

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

49

(2020)

GIOVANNI CHIODI

UNA STORIA DEL DIRITTO PRIVATO DIVERSA

(A proposito di Pio Caroni, *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche*, Basel, 2015)

1. Una voce, mille colori. — 2. Dai codici cantonali al codice federale. — 3. Codificare in una società repubblicana. — 4. Quale scienza per il codice? — 5. 'Pubblicizzazione' del diritto privato, 'commercializzazione' del diritto civile: due strategie? — 6. L'irresistibile attrazione del mercato. — 7. Verso il controllo della libertà contrattuale. — 8. La proprietà nel vortice del mercato.

1. *Una voce, mille colori.*

Da sempre le analisi di Pio Caroni sorprendono e spiazzano i suoi interlocutori. Lo fanno attraverso una prosa inconfondibile e di altissima qualità letteraria, che affascina per le sue metafore, per l'impiego studiato e cesellato dei vocaboli e degli aggettivi, ciascuno levigato e dotato di un peso specifico, perfino di un timbro musicale. Uno storico originale, ma anche un grande comunicatore, che sa avvincere e colpire il lettore, facendo uso di termini semplici, di facile comprensione e sempre mirati. Suadente come pochi, il suo discorso è però non solo sempre rigoroso, tecnicamente preciso e puntigliosamente documentato, ma anche tagliente, aguzzo, trasparente: va oltre le apparenze per definizione, guarda oltre le parole dei testi, e più che mai dei codici; non ha paura di rivelare verità scomode, di scompigliare certezze, è anzi spesso provocatorio: combatte a viso aperto le false continuità, scruta la società che dei messaggi normativi è destinataria, la recupera all'orizzonte del giurista, la pone al centro della scena. La *Dogmengeschichte* sta dietro le quinte, perché protagonista è il retroterra sociale, economico e umano da cui i codici rampollano e a cui si rivolge la strategia dei loro artefici.

Anche la sua più recente fatica⁽¹⁾, *summa* di un cammino di studio di parecchi anni, su temi meditati e rivisitati incessantemente, non solo sulla carta ma anche in sede didattica, dalla prestigiosa cattedra

(1) Il volume è inserito nella collana *Schweizerisches Privatrecht* e costituisce il

di Storia del diritto e diritto privato dell'Università di Berna, di cui è stato anche Rettore, e da altri centri di studio che ne hanno ascoltato la lezione, riesce a riprodurre con fedeltà i colori di una voce fuori dal comune⁽²⁾, ed insieme la testimonianza di un impegno scientifico continuo e motivato, di alto spessore civile e culturale.

È un libro che cattura il lettore. Strutturato in dieci paragrafi, tra loro diversi ma strettamente collegati, si presenta come un itinerario alla scoperta del diritto privato elvetico del XIX secolo. Non tanto un'esposizione di regole, massime e principi, e men che meno una storia dogmatica; neppure una storia esterna di avvenimenti, ma molto di più: una rilettura complessiva del fenomeno della codificazione civile, dell'unificazione giuridica e del diritto patrimoniale vista dall'alto del laboratorio ottocentesco svizzero, che l'autore considera a giusto titolo l'inizio di una nuova storia che dura tuttora.

Il libro rivendica la diversità della storia giuridica svizzera e si oppone alla sua forzata omologazione ad altre esperienze, con le quali pure è a stretto contatto. Per il nostro autore, che sull'argomento si è espresso in altri memorabili interventi, lo storico ha il compito di recuperare il passato nel pieno rispetto della sua autonomia, e dunque senza parcellizzarlo o strumentalizzarlo, nella consapevolezza che esso deve sempre essere ricostruito e mai si offre ordinato e oggettivamente dato, mentre occorre pazientemente ricavarlo da tracce («eine Spurensuche», come recita il titolo). Ed ecco che i confini del microcosmo elvetico costituiscono il centro di una storia, filo rosso principale della trattazione e indubbia attrattiva del volume, narrata con straordinaria cognizione di causa dei suoi principali tornanti. Ciò non toglie che l'affresco, in realtà, prometta molto di più, perché lo sguardo dell'autore si allarga a tutto ciò che sta intorno e non si fissa sul singolo particolare locale: come tessere di un mosaico o come pannelli di un polittico composto secondo un preciso disegno, le sue dieci stazioni offrono lo spaccato di una società dapprima in transizione dall'*ancien régime* all'era borghese e poi ancora in mutamento nel corso del secolo: un'interpretazione del diritto privato alla svolta epocale del codice civile e delle sue succes-

numero uno della *Erster Band, Geschichte und Geltungsbereich*, a cura di Sibylle Hofer.

(2) Al fraseggio di Pio Caroni è connaturato il colore, come al pennello di un pittore fuoriclasse da lui molto amato, Paul Klee, che nei suoi *Diari*, il giorno 16 aprile 1914, annotò: «Die Farbe hat mich». L'autore impiega la folgorante espressione dell'artista in un altro senso, esplicitato in P. CARONI, *Die Einsamkeit des Rechts-historikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel-Genf-München, Helbing und Lichtenhahn, 2005, trad. it. *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, presentazione di I. Birocchi, Milano, Giuffrè, 2009, p. 54.

sive vicende, in cui l'esperienza svizzera, senza perdere di specificità, è inserita in un contesto più ampio di trasformazioni e rivoluzioni che abbraccia l'intero XIX secolo e all'occorrenza ne trascende la cronologia per lambire l'inquieto presente. Sì, perché, come avverte l'autore fin dalle prime righe, questo è un libro per i giuristi, che vorrebbe sollecitare a guardare indietro al loro passato per affrontare il presente con spirito critico e abbandonando le lenti deformanti della continuità.

Lucido e coerente è l'itinerario che Pio Caroni si accinge a descrivere. Il capitolo introduttivo ribadisce agilmente e con lucidità gli aspetti fondamentali della sua metodologia, quella di uno storico della codificazione che non ama saccheggiare il passato alla ricerca di conferme, ma preferisce prestare attenzione, con umiltà e rispetto, ai desideri di chi codifica e alle risposte dei destinatari. Il passato è un paese lontano e difficile da raggiungere, che non si presenta auto-evidente agli occhi del suo esploratore, che lo racconterà mettendo in causa la sua soggettività⁽³⁾. È questa la premessa epistemologica ed ermeneutica da cui parte Caroni: «die Unmöglichkeit einer eigentlichen Widerspiegelung in der Vergangenheit» (p. 4). Ancora una volta e con immutata incisività, egli esorta inoltre gli storici ad ampliare i loro orizzonti, a non limitarsi alla storia dell'elaborazione di un codice, che termina quando il messaggio viene recapitato, ma a seguirne gli sviluppi, a ricostruire l'altra *evidenza* della storia, solitamente ignorata, che parte dal traguardo, sfocia nel nostro presente e così «erfasst uns mit einer Unausweichlichkeit, der wir uns schwerlich entziehen können» (p. 6). Basterebbero queste prime righe introduttive e programmatiche ad invogliare il lettore a proseguire. Questa è la storia di un diritto privato diverso, incalza Caroni, bastasse solo il fatto di essere stato prodotto all'interno di un'oasi repubblicana e democratica. Ed è anche il racconto di una storia diversa, che mira a verificare la valenza sociale delle regole del diritto privato e a comprendere per quale motivo proprio in Svizzera il diritto privato sociale ha trovato un *humus* favorevole per svilupparsi: un diritto privato distante dai fiori di ghiaccio della pandettistica⁽⁴⁾ e disponibile ad inter-

(3) In epigrafe ad un recente articolo, l'autore esprime questo pensiero servendosi delle parole di Marco Aime: «Ma i luoghi non sono come sono, sono come tu li ricordi»: P. CARONI, *Quando il diritto era ancora compatto. Perché la storia giuridica svizzera è così diversa?*, in *Estudios Luso-Hispanos de Historia del derecho/Estudos Luso-Hispanos de História do Direito*, I, Laura Beck Varela, María Julia Solla Sastre (coordinadoras), Madrid, Editorial Dykinson, 2018, pp. 13-43. Sulla metafora del paese lontano e sul passato che «non esiste» v. ora con esemplare chiarezza P. CARONI, *Diritto privato ottocentesco*, in «Archivio Storico Ticinese», 166 (2019), pp. 149-165, p. 153.

venti compensativi, senza per questo tradire la sua ascendenza borghese.

Così, in apertura, il disegno è tracciato: come si è arrivati a concedere spazio anche alla *fraternité*, recuperandola alla *liberté* e all'*égalité*. Ora, per fare questo, è necessario, sul punto Caroni è netto, abbandonare la *Dogmengeschichte*, che gli appare una storia chiusa di concetti giuridici, che non lo alletta perché manca di qualsiasi riferimento alla società: blocca e nega il viaggio del diritto nel tempo⁽⁵⁾. Questa storia del diritto privato, di conseguenza, è diversa da tutte le altre: non è una storia dogmatica classica, e non vuole essere una storia giuridica avulsa dalla storia sociale, perché il diritto non si può separare dalla temporalità e dalla storicità, e quindi dai destini che incontra nella società. Questo sguardo 'altrove' è ribadito senza ripensamenti come la chiave di volta del metodo. Al punto che, non senza una punta d'ironia, l'autore si dichiara distante anni luce dalla famosa *boutade* di Theodor Mommsen che nel 1852 ai suoi studenti zurighesi professava la sua incrollabile fede nella continuità di un diritto patrimoniale senza tempo e senza spazio, immoto nei secoli⁽⁶⁾. Una posizione decisamente sconfessata e respinta da Caroni, che non si lascia sfuggire l'occasione per ribadire che solo una storia giuridica sociale è in grado di mostrare la rilevanza concreta della proprietà e del contratto in un sistema di mercato, malgrado l'omofonia dei termini. Continuamente ribadito in diversi passaggi della sua opera è il postulato ermeneutico secondo il quale i significati di un testo (anche quelli giuridici) non sono stabiliti dal mittente, ma dai suoi destinatari. L'ermeneutica moderna fa suo l'antico detto di Gregorio Magno, secondo cui «*scriptura crescit cum legente*» (p. 4 nt. 4). Da questa scoperta critica, a cui Caroni ha dedicato uno splendido saggio recente⁽⁷⁾, discende in maniera del tutto conseguente il rifiuto di una storia che si limiti a rintracciare le radici romane o germaniche di una regola introdotta nei codici, trascurando invece di appurarne la funzione assolta nel nuovo ordine sociale. Una presa di posizione rinnovata, dunque, non senza una punta polemica nei confronti di tendenze storiografiche tutt'altro che sopite, e che richiama lo storico al compito di non venir meno al suo compito di esploratore curioso senza paraocchi. Il

(4) Per usare l'azzeccata metafora di Robert Musil, opportunamente recuperata da Pio Caroni (*La solitudine dello storico del diritto*, cit., p. 47).

(5) Nettissima la preferenza per l'approccio «binario» alla storia del codice in P. CARONI, *E se anche il codice fosse un messaggio?*, in «*Quaderni fiorentini*», 47 (2018), pp. 57-109, p. 106.

(6) T. MOMMSEN, *Die Bedeutung des römischen Rechts*, in ID., *Juristische Schriften*, III, Berlin, 1907, pp. 591-600, cit. a p. 10 nt. 29.

(7) CARONI, *E se anche il codice fosse un messaggio?*, cit.

viaggio che Caroni promette di compiere non inizia, dunque, dai concetti, ma dallo sfondo: l'unificazione del diritto privato, la codificazione, il ruolo della scienza, il diritto privato nell'arcipelago del diritto.

