

# Rechtsgeschichte Legal History

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg24>

Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 24 (2016)

<http://dx.doi.org/10.12946/rg24/473-480>

Rg **24** 2016 473–480

**Alessandro Somma**

## Il diritto della Rivoluzione industriale

teur, aber auch als Betroffenen dar und kann so überzeugend biographische mit allgemeinen politischen und rechtlichen Fragen verknüpfen.

Darin liegt auch der wesentliche Ertrag der Biographie für die Rechtsgeschichte: Sie bietet zwar keine tiefgehende rechtshistorische (Normen-)Analyse, liefert aber einen praxisnahen Zugang zu den genannten rechtshistorischen Diskur-

sen und Prozessen. Damit gelingt es Siemann im Gegensatz zur älteren Forschung, die Metternich häufig pauschal und stereotyp eine von feudaler und polizeistaatlicher Willkür geleitete, »unrechtliche« Politik vorwarf, »Recht« als zentrale Leit- und Bezugsgröße der Politik Metternichs herauszuarbeiten. ■

**Alessandro Somma**

## Il diritto della Rivoluzione industriale\*

Il diritto della Rivoluzione industriale viene di norma considerato un diritto delle libertà economiche, finalmente affermatesi nel corso dell'Ottocento per alimentare i fondamenti di un ordine incentrato sulla proprietà privata e sulla circolazione incondizionata dei beni. Un diritto che, per dirla con Karl Polanyi, costituiva per la prima volta nella storia il frutto di «una vera fede nella salvezza secolare dell'uomo attraverso un mercato autoregolato».<sup>1</sup>

A questa tesi si è dedicato un gruppo di giovani studiosi coordinati da Mathias Schmoeckel presso l'Università di Bonn, che hanno analizzato le relazioni tra ordinamento giuridico e sviluppo economico e sociale che in area tedesca hanno accompagnato la cosiddetta Rivoluzione industriale: vicenda che si è sviluppata nel corso di molti decenni dell'Ottocento e che pertanto, diversamente da quanto avvenuto nel contesto inglese, non ha a ben vedere i caratteri propri dell'evento rivoluzionario.

Il volume si apre con una riflessione sulle trasformazioni che in campo giuridico hanno accompagnato il processo di industrializzazione nel periodo tra il 1807 e il 1873: rispettivamente l'anno in

cui venne firmato il Trattato di Tilsit, che chiuse il conflitto tra la Francia e la Prussia imponendo a quest'ultima forti ridimensionamenti territoriali e il risarcimento di ingenti danni di guerra, e l'anno in cui convenzionalmente si fa risalire la fine dell'era liberale e l'inizio di una stagione di politiche protezionistiche. È questo il periodo nel quale si assiste alla transizione da un ordinamento ancorato ai principi della società cetuale, di antico regime, a un diritto che promuove lo sviluppo delle libertà dalle quali scaturisce un ordine economico incentrato sul principio di concorrenza: la libertà di contratto, la libertà d'impresa e il libero esercizio del diritto di proprietà.<sup>2</sup>

A questo saggio di carattere generale seguono alcune ricerche dedicate all'interazione tra diritto e processi di industrializzazione in specifici settori. Si analizza la disciplina dei brevetti introdotta nella seconda metà dell'Ottocento, particolarmente rilevante perché assicura la possibilità di sfruttare economicamente i frutti dell'ingegno, favorendo così la creatività intesa come fondamentale motore dell'ordine capitalista.<sup>3</sup> Si valuta il presidio del principio concorrenza, ad esempio per la tutela del marchio, come contributo allo sviluppo di una

\* A proposito di MATTHIAS MAETSCHKE, DAVID VON MAYENBURG, MATHIAS SCHMOECKEL (Hg.), *Das Recht der Industriellen Revolution*, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, VIII, 268 p., ISBN 978-3-16-152703-6

<sup>1</sup> POLANYI (1974) 173.

<sup>2</sup> M. MAETSCHKE, *Recht, Wettbewerb und Industrialisierung. Die rechtlichen Rahmenbedingungen der*

*Industrialisierung in Preußen und Deutschland (1807 bis 1873)*, 17–67.

