

NEL SECONDO CENTENARIO DEL “CODICE AUSTRIACO”

Nota del m.e. GIUSEPPE GANDOLFI (*)

(Adunanza del 3 novembre 2011)

SUNTO. – Il “codice civile austriaco” è entrato in vigore il 1° giugno 1811 ed ha quindi compiuto duecento anni. E’ stato il codice civile dell’Impero dell’oriente europeo (*Österreich*). Attualmente è in vigore in Austria e nel Principato del Lichtenstein. Si tratta di un codice eccellente, che ha una chiara impronta illuministica e giusnaturalistica. Questi suoi caratteri risultano dalla comparazione con altri codici europei in tema di: rendita fondiaria, vendita e trasferimento della proprietà, conversione del contratto nullo, errore nel contratto, fatto dannoso imputabile a più persone. Nel corso dell’Ottocento questo codice è stato in vigore in Italia nel Regno Lombardo-Veneto e in altre regioni dell’Italia del Nord sino alla prima guerra mondiale. Invocando il codice austriaco Giuseppe Garibaldi ha chiesto e ottenuto nel 1880 l’annullamento del suo matrimonio rato e non consumato con la marchesina sedicenne Giuseppina Raimondi.

RÉSUMÉ. – Le “code civil autrichien” est entré en vigueur le premier juin 1811 et il a donc deux cents ans. Il a été le code civil de l’Empire de l’orient européen (*Österreich*). Il est en vigueur à l’heure actuelle en Autriche et dans le Lichtenstein. Il s’agit d’un code excellent, sous-tendu par les idées du siècle des lumières et par les doctrines du droit naturel. Ces caractères ressortent de la comparaison avec d’autres codes européens, au sujet de: la rente foncière, la vente et le transfert de la propriété, la conversion du contrat nul, l’erreur dans le contrat, le fait dommageable imputable à plusieurs personnes. Au cours du dix-neuvième siècle ce code a été en vigueur en Italie dans le Royaume lombard-vénitien et dans d’autres régions de l’Italie du Nord jusqu’à la fin de la première guerre mondiale. Giuseppe Garibaldi a demandé et obtenu en 1880 sur la

(*) Professore emerito dell’Università degli Studi di Pavia.
E-mail: accadgiuspriveur@interfree.it

base du code autrichien l'annulation de son mariage ratifié et non consommé avec la jeune marquise de seize ans Giuseppina Raimondi.

1. UN CODICE ECCELLENTE PER L'IMPERO DELL'ORIENTE EUROPEO

Venne denominato “Codice civile generale”, il “Codice austriaco” (come noi diciamo usualmente), il famoso ABGB, nell'acrònimo tedesco da *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*. Fu promulgato due secoli fa, esattamente il 1° giugno 1811. E' tuttora vigente in Austria e, fuori dai confini di questo Stato, nel Principato del Lichtenstein; ma sino alla fine della prima Guerra mondiale fu il codice civile dell'Impero (d'oriente, *Österreich*). Ed ebbe dunque vigore per oltre un secolo su una ben vasta area europea: oltre che nei dominî ereditari degli Asburgo, anche in Croazia, Slovenia, Dalmazia, Slavonia, Transilvania, Transleitania, Galizia, Ungheria, in zone della Serbia, della Romania, della Polonia, e anche in Italia: nel Regno Lombardo-Veneto per oltre quarant'anni dal 1816, e nelle altre regioni italiane, già “irredente”, sino alla fine della Prima guerra mondiale.

E' stato definito da Wieacker un codice “*vorzüglich*”, dunque eccellente. Ed io mi associo senz'altro a questa autorevole opinione, per averne studiato e anche insegnato varie disposizioni nel mio corso di “Diritto privato comparato”, mentre da più di vent'anni continuo ad esaminarne e commentarne numerose soluzioni normative nelle mie “Relazioni” stese quale coordinatore dei lavori preparatori del progetto del “Codice europeo dei contratti” alla cui redazione si è dedicata e sta dedicandosi l'Accademia dei Giusprivatisti Europei, progetto che negli anni scorsi ho qui presentato.

Tuttavia questo codice austriaco, benché eccellente, non ha avuto quell'influenza sui legislatori nazionali, europei e non europei, che il suo pregevole contenuto avrebbe pur consentito di esercitare. Si impose infatti il codice Napoleone di sette anni anteriore, del 1804, sia per effetto delle conquiste napoleoniche, sia per la “missione di civiltà ch'esso ha compiuto”, come ha scritto Wieacker; mentre per le codificazioni di influenza germanica ebbero poi particolare seguito il codice tedesco del 1896 e il codice svizzero delle obbligazioni del 1911. E,

prima di proseguire nella mia esposizione, chiedo subito scusa ai giuristi presenti se tenderò ad assumere un tono piuttosto didascalico, stante il fatto che di questa Accademia fanno parte e intervengono alle adunanze oltre che giuristi, letterati e cultori delle scienze esatte.

2. UNA GESTAZIONE DURATA OLTRE MEZZO SECOLO

Che l'alto pregio del codice austriaco dipenda anche dalla sua lunga e travagliata gestazione non può certo escludersi. Inizialmente, nel 1753, una commissione per la stesura di un progetto fu costituita dall'imperatrice Maria Teresa, ben nota qui in Lombardia - come ben sappiamo - soprattutto per il suo impegno volto a porre le basi dello sviluppo imprenditoriale. Ma non si può parlare del "codice austriaco" qui a Milano senza dire che questa imperatrice è da noi ricordata fra l'altro per la ristrutturazione di questo Palazzo di Brera, ove ha sede la nostra Accademia, oltre che per la collocazione della Madonnina sulla guglia maggiore del Duomo, per il Teatro alla Scala, fra l'altro. E a Pavia? A Pavia celebriamo quest'anno i 650 anni dalla fondazione dell'Università; ma l'imperatrice Maria Teresa ha il merito di aver rifondato e riedificato l'Ateneo pavese, che al suo nome intitola il grande cortile con le tre antiche torri.

