

GEÓRGIA NOVA-MOREIRA
COORDENAÇÃO E ORGANIZAÇÃO

ESTUDOS JURÍDICOS EM HOMENAGEM
AO PROFESSOR ORLANDO GOMES

**EDIÇÃO COMEMORATIVA
DOS 40 ANOS DA
FUNDAÇÃO ORLANDO GOMES**



GEÓRGIA NOVA-MOREIRA
COORDENAÇÃO E ORGANIZAÇÃO

ESTUDOS JURÍDICOS EM HOMENAGEM
AO PROFESSOR ORLANDO GOMES

**EDIÇÃO COMEMORATIVA
DOS 40 ANOS DA
FUNDAÇÃO ORLANDO GOMES**



Fundação Orlando Gomes
Rua da Paz S/N, Campus Universitário do Canela, Graça, 40150-140
Salvador - BA
Telefone: (71) 4102-0012. contato@orlandogomes.org.br



AMATRA19
ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA
19ª REGIÃO



IBDCivil
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL



Centro di Studi
Giuridici Latinoamericani

Revista Brasileira
de Direito Civil

Publicação trimestral - ISSN: 2556-6274
Quarta 01



Instituto Pan Americano de Educação, Ciências e Cultura

Av. Guararapes, 120, 4º andar - Santo Antônio - Recife - PE

Fone: 81 99590 7790

Direção Editorial: Carlos Lopes

Diretora Executiva: Juliana Karla Pajeú

Conselho Editorial: Prof. Charles de Souza Trigueiro - PB
Profª. Maria Creuza de Araújo Borges - PB
Prof. Francisco Caetano Pereira - PE
Profª. Ingrid Zanella de Andrade Campos - PE
Prof. Paulo Joviniano Álvares dos Prazeres - PE
Prof. Marcelo Gomes Franco Grillo - SP
Profª. Roselle Adriane Soglio - SP
Prof. Manuel David Masseno - POR

Revisão: Do Autor

Projeto Gráfico: Carlos Lopes

T623 Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes – EDIÇÃO COMEMORATIVA DOS 40 ANOS DA FUNDAÇÃO ORLANDO GOMES. /Geórgia Nova-Moreira (organizadora e coordenadora); Amanda Barbosa ... [et al.]. – Recife: Editora Ipanec, 2023.
PDF

Contém referências bibliográficas ao final de cada artigo.
ISBN 978-65-86306-44-6

1. Direito. 2. Orlando Gomes. 3. Direito do trabalho. 4. Processo do trabalho.
5. Homenagem. 6. Fundação I. Autor. II. Título.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais é proibida a reprodução total ou parcial desta obra por qualquer forma ou meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de fotocópias e gravação, sem permissão por escrito do autor.

PARTE 1
DIREITO CIVIL E ECONÔMICO
AUTORES ESTRANGEIROS

ORLANDO GOMES E LA FUNZIONE SOCIALE DEL DIRITTO

Riccardo Cardilli*

SOMMARIO: 1. Il problema storico della funzione sociale del diritto. 2. Critiche all'individualismo del diritto privato liberale. 3. Orlando Gomes e la funzione sociale del diritto.

1. IL PROBLEMA STORICO DELLA FUNZIONE SOCIALE DEL DIRITTO

È stato osservato in un importante saggio da Tilman Repgen che:

«nella giurisprudenza tedesca sembra essere fermamente radicata l'idea che il codice civile del 1896 sia, come disse Franz Wieacker, "un figlio nato tardi del liberalismo classico". Egualmente, è ferma la critica secondo la quale il codice civile non rispondeva alle esigenze sociali del suo tempo, gli mancavano cioè quelle "gocce d'olio sociale" che Bismarck aveva chiesto per tutta la codificazione statale»¹.

L'*allgemeiner Teil*, figlio della costruzione dottrinale in chiave logico-deduttiva del sistema di diritto privato, finendo per costituire il fondamento primo del Codice civile, raffigura il diritto privato quale algida rappresentazione dei rapporti giuridici in chiave esclusivamente

* Professore Ordinario di Diritto Romano presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Coordinatore del Master in Diritto Romano e Sistemi Giuridici Contemporanei dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata e Direttore del Centro Eurasiatico dell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

1 REPGEN, Tilman. **Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, Vorwort, p. VII.

individuale, con la scomparsa della comunità e dell'ineliminabile dimensione sociale del *ius*².

Orlando Gomes, nato a Bahia nel 1908 e ivi morto nel 1988, è considerato il «principe dei civilisti brasiliani del secolo XX», nel suo *Anteproyecto* di Codice rifiutò la *parte geral*, accolta invece nell'*Esboço* di Augusto Teixeira de Freitas, sia nel *Código civil* del 1916 di Clovis Bevilacqua. Orlando Gomes è tra i più duri sostenitori di un superamento in Brasile del modello liberale di diritto privato che trova espressione nei codici civili europei dell'Ottocento. Egli è convinto fautore di un concreto recupero della funzione sociale del diritto³.

