

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 nel passaggio 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 United 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 guglielmiana 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 posito', 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 distinguerla

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», sì 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. MENGES-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^e 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. Tous deux exècriment 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 prospezione 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. it., *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. RENOUARD, *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 inveroamento 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 provvede 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 sulla 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. RENOUARD, *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 RENOUARD, *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 ascrivarsi, 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 richesses 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 de 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 impose directtmenet par la loi, laquelle en même temps impose à tous les autres une sèrie de prohibitions, afin de permettre au capitaliste de remplir fonction sociale de producteur»⁴⁹.

Come si é 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 Deguit 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. JOSSEAND, *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, allorché, 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 tutela 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 Hayeck⁶¹, 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 Hayeck 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 Hayeck 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 al 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 *disenting opinion* nella sentenza *Italian Colors*, la giudice Kagan ha rimarcato i pericoli derivanti dall'abusivo ricorso alla clausole arbitrale, con particolare riguardo proprio alla 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.