<sup>3</sup> F. DRESSSEL, *Die wechselseitige Beeinflussung von Patentrecht und industrieller Entwicklung. Der Einfluss privater Interessengruppen*, 69–82.

tutela dei consumatori ante litteram.<sup>4</sup> La disciplina del fenomeno delle innumerevoli reti, telegrafoniche,<sup>5</sup> ferroviarie,<sup>6</sup> elettriche,<sup>7</sup> che hanno accompagnato il processo di industrializzazione, viene analizzata con particolare riferimento ai problemi posti dal coinvolgimento di soggetti pubblici e dalla formazione di oligopoli. Si considera la disciplina più o meno estesa delle nuove forme di finanziamento dell'attività imprenditoriale, ulteriori rispetto all'emissione di azioni: il ricorso a titoli del debito, strumento inizialmente riservato agli Stati,<sup>8</sup> o ad altre forme di assistenza finanziaria fornita dagli istituti bancari.<sup>9</sup> Ci si sofferma sulla vigilanza del sistema delle assicurazioni private, forse ridimensionate ma non certo rimpiazzate con l'affermazione di un sistema di sicurezza sociale di matrice pubblicistica.<sup>10</sup>

Da segnalare il poco spazio dedicato alle trasformazioni in campo giuridico relative alla cosiddetta questione sociale, che per molti aspetti rappresentano un elemento centrale nell'analisi dei processi di industrializzazione: si considerano i rapporti di lavoro in quanto relazioni di mercato non riducibili allo scambio così come disciplinato dal diritto civile generale, oltre allo sviluppo di un embrione di disciplina delle relazioni industriali.<sup>11</sup> Poco o nulla si dice a proposito della nascita dello Stato sociale.

### I. La risocializzazione dell'economia

Le ricerche appena richiamate, quelle dedicate all'interazione tra diritto e processi di industrializzazione in specifici settori, si riferiscono a un turno di anni successivo rispetto a quello preso in considerazione dal saggio di carattere generale. Si occu-

pano prevalentemente degli ultimi decenni dell'Ottocento, e in parte dei primi del Novecento, ovvero della fase storica che Polanyi ha analizzato nella sua essenza di reazione al periodo in cui si è alimentato il mito del mercato autoregolato. Se in fatti quest'ultimo periodo ha realizzato la desocializzazione dell'economia, ovvero il suo isolamento dagli altri fenomeni sociali, la fase storica successiva si è caratterizzata per la sua risocializzazione in termini autoritari, anticipatori di sviluppi in senso totalitario, quelli che furono propri del fenomeno fascista: «la soluzione fascista dell'impasse raggiunta dal capitalismo liberale può essere descritta come una riforma dell'economia di mercato raggiunta al prezzo dell'estirpazione di tutte le istituzioni democratiche, tanto nel campo dell'industria che in quello dell'economia.»<sup>12</sup>

Ebbene, il periodo che separa l'avvento del fascismo dagli ultimi decenni dell'Ottocento ha per molti aspetti preparato l'involuzione totalitaria, mettendo in luce una caratteristica delle società occidentali riconducibile ai processi di industrializzazione: il loro essere costantemente minacciate dalla precarietà dell'equilibrio tra i suoi fondamenti, ovvero tra la democrazia e il capitalismo.

Il tutto perché il mercato non è, né può essere, un luogo di libertà assolute, che condurrebbero alla sua autofagia. In tal senso il mercato è necessariamente il regno delle libertà funzionalizzate, che se anche nascono incondizionate, sono pur sempre ritenute condizionabili. È questo il senso dell'affermazione secondo cui il liberalismo non è una teoria della «libertà senza limiti»,<sup>13</sup> bensì una forma di «riflessione critica sulla pratica governamentale» relativa al «nesso tra la ricerca del profitto individuale e l'accrescimento della ricchezza collettiva». Più precisamente «la pratica di governo

4 D. VON MAYENBURG, Apollinis und Apollinaris. Das deutsche Reichsgericht und der Weltmarkt für Mineralwasser im ausgehenden 19. Jahrhundert, 83–116.

5 J. RÜBERG, Der Konkurrenzkampf der Netze. Die Entstehung des Telegraphenwegegesetzes von 1899, 117–137.

6 M. PATT, Der «Misserfolg» des preussischen Eisenbahngesetzes von 1838. Von mangelnder Rechtsicherheit bei der gesetzlichen Zulassung der Eisenbahnaktiengesellschaft, 139–160.

7 P. BÜSCH, Recht und leitungsgebundene Energie. Die langfristigen Aus-

wirkungen des sachenrechtlichen Einflusses auf die Errichtung elektrischer Netze zu Beginn des 20. Jahrhunderts, 161–174.

8 C. SCHOLZ, Banken und die Unternehmensfinanzierung durch Anleihen. Die rechtliche Gestaltungsfreiheit bei Anleihebedingungen, Übernahme- und Konsortialverträgen bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts, 193–210.