Il suo percorso scientifico è di alto interesse, in quanto in esso è possibile cogliere una pervasività in espansione della socializzazione del diritto, partendo dagli studi filosofico-politici, quali quelli della sua opera sullo Stato e l'individuo del 1932, per poi maturare con grande sensibilità storica nelle opere dedicate alla nuova stagione legislativa giuslavorista, fino ad approdare ad una amplissima produzione scientifica in materia di diritto civile.

La critica di Orlando Gomes all'individualismo dominante nel diritto privato del secolo XIX e XX, si colloca all'interno di un filone importante di continuità e sviluppo di pensiero, che va da Marx e Jhering, da Otto von Gierke a Emilio Betti, fino in Brasile, da Orlando Gomes a Miguel Reale. Vediamone alcuni passaggi salienti.

2 Per il mio punto di vista si vd. CARDILLI, Riccardo. Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer, **Wie pandektistisch war die Pandektistik?** Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015, (Hrsg.) HAFERKAMP, Hans-Peter; REPGEN, Tilman. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, pp. 83-99

3 Sulla figura dello studioso si vd. per tutti MOREIRA ALVES, José Carlos. Orlando Gomes e o Direito Civil, in **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, 16/62, 1992, pp. 7 ss.

2. CRITICHE ALL'INDIVIDUALISMO DEL DIRITTO PRIVATO LIBERALE

A. Karl Marx

Alcune ideologie che nella storia europea hanno agito negli ultimi secoli, condizionandone gli sviluppi. Alcune di esse si sono orientate contro il diritto individualista. Tra queste segnalo il marxismo (e poi anche il leninismo), il nazionalsocialismo e il normativismo⁴.

Nel **Programma del Partito nazionalsocialista tedesco del 24 febbraio del 1920**, programma tristemente noto per aver stabilito i punti programmatici dei futuri sviluppi della politica nazista, si stabiliva all'art. 19 che:

«Pretendiamo la sostituzione del diritto romano al servizio dell'ordine materialistico mondiale con un diritto comune tedesco».

Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemein-Recht

La presa di posizione nazista contro il diritto romano è netta ed è orientata a considerare il diritto romano come servitore dell'ordine capitalistico. La critica nazista si scaglia su una considerazione del diritto romano quale diritto vigente al servizio delle forze economiche e politiche (quelle che i nazisti qualificano giudaico-finanziarie) che il nazismo intendeva abbattere definitivamente. Al diritto romano, il nazismo vorrebbe contrapporre un diritto comune tedesco, quale presunta espressione di un diritto nazionale del popolo tedesco.

4 Per un approfondimento dei problemi qui ricordati, si vd. quanto ho avuto modo di sottolineare in CARDILLI, Riccardo. **Fondamento romano di diritti odierni**, XVII, Torino: Giappichelli, 2021, pp. XVII ss.

La critica nazista, com'è stato già esattamente evidenziato⁵, confonde per diritto romano la sua reinterpretazione liberale iniziata già nel Settecento dal Giusnaturalismo e poi sviluppata dalla scuola storica di Savigny e cristallizzatasi nei grandi manuali di Pandette del secondo Ottocento e ipostatizza un presunto diritto comune dei popoli germanici.

La critica di Karl Marx e di Friedrich Engels nel *Manifesto del partito comunista* nel 1848 è al contrario più raffinata, in quanto è maggiormente consapevole del diritto romano come esperienza storica. Marx ed Engels sono, infatti, pienamente consapevoli della natura storica del diritto liberale, quale risultato della reinterpretazione della codificazione giustiniana operata dalla scuola storica di Savigny, realizzando un sistema di diritto fortemente ancorato a categorie formali e in un ordine concatenato logicamente.

I punti nevralgici contro i quali si scaglia la critica marxiana sono: la proprietà privata; il contratto di lavoro salariato; la successione ereditaria.

Qui sia sufficiente notare che la critica è, in questo caso, pienamente consapevole della storicità dell'uso del diritto romano nel pensiero giuridico tedesco dell'Ottocento, non confondendosi semplicisticamente (come invece era accaduto nella critica nazista) il diritto romano con il nuovo diritto privato maturato nella scuola pandettistica tedesca. Ciò che Marx prima e le teorie marxiste poi combattono, quindi, non è tanto il diritto romano come tale, ma la sua versione liberale, come poderoso strumento di sviluppo della nuova società capitalistica dell'Ottocento. L'impostazione marxista, in sostanza, finisce per porre in risalto l'importanza dello studio storico del diritto romano⁶.

5 MARTINO, Francesco de. Individualismo e diritto privato romano, in **Annuario di diritto comparato e di studi legislativi**, 16, 1941, pp. 1-51; cito dalla riedizione nella Collana «*Diritto romano e Sistemi giuridici*» n.2, Torino, 1999.