Ma questo primo progetto voluto da Maria Teresa, denominato *Codex Theresianus*, fu giudicato prolisso, e venne sintetizzato da Azzoni e da Zenker; ma anche questo secondo progetto venne respinto per la sua lunghezza. Dopo ulteriori tentativi, quando era imperatore Leopoldo II, apparve il ragguardevole e famoso progetto Martini (ho appena citato l'Azzoni: nella storia del diritto, ma anche nella storia della musica, compaiono in questi secoli in Austria illustri personaggi italiani o con cognomi di assonanza italiana; quando mi reco a Salisburgo - mi si consenta questa divagazione - torno sempre a rivedere nella grande piazza non distante dall'Università uno stemma marmoreo sul quale compare il cognome di un principe-arcivescovo: Gandolfi, latinizzato in Gandolfus, del quale naturalmente non sono parente). Dunque questo progetto Martini entrò in vigore, ma in via sperimentale, nella sola Galizia occidentale e orientale, e fu poi sottoposto a revisione da parte di una commissione presieduta dall'allievo di

Martini, von Zeiller, il cui progetto venne pure respinto per ben tre volte e per altre tre volte sottoposto a revisione. Finchè nell'ultima stesura venne promulgato: nel 1811, come dicevo.

3. LA SUA MATRICE ILLUMINISTICA E GIUSNATURALISTICA

Maria Teresa aveva disposto che si redigesse un progetto conforme al diritto comune e al diritto "della ragione". Il codice austriaco ha in effetti una tale impronta. La sua struttura sistematica riflette la tripartizione romana: persone, cose, azioni, che risale alle Istituzioni di Gaio, dunque al testo didattico in uso nel secondo secolo dopo Cristo, tripartizione che era stata poi adottata anche nelle Istituzioni di Giustiniano e, di recente, nel progetto Martini. Inoltre sono evidenti nel codice austriaco l'influenza dell'illuminismo e soprattutto la matrice giusnaturalistica. In virtù di questa concezione si intende essenzialmente - com'è noto - che il legislatore debba adeguarsi a quell'ordine naturale dei rapporti umani che comporta un sistema imparziale delle relazioni sociali, ispirandosi al principio del *suum cuique tribuere*. Cosicché il diritto è tale, ossia è *ius*, soltanto se è, in questo senso, anche *iustum*. E invero questo codice venne detto "legge della giustizia" (*Justizgesetz*), quale garanzia di stabilità di un ordine sociale assicurato da norme che, in quanto basate sul diritto naturale, erano ritenute eternamente valide.

Ma l'imperatrice, quando respinse il secondo progetto, raccomandò anche la brevità e la semplicità, in quanto volte ad evitare equivoci interpretativi. Il codice ha in effetti una particolare snellezza e concisione, con i suoi 1502 articoli, anzi paragrafi (salve le integrazioni e modifiche intervenute nel corso dei due secoli), che comprendono tutto il diritto civile, e presenta quindi il carattere di una indubbia modernità, anche prescindendosi da un confronto con il mastodontico codice prussiano pubblicato nel 1794 cioè 17 anni prima, che ha un'impostazione tendenzialmente casistica e analitica: e talora più che enunciare delle norme, presenta dei casi e ne indica la soluzione.

L'accennata matrice giusnaturalistica del codice austriaco risulta da varie norme e soluzioni. In dottrina si sottolinea anzitutto il § 7. In esso si dispone che il giudice in presenza di una lacuna legislativa, se non rie-

sce a risolvere la controversia ricorrendo a norme che riguardano dei casi simili, deve decidere "secondo i principî del diritto naturale". E' istruttivo a questo proposito un confronto con le norme corrispondenti di altri codici civili vigenti in Europa. L'art. 1, comma 2, del codice civile svizzero del 1907 dispone che "nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore". L'art. 12 delle preleggi del codice civile italiano vigente prescrive che, in assenza di norme che regolino casi simili o materie analoghe, il giudice deve decidere "secondo i principî generali dell'ordinamento giuridico dello Stato".

Di rilevante significato è il § 16. Dispone che ogni uomo ha "dei diritti innati" – così nella versione ufficiale italiana del 1815 – che già alla luce della ragione risultano palesi, e deve pertanto essere considerato una persona. Dunque la schiavitù o la proprietà su di un corpo umano e l'esercizio del relativo potere non sono ammessi. E' così qui proclamata *ante litteram* la tutela del diritto della personalità.

Pure notevole, fra i non pochi altri, è giudicato in dottrina l'inserimento del diritto delle successioni ereditarie nella parte relativa al "diritto sulle cose", dato che - come recita il § 353 - la proprietà di ognuno è costituita dalle cose corporali e incorporali che gli appartengono, dunque non dai soli beni corporali come prevederà il codice tedesco al § 90. Il codice francese distingue invece le cose mobili per loro natura, o per disposizione di legge: e fra queste ultime considera i diritti di ricevere delle cose mobili. Muove da una diversa prospettiva il codice austriaco e fra i beni incorporali, o immateriali, pone, come dicevo, i diritti che derivino da una successione *mortis causa*. E con riguardo ai beni che spettano alle singole persone, e dei quali esse si avvalgono, affermò von Zeiller nel suo commentario al codice stesso che la proprietà privata è un'emanazione della "libertà naturale" dell'uomo, mentre "ambiguo e odioso" è il cosiddetto *dominium supereminens* dei principî territoriali.

