la previsione statutaria è rilevantissima in sé tanto per la società quanto per coloro che vengono in contatto con essa. E così, ad esempio, investitori di un certo tipo (fondi etici, investitori istituzionali con determinate caratteristiche, tutto l'universo sensibile alle tematiche del *socially responsible investing*, ecc.) potranno fondare le loro scelte d'investimento in quella società proprio in ragione della presenza di una clausola statutaria che programma l'esercizio dell'attività sociale con specifiche limitazioni o esclusioni (ad es.: la produzione di armi; la stampa di materiale pornografico; la pubblicazione di libri di autori con idee antisemite; l'esercizio di case da gioco o di piacere; il commercio di tabacco; ecc.); così come gli amministratori della stessa risulteranno vincolati nell'esercizio della funzione gestoria dalla previsione statutaria.

Resta il fatto che la previsione di elementi ideali nell'atto costitutivo non contraddice, nella ipotesi che stiamo facendo, lo scopo tradizionale della società, che resta quello di svolgere una attività economica per un fine di lucro (quanto meno oggettivo e, se si tratta di una società di cui al capo V, anche per un fine di lucro soggettivo).

Possiamo allora fissare un *primo punto*. In base ad autonome scelte imprenditoriali le società possono ritenere economicamente conveniente programmare la propria attività tenendo in considerazione interessi, benefici o altri elementi di carattere ideale, che sono quindi anche interessi più generali e benefici comuni. Tali società possono altresì fissare queste valutazioni nello statuto, tipicamente traducendole in specificazioni (tali essendo anche le limitazioni) della attività economica che costituisce l'oggetto sociale. In tutti questi casi il perseguimento di finalità di beneficio comune, lungi dal contraddire la finalità lucrativa (in senso oggettivo) della società, può essere il risultato di una scelta strategica alla stessa funzionale.

Il *secondo punto* che mi sentirei di fissare è il seguente. Tanto la ipotesi *sub* (i) quanto quella *sub* (ii) erano perfettamente lecite e praticabili anche in assenza delle specifiche previsioni sulla società benefit.

Ma allora in cosa oggi si distinguono le società benefit rispetto ai casi di specie appena elencati?

La differenza con la ipotesi *sub* (i) è più evidente, almeno apparentemente, posto che la società benefit sarebbe tale solo se la previsione della finalità di beneficio comune, e quindi l'esigenza di perseguire un interesse (anche) altruistico, sia preveduta dallo statuto [mentre la ipotesi *sub* (i) si caratterizza solo per una scelta gestionale e per una assenza di specifiche previsioni statutarie]. Assai più sfuggente è invece la distinzione con la

ipotesi *sub* (ii), che si caratterizza, appunto, per la menzione di elementi ideali nell'atto costitutivo. Ma, come accennavo, il problema è in realtà oggi assai più complicato: si deve considerare quanto prevede il secondo periodo del comma 379 dell'articolo unico della legge di stabilità, a mente del quale «le società diverse dalle società benefit, qualora intendano perseguire anche finalità di beneficio comune, sono tenute a modificare l'atto costitutivo o lo statuto, nel rispetto delle disposizioni che regolano le modificazioni del contratto sociale o dello statuto, proprie di ciascun tipo di società». Si tratta di una disposizione, a mio avviso, particolarmente infelice, che tuttavia esiste e che non si può ignorare nel tentare di ricostruire il nuovo sistema. Essa statuisce in modo nettissimo quanto meno due cose:

- a) che società che perseguono anche finalità di beneficio comune possono essere (anche) società *non* benefit («le società diverse dalle società benefit, qualora intendano perseguire anche finalità di beneficio comune ... »);
- b) che società, ancorché non benefit, che intendano perseguire anche finalità di beneficio comune sono in ogni caso tenute a prevederlo nello statuto («le società diverse dalle società benefit, qualora intendano perseguire anche finalità di beneficio comune, *sono tenute a modificare* l'atto costitutivo o lo statuto ... »).

Donde i seguenti interrogativi e i correlati dubbi:

- (i) in cosa si distinguono società benefit che perseguono anche finalità di beneficio comune da società non benefit che, del pari, perseguiranno anche finalità di beneficio comune, una volta che tanto le prime quanto le seconde avranno statuti che parleranno di perseguimento di finalità di beneficio comune?
- (ii) una società che *non* abbia modificato (e che non intenda modificare) il suo statuto per prevedere la possibilità di perseguire finalità di beneficio comune potrà porre in essere un atto che abbia «uno o più effetti positivi, o la riduzione degli effetti negativi, su una o più categorie di cui al comma 376» (e quindi «nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse»), tale essendo appunto la definizione legislativa di beneficio comune?

Quanto alla prima questione, la risposta mi pare che debba necessariamente consistere in ciò, che mentre le società benefit *devono* perseguire anche le finalità di beneficio comune, le società non benefit *possono* perseguire anche finalità di beneficio comune (sempre che ciò sia previsto statutariamente). In buona sostanza, quindi, la differenza riposa nella lettera dello statuto ed

anzi origina dal tenore della relativa clausola: nel primo caso, si farà ricorso al verbo servile ‘dovere’ nel secondo, al modale ‘potere’. Ciò spiega perché la legge preveda per i soli amministratori di società benefit, e non anche per quelli delle società non benefit, lo specifico obbligo (e, in caso di inadempimento, una correlativa ulteriore responsabilità⁴) di «bilanciare l’interesse dei soci, il perseguimento delle finalità di beneficio comune e gli interessi» degli *stakeholder* (comma 380).

Più problematica la soluzione della seconda questione, e cioè se una società che nulla preveda al riguardo nello statuto possa porre in essere atti volti a conseguire «uno o più effetti positivi, o la riduzione degli effetti negativi, su una o più categorie» di *stakeholder*. Per un verso, infatti, la lettera della norma parrebbe chiarissima nell’escluderlo. Per altro verso è evidente che, stante il fatto che la stragrande maggioranza delle società non modificherà il proprio statuto per prevedere la possibilità di porre in essere atti finalizzati anche al soddisfacimento di benefici comuni (e quindi nell’interesse di *stakeholder*), il risultato paradossale di una interpretazione strettamente letterale della legge di stabilità consisterebbe nel vietare quanto oggi è considerato pacifico che qualsiasi società possa fare.

Nessuno invero più dubita, almeno a far data dal tramonto della teoria degli atti *ultra vires*, che la capacità giuridica delle società commerciali sia una capacità generale; che, quindi, gli amministratori possono porre in essere tutti i tipi di atti (compresi quelli a titolo gratuito) e che comunque non esista un problema di valutazione se il singolo atto è ricompreso nell’attività sociale. Soprattutto le grandi società pongono in essere da tempo e con continuità una quantità di attività che oggi potrebbero dirsi di beneficio comune e questo per ragioni varie, anzitutto di immagine e reputazionali, sulle quali non è d’uopo qui soffermarsi. Queste attività volte a conseguire «uno o più effetti positivi o la riduzione degli effetti negativi» per diverse categorie di *stakeholder* sono così sistematicamente poste in essere, perdendo quindi spesso il carattere della episodicità, che in un numero crescente di società esse trovano formale e periodica esposizione nei così detti bilanci di sostenibilità. D’altra parte, sono ormai numerose le legislazioni societarie che definiscono l’interesse sociale, che gli amministratori sono tenuti a perseguire in tutte le società (o perlomeno in tutte le società azionarie), in termini così vasti da ricomprendervi una adeguata considerazione degli interessi, *inter alia*, dei dipendenti, dei fornitori, dei

⁴ Così il comma 381: «L’inosservanza degli obblighi di cui al comma 380 può costituire inadempimento dei doveri imposti agli amministratori dalla legge e dallo statuto. In caso di inadempimento degli obblighi di cui al comma 380, si applica quanto disposto dal codice civile in relazione a ciascun tipo di società in tema di responsabilità degli amministratori».

clienti, della comunità, dell'ambiente (e si veda, ad esempio, la *Sect. 172 (1)* del *Companies Act 2006*). Tutto questo per dire che una interpretazione strettamente letterale sia insostenibile alla stregua di una visione che tenga conto del sistema del diritto societario italiano e di tendenze ed esigenze ancora più generali.

Si potrebbe però opporre che così facendo si confondono i singoli *atti*, che pur possono essere di beneficio comune, con le modalità di esercizio dell'*attività* sociale che la società decida di adottare. Altro è la sponsorizzazione del singolo evento culturale o il restauro del singolo monumento, altro è considerare l'impatto sociale parte integrante della strategia d'impresa in modo da porre in essere scelte che mirino alla realizzazione del beneficio comune nell'ambito dello svolgimento della attività economica propria della società. Ma mi chiedo: si può sempre così facilmente distinguere? E soprattutto, ammesso che ciò si riesca in ogni caso a fare, avrebbe senso consentire i singoli (anche numerosi e consistenti) atti alla società che nulla preveda nello statuto e vietare alla stessa società l'adozione di quelle strategie imprenditoriali che tengano in conto le ricadute sociali e ambientali?

Evidentemente no. La risposta che deve continuare a darsi è che tutte le società possono porre in essere atti e attività che, nel rispetto delle finalità di lucro oggettivo della società e nell'ambito del perseguimento di un oggetto sociale avente a contenuto una attività economica produttiva di nuova ricchezza, siano anche di interesse per categorie di soggetti diversi dai soci e che quindi possano qualificarsi di beneficio comune.

Tanto stabilito, potrebbe sorgere l'ulteriore dubbio se però la nuova disciplina delle società benefit modifichi qualcosa in punto di regime della responsabilità degli amministratori. Ma anche su questo problema il vero banco di prova resta quello delle concrete applicazioni e del reale seguito di questi istituti «di carta».

Possiamo quindi con questi dubbi abbandonare, almeno per ora, la riflessione su tali problemi.

7.4 Infine, una riflessione su *social bond* o *social impact bond*, che sono espressioni sempre più spesso usate per descrivere due realtà giuridicamente diverse, seppure accomunate al vertice dalla destinazione a finalità sociali: da un lato, veri e propri «titoli obbligazionari» (*bond*, appunto) o comunque «titoli di debito» e quindi «strumenti finanziari» rappresentanti la posizione di un finanziatore e destinati a circolare (parleremo in questo caso, e convenzionalmente, di *social bond*); dall'altro lato, la semplice posizione contrattuale del finanziatore, se si vuole, giuridicamente, del mutuante (della stessa operazione o attività socialmente utile) non rappresentata da

strumenti finanziari e quindi non incorporata in titoli (di massa): parleremo in questo altro caso, e sempre convenzionalmente, di *social impact bond* per evocare il modello anglosassone e statunitense che non pare fare ricorso alla «incorporazione» della posizione del mutuante(-finanziatore) in veri e propri titoli destinati alla circolazione.

Nella prima accezione, i *social bond* pongono, almeno nella nostra prospettiva, due ordini di problemi: come garantire un vincolo di destinazione del finanziamento che essi procurano all'opera o alla funzione di interesse sociale e, soprattutto, come assicurare che siano «appetibili» per i sottoscrittori e cioè per gli investitori.

Premesso che in tanto l'operazione può qualificarsi tale in quanto ci sia questo vincolo (lo stesso avviene per i *project bond*, che non hanno vocazione sociale ma che si caratterizzano per essere destinati a finanziare una specifica opera infrastrutturale o di interesse generale), in astratto possono pensarsi diverse soluzioni al primo problema:

- (i) può farsi emettere il *social bond* da una società che abbia un oggetto così ristretto da coincidere con l'attività individuata come sociale (in questo caso si potrà parlare tecnicamente di società veicolo);
- (ii) può farsi emettere i *social bond* in forma di strumenti rappresentativi di partecipazione all'affare previa costituzione di un patrimonio destinato ai sensi degli artt. 2477-*bis* ss. cod. civ.;
- (iii) possono, in congiunto a quanto ipotizzato *sub* (i) e (ii), prevedersi forme di controllo sulla gestione dell'affare o della società da parte dei finanziatori, attraverso il riconoscimento di appositi *covenant* sulla gestione e sul controllo della società, in modo che gli stessi finanziatori possano (tra l'altro) controllare la destinazione alla attività od opera di impatto sociale del loro finanziamento;
- (iv) si può ricorrere a un *project bond*, ove l'attività di impatto sociale rientri tra quelle di cui all'art. 157 del Codice dei contratti pubblici (come modificato dall'art. 41, comma 1, del d.l. n. 1/2012 convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27/2012).

Ma è ovviamente la seconda questione quella più complessa: anche in questo specifico caso si tratta di coniugare la finalità sociale con l'interesse (e cioè, in buona sostanza, l'appetibilità) per gli investitori. Per far ciò si può pensare di operare su diversi piani (anche tra loro concorrenti).

In primo luogo ci possono essere investitori (anche istituzionali: e penso anzitutto ai fondi etici, ad alcune fondazioni, ecc.) che possono essere interessati a investire in titoli socialmente utili anche a condizioni economicamente meno vantaggiose di quelle offerte da altri investimenti della stessa rischiosità.

Può poi pensarsi di prevedere alcuni incentivi fiscali; ed è quanto è stato in sostanza fatto con i *project bond* del Codice dei contratti pubblici. Si deve però comunque trattare di una opera o di una attività che nel tempo generi flussi di cassa per ripagare il debito, cosa che evidentemente non avviene per gran parte delle opere socialmente utili. Ma nulla vieta di estendere quel tipo di agevolazioni fiscali anche a *social bond* diversi dai *project bond*.

Se l'incentivo fiscale e il fascino dell'investimento socialmente ed eticamente responsabile non basta, viene allora in soccorso il modello anglo-sassone e statunitense del (vero) *social impact bond*: un modello nel quale il pubblico potere (Stato, ente pubblico locale) si impegna, al raggiungimento dei risultati prefissati e socialmente valutati come utili, a pagare una certa somma di danaro (commisurata al prestito ottenuto dal veicolo e agli interessi pagati ai sottoscrittori dei *bond*). Tale impegno finanziario del pubblico potere si configura come più vantaggioso rispetto al tradizionale modello di finanziamento pubblico per due ragioni: da un lato, esso è subordinato all'effettivo raggiungimento del risultato (socialmente utile) da verificarsi *ex post* (da un soggetto qualificato e consensualmente predeterminato tra autorità pubblica e società emittente i *bond*) ed è per questa ragione che i *social impact bond* sono anche conosciuti come *Pay for Success Bond*; dall'altro lato, l'esborso a carico della finanza pubblica rappresenta un ammontare ridotto rispetto a quanto risparmiato per interventi comunque necessari.

8. Rilevanza sociale dell'impresa azionaria e Costituzione: cenni a questioni attuali

Mi avvio a conclusione, ma prima di farlo vorrei menzionare altri due profili che potrebbero trovare svolgimento in un'ideale relazione sulla rilevanza sociale dell'impresa societaria.

Anzitutto si tratta di segnalare che proprio nel periodo preso in considerazione i vari ordini giuridici positivi hanno imposto, con sempre maggiore frequenza, il ricorso alla forma organizzativa della società per azioni per l'esercizio di specifiche e rilevanti attività di impresa. Gli esempi sono noti e qui è sufficiente richiamarne alcuni: tutte le attività vigilate del mercato finanziario in senso lato possono essere svolte oggi solo da società per azioni; mi riferisco anzitutto all'attività bancaria, ma poi anche a quella di gestione collettiva del risparmio, di intermediazione finanziaria, di gestione di mercati, a quella assicurativa, ecc. Si tratta in definitiva di un significativo indice della funzione sociale della impresa azionaria,

che, proprio in quanto forma organizzativa con una certa struttura particolarmente articolata e sofisticata, viene imposta come mezzo necessario per svolgere le attività economiche giudicate dall'ordinamento come involgenti interessi pubblici.

Il secondo tema, di notevole attualità, riguarda la possibilità di imporre a privati, in nome di interessi sociali o pubblici, la continuazione di una impresa azionaria. In generale, la questione si potrebbe inquadrare, come è chiaro, nel ricordato dibattito sull'interesse sociale, nel senso che si tratta in quella prospettiva di vedere se sia possibile rintracciare e tutelare un interesse dell'impresa alla sua stessa permanenza in attività a prescindere dall'interesse dei soci alla sua continuazione. Ma, in realtà, è nel particolare confronto con norme positive del diritto italiano che la questione assume contorni ancora più concreti. Mi riferisco: per un verso, ad alcune previsioni dei poteri speciali dello Stato previsti dal d.l. 15 marzo 2012, n. 21 (convertito con modificazioni in l. 11 maggio 2012, n. 56) in relazione alle società attive in settori di rilevanza strategica nazionale (trattasi di società attive nei settori della difesa e sicurezza nazionale, da un lato, e dell'energia, delle comunicazioni e dei trasporti, dall'altro); per altro verso, alla intera disciplina del d.l. 4 giugno 2013, n. 61 (convertito in l. 3 agosto 2013, n. 89), recante «Nuove disposizioni urgenti a tutela dell'ambiente, della salute e del lavoro nell'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale».

Si tratta di norme speciali che però al fondo sono accomunate, nella nostra prospettiva, dal prevedere entrambe, seppure con meccanismi diversi (da un lato, il potere di opposizione e veto alla delibera di scioglimento della società; dall'altro, il commissariamento), la possibilità d'imporre ai privati, in nome di un interesse pubblico (alla continuazione dello svolgimento di una attività strategica per il Paese; alla salvaguardia dell'occupazione; ecc.), la prosecuzione dell'attività della impresa azionaria e questo, in entrambi i casi, senza ovviamente passare attraverso espropriazioni, nazionalizzazioni o collettivizzazioni di sorta. Di qui il dubbio, a mio avviso fondato, di illegittimità costituzionale, risolvendosi l'esercizio di tali poteri in atti a contenuto sostanzialmente espropriativo ma senza obbligo di indennizzo. Ma su questa ultima questione disponiamo di un brillante e approfondito studio di Giuseppe Guizzi, apparso negli scritti dedicati a Mario Libertini, al quale studio e alle cui conclusioni non mi resta, dunque, che rinviare per chiudere questa conversazione.

Antonio Carratta

Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo

SOMMARIO: 1. I molteplici significati del concetto di ‘funzione sociale’ del processo civile: un quadro d’insieme – 2. ‘Funzione sociale’ e concezione liberale del processo civile – 3. Alle origini del concetto: la *Sozialfunktion* del processo civile in Franz Klein – 4. Il modello processuale ispirato alla *Sozialfunktion* – 5. La *Sozialfunktion* del processo e la sua dimensione etica – 6. Premesse all’affermarsi della ‘funzione sociale’ del processo: le teorie pubblicistiche sull’azione e sul rapporto giuridico processuale – 7. La diffusione delle idee sulla *Sozialfunktion* del processo nella dottrina italiana all’inizio del XX secolo – 8. L’impostazione ‘pragmatica’: Mortara, Lessona, Redenti – 9. L’impostazione ‘sistematica’: Chiovenda – 10. La dottrina post-chiovendiana – 11. ‘Funzione sociale’ e codice di procedura civile del 1940 – 12. La riflessione sulla ‘funzione sociale’ del processo civile nella seconda metà del secolo XX: ‘tutela differenziata’ e ‘accesso alla giustizia’ – 13. La ‘funzione sociale’ del processo civile a cavallo del nuovo millennio e il corretto funzionamento dell’economia – 14. Una nuova prospettiva: la ‘funzione sociale’ del processo civile nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia – 15. L’emergere di tendenze ‘neoprivatistiche’ tra la fine del secolo XX e l’inizio del XXI – 16. Considerazioni conclusive

1. I molteplici significati del concetto di ‘funzione sociale’ del processo civile: un quadro d’insieme

Nel lungo cammino che la riflessione dottrinale ha compiuto negli ultimi due secoli intorno alla ‘funzione sociale’ del processo civile possiamo individuare tre diversi significati per qualificare tale particolare funzione, ai quali corrispondono tre diverse ‘tappe’ o momenti storici nell’evoluzione intorno al tema.

Un primo significato è quello che emerge soprattutto nella fase delle origini della nozione, che viene tradizionalmente collocata sul finire del secolo XIX.

In tale contesto, nel quale molto forte appare ancora la concezione liberale-individualistica del processo civile, si parla di *funzione sociale* (o *socializzazione*) del processo in termini molto generici. Ci si riferisce, infatti,

a quella particolare concezione del processo che – nel quadro di una visione *socializzatrice* del diritto in generale – inizia a delinearasi verso gli ultimi decenni del secolo XIX e che si diffonderà e consoliderà nel corso del secolo successivo nella maggior parte delle codificazioni europee, e in base alla quale il processo civile viene visto come fenomeno o istituto che riguarda l'intera collettività e non solo le singole parti, in quanto è interesse della collettività che attraverso il processo si arrivi ad una tutela giurisdizionale dei diritti in maniera giusta, efficiente ed effettiva¹.

La novità di questa concezione – rispetto a quella precedente, di ascendenza liberale – sta nell'evidenziazione dell'importanza che anche per la società nel suo complesso ha la risoluzione delle controversie fra privati intorno alla tutela di diritti soggettivi individuali. In questa prima accezione, l'idea della 'funzione sociale' del processo civile non solo troverà ampia accoglienza anche presso giuristi di convinta formazione liberale, intesa come sinonimo di 'pubblicizzazione' del processo, ma costituirà la base ideologica anche per avanzare un nuovo metodo di studio del diritto processuale civile e per impostare nuove riforme della legislazione processuale esistente.

Dal punto di vista cronologico questa prima accezione di 'funzione sociale' del processo si diffonderà in Europa soprattutto nel periodo che va dalla fine del secolo XIX fino alla metà del XX. Con specifico riferimento al nostro ordinamento processuale, coinciderà con il periodo di transizione dal codice unitario del 1865 al codice del 1940.

In una seconda accezione, per 'funzione sociale' del processo civile si intende la concezione dei meccanismi processuali come strumento di promozione sociale delle classi meno abbienti, con l'obiettivo di realizzare l'«uguaglianza sostanziale»². In tale accezione la 'funzione sociale' del processo civile sta

¹ Così M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna 1969, pp. 18 ss., 163 ss. e 207 ss.; ID., *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, in ID., *Giustizia e società*, Bologna 1972, p. 23 ss.; ID., *Aspetti sociali e politici della procedura civile (Riforme e tendenze evolutive nell'Europa occidentale e orientale)*, *ibidem*, p. 48 ss.; ID., *Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo*, *ibidem*, p. 145 ss., spec. p. 213; ID., *Il processo come fenomeno sociale di massa*, *ibidem*, p. 225 ss.; V. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano 1971, p. 69; M. TARUFFO, *L'istruzione probatoria*, in ID. (a cura di) *La prova nel processo civile*, Milano 2012, p. 112; N. TROCKER, *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna «teoria» del processo)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2015, p. 425 ss., spec. p. 455 ss. In termini più generali, S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «Rivista di diritto commerciale», 1967, p. 83 ss.

² V., per la dottrina italiana, M. CAPPELLETTI, *Processo orale*, cit. nt. 1, p. 214; DENTI, *Processo civile*, cit. nt. 1, p. 69; S. Chiarloni, *Diritto processuale civile e società di classi*, in

ad indicare la necessità che i sistemi processuali prevedano accorgimenti tecnici tali da consentire di venire incontro alle minori possibilità difensive delle parti socialmente più deboli. Anche questa seconda accezione – molto più innovativa della prima – emergerà sul finire del secolo XIX, in concomitanza con il diffondersi del ‘socialismo giuridico’ e della nuova fase economica e sociale della ‘seconda rivoluzione industriale’³. Ma troverà piena espansione solo nel corso del secolo successivo e soprattutto nel corso della seconda metà dello stesso, in coincidenza con l’introduzione delle nuove Costituzioni e l’affermazione del principio di ‘uguaglianza sostanziale’ ad esse legato. Per il nostro ordinamento processuale essa coinciderà con il periodo che va dall’entrata in vigore della Carta del ’48 fino alla fine degli anni ’70, e dunque con l’approvazione dello statuto dei lavoratori nel 1970 e del nuovo rito del lavoro nel 1973.

In una terza accezione, infine, si è parlato di ‘funzione sociale’ del processo civile nel senso di guardare ad esso come fattore di benessere sociale, pur nelle diverse declinazioni che quest’ultimo concetto ha assunto nel corso del tempo (dal ristabilimento della pace sociale, al miglioramento dell’economia e del mercato). In questo caso, dunque, la *socialità* del processo si orienta verso l’intera collettività, in quanto l’individuazione di strumenti processuali idonei a rendere più efficiente il sistema di giustizia civile determina anche una maggiore efficienza e funzionalità della società nel suo complesso. Si tratta di un’accezione già presente quando – sul finire del secolo XIX – comincia a diffondersi la concezione ‘sociale’ del processo civile, ma che assumerà piena e autonoma rilevanza solo negli ultimi decenni del XX secolo, in concomitanza con la crisi del *welfare state* e l’accentuarsi dell’inefficienza della giustizia civile amministrata dallo Stato. È il periodo – a cavallo fra la fine del XX e l’inizio del XXI secolo –

«Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1972, p. 733 ss.; per la dottrina tedesca, J.J. HAGEN, *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre*, Freiburg 1972, p. 43 ss.; ID., *Die soziale Funktion des Prozesses*, in «Zeitschrift für Zivilprozess», 84 (1971), p. 385 ss.; R. WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*, Neuwied, 1978, p. 68 ss.; E. SCHMIDT, *Von der Privat- zur Sozialautonomie*, in «Juristen-Zeitung», 1980, p. 153 ss., spec. p. 155 ss.; D. BRÜGGEMANN, *Judex statutor und judex investigator*, Bielefeld, 1968, p. 125 ss., p. 159 ss. e p. 179 ss.

³ R. WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess*, cit. nt. 2, p. 64 ss.; V. DENTI, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, 1989, p. 26 ss.; P. TREPTE, *Umfang und Grenzen eines sozialen Zivilprozesses*, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien 1994, p. 36 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 13 ss.; S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Roma, 2011, p. 3 ss.; N. PICARDI, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in «Il giusto processo civile», 2011, p. 1067 ss. (e anche in «Historia et ius», 2 (2012), paper 16).

nel quale, in nome dell'efficienza del processo civile, per l'incidenza diretta che esso ha sull'economia, si avvieranno importanti riforme legislative nei maggiori sistemi processuali europei.

Va subito rilevato che il riconoscimento al processo civile di una 'funzione sociale' – con le necessarie puntualizzazioni già viste – comporterà l'adesione ad un particolare modello processuale, nell'ambito del quale troveremo soluzioni tecnico-processuali strettamente connesse – come vedremo – al perseguimento di tale funzione⁴. Ma queste soluzioni sempre presupporranno il pieno rispetto del c.d. principio dispositivo sostanziale o in senso proprio, in base al quale, stante la natura privatistica delle situazioni soggettive oggetto del processo civile, rientra nell'esclusiva disponibilità delle parti il potere di agire in giudizio e di determinarne l'oggetto in maniera vincolante per il giudice.

Da quanto finora detto è evidente che va considerata estranea alla riflessione sulla 'funzione sociale' del processo civile la c.d. *socialistizzazione* dello stesso⁵, cioè quella particolare utilizzazione dello strumento processuale che si è avuta, nel passato, da parte dei sistemi di tipo sovietico, nell'ambito dei quali si assistette all'abolizione del potere monopolistico della parti nell'iniziativa processuale e all'attribuzione al processo civile di una specifica funzione educativa delle masse⁶.

⁴ Per la sottolineatura del fatto che tali soluzioni tecniche non siano affatto neutre, ma nascono da una ben precisa opzione ideologica, in quanto «la tecnica senza l'ideologia è vuota, mentre l'ideologia senza la tecnica è impotente», M. TARUFFO, *Cultura e processo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2009, p. 63 ss., spec. p. 71.

⁵ M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, cit. nt. 1, pp. 36 ss., 57 ss., 183 ss. e 215 ss.; ID., *Giustizia e società*, cit. nt. 1, p. 88 ss.; DENTI, *La giustizia civile*, cit. nt. 3, p. 35 ss.

⁶ Ed infatti, stando al 2° comma dell'art. 2 dei *Principi fondamentali di procedura civile dell'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche e delle Repubbliche Federate* del 1961, «Il processo civile deve contribuire al rafforzamento della legalità socialista, alla prevenzione delle violazioni di legge, alla educazione dei cittadini al costante adempimento delle leggi sovietiche e al rispetto dei principi della convivenza socialista» (cfr. l'edizione italiana in *Codice di Procedura Civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia (1964)*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano 2004, p. 1 ss.; M.A. GURVIĆ, *Introduzione: profili generali del processo civile sovietico*, *ivi*, p. XLV ss. In proposito v. anche P. PECORI, *Il nuovo codice di procedura civile della RSFSR*, in «Rivista di diritto processuale», 1967, p. 299 ss.; M. CAPPELLETTI, *Interrogatorio della parte e principi generali nel processo civile della Germania orientale e dell'Unione sovietica*, *ivi*, 1959, p. 39 ss.; ID., *Processo e ideologie*, cit. nt. 1, p. 82 ss.; N. PICARDI – R.L. LANTIERI, *La giustizia civile in Russia da Pietro il Grande a Kruscev*, in «Rivista di diritto processuale», 2004, p. 955 ss.

2. 'Funzione sociale' e concezione liberale del processo civile

Come già detto, è sul finire del XIX secolo che emerge un nuovo modo di guardare alla funzione del processo civile. In quel periodo, infatti, si assiste al rapido e definitivo abbandono degli orientamenti che fino a quel momento avevano dominato la riflessione dottrinale e all'emergere di nuovi e notevolmente diversi. L'abbandono, cioè, della concezione del processo civile – tradizionalmente conosciuta come liberale – secondo la quale il processo civile avrebbe la sola funzione di risolvere controversie fra privati e, per questa ragione, sarebbe da considerare un affare privato delle parti (*Sache der Parteien*).

Secondo questa impostazione esso non costituirebbe altro che un'appendice, una diretta manifestazione del diritto privato o civile, il risvolto pratico e secondario del diritto soggettivo sostanziale⁷. E dunque, siccome il diritto soggettivo sostanziale è nella piena disponibilità delle parti, parimenti deve esserlo lo strumento che l'ordinamento predispone per la sua tutela.

Ne deriva una visione prevalentemente, se non esclusivamente, individualista dello strumento processuale, dominata dal *laissez faire* delle parti, dal loro 'libero gioco' in contraddittorio (*Verhandlungsmaxime*). Come sottolinea Adolf Wach – che di questa visione è senza dubbio l'esponente più autorevole del tempo – la controversia è estranea allo Stato, è mero interesse individuale⁸ e, di conseguenza, va lasciata nel pieno dominio delle parti, sia per la sua introduzione, che per la determinazione del suo oggetto, che per la sua conduzione fino alla decisione finale del giudice⁹.

⁷ A. WACH, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879*, Bonn 18962, p. 2: «der Zweck des Processes ist die der Natur der Streitsache gemässe, gerechte Gewährung des staatlichen Rechtsschutzes. Die Natur der Streitsache ergibt die tiefgreifende Differenz des Civil- und Strafprocesses. Die Civilsache wirkt das materielle und formelle Zweiparteienverhältniss, die Interesselosigkeit des Staates und damit seines Organs, des Richters and der Streitsache, den Ausschluss der Officialmaxime, die Herrschaft der Streittheile über den Streitgegenstand, über Beginn, die Fortführung, den Schluss des Verfahrens, über seinen Inhalt, den Streitstoff».

⁸ WACH, *Vorträge*, cit. nt. 7, p. 51: «der Civilprocess ist staatliche Privatrechtspflege, die Gewährung des Rechtsschutzes für Mein und Dein. Die Streitsache ist ein dem Staate fremdes, individuelles Interesse».

⁹ WACH, *Vorträge*, cit. nt. 7, p. 53: «das ist der Inhalt der in der Rechtslehre sogenannten Verhandlungsmaxime. Sie ist der Grundsatz der staatlichen Interesselosigkeit an der Streitsache und das Processbetriebs durch die Interessenten». V. anche ID., *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig 1885, p. 5; R. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig 19102, p. 382; J.W. PLANCK, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, Nördlingen 1887, p. 434 ss.; R. VON CANSTEIN, *Die rationellen Grundlagen des Civilprocesses*, II, Wien 1877, p. 170 ss.; G. KUTTNER, *Die privatrechtlichen*

Nell'ambito di tale concezione del processo civile, di conseguenza, la disciplina processuale deve limitarsi a regolare lo svolgimento della controversia o della lite insorta fra le parti private e a riconoscere piena libertà e autonomia alle stesse parti, in termini sostanzialmente identici a ciò che ad esse viene riconosciuto sul piano del diritto sostanziale.

Questo modo di intendere il processo civile, strettamente legato – evidentemente – alla stessa dottrina liberale dello Stato¹⁰, diede vita ad un processo di ‘tipo ideale’, nel significato weberiano del termine¹¹, vale a dire a un tipo di processo caratterizzato – fondamentalmente – dal ruolo primario delle parti e delle loro prerogative non solo nell’attivazione del processo e nella determinazione dell’oggetto della controversia, ma anche nella conduzione dello stesso¹².

Inevitabile era – nell’ambito di tale ‘tipo ideale’ di processo e in linea con la volontà di ridurre al minimo l’intervento del potere pubblico nelle vicende individuali¹³ – attribuire al giudice un ruolo ridotto al minimo

Nebenwirkungen der Zivilurteile, München 1908, p. 2 ss.; G. KLEINFELLER, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin 1925, p. 180; H. SPERL, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechtspflege*, I, 1, Wien-Leipzig 1928, p. 288 ss.; R. POLLAK, *System des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien 1931, p. 507. In proposito, P. BÖHM, *Der Streit um die Verhandlungsmaxime. Zum Einfluss der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozessverständnis*, in «Jus commune», 7 (1978), p. 135 ss.

¹⁰ Dottrina che – come sottolinea N. BOBBIO, v. *Liberalismo*, in A. BIRAGHI (a cura di), *Dizionario di filosofia*, Milano 1957, p. 617 – «si appoggia sull’affermazione che esiste una legge naturale precedente e superiore allo Stato e che questa legge attribuisce diritti soggettivi, inalienabili e imprescrittibili, agli individui singoli prima del sorgere di ogni società, e quindi anche dello Stato. Di conseguenza, lo Stato, che sorge per volontà degli stessi individui, non può violare questi diritti fondamentali (e se li viola diventa dispotico), e in ciò trova i suoi limiti: anzi, deve garantirne la libera esplicazione, e in ciò trova la sua funzione, che è stata detta ‘negativa’ o di semplice ‘custode’».

¹¹ Per M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, (*Gesammelte Aufsätze zur wissenschaftslehre*, Tübingen, 1922), trad. it. a cura di P. Rossi, Torino, 1958, p. 108, l’*idealtypus* è «ottenuto mediante l’accentuazione di uno o di alcuni punti di vista, e mediante la connessione di una quantità di fenomeni particolari diffusi e discreti, esistenti qui in maggiore e là in minore misura, e talvolta anche assenti, corrispondenti a quei punti di vista unilateralmente posti in luce in un quadro concettuale in sé unitario».

¹² G. TARELLO, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*, in R. GUASTINI – G. REBUFFA (a cura di), *Dottrine del processo civile*, Bologna 1989, p. 9 ss., spec. p. 12.

¹³ Sottolinea G. BEDESCHI, *Storia del pensiero liberale*, Bari 1990, p. 29, che «la ferma difesa dell’antagonismo, della concorrenza, nonché della varietà e del dissenso, e la correlativa esaltazione della personalità individuale, della sua originalità, della sua intima energia creatrice, che si rafforza solo attraverso la lotta e il confronto, implicano, nei pensatori liberali, una forte diffidenza nei confronti dello Stato e la tendenza a ridurlo al minimo indispensabile sia i poteri che le funzioni».

indispensabile, di arbitro della contesa, chiamato ad assistere passivamente alla libera dialettica delle parti private e ad intervenire soltanto per sanzionare eventuali nullità o scorrettezze delle parti e per pronunciare la decisione finale¹⁴. Poiché lo Stato non aveva (non doveva avere) alcun interesse circa il modo con cui le parti decidevano di condurre il «loro» processo¹⁵, non aveva neanche interesse alla velocità e correttezza della decisione finale: la ricerca della verità dei fatti di causa – sottolinea ancora Wach – non è l'obiettivo del processo, ma solo un accidente, un risultato casuale¹⁶.

Nella seconda metà del XIX secolo era questa l'opzione ideologica dominante in materia di processo civile, la *Prozeßauffassung* del tempo, ed essa informava di sé – a partire dal codice napoleonico del 1806 – anche la legislazione processuale allora vigente nei principali ordinamenti europei¹⁷, dal c.p.c. unitario italiano del 1865¹⁸, alla Z.P.O. tedesca del

¹⁴ V., in proposito, M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna 1980, p. 142 ss.

¹⁵ WACH, *Vorträge*, cit. nt. 7, p. 53.

¹⁶ WACH, *Vorträge*, cit. nt. 7, p. 199: «die Feststellung der Wahrheit ist ... nicht das Ziel des Civilprocesses und kann es nicht sein. Sie ist sein erwünschtes, aber nicht verbürgtes Resultat». Rinvio, in proposito, ad A. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile. Parte prima*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 47 ss.

¹⁷ V., in proposito, per un'analisi approfondita G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist., Napoli 1960, p. 103 ss.

¹⁸ In proposito, CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit. nt. 17, p. 101 ss.; ID., *Principii di diritto processuale civile*, rist. anastatica, Napoli 1980, p. 11 ss. e 25 ss.; ID., *Romanesimo e Germanesimo nel processo civile*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, rist., Milano 1993, I, p. 180 ss.; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano 1937, p. 84 ss.; E. FAZZALARI, v. *Codice di procedura civile*, in «Novissimo Digesto Italiano. Appendice», Torino 1980, p. 1292 ss.; TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 113 ss.; ID., voce *Procedura civile (codice di)*, in «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», XIV, Torino 1996, p. 658 ss.; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia (1865-1942)*, Bari 1985, p. 73 ss.; N. PICARDI, v. *Codice di procedura civile*, in «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», II, Torino, 1988, p. 457 ss.; F. CIPRIANI, *Il processo civile in Italia dal Codice napoleonico al 1942*, in «Rivista di diritto processuale», 1996, p. 71 ss.; G. MONTELEONE, *Il codice di procedura civile italiano del 1865*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Milano 2004, p. 9 ss.; ID., *Sulla Relazione di Giuseppe Pisanelli al libro I del codice di procedura civile del 1865 (Due codici a confronto)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2000, p. 529 ss.; A. CHIZZINI, *Un "codice di regole" per un processo liberale?*, in *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, Torino 2014², p. 67 ss. In proposito v. anche la *Relazione ministeriale al Primo Libro del Codice di procedura civile presentata in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nella tornata del 26 novembre 1863 (n. 63)*, in S. GIANZANA, *Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia*, Roma-Torino-Napoli 1889, p. 3 ss.

1877¹⁹, alla codificazione giuseppina austriaca²⁰, nella quale, tuttavia, già si rinveniva una posizione rafforzata del giudice rispetto alle parti²¹.

¹⁹ *Civilprozessordnung für das Deutsche Reich* del 30 gennaio 1877, entrata in vigore il 1° ottobre 1879. In proposito, WACH, *Vorträge*, cit. nt. 7, p. 39 ss.; G. DAHLMANN, *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, Aalen 1971, p. 17 ss.; J. DAMRAU, *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichszivilprozessordnung von 1877*, Paderborn 1975, p. 19 ss.; N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano 1974, p. 3 ss.; C. WOLLSCHLÄGER, *Introduzione. La Zivilprozessordnung del 1877/1898*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *Ordinanza della procedura civile dell'Impero Germanico 1877/1898*, Milano 2002, p. XIII ss.; P. OBERHAMMER – T. DOMEJ, *Germany, Switzerland, Austria (Ca. 1800-2003)*, in *European Traditions in Civil Procedure*, Oxford 2005, p. 103 ss. Per un quadro d'insieme sull'influenza del codice napoleonico sulla legislazione processuale europea ottocentesca v. C.H. VAN RHEE, *Introduction*, in ID., *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerp-Oxford, 2005, p. 3 ss.; ID., *The Influence of the French Code de Procedure Civile (1806) in 19th Century Europe*, in *De la Commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris 2006, p. 129 ss.

²⁰ *Allgemeine Gerichstordnung*, pubblicata il 1° maggio 1781 ed entrata in vigore il 1° maggio 1782. In proposito v. *Regolamento giudiziario di Giuseppe II: 1781*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di) *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano 1999, con prefazione di N. PICARDI, *ivi*, p. XIII ss., il quale osserva che «il Regolamento giudiziario segna – almeno parzialmente – una soluzione di continuità con la tradizione di diritto comune, secondo la quale la conduzione del processo era rimessa all'iniziativa di parte, mentre il giudice aveva poteri di dilazione, ma non di impulso e di direzione» (*ivi*, p. XXIII); *ivi*, p. XXIX ss., anche l'introduzione di W. Ogris e P. Oberhammer; v. anche TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 33 ss.; DENTI, *La giustizia civile*, cit. nt. 3, p. 15; F. CIPRIANI, *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, in «Rivista di diritto processuale», 1995, p. 969 ss., spec. p. 975 ss.; C. CONSOLO, *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*, Milano 2004, p. L ss.

L'A.G.O. giuseppina ebbe anche – come noto – un lungo periodo di applicazione nella Lombardia austriaca, a partire dal 1° maggio 1786 e fino al 1796, con il titolo ufficiale di *Regolamento del processo civile per la Lombardia austriaca*: in proposito, Taruffo, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 33 ss.; ID., *Il processo civile nel Lombardo-Veneto*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), *Regolamento generale del processo civile pel Regno Lombardo-Veneto. 1815*, Milano 2003, p. IX ss.; N. PICARDI, *Il Regolamento giudiziario di Giuseppe II e la sua applicazione nella Lombardia austriaca*, in «Rivista di diritto processuale», 2000, p. 36 ss.

²¹ Secondo W. JELINEK, *Einflüsse des österreichischen auf andere Rechtsordnungen*, in W.J. HABSCHEID (a cura di), *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Bielefeld 1991, p. 49, il modello processuale austriaco del 1781 si caratterizzava per questi elementi: «zwar schftlich, heimlich, von der Eventualmaxime geprägt und mittelbar, jedoch von extremer Parteiheerrschaft gekennzeichnet». Ha osservato R. SPRUNG, *Die Ausgangspositionen österreichischen Zivilprozessualistik und ihr Einfluss auf das deutsche Recht*, in «Zeitschrift für Zivilprozess», 92 (1979), p. 7, che esso appariva «einem tumultuarischen Interessensturnier, in dem die Parteien als Regisseure

È evidente che – sulla base di una simile impostazione – la ‘funzione sociale’ del processo civile, intesa come rilevanza sociale, collettiva e non solo individuale del meccanismo processuale, è molto edulcorata. Essa rimane nettamente sullo sfondo, in secondo piano rispetto alla salvaguardia degli interessi individuali (veri e propri *diritti soggettivi processuali*) delle parti in causa, e si traduce, sostanzialmente, nella consapevolezza – sempre più diffusa all’interno di tale impostazione teorica – che attraverso la tutela dei diritti soggettivi individuali il processo civile serve anche a ristabilire la pace sociale e il diritto oggettivo²².

wirkten und der Richter nur ein geduldiger Mitarbeiter war, ein Hampelmann, der sich nur bewegen durfte, wenn die Parteien ihn am Schnurchen zogen». V. anche TARELLO, *Il problema della riforma*, cit. nt. 12, p. 12; ID., *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 513 ss.; TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 35; DENTI, *La giustizia civile*, cit. nt. 3, p. 14 s.; CIPRIANI, *Nel centenario*, cit. nt. 20, p. 975 ss., il quale – a differenza di altri (TARUFFO, *La giustizia civile*, cit., p. 38; R. SPRUNG, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, in «Rivista di diritto processuale», 1979, p. 31) – sottolinea come si trattasse «di un processo con scarsissime libertà per le parti ...; un processo eminentemente illiberale e autoritario». È vero anche che questo modello processuale viene in parte cambiato per le controversie di minor valore (*Bagatellverfahren*) nel 1873, mediante l’adozione di un procedimento caratterizzato dall’oralità, dall’immediatezza e dalla libera valutazione delle prove (JELINEK, *Einflüsse*, cit. *supra*, p. 53).

²² V., ad es., la *Relazione Pisanelli* al c.p.c. 1865, già cit., p. 4, dove si legge: «ogni litigio eccita le sollecitudini della società sotto due aspetti: dapprima perché al litigio sia posto fine; in secondo luogo perché cessi con giustizia». V. anche, nella dottrina tedesca e austriaca, G.W. WETZEL, *System des ordentlichen Zivilprozess*, Leipzig 1878³, p. 36; WACH, *Handbuch*, cit. nt. 9, I, p. 3 ss.; SCHMIDT, *Lehrbuch*, cit. nt. 9, p. 16 ss.; J. KOHLER, *Über processrechtliche Vorträge und Creationen*, in *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Berlin 1888, p. 127 ss., spec. p. 154; ID., *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim 1888, p. 17 ss.; K. HELLWIG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, II, Leipzig 1909, p. 40 ss.; ID., *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig 1912, pp. 402 s. e 438; A. HEGLER, *Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht*, Tübingen-Leipzig 1903, p. 161; K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, I, Leipzig 1902, p. 350; W. KISCH, *Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses*, in «Judicium» I (1928/29), p. 1 ss., spec. p. 5, che parla di «Prozess als soziale Tatsache»; K. GRÜNBERG, *Der socialpolitische Gehalt der österreichischen Civilprozessgesetzgebung*, in «Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart», XXVII (1900), p. 65 ss.; nella nostra dottrina, M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, I, 1, Torino 1864, p. 5 ss.; L. MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, I, Torino, 1902, p. 20 ss.; ID., *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, 18992, p. 161; G. SAREDO, *Introduzione allo studio della procedura civile e dell’ordinamento giudiziario. Prolozione letta nella Regia Università di Roma, nell’inaugurazione del Corso di procedura civile il 23 novembre 1872*, in ID., *Istituzioni di procedura civile precedute dall’esposizione dell’ordinamento giudiziario italiano*, Firenze 1873, p. 6 ss. e 18, dove il rilievo per cui «ogni processo è un male – un male per l’individuo, un male per la società», in quanto «tocca non solamente l’interesse privato, ma altresì l’ordine pubblico,

3. *Alle origini del concetto: la Sozialfunktion del processo civile in Franz Klein*

Come già detto, il superamento dell'idea liberale del processo civile e l'affermarsi di una visione nuova, pubblicistica e sociale, cominciano ad avviarsi nella seconda metà del XIX secolo per essere definitivamente portati a compimento nella prima metà del secolo successivo.

Essi vengono a determinarsi, in particolare, per effetto dell'influenza che esercita in quel periodo la dottrina civilprocessualistica tedesca e austriaca, presso la quale va sempre più affermandosi l'idea che il processo civile sia uno strumento di giustizia sociale ed assolva, dunque, ad una funzione non limitata alla risoluzione della controversia fra privati. Tutto ciò non accade per un mero accidente della storia. Come ha lucidamente notato Paolo Grossi, «dai primordi del Novecento in poi si riscopre la *fattualità* del diritto, perché tende ad attenuarsi sempre più il distacco fra diritto e società, che era – sul continente – nei programmi della modernità borghese». E di conseguenza, «il palcoscenico storico-giuridico si fa più movimentato, più complesso, e si attenua quella che era stata la puntigliosa riduzione di ogni rapporto giuridico a rapporto individuale»²³.

In tale rinnovata visione si va sempre più affermando l'idea che valore fondamentale della legislazione in materia di giustizia civile sia l'efficienza e la piena accessibilità al procedimento per tutti coloro che hanno bisogno di tutela giurisdizionale per la realizzazione dei propri diritti sostanziali.

Si tratta, com'è facile intuire, di un vero e proprio capovolgimento dell'ideologia liberale. Taluni hanno individuato idealmente nel 1898 la fine di tale epoca per la processualciviltistica²⁴. In quell'anno, infatti, entra in vigore la *Z.P.O.* austriaca, che Franz Klein aveva elaborato e impostato proprio sull'idea della 'funzione sociale' del processo²⁵, e che costituirà il

l'interesse sociale»; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Torino 1889, p. 1 ss.; ID., *Lo Stato moderno e la giustizia*, Torino 1885; ID., *Manuale della procedura civile*, I, Torino 1929, p. 17; V. SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario dettate dal prof. Vincenzo Simoncelli nell'Università di Roma l'anno 1900-1901, raccolte da Ottorino Petroni*, Roma 1901, p. 213 s.; A. RISPOLI, *Il rapporto giuridico processuale di cognizione*, in «Archivio Giuridico Filippo Serafini», 84 (1910), p. 229 ss.; CHIOVENDA, *Principii*, cit. nt. 18, p. 65 s., che riprende, quasi alla lettera, le parole di A. WACH; E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1911, p. 53 ss.; AL. ROCCO, *La sentenza civile. Studi*, Torino 1906, p. 27 ss.