6 RAGGI, Luigi. Materialismo storico e studio del diritto romano, in **Riv. it. sc. giur.**, 8, 1955-1956, pp. 557 ss.

In realtà, come sappiamo dal Manifesto del partito comunista del 1848, Marx ed Engels avevano lucidamente colto le conseguenze rivoluzionarie dell'ascesa della borghesia sulle forme di società preesistenti:

La borghesia ha avuto nella storia una parte sommamente rivoluzionaria. Dove ha raggiunto il potere, la borghesia ha distrutto tutte le condizioni di vita feudali, patriarcali, idilliche. Ha lacerato spietatamente tutti i variopinti vincoli feudali che legavano l'essere umano al suo superiore naturale, e non ha lasciato fra uomo e uomo altro vincolo che il nudo interesse, il freddo "pagamento in contanti". Ha affogato nell'acqua gelida del calcolo egoistico i sacri brividi dell'esaltazione devota, dell'entusiasmo cavalleresco, della malinconia filistea. Ha disciolto la dignità personale nel valore di scambio e al posto delle innumerevoli libertà patentate e onestamente conquistate, ha messo, unica, la libertà di commercio priva di scrupoli. In una parola: ha messo lo sfruttamento aperto, spudorato, diretto e arido al posto dello sfruttamento mascherato d'illusioni religiose e politiche⁷.

7 MARX, Karl. **Manifest der Kommunistischen Partei**, pubblicato nel febbraio 1848, London, p. 5: «Die Bourgeoise hat in der Geschichte eine eine höchst revolutionäre Rolle gespielt. Die Bourgeoise, wo sie zur Herrschaft gekommen, hat alle feudalen, patriarchalischen, idyllischen Verhältnisse zerstört. Sie hat die buntscheckigen Feudalhande, die den Menschen an seinen natürlichen Vorgesetzten knüpften, unbarmherzig zerrissen, und kein anderes band zwischen Mensch und Mensch übrig gelassen, als das nackte Interesse, als die gefühllose "baare Zahlung". Sie hat die heiligen Schauer der frommen Schwärmerei, der ritterlichen Begeisterung, der spießbürgerlichen Wehmuth in dem eiskalten Wasser egoistischer Berechnung ertränkt. Sie hat die personliche Würde in den Tauschwerth aufgelöst, und an die Stelle der Zahllosen verbrieften und wohlerworbenen Freiheiten die Eine gewissenlose Handelsfreiheit gesetzt. Sie hat, mit einem Wort, an die Stelle der mit religiösen und politischen Illusionen verhüllten Ausbeutung die offene, unverschämte, direkte, dürre Ausbeutung gesetzt».

Proprio sullo schema del contratto di lavoro, la critica marxiana aveva già dal 1847 evidenziato come la declinazione liberale del contratto come libero accordo finiva per essere perfettamente funzionale alla costruzione dello scambio lavoro-salario, escludendo il lavoratore dalla partecipazione alla merce da lui prodotta⁸.

Il dato della inconsapevole accettazione in Marx del nuovo concetto di obbligazione quale rapporto giuridico individualista e di rilevanza esclusivamente patrimoniale, che la scuola storica e poi la pandettistica consegnerà al Novecento⁹, trova una possibile conferma in un famoso passaggio del primo libro del *Capitale* (1867-1872) in materia di processo di scambio.

«Capitolo secondo “Il processo di scambio”

Le merci non possono andarsene da sole al mercato e non possono scambiarsi da sole. Dobbiamo dunque creare i loro tutori, i possessori di merci. Le merci sono cose, quindi non possono resistere all'uomo. Se esse non sono ben disposte, egli può usare la forza; in altre parole, può prenderle. Per riferire l'una all'altra queste cose come merci, i tutori delle merci debbono comportarsi l'uno di fronte all'altro come persone la cui volontà risieda in quelle cose, cosicché l'uno si appropria della merce altrui, alienando la propria, soltanto col consenso dell'altro; quindi, ognuno dei due compie quell'azione soltanto mediante un atto di volontà comune ad entrambi. Quindi, i possessori di merci devono riconoscersi, reciprocamente, quali

8 Concezione già matura nel 1847, in alcune conferenze che Marx tiene alla *Associazione degli operai tedeschi*, conferenze poi pubblicate in una serie di editoriali della *Nuova Gazzetta Renana*. Al riguardo si vd. MARX, Karl. **Lavoro salariato e capitale**, Roma, 2006, edizione che riproduce la traduzione di TOGLIATTI, Palmiro del 1949, traduzione rivista da CODINO, Fiona sulla versione originaria del 1849, senza le modifiche apportate da Engels nel 1891.