9 S. KEDING, Bankenaufsicht im 19. Jahrhundert als repressives Eingriffsmittel? Die Einführung einer Aufsichtspflicht über die Hypothekenbanken im 19. Jahrhundert unter

Berücksichtigung ihrer ideengeschichtlichen Grundlagen, 211–231.

10 M. KILLIAN, Das Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen von 1901, 233–246.

11 M. TOTSEVA, Eine Revolution der Prinzipien? Die Geburt des Arbeitsvertragsrechts im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts, 175–191.

12 POLANYI (1974) 297 ss.

13 HOFER (2001).

che sta per instaurarsi non si accontenta di rispettare questa o quella libertà, di garantire questa o quella libertà, giacché è «consumatrice di libertà nella misura in cui non può funzionare veramente se non là dove vi sono delle libertà» e «se consuma libertà è obbligata anche a produrne, e se la produce è obbligata anche a organizzarla».<sup>14</sup>

Alla luce di tutto ciò occorre analizzare l'intenzione tra diritto e ordine economico, come si fa nel volume curato da Schmoeckel,<sup>15</sup> tuttavia non tanto per chiedersi se e in che modo il diritto produce libertà, ma più precisamente come e per quali finalità la consuma. E magari con quali modalità, per verificare se l'economia viene socializzata ricorrendo al meccanismo democratico, quindi nell'ambito di un progetto di democrazia economica, o se invece si è nel perimetro del modello estremizzato in epoca fascista: quello che contempla una compressione delle libertà politiche pensata in funzione della riforma delle libertà economiche, ovvero che, pur non teorizzando il sacrificio della democrazia, lo concepisce se indispensabile a salvare il capitalismo.

## II. L'individualismo borghese

L'esaltazione delle libertà come valori incondizionati, sebbene condizionabili, è il programma dell'individualismo borghese, il quale rinvia a teorie e pratiche fortemente intrecciate con il tema dell'emancipazione. Si sviluppò a partire dal Settecento, quando si definirono un maturo e articolato progetto culturale consapevolmente alternativo a quelli di matrice olistica fino ad allora imperanti, basato sulla combinazione tra razionalismo etico e coscienza dei propri bisogni: tra il riconoscimento della pretesa di pensare autonomamente e quella di vivere per sé. E ciò condusse a ritenere l'individuo libero dalla nascita, condizione identificata con la signoria sulla propria persona, da esprimere tipicamente attraverso l'appropriazione di beni, in primo luogo fondiari, che si realizza attraverso il lavoro.<sup>16</sup>

L'identificazione dell'individuo con il proprietario avveniva peraltro nell'ambito di modelli di convivenza sociale che non miravano a imporre «i

riti del cannibalismo in nome dell'interesse personale».<sup>17</sup> Più che legittimare il libertinaggio decantato dal Marchese de Sade, l'individualismo borghese intendeva stabilire i termini della collaborazione tra individui le cui sfere esclusive dovevano essere protette da invasioni di campo, ma anche e soprattutto coordinate. E ciò comportava la conformazione delle libertà in termini espliciti ove riferiti alla sfera politica, ma non meno condizionanti ove riferite alla sfera economica, pur sempre descritte in termini di ordine.

Era infatti evidente che l'ordine proprietario nelle sue prime teorizzazioni non alimentava la speculazione e l'accumulazione, giacché il consumo di beni era correlato alla quantità di «mezzi richiesti per la sussistenza», e l'inerzia del proprietario un comportamento preclusivo del suo status: la terra incolta «poteva diventare possesso di chicchessia». Ma anche quando l'accordo sul valore della moneta aveva consentito «l'accumulazione oltre l'utilità reale e la necessità per la sussistenza», il tema dell'emancipazione attraverso il lavoro restava al centro della riflessione: il «possesso della terra sproporzionato e ineguale» doveva essere tutelato nella misura in cui «non diminuisce ma incrementa gli approvvigionamenti comuni dell'umanità».<sup>18</sup> Mentre per Adam Smith, seppure «in generale i padroni avevano la meglio nelle contese coi loro operai», ciò nonostante «un uomo deve sempre vivere del suo lavoro e il suo salario deve essere almeno sufficiente a mantenerlo.»<sup>19</sup> A rendere superflue ulteriori misure di redistribuzione della ricchezza ci avrebbe poi pensato la mitica mano invisibile, capace di indurre i più abbienti «a fare quasi la stessa distribuzione delle cose necessarie alla vita che si sarebbe realizzata se la terra fosse stata divisa in parti uguali tra tutti i suoi abitanti».<sup>20</sup>