²³ P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell'unità d'Italia*, in www.lincei.it, p. 14 del testo.

²⁴ VAN RHEE, *Introduction*, cit. nt. 19, p. 10 s.; ID., *The Influence*, cit. nt. 19, p. 129 ss.

²⁵ P. OBERHAMMER-T. DOMEJ, *Germany, Switzerland, Austria (ca. 1800-2005)*, in van Rhee (ed.), *European Traditions*, cit. nt. 19, p. 118 ss.; P. BÖHM, *Die österreichischen Justizgesetze von 1885/1886*, in H. HOFMEISTER (ed.), *Kodifikation als Mittel der Politik*, Wien 1986, p. 63.

modello di riferimento per molti legislatori europei durante il ventesimo secolo, così come il codice napoleonico lo era stato per il diciannovesimo²⁶. In proposito, tuttavia, occorre intendersi.

In effetti, è proprio a Klein che viene riconosciuto il merito di aver iniziato a guardare alla controversia giudiziaria come ad un «problema sociale» (*soziale Übel*)²⁷, perché fa perdere tempo e denaro, fomenta odio e ira fra le parti litiganti e genera passioni fatali per la convivenza sociale²⁸, e di aver maturato la convinzione che le controversie costituiscano impedimenti al corretto funzionamento dell'economia e quindi vi sia la necessità che esse siano risolte nel più breve tempo possibile, senza spreco di tempo, di denaro

²⁶ VAN RHEE, *Introduction*, cit. nt. 19, p. 11.

²⁷ Su questo v., in particolare, F. KLEIN-F. ENGEL, *Der Zivilprozess Österreichs*, Mannheim-Berlin-Leipzig 1927, rist., Aalen 1970, p. 280; ID., *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Österreich*, Leipzig 1891, p. 39. V. anche H.W. FASCHING, *Die Modernisierung des zivilrechtlichen Streitverfahrens*, in *Union Internationale des Magistrats, II° Congrès International*, La Haye 1963, p. 27 ss.; W. KRALIK, *Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der ZPO von 1895*, in H. HOFMEISTER (a cura di), *Forschungsband Franz Klein (1854-1926), Lebens und Wirken*, Wien 1988, p. 89 ss.; A. CHIZZINI, *Franz Klein e i patres della procedura civile*, in «Il giusto processo civile», 2011, p. 739 ss., spec. p. 740 s.; ID., *Franz Klein, la codificazione sociale e la procedura civile in Italia*, in *Pensiero e azione*, cit. nt. 18, p. 100 s.; M. MARINELLI, *La concezione del diritto e del processo di Franz Klein nella Vienna fin de siècle*, in «Il giusto processo civile», 2011, p. 771 ss., spec. p. 778 ss.; N. TROCKER, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in «Il giusto processo civile», 2012, p. 31 ss., spec. p. 68 s.; Picardi, *Le riforme processuali*, cit. nt. 3, p. 1067 ss.

²⁸ Così SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit. nt. 21, p. 27; v. anche PICARDI, *Le riforme processuali*, cit. nt. 3, p. 1067 ss.; W.H. RECHBERGER, *Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa*, in «Ritsumeikan Law Review», 25 (2008), p. 101 ss., p. 102 ss.; Trocker, *La concezione*, cit. nt. 27, p. 44 ss.; P. BÖHM, *Parteiautonomie versus Richtermacht: Die Verantwortung für die Programmierung der Verfahrensablaufs*, in M. MARINELLI-E.M. BAJONS-P. BÖHM, *Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins*, Wien 2015, p. 149 ss., spec. p. 153 ss.; K.W. NÖRR, *Gegenwart und Zukunft in der Gedankenwelt Franz Kleins*, *ivi*, p. 18 ss. Per la critica a quest'impostazione v. CIPRIANI, *Nel centenario*, cit. nt. 20, p. 977, secondo il quale il processo non può essere considerato un «male sociale», «fonte (addirittura) di 'ferite per il corpo della società'», quanto, piuttosto, «lo strumento col quale si rende giustizia in questo mondo». «Quanto poi all'incidenza che ogni processo o la massa dei processi avrebbe sull'economia nazionale – continua Cipriani – a me sembra che le preoccupazioni di Klein siano per lo meno eccessive ... anzitutto perché il processo, non essendo un sequestro, implica solo di rado il blocco dei beni in discussione; poi perché il valore delle cause civili, di norma più che modesto, non sembra tale da incidere addirittura sull'economia nazionale; indi perché nessuno Stato è mai fallito per motivi processuali; infine perché abbiamo buone prove che, per nostra fortuna, la ricchezza di uno Stato e di un popolo non dipende dalla velocità dei processi civili».

e di attività, anche quando le stesse parti non abbiano un interesse a ciò²⁹.

Il «nocciolo» del suo ragionamento era proprio l'idea della *Sozialfunktion* del processo civile, che, evidentemente, era stata influenzata dall'insegnamento di Anton Menger e dalla sua *soziale Rechtslehre*. Certamente, l'idea kleiniana si presentava ben diversa da quella mengeriana³⁰, perché dei tre significati di 'funzione sociale' del processo civile, che sopra abbiamo individuato, essa assumeva soprattutto la prima e la terza, in misura minore la seconda, ovvero quella più innovativa e che più stava a cuore a Menger, fondata sull'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale³¹ e della sostituzione

²⁹ V., in proposito, le riflessioni esposte in F. KLEIN, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse. Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 9. November 1901*, Dresden 1901, ristampa Frankfurt a.M. 1958, p. 20 ss.; KLEIN – ENGEL, *Der Zivilprozess*, cit. nt. 27, p. 193 ss. e p. 202 ss. Su questo profilo del pensiero kleiniano v. soprattutto J. ESSER, *Franz Klein als Rechtssoziologie – Die Überwindung des dogmatischen Schuldenkens im Prozesswerk Franz Kleins*, in *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung 1898-1948*, Wien 1948, p. 35 ss., spec. p. 41 ss.; F. BAUR, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozess, einige aktuelle Bemerkungen zu dem so betitelten Vortrag von Franz Klein*, in «Juristische Blätter», 92 (1970), p. 446 ss.; FASCHING, *Die Modernisierung*, cit. nt. 27, p. 27 ss.

³⁰ Infatti, osserva DENTI, *La giustizia civile*, cit. nt. 3, p. 28: «non va trascurato che nella ideologia di Menger era presente un rigoroso socialismo di stato, che lo portava a divergere, nelle prospettive di fondo, dalla concezione di Klein, in quanto considerava la funzione del giudice e del processo come risolutori di conflitti una finzione borghese, a tutto vantaggio delle classi dominanti». In senso analogo CIPRIANI, *Nel centenario*, cit. nt. 20, p. 979, il quale conclude: «non sembra che Klein possa essere considerato un seguace di Menger, atteso che egli, rafforzando i poteri del giudice, non pensava soltanto o prevalentemente ai poveri, ma al processo *tout court*, ossia a tutti»; MARINELLI, *La concezione*, cit. nt. 27, p. 778 ss., per il quale Klein non può definirsi un *socialista*, perché era un *moderato*. Anche TROCKER, *La concezione*, cit. nt. 27, p. 68, osserva che alla base della concezione «sociale» del processo di Klein sta «il termine 'sozial', nel senso di 'gesellschaftlich' e aggiunge che esso, sul piano descrittivo, «allude al fatto che il processo è un fenomeno che riguarda la collettività (la *Gesellschaft*)», mentre, sul piano valutativo, indica la «destinazione funzionale dell'istituzione "processo" che non è (primariamente) quella di soddisfare il bisogno individuale di tutela nel singolo caso né quella di realizzare un astratto interesse pubblicistico al corretto funzionamento della giurisdizione». Secondo N. PICARDI, *Le riforme processuali e sociali*, cit., p. 1069, «certo nelle riforme kleiniane non mancarono influenze immediate del pensiero di Menger», ma l'opera di Klein «si colloca in una fase intermedia del percorso storico delineato dal suo maestro».

³¹ Secondo P. NÖRR, *Gegenwart und Zukunft in der Gedankenwelt Franz Kleins*, in MARINELLI – BAJONS – BÖHM (hrsg.), *Die Aktualität*, cit. nt. 28, p. 15 ss., spec. p. 18 ss., si possono individuare ben quattro diversi significati dell'aggettivo «sociale» utilizzati da Klein: 1) «Sozial ist zum einen gleichbedeutend mit gesellschaftlich oder gemeinschaftlich im allgemeinsten Sinn des Wortes» ('sociale' nel senso di attinente alla società o alla collettività); 2) «Sozial werden, zweitens, die Manifestationen des menschlichen Assoziationstrieb genannt, welchen Ursprungs und welcher Form auch immer» ('sociale' nel senso di manifestazione dell'associazionismo umano); 3) «Als sozial wird, drittens, die Rücksichtnahme auf die

dello Stato liberale-borghese con quello socialista o democratico-popolare (*volkstümlicher Arbeitsstaat*)³². Tuttavia, Klein condivideva con Menger la convinzione che per realizzare le nuove idee sul processo occorressero sia le modifiche legislative³³, sia il contributo della dottrina giuridica³⁴.

Due sono gli elementi sui quali l'idea della *Sozialfunktion* di Klein si basa:

- a) la convinzione che la composizione della singola controversia non sia l'unico scopo del processo civile (a differenza di quel che portava a ritenere l'idea liberale), ma essa serve anche a perseguire il benessere comune, sociale appunto (*Wohlfahrtsfunktion*);
- b) la rilevanza economica che assume per la società il contenzioso civile, e dunque la necessità che il processo civile vada guardato anche da un'angolatura economicistica e alla luce di una valutazione costi-benefici³⁵.

A dire la verità, questi due elementi erano già emersi in precedenza anche

benachteiligt-schwächeren Teile der Gesellschaft oder des Volkes bezeichnet, worin das Zurückbleiben hinter den anderen Teilen auch immer seinen Grund haben mag» ('sociale' nel senso di attenzione per le persone deboli e svantaggiate); 4) «Sozial steht schließlich für alles, was dem Gemeinwesen zugutekommt, was im Dienste des Gemeinwohls steht und zu stehen hat» ('sociale' nel senso di al servizio del bene comune).

³² A. MENGER, *Lo Stato socialista*, trad. it. di O. Lerda Olberg, Torino 1905, p. 220 ss. Del resto, l'appellativo di 'giurista socialista' era stato attribuito a Menger in senso dispregiativo da F. Engels e K. Kautsky in un famoso articolo (dal titolo, appunto, *Juristen-Sozialismus*) del 1887 (nel n. 2) sulla rivista «Die Neue Zeit» (ora in K. MARX-F. ENGELS, *Werke*, XXI, Berlin 1962, p. 491 ss.), per sottolineare che la concezione giuridica del socialismo era una versione fragile del socialismo. La formula «socialismo giuridico» si deve – come noto – ad A. LORIA, *Socialismo giuridico*, in *La scienza del diritto privato*, A. I, fasc. IX, settembre 1893, p. 419 ss., dove la puntualizzazione che gli aderenti a questa nuova 'scuola' «si propongono di ottenere cogli scritti e coll'opera una modificazione del diritto, la quale faccia ragione alle esigenze legittime dei volghi poveri e li tragga a meno sconsolati destini». Sulla posizione notevolmente critica nei confronti del «socialismo giuridico» che ebbero i marxisti v. V. GERRATANA, *Antonio Labriola di fronte al socialismo giuridico*, in «Quaderni fiorentini», n. 3-4 (1974-1975), I, Milano 1975, p. 55 ss.; G. ORRÙ, 'Idealismo' e 'realismo' nel *Socialismo giuridico di Menger*, *ivi*, p. 183 ss.; S. CASSESE, *Socialismo giuridico e «diritto operatio»*. *La critica di Sergio Panunzio al Socialismo giuridico*, *ivi*, p. 495 ss.

³³ MENGER, *Lo Stato socialista*, cit. nt. 32, p. 278.

³⁴ A. MENGER, *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, Wien-Leipzig 1895, p. 6, dove si legge: «Die Aufgabe der legislativ-politischen Jurisprudenz besteht ... darin, den überlieferten Rechtsstoff mit den Zuständen der Gegenwart zu vergleichen und daraus zu schließen, welche Änderungen desselben in der Zukunft notwendig erscheinen».

³⁵ Sulla continuità delle riforme kleiniane rispetto alla tradizione ed in particolare alle riforme «giuseppine» si sofferma SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit. nt. 21, p. 24 s.; ID., *Die Ausgangspositionen*, cit. nt. 21, p. 7 s.; ma v. anche CIPRIANI, *Nel centenario*, cit. nt. 20, p. 975; P. BÖHM, *Zu den rechtstheoretischen Grundlagen der Rechtspolitik Franz Kleins*, in *Forschungsband Franz Klein*, p. 191 ss.; CHIZZINI, *Franz Klein*, cit. nt. 27, p. 103 ss.

presso la dottrina austriaca, come ha ben evidenziato Rainer Sprung³⁶. In particolare, Franz von Zeiller, il padre del codice civile austriaco del 1811, aveva già esplicitato la *Wohlfahrtsfunktion* del processo in uno scritto del 1808³⁷. Mentre, quanto all'opportunità di guardare al processo civile anche dal punto di vista economico, questo era un punto già evidenziato dallo stesso Menger nei suoi scritti³⁸.

Il merito di Klein, dunque, non è di aver evidenziato questi due elementi, ma di aver fatto per la prima volta di questi due aspetti le basi di un nuovo modello processuale, trasfuso, poi, nel nuovo codice di procedura civile austriaco del 1895. La disciplina del processo civile austriaco, infatti, senza dubbio alcuno «è stata la prima fra quelle relative agli ordinamenti processuali moderni a basarsi effettivamente sul fatto che il processo è fenomeno sociale di massa e che deve essere regolamentato quale istituto di benessere»³⁹.

4. *Il modello processuale ispirato alla Sozialfunktion*

Ciò che più interessa in questa sede, tuttavia, è il modello processuale al quale si ispira Klein al fine di consentire il perseguimento della *Sozialfunktion*. Sarà a questo modello, infatti, che la dottrina processualcivile guarderà anche in futuro quando intenderà riaffermare o riproporre – anche in tempi recenti – la concezione sociale del processo, sia pure nel senso ampio sopra richiamato.

Nel biennio 1890-1891 il *Privatdozent* Franz Klein espone le sue idee sul processo civile in una serie di articoli, «brillanti e pionieristici»⁴⁰, pubblicati sul *Juristen Blätter*, poi raccolti successivamente nella sua opera più famosa (*Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform in*

³⁶ SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit. nt. 21, p. 32, per il quale il lavoro di Franz von Zeiller «costituisce il primo spiraglio di un pensiero che viene ad acquistare piena rilevanza soltanto dopo il 1890 nell'opera di codificazione di Franz Klein».

³⁷ F. VON ZEILLER, *Grundsätze über die Haupteigenschaften einer Civil-Gerichtsordnung*, in *Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Oesterreichischen Erbstaaten*, 1808, n. 3, p. 133 ss.

³⁸ A. MENGER, *Lo Stato socialista*, cit., p. 262, che, di conseguenza, criticava l'idea di K. Marx che il diritto sia da considerare una "iperstruttura", un "epifenomeno" della sottostante struttura economica.

³⁹ Così ancora SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit. nt. 21, p. 38; v. anche H.W. FASCHING, *Die Weiterentwicklung des österreichischen Zivilprozessrechts im Lichte der Ideen Franz Klein*, in HOFMEISTER, *Forschungsband Franz Klein*, cit. nt. 27, p. 101 s. Per una diversa conclusione CIPRIANI, *Nel centenario*, cit. nt. 20., p. 977 ss.

⁴⁰ Così si esprime TROCKER, *La concezione*, cit. nt. 27, p. 31.

Österreich)⁴¹. Scritti nei quali stigmatizza i mali del sistema processuale austriaco del tempo e individua gli strumenti tecnici per migliorarlo. Lo scopo dichiarato era di individuare regole processuali che consentissero uno svolgimento del processo veloce ed economico, basato sui fatti come accaduti nella realtà (vale a dire sulla ‘verità sostanziale’, contrapposta alla ‘verità formale’, la verità come indicata dalle parti). Di qui l’esaltazione dei principi di immediatezza, oralità, pubblicità e libero convincimento del giudice (*Prinzipien der Unmittelbarkeit, Mündlichkeit, Öffentlichkeit und freien Beweiswürdigung*)⁴².

Per raggiungere un simile ambizioso obiettivo i formalismi processuali dovevano essere superati e al giudice doveva essere riconosciuto un ruolo attivo e preponderante nella conduzione e nell’organizzazione dell’attività processuale⁴³.

Ma quali sono le soluzioni tecniche che Klein propone nella ricostruzione del nuovo modello processuale?

Possiamo ricondurle a quattro profili fondamentali.

Anzitutto, l’articolazione del processo in due fasi, una preparatoria scritta e una principale orale, che dovrebbe svolgersi, ove possibile, in un’unica udienza. Vi è, in ciò, il fondamento del famoso principio di oralità poi ripreso da noi da Chiovenda e cioè l’idea che la trattazione del processo, per essere realmente celere, deve svolgersi in maniera orale e in pubblica udienza, attraverso un contatto diretto fra giudice e parti. Ovviamente perché quest’obiettivo venga raggiunto è indispensabile che la fase preparatoria (scritta) riesca a definire al meglio la fissazione del *quod decidendum* e del *quod probandum* e comunque si abbia una prima fondamentale udienza nella quale il giudice, in collaborazione con le parti, definisce il materiale di causa.

Collegata a questo primo profilo è, poi, l’applicazione del principio di preclusione, vale a dire del principio per cui determinate attività processuali non

⁴¹ F. KLEIN, *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform in Österreich*, Wien-Leipzig 1891. In proposito v. anche P. CALAMANDREI, *L’opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco*, in «Rivista di diritto processuale», 1925, p. 80 ss.; F. MENESTRINA, *Francesco Klein, ivi*, 1926, p. 270 ss.

⁴² KRALIK, *Die Verwirklichung*, cit. nt. 27, p. 89 ss.

⁴³ G. SEMERARO, *Il processo civile austriaco ed il suo funzionamento*, in «Rivista di diritto pubblico», 1914, p. 513 ss.; R. STÜRNER, *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen – von Deutschland aus gesehen*, in HABSCHIED (a cura di), *Das deutsche Zivilprozessrecht*, cit. nt. 21, p. 19. V. anche SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit. nt. 21, p. 24 ss.; J. KÖNIG, *La ZPO austriaca dopo la riforma del 1893*, in «Rivista di diritto processuale», p. 712 ss.; VAN RHEE, *Introduction*, cit. nt. 19, p. 3 ss.; RECHBERGER, *Die Ideen Franz Kleins*, cit. nt. 28, p. 102 ss.

possono più essere compiute dopo che sia scaduto il termine fissato per esse⁴⁴.

In effetti, il principio di preclusione, già elaborato da von Bülow⁴⁵, viene utilizzato in questo contesto come ‘espediente’, al quale il legislatore processuale ricorre «al fine di rendere certo, ordinato e sollecito» il cammino del processo e la «certezza delle situazioni processuali»⁴⁶. In base a tale ‘espediente’, dunque, il mancato esercizio di una determinata attività processuale ad opera delle parti entro un termine stabilito o il compimento di attività incompatibili con la prima determina la perdita del potere di compiere tale attività⁴⁷. L’unica possibilità che le parti hanno, una volta che siano decadute dal potere processuale, è la c.d. rimessione in termini, concessa solo laddove la decadenza sia dipesa da cause no imputabili alla volontà della stessa parte.

Sempre nell’ottica del consolidamento della *Sozialfunktion* del processo civile si pone l’ampliamento dei poteri (anche istruttori) del giudice della singola causa, nel quale si individua l’«organo statale, a servizio del diritto, del bene comune e della pace sociale»⁴⁸. Al giudice, quindi, va riconosciuto non solo il potere di direzione materiale del processo, ma anche ampi poteri istruttori e – soprattutto – il potere di formarsi il proprio convincimento sulla base della libera valutazione delle risultanze probatorie (principio del c.d. libero convincimento del giudice), senza alcun vincolo derivante dalle c.d. prove legali. In altri termini, va di pari passo con la concezione della

⁴⁴ F. KLEIN, *Die schuldhaftige Parteihandlung. Eine Untersuchung aus dem Civilprocessrechte*, Wien 1885, pp. 42 ss. e 145 ss.

⁴⁵ O. VON BÜLOW, *Civilprocessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in «Archiv für civilistische Praxis», 62 (1879), p. 1 ss., spec. p. 59 ss.

⁴⁶ A. ATTARDI, voce *Preclusione (principio di)*, in «Enciclopedia del diritto», XXXIV, Milano 1985, p. 893 ss., spec. p. 896.

⁴⁷ Ed esattamente rileverà ATTARDI, voce *Preclusione*, cit. nt. 46, p. 903, che, intesa nei termini in cui l’intendeva Chiovena, la preclusione diventa sinonimo di «decadenza» e serve «a cogliere e a contrassegnare un fenomeno di portata generale quando si presenti nel processo», senza che questo ne giustifichi una diversa (ed autonoma) qualificazione, «a meno che non si ritenga – ed allora in via generale – che si debbano configurare (o costruire) istituti diversi in relazione alle finalità che uno stesso fatto giuridico possa raggiungere nei vari campi del diritto: idea questa che ovviamente non può essere condivisa». In proposito v. anche G. TESORIERE, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, Padova 1983, p. 72 ss. D’altra parte – rileva ancora Attardi (*ivi*, p. 909) – anche in ambito strettamente processuale «il principio di preclusione non sarebbe riferibile all’intero campo nel quale si abbiano preclusioni, operando solo se – dalla previsione di una preclusione – discenda per le parti l’onere di cumulare le possibili deduzioni per l’accoglimento o il rigetto della domanda». Per un esame più approfondito sull’argomento mi sia consentito rinviare ad A. CARRATTA, *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in L. MARAFIOTI – R. DEL COCO (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale (Atti del Convegno. Teramo, 16 giugno 2011)*, Torino 2012, p. 9 ss.

⁴⁸ KLEIN, *Zeit- und Geistesströmungen*, cit. nt. 29, p. 18 ss. In proposito v. anche F. BAUR, *Potere giudiziale e formalismo processuale civile*, in «Rivista di diritto processuale», p. 1689 ss.

‘funzione sociale’ del processo civile anche la convinzione che il processo deve tendere a produrre decisioni giuste e fondate sull’accertamento tendenzialmente veritiero dei fatti di causa e quindi deve essere configurato in modo da consentire di raggiungere un tale obiettivo⁴⁹.

Infine, strettamente connessa alla *Sozialfunktion* del processo è l’accentuazione della dimensione etica del processo, che nella riflessione kleiniana assume un’importanza centrale.

5. *La Sozialfunktion del processo e la sua dimensione etica*

Con particolare riferimento alla dimensione etica del processo, il pensiero di Klein è fortemente influenzato dall’idea che una delle cause dell’eccessiva durata del processo sia da rinvenire nel comportamento non corretto delle parti e dei loro difensori. Non a caso il suo *Habilitationschrift* del 1885 era dedicato proprio al problema degli atti processuali di parte ‘colpevoli’⁵⁰ ed in esso ampio spazio veniva dedicato proprio al tema della menzogna nel processo (*Lüge im Prozesse*) ed alla storia delle sue sanzioni⁵¹. Egli era convinto, di conseguenza, che il successo della riforma del processo civile dipendesse proprio dalla prevenzione dei comportamenti processuali delle parti non corretti⁵².

Si comprende bene, perciò, l’importanza che assume – nell’ambito del modello processuale ‘sociale’ – il principio di collaborazione fra le parti, da cui scaturisce anche l’obbligo di informazione reciproca⁵³. In proposito,

⁴⁹ TARUFFO, *L’istruzione probatoria*, cit. nt. 1, p. 111 ss.

⁵⁰ KLEIN, *Die schuldhafte*, cit. nt. 44, p. 145 ss., sulla quale v. anche la recensione di R. VON CANSTEIN, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, 1886, p. 523 ss., spec. p. 527 (dove si legge: «*Fleiss und guten Willen hat, sich ein so undankbares Thema, wie es die schuldhafte Parteihandlung ist, gewählt hat*»).

⁵¹ KLEIN, *Die schuldhafte*, cit. nt. 44, p. 107 ss.

⁵² OSSERVA KLEIN, *Pro futuro*, cit. nt. 41, p. 31: «*Zum attachment, der Personalhaft wegen contempt of court, die nach englischem Rechte auch in Civilsachen ... verhängt werden kann, dazu sind wir noch lange nicht reif. Wie die Erfahrung zeigt, übersteigen schon die Geldstrafen unserer Gerichtsordnungen das Maß dessen, was unsere Weichherzigkeit und Wehleidigkeit an strengen Proceßpflichten zu ertragen vermag*». In proposito v. anche H. SCHIMA, *Die österreichische Zivilprozessordnung im Lichte neuerer Prozesstheorie*, in *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung 1898-1948*, cit., p. 250 ss.; KRALIK, *Die Verwirklichung*, cit. nt. 27, p. 89 ss.; P. OBERHAMMER, *Richtermacht, Wahrheitspflicht und Parteienvertretung*, in W. KRALIK – W.H. RECHBERGER (a cura di), *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung. Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen*, XII, Vienna, 1993, p. 31 ss., spec. p. 47 ss.

⁵³ KLEIN, *Pro futuro*, cit. nt. 41, p. 36 ss.

l'attenzione di Klein è al processo civile inglese e agli strumenti di *discovery*, dai quali scaturisce un generale dovere di informazione e di rivelazione (*disclosure*) di ciascuna parte nei confronti dell'altra e un severo apparato di sanzioni. Così come – in altra direzione – il principio di collaborazione fra parti e giudice nella formazione del materiale di causa (*Kooperationsmaxime*), e ciò al fine di far emergere l'effettiva verità dei fatti rilevanti per la decisione⁵⁴.

Parimenti si comprende la ragione per cui – al fine di rendere più cogente il dovere delle parti di comportarsi *correttamente* in giudizio – venga prevista l'introduzione nella disciplina del processo anche del «dovere di verità» delle parti rispetto alle loro allegazioni, nel quadro di una sostanziale 'rigenerazione' delle situazioni soggettive nel contesto processuale⁵⁵.

Non si può dire, tuttavia, che la 'lotta' contro la menzogna processuale sia una novità del pensiero kleiniano e della sua idea del processo. Si tratta solo della presa d'atto della necessità che il *divieto di menzogna* processuale venga rafforzato trasformandolo in *positivo dovere di verità*⁵⁶.

⁵⁴ KLEIN, *Pro futuro*, cit. nt. 41, p. 24 ss.; ID., *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Wien 1900, p. 96 s. In proposito v. anche BÖHM, *Parteiautonomie*, cit. nt. 28, p. 158 s.; TROCKER, *La concezione*, cit. nt. 27, p. 48 ss.; RECHBERGER, *Die Ideen*, cit. nt. 28, p. 103 s.

⁵⁵ Infatti, di «gründliche Regeneration auch des subjektiven Momentes in den Rechtspflege bei Parteien, Parteienvertretern und Gericht anschliesst» parla BÖHM, *Zu den rechtstheoretischen Grundlagen*, cit. nt. 35, p. 191 ss.; v. anche ID., *Der Streit um die Verhandlungsmaxime. Zum Einfluss der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozessverständnis*, in «Jus Commune», 7 (1978), p. 136 ss., spec. p. 152 ss.

⁵⁶ Parlando della menzogna nel processo, Klein osserva – attraverso un'ampia analisi storica – come il divieto di menzogna nel processo (*Lügenverbot*) costituisse una componente costante nello sviluppo della legislazione processuale austriaca e che, di conseguenza, la codificazione giuseppina del 1781, nel prevedere una serie di conseguenze per la parte che avesse agito o resistito in giudizio «con manifesta ingiustizia o per mera petulanza» si poneva in perfetta continuità con il passato. Nel § 409 dell'*A.G.O.* si legge: «Quando al Giudice risulterà dall'Attitazione della causa, oppure dall'interposto Appello, o Revisione, che una Parte, o l'altra abbia agito con manifesta ingiustizia, o per mera petulanza, egli dovrà condannare la Parte colpevole, ed il Patrocinatore di essa in pena pecuniaria, o corporale a misura delle circostanze». Sui doveri delle parti nelle allegazioni fattuali v., in particolare, i §§ 3 e 5 dell'*A.G.O.* V. anche il § 11, dove si legge che «Le circostanze di fatto espone dall'una delle Parti a suo favore, alle quali l'avversario non avrà contraddetto espressamente, e particolarmente nell'atto susseguente, si avranno per vere nella definizione della causa». Identiche previsioni si ritrovano nella *Westgalizische Gerichtsordnung* del 1797. KLEIN, *Die schuldhaftige*, cit. nt. 44, p. 108 s., osserva che in entrambe le Ordinanze si ritrova il divieto di menzogna nel processo e si riconosce il dovere di verità delle parti, al punto che il diritto processuale austriaco potrebbe rappresentare il modello di riferimento delle future riforme («beide Gerichtsordnungen verbietet Lüge, anerkennen die Wahrheitspflicht der Parteien als Rechtspflicht ... Das österreichische Processrecht konnte hierin das Muster jeder künftigen Rechtsbildung abgeben»). In precedenza, nello stesso senso, e cioè che il divieto di menzogna, presente nell'*A.G.O.* giuseppina, andasse interpretato come «dovere giuridico di verità» anche

Sebbene – sul versante opposto – non manchino autorevoli prese di posizione decisamente contrarie al riconoscimento giuridico del dovere di verità⁵⁷, a cominciare da quella di Adolf Wach, il quale – sul presupposto che scopo del processo non è l'accertamento della verità (materiale), essendo questo un risultato certamente desiderabile, ma meramente casuale⁵⁸ – stigmatizza le opinioni contrarie⁵⁹. E sebbene auspichi il superamento del «falso

A. MENGER, *Die Lehre von den Streitparteien im österreichischen Civilprozess*, in «Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart», VII (1880), p. 647 ss., spec. p. 653 s. A proposito del tema della buona fede processuale, v. anche K. SCHNEIDER, *Treu und Glauben im Zivilprozesse und der Streit über die Prozessleitung. Ein Beitrag zur Beantwortung der Prozessleitungsfrage*, München 1903, p. 7 ss.; ID., *Die Lüge im Zivilprozesse*, in «Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht», I (1909), p. 393 ss., spec. p. 408 ss.; e l'ampio saggio di K.H. GÖRRES, *Über das Verschulden im Prozesse (Culpa in processu)*, in «Zeitschrift für deutschen Zivilprozess», 34 (1905), p. 1 ss.; sul tema v. già, nella dottrina austriaca, J. Trutter, *Bona fides im Civilprozesse. Ein Beitrag zur Lehre von der Herstellung der Urtheilsgrundlage*, München 1892, spec. p. 73 ss.

⁵⁷ Sebbene nella dottrina di ispirazione liberale non si neghi il dovere morale per le parti di comportarsi correttamente in giudizio: v., in particolare, G. SPINDLER, *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, Hamburg 1927, p. 14; H. TITZE, *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess, in Festschrift für F. Schlegelberger zum 60. Geburtstag*, Berlin 1936, p. 165; E. WILDERMUTH, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Düsseldorf 1938, p. 34; G. WÜRZER, *Die Lüge im Prozesse*, in «Zeitschrift für Zivilprozess», 48 (1920), p. 463 ss., spec. p. 464; E. HEINITZ, *Richtertag und Anwaltstag*, in «Deutsche Juristen-Zeitschrift», 1913, c. 993 ss., spec. c. 995. Rinvio, in argomento, a CARRATTA, *Dovere di verità*, cit. nt. 16, p. 47 ss.

⁵⁸ WACH, *Vorträge*, cit. nt. 7, p. 199: «die Feststellung der Wahrheit ist ... nicht das Ziel des Civilprocesses und kann es nicht sein. Sie ist sein erwünschtes, aber nicht verbürgtes Resultat»; solo nei processi inquisitori l'accertamento della «verità materiale» costituisce lo scopo del processo («Die materielle Wahrheit ist als Prozesszweck nur denkbar in einem Officialverfahren, in einem Prozesse, der zur erschöpfenden Rekonstruktion des Thatbestandes nicht nur die Handhabe bietet, sondern die "freie Forschungsmaxime" als amtliche Verpflichtung der staatlichen Organe aufstellt»); nei processi improntati al principio dispositivo, invece, la sentenza deve essere fondata solo su ciò che allegano e provano in giudizio («Der civilprocessualische Beweis ist Parteienbeweis; die Parteien liefern dem Richter das Beweismaterial (*iudici fit probatio*), wie sie die Beweisthemata in ihren Behauptungen liefern. Der Beweis untersteht der Verhandlungsmaxime und dem Zweiparteienverhältniss. Aus jener folgt, dass die Vollständigkeit der Urtheilsgrundlage nicht verbürgt ist, aus diesem folgt die Vertheilung der Beweislast und der Beweise mit allen ihren hochwichtigen, die amtliche Feststellung des wahren Sachverhaltes ausschließenden Eigenthümlichkeiten»: *ivi*, p. 202-203). Per una posizione sostanzialmente identica circa il problema dell'accertamento della verità dei fatti come risultato meramente eventuale del processo v. anche O. VON BÜLOW, *Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur Allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, Freiburg-Leipzig-Tübingen 1899, p. 245; M. PAGENSTECHE, *Zur Lehre von der materielles Rechtskraft*, Berlin 1905, p. 179 ss. e p. 217.

⁵⁹ A. WACH, *Grundfragen und Reform des Zivilprozesses*, Berlin, 1914, p. 28 ss.: «Solche [die Wahrheitspflicht] wird behauptet. Aber es beste ht dem Richter gegenüber wie keine

formalismo» nelle attività processuali, anche a prezzo di un ridimensionamento del principio dispositivo in sede probatoria (*Verhandlungsmaxime*)⁶⁰, aggiunge anche che una disposizione che imponesse il dovere di verità alle parti si sarebbe posta comunque in contrasto proprio con il principio dispositivo, con la signoria delle parti sul processo⁶¹, con l'essenza più profonda del processo civile⁶².

6. Premesse all'affermarsi della 'funzione sociale' del processo: le teorie pubblicistiche sull'azione e sul rapporto giuridico processuale

Ovviamente, il percorso che porterà dal codice liberale-napoleonico del

Erscheinungs-, so keine Aussage- noch Wahrheitspflicht; dem Gegner gegenüber zwar Erklärungs-, aber nicht Wahrheitspflicht» (p. 31); ne deriva che «Die Wahrheitspflicht der Partei ist eine freie Erfindung ideologischer oder phraseologischer Theorie» (p. 32). V. anche dello stesso A. WACH, *Defensionspflicht und Klagerecht*, in «Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart», VI (1879), p. 515 ss., spec. p. 547; ID., *Die Mündlichkeit in österreichischen Civilprocess-Entwurf*, Wien, 1895, p. 17 ss. In termini non dissimili R. SCHMIDT, *Über Hellwigs Schrift "Die Lüge im Prozess"*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», 1909, c. 39 ss., in chiara polemica con quanto aveva scritto K. HELLWIG, *Die Lüge im Prozess*, in «Die Woche», 40 (1908), p. 1715 ss.; in proposito v. la replica di K. HELLWIG, *Die Lüge im Prozesse*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», n. 3 (1909), c. 137 s. Sulla polemica v. anche K. BINDING, *Die Wahrheitspflicht im Prozesse*, in «Deutsche Juristen-Zeitung», n. 3 (1909), c. 162 s.; G. ZANI, *La mala fede nel processo civile*, Roma 1931, p. 152 ss. Per le «riserve» che Wach manifestava nei confronti del codice kleiniano (e delle idee del suo autore) v. F. MENESTRINA, voce *Adolf Wach*, in «Novissimo Digesto italiano», XX, Torino 1975, p. 1074; C. CONSOLO, *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardoasburgica e del suo rigeneratore*, in *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*, in N. PICARDI – A. GIULIANI (a cura di), Testi e documenti per la storia del processo, Milano 2004, p. XXXVII ss., spec. p. XLVII. Nei confronti del modello kleiniano v. anche lo scetticismo di F. STEIN, *Die Reform des Zivilprozesses*, in *Der Zivilprozess, Rechtslehre, Rechtsvergleich, Gesetzesreform*, Mannheim 1922, p. 55 ss.

⁶⁰ WACH, *Grundfragen und Reform*, cit. nt. 59, p. 1 ss., p. 14 ss. e p. 17 ss.; su cui v. anche la recensione di P. CALAMANDREI, *Questioni fondamentali e riforma del processo civile*, in «Il diritto commerciale», 1914, p. 507 ss., ora in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, I, Napoli, 1965, p. 55 ss., da cui si cita.

⁶¹ WACH, *Vorträge*, cit. nt. 7, p. 39 ss., dove la determinazione del principio dispositivo «nur negativ ...: kein Processbeginn ohne Parteiantrag, keine Processfortsetzung wider Parteiwillen, keine Octroyirung processuale oder materieller Vortheile, keine Officialbeschaffung von Processstoff».

⁶² WACH, *Grundfragen und Reform*, cit. nt. 59, p. 31 ss.: «Und die Zivilpartei sollte rechtlich verpflichtet sein, um der Wahrheit ... willen als Zeuge in eigner Sache gegen ihr eigenes Fleisch zu wüthen? Wer das behauptet, ermangelt der tieferen Einsicht in das Wesen des Zivilprozesses» (p. 35). Rinvio, ancora, a CARRATTA, *Dovere di verità*, cit. nt. 16, p. 47 ss.

1806 alla *Z.P.O.* austriaca del 1895, e dunque al primo codice ‘sociale’, verrà favorito dall’emergere, nel corso della prima metà del XIX secolo e soprattutto nella dottrina tedesca, delle teorie pubblicistiche sull’azione e sul rapporto giuridico processuale, che costituiscono senza dubbio i «pinnacoli gotici di astratta costruzione»⁶³ intorno ai quali si sarebbe sviluppata la riflessione dottrinale di quegli anni e avrebbero preso corpo la trasformazione della ‘procedura civile’ in ‘diritto processuale civile’, con la conseguente evoluzione dello studioso di questa materia da «bracciante della giurisprudenza»⁶⁴ a sofisticato architetto di un compiuto sistema processuale.

Non bisogna dimenticare, infatti, che prima di arrivare alla compiuta elaborazione di Klein sulla *Sozialfunktion* del processo civile vi era già stata, nel 1856-1857, la famosa polemica Windscheid-Muther sulla natura dell’azione⁶⁵. Si era già affermata, cioè, l’idea che l’*actio* non potesse più essere intesa come ‘pretesa’ (*Anspruch*) nei confronti dell’obbligato rispetto al diritto fatto valere in giudizio, ma come diritto soggettivo pubblico nei confronti dello Stato che deve concedere la tutela giuridica del diritto soggettivo privato violato.

Di conseguenza, partendo dalla nota formula di Celso, si era già arrivati a ritenere che l’azione potesse essere ricostruita – in quanto ‘espressione’ e non ‘emanazione’ dello *jus civile*⁶⁶ – come vero e proprio diritto, sia

⁶³ Per usare la bella immagine di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, p. 42.

⁶⁴ Per riprendere un’espressione di Carlo Lessona riportata da F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d’Italia (1866-1936)*, Milano 1991, p. 47.

⁶⁵ G. PUGLIESE, *Introduzione a Windscheid-Muther, Polemica intorno all’actio*, trad. it. E. HEINITZ – G. PUGLIESE (a cura di), Firenze 1954, p. XXX ss.; nello stesso volume v. anche la traduzione di B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856; ID., *Die actio – Abwehr gegen Dr. Theodor Muther*, Düsseldorf 1857; T. MUTHER, *Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiskontestation und der Singularsuccession in Obligationen*, Erlangen 1857.

⁶⁶ «Die Actio ist anstatt des Rechtes; sie ist nicht ein Ausfluss des Rechtes»: così B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts*, cit. nt. 65, p. 4, che prosegue: «man kann eine Actio haben, ohne ein Recht zu haben, und keine Actio, wenn Einem ein Recht zusteht». V. anche M. WŁASSAK, *Actio*, in A. PAULY – G. WISSOWA, *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, I, Stuttgart, 1893, c. 303 ss.; H. DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm. Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen*, Leipzig 1877, rist. Aalen, 1969, p. 5 s.; ID., *Die Lehre vom Prozessrechtsverhältniss*, in «Archiv für civilistische Praxis», 103 (1908), p. 385 ss., il quale riprende la definizione del processo come «öffentlich-rechtlichen Prozessverhältniss» già elaborata da OSKAR VON BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*, Giessen 1868, p. 2 ss.; ID., *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts. Betrachtungen aus Anlass von Richard Schmidt*

pure di natura sussidiaria, in quanto tendente all'attuazione di un altro diritto⁶⁷, un «diritto alla difesa processuale» (*Recht auf zivilprozessualen Schutz*)⁶⁸ di natura pubblicistica, distinto dall'«oggetto materiale» della controversia (*materielle Streitgegenstandstheorien*)⁶⁹.

Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, in «Zeitschrift für Zivilprozess», 27 (1900), p. 201 ss., spec. p. 202-204; su questa ricostruzione del fenomeno processuale v. anche WACH, *Handbuch*, cit. nt. 9, I, p. 35 ss. e p. 39 ss., e poi, come noto, CHIOVENDA, *Principii*, cit. nt. 18, p. 845 ss.; ID., *Istituzioni*, cit. nt. 17, I, p. 47 ss.; ID., *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, p. 375 ss.; ID., *Del sistema degli studi del processo civile*, *ivi*, I, p. 227 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale italiano*, Roma 1936, p. 100 ss.; A. SEGNI, *Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica*, in «Rivista di diritto commerciale», 1941, I, p. 74 ss. Su questa teorizzazione v. anche M. RICCA BARBERIS, *Due concetti infelici: «negozio» e «rapporto processuale»*, in «Rivista di diritto processuale», 1930, II, p. 191 ss.; ID., *Progresso e regresso intorno ai concetti di negozio e rapporto processuale*, *ivi*, 1931, I, p. 170; S. SATTÀ, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1937, I, p. 32 ss.; L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione*, Padova 1970, p. 48 ss.; M. TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1986, p. 1133 ss.

⁶⁷ CHIOVENDA, *Principii*, cit. nt. 18, p. 29 ss.; su questo fenomeno di «separazione», ormai considerato un dato indiscutibile nell'ambito della tradizione giuridica continentale, v. anche W. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen 1970, p. 5 ss.; W. ZÖLLNER, *Materielles Recht und Prozessrecht*, in «Archiv für civilistische Praxis», 190 (1990), p. 471 ss., spec. p. 473. Lo stesso Chiovenda rileverà che «questo concetto dell'autonomia dell'azione, se fu messo in evidenza dalle polemiche sull'*actio*, fu però dal Wach utilizzato e sviluppato, prima come caposaldo del suo trattato ..., indi come argomento della monografia sull'azione di accertamento» (*Adolfo Wach*, in *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, I, p. 265). Anche MENESTRINA, *Adolf Wach*, cit. nt. 59, p. 1074 ss., osserva che egli «portò definitivamente lo studio del problema processuale su una base di diritto pubblico, con piena affermazione dell'autonomia del processo di fronte al diritto soggettivo che ne forma l'oggetto».

⁶⁸ Così A. WACH, *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, in *Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Bernard Windscheid zum 22.12.1888*, Leipzig 1888, p. 73 ss. Non a caso F. MENESTRINA, *Adolf Wach*, cit. nt. 59, p. 1074, sottolineerà che proprio A. Wach «portò definitivamente lo studio del problema processuale su una base di diritto pubblico, con piena affermazione dell'autonomia del processo di fronte al diritto soggettivo che ne forma l'oggetto». In argomento v. anche A. PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, in «Novissimo Digesto italiano», II, Torino 1968, p. 29 ss., spec. p. 38; la voce pubblicata nel 1968 è la stessa già pubblicata da Pekelis nel «Nuovo Digesto italiano» nel 1937.

⁶⁹ Alla base della ricostruzione di WINDSCHEID, *Die Actio*, cit. Nt. 66, p. 5 ss.; sulla stessa lunghezza d'onda F. LENT, *Die Gesetzekonzurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, Leipzig, 1916, rist., Aalen 1970, p. 9 ss.; ID., *Streitgegenstand und Rechtskraft*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, II, Padova 1958, p. 315 ss., spec. p. 323, per il quale «Gegenstand der Entscheidung und Rechtskraft ist ein bestimmtes konkretes materielles Recht»; A. BLOMEYER, *Zum Urteilgegenstand im Leistungsprozess*, in *Festschrift*

In altri termini, si era già avviato il processo di netta distinzione fra «pretesa» (*Anspruch*), come potere giuridico sostanziale ad ottenere mediante il giudizio il compimento dell'atto o l'omissione prescritti dalla norma sostanziale, e *actio* in senso processuale (o potere processuale di agire)⁷⁰ ovvero potere di «perseguire per modo di dire e non per modo di fare»⁷¹, e dunque non identificabile con il diritto soggettivo sostanziale: l'*humus* ideale per la definitiva separazione scientifica fra «diritto sostanziale» e «processuale» e la riconduzione di quest'ultimo, pur nell'«intreccio continuo dell'interesse generale e dell'interesse individuale», agli ambiti del «diritto pubblico»⁷².

E a valle di questa riflessione si era anche avuta l'elaborazione, sempre da parte della dottrina tedesca, della nozione di *rapporto giuridico processuale*, sebbene si registrasse – come noto – una netta contrapposizione fra chi vedeva nel processo un rapporto giuridico pubblico originato dalla domanda giudiziale e concluso dalla sentenza (O. von Bülow) e chi, invece, era convinto che alla base del processo vi siano due rapporti giuridici, quello delle parti fra di loro e quello fra le parti e il giudice (A. Wach). Una simile impostazione,

für F. Lent, München-Berlin 1957, p. 43 ss., spec. p. 51 ss.; più di recente, per la *neuer materiellrechtliche Theorien*, A. GEORGIADES, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, München 1967, p. 163 ss. e p. 247 ss.; W. HENCKEL, *Parteilehre und Streitgegenstand*, Heidelberg 1961, p. 272 ss.; P. ARENS, *Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen*, in «Archiv für civilistische Praxis», 1970, p. 392 ss.; B. RIMMELSPACHER, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme*, Göttingen 1970, p. 16 ss. e p. 168 ss.

⁷⁰ Ancora WINDSCHEID, *Die Actio*, cit. nt. 66, p. 6: «Die Actio ist also anstatt des Anspruches». In proposito v. anche B. BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, in *Conferenze per il XV centenario delle Pandette*, Milano 1931, p. 135 ss. e A. PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, cit., p. 33.

⁷¹ Così PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, cit. nt. 68, p. 33: «ad un certo momento, l'energico e potente agire del singolo, la sua *actio* diventa *nihil aliud quam* (ed è quel processo di trasformazione che potrebbe spiegare questa forma polemica della definizione celsiana), nient'altro che *ius «iudicio» perseguendi*, la possibilità di perseguire a mezzo del giudice, cioè un perseguire per modo di dire e non per modo di fare».

⁷² CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit. nt. 17, I, p. 102; in proposito v. anche F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936, p. 216, dove la netta affermazione per cui «il processo civile non si fa mai nell'interesse delle parti», in quanto «l'interesse delle parti è un mezzo per il quale lo scopo pubblico del processo si attua»; ma v. anche R. ORESTANO, voce *Azione*, in «Enciclopedia del diritto», IV, Milano 1959, p. 785 ss., il quale evidenzia come proprio in questo periodo «l'elaborazione del *diritto privato*, inteso come sistema dei diritti soggettivi, e quella del *diritto pubblico*, inteso come l'insieme delle norme di organizzazione dell'ordinamento politico, cominciarono ad andare ciascuna per la propria strada, facendo capo a fondazioni diverse, l'una basandosi sugli attributi *originari* della persona, l'altra sugli attributi *originari* dello Stato e della sovranità»; A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in «Quaderni fiorentini», 28 (1999), I, p. 713 ss.

oltre a offrire una valida base per il riconoscimento della funzione strumentale del processo, aveva influito anche sugli studiosi di ascendenza liberale, che arrivarono a riconoscere, accanto all'interesse individualistico della tutela del diritto soggettivo, anche quello pubblicistico all'attuazione del diritto obiettivo come scopo del processo⁷³.