9 Si vd., al riguardo, quanto ho avuto modo di approfondire in CARDILLI, Riccardo. **Obbligazione e diseguaglianza. Per una lettura critica dell'obbligazione in Friedrich Karl von Savigny**, Bologna: Il Mulino, 2021.

proprietari privati. Questo rapporto giuridico, la cui forma è il contratto, sia o no svolto in forme legali, è un rapporto di volontà nel quale si rispecchia il rapporto economico. Il contenuto di tale rapporto giuridico, o volontario, è dato mediante il rapporto economico stesso»¹⁰.

La rappresentazione del rapporto giuridico (*Rechtsverhältnis*) quale rapporto di volontà, nel quale si rispecchierebbe il rapporto economico del processo di scambio, segna un legame profondo con la costruzione dell'obbligazione quale rapporto giuridico volontario. La distanza di Marx dalla costruzione giuridica è data dal pieno riconoscimento della natura formale e sovrastrutturale di questa rappresentazione giuridica del processo di scambio, nella quale il rapporto giuridico è il riflesso del rapporto economico.

La cosa è egualmente rilevata nel contratto di lavoro e nel rapporto giuridico così creato:

La rivoluzione operata dalle macchine nel rapporto giuridico fra compratore e venditore della forza di lavoro è tale che l'intera transazione perde perfino la parvenza di un contratto fra persone libere¹¹.

B. Rudolph von Jhering

Una critica che riesce ad incrinare l'edificio sistematico e concettuale del sistema di Savigny sarà conseguenza dell'operato di un iniziato e profondo conoscitore del metodo di rifondazione concettuale realizzato attraverso le fonti romane della Scuola Storica: si tratta di Rudolf von Jhering. È come se l'edificio concettuale e sistematico savigniano, nella sua fredda, ma coerente solidità scientifica e nella sua

10 MARX, Karl. **Il capitale, Libro primo**, a cura di A. AIELLO, trad. it. di D. Cantimori, Roma, 2017, p. 61.

11 MARX, Karl. **Il capitale, Libro primo**, cit., p. 268.

algida funzionalità per la società liberale tedesca del secolo decimonono, non potesse che subire dal suo interno una critica che ne indicasse la via del superamento, appunto nella giurisprudenza degli interessi concreti.

Nel 1877, Rudolph von Jhering, nell'introduzione del suo lavoro sullo scopo del diritto, ricorda come, nel consegnare alle stampe nel 1865 la prima edizione del suo terzo tomo del *Geist des römischen Rechts*, colse una debolezza della consueta rappresentazione del diritto in accezione soggettiva quale coerente alla prospettiva volontaristica, sostituendovi il fondamento nell'idea di interesse. E come proprio attraverso l'interesse quale fondamento del diritto, emerse la prospettiva dello scopo del diritto, quale vero motore del giuridico, tanto da affermare che:

«lo scopo è creatore dell'intero diritto, non esiste alcuna norma giuridica che non deve la sua origine allo scopo» [*Der Zweck im Recht*, Leipzig, 1877, I, p. VI].

Si tratta di un «cambio» (*Umschwung*) metodologico che, a detta dello stesso Jhering, permetterebbe di spostare la prospettiva dal contenuto concettuale (nel quale il movimento potrebbe dirsi più statico) agli interessi perseguiti (che donano anche in chiave storica una dimensione diversa e più dinamica ai contenuti giuridici). La direzione impressa da Jhering avrà una forte ricaduta sugli studi successivi, più della stessa critica marxiana sopra vista, probabilmente perché della critica del maestro di Göttingen la scienza del diritto coeva e successiva riconosceva il comune lessico e la piena padronanza concettuale della trama giuridica¹².

12 WIEACKER, Franz. **Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privaterchtsgeschichte**, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1959, pp. 197-219; BEHREND, Okko. Der Durchbruch zum Zweck des Rechts, in F. LOOS (Hrsg.), **Rechtswissenschaft in Göttingen**, Göttingen, 1987, pp. 229-269.

C. Otto von Gierke

In una relazione tenuta alla società viennese dei giuristi nel 1899, Otto von Gierke espresse una chiara critica dell'individualismo del diritto privato:

«È certo che in seno alla nostra società si nascondono pericoli inestinguibili di natura terribile. Ma è anche certo che nella lotta che combattiamo e dobbiamo combattere per resistenza continua della nostra cultura, la speranza della vittoria ci fa cenno solo se ci riempiamo dell'aspirante spirito comunitario e da esso capire come plasmare socialmente lo stato e la legge, il costume e l'economia.

In questo contesto, la questione del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato appare come una questione vitale del presente. Il contrasto netto e fondamentale è per noi inviolabile.

...

Ancor oggi le menti colte e non colte sono ossessionate dalle idee sistematicamente sviluppate dalla rappresentazione estrema del diritto naturale con le sue teorie contrattualistiche, per le quali, poiché attribuiscono realtà solo all'individuo, tutto il diritto pubblico emana in ultima analisi dall'individuo e mira all'individuo e quindi non è nient'altro che un diritto privato più complicato.