4. RAFFRONTI CON LE ALTRE CODIFICAZIONI: IN TEMA DI RENDITA FONDIARIA

Ho accennato per un rapido raffronto al codice prussiano, di alcuni anni anteriore. Ma in un'altra prospettiva riesce istruttivo un confron-

to con il codice Napoleone (sul presupposto che la comparazione consenta di meglio rilevare le caratteristiche delle entità considerate). Prendo lo spunto da un istituto giuridico la cui pacifica, anzi implicita presenza nel codice austriaco, e il cui clamoroso rifiuto in quello francese, consentono di constatare che, anche se entrambi risentono del portato della tradizione, in quello francese si avverte, come già dicevo, per certe situazioni di particolare rilevanza sociale, quello spirito innovativo di matrice rivoluzionaria da cui è motivato. L'istituto giuridico al quale mi riferisco è l'onere reale. Si tratta di un peso, cioè di un debito fisso a carico di un fondo, ossia ovviamente a carico del proprietario del fondo. Passa dunque dal proprietario non al suo erede, perché è un'obbligazione non personale bensì reale, ma si trasmette a chi subentra nel possesso del bene. Nel medioevo erano tali le decime, ossia la decima parte dei frutti di un podere, dovuti al feudatario o alla Chiesa da ognuno dei proprietari che si succedevano. Nel codice austriaco tale istituto venne implicitamente ammesso, nonostante i suoi effetti pregiudizievoli di ordine sociale, forse non così avvertiti nelle regioni dell'Impero asburgico come in Francia. In effetti Napoleone, nelle sedute al Consiglio di Stato, disapprovò calorosamente la norma del progetto francese che prevedeva questo istituto, e cioè la cosiddetta 'rendita fondiaria' (*l'odieuse rente foncière*). Disse che essa consentiva, sì, ai poveri coloni di emanciparsi, spogliandosi di tutti i loro esigui risparmi, per appagare la grande aspirazione di divenire proprietari di un pezzo di terra, sia pur piccolo. E ciò riusciva loro possibile perché il venditore-latifondista rinunciava a una parte del prezzo; ma in realtà si riservava questa parte dei prodotti del fondo come rendita permanente dovuta a lui o ai suoi aventi causa. Cosicché, quando la famiglia del colono divenuto piccolo proprietario si accresceva per il sopraggiungere di figli, il rendimento della terra non bastava più per la famiglia, e il colono era costretto ad abbandonare il fondo per non continuare a indebitarsi e doveva tornare, più indigente di prima, a lavorare come colono. Ma più spesso si recava a Parigi ad ingrossare le fila del misero sottoproletariato. Napoleone si batté dunque vigorosamente per l'abolizione della norma del progetto che prevedeva questo istituto giuridico, contro il quale già si erano pronunciati dei *cabiers de doléances* in occasione delle elezioni dei rappresentanti del Terzo Stato nel 1789. E la rendita fondiaria venne soppressa con particolare solennità, addirittura nell'art. 3 della *Loi du 30 ventôse an XII*, che promulgava il codice, disponendo "la réu-

nion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des Français". Tuttavia il bando decretato dal legislatore francese – va precisato – non segnò il definitivo tramonto in Europa dell'istituto dell'onere reale. Esso è espressamente ammesso come *Reallast* (onere reale) nel diritto tedesco: il BGB vi dedica un'intera Sezione (§§ 1105-1112). E' regolato anche nel codice civile svizzero, come *Grundlast* (onere fondiario: nel testo ufficiale in italiano), dove però la sua portata risulta cautamente ritoccata per evitare gli abusi lamentati da Napoleone: pertanto "può solo consistere in una prestazione dipendente dalla natura economica del fondo gravato o destinata ai bisogni economici del fondo a favore del quale è costituito" (art. 782), e la singola prestazione, decorsi tre anni da quando sia esigibile, "diventa un debito personale, per il quale il fondo non è più vincolato" (art. 791).

Il codice austriaco conserva dunque una soluzione tradizionale, che non ha mancato di rivelare la sua pragmatica utilità. Il § 530 è rimasto inalterato: le "rendite annue perpetue" non sono considerate servitù personali, come l'usufrutto, e non si estinguono quindi con la morte dell'avente diritto, ma possono trasmettersi "a tutti i successori". Secondo la giurisprudenza austriaca hanno di regola per oggetto delle prestazioni periodiche; ma le esigenze della prassi inducono ad estenderne la portata, nel senso che l'obbligazione che ne deriva possa riguardare, ad esempio, anche la costruzione o il completamento di un edificio.

5. SEGUE: IN TEMA DI VENDITA E TRASFERIMENTO DELLA PROPRIETÀ

Ma non è soltanto su un argomento di risonanza sociale, come quello appena considerato, che possono utilmente porsi a confronto il codice austriaco e quello francese. Nell'ambito della tematica privatistica assume decisa rilevanza il diverso regime concernente il passaggio della proprietà dei beni in presenza di un contratto di vendita. Il codice austriaco perpetua fedelmente la tradizione romana. In questa il contratto di vendita non procurava al compratore la proprietà della cosa vendutagli, ma creava l'obbligo in capo al venditore di procurargliela mediante il compimento di un atto con effetti traslativi: un atto solenne, per i beni di maggiore importanza sociale; la consegna della cosa,

per gli altri beni. Così il § 1053 del codice austriaco dispone che la vendita mira al trasferimento della proprietà di un bene contro una somma di denaro; ma precisa subito che il contratto non è che un “titolo” (*ein Titel*), è solo un presupposto idoneo per consentire un tale trasferimento, il quale avviene soltanto con la consegna al compratore della cosa vendutagli; prima della quale il venditore ne conserva la proprietà. Nel codice francese, invece, si attribuisce all’accordo dei contraenti, dunque al loro semplice consenso, il passaggio della proprietà nella vendita. La quale – recita l’art. 1583 – “si perfeziona nei suoi effetti mediante l’accordo delle parti sulla cosa e sul prezzo: con il quale accordo la proprietà della cosa venduta viene acquistata in pieno diritto dal compratore”. “Anche – si precisa nella norma predetta – se la cosa stessa non è stata ancora consegnata, né il prezzo è stato pagato”. E’ questo il cosiddetto principio consensualistico, poi recepito dal diritto italiano vigente, ma non dal diritto spagnolo né da quello tedesco: entrambi osservanti della tradizione, come quello austriaco.