7. La diffusione delle idee sulla Sozialfunktion del processo nella dottrina italiana all'inizio del XX secolo

È indubbio che le idee sulla 'funzione sociale' del processo civile, elaborate da Klein in Austria, ebbero molta influenza in Europa per un lungo periodo di tempo. Dapprima, l'influenza più significativa si ebbe in Germania⁷⁴.

Presto, però, l'influenza si estese anche al resto d'Europa: dai Paesi Bassi, alla Scandinavia, alla Grecia. E, ovviamente, anche all'Italia, dove la dottrina presto si interessò alle nuove idee e al nuovo modello processuale, talvolta indirettamente, per il tramite della dottrina tedesca⁷⁵.

In Italia, infatti, fra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, si registra una forte reazione alla idee sul processo civile fino ad allora prevalenti e di derivazione francese e un'adesione sempre più convinta in parte alle idee di derivazione germanica sul rapporto giuridico processuale e in parte a quelle kleiniane sulla *Sozialfunktion* del processo. Come è stato autorevolmente rilevato, sul finire del XIX secolo la processualistica italiana aveva di fronte a sé due serie alternative. O rinunciare «a un suo ruolo autonomo, a un suo coinvolgimento nella dinamica evolutiva dell'ordinamento giuridico»⁷⁶ e adagiarsi nella «misera condizione»⁷⁷ della scuola esegetica,

⁷³ PEKELIS, voce *Azione (teoria moderna)*, cit. nt. 68, p. 32.

⁷⁴ V., in proposito, SPRUNG, *Die Ausgangspositionen*, cit. nt. 21, p. 7 ss.; J. DAMRAU, *Der Einfluss der Ideen Franz Kleins auf den deutschen Zivilprozess*, in HOFMEISTER, *Forschungsband Franz Klein*, cit. nt. 27, p. 157 ss., spec. p. 166 ss.; JELINEK, *Einflüsse*, cit. nt. 21, p. 56 ss.; P. GOTTWALD, *Die österreichische Zivilprozessordnung aus deutscher Sicht*, in P.G. MAYR (a cura di), *100 Jahre österreichische Zivilprozessgesetze*, Wien 1998, p. 179 ss.; RECHBERGER, *Die Ideen*, cit. nt. 28, p. 104 ss.

⁷⁵ S. CHIARLONI, *Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective*, in A. ZUCKERMAN – S. CHIARLONI – P. GOTTWALD, *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford 1999, p. 263 ss., spec. p. 265 s.; M. CAPPELLETTI – J. PERILLO, *Civil Procedure in Italy*, The Hague 1965, p. 174 s.

⁷⁶ Così GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. nt. 63, p. 7, con riferimento all'atteggiamento psicologico del giurista esegetico.

⁷⁷ Così si esprime, a proposito della scuola esegetica, G. CHIOVENDA, *Lodovico Mortara*, in «Rivista di diritto processuale», 1937, I, p. 100.

che aveva il suo massimo esponente nella figura di Luigi Mattiolo, ma che annoverava personalità come Borsari, Ricci, Gargiulo e Cuzzi, e nell'ambito della quale «la Francia era, in linea di scienza giuridica, la nostra fornitrice esclusiva»⁷⁸. Oppure, «scrollata[si] di dosso il pesante fardello dell'esegesi»⁷⁹, aprirsi alle novità che venivano dalla processual-pandettistica tedesca, nonostante che «per gli italiani di quelle generazioni valeva il mortificante ostacolo candidamente confessato dai glossatori: *graecum est, non legitur*» e «le opere dei tedeschi erano tesori nascosti»⁸⁰.

Nella scelta fra queste due alternative e nel prevalere della seconda l'incidenza di Chiovenda fu decisiva. Egli, «*dominus* incontrastato della procedura civile italiana»⁸¹, che – come sottolineerà Carnelutti – «non fu, purtroppo, ma avrebbe voluto e dovuto essere il Klein italiano»⁸², nei suoi scritti del tempo guarda con molto favore alla nuova *Z.P.O.* austriaca e all'impostazione che la sorreggeva⁸³. Ed anzi – lo noterà Giovanni Tarello molto tempo dopo – «in Italia la fortuna della riforma austriaca si identifica con l'opera di Giuseppe Chiovenda e con la fortuna di quest'ultima»⁸⁴.

In proposito, un punto merita di essere opportunamente chiarito. Spesso si sostiene, infatti, che il superamento della scuola esegetica alla nuova scuola processualciviltistica avvenga esclusivamente sul piano metodologico: dall'esegesi si passa all'esame funzionale degli istituti processuali

⁷⁸ F. CARNELUTTI, *Scuola italiana del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1947, I, p. 238; ma v. già ID., *Metodi e risultati degli studi sul processo in Italia*, in «Il Foro italiano», 1939, IV, p. 73 ss., dove – dopo aver distinto fra periodo «esegetico» e periodo «sistemico», con riferimento a quest'ultimo individua due fasi: una prima, nell'ambito della quale vengono elaborate «alcune teorie particolari», come quella di Carlo Lessona sulle prove e di Lodovico Mortara sulla giurisdizione; e una seconda fase, quella di Chiovenda, che introduce in Italia per la prima volta i «grandi problemi della scienza del processo: l'autonomia dell'azione, il valore della cosa giudicata, la natura della sentenza, la concezione del processo come rapporto tra soggetti».

⁷⁹ GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. nt. 63., p. 12.

⁸⁰ CARNELUTTI, *Scuola italiana*, cit. nt. 78, p. 238. V. anche AL. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in «Rivista di diritto commerciale», 1911, p. 303; più di recente G. TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, in *Dottrine del processo civile*, cit. nt. 12, p. 119 ss.; ID., *La "scuola dell'esegesi" e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano 1969, p. 274 ss.

⁸¹ Così, con riferimento a Chiovenda, CIPRIANI, *Storie di processualisti*, cit. nt. 64, p. 3.

⁸² F. CARNELUTTI, *Addio Chiovenda*, in «Rivista di diritto processuale», 1948, I, p. 121.

⁸³ V. B. KÖNIG, *Die österreichische Zivilprozessordnung und das Königreich Italien*, in «Juristische Blätter», 1981, p. 587; in precedenza, N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda*, in «Revista de Derecho Procesal», Buenos Aires, 1947, I, p. 389 ss.

⁸⁴ TARELLO, *Il problema della riforma*, cit. nt. 12, p. 23.

e poi alla ricostruzione sistematica. In realtà, la novità del metodo è una diretta conseguenza del nuovo modo di guardare al processo e di esaltarne la funzione pubblicistico-sociale, nella acquisita consapevolezza che «nei rapporti tra la parte e il giudice si ripresenta il più vasto problema dei rapporti tra il cittadino e lo Stato»⁸⁵.

Circa, poi, il modo con cui la dottrina del tempo reagisce all'impostazione puramente liberale sul processo civile, spingendo per una 'curvatura' pubblicistica e sociale della stessa, possiamo distinguere due atteggiamenti diversi.

Un primo atteggiamento, di ascendenza più *pragmatica*, guarda all'affermazione dell'impostazione pubblicistica del processo civile nell'ottica di una migliore affermazione della giustizia sostanziale e non formale fra le parti e al superamento, in sede processuale, delle loro disuguaglianze economiche e sociali. In esso possiamo ricomprendere Mortara, Lessona e – soprattutto con riferimento agli scritti giovanili – Redenti. In questo caso l'attenzione si rivolge solo ad alcuni aspetti del modello processuale ispirato alla 'funzione sociale' e, più in particolare, al ruolo del giudice all'interno del processo con specifico riferimento alle controversie che riguardino le classi sociali dei non abbienti o comunque più deboli.

Il secondo atteggiamento, invece, di ascendenza più *sistematica*, valorizza soprattutto la funzione pubblicistica e sociale del processo civile nell'ottica della costruzione di un modello ideale di processo che possa sostituire quello di tipo liberale, nell'ambito del quale, tuttavia, flebile e di facciata appare il riferimento al perseguimento dell'uguaglianza sostanziale. Ciò nella convinzione – molto forte in un'epoca, come quella degli inizi del XIX secolo, di accentuato individualismo – che non possa essere attribuito al giudice e al processo civile il compito di contribuire a risolvere determinati problemi sociali, né che le questioni sociali possano influenzare la disciplina processuale⁸⁶.

⁸⁵ Così P. CALAMANDREI, *Lodovico Mortara*, in ID., *Studi sul processo civile*, Padova 1947, V, p. 211, secondo il quale «il merito della nuova scuola processualistica non è stato tanto quello di aver abbandonato per la ricostruzione degli istituti quel metodo esegetico, che può aver tuttora, e potrà avere nell'avvenire, la sua funzione, quanto quello di aver illuminato un aspetto del diritto processuale che la scuola esegetica aveva del tutto trascurato, cioè l'aspetto di ordine pubblico e, si potrebbe dire, di ordine costituzionale, che si scopre in tutte le norme del processo».

⁸⁶ Significativo, al riguardo, quanto scrive U. CAO, *Esigenze sociali e individualismo nel processo civile*, in *Scritti giuridici per G. Chironi*, Torino 1915, p. 41 ss., spec. p. 72, dove anche la significativa invocazione «restiamo fedeli al principio della libertà!». Osserva M. CAPPELLETTI, *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, in ID., *Giustizia e società*, cit. nt. 1, p. 38, in nota 48, che «l'ingenuità dell'impostazione del Cao

Ed è l'impostazione – di cui vi è traccia anche in qualche processualista 'minore' di ascendenza accentuatamente liberale⁸⁷ – che caratterizza soprattutto l'opera di Chiovenda, poi seguita dalla maggioranza della processualciviltistica di quei decenni e dei decenni successivi. In questo caso, effettivamente, l'attenzione è rivolta all'intero modello processuale kleiniano e l'obiettivo è l'adozione di tale modello – mediante una complessiva riforma del c.p.c. del 1865 – come modello utilizzabile per tutte le controversie.

8. L'impostazione 'pragmatica': Mortara, Lessona, Redenti

Come già detto, ancor prima che Chiovenda comparisse da protagonista sulla scena della processualistica italiana, le tendenze ad una ricostruzione 'sociale' e 'pubblicistica' del processo civile erano già emerse, seguendo percorsi ben diversi da quelli della trasposizione o dell'«assorbimento» (per dirla con Satta)⁸⁸ dei risultati raggiunti dalla dottrina tedesca e prodotti dagli insegnamenti di Klein.

Ci si riferisce, anzitutto, alla ricostruzione del processo civile che Lodovico Mortara aveva offerto sia nei suoi *Principi di procedura civile*⁸⁹, che nel primo volume del *Commentario* dedicato interamente all'esposizione della «teoria e sistema della giurisdizione civile»⁹⁰.

Mortara, che – come osservò Calamandrei – allo studio del processo civile era arrivato «non saltandovi dal diritto privato, ma scendendovi dal diritto costituzionale»⁹¹, aveva già espresso le sue idee a favore del perseguimento dell'uguaglianza sostanziale nella prolusione pisana del gennaio 1889, significativamente intitolata *La lotta per l'uguaglianza*. In quella sede, infatti, egli aveva già rilevato che «l'uguaglianza di diritto non contiene l'uguaglianza di fatto. Anzi il principio della uguaglianza di diritto non

sembra oggi quasi risibile, se non fosse per il fatto che la sua invocazione ... aveva già allora troppo smaccato sapore di giustificazione del privilegio».

⁸⁷ V., in particolare, U. CAO, *Esigenze sociali*, cit. nt. 86, p. 42 ss.; ID., *Per la riforma del processo civile. Ricerche di sistema e tentativi di applicazione*, Cagliari, 1912, p. 35 ss., dove anche ampie critiche alla riforma austriaca del 1898. In proposito v. anche G. MONTELEONE, *Ricordo di Umberto Cao*, in «Il giusto processo civile», 2007, p. 931 ss.

⁸⁸ S. SATTA, *Diritto processuale civile*, in «Enciclopedia del diritto», XII, Milano 1964, p. 1100 ss., spec. p. 1102.

⁸⁹ L. MORTARA, *Principi di procedura civile*, Firenze 1890.

⁹⁰ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Torino 1889.

⁹¹ CALAMANDREI, *Lodovico Mortara*, cit. nt. 85, p. 214, il quale aggiunge che Mortara cercò nel processo «non lo strumento per far vincere le cause ai litiganti, ma il mezzo per attuare lo scopo più augusto dello Stato di diritto, che è la giustizia».

ha valore pratico se non in quanto suppone le disuguaglianze di fatto che nell'ordine di natura sono inevitabili. Ma l'uguaglianza di diritto applicata ad uno stato di disuguaglianza di fatto stabilisce una necessaria *tendenza* alla diminuzione di quest'ultima ed una necessaria *aspirazione* al suo totale cancellamento⁹². Di conseguenza, «l'uguaglianza di diritto degli uomini non è ... una utopia, ma un fatto reale»⁹³, da cui «vedremo esserne scaturita la nozione dello Stato non più come fine a sé stesso, ma come strumento al fine della società, che è poi quello dell'individuo»⁹⁴. Idee, queste, che come si vedrà – sulla base dell'espressa costituzionalizzazione di tale principio nell'art. 3 della Carta costituzionale del 1948 – saranno riprese e rilanciate, intorno agli anni '70 del XX secolo, dai sostenitori della tesi della 'funzione sociale' del processo civile come strumento di realizzazione della giustizia sostanziale.

Di conseguenza, scopo della giurisdizione non è altro che «la difesa del diritto obbiettivo, in virtù della quale ottengono protezione le facoltà soggettive al medesimo conformi», mentre «non è corretto il dire, come pur si suole da molti, che la difesa di queste facoltà, cioè dei diritti subbiettivi, è il suo scopo unico o per lo meno principale»⁹⁵.

Sulla base di queste premesse, Mortara arriva a ripensare il processo civile in una chiave squisitamente 'pubblicistica' e 'sociale': dall'azione al rapporto giuridico processuale di diritto pubblico, avulso dal rapporto sostanziale, al ruolo del giudice chiamato ad applicare la norma giuridica al caso concreto. Ed è significativo, in proposito, il parallelismo che è stato avanzato (da Tarello)⁹⁶ fra l'impostazione di Mortara e alcuni orientamenti, in particolare di von Bülow, che nello stesso torno di tempo andavano diffondendosi nella dottrina tedesca, parallelismo probabilmente giustificato dal fatto che entrambi si rifacevano – sia pure per strade diverse – alla

⁹² L. MORTARA, *La lotta per l'uguaglianza. Prolusione al Corso di Diritto costituzionale fatto per incarico nell'Università di Pisa* (14 gennaio 1889), in «Quaderni fiorentini», 19 (1990), p. 145 ss., spec. p. 160 (corsivi nel testo). Per un'impostazione non dissimile v. U. FERRONE, *Il processo civile moderno (Fondamento, progresso, civiltà)*, Santa Maria Capua Vetere 1912, p. 43 ss., sul quale v. anche la recensione di K. SCHNEIDER, in «Zeitschrift für deutschen Zivilprozess», 43 (1913), p. 147 ss.

⁹³ MORTARA, *La lotta*, cit. nt. 92, p. 160.

⁹⁴ *Ivi*, p. 161.

⁹⁵ MORTARA, *Commentario*, cit. nt. 90, I, p. 17; v. anche ID., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV, Torino 1908, p. 168 s., dove la riaffermazione che il fine istituzionale del processo si rinviene nella «conservazione o difesa del diritto obbiettivo nell'occasione e con lo scopo immediato pratico di dichiarare e reintegrare il diritto subbiettivo di un litigante»; ID., *Manuale della procedura civile*, I, Torino 1929, p. 17.

⁹⁶ TARELLO, *Il problema della riforma*, cit. nt. 12, p. 50 ss.

teoria dei diritti soggettivi pubblici di Gerber e Laband⁹⁷. E dunque, a ben riflettere e senza la necessità di riproporre la sterile discussione sulla più esatta collocazione di Mortara come ultimo esponente della scuola esegetica o come primo di quella sistematica⁹⁸, per una strada diversa da quella che poi seguirà Chiovenda era già entrata nella riflessione della nostra dottrina sul processo civile l'idea che in esso vi sia ben più della sola difesa dei diritti soggettivi privati.

Lungo il medesimo percorso si muove anche il suo allievo Carlo Lessona, che espone le sue idee in proposito nella prolusione romana *I doveri sociali del diritto giudiziario civile* del 1897⁹⁹, chiaramente ispirata alle idee del socialismo giuridico, che, tuttavia, nell'ambito della processualistica italiana ebbe pochi seguaci¹⁰⁰, sebbene anche in Italia in quegli anni circolavano le opere di Menger¹⁰¹.

Nella prolusione del 1897 egli si lamenta del fatto che la processualciviltà del tempo «come non ha approfittato dei nuovi metodi di ricerca storica e positiva, così non ha posto mente ai suoi doveri sociali»¹⁰²;

⁹⁷ Così TARELLO, *Il problema della riforma*, cit. nt. 12, p. 51.

⁹⁸ CALAMANDREI, *Lodovico Mortara*, cit. nt. 85, p. 211 ss.; CARNELUTTI, *Scuola italiana*, cit. nt. 78, p. 233 ss.; S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., p. 459 ss.; TARELLO, *Il problema della riforma*, cit. nt. 12, p. 50 ss.; F. CIPRIANI, *Le 'poche cose' e la lunga vita di Lodovico Mortara*, in «Quaderni fiorentini», 19 (1990), p. 85 ss.; V. DENTI, *Lodovico Mortara*, in *Giornata Lincea in ricordo di Lodovico Mortara*, Roma 1998, p. 9 ss.; GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. nt. 63, p. 61 ss.; N. PICARDI, *Lodovico Mortara nel centenario del suo giuramento in Cassazione*, in «Rivista di diritto processuale», 2003, p. 354 ss.

⁹⁹ C. LESSONA, *I doveri sociali del diritto giudiziario*, Torino 1897. In proposito v. TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 185; CIPRIANI, *Storie di processualisti*, cit. nt. 64, p. 98 ss.; ID., *Le peripezie di Carlo Lessona tra Mortara, Chiovenda e Calamandrei*, in «Rivista di diritto processuale», 1991, p. 754 ss. (poi in ID., *Scritti in onore dei patres*, Milano 2006, p. 145 ss.); M. SBRICCOLI, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, in «Quaderni fiorentini», 3-4 (1976), p. 873, spec. p. 1023; P. CALAMANDREI, voce *Carlo Lessona*, in «Enciclopedia italiana», XX, Roma, 1933, p. 970.

¹⁰⁰ Così TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 186, che richiama, oltre all'opera di C. Lessona, MORTARA, *Lo Stato moderno*, cit. nt. 22 e ID., *Sui progetti di riforma dei processi civili*, Mantova, 1886; inoltre lo scritto successivo sulla riforma dei collegi probivirali, *Per la riforma della legge sui probiviri*, in «Giurisprudenza italiana», 1904, c. 29 ss. ed E. REDENTI, *Sulla funzione delle magistrature industriali*, Introduzione al *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma 1906, ora in ID., *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, II, Milano 1962, p. 577 ss. (da cui si cita).

¹⁰¹ Va ricordato, infatti, che nel 1894 viene tradotto in Italia (a cura di G. OBEROSLER) *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* con il titolo *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico* (Torino 1894) e nel 1905, invece, l'opera *Neue Staatslehre* col titolo *Lo Stato socialista*, già cit.

¹⁰² LESSONA, *I doveri*, cit. nt. 99, p. 2.

quindi, esamina i difetti del processo civile allora vigente nei confronti delle classi meno abbienti¹⁰³, denunciando come «l'esercizio di molti, troppi diritti è impedito da quelle che mitemente si chiamano convenienze sociali e che con cruda verità devono chiamarsi ingiustizie sociali»¹⁰⁴ e individuando appositi «rimedi contro l'inferiorità di un litigante proposti nel giudizio»¹⁰⁵. Tra i rimedi indicati vi è anche il ricorso alla giurisdizione d'equità dei probiviri per le controversie individuali di lavoro¹⁰⁶, che gli appare da subito come lo strumento più adatto non solo per sopperire alla disuguaglianza sostanziale fra le parti¹⁰⁷, ma anche per consentire l'adattamento dell'ordinamento giuridico alle trasformazioni sociali¹⁰⁸.

La medesima impostazione pragmatica o «empirica» (per riprendere le parole di Caprioli)¹⁰⁹ si rinviene nei lavori giovanili che Enrico Redenti¹¹⁰ – prima dell'«incontro decisivo» con Chioyenda¹¹¹ – dedica allo studio della giurisdizione probivirale e del processo davanti ad essa applicabile¹¹². Qui, infatti, Redenti rileva come «alle controversie in materia di contratto di lavoro, controversie di limitato valore, in cui una e una sola delle parti è normalmente ignorante e senza mezzi, è effettivamente inadeguato il processo civile ordinario, così favorevole alla parte più facoltosa, lento,

¹⁰³ *Ivi*, p. 75 ss.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 12.

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 32 ss.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 52.

¹⁰⁷ V. anche GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. nt. 63, p. 46, in nota 30, e p. 101.

¹⁰⁸ C. LESSONA, *La giurisdizione dei probiviri rispetto al contratto collettivo di lavoro*, in «Rivista di diritto commerciale», 1903, I, p. 224 ss., dove parla anche di «giurisprudenza formatrice del diritto nuovo» (p. 230); v. anche ID., *Codice dei probiviri. Legge e regolamento sui probiviri nell'industria ... commentati coi lavori preparatori, con la legislazione, la dottrina e la giurisprudenza*, Firenze, 1894.

¹⁰⁹ S. CAPRIOLI, *Redenti giurista empirico*, in E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* (1906), rist., Torino 1992, p. 3 ss.

¹¹⁰ REDENTI, *Sulla funzione*, cit. nt. 100, p. 577 ss. In proposito v. anche T. CARNACINI, *La vita e le opere di Enrico Redenti*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1964, p. 1 ss.; E. GRASSO, *Metodo giuridico e scienza del processo nel pensiero di Enrico Redenti*, *ivi*, 1985, p. 24 ss.; U. ROMAGNOLI, *Enrico Redenti: un giurista liberla-democratico e il diritto del lavoro*, *ibidem*, p. 49 ss.; ID., *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, 2009, p. 26 ss.; GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit. nt. 63, p. 101, in nota 126; CIPRIANI, *Scritti in onore dei patres*, cit. nt. 99, p. 327 ss.

¹¹¹ Così CARNACINI, *La vita e le opere*, cit. nt. 110, p. 6. V. anche CIPRIANI, *Scritti in onore dei patres*, cit. nt. 99, p. 329 ss., secondo il quale «è evidente che Chioyenda e Redenti erano i due processualisti della grande e celebre scuola di Vittorio Scialoja».

¹¹² V. anche A. PROTO PISANI, *Il «rito speciale» previsto dalla L. 15 giugno 1893 n. 295*, in *Giornata lincea in ricordo di Enrico Redenti: il diritto del lavoro ai suoi primordi*, Roma 1995, p. 68 ss.

fatalmente aperto alle interminabili questioni *de jure apicibus*, appesantito ancor più dal sistema dei gravami». E lo è ancor più inadeguato per il fatto che – osserva ancora Redenti – «la prova dei fatti e la dimostrazione del diritto riescono in questa sede [nel rito ordinario] irraggiungibili per essa (che, di solito, perché oppressa, è attrice), per ciò che il contratto di lavoro è sempre sprovvisto di prove precostituite, spesso di qualsiasi prova ed è di solito rudimentale e non trova nel diritto scritto alcun regolamento speciale; mentre il giudice togato dall'altra parte è di solito digiuno di ogni nozione tecnica e di ogni conoscenza dell'ambiente»¹¹³. E dunque, quanto mai opportuna gli appare la previsione (contenuta nell'art. 38 della legge sui probiviri del 1893, la n. 295) che introdusse – per la prima volta nell'ordinamento processuale e con specifico riferimento alle controversie in materia di rapporti di lavoro – ampi poteri istruttori al giudice, riconoscendogli la possibilità «ove lo ritenga necessario, [di] ordinare la esibizione di libretti di lavoro, di libri di maestranza, di registri o altri documenti, sentire i testimoni proposti dalle parti o chiamarne d'ufficio, interrogare persone pratiche della materia controversa e, ove occorra, procedere a qualche verifica sul luogo». Un'anticipazione di quel che avverrà nel 1973 con la riforma del processo del lavoro e la nuova formulazione dell'art. 421 c.p.c.

9. L'impostazione «sistemica»: Chiovenda

Diversa, invece, la strada seguita da Chiovenda e poi dai chiovendiani per superare l'impostazione individualistico-liberale e per affermare quella pubblicistico-sociale.

Anzitutto, egli è convinto della «grande importanza politico-sociale del processo» e del fatto che esso «è il campo in cui si rappresenta una delle scene più agitate e complesse della vita sociale»¹¹⁴. Ciò per varie ragioni: «per la funzione ch'esso ha di accertare e attuare la volontà della legge, per la molteplicità dei bisogni a cui provvede, a favore di individui d'ogni classe sociale; per gli interessi sopra cui passa, spianando la via della giustizia;

¹¹³ REDENTI, *Sulla funzione*, cit. nt. 100, p. 618.

¹¹⁴ G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno* (1907), in ID., *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, I, p. 379 ss., spec. p. 380. Chiovenda tiene anche a puntualizzare (p. 379, in nota) che con questo lavoro, che riproduce il testo della conferenza tenuta presso il *Circolo giuridico* di Napoli l'11 marzo 1906, «iniziò la propaganda da me condotta nell'ultimo quarto di secolo per la riforma del processo civile italiano sulla base dell'oralità, dell'immediatezza e della concentrazione».

per la lotta di pensiero che in esso si svolge; per il rapporto fra il potere pubblico e i cittadini che in esso vive».

Quanto al codice del 1865, esso gli appare fin da subito «un prodotto artificioso, un lavoro di mosaico», che risente troppo dell'influenza francese¹¹⁵ e troppo arretrato rispetto alla legge processuale tedesca, ma soprattutto a quella austriaca, che «ci stupisce – osserva Chiovena – per la novità e l'arditezza dei suoi principi»¹¹⁶. E riprendendo alcune delle idee di Klein trasfuse nella *Z.P.O.* austriaca del 1895, sottolinea che «coll'idea che l'amministrazione della giustizia sia una funzione della sovranità, si viene formando lentamente la convinzione che il giudice come organo dello Stato non debba assistere passivamente alla lite, per pronunciare alla fine una sentenza, come l'automa eccitato dal peso della moneta cadente emette un dolce o un biglietto d'ingresso: ma debba partecipare alla lite come forza viva ed attiva»¹¹⁷. Vale a dire – aggiunge – che «lo Stato è interessato, non all'oggetto della lite, ma al modo in cui questa si svolge»¹¹⁸. Questo nuovo modo di guardare al processo – osserva ancora – impone «non solo una riforma politica del processo, ma una riforma del modo politico di considerarlo»¹¹⁹.

Si è rilevato, tuttavia, che quando Chiovena parla della funzione 'pubblica' o 'sociale' del processo ne dà una connotazione che non coincide con quella kleiniana, ma si avvicina di più a quella pure presente – come abbiamo visto – nell'impostazione liberale. E, sebbene si rinvenga nei suoi scritti l'accento a connessioni fra processo e problemi sociali, spesso si tratta di semplici, generici accenni¹²⁰.

¹¹⁵ CHIOVENDA, *Le riforme processuali*, cit. nt. 114, p. 381.

¹¹⁶ *Ivi*, p. 382. Il giudizio critico sul c.p.c. del 1865 si ritrova anche nel suo, *Lo stato attuale del processo civile in Italia ed il progetto Orlando di riforme processuali*, in ID., *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, I, p. 395 ss. Tuttavia, nel senso che questi giudizi negativi non fossero fondati v., più di recente, B. CAVALLONE, "Preferisco il cattivo processo attuale" (*Chiovena, Mortara e il progetto Orlando*), in «Rivista di diritto processuale», 1988, p. 1059 ss.; CIPRIANI, *Storie di processualisti*, cit. nt. 64, p. 125 ss.; MONTELEONE, *Il codice di procedura*, cit. nt. 18, p. 9 ss.

¹¹⁷ CHIOVENDA, *Le riforme processuali*, cit. nt. 114, p. 385.

¹¹⁸ *Ivi*, p. 385.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ V., ad es., CHIOVENDA, *Le riforme processuali*, cit. nt. 114, pp. 380 e 390. Sottolineano come l'apertura di Chiovena verso i problemi sociali del processo fosse modesta DENTI, *Processo civile*, cit. nt. 1, p. 14, il quale, sebbene rilevi che «Chiovena si dimostrava aperto verso quelle correnti che avevano trovato la loro maggiore espressione nell'opera del Menger», aggiunge anche che occorre chiedersi «perché i problemi impostati da Chiovena nel 1906 siano rimasti senza seguito nella scienza processualistica posteriore e, in primo luogo, nella produzione scientifica dello stesso» (p. 16); M. TARUFFO, *Sistema*

In effetti, sebbene talvolta si ritrovino nei suoi scritti accenni alla concezione sociale del processo inteso come strumento a sostegno dei più deboli, l'accusa di un'apertura di facciata ai problemi sociali del processo civile non sembra del tutto infondata, soprattutto se si guarda alle sue proposte di riforma. Egli registra che si è avuta una «fioritura di scritti propugnanti la riforma sociale del processo, sul tono dato da quell'Antonio Menger, ch'è mancato ultimamente in Roma, alla scienza di cui era decoro»¹²¹ ed avverte che in questa materia «sono facili gli entusiasmi». E guardando «freddamente e imparzialmente le questioni», rileva che, anzitutto, c'è un problema di «esagerazione delle tasse giudiziarie» da rimediare¹²². Ma soprattutto che «i problemi processuali s'impennano intorno a un punto fondamentale; al rapporto fra l'iniziativa del giudice e l'iniziativa delle parti». Da questo punto di vista, non esita a sottolineare che «la lite può diventare più o meno accessibile all'uomo debole ed incolto, secondo che il giudice ha mezzi maggiori o minori di venire in suo aiuto, di illuminarlo su quanto egli può fare per sua difesa, di correggerne gli errori»¹²³ e che «qui è la chiave delle riforme processuali, il segreto dell'adattamento del processo ai bisogni sociali: questo è il sommo problema che divide la dottrina moderna, e le moderne legislazioni»¹²⁴.

Senonché, nell'esaminare il distacco del processo civile del tempo da questi obiettivi, si chiede: «come si comporta il processo civile riguardo agli umili, ai diseredati?». Osservando che la sola risposta del legislatore del tempo è stata l'istituzione delle giurie dei probiviri, delle quali, come abbiamo visto, si era occupato anche Lessona, ma aggiungendo che, sebbene si sia voluto ravvisare la ragion d'essere di questo istituto nella specialità

e funzione, cit. nt. 66, p. 1155 ss., dove il rilievo che «i riferimenti alle connessioni tra processo e problemi sociali [da parte di Chiovenda] sono generici ed affrettati, quando non sono puramente retorici». In proposito v. anche CIPRIANI, *Storie di processualisti*, cit. nt. 64, p. 137; TARELLO, *Il problema della riforma*, cit. nt. 12, p. 50 ss., secondo il quale al fondo delle affermazioni di Chiovenda formulate nella conferenza del 1906 non vi sarebbe un'«apertura sociale», quanto, piuttosto, l'«espressione» e il «fiancheggiamento» di «istanze autoritarie da un lato, di ingombrante concettualismo dall'altro lato». Va anche osservato, tuttavia, che secondo lo stesso Tarello «la tendenza che aveva avuto nel Menger e nel Klein i più noti rappresentanti era, oltre che (e forse ancor più che) socialista, statalistica; e all'aspetto statalistico di quella tendenza dottrinale – sempre secondo Tarello – ... si riferiva esclusivamente ... il Chiovenda, in una operazione che voleva essere soprattutto di interpretazione storico-sistematica in funzione di una scelta politica che il teorico del processo voleva affidata ai giuristi e compiuta dai giuristi» (*ivi*, p. 78).

¹²¹ Così CHIOVENDA, *Le riforme processuali*, cit. nt. 114, p. 390.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ *Ibidem*.

dei rapporti di lavoro, «la sua vera ragion d'essere è la sfiducia della classe operaia nei giudici e nei giudizi borghesi»¹²⁵. Del resto, che la soluzione adottata per il procedimento speciale davanti ai probiviri, nell'ambito del quale – come abbiamo visto – venivano riconosciuti ampi poteri anche istruttori al giudice, costituisca per Chiovenda un modello al quale ispirarsi per la riforma generale anche del processo ordinario, emerge dalla considerazione espressa nei *Principii* secondo la quale la legge del 1893 «ha cercato di ottenere un processo veramente *orale* con la conseguente concentrazione di attività»¹²⁶.

Chiovenda espone in numerosi scritti, e soprattutto nei suoi *Principii di diritto processuale civile*, i principi ai quali dovrebbe ispirarsi il nuovo processo civile moderno, e cioè i principi dell'oralità, della concentrazione e della immediatezza. Ma si sforza anche di elaborare, nel *Progetto* del 1919, lo schema di un processo che desse attuazione ai principi teorizzati, capace, perciò, di dare vita ad «una riforma radicale» del processo civile¹²⁷ ad una giustizia «rapida, pronta ed economica», sotto la direzione e l'impulso dell'organo giurisdizionale¹²⁸. Punto centrale del suo *Progetto*, infatti, è l'attuazione di un processo orale, concentrato e immediato, caratterizzato dall'attribuzione al giudice di una «posizione centrale d'organo pubblico *interessato a rendere giustizia nel modo migliore e più pronto possibile*»¹²⁹ e di ampi poteri sia di direzione che istruttori. In particolare, nell'art. 29 del suo *Progetto*, rubricato «Poteri dell'autorità giudiziaria» si ammette che il giudice possa «disporre quanto è necessario per chiarire la verità dei fatti e per assicurare alla causa una decisione conforme a giustizia», ma si aggiunge anche che egli «deve mantenere l'uguaglianza delle parti e vegliare perché l'istruzione

¹²⁵ *Ivi*, p. 378.

¹²⁶ CHIOVENDA, *Principii*, cit. nt. 18, p. 718, dove (a p. 1326, in nota 1) aggiunge anche che «questo procedimento costituisce ormai un 'tipo' a cui il nostro legislatore si è riferito nell'istituire nuove giurisdizioni speciali». In proposito v. anche G. TESORIERE, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi (I)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1972, p. 1318 ss.; CAVALLONE, «Preferisco il cattivo processo attuale», cit. nt. 116, p. 1059, in nota 25.

¹²⁷ G. CHIOVENDA, *La riforma del procedimento civile*, in *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, III, p. 307.

¹²⁸ *Ivi*, p. 320.

¹²⁹ Così G. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, in ID., *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, II, p. 1 ss., spec. p. 38 (il corsivo è nel testo). Qui si legge anche: «occorre dunque assicurare al giudice una posizione che lo renda partecipe attivo nel rapporto processuale e munirlo dell'autorità necessaria per esercitarvi la sua funzione. Conviene che il giudice sia posto in grado di dirigere convenientemente la lite, e di condurla verso la sua definizione colla maggiore celerità compatibile con una retta decisione» (*ivi*, p. 39).

della causa sia il più possibile celere ed economica»¹³⁰.

Per meglio comprendere ciò conviene prendere le mosse dal dibattito, che proprio in quel periodo si anima, intorno all'influenza sul processo civile moderno dell'«idea romana» del processo, dibattito il cui avvio tradizionalmente viene fatto risalire – come noto – alla prolusione parmense di Chiovenda del 1901¹³¹.

Il dibattito si nutre degli studi in argomento della dottrina tedesca (von Bülow, Briegleb, Bethmann-Hollweg, Wlassak, Wenger e, ovviamente, Wach, allievo di Briegleb) e degli insegnamenti di questa sulla necessità di ritornare al processo romano ed a quello medievale italiano, del quale vengono esaltati l'oralità e la semplificazione, particolarmente emergenti nei procedimenti sommari¹³², per superare le storture e le incrociature legate al formalismo della processualistica canonistica e germanistica dell'età comune.

Centrale, nella ricostruzione dell'«idea romana» del processo e delle sue basi concettuali, è la ricorrente sottolineatura del suo caposaldo: la

¹³⁰ *Progetto di riforma del procedimento civile*, in *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, II, p. 113 ss., spec. p. 124.

¹³¹ *Romanesimo e germanesimo*, cit. nt. 18, p. 181 ss. Le idee espresse nella prolusione parmense sono poi riprese, in seguito, in *Sulla influenza delle idee romane nella formazione dei processi civili moderni*, in *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, III, p. 95 ss.; e in *L'idea romana nel processo civile moderno*, *ibidem*, p. 77 ss. In proposito v. anche B. BIONDI, *Intorno alla romanità del processo civile moderno*, in «*Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*», XLII (1935), p. 356 ss. (ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, Milano 1965, p. 368 ss.), il quale osserva: «sta di fatto che tutta la letteratura processualistica, dalla Glossa fino alla soglia delle moderne codificazioni, si fonda e ricorda sempre testi del *Corpus juris*; certo vengono generalizzati, intesi male, talvolta anche travisati; ma si procede sempre dai testi romani»; ed ancora (*ivi*, p. 413): «l'indagine conduce sempre verso lo stesso risultato: il processo comune e moderno nella sua impostazione e nei suoi istituti fondamentali è una derivazione diretta dal processo romano, sempreché con ciò intendiamo riferirci non al processo formulare, ma a quel processo *extra ordinem* che si conclude ed assesta legislativamente nel *Corpus juris*». V. anche, nella dottrina tedesca del tempo, R. SCHOTT, *Römischer Zivilprozess und moderne Prozesswissenschaft*, München 1904, p. 7 ss. Sull'influenza del germanesimo nell'Italia di fine '800, v. G. CIANFEROTTI, *Germanesimo e Università in Italia alla fine dell'800. Il caso Camerino*, in «*Studi senesi*», III ser., XXXVIII (1988), p. 327 ss.; *Id.*, *Università e scienza giuridica nell'Italia unita*, in I. PORCIANI (a cura di), *Università e scienza nazionale*, Napoli 2001, p. 19 ss.

¹³² V., in particolare, dapprima H. K. BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig 1859, p. 169 ss. e p. 375 ss.; *Id.*, *Summatim cognoscere*, Erlangen 1843; successivamente A. WACH, *Der Arrestprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung*, I. *Der italienische Arrestprozess*, (Leipzig 1868), rist., Aalen, 1973, p. 143 ss. Lungo la stessa traiettoria, da noi, G. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Id.*, *Saggi di diritto processuale*, cit. nt. 18, I, p. 353 ss., spec. p. 363 ss.; *Id.*, *Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva*, *ivi*, p. 121 ss., spec. p. 131 ss.

centralità del ruolo del giudice nella direzione dello svolgimento del giudizio, soprattutto nel processo giustiniano, nel quale la sostituzione della «difesa pubblica» o «sociale» dei diritti a quella «privata», «sempre incerta e insufficiente»¹³³, giunge definitivamente a compimento.

Il giudice, nell'ambito di un processo incentrato sul contatto diretto e immediato con le parti, non può assumere una funzione meramente passiva, ma deve avere poteri di direzione della trattazione.

E questa fondamentale impostazione relativa al processo civile romano non avrebbe potuto non avere la sua rilevanza anche nella riflessione intorno alla 'romanità' del processo civile moderno, dove proprio in quegli anni si consolida la convinzione che anche nel sistema processuale moderno non sia sufficiente avere un giudice che partecipa solo formalmente allo svolgimento del processo (*formelle Prozessleitung*), ma che ci sia la necessità, anche al fine di far coincidere la verità processuale con quella materiale, che egli partecipi alla formazione del materiale di causa (dell'«istituto giuridico» oggetto della controversia) mediante la cooperazione con le parti (*materielle Prozessleitung*), con la conseguente sostituzione dell'*Offizialmaxime* al *Parteidispositionsmaxime*¹³⁴.

Impostazione, questa, pienamente in linea con quella di Klein, che, come abbiamo visto, arriva alle medesime conclusioni partendo dall'esaltazione della 'funzione sociale'.

Ed in effetti proprio sull'oralità e sull'accrescimento dei poteri del giudice imposterà, come noto, il suo 'apostolato'¹³⁵ Chiovenda, chiaramente influenzato in questo proprio dalla legislazione processuale austriaca di Klein¹³⁶: «il rinnovato concetto della giurisdizione come funzione dello

¹³³ V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti*, a cura di A. Giannini, Roma 1936, p. 51 in nota 1.

¹³⁴ CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo*, cit. nt. 18, p. 181 ss.; ID., *Le forme nella difesa*, cit. nt. 132, p. 354 ss. Le tesi chiovendiane sull'oralità vennero poi riprese e rilanciate da A. COSTA, *Oralità e scrittura nel processo civile*, Imola 1917, p. 8 ss.; A. SEGNI, *La legislazione processuale di guerra e la riforma del processo civile*, in ID., *Scritti giuridici*, Torino 1965, I, p. 272 ss.; ID., *I tribunali del lavoro in Italia*, ivi, p. 451 ss.; ID., *Osservazioni sul progetto preliminare del Codice di procedura civile*, ivi, p. 356 ss.; ID., *Procedimento civile*, in «Nuovo Digesto italiano», X, Torino 1939, p. 539 ss.; P. CALAMANDREI, *Oralità nel processo*, ivi, p. 178 ss.; ID., *Le controversie del lavoro e l'oralità*, in «Il Foro italiano», 1934, IV, c. 130 ss.; ID., *Sul progetto preliminare Solmi. Relazione della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze, stesa dall'autore il 28 luglio 1937*, in ID., *Studi sul processo civile*, cit. nt. 85, p. 103 ss.

¹³⁵ Così si esprime P. CALAMANDREI, *Note introduttive allo studio del Progetto Carnelutti*, in *Studi sul processo*, cit. nt. 85, IV, p. 90.

¹³⁶ Ancora TARELLO, voce *Giuseppe Chiovenda*, in «Dizionario biografico degli italiani», XXV, Roma, 1975, p. 34 ss.

Stato, – rileverà – restituisc[e] al giudice nel processo moderno una posizione centrale di organo pubblico interessato a rendere giustizia nel modo migliore e più pronto possibile»¹³⁷. Ed anzi – osserverà criticamente Giovanni Tarello – «in Italia la propaganda per il processo austriaco e per il potere direttivo del giudice inizia, per opera del Chiovenda, prima che in Germania; comincia, inoltre, come operazione dottrinale, comincia paludata da vecchi abiti sistematici e dogmatici, e sotto un provinciale mantello di romanesimo ritrovato: in Italia il processo austriaco è propagandato, insomma, come aulico e romano realizzarsi nel sistema della perfezione dottrinale [...]. In un certo senso si può dire che, sin da questo momento, la tendenza autoritaria in Italia, sia che si riferisse al modello austriaco sia che restasse nel solco della dottrina germanica dell'età bismarckiana, optò per l'accentuazione dell'autorità della legge e l'individuazione nella legge dell'autorità dello Stato»¹³⁸.

In realtà, era questa l'unica strada per conciliare la nuova impostazione pubblicistico-sociale con la tradizione liberale. La prospettiva del potenziamento dei poteri del giudice si muove, comunque, nella visione del giudice applicatore o attuatore della legge. Lo stesso Chiovenda, infatti, sottolinea la pericolosità di «alcune più recenti dottrine che si ispirano al principio della maggior libertà del giudicante (così detta scuola di diritto *libero*): e che questa libertà esagerano fino al potere di correzione della legge»¹³⁹.

10. La dottrina post-chiovendiana

Gli insegnamenti chiovendiani, che pure furono accolti solo in parte nel codice del 1940¹⁴⁰, non mancarono di influenzare gli orientamenti dottrinali del primo trentennio del secolo XX. Ed anzi – osserverà Calamandrei – in tutti i processualisti contemporanei era riconoscibile «l'orientamento sistematico che risale a Chiovenda»¹⁴¹, sebbene molte

¹³⁷ Così CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit. nt. 17, p. 398 s.; v. anche ID., *Principii*, cit. nt. 18, p. 686.

¹³⁸ TARELLO, *Giuseppe Chiovenda*, cit. nt. 136, p. 35 s.

¹³⁹ CHIOVENDA, *Principii*, cit. nt. 18, p. 75.

¹⁴⁰ E.T. LIEBMAN, *Storiografia giuridica «manipolata»*, in «Rivista di diritto processuale», 1974, p. 100 ss., spec. p. 116 ss.; DENTI, *Processo civile*, cit. nt. 1, p. 130 ss.; ID., *Chiovenda e le riforme del processo civile*, in «Il Foro italiano», 1988, V, c. 347 ss.

¹⁴¹ P. CALAMANDREI, *Gli studi di diritto processuale in Italia negli ultimi trenta anni*, in ID., *Studi sul processo*, cit. nt. 85, V, p. 302; v. anche, nello stesso senso, E.T. LIEBMAN, *Storiografia giuridica manipolata*, cit. nt. 140, p. 100 ss. Per l'influenza della concezione chiovendiana sulla dottrina e la legislazione successive v. DENTI, *Processo civile*, cit. nt.

erano le riserve sulle sue proposte di riforma, emerse dal *Progetto* del 1919.

In effetti, la sostanziale assimilazione fra ‘funzione sociale’ del processo e sua connotazione pubblicistica (azione, rapporto giuridico processuale, scopo del processo, ruolo del giudice), che abbiamo visto emergere dall’impostazione sistematica chiovendiana si ritrova in gran parte della dottrina processualciviltistica del tempo (Betti, Carnelutti, Calamandrei, Segni, Galgano) e permeerà di sé anche la seconda generazione della processualciviltistica moderna (Cristofolini, Liebman, Allorio, Andrioli, Garbagnati)¹⁴².

In questa sede è sufficiente limitarsi ad alcuni esempi molto significativi.

Si pensi, ad es., ad Emilio Betti, il quale, pure, nelle sue *Notazioni autobiografiche* annoterà di aver frequentato per un mese, fra dicembre 1916 e gennaio 1917, «la biblioteca di Chiovena, in via Brunetti, 47» e che esso «fu un mese di ascesi dedicata allo studio di Briegleb e di altri autori introvabili (F. Klein, Bülow)»¹⁴³.

Ebbene, si legge nel suo *Diritto processuale civile italiano* che il processo civile è «l’istituto destinato all’attuazione della legge per opera degli organi giurisdizionali in ordine a un concreto interesse che si pretende da esso protetto» e la «legge», della cui attuazione nel processo si tratta, altro non è «se non il diritto obbiettivo»¹⁴⁴. E la questione se il processo civile serva all’attuazione del diritto in senso oggettivo o, piuttosto, alla difesa dei diritti soggettivi, secondo Betti è una questione che «non ha quella decisiva importanza che le si è voluta attribuire», perché «l’interesse delle parti non è che un mezzo, mercé il quale si raggiunge la finalità del processo, in quanto l’interesse privato in conflitto è messo a profitto quale congegno propulsore per soddisfare l’interesse pubblico all’attuazione della legge per la composizione del conflitto». Concludendo che il dare ragione a chi ce l’abbia dal punto di vista del diritto sostanziale «non è un interesse privato delle parti, ma un interesse pubblico della società intera»¹⁴⁵. Né, d’altro canto, si può trascurare il fatto che pienamente coincidente con un’impostazione sociale e pubblicistica si presenta – sempre in Betti – la ricostruzione in chiave sanzionatoria della stessa funzione giurisdizionale¹⁴⁶. Vale a dire la ricostruzione secondo

1, p. 13 s. e p. 123 ss.; TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, cit. nt. 19, p. 31 ss.; G. TESORIERE, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall’unificazione ad oggi (II)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1972, p. 1576 ss.

¹⁴² Per questa conclusione v. anche G. TARELLO, *Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926*, in *Dottrine del processo civile*, cit. nt. 12, p. 219, in nota 10; PROTO PISANI, *Il codice di procedura*, cit. nt. 72, p. 724.

¹⁴³ E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, rist. a cura di E. Mura, Padova 2014, p. 18.

¹⁴⁴ E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936², p. 4.

¹⁴⁵ *Ivi*, p. 5.