D'altra parte, le idee elevate a sistema nelle dottrine socialiste, che comprendono e valorizzano l'essere umano esclusivamente come membro della società, minacciano tutto il diritto privato con la sua trasformazione in un ordinamento amministrativo statale.

La lotta va in entrambe le direzioni. La denazionalizzazione del diritto pubblico nel senso dell'individualismo giusnaturalistico significa la dissoluzione e la morte, la nazionalizzazione del diritto privato nel senso del socialismo significa mancanza di libertà e barbarie.

Ma se l'opposizione non può essere persa, dobbiamo comunque usare tutte le nostre forze per cercare e realizzare l'unità al di sopra dell'opposizione.

Abbiamo bisogno di un diritto pubblico che sia giusto in tutto e per tutto, che stabilisca un rapporto di reciprocità tra il tutto e i suoi membri, tra la comunità generale più alta e tutte le associazioni più piccole, tra la comunità e il singolo; che penetri nello Stato dal vertice fino alla base e lo vincoli, anche dove fallisca la coercizione, goda ancora della protezione dei giudici; che metta al primo posto i doveri verso il tutto, ma allo stesso tempo conceda e garantisca i diritti dei membri al tutto, la parte minima dello Stato; che proceda dalla necessità e dalla continuità della vita comunitaria e tuttavia accetti la libertà in sé.

Serve anche un diritto privato in cui, nonostante ogni santificazione della sfera inviolabile dell'individuo, viva e si intesi l'idea di comunità.

Per dirla senza mezzi termini: come nel nostro diritto pubblico deve esserci un odore del sogno di libertà del diritto naturale, così il nostro diritto privato deve essere filtrato con una goccia di olio socialista!». ¹³

13 GIERKE, Otto Von. **Die soziale Aufgabe des Privatrechts**, Relazione tenuta il 5 aprile 1889 alla Società giuridica di Vienna (pubblicata Berlin 1889 da Julius Springer), pp. 10-13:

«Gewiß ist, daß unbeschwichtigte Gefahren furchtbarer Art im Schooße unserer Gesellschaft lauern. Gewiß aber ist auch, daß in dem Kampfe, den wir um den Fortbestand unserer Kultur kämpfen und kämpfen müssen, uns die Hoffnung auf den Sieg nur winkt, wenn wir uns mit dem aufstrebenden Gemeinschaftsgeiste erfüllen und aus ihm heraus Staat und Recht, Sitte und Wirtschaft echt sozial zu gestalten verstehen. In diesem Zusammenhange erscheint die Frage nach dem Verhältniß zwischen öffentlichen Recht und Privatrecht als eine Lebensfrage der Gegenwart. Der scharfe, grundsätzliche Gegensatz ist für uns unantastbar.

[...]

In gelehrten und ungelehrten Köpfen spuken auch heute die von der extremen Naturrechtslehre mit ihren Vertragstheorien systematisch ausgebildeten Vorstellungen, für welche, weil sie nur dem Individuum Realität zuerkennen, alles öffentliche Recht zuletzt von den Einzelnen ausgeht und auf die Einzelnen abzielt und darum nichts als ein verwickeltes Privatrecht ist.

Von der anderen Seite her bedrohen die in den sozialistischen Lehren zum System erhobenen Gedanken, welche den Menschen ausschließlich als Glied der Gesellschaft begreifen und werten, alles Privatrecht mit der Umbildung in eine staatliche Verwaltungsordnung.

Beiden Richtungen gilt der Kampf. Die entstaatlichung des öffentlichen Rechts im Sinne des naturrechtlichen Individualismus bedeutet die Auflösung und den Tod, die Verstaatlichung des Privatrechts im Sinne des Sozialismus bedeutet die Unfreiheit und die Barbarei.

La critica di Gierke troverà un importante momento di verifica nella Costituzione di Weimar del 1919¹⁴, nella quale si stabilirà all'art. 153-III, che

«La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune.» e all'art. 155 che *«La ripartizione ed utilizzazione delle terre sono controllate con lo scopo di impedire gli abusi e di assicurare ad ogni tedesco un'abitazione sana, ed a tutte le famiglie tedesche, specie a quelle numerose, una casa ed un patrimonio familiare corrispondenti ai loro bisogni.»*¹⁵

Ist aber der Gegensatz unverlierbar, so müßen wir doch die Einheit über dem Gegensatz mit aller Kraft suchen und verwirklichen.

[...]