2. *Dai codici cantonali al codice federale.*

La lotta per l'unificazione del diritto («Der Kampf um die Rechtseinheit»), oggetto del § 2, è un capitolo importante di quest'opera. *In limine*, ci accoglie un motivo tipicamente caroniano: frammentazione e unificazione sono fenomeni da comprendere e da contestualizzare all'interno delle società che li hanno espressi. Non sono soluzioni da accogliere o respingere in blocco, *a priori*, o peggio ancora da screditare o da esaltare. Vanno capiti, questi fenomeni, e non giudicati in modo manicheo. Il pluralismo giuridico si addice alla diversità di una società cetuale basata sul particolarismo, sull'economia naturale, su soggetti diseguali assorbiti dalle comunità di appartenenza. L'unificazione, invece, è un'esigenza che si proietta su ambienti e spazi economici borghesi. Il capitolo sintetizza con grande eleganza la questione. Individua nella Repubblica elvetica «storico interludio centralizzato», un primo passo verso un obiettivo ancora di lungo periodo. Approda poi al periodo delle unificazioni cantonali, durante la rigenerazione, e descrive in pagine efficaci il fermento di questo tempo di transizione, nel quale sono stati approntati non meno di venti codici civili diversi, ispirati a tre grandi modelli e che quindi è d'uso classificare in tre gruppi distinti. Ma naturalmente l'autore ammonisce il lettore a non omologare esperienze connotate da propri caratteri, specchio di società diverse, fidandosi di semplici assonanze verbali. Se tutti codificano all'ombra di un modello, ciascuno poi non lo accetta passivamente e lo sviluppa come la società richiede o pretende: non c'è da stupirsi, quindi, se un medesimo calco ha portato a esiti differenti nelle mani di diversi fruitori⁽⁸⁾.

L'affermazione, per chi conosce gli scritti di Pio Caroni, è un vero e proprio *leitmotiv* e s'intreccia al controverso argomento delle recezioni e dei trapianti, termini fuorvianti che occultano fenomeni più complessi. L'unificazione si fa attendere mezzo secolo: dal 1848 al 1898, dalla competenza cantonale a quella federale. È stato dunque un fenomeno non repentino, graduale, non lineare, un cammino tut-

(8) P. CARONI, *Receptio duplex vel multiplex. L'ABGB nel contesto svizzero*, in *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, Atti del Convegno Internazionale, Pavia, 11-12 ottobre 2002, a cura di P. Caroni ed E. Dezza, Padova, Cedam, 2006, pp. 497-524.

t'altro che trionfale e facile, questo trasferimento di competenze a livello centrale. L'autore si domanda il perché e ne individua la ragione fondamentale nella pressione degli interessi economici propri di una società di mercato, per la quale una codificazione federale con una visione generale e compatta appariva desiderabile per propiziare nel modo più efficiente lo sfruttamento delle risorse e la libera circolazione delle persone e delle merci. Nel quadro di questa interpretazione, che non distoglie l'attenzione da altri fattori, ma che considera prevalente la spinta del mercato, l'autore si sofferma sugli eventi più significativi di un dibattito «epico»: tra questi sicuramente l'approvazione del diritto delle obbligazioni del 1881, seguita alla riforma costituzionale del 1874: un risultato parziale ma di grande successo, che ha aperto la strada alla codificazione dell'intero diritto civile in modo quasi irresistibile.

Accanto alla pressione economica, decisiva nel reclamare una soluzione uniforme dei problemi sorti dalla rivoluzione industriale, l'autore considera importante anche l'attività dei giuristi, che uscirono allo scoperto con la petizione al *Juristentag* del 1868 (successiva di qualche anno alla fondazione della Società svizzera dei giuristi), che si nutriva anche dei timori derivanti dai lavori preparatori del BGB. Meno decisiva, anche se non assente, viene invece considerata la motivazione nazionalistica, dal momento che lo Stato federale avrebbe potuto comunque reggersi di per sé anche con un diritto privato frammentato. Se la realizzazione dell'obiettivo, le cui motivazioni vengono con trasparenza indicate, erano queste, non bisogna credere che mancassero resistenze e opposizioni al progetto, che ne rallentarono l'attuazione. Se non riuscirono a comprometterla, ne orientarono comunque la procedura, come nel caso dell'opposizione democratica, che fece leva sulla perdita di autonomia a danno dei cantoni e fu risolta attraverso il referendum legislativo facoltativo introdotto nel 1874. Altre preoccupazioni si possono rintracciare nella «via di dolore» dei cantoni romandi, per i quali l'attaccamento ai principi dell'individualismo liberale rappresentati dal codice civile francese, malgrado le aperture manifestate dal giurista vaudese H. Carrard nel *Vortrag* del 1873, costituì una remora essenziale all'unificazione (p. 30). E infine l'autore non manca di ricordare come ad ammorbidire ulteriori attriti sarebbe risultata decisiva la strategia «della mano delicata» (pp. 31-32). Egli invita quindi a riflettere sulla complessità della vicenda dell'unificazione, respingendo ogni tentativo di minimizzare il graduale assestamento dell'articolato e frastagliato pluralismo svizzero intorno al nodo focale dell'unità giuridica.

Il traguardo di questo percorso tormentato è rappresentato dal conferimento della competenza esclusiva e generale alla Confederazione. La *Gesamtkodifikation* appare alla fine, dopo varie alternative considerate poco ottimali per il pieno sviluppo economico, quasi ine-

vitabile come il corso di un impetuoso torrente: « an Wildbäche erinnert, die Hindernisse mit sich fortreissend unaufhaltsam zu Tale stürzen » (p. 35).

3. *Codificare in una società repubblicana.*

La peculiarità della situazione svizzera continua a dominare nel § 3, «Das Bekenntnis zur Kodifikation», che affronta il tema dell'epifania della codificazione civile da varie angolature. Emerge ad esempio che in Svizzera il passaggio al codice, e quindi ad un sistema nuovo di fonti del diritto, è stato vissuto in maniera meno traumatica, più armonica e più silenziosa, per la mancanza di una tradizione scientifica simile a quella esistente e radicata in Germania e altrove, al punto che non si può parlare di un vero e proprio «*Systemwechsel*», ma di una svolta graduale, pragmatica e riformistica più che teorica (p. 38), che ha mirato ad inserire istituti della tradizione nel nuovo contesto, come dimostra la splendida digressione sull'art. 4 ZGB⁽⁹⁾, nella quale Caroni dimostra magistralmente che sarebbe un errore interpretare il potere del giudice di decidere secondo il diritto e l'equità, conferito da questo articolo, come l'espressione di una crociata anti-positivistica e anti-legalistica. Ne aveva già parlato in altri suoi notevoli interventi sull'art. 1 ZGB⁽¹⁰⁾: le prospettive di Huber e di Gény erano arrivate allo stesso crocevia, ma da strade diverse e distinte. Il legislatore svizzero aveva già trovato nella prassi un giudice munito di prerogative più ampie del corrispondente francese. L'autore lo ribadisce ora in questa sede, nella quale respinge anche l'idea che i larghi poteri conferiti all'attività giudiziaria possano però considerarsi anacronisticamente come un tentativo di far rivivere il vecchio giudizio *ex bono et aequo* («nach Minne und Recht») della tradizione. Respinta la tesi che vuole intendere l'art. 4 «als autoritäre Erledigung eines Gelehrtenstreites» (p. 47), emerge piuttosto il fatto che esso sia da vedersi come «Ausfluss einer sozialbewussten bürgerlichen Haltung, der die Indifferenz liberaler Kreise gegenüber den Auswüchsen der sozialen Frage ebenso ungelegen kam» (p. 42), argomentato con un richiamo all'esistente e a ciò che era già praticato.

Nel prosieguo della trattazione, Caroni esamina quelli che, a suo avviso, sono i sei obiettivi fondamentali che il codice civile ha consentito di raggiungere in Svizzera: unificazione sociale, statualizzazione

⁽⁹⁾ «Richterliches Ermessen als Beispiel», pp. 39-42.

⁽¹⁰⁾ P. CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)*, in «Quaderni fiorentini», 40 (2011), pp. 265-302, pp. 283-293, 301-302. V. ora ID., *Quando il diritto era ancora compatto*, cit., pp. 33-34, lett. b.

del diritto, rinnovamento sostanziale, soggettivazione dell'ordinamento attraverso la generalizzazione della capacità giuridica, passaggio ad un sistema più razionale di amministrazione della giustizia scientificamente fondato e apertura ad aspirazioni democratiche e sociali (p. 43).

Il passaggio più argomentato e denso è dedicato al problema della novità sostanziale e formale dei codici. Da tempo Pio Caroni si oppone all'idea che, dopo il codice, si debba parcellizzare il passato studiando separatamente le sue presunte radici da parte della scienza giuridica. Egli dichiara il suo forte disagio rispetto a questa tesi. Gli sembra che non renda giustizia alla novità del codice e che, soprattutto, non dia ragione delle reali motivazioni per le quali la tradizione è confluita nel suo testo. L'autore ha dedicato un intero libro, notissimo⁽¹¹⁾, a confutare sia sul piano ideologico sia su quello teorico queste spinte continuiste. Chi si accontenta dell'omofonia e gioisce nel paragonare il diritto romano alla goethiana anatra sommersa, che spunta sempre fuori dall'acqua dei rivoli del codice più vitale che mai (p. 55 nt. 116), arriverà fino a sostenere il primato del diritto romano, con varie conseguenze (iperboliche) che l'autore non nasconde. Chi invece ritiene che le parole siano solo involucri e quanto si conserva della tradizione riceva savignyanamente una nuova «forma di autorità» sarà propenso a tutt'altro ragionamento e vedrà nel codice più che la prosecuzione del passato, una cesura: sarà più incline a privilegiare la storia orizzontale sincronica rispetto a quella verticale e diacronica. L'analisi dell'autore è convincente: essa permette di recuperare all'orizzonte del giurista la temporalità e la storicità del diritto che le opposte prospettive semplificano drasticamente. È necessario uscire all'esterno e interrogare la società per capire l'essenza del diritto. All'opposto modello di una storia strumentale, che respinge e addomestica il passato, Caroni non ha mai guardato con simpatia.

Nella Confederazione fu diverso anche il rapporto tra codificazione e scienza: ma di questo l'autore discorrerà più ampiamente nel successivo § 4. Ciò che ora gli preme approfondire è se si possa parlare di democratizzazione attraverso la codificazione, specialmente nell'esperienza elvetica. «Demokratisierung durch Kodifikation?» La domanda è posta direttamente in uno dei capitoli più belli del libro⁽¹²⁾. L'autore la esamina da diverse prospettive.

Innanzitutto il fatto che la codificazione si attui in un contesto democratico può avere un impatto sulla procedura codificatoria, che è aperta alla partecipazione popolare in varie forme e che implica so-

⁽¹¹⁾ CARONI, *La solitudine dello storico del diritto*, cit. Ulteriori riflessioni critiche ora in ID., *E se anche il codice fosse un messaggio?*, cit.

⁽¹²⁾ Pp. 61-65; CARONI, *Quando il diritto era ancora compatto*, cit., pp. 27-29.

litamente tempi meno rapidi delle codificazioni nate in contesti monarchici⁽¹³⁾. Ciò non toglie, tuttavia, che dal punto di vista dell'elaborazione del testo, anche nei sistemi democratici come quelli cantonali o federali, la stesura possa essere opera di esperti, in maniera anche accentuata⁽¹⁴⁾. Più stretto è il legame che è possibile instaurare tra democrazia e forma della codificazione, e questo si può cogliere sui due piani dell'accessibilità generale indotta dalla generalizzazione della capacità giuridica e dell'accessibilità generale propiziata dalla semplicità e dalla chiarezza degli articoli. Due obiettivi realizzabili e realizzati (il primo, tuttavia, inizialmente solo in modo formale). Quanto al contenuto dei codici, il discorso si fa più complesso. Si può parlare di democrazia, in modo non puramente formale, solo quando il legislatore attui una compensazione effettiva degli scompensi dovuti all'adozione della regola dell'uguaglianza formale.