¹⁴⁶ *Ivi*, p. 7 ss.; ID., *Ragione e azione*, in «Rivista di diritto processuale», 1932, I, p. 205 ss.

cui la funzione giurisdizionale si incentrerebbe sull'applicazione della sanzione prevista dall'ordinamento per la violazione della norma sostanziale: solo attraverso l'intervento dello Stato e dei suoi organi giurisdizionali «il processo dà efficace garanzia di comporre la lite o di superare la resistenza opposta dal privato al privato, e così di raggiungere la sua finalità: portare, cioè, all'accertamento vincolante o alla forzata realizzazione del rapporto giuridico»¹⁴⁷.

Oppure, si pensi alla concezione del processo seguita da Piero Calamandrei, che presenta numerose affinità con quella di Chiovenda, sia laddove sottolinea che la concezione pubblicistica del processo rappresenta una conquista della moderna scienza processualistica¹⁴⁸, sia laddove – parlando del «carattere sociale» del processo civile – osserva come con ciò «si vuol intendere l'antitesi di quella concezione strettamente individualistica che riduceva il processo a una accanita lotta di egoismi»¹⁴⁹ e la necessità che sia «praticamente operativo e garantito in ogni causa quel principio di uguaglianza delle parti che nel vecchio processo rimaneva assai spesso una enunciazione puramente teorica»¹⁵⁰.

O ancora, si pensi a Francesco Carnelutti, il quale, sebbene non condivide l'insistenza chiovendiana sul principio di oralità e ritenga opportuno individuare la funzione del processo – invece che nella chiovendiana applicazione del diritto al caso concreto – nell'eliminazione della lite fra privati (intesa come «contrasto effettivo di interessi regolati dal diritto») ¹⁵¹, riconosce comunque la rilevanza pubblicistico-sociale del processo ¹⁵²,

¹⁴⁷ BETTI, *Diritto processuale*, cit. nt. 144, p. 13.

¹⁴⁸ P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova 1943², p. 167 ss. In proposito v. anche S. SATTA, *Interpretazione di Calamandrei*, in *Soliloqui*, cit. nt. 98, p. 481.

¹⁴⁹ CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. nt. 148, I, p. 224.

¹⁵⁰ Così CALAMANDREI, *ivi*, p. 222, parlando del «carattere sociale del nuovo processo».

¹⁵¹ Così l'art. 87 del suo *Progetto di codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione reale per la riforma del codice di procedura civile*, Padova, 1926, ma anche in «Rivista di diritto processuale civile», 1926, I, p. 1 ss. In proposito v. anche le considerazioni critiche di P. CALAMANDREI, *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1929, I, p. 3 ss. e p. 89 ss.

Peraltro, nel senso che il Progetto della Sottocommissione fosse opera anche di Mortara, v. A. SRAFFA, *Recensione a Codice di procedura civile*, in «Rivista di diritto commerciale», 1926, I, p. 481; R. ORIANI, *La perpetuatio iurisdictionis*, in «Il Foro italiano», 1989, V, c. 37.

¹⁵² V., in particolare, a proposito della natura pubblicistica del processo, F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936, p. 72 ss. E difatti, rispondendo a Calamandrei, Carnelutti osserva che, riferendosi alla composizione della «lite», nell'individuare lo scopo del processo, non intendeva assegnare al processo «lo scopo di comporre la lite in modo pur che sia, ma di ottenere la giusta composizione» (così F. CARNELUTTI, *Impressioni sul Congresso internazionale di diritto processuale civile*, in «Rivista di diritto

la funzione della giurisdizione come strumento di composizione della «lite»¹⁵³, il ruolo «strumentale» dei privati ai fini del raggiungimento degli obiettivi pubblici («non il processo serve ai litiganti, ma i litiganti servono al processo»)¹⁵⁴ e quindi l'esigenza che in esso venga attribuita una posizione di supremazia al giudice sia nella direzione materiale del processo, sia in materia di prove (come chiaramente emerge anche dal suo *Progetto* del 1926)¹⁵⁵. E questo, nonostante che sia del tutto estranea alla sua impostazione l'idea della funzione ausiliaria del giudice nei confronti del litigante socialmente debole.

L'unica voce 'fuori dal coro' in quel contesto è quella di Salvatore Satta, il quale già nella prolusione padovana del 1936, significativamente intitolata *Orientamenti pubblicistici della scienza del processo*¹⁵⁶, e poi in altri scritti successivi, stigmatizza proprio questi orientamenti e torna ad individuare nell'interesse della parte e quindi nell'interesse privatistico l'elemento essenziale del processo civile e nel «dar ragione a chi l'ha» il «solo scopo» del processo «da che mondo è mondo»¹⁵⁷. Attirandosi, così, l'accusa di Carnelutti di «nudismo processuale»¹⁵⁸ per aver cercato di liberarsi di ogni concetto ricevuto e quella di Cristofolini di «nostalgia ritardataria»¹⁵⁹.

processuale», 1950, I, p. 345). Invece, nel senso che l'adozione del concetto di «lite», al posto di quello di azione, comporti necessariamente «un ampliamento del potere delle parti e una restrizione del ruolo del giudice», TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 187. In proposito v. anche E. ALLORIO, *Il processo civile nel pensiero di F. Carnelutti*, in *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi*, II, Milano 1957, p. 595 ss.; E. FAZZALARI, *L'opera scientifica di Francesco Carnelutti*, in «Rivista di diritto processuale», 1967, p. 202 ss.

¹⁵³ F. CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1929, I, p. 3 ss., ripubblicato in ID., *Studi di diritto processuale civile*, Padova 1939, p. 333 ss.

¹⁵⁴ Così F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova 1920, p. 142. In proposito v. anche F. CIPRIANI, *Francesco Carnelutti e la procedura civile*, in «Il giusto processo civile», 2010, p. 326 ss.

¹⁵⁵ Dove, peraltro, all'art. 28 compare anche il dovere delle parti «di affermare al giudice i fatti secondo la verità».

¹⁵⁶ S. SATTA, *Orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1937, I, p. 32 ss.

¹⁵⁷ Così S. SATTA, *Storia e «pubblicizzazione» del processo*, in «Rivista di diritto commerciale», 1939, I, p. 43 ss.; v. anche ID., *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, in *Foro it.*, 1937, IV, c. 276 ss.; ID., *La tutela del diritto nel processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1951, p. 20 ss.

¹⁵⁸ F. CARNELUTTI, *Recensione a Salvatore Satta, L'esecuzione forzata*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1937, I, p. 201.

¹⁵⁹ G. CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1937, I, p. 105 ss.; v. anche ID., *Contro i disorientamenti della scienza del processo, ivi*, p. 282 ss.

Al di là della posizione isolata di Satta, comunque, non vè dubbio che – come ha osservato Andrea Proto Pisani – «il sistema e il progetto di riforma di Chiovenda esercitarono una grande influenza sulla dottrina formata dagli anni venti in poi» e che «se si vanno a rileggere le annate della Rivista di diritto processuale dal 1924 in poi, o le monografie dei giovani Liebman, Costa, Andrioli, Carnacini, Allorio, Micheli, Garbagnati ecc. l'impostazione pubblicistica di Chiovenda (e portata sino all'esasperazione nella versione accolta da Carnelutti) costituisce l'asse portante di tutti gli scritti dell'epoca»¹⁶⁰.

Prima di proseguire, tuttavia, una puntualizzazione s'impone. L'affermarsi dell'idea di funzione pubblicistico-sociale del processo civile, nel senso chiovendiano del concetto, non va fraintesa. Che il passaggio dalla visione liberale del processo civile a quella pubblicistico-sociale intervenuto sul finire del XIX secolo abbia favorito la «svolta pubblicistica» del successivo codice del 1940 è indubbio. Non altrettanto indubbio è che questo abbia determinato anche una svolta 'autoritaria' nel nostro modello processuale, in linea con l'ideologia del regime fascista, come, invece, sostenuto anche autorevolmente da alcuni¹⁶¹.

Come ha ben osservato Paolo Grossi, «il momento storico che corre tra le due guerre mondiali, un tempo abbastanza ridotto di circa venti trenta anni, soltanto per un analista superficiale può essere identificato col regime fascista»¹⁶². Certamente, «il fascismo ci fu con la sua arroganza e con la costruzione di un sistema autoritario di potere», ma in quel periodo viene a maturazione «un grande movimento, che ha cominciato a percorrere società e cultura almeno dai primi anni del secolo». Viene a maturazione «una grande crisi»: «è in crisi l'edificio monoclasse dello

¹⁶⁰ PROTO PISANI, *Il codice di procedura*, cit. nt. 72, p. 724.

¹⁶¹ TARELLO, *Il problema della riforma*, cit. nt. 12, p. 9 ss.; F. CIPRIANI, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli 1992, *passim*; ID., *Il processo civile nello Stato democratico*, in ID., *Il processo civile e lo Stato democratico*, Napoli 2006, p. 5 ss.; ID., *Pietro de Francisci e la procedura civile*, *ivi*, p. 245 ss.; ID., *Dalla svolta autoritaria di de Francisci al codice Grandi*, in ID., *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti, leggende, interpretazioni, documenti*, Napoli 2007, p. 90 ss.; G. MONTELEONE, *Principi e ideologia nel processo civile: impressioni di un «revisionista»*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2003, p. 575 ss.; ID., *Sulla Relazione di G Pisanelli*, cit. nt. 18, p. 529 ss.; A. CHIZZINI, *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, in ID., *Pensiero e azione*, cit. nt. 18, p. 155 ss., spec. p. 158, in nota 51.

¹⁶² P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, in «Quaderni fiorentini», 28 (1999), I, p. 2.

Stato borghese, è in crisi il diritto edificato in funzione di quello Stato, è in crisi l'ideario giuridico intelligentemente ma artificiosamente apparecchiato a suo supporto»¹⁶³.

Solo ignorando quest'aspetto si può vedere nell'affermarsi della concezione pubblicistico-sociale del processo civile nel periodo fra le due guerre una sorta di anticipazione della «svolta» autoritaria.

Emblematica, da un tale punto di vista, è la differente posizione che la processualciviltà italiana assume nei confronti dell'ideologia autoritaria rispetto a quella tedesca. Infatti, intorno agli anni '30 in Germania si diffondono orientamenti che mirano ad attuare l'ideologia nazista anche nell'ambito del processo civile, proponendo, in un primo momento, l'azzeramento dei diritti delle parti a vantaggio dello strapotere del giudice, quale espressione dello Stato nel processo¹⁶⁴, e, in un secondo momento, ad una sorta di 'amministrativizzazione' del processo civile, a risolverlo in una forma di giurisdizione volontaria¹⁶⁵. In Italia, invece, i maggiori esponenti della dottrina italiana si oppongono recisamente all'importazione di queste teorie¹⁶⁶, tenendo ferma un'impostazione di tipo non autoritario.

¹⁶³ Sono ancora parole di GROSSI, *ivi*, p. 2.

¹⁶⁴ V., in proposito, P. BÖHM, *Processo civile e ideologia nello Stato nazionalsocialista*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2004, p. 621 ss.

¹⁶⁵ V., in questo senso, A. BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, in «Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht», 1938, p. 583 ss., il quale propose l'abolizione del processo civile contenzioso e la riconduzione di esso alla giurisdizione volontaria, e quindi ad un'attività giudiziale di tipo amministrativo, nell'ottica della visione del processo come strumento teso a ristabilire, mediante l'intervento del giudice, ordine e pace (*Ordner und Schlichter ihrer Uneingkeit*). V. anche TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, cit. nt. 19, p. 64 ss.; P. BÖHM, *Zivilprozess und Ideologie im nationalsozialistischen Staat*, in U. DAVY – H. FUCHS – H. HOFMEISTER – J. MARTEL – I. REITER (hrsg.), *Nationalsozialismus und Recht. Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus*, Wien, 1990, p. 149 ss., spec. p. 157 ss.

¹⁶⁶ V., infatti, con riferimento alla proposta di Baumbach, P. CALAMANDREI, *Abolizione del processo civile?*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1938, I, p. 336 ss.; ID., *La crisi del processo civile in Germania*, *ivi*, 1938, I, 130 ss.; 1939, I, p. 293 ss.; 1942, I, p. 279 ss.; v. anche E. ALLORIO, *Giustizia e processo nel momento presente*, *ivi*, 1939, I, p. 220 ss., spec. p. 230, in nota 1; ID., *Ufficio del giurista nello Stato autoritario*, in «Jus», 1942, p. 274 ss., poi in ID., *Problemi di diritto*, III. *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa e altri studi*, Milano, 1957, p. 163 ss.; A. SEGNI, *Alcuni orientamenti della dottrina processualistica germanica*, in «Rivista di diritto commerciale», 1941, p. 77 ss. e in ID., *Scritti giuridici*, I, p. 196 ss.; M. D'AMELIO, *La vocazione del secolo XX alla codificazione*, in «Nuova Antologia», 1937, fasc. marzo-aprile, p. 164 ss.

11. 'Funzione sociale' e codice di procedura civile del 1940

In questo clima culturale, nel quale è ormai matura e diffusa la concezione pubblicistico-sociale del processo civile, nasce il codice del 1940, il quale – a differenza del precedente codice del 1865 – è impostato chiaramente alla nuova concezione¹⁶⁷, ma con molte soluzioni di compromesso, che lo allontanano sia dal *Progetto* chiovendiano¹⁶⁸, sia dal modello 'sociale' elaborato da Klein.

Un primo compromesso riguarda la posizione del giudice.

La *Relazione* che l'accompagna, sottolinea a più riprese – al di là degli enunciati celebrativi al regime fascista – la sostituzione del 'principio di autorità' a quello di libertà¹⁶⁹. L'accoglimento della concezione pubblicistico-sociale del processo fa risultare del tutto inadeguato un sistema nel quale «il giudice assista spettatore impassibile, e talvolta impotente quasi fosse un arbitro in un campo ginnastico che si limita a segnare i punti»¹⁷⁰. Di conseguenza, «il giudice anche nel processo civile dev'essere in ogni caso fornito dei poteri indispensabili per amministrare la giustizia in modo attivo, rapido e sicuro»¹⁷¹. Nonostante queste affermazioni, però, il codice procede alla «istituzione del giudice istruttore, al quale è affidata l'istruzione della causa e la direzione del processo, sebbene l'organo decidente non sia lui ma il collegio. Ciò che, inevitabilmente comporta una negazione di fatto dei principi chiovendiani dell'oralità, immediatezza e concentrazione»¹⁷².

Anche i suoi poteri istruttori vengono accresciuti, ma il principio generale resta quello della disponibilità delle prove in capo alle parti (art. 115). E ancora: viene affermato il principio del libero convincimento o «prudente apprezzamento» del giudice, ma questo vale «salvo che la legge disponga altrimenti» (e cioè, salve le ipotesi di prova legale) (art. 116).

¹⁶⁷ TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 113 ss. e p. 253 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, p. 23 ss.; ID., *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 73 ss.; ID., *Il codice di procedura*, cit. nt. 72, p. 720 ss.

¹⁶⁸ Sebbene nella *Relazione al c.p.c.* ci si riferisce alla «scuola sistematica fondata da Giuseppe Chiovenda» come a un modello di riferimento. In proposito, nel senso della dubbia attribuibilità della paternità chiovendiana del codice v. anche TARUFFO, *La giustizia civile*, cit. nt. 14, p. 285; F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2009, p. 89 ss., il quale parla – a proposito del codice del 1940 – di «leggenda del Codice chiovendiano».

¹⁶⁹ *Relazione*, n. 16.

¹⁷⁰ *Relazione*, n. 12.

¹⁷¹ *Relazione*, n. 12.

¹⁷² V. anche A. PROTO PISANI, *I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2006*, in «Il Foro italiano», 2006, V, c. 375 s.

Un'ulteriore soluzione compromissoria si ritrova nell'applicazione del principio di preclusione. Infatti, sebbene venga introdotto un sistema di preclusioni rigido di limitazione delle attività allegative e probatorie delle parti alla fase iniziale e preparatoria del processo (poi superato dalla successiva riforma del 1950), si ammette anche che tali preclusioni siano superabili nel corso del giudizio di primo grado e anche in appello a discrezione del giudice.

E la medesima impostazione compromissoria si ritrova nelle scelte che attengono alla dimensione etica del processo. È vero, infatti, che viene introdotto per le parti e i loro difensori il dovere di comportarsi «secondo lealtà e probità» (art. 88), ma non v'è traccia né del dovere di collaborazione, né di quello di verità (soggettiva). Senza considerare, peraltro, che per la violazione del dovere di cui all'art. 88 viene prevista la sola incidenza sulle spese processuali.

D'altro canto, anche la sottolineatura del 'carattere sociale' del nuovo codice, che pure si ritrova nella *Relazione* (n. 18), si risolve nell'obiettivo di «avvicinamento della giustizia al popolo» e di «rendere il processo civile più popolare, cioè più vicino e più accessibile anche alle persone umili e non abbienti, a danno delle quali ricadono principalmente i costosi tecnicismi delle procedure troppo complicate». Senza che, però, nel codice si individuino misure specifiche finalizzate all'affermazione dell'uguaglianza sostanziale fra le parti.

12. *La riflessione sulla 'funzione sociale' del processo civile nella seconda metà del secolo XX: 'tutela differenziata' e 'accesso alla giustizia'*

Alla caduta del regime fascista non poteva non porsi il problema della sopravvivenza del codice del 1940. Si apre, infatti, un ampio dibattito che vede la dottrina processualciviltistica compattamente schierata a favore della salvaguardia del codice, in quanto frutto di soluzioni tecniche che poco avevano a che fare con l'ideologia fascista e che, invece, molto risentivano degli insegnamenti chiovendiani e della sua concezione pubblicistico-sociale del processo. Di conseguenza, sebbene nel 1950 viene approvata una riforma del codice del 1940, che attenua la rigidità – più apparente che reale, come abbiamo visto – del sistema delle preclusioni al quale si era ispirato quest'ultimo, il modello processuale di riferimento continua ad essere quello originario¹⁷³.

¹⁷³ A. PROTO PISANI, *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice (Un bilancio e una proposta)*, in «Rivista di diritto processuale», 1972, p. 35 ss.

Anche la dottrina processualcivilistica, tuttavia, non poteva non risentire della discussione che, a partire dagli anni '60, si apre nel dibattito dei giuristi circa il più corretto metodo scientifico da seguire nell'approccio alla legislazione codicistica precedente alla Carta del '48 e all'affermarsi, nel secondo dopoguerra, del nuovo costituzionalismo novecentesco. È l'epoca – come noto – dell'affermarsi dello 'stato sociale di diritto' o *welfare state*, che mira a soppiantare il vecchio ideale ottocentesco dello Stato di diritto liberale-individualistico.

La concezione emergente da questo fondamentale sviluppo storico è che il vecchio ideale liberale dell'uguaglianza deve trasformarsi da istanza ad un'uguaglianza meramente formale in istanza ad un'uguaglianza sostanziale, come esplicitamente affermato dal 2° comma dell'art. 3 della nostra Carta costituzionale. Impostazione, questa, che inevitabilmente doveva manifestare i suoi effetti anche sul modello di processo civile da seguire¹⁷⁴. Questo sviluppo, infatti, comporta inevitabilmente «il passaggio dalla concezione del diritto e della giustizia come “mantenimento dell'ordine sociale”, a una concezione dinamica del diritto e della giustizia come postulazione di “mutamento sociale”»¹⁷⁵. Si rileva, in proposito, non solo che la legislazione processuale debba aprirsi alle istanze sociali, ma anche – sulla scia di una riflessione più ampia e di una netta contrapposizione al c.d. neopositivismo giuridico¹⁷⁶ – che l'analisi giuridica in generale, e quella processuale in particolare, non possa essere immune da considerazioni di politica del diritto, fortemente sollecitate dai principi fondamentali della Carta costituzionale¹⁷⁷.

Per lungo tempo ignorata (soprattutto dalla dottrina processualcivilistica), la Costituzione sollecita, in una parte consistente della civilprocessualistica italiana, un nuovo modo di intendere la 'funzione sociale' del processo, più vicina alla seconda delle accezioni alle quali abbiamo fatto riferimento all'inizio, che sarebbe approdato, intorno agli anni '70 del XX secolo, al «nuovo verbo» della *tutela giurisdizionale differenziata*. Si va diffondendo la convinzione, cioè, che il principio di uguaglianza sostanziale dell'art. 3,

¹⁷⁴ V., in maniera riassuntiva, M. CAPPELLETTI, *Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1978, p. 1381 ss., spec. p. 1420 ss. Il testo costituisce un'anticipazione parziale della voce *Giustizia* per l'*Enciclopedia del Novecento* dell'Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani.

¹⁷⁵ CAPPELLETTI, *ivi*, p. 1422 s.

¹⁷⁶ V., in particolare, S. RODOTA, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit. nt. 1, p. 83 ss.; G.B. FERRI, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in «Rivista di diritto commerciale», 1968, I, p. 347 ss., spec. p. 372 ss.

¹⁷⁷ V., ancora, CAPPELLETTI, *Appunti per una fenomenologia*, cit. nt. 174, p. 1420 ss.; v. anche PROTO PISANI, *Il processo civile*, cit. nt. 173, p. 45 ss.

2° comma, Cost. e quello di effettività della tutela giurisdizionale, ricavabile dall'art. 24, 1° comma, Cost., non solo tollerino, ma addirittura impongano al legislatore ordinario il ricorso a forme di 'tutela differenziata', adattate alle peculiarità sostanziali delle situazioni giuridiche tutelate¹⁷⁸. La finalità della 'tutela differenziata' è proprio quella di favorire il concretizzarsi del principio di effettività della tutela giurisdizionale e di evitare che determinati interessi, stante la loro particolare natura, siano irreparabilmente pregiudicati se costretti ad attendere i tempi (anche fisiologici) dell'ordinario processo a cognizione piena ed esauriente.

Sulla base di questa impostazione ideologica si spiega, in primo luogo, la scelta di prevedere riti speciali sommari con l'introduzione dello statuto dei lavoratori (l. n. 300 del 1970), diretti a favorire l'accelerazione della tutela giurisdizionale di quelle situazioni sostanziali che, per la loro particolare natura non tollerano i tempi anche fisiologici della processo ordinario di cognizione (e si pensi, in proposito, alla fondamentale norma dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori sul procedimento di repressione della condotta antisindacale).

In secondo luogo, si spiega sempre alla luce della medesima impostazione ideologica anche la scelta di approvare una riforma integrale del rito del lavoro nel 1973 (l. n. 533), improntandolo al modello chiovendiano dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza e – soprattutto – al riconoscimento di una posizione del giudice ben diversa da quella del rito ordinario (e basti considerare, in proposito, la previsione degli ampi poteri istruttori del giudice di cui all'art. 421, 2° comma, c.p.c.) e alla previsione di varie disposizioni processuali che tendono a compensare la situazione sfavorevole in cui generalmente si trova la parte socialmente ed economicamente

¹⁷⁸ A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in «Il Foro italiano», 1973, V, c. 205 ss., per il quale la tutela c.d. differenziata serve ad assicurare «tutela giurisdizionale (effettiva) ad una serie di situazioni di vantaggio nuove a livello di diritto sostanziale». V. anche ID., *Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in «Diritto e giurisprudenza», 1978, p. 534 ss.; ID., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in «Rivista di diritto processuale», 1979, p. 536 ss.; ID., *Ancora sulla c. d. tutela giurisdizionale differenziata*, in «Diritto e giurisprudenza» 1980, p. 751 ss.; L. MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di "tutela differenziata" nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 1979, p. 592 ss. Per l'identico problema con riferimento al processo amministrativo, cfr. M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1980, p. 3 ss.; più recentemente S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in «Diritto processuale amministrativo», 1999, p. 921 ss.; in senso critico, invece, G. ROMEO, *Effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, *ivi*, 2004, p. 653 ss., spec. p. 677 ss.

più debole, ossia il lavoratore. Sull'esempio del processo del lavoro anche altri settori specifici del contenzioso civile, nei quali emerge una evidente disparità socio-economica fra le parti del processo vengono sottoposti alla medesima disciplina processuale prevista per le controversie individuali di lavoro. È quel che accade per le controversie agrarie e per quelle locatizie.

In terzo luogo, si spiega sempre alla luce della valorizzazione della dimensione costituzionale del principio di uguaglianza sostanziale fra le parti del processo l'apertura di una parte autorevole della dottrina italiana verso i problemi sociali e politici della giustizia civile in generale. Sono di questi anni, infatti, libri come *Giustizia e società* di Mauro Cappelletti, che viene pubblicato nel 1972, e *Processo civile e giustizia sociale* di Vittorio Denti del 1971. In essi la concezione del processo civile come strumento di giustizia sociale viene orientata nella duplice direzione dell'analisi delle conseguenze negative che un'impostazione formalistica, accentuatamente liberale, della giustizia civile produce soprattutto per le classi meno abbienti e della necessità di realizzare riforme più incisive e più ampie, sulla scia degli insegnamenti kleiniani, che vengono nuovamente riproposti. Strettamente legato a questa linea ideologica e alla rivitalizzazione della dimensione sociale del processo, quale strumento di realizzazione del principio di uguaglianza sostanziale, è anche il movimento, tendenzialmente di portata mondiale, del c.d. *Accesso alla giustizia* (*Access to justice*)¹⁷⁹, inteso a rendere effettivi i nuovi 'diritti sociali' derivati dalle nuove Costituzioni e dalle Carte internazionali dei diritti dell'uomo, attraverso interventi di politica del diritto miranti ad attuare in tutti gli ordinamenti processuali contemporanei forme più efficaci:

- a) di assistenza giudiziaria per i non abbienti;
- b) di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi (come quelli dei consumatori o quelli attinenti alla protezione contro l'inquinamento dell'ambiente) riguardanti collettività o gruppi non organizzati o difficilmente organizzabili;
- c) di risoluzione alternativa delle controversie (*Alternative Dispute Resolution*) che realizzino forme di giustizia «coesistenziale»¹⁸⁰ basata sulla conciliazione la mediazione e su criteri di equità sociale distributiva.

¹⁷⁹ M. CAPPELLETTI (ed.), *The Florence access-to-justice project*, 4 voll., Milano-Alphen aan den Rijn, 1978-1979; ID. (a cura di), *Access to justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn-Bruxelles-Stuttgart-Firenze, 1981; ID.-B. GARTH-N. TROCKER, *Access to justice*, in «*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*», XL (1976), p. 669 ss.

¹⁸⁰ M. CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*», 1981, p. 49 ss., spec. p. 56 ss.; ID., *Giudici laici*, in «*Rivista di diritto processuale*», 1979, p. 698 ss., spec. p. 707 ss.

13. *La 'funzione sociale' del processo civile a cavallo del nuovo millennio e il corretto funzionamento dell'economia*

La tendenza alla riaffermazione della funzione del processo civile quale strumento di abbattimento delle diseguaglianze sociali e l'esaltazione della sua dimensione 'egualitaria' è destinata ad esaurirsi con la crisi del *welfare state* degli anni '80 del XX secolo e con la conseguente riduzione dell'interventismo statale al fine di assicurare il benessere sociale. Piuttosto, il diffondersi di politiche neoliberiste negli ultimi decenni del XX secolo e la conseguente riduzione degli investimenti statali anche nel settore della giustizia civile avrebbero spostato l'attenzione del legislatore verso la necessità di rendere più efficiente il funzionamento del processo civile. In questo periodo va rafforzandosi, di conseguenza, la terza accezione del concetto di 'funzione sociale' del processo che abbiamo evidenziato all'inizio del nostro discorso, e cioè quella che – già nel pensiero di Klein e di Menger – individua nel processo civile un fattore di corretto funzionamento dell'economia della società.

Si spiegano in questo modo i numerosi e incisivi interventi riformatori che hanno interessato proprio sul finire del XX secolo molti ordinamenti processuali europei. È significativo il fatto che tali interventi riformatori rispondono tutti a tendenze uniformi e ben precise, orientate sostanzialmente ad adeguare il processo civile al modello ispirato alla 'funzione sociale' e caratterizzate dall'accentuazione del ruolo del giudice nella direzione materiale del processo, dal rafforzamento del sistema di preclusioni, dall'implementazione di modalità di collaborazione fra giudice e parti, dall'introduzione di meccanismi diretti ad evitare forme di 'abuso processuale' e dunque a rafforzare la dimensione etica del processo. È il caso soprattutto della riforma inglese del 1998, di quella spagnola del 2000, di quella tedesca del 2001 e di quelle francesi attuate fra il 2002 e il 2007. In parte, ma con minore incisività, è anche il caso dei numerosi interventi riformatori che hanno riguardato negli stessi anni il nostro processo civile.

Peraltro, nella stessa direzione 'efficientista' sembra porsi anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, sia con la copiosa giurisprudenza sanzionatoria dell'«irragionevole durata» dei processi, sia con la tendenza, manifestata in più occasioni, a porre in stretto legame il diritto ad una 'ragionevole durata' del processo e il ruolo attivo del giudice nella direzione del percorso processuale e ad evidenziare che la rimessione alle parti dell'iniziativa processuale non esime gli Stati dall'obbligo di garantire una durata 'ragionevole' predisponendo adeguati poteri del giudice funzionali a tale obiettivo.

14. *Una nuova prospettiva: la 'funzione sociale' del processo civile nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia*

Invece, una prospettiva del tutto nuova di interpretazione della 'funzione sociale' del processo civile, sempre legata, se si vuole, all'idea dello stretto collegamento fra efficienza del processo e corretto funzionamento dell'economia, è emersa e si va sempre più rafforzando per effetto della giurisprudenza della Corte europea di giustizia e della sua incidenza sulla disciplina processuale interna agli Stati membri. Il riferimento, evidentemente, è alla tendenza della Corte sovranazionale ad intervenire in maniera sempre più incisiva sulla disciplina processuale interna agli Stati membri per adeguarla in via interpretativa alla tutela dei diritti di origine comunitaria e in questo modo rendere effettive le libertà fondamentali del Trattato dell'Unione¹⁸¹.

La Corte ha chiarito, infatti, che l'autonomia degli Stati nazionali in materia processuale, riconosciuta dal Trattato U.E., non è affatto incondizionata¹⁸²: essa sussiste intatta, invero, sino a che rispetti determinati criteri, o limiti, elaborati dalla stessa Corte nella sua giurisprudenza.

In altri termini, l'esercizio da parte degli Stati membri dell'autonomia processuale è stato modulato, attraverso gli orientamenti forniti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in sede di sindacato dei mezzi processuali nazionali, in modo da renderlo funzionale al generale scopo di garantire effettività alle libertà fondamentali e alle disposizioni europee che le concretizzano, secondo un rapporto di sostanziale sussidiarietà. L'autonomia processuale è divenuta così uno «spazio lasciato alla disciplina processuale interna entro gli *standards* o i correttivi di derivazione comunitaria»¹⁸³.

Questi 'correttivi' entrano in azione nei confronti del diritto processuale interno attraverso l'attività giudiziale: o della Corte di giustizia, per mezzo del rinvio pregiudiziale, o dei giudici interni, per mezzo della disapplicazione o dell'interpretazione conformatrice della norma processuale interna in contrasto con i principi di derivazione europea. Ciò con l'evidente finalità

¹⁸¹ Su questa prospettiva evolutiva rinvio ad A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea e processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2015, p. 1400 ss.

¹⁸² Corte giust. UE, 16 dicembre 1976, *Rewe*, in «Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia» 1976, 1989 ss. e tutta la giurisprudenza successiva a tale pronuncia. Da ultimo Corte giust. UE, 14 marzo 2013, *Aziz*, in www.curia.europa.eu.

¹⁸³ S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano 2002, p. 311.

di evitare che l'autonomia degli Stati in materia processuale ostacoli la realizzazione degli obiettivi posti dal Trattato dell'Unione. Ebbene, lo strumento che la Corte ha utilizzato per raggiungere tali obiettivi riprende ancora una volta l'idea centrale del modello processuale ispirato alla 'funzione sociale', e cioè il riconoscimento di una posizione rafforzata del giudice all'interno del processo.

Basti pensare, in proposito, alla giurisprudenza della Corte europea favorevole a riconoscere in capo al giudice nazionale (ed a prescindere da quanto previsto dalla legislazione interna) un pressoché generale potere di rilevanza d'ufficio della nullità di clausole contrattuali in violazione dei diritti attribuiti ai consumatori dalla legislazione europea. O a quella che – sempre in tema di tutela dei consumatori – ha ritenuto in contrasto con l'effettività della tutela giurisdizionale la norma processuale interna che neghi al giudice la possibilità di procedere ad un'istruttoria d'ufficio per accertare la natura abusiva della clausola contrattuale¹⁸⁴.

15. L'emergere di tendenze 'neoprivatistiche' sul finire del secolo XX

Per completezza del discorso, infine, non può non accennarsi in questa sede ad alcune tendenze emerse sul finire del secolo XX soprattutto presso la dottrina italiana, ma non solo, che sono state efficacemente definite come «neoprivatistiche»¹⁸⁵, perché finalizzate a riaffermare l'idea 'privatistico-liberale' del processo ed a stigmatizzare come 'autoritaria' qualsiasi soluzione diretta al rafforzamento dei poteri del giudice¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Per i necessari richiami rinvio ancora a CARRATTA, *Libertà fondamentali*, cit. nt. 181, p. 1401 ss.

¹⁸⁵ J.C. BARBOSA MOREIRA, *O neoprivatismo no proceso civil*, in «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal», 2005, n. 7, p. 13 ss.; poi ID., *El neoprivatismo en el proceso civil*, in J. MONTERO AROCA (coord.), *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia 2006, p. 199 ss. Su queste tendenze v., sempre in senso critico, E. OTEIZA, *El juez ante la tensión entre libertad y igualdad*, in «Revista de Derecho Procesal», 2002, num. extraordinario, p. 220 ss.; J. PARRA QUIJANO, *Racionalidad e ideologia en las pruebas de oficio*, Bogotá 2004, p. 9 ss., p. 15 ss. e p. 51 ss.

¹⁸⁶ V., in particolare, CIPRIANI, *Nel centenario*, cit. nt. 20, p. 969 ss.; ID., *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2002, p. 1243 ss.; ID., *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in «Rivista di diritto processuale», 2003, p. 455 ss.; ID., *L'autoritarismo processuale e le prove documentali*, in «Il giusto processo civile», 2007, p. 289 ss., spec. p. 293 ss.

Nella medesima direzione anche J. MONTERO AROCA, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*, in *Atti della XVII Giornata Ibero-americana di Diritto processuale*, II, San José 2000, p. 285 ss.; ID., *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia"*

In effetti si tratta di posizioni che sono rimaste molto isolate e che non sono riuscite nell'obiettivo che le animava, e cioè quello di superare l'impostazione ormai dominante sulla natura pubblicistica del processo civile e sulla sua 'funzione sociale' e di riaffermare la vecchia impostazione liberale del processo come «cosa delle parti». Ciò non toglie, peraltro, che queste tendenze abbiano avuto, in un particolare momento storico del nostro Paese, ripercussioni (sia pure limitate) anche sul piano legislativo, se si pensa al modello che era alla base del c.d. processo societario, introdotto nel 2004, ma soppresso – dopo ripetuti interventi della Corte costituzionale – nel 2009, il quale sembrava ispirarsi proprio alla convinzione che il giudice dovesse assumere nel processo una posizione assolutamente residuale rispetto a quella delle parti.

Del resto, la più attenta dottrina si è impegnata a dimostrare come non esista alcuna reale connessione fra l'attribuzione al giudice di più incisivi poteri direttivi e istruttori e l'adesione all'ideologia autoritaria e come non sussista parimenti alcuna connessione – al contrario – fra la supremazia nel processo delle parti e l'adesione all'ideologia democratica o comunque non autoritaria. E a riprova di ciò sta la circostanza che – come abbiamo visto – fra le tendenze in atto in molti degli ordinamenti processuali senz'altro predominante è quella di munire il giudice di più incisivi poteri istruttori, oltre che di maggiori poteri di direzione materiale del processo. Come è stato sottolineato – da Michele Taruffo – «l'aspetto più rilevante di questo fenomeno è che esso si manifesta in ordinamenti che sono indiscutibilmente democratici, e che sono rimasti democratici anche dopo aver conferito al giudice autonomi poteri di iniziativa istruttoria, con riforme che risalgono soprattutto alla seconda metà del secolo XX»¹⁸⁷.

autoritaria, in «Revista Iberoamericana de Derecho Procesal», 2004, n. 7, p. 15 ss. e in «Rivista di diritto processuale», 2004, p. 552 ss., con il titolo *Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, e con *Postilla* di G. VERDE, *ivi*, p. 580 ss.; ID., *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, trad. it. di V. Brattelli e N. Magrino, Napoli, 2002, p. 58 ss. e p. 108 ss. (su questo v., criticamente, G. VERDE, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, in «Rivista di diritto processuale», 2002, p. 676 ss.).

¹⁸⁷ M. TARUFFO, *Sub art. 115*, in A. CARRATTA-M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2011, p. 447 ss.; ID., *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2011, p. 101 ss., spec. p. 123. V. anche ID., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2006, p. 453 ss.; ID., *L'istruzione probatoria*, cit. nt. 1, p. 111 ss.; ID., *Procedura civile (codice di)*, cit. nt. 18, p. 663 ss. in senso analogo N. PICARDI, voce *Codice di procedura civile (linee delle riforme)*, in «Enciclopedia del diritto», Agg. II, Milano, 1998, p. 219; P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2010, p. 244 ss.

16. *Considerazioni conclusive*

Come è emerso dalle pagine che precedono, la valorizzazione della ‘funzione sociale’ del processo civile non solo ha comportato un decisivo mutamento nella concezione dell’istituto processuale, ma ha anche contribuito a cambiare lo stesso metodo di studio del diritto processuale civile. Un mutamento radicale, che inevitabilmente ha portato all’affacciarsi di un modo nuovo di guardare ad esso e al disgelarsi di quei «fiori di ghiaccio», che – come notava sarcasticamente Musil nel suo *Uomo senza qualità* – «nascono così rigogliosi nelle teste dei sapienti di diritto»¹⁸⁸. Questo metodo nuovo, infatti, ha portato a riconoscere che – per citare Klein – «lo squallido, arido, trascurato fenomeno della procedura civile, è invece intimamente legato ai grandi movimenti spirituali dei popoli, e che le sue svariate manifestazioni rappresentano documenti fra i più importanti della cultura umana»¹⁸⁹ e che – per riprendere le parole che Chioventa utilizza richiamando Jhering e la sua *Lotta pel diritto* – il processo civile non costituisce altro che il campo in cui si realizza una delle scene «più agitate e complesse della vita sociale»¹⁹⁰. È stata, questa, la conseguenza più immediata dell’irrompere della ‘socialità’ nella riflessione intorno al processo: come il diritto, anche il processo «non galleggia più, alto, al di sopra della società, ma vi si mescola perennemente, tendendo a registrare le istanze che dal basso si originano, circolano, reclamano accoglimento a livello ufficiale»¹⁹¹.

E tuttavia, non possono essere trascurati i punti deboli di questo nuovo approccio: da un lato, l’esaltazione del ruolo che può rivestire – nel correggere alcune storture, inefficienze o vere e proprie diseguaglianze sociali – lo strumento processuale e, dall’altro lato, l’ingenuità di ritenere che ciò possa avvenire semplicemente privilegiando alcune scelte processuali tecniche (a cominciare dall’accentuazione dei poteri del giudice) rispetto ad altre. L’esperienza del passato insegna che ciò costituisce solo una parte del più complesso problema dei rapporti fra fenomeno giuridico e realtà sociale e del loro difficile governo.

¹⁸⁸ R. MUSIL, *L’uomo senza qualità* (*Der Mann ohne Eigeneschaften*), trad. di A. Rho e introduzione di C. Cases, Einaudi, Torino 1957, ripubblicato nella collana *I meridiani*, Mondadori, Milano 1998, p. 1877.

¹⁸⁹ KLEIN, *Zeit- und Geistesströmungen*, cit. nt. 29, p. 8, nella traduzione di M. CAPPELLETTI, *Aspetti sociali e politici della procedura civile*, cit. nt. 1, p. 104.

¹⁹⁰ CHIOVENDA, *Le riforme processuali*, cit. nt. 114, p. 380.

¹⁹¹ GROSSI, *Il diritto nella storia*, cit. nt. 23, p. 18, il quale aggiunge: «il diritto novecentesco recupera in fattualità, e si segnala nuovamente per la sua carnalità; mescolandosi con la società, che è fatta non di individui isolati e isolabili ma di nessi, di relazioni, di vincolazioni, recupera in socialità recando in sé una linea di tendenza valorizzante dimensioni prima rimosse, il ‘sociale’ e soprattutto il ‘collettivo’».

Michele Sesta

*La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali**

SOMMARIO: 1. La funzione sociale della famiglia nel pensiero tradizionale dei giuristi – 2. La funzione sociale della famiglia nella Costituzione – 3. Dalla famiglia alla persona – 4. Procreazione e funzione sociale della famiglia

1. *La funzione sociale della famiglia nel pensiero tradizionale dei giuristi*

In questi anni appare fortemente accentuata la tensione tra le funzioni di natura spiccatamente sociale storicamente assegnate dal diritto alla famiglia e la diversa prospettiva incentrata piuttosto sulla tutela dei diritti degli individui che la compongono¹. Prospettiva, quest'ultima, già delineatasi a seguito della Riforma del 1975, che, pur volendo attuare una dimensione comunitaria della famiglia, ha finito invece per favorire la 'libertà' dei singoli².

Venendo alla funzione sociale, balza evidente come, rispetto a contesti quali quelli del diritto di proprietà, dei contratti, del lavoro e dell'impresa, – ove il ricorso alla clausola generale della funzione sociale ha inteso mitigare l'originaria spiccata vocazione individualistica che li caratterizzava – con riguardo al diritto di famiglia il suo ruolo è stato decisamente differente ed anzi, a ben vedere, del tutto opposto, avendo le finalità sociali dell'istituto rappresentato proprio la giustificazione della compressione delle libertà individuali dei singoli membri del consorzio.

* Il lavoro è destinato agli studi in onore di Giovanni Furguele.

¹ In argomento M. SESTA, *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, II, 1998, p. 811; P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in G. FERRANDO – M. FORTINO – F. RUSCELLO (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, (dir. P. Zatti), I.1, *Famiglia e matrimonio*, II ed., Milano 2011, p. 22; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità ad oggi*, in «Rivista di diritto civile», 2013, pp. 1043 e 1287; ID., «Famiglia» e «famiglie» in Europa, *ivi*, p. 7.

² Sulla dialettica tra le molteplici prospettive G. FURGUELE, *Libertà e famiglia*, Milano 1979, *passim*, in part. p. 109 ss.

Non v'è dubbio, infatti, che da epoche remote e sino ad ora, la famiglia abbia rappresentato un'istituzione³, la cui funzione sociale è stata costantemente riconosciuta, enfatizzata e mai messa in dubbio. Nel pensiero tradizionale dei giuristi – che del resto rifletteva l'esperienza sociale dei tempi (da poco e non interamente) trascorsi – la famiglia costituisce la prima forma di società, nata al fine di soddisfare le esigenze primarie della persona, dalla nascita alla morte e la base della più ampia società civica e statale: essa quindi assolve una essenziale funzione sociale che, nel pensiero di alcuni studiosi, vale addirittura ad attrarre il diritto di famiglia nell'orbita del diritto pubblico⁴.

Già Cicerone sentenziava «nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae»⁵. Nel pensiero dell'Arpinate, la finalità sociale della famiglia ne costituisce l'essenza stessa ed è quella di costituire addirittura il fondamento della società civica e di preparare la persona a svolgere i compiti richiesti dallo Stato.

Il passo del *De Officiis* – invero ricondotto alla formula *matrimonium seminarium rei publicae*, benché il termine *coniugium* stia qui a significare l'accoppiamento sessuale piuttosto che il matrimonio, reso nel prosieguo del testo medesimo con il vocabolo *connubium*⁶ – riecheggia nel titolo

³ P. RESCIGNO, *Il diritto di famiglia a un ventennio dalla riforma*, in «Rivista di diritto civile», 1988, I, p. 109, spec. p. 117: «con un linguaggio che mutua la parola 'istituzione' non dalla terminologia tradizionale, dove sulla parola pesano ipoteche ideologiche che la rendono ambigua e pericolosa, ma dalle pagine di Ludwig Raiser che vede come istituzioni i momenti fondamentali della vita, quali il possesso, la promessa, il contratto, si vuol ribadire che, labili e precari anche quando si rivelano largamente diffusi e socialmente accettati, comunità e unioni extramatrimoniali sono istituti, mentre il matrimonio, pur contestato e ridimensionato e percorso da inquietudini, rimane l'istituzione».

⁴ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1953³, 2, p. 584, il quale esplicitamente afferma che la famiglia debba assolvere una funzione sociale, corrispettiva alla garanzia che lo Stato le accorda: «la famiglia ha a sua volta il dovere di adeguare la sua attività alla funzione sociale che le è propria». Al riguardo si vedano le argomentate critiche di P. RESCIGNO, *L'autonomia delle formazioni sociali nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Persona e comunità*, III, Padova 1999, p. 59, il quale osserva che «rimane l'innegabile 'sfondo' ideologico che ha le sue radici nella concezione 'pubblicistica' dell'istituto familiare».

⁵ M.T. CICERONE, *De Officiis*, libro 1, § 54.

⁶ CH.T. LEWIS – CH. SHORT, *A Latin Dictionary*, Clarendon Press, Oxford 1879 (= Oxford 1958), *ad v.* Questa particolare visione della famiglia appare soprattutto centrale nell'ideologia augustea anche se è certamente molto più antica. Oltre che alle puntuali ricerche di G. RIZZELLI, «*Stuprum*» e «*adulterium*» nella cultura augustea e la *lex Iulia de adulteriis* (Pap. 1 adult. D. 48,5,6,1 e Mod. 9 diff. D. 50,16,101 pr.), in «Bulettno dell'Istituto di Diritto Romano», 90 (1987), pp. 355-388, si può qui rinviare alle recenti

della prolusione tenuta da Antonio Cicu negli anni Venti per inaugurare quell'insegnamento bolognese del diritto civile che avrebbe impartito per trent'anni⁷; in essa, sviluppando argomenti già trattati nella monografia *Il diritto di famiglia* del 1914⁸, egli prende le mosse proprio dall'aforisma ciceroniano appena menzionato – che designa la famiglia quale cellula del corpo sociale, monade, nucleo irriducibile, unità organica, base, pietra angolare della società – per evidenziare il nesso tra società domestica e società politica, fra famiglia e Stato. Cicu sottolinea come la società familiare si differenzi dalle altre società di diritto privato che scaturiscono da un atto di autonomia privata. In esse, infatti, è garantita la libertà e l'autonomia di decidere del proprio interesse che, anche ove sia comune, resta sempre apprezzabile e tutelato nella dimensione individuale del privato. Diversamente, nella famiglia l'interesse di ciascun componente assume una valenza di interesse superiore, che trascende quello dei singoli individui, atteso che l'elemento su cui i rapporti familiari si fondano è quello del *dovere* e non quello del *diritto*. A differenza del contratto, il matrimonio si caratterizza per la sussistenza di un unico interesse superiore degli sposi che assorbe tutti gli altri interessi individuali siano essi contrapposti o comuni⁹.

Più in generale può dirsi che, nella visione dominante tra gli studiosi sino agli anni Cinquanta, pur nel panorama delle variegate posizioni dottrinali, la disciplina giuridica della famiglia, contrassegnata com'era dalla potestà maritale e patria, appariva fortemente 'funzionalizzata' alla tutela d'interessi 'superiori' ed ultraindividuali, cioè alle esigenze della società e dello Stato¹⁰.

2. La funzione sociale della famiglia nella Costituzione

Anche nella Costituzione la funzione sociale propria della famiglia, peraltro apertamente svincolata da prospettive statualistiche ed anzi ad

e assai suggestive considerazioni svolte da M. Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2015³, p. 191 ss.

⁷ A. CICU, *Matrimonium seminarium reipublicae*, in «Archivio giuridico», 85 (1921), p. 111, ora in *Scritti minori di Antonio Cicu: Scritti di teoria generale del diritto. Diritto di famiglia*, vol. 1, Milano 1965, p. 199.

⁸ A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma 1914, ristampa con lettura di M. Sesta, Bologna 1978.

⁹ CICU, *Il diritto di famiglia*, cit. nt. 8, *passim*.