Si sostiene però fra gli storici del diritto che la regola romano-classica, che oltre alla vendita esigeva un ulteriore atto traslativo, nella prassi si era andata perdendo in favore del consensualismo nell’epoca del tardo impero romano; ma di ciò sarebbero rimaste delle tracce non abbastanza significative nella Compilazione giustiniana. Pure nella prassi dei secoli che precedettero le grandi codificazioni ottocentesche, al di fuori dunque della tradizione rappresentata dai Glossatori e dai Commentatori, il principio consensualistico sarebbe stato seguito in Europa, e il legislatore napoleonico si sarebbe conformato ad esso anche in nome della libertà degli scambi, che era uno dei postulati della Rivoluzione. Il codice tedesco rimane invece, come quello austriaco, fedele alla tradizione romana. Anzi la perfeziona con dogmatica eleganza. Nel diritto tedesco si esige non solo la formalità o l’atto della consegna, ma anche una coesistente e rinnovata comune volontà circa il passaggio della proprietà. Il fenomeno è regolato da due famosi principî. L’uno, della “separazione” (*Trennungsprinzip*), allusivo alla necessaria presenza dei due distinti atti: di vendita e di trasferimento. L’altro dell’ “astrazione” (*Abstraktionsprinzip*) relativo al secondo atto: il quale non risente così, salvo che in casi particolari, dei vizi del contratto di vendita e garantisce pertanto in modo efficace l’acquisto della proprietà per il compratore. Si afferma da alcuni

studiosi che anche nella prassi delle terre germaniche sarebbe stato osservato il principio consensualistico. Ma Savigny, prima contrario poi favorevole, com'è noto, ad una codificazione tedesca, sarebbe rimasto insensibile di fronte a questa prassi e al relativo principio, per spirito di competizione nei confronti del legislatore napoleonico che lo aveva accolto.

Questo discorso può forse concludersi notando che le due suddette soluzioni appaiono coesistere nella legge inglese sulla vendita di cose mobili (il *Sale of Goods Act* del 1893). La vendita è ivi definita (*sec.* 2) come "un contratto con il quale il venditore trasferisce o si accorda (*"agrees"*) di trasferire la proprietà..." La definizione è inalterata nella nuova legge sulla vendita del 1979. Una tale dualità vi è anche nel già menzionato progetto del "Codice europeo dei contratti" redatto dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei di Pavia. E ciò al fine di consentire ai soggetti dei vari Stati dell'Unione europea di poter agire attenendosi al sistema ad essi familiare. Recita l'art. 174 di tale progetto nella versione italiana: "La vendita è il contratto mediante il quale il venditore si obbliga a trasferire o trasferisce la proprietà di un bene, o un diritto su di esso, al compratore, il quale si obbliga a pagare o paga al venditore un corrispettivo in denaro..."

6. SEGUE: IN TEMA DI RECUPERO DI UN ATTO INVALIDO

Un altro confronto – che nel campo privatistico consente di addentrarsi nell'ambito di una fenomenologia di particolare rilevanza storica e concettuale – è prospettabile fra il codice austriaco e quello tedesco in un punto nodale della disciplina dell'atto negoziale. Per una regola canonica di secolare vitalità "*Quod nullum est nullum producit effectum*": un principio che appare di palmare e inconfutabile evidenza e verità. E tuttavia la saggezza dei giuristi romani ritenne che in certi casi-limite fosse giusto derogarvi. L'ipotesi più notevole è quella della remissione di un debito, dunque della rinuncia del creditore ad esigerlo. Per formalizzare tale rinuncia, e mettere al sicuro il debitore, si ricorreva ad una formula-tipo risultante da uno scambio di dichiarazioni verbali detta '*acceptilatio*', sostanzialmente 'ricevuta'. Alla domanda del debitore "hai ricevuto ciò che ti spetta?", il creditore rispondeva subi-

to “l’ho ricevuto”. Ma, in virtù del principio di necessaria corrispondenza formale fra gli atti creativo ed estintivo del debito, ciò era ammissibile solo se l’obbligazione fosse stata contratta con una tipica formula verbale. Quindi se il venditore rinunciava con un’*acceptilatio* ad esigere il prezzo pattuito in una vendita, poiché questa veniva conclusa con un semplice accordo senza la necessaria pronuncia di una formula verbale, una ‘*acceptilatio*’ in tal caso era nulla; e il venditore poteva ancora far condannare il compratore a pagargli il prezzo. Ma i giuristi romani, sensibili all’idea che più dei *verba* dovesse contare la *voluntas*, affermarono che un’*acceptilatio* nulla potesse essere presa in considerazione alla stregua di un “*pactum de non petendo*”, ossia di un accordo privo di formalità con cui il creditore si impegnava a non esigere il credito. Si trattava così di un patto che il debitore poteva validamente opporre nel processo che venisse intentato contro di lui, sollevando una corrispondente eccezione: la cosiddetta *exceptio pacti*. Da tale ingegnosa soluzione nacque quel concetto dogmaticamente cospicuo che è presente nel codice tedesco, nel § 140, ed è stato recepito dal codice italiano vigente, nell’art. 1424: il principio di “conversione del contratto nullo”. In base a tale concetto innovativo, un atto nullo può produrre gli effetti di un diverso atto valido, se ne abbia i requisiti e sia conforme allo scopo perseguito dalle parti. L’esempio empirico più semplice, anche se approssimativo, può essere quello di un assegno bancario nullo, per un vizio di forma, che può valere come riconoscimento del relativo debito.