La situazione di partenza ci mostra un quadro del tutto diverso: la dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato è intesa come una rigida separazione tra Stato e società che lascia gli operatori dello spazio economico liberi di agire indisturbati alla ricerca del profitto. La socializzazione del diritto privato muove i suoi passi nella seconda metà dell'Ottocento e non senza difficoltà, come è dimostrato dagli esempi fatti dall'autore, che ricorda il caso zurighese di Bluntschli che, come viene sottolineato, si era adoperato in questa direzione già prima di Gierke e del suo famoso *Vortrag* viennese, con la legge sul lavoro negli stabilimenti industriali e con il PGB (pp. 63-65). Una posizione inizialmente solitaria e contrastata, ma poi divenuta paradigmatica, di un diritto privato che, attraverso norme di diritto diseguale, riuscì ad attuare interventi compensativi e a correggere alcune delle conseguenze perverse del gioco sfrenato della concorrenza. Lo ZGB svizzero si inserisce in questa temperie e in questa linea, grazie anche alla tenace determinazione, alla sagacia politica e alla moderazione di Eugen Huber.

A questo punto, l'autore si interroga sulle ragioni in base alle quali questa socializzazione del diritto privato ha trovato un terreno così fertile proprio nella Confederazione svizzera e la risposta è trovata nell'ideale democratico, nell'armonizzazione dei nuovi obiettivi sociali con il contesto repubblicano, che offriva la «piattaforma ideale» per far emergere i valori democratici. Perché in un contesto del genere il rapporto tra Stato e società è diverso, cioè più *collaborativo*⁽¹⁵⁾. Ha in

(13) «La repubblica viaggia a piccole velocità» e «cuoce sempre a fuoco lento»: *ivi*, p. 29.

(14) Sul contributo di Huber, che ha dato una fisionomia personale allo ZGB v. da ultimo, *ivi*, pp. 31-37.

(15) Per una limpida sintesi di questo concetto della compattezza tra diritto e

altri termini consentito di tutelare le minoranze e avvicinare mondi prima distanti. Non è stato però un ritorno all'antica società degli *status*: di ciò Huber si era dimostrato più che consapevole. Si è trattato piuttosto del riorientamento di un diritto privato scervo da complicazioni teoretiche e quindi reso più disponibile ad alleviare isolate «Not-situationen».

4. *Quale scienza per il codice?*

Il § 4, «Kodifikation und Rechtswissenschaft», per la complessità dei problemi trattati, è tra i più meditati del libro. L'autore vi riversa i risultati di numerose ricerche puntuali e rigorose, che hanno lasciato il segno nella storiografia e che rimandano ad un comune denominatore, che è quello della singolarità e specificità dell'esperienza elvetica.

Il § prende avvio da un interrogativo: come è possibile che proprio in Svizzera, che nell'Ottocento accoglie alcuni celebri rappresentanti della scuola storica, abbia avuto luogo la straordinaria fioritura di codici che conosciamo, dapprima cantonali e poi federali? Forse che i codici cantonali fossero meno pericolosi dei codici giusnaturalisti, oggetto degli strali di Savigny? L'autore pone una domanda difficile, che sfida il lettore, e alla quale la risposta non può che venire dal contesto sociale. Solo che la materia di cui si compone questo paragrafo, occorre ammetterlo, è veramente incandescente. Che tipo di scienza giuridica ha conosciuto la Confederazione prima dell'Ottocento e come si deve intendere la svolta avvenuta, che poi ha condotto ai codici? Questioni ardue, che non si possono ripercorrere se non per sommi capi, seguendo il filo dei ragionamenti, come al solito documentati e precisi, di Caroni.

Che incomincia con l'occuparsi della dibattuta questione della 'recezione' del diritto comune nel territorio elvetico. Qualche anno fa, egli aveva dedicato al tema un articolo molto critico⁽¹⁶⁾, nel quale non aveva nascosto tutto il suo scetticismo di fronte alle tesi continuiste e negazioniste, che avevano cercato di correggere il tiro, contestando l'autorevole e tradizionale tesi dell'appuntamento mancato con la scienza del diritto comune, rinvenendo tracce consistenti di scientificizzazione nel medioevo e, contro la comune opinione, anche nel-

società v. anche ivi, pp. 21-25. Nell'isola repubblicana elvetica vi è sempre stata porosità tra diritto e società, strade di comunicazione tra pubblico e privato.

⁽¹⁶⁾ P. CARONI, *Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo?*, in *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini/Europe and Italy. Studies in honour of Giorgio Chittolini*, Firenze, Firenze University Press, 2011, pp. 55-79.

l'età moderna: una fase che si era soliti descrivere, con termini che Caroni (giustamente) non ama e respinge, di decadenza. Il punto è che non è sufficiente — questa in modo sommario la tesi in realtà alquanto più argomentata dell'autore — reperire tracce omofoniche di termini giuridici, se non si può dimostrare una presenza incisiva e determinante del giurista professionale e sapiente, formato sulla conoscenza di quel libro dei sette sigilli che è il *corpus iuris civilis*, nell'amministrazione della giustizia. Quest'assenza, malgrado la *renaissance* di studi sul *ius romanum in Helvetia* propiziata da Genzmer, la frenesia di formule romane e gli scavi meritoriamente portati avanti con acribia da Ferdinand Elsener, non permette di affermare che il giurista scientificamente esperto delle *subtilitates iuris* sia diventato il protagonista del diritto nella Confederazione (pp. 72-77).

Caroni respinge anche i tentativi recenti di intravedere un *revirement* nell'età moderna⁽¹⁷⁾. Che ciò si possa qualificare come una regressione, un declino, un ristagno della prassi è del pari un dato che l'autore non ammette: la diversità svizzera, e forse la sua ricchezza, è in ogni caso un fenomeno che non si deve occultare e immiserire in un complesso di inferiorità (come se il pratico esperto di consuetudini sia da considerare figura meno degna dell'abile interprete di testi antichi), quanto piuttosto comprendere e valorizzare, e consiste in una concezione laica e popolare della giustizia, del diritto e della relativa cultura giuridica. Semplicemente, una storia, ancora una volta, diversa. Un rifiuto che va compreso, si diceva, e le cui ragioni non possono essere semplicisticamente rinvenute nel disprezzo per le soluzioni materiali del diritto comune, ma che, con maggiore realismo, si devono individuare nell'autonomia di una cultura di diritto consuetudinario e di una giustizia di matrice popolare, che vuole fare a meno dei giuristi *longa manus* del potere e respinge la loro mediazione, al punto da temerli e da diffondere l'idea di una « ungeliebte, wenn nicht gar gefürchtete Geheimwissenschaft » (p. 77).

Le cose cambiano nell'Ottocento, ma anche in questo caso senza doppiare o imitare l'esperienza dei Paesi limitrofi. Di questo snodo Caroni illumina l'ascesa, al solito evitando toni trionfali, ma chinandosi umilmente a comprendere come il 'messaggio' della prestigiosa scuola storica possa essere stato interpretato nella sua terra, ed è ai « giovani giuristi » di Zurigo che va immediatamente la memoria⁽¹⁸⁾. Figure note e leggendarie della civilistica elvetica, come Johan Caspar Bluntschli e Friedrich Ludwig Keller, il successore di Savigny sulla cattedra berlinese, vengono ora rievocate come esponenti di una

⁽¹⁷⁾ La tesi è riaffermata in CARONI, *Quando il diritto era ancora compatto*, cit., pp. 15-20, 38.

⁽¹⁸⁾ Pp. 77-79; ivi, pp. 20-21.

svolta nel modo di gestire e amministrare la giustizia civile, che di fatto propizierà la grande avventura del PGB a metà secolo. Si parte, dunque, dalla riforma del processo e conseguentemente dei suoi protagonisti, i giudici e gli avvocati; si introduce lo studio del diritto romano ma, ed è questo il punto, senza omologarsi alle esperienze coeve⁽¹⁹⁾, in mezzo a notevoli resistenze e opposizioni di una società che non voleva per varie ragioni staccarsi dalla tradizione. Malgrado gli interessi configgenti, il movimento ha successo e segna «eine Wende, die nicht mehr rückgängig zu machen war» (p. 82). Caroni, tuttavia, invita a non considerare questo esito una 'recezione' in ritardo del diritto romano: troppo diversi i presupposti, troppo diversi gli scopi, a cominciare dalla cura che i giovani giuristi dimostrarono nei confronti del diritto locale.

A questo punto appare il codice zurighese, come coronamento di una riforma che ha preso i suoi tempi, ha lasciato sedimentare le attese ed alla fine ha corrisposto con un prodotto legislativo considerato all'altezza delle aspettative e benedetto perfino dal padre della scuola storica (a dimostrazione della duttilità e pluralità di anime che componevano il movimento⁽²⁰⁾). Un codice che per vari aspetti ha costituito un archetipo del futuro ZGB, nella sua disponibilità ad accogliere fonti giuridiche sussidiarie, ad esempio, o istituti radicati nel diritto popolare. L'entrata in vigore del codice, naturalmente, ha costretto la scienza a prendere posizione. Non si possono, anche in questo caso, fare facili schematismi, poiché la reazione non è stata uniforme e si è concretizzata in varie strategie, puntualmente descritte nel capitolo V (pp. 85-88). La resistenza al codice, messa in atto da Savigny e da moltissimi seguaci, è tra le più note ed esplorate: Caroni ha scritto pagine memorabili, anche in altri saggi, su questa tendenza, che ha tentato di rimettere al centro della scena il primato della scienza. Non è su di essa che occorre insistere ora, ma sulle peculiarità di una civilistica che, in Svizzera, ha avuto per oggetto un codice che non si è contrapposto al sistema del diritto comune, ma ha conservato le caratteristiche della tradizione repubblicana e popolare⁽²¹⁾. Ne deriva, nella valutazione complessiva avanzata, una «Privatrechtskultur, der die Selbständigkeit des Richters und das Ansehen einer ihn unterstützenden Wissenschaft förderungswürdig»⁽²²⁾, una scienza molto orientata alla pratica e che si è anche espressa con un linguag-

⁽¹⁹⁾ P. CARONI, *La romanistica svizzera ottocentesca fra «irregolarità» e conferme*, in «Index», 23 (1995), pp. 82-95.

⁽²⁰⁾ CARONI, *Quando il diritto era ancora compatto*, cit., pp. 25-26.

⁽²¹⁾ Ivi, pp. 20-21, 29-37.

⁽²²⁾ P. 92, a coronamento di un paragrafo molto istruttivo («Auch eine 'einfache' Rechtswissenschaft?»).

gio familiare e alla portata di ogni cittadino. Tra i primi esempi di una letteratura giuridica 'altra', in quanto di elevato livello, ma disposta alla divulgazione popolare, Caroni ricorda i commentari (osservazioni) di Bluntschli e Planta al PGB, i *Motivi del progetto di codice di commercio* di Munzinger⁽²³⁾ e le leggendarie *Osservazioni* di Huber⁽²⁴⁾. L'*habitat* in cui questa nuova scienza stava piantando radici spiega il rapporto più controverso che essa assunse nei confronti dei postulati e delle astratte e alambiccate geometrie pandettistiche, che hanno attecchito fino ad un certo punto in terra elvetica; e ancora una volta l'hanno resa diversa e originale, nell'approccio alla discrezionalità giudiziale, rispetto alle correnti del giusliberismo (pp. 95-98).