Tutto ciò mette in evidenza l'ispirazione religiosa che connotava le costruzioni ricordate, stemperate così in un credo indubbiamente legato a visioni olistiche del vivere comune. Per Hobbes il sovrano «non manca mai del diritto di fare qualsiasi cosa», e tuttavia egli è «vincolato a osservare le leggi di natura» in quanto «suddito di Dio».<sup>21</sup> Mentre la smithiana mano invisibile era in verità una mano divina, capace di trasformare il com-

14 FOUCAULT (2005) 65 e 264 s.

15 V. anche SCHMOECKEL (2008) 16 ss.

16 LOCKE (1998) 103 (n. 32).

17 POLANYI (1974) 142.

18 LOCKE (1998) 97 ss. e 121 ss.

(nn. 37 ss. e 46 ss.).

19 SMITH (2005) 109 s.

20 SMITH (2001) 375 s.

21 HOBBS (1989) 178 (Cap. 21).

portamento economico improntato alla «ricerca del profitto» in un «sostegno dell'attività produttiva nazionale».<sup>22</sup>

Possiamo così affermare che l'individualismo alimentava per un verso l'autodeterminazione nell'ambito dell'ordine proprietario, ma per un altro sistemi più o meno esplicitamente volti a indirizzare o finalizzare l'esercizio delle libertà politiche ed economiche. In massima parte si trattava di condizionamenti che non avrebbero contrastato la libertà individuale, che erano pensati per mantenere in equilibrio un ordine pur sempre concepito in termini strumentali rispetto alle istanze emancipatorie. E tuttavia un mutamento di prospettiva si sarebbe ben presto realizzato, e fondato sull'edificazione forzata di un ordine proprietario incapace di affermarsi in modo spontaneo, oltre che sull'individuazione di finalità del condizionamento sempre meno riconducibili al tema dell'emancipazione.

### III. Dalla società borghese alla società industriale

Mente in Inghilterra l'individualismo assunse gradualmente le forme di una pratica politica, in area europea continentale esso trovò la sua consacrazione con la Rivoluzione francese. Questa consentì di edificare una società retta sulle massime dell'individualismo borghese, tesa a realizzare l'autodeterminazione innanzi tutto attraverso gli strumenti del diritto privato, a tal fine incentrato sul principio di uguaglianza formale e dunque sull'unificazione del soggetto di diritto. Da ciò la necessità di superare gli schemi olisti imperanti nella società feudale, fondata sulla distinzione di ceto e quindi su una soggettività giuridica frammentata, corrispondente a un sistema di libertà affievolite o rafforzate in relazione allo status dei consociati.

Tipica della società feudale fu anche la confusione tra potere politico e potere economico, e dunque l'assenza di una distinzione simile a quella relativa alla contrapposizione di diritto pubblico e diritto privato. A tal fine la società borghese nacque

a partire dal patto per cui il sovrano accentrava il potere politico, assicurando in cambio all'individuo l'esclusiva titolarità del potere economico,<sup>23</sup> e dunque il riconoscimento di una libertà innata da esprimersi nell'appropriazione dei beni.

Peraltro, se per un verso i rivoluzionari francesi pensavano alla sfera politica come preposta all'esaltazione dell'individuo, per un altro minacciavano lo stesso individuo con il culto della comunità nazionale, non a caso alimentato dalle medesime costruzioni retoriche e iconografiche prima riferite al sovrano.<sup>24</sup> Il sistema delle libertà politiche era infatti presidiato da un contratto sociale per cui i diritti individuali venivano delimitati dalla sovranità di una sorta di io collettivo. E questo io collettivo non si sarebbe distinto da un'entità collettiva collocata in posizione dominante rispetto ai cittadini: imponeva pur sempre all'individuo di trasferire la titolarità dei suoi diritti alla collettività, che lo avrebbe tutelato soprattutto in quanto proprietario e dunque in quanto borghese. Per questo, se voleva essere incentrata sul tema delle libertà, la società voluta dai rivoluzionari francesi doveva essere una società dell'ordine proprietario, e in quanto tale una società del diritto privato.