Preciso subito che una tale soluzione di recupero è ammessa nei diritti tedesco e italiano, perché in essi vige il principio dell’affidamento: il *Vertrauensprinzip* tedesco; in base al quale vengono tenuti in primaria considerazione l’orizzonte del destinatario della dichiarazione negoziale e di conseguenza l’idea che egli abbia potuto formarsi, in “buona fede”, della dichiarazione che gli è stata rivolta. In forza di tale principio, pure innovativo, il giudice può quindi effettuare dell’atto invalido una valutazione diversa da quella dichiarata, e tuttavia conforme all’intento empirico perseguito dalle parti. Un tale trattamento non è ammesso né nel diritto francese né nel diritto inglese. Non nel primo, perché in esso vige il principio di *autonomie de la volonté*, che attribuisce esclusivamente ai contraenti il potere di indicare l’atto voluto: cosicché ad essi il giudice non può sostituirsi. Nel diritto inglese non è ammesso perché in questo vige il principio cosiddetto della “dichiarazione

zione", ossia della validità preminente e del rispetto delle parole usate dalle parti: al di là delle quali il giudice non può andare. Cosicché non può attribuire all'atto una portata diversa, sia pure solo parzialmente, da quella risultante da quanto dichiarato.

Va considerato che il concetto di "conversione", ricavato dall'esperienza romana, è stato elaborato soprattutto dai Pandettisti, dunque dai giuristi che nell'800 analizzarono le antiche fonti romane; anche per renderle attuali e applicabili in detto secolo. I redattori del codice austriaco non poterono ovviamente tener conto di questi successivi contributi scientifici, e non posero neppure in discussione il principio già indicato del "*Quod nullum est nullum producit effectum*". Il § 879 di esso conferma *tout court* quelle nullità che vengono disposte nei paragrafi ad esso precedenti e successivi. E, senza ovviamente accennare all'assenza di ogni effetto per i relativi atti, prevede, fra le altre, due ipotesi specifiche che mi sembra curioso riferire, anche per rilevare nuovamente lo stretto collegamento di questo codice con l'insegnamento romano classico. Si ha dunque nullità – leggo la versione ufficiale del (1815) del § 879 – "se un medico o chirurgo si fa promettere dall'ammalato una determinata ricompensa per intraprendere la cura; se un avvocato pattuisce una ricompensa determinata per assumere il patrocinio della lite, ovvero compera una cosa litigiosa a lui affidata". Questa norma, come è ovvio, è stata poi modificata; e oggi riguarda le nullità degli atti che sono in contrasto con i divieti legislativi e i buoni costumi. Ma, quanto alla gratuità del patrocinio legale, voglio osservare che già nel basso medioevo, nella Glossa, si ammetteva la liceità addirittura degli 'acconti' richiesti da un avvocato.

Il principio di conversione non è dunque previsto nel codice austriaco, che pur ha introdotto quello di nullità parziale con la III^a Novella del 1916. Ma già nel 1911 la giurisprudenza austriaca, facendo leva sull'intento delle parti, era giunta ad ammettere il trattamento di conversione. Tuttavia il codice stesso, anche senza l'apporto della dottrina pandettistica, era già nel 1811 sulla buona strada verso il principio del "salvare il salvabile". Infatti il § 956 riguarda la donazione *mortis causa*, destinata cioè ad avere effetto a favore del donatario solo dopo la morte del donante; e precisa che, in quanto donazione – e quindi in quanto contratto – essa è valida a queste condizioni: se è stata accettata dal donatario, se il donante ha espressamente rinunciato alla facoltà

di revocarla, ed inoltre se ha consegnato al donatario stesso il pertinente documento scritto. Se mancano questi requisiti, o anche uno solo di essi, la donazione è nulla. Ma, nella norma predetta, è prevista questa sanatoria: la donazione nulla può avere effetto come un legato dello stesso contenuto, ossia come un lascito testamentario, se sono presenti le formalità richieste per quest'ultimo atto.

7. SEGUE: IN TEMA DI ERRORE NEL CONTRATTO

Pure di particolare significato, anche perché mette in luce una soluzione del codice austriaco che può dirsi ispirata ad un intento solidaristico, è un confronto sulla disciplina di quell'errore che induce una parte a vincolarsi con un'altra, ma essendosi formata un'idea falsa sulla cosa oggetto del contratto, o sulla persona con la quale esso venga concluso. Il confronto può muovere dal codice Napoleone, la cui disciplina è più sobria. Osserva Terré che in un ordinamento come quello francese, nel quale vige il principio dell'autonomia della volontà individuale, dovrebbe essere considerato nullo ogni contratto concluso sotto l'influenza di una convinzione erronea. Ma una soluzione così radicale esporrebbe la controparte a tali rischi di insicurezza, che i rapporti giuridici ne sarebbero compromessi. Un saggio legislatore – egli aggiunge – deve quindi ricorrere ad una “*transaction*”, fra la preoccupazione di disporre l'invalidità di un contratto che non corrisponde alla volontà reale di chi l'ha stipulato, e la tendenza a mettere l'altra parte al riparo da una nullità che non poteva prevedere: limitando insomma i casi nei quali l'errore può essere invocato. Così nel Codice Napoleone (art. 1110) esso è rilevante se riguarda “*la substance même de la chose*” oggetto del contratto, o anche la persona con la quale si tratta, ma soltanto se la considerazione di essa sia “*la cause principale de la convention*”.