5. 'Pubblicizzazione' del diritto privato, 'commercializzazione' del diritto civile: due strategie?

A questo stadio del viaggio nel diritto privato ottocentesco svizzero, continuando a rispettare l'armonica architettura di un libro in cui nulla è lasciato al caso, è il momento di affrontare il discorso che l'autore tratta nel § 5, consacrato al diritto privato nell'arcipelago del diritto («Privatrecht im Rechtsarchipel») (25). Ai rapporti, cioè, che il diritto privato intrattiene con il diritto pubblico, da una parte, e con il diritto commerciale dall'altro.

Due dicotomie, l'una più grande e antica, un tempo forte e compatta, l'altra più recente e all'apparenza più dimessa. Perché, come spiega con la consueta chiarezza l'autore, la prima suggerisce una contrapposizione netta tra due mondi destinati a viaggiare su due binari diversi e paralleli; l'altra invece distingue due sfere connesse del giuri-

(23) J.C. BLUNTSCHLI, *Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich*, mit Erläuterungen herausgegeben von Dr. Bluntschli, Redaktor des Gesetzes, 4 Bände, Zürich, 1854-1847; P.C. v. PLANTA, *Bündnerisches Civil Estudios Luso-Hispanos de Historia del derecho gesetzbuch*. Mit Erläuterungen des Gesetzesredaktors Dr. P.C. v. Planta, Chur, 1863; W. MUNZINGER, *Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts*, im Auftrage des Tit. Schweiz. Justiz- und Polizeidepartements verfasst von dem Redaktor des Entwurfes Dr. W.M., Bern, 1865.

(24) E. HUBER, *Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements* (1902), Bern, 1914².

(25) Segnalo che i §§ II. 1-4 del § 5 sono stati tradotti (e il § II. 4 anche rielaborato) dall'autore nel saggio *Il codice unico della Repubblica*, in 'Non più satellite'. *Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, a cura di I. Birocchi, Pisa, Edizioni ETS, 2019, pp. 333-357. Rivelatore, nello stesso volume, è il saggio *Quale continuità nella storia del diritto commerciale?*, pp. 27-42, versione italiana del magnifico articolo *Quelle continuité dans l'histoire du droit commercial?*, in *Le droit commercial dans la société suisse du XIX^e siècle*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1997, pp. 3-13.

dico, perché il diritto commerciale è un diritto settoriale, un *Sonderrecht*, che tuttavia nel tempo confluisce nel diritto civile generale. Secondo la memorabile e intramontabile metafora di Levin Goldschmidt, il diritto commerciale alimenta con l'acqua che si scioglie dalle cime dei suoi ghiacciai il bacino del diritto civile, che sta a valle. Se la relazione si presenta in questi termini, il dilemma che l'autore si propone di risolvere nelle pagine di questo paragrafo riguarda i motivi di una codificazione distinta del diritto commerciale. Perché il diritto commerciale nell'era borghese viene codificato separatamente, a dispetto del proclamato principio di eguaglianza formale che dovrebbe attrarre nella sua orbita anche i commercianti? Le ragioni di questa separatezza e dell'autonomia del diritto commerciale, che potrebbero essere considerate quasi l'effetto di una « magia », non si trovano nei cieli della teoria, ma solo nei retroterra sociali dei codici: e il plurale indica che le ragioni possono essere diverse nei vari contesti e non ce ne dovremo sorprendere. Il *code de commerce* del 1807, ad esempio, ha separato i due mondi per difendersi dai commercianti, togliendo o derogando poco o nulla al diritto civile, che è rimasto il diritto generale o comune. Il codice di commercio italiano del 1882, viceversa, si è presentato ben diversamente come un temibile concorrente del codice civile ed è stato quindi il punto d'arrivo di un'operazione diversa, che ha portato con la duplicazione dei codici ad una maggiore erosione del campo del diritto civile generale. Sono interpretazioni che non si possono che condividere: corrispondono alla situazione sociale sottesa alle due operazioni codificatorie.

Se così induce a pensare la prospettiva di Caroni, la Svizzera del XIX secolo appare allora come un laboratorio originale, poiché fu essa che sperimentò per la prima volta, con il codice civile di Zurigo del 1853-1855, la soluzione del codice unico al quale altri Stati non arrivarono mai o arrivarono per altre vie. Resta da comprendere la logica sottesa all'unificazione, che ha solo reso invisibile, ma non ha negato l'origine commerciale delle regole. La scelta del *code unique* fu confermata nel 1881 e nel 1911 e, come osserva acutamente Caroni, rappresenta effettivamente un *unicum* nella storia della codificazione: per una volta la Svizzera faceva da modello alle altre nazioni. Viene ora da chiedersi, e l'autore non si sottrae alla domanda, se l'unificazione così realizzata corrispondesse anche alla tradizione repubblicana e democratica del Paese.

Di questa « opzione democratica », tuttavia, si possono dare due interpretazioni. Una prima dichiara che la commercializzazione del diritto civile fu l'esito di un processo scontato, quasi predestinato, che avrebbe condotto in maniera graduale ad una società di soli commercianti. Una seconda, all'opposto, meno trionfale della precedente, ritiene che le differenze sociali ed economiche non erano destinate ad essere rimosse e che avrebbero connotato ancora il mercato. Questa

interpretazione, preferita dall'autore, non nasconde le disuguaglianze materiali e dà una diversa e meno scontata spiegazione di quanto accaduto con l'unificazione del diritto privato. Essa si rivela come un'audace operazione di *restyling* e ridefinizione del diritto privato, che viene ad includere i privilegi dei commercianti, nascondendoli abilmente tra le pieghe delle sue disposizioni: qui il diritto speciale non è «spavaldamente esibito», ma c'è ugualmente, «furbescamente mimetizzato» (ma, come si sa, il lupo perde il pelo ma non il vizio⁽²⁶⁾).

Per chi accetta questa spiegazione, la c.d. opzione democratica è solo un pretesto, strumentale ad un'operazione che in effetti non mirava a sovvertire il mercato, ma ad assecondarne le aspirazioni⁽²⁷⁾. Altrove la strategia dell'unificazione, o anche della separazione dei codici, ha obbedito invece a logiche diverse. Per chi crede alla valenza sociale dei codici e delle regole, dunque, il *rebus* si scioglie guardando attentamente alle attese della società che codifica. A questa lettura, già anticipata dall'autore in altri scritti, è bene aggiungerne un'altra complementare, che non separa diritto civile e diritto commerciale, ma li accomuna quali diritti entrambi parziali e diseguali, anche se in modo diverso. Figli entrambi della società di mercato, il diritto commerciale dichiara apertamente la sua specialità, mentre il diritto civile la nasconde sotto il manto della generalizzazione della capacità giuridica e dell'uguaglianza formale: operazioni strategiche intorno alle quali l'autore invita ripetutamente a riflettere nelle pagine del suo splendido lavoro.

Si può leggere alla luce di queste considerazioni anche la distinzione tra la sfera pubblica e quella privata, cioè la grande dicotomia per eccellenza, i cui confini sono stati mobili ed elastici nel tempo, ed in terra elvetica più porosi che altrove, come una prospettiva di storia sociale rende particolarmente evidente (pp. 99-110). L'autore è scettico sul fatto che anche questa distinzione si possa configurare nei secoli con una sua valenza assoluta e astratta da un contesto sociale. Vi sono secoli, anzi, che appaiono marcati da un'assenza. Essa termina con l'assolutismo moderno, che assegna il primato al diritto pubblico e così facendo consente alla politica un ampio margine di intervento nel settore economico, dirigendo, controllando, ma anche all'occa-

(26) CARONI, *Il codice unico della Repubblica*, cit., § 5, pp. 352-353. Per l'uso della metafora del lupo ad altri riguardi v. ID., *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 263-307, pp. 275-276.

(27) V. anche CARONI, *Quando il diritto era ancora compatto*, cit., pp. 35-37, lett. d.

sione promuovendo⁽²⁸⁾. La dicotomia assume invece un nuovo significato con le rivoluzioni borghesi, in cui la costituzione e il diritto pubblico si configurano come due facce della stessa medaglia, parti di un unico progetto o di un'unica strategia (egualitaria), come Caroni aveva già scritto nel suo memorabile *Rektoratsrede*⁽²⁹⁾. Nel libro si ritrova il medesimo concetto: il diritto privato autonomo ha bisogno del diritto pubblico in funzione *complementare*; ha bisogno cioè che lo Stato si ritiri di fronte alla società e lasci spazio allo sviluppo autonomo della libera iniziativa⁽³⁰⁾. La costituzione e il diritto pubblico divengono perciò accessori al diritto privato (borghese). Da una parte il *citoyen* con determinati diritti politici, e dall'altra il *bourgeois* libero e uguale grazie alla generalizzazione della capacità giuridica. Connessione, dunque, tra libertà politica e autonomia privata, ma anche primato dell'economia sulla politica e quindi del codice sulla costituzione: « der Demokratie im politischen, der Autokratie im wirtschaftlichen Bereich » (p. 106). Il che non esclude, come l'autore aveva sottilmente fatto notare già nel menzionato articolo, che un diritto privato liberale possa svilupparsi anche in assenza di una costituzione democratica, mentre non è vero l'inverso, che una costituzione feudale possa convivere con un codice borghese⁽³¹⁾.

Se quindi i codici civili borghesi separano diritto pubblico e privato, come uno sguardo all'entroterra sociale rivela, un ulteriore passaggio si è verificato negli ultimi decenni dell'Ottocento. Già sappiamo, poiché l'autore lo ha già affermato anche in altre pagine, che la generalizzazione della capacità giuridica, collegata all'abolizione degli oneri fondiari, alla de-feudalizzazione, alla garanzia della proprietà privata, alla libertà contrattuale, ha avuto una valenza democratica: tanto vicine, la democrazia e l'economia di mercato, da essere interpretate come una coppia di gemelli. L'autore non nasconde il suo scetticismo sull'operazione, che definisce « die geschickte Verallgemeinerung eines an sich bloss sektoriellen Programmes »⁽³²⁾. Le idee democratiche, dunque, in un primo momento sono servite allo scopo di « die Sektorialität eines bereits autonom ausgebildeten Privatrechts hinter generalisierenden Formeln und Metaphern unsichtbar zu machen ».

⁽²⁸⁾ P. 102. V. anche P. CARONI, *Quizás un epílogo*, in ID., *Escritos sobre la codificación*, Madrid, Editorial Dykinson, 2012.

⁽²⁹⁾ P. CARONI, *Costituzione liberale e Codice civile nel XIX secolo*, in « Repertorio di giurisprudenza patria », 122 (1989), pp. 61-82.

⁽³⁰⁾ Significativo il passo di Benjamin Constant, cit. a p. 103 nt. 20.

⁽³¹⁾ CARONI, *Costituzione liberale e Codice civile nel XIX secolo*, cit., pp. 72-77.

⁽³²⁾ P. 109. Come i seguenti, sono tutti passi tratti dalla stessa pagina, cioè dalla (formidabile) chiusa del § 4, « Anziehungskraft der Demokratie? ».