L'ordine proprietario, e dunque il lavoro, poteva tuttavia promuovere emancipazione solo a condizione di potersi sviluppare nell'ambito di una società borghese: condizione che si è persa nella transizione verso la società industriale, quella prodotta nel tempo dai processi di industrializzazione. Questi ultimi hanno cioè sottratto all'ordine proprietario la capacità di promuovere l'autonomia individuale, dimostrandosi da questo punto di vista «un catastrofico insuccesso».<sup>25</sup>

La società industriale si riconosce infatti nel sistema di fabbrica, e questo trasforma gli strumenti inizialmente volti a superare le differenziazioni di ceto in veicoli di nuove immobilità sociali: le differenziazioni in base alla classe, ovvero in base all'appartenenza o meno dei mezzi di produzione, oramai inaccessibili attraverso il lavoro. Nell'ordine proprietario oramai ridefinito attorno alle necessità della circolazione della ricchezza, piuttosto che della sua accumulazione, la libertà contrat-

22 SMITH (2005) 391.

23 Exposé des motifs de la loi relative à la Propriété par le conseiller d'état Portalis, in Code civil des Français, suivi de l'exposé des motifs, sur chaque lois, présenté par les Orateurs

du Gouvernement ..., vol. 4, Paris: F. Didot, 1804, 31, parafrasando un motto di Seneca.

24 STOLLEIS (2007) 65 ss.

25 Rüstow (2001) 1.

tuale era insomma divenuta «uno strumento di acquisizione di potere sugli altri»: induceva, sulla scia di ciò che rappresentava e rappresenta il sistema di fabbrica, una «schematizzazione coercitiva dell'esistenza».<sup>26</sup>

A partire dalla seconda metà dell'Ottocento, l'ambito dei rapporti tra capitale e lavoro venne così interessato da misure volte a comprimere la libertà contrattuale della parte forte del rapporto, che per lo più non avevano valenza immediatamente emancipatoria: miravano a realizzare le forme di standardizzazione richieste dallo sviluppo dell'ordine proprietario. Occorreva infatti presidiare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa per renderla compatibile con le necessità della produzione industriale: imporre «che a numerosi gruppi di operai si applichino le stesse norme a causa dell'identità di natura e durata del rapporto».<sup>27</sup>

Nel contempo i fondamenti del diritto privato venivano riletti in forme tali da annullare l'iniziale diffidenza nei confronti delle costruzioni oliste. A questo miravano le descrizioni della società come organismo funzionante secondo schemi assimilabili a quelli di un organismo biologico. Non si disconosceva l'unicità dell'individuo, e tuttavia lo si riteneva condannato da una legge di natura a sciogliersi entro un organismo sociale, le cui componenti erano portate a cooperare per assicurarne l'equilibrio e lo sviluppo. Lo erano naturalmente, dunque secondo un moto spontaneo, non molto distante da quello che ispirava l'azione della mitica mano invisibile.<sup>28</sup>

L'approccio organicista incrinò definitivamente la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, alla base del patto tra individuo e sovrano fondativo dell'ordine proprietario. Il tutto accelerato dagli eventi che accompagnarono la prima grande depressione, che interessò le economie industrializzate a partire dal 1873: lo stesso anno in cui, come abbiamo detto, finisce in Prussia l'era liberale. Fu la prima crisi economica della società capitalista, in quanto tale manifestatasi attraverso la sovrapproduzione e non con le carestie ancora tipiche della società borghese. E l'organicismo fu la risposta fornita alla crisi, fonte di orientamenti

incentrati sui vari aspetti del modo di concepire la conformazione delle libertà economiche.

#### IV. Dall'ordine all'organismo proprietario

In tale contesto si svilupparono complessi normativi di diritto privato e pubblico, la cui impronta organicista metteva in evidenza il tratto comune alle nuove modalità di conformazione. Entrambi miravano in modo esplicito a conformare i comportamenti individuali rilevanti per il sistema delle libertà economiche, esattamente come per quello delle libertà politiche. Se una differenza si poteva tracciare, era quella tra condizionamenti diretti e condizionamenti indiretti della sfera economica. Questi ultimi caratterizzarono la costituenda terza via tra il liberalismo tradizionale e il nascente pensiero socialista, tesa per un verso a valorizzare l'autodeterminazione individuale, ma per un altro a orientarne l'impiego in funzione dell'equilibrio e dello sviluppo dell'ordine proprietario eretto a sistema.

La terza via poteva assumere molte sembianze: prendere la forma del solidarismo e del funzionalismo, o eventualmente del socialismo della cattedra. Tutte queste forme erano tuttavia intrecciate fra loro e variamente combinate con la riflessione evoluzionista, oltre che con un'attitudine positivista, entrambe utili a far percepire il sistema dato come l'orizzonte immutabile delle misure di conformazione dei comportamenti individuali.