La giurisprudenza, nel silenzio della legge, ha ritenuto di dover operare in senso, dirò così, più rigoroso: esigendo che l'errore debba essere inoltre “scusabile”. E non è tale quando un soggetto ometta di assumere informazioni o precauzioni di natura elementare, tenendo così un comportamento negligente. In presenza del quale scatta il fondamentale precetto: “*De non vigilantibus non curat praetor*”. I giudici ritengono, ad esempio, che sia scusabile l'errore provocato da reticenza

della controparte, ma non scusabile quello provocato da una lettura non attenta di un atto che sia stato poi firmato dal soggetto stesso.

Il codice austriaco, nel testo originario, escludeva che sia obbligata la parte che è in errore se questo riguardi "la cosa principale o una qualità di essa" – riporto dalla versione ufficiale italiana del 1815 – o riguardi anche la "persona alla quale è stata fatta la promessa". Ma richiedeva inoltre che l'una sia stata "dall'altra con false dichiarazioni indotta in errore" (§§ 871-873). Tuttavia prevedeva – in una norma sulla quale intendo richiamare l'attenzione (§ 876) – che se una parte cadeva in un errore che "a lei soltanto possa imputarsi", il contratto era valido, "a meno che questo errore non dovesse dalle circostanze manifestarsi evidentemente alla parte accettante". Ossia dovesse chiaramente apparirle. La stessa regola era disposta per il caso che la parte sia stata da un terzo "con false osservazioni indotta in errore" (§ 875). Si affermava così, anticipando i tempi, quel principio dell'affidamento al quale già ho accennato: che per l'errore è stato recepito non dal codice tedesco, ma, come si vedrà, da altri legislatori. La disciplina originaria del codice austriaco in tema di errore è stata nel 1916 in parte modificata, e il predetto principio della conoscibilità dell'errore è stato previsto già nella norma introduttiva (§ 871). Nella quale si prevede dunque che l'errore può essere fatto valere solo se è stato provocato dall'altro contraente, oppure se in base alle circostanze poteva essere chiaramente riconosciuto dalla controparte, o se dell'errore stesso la controparte sia venuta a conoscenza "ancora in tempo". Va notato che, ad avviso della giurisprudenza, l'espressione 'provocare' non allude necessariamente ad una induzione in errore, ma a qualsiasi comportamento che possa averne determinato il sorgere, come anche il silenzio; e che la locuzione "ancora in tempo" si riferisce al fatto che del bene oggetto del contratto la controparte dell'errante non abbia ancora fatto uso o disposto.

L'insegnamento del codice austriaco è stato messo a profitto dal codice svizzero delle obbligazioni e dal codice italiano vigente. Nel primo con una norma di impronta piuttosto pragmatica (art. 26), nella quale si dispone che se una parte non adempie il contratto invocando l'errore nel quale è incorsa "è tenuta al risarcimento del danno...salvo che l'altra parte l'abbia conosciuto o avrebbe dovuto conoscerlo". Il codice italiano vigente, considerando invece l'errore sotto il profilo dell'annullabilità del contratto, esige che esso sia, fra l'altro, "riconoscibile dall'altro contraen-

te” (art. 1428): ed è tale se in base al contenuto del contratto, alle circostanze o alle qualità dei contraenti la controparte avrebbe potuto rendersene conto. Osserva la Relazione ministeriale a tale codice (n° 652) che questa soluzione normativa tutela “le aspettative del destinatario fondate sulla dichiarazione” e insomma “l’affidamento creato dal significato che socialmente può darsi alla dichiarazione”. Analoghe considerazioni possono esprimersi per la norma austriaca, che esige la riconoscibilità dell’errore (o una delle altre due ipotesi indicate).

Il raffronto fra le soluzioni normative francese e austriaca consente dunque di rilevare l’impostazione individualistica del Codice Napoleone, sia pure temperata da quella *transaction*, che Terré considera necessaria, e dalla richiesta “scusabilità” di matrice giurisprudenziale; e consente anche di sottolineare lo spirito solidaristico della norma austriaca, reso palese dalla sua antesignana soluzione basata sul principio dell’affidamento.

Potrei prospettare ulteriori, utili confronti per altre tematiche, ma il tempo che mi è concesso per questa relazione accademica non me lo consente.

8. SEGUE: IN TEMA DI DANNO DA ILLECITO COMMESSO DA PIÙ SOGGETTI

Il tempo che mi è concesso per questa relazione accademica mi impone di concludere tale rapida rassegna di soluzioni normative del codice austriaco, che sono meritevoli in questa sede di particolare considerazione: mi limito pertanto a dedicare ancora un cenno alla disposizione del codice medesimo che concerne un fatto illecito commesso da più soggetti, e ne disciplina la responsabilità nei confronti del danneggiato. In un tale caso sono concepibili in astratto due soluzioni: tutti i colpevoli rispondono in solido verso il soggetto leso, salvo poi rifarsi gli uni verso gli altri in proporzione del rispettivo grado di responsabilità; oppure ognuno dei colpevoli risponde verso il danneggiato in proporzione alla sua partecipazione alla produzione del danno. La prima soluzione mira a tutelare il danneggiato: attribuendogli la facoltà di rivolgersi a quello dei soggetti colpevoli le cui condizioni economiche siano tali da garantirgli il totale risarcimento. La seconda è volta a col-

pire i responsabili in proporzione all'entità della loro effettiva colpa e dell'efficienza causale della stessa; e non consente quindi che un soggetto, che è corresponsabile in esigua misura, venga costretto ad effettuare un risarcimento di sproporzionata entità rispetto alla sua reale partecipazione alla produzione dell'evento.