Wir brauchen ein öffentliches Recht, das durch und durch Recht ist, das ein Verhältniß der Gegenseitigkeit zwischen dem Ganzen selbst und seinem Gliede, zwischen der höchsten Allgemeinheit und allen engerem Verbänden, zwischen der Gemeinschaft und dem Einzelnen setzt; das den Staat vom Scheitel bis zur Sohle durchdringt und bindet una auch da, wo der Zwang versagt, noch des Schutzes durch Richterspruch genießt; das zwar die Pflichten gegen das Ganze voranstellt, aber zugleich den Gliedern Rechte am Ganzen, dem Geringsten Anteil am Staat gewährt und verbürgt; das von der Notwendigkeit und der Stetigkeit des Gemeinlebens ausgeht und doch die Freiheit in sich annimmt.

Wir brauchen auch ein Privatrecht, in welchem trotz aller Heilighaltung der unantastbaren Sphäre des Individuums der Gedanke der Gemeinschaft lebt und webt.

Schroff ausgedrückt: in unserem öffentlichen Recht muß ein Hauch des naturrechtlichen Freiheitstraumes wehen und unser Privatrecht muß ein Tropfen sozialistischen Öles durchsickern!». Sulla complessa nozione di «soziale Freiheit», si vd. REPGEN, Tilman. **Die soziale Aufgabe des Privatrechts**. cit., pp. 83 ss. e pp. 502 ss.

14 Si vd. per l'importanza storico-politico e giuridica della Costituzione di Weimar, FROSINI, Tommaso Edoardo. Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar, in **Il Politico**, LXI/1, 1996, pp. 95-127. Sull'importanza avuta dal modello weimariano sulla dottrina costituzionalistica italiana, si vd. GREGORIO, Massimiliano. Dallo Stato sociale alla democrazia sociale. Le riflessioni della dottrina costituzionalistica italiana nella prima età repubblicana, in **Quaderni fiorentini**, 46, 2017, I [Giuristi e Stato sociale], pp. 517 ss.

15 Si vd. al riguardo PATTI, Salvatore. La funzione sociale nella 'civilistica italiana' dell'ultimo secolo, in **AA.VV.**, La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo, a cura di F. MACARIO e M. N. MILETTI, Roma, 2017, pp. 23 ss. in particolare pp. 24-25

Da un lato la socializzazione dei diritti della Costituzione del 1919 e dall'altro l'algido edificio del diritto privato rappresentato dal BGB del 1900 sono caratterizzanti due prospettive che sembrano estranee e contigue ma intangibili tra loro nella Germania tra le due guerre.

La netta separazione tra diritto pubblico e diritto privato, spesso collegata erroneamente alla dottrina delle *positiones studii* di Ulpiano in D. 1.1.1.2,¹⁶ assume agli occhi di Gierke un modello da superare, al fine di instillare una maggiore pervasività nel diritto privato della funzione sociale, e nel diritto pubblico, del modello liberale.

D. Emilio Betti e la funzione economico-sociale del negozio

Emilio Betti è forse il giurista che meglio ha rappresentato un momento alto di sintesi delle due prospettive sopra evidenziate, conservando una raffinitissima consapevolezza dogmatica, accompagnandola però da una sensibilità verso la socialità come dimensione finalistica anche del diritto privato. Il giurista italiano, nel 1934, scrisse in una breve, ma efficacissima voce sul «negozio giuridico» nell'*Enciclopedia Italiana*, un vero e proprio manifesto della funzione sociale del diritto:

16 Per comprendere esattamente cosa Ulpiano afferma, è necessario collocare la costruzione all'interno della prospettiva ulpiana dello *studium iuris*. 'Studio' per Cicerone è l'assiduo impegno applicato a qualcosa, come alla filosofia, alla poesia, alla geometria e alle lettere (Cic., *de inv.* 1. 36). La coerenza del discorso ulpiano, che prima definisce il diritto, quale *ars boni et aequi* e poi il ruolo del giurista quale *sacerdos iuris*, è confermata nell'approfondimento dello *studium* del *ius*. Ulpiano specifica, infatti, che di quest'ultimo si hanno due modi d'essere, due prospettive diverse, quella propria dello *studium* del *publicum ius* e quella del *privatum*. Non si può qui sovrapporre la concezione contemporanea fondata sulla distinzione delle discipline giuridiche in base all'oggetto (diritto pubblico, diritto privato, diritto amministrativo, diritto penale, ecc.), funzionale alla ragione storica del monopolio statale delle fonti del diritto e dell'unicità, nella prospettiva dello stato-nazione, dell'ordinamento giuridico nazionale. L'aspetto prevalente è quello della unicità del *ius* nella diversità di angoli di visuale, concetto che Ulpiano esprime rifacendosi a modelli preesistenti, accentuandosi, con la prospettiva pubblica del diritto, lo studio del 'modo d'essere' della *res Romana*, scomponendo il *publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*, mentre con la prospettiva privata del diritto, quest'ultimo riunisce precetti naturali, delle genti e civili.