Tra i primi fautori della terza via, i solidaristi chiarirono che il loro credo era incentrato sull'autodeterminazione e sulla relativa «lotta per lo sviluppo individuale». E tuttavia occorreva promuovere «l'associazione di azioni individuali» nella misura utile a «mantenere l'individuo in uno stato di durevole prosperità e sicurezza».<sup>29</sup> Nello stesso senso i funzionalisti riconoscevano spazi entro cui «sviluppare la propria individualità», ma solo se l'esercizio del relativo potere assolveva al dovere di contribuire all'equilibrio tra le diverse componenti dell'organismo sociale.<sup>30</sup>

Dal canto loro i socialisti della cattedra sottolinearono il nesso tra elaborazione della terza via e

26 WEBER (2000) 85 s.

27 MESSINA (1904) 476.

28 COMTE (1938) 142.

29 BOURGEOIS (1902) 61 s.

30 DUGUIT (1920) 26 s. e 37.

crisi della distinzione tra un diritto pubblico dello «Stato onnipotente» e un diritto privato dell'«individuo sciolto da ogni comunità». La crisi avrebbe prodotto un nuovo momento di sintesi tra le due impostazioni, per cui il diritto pubblico sarebbe infine penetrato dall'individualismo, e il diritto privato da «una goccia di olio sociale»: solo in tal modo l'organismo sociale avrebbe evitato conflitti destabilizzanti, come quelli contemplati dalla divisione in classi.<sup>31</sup>

È noto che l'attenzione dedicata al profilo della pacificazione sociale ispira anche e soprattutto la nascita dello Stato sociale nella Prussia di Guglielmo I. Una sua nota comunicazione riconosceva infatti che «la riparazione dei danni sociali non si dovrà perseguire esclusivamente con la repressione dei tumulti socialdemocratici, bensì anche attraverso il sostegno attivo al benessere dei lavoratori».<sup>32</sup> Da ciò ulteriori restrizioni all'operare del principio di autodeterminazione in campo lavoristico, ma anche nuovi sostegni a un esercizio delle libertà economiche più proficuo dal punto di vista delle necessità dell'ordine.

#### V. Il precario equilibrio tra democrazia e capitalismo

Non stupisce a questo punto se si giunse alla riforma fascista dell'ordine proprietario, quella opportunamente sintetizzata da Polanyi come affossamento delle libertà politiche realizzata per favorire la riforma delle libertà economiche, in una fase caratterizzata da una forte instabilità dell'ordine proprietario. Il tutto, per quanto concerne in particolare l'area tedesca, nel solco di quanto messo in evidenza in relazione alla cosiddetta teoria del *Sonderweg*, ovvero del percorso verso la costruzione dello Stato nazionale, eccezionale in quanto realizzata attraverso politiche autoritarie, indispensabili a realizzare la modernizzazione economica.

La riforma fascista dell'ordine proprietario contemplò interventi diretti e indiretti del potere politico sull'esercizio del potere economico. I primi comprendevano ampie forme di partecipazione al processo produttivo, in massima parte realizzate

nel rispetto dei meccanismi di funzionamento dell'ordine. I secondi consistevano essenzialmente nel presidio del meccanismo concorrenziale, inteso a questo punto come strumento di direzione politica della vita economica. È questo il senso dell'ordoliberalismo, dottrina economico giuridica elaborata in area tedesca nel corso degli anni trenta, fonte di ispirazione per il potere politico nazional-socialista.<sup>33</sup>

Gli ordoliberali intendevano completare il percorso iniziato con l'illuministica liberazione dell'individuo nel senso opposto a quello immaginato dal giovane Marx, che voleva realizzare l'emancipazione umana a fianco dell'emancipazione politica.<sup>34</sup> Si riteneva infatti che la società borghese avesse assolto a una fondamentale funzione storica, che avesse cioè esaltato il principio di autodeterminazione, e dunque affrancato l'individuo dai condizionamenti delle strutture feudali. Peraltro l'ordine della società borghese nacque appunto come «ordine», come «nuova comunità» dotata di un «metodo ordinatorio» volto a «indirizzare le forze individuali liberate verso un impiego complessivo ragionevole»: nel «programma della Rivoluzione l'intento liberatorio e l'intento ordinatorio formavano una unità».<sup>35</sup>

Ciò non avrebbe potuto realizzarsi in forme dirette, che sarebbero state incompatibili con il proposito di favorire la libera espressione delle individualità. Occorreva istituire un «ordine indiretto a cui affidare il compito di realizzare il controllo politico e la conformazione del gioco di forze individuali liberate»: si doveva realizzare «una direzione politica della quotidianità sociale attraverso l'ordine». Il tutto ricorrendo a meccanismi anche «psicologici», che come la mitica mano invisibile avrebbero spinto l'individuo verso «finalità più elevate», sebbene queste non venissero «riconosciute o direttamente perseguite». In ciò consisteva la terza via tra liberalismo classico e socialismo: la si doveva percorrere, anche rafforzando «in modo sostanziale l'aspetto della direzione», per evitare un prossimo affossamento dell'ordine proprietario.<sup>36</sup>