Prendiamo in esame, per un confronto, i codici europei sinora considerati. Notiamo che il codice francese non contiene una disposizione specifica in proposito; e si osserva in dottrina che tale lacuna risulta in un certo senso colmata dal codice civile italiano del 1865, che pure si rifà in larga misura al modello napoleonico, e precisamente nell'art. 1156 che si pronuncia per la solidarietà: "Se il delitto...è imputabile a più persone, questo sono tenute in solido al risarcimento del danno". Tale soluzione è ribadita dal codice civile italiano vigente, che consente il "regresso" a favore di colui che ha risarcito, nei confronti dei corresponsabili, nella misura "della gravità della rispettiva colpa e delle conseguenze che ne sono derivate" (art. 2055). Alla solidarietà la Francia (come la Spagna) è giunta per via giurisprudenziale. La solidarietà è invece affermata dai codici tedesco e svizzero delle obbligazioni. Il primo (§ 830) dispone che: "se più soggetti hanno cagionato un danno con un atto illecito commesso col concorso di tutti, ognuno di essi è responsabile del danno. Lo stesso principio vale se non è possibile accertare chi fra di essi abbia provocato il danno con il suo atto". Nel predetto codice svizzero (art. 50) "se il danno è cagionato da più persone insieme, tutte sono tenute in solido verso il danneggiato, senza distinguere se abbiano agito come istigatori, autori o complici. E' lasciato al prudente criterio del giudice il determinare se e in quali limiti i partecipanti abbiano fra loro un diritto di regresso".

Il codice austriaco adotta invece una soluzione attentamente articolata, che tiene conto anzitutto della gravità del cosiddetto 'elemento soggettivo', distinguendo cioè l'atto illecito colposo da quello doloso, ed esige inoltre che si accerti se sia possibile stabilire in quale misura ognuno dei compartecipi abbia effettivamente concorso a cagionare il danno. Il § 1302 dispone pertanto (nella già citata traduzione ufficiale in lingua italiana) che: "...se il danno è stato dato per colpa, e se possa determinarsi quanto ciascuno ne abbia cagionato, ognuno è responsabile soltanto per quello che per sua colpa ha recato. Se poi il danno fu dato deliberatamente, o se non si possa determinare in qual proporzio-

ne ciascuno vi abbia contribuito, tutti sono obbligati solidariamente; salvo a quello che lo avesse risarcito, il diritto di regresso verso gli altri". Il legislatore austriaco, dunque, non sembra avvertire l'esigenza di enunciare una soluzione che valga come "deterrente" e che sia volta a proteggere in ogni caso il danneggiato. Valuta invece con indubbio scrupolo di ordine etico la posizione del soggetto responsabile, e detta una disciplina che può dirsi ispirata al principio del "suum cuique tribuere", ossia al corollario che vuole penalizzato ciascuno secondo la sua effettiva responsabilità, prescrivendo inoltre una diligente ricostruzione, in quanto possibile, del fatto e delle sue componenti.

9. IL CODICE DEL REGNO LOMBARDO-VENETO

Dicevo che il codice austriaco è stato in vigore per oltre quarant'anni nel Regno Lombardo-Veneto. Fu Francesco II, imperatore d'Austria, che pubblicò il 16 ottobre 1815 la "Sovrana patente" con la quale dichiarava la sua determinazione di "introdurre al più presto" questo codice - come si precisava nella patente - "in tutte le province spettanti al governo di Milano": in pratica nel Lombardo-Veneto, che era stato attribuito all'Impero asburgico dal Congresso di Vienna, il cui atto finale era stato firmato solo quattro mesi prima, il 9 giugno 1815. L'intento di affermare, anzi ripristinare subito la sovranità imperiale nel Nord-Italia sembra palese; anche se fra gli storici è presente l'idea che al Congresso di Vienna la decisione di assegnare all'Impero asburgico la Lombardia e il Veneto sia dovuta non tanto all'aspirazione austriaca, quanto alla determinazione britannica, fatta valere dal marchese Castlereagh.

L'imperatore aveva disposto che, entrando in vigore questo codice, venisse meno tutto il diritto in precedenza vigente. Tuttavia restarono in vigore nel Lombardo-Veneto, per alcuni decenni, il codice di commercio francese nonché come fonte sussidiaria il diritto romano, in quanto espressione del diritto naturale, e in qualche materia le consuetudini feudali.

Comunque, si afferma che in queste regioni italiane tale codice venne bene accolto, avendo esso quella base romanistica che apparteneva alla tradizione e che era presente anche nel codice Napoleone, qui precedentemente in vigore per un decennio. Fu fatta del codice