«Gli interessi e i rapporti che il diritto privato disciplina, esistono nella vita sociale indipendentemente dalla tutela giuridica; l'iniziativa privata è il congegno motore di ogni consapevole regolamento di essi, in quanto si esplica non solo nell'aspirare a dati scopi pratici, ma anche nel foggarsi i mezzi corrispondenti, prima di qualsiasi intervento del diritto. Ora, mezzi di tal natura sono per eccellenza i negozi giuridici. Questi sogliono avere la loro genesi nella vita di relazione: sorgono e si sviluppano spontaneamente sotto la spinta dei bisogni, per adempiere svariate funzioni economico-sociali, fuori dall'ingerenza di ogni ordine giuridico. Sorgono e si sviluppano come atti con i quali i privati dispongono da sé, per l'avvenire, un regolamento d'interessi e rapporti lor propri: come atti, cioè, di autonomia privata, diretti a dettare un regolamento, che dalla coscienza sociale è già considerato come impegnativo per le parti, prima ancora che gli atti stessi assurgano a negozi giuridici. Invero, l'inosservanza è accompagnata, nella vita sociale, da sanzioni più o meno energiche e sicure, così di carattere specifico (es.: misure di ritorsione e di autotutela) come di carattere generico (es.: perdita o diminuzione del credito sociale con conseguente impossibilità o difficoltà di concludere nuovi affari). Per il fatto di essere riconosciuti dal diritto, i negozi non cambiano la loro intima natura: solo, le sanzioni sociali sono in parte assorbite e sostituite, in parte fiancheggiate e rafforzate da una sanzione più energica e sicura: quella del diritto. La quale appare qualcosa di aggiunto e di logicamente posteriore: per essa l'autonomia privata si dimostra riconosciuta dal diritto e i negozi diventano negozi giuridici: strumenti che il diritto stesso mette a disposizione dei privati per dare vita e sviluppo a rapporti giuridici fra loro.»¹⁷

17 BETTI, Emilio. in **Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere e Arti**, XXIV, 1934, Roma, p. 505.

Emilio Betti, tra le due guerre, sviluppa una concezione in contrasto con il modello dominante dell'individualismo liberale e del dogma della volontà del diritto privato tedesco come rappresentato non solo nelle opere della Pandettistica, ma anche nel BGB del 1900¹⁸.

L'enucleazione della formula della «funzione (economico-) sociale» come prospettiva privilegiata per evidenziare la stella polare che recupera alla *humus* comunitaria la dimensione degli istituti giuridici ed anche dei principi libertari sembra imporsi, nel pensiero bettiano, come modello anti-individualista¹⁹.

3. ORLANDO GOMES E LA FUNZIONE SOCIALE DEL DIRITTO

Agli stessi anni nei quali Emilio Betti accoglieva in Italia la formula della funzione sociale del diritto, nel 1933 in Brasile esce il libro di Orlando Gomes su «Lo Stato e l'individuo», nel quale il grande giurista brasiliano coglie una tendenza di fondo della relazione evocata dal titolo, in chiave di ribaltamento del rapporto conflittuale teorizzato dal darwinismo sociale dell'individuo contro lo Stato, per evidenziare oramai un orientamento nel senso dello Stato per l'individuo²⁰.

18 Vedi gli approfondimenti fatti in SCHIAVONE, Aldo. «Il nome» e «la cosa». Appunti sulla romanistica di Emilio Betti, in **Quaderni fiorentini**, v. 7, 1978, 293 ss.; in particolare pp. 304-305; BRUTTI, Massimo; SCIALOJA, Vittorio; BETTI, Emilio. **Due visioni del diritto civile**, Torino: Giappichelli, 2013, pp. 159 ss.

19 Vd. quanto emerge nel bel volume PATTI, Salvatore. La funzione sociale nella 'civilistica italiana' dell'ultimo secolo, in **AA.VV.**, La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo, a cura di La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo, a cura di F. MACARIO e M. N. MILETTI, Roma, 2017, cit., nei quali si ha un approfondimento della funzione sociale in molti contesti tipici, con contributi di Carratta, Chiodi, Iannarelli, Lipari, Macario, Milette, Patti, Rescigno, (C.) Scognamiglio, Sesta, Somma, Stella Richter jr.

20 GOMES, Orlando. **O Estado e o indivíduo**, Bahia: Gráfica Popular, 1933. (esgotada), nel quale si conclude, dopo aver esaminato l'individualismo (pp. 11-24), socialismo (pp. 25-52) e il fascismo (pp. 53-67), concludendo che: «A formula de Spencer – o indivíduo contra o Estado è substituída pela de Wilson – o Estado pelo indivíduo.» (p. 78).

L'orientamento porta Orlando Gomes ad evidenziare come proprio nella legislazione lavorista in Brasile stia maturando «il più importante processo normativo di socializzazione del diritto»²¹

L'affinità elettiva tra Orlando Gomes ed Emilio Betti matura nei lavori successivi, nelle ricerche dedicate soprattutto al diritto civile, ma non come influenza di una idea altrui sulla propria, quanto come idea propria che trova nella dottrina di Betti una compagna di viaggio.