Di qui la volontà di realizzare per il potere economico l'opposto di quanto si doveva fare per il potere politico, esercitato da uno Stato forte: il

31 GIERKE (1889) 9 ss.

32 Cd. Kaiserliche Botschaft del 17 novembre 1881.

33 Citazioni in SOMMA (2005) 81 ss.

34 MARX (1978).

35 BÖHM (1937) 3 ss.

36 Ivi 5 ss.

potere economico doveva essere azzerato affinché gli individui fossero condannati a reagire in modo automatico agli stimoli del mercato, a tenere i soli comportamenti funzionali a suo equilibrio e sviluppo. Da ciò anche la soppressione del conflitto di classe, considerato la violazione di un «dovere giuridico», stigmatizzata anche in quanto trasgressione di un imperativo «sociale fondato sull'onore». <sup>37</sup>

#### VI. Historia magistra vitae?

Fin qui le riflessioni dedicate alla fase storica di riferimento per le ricerche raccolte nel volume curato da Schmoeckel: riflessioni tutte volte a sostenere l'opportunità di analizzare i processi di industrializzazione e la relativa interazione tra diritto e ordine economico non tanto per chiedersi se e in che modo il diritto produce libertà, come avviene nel volume, ma più precisamente come e per quali finalità la consuma.

Il tutto anche considerando che molte tra le ricerche cui si sono dedicati gli autori coordinati da Schmoeckel, così come lo stesso Schmoeckel, sembrano qua e là interessati a gettare lo sguardo oltre la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, quasi a indicare le loro ricerche come punto di riferimento per elaborare soluzioni buone per il tempo corrente. Non è questa la sede opportuna per prendere posizione su un simile uso della storia, certo non direttamente attualizzante, ma in fin dei conti sensibile a ricavarne indicazioni ulteriori rispetto a quelle necessarie e sufficienti a ricostruire l'esperienza giuridica.

Ebbene, se questa è una delle prospettive che il volume sembra aprire, se non altro per rendere

seducente lo studio storico giuridico dei fenomeni economici, cosa cui il curatore del volume mostra legittimamente di tenere, allora è utile soffermarsi sui termini dell'attuale scontro tra democrazia e capitalismo.

Da questo punto di vista non può infatti sfuggire che anche i tempi attuali mostrano numerosi e inquietanti esempi di come l'ordine capitalista, fortemente compromesso nel suo equilibrio, sia soggetto a numerosi e incisivi interventi quantomeno discutibili dal punto di vista delle compressioni dell'ordine democratico indispensabili per la loro adozione. Allo stesso modo non può passare inosservata la circostanza che tutto ciò produce l'inevitabile superamento del costituzionalismo tipico dei Paesi che, dopo aver vissuto un'esperienza fascista, hanno inteso prevenirne il ritorno prescrivendo, oltre al recupero della democrazia politica, anche il ricorso alla democrazia economica. E infine non si può tacere la circostanza che questo sembra riprodurre quanto avvenuto nell'esperienza tedesca alla conclusione del secondo conflitto mondiale, quando i fautori della democrazia economica sono stati sconfitti nel loro scontro con i sostenitori dell'economia sociale di mercato. <sup>38</sup>

Se così stanno le cose, lo studio dei processi di industrializzazione dovrebbe indurre a una maggiore prudenza nel ritenere che le teorizzazioni e le pratiche degli ordoliberali debbano essere difese a spada tratta. Ma questo è purtroppo ciò che sta avvenendo, a dimostrazione che se la storia può insegnare qualcosa, di norma quel qualcosa non viene compreso. ■

#### Bibliografia

- BÖHM, FRANZ (1937), *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Berlin: W. Kohlhammer
- BOURGEOIS, LÉON (1902), *Solidarité*, 3. ed., Paris: Librairie Armand Colin
- COMTE, AUGUSTE (1938), *Philosophie positive (1830–42)*, Vol. 3, Paris: E. Flammarion
- DUGUIT, LÉON, *Les transformations générales du droit privé (1911)*, 2. ed., Paris: F. Alcan
- FOUCAULT, MICHEL (2005), *Nascita della biopolitica (1978–79)*, Milano: Feltrinelli
- GIERKE, OTTO (1889), *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin: J. Springer

<sup>37</sup> Ivi 77.

<sup>38</sup> Ho sviluppato questi aspetti in SOMMA (2014).