¹⁰ M. SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da Tarello, VI, Bologna 1976, p. 419 ss., in part. pp. 443 ss.; P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale*, Milano 2011, *passim*.

esse manifestamente ostile, è di tutta evidenza. Ciò emerge, anzitutto, dalla stessa collocazione delle relative disposizioni nell'ambito dei rapporti etico-sociali, nonché dal tenore complessivo dell'articolo 29, che, a ben vedere, sembra riecheggiare il noto passo ciceroniano¹¹. Esso, infatti, singolarmente appare quasi rispecchiarsi nella formula della Costituzione che, appunto, riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Non può sfuggire come il termine natura – intorno al quale tanto si era dibattuto in sede di Assemblea costituente – campeggi proprio nell'aforisma ciceroniano, così come ivi compaia un esplicito riferimento alla società e – nella parte finale del passo – anche al matrimonio. Al punto che sembra che il Costituente abbia proprio parafrasato il più volte menzionato passo del *De Officiis*. Si osservi, invero, che Cicerone si riferisce anche ai *communa omnia*, così giungendo ad affermare che la famiglia si fonda, oltre che sul matrimonio, anche sul patrimonio, mentre l'art. 29 Cost. non contiene riferimenti di carattere patrimoniale. In questa prospettiva, si potrebbe pensare che il contenuto dell'art. 42, comma 4, Cost., che menziona, in maniera assai sfumata, la successione legittima – che alla famiglia intimamente si lega –, avrebbe potuto trovare una coerente collocazione in chiusura dell'art. 29 Cost.¹² È poi significativo che il comma secondo dell'art. 29 Cost., nell'enunciare il canone dell'eguaglianza tra gli sposi, ne consenta limitazioni «a garanzia dell'unità familiare», evidentemente proprio in considerazione della funzione sociale che la relazione giuridica coniugale è chiamata a svolgere, così testimoniando emblematicamente la primaria finalità superindividuale riconosciuta dall'ordinamento costituzionale alla famiglia.

¹¹ M. SESTA, *sub art. 29 Cost.*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano 2015³, p. 80 ss.; ID., *Persona e famiglia nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. SESTA – V. CUFFARO (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, p. XV; A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano 2013, p. 30. Per una ricostruzione storica del dibattito che accompagnò la formulazione dell'art. 29 Cost., PASSANITI, *Diritto di famiglia*, cit. nt. 10, p. 503 ss.; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit. nt. 2, p. 67 ss.

¹² Per una sintesi dei rapporti tra successioni e famiglia cfr. SESTA, *sub art. 42 Cost.*, in ID. (a cura di), *Codice delle successioni e donazioni*, Milano 2011, p. 3 ss., ove si rileva che, nonostante la collocazione della disposizione, nell'ambito della proprietà, «non siano i soli interessi proprietari ad investire a dimensione costituzionale del fenomeno successorio, ma anche i principi solidaristici di natura familiare, i quali si combinano o, più spesso, limitano la libera determinazione del disponente». Per lumeggiare la relazione che sussiste sul piano costituzionale tra vicenda ereditaria e relazioni familiari si è argomentato richiamando l'attività di conformazione della disciplina successoria ai principi costituzionali in materia di famiglia svolta dalla Corte costituzionale a partire dagli anni Sessanta (SESTA, *sub art. 42 Cost.*, cit., p. 7 ss).

Occorre sottolineare come il sostantivo società, che qualifica la famiglia, richiami quello di formazione sociale, cui si riferisce l'art. 2 della Costituzione¹³. Si scorge però un significativo profilo di differenziazione tra il disposto dell'art. 29 Cost. e quello dell'art. 2 Cost.¹⁴, perché mentre quest'ultimo sancisce espressamente la prioritaria tutela dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, che, in quanto tali, ricevono solo una tutela riflessa, l'art. 29 Cost., con specifico riguardo alla famiglia, non enuncia espressamente una consimile protezione dei diritti del singolo. Al contrario, la richiamata previsione di limiti al principio di eguaglianza tra i coniugi – che rifletteva l'originaria declinazione del rapporto coniugale dettata dal codice – sembra suggerire che il Costituente non avesse affatto considerato come prioritaria una consimile prospettiva di tutela individuale¹⁵. La formula costituzionale, nel riconoscere i diritti della famiglia quale società naturale fondata sul matrimonio, sembrava addirittura configurare un centro di interessi distinto da quello dei suoi membri, in qualche modo riecheggiando la teoria organicistica di Antonio Cicu, i cui contenuti del resto furono spesso richiamati, in sede costituente, specie da Giorgio La Pira¹⁶. Di tale concezione, depurata dei profili statalisti e collocata in una prospettiva comunitaria, si rinviene una tarda testimonianza anche nell'articolo 144 del Codice civile, nel quale si precisa che i coniugi concordano tra loro l'indirizzo della vita familiare secondo le esigenze di entrambi e quelle preminenti della famiglia stessa. Proprio queste ultime, invero, sembrano coincidere con quegli interessi della famiglia che tradizionalmente erano configurati come preminenti rispetto a quelli individuali dei coniugi.

¹³ FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit. nt. 2, p. 82, osserva che «la qualificazione costituzionale della famiglia» è «duplice»: quella di società naturale, che viene esplicitata dal legislatore e quella di formazione sociale che è implicita. L'A. scorge tra di esse un «rapporto, non certo di contraddizione e peraltro nemmeno di perfetta identità» nel quale il concetto di formazione sociale costituisce il *genus* e quello di società naturale la specie.

¹⁴ A. BARBERA, *sub art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1976, p. 50 ss.; A. MORRONE, *sub art. 2 Cost.*, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 11, p. 6 ss., in part. p. 39; FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, cit. nt. 2, p. 72.

¹⁵ C. GRASSETTI, *Principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, I, Firenze 1950, p. 283 ss., in part. p. 291; L. FERRI, *Il diritto di famiglia e la costituzione della Repubblica italiana*, in «Rivista trimestrale di diritto processuale civile», 1962, p. 112 ss. e in part. p. 123. È solo a partire dagli anni Settanta che l'art. 29 è stato collocato in una prospettiva più generale e messo in stretta correlazione con i principi enunciati dagli artt. 2 e 3 della Costituzione. Per una rinnovata lettura dell'art. 29 Cost. M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, cit. nt. 14, pp. 1 ss.

¹⁶ Un'analitica ricostruzione dei lavori della Costituente si legge in PASSANITI, *Diritto di famiglia*, cit. nt. 10, p. 501 ss.

Muovendo dalle disposizioni costituzionali e codicistiche appena richiamate è dunque possibile concludere che l'ordinamento riconosce alla famiglia una natura sociale che la rende unica nel novero degli istituti del diritto privato, nel quale sicuramente il Costituente l'ha collocata. Essa, infatti, è *in re ipsa* chiamata a svolgere una funzione sociale, il che la pone in una posizione distinta rispetto a tutti gli altri istituti privatistici. Istituti ai quali, peraltro, non è estraneo – specie nell'ottica del Costituente – il perseguimento di una funzione sociale accanto al soddisfacimento del diritto soggettivo del titolare.

3. *Dalla famiglia alla persona*

L'analisi della recente evoluzione dell'ordinamento giuridico, determinata da rilevanti e ripetuti interventi legislativi, nonché dal formarsi di orientamenti giurisprudenziali nazionali e sovranazionali, testimonia, tuttavia, che la disciplina giuridica della famiglia – proprio con riguardo alla sua funzione sociale – ha intrapreso un percorso esattamente inverso rispetto a quella degli istituti del diritto patrimoniale, quali la proprietà, il contratto, la responsabilità civile, i rapporti di lavoro e d'impresa. Infatti le regole degli istituti appena menzionati, originariamente concepite in un'ottica esasperatamente individualistica, sono state variamente influenzate e corrette grazie all'applicazione, con modalità costituzionalmente orientata, della funzione sociale, com'è testimoniato dalle Relazioni che mi hanno preceduto. Infatti, mentre nella tradizione dell'istituzione, riflessa nella Costituzione, la famiglia si configurava in sé come società, addirittura titolare di diritti propri riconosciuti dallo Stato, ed era chiamata a svolgere una fondamentale funzione etico-sociale, anche a costo di diseguaglianze tra i soggetti coinvolti, il percorso sviluppatosi, con enorme rapidità specie negli ultimi anni, è nel senso di una sempre maggiore valorizzazione degli interessi individuali dei membri della famiglia, degli individui *uti singuli*, apparentemente a scapito di quelli dell'istituzione familiare nel suo insieme, e, quindi, ridimensionandone la funzione sociale¹⁷.

La vicenda recente, infatti, si caratterizza per l'accentuata privatizzazione del diritto di famiglia, efficacemente sintetizzata nel passaggio «dal casato alla persona», evocato dall'incisivo titolo del libro di Encarna Roca, in cui si lumeggia l'emersione della tutela prioritaria dell'individuo rispetto a quella

¹⁷ M.R. MARELLA – G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari 2014, p. 41 ss.; ZATTI, *Tradizione e innovazione*, cit. nt. 1, p. 22 ss.

dell'istituzione¹⁸. Nell'esperienza italiana, questo fenomeno ha trovato il suo momento fondante nella caduta del principio dell'indissolubilità del matrimonio, poiché il divorzio consente a ciascuno dei coniugi di porre fine alla relazione matrimoniale e di dare corso ad altre famiglie nell'arco della propria vita¹⁹. Ad esso hanno fatto seguito molteplici mutamenti legislativi e giurisprudenziali tra loro eterogenei – questi ultimi spesso ispirati dalla giurisprudenza della Cedu²⁰ –, che hanno profondamente inciso sulla valenza dell'istituto matrimoniale e sul fondamento e sulla fisionomia della famiglia. Si pensi, in primo luogo, alla riforma attuata dalla l. 10 dicembre 2012, n. 219 e dal d. lg. 28 dicembre 2013, n. 154, che ha reso unica la condizione dei figli, disponendo il loro inserimento nelle reti di parentela dei genitori a prescindere dalla sussistenza tra loro del matrimonio (art. 74 c.c. e art. 258 c.c.)²¹, nonché ha generalizzato la regola secondo cui l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi i genitori, indipendentemente dal fatto che tra loro sussistano legami di diritto o di fatto²². I rapporti di filiazione sono stati dunque

¹⁸ E. ROCA I TRIAS, *Familia y cambio social: de la casa a la persona*, Madrid 1999.

¹⁹ La giurisprudenza è giunta ormai da tempo ad affermare l'esistenza nell'ordinamento di un diritto costituzionalmente garantito a porre fine all'unione matrimoniale entrata in crisi (Cass. 9 ottobre 2007, n. 21099, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 4.1 (2008), p. 519 con nota di L. LENTI, *Il criterio per valutare l'intollerabilità della convivenza: la cassazione abbandona le declamazioni ideologiche e disvela le regole operative*. Sulla famiglia ricomposta o ricostituita P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in «Familia» 2002, p. 1 ss.; G. BILÒ, *Famiglia ricostituita*, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 11, p. 2394; EAD., *I problemi della famiglia ricostituita e le soluzioni dell'ordinamento inglese*, in «Familia», 2004, p. 831; D. BUZZELLI, *La famiglia «composita». Un'indagine sistematica sulla famiglia ricomposta: i neo coniugi o conviventi, i figli nati da precedenti relazioni e i loro rapporti*, Napoli 2012; E. AL MUREDEN, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in «Famiglia e diritto» 2016, p. 966 ss.

²⁰ I riflessi delle decisioni della CEDU nell'ordinamento interno sono efficacemente descritti da M. BONINI-BARALDI, *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 11, *Addenda* di aggiornamento alla III ed., Milano 2015, p. 47); P. GIANNITI, *La CEDU e il ruolo delle Corti*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna-Roma 2015; J. LONG, *Le fonti di origine extranazionale*, in FERRANDO – FORTINO – RUSCELLO (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., nt. 1, p. 127 ss.

²¹ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in «Rivista di diritto civile», 2014, p. 4.

²² M. SESTA, v. *Filiazione (diritto civile)*, in «Enciclopedia del diritto. Annali», VIII, Milano 2015, p. 445; E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in «Famiglia e diritto», 2014, p. 466; E. AL MUREDEN – M. SESTA, *sub art. 315 bis c.c.*, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 11, p. 1150; A. MORACE-PINELLI, *I provvedimenti riguardo ai figli. L'affidamento condiviso*, in C.M. BIANCA (a cura di), *La Riforma della filiazione*, Padova 2015, p. 687 ss., in part. p. 718 ss.; P. SIRENA, *Il diritto del figlio minore di crescere in famiglia*, *ivi*, p. 119 ss; A.G. CIANCI,

funzionalizzati al perseguimento dell'interesse dei figli, tanto che è stato abbandonato il modello della potestà, sostituito con quello della responsabilità che ben si attaglia allo schema che privilegia l'interesse del minore, che è pur sempre individuale e non suscettibile di sacrificio in nome di un superiore interesse della famiglia²³. In breve, le nuove regole hanno radicalmente modificato la nozione di famiglia legale, che ora non appare più necessariamente fondata sul matrimonio, considerato che i vincoli giuridici tra i suoi membri dichiaratamente prescindono da esso, tanto che, come è stato scritto «sembra esservi una tendenza sempre più forte al superamento del matrimonio come luogo costitutivo degli *status*»²⁴. Sempre con riferimento alla perdita di rilevanza del matrimonio, occorre considerare i successivi interventi legislativi in materia di negoziazione assistita (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche dalla l. 10 novembre 2014, n. 162)²⁵ e di «divorzio breve» (l. 6 maggio 2015, n. 55, *Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi*)²⁶, i quali hanno rimosso e/o attenuato il controllo giudiziale sulla crisi del matrimonio e reso più celere il conseguimento del divorzio²⁷. Da ultimo, la l. 20 maggio 2016, n. 76 ha istituito e regolato l'unione civile tra persone dello stesso sesso ed ha dettato una disciplina delle convivenze di fatto²⁸, mentre rilevanti

La nozione di responsabilità genitoriale, *ivi*, p. 579 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in «Nuove Leggi Civili Commentate», 2014, p. 782 ss.

²³ DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità*, cit. nt. 22, p. 782.

²⁴ G. DALLA TORRE, *Famiglia senza identità?*, in «Justitia», 2012, p. 129.

²⁵ M. SESTA, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in «Famiglia e diritto», 2015, p. 295 ss.; M.N. BUGETTI, *La risoluzione extragiudiziale del conflitto coniugale*, Milano 2015, p. 15 ss.

²⁶ C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI e continuato da P. SCHLESINGER, *La crisi della famiglia*, II, Milano 2015, p. 41 ss.

²⁷ G. OBERTO, *sub art. 3*, l. n. 898/1970, in *Codice della famiglia*, cit. nt. 11, *Addenda di aggiornamento alla III ed.*, Milano 2015, p. 4 ss.

²⁸ M. SESTA, *La disciplina dell'unione civile tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in «Famiglia e diritto», 2016, p. 881; L. BALESTRA, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, *ibidem*, p. 919; M. Blasi, *La disciplina delle convivenze omo e eteroaffettive*, in AA. VV., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino 2016, 182; B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Padova 2016; G. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Giur. it.*, 2016, 1771; L. LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in «Famiglia e diritto» 2016, 931; E. QUADRI, «*Unioni civili tra persone dello stesso sesso*» e «*convivenze*»: *il non facile ruolo che la legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 893; M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, VII ed., Padova 2016, p. 207 e in part. p. 221.

decisioni giurisprudenziali sotto molteplici profili, hanno riconosciuto la rilevanza della figura del genitore sociale e, più in generale, dei legami familiari fondati sugli affetti, anche se vissuti in contesti relazionali non riconducibili allo schema dell'art. 29 Cost.²⁹, o addirittura contrari alle norme di legge³⁰. L'osservazione sistematica delle recenti riforme induce a concludere che, per quanto attiene alla relazione di coppia, si è passati dall'unico modello fondato sul matrimonio ad una pluralità di modelli ben differenziati tra loro, quali il matrimonio, l'unione civile tra persone dello stesso sesso, le convivenze, anagraficamente dichiarate o meno, tra persone etero od omosessuali; mentre, per quanto riguarda i figli, è accaduto esattamente il contrario, atteso che la l. 10 dicembre 2012, n. 219 ha abolito le partizioni che contrassegnavano il rapporto di filiazione a seconda che i genitori fossero, o meno, uniti in matrimonio. Il che, nel suo complesso, rappresenta un rovesciamento della prospettiva costituzionale caratterizzata com'è(r), da un lato, dalla connotazione della famiglia quale istituzione necessariamente fondata sul matrimonio e, dall'altro, dalla differenziazione della filiazione nel e fuori del matrimonio, che – proprio perché destinataria di ogni tutela giuridica e sociale compatibile con i membri della famiglia legittima – era ontologicamente differenziata da quest'ultima.

Nell'ordinamento attuale, pertanto, l'art. 29 Cost. sembra divenuto un fossile, cioè il resto di un organismo un tempo vivente, mentre il termine 'famiglia' non designa un modello unitario, ma è riferito ad una pluralità di relazioni, la cui natura familiare è data dalla sussistenza di legami di vario genere, quali: vincoli giuridici, come il matrimonio, l'unione civile, la stabile convivenza rientrando nella fattispecie regolata dall'art. 1 comma 36, l. 20 maggio 2016, n. 76, l'affinità, l'adozione; vincoli giuridici e biologici, come la filiazione nel e fuori del matrimonio, purché riconosciuta o dichiarata, e la parentela; vincoli meramente biologici, come la filiazione non riconosciuta. Infine anche i rapporti di fatto, come la convivenza non

²⁹ Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in «Famiglia e diritto», 2016, 1025, con nota di P. VERONESI, *La Corte di cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, con la quale è stata riconosciuta la possibilità di effettuare la c.d. *stepchild adoption* da parte della convivente omosessuale; Cass. 30 settembre 2016, n. 19599, in «De Jure», che ha attribuito efficacia in Italia all'atto di nascita straniero che indicava come madri di un minore due soggetti di sesso femminile; C. cost. 5 ottobre 2016, n. 225, in «De Jure», che, pur dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 337 ter c.c., ha sottolineato la necessità di garantire una continuità di relazioni con il minore anche con riferimento al rapporto instaurato con il c.d. genitore sociale. Sul punto v. C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e status della persona*, in «Rivista critica del diritto privato», 2015, p. 37.

³⁰ Emblematica sotto questo riguardo la sentenza della CEDU Paradiso e Campanelli C/ Italia.

rientrante nella fattispecie legale definita dall'art. 1, commi 36 e 37, l. 20 maggio 2016, n. 76 o le relazione che si creano nella famiglia ricomposta – in cui i *partner*, coniugati o conviventi di fatto, coabitano insieme ai figli nati da precedenti relazioni e a eventuali figli comuni –, quantomeno con riferimento ad alcuni profili, godono di tutela e, quindi, possono essere ricompresi nell'ambito delle relazioni familiari giuridicamente rilevanti.

Il passaggio dalla tutela dell'istituzione a quella dell'individuo, attuata – *nonostante* l'art. 29 Cost., testimonia come la forza della legge sia limitata, come anche la vicenda della legge sulla procreazione medicalmente assistita, conferma³¹. Gli approdi delle predette disposizioni, pur nella loro diversa valenza formale e di contenuto, palesano che la legge non ha in sé la forza per conformare ad un modello predeterminato la realtà sociale che intende disciplinare, ma che il diritto – specie il diritto vivente, come applicato e talvolta creato dei giudici – si comporti piuttosto come uno specchio che finisce per riflettere l'immagine di ciò che la mutevole realtà sociale gli pone innanzi: in breve, anziché conformare, esso risulta conformato dalla realtà effettuale. Il che persuade di come lo strumento giuridico, pur nella sua non trascurabile rilevanza, certo non sia sufficiente a dar vita a modelli familiari precostituiti.

4. Procreazione e funzione sociale della famiglia

In conclusione, tornando alla funzione sociale della famiglia e ancora una volta volgendo l'attenzione a quel passo di Cicerone che sembra averla per primo così efficacemente colta e delineata, si può affermare che lo scemare della *vis matrimonii* conduce a concludere che la prima forma di società – che continuiamo a chiamare famiglia – piuttosto che nel matrimonio (ri)trovi oggi il proprio fondamento nella procreazione come del resto avveniva in origine, se è vero che *prima societas in ipso coniugio* [accoppiamento] *est, proxima in liberis*. Una simile lettura appare confermata dalle disposizioni in materia di unicità dello stato di filiazione e di responsabilità genitoriale, atteso che i genitori hanno lo stesso statuto giuridico rispetto i figli indipendentemente dal fatto che siano coniugati e addirittura che convivano; in altri termini, quindi, perché vi sia *giuridicamente* famiglia non occorre il matrimonio, né che vi sia unità della casa e comunanza di beni³².

³¹ M. SESTA, *La procreazione medicalmente assistita tra legge, Corte costituzionale, giurisprudenza e prassi medica*, in «Famiglia e Diritto», 2010, p. 839.

³² SESTA, voce *Filiazione (diritto civile)*, cit. nt. 22, p. 449.

Gli attuali lineamenti della famiglia, pertanto, appaiono radicalmente modificati, al punto che, come è stato condivisibilmente osservato: «la tensione sulla società coniugale permane, ma sembra essersi spostata dal matrimonio alla famiglia, come centro di affetti e di tutela dei figli sino alla completa autonomia patrimoniale spostata sempre più avanti»³³.

Dunque non è più il matrimonio il *seminarium reipublicae*, quanto piuttosto – come ai primordi – il fatto della procreazione; del resto, come è stato scritto con efficacia, «l'indissolubilità del nucleo familiare, uno dei cardini del diritto di famiglia novecentesco nella declinazione italiana, è sopravvissuta al divorzio, ritagliandosi lentamente come risposta pesante ai problemi sollevati dalla leggerezza dei legami sentimentali divenuti flessibili se non informali, un pervasivo spazio culturale e sociologico aggrappato al giuridico rispetto al diritto dei minori alla stabilità affettiva anche all'interno di una post-famiglia resa indissolubile dalla filiazione»³⁴. In altri termini, come ha scritto uno studioso inglese³⁵, l'indissolubilità, in passato riferita al rapporto di coppia, si è trasferita al rapporto genitoriale: il rapporto tra coniugi cessa, ma ove essi siano genitori, non possono non continuare a relazionarsi tra loro per l'assolvimento degli ineludibili compiti di cura dei figli³⁶.

³³ PASSANITI, *Diritto di famiglia*, cit., nt. 10, p. 638.

³⁴ *Ivi*, p. 639.

³⁵ J. EEKELAAR, *The End of an Era?*, in S. KATZ – J. EEKELAAR – M. MACLEAN (edd.), *Cross currents, Family Law and Policy in the United States and England*, Oxford 2000, p. 649 ss.

³⁶ M. SESTA, in M. SESTA – A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit. nt. 25, *La crisi della famiglia*, III, Milano 2016, p. 42 ss.

Giovanni Chiodi

La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto

SOMMARIO: 1. Il diritto privato di ieri – 2. Liberalismo e giustizia sociale – 3. Giuristi del Novecento di fronte alla socializzazione il contratto – 4. Il contratto dall'ordine liberale all'ordine corporativo

1. *Il diritto privato di ieri*

«Il diritto privato di oggi si distingue dal diritto privato di ieri per ciò che in esso è assai più operante la considerazione di fini che sono sopra ordinati ai fini individuali: con tutto un nuovo e diverso orientamento delle regole, dandosi al diritto civile una configurazione diversa da quella del diritto civile anteriore»¹. Con queste parole, Filippo Vassalli presentava il codice civile nel 1942-1947. Esse attestano una svolta epocale del diritto civile che, nell'interpretazione del massimo responsabile della codificazione, segnavano uno spartiacque che coinvolgeva in modo rilevante anche la funzione del contratto.

Il codice civile del 1865, nel campo delle obbligazioni e dei contratti, aveva perseguito in modo ancor più incisivo la strategia che aveva caratterizzato il codice francese e i codici preunitari: apriva vasti spazi alla libertà di iniziativa economica, generalizzando la capacità giuridica e garantendo a tutti i cittadini l'accesso al mercato e al contratto su un piano di astratta uguaglianza formale, restando indifferente alle disparità esistenti nei rapporti sociali². Le sue disposizioni si dirigevano ad un soggetto unico di diritto e non riflettevano più le disuguaglianze e gli antagonismi della

¹F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, in Id., *Studi giuridici*, v. III, t. II, *Studi vari (1942-1955)*, Milano 1960, pp. 605-634, p. 633.

²P. CARONI, *Quelle continuité dans l'histoire du droit commercial?*, in *Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle*, Fribourg Suisse 1997, pp. 3-13, p. 5. Per l'esperienza italiana, si tratta di temi ampiamente approfonditi da P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano 2002; ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012.

società: regolavano gli scambi tra individui liberi e uguali³. Il contratto si presentava come uno strumento idoneo non solo a creare obbligazioni, ma anche a trasferire la proprietà. L'integrità del consenso era protetta attraverso l'azione di annullamento per errore, violenza e dolo. Alla libertà di contrattare corrispondeva, come da tradizione, l'intangibilità del vincolo contrattuale. Il codice ribadiva infatti il principio *pacta sunt servanda* riaffermando, all'art. 1123, con le parole di una formula antica ma sempre attuale, la 'forza di legge' del contratto: un precetto che, come mostrano i lavori preparatori, da regola morale fatta propria dalla legge allo scopo di rafforzare l'impegno preso dalle parti si era trasformata soprattutto in dovere del giudice di osservare scrupolosamente la volontà dei contraenti⁴. La responsabilità contrattuale aveva i contorni severi dettati dall'art. 1226, secondo cui il debitore era responsabile per inadempimento fino al limite estremo del caso fortuito, inteso come impossibilità oggettiva e assoluta

³ Su questo punto decisivo seguo l'interpretazione formulata da Pio Caroni con riferimento alle codificazioni civili ottocentesche, in molti contributi, tra i quali: «*Privatrecht. Eine sozialhistorische Einführung*, Zweite, unveränderte Auflage, Basel-Genf-München 1999, pp. 56-57, 64-65; ID., *Le lezioni catalane* [1993], in *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998, pp. 10-11 e *Il codice disincantato* [1991], *ivi*, 113-116; ID., *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel-Genf-München 2005, trad. ital. *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano 2009, pp. 196-198. Una vasta e puntuale rieditazione di questi temi si legge ora in ID., *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche*, Basel 2015, in particolare pp. 129-140 e in tutto il § 8.

⁴ Come afferma la Relazione Governativa, «il principio che informa in questa parte il Codice è quello della libertà lasciata ai contraenti di regolare le loro obbligazioni nel modo che meglio avviseranno, senza dare facoltà al Giudice di modificarle a sua volta sotto l'aspetto dell'equità» (*Relazione sul Progetto del terzo libro del Codice Civile presentato in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nella tornata del 26 novembre 1863*, n. 45, in S. GIANZANA, *Codice civile preceduto dalle Relazioni Ministeriale e Senatoria, dalle Discussioni Parlamentari, e dai Verbali della Commissione coordinatrice* ..., n. 145, p. 89). Chiarissima anche la *Relazione della Commissione del Senato sul progetto del Codice Civile del Regno d'Italia, presentato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nelle tornate del 15 luglio e 26 novembre 1863*, n. 45bis, *ivi*, n. 237, p. 311: «... ci è grato ravvisare nel progetto più fermamente e schiettamente applicato il principio della libertà piena delle convenzioni e dei patti, che costituiscono legge tra i contraenti, né consentono al magistrato facoltà di variare o modificarne i termini e gli effetti giuridici». I redattori del codice mostrano quindi chiaramente di interpretare l'art. 1123 come una regola che esalta la libertà contrattuale. Il punto di partenza del *Code civil* e della prima dottrina civilistica francese era invece ispirato, come noto, a tutt'altra concezione. Cfr. *ex multis*: J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 1996, che parla di libertà sotto sorveglianza (p. 32); J.-M. POUGHON, *Le Code civil*, Paris 1995², p. 86; L. Pfister, *Introduction historique au droit privé*, Paris 2004, p. 105; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico*, II, Milano 2005, pp. 577-579.

della prestazione non imputabile al debitore. Tale interpretazione avrebbe contribuito a rendere problematica anche in Italia l'ammissibilità sia della risoluzione sia della revisione dei contratti di durata per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Anche il codice italiano, tuttavia, al pari del *Code civil*, dava spazio a dimensioni diverse da quella puramente volontaristica. È vero che esso disciplinava un unico modello di contrattazione, che si presumeva avvenisse tra individui con 'simmetria' di potere contrattuale e che non dettava regole diverse a seconda dei differenti *status* dei contraenti (tranne che per donne e minori, contraenti deboli per eccellenza). Ma c'erano anche dei limiti oggettivi da rispettare, demandati al controllo giudiziale, che sarebbe errato sottovalutare e che ne smorzano la presunta unilateralità di visione. Vi erano dei vincoli di forma, anche se non diffusi. Agivano inoltre, come un polo oggettivo, istanze che si richiamavano alla buona fede, all'equità, ai buoni costumi, all'ordine pubblico.

Dal punto di vista dell'equilibrio economico delle prestazioni contrattuali, altro obiettivo non ignoto già al *Code civil*⁵ e ad altri codici ottocenteschi, il codice unitario, pur mancando di una norma generale, prevedeva una forma di controllo sull'entità del corrispettivo fissato dalle parti, tramite norme speciali che introducevano l'azione di rescissione che, nel diritto ottocentesco, era lo strumento tradizionale, ereditato dal diritto romano, per realizzare scopi di giustizia contrattuale. Il ministro Giuseppe Pisanelli, durante la stesura del codice, l'aveva difesa ed era riuscito nell'intento di mantenerla nel codice, così come essa era stata conservata anche nei codici preunitari⁶. Si trattava di un rimedio circoscritto, ma con un forte valore sul piano dei principi: significava infatti la possibilità di sindacare le scelte economiche dei contraenti da un punto di vista di

⁵ Cf. da ultimo Ph. JOUARY, *La lésion dans le Code civil de 1804. Étude sur l'influence du libéralisme économique sur le Code civil*, in «Droits», 41 (2005), pp. 103-122. Sulla giustizia contrattuale nel *Code civil* e nella dottrina francese sono da considerare le pagine di D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris 2012², pp. 416-423, 431-437, 482-504.

⁶ «... se si esamina la questione in astratto, guardandola solo dal punto di vista della teoria, potrà nella rescissione per causa di lesione scorgersi per avventura un inceppamento alla libertà e trovarsi qualche dissonanza tra le varie disposizioni che la regolano; ma che il diritto non essendo una semplice astrazione, ma espressione reale della vita concreta, ne avvenga che, secondo lo sviluppo della società, si mutino alcune sue determinazioni; e non è quindi a meravigliarsi, se svegliati nelle odierne società alcuni delicati sentimenti che non erano nemmeno presentiti nelle antiche, talune cose permesse o non proibite dalle leggi romane ripugnino oggi al nostro animo, né possano tollerarsi» (GIANZANA, *Codice civile*, cit. nt. 4, III, *Verballi della Commissione di Coordinamento*, Torino 1887, verbale n. 37, Seduta antimeridiana del 17 Maggio 1865, n. 9, p. 333).

etica materiale. Vero è che l'azione di lesione non era prevista per tutti i contratti e restava fuori dalla parte generale del contratto, nella disciplina della vendita immobiliare e della divisione, circondata di cautele, limiti e formalità. Nessun sindacato era possibile nel contratto di lavoro (che allora si chiamava locazione di opere), di locazione di immobili e fondi rustici, di locazione d'opera o appalto. Non si poteva sindacare la proporzione economica neanche nei contratti di mutuo, con riferimento al tasso degli interessi: ad essi non si estendeva il citato rimedio della rescissione ed anzi esistevano regole *ad hoc* sulla libertà degli interessi convenzionali, che sembravano del tutto ostative ad un intervento giudiziale di moderazione di eventuali squilibri economici. Al tempo della preparazione del codice il rischio dell'usura non era passato inosservato, ma era prevalsa l'idea che anche il denaro, come tutte le cose, dovesse avere un prezzo fissato liberamente dalle parti, con alcuni parziali correttivi. La dottrina e la giurisprudenza dominanti, in seguito, avrebbero considerato del tutto legittimi ed esigibili anche gli interessi usurari. Valeva lo stesso per la clausola penale, che non poteva essere ridotta dal giudice neanche su richiesta di parte.

Il codice, tuttavia, come si è già avuto occasione di sottolineare, non mancava di annoverare tra le fonti del regolamento contrattuale anche l'equità: un richiamo che, potenzialmente, avrebbe potuto rivelarsi decisivo: un polo etico suscettibile delle più svariate applicazioni e che invece, come vedremo, fu inteso in modo restrittivo dagli interpreti.

2. Liberalismo e giustizia sociale

Il liberalismo economico dei primi commentatori del codice civile si può definire ottimista. Per essi i principi fondamentali del diritto dei contratti erano la libertà di contratto e il rispetto della volontà dei contraenti. Non a caso Giorgio Giorgi scrisse che «il principio sommo di ragione posto a governo della materia contrattuale è la piena libertà dei contraenti, così nel determinare il valore delle cose commutabili, come in tutto ciò che attiene al loro interesse privato»⁷. I primi civilisti pertanto elogiarono la libertà degli interessi, ritenuta da Francesco Borsari «la più ardita innovazione del Codice italiano»⁸. Malgrado la smaccata e riconosciuta

⁷ G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, IV, Seconda ed. emendata ed accresciuta, Firenze 1886, n. 157, p. 151.

⁸ F. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, IV, parte seconda ed ultima, Torino 1881, p. 153.

contraddizione con i principi generali del contratto, essi approvarono di massima anche le ragioni che avevano condotto al mantenimento nel codice dell'azione di rescissione della vendita immobiliare, che era incentrata sulla sola disuguaglianza economica delle prestazioni. Il contratto di vendita immobiliare, infatti, appariva dotato di una funzione sociale che giustificava la limitazione della volontà delle parti. Il rimedio, peraltro, era considerato eccezionale e di portata limitata.

Fuori da questa eccezione, riemergeva il favore per la libertà di contratto. Non a caso i giuristi condivisero un'interpretazione rigorosa delle norme sulla responsabilità contrattuale⁹ e neutralizzarono, mutuando tesi transalpine, il rinvio all'equità, contenuto nell'art. 1124, negando al giudice il potere di invocare l'equità allo scopo di modificare o disapplicare le eventuali clausole inique di un contratto, riducendo così la funzione dell'equità a fonte suppletiva e mai correttiva delle obbligazioni. I civilisti postunitari sorvolarono inoltre sul problema dei salari iniqui nei contratti di lavoro¹⁰.

La strategia messa in atto dai primi commentatori postunitari si proponeva di giustificare il diritto dei contratti dimostrando la piena consonanza tra il codice civile e i principi universali e immutabili di *ragione*, che proclamavano la libertà contrattuale, il rispetto della volontà dei contraenti, la neutralità rispetto agli antagonismi sociali. A questi postulati universali di ragione, almeno di norma, il legislatore non poteva che prestare il suo ossequio. L'enfasi cadde sulla libertà per tutti e sull'assenza di vincoli. Si riteneva che il diritto delle obbligazioni fosse fondato su principi secolari, atemporali, di matrice romanistica, anche se gli interpreti non lessero il codice solo in una prospettiva di continuità e si dimostrarono consapevoli che il principio tradizionale della libertà contrattuale corrispondeva anche alle esigenze dell'economia moderna. Dominava, comunque, una compattezza fiducia nel diritto privato comune e uguale per tutti i contraenti e per tutti i contratti.

Alla fine dell'Ottocento, anche in Italia il codice civile finì nel mirino delle critiche sociali¹¹.

⁹ Da ultimo G. CHIODI, *Inadempimento, responsabilità contrattuale e rischio d'impresa nel primo Novecento*, in «Contratto e impresa», 4-5 (2015), pp. 885-927.

¹⁰ G. CAZZETTA, *Il lavoro*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Roma 2012, pp. 422-429.

¹¹ Al fenomeno ha dedicato pagine importanti G. CAZZETTA, di cui cf. ad es. *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro tra Otto e Novecento*, pp. 27-65, con ampia bibliografia. Da tenere presente ora S. SOLIMANO, *Un secolo giuridico (1814-1916). Legislazione, cultura e scienza del diritto in Italia e in Europa*, in P. ALVAZZI DEL FRATE – M. CAVINA – R. FERRANTE – N. SARTI – S. SOLIMANO – G. SPECIALE – E. TAVILLA, *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Torino 2016, pp. 319-387, pp. 364-368.

Dopo un decennio, il mito del diritto nazionale codificato e l'esigenza politica di ribadire una comune appartenenza nazionale cedettero il passo al disinganno. La prima svolta si ebbe tra gli anni Settanta e Ottanta quando la civilistica post-unitaria «scoprì l'Italia» e si incrinò il «mito del Codice». Per quanto concerne il contratto, a finire sotto attacco fu l'individualismo, ora definito egoistico, del diritto dei contratti e più in generale l'astrattezza del diritto privato. La prima rottura dell'armonia liberale passò dunque attraverso la critica al diritto delle obbligazioni.

La disuguaglianza economica e sociale delle parti ed il possibile abuso della libertà contrattuale non erano stati presi in considerazione dal codice. Ora le sue regole, in una società industriale in trasformazione, potevano essere usate per sopraffare le parti più deboli del contratto. Il contratto, alla fine dell'Ottocento, incominciò quindi ad essere visto come uno strumento la cui funzione sociale non consisteva più solo nel soddisfare interessi individuali. La rappresentazione ufficiale fu avvertita ora come troppo assoluta e non conforme alla complessità della società industriale.

Il nuovo diritto dei contratti che si profilava nelle aspirazioni di una parte della dottrina, tuttavia, non doveva implicare il ritorno all'onnipotenza dello Stato, ma solo il contemperamento tra individuo e società, tra libertà e solidarietà. Si sosteneva che il legislatore dovesse intervenire per rimediare allo sfruttamento delle parti deboli, attenuando la disparità di potere contrattuale e moderando le disparità sociali. Lo Stato veniva caricato di nuovi compiti sociali, se ne configurava un nuovo tipo di azione, un vasto campo di legislazione sociale deputato a mantenere l'equilibrio e l'armonia dell'organismo sociale.

Si tratta di un percorso di lungo periodo, che in Italia diede avvio alla prima riflessione sul diritto privato sociale, ad opera di intellettuali, giuristi e non, di varia estrazione e cultura. Tra questi spiccano i nomi di Enrico Cimbali e Giuseppe Salvio. Si fece un elenco dei difetti sociali del codice. Si individuaron soggetti deboli da tutelare con norme *ad hoc*: operai, donne e bambini lavoratori, figli illegittimi, donne coniugate. Si mise l'accento sulle diversità e si chiesero norme inderogabili, invocando l'intervento dello Stato. Si formularono quelli che avrebbe dovuto essere gli obiettivi di un nuovo «diritto privato sociale», incardinato in un futuro nuovo codice civile, indicando alla scienza e al legislatore una strada da percorrere, attraverso leggi speciali per categorie di soggetti, discipline speciali che non intendevano scalfare la libertà contrattuale, ma limitarla. Si stilò un programma di riforme sociali.

La libertà contrattuale mostrava il suo lato oscuro: senza contrappesi, essa poteva trasformarsi in libertà oppressiva e non benigna. Le riforme

auspicate non identificavano sempre in maniera precisa gli strumenti giuridici idonei a soddisfare le aspirazioni di socialità. Era così soprattutto nel campo del contratto di lavoro subordinato, dei contratti agrari, dei nuovi contratti tra imprenditore e consumatori o utenti dei servizi. Si manifestava però un disagio e si smuovevano le acque. Il che non era poco, se si pensa al liberalismo fiducioso che aveva contrassegnato l'elaborazione della prima civilistica. In questo periodo si pose anche il problema di individuare gli strumenti con i quali socializzare il contratto. Attraverso leggi speciali, eventualmente frantumando l'astratta unità civilistica, o attuando la revisione dei codici? In ogni caso, questo appello insistente all'intervento del legislatore mise in crisi i tradizionali confini tra pubblico e privato. Sullo sfondo, all'orizzonte, veniva fatto intravedere, nell'evoluzionismo che connotava questi giuristi, l'alba di un nuovo ordine sociale.

Quando nacquero i primi sistemi italiani ispirati alla pandettistica, in realtà essi perpetuarono, in forme più raffinate, l'individualismo borghese che era stato proprio anche dei primi commentatori italiani del Codice. Essi ribadirono infatti su base più solida i principi tradizionali del diritto privato individualista e ne affidarono la prudente trasformazione alla scienza giuridica, la quale tuttavia operò con la certezza che il principio della libertà di contratto potesse essere limitato, ma non cancellato o esaurato in nome dell'interesse sociale, e con la convinzione che il diritto dei contratti fosse e dovesse restare, nel suo nucleo essenziale, un diritto 'individuale', al servizio di fini individuali e non potesse essere 'socializzato' oltre un certo limite.

Anche taluni precursori del metodo pandettistico furono sensibili al mutamento sociale, avvertirono la necessità di operare aggiornamenti alla concezione classica di contratto e furono favorevoli ad operare riforme nel segno di una maggiore solidarietà sociale: tra questi, due fra i maggiori esponenti di fine secolo, quali Emanuele Gianturco e Nicola Coviello, rispettivamente maestro e allievo. Essi ripudiavano entrambi il socialismo, ma erano anche lucidi critici dei difetti 'sociali' del codice civile¹². Si arrestarono però alla *pars destruens*, invocando per il resto l'intervento legale, perché convinti che il diritto privato codificato, d'ispirazione individualistica, non consentisse ulteriori margini di manovra all'interprete e che solo il legislatore potesse intervenire allo scopo di «socializzare» o «moralizzare» il diritto dei contratti. Guardavano più al legislatore che al giudice.

¹² E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, in Id., *Opere giuridiche*, II, *Teoria generale. Scritti varii-Successioni-Obbligazioni*, Roma 1947, III, pp. 262-286; N. COVIELLO, *Dell'equità ne' contratti*, estr. da *Studi Napoletani* del 15 e 31 dicembre 1895, Napoli 1896.

È nei pandettisti della generazione successiva che è possibile riscontrare un'evoluzione nella strategia liberale dominante: alcuni di essi ritennero infatti che l'interprete potesse trovare all'interno del sistema del codice civile, nel diritto comune quindi, gli strumenti adatti per risolvere il problema dell'abuso della libertà contrattuale, e così preservare il sistema liberale dall'assalto delle leggi speciali e dal temuto avvento di un nuovo ordine sociale. Ma si trattava, per l'appunto, sempre e comunque di strategie interne al diritto privato individuale, tali da non sovvertire il sistema e la sua ispirazione di fondo.

3. *Giuristi del Novecento di fronte alla socializzazione il contratto*

Agli inizi del Novecento emerge in tutta la sua importanza il problema dell'abuso della libertà contrattuale, dando luogo a reazioni diverse¹³.

Per quanto concerne i contratti civili individuali, e quindi nel quadro del paradigma ricevuto dalla tradizione, ovunque in Europa ci si interroga a vario titolo sui rimedi esperibili contro l'abuso dello stato di bisogno o di altre forme di debolezza, specialmente nella stipulazione di interessi usurari. In questo campo l'alternativa è tra chi imposta la questione in modo oggettivo e chi la risolve in un'ottica soggettiva: nel primo caso, ed è la soluzione accolta dal § 138 del BGB, il rimedio è un'azione di nullità del contratto usurario per contrarietà al *buon costume*; nel secondo caso, è un'azione di rescissione del contratto, basata sull'abuso dello stato di bisogno o di altre situazioni di debolezza della vittima, come nell'art. 21 del codice delle obbligazioni svizzero del 1912¹⁴. Entrambe le alternative, da angolature diverse, erano interne al sistema. In modo evidente ciò è vero per chi si propone di utilizzare le disposizioni che tutelano l'integrità del consenso. Ma anche chi prospettava il rimedio della nullità del contratto, a ben vedere, non si poneva al di fuori delle coordinate del diritto privato liberale e individuale perché, come è stato giustamente notato, il § 138 BGB si conciliava benissimo con un «liberalismo eticamente fondato»¹⁵ e

¹³ Su questi temi mi permetto di rinviare alle considerazioni espresse in G. CHIODI, *La giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Milano 2009.

¹⁴ Il rimedio nasce in un contesto repubblicano e corrisponde ad una concezione di diritto privato sociale che è stata state attentamente studiata da P. CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)*, in «Quaderni fiorentini», 40 (2011), pp. 265-302, e ora ID., *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit. nt. 2, pp. 156-157.

¹⁵ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967², trad. ital. *Storia del diritto privato moderno con*

con una «etica individuale della volontà e della libertà»¹⁶.

Le due opzioni si presentano e si contrappongono, in un serrato confronto, anche nell'esperienza italiana, nella vigenza del codice del 1865. Alcuni giuristi sostengono l'ammissibilità dell'estensione delle norme sulla violenza, altri ritengono più appropriato parlare di nullità del contratto per contrarietà al buon costume. Lodovico Barassi, ad esempio, pandettista e padre del diritto del lavoro, civilista liberale che non può essere sospettato di simpatie socialiste, dichiara che anche nel sistema del codice civile lo squilibrio economico delle prestazioni è irrilevante fino a quando non sia l'effetto di un'anomalia soggettiva. L'abuso viola il principio dell'autonomia privata, che non è assoluto, e rende il contratto immorale. I contratti eccessivamente sproporzionati dal punto di vista economico, purché siano il frutto di un'anomala pressione sul contraente, anomala dal punto di vista della società e della coscienza sociale, sono da considerarsi nulli, come lo sono per il § 138 del BGB¹⁷. È in questo periodo che si afferma l'idea che il diritto civile debba reagire allo sfruttamento dando rilievo allo squilibrio economico solo in ipotesi tipiche di anomala pressione sul contraente.

Nella riflessione civilistica intorno agli strumenti adatti a contrastare l'egemonia del più forte nel rapporto contrattuale si delinea agli inizi del Novecento una prospettiva che si rivelerà decisiva: il diritto civile liberale cerca al suo interno i mezzi per reagire allo sfruttamento della posizione dominante di uno dei contraenti, dando rilievo allo squilibrio economico delle prestazioni solo in quanto esso sia il prodotto di un abuso o l'effetto di una pressione subita dalla controparte.

Il problema dell'eccessiva onerosità sopravvenuta dei contratti di durata, soprattutto nel corso della prima guerra mondiale, determina un ripensamento delle regole sulla responsabilità contrattuale e del principio

particolare riguardo alla Germania, a cura di U. Santarelli e S. A. Fusco, II, Milano 1980, pp. 195-197, in part. p. 196.

¹⁶ F. WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe 1953, anche in ID., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt am Main 1974, trad. ital. *Il modello dei codici civili classici e lo sviluppo della società moderna*, in ID., *Diritto privato e società industriale*, Introduzione di G. Liberati, Napoli 1983, pp. 25-31, in part. p. 29, 36, 38. V. anche ID., *Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen*, Karlsruhe 1960, trad. ital. *Diritto civile e mutamento sociale*, *ivi*, pp. 61-62.

¹⁷ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, Seconda edizione interamente rifatta, Milano 1917, pp. 360-419; ID., *Giusto salario e salari anormali. Contributo al concetto di equivalenza nei contratti onerosi di scambio*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», XV (1917), I, pp. 1-35. Cf. CHIODI, *La giustizia contrattuale*, cit. nt. 13, p. XXI.

pacta sunt servanda. Si respinge la teoria della responsabilità oggettiva dell'imprenditore per rischio d'impresa e si invoca più flessibilità nella valutazione dello sforzo debitorio nel quadro di un'economia di mercato colpita da crisi finanziarie e da eventi bellici. Anche qui, nel silenzio del codice, le vie sperimentate per raggiungere l'obiettivo dell'equilibrio delle prestazioni contrattuali, sconvolto da sopravvenuti eventi impreveduti e imprevedibili, sono varie.

Alcuni autori propongono una lettura più elastica delle norme sulla responsabilità contrattuale. Altri ritengono che i contratti di durata sottintendano una clausola risolutiva *rebus sic stantibus*, argomentando dai principi generali sul consenso, ricorrendo ad una finzione di volontà. Altri ancora basano la risoluzione del contratto sull'equità, il cui uso era autorizzato dall'art. 1124, dando così un fondamento oggettivo al rimedio. In questi casi, il riferimento, più che alla buona fede nei contratti, è all'equità intesa come istanza di natura etica e sociale. Per i giuristi che fanno leva, in Italia come altrove, su questa argomentazione, l'eccessiva onerosità rientra nei casi in cui il giudice è chiamato ad esercitare i suoi poteri equitativi per evitare che il creditore approfitti della situazione più gravosa in cui versa il debitore. Il rapporto obbligatorio, in altri termini, si configura come un rapporto sociale di collaborazione alla realizzazione dei reciproci interessi. Altri fanno riferimento alla teoria della presupposizione, la cui elaborazione aveva interessato soprattutto la pandettistica tedesca. In tutti questi casi, comunque, i giuristi che supportano queste soluzioni si segnalano per l'intento di assegnare al giudice un compito nuovo: quello di riequilibrare il rapporto tra le prestazioni compromesso rispetto all'originaria economia contrattuale. La giurisprudenza italiana, a differenza di quella civile francese in materia di *imprévision*, è ricchissima di decisioni aperte alla rilevanza della sopravvenienza, anche se non mancano le posizioni negative che rendono il quadro incerto e controverso. La civilistica, viceversa, si mantiene generalmente su posizioni di estrema prudenza, che spiegano il silenzio del progetto italo-francese su questo aspetto fondamentale del nuovo diritto delle obbligazioni.