austriaco una bella traduzione ufficiale (alla quale già ho fatto richiamo), pubblicata nel 1815 dalla Cesarea Regia Stamperia di Milano; e che possiedo. Ma l'imperatore aveva disposto che il testo in lingua tedesca valesse come unico testo ufficiale, e che in base ad esso dovessero giudicarsi le versioni fatte nelle diverse lingue parlate nell'impero. Il che incoraggiò gli studiosi a segnalare con particolare attenzione, anzi con meticolosità, le locuzioni che potessero considerarsi tradotte non esaurientemente o fedelmente. Posso fare qualche esempio significativo. La traduzione in italiano del § 874 diceva testualmente: "Chi col mezzo di dolo o di ingiusto timore effettuò un contratto (ossia chi è riuscito a concludere un contratto con l'inganno o la minaccia) è tenuto al soddisfacimento (ossia al risarcimento) per le conseguenze dannose". Si segnalava che nella traduzione italiana mancavano le parole introduttive del testo originale, e cioè "In ogni caso" (*In jedem Falle*), che erano ritenute tali da attribuire al precetto un valore categorico. Un altro esempio? Questo codice, in quanto legato alla tradizione, disciplina ampiamente il contratto di permuta, ossia il baratto, per regolare il quale invece gli altri codici europei più recenti si limitano a fare un rinvio alle norme sulla vendita. Nel § 1045 viene definito come "...il contratto per il quale si dà una cosa per un'altra" (ossia in cambio di un'altra). E si precisa, nella versione ufficiale italiana, che "la tradizione (ossia la consegna) effettiva della cosa non è necessaria per l'essenza di questo contratto, ma pel suo adempimento e per acquistare la proprietà" (come nella vendita, che può essere conclusa consegnando la cosa venduta non subito, ma in un secondo momento). E' stata considerata infelice nella traduzione la parola 'essenza', dovendosi invece usare il termine "conclusione" (nel senso del venire in essere). Insomma la parola dell'originale tedesco *Errichtung* allude alla formazione del contratto, non ad un suo carattere essenziale.

10. L'ANNULLAMENTO DEL MATRIMONIO DI GARIBALDI CON LA SEDICENNE MARCHESINA RAIMONDI

Si è detto, come accennavo, che il codice austriaco è stato ben accolto nel Lombardo-Veneto. Ma voglio menzionare in proposito un

fatto storicamente curioso. Garibaldi, profondamente ostile verso l'Impero asburgico, invocò l'applicazione di questo codice a suo favore per una vicenda personale: una vicenda penosa, che venne trattata in un macchinoso processo.

Sintetizzo i fatti. Rimasto vedovo nel 1849 di Anita, Garibaldi conobbe nel 1859, quasi sessantenne, la marchesina sedicenne Giuseppina Raimondi di Fino Mornasco, nel Comasco. Se ne innamorò; ebbe con lei dei momenti di intimità; e avendole lei confessato che attendeva un figlio (che poi risultò non concepito con lui), si sposò con lei il 24 gennaio 1860 nella cappella del palazzo del padre di lei, il marchese Raimondi. Ma, immediatamente dopo la cerimonia nuziale, ricevette una lettera che lo informava dei trascorsi, veramente inaccettabili, della sedicenne: che quindi egli non volle più vedere, tentando anzi in tutte le maniere possibili di porre nel nulla il matrimonio. Assistito dai suoi legali, Garibaldi affermò anzitutto che l'invalidità del suo matrimonio doveva stabilirsi in base alle norme del codice austriaco. Questo infatti nel 1860, dunque al momento delle nozze, era ancora in vigore in Lombardia, anche se questa non apparteneva più all'Impero austriaco, e il codice restò qui in vigore sino a tutto il 1865, quando ad esso subentrò col 1° gennaio 1866 il primo codice civile del Regno d'Italia, il famoso codice Vacca del 1865. Garibaldi instaurò la causa davanti al Tribunale solo nel 1878 e chiese in via principale l'applicazione del § 58 del codice austriaco, in forza del quale: "Se il marito dopo il matrimonio trova la moglie già fecondata da un altro, può domandare che il matrimonio sia dichiarato invalido". Ma la sua domanda venne in primo grado respinta, perché era ormai scaduto il termine di decadenza previsto, per far valere l'invalidità, da una Patente imperiale austriaca dell'8 ottobre 1856. Propose appello; e sostenne questa tesi. In seguito al Concordato concluso fra l'Imperatore d'Austria e la Santa Sede, e in forza della stessa Patente imperiale del 1856, le disposizioni del codice austriaco relative alla validità del matrimonio fra cattolici erano state sostituite con le norme del diritto canonico. Le quali prevedevano l'annullamento del matrimonio "rato e non consumato", dunque liberamente voluto ma non seguito dall'amplesso. Garibaldi aveva avuto, sì, dei momenti di intimità con Giuseppina prima delle nozze; ma essi non potevano valere come consumazione di un matrimonio

non ancora esistente. Questa tesi venne accolta dalla sentenza della Corte d'appello che fu letta pubblicamente il 14 gennaio 1880.

Così l'Eroe dei due mondi, fortemente ostile verso l'impero austriaco e fieramente anticlericale, potè risolvere il suo angoscioso problema grazie al diritto austriaco e al diritto canonico. E non perdetto tempo. Dodici giorni dopo la lettura della sentenza, il 26 gennaio 1880, a Caprera, a settantatré anni, malfermo e dolorante anche per i postumi delle ferite di Aspromonte, si sposò con la trentaduenne piemontese Francesca Armosino, la sua fedele amante-infermiera, che gli aveva anche fatto costruire una più stabile carrozzina a tre ruote. Potè anche dare il proprio cognome ai figli: Clelia di tredici anni e Manlio di sette. Ma dopo due matrimoni religiosi, a Montevideo con Anita e a Fino Mornasco con Giuseppina, questa volta vi fu il solo rito civile. Subito dopo spedì un telegramma al Re Umberto I. Scrisse: "Grazie alle leggi di cui vostra Maestà è geloso custode, io quest'oggi ho potuto adempiere un sacro dovere ed essere felice per tutta la vita", firmandosi: "Vostro milite". Il Re gli rispose formulando "l'augurio sincero... per la sua felicità che sta a cuore di ogni italiano".

Ma qual era in realtà la legge che ha reso Garibaldi felice per tutta la vita? Era una Patente imperiale austriaca che rendeva applicabili le norme del diritto canonico.