- HOBBS, THOMAS (1989), *Leviatano* (1651), Roma, Bari: Laterza
- HOFER, SIBYLLE (2001), *Freiheit ohne Grenzen?*, Tübingen: Mohr Siebeck
- LOCKE, JOHN (1998), *Il secondo trattato sul governo* (1690), Milano: Rizzoli
- MARX, KARL (1978), *La questione ebraica* (1844), Roma: Editori Riuniti
- MESSINA, GIUSEPPE (1904), *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in: *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2, I, 458 ss.
- POLANYI, KARL (1974), *La grande trasformazione* (1944), Torino: Einaudi
- RÜSTOW, ALEXANDER (2001), *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, 2. ed. (1950), Marburg: Metropolis
- SCHMOECKEL, MATHIAS (2008), *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck
- SMITH, ADAM (2001), *Teoria dei sentimenti morali* (1759), Milano: Rizzoli
- SMITH, ADAM (2005), *La ricchezza delle nazioni* (1776), Roma: Newton Compton
- SOMMA, ALESSANDRO (2005), *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino*, Frankfurt am Main: V. Klostermann
- SOMMA, ALESSANDRO (2014), *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma: DeriveApprodi
- STOLLEIS, MICHAEL (2007), *L'occhio della legge*, Roma: Carocci
- WEBER, MAX (2000), *Economia e società* (1922), Vol. 3, Torino: Edizioni di Comunità

## Kellen Funk

# Die ungeschriebene Geschichte der nordamerikanischen Kodifizierung\*

Abgesehen von der fünfunddreißigseitigen Einleitung stammt der Text *Codification, Transplants and History* aus einer Dissertation, die der Autor John W. Cairns vor 35 Jahren abgeschlossen hat. Seine Relevanz und Aktualität zeigen, wie stark die Geschichte der Kodifizierung in Nordamerika bisher vernachlässigt wurde. Das Thema erhält gelegentlich Aufmerksamkeit in Qualifikationsarbeiten, aber seit im Jahre 1981 Charles Cooks *The American Codification Movement* intensiv kritisiert wurde, ist keine umfassende Abhandlung mehr erschienen.<sup>1</sup>

Cairns konzentriert sich auf zwei nordamerikanische Regionen, die mehr Beachtung erfahren haben: Niederkanada (Quebec) und Louisiana. Die Erforschung der Kodifizierung in Louisiana hat sich in den dortigen Jurafakultäten zu einer kleinen Industrie entwickelt, während die Kodifizierung in Quebec eine beeindruckende Behand-

lung in Brian Youngs *The Politics of Codification* erfahren hat.<sup>2</sup> Cairns bietet eine gründliche juristische Analyse, die Youngs politische Studie ergänzt und kippt damit – als ob die Dissertation frisch geschrieben wäre – eine langanhaltende Auseinandersetzung über die Quellen der Gesetze von Louisiana.

Und dennoch: Obwohl Cairns eine wichtige Analyse von *Kodizes* bietet, harren wir immer noch einer Geschichte der *Kodifizierung* in Nordamerika.

Cairns Textkritik zweier Gesetzbücher wird wohl in absehbarer Zeit nicht überboten werden, nicht einmal von den digitalen Techniken, die momentan in diesem Bereich aufkommen. Er untersucht die *Digest of the Civil Laws Now in Force in the Territory of Orleans* von 1808 (er erwähnt das *Civil Code of Louisiana* von 1825 nebenläufig) und das *Civil Code of Lower Canada* von 1866 unter Beachtung von Familien- und Arbeitsrecht.<sup>3</sup> Na-

\* JOHN W. CAIRNS, *Codification, Transplants and History: Law Reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*, Clark, NJ: Lawbook Exchange 2015, 559 S., ISBN 978-1-61619-509-0

1 ROBERT W. GORDON, *Book Review: The American Codification Movement*, in: *Vanderbilt Law Review* 36 (1983) 431–458.

2 A. N. YIANNPOULOS, *The Civil Codes of Louisiana*, in: *Civil Law Commentaries* 1,1 (2008) 1–23. BRIAN YOUNG, *The Politics of Codification: The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montreal, Can.: McGill University Press 1994.

3 Im Jahr 1808 beinhalteten die englischen Wörter *code* (Gesetzbuch) und *digest* (Gesetzsammlung) nicht den

technischen Unterschied wie heutzutage. Seinem Titel zum Trotz sollte der *digest* den vorherigen *code* vollkommen ersetzen und zur einzigen Quelle bürgerlichen Rechts im Territorium Orleans werden, im Sinne der modernen Theorie eines Gesetzbuches.