Una nuova apertura al sociale è segnata dall'avvento di nuovi paradigmi di contratto: il contratto collettivo, il contratto-tipo, il contratto di adesione. Prospettive nuove si aprono nel campo della tutela del contraente nei contratti commerciali (trasporto, assicurazione ecc.), che sono ormai contratti standard d'impresa o *contratti di adesione*, secondo la fortunata nomenclatura di Saleilles, conosciuta anche in Italia. Al dibattito partecipano civilisti e commercialisti: questi ultimi ancora più coinvolti nell'elaborazione della disciplina dei nuovi interessi di categoria. Lo Stato aveva abbandonato il suo

«agnosticismo» scrive ad esempio Tullio Ascarelli nel 1936¹⁸.

I giuristi italiani sono nel complesso concordi sulla natura contrattuale dei rapporti nascenti dalla stipulazione di contratti standard e ciò contribuisce a mantenere il fenomeno nell'orbita del diritto dei contratti. Sono discordi invece sui possibili mezzi di tutela del contraente debole. Si avvia anche in Italia una discussione che prende in esame varie alternative. La soluzione che fa perno su norme inderogabili, che proibiscano specifiche clausole vessatorie, ottiene numerosi adesioni. Molto controversa invece è l'ipotesi della tutela giudiziale, che comporta di affidarsi ai poteri discrezionali del giudice, con una gamma di interventi che va dall'interpretazione delle clausole ambigue in senso favorevole all'aderente fino al potere di invalidare le clausole vessatorie contrarie alla buona fede oggettiva. Chi sostiene questa soluzione fa osservare che la legge non può prevedere la totalità delle insidie e che solo il giudice può ricostruire in concreto l'operazione economica in tutti i suoi aspetti¹⁹. La dottrina italiana però è generalmente avversa a qualsiasi tipo di soluzione giudiziale che possa infirmare la validità del consenso prestato dall'aderente. Se la tutela giudiziale basata sui vizi del consenso è la via privilegiata dalla giurisprudenza, la tesi pionieristica che propone di valorizzare la clausola generale di buona fede, non solo per interpretare ma anche per invalidare clausole abusive, è sostenuta con decisione solo da Lorenzo Mossa, il cui pensiero²⁰ merita di essere riscoperto per la sua originalità, nel panorama di quel tempo, anche nel campo della giustizia contrattuale²¹. È palese l'intento dei commercialisti più innovativi, come Mossa in Italia, di risolvere il problema dei contratti standard contrassegnati dalla disparità di forza economica dei contraenti forzando le tradizionali categorie civilistiche nella direzione di quello che oggi, efficacemente, è stato chiamato 'solidarismo

¹⁸ T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale, Introduzione*, terza ed. riveduta ed ampliata, Roma 1936, p. 21.

¹⁹ Sono le stesse argomentazioni che vengono impiegate anche oggi da molti giuristi europei: v. ad es. H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford 1999, 11, *Unfair Contracts*, p. 267.

²⁰ Già oggetto di importanti riflessioni da parte di P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in «Quaderni fiorentini», 28 (1999), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, II, pp. 999-1038; G. CAZZETTA, *L'autonomia del diritto del lavoro nel dibattito giuridico tra fascismo e repubblica*, *ivi*, I, pp. 511-629, pp. 550-562, anche in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2007, pp. 171-287; I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano 2007, pp. 340-359, 393-454.

²¹ G. CHIODI, *Un pioniere della giustizia contrattuale: Lorenzo Mossa e i contratti di adesione*, in «Quaderni fiorentini», 45 (2016), pp. 249-293.

ermeneutico²², e in ogni caso attribuendo un ruolo essenziale al giudice, non sostituibile neanche dalla normazione corporativa. Alberto Galizia, un allievo di Gianturco, qualche anno prima si era invece espresso a favore della nullità per violazione del buon costume²³. Il resto dei giuristi, e in particolare Alberto Asquini che ha molta voce in capitolo nelle riforme del regime, preferisce ricorrere allo strumento della nullità delle clausole vessatorie per contrarietà a specifiche norme imperative e inderogabili *ad hoc*, come quelle inserite nei progetti di codice di commercio che si vanno elaborando.

Altri ancora ripongono fin dagli inizi del ventesimo secolo grande fiducia nella contrattazione per gruppi, cui il corporativismo prometteva di aprire vasti scenari. Ed infatti negli anni Trenta avanza anche una differente soluzione del problema della tutela degli aderenti, affidata alle norme corporative, viste come fonte di un nuovo diritto sociale. Anche Cesare Vivante, il cui pensiero fu sempre coerentemente ispirato al liberalismo e al solidarismo sociale, afferrò il senso di quest'innovazione e ne immaginò le applicazioni nel campo dei contratti-tipo (contratti normativi contenenti le condizioni generali di contratto che le imprese intendevano osservare nei loro contratti individuali). È tuttavia ancora a Lorenzo Mossa (che merita per questo di essere considerato erede legittimo di Vivante) che si deve il disegno più moderno e completo di un diritto privato sociale attento a non sacrificare le esigenze dell'autonomia privata allo statalismo più rigido.

La civilistica europea più attenta percepisce da questi segni l'avvio di una nuova fase del diritto dei contratti che Louis Josserand, riflettendo su alcuni percorsi legislativi e giurisprudenziali, in un articolo pubblicato anche in italiano sulla «Rivista di diritto civile» nel 1934, chiama di regolamentazione del contratto o di dirigismo contrattuale da parte dei pubblici poteri (espressione che ricomprende parlamento, governo, magistratura)²⁴.

Il giudizio su queste ingerenze statali nell'autonomia privata, prima impensabili, è differenziato a seconda dei tipi di intervento. Josserand è

²² A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, v. II, *Tecnica*, Torino 2015, p. 582.

²³ A. GALIZIA, *Industrialismo e nuove forme contrattuali*, Conferenza tenuta al 'Circolo Giuridico' di Napoli, Napoli 1910, pp. 23-24, con citazioni di Saleilles e Dereux.

²⁴ L. JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, in «Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence», 1933, *Chronique*, pp. 89-92, trad. it. *Considerazioni sul contratto "regolato"*, in «Archivio giuridico Filippo Serafini», IV s., XXVIII (1934), pp. 3-21. Sul suo pensiero cf. J.-P. CHAZAL, *L. Josserand et le nouvel ordre contractuel*, in «Revue des contrats», 2003, p. 325 ss.; ID., *La protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis republicain*, Colloque sur la pensée de Josserand, Lyon, 21-22 mars 2013 (on line: SciencesPo, École de droit).

favorevole alla moltiplicazione dei divieti presidiati da norme imperative, ma solo quando si tratti di proteggere il contraente debole. È altresì favorevole all'intervento dei pubblici poteri quando si tratti di ricondurre ad equilibrio le prestazioni contrattuali, ma solo entro certi confini. Il giurista lionese, infatti, non approva la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, perché essa indebolisce la forza obbligatoria del contratto e mina alle radici il principio *pacta sunt servanda*: in questi casi, «il legislatore moderno interviene, non già come i suoi predecessori, per assicurare il rispetto delle convenzioni, ma per ammetterne e, si sarebbe tentati di dire, per incoraggiarne la trasgressione». Egli parla di «accordo paradossale tra il legislatore e il debitore» per non rispettare il contratto» e scrive allarmato che «la legge contrattuale subisce una eclissi, in nome di un interesse superiore»²⁵.

Josserand opera negli anni Trenta, un'epoca in cui i vincoli all'autonomia privata si sono moltiplicati, quasi soffocando l'interesse privato in nome di interessi generali. L'intervento dello Stato nell'economia è una realtà già da molto tempo, ha subito una forte accelerazione durante la prima guerra mondiale e contrassegna la politica generale di tutti i paesi industriali. La tendenza a ridurre i margini dell'autonomia privata, come effetto del crescente intervento dello Stato nell'economia, viene notata in Italia dalla civilistica già nel primo dopoguerra, ad esempio da Filippo Vassalli e Francesco Ferrara.

Durante il fascismo, le risalenti istanze di giustizia sociale e di solidarietà sociale confluiscono nell'idea dello Stato corporativo, alternativo a quello liberale e socialista. Ora non si parla più semplicemente di solidarietà sociale, ma di solidarietà corporativa, mentre la democrazia sociale, di cui erano tributarie precedenti prospettive, è un'ideale ormai definitivamente tramontato. La Carta del Lavoro e la legislazione in materia di lavoro e corporazioni sono i documenti che permettono di leggere la svolta che si va compiendo. La libertà di iniziativa economica e l'autonomia privata sono garantite, ma nello stesso tempo controllate dall'alto. Il contratto deve corrispondere a scopi anche di utilità sociale, sotto la stretta supervisione dello Stato.

²⁵ JOSSERAND, *Considerazioni sul contratto*, cit. nt. 23, pp. 12-13. Cf. anche ID., *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, in «Revue trimestrielle de droit civil», XXXVI (1937), pp. 1-30. Di diverso avviso, su questo punto, Georges Ripert, in molti contributi di quegli stessi anni, tra i quali restano fondamentali le considerazioni svolte nel volume *La règle morale dans les obligations civiles*, Deuxième éd., Paris 1927, pp. 135-162, e M. PLANIOL – G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, Obligations*, première partie, Paris 1930, pp. 545-559.

Un denso contributo di Emilio Betti nel 1941 delinea la mappa degli interventi desiderati nel libro quarto delle obbligazioni, in fase di avanzata gestazione²⁶. Egli prefigura un modello di diritto delle obbligazioni che vuole essere radicalmente distante da quello liberale, per la necessaria subordinazione dell'interesse del singolo all'interesse della società nazionale; un regime contrattuale che deve sottostare alle limitazioni ritenute essenziali all'affermazione dell'interesse unitario e dell'economia nazionale; in connessione sempre più stretta tra diritto pubblico e privato; espressione di un'economia regolata e diretta dallo Stato, che coordina gli interessi individuali in un armonico e coerente sistema di solidarietà in cui tutti gli operatori economici sono insieme disciplinati, protetti ma in definitiva subordinati all'interesse pubblico.

Il fenomeno ha un significato importante. Le tendenze solidali di un tempo ritornano, ma non in tutti gli autori con la stessa fisionomia, e soprattutto inserite in un quadro politico di riferimento che non è più quello dell'economia liberale e della democrazia, di cui si assume il fallimento e si predica il necessario superamento. L'uomo economico dei primi codici si è trasformato nell'uomo corporativo.

Il problema ora non è più quello di giustificare la riduzione dei poteri del proprietario e dei contraenti – un risultato che, come afferma Widar Cesarini Sforza nel 1937, appare un'inevitabile conseguenza della definizione di interessi che non sono più solo individuali ma collettivi²⁷ – ma di trovare un limite alla funzionalizzazione della proprietà e del contratto.

4. *Il contratto dall'ordine liberale all'ordine corporativo*

Il nuovo libro IV delle obbligazioni, in tutta questa vicenda, non è più la fotocopia del vecchio codice liberale-borghese e intende distaccarsi

²⁶ E. Betti, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, Adunanza del 29 maggio 1941, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, Milano 1940-41. Questo fondamentale scritto è stato da ultimo valorizzato da M. BRUTTI, Vittorio Scialoja, Emilio Betti. *Due visioni del diritto civile*, Torino 2013, pp. 85-190, 124-136; Id., *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in I. BIROCCHI e L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, Roma 2015, pp. 63-102, pp. 95-96. Degli altri interventi coevi di Betti è opportuno tenere conto delle opinioni espresse nell'articolo *Il quarto libro nel progetto del codice civile italiano*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», XXXVI, p. I (1938), pp. 537-570.

²⁷ W. CESARINI SFORZA, *Libertà contrattuale e ordine corporativo*, in «Il diritto del lavoro», XI, 1937, I, pp. 305-312, anche in Id., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano 1942, pp. 209-224.

anche dalla cultura individualistica che aveva ispirato il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti²⁸, come dimostrano le dichiarazioni programmatiche di Filippo Vassalli ed Emilio Betti.

La solidarietà corporativa è un filo rosso che ispira moltissime disposizioni. I principi generali della Carta del lavoro e le norme corporative (intese in senso ampio, come comprensive anche delle ordinanze corporative, degli accordi economici collettivi e dei contratti collettivi di lavoro) fanno irruzione tra le norme regolatrici delle obbligazioni. Si comprende inoltre l'ordine corporativo nell'ordine pubblico e ciò influisce sul concetto di causa illecita.

La solidarietà corporativa diviene fonte di nuovi doveri di comportamento tra i contraenti o tra i soggetti del rapporto obbligatorio e da essa viene fatto discendere l'obbligo di comportarsi secondo correttezza e secondo buona fede. «Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, in relazione ai principi della solidarietà corporativa», declama l'art. 5 del progetto IV-bis dell'aprile 1941. La buona fede è inoltre richiamata in tema di adempimento del debitore, di trattative e responsabilità precontrattuale, di esecuzione del contratto, di interpretazione del contratto. Rilevanti novità caratterizzano quest'ultimo campo, mediante l'aggiunta di nuove direttive ermeneutiche per il giudice. Nell'interpretazione soggettiva del contratto «la comune intenzione delle parti deve essere interpretata nel senso più conforme ai principi dell'ordine corporativo». Nel II progetto (novembre 1940) tale criterio era espresso con una formula ancora più estesa: «per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il complessivo comportamento dei contraenti e dare alle dichiarazioni di ciascuno di essi il significato che l'altro poteva in buona fede attribuirvi, tenuto conto anche dei doveri derivanti alle parti dai principi dell'ordine corporativo e dei fini a cui, secondo questi, deve ispirarsi il contratto».

Tra le tecniche ermeneutiche il libro fa spazio all'interpretazione di buona fede del contratto; all'interpretazione delle clausole ambigue secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo dove ha sede un'impresa; all'interpretazione, nel dubbio, contro l'autore della clausola inserita nelle condizioni generali di contratto o nei moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti; all'interpretazione dei contratti a titolo oneroso «nel senso che realizzi l'equo temperamento degli interessi delle parti».

La decisione di unificare la disciplina delle obbligazioni civili e commerciali determina la sottoposizione dell'intera attività economica al codice civile e all'ordinamento corporativo.

²⁸ I suoi artefici avevano voluto realizzare «une transition et non pas un saut», dichiarò apertamente Alfredo Ascoli, presentando l'opera a Parigi il 19 marzo 1927: *Bulletin de la Société de législation comparée*, LVI (1926-1927), p. 226.

L'ordine corporativo esige un contemperamento tra l'iniziativa privata (che rimane oggetto di protezione) e l'interesse pubblico. Ne consegue che i contratti devono rispondere ad un interesse meritevole di tutela. In un primo momento si pensa che ogni contratto, anche quello appartenente ai tipi legali, debba assolvere a «funzioni di interesse sociale» (c.d. iniezioni corporative) o a «interessi meritevoli di tutela secondo i principi della Carta del lavoro e dell'ordinamento giuridico» (II progetto), operando con il concetto di «causa idonea» per tutti i contratti. In un secondo tempo si ripiega su una forma di controllo che investa soltanto i contratti atipici, mantenendo il concetto di causa idonea (progetto IV-bis). In una terza fase (VI progetto), sparisce anche la categoria della causa idonea, pur conservando il controllo sul contratto atipico²⁹.

Sempre nella medesima ottica di limitare la libertà contrattuale delle parti, che viene riconosciuta ma nello stesso tempo sottoposta ad un controllo di conformità all'interesse pubblico, si individua un contenuto legale del contratto e si estende l'ambito dell'integrazione del contratto al di là della volontà delle parti: le clausole e le tariffe imposte dalla legge o dalle norme corporative sono di diritto inserite nel contratto, anche in sostituzione della clausole difformi apposte dalle parti; le clausole d'uso si intendono inserite nel contratto (se non risulta che non sono state volute dalle parti).

Il regime dell'errore viene modificato: per tutelare l'affidamento, l'azione di annullamento non è proponibile se l'errore non è essenziale e riconoscibile dall'altro contraente; l'errore ostativo è parificato all'errore-vizio.

Il progetto del libro delle obbligazioni coincide con un cambiamento sistematico della parte generale: si dedicano gli ultimi capi del titolo dedicato ai contratti in generale a nullità, annullabilità, rescissione, risoluzione del contratto, spostando le norme prima collocate in capi precedenti.

Ricevono una disciplina – nella parte generale – altri istituti nel passato privi di propria regolamentazione legale: in particolare, simulazione del

²⁹ Il Progetto, art. 183 (*Requisito della causa*): La causa del contratto deve essere lecita e idonea. La causa è lecita quando non è contraria alla legge, alle norme collettive, all'ordine pubblico e al buon costume. Nell'ordine pubblico è compreso l'ordine corporativo. La causa è idonea quando il contratto è diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo i principi della Carta del lavoro e dell'ordinamento giuridico dello Stato.

Progetto IV-bis, art. 177 (*Causa idonea*): I contratti che non appartengono ad alcuno dei tipi che hanno una disciplina particolare devono avere una causa idonea. La causa non è idonea quando il contratto non realizza interessi meritevoli di tutela secondo i principi dell'ordinamento giuridico.

VI Progetto, art. 152² (*Autonomia contrattuale*): Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

contratto, rappresentanza, contratto per persona da nominare, cessione del contratto, contratto a favore di terzi.

Si amplia la disciplina della formazione o conclusione del contratto e in questa sede si provvede a regolare il fenomeno delle condizioni generali di contratto e dei contratti per adesione, in un modo però assai distante dalle ben più incisive proposte di Mossa (che non partecipò ai lavori preparatori del codice).

Si mantiene il principio *pacta sunt servanda* ovvero, nella sua versione tradizionale, la forza di legge del contratto (un criterio che il I progetto aveva eliminato dal codice). Esso soffre tuttavia maggiori deroghe rispetto al passato.

Si accoglie infatti l'azione generale di lesione, in un primo tempo avvertata perché disegnata, sul modello dell'art. 22 del progetto italo-francese, con criteri troppo soggettivi (e perciò tributari dell'individualistico dogma della volontà). Essa, in base al nuovo indirizzo legislativo, viene ora agganciata a fattispecie tipiche e sottoposta al limite quantitativo della lesione *ultra dimidium*, che riduce la discrezionalità del giudice, al quale viene anche tolta la facoltà di revisionare d'ufficio il contratto, inizialmente prevista dal I progetto del libro³⁰.

Viene ammessa anche la risoluzione per eccessiva onerosità dei contratti ad esecuzione continuata o periodica per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, senza tuttavia consentire al giudice la revisione d'ufficio del contratto, che in un primo momento, invece, era stata prevista da Asquini e da Vassalli. Anche la sua inserzione nel codice collima con le nuove basi di solidarietà corporativa, su cui si fonda la riforma del diritto delle obbligazioni.

Il codice civile si pone come un momento di rottura rispetto alla

³⁰ I Progetto, art. 212 (*Azione generale di lesione*): Colui contro il quale è stato chiesto l'annullamento può evitarlo offrendo una modificazione del contratto che il giudice ritenga sufficiente per ricondurlo ad equità. In ogni caso il giudice, secondo le circostanze, può disporre una equa modificazione delle condizioni del contratto anche se ne sia stato chiesto l'annullamento.

II Progetto, art. 271 (*Azione generale di lesione*): Quando in un contratto una delle parti, approfittando dello stato di bisogno dell'altra, consegue vantaggi gravemente sproporzionati alla sua prestazione in guisa da superare il doppio del corrispettivo adeguato di questa, la parte danneggiata può chiedere la rescissione del contratto sempre che le prestazioni rispettive siano suscettibili di valutazione obbiettiva.

VI Progetto, art. 287 (*Azione generale di lesione*): Se vi è sproporzione tra le prestazioni corrispettive dedotte in un contratto e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una delle parti del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.

L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.

tradizione liberale. Come aveva affermato Betti nel suo contributo del 1941, «il concetto di una libertà contrattuale sconfinata è da relegare fra i miti dell'individualismo liberale e da sostituire con quello di una autonomia, con la quale le parti dettano bensì regola ai propri interessi ne' loro rapporti reciproci, ma operano sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita delle finalità sociali che esso sanziona e secondo la logica che lo governa». Si tratta di un'interpretazione della funzione sociale del contratto che si opponeva ad altre impostazioni (ad esempio, quella mussoliniana, più volte ricordata in questo intervento, e molto più decisamente orientata verso obiettivi di giustizia sociale e più articolata sul piano degli interventi) e che a sua volta non archivìò il problema, consegnandolo alla meditazione delle generazioni future³¹. Dall'invenzione del sociale, che aveva rivoluzionato la cultura ottocentesca, alla nuova frontiera della democrazia costituzionale, la civilistica contemporanea avrebbe dovuto ancora affrontare nuove sfide.

³¹ Com'è noto, Betti difese l'impostazione del codice già nel cruciale momento della caduta del fascismo. Cf. *A proposito di una revisione del codice civile*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», XLIII (1945), pp. 20-22.

Claudio Scognamiglio

La funzione sociale del diritto del lavoro tra legislatore e giudice

SOMMARIO: 1. Diritto del lavoro e diritto civile a cavallo dell'inizio del XX e del XXI secolo – 2. Il diritto del lavoro e la tutela della 'debolezza' contrattuale – 3. Il problema dell'interpretazione del contratto collettivo e la funzione del diritto del lavoro – 4. La funzione sociale del diritto del lavoro e il problema delle clausole generali – 5. Conclusioni

1. Diritto del lavoro e diritto civile a cavallo dell'inizio del XX e del XXI secolo

Le riflessioni sulla funzione sociale del diritto del lavoro saranno qui svolte con una particolare attenzione alla prospettiva del rispettivo ambito di intervento del giudice e del legislatore, così come gli stessi si sono modulati nel corso del tempo, così rispondendo, con modalità di volta in volta differenti, al problema della rimozione di quelle situazioni di debolezza per fronteggiare le quali può ben dirsi che il diritto del lavoro sia storicamente nato.

In particolare, un primo tentativo di riflessione circa la funzione sociale del diritto del lavoro, nei suoi rapporti con il diritto civile, può prendere opportunamente le mosse dalla notazione che, ormai quasi dieci anni fa, Paolo Grossi, delineando il profilo storico della cultura del civilista italiano, dedicava al paesaggio giuridico del primo Novecento¹.

Si legge, nella pagina di Grossi, che quel tornante di tempo registra, per il diritto in generale e, in particolare, per il diritto civile, il crollo di due miti, quello della semplicità e quello dell'astrattezza/purezza, poiché la società del momento storico immediatamente precedente, «pensata e risolta elitariamente come un teatro di modelli astratti, tutti uguali l'uno all'altro, e pertanto società di individui cui il diritto forniva le due armi essenziali della proprietà e del contratto – sta(va) diventando società di massa, società che reclama un'economia di massa e questa economia di massa reclama figure più idonee a regolarla, figure che tengano conto

¹ Cfr. P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, Milano 2002, p. 53.

della dimensione collettiva ormai di esperienza quotidiana e del fenomeno organizzativo ormai al centro del nuovo diritto»: cosicché «sui vessilli dei giuristi più coinvolti – commercialisti e lavoristi – campeggiano l'impresa e il contratto collettivo, due figure che turbano profondamente i sonni del civilista vetero – borghese, perché scompigliano il suo laboratorio ed i suoi arnesi industriali»; in particolare, prosegue Paolo Grossi, «il contratto collettivo turba i sonni del giurista liberale, perché, al contrario di un contratto plurisoggettivo che è sempre contratto di individui, anche se plurimo, è posto in essere da una collettività contraente per la tutela dell'interesse della collettività».

Certo, nessuno potrebbe sostenere, oggi, che la figura del contratto collettivo, in quanto tale, turbi i sonni del civilista; anche se forse potrebbe turbarli, laddove complica ulteriormente il già frastagliato quadro delle fonti del diritto, l'ancora non remota, dal punto di vista della data di entrata in vigore, disposizione dell'art. 8, co. 2° *bis* della L. 148/11, attraverso l'attribuzione dell'idoneità ai «contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda» a derogare, nelle materie indicate nel co. 2° dello stesso articolo, alle disposizioni di legge ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, pur con il limite del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

Allo stesso modo, nessuno potrebbe più sostenere che il civilista, al passaggio tra il secondo ed il terzo millennio, nutrito, ormai, di prospettive metodologiche raffinate e sempre più affrancate dalle secche del formalismo e del dogmatismo, debba attendere che il diritto del lavoro gli rammenti la necessità di «chinare lo sguardo sul terreno impuro delle lotte sociali»².

Tuttavia, ed è proprio questa l'ipotesi di lettura dei rapporti tra il diritto civile ed il diritto del lavoro – per quel che concerne, in particolare, la funzione sociale che può dirsi svolta dal secondo – che si intende delineare in questa sede, il diritto del lavoro ha svolto, in questi ultimi anni, e sta svolgendo tuttora, nei riguardi del diritto civile, la funzione preziosissima, di inoculare, all'interno di esso, quelli che potremmo chiamare i germi – e si tratta di germi benefici – della complessità del reale³, costringendo il civilista a confrontarsi con questi ultimi e ad arricchire, dunque, le prospettive

² Così ancora GROSSI, *La cultura del civilista*, cit. nt. 1, p. 48.

³ Sulla complessità come categoria generale della scienza giuridica, cfr. A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in «Enciclopedia del diritto. Annali», I, Milano 2007, p. 203 ss.

del suo discorso: e questo proprio perché, ancora di più del diritto civile della contemporaneità, «il diritto del lavoro è realtà impura, intriso com'è di fatti sociali ed economici, specchio fedele del divenire mutevolissimo della società»⁴ e, prima ancora, anche in prospettiva diacronica, del diritto civile, il diritto del lavoro si sforza di sollevare il velo della forma giuridica al fine di individuare gli interessi concreti e le dinamiche reali di potere ad essi sottostanti. Ed è, del resto, probabilmente anche per questa ragione che il diritto del lavoro ha manifestato ben prima del diritto civile generale la propria insofferenza a restare ingabbiato dalla forma del codice civile⁵; e prima, oltre che più intensamente, del diritto civile generale ha modulato le proprie linee di sviluppo attraverso un dialogo intenso tra dottrina e giurisprudenza⁶.

In altre parole, il diritto del lavoro, ormai da tempo abbandonata la posizione di «insignificante pertinenza del venerato diritto civile», si delinea come un'officina o un cantiere al quale il civilista contemporaneo non può fare a meno di attingere, quando voglia davvero cercare di modellare le proprie categorie conoscitive, e, soprattutto, le soluzioni ed i rimedi predisposti, sulla sostanza economica delle cose. In questa prospettiva, dunque, il rapporto tra il diritto privato generale ed il diritto del lavoro, riguardato come diritto c.d. secondo rispetto ad esso⁷, non pone capo soltanto alla necessità di controllare, «nell'ambito dei diritti secondi (gli) istituti giuridici e (le) categorie dogmatiche elaborati in seno al diritto primo», ma si delinea nei termini di un rifluire verso il diritto primo delle questioni trattate all'interno del diritto secondo.

Tre aree tematiche paiono particolarmente significative dell'attitudine del diritto del lavoro, sul versante dei suoi rapporti con il diritto civile, che si è cercato fin qui di delineare: quella relativa ai c.d. rapporti contrattuali asimmetrici, con riferimento ai quali il diritto del lavoro, per i tratti stessi del rapporto di lavoro subordinato, ha offerto, da tempo, un esempio di relazioni contrattuali caratterizzate, appunto, dall'attestarsi le parti di esse

⁴ Così P. GROSSI, *Gino Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento*, in *Nobiltà del diritto – Profili di giuristi*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», Milano 2008), p. 693: nel testo, il giudizio è riferito alla situazione della scienza civilistica e di quella giuslavoristica italiana nei primi anni Cinquanta del secolo scorso.

⁵ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in «Rivista di diritto civile», (1994), I, p. 245 ss., in particolare, p. 271 ss.

⁶ Cfr. il quadro, che di questa prospettiva di sviluppo del diritto del lavoro offre, R. SCOGNAMIGLIO, *Il dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza nella evoluzione del diritto del lavoro*, in «Rivista degli infortuni malattie professionali», (1998), p. 391 ss.

⁷ Secondo la nota terminologia proposta da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006³, p. 353 ss.

su una posizione non solo di forza economica, ma, ben di più, di potere informativo, differenziata le une rispetto alle altre⁸; quella concernente l'interpretazione del contratto collettivo, avendo quest'ultima offerto al civilista un punto di emersione particolarmente nitido di quel fenomeno, da tempo definito, dagli studiosi dell'interpretazione del contratto, in termini di relatività dei criteri di ermeneutica; infine, quella attinente all'uso delle clausole generali (la buona fede e, più di recente, quella dell'abuso del diritto), le quali, per le ragioni che ci sforzeremo di tratteggiare, hanno rappresentato e rappresentano, nel rapporto di lavoro, tecniche particolarmente efficaci di controllo della discrezionalità di cui godono le parti e di verifica della conformità a parametri di ragionevolezza della loro condotta. E sarà proprio quest'ultima, del resto, a fornire una chiave di risposta all'interrogativo, che pure ci siamo posti da principio circa i rapporti tra intervento del giudice ed intervento del legislatore.

2. *Il diritto del lavoro e la tutela della 'debolezza' contrattuale*

Soffermandosi, in uno scritto del 1967, sulla specialità del diritto del lavoro, uno dei fondatori di quest'ultimo, così come oggi lo conosciamo, ed un Maestro sia del diritto del lavoro che del diritto civile, individuava senza incertezze la funzione essenziale del diritto del lavoro nella tutela dei lavoratori, sottolineando che «storicamente e nella sua essenza profonda il diritto del lavoro si è formato ed è posto per questa tutela, corrispondente ad una specifica esigenza di protezione e difesa di chi deve lavorare alle dipendenze altrui per guadagnarsi la vita» e che «il motivo di tutela dei lavoratori, che si svolge dalle prime leggi protettive fino alla norma costituzionale sul diritto di sciopero, non è del resto se non una speciale e complessa versione del principio di tutela del contraente più debole e più ancora dei principi di effettiva libertà e concreta eguaglianza, oggi garantite dalla Costituzione e specialmente dall'art. 3»⁹.

⁸ È noto che proprio la constatazione della radicale asimmetria delle posizioni, rispettivamente, del datore di lavoro e del lavoratore subordinato, ha potuto fondare, all'interno della dottrina giuslavoristica, la conclusione radicale dell'insufficienza dello schema del contratto a costituire il quadro di riferimento per la tutela del lavoratore in relazione alla «pesante condizione di inferiorità e debolezza del prestatore», determinata dal vincolo della subordinazione (cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 2 [1999], p. 274 ss.): secondo una prospettiva, che potremmo definire di fuoriuscita dal contratto, che non è stata peraltro mai perseguita in questi termini nell'ambito del diritto civile generale.

⁹ Così F. SANTORO PASSARELLI, *Specialità del diritto del lavoro*, in «Rivista italiana di

In termini perfino più netti, ed in epoca meno risalente, un altro studioso caratterizzava la storia stessa del diritto del lavoro come «storia di una ‘debolezza contrattuale’», nella quale «l’assenza di autonomia individuale e la necessità di una forte integrazione eteronoma assumono il significato di una scontata conseguenza della prima»: cosicché «l’assenza di potere diviene fonte di un rapporto squilibrato, caratterizzato da uno stato di soggezione e da una sostanziale espropriazione nel governo della gestione del rapporto e fonte altresì dei suoi antidoti giuridici, segnatamente la norma inderogabile ed una parziale indisponibilità dei diritti»¹⁰.

Si può, dunque, in effetti dire che la riflessione sulla ‘debolezza’ contrattuale abbia costituito una costante della scienza giuslavoristica, comunque tutt’altro che ignara – già nella stagione, così fervida, degli anni ’70 – dell’esistenza, nell’ambito dei rapporti di diritto civile, di altre situazioni di sottoprotezione sociale ed altresì consapevole delle differenze tra queste e quelle delle quali il diritto del lavoro è chiamato ad occuparsi, almeno nei termini in cui le stesse, in quel periodo storico, si delineavano. Infatti, nel tornante degli anni ’70, «lavoratore e cittadino si allontanano nella stessa misura in cui se il secondo è destinatario dell’eguaglianza formale, solo il primo potrà avvalersi della ‘rivoluzione promessa’ con l’attuazione dell’eguaglianza sostanziale»¹¹. Del tutto correttamente, dunque, nel quadro di un suggestivo tentativo di sistemazione degli anni ’70 del diritto privato¹², i lavoratori subordinati sono stati collocati – accanto alle donne, ai consumatori ed ai locatori – nell’area dei soggetti antagonisti: quasi a voler sottolineare che, per ciascuna di queste categorie, si pone, sia pure evidentemente in termini non coincidenti, il problema della loro contrapposizione rispetto a categorie titolari, nei loro confronti, di un potere, variamente modulato, di supremazia.

Ciò che, nella prospettiva da ultimo accennata, caratterizza il diritto civile, rispetto al diritto del lavoro, è piuttosto la consapevolezza, maturata nel settore del diritto civile in epoca più recente rispetto a quanto non

diritto del lavoro», 1 (1967), pp. 15 e 17 s.; in prospettiva di analisi diacronica, si veda anche Scognamiglio, *Il codice civile*, cit. nt. 5, p. 246, il quale colloca alle origini stesse del processo di produzione normativa che ha condotto al formarsi del diritto del lavoro l’esigenza di protezione avverso lo sfruttamento dei lavoratori «abbandonati dalla inadeguatezza dello strumento contrattuale alla mercé dei datori di lavoro che detengono il potere economico»; ID., *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, in «Rivista di diritto del lavoro», (2006), p. 315 ss.

¹⁰ Cfr. O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro – Atti del X Congresso Nazionale di diritto del lavoro*, Milano 1994, p. 4.

¹¹ Così MAZZOTTA, *Autonomia individuale*, cit. nt. 10, p. 5.

¹² Cfr. L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano 2008, p. 313 ss.

sia accaduto in quello del diritto del lavoro, che «il dato unificante dei contratti le cui discipline definiscono il nuovo paradigma contrattuale non può identificarsi, riduttivamente, in una rigida categorizzazione socio – economica delle parti contraenti», dovendo invece essere ricercato nella «asimmetria di potere contrattuale»: infatti, vi è «asimmetria di potere contrattuale fra consumatori e professionisti, ma non solo: anche relazioni non riconducibili a tale coppia – come quella tra subfornitori e committenti, fra agenti e preponenti, fra banche e clienti, fra intermediari finanziari e investitori, fra conduttori e locatori – contrappongono una parte dotata di superiore potere contrattuale a una parte con potere contrattuale inferiore»¹³.

Si può allora fondatamente ritenere che il diritto del lavoro abbia costituito l'antecedente storico più nitido e più risalente della costruzione della categoria del contratto asimmetrico che, in questa prospettiva, appare assai più figlia del contratto di lavoro che non del contratto del consumatore: categoria del contratto asimmetrico che, non «prigioniera di una connotazione di soggettività socio – economica» può aspirare ad uno statuto, e ad una collocazione, di categoria di parte generale, idonea a comprendere anche l'area dei contratti tra imprenditori che occupino sul mercato «posizioni fisiologicamente squilibrate»¹⁴.

Sotto il profilo della disciplina della figura generale del contratto asimmetrico, gli innesti più significativi che la regolamentazione del contratto di lavoro è stata in grado di apportare si riferiscono essenzialmente ai temi della determinazione eteronoma del regolamento contrattuale, che dà luogo ad un vincolo contenutistico della libertà contrattuale, e della invalidità.

L'incidenza del primo, sia come tratto delle disciplina del contratto di lavoro, sia come linea di tendenza del nuovo diritto dei contratti, è già fortemente caratteristica dell'atteggiarsi storicamente differenziato dell'intervento di giudice e di legislatore, per riprendere l'impostazione generale del problema della funzione sociale del diritto del lavoro dal quale abbiamo preso le mosse. Basti considerare al riguardo che, com'è noto, una delle soluzioni ermeneutiche ed applicative più interessanti accreditate nell'ambito dell'esperienza giuslavoristica, e pure dall'angolo visuale della riflessione del civilista, è stata rappresentata dall'attività integrativa del contratto di lavoro subordinato da parte del giudice per mezzo dell'inserimento in esso delle clausole relative al corrispettivo in grado di assicurarne la determinazione in misura coerente rispetto all'esigenza di adeguatezza e sufficienza della retribuzione, sancita dall'art. 36 Cost.

¹³ Così V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino 2011³, pp. 86-87, da dove sono tratte le citazioni riportate nel testo.

¹⁴ Cfr. ancora ROPPO, *Il contratto*, cit. nt. 13, p. 118.

Quanto alla seconda area tematica, quando si discorre, come anche di recente si è fatto, della possibilità di fondare una categoria generale della nullità di protezione nella contrattazione diseguale tra imprese, prospettando l'idea della «applicabilità in ogni caso delle regole generali della nullità/illiceità protettiva, compiutamente trascritte nell'art. 36, co. 1° e 3° del codice del consumo»¹⁵, si creano le premesse per riconoscere «quale strumento comune di reazione allo squilibrio, una nullità necessariamente parziale, perlopiù relativa, funzionale agli interessi protetti» così ricostruendo «una nuova disciplina della nullità contrattuale alla luce di innovazioni normative, generalmente di derivazione comunitaria, che si presentano come dissonanti rispetto al modello consolidato di invalidità»¹⁶. Si tratta di un modello di nullità che consente senz'altro di riproporre gli argomenti svolti da chi ha rilevato che «al pari delle più importanti categorie di diritto privato, anche la nullità europea, come il suo oggetto di qualificazione, il contratto, è venuta strutturandosi in un senso ormai necessariamente molteplice e plurale, passando dalla tradizionale disciplina generale e indifferenziata, seriale ed astratta, facente leva sull'esistenza di determinate cause e predefiniti caratteri a un regime giuridico invece diversificato e complesso, variamente articolato e graduato, a seconda della specifica patologia inficiante l'atto e come tale irriducibile ad un concetto o principio unico»¹⁷.

In effetti, il diritto del lavoro esibisce, ed ha esibito storicamente, numerosi esempi di un uso duttile e modulato sulla regola della congruenza del mezzo allo scopo della categoria della invalidità¹⁸, uso che appare legato proprio all'esigenza di realizzare al meglio la funzione sociale del diritto del lavoro: si pensi, per avere riguardo ad un'ipotesi che ormai può ben dirsi classica, alla disposizione dell'art. 2113 c.c., che individua, secondo l'orientamento che pare prevalente già nella giurisprudenza meno recente¹⁹, un'ipotesi indubbiamente affatto originale, rispetto al sistema

¹⁵ Per questa conclusione, in particolare, F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli 2011, p. 248.

¹⁶ Cfr. G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in G. GITTI – G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna 2010, p. 115.

¹⁷ Cfr. V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano 2007, p. 477.

¹⁸ Si vedano, ancora di recente, i contributi di P. TOSI, *Le invalidità nel diritto del lavoro: questioni di metodo* e di F. Lunardon, *Le nullità nel diritto del lavoro*, entrambi in A. BELLAVISTA – A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano 2011, rispettivamente, pp. 19 ss. e 219 ss.

¹⁹ Cfr., ad esempio, Cass. 18 gennaio 1988 n. 338, in «Giurisprudenza Agraria Italiana», 1988, p. 359 ss.; Cass. 5 novembre 1990 n. 10575, in «Notiziario di giurisprudenza del lavoro», 1991, p. 533 ss.

civilistico delle invalidità, di un'annullabilità, caratterizzata per l'essere condizionata all'esercizio della facoltà di impugnazione nel termine perentorio previsto dal medesimo art. 2113 c.c.; ovvero si consideri, più di recente, l'art. 32 della L. 183/10, che, al co. 3°, ha costruito un'ipotesi di nullità parziale, quanto alla clausola del termine, del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, prevedendo l'assoggettamento della relativa impugnativa allo stesso termine decadenziale che l'art. 6 della L. 604/66 fissa con riferimento al licenziamento illegittimo.

Non è possibile discutere, nella prospettiva del nostro discorso, dell'opportunità di questa disposizione, dal punto di vista della politica del diritto; ma la stessa si configura come il punto di emersione di un uso dello strumento dell'invalidità, che, se può sembrare per un verso spregiudicato, dal punto di vista sistematico, attesta il modo in cui, nell'area del diritto del lavoro, la categoria dell'invalidità sia sempre stata, per così dire, modulata secondo una geometria variabile ed imperniata appunto su quel parametro di congruità del mezzo allo scopo del quale anche poc'anzi si discorreva, e che costituisce, a sua volta, la cifra caratteristica della recente evoluzione del regime delle nullità nel diritto civile²⁰.

3. Il problema dell'interpretazione del contratto collettivo e la 'funzione' del diritto del lavoro

Il problema dell'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro ha conosciuto, negli ultimi anni, interventi giurisprudenziali, e più di recente anche normativi²¹, che paiono destinati ad enfatizzarne la particolarità, se non l'irriducibilità, alle regole generali dettate per l'interpretazione dei contratti nel codice civile: particolarità o irriducibilità delle quali la dottrina manifesta, da tempo, piena consapevolezza, anche sulla premessa della peculiare funzione propria del contratto collettivo²².

²⁰ Non a caso, del resto, un recentissimo contributo sul tema della nullità esordisce definendola come tale da costituire ormai «una provincia autonoma del diritto civile»: così S. PAGLIANTINI, *I tratti diafani della nullità in cassazione: a proposito della rinunzia preventiva al gravame e di nullità parziale ope judicis*, in «I Contratti», 2012, p. 845 ss.

²¹ Il riferimento è, ovviamente, all'art. 360 n. 3 c.p.c., nella formulazione introdotta con l'art. 2 del Decr. Lgs. 40/2006.

²² Si vedano, in particolare, E. GRAGNOLI, *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano 2000, già p. 14 ss., dove anche la trattazione della questione, in effetti tale da enfatizzare la funzione creatrice dell'interpretazione, se non proprio di integrazione del contratto collettivo, della disciplina del c.d. composto per sommatoria; AA.VV., *L'interpretazione del contratto collettivo*, in «Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza,

Infatti, pure in presenza di un indirizzo giurisprudenziale non irrilevante, incline a ritenere tuttora centrale, pure nell'interpretazione del contratto collettivo, il canone dell'interpretazione letterale²³, appare prevalente l'enunciazione secondo la quale «nell'interpretazione della contrattazione collettiva ha preminenza il criterio dell'interpretazione complessiva di cui all'art. 1363 c.c. che supera la regola del gradualismo dal metodo interpretativo soggettivo a quello oggettivo; pertanto, l'idoneità alla interpretazione di un atto ontologicamente diverso dai contratti 'comuni' quale è il contratto collettivo, è riconosciuta solo alla interpretazione complessiva; e ciò proprio per l'essenza peculiare del contratto collettivo che, in quanto finalizzato a dettare una disciplina il più possibile armonica ed uniforme di tutti i rapporti di lavoro assoggettati alla propria regolamentazione, rinverrebbe appunto nel canone dell'interpretazione complessiva il criterio più adeguato a restituirne la particolarità.

Questa impostazione ha trovato del resto condivisione anche in dottrina, dove si è giudicato innegabile che «questo strumento ermeneutico sia particolarmente idoneo alla ricerca della volontà delle parti stipulanti... sia per la notoria e crescente complessità ed articolazione della regolamentazione in essa contenuta, sia perché il contratto collettivo ... esprime un assetto di interessi faticosamente raggiunto, di regola, attraverso il contemperamento degli interessi delle parti in ordine ad una pluralità di materie, sicché sarebbe fuorviante considerare isolatamente l'assetto di interessi raggiunto in ordine ad una singola materia»²⁴.

L'intuizione della dottrina civilistica²⁵ secondo la quale le regole dettate dal codice civile in tema di interpretazione del contratto risentono, fino a diversificarsi, quanto meno nel loro ordine di applicazione, in relazione all'oggetto dell'attività ermeneutica e, in particolare, alla circostanza che punto di riferimento della medesima sia l'uno o l'altro tipo contrattuale si invera, dunque, ed in termini di particolare chiarezza, proprio nella materia dell'interpretazione del contratto collettivo.

Quaderni di diritto del lavoro», 1, Milano 2004 (e, ivi, in particolare, i saggi di R. DE LUCA TAMAJO, *L'interpretazione dei contratti collettivi di diritto comune*, p. 63 ss. e R. FOGLIA, *Clausole collettive ambigue ed interpretazione 'oggettiva' ispirata al criterio di armonizzazione con il sistema normativo*, p. 107 ss.).

²³ Cfr., infatti, tra le più recenti pronunce in tal senso della Corte di Cassazione, Cass. 10 giugno 2008, n. 15339; Cass. 20 febbraio 2008, n. 4342; Cass. 9 ottobre 2006, n. 21650, tutte inedite.

²⁴ Così S. MAGRINI, *Recenti novità giurisprudenziali sull'interpretazione dei contratti collettivi*, in *L'interpretazione del contratto collettivo*, cit. nt. 22, p. 14.

²⁵ Cfr., in particolare, V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli 1985.

Ma se l'enfasi posta sul canone dell'interpretazione complessiva o sistematica sembra tutt'al più realizzare una parziale inversione nella sequenza normativa di applicazione dei criteri ermeneutici di legge, una decisa divaricazione rispetto alle regole codicistiche pare sottesa, invece, ad un ulteriore, ed interessante, indirizzo della Corte di Cassazione, che ha elaborato un criterio interpretativo *praeter legem* per il contratto collettivo di lavoro, consistente nella interpretazione secondo le c.d. regole del diritto vivente del lavoro.

È stato, in tale prospettiva, affermato che «nell'ambito dei criteri interpretativi dei contratti collettivi ha carattere di prevalenza e di priorità quello di coerenza fra atto da interpretarsi e valori fondamentali del diritto vivente, la cui applicazione comporta la oggettiva conformazione del contenuto della clausola ambigua ai predetti valori in quanto le due fonti, quella contrattuale e quella legale, possono intrecciarsi ma non contraddirsi»²⁶.

Accreditato come criterio di interpretazione del contratto quello di conformità alle regole del diritto vivente del lavoro, è evidente che ne discende una lettura del contratto collettivo come fonte di disciplina del rapporto destinata ad innervarsi su un reticolato di regole poste dalle fonti legali e, come tale, bisognosa di conformarsi alle stesse, quasi sulla base di un processo mimetico che si spinge ben oltre rispetto alla mera regola di interpretazione alla stregua del principio di conservazione del contratto.

Non si tratta, infatti, qui, e semplicemente, di selezionare, tra i vari significati ascrivibili ad una clausola, quello in relazione al quale essa sia suscettibile di produrre effetto, espungendo, invece, dall'area dei possibili significati del testo quello che condurrebbe alla privazione di effetti della clausola, bensì, e senz'altro, di modellare la regola dell'autonomia sulla base di quella desumibile non già da una specifica norma imperativa bensì da una ricognizione delle regole o principi che governano la materia (e che ne compongono, dunque, secondo la formulazione che qui viene proposta, il diritto vivente).

È, allo stesso modo, chiara la distanza che separa il canone dell'interpretazione condotta in conformità alle regole di diritto vivente del lavoro rispetto alla mera applicazione della regola ermeneutica (art. 1369 c.c.) che impone, nel dubbio, di attribuire alla clausola il significato maggiormente conforme alla natura ed all'oggetto del contratto: ed infatti, anche a voler intendere il concetto di natura del contratto, nel contesto dell'art. 1369, come avente riguardo al complesso della disciplina del tipo,

²⁶ Così, in particolare, Cass. 1° luglio 2002, n.9538, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, p. 826; su tale indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte, accreditatosi soprattutto nella prima parte dell'ultimo decennio, e che pare, da ultimo, essere rimasto sostanzialmente privo di seguito, cfr., con accenti prevalentemente critici, tra gli altri, FOGLIA, *Clausole collettive*, cit. nt. 22, 108 ss.; MAGRINI, *Recenti novità*, cit. nt. 24, p. 123 ss., dove si possono anche reperire ulteriori riscontri dell'orientamento giurisprudenziale cui si sta facendo cenno.

le regole del diritto vivente appaiono esprimere un concetto assai più ampio e comprensivo delle semplici norme proprie del tipo, rimandando, appunto, al complesso dei principi che governano una determinata materia.