A fine secolo, di fronte alle degenerazioni e agli scompensi creati dalla libertà contrattuale, si richiamarono in causa le regole democratiche e insieme lo Stato. Il diritto pubblico ritornò sulla scena, anzi, come scrive l'autore, «eilte zu Hilfe» e fornì gli strumenti democratici per ridisegnare le regole liberali⁽³³⁾. L'opzione democratica è servita, in questo caso, a moderare gli scompensi del mercato: una strategia morbida che tuttavia «keineswegs die breiten Furchen einbrennet, die die materielle Ungleichheit im gesellschaftlichen Acker pflugartig gezogen hatte». Tornando al punto di partenza, ci si chiede: come si spiega l'inerzia del *citoyen* di fronte al *bourgeois*? Caroni si dà questa risposta: il primo è vissuto all'ombra dell'egoismo del secondo, in un contesto generale in cui «nicht der Mensch als citoyen, sondern der Mensch als bourgeois für den eigentlichen und wahren Menschen genommen wird»⁽³⁴⁾.

6. *L'irresistibile attrazione del mercato.*

Dal resoconto che ho cercato di fare, riassumendo alcune delle idee principali esposte in un libro di serrata argomentazione, il lettore avrà avvertito come Caroni approdi al diritto privato dei contratti e della proprietà solo dopo aver definito e descritto un contesto sociale: non isola dei frammenti e delle regole, ma le immerge nel tessuto dinamico della società codificante. E allora, se il viaggio compiuto fino a questo momento, e che queste note vogliono rievocare, è stato efficace, la seconda parte del libro acquista un suo più compiuto spessore. Il § 6 è incentrato sulla generalizzazione della capacità giuridica, la «punta dell'iceberg» della strategia di unificazione attuata dalle prime codificazioni civili ottocentesche. A ragione, e da molto tempo, Pio Caroni attira l'attenzione su questa regola basilare («kurz und bündig: Rechtsfähig ist jedermann», p. 120), che considera decisiva per comprendere la novità dei codici civili borghesi. Essa ha come (nuovo) referente spaziale il mercato e come ulteriore conseguenza il riconoscimento della libertà contrattuale. La regola è suadente, nella sua luminosa semplicità linguistica⁽³⁵⁾. Per poterne decifrare il reale messaggio occorre però guardare alla società alla quale era diretta, che si era accomiatata (o stava per farlo, gradualmente e nei tempi necessari) dal mondo feudale con le sue caratteristiche (il policentri-

⁽³³⁾ Osmosi agevolata dalla compattezza di una società repubblicana: insistono su questa correlazione pp. 105 lett. b, 106; CARONI, *Quando il diritto era ancora compatto*, cit., pp. 21-25, p. 37 lett. e.

⁽³⁴⁾ P. 110 (che è poi una citazione di Marx).

⁽³⁵⁾ Al punto da apparire quasi «diafana» e «incolore»: CARONI, *Diritto privato ottocentesco*, cit., p. 159.

smo; l'economia naturale; il comunitarismo) per entrare nella rampante società borghese, fondata sulla neutralizzazione dei ceti, necessaria premessa all'uguaglianza formale di tutti i cittadini.

Seguendo una traiettoria che ha attraversato modi e tempi diversi, la regola troneggia nell'art. 8 *Code civil*, nel § 16 ABGB, nell'art. 11 ZGB (e ancor prima nella maggior parte dei codici cantonali). Sembra trasmettere un messaggio di progresso e di conquista, promette molto e pertanto ispira fiducia e perfino entusiasmo. L'azzeramento dei vincoli della società feudale suona come una liberazione dei soggetti, ora rappresentati come individui astratti e impersonali, un'anonima umanità proveniente direttamente dallo stato di natura, separata dai gruppi e dalle collettività che un tempo li ingabbiavano, anche se avevano offerto loro all'occorrenza anche protezione, come sottolinea Caroni: questo mondo non corrisponde più alla nuova società, dinamica ma anche spietata, nata sulle sue ceneri. Gli ingegni più acuti lo avvertirono immediatamente. Pellegrino Rossi segnalò la svolta con parole inequivocabili: «L'égalité civile, l'égalité devant la loi, ce principe fondamental [...] a fermé chez nous l'histoire du droit public ancien, et l'on peut dire qu'elle a ouvert celle du droit nouveau»⁽³⁶⁾. Balzac colse il tracollo delle comunità di fronte al nuovo individualismo: «L'association, une des plus grandes forces sociales et qui a fait l'Europe du Moyen Age, repose sur des sentiments qui, depuis 1792, n'existent plus en France, où l'Individu a triomphé de l'Etat»⁽³⁷⁾. Solo una storia dell'impatto sociale di questa regola può consentirne un bilancio.

Il bilancio viene tracciato dall'autore nel § 7 (*Markt, Gleichheit, Privatautonomie*), dedicato alla triade mercato, uguaglianza, autonomia privata. Che si apre con una metafora suggestiva: l'attribuzione generalizzata della capacità giuridica viene paragonata a un biglietto distribuito gratuitamente a tutti gli abitanti di un villaggio o di una città, allo scopo di farli accedere liberamente al mercato, «der Ort, an dem die allgemeine Rechtsfähigkeit *in actu* zu erleben, an dem namentlich zu beobachten war» (p. 130). Il mercato moderno, che ora non vive più ai margini della società, ma la connota, è un fenomeno nuovo: le sue regole del gioco sono la vera costituzione non scritta di questa società, «avancierten zum ungeschriebenen Grundgesetz der Gesamtgesellschaft» (p. 131).

Caroni ci guida alla scoperta di queste regole. Tutte le cose, mobili e immobili, suolo, lavoro, fattori della produzione diventano

⁽³⁶⁾ P. ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, I. 2, Paris, 1877, p. 247, cit. a p. 121.

⁽³⁷⁾ H. DE BALZAC, *L'Envers de l'histoire contemporaine. Deuxième partie. L'Initié* (1848), Ed. folio classique, Paris, 1970, p. 19, cit. a p. 127.

merce, e quindi valori, da mettere a disposizione del numero maggiore di persone e di cui si può liberamente disporre: sono in funzione della loro circolazione e non più del semplice uso (anche se il più possibile ottimale) di lungo periodo. L'anima della vita commerciale consiste nel principio della libera concorrenza, che si afferma gradualmente fino ad essere consacrato nella costituzione federale del 1874. Già quest'immagine potente, questa presenza incombente nel libro, il *Markt*, dice molto della prospettiva storica del suo autore. Lungi dall'essersi disinteressato di economia, il legislatore onnivoro e monopolizzante degli inizi dell'Ottocento ha in realtà avuto gli occhi ben fissi sullo spazio in cui gli intraprendenti soggetti liberi e uguali avrebbero affrontato la competizione. Un legislatore non indifferente, che non ignora e non sottovaluta, ma si dà un programma.

I soggetti del mercato, tuttavia, cioè coloro ai quali viene spedito il biglietto, sono costretti di fatto a giocare la partita della concorrenza («*Spielzwang*»): a partecipare non da semplici spettatori, ma da giocatori, anche se a forze impari. Il mercato si afferma come uno spazio totalizzante in due sensi: attrae le persone e si espande sempre più in senso territoriale, tende a travalicare i confini, a divenire «*ubiquitario*»⁽³⁸⁾.

Gli abitanti di questo spazio, tuttavia, solo formalmente possono dirsi uguali, mentre nella realtà rimangono ancora diversi. La regola dell'uguaglianza formale non elimina le diseguaglianze materiali. Vista in quest'ottica, essa non può certo più essere considerata innocua, né disinteressata. I codici civili si sono limitati a trasferirle all'esterno, queste diseguaglianze, rendendole invisibili. Un'operazione non casuale e nemmeno indolore, ma pianificata, deliberata, frutto di una precisa strategia politica. E forse il segno più evidente del cambio di rotta rispetto al passato. Nell'antico mondo feudale il diritto (ad esempio l'ALR prussiano del 1794) fotografava le numerose diseguaglianze materiali, non le respingeva, le disciplinava, dando vita a regolamentazioni settoriali. Il nuovo mondo borghese non lo fa più: «*es spiegelte sie unverstellt wider, gestaltete sich gar danach*» (p. 137). Non a caso per catturare la realtà occorre una radiografia (altra brillante metafora caroniana), perché i codici, da questo punto di vista, sono opachi: «*Bürgerliche Gesetzbücher nahmen sich der doch unübersehbaren Welt der Ungleichheit kaum an, blendeten sie vielmehr wortlos aus*» (p. 136). Come se fossero un'illusione o un gioco di prestigio, che nel linguaggio giuridico ha anche un nome: astrazione.

Quali possono essere state le ragioni di questa operazione? La risposta del nostro autore è sincera e diretta, persino brutale per chi si accontenta del fruscio delle parole e della forza dei dogmi: non si

(38) CARONI, *E se anche il codice fosse un messaggio?*, cit., pp. 93-95.

può parlare di sviste, di imbarazzo o di indifferenza da parte del legislatore, ma al contrario del desiderio di mostrare pieno rispetto per l'autonomia del mercato e delle sue regole interne. Il diritto civile ottocentesco, in altri termini, ha coscientemente permesso l'efficiente sfruttamento di tutte le energie umane, contrassegnate da disparità di potere, ed è stato disegnato come un diritto egualitario, allo scopo di consentire lo sfruttamento delle diseguaglianze materiali secondo il mercato. La diseguaglianza che permea la prassi contrattuale è stata quindi predeterminata e verosimilmente anche voluta. L'uguaglianza formale si è posta in relazione *funzionale* con la diseguaglianza materiale ovvero si è messa al suo servizio: sono come due facce della stessa medaglia, come afferma un incisivo passo di Puchta, che Caroni ama citare: «Durch das Recht soll dem Princip der Gleichheit das Ungleiche unterworfen werden, ohne es aufzuheben [...]. Recht ist die mit der Ungleichheit behaftete Gleichheit»⁽³⁹⁾.

Al termine di queste considerazioni, possiamo ancora dire che lo Stato borghese sia stato davvero solo uno spettatore passivo o annoiato rispetto a quanto accadeva nel mercato? In altri termini, che si sia verificata una resa dello stato nei riguardi della società operante nel mercato? O non si deve piuttosto ritenere che lo stato sia intervenuto a correggere, a orientare, a dirigere i comportamenti degli attori sociali? La risposta è positiva e costituisce una delle chiavi di lettura più importanti del libro: «nämlich der bürgerliche Staat nie nur passiver oder gelangweilter Zuschauer des Marktgeschehens gewesen ist [...]» (p. 142).

7. *Verso il controllo della libertà contrattuale.*

L'argomento viene distesamente ripreso nel § 8, dedicato al contratto e alla libertà contrattuale («Vertrag und Vertragsfreiheit»), che personalmente considero il cuore del racconto. Di fronte ad una realtà sociale antagonista come quella del mercato, in cui il più forte, il più ricco, il più esperto, il più informato sono in posizione egemone, lo Stato è dovuto intervenire per correggere (almeno) le disparità più patenti, le disfunzioni più inique del libero gioco della concorrenza. Le situazioni prese in esame da Caroni sono sistemate in modo originale.

⁽³⁹⁾ G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Band I, *Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des römischen Civilprocesses*, 8. Auflage, nach dem Tode des Verfassers besorgt von P. Krüger, Leipzig, 1875, p. 21, cit. a p. 138.

L'autore incomincia rievocando la lotta per la libertà degli interessi (pp. 153-163). Anche il denaro, nel mercato moderno, si trasforma in capitale da investire. Urge allora superare l'antico divieto, che del resto aveva già vissuto una «doppia vita» nel corso del medioevo e della modernità: formalmente rispettato, in quanto previsto da fonti autorevoli, ma anche aggirato nella pratica e manipolato dai giuristi per corrispondere alle esigenze di una società diversa, la regola perde di effettività fino ad essere abolita nel 1789. L'onda lunga della liberalizzazione coinvolge anche la Svizzera, protagonista di una storia che ricorda, anche in questo contesto, il «movimento del pendolo». La libertà di interessi si afferma dapprima in modo esuberante. Walther Munzinger al *Juristentag* del 1866 l'ammanta di verità: una base teorica che sembra granitica, inoppugnabile e resistente al tempo⁽⁴⁰⁾. Ma il *revirement* è in agguato: la libertà di interessi si scontra con gli abusi, il diritto civile viene in soccorso del più debole, dapprima fissando dei limiti al tasso convenzionale (o delegando ad altre autorità il potere di fissarlo) e in seguito forgiando un nuovo rimedio.