Anche altri giuristi, sia italiani che tedeschi (utilizzati dalle traduzioni in spagnolo), sono citati nei lavori di Orlando Gomes, come Tullio Ascarelli e Tullio Liebman, Franz Wieacker e Karl Larenz.

Traspare una scienza giuridica transnazionale, con l'individuazione di fenomeni trasversali che segnano la storia del diritto privato del XX secolo nel senso della socialità del diritto.

La lettura delle pagine del giurista brasiliano evidenziano una *medietas* di toni, che riesce convincentemente a coniugare – come anche in Betti – una solida formazione dogmatica con una rilettura funzionale del diritto privato, che trova non soltanto nel diritto del lavoro, ma più ampiamente proprio nel diritto privato un importante momento di verifica.

Nell'*Anteproyecto* del 1963 prende corpo un quadro normativo corente alla sua idea di socializzazione del diritto, modello che rappresenterà un punto di riferimento anche per il nuovo codice civile brasiliano del 2003, nel quale la formula della funzione sociale ha trovato una ampia pervasività²².

21 Così il folgorante *incipit* dell'opera di GOMES, Orlando. **Direito do Trabalho** (Ensaio), Bahia: Liv. Progresso, p. 3.

22 REALE, Miguel. **História do novo Código civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 38. Sull'*Anteproyecto* di Orlando Gomes e sulla sua influenza si vd. SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, pp. 62-65,

RIFERIMENTI

BEHRENDTS, Okko. Der Durchbruch zum Zweck des Rechts, in F. LOOS (Hrsg.), **Rechtswissenschaft in Göttingen**, Göttingen, 1987.

BETTI, Emilio. Negozio giuridico, in **Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere e Arti**, XXIV, 1934, Roma.

BRUTTI, Massimo; SCIALOJA, Vittorio; BETTI, Emilio. **Due visioni del diritto civile**, Giappichelli, Torino 2013.

CARDILLI, Riccardo. Das römische Recht der Pandektistik und das römische Recht der Römer, **Wie pandektistisch war die Pandektistik?** Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015, (hrsg.) HAFERKAMP, Hans-Peter; REPGEN, Tilman. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

CARDILLI, Riccardo. **Fondamento romano di diritti odierni**, XVII, Torino: Giappichelli, 2021.

CARDILLI, Riccardo. **Obbligazione e diseguaglianza. Per una lettura critica dell'obbligazione in Friedrich Karl von Savigny**, Bologna: Il Mulino, 2022.

FROSINI, Tommaso Edoardo. Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar, in **Il Politico**, LXI/1, 1996.

GIERKE, Otto Von. **Die soziale Aufgabe des Privatrechts**, Relazione tenuta il 5 aprile 1889 alla Società giuridica di Vienna (pubblicata Berlin 1889 da Julius Springer).

GOMES, Orlando. **O Estado e o indivíduo**, Bahia: Gráfica Popular, 1933. (esgotada).

GOMES, Orlando. **Direito do Trabalho** (Ensaio), Bahia: Liv. Progresso, 1941.

GREGORIO, Massimiliano. Dallo Stato sociale alla democrazia sociale. Le riflessioni della dottrina costituzionalistica italiana nella prima età repubblicana, in **Quaderni fiorentini**, 46, 2017, I [Giuristi e Stato sociale].

MARTINO, Francesco de. Individualismo e diritto privato romano, in **Annuario di diritto comparato e di studi legislativi**, 16, 1941.

MARX, Karl. **Manifest der Kommunistischen Partei**, London, 1848.

MARX, Karl. **Lavoro salariato e capitale**, Roma, 2006, edizione che riproduce la traduzione di TOGLIATTI, Palmiro del 1949, traduzione rivista da CODINO, Fiona sulla versione originaria del 1849, senza le modifiche apportate da Engels nel 1891.

MARX, Karl. **Il capitale, Libro primo**, a cura di A. AIELLO, trad. it. di D. Cantimori, Roma, 2017.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Orlando Gomes e o Direito Civil, in **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, 16/62, 1992.

PATTI, Salvatore. La funzione sociale nella 'civilistica italiana' dell'ultimo secolo, in **AA.VV.**, La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo, a cura di F. MACARIO e M. N. MILETTI, Roma, 2017.

RAGGI, Luigi. Materialismo storico e studio del diritto romano, in **Riv. it. sc. giur.**, v. 8, 1955-1956.

REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REPGEN, Tilman. **Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

WIEACKER, Franz. **Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privaterchtsgeschichte**, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1959.

SCHIAVONE, Aldo. «Il nome» e «la cosa». Appunti sulla romanistica di Emilio Betti, in **Quaderni fiorentini**, v. 7, 1978.

SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.