Non si possono tuttavia nascondere le perplessità che suscita, sia dal punto di vista metodologico che da quello dell'impatto sistematico, l'elaborazione di un canone ermeneutico che pretenda di utilizzare, quale criterio interpretativo, le c.d. regole di diritto vivente del lavoro: e sotto questo profilo, dunque, la materia giuslavoristica realizza una sorta di fuga in avanti, di dubbia sostenibilità sistematica.

Infatti, e sotto il primo profilo, l'utilizzazione di una regola ermeneutica che non trovi un puntuale riferimento nella disciplina normativa della materia è suscettibile di rimettere in discussione un risultato che pure sembrava ormai, da decenni, acquisito nella elaborazione dottrinale e giurisprudenziale: e cioè quello secondo il quale le regole ermeneutiche non costituiscono mere regole logiche, suscettibili, come tali, di essere 'trovate' dall'interprete anche al di là, ed a prescindere, dalle previsioni legali, bensì precetti normativi, che come tali si dirigono, in termini di obbligatorietà, a chiunque sia chiamato a ricostruire la portata del contratto.

Dal punto di vista sistematico, poi, un criterio di interpretazione imperniato sulle regole di diritto vivente che governano la materia, sarebbe tale da determinare una pericolosa sovrapposizione tra piano dell'interpretazione – che deve essere pur sempre quello della ricostruzione della portata del contratto – e piano della valutazione del contratto stesso alla stregua di criteri eteronomi imperativi, ai quali, se del caso, il contratto deve essere conformato all'esito dell'attività ermeneutica.

Infine, e pur muovendo tale orientamento giurisprudenziale – come si è rilevato poc'anzi – dall'enfasi posta sulla peculiarità del contratto collettivo, quale fonte di regolazione generale dei rapporti di lavoro assoggettati alla sua disciplina, non pare da escludersi una tendenza allo straripamento dall'area del contratto collettivo di lavoro del criterio interpretativo in questione, una volta che lo stesso dovesse dirsi definitivamente accreditato: soprattutto in presenza di indirizzi giurisprudenziali che, sia pure da angoli visuali particolari, accreditano la coerenza, con i valori espressi dall'ordinamento costituzionale attuale, di un intervento del giudice «nella cittadella dell'autonomia contrattuale», ritenendolo congruo rispetto alla concretizzazione del canone di buona fede e correttezza²⁷.

²⁷ Il riferimento alla cittadella dell'autonomia privata si rinviene nella notissima sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte in materia di riducibilità anche *ex officio* della clausola penale eccessiva: cfr. Cass. S.U. 13 settembre 2005 n. 18128, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2006, I, 364 ss.

È evidente che l'estensione ad altri ambiti di tale criterio ermeneutico porterebbe con sé un carico inevitabile di forte incertezza nella fase dell'interpretazione del contratto, destinata ad essere pesantemente contaminata dal raffronto tra contenuto della regola da interpretare e criteri di valutazione della medesima²⁸.

4. *La funzione sociale del diritto del lavoro ed il problema delle clausole generali*

La constatazione della particolare rilevanza che può essere attribuita alle clausole generali nella disciplina del rapporto di lavoro costituisce, e non solo in epoca recente²⁹, un passaggio obbligato di ogni riflessione

²⁸ Un esito di questa portata si ha, in effetti, con riferimento al tema dell'interpretazione dell'atto di autonomia privata individuale, in Cass. 18 settembre 2009 n. 20106: si veda, in particolare, all'interno di essa, l'enunciazione secondo la quale «la buona fede ... serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione», che si specifica, dall'angolo visuale dell'interpretazione del contratto (tema, a sua volta, totalmente estraneo al novero delle questioni di diritto che le parti avevano sottoposto alla Corte) nell'enunciato secondo il quale «il criterio della buona fede costituisce ... uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento dei contrapposti interessi», al punto che «il giudice, nell'interpretazione secondo buona fede del contratto, deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi». La letteratura formatasi su questa pronuncia è assai ricca. F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in «Corriere Giuridico», 2009, p. 1577 ss.; ID., *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino 2010, p. 45 ss.; M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 2016/2009*, ivi, p. 69 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106)*, ivi, p. 99 ss.; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, ivi, p. 115 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, ivi, p. 147 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, ivi, p. 203 ss.; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in «I Contratti», 2010, p. 11; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in «I Contratti», 2010, p. 524; R. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in «Foro Italiano», 2010, I, p. 95; A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e responsabilità*, 2011, p. 352 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in «Giurisprudenza commerciale», 2010, II, p. 834; C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto*, in «Giustizia Civile», 2010, p. 2547; M. CENINI – A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in «Corriere Giuridico», 2011, p. 109 ss.; G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in «Annuario del contratto 2010», Torino 2011, p. 48 ss.

²⁹ Vedi già L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, I, Perugia 1917, *Introduzione*, p. XXXIX,

attenta alle relazioni tra disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti e materia giuslavoristica: e non è difficile rendersi conto delle ragioni della particolare fortuna della tecnica argomentativa ispirata all'uso delle clausole generali nella materia del rapporto di lavoro.

Quest'ultimo è, infatti, fortemente caratterizzato dall'elemento della discrezionalità, che è l'espressione della «supremazia di una di esse», e cioè del datore di lavoro, nei confronti del quale il lavoratore è assoggettato al vincolo della subordinazione; ed è proprio per questo che, com'è stato notato, «lo svolgimento del rapporto è ... per buona parte all'insegna dell'esercizio di poteri unilaterali», ciò che costringe, a sua volta, il giurista «a rinvenire tecniche ... di governo della discrezionalità»³⁰, che si orientano talora verso la tutela della dignità e della persona del lavoratore³¹, talora verso tecniche di controllo della discrezionalità datoriale nell'ambito di procedimenti di selezione o valutazione, a fini determinati, dei lavoratori (secondo quanto accade, tipicamente, nella materia dei concorsi privati³²).

il quale osservava che il codice civile «aveva sancito una disposizione addirittura rivoluzionaria, con cui ha meravigliosamente precorso i tempi, rendendo possibile al giudice di non trovare eccessivamente grave la lacuna di norme che disciplinano il contratto di lavoro. Alludo alla disposizione accolta poi nel nostro art. 1124, che rimette all'equità di disciplinare, in armonia con le esigenze della buona fede, il contenuto del contratto. Io non so quali norme dettagliate, sia pure sapientemente escogitate, avrebbero potuto raggiungere meglio lo scopo loro di questa norma che il codice tedesco ci ha copiato, vero polmone ossigenatore attraverso al quale (come fu felicemente detto dal Polacco) tutto il nostro diritto privato respira largamente conservando intatta la propria. Con quell'articolo non vi è novella esigenza, recente aspirazione che non possa subito penetrare nel contratto: che si vuole di meglio».

³⁰ Così A. DI MAJO, in G. SANTORO PASSARELLI, (a cura di) *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino 1992, pp. 20-21.

³¹ Com'è accaduto nella stagione, ormai superata nella successiva elaborazione giurisprudenziale, dell'affermazione di un principio di parità di trattamento nel rapporto di lavoro subordinato: cfr., infatti, DI MAJO, cit. nt. 30, p. 25 nonché O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e diritto civile - I temi di un dialogo*, Torino, 1994, pp. 139 ss., 185 ss., 193 ss. e, per le sentenze che hanno appunto determinato il superamento di quell'indirizzo, Cass. S.U. 29 maggio 1993 n. 6030, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 653 ss, con nota di R. DEL PUNTA ed ancora Cass. S.U. 17 maggio 1996 n. 4570, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 1996, II, con nota di P. CHIECO.

³² Sul punto, di nuovo, di Majo, cit. nt. 30, pp. 26-27 e, soprattutto, MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit. nt. 31, p. 153 ss. Nel luogo poc'anzi citato (pp. 28-30), si trova anche una proposta di di Majo, nel senso di utilizzare la clausola generale di buona fede altresì sul piano del giudizio di qualificazione del rapporto, come «criterio correttivo per adattare la disciplina tipica al caso concreto, attraverso un'opera di disaggregazione della relativa disciplina, consentendo così che di parti o pezzi di essa possa giovare il singolo lavoratore»: ma si tratta di un'impostazione quanto meno discutibile, dato che la clausola di buona fede non può condurre ad accreditare la conclusione dell'applicazione di una

Nella prospettiva di questo contributo, e fedeli all'idea di fondo cui ci eravamo ispirati – nel senso di individuare le aree di problemi nelle quali più chiara si delinea la funzione sociale del diritto del lavoro anche quale precursore dello stesso diritto civile quanto a temi poi anche da quest'ultimo attinti – intendiamo tuttavia soffermarci non tanto sull'uso pervasivo, ormai scontato da tempo, della clausola generale di buona fede nell'ambito della gestione del rapporto di lavoro, ma su un principio generale, quale ormai deve considerarsi quello del divieto di abuso del diritto.

Infatti, quest'ultimo principio può ritenersi ormai recepito nel nostro ordinamento in presenza della disposizione dell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³³ e nella sua dimensione pratica si candida sempre di più all'utilizzazione come clausola generale: e cioè, per riprendere una recente definizione di questa particolare tecnica di conformazione delle disposizioni legislative, come «un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile ... se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti»³⁴.

La clausola dell'abuso del diritto, come è stato di recente ricordato da una sentenza del Tribunale di Torino, che ha deciso una controversia di particolare rilievo, sul piano delle relazioni sindacali³⁵, ha, in realtà, trovato

disciplina tipica diversa rispetto a quella che risulti congrua all'esito dell'utilizzazione delle regole ermeneutiche; un altro discorso è semmai che, tra queste ultime, e proprio laddove si tratti di verificare l'esistenza, o meno, di un rapporto di lavoro subordinato, un rilievo particolare possa dispiegare proprio quella di buona fede, imponendo di interpretare il contratto alla luce del significato obiettivo che allo stesso può essere ascrivito.

³³ Com'è noto, secondo l'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta».

³⁴ Così V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2010.

³⁵ Si tratta di Trib. Torino, sentenza del 16 luglio – 14 settembre 2011 n. 2583, in «Il lavoro nella giurisprudenza», 2012, p. 81 ss., con nota di Ferrara, resa nell'ambito del procedimento promosso ex art. 414 c.p.c. dalla Fiom Cgil contro la Fiat S.p.A., Fiat Group Automobiles S.p.A. e Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A. e con la quale, pur respingendosi le domande formulate dalla Fiom e dirette ad ottenere la declaratoria di illegittimità dei contratti collettivi di primo e di secondo livello relativi al sito produttivo di Pomigliano d'Arco, è stata dichiarata l'antisindacalità della condotta posta in essere dalle Società convenute in giudizio «poiché determina, quale effetto conseguente, l'estromissione di Fiom Cgil dal sito produttivo di Pomigliano d'Arco», con conseguente ordine a «Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A. di riconoscere, in favore di Fiom Cgil, la disciplina giuridica come regolata dal Titolo Terzo (Dell'attività sindacale), artt. da 19 a 27, della legge 20 maggio 1970 n. 300».

da tempo utilizzazione nell'esperienza del diritto del lavoro e, segnatamente, nell'ambito della giurisprudenza della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione, sia quale tecnica di decisione dei casi nei quali una condotta del datore di lavoro poteva qualificarsi come antisindacale in presenza di atti astrattamente leciti, ma costituenti abuso del diritto³⁶, sia – e benché in termini forse meno espliciti – quale criterio per sindacare l'esercizio del diritto di recesso del datore di lavoro nell'area della recedibilità *ad nutum*³⁷.

Il diritto civile generale, o, se si vuole, il diritto primo, rispetto al diritto secondo del lavoro, è pervenuto solo in epoca relativamente più recente ad utilizzare la tecnica dell'abuso del diritto³⁸, mentre, da ultimo, la capacità espansiva, e l'utilità applicativa, della nozione di abuso del diritto sono state enfatizzate da una discussa pronuncia della Corte di Cassazione³⁹, nel solco della quale sembra essersi collocata anche la giurisprudenza immediatamente successiva della Suprema Corte.

Può essere richiamata, in particolare, in questa prospettiva una decisione,

³⁶ Cfr. Cass. 8 maggio 1987 n. 4277, in *Mass. Giur. Lav.*, 1987, 472 ss.; Cass. 7 luglio 1987 n. 5922, in «Notiziario di giurisprudenza del lavoro», 1987, 515 ss.; Cass. 8 settembre 1995 n. 9501, *ivi*, 1995, p. 875 ss.; Cass. S.U. 12 giugno 1997 n. 5295, in «Studium juris», 1997, p. 958 ss.; Cass. 26 novembre 2007 n. 24581 (tutte citate dalla sentenza del Tribunale di Torino sopra menzionata); naturalmente, non possiamo qui affrontare il tema, sul quale invece si sofferma, tra l'altro, la decisione del Tribunale di Torino, dando conto dell'evoluzione del dibattito giurisprudenziale in materia, della necessità o meno di uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro, quale elemento costitutivo dell'illecito antisindacale.

³⁷ Particolarmente significativa è, in questa prospettiva, l'elaborazione giurisprudenziale in materia di giustificatezza del licenziamento del dirigente, da tempo attestatasi nel senso che il licenziamento del dirigente deve considerarsi ingiustificato quando le ragioni che dovrebbero sorreggerlo o le modalità con le quali è intimato siano pretestuose, arbitrarie o, comunque, contrarie alla regola di buona fede. Questo orientamento trova la sua prima, compiuta enunciazione, in Cass. 14 maggio 1993 n. 5531, in «Rivista Italiana di Diritto del Lavoro», 1994, II, p. 238 s. con nota di S. BARTALOTTA, *La nozione di 'giustificatezza' nel licenziamento dei dirigenti* ed è stato poi in più occasioni ribadito: cfr., in luogo di molte altre, e limitandosi, proprio per dare conto del carattere risalente nel tempo di tale orientamento, alla decisioni meno recenti, Cass. 5 novembre 1996 n. 10445, in «Giustizia Civile», 1997, I, p. 951 ss.; Cass. 4 gennaio 2000 n. 22, in «Notiziario di giurisprudenza del lavoro», 2000, p. 349 ss.; Cass. 12 febbraio 2000 n. 1591, in «Foro Italiano», 2000, I, p. 752 ss.

³⁸ L'allusione è, ovviamente, alle note sentenze di Cass. 21 maggio 1997 n. 4538, in «Foro Italiano», 1997, I, n. 2479 nonché 14 luglio 2000 n. 9321, in «Corriere Giuridico», 2000, p. 1479 s., con nota di A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, nonché «I contratti», 2000, con nota di F. Di Ciommo, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*.

³⁹ Si tratta di Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, sulla quale si vedano i riferimenti citati alla nota 32.

che ha risolto un caso nel quale, all'interno di un contratto di locazione, la parte locatrice, a sua volta debitrice nei confronti del conduttore in relazione ad un distinto contratto (avente ad oggetto l'esecuzione di lavori di ristrutturazione dell'immobile oggetto del rapporto di locazione), aveva omesso di detrarre dai canoni di locazione, pure da essa reclamati e dovuti in effetti dalla parte conduttrice, le somme a quest'ultima dovute: condotta che aveva, poi, costituito «il passaggio obbligato per la successiva intimazione di sfratto per morosità, intervenuta con assai peculiare tempismo, e ciò tanto più che l'omessa compensazione, peraltro specificamente opposta dalla controparte, costrinse l'Ente (n.d.r.: il locatore) a esborsi che ben avrebbe potuto evitare, se non avesse avuto il trasparente intento – di cui andrà scrutinata la corrispondenza ad un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico – di cristallizzare e rendere irreversibile l'inadempimento del conduttore»⁴⁰: le argomentazioni svolte da questa decisione sembrano in effetti prefigurare condizioni d'uso della clausola generale dell'abuso del diritto imperniate su una valutazione di congruità allo scopo, ed in sostanza di ragionevolezza, della condotta del contraente, riguardata anche nel momento in cui questi si avvale del rimedio della risoluzione del contratto (a questo facendo riferimento, come si è visto, il caso in quell'occasione deciso), in grado di scansare il rischio che la stessa rappresenti il veicolo per l'inserimento nel singolo rapporto contrattuale di valutazioni del tutto divaricate dall'economia del contratto. Infatti, costituisce all'evidenza un comportamento irragionevole, salva la prova dell'esistenza di un interesse apprezzabile a base dello stesso⁴¹, quello del contraente che, pur disponendo di un mezzo per soddisfare il proprio interesse, senza aggravare al tempo stesso la posizione dell'altro contraente (nel caso di specie, portare in detrazione dal proprio credito, il controcredito del partner contrattuale), scelga invece di dare ingresso, in termini verosimilmente strumentali al raggiungimento di altri obiettivi, al rimedio dello sfratto per morosità.

Ne discende, e si tratta di un corollario che – come si è visto – la Suprema Corte ha cura di formulare esplicitamente, che anche il giudizio di gravità dell'inadempimento deve essere svolto nella prospettiva di una valutazione della condotta complessiva del contraente e di un controllo che potrebbe essere definito come di ragionevolezza o razionalità del modo

⁴⁰ È la sentenza di Cass. 31 maggio 2010 n. 13208, in «Giurisprudenza Italiana», 2011, p. 794 ss. con nota di P. RESCIGNO.

⁴¹ Nel caso che si è appena menzionato, lo scrutinio sul punto è stato affidato, ovviamente, dalla Corte di Cassazione al giudice di rinvio, all'esito dell'accoglimento del corrispondente motivo di ricorso per cassazione.

di esercizio del potere contrattuale: in termini che paiono sovrapponibili a quelli che abbiamo visto emergere dalla elaborazione giuslavoristica del tema dell'abuso del diritto.

Al di là della relativa primogenitura temporale che si deve ascrivere al diritto del lavoro sul versante dell'uso di argomentazioni in termini di abuso del diritto, al fine di controllare gli atti di esercizio dei poteri datoriali⁴², anche sul piano delle relazioni industriali e degli esiti applicativi assai interessanti che, da ultimo, si sono raggiunti in questa prospettiva⁴³, è di nuovo all'esperienza giuslavoristica che si deve, infine, una prima intuizione della circostanza che condotte abusive vi possono essere anche dal lato della parte del rapporto pure destinataria, in linea di principio, della disciplina protettiva di legge e cioè del lavoratore subordinato: come attestato da un caso, ancora recente, nel quale il diritto a fruire del c.d. congedo parentale era stato esercitato dal lavoratore per una finalità estranea alle ragioni per le quali il medesimo è riconosciuto dalla legge⁴⁴.

⁴² Può forse prestarsi ad una ricostruzione in termini di abuso del diritto la recentissima e controversa disciplina normativa introdotta dalla L. 28 giugno 2012 n. 92 quanto a graduazione della tutela del lavoratore avverso il licenziamento illegittimo e che commisura, appunto, l'intensità della protezione all'entità della insussistenza della giustificazione del recesso: in altre parole, quando il recesso del datore di lavoro si configura come tale da integrare un abuso manifesto del potere di sciogliere il rapporto, la risposta, in termini di rimedio, è nel senso dell'attribuzione, in favore del lavoratore, di una tutela in forma specifica, che gli consente di conseguire il ripristino del rapporto di lavoro. Cfr., per i primi commenti alle norme racchiuse nell'art. 1 co. 42 della L. 92/12, che ha novellato l'art. 18 L. n. 300/70, vedi C. CESTER, *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, in «Il lavoro nella giurisprudenza», 2012, p. 861 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012, e – book*, Torino 2012.

⁴³ Si intende alludere alla sentenza del Tribunale di Torino del 16 luglio – 14 settembre 2011, citata *supra* alla nota 56, che ha risolto la complessa vicenda di fatto sottopostale in termini di «abuso del diritto di negoziazione, dal lato del datore di lavoro, dal momento che da essa discende un effetto gravemente lesivo per Fiom Cgil della propria libertà ed agibilità sindacale, quello appunto di venir privata di quella rappresentanza che per l'innanzi e per anni le era riconosciuta».

⁴⁴ Il riferimento è a Cass. 16 giugno 2008 n. 16207 (in «Foro Italiano», 2008, I, p. 2451), secondo la quale «in tema di congedo parentale, l'art. 32, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 151 del 2001, nel prevedere – in attuazione della legge delega n. 53 del 2000 – che il lavoratore possa astenersi dal lavoro nei primi otto anni di vita del figlio, percependo dall'ente previdenziale un'indennità commisurata ad una parte della retribuzione, configura un diritto potestativo che il padre-lavoratore può esercitare nei confronti del datore di lavoro, nonché dell'ente tenuto all'erogazione dell'indennità, onde garantire con la propria presenza il soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e della sua esigenza di un pieno inserimento nella famiglia; pertanto, ove si accerti che il periodo di congedo viene utilizzato dal padre per svolgere una diversa attività lavorativa, si configura un abuso per sviamento dalla funzione del diritto, idoneo ad essere valutato dal giudice

In altre parole, la clausola dell'abuso del diritto può essere utilizzata anche al fine di scrutinare comportamenti, in ipotesi abusivi, di soggetti pure destinatari di un grado di protezione normativa particolarmente rilevante, quali appunto i lavoratori subordinati ovvero i consumatori.

Possono essere richiamati, in questa prospettiva, i casi di abuso del diritto del consumatore, in particolare, l'abuso del diritto di recesso da parte del consumatore⁴⁵, non potendosi ritenere che ad una valutazione secondo ragionevolezza debba sfuggire l'esercizio di una situazione giuridica soggettiva pure posta a protezione di colui in favore del quale la stessa è riconosciuta.

5. Conclusioni

Il discorso deve ora volgere al suo termine, attraverso la presa d'atto del modo in cui la reciproca interazione tra intervento del giudice ed intervento del legislatore nella costruzione della funzione sociale del diritto del lavoro si sia venuta delineando negli anni più recenti, secondo la cifra di un tentativo del legislatore di sancire la prevalenza del dato normativo sull'apporto della discrezionalità giudiziale, nell'evidente tentativo di assicurare la prevedibilità del risultato interpretativo ed applicativo della norma.

Un primo esempio chiaro di questo tentativo è quello offerto dall'art. 30, intitolato «Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro», della L. 183/10⁴⁶, il quale, al primo comma, stabilisce che «in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e dell'art. 63, co. 1° del decr. Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente».

ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, non assumendo rilievo che lo svolgimento di tale attività (nella specie, presso una pizzeria di proprietà della moglie) contribuisca ad una migliore organizzazione della famiglia».

⁴⁵ Cfr., sul punto, i contributi di S. PAGLIANTINI, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità di uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore (a proposito di C. Giust. CEE 3 settembre 2009, C – 489/07)*; ID., *Spigolature sulla c.d. svolta personalista della sentenza Messner ed il canone di ragionevolezza della tutela consumerista*, entrambi in S. PAGLIANTINI, *Abuso del diritto*, cit. nt. 28, rispettivamente pp. 165 ss. e 193 ss.

⁴⁶ Si tratta del c.d. collegato in materia di lavoro.

L'interesse di questa disposizione sta, in effetti, essenzialmente nel fatto che essa delinea un'*allure* decisamente ideologica del legislatore italiano, appunto nel senso di voler predisporre ed individuare esso stesso i criteri di concretizzazione delle clausole generali, che il giudice è chiamato ad applicare nelle controversie di lavoro e, in particolare, in quelle che abbiano ad oggetto il controllo dell'esercizio dei poteri datoriali per consentire al datore di lavoro – e cioè proprio alla c.d. parte forte del rapporto di lavoro subordinato – di essere in grado di prevedere la decisione giudiziale e, quindi, di organizzare al meglio il proprio assetto produttivo nella prospettiva della razionalizzazione dei costi.

Un tentativo analogo a quello del quale si è appena riferito si coglie anche nella materia della concretizzazione del concetto indeterminato 'giusta causa' di recesso, così come essa si delinea nel quadro normativo della L. 92/12.

Infatti, secondo un orientamento dapprima accreditatosi in merito alla portata da attribuire al 4° comma dell'art. 18 L. 300/70, come modificato dalla L. 92/2012, il 'fatto' cui fa riferimento la norma deve essere inteso in senso oggettivo, materiale, cioè, indipendentemente dalla qualificazione dello stesso in termini di inadempimento ed a prescindere dalla colpevolezza e dalla intenzionalità della condotta, con un'indubbia limitazione, in questa prospettiva, della portata della discrezionalità giudiziale⁴⁷.

⁴⁷ Propende per tale interpretazione, sin da subito, una parte quantitativamente significativa della dottrina: A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in «Rivista Italiana di Diritto del Lavoro», 2012, I, p. 443; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino 2012, p. 57; M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare per la riforma Fornero*, in F. CARINCI – M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, [Milano 2012], pp. 53-54; nonché M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in «Argomenti di Diritto del lavoro», 2013, 1, pp. 6-11.

Tale orientamento ha trovato, più di recente, il suffragio del Supremo Collegio, nella recente sentenza n. 23669 del 6 novembre 2014, ove si legge che «Il nuovo art. 18 ha tenuto distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato».

Come si evince dalla recente pronuncia della Cassazione, pertanto, il fatto la cui sussistenza va accertata ai fini di stabilire se possa o meno trovare applicazione il rimedio della reintegra deve

Tuttavia, un più recente indirizzo giurisprudenziale ha posto l'accento sul fatto che l'accertamento in ordine alla sussistenza, o meno, della giusta causa di recesso datoriale non può prescindere dalla verifica circa la rilevanza giuridica, o meno, della condotta del lavoratore nella prospettiva della sua qualificazione come tale da integrare un inadempimento a tal punto grave da legittimare il recesso del contratto⁴⁸: viene così nuovamente attribuita al giudice un'ampiezza di poteri valutativi che, anche da questo angolo visuale, si palesa in effetti come necessaria per consentire al diritto del lavoro di esplicitare al meglio la propria 'funzione sociale'.

intendersi unicamente in senso materialistico/fenomenico, essendo irrilevante che sia stato commesso con colpa o con dolo, bastando piuttosto che esso sia soggettivamente imputabile al suo autore in quanto da questo commesso con uno stato soggettivo di coscienza e volontà (cd. *suitas*). Ne deriva che l'accertamento degli elementi oggettivi dell'inadempimento disciplinare (quali la condotta, l'evento ed il nesso causale che lega il primo al secondo), unitamente all'accertamento della soggettiva imputabilità del fatto al suo autore, sono requisiti la cui presenza è necessaria e sufficiente per escludere la ricorrenza del requisito della «insussistenza del fatto contestato», che, come noto, è uno delle due ipotesi in cui, ai sensi del comma 4 dell'art. 18 L. n. 300/1970, la reintegrazione nel posto di lavoro è destinata a trovare applicazione in caso di illegittimità del licenziamento.

⁴⁸ Cfr., in questo senso, Cass. 13 ottobre 2015 n. 20540.

Alessandro Somma

Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismo

SOMMARIO: 1. Dal liberalismo al neoliberalismo – 2. L'ordoliberalismo tra capitalismo e democrazia – 3. Costituzione politica e costituzione economica – 4. L'economia sociale di mercato nell'esperienza tedesca – 5. Economia sociale di mercato fortemente competitiva – 6. Scontro tra capitalismi e ristrutturazione del debito sovrano

1. *Dal liberalismo al neoliberalismo*

Sul finire dell'Ottocento il patto fondativo della società borghese, quello per cui il sovrano concentrava l'impero e assicurava in cambio la proprietà all'individuo, era da tempo in crisi. Con l'avvento della società industriale, infatti, il lavoro non poteva più immettere nella condizione proprietaria, che dunque perdeva la sua forza emancipatoria, divenendo anzi il punto di riferimento per gerarchie sociali immutabili. Di qui il conflitto di classe, che assieme ai numerosi fallimenti del mercato, la cui incapacità di autoregolarsi era ormai evidente, richiedeva un deciso intervento ordinatorio dei pubblici poteri¹.

Furono numerose le modalità attraverso cui venne accolta la richiesta, e numerosi i tentativi intrapresi dagli studiosi di inquadrarle o eventualmente indirizzarle. Uno di questi ci porta a un'iniziativa intrapresa sul finire degli anni Trenta, nel corso della quale si volle fare il punto circa i diversi tentativi di individuare una terza via tra liberalismo tradizionale e collettivismo: il colloquio Walter Lippmann². Fu la prima occasione per delineare i termini di un rinnovamento del liberalismo, che i più intesero realizzare a partire da quanto teorizzato da uno dei partecipanti al colloquio, secondo cui la menzionata terza via doveva ricavarsi dalla subordinazione

¹ Citazioni in A. SOMMA, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in «Rivista critica del diritto privato», 28 (2010), p. 39 ss.

² Per tutti C. BUTTERWEGGE, B. LÖSCH, R. PTAK, *Kritik des Neoliberalismus*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008², p. 21 s.

dell'ordine democratico all'ordine proprietario: doveva condurre all'edificazione di uno Stato di «polizia del mercato», capace di presidiare il meccanismo concorrenziale e realizzare così «la coincidenza di interesse privato e interesse collettivo»³.

Alexander Rüstow, questo il nome del partecipante, fu un protagonista del colloquio e anzi colui il quale si ritiene abbia coniato il termine «neoliberalismo»⁴. Un termine il cui significato si coglie considerando che la personalità cui venne intitolato il colloquio, noto giornalista e commentatore politico statunitense, era l'autore di un fortunato volume scritto proprio per identificare i termini di una terza via tra il *laissez faire* e il collettivismo: quest'ultimo un fenomeno considerato tipico negli Stati Uniti, allora in pieno New Deal rooseveltiano, identificato con la situazione nella quale il potere politico era invadente perché controllato a monte dai centri di potere economico.

Il volume di Lippmann, per quanto criticato dai suoi contemporanei come testo privo di approccio scientifico⁵, consente se non altro di approfondire un aspetto ricorrente presso un gruppo di studiosi, poi detti ordoliberali, il cui pensiero costituiva un punto di riferimento per Rüstow. Quegli studiosi volevano che la mano visibile dei pubblici poteri intervenisse per sostenere e pacificare il mercato e dunque affermavano la supremazia della politica sull'economia, ma ritenevano anche che la prima dovesse operare per imporre le regole mutuate della seconda: per trasformare le leggi del mercato in leggi dello Stato. Similmente Lippmann sosteneva che «le leggi della Rivoluzione industriale», quelle concernenti la divisione del lavoro nell'ambito di un'economia di mercato, erano alla base di un modello di produzione ineludibile: non suscettibile di essere «modificato dalla politica». Per questo il liberalismo doveva rinnovarsi a partire da «una filosofia sociale che obbedisca alle leggi della rivoluzione industriale», che sappia «adattare l'ordine sociale alla divisione del lavoro»⁶.

Così ricostruito nelle sue ragioni di fondo, il neoliberalismo fu effettivamente la terza via che il potere politico intraprese tra il primo e il secondo conflitto mondiale al fine di sostenere l'ordine economico. Un ordine peraltro incapace di tenere in equilibrio i due fondamenti della tradizione

³ Così ALEXANDER RÜSTOW, in un contributo pubblicato successivamente: cfr. *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, Metropolis, Marburg 2001² (1. ed. 1950), p. 26.

⁴ Per tutti O.M. HARTWICH, *Neoliberalism: The Genesis of a Political Swearword*, «Centre for independent studies. Occasional Paper», 114 (2009), p. 13 ss.

⁵ Ad es. F.H. KNIGHT, *Lippmann's The Good Society*, in «Journal of Political Economy», 46 (1938), p. 867.

⁶ W. LIPPMANN, *The Good Society*, Little, Brown and Co., Boston 1937, p. 203 ss.

giuridica occidentale, il capitalismo e la democrazia, destinati a vivere un rapporto complesso anche oltre la conclusione del conflitto mondiale: sino a pregiudicare il processo di costruzione dell'unità europea. Sarà questo il filo conduttore delle pagine che seguiranno, nel corso delle quali metteremo in luce l'ambiguità delle costruzioni utilizzate per occultare la complessità di quel rapporto, e dunque il rischio che produca i medesimi drammatici scenari attorno ai quali si è sviluppato il Secolo breve.

2. *L'ordoliberalismo tra capitalismo e democrazia*

Gli ordoliberali iniziarono a definire il loro credo negli ultimi anni dell'esperienza weimariana, alla cui drammatica fine contribuirono non poco attraverso cruenti attacchi al meccanismo democratico. L'avversione per quest'ultimo costituì anzi il filo conduttore per un gruppo di studiosi ritenuti i padri nobili dell'economia sociale di mercato: gli economisti Walter Eucken e Leonhard Miksch, e i giuristi Franz Böhm e Hans Großmann-Doerth. È in tale ambito che si delinearono i fondamenti dell'ordoliberalismo e della sua ricerca di una terza via tra liberalismo classico e socialismo, individuati con il contributo determinante di due esponenti del cosiddetto umanesimo economico: oltre a Rüstow, del quale abbiamo appena detto, Wilhelm Röpke.

Tra gli attacchi ordoliberali alla democrazia spiccava quello di Eucken, e in particolare uno scritto confezionato un anno prima della presa del potere da parte dei nazisti. Lì si riflette sui motivi della «crisi del capitalismo», attribuita all'interventismo dei pubblici poteri e più in generale alle modalità con cui procedevano al coordinamento delle opposte istanze liberatorie e ordinarie espresse dal mercato. L'interventismo era salutato con favore se realizzava il supremo interesse all'equilibrio e allo sviluppo dell'ordine proprietario, fatto coincidere con «l'interesse statale puro», così come si era verificato nei primi anni dell'Impero germanico, quando si raggiunse l'unità tedesca sotto Guglielmo I. All'epoca, infatti, il Cancelliere Bismarck aveva completato la transizione dalla società borghese alla società industriale attraverso un «interventismo della ragion di Stato», comprendente l'indebolimento delle istituzioni parlamentari e la costruzione di un sistema di prestazioni sociali, concepito come contropartita per la rinuncia da parte dei lavoratori alla lotta di classe: a rimarcare come «tutti i problemi di politica economica erano considerati problemi di politica generale»⁷.

⁷ W. EUCKEN, *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in «Weltwirtschaftliches Archiv», 36 (1932), p. 303 ss.

A questo esempio virtuoso di interventismo dei pubblici poteri, Eucken contrapponeva il modello adottato dalla Repubblica di Weimar, il cui legislatore democratico si occupava dell'ordine economico, tuttavia in assenza di una visione complessiva circa il modo di coordinare le forze del mercato: era dedito al mero recepimento delle più disparate istanze di parte, nel disprezzo dell'interesse generale. Con il che la crisi delle istituzioni repubblicane non derivava dalla loro incapacità di affrontare la questione sociale e dal relativo conflitto sociale, considerato per lo più il frutto di un agire irrazionale. Il problema era la cessione da parte dello Stato di potere decisionale ai centri di interesse formatisi nella transizione dalla società borghese alla società industriale. In questo modo il funzionamento del meccanismo democratico provocava l'alterazione del meccanismo concorrenziale, schiacciato dal potenziamento dei centri di interessi «anticapitalisti»: la forza lavoro contrapposta alle forze del capitale nella lotta per imporre i rispettivi disegni di parte. La crisi della Repubblica di Weimar era insomma dovuta alla confusione tra Stato e società, quindi al prevalere di quei corpi intermedi tra l'individuo e la comunità statale sul cui contrasto si era edificata la società borghese: la crisi era il frutto di cedimenti verso il pluralismo e la «democratizzazione dei partiti e delle masse da essi organizzate». E proprio questo aveva trasformato lo Stato forte bismarckiano in uno «Stato economico» (*Wirtschaftsstaat*), entità chiamata a corrispondere alle più disparate aspettative parziali e dunque in balia di forze centrifughe⁸.

Anche Rüstow, come Eucken, invocava «l'interventismo liberale», rimarcando nel contempo come fosse inadeguato e deleterio l'interventismo realizzato dalla Repubblica di Weimar. Quest'ultima si era resa interprete di interessi di parte e aveva pertanto cessato di presiedere alla direzione politica della comunità economica: aveva edificato uno «Stato impotente», confuso con la società e dunque condannato a divenire uno «Stato preda»⁹. Preda in particolare dei partiti e dei gruppi di pressione, fonti di debolezza dell'esecutivo, la cui azione occorreva allora contrastare ricorrendo niente meno che a una «dittatura entro i confini della democrazia»¹⁰.

La democrazia parlamentare era insomma il nemico da battere, per impedirle di divenire quanto Eucken considerava uno strumento al servizio delle «forze caotiche della massa» contro «la forza ordinante scaturita

⁸ *Ibidem*.

⁹ A. RÜSTOW, *Interessenpolitik oder Staatspolitik*, in «Der deutsche Volkswirt», 7 (1932), p. 171.

¹⁰ A. RÜSTOW, *Diktatur innerhalb der Grenzen der Demokratie* (1929), in «Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte», 7 (1959), p. 98 s.

dalla vita dei popoli»¹¹. Il pluralismo, incalzava Röpke, sottraeva forza al potere statale di direzione della vita economica, impedendo a quest'ultima di svilupparsi nel rispetto dei fondamenti dell'ordine proprietario. Il potere politico doveva allora tornare a prevalere in chiave ordinatoria sulle istanze liberatorie espresse dai poteri privati per ripristinare il funzionamento del meccanismo concorrenziale, e più in generale per operare affinché «il liberalismo non sia sopraffatto dalla democrazia»¹².

Da menzionare a questo punto anche il pensiero di Alfred Müller-Armack, la cui proposta differiva in parte da quelle degli altri ordoliberali, in quanto traeva spunto dall'idea che lo Stato forte chiamato a risolvere la crisi del capitalismo non dovesse ripristinare la separazione tra società e Stato: la confusione tra questi ultimi era ormai irreversibile, sicché occorreva più opportunamente trasformarla in una fusione della prima nel secondo. Di qui l'ammirazione per il fascismo italiano, esaltato come sistema capace di mobilitare e unire le masse attorno a una «idea nazionale mezza vera e mezza inventata»: l'idea collettiva di «interesse nazionale capitalistico» in luogo di quella individualista di mero «interesse capitalistico»¹³.

Perfettamente in linea con il pensiero ordoliberales era invece la critica radicale di Müller-Armack al parlamentarismo come fonte di pluralismo, che aveva dato prova di essere inesorabilmente incompatibile con lo sviluppo dell'ordine proprietario: «tutta l'attività parlamentare è inevitabilmente votata alla ricerca di bilanciamenti di interessi e di compromessi», e questo implica la necessità di «ricompensare coloro i quali sono colpiti dall'intervento» dei pubblici poteri al solo fine di «mantenere l'equilibrio parlamentare»¹⁴.

3. *Costituzione politica e costituzione economica*

Passiamo a considerare le elaborazioni degli ordoliberali che in modo più o meno esplicito si legarono al regime, salvo poi essere scagionati dalle ricostruzioni in cui li si è voluti presentare come oppositori interni impegnati a limitare i danni. Per ricevere un'impressione opposta basta però considerare, tra gli scritti confezionati durante il nazismo, una sorta di

¹¹ EUCKEN, *Staatliche Strukturwandlungen*, cit., p. 312.

¹² W. RÖPKE, *Epochenwende* (1933), in ID., *Wirrnis und Wahrheit*, Rentsch, Erlenbach e Stuttgart 1962, pp. 113 e 124.

¹³ A. MÜLLER-ARMACK, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung*, Junker & Dünnhaupt, Berlin 1932, pp. 110 ss. e 213 ss.

¹⁴ *Ibidem*.

manifesto ordoliberal a firma di Böhm, Eucken e Grossmann-Doerth. Lì si sviluppano i temi anticipati nella fase conclusiva dell'esperienza weimariana, a partire dalla critica alla democrazia come ostacolo all'utilizzo della forza statale nel presidio dell'ordine proprietario, in funzione del quale orientare i comportamenti individuali. L'unica differenza rispetto a quanto scritto a cavallo degli anni Venti e Trenta, era che non si trattava più di mere teorizzazioni, bensì di aperto sostegno all'involuzione totalitaria originata proprio da quelle teorizzazioni¹⁵.

Il tutto viene introdotto da una polemica sul metodo, innanzi tutto quello elaborato dalla Scuola storica dell'economia, accusata di aver «distrutto la fede nell'esistenza di un sistema naturale del diritto e dell'economia» e indotto così la diffusione di atteggiamenti «relativisti» e «fatalisti». Occorreva però evitare anche l'approccio dogmatico puro, incapace di valorizzare «la molteplicità e l'individualità storica dell'oggetto di studio», assumendo una prospettiva olistica, per cui «occorre conoscere il tutto nelle sue relazioni per comprendere l'esistenza economica dell'individuo»¹⁶.

Questa attitudine avrebbe caratterizzato la ridefinizione ordoliberal della «costituzione economica» (*Wirtschaftsverfassung*), ovvero della «decisione sul complessivo ordine della vita economica nazionale»¹⁷.

La costituzione economica era una «costituzione giuridica», e in quanto tale realizzava una condizione imprescindibile per la costruzione di uno Stato forte: il «primato della politica». Era cioè una «costituzione parziale», che la scienza giuridica era chiamata a mettere in sintonia con «la costituzione politica complessiva»: per «gettare un ponte tra la politica economica e la complessiva politica nazionale», esattamente come era opportuno fare rispetto ai nuovi stimoli provenienti da altri settori della conoscenza, come la «politica demografica» (*Bevölkerungspolitik*) e la «biologia razziale» (*Rassenbiologie*)¹⁸.

Costituzione politica e costituzione economica stabilivano tra loro un rapporto gerarchico, e tuttavia finivano per assolvere a compiti complementari. L'ordine economico doveva svilupparsi secondo linee indicate da un'entità collocata al vertice dell'ordine politico, e dunque strutturarsi

¹⁵ F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DOERTH, *Unsere Aufgabe*, in F. BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Kohlhammer, Stuttgart e Berlin 1937, p. VII ss.

¹⁶ W. EUCKEN, *Nationalökonomie wozu?*, F. Meiner, Leipzig 1938, p. 10 ss.

¹⁷ BÖHM, EUCKEN, GROSSMANN-DOERTH, *Unsere Aufgabe*, cit. nt. 15, p. XIX. Anche W. EUCKEN, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, G. Fischer, Jena 1941², p. 64.

¹⁸ BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit. nt. 15, p. 9 ss.

come parte integrante di quest'ultimo. L'ordine politico era tuttavia preposto al presidio dell'ordine proprietario, e finiva così per assolutizzarne le dinamiche proprio perché rivendicava «il punto di vista di un'economia diretta dallo Stato»¹⁹.

Per attuare la costituzione politica, e dunque la costituzione economica, i pubblici poteri dovevano operare in un ambiente pacificato, entro cui l'individuo era sciolto nell'ordine: il conflitto avrebbe impedito la «sinfonia sociale»²⁰. Ciò equivaleva a promuovere per il potere economico l'esatto contrario di quanto si auspicava per il potere politico: se il secondo doveva essere concentrato e dunque statalizzato, il primo doveva essere azzerato, spolitizzato, ridotto all'irrilevanza quale forza centrifuga in danno al funzionamento del sistema. Era questo il senso del motto, coniato da Carl Schmitt, per cui una «economia sana» presupponeva uno «Stato forte»²¹.

Da ciò la necessità di promuovere e presidiare con la costituzione economica la concorrenza perfetta, fonte e prodotto di un ambiente in cui «il fenomeno del potere economico svanisce»²². Da ciò anche la soppressione del conflitto di classe, considerato la violazione di un «dovere giuridico», stigmatizzata anche in quanto trasgressione di un imperativo «sociale fondato sull'onore»²³.

Tutto ciò venne teorizzato dagli ordoliberali legatisi più o meno esplicitamente al regime nazista, ma non troppo diverse furono le teorizzazioni di alcuni studiosi che scelsero la via dell'esilio: tra questi i già menzionati Röpke e Rüstow. Entrambi vollero riformare il sistema delle libertà economiche secondo schemi che, se anche non contemplavano la soppressione delle libertà politiche, preludevano quanto meno alla loro compressione, del resto indispensabile a produrre le forme di coesione sociale la cui sopravvivenza veniva messa a rischio dal funzionamento del meccanismo democratico.

Durante l'esilio l'attività pubblicistica di Röpke si caratterizzò per il netto rifiuto della dittatura nazista, stigmatizzata tuttavia più per la sua compressione delle libertà politiche, nella misura in cui era ritenuta un sintomo di decadimento della cultura occidentale, piuttosto che per le modalità di riforma delle libertà economiche. Venne concepita in questo periodo

¹⁹ L. ERHARD, *Einfluß der Preisbildung und Preisbindung auf die Qualität und Quantität des Angebots und der Nachfrage*, in ID. e G. BERLGER (a cura di), *Marktwirtschaft und Wirtschaftswissenschaft*, Deutscher Betriebswirte-Verlag, Berlin 1939, p. 82.

²⁰ BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit. nt. 15, p. 21.

²¹ C. SCHMITT, *Starker Staat und gesunder Wirtschaft*, in «Volk und Reich», 9 (1933), p. 87.

²² EUCKEN, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, cit. nt. 17, p. 242 s.

²³ BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft*, cit. nt. 15, p. 77.

la trilogia che sarà pubblicata nella prima metà degli anni Quaranta²⁴, dove si promuovono l'equilibrio e lo sviluppo dell'ordine proprietario attraverso la modernizzazione, ma anche un ritorno a motivi premoderni e in ultima analisi antidemocratici, ritenuti anch'essi un imprescindibile presidio dell'ordine.

Non deve stupire se alla base di tutto ciò veniva posto il progetto di un «liberalismo sociologico», inteso come il credo che unisce liberalismo politico e liberalismo economico, sul presupposto che il mercato concorrenziale necessita del primo per potersi realizzare. Giacché il liberalismo politico di Röpke non mirava a promuovere il pluralismo, ritenuto all'origine della «massificazione dell'individuo»: indicava il favore per la società borghese intesa come ordine sociale tipico delle società preindustriali, caratterizzate da una struttura gerarchica e olistica capace di ricondurre gli individui all'ordine proprietario, e dunque di prevenire la loro «proletarizzazione»²⁵.

Era questa l'essenza di quanto Röpke chiamava «umanesimo economico», alla cui teorizzazione si dedicò anche Rüstow. Entrambi consideravano il capitalismo il fondamento di un ordine economico bisognoso di essere presidiato dall'ordine politico, onde evitare di rivelarsi «un catastrofico insuccesso». L'ordine politico doveva infatti prevenire la «massificazione della società» indotta dal pluralismo, ritenuto una «forma di governo patologica», e doveva fare ciò abbandonando l'assolutizzazione del principio di concorrenza. Non certo per depotenziarlo, bensì per presidiarlo attraverso una sua combinazione con valori etici, indispensabili a produrre una «forza integratrice dai contenuti pseudo religiosi», efficace in quanto punto di riferimento per combinare modernità e valori premoderni²⁶.

4. *L'economia sociale di mercato nell'esperienza tedesca*

Alla conclusione del secondo conflitto mondiale era diffusa la convinzione che l'ordoliberalismo avesse fallito: non tanto perché aveva affermato il primato della politica, quanto perché era stato incapace di proteggere

²⁴ W. RÖPKE, *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*, Rentsch, Erlenbach, Zürich 1942; ID., *Civitas Humana. Grundfragen der Gesellschafts- und Wirtschaftsreform*, Erlenbach, Zürich 1944 e ID., *Internationale Ordnung*, Erlenbach, Zürich 1945. ID., *Die Lehre von der Wirtschaft* (1937), Erlenbach, Zürich 1943 viene indicata dal suo stesso autore come una sorta di premessa al primo volume della trilogia.

²⁵ RÖPKE, *Civitas Humana*, cit. nt. 24, pp. 51 ss. e 239 ss.

²⁶ A. RÜSTOW, *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, Metropolis, Marburg 2001², pp. 1 e 90 ss. (la 1. ed. è del 1945).

la democrazia dal capitalismo. Quest'ultimo aveva infatti contribuito non poco all'affermarsi delle dittature fasciste, che del resto avevano affossato le libertà politiche al fine di riformare, e non anche travolgere, il sistema delle libertà economiche, di cui si erano conservati i fondamenti: proprietà privata dei mezzi di produzione e principio di concorrenza²⁷. Fu del resto questo il senso dell'osservazione per cui il fascismo, al netto delle necessità imposte dal conflitto bellico, aveva realizzato la terza via tra liberalismo tradizionale e socialismo²⁸.