L'intervento correttivo dell'autonomia privata più eclatante è rappresentato, nel microcosmo elvetico, dall'art. 21 dell'OR del 1911⁽⁴¹⁾. Questa disposizione, che rappresenta la risposta del legislatore svizzero al problema dello squilibrio economico originario delle prestazioni nei contratti sinallagmatici, ha assunto un valore paradigmatico anche fuori dai confini elvetici. Innanzitutto per la sua indipendenza rispetto al modello tedesco (§ 138 BGB) e secondariamente, come spiega benissimo Caroni, perché si distingue dall'antico rimedio della rescissione per *laesio enormis*. Ad attivare quest'ultimo, infatti, era sufficiente il presupposto oggettivo dello squilibrio economico del contratto (la semplice disuguaglianza economica, che superasse i limiti prefissati oppure fosse considerata eccessiva o manifestamente tale dal giudice), mentre l'art. 21 è veramente qualcosa di diverso, poiché introduce un rimedio che reagisce allo sfruttamento di determinate situazioni di disparità contrattuale espressamente nominate ed è inoltre di portata generale, applicabile a tutti i contratti: a buon diritto si può pertanto definire una svolta, espressione di un «soziales Priva-

⁽⁴⁰⁾ W. MUNZINGER, *Die Wucherfrage*, in «Zeitschrift für Schweizerisches Recht», 15 (1867), pp. 41-78, cit. a p. 155 nt. 58.

⁽⁴¹⁾ Art. 21.1 (Lesione): «Verificandosi una sproporzione manifesta fra la prestazione e la controprestazione in un contratto, la cui conclusione fu da una delle parti conseguita abusando dei bisogni, della inesperienza o della leggerezza dell'altra, la parte lesa può nel termine di un anno, dichiarare che non mantiene il contratto e chiedere la restituzione di quanto avesse già dato».

trecht» in campo contrattuale. La sua previsione nel codice federale delle obbligazioni è da considerarsi dunque positivamente⁽⁴²⁾.

In linea con la sobrietà dell'autore, tuttavia, poco aduso ai toni trionfalistici, anche questa importante disposizione presenta i suoi risvolti controversi, amari e forse indesiderati: ce li rivela da una parte la storia della sua formazione e dall'altra la verifica del suo impatto effettivo.

Dal primo punto di vista, ha ragione Caroni nel considerarla la manifestazione dell'individualismo sociale di Eugen Huber, di una prospettiva cioè ancora borghese, affine a quella di Gierke e Saleilles, che ne sfuma i contorni e ne ridimensiona la portata⁽⁴³⁾. Si vuol dire che se l'autonomia privata è più controllata, essa non è comunque negata e che il rimedio serve sì a tutelare la parte più debole, ma anche a mettere in sicurezza il principio della libertà contrattuale, su cui si basa il mercato, smussandone le conseguenze più inique e intollerabili⁽⁴⁴⁾. D'altro canto, l'aumento del potere discrezionale del giudice (dal quale si esige un «intervento mirato, ossia individualizzante»⁽⁴⁵⁾, difficilmente sostituibile da norme imperative settoriali) è stato ripagato da un'applicazione prudente e moderata, espressione di un «*sanft korrigieren*» che l'ha, se non paralizzata, certo frenata nella sua corsa. Si è trattato, comunque, di una regola «generosa»⁽⁴⁶⁾: l'aggettivo mi sembra quanto mai appropriato. Pur essendo intrisa di individualismo borghese, infatti, e quindi interna alla logica liberale, questa concessione di un «diritto occasionalmente diseguale»⁽⁴⁷⁾ rimane l'emblema degli interventi correttivi delle asimmetrie di potere contrattuale non affidati a clausole generali o a norme imperative, ma a disposizioni che fanno appello alla flessibilità del giudice, trasformando in legge una richiesta proveniente dalla galassia del diritto privato sociale, che ha pur faticato ad uscire allo scoperto in altre esperienze (si pensi al ritardo con cui in Francia o in Italia si è provveduto a mettere in vigore rimedi simili).

Potremmo interrogarci, come fa Pio Caroni, sulle ragioni di questo ritardo, impressionati dal fatto che la scommessa di una libertà di contratto accessibile a tutti era parsa già a molti autorevoli giuristi li-

(42) Per altri esempi di strategia liberale nello ZGB: P. CARONI, *Il mito svelato: Eugen Huber*, in «Zeitschrift für Schweizerisches Recht», 110 (1991), 381-419; ID., *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber*, cit.

(43) CARONI, *Quando il diritto era ancora compatto*, cit., pp. 23, 34-35 lett. c.

(44) V. ora puntualmente CARONI, *Diritto privato ottocentesco*, cit., p. 162.

(45) CARONI, *Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber*, cit., p. 281.

(46) P. 157 («eine grosszügig ausgelegte Regel»).

(47) P. CARONI, *Le lezioni catalane*, in ID., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 89.

berali qualcosa di eccessivamente ottimistico. Come spiegare la fiducia di altri studiosi? Tra le risposte formulate da Caroni, una attira l'attenzione: è forse quella sorta di cultura dell'esclusione o della rimozione degli abusi del mercato («eine Kultur der Verdrängung», p. 159 lett. c) con la quale i civilisti ottocenteschi intesero esorcizzare il liberismo economico, che aveva il vento in poppa. Duecento anni dopo la prima pietra di un diritto diseguale introdotto per compensare le aporie del mercato, il bilancio non è ancora in pareggio. Ma almeno quella che prima sembrava un'eccezione alla regola (un *Sonderrecht*) ha acquisito statuto di norma conforme al principio generale di una libertà che nasce già limitata e presenta dei limiti «immanenti»⁽⁴⁸⁾.

Viene da riflettere in rileggere la celebre opinione di Eugène Gaudemet, secondo cui il codice civile svizzero avrebbe toccato il punto più alto in materia di socializzazione del contratto⁽⁴⁹⁾: affermazione smentita dalla storia. Caroni chiude questo denso capitolo con una constatazione problematica e ancora una volta amara: forse la contraddizione di fondo del diritto dei contratti, il fatto cioè di rivolgersi ad una società antagonista, non è stata ancora risolta. Nel fondo, il contratto è rimasto «sozial blind» (p. 162), impotente da solo a cambiare il mercato, anche se il diritto si è sforzato di aggiungere più strumenti correttivi e protettivi. Giunge quanto mai opportuna, quindi, la citazione della profetica (e cruda) frase «die Freiheit die Gleichheit nicht in sich schliesst», pronunciata nel bel mezzo del dibattito costituzionale elvetico del 1799⁽⁵⁰⁾.

Il secondo tipo di intervento esaminato in questo stimolante paragrafo concerne le vicende elvetiche del *Tarifvertrag* (pp. 163-172). Si è trattato in questo caso di attuare un intervento legale più incisivo e robusto (un «härteres Eingreifen»), rispetto alla correzione delle sperequazioni economiche dei singoli contratti individuali di scambio affidata all'intervento occasionale del giudice: legittimare un nuovo paradigma di contratto e insieme una nuova forma di autonomia, che recuperasse all'orizzonte del diritto codificato la dimensione collettiva.

(48) P. 157: «die Lehre der Immanenz — zu der man sich heute mehrheitlich bekennt —, nach der Vertragsfreiheit und Freiheitsbeschränkungen genetisch verbunden sind, daher als Aspekte gelten, die von Anfang an zusammen auftreten und wirken».

(49) Vedila puntualmente menzionata a p. 162 nt. 109.

(50) *Entwurf einer helvetischen Staatsverfassung, der am 8. Januar 1799 vorgelegt wurde*, Erster Abschnitt, Hauptgrundsätze, Art. 4, in *Aktensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik* [1798-1803], Band IV, Bern, 1892, p. 1326, cit. a p. 163 nt. 116.

Caroni intraprende anche in questo caso un viaggio nell'esperienza svizzera. La transizione da una fase caratterizzata dall'irenica convinzione che il libero incontro delle volontà si potesse realizzare armonicamente anche nel campo dei rapporti di lavoro alla presa di coscienza di come l'autonomia privata in ambito industriale fosse ancor più di facciata, si è determinata prima di tutto nella società stessa, che si è auto-regolata ed ha praticato gli accordi collettivi di lavoro ben prima del loro riconoscimento formale da parte del legislatore. È nata così spontaneamente un'autonomia collettiva che si è contrapposta agli imprenditori, moderandone le pretese: «Friedensdokumente» accettati dalla controparte più per interesse che per convinzione. Il primo riconoscimento legale dei contratti collettivi di lavoro, avvenuto con la revisione del codice unico delle obbligazioni e grazie all'impulso delle lungimiranti teorie di Philip Lotmar, è calato su una società che ne aveva già fatto la sperimentazione. Il principio dell'obbligatorietà per le parti contraenti e la nullità delle clausole contrarie contenute nei contratti individuali (effetto assoluto del contratto collettivo) sono le fondamenta di questa costruzione, gli elementi necessari senza i quali il contratto collettivo sarebbe rimasto «ein eisernes Messer mit hölzerner Klinge» (p. 168).

Il riconoscimento legale ha stimolato la dottrina ad occuparsi di una serie di questioni prima ignorate, come quella della natura giuridica del contratto collettivo. Più lungo e intricato è stato viceversa il cammino verso l'obbligatorietà generale (efficacia *erga omnes*) dei contratti collettivi, quella «*Allgemeinverbindlicherklärung*» raggiunta soltanto con la legge federale del 1956, ma sottoposta a condizioni restrittive e di limitata applicazione. Le vicende dei contratti collettivi di lavoro ispirano a Caroni delle importanti riflessioni sulla natura dell'intervento compensativo attuato dallo Stato. Intervento più forte rispetto al caso precedentemente analizzato, che tuttavia non ha inteso smentire il principio della concorrenza, ma si è limitato a modificare le condizioni di partecipazione al gioco del mercato al fine di permettere ai lavoratori di correre in posizione di parità. Il bilancio, da questo punto di vista, permette di registrare un primo esito positivo. Non bisogna però dimenticare che l'obbligatorietà generale dei contratti collettivi, malgrado tutto, è un obiettivo ancora non compiutamente realizzato, così come il loro contenuto sostanziale resta distante dalle previsioni di Lotmar. Ancora una volta, Caroni descrive una storia fatta di successi parziali, in cui il diritto privato ottocentesco appare come l'avvio di un viaggio che sfocia in un presente ancora problematico, in cui i lavoratori, malgrado la conquista dell'autonomia collettiva, non sono ancora pienamente protetti dai pericoli di un mercato sempre più aggressivo.

La terza categoria di interventi correttivi del mercato descritta da Caroni è significativamente denominata legiferare «bürgerfreundlich»

(pp. 172-181). Come il termine rende evidente, l'autore attira l'attenzione sulle restrizioni della libertà contrattuale stabilite per soddisfare gli interessi della stessa classe imprenditoriale borghese e che non miravano a sovvertire il mercato, quanto piuttosto a renderlo più efficiente.

Il primo esempio è costituito dalla tariffa generale dei dazi doganali, introdotta nel 1884, che ha segnato un mutamento di rotta considerevole per la Confederazione, nota fino a quel momento come territorio di libero commercio (pp. 173-174). Anche in questo caso, la fine del libero scambio non viene spiegata con ragioni astratte e teoriche, ma è riferita ad una concreta esigenza sociale: è l'esito della congiuntura economica di fine secolo e di uno scontro interno alla classe imprenditoriale, che ha visto prevalere le istanze della grande industria.

A questa vicenda si collega lo sviluppo parallelo degli accordi di cartello (pp. 174-179), che sono stati visti anche come un controcanto dei contratti collettivi di lavoro. Diversamente da quelli, tuttavia, essi furono percepiti come un serio pericolo per la libertà di concorrenza, e quindi oggetto di disciplina legale, anche se con ritardo. L'intervento messo in atto dallo Stato attraverso la lotta contro gli abusi derivanti dai cartelli, secondo l'autore, ha natura diversa rispetto alle misure di carattere compensativo viste sopra: lo scopo è di limitare la libertà di contratto in quanto il suo esercizio mette a rischio la libertà di concorrenza, che è la funzione principale del mercato. In questo senso, la legislazione *antitrust*, che imbriglia i poteri economici forti, è ritenuta coerente con il sistema. In altri termini, lo Stato si è mosso, in questo caso, per evitare che, usando le parole di Joyce, «the competitive order is employed against himself»⁽⁵¹⁾.

Una terza tipologia di interventi restrittivi, diversi dai rimedi di giustizia contrattuale a scopo compensativo, mira a tutelare il funzionamento ottimale del mercato vietando con norme imperative disposizioni contrattuali che possano inceppare la circolazione dei beni mobili e immobili, proibendo, ad esempio, fedecommissi o donazioni a fondazioni, introducendo divieti di alienazione di un bene, rinunce al diritto di imporre altri oneri sui fondi già costituiti in pegno immobiliare (pp. 179-181).

Cosa si può trarre come insegnamento da quest'acuta analisi dei processi economici sottostanti alla legislazione dalla seconda metà dell'Ottocento in avanti? Questi esempi restituiscono un quadro assai più articolato, complesso e dettagliato del diritto privato ottocentesco nel campo dei contratti. Nella fase iniziale, lo Stato si è preoccupato

(51) J. JOYCE, *A Portrait of the Artist as a Young Man. Text, Criticism and Notes*, ed. by C.G. Anderson, London, 1968, p. 266, cit. a p. 178 nt. 233.

di marcare una netta distanza rispetto all'*Ancien régime*, neutralizzando i ceti e incanalando tutti i soggetti giuridici, proprietari e consumatori, nel gioco della concorrenza, formalmente ad armi pari, ma di fatto sfruttando le diseguaglianze materiali già esistenti e le altre create dal nuovo spazio del mercato. In questo senso si può dire che lo Stato si sia ritirato, rispetto al passato, lasciando libertà di iniziativa economica agli individui. Nelle società come quella francese uscite da una rivoluzione borghese, ma anche nella Svizzera ottocentesca, i codici civili, letti in quest'ottica, hanno dunque certamente inteso cambiare. In una seconda fase, tuttavia, lo Stato è intervenuto, da un lato per correggere le diseguaglianze socialmente più intollerabili, dall'altro per difendere il corretto funzionamento del mercato; per assicurare un uso virtuoso dell'autonomia privata, che escludesse abusi nei confronti dei proprietari o dei consumatori, oppure per evitare vincoli alla libertà di concorrenza, ostacoli alla circolazione dei beni nel mercato, vincoli contrari all'uso ottimale delle risorse.

L'affresco sociale che Caroni dipinge in questo corposo paragrafo della sua opera è una brillante testimonianza di *Wirkungsgeschichte*. L'autore ha voluto concretamente proseguire il viaggio andando oltre la lettera del codice: si è chiesto come la società accolse la libertà così munificamente concessa dal legislatore, ha posato lo sguardo sulle ripercussioni sociali della libertà di contratto. Ha scoperto una società in fermento, tutto meno che piatta e liscia nella sua superficie, solcata da tensioni e conflitti sociali, interni ed esterni alla classe borghese. A margine dell'indagine sociale che ci ha presentato, Caroni ribadisce un'idea di fondo: il contratto, nella transizione all'età borghese, è diventato la «Hauptform der gemeinschaftlichen Lebensgestaltung» (p. 183). In quanto tale, esso ha registrato le diseguaglianze materiali presenti nella società, ma non le ha create e quindi non può dirsi responsabile in sé dello sfruttamento delle asimmetrie di mercato. L'autore, estendendo lo sguardo alla società reale, ha disegnato un itinerario, che lo ha progressivamente portato a smitizzare la libertà di contratto, a spogliarla dei suoi contenuti ideali, a limitarne i confini, recependo più o meno compiutamente istanze, desideri, aspirazioni dei destinatari del messaggio del legislatore. L'esito lucidissimo di questo viaggio non è consolatorio: «besser als vor hundert oder zweihundert Jahren wissen wir freilich heute, dass Verträge jeweils bloss die (gleiche oder ungleiche) Machtfülle jener Parteien widerspiegeln, die sie abschliessen. Euphorie hat längst der Nüchternheit Platz gemacht» (p. 187).

8. *La proprietà nel vortice del mercato.*

Gli ultimi due paragrafi del libro sono dedicati ai cambiamenti epocali nel campo dei diritti reali: come si è affermato nel tempo il nuovo concetto unitario di proprietà, che si contrapponeva al plurise-

colare dominio diviso, alla cui mentalità Caroni dedica pagine molto belle; come la società (quella svizzera in particolare) ha metabolizzato questa transizione, come sono cambiati i comportamenti dei proprietari e l'atteggiamento del legislatore nei loro confronti, in relazione alle esigenze del mercato. Sì, perché anche in questo caso l'autore suggerisce che per capire come le cose sono andate veramente è necessario staccarsi dalle parole dei codici e confrontarsi con la società a cui quelle parole erano destinate, e quindi calare i *diktat* del legislatore nelle concrete vicende economiche del mercato, che ora aveva bisogno di un unico proprietario esclusivo, intraprendente e dinamico, anche nella gestione dei beni immobili. Il § 9 focalizza proprio questo «Übergang von der Koexistenz vielfacher Teileigentumsrechte zur Alleinherrschaft eines einzigen, daher ausschliesslichen Eigentümers» (p. 189), soffermandosi, prima di descrivere «der Siegeszug einer neuen Eigentumslehre»⁽⁵²⁾, sui vari tipi di proprietà plurale alle soglie delle rivoluzioni borghesi. Su questo mondo, che non scompare in un lampo, lo sguardo si china con rispetto, senza pregiudizi negativi: l'autore detesta, anzi, i termini con cui il dominio diviso è stato sprezzantemente descritto dai suoi oppositori: «Zersplitterung, Zertrümmerung, Pulverisierung, Zerstückelung, démembrement, dissémination, dispersione, frazionamento, sfarinamento, sgretolamento» (p. 190), di contro alla compattezza della nuova proprietà. Preferisce piuttosto comprendere i valori di quella civiltà delle cose, in cui l'uomo era attratto dal reale e viveva in funzione dell'uso ottimale dei beni. Egli dedica perciò un'affascinante digressione al primato della proprietà collettiva, nella quale fa rivivere istituzioni, comunità e paesaggi. Quando la società «von der Zirkulationswut des Marktes noch nicht ergriffen worden war», la proprietà era articolata e «die Vielfalt der Gesellschaft widerspiegelt» (p. 199). Consisteva in un fascio di poteri, che potevano essere divisi, come un «pacchetto», tra una pluralità di titolari, ciascuno dotato anche di uno specifico *status* sociale, perché solo attraverso questo frazionamento era possibile ottenere un uso ottimale dei beni. I giuristi medievali, con la loro libera *interpretatio* dei testi antichi, seppero leggere la struttura profonda della loro società e dare ad essa un ordinamento dotato di una legittimazione autorevole, attraverso la distinzione di un *duplex dominium*, rimasta dominante nei secoli.

La società borghese si basa invece sulla concentrazione dei poteri nelle mani di un unico proprietario: una rivoluzione, senza dubbio. A Caroni non interessa tanto approfondire le radici teoriche della proprietà ovvero la storia del nuovo concetto di proprietà, che si estende fino agli allievi di Savigny e al fortunato articolo di Thibaut del 1801.

(52) È il titolo del § III: pp. 200-211.

Egli ritiene invece di dover cercare le ragioni del successo del nuovo modello di proprietà nella società e crede pertanto che la sua comparsa «kaum als autarken Sololauf, bzw. als selbstgenügsame Episode erscheinen lassen» (p. 203). Esplora dapprima l'ambiente costituzionale e individua nella de-feudalizzazione la molla decisiva che anche in Svizzera ha permesso alla proprietà unica ed esclusiva di emergere. Occorre dunque evitare di rimanere abbagliati «von der magischen Kraft jener technisch einwandfreien, kernigen Definition» (p. 205) dei codici cantonali, perché non sono bastate quelle parole a valorizzare la nuova proprietà. La de-feudalizzazione, inoltre, è stata un'operazione complessa, che ha richiesto tempo e denaro: anche da questo punto di vista, la transizione non è stata fulminea, come tanto euforicamente si è ritenuto, ma è stato piuttosto l'effetto di una serie di onde d'urto o di scosse di assestamento, che hanno avuto molteplici conseguenze. Su una di queste, l'autore sofferma la sua attenzione: la nuova proprietà ha cambiato anche le modalità dell'espropriazione, che ora è circondata da una serie di presupposti legali, al fine di garantirne l'inviolabilità.

Il § 9 si chiude con la descrizione del contesto economico nel quale la grande trasformazione si è attuata. Ancora una volta, Caroni ricorre all'irresistibile attrazione del mercato per spiegare l'ascesa del nuovo paradigma proprietario. Un mercato non più orientato all'uso, per il soddisfacimento di bisogni locali, familiari o comunitari, ma alla circolazione dei beni, trasformati in merci e in valori commerciali. La nuova proprietà, in questa prospettiva, corrispondeva alle aspettative di mobilitazione dei valori e di commercializzazione dei beni proprie di questa fase del capitalismo. Anche i beni immobili non hanno resistito all'«effetto richiamo» del mercato. La transizione è scolpita con parole efficaci: «so wie ehedem das Primat der Nutzung möglichste Streuung bewirkte, rief nun gleichermassen das Primat der Verfügung nach Alleinstellung der Eigentumstitularität» (p. 210). Se ciò comportasse anche una disciplina uniforme di tutti i beni, l'autore non lo crede, giustamente impressionato dalle disposizioni dedicate alla proprietà fondiaria e immobiliare che ora, proprio perché destinata anche a circolare, necessitava di cure particolari. Da qui lo sguardo molto scrupoloso che egli riserva alle innovazioni nel campo della pubblicità dei diritti reali immobiliari e al graduale perfezionamento del sistema nei Cantoni e nella Confederazione elvetica.

Il § 10 del libro, nel quale l'autore si propone di analizzare il passaggio da una *funzione* all'altra della proprietà («Von der einen zur anderen Funktion des Eigentums»), chiude coerentemente il percorso intrapreso ed è tra i più riusciti e vivaci. Caroni lo incentra tutto su un quesito cruciale: se si possa ritenere che il nuovo diritto di proprietà sia stato il risultato della resa dello Stato alla società. Se il nuovo proprietario unitario, in altri termini, sia stato lasciato completamente li-

bero di agire all'interno dello spazio del mercato da monarca assoluto, da individuo solitario e autonomo, senza limiti e restrizioni.

Torna qui a proposito richiamare un'opinione che l'autore aveva già espresso e che ora riprende con più vigore (al punto da inserirla nel titolo del paragrafo): anche la proprietà borghese, a dispetto delle definizioni dei codici, si può descrivere come dipendente da una funzione. Se il proprietario medievale viveva all'ombra delle cose e in *funzione* del migliore uso delle risorse naturali, anche la nuova proprietà borghese non può essere descritta al punto da farla dipendere esclusivamente dal «Belieben» del suo titolare. Proprio perché il proprietario è inserito nella rete tentacolare del mercato ed è diventato un attore protagonista, il *negotium*, cioè lo sfruttamento ottimale dei beni, prevale sull'*otium*, sull'inerzia, la rinuncia, l'inattività⁽⁵³⁾. Lo Stato, in realtà, lungi dal ricoprire il ruolo dello spettatore indifferente, che si limita a delegare potere ai privati, controlla i modi di esercizio della proprietà orientando, promuovendo, in una parola intervenendo a tutela di interessi vari, in una serie molto articolata di situazioni che Caroni riorganizza secondo una scaletta molto convincente. Quel che è certo, in questa visione, è che lo Stato non approva qualsiasi uso della proprietà e che il silenzio che circonda la definizione astratta della proprietà, che è il cardine dei codici civili borghesi, non è un silenzio assenso, ma una presunta reticenza del legislatore, l'esito di un'interpretazione eccessivamente letterale della legge. Le restrizioni al diritto di proprietà, che l'autore documenta, restituiscono un'immagine diversa della strategia del legislatore. Dietro alla corteccia delle parole, come nel caso della capacità giuridica e dell'autonomia privata, si nasconde un programma, lasciato alla realizzazione del proprietario: il che non significa che lo Stato non sia intervenuto per tutelare determinati interessi, messi in pericolo dall'inerzia o dall'iniziativa dei proprietari.

Nella rassegna che l'autore disegna con mano maestra, traendola da quell'osservatorio privilegiato che è l'esperienza elvetica, incontriamo per prime le pratiche «indesiderate» (pp. 217-221), nelle quali confluiscono tutte quelle situazioni legate ad un uso improduttivo e non dinamico dei beni immobili, dannose per la nuova società di mercato, che viceversa tende alla massima circolazione del suolo e dei terreni. In questa prospettiva, il diritto civile disapprova il proprietario riluttante o parassita e interviene in negativo vietando l'uso improduttivo dei beni oppure in positivo, assecondando la de-feudalizzazione, favorendo e promuovendo l'uso più intenso e ottimale dei beni, attraverso una gamma di misure distese nel tempo, perché, come ripetuto più volte, l'operazione fu lunga e complessa.

⁽⁵³⁾ Riassumo i punti principali del ragionamento sviluppato alle pp. 212-215.

Rientra tra le pratiche indesiderate anche la costituzione di oneri fondiari e di servitù (pp. 218-221), ormai percepite come ostacoli allo sfruttamento pieno della proprietà, dal momento che il primato dell'uso aveva ceduto il posto al primato della disposizione, e risistemate concettualmente come *iura in re aliena*. A questo riposizionamento conseguono due risultati: i limiti frapposti alla loro costituzione e il favore per la cancellazione delle servitù che abbiano perduto ogni interesse per il fondo dominante, cui fa riferimento l'art. 736 ZGB.

In terza battuta, Caroni esamina gli interventi più numerosi e significativi di limitazione del diritto di proprietà (pp. 221-227). Essi sono tutti *interni* al diritto privato e appartengono alla categoria delle strategie positive messe in atto dal legislatore per promuovere lo sfruttamento dei beni in linea con le aspettative del mercato⁽⁵⁴⁾. Il panorama svizzero, da questo punto di vista, si rivela di una vivacità impressionante. Il discorso diventa serrato, gli esempi suggeriti dai problemi di un'economia di transizione si moltiplicano. E la volta, in primo luogo, delle conseguenze derivanti dalla frammentazione delle parcelle agricole, che ha aumentato il numero dei proprietari fondiari ma aperto anche una serie di questioni connesse, che sono state risolte con interventi volti ad ovviare ai danni economici o alle calamità derivanti dalla divisione dei terreni.

Caroni si diffonde poi con particolare competenza sulle misure adottate per garantire lo sfruttamento delle foreste (pp. 227-232), beni di cui la transizione al nuovo corso economico ha mutato la destinazione: da qui le misure tese ad incentivare la produzione di legname e ad ovviare al disboscamento in modo da raggiungere l'obiettivo della conservazione delle aree silvestri. Dietro alla meticolosa legislazione forestale emanata dai Cantoni o dalla Confederazione si nascondono in realtà anche conflitti di interesse economico, che l'autore mette efficacemente in evidenza, mostrando anche in questo caso come il diritto abbia corrisposto alle attese di una società in cambiamento. Una legislazione talmente intensa da suscitare un dibattito sulla natura giuridica del diritto di proprietà delle foreste, di cui il libro fornisce una puntuale sintesi.

Il terzo esempio di strategia positiva attuata dal legislatore ottocentesco concerne ciò che l'autore definisce un percorso «zum Siegeszug der Verpfändungsfreiheit» e ha come premessa le difficoltà che dovette sostenere il mondo contadino di fronte alla nuova società di mercato (pp. 232-240). Gli agricoltori dovettero fronteggiare una crisi derivante dalla concorrenza dei prodotti stranieri, dalla riduzione dell'offerta di credito inversamente proporzionale alla domanda di inde-

⁽⁵⁴⁾ Chiave di lettura ribadita in CARONI, *Diritto privato ottocentesco*, cit., p. 163.

bitamento, e finalmente dalla differenza tra valore di rendimento e valore di reddito dei terreni agricoli. È evidente, già da queste considerazioni, che il discorso di Caroni è saldamente impiantato in una concreta realtà economica e non si perde in disquisizioni dogmatiche. Ad una pressante richiesta di liberalizzazione dei pegni immobiliari (e di conseguenza anche delle ipoteche), il legislatore rispose con una politica adeguata, esattamente opposta, chiosa l'autore, a quella realizzata nei confronti delle servitù. I diritti reali di garanzia erano formalmente appartenenti alla stessa categoria degli *iura in re aliena*, ma avevano una funzione diversa, nella logica del mercato. Citando le parole di Eugen Huber, il pegno fondiario è «das Zwillingsgeschwister des Grundeigentums» e ciò lo diversifica dagli altri diritti reali limitati, lo promuove ad una funzione che è di supporto al migliore sfruttamento del bene immobile (p. 233).

Il legislatore è stato chiamato perciò a incoraggiarne la costituzione: ed è ciò che Caroni descrive, illustrando in pagine tecnicamente meticolose, i passi compiuti dal legislatore nel regolamentare i pegni immobiliari. Un evento dai riflessi pratici paragonabili a quelli della risistemazione dei libri fondiari e della relativa pubblicità.

Per chi è persuaso che la *Wirkungsgeschichte* sia una strada proficua da intraprendere, questo argomento è di importanza pari alle questioni che abbiamo incontrato sopra in materia di contratto. Illuminante, da questo punto di vista, è il § 5 del capitolo (pp. 238-240), nel quale Caroni sottopone ad una sottile analisi la natura e gli effetti degli strumenti messi a disposizione di creditori/finanziatori e debitori/coltivatori da Eugen Huber, i quali, letti con le lenti bene a fuoco e con occhi disincantati, appaiono in definitiva contrassegnati dal prevalere della libertà contrattuale delle parti e quindi dai rispettivi rapporti di forza economica. Caroni non rinuncia a qualche frecciatina nei confronti di chi, con ingenuo entusiasmo, plaude, senza considerare realisticamente anche i rischi sottesi alla libertà tanto generosamente concessa.

Analogo apprezzamento merita, per la sua profondità di analisi, il capitolo finale, dedicato alle espropriazioni di diritto privato (pp. 240-245). Anche in questo caso, l'immagine tratteggiata di un legislatore pigro e poco propenso a intervenire è messa seriamente in discussione. Ciò che Caroni intende conclusivamente ribadire è che anche nei confronti del diritto di proprietà il legislatore è stato un regista accorto e sagace, e piuttosto iperattivo, certo non immobilista⁽⁵⁵⁾.

(55) P. 244: «nicht bloss zuschaute und geschehen liess, sondern prüfte, wählte, Partei ergriff, ermutigte, erforderlichenfalls durchaus bereit war, Macht zu zeigen und Zwang einzusetzen, um dem von ihm erwünschten dynamischen Umgang mit dem Eigentum die nötige Förderung nicht fehlen zu lassen».

Lo dimostra in particolare la vicenda delle espropriazioni a favore delle società commerciali private, già condannata nell'istante in cui era stata ammessa dal bernese Hans von Scheel, e poi ridimensionata dai successivi interventi a livello federale, che hanno conferito più poteri di controllo alle autorità federali, dotandole di strumenti più adeguati alla tutela dell'interesse generale (pp. 242-245).

Per concludere (veramente). Pio Caroni è un instancabile viaggiatore, inquieto e disincantato, di quell'isola che non c'è, di quel paese lontano, che è il passato. Uno studioso sempre in movimento: «la sonda scava tuttora, instancabile e silenziosa. [...] il periplo dunque continua. Itaca è ancora lontana, dal mio osservatorio nemmeno la intravedo»⁽⁵⁶⁾.

Questo libro intrigante, ordinato secondo una logica implacabile, scritto con linguaggio ricercato ma accessibile, fresco e letterariamente superbo, ha voluto raccontare con equilibrio e *understatement* una storia diversa, perché riferita ad un microcosmo sociale più appartato e forse più dimesso rispetto al referente di grandi narrazioni epiche ispirate da altre esperienze. Ha voluto raccontare il momento di passaggio alla società mercantile borghese, che anche in terra elvetica ha sconvolto le abitudini e le attitudini dei soggetti, promuovendoli ad attori di uno spazio pensato per individui proprietari liberi ed eguali. L'operazione, sotto la tranquillizzante scorza delle parole predisposte nei codici, ha rivelato — allo sguardo attento di chi non insegue chimeri ma fatti — increspature, ambiguità, cromatismi. Il catalogo delle interpretazioni originali proposte da Caroni si rende evidente solo scorrendo l'indice dei fenomeni dei quali abbiamo discorso finora, seguendo il filo rosso del suo discorso. Fenomeni che trovano la loro spiegazione non in motivi teorico-dogmatici, ma in strategie funzionali ad una società in cambiamento. Rispetto ai quadri classici, questa storia ama le diacronie, lo abbiamo constatato più volte, e perciò è sempre pronta e disponibile a descrivere dei contesti veri, fatti di scontri di interessi antagonisti. Questa storia è riuscita a dimostrare che la Svizzera, nell'approccio ai grandi temi dell'Ottocento europeo, non è stata una pedina subalterna, ma ha espresso una propria orgogliosa identità, che l'autore ha fortemente sottolineato, fiero di questa «irregolarità». La società di mercato si è perciò prima realizzata e poi sviluppata secondo modalità, processi e scarti peculiari. Anche se ha inteso raccontare la storia giuridica del suo Paese, come tutti i grandi libri anche questo ha una valenza universale. Non solo perché è un libro dotato di respiro europeo, ma perché insegna che l'Ottocento, il passato prossimo che ha scelto di raccontare, è stato effettivamente l'inizio di un discorso nuovo su temi del nostro presente: codici, diritto e scienza, mercato, contratto e proprietà.

⁽⁵⁶⁾ CARONI, *Quizás un epílogo*, cit., p. XXIV (cito dalla trad. it. dell'autore).