Tutto ciò fece da sfondo a uno scontro relativo al tipo di ordine economico di cui la rinata democrazia tedesca si sarebbe dovuta dotare, magari proprio per prevenire un ritorno della dittatura fascista e del suo modo di subordinare le necessità del capitalismo a quelle della democrazia. Intendiamo lo scontro tra fautori della democrazia economica, fondata su una forma di pianificazione e sull'intervento diretto statale in determinati settori produttivi, e sostenitori della democrazia ordoliberal, in cui l'intervento in discorso si concepisce come volto a definire il quadro normativo necessario e sufficiente ad assicurare il confronto tra le forze del mercato²⁹.

Inizialmente la democrazia economica, sponsorizzata dai Socialdemocratici, sembrò riscuotere consensi superiori rispetto a quelli raccolti dalla democrazia ordoliberal. Venne parzialmente accettata anche dai Cristianodemocratici, tra le cui fila si riteneva che «il sistema economico capitalista» si fosse «suicidato con le proprie leggi», e che la disponibilità delle materie prime si dovesse assicurare con la creazione di un sistema di «produzione collettivistico»³⁰.

Peraltro la democrazia economica non incontrò il favore delle forze di occupazione, intenzionate, all'alba della Guerra fredda, a imporre modelli economici in cui fosse marcato il rifiuto di soluzioni di ispirazione socialista. Le forze politiche impegnate nella redazione della Legge fondamentale decisero nel frattempo di non includervi espliciti riconoscimenti a una delle posizioni in campo: l'articolato doveva mostrarsi sul punto sostanzialmente neutrale. I Cristianodemocratici si accontentarono di un riferimento alla Repubblica federale tedesca come Stato federale democratico e sociale

²⁷ Citazioni in A. SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Klostermann, Frankfurt M. 2005, p. 81 ss.

²⁸ W. RÖPKE, Voce *Staatsinterventionismus*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 4. ed., Ergänzungsband, G. Fischer, Jena 1929, p. 881 s.

²⁹ Cfr. rispettivamente A. ARNDT, *Das Problem der Wirtschaftsdemokratie*, in «Süddeutsche Juristen-Zeitung», 1 (1946), p. 137 ss. e F. BÖHM, *Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung*, *ivi*, p. 141 ss.

³⁰ Così il Presidente del Nord Reno-Vestfalia nel discorso di insediamento riprodotto in G. BRÜGGEMEIER, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, vol. 2, Syndkat, Frankfurt M. 1979, p. 334 ss.

(art. 20). Soluzione che i Socialdemocratici accettarono, in parte perché barattarono la desistenza sui diritti sociali con la rinuncia dei conservatori a insistere sulle tematiche religiose, e in parte perché convinti di poter affermare la loro visione una volta giunti al potere.

Le cose, però, andarono diversamente. Le prime elezioni non premiarono la Socialdemocrazia, costretta all'opposizione in un parlamento dominato dai Cristianodemocratici di Konrad Adenauer. E questi, su pressione statunitense, affidò la guida del dicastero economico a Ludwig Erhard, che a sua volta rimise la definizione delle linee di politica economica ad Alfred Müller-Armack. Fu quest'ultimo a coniare la locuzione «economia sociale di mercato»³¹, e a definirla come la situazione in cui i principi del libero mercato, in particolare la proprietà privata e la libertà di contrarre, sono affiancati da interventi statali volti a condizionare le libertà economiche solo nella misura in cui ciò sia indispensabile a evitare i fallimenti del mercato. Alla redistribuzione della ricchezza tendono invece direttamente le sole misure di solidarietà tra lo Stato e gli individui, che tuttavia operano fuori dai confini del mercato con interventi finanziati dalla contribuzione fiscale³².

È appena il caso di avvertire che l'espressione «economia sociale di mercato» fu scelta per motivi per così dire promozionali: per la sua distanza dal linguaggio utilizzato nel corso dell'esperienza nazionalsocialista, che pure aveva elaborato concetti del tutto assimilabili nell'ambito del pensiero ordoliberal. A ben vedere, però, si tratta di una distanza ambigua, evocata da una terminologia scelta ad arte, priva di riscontri. L'espressione, infatti, sembrava e sembra alludere a un non meglio definito capitalismo dal volto umano, mentre voleva e vuole più semplicemente indicare che il mercato è un'istituzione sociale in quanto tale³³, cui destinare correttivi solo nella misura necessaria e sufficiente a produrre pacificazione sociale³⁴. Tanto che Friedrich von Hayek, commentando l'uso di «economia sociale di mercato», ebbe a osservare: «non mi piace questo uso, anche se grazie a esso alcuni amici tedeschi sembrano riusciti a rendere appetibile a circoli più ampi il tipo di ordine sociale che difendo»³⁵.

³¹ A. MÜLLER-ARMACK, v. *Soziale Marktwirtschaft*, in «Handwörterbuch der Sozialwissenschaften», vol. 9, G. Fischer Stuttgart, 1956, p. 392.

³² A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft* (1946), Kastell, München 1990, pp. 65 ss. e 116 ss.

³³ H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Kohlhammer, Stuttgart 1964, p. 572 ss.

³⁴ R. BLUM, *Soziale Marktwirtschaft. Wirtschaftspolitik zwischen Neoliberalismus und Ordoliberalismus*, Mohr, Tübingen 1969, p. 130 ss.

³⁵ F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà* (1973-79), Il Saggiatore, Milano 2000, p. 283, nt. 26.

Comunque sia, è un dato di fatto che la formula dell'economia sociale di mercato abbia riscosso notevoli successi, dovuti anche al relativo benessere ottenuto durante la cosiddetta Era Adenauer. Di qui la conclusione che la formula, molto più della Legge fondamentale, costituisce il mito fondativo della Repubblica federale tedesca³⁶. Esattamente come la riforma monetaria con cui venne introdotto il Marco tedesco, varata per ripristinare «la relazione naturale tra prestazione e controprestazione, affinché i salariati si trasformino in acquirenti e si creino così le condizioni per un incremento del rendimento lavorativo e della produzione»³⁷.

Peraltro il riconoscimento nell'economia sociale di mercato sarebbe di lì a poco divenuto pressoché unanime, se non altro perché i Socialdemocratici avrebbero dovuto mutare pelle in vista della loro presa del potere: prima nell'ambito della prima Grande coalizione, quella presieduta dal cristiano-democratico Kurt Georg Kiesinger dal 1966 al 1969, e poi con gli esecutivi guidati da Willi Brandt, tra il 1969 e il 1974, e da Helmut Schmidt, tra il 1974 e il 1982. Il tutto preceduto dal noto Congresso di Bad Godesberg, che sul finire degli anni Cinquanta sancì l'abbandono della democrazia economica come punto di riferimento programmatico, aprendo la strada alla progressiva accettazione dell'economia sociale di mercato.

Il programma varato a Bad Godesberg combinava l'abbandono della democrazia economica con l'esaltazione di elementi destinati a celebrare lo scioglimento dell'individuo nell'ordine economico. Prevalsa infatti la preoccupazione per il controllo sulla concentrazione del potere economico piuttosto che sulle modalità del suo esercizio, per il suo azzeramento piuttosto che per la pluralistica formazione di contropoteri, per il funzionamento del meccanismo concorrenziale piuttosto che di quello democratico. Certo, ci si imbatteva ancora in formule ereditate dalla tradizione, rilette però alla luce della precisazione che il Partito socialdemocratico «approva il libero mercato nel quale regni la libera concorrenza», volendo intervenire solo «laddove i mercati cadano sotto il predominio di singoli o gruppi» per imporre «misure volte a ottenere la libertà nell'economia»³⁸.

³⁶ Ad es. M. VON PROLLIUS, *Deutsche Wirtschaftsgeschichte nach 1945*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 2006, p. 63.

³⁷ Nota introduttiva al *Gesetz über Leitsätze für die Bewirtschaftung und Preispolitik nach der Geldreform* del 24 giugno 1948.

³⁸ *Grundsatzprogramm der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands. Beschlossen vom außerordentlichen Parteitag der sozialdemokratischen Partei Deutschlands in Bad Godesberg vom 13. bis 15. November 1959*, Druckhaus Deutz, Köln 1959, p. 8 ss.

È sicuramente vero che la presa del potere da parte dei Socialdemocratici coincise con il varo dell'«economia di mercato globalmente diretta» (*global-gesteuerte Marktwirtschaft*)³⁹: lo schema per il quale la politica di bilancio doveva essere decisa tenendo conto dell'«equilibrio economico complessivo» (*gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht*), e dunque controllando il livello dei prezzi, ma anche promuovendo la piena occupazione⁴⁰. Peraltro furono proprio i Socialdemocratici a decretare, dopo un decennio circa, la crisi dell'approccio keynesiano alla base di questo schema. Furono loro a resuscitare l'idea che i pubblici poteri dovessero costituire innanzi tutto un presidio del meccanismo concorrenziale: che fosse necessario un governo politico dell'economia più rispettoso delle leggi del mercato. A questo mirava l'approccio pragmatico del Cancelliere Schmidt, che volle distinguersi dal predecessore Brandt celebrando il meccanismo concorrenziale come fonte di «progresso economico», e il presidio statale dell'economia di mercato come soluzione «migliore degli altri modelli economici ad essa comparabili»⁴¹.

5. *Economia sociale di mercato fortemente competitiva*

Dopo la parentesi degli esecutivi socialdemocratici, i Cristianodemocratici tornarono al potere con Helmut Kohl, che aveva inteso riformare la politica economica tedesca in senso più autenticamente ordoliberal. Ciò nonostante, per centrare l'obiettivo, si dovette attendere il ritorno al potere dei Socialdemocratici, che con il Gerhard Schröder governarono il Paese per due legislature, tra il 1998 e il 2005.

Se non altro il Cancelliere Kohl ebbe modo di varare la prima definizione legislativa di «economia sociale di mercato», dalla quale ricavare in modo incontrovertibile la sua coincidenza con i dettami ordoliberali della prima ora. Poco prima della Riunificazione, avvenuta nell'ottobre 1990, venne infatti concluso il Trattato sull'unione monetaria, economica e sociale tra le due Germanie, dove si esplicitano i fondamenti di quell'unione. E tra questi campeggia proprio l'economia sociale di mercato, definita come l'ordine economico fondato su «proprietà privata, libera concorrenza, libera

³⁹ Ad es. R. ZUCK, *Wirtschaftsverfassung und Stabilitätsgesetz*, Goldmann, München 1975, p. 61 ss.

⁴⁰ Cfr. il *Fünfzehntes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes* dell'8 giugno 1967, che ha modificato l'art. 109 GG. V. anche il *Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft*, anch'esso dell'8 giugno 1967.

⁴¹ *Regierungserklärung von Bundeskanzler Helmut Schmidt* del 17 maggio 1974.

formazione dei prezzi, e circolazione fundamentalmente libera di lavoro, capitali, beni e servizi»⁴².

Ma torniamo al Cancellierato Schröder. Fu nel corso della seconda legislatura che si marcò in modo deciso l'adesione ai dettami dell'ordoliberalismo. Il programma di governo a cui volle ispirarsi era concentrato sul proposito di «imprimere un nuovo impulso nella lotta alla disoccupazione» attraverso la rottura del compromesso keynesiano: una riduzione della pressione fiscale, da bilanciare con una riforma del sistema della sicurezza sociale destinata a contenere la spesa pubblica. Quanto al mercato del lavoro, lo si sarebbe «modernizzato» promuovendo formazione, autoimprenditorialità, pari opportunità e riforme destinate a combinare «flessibilità» e «sicurezza»⁴³.

Le misure progettate per tradurre simili propositi vennero riassunte sotto la denominazione di «Agenda 2010», formalizzata dal Cancelliere nel corso di un dibattito parlamentare sul programma di governo. Il tutto attuato con un pacchetto di quattro riforme ispiratesi al cosiddetto «concetto Hartz», dal nome di chi ha presieduto la commissione che lo ha elaborato: Peter Hartz, membro del Partito socialdemocratico e all'epoca dirigente della Volkswagen, poi condannato a due anni di reclusione per infedeltà patrimoniale, per aver distratto ingenti somme dal bilancio della casa automobilistica.

Di particolare interesse sono i primi due pacchetti, destinati a precarizzare e svalutare il lavoro, e il quarto pacchetto, dove sono confluite misure volte a edificare il cosiddetto Stato sociale attivatore: capace di spingere i disoccupati nel lavoro, e dunque di incrementarne la svalutazione.

Con il primo pacchetto di riforme (Hartz I) si è disposto in tema di lavoro interinale, per un verso estendendo le tutele previste per questa forma di impiego, ma per un altro prevedendo la possibilità di derogarvi, quindi rimuovendo i principali ostacoli al suo ricorso abusivo⁴⁴. Il secondo pacchetto (Hartz II) riguarda in particolare la possibilità di instaurare rapporti di lavoro «marginali» (*geringfügige Beschäftigung*), i cosiddetti *Minijob*, se retribuiti 400 Euro al mese, successivamente elevati a 450, e i *Midijob*, se il salario era contenuto entro gli 800 Euro, poi portati a 850⁴⁵.

Il quarto pacchetto (Hartz IV) ha infine inciso sulla sicurezza sociale, una materia nella quale si conoscevano tre forme di intervento perequativo:

⁴² Art. 1 *Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik* del 18 maggio 1990.

⁴³ *Spd - Bündnis 90 Die Grünen Koalitionsvertrag 2002-2006: Erneuerung – Gerechtigkeit – Nachhaltigkeit*, ad es. in www.nachhaltigkeit.info.

⁴⁴ *Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt* del 23 dicembre 2002.

⁴⁵ *Zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt* del 23 dicembre 2002.

l'indennità di disoccupazione, agganciata al reddito venuto meno e corrisposta per un certo periodo (*Arbeitslosengeld*), il sussidio di disoccupazione, agganciato anch'esso al reddito venuto meno ma corrisposto senza limiti di tempo (*Arbeitslosenhilfe*), e l'assistenza sociale erogata per consentire a chiunque di condurre «una vita corrispondente alla dignità umana» (*Sozialhilfe*). Ebbene, la riforma ha da un lato ridotto drasticamente il termine di corresponsione dell'indennità di disoccupazione, da 32 a 12 mesi, e dall'altro unificato il sussidio corrisposto senza limiti di tempo e l'assistenza sociale, ora chiamati sussidio di disoccupazione II (*Arbeitslosengeld II*)⁴⁶. Nel fare questo si è però eliminata ogni relazione con l'eventuale reddito venuto meno: l'entità del sussidio dipende da una stima circa le «esigenze normali» (*Regelbedarf*)⁴⁷.

Ma non è tutto. I beneficiari del sussidio di disoccupazione, tra i quali si annoverano anche coloro i quali percepiscono salari inidonei a consentire loro la conduzione di una vita dignitosa, come i salari previsti per i lavori «marginali», sono tenuti a concludere un vero e proprio contratto di diritto pubblico con cui si impegnano a massimizzare la loro capacità di produrre reddito. Ciò significa che non possono rifiutare offerte di «impiego ragionevole» (*zumutbare Arbeit*), tale anche se di «bassa qualità» in rapporto al grado di istruzione, o «meno vantaggioso» rispetto all'occupazione precedente⁴⁸. Significa poi che la violazione di un simile impegno viene sanzionata, a titolo di inadempimento contrattuale, con la diminuzione e persino la cancellazione del contributo: misure poi ritenute in parziale contrasto con quanto la Corte costituzionale tedesca definisce come «diritto alla garanzia del minimo esistenziale» (*Existenzminimum*)⁴⁹.

Mentre venivano realizzate le riforme appena illustrate, i tedeschi si sono impegnati in un acceso dibattito concernente il rinnovamento dell'economia sociale di mercato, ovvero la sua rilettura in chiave se possibile ancora più fedele ai dogmi ordoliberali. Si è parlato nel merito di «nuova economia sociale di mercato», espressione utilizzata da Angela Merkel all'epoca del Cancellierato Schröder⁵⁰, a partire da quanto elaborato in

⁴⁶ *Viertes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt* del 24 dicembre 2003.

⁴⁷ Cfr. «Bundestag-Drucksache» 17/3404 (26 ottobre 2010), p. 49 ss.

⁴⁸ Per tutti J.R. KARASH, *Fünf Jahre Hartz IV. Eine Bilanz*, in «Arbeitsrecht im Betrieb», 2010, p. 168.

⁴⁹ BVerfG, 9 febbraio 2010, in «Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», 125 (2010), p. 175 ss. Da segnalare anche che il 27 maggio 2015 il *Sozialgericht* Gotha ha investito la Corte costituzionale tedesca della questione di legittimità delle sanzioni previste per chi non adempie a quanto prescritto nel menzionato contratto di diritto pubblico.

⁵⁰ Cfr. «Bundestag – Plenarprotokoll», 15/32, p. 2496 ss.

seno a un *think tank* che porta esattamente quel nome: Iniziativa nuova economia sociale di mercato (*Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft*)⁵¹.

È soprattutto a livello di Unione europea che si sono accolte le indicazioni formulate in questo ambito, il che non stupisce più di tanto: come è noto, l'avventura europea nel suo complesso nasce e si sviluppa come progetto ordoliberal. Anche a livello europeo, però, l'esplicito richiamo all'economia sociale di mercato è relativamente recente, essendo dovuto al Trattato di Lisbona del 2007. È in quel contesto che compare il richiamo, oltretutto completato con l'inciso «fortemente competitiva» (l'art. 3 Trattato Ue.). È sparito nel contempo il riferimento all'«economia di mercato aperta e in libera concorrenza», e questo ha autorizzato i più a ritenere che l'Unione europea intenda ora mediare tra istanze neoliberali e non meglio definite istanze sociali⁵². Peraltro sappiamo oramai che si tratta di un'illusione ottica, la stessa alimentata nella Germania del secondo dopoguerra, dalla quale non dovrebbe a questo punto essere difficile immunizzarsi.

6. Scontro tra capitalismo e ristrutturazione del debito sovrano

Le vicende che hanno riguardato lo sviluppo dell'economia sociale di mercato in area tedesca devono essere lette alla luce dell'attuale scontro tra modelli di capitalismo. Uno scontro relativamente datato, che ha preso corpo nel momento in cui, cessato con il crollo del Muro il confronto con il socialismo, ci si è finalmente dedicati ai diversi modi di concepire l'ordine economico incentrato sul mercato concorrenziale.

Gli studiosi si sono fin da subito concentrati sulla varietà di capitalismo realizzatasi in area tedesca, indicata come capitalismo renano, ricostruita ricorrendo a dati relativi agli anni Ottanta e utilizzata come principale termine di raffronto con quanto fu definito come capitalismo neoamericano. Quest'ultimo era il modello sviluppatosi negli Stati Uniti e nel Regno Unito per effetto delle riforme di Ronald Reagan e Margaret Thatcher, quelle che segnarono la crisi del paradigma keynesiano e il trionfo del neoliberalismo.

Il capitalismo renano viene descritto come dominato da banche che intrattengono relazioni strette con le imprese, e come fondato sull'idea che queste ultime sono comunità complesse bisognose di armonia. Ecco la ragione per cui è tipica di questo modello di capitalismo un'organizzazione

⁵¹ Cfr. R. SPETH, *Die politische Strategien der Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft*, Hans-Böckler-Stiftung Arbeitspapier, 96 (2004).

⁵² Ad es. L. FUMAGALLI, *Sub Art. 3*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano 2014², p. 18.

del lavoro incentrata sulla cooperazione tra lavoratori e datori di lavoro⁵³. Da ciò un'estesa disciplina delle relazioni industriali basate sulla ricomposizione collaborativa dei conflitti, e a monte sulla stabilità e durata nel tempo dei rapporti di lavoro.

Opposto il capitalismo neoamericano, innanzi tutto in quanto tipicamente le imprese si finanziano attraverso la borsa, e poi perché si percepiscono come comunità conflittuali, nelle quali le relazioni industriali non sono incentrate sul tema della collaborazione tra capitale e lavoro. Il conflitto ispira anche la considerazione del sistema della sicurezza sociale, che nel capitalismo renano, oltre ad assumere la funzione di fondamento della pace sociale, è anche strumento di emancipazione. Nel capitalismo neoamericano, quel sistema viene invece ritenuto un catalizzatore di inattività e dunque di improduttività⁵⁴: il mercato deve restare il principale strumento per la redistribuzione della ricchezza.

Queste distinzioni tra modelli di capitalismo non sono più attuali. Fin dagli anni Novanta si è infatti documentata una massiccia «americanizzazione» del capitalismo renano, resa evidente in particolare da due fenomeni: l'affermarsi della borsa come canale privilegiato di finanziamento delle imprese, e la flessibilizzazione del rapporto di lavoro⁵⁵. È del resto questa la direzione nella quale spingono con decisione le istituzioni di governo dell'ordine economico internazionale: Banca mondiale e Fondo monetario internazionale.

Provengono dalla Banca mondiale i noti Rapporti *Doing business*, prodotti annualmente al fine di misurare i costi economici della regolamentazione giuridica sopportati dalle imprese nei diversi ordinamenti nazionali. Il tutto per confezionare un *ranking* destinato a premiare gli ordinamenti ritenuti *business friendly*, e a punire quelli che invece non sono ritenuti tali dal punto di vista neoliberale⁵⁶. I parametri utilizzati sono quelli messi a punto dalla Nuova economia comparata e dal movimento di *Law and finance*, sulla scia di quanto già da tempo sostenuto dalla Nuova economia istituzionale: i diritti nazionali che richiedono un numero elevato di adempimenti beneficiano solo i professionisti della politica, i burocrati statali e le imprese da essi supportate. Al contrario, i diritti nazionali che

⁵³ M. ALBERT, *Capitalismo contro capitalismo* (1991), Il Mulino, Bologna 1993, p. 113 ss.

⁵⁴ *Ivi*, p. 71 ss.

⁵⁵ M. ALBERT, *Capitalismo contro capitalismo*, in V. CASTRONOVO (a cura di), *Storia dell'economia mondiale*, vol. 6, Laterza, Roma e Bari 2002, p. 269 ss.

⁵⁶ Il primo rapporto è *Doing Business 2004. Understanding Regulation*, The World Bank, Washington 2004. Da ultimo *Doing Business 2015. Going Beyond Efficiency*, The World Bank, Washington 2015.

limitano gli adempimenti richiesti beneficiano i mercati, essendo tipici di ordinamenti che «facilitano l'accesso al potere politico» e «pongono maggiori limiti agli organi amministrativi»⁵⁷.

L'impostazione viene evidentemente condivisa dal Fondo monetario internazionale, chiamato a implementarla anche in sede di ristrutturazione del debito sovrano dei Paesi europei, cui partecipa come componente della famosa Troika. Il tutto per l'esperienza che il Fondo ha maturato in tema di condizionalità, ovvero di riforme strutturali la cui realizzazione viene subordinata all'assistenza finanziaria. È quanto si sottolinea tra l'altro con riferimento al Meccanismo europeo di stabilità, il cosiddetto fondo Salva Stati, che come è noto concede «assistenza finanziaria» ai Paesi indebitati solo se utile a «salvaguardare la stabilità della Zona Euro nel suo insieme», e solo se «soggetta a una rigorosa condizionalità» (art. 136 Trattato FUE)⁵⁸.

Sono finora tre i Paesi dell'Eurozona che hanno ricevuto o che stanno ricevendo assistenza finanziaria dal Fondo Salva Stati: Spagna, Cipro e Grecia. La Spagna ha ottenuto prestiti finalizzati alla ricapitalizzazione del settore finanziario nell'ambito di un programma iniziato nel luglio del 2012 e conclusosi nel dicembre del 2013, sviluppatosi attorno a condizionalità specifiche per il settore bancario. Altri settori sono però entrati in gioco, per effetto delle indicazioni fornite nell'ambito della normale sorveglianza economica e di bilancio esercitata dalla Commissione: tra esse l'invito a limitare la spesa pensionistica e sanitaria, a liberalizzare il settore dei servizi e a riformare il mercato del lavoro per favorire la flessibilità e la moderazione salariale.

Il programma di assistenza finanziaria a Cipro è invece iniziato nel maggio del 2013 e si è concluso nel marzo del 2016. In questo caso le condizionalità hanno coinvolto direttamente i vari comparti della spesa pubblica, così come i settori in cui occorrevo riforme destinate a sostenere in termini neoliberali l'ordine economico.

Quanto alla Grecia, il programma di assistenza è iniziato nell'agosto del 2015. Si presenta come una prosecuzione di altri programmi già avviati negli scorsi anni dalla Troika, motivo per cui le condizionalità coinvolgono tutti i settori rilevanti per la spesa pubblica⁵⁹.

⁵⁷ S. DJANKOV, R. LA PORTA, F. LOPEZ DE SILANES, A. SHLEIFER, *The Regulation of Entry*, in «The Quarterly Journal of Economics», 117 (2002), p. 1 ss.

⁵⁸ Per tutti E. MOSTACCI, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in «Politica del diritto», 44 (2013), p. 481 ss.

⁵⁹ Tutti i documenti relativi all'assistenza finanziaria di Spagna, Cipro e Grecia si trovano sul sito del Fondo Salva Stati www.esm.europa.eu/assistance/index.htm.

Prima dell'entrata in funzione del Meccanismo europeo di stabilità, l'assistenza finanziaria ai Paesi in difficoltà è stata assicurata dal Fondo europeo di stabilità finanziaria e dal Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, oltre che da alcuni altri programmi specifici. In tutti i casi si è affiancato il Fondo monetario a presidiare l'impegno a realizzare le riforme strutturali individuate come condizione per l'ottenimento del prestito ed elencate in dettagliati «Memorandum delle politiche finanziarie ed economiche»⁶⁰.

I Memorandum seguono tutti un identico schema: includono impegni a diminuire le uscite, a incrementare le entrate e a liberalizzare i mercati, incluso quello del lavoro. Tra gli impegni del primo tipo spiccano le misure volte a contenere la spesa pensionistica e sociale, compresa ovviamente quella per la sanità e l'istruzione, a congelare o ridurre le retribuzioni dei pubblici dipendenti, e in genere a ridimensionare la Pubblica amministrazione. Gli impegni destinati a incrementare le entrate si traducono invece in un programma di privatizzazioni, a cui affiancare un piano di liberalizzazioni, in particolare nei settori dell'energia, delle telecomunicazioni e delle assicurazioni, oltre che nei servizi pubblici locali in genere. Quanto alle riforme del mercato del lavoro, è costante l'impegno a ripristinare più elevati livelli di libertà contrattuale, utili fra l'altro a rimuovere gli ostacoli alla flessibilizzazione e precarizzazione del rapporto di lavoro da un alto, e alla sua svalutazione dall'altro. Il tutto completato dall'indicazione per cui si inciderà sul sistema di relazioni industriali per limitare il potere dei sindacati dei lavoratori, ad esempio promuovendo la possibilità per gli accordi a livello di singola impresa di derogare agli accordi conclusi a livello centrale. Da notare infine gli impegni a incentivare la partecipazione dei lavoratori agli utili di impresa, misura capace di indurre cooperazione e collaborazione tra capitale e lavoro senza il rischio di introdurre forme anche blande di democrazia economica.

La storia economica ci mostra come le fasi di sviluppo del capitalismo siano tutte inscindibilmente legate all'indebitamento, che dunque è una condizione fisiologica di funzionamento dell'ordine proprietario. Ciò nonostante proprio il debito viene ora presentato come una patologia dell'ordine, e il rapporto debitorio come il paradigma delle relazioni tra l'Unione europea e i Paesi membri: relazioni tra impari, sviluppate secondo modalità che rispecchiamo l'interesse del creditore a prostrarle nel tempo al fine di esercitare a lungo, secondo la logica dell'usura, il proprio controllo⁶¹.

⁶⁰ I *Memorandum* sono pubblicati sul sito del Fondo monetario, nello spazio dedicato ai singoli Paesi www.imf.org/external/country/index.htm.

⁶¹ Cfr. A. SOMMA, *The Biopolitics of Debt-Economy*, in B. LOMFELD, A. SOMMA, P. ZUMBANSEN (a cura di), *Reshaping Markets: Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia*, Cambridge 2016, p. 115 ss.

È con queste modalità che si sono ottenute e si stanno ottenendo le riforme cui abbiamo appena fatto cenno. Riforme che hanno interessato e interessano soprattutto i Paesi le cui Costituzioni si riconoscono nel principio della democrazia economica, evidentemente da sacrificare nel nome dell'economia sociale di mercato fortemente competitiva.

Pietro Rescigno

Conclusioni: il pensiero di Betti e la prospettiva costituzionale

Questo densissimo e interessante seminario che ci ha visti impegnati nell'ascolto ha indubbiamente costituito per tutti noi un arricchimento. Ci ha proposto il tema della «funzione sociale nel diritto privato» legandolo, anzitutto, al nome di Betti. A quel nome s'intitola l'Istituto che ha organizzato quest'incontro e che già in precedenza aveva promosso una riflessione sui rapporti tra il fascismo delle origini e il ceto dei giuristi, individuando figure e momenti della nostra storia civile oltre che quella del pensiero giuridico. Oggi, tra l'altro, abbiamo anche potuto assistere a una presentazione degli atti di quel precedente convegno.

La riflessione sui rapporti tra i giuristi e i 'regimi' politici, in particolare quello sperimentato e sofferto nella nostra esperienza nazionale, è ancora aperta. E possiamo constatare che ci sono momenti di questa riflessione assai interessanti che forse il passare del tempo potrebbe rendere più spregiudicata e più spedita. Va dunque a merito dell'Istituto l'aver suscitato l'ulteriore meditazione intorno a questo tema che certamente è legato a Emilio Betti (anche se penso che l'idea di riflettere su quell'aspetto della nostra cultura non sia strettamente legato alla intitolazione allo stesso Betti). Betti è certamente anche un personaggio al quale guardiamo per ripercorrere il cammino della scienza giuridica sotto l'aspetto della elaborazione tecnica e del continuo confronto con il pensiero di Paesi vicini così importante nella formazione e nello sviluppo della cultura giuridica. Ma, ecco, nell'intitolare l'Istituto al nome di Betti si è forse tenuta presente anche la vicenda che ha riguardato questo giurista nella sua collocazione – ove il giurista di oggi la ritenga utile – nelle categorie del politico e nella nostra specifica esperienza storica.

Betti era, probabilmente per natura, un uomo 'contro tutti'. Era polemico nei confronti del potere, del sistema. E lo è stato anche durante quel periodo della nostra storia. La lettura delle sue reazioni di fronte

alle iniziative culturali del regime del tempo dimostrano come egli non condividesse la politica culturale del fascismo. La sua critica – come ci è stato mostrato – giungeva fino al punto di incorrere in misure disciplinari nell’ambito di quel sistema. Leggere le *Notazioni autobiografiche* come gli epistolari di Betti è importante. Siamo debitori ad amici storici e giuristi – Massimo Brutti tra questi –, per aver riportato alla luce questo materiale che altrimenti, come spesso accade per questa produzione minore che accompagna la nostra vita, sarebbero molto probabilmente rimasti ignoti alla conoscenza dei più.

Potrei aggiungere che, almeno per ciò che riguarda l’area civilistica, lo stesso Betti studioso del diritto privato è forse oggi meno presente di quanto il suo impegno e le opere che ha lasciato come testimonianza, come eredità culturale, meriterebbero. Vi sono, in effetti, alcuni spunti del pensiero di Betti che sono anche alla base della nostra considerazione in questa giornata anche se, probabilmente, non costituiscono tuttavia il legato più importante della sua incredibile attività di ricerca, di studio, di elaborazione del pensiero.

Si può cominciare appunto da questa formula della ‘funzione sociale’ che è certamente presente nel pensiero di Betti, come è emerso nel nostro incontro. Anche se il programma prevedeva – e si è poi svolto nel segno di – una maggiore libertà rispetto alla semplice presenza della formula della ‘funzione sociale’ in campi specifici del pensiero di Betti.

Pensare a Betti e alla ‘funzione sociale’ evoca immediatamente il tema della causa del contratto e quello dell’autonomia negoziale. Un tema – quest’ultimo – nel quale è forse meno evidente la connessione con l’idea di un diritto a formazione sociale, ma che poi trova nella valutazione, nell’accoglimento del legislatore un suo perfezionamento o perlomeno una sua penetrazione nel corpo della società e poi nel corpo delle leggi positive che condizionano la stessa vita sociale come pure l’attività del giurista. Anche il discorso sulle forme atipiche dell’autonomia negoziale è dunque dominato da quest’idea di un criterio di socialità, inteso come criterio valutativo e di giudizio sull’ammissibilità di questo esercizio dell’autonomia fuori degli schemi legali. Voglio dire, insomma, che il tema è centrale non solo per il Betti che studia la funzione economico-sociale con cui definisce la causa e con cui si impegna in un complesso lavoro scientifico.

La funzione sociale ha invece implicazioni ed effetti rilevanti anche in un’esperienza concreta come quella che viviamo oggi, assistendo, per esempio, ai progetti e ai (sinora) vani tentativi di costruire un codice europeo delle obbligazioni e dei contratti. Giuristi certamente impegnati e seri come i nostri connazionali che stanno contribuendo a questo progetto

ci avvertono, in effetti, di come il tema della causa trovi, in definitiva, un'attenzione e una rilevanza pratica nella disciplina dei contratti e della vita concreta estremamente ridotti se non addirittura inesistenti. È questa un'indicazione da tener presente. Essa ci invita a rimuovere concetti nei quali ci siamo formati e consolidati, che riguardano non solo la causa del nostro pensiero giuridico e quindi – ripeto – della nostra educazione, ma anche la *consideration* del mondo giuridico di lingua inglese. Se ne ricava di contro un'incentivazione a impegnarsi nel definire piuttosto quelle motivazioni individuali che poi assurgono, nella considerazione del legislatore, a un ruolo così determinante da trasformare in tipo legale un evento della realtà, dei traffici, che appunto ne rivela l'esistenza e la complessa ulteriore formazione. Questo invita certamente a raccogliere nel pensiero di Betti quell'attenzione verso la formazione degli schemi di cui poi vive e si arricchisce la vita sociale attraverso questa formalizzazione che, sulla base della realtà economica e attraverso una selezione dei fenomeni sociali, compie il legislatore.

Restano centrali – ricchi come sono di implicazioni e suggestioni – i temi della 'funzione economica e sociale' e della 'atipicità' e dei limiti entro cui ciò che non è riconducibile al 'diritto legale' mantiene tuttavia ugualmente diritto di cittadinanza nell'ordinamento giuridico. Il fenomeno rimane non estraneo alla produzione di quei vincoli, di quella forza di legge che lo stesso legislatore attribuisce al contratto elevandolo alla dignità delle fonti di produzione giuridica. Parlare di 'interessi meritevoli di tutela' significa indicare un criterio di valutazione sociale, significa attribuire una particolare attenzione a questo aggettivo al quale abbiamo dedicato la giornata odierna. La qualificazione di 'sociale' merita sempre uno speciale riguardo, anche se, forse, conviene ribadire com'essa appaia caratterizzata da una pluralità di significati: sicché, in definitiva, spesso si colora di ambiguità. E ciò accade anche quando il legislatore, al massimo grado di autorità e di forza del suo comando, impieghi quell'aggettivo per qualificare gli aspetti della vita non solo sociale in senso stretto – e quindi del popolo per cui poi il sistema di comandi viene formulato – ma, assieme, anche della vita economica e politica. Nella nostra Costituzione spesso ricorrono questi tre termini – sociale, economico e politico – ora riferiti al sistema generale delle libertà, ora riferiti alla solidarietà intesa come criterio ancora una volta di selezione in base alla 'meritevolezza' degli interessi.

In definitiva, anche con riguardo all'atipicità, siamo invitati a considerare nella giusta luce l'esigenza di questa approvazione che poi diventa l'approvazione del sistema legale sulla base di una rispondenza ad una positiva valutazione che ne ha compiuto l'ambiente sociale.

Credo che nel pensiero e nell'opera di Betti questi profili siano presenti in maniera da meritare una particolare attenzione. A cominciare dall'esaltazione, che pure è stata oggi ricordata, della 'cooperazione' che sta alla base dei rapporti e quindi dello stesso fenomeno obbligatorio. Quest'ultimo, ancorché situazione di potere e dovere, si pone però in termini di esigenza collaborativa, di cooperazione. È questa una immagine del diritto che forse soddisfa la nostra aspirazione verso un sistema di rispondenza del diritto e degli strumenti con cui il diritto viene applicato ed usato. Ne traiamo, in altre parole, una sorta di appagamento del bisogno di vedere nel sistema il progressivo evolversi verso una formulazione delle norme giuridiche, e quindi di scelta e poi di soluzione dei conflitti concreti, nel segno non già di un'attenzione esclusiva ai bisogni e agli interessi individuali, ma estesa all'ambiente sociale visto nella sua complessità.

Queste mie considerazioni, che sono piuttosto nel senso del dubbio, non vogliono negare l'importanza e la centralità di quest'impegno: il discutere della funzione sociale del diritto è un'antica 'missione' che hanno il diritto e la riflessione dei giuristi. Questa *Aufgabe* risiede, oltre che nell'ordinamento giuridico, anche nella funzione che assolve il commentatore che certamente contribuisce al formarsi dell'esperienza giuridica almeno con pari dignità degli altri fattori che concorrono alla produzione del diritto.

Si deve poi aggiungere qualche parola sulla prospettiva costituzionale. La cortesia dell'amico Salvatore Patti oggi ha voluto insistere nel sottolineare una presenza e un ruolo che certamente io non ho esercitato nella misura che la sua benevolenza ha voluto sottolineare. Mi sentirei di dire – oggi che vediamo il testo della nostra Costituzione sottoposto ad operazioni che lo snaturano senza nessun rispetto delle ragioni, delle formule e degli imperativi che stavano dietro la stesura di questo testo – che parlare della prospettiva costituzionale oggi significa esprimere speranze, formulare auspici e aspettative. Speranze, auspici e aspettative che rimangono tuttavia avvolti nell'incertezza e la cui realizzazione appare, perlomeno a molti di noi, prospettabile con un grado davvero minimo di probabilità. Semmai, parlare di prospettiva costituzionale può piuttosto significare cogliere l'opportunità di raccogliere gli stimoli, le suggestioni che erano all'origine del testo costituzionale e che uno svuotamento radicale del sistema rende ancora più lontani, ancora più improbabili sebbene tuttora meritevoli di considerazione.

Dovendo discorrere di prospettiva costituzionale, quindi, credo che più d'uno studioso della generazione cui appartengo sarebbe tentato di farlo riguardando al quadro costituzionale disegnato allora da quell'assemblea che certamente costituì – sia pure attraverso scelte necessariamente

compromissorie – un momento di effettiva rappresentatività in un'Italia restituita alle libertà dopo un lungo periodo di regime autoritario. Io credo che molte norme contenute nella Costituzione soffrano di quello spirito compromissorio che ne ha accompagnato la formazione. E tuttavia esse costituivano allora la base per un cammino di progresso e per molti decenni hanno dato alimento, fondamento, a interventi settoriali rispettosi dello spirito della Costituzione. Pensiamo allo Statuto dei lavoratori e al processo del lavoro che forse ha rappresentato anch'esso il momento di rottura di certi schemi. Può darsi che, come spesso avviene nel nostro paese, le applicazioni pratiche non siano state all'altezza dei propositi e che si siano rivelate molto meno efficienti di quanto si volesse.

Ho così evocato un altro dei principi fondamentali che facilmente riportiamo alla 'funzione sociale'. Spesso, infatti, vediamo realizzata una funzione sociale anche nel senso di un'effettività di tutele, di una efficienza del sistema costruito al fine della realizzazione di certe attese le quali abbiamo consegnate a testi di particolare autorità e dignità come sono i testi costituzionali. Pensiamo alla vicenda dei contratti agrari. Vi è, in effetti, una storia giuridico-costituzionale che si è riusciti a realizzare nel nostro Paese proprio sciogliendo certi dubbi che parevano ostacolare l'imbocco di una direzione precisa. Pensiamo ancora alle norme sulla famiglia: alla eguaglianza tra i coniugi corretta dall'unità familiare, alla tutela dei figli nati fuori dal matrimonio, anch'essa temperata dal rispetto dei diritti della famiglia legittima. Ed ecco che la scelta viene rimessa al legislatore ordinario, nel senso di un'attesa, poi storicamente verificatasi, del maturare dell'una o dell'altra esigenza. Vediamo allora come l'aggettivo 'sociale' debba essere storicizzato e, ripercorrendo una specifica esperienza giuridico-costituzionale, valutato anche nel senso della rispondenza o invece della difformità di certe soluzioni di fronte al maturare della società generale rispetto alla previsione originaria della norma costituzionale.

Parlare oggi della prospettiva costituzionale può allora significare due cose. Può esprimere un'attesa verso ulteriori svolgimenti della Carta costituzionale e verso la realizzazione di ulteriori traguardi in essa rinvenibili – attesa che però mi pare difficile da giustificare, osservando l'operare di coloro che attualmente manipolano la vecchia Costituzione – o, viceversa, può significare il tornare a considerare il disegno costituzionale, segnando le tappe già percorse e interrogandosi su alcuni momenti di questa attività che ci hanno consegnato una realtà in cui le luci (i traguardi raggiunti) si alternano alle ombre (ciò che ancora rimane da fare o andrebbe piuttosto rifatto nel rispetto dello spirito democratico espresso in quel testo che si avvia ormai a compiere settant'anni). In questa seconda accezione, considerare la prospettiva

costituzionale significherà quindi rileggere la storia degli ultimi decenni – e anche questa attività di ‘rilettura’ è di importanza fondamentale per il giurista – registrando moti ed esiti diversi a seconda delle materie.

Gli interventi che si sono oggi succeduti hanno richiamato la nostra attenzione anche sul fatto che funzione sociale è formula che, nei vari settori in cui si articola il diritto, viene intesa appunto con significato variabile. In certi ambiti essa assume il senso di scelte che abbiano a privilegiare le ragioni di tutti o le ragioni dei più (e anche questo è un discorso che andrebbe approfondito). In altri settori, viceversa, essa è intesa nel senso di premiare in particolare le tutele individuali. Anche questa è, in effetti, un’esigenza presente nella stessa norma costituzionale, in particolare, lì dove si fa riferimento alle formazioni sociali e però, soprattutto, nell’intento di salvaguardare i diritti dei singoli nelle formazioni sociali.

A suo tempo, mentre mi interrogavo e cercavo di dare qualche principio di risposta al tema della funzione sociale applicato alla proprietà, riflettevo sul disegno della Costituzione. Mi parve allora di poter indicare nella norma sulle formazioni sociali forse proprio la norma in cui l’aggettivo ‘sociale’, così omnicomprensivo e generico, finiva con l’acquistare invece un significato più concreto. E ciò proprio nello sforzo dei Costituenti di rinnegare una concezione tutta statalistica dell’ordinamento e di riconoscere invece all’autonomia delle varie formazioni sociali l’attitudine a produrre un proprio diritto, a regolare le loro vite attraverso un proprio ordine, superando quella concezione organicistica delle funzioni sociali che inizialmente li aveva indotti a fermare la loro attenzione soltanto sulla famiglia, intesa appunto come società naturale. Una qualificazione, quest’ultima, che nella Costituzione ritorna a proposito dell’organizzazione professionale, la quale era invece un retaggio del corporativismo che a sua volta aveva cercato di colorare, appunto con l’idea di una società che superava il conflitto di classi, la stessa nozione di solidarietà.

Come sappiamo, dopo aver incontrato nell’elaborazione del Codice civile del 1942 resistenze e rifiuti, la formula della ‘funzione sociale’ è stata invece accolta positivamente nella Costituzione accanto a quella della ‘accessibilità a tutti’. Se ci fermiamo a considerare il tema della proprietà agraria, ci troviamo costretti ad interrogarci circa la stessa gerarchia o addirittura la prevalenza del motivo sociale rispetto all’altra finalità che incide invece sul regime della proprietà privata in genere. In effetti, relativamente alla proprietà agraria, possono facilmente venire a contrapporsi i due distinti profili della produttività dei fondi e della realizzazione di equi rapporti sociali. Quale tra queste due esigenze è quella che veramente risponde a una considerazione di interessi che superino la prospettiva del singolo, le sue ragioni, le sue aspettative?

Pensavo anche – e del resto il discorso è affiorato in una delle relazioni – che nella storia del pensiero giuridico, taluno fra i giuristi studiosi del sistema ha sostenuto che la ‘funzione sociale’ è da riconoscere piuttosto alle istituzioni, agli istituti. Come sapete anche la differenza tra istituti e istituzioni è stata sottolineata nel discorso del giurista particolarmente attento a questi problemi. La ‘funzione sociale’ sarebbe allora degli istituti nella loro complessità, mentre le ragioni attribuite ai singoli o alle collettività private costituirebbero realizzazioni di bisogni e di interessi individuali.

Ritengo che anche questo discorso – che non è rimasto estraneo alla nostra riflessione di oggi – meriti di essere segnalato come un utile punto di osservazione che sarà bene continuare a tenere presente. Quei giuristi che, nella nostra, forse approssimativa, classificazione dei movimenti di pensiero classifichiamo come giuristi che ragionano in termini solidaristici e, appunto, di cooperazione – e Betti certamente appartiene a questi, al di là delle posizioni assunte su singoli aspetti – sono indotti a riferire il concetto agli istituti nella loro complessità, quasi che le singole relazioni possano invece rimanere affidate a un gioco di prevalenza e di sottomissione, di favore e di condizione di debolezza. Il discorso sulla ‘funzione sociale’ rimane legato, in breve, a quella disuguaglianza ‘di fatto’ che la norma costituzionale impone di rimuovere e impone di rimuovere non solo attraverso l’attività del legislatore futuro (da quello attuale – come ho già accennato – non ci si può attendere molto), ma anche come impegno del giudice. Da qui la critica al legislatore contemporaneo che utilizza sovente le clausole generali, e il monito, rivolto al giudice, a farne un uso sorvegliato e restrittivo.

Ecco, mi pare che tutti questi aspetti del tema siano emersi negli interventi che abbiamo ascoltato durante questa intensa giornata. Essi sono stati affrontati e analizzati con una linearità e una intelligibilità che in queste poche considerazioni di chiusura non sono riuscito a restituire.

La formula *funzione sociale nel diritto privato*, di chiara ascendenza bettiana, esprime un'ipotesi di lavoro e sollecita gli studiosi a interrogarsi sull'attitudine della civilistica contemporanea – nelle sue diverse articolazioni – ad interpretare valori, esigenze, istanze provenienti dalla società e a tradurle ora in sistema scientifico, ora in soluzioni normative, ora in risposte giurisprudenziali. La Costituzione italiana del 1948 (art. 42, II comma) richiama il legislatore a disciplinare la proprietà privata «allo scopo di assicurarne la funzione sociale»: ma la finalità è stata progressivamente elevata dalla dottrina a cardine d'un diritto privato non più trincerato dietro un'asserita neutralità tecnica, bensì chiamato a decifrare e a ricomporre il (e talora a incidere sul) prisma degli interessi economico-sociali.

I contributi raccolti in questo volume intendono verificare la premessa mediante un'indagine ad ampio spettro che, oltre i tradizionali nuclei bettiani dell'obbligazione e dei contratti e l'area dominicale perimetrata dalla Carta costituzionale, si estenda anche al diritto commerciale e di famiglia, ai rapporti di lavoro, alla dimensione giurisdizionale della tutela dei diritti. In essi, la ricostruzione dei lineamenti novecenteschi del tema prospettato precede la riflessione sugli scenari futuri, connotati da una crescente 'giurisprudenzialità' nella produzione delle regole, da forme di ricchezza sempre più immateriali, da assetti politici sempre meno circoscrivibili entro i confini della sovranità nazionale. Ne emerge la prospettiva d'un diverso 'destino' del funzionalismo privatistico: non più adeguamento degli interessi individuali alle finalità 'pubbliche', bensì ambizioso tentativo di armonizzare sensibilità e culture variegiate entro un quadro valoriale il più possibile condiviso.

I singoli contributi sono di *Antonio Carratta, Giovanni Chiodi, Antonio Iannarelli, Nicolò Lipari, Francesco Macario, Marco Nicola Miletta, Salvatore Patti, Pietro Rescigno, Claudio Scognamiglio, Michele Sesta, Mario Stella Richter jr., Alessandro Somma.*

ISEB

Istituto Emilio Betti di Scienza e Teoria del Diritto
nella storia e nella società

 **ROMA
TRE**
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI