

Paola Mastrolia

**La civilistica lombardo-veneta durante la Restaurazione.  
Un anonimo *Compendio di diritto civile austriaco* tra  
giusnaturalismo e positivismo giuridico**

*The Lombard-Venetian civil law during the Restoration.  
An anonymous Compendium of austrian civil law  
between natural law and legal positivism*

SOMMARIO: 1. Il *Compendio di diritto civile austriaco* tra scienza e prassi nella Lombardia di metà Ottocento - 2. «I pregi speciali del codice austriaco in confronto del francese». ABGB e Illuminismo giuridico - 3. Diritto naturale, diritto romano, diritto positivo: «L'interpretazione e l'applicazione della legge» nel commento al § 7.

ABSTRACT: A previously unpublished Compendium of Austrian civil law, probably dating from the 1840s, enriches the current landscape of Lombard-Venetian civil law during the Restoration. The compendium has common traits found in other Abgb commentary works but also some new elements. In general, the work well illustrates the naturalistic juristic ideals that animated Habsburg codification but at the same time the position taken by the author on § 7 foreshadows the positivistic turn that would also characterize Austria from the second half of the 1800s onward.

KEYWORDS: Austrian civil law, Restoration, natural law, legal positivism.

## 1. *Il Compendio di diritto civile austriaco tra scienza e prassi nella Lombardia di metà Ottocento*

Ricerche recenti hanno ad oggi in parte colmato, con particolare riferimento all'area italiana<sup>1</sup>, quella «quasi totale mancanza di studi sull'abbondante letteratura giuridica elaborata a commento dell'ABGB» (considerata da Maria Rosa Di Simone un ostacolo rispetto alla possibilità «di formulare giudizi complessivi sul suo valore, significato e incidenza in Italia»)<sup>2</sup>, captandone l'influsso tutt'altro che trascurabile sulla cultura giuridica e sulla prassi giudiziaria delle aree dominate dagli Asburgo.

A incrementare le nostre conoscenze attuali giunge un inedito *Compendio di diritto civile*, conservato nel Fondo manoscritti dell'Università Cattolica<sup>3</sup>: un'occasione allettante per avviare una riflessione sui caratteri «di una scienza del diritto strettamente legata al testo normativo»<sup>4</sup>, sullo «scambio tra cultura giuridica austriaca e italiana» in grado di disvelare «risultati più originali di quanto finora si sia immaginato»<sup>5</sup> e, nondimeno, sugli sviluppi storiografici recenti in tema di *legal transfer*<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> P. Caroni-R. Ferrante (curr.), *La codificazione del diritto tra il Danubio e l'Adriatico. Per i duecento anni dall'entrata in vigore dell'ABGB (1812-2012)*, Torino 2015. Sulla codificazione austriaca del 1811, si veda W. Brauner (cur.), *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtskodifikation, Band I, Entstehung und Entwicklung des ABGB bis 1900, von Wilhelm Brauner*, Berlin 2014.

<sup>2</sup> M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia*, Milano 2006, p. 98.

<sup>3</sup> La segnatura riportata sull'opera è: III-1-L-20.

<sup>4</sup> M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto*, cit., p. 98.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Sul piano metodologico, cfr. G. R. B. Galindo, *Legal Transplants between Time and Space*, in T. Duve (cur.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main 2014, pp. 129-146; M. Meccarelli, *I tempi ascrivibili tra esperienza giuridica e ricerca storica*, in «Le Carte e la Storia», II (2018), pp. 18-25; Id., *Time of innovation and time of transition shaping the legal dimension: a methodological approach from legal history*, in M. Meccarelli-C. Paixão-C. Roesler (curr.), *Innovation and Transition in law*, Madrid 2020, pp. 23-44; M. van der Burg, *Cultural and legal transfer in Napoleonic Europe: codification of Dutch civil law as a cross-national process*, in «Comparative legal history», III (2015), pp. 85-109; L. Foljanty, *Legal Transfers as processes of cultural translation: on the consequences of a metaphor*, in «Max Planck Institute for European Legal History research paper series», (2015-09), pp. 1-18. Si tratta di un filone di ricerca che, già da qualche anno, ha inteso recepire quelle suggestioni dirette a illuminare la storia dei codici nel loro farsi nelle singole realtà territoriali nei quali essi furono applicati, come spiegano S. Solimano, «*Il codice civile e la sua compagna*». *Riflessioni in margine al bicentenario della codificazione delle Due Sicilie*, in F. Mastroberti-G. Masiello (curr.), *A Duecento anni dal Codice per lo Regno delle Due Sicilie: elaborazione, applicazione e dimensione europea del modello codicistico borbonico*, Atti del Convegno

Non sono chiare le circostanze che hanno portato l'anonimo autore alla stesura di tale trattato. Esternamente, esso si presenta come un manoscritto rilegato in 325 fogli per 650 facciate. Come possiamo ricavare dalle citazioni di decreti aulici risalenti anche a quel periodo, esso è certamente posteriore agli anni Quaranta dell'Ottocento. Inoltre, uno stile non troppo formale induce a pensare a un'opera in bozza che cela le legittime aspirazioni del suo redattore a renderla, magari, in futuro, un supporto didattico destinato a studenti di diritto. Quanto alla collocazione geografica, il *Compendio* si colloca nell'ambiente scientifico lombardo, come si può ricavare da una più marcata attenzione per quest'area<sup>7</sup>, che sappiamo vantare tra i suoi principali giuristi il docente pavese Agostino Reale definito, condivisibilmente, come un «tramite ideale per conoscere più da vicino le linee di fondo della scienza civilistica lombarda dell'età della Restaurazione»<sup>8</sup>, la cui opera di commento al codice austriaco, secondo quanto messo in luce dalla storiografia, non può essere ricondotta a un mero e sterile approccio esegetico<sup>9</sup>.

Se il canone espositivo che segue l'ordine del codice con il commento paragrafo per paragrafo e con la citazione espressa della norma appare quello che, sebbene affermatosi gradualmente<sup>10</sup>, si rivelò il maggiormente diffuso nell'ambiente scientifico padano<sup>11</sup>, nel trattato oggetto del nostro esame le prime

---

internazionale di studi, Napoli e Caserta, 4-5 ottobre 2019, Napoli 2020, pp. 471-499, e P. Caroni, *La storia della codificazione e quella del codice*, in «Index. Quaderni camerti di studi romanistici», XXIX (2001), pp. 55-81. Sulla *Wirkungsgeschichte* cfr. ancora S. Solimano, *Introduzione*, in F. Brunet-M. Luminati-P. Mastrolia-S. Solimano (curr.), *Costruire, trasformare, controllare. Legal transfer e gestione dello spazio nel primo Ottocento*, Bellinzona, 2022, pp. 9-11.

<sup>7</sup> Il dato è particolarmente evidente nel commento al diritto matrimoniale, che appare ricco di riferimenti a deliberazioni assunte dal governo di Milano. Questo argomento sarà oggetto di studi futuri finalizzati ad approfondire anche altre parti del *Compendio di diritto civile*.

<sup>8</sup> E. D'Amico, *Agostino Reale e la civilistica lombarda nell'età della Restaurazione*, in *Studi di Storia del diritto*, II, Milano 1999, p. 778.

<sup>9</sup> *Ibidem*; M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto*, cit., p. 98; 175; M. G. di Renzo Villata, *Introduzione. La formazione del giurista in Italia e l'influenza culturale europea tra Sette ed Ottocento. Il caso della Lombardia*, in M. G. di Renzo Villata (cur.), *Formare il giurista. Esperienze nell'area Lombarda tra Sette e Ottocento*, Milano 2004, p. 172.

<sup>10</sup> E. D'Amico, *Agostino Reale e la civilistica lombarda*, cit., p. 806.

<sup>11</sup> Mi pare rientrino in questa categoria le opere di Francesco Borella (*Annotazioni al Codice civile universale austriaco col confronto del diritto romano*, Milano 1816), Diego Martinez (*Al codice civile universale austriaco*, Milano 1823), Giuseppe Antonio Castelli (*I paragrafi del codice civile generale della monarchia austriaca*, Milano 1824; *Codice civile generale austriaco confrontato colle leggi romane e col già codice civile d'Italia*, Milano 1831; *Manuale del codice civile generale austriaco*, Milano 1839), Andrea Amati (*Manuale sul codice civile generale austriaco*, terza ed., Milano 1844), Jacopo Mattei (*I paragrafi del codice civile austriaco avvicinati dalle leggi romane, francesi e sarde*, Venezia 1852),

pagine introduttive sono connotate da una esposizione delle materie che segue il tipico itinerario dialettico delle *quaestiones*<sup>12</sup>, e il codice viene analizzato prescindendo dal riferimento al paragrafo specifico oggetto di disamina. La norma raramente viene citata per esteso. L'esegesi del codice lascia dunque il posto a una trattazione che segue un ordine più libero, privilegiando alcuni argomenti e istituti a scapito di altri. Notiamo, sotto questo punto di vista, una qualche affinità metodologica (ma come si vedrà più avanti anche contenutistica) con l'opera istituzionale di Reale, seppur all'interno di un contesto meno solido sotto il profilo formale, nella misura in cui, come è stato notato, nelle sue *Istituzioni* «i paragrafi del codice si inseriscono quasi con discrezione nel discorso [...]» e «una particolare attenzione è riservata alle definizioni»<sup>13</sup>.

Nella prima parte preliminare l'autore, richiamando Leibniz, si spende in spiegazioni circa la distinzione tra la storia interiore (o filosofica) ed esteriore del diritto. La disamina sia della prima che della seconda accomuna il *Compendio* agli altri commentari del codice austriaco prodotti nel Lombardo-Veneto durante la Restaurazione, nonché all'antesignana opera di Zeiller. L'autore passa dunque in rassegna gli intensi e frenetici sessanta anni di vita legislativa, in cui si succedettero le diverse collezioni di leggi austriache, il codice teresiano, il codice giuseppino, il codice galiziano<sup>14</sup> e finalmente il codice promulgato con sovrana patente il 1 giugno 1811 con la denominazione di codice civile universale, spiegando altresì che esso cominciò ad avere forza di legge il 1 gennaio 1812 negli stati ereditari tedeschi (cioè escluso il regno di Ungheria, della Croazia e Transilvania) e il 1 gennaio 1816 nel Lombardo-Veneto.

---

Gioachino Basevi (*Annotazioni pratiche al codice civile austriaco*, quarta ed., Milano 1851). Non compaiono invece sempre citati nella loro interezza i paragrafi del codice (ma non per questo passa certo in secondo piano il testo della legge) nelle opere di Onofrio Taglioni (*Commentario al codice civile generale austriaco*, Milano 1816), di Giuseppe Carozzi (*Giurisprudenza del codice civile universale della monarchia austriaca*, Milano 1818) e di Agostino Reale (*Istituzioni del diritto civile austriaco con le differenze tra questo e il diritto civile francese*, Pavia 1829).

<sup>12</sup> Il medesimo canone delle *quaestiones* è accolto nel capo secondo, «del diritto di matrimonio», ma questa volta nell'ambito di una esposizione che segue in modo preciso l'ordine dei paragrafi. Un cambiamento di rotta si verifica a partire dal capitolo terzo del capo secondo, intitolato «diritti fra genitori e della prole», e per la parte seconda, «dei diritti sulle cose» suddivisa in sezioni e in capitoli (trenta, per l'esattezza), laddove il primo modello è sostituito da quello del commento paragrafo per paragrafo. Per finire, nella parte terza, dedicata alle «disposizioni comuni ai diritti delle persone e ai diritti sulle cose», qui divisa in quattro capitoli, l'autore abbandona nuovamente il canone espositivo che segue l'ordine del codice e predilige una trattazione libera, che prescinde dal riferimento alle norme.

<sup>13</sup> E. D'Amico, *Agostino Reale e la civilistica lombarda*, cit., p. 808.

<sup>14</sup> Su cui cfr. A. A. Cassi, *Il bravo funzionario asburgico tra absolutismus e Aufklärung. Il pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800)*, Milano 1999, p. 251 ss.

Subito dopo, quasi per giustificare le ragioni di una scelta non tanto libera, quanto imposta da ordini di necessità, egli anticipa che nella disamina del diritto austriaco non ci si poteva esimere da un approccio comparatistico tra il diritto vigente e quello francese, «[...] perché avendo avuto il codice francese forza di legge presso di noi accade non di rado di doversi muovere tra le relative decisioni o atti compiuti vigente ancora quel codice». Un'utilità anzitutto prettamente pratica, dunque, messa in evidenza pure da Agostino Reale nel preambolo alle sue *Istituzioni*, laddove egli si era peritato di avvertire di non aver potuto sorvolare sulle differenze «tra l'odierno civile diritto e il francese, siccome anche intorno a queste deve versare lo studio di chiunque volga il pensiero alla via della giurisprudenza ove la legislazione gallica ebbe a produrre conseguenze giuridiche»<sup>15</sup>.

Non si tratta di un elemento nuovo: è stato già notato che «il mondo della scienza sembrava saldarsi con quello della pratica [...], privileg[ando] nella sua scala di valori una preparazione insieme scientifica e pratica, attenta all'acquisizione dei principi generali e ad addestrare lo studente alla loro applicazione, nonché alla risoluzione delle questioni controverse [...]»<sup>16</sup>. Dunque, l'attenzione alla dimensione comparatistica – di vichiana e leibniziana ispirazione – di cui nella penisola si diede prova attraverso le intense attività di traduzione di opere straniere<sup>17</sup>, fu un elemento costante nella formazione e nella attività dei giuristi ottocenteschi, e si manifestò nel Lombardo-Veneto come spiccatamente connessa più alla dimensione pratica che a quella teorica, «al fine di una migliore interpretazione delle norme codificate»<sup>18</sup>, perfezionando una metodologia certo

<sup>15</sup> Non prima di aver curato, nel 1821, e con tali finalità, una edizione pavese del Dupin corredata da un compendio storico del diritto italiano e austriaco. Cfr., in merito, M. T. Napoli, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX. Tendenze e centri dell'attività giuridica*, Napoli 1987, pp. 143-144. La citazione riportata si trova invece in A. Reale, *Ai lettori discreti*, in *Istituzioni del diritto civile austriaco con le differenze tra questo e il diritto francese, e coll'additamento delle disposizioni posteriori alla promulgazione del codice civile generale austriaco pubblicato pel Lombardo-Veneto*, I, Pavia 1829-1836. Cfr. anche, sul punto, M. G. di Renzo Villata, *Introduzione. La formazione del giurista in Italia e l'influenza culturale europea tra Sette ed Ottocento*, cit., p. 94.

<sup>16</sup> M. G. di Renzo Villata, *Introduzione. La formazione del giurista in Italia e l'influenza culturale europea tra Sette ed Ottocento*, cit., p. 94. In merito v. anche E. D'Amico, *Agostino Reale e la civilistica lombarda*, cit., p. 808.

<sup>17</sup> S. Solimano, *Un secolo giuridico (1814-1916). Legislazione, cultura e scienza del diritto in Italia e in Europa*, in P. Alvazzi Del Frate-M. Cavina-R. Ferrante-M. Miletto-N. Sarti-S. Solimano-G. Speciale-E. Tavilla, *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, coordinamento a cura di E. Tavilla, terza edizione, Torino 2022, p. 311.

<sup>18</sup> M. T. Napoli, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX. Tendenze e centri dell'attività giuridica*, cit., p. 115.

non nuova perché già presente, per esempio, in Barbacovi<sup>19</sup>.

Venendo ora all'insegnamento del diritto, l'età francese era stata connotata da un deciso accentramento<sup>20</sup>. I venti della Restaurazione avevano riportato in auge il modello viennese: in attesa della traduzione del testo legislativo asburgico, il codice francese fu intanto sostituito nella didattica dalle leggi romane in quanto fondamento comune di ogni legislazione<sup>21</sup>. Nonostante la Commissione per la riforma del piano di studi giuridici, presieduta da Filippo Ghislieri, si fosse posta come obiettivo prioritario l'accantonamento del corpo normativo francese, sussistono tuttavia vari indizi che avvalorano la tesi che vuole nella Lombardia della Restaurazione le leggi transalpine tutt'altro che ignorate dalla scienza giuridica<sup>22</sup>. Certamente, l'entrata in vigore dell'ABGB, irrinunciabile *instrumentum regni* al fine di «riconduurre i territori italiani sotto l'influenza

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> L'introduzione del codice di Napoleone nel Regno d'Italia, nel 1806, aveva postulato un necessitato adeguamento alla sua ingombrante presenza degli studi legali, della cui distribuzione e spiegazione era stato investito direttamente il ministro della Giustizia Luosi. In merito, cfr. M. G. di Renzo Villata, *Introduzione*, cit., p. 72; P. Cappellini, *Note storiche introduttive*, in *Codice di Napoleone il Grande per il Regno d'Italia (1806)*, Riedizione anastatica dell'originale a cura e con presentazione di G. Cian, Padova 1989, p. XI. Sull'insegnamento del diritto in età napoleonica, cfr. ancora E. D'Amico, *La riforma luosiana degli studi giuridici pavesi*, in E. Tavilla (cur.), *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione. A 200 anni dalla traduzione in italiano del Code Napoléon (1806-2006)*, Modena 2009, p. 115. In generale, considerando l'insegnamento del diritto, è utile ricordare che già nella seconda metà del Settecento era stata inaugurata, nella Lombardia austriaca, e giusta l'influenza dell'assolutismo illuminato, «una stagione intensamente dinamica» di riforme, come precisa M. G. di Renzo Villata, *Introduzione. La formazione del giurista in Italia e l'influenza culturale europea tra Sette ed Ottocento*, cit., p. 42. In particolare, il governo asburgico non aveva ommesso di esercitare il suo spirito accentratore anche sulla istruzione universitaria, facendo sì che l'insegnamento del diritto riemergesse dalla stagnazione cui penosamente versava e conoscesse una fase nuovamente e finalmente florida. Sul punto, cfr. la copiosa bibliografia sul tema citata da M. G. di Renzo Villata, *Introduzione*, cit., p. 42, nota 81, p. 47 e p. 48. In particolare, cfr. M. C. Zorzoli, *La formazione dei giuristi lombardi nell'età di Maria Teresa*, in A. De Maddalena-E. Rotelli-G. Barbarisi (curr.), *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia*, III, *Istituzioni e società*, Bologna 1982, p. 743 ss.; F. Valsecchi, *L'assolutismo illuminato in Austria e in Lombardia*, II, Bologna 1934; C. Capra, *Lo sviluppo delle riforme asburgiche nello Stato di Milano*, in P. Schiera (cur.), *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo*, Bologna 1981, p. 161 ss.

<sup>21</sup> E. D'Amico, *La Facoltà giuridica pavese dalla riforma francese all'unità*, in *Annali di storia delle Università italiane*, VII (2003), p. 118; M. G. di Renzo Villata, *Introduzione*, cit., p. 85 e bibliografia ivi citata; ead., *Tra bravi zelanti "artigiani del diritto" al lavoro. L'introduzione dell'ABGB nel Lombardo-Veneto, con particolare riguardo alla Lombardia*, in P. Caroni-R. Ferrante (curr.), *La codificazione del diritto tra il Danubio e l'Adriatico. Per i duecento anni dall'entrata in vigore dell'ABGB (1812-2012)*, cit., p. 185.

<sup>22</sup> M. G. di Renzo Villata, *Introduzione*, cit., p. 85.

austriaca<sup>23</sup> – opportunamente tradotto in italiano<sup>24</sup> – il primo gennaio del 1816<sup>25</sup> aveva comportato la centralità dell'insegnamento del diritto civile austriaco<sup>26</sup>; tuttavia, considerata la complessità e l'aleatorietà dell'applicazione delle leggi in un'epoca di transizione tra regimi giuridici differenti, una Sovrana Risoluzione di quell'anno, nel tentativo di riorganizzare gli studi legali nella Università di Pavia, prevede l'insegnamento, oltre che di quello romano<sup>27</sup> e feudale, del «diritto civile universale austriaco colle differenze tra questo e il diritto civile francese»<sup>28</sup>. Sofferamoci proprio su questo dato, al quale la storiografia riconnette il «taglio della manualistica di diritto civile sviluppatasi in Lombardia nell'età preunitaria, che si caratterizzava per la cura costante, per non dire ossessiva,

<sup>23</sup> M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia*, cit., p. 162.

<sup>24</sup> Sulle vicende delle traduzioni italiane dell'ABGB cfr. A. Trampus, *Le traduzioni italiane dell'ABGB: orientamenti istituzionali e politiche del diritto*, in P. Caroni-R. Ferrante (curr.), *La codificazione del diritto tra il Danubio e l'Adriatico. Per i duecento anni dall'entrata in vigore dell'ABGB (1812-2012)*, cit., p. 79 ss. Cfr. pure, in merito, M. G. di Renzo Villata, *Tra bravi zelanti "artigiani del diritto" al lavoro. L'introduzione dell'ABGB nel Lombardo-Veneto, con particolare riguardo alla Lombardia*, cit., p. 136.

<sup>25</sup> Sulla introduzione dell'ABGB in Italia, v. M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, cit., p. 159-183; ead., *Das ABGB in Italien*, in *Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB). Eine europäische Privatrechtskodifikation*, Band III, *Das ABGB außerhalb Österreichs*, Berlin 2010, pp. 291-317; C. A. Cannata, *Das ABGB und die juristische Kultur in der Lombardei*, in Selb-Hofmeister (cur.), *Forschungsband Franz Von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte*, Wien-Graz-Köln 1980, p. 43 ss.; D. Mattiangeli, *Die Anwendung des ABGB in Italien im 19. Jahrhundert und seine historischen Aspekte*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Bruxelles-New York- Oxford- Wien 2012.

<sup>26</sup> D. Mattiangeli, *La giurisprudenza del Lombardo-Veneto alla luce dell'introduzione dell'ABGB. Aspetti storici e giuridici dell'applicazione di un nuovo codice nei tribunali locali*, in P. Caroni-R. Ferrante (curr.), *La codificazione del diritto tra il Danubio e l'Adriatico. Per i duecento anni dall'entrata in vigore dell'ABGB (1812-2012)*, cit., p. 123; M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia*, cit., p. 173, la quale spiega che tra i nuovi strumenti didattici necessari per la comprensione della nuova legislazione ci furono il commentario del codice civile austriaco nonché altre opere di Zeiller tradotte in italiano: *ibid.*

<sup>27</sup> Su cui ancora E. D'Amico, *Agostino Reale e la civilistica lombarda*, cit., pp. 803-804.

<sup>28</sup> M. G. di Renzo Villata, *Tra bravi zelanti "artigiani del diritto" al lavoro. L'introduzione dell'ABGB nel Lombardo-Veneto, con particolare riguardo alla Lombardia*, in P. Caroni-R. Ferrante (curr.), *La codificazione del diritto tra il Danubio e l'Adriatico. Per i duecento anni dall'entrata in vigore dell'ABGB (1812-2012)*, cit., p. 187. L'assetto degli studi giuridici così come voluto dalla monarchia asburgica conobbe un ulteriore consolidamento in seguito alla emanazione del *Regolamento generale per l'Imperiale Regia Università di Pavia* del 1825 e della circolare sulle *Prescrizioni sui testi da adoperarsi per le lezioni degli studi superiori nei pubblici stabilimenti* del 1837: oltre alla cattedra di diritto civile austriaco («colle differenze fra ABGB e il diritto civile francese») ebbe una grande rilevanza pure quella di «diritto romano combinato con l'antico diritto statutario e diritto feudale»: M. G. di Renzo Villata, *Introduzione*, cit., p. 91.

verso il dato legislativo francese, messo a confronto con l'austriaco secondo meccanismi quasi automatici, senza dimenticare il precedente romano»<sup>29</sup>. E ancora, «la ricostruzione degli istituti si risolveva in un'attività interpretativa che si avvaleva come corredo indispensabile dell'esperienza normativa e dottrinale accumulata attraverso i secoli nell'evolversi del diritto intermedio, condivisa nella diversità di sfumature con gli austriaci, e marcata con segni indelebili dai pochi anni del dominio legislativo francese»<sup>30</sup>. In altre parole, lo ha notato Riccardo Ferrante discorrendo del rapporto tra il giudice e la legge, il codice francese era, oltre che imprescindibile mezzo di comparazione, anche uno straordinario strumento interpretativo: infatti, «nel rinvio costante da parte dei giuristi del Lombardo-Veneto alle fonti legislative e dottrinali francesi è facile individuare una sostanziale unità della scienza giuridica di questa fase, [...] dove il *Corpus iuris civilis* arretra sullo sfondo e il riferimento normativo-autoritativo principe (quello che legittima il ragionamento giuridico) è costituito dai codici contemporanei intesi nel loro insieme»<sup>31</sup>.

Dunque (e nonostante non fosse mai mancata una certa disapprovazione da parte della dirigenza asburgica)<sup>32</sup>, i principali commentatori italiani del codice austriaco, nel loro tentativo di andare oltre la semplice esegesi del testo legislativo<sup>33</sup>, non prescindettero mai, sin dai primi anni, da un approccio comparatistico con la legislazione francese, oltre che con il diritto romano e con le altre leggi vigenti<sup>34</sup>, seguendo un orientamento che, da sempre, era stato presente

<sup>29</sup> *Ivi*, p. 92. Si legga anche A. Cavanna, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, in *Studi di storia del diritto*, III, Milano 2001, p. 719.

<sup>30</sup> M. G. di Renzo Villata, *Introduzione*, cit., p. 92.

<sup>31</sup> R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino 2006, pp. 148-149.

<sup>32</sup> M. G. di Renzo Villata, *Introduzione. La formazione del giurista in Italia e l'influenza culturale europea tra Sette ed Ottocento. Il caso della Lombardia*, in M.G. di Renzo Villata (cur.), *Formare il giurista*, cit., p. 92.

<sup>33</sup> Ne è un esempio il *Commentario al codice civile universale austriaco* di Onofrio Taglioni, pubblicato nel 1816, il quale riflette «il lavoro approfondito di ricerca di un giurista di formazione romanistica»: M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia*, cit., p. 98; p. 174 ss. Su Taglioni si veda pure R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, cit., p. 140, che scrive che «a Taglioni va riconosciuto come in tempi non sospetti, sulla scorta di Romagnosi, abbia effettivamente invitato a un'esposizione del diritto non esclusivamente ancorata all'ordine del codice, progetto che adesso, con la sua nuova opera, tenta di realizzare con un'esposizione, seppur timidamente, sistematica»: *ibid.*

<sup>34</sup> Si pensi all'opera del vicentino Giovanni Maria Negri *Dei difetti del codice civile italico che porta il titolo di Codice Napoleone e dei pregi del codice civile austriaco* del 1815 (su cui cfr. M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia*, cit., p. 167; R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, cit., p. 139), o a Francesco Borella, autore nel 1816 delle *Annotazioni al codice civile universale austriaco col confronto del diritto romano*, su cui cfr. M. G. di Renzo Villata, *Tra bravi zelanti "artigiani del*



anche a Vienna, come mostrano i riferimenti continui nel Commentario di Zeiller. Gli anni Trenta videro una maturazione di tale tendenza<sup>35</sup> che, muovendo sempre dal codice, andò a delineare un quadro teorico e sistematico di maggiore robustezza, sul solco tracciato da Romagnosi: *exempli gratia*, si pensi ancora una volta, all'opera di Agostino Reale<sup>36</sup>, il quale nel 1829 pubblicò un trattato istituzionale in più tomi avente ad oggetto la legislazione asburgica raffrontata al diritto francese, specchio di quello spirito tipicamente osmotico dei civilisti, non solo lombardi, della Restaurazione<sup>37</sup>. L'attenzione agli aspetti pratici connotò gli anni Quaranta: il quadro comparatistico tra le diverse legislazioni passate e attuali, pur sempre presente, lasciò il testimone alla disamina delle circolari e delle leggi vigenti nelle differenti province, come testimoniano i commentari di Amati, di Basevi<sup>38</sup> e quello inedito, che è oggetto della presente disamina. Un dato, questo, che ci appare evidente nel commento del § 5, sulla irretroattività della legge: la elencazione piuttosto dettagliata dei principali effetti di tale principio avviene nella maturata consapevolezza della necessità di un'osmosi continua tra codice, decreti e normative auliche, e con la giurisprudenza.

---

*diritto" al lavoro. L'introduzione dell'ABGB nel Lombardo-Veneto, con particolare riguardo alla Lombardia*, cit., p. 173. Cfr. pure, in merito, R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, cit., p. 139; M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia*, cit., p. 175. Arricchiscono il panorama della civilistica italiana di quel periodo le opere di Giuseppe Antonio Castelli, autore nel 1816 del *Confronto analitico del Codice Civile della Monarchia Austriaca colle Leggi Romane*, nel 1824 del *Manuale sul codice civile generale austriaco*, e nel 1831 de il *Codice civile generale austriaco confrontato colle leggi romane e col già codice civile d'Italia*, e quelle di Diego Martinez e Jacopo Mattei, impegnati a comparare il codice austriaco sia con quello francese che con la legislazione di altri paesi: *ibidem*. Non mancarono opere di giuristi che preferirono alla mera esegesi testuale un approccio di carattere più dottrinale, come la *Giurisprudenza del codice civile universale della Monarchia austriaca* dell'avvocato milanese Giuseppe Carozzi, edito nel 1818, su cui cfr. M.G. di Renzo Villata, *Tra bravi zelanti "artigiani del diritto" al lavoro. L'introduzione dell'ABGB nel Lombardo-Veneto, con particolare riguardo alla Lombardia*, cit., p. 161; R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, cit., p. 141.

<sup>35</sup> M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto*, cit., p. 175.

<sup>36</sup> A. Reale, *Istituzioni del diritto civile austriaco con le differenze tra questo e il diritto francese*, I, cit. Su Agostino Reale, cfr. sempre E. D'Amico, *Agostino Reale e la civilistica lombarda nell'età della Restaurazione*, cit., p. 790.

<sup>37</sup> Sul punto, cfr. S. Solimano, *Un secolo giuridico (1814-1916). Legislazione, cultura e scienza del diritto in Italia e in Europa*, cit., pp. 310-311.

<sup>38</sup> M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto*, cit., p. 176.

## 2. «I pregi speciali del codice austriaco in confronto del francese». *ABGB e Illuminismo giuridico*

Se è comune il riferimento continuo al diritto napoleonico, non altrettanto usuale, nei commentari dell'epoca, appare l'illustrazione ai lettori dei pregi e dei vantaggi del codice austriaco rispetto a quello francese. Fa eccezione, in tal senso, l'opera del giurista vicentino Giovanni Maria Negri, concepita *ad hoc* con l'intento di elencare le norme napoleoniche a suo avviso prive di razionalità giuridica, e che nella parte finale spiega in modo sintentico le ragioni complessive della superiorità tecnica del codice austriaco rispetto a quello francese<sup>39</sup>.

L'autore del nostro *Compendio*, che non dissimula intenti celebrativi, colloca tra i pregi estrinseci, legati cioè alla «forma esteriore»<sup>40</sup> del codice, «la brevità, che è meglio conservata nel codice austriaco che nel francese». Il plauso per il più contenuto numero di disposizioni del codice asburgico richiama però alla mente, per contrasto, i giudizi della recente storiografia sulla prolissità delle stesse, che Adriano Cavanna ha definito il frutto di un «dottrinarismo legislativo»<sup>41</sup> il quale, come ha ricordato anche il Dezza, ha portato all'elaborazione di un «codice di principi, piuttosto che di norme-comando»<sup>42</sup>. Altro pregio del testo asburgico consisterebbe nella sua «notorietà, essendo stato non solo pubblicato ma anche tradotto nelle lingue latina, italiana, polacca e boema»<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> G. M. Negri, *Dei difetti del codice civile italico che porta il titolo di Codice Napoleone e dei pregi del codice civile austriaco*, Vicenza 1816, pp. 206-207; ne parla M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto*, cit., p. 172. In particolare, il Negri critica il Titolo preliminare del codice napoleonico, a suo avviso eccessivamente breve e povero di nozioni rispetto alla parte introduttiva del codice austriaco, la mancanza di definizioni intorno a concetti fondamentali del diritto, e la distribuzione delle materie, maggiormente opportuna nel codice austriaco rispetto a quella operata dal legislatore napoleonico. Su Giovanni Maria Negri si veda pure C. M. Valsecchi, *L'avvocatura veneta tra diritto comune e codici: il caso del vicentino Giovanni Maria Negri*, in A. Padoa Schioppa (cur.), *Avvocati e avvocatura nell'Italia dell'Ottocento*, Bologna 2009, pp. 521-624.

<sup>40</sup> Zeiller, nel § XXIII delle cognizioni preliminari del suo commentario, aveva scritto che «per la opportuna forma esteriore di un Codice si richiede in generale a. un ordine naturale e facile degli oggetti, b. la brevità, c. la chiarezza, la precisione e la dignità dell'espressioni, d. la promulgazione»: F. De Zeiller, *Commentario sopra il codice civile universale del signor Francesco De Zeiller, tradotto dalla tedesca nell'italiana favella dal signor Francesco de Calderoni*, I, Venezia 1815, p. 27.

<sup>41</sup> A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico*, II, Milano 2005, p. 284.

<sup>42</sup> E. Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino 2000, p. 146.

<sup>43</sup> In merito l'autore dichiarò che in caso di discrepanza tra il testo tedesco e la traduzione italiana avrebbe dovuto prevalere sempre quello tedesco, l'unico considerato come originale nella Patente di promulgazione: *Compendio di diritto civile austriaco*, cit. Inoltre, dichiarò che l'edizione italiana ufficiale era la seconda, così come stabilito dalla notificazione governativa

Più dettagliati nella loro esplicazione – anche perché toccano alcuni istituti – appaiono i «pregi speciali del codice austriaco in confronto del francese». Riportiamo allora le parole dell'autore: essi sono la «I. Più opportuna distribuzione delle materie<sup>44</sup>»; la «II. Separazione costante delle regole di diritto da quelle di procedura, e in cui pecca il codice francese specialmente dove parla dell'arresto personale»; la presenza di «III. Disposizioni più opportune intorno ad alcuni oggetti, per esempio nel matrimonio il codice austriaco esige la presenza del parroco, mentre nel codice francese basta la celebrazione dinanzi all'autorità civile; nelle ipoteche il c. austriaco non ne ammette di tacite come le ammette il francese a favore dei minori e delle mogli»<sup>45</sup>.

del 22 dicembre 1823.

<sup>44</sup> Si leggano a tal proposito osservazioni di Adriano Cavanna in merito alla struttura dell'ABGB: in particolare, con riferimento alla terza parte del codice, egli individua «lo sforzo di codificare per la prima volta una parte generale del diritto», classificandolo «come una scelta teorico-dogmatica ricollegabile all'influenza della sistematica giuridica di Christian Wolff»: A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, II, cit., p. 282; E. Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile*, cit., p. 144; F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, I, Milano 1980, p. 515.

<sup>45</sup> *Compendio di diritto civile austriaco*, cit. Che il sistema ipotecario francese fosse «un circolo di inevitabili contraddizioni» (si veda A. Carabelli, *Il diritto ipotecario vigente nel Regno Lombardo-Veneto trattato in relazione all'universale giurisprudenza*, I, Milano 1856, p. 56) era una opinione non isolata. Lo aveva scritto, per primo, proprio il Negri, nella sua opera finalizzata a descrivere i difetti del codice italo del 1805, auspicando, forse in maniera eccessivamente fiduciosa, che il codice austriaco avrebbe saputo eliminare gli «inconvenienti» generati dalla legge sulle ipoteche napoleonica (G. M. Negri, *Dei difetti del codice civile italo*, cit., p. 194). Sappiamo che il legislatore transalpino aveva sacrificato il pur proclamato principio di pubblicità delle ipoteche nel momento in cui aveva ammesso le ipoteche occulte delle mogli e dei minori al fine di accordare una protezione speciale a tali categorie deboli (M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto*, cit., p. 179). Così facendo, tuttavia, aveva «voluto provvedere all'interesse delle persone incapaci a spese del credito fondiario», rendendo «impossibile l'intero sistema ipotecario» (A. Carabelli, *Il diritto ipotecario vigente nel Regno Lombardo-Veneto*, cit., p. 54), e producendo conseguenze disastrose sul piano della tutela dei terzi e dei proprietari. Il codice austriaco, invece, si era preoccupato di difendere l'interesse delle donne sposate e dei minori prevedendo un sistema apposito di tutela in virtù del quale i padri, i curatori e i tutori avrebbero potuto disporre della proprietà loro affidata solo con il consenso del giudice, senza ledere in alcun modo i principi di pubblicità e di specialità delle ipoteche (*ivi*, p. 63), che trovavano nel sistema tavolo la loro massima espressione. Ma torniamo al trattato: celebrato il pregio legislativo, il nostro anonimo autore omise di specificare che il progresso assicurato dalle norme asburgiche rimase, nel caso del Lombardo-Veneto, lettera morta. È quanto dichiarò, deluso, in una sua opera, proprio il giurista Alessandro Carabelli, ricordato dalla Di Simone, biasimando l'opinione pubblica e il ceto dei giuristi, restii a superare la normativa francese in favore dell'attuazione della pubblicità assoluta dei domini, pur senza dimenticare quelle che erano le difficoltà dettate dalla speciale natura delle proprietà fondiarie di quelle provincie (*ivi*, p. 81). In particolare, a differenza delle altre zone dell'Impero, in questo territorio la mancanza di pubblici registri rappresentò un ostacolo insormontabile per la piena attuazione delle norme austriache, sicché il governo non poté

Veniamo infine ai pregi intrinseci. Essi prescindono, nella trattazione, dal confronto con la legislazione napoleonica, e non potrebbe essere altrimenti, potendosi ricondurre gli stessi ad alcuni «assiomi dell'Illuminismo giuridico» individuati da Adriano Cavanna<sup>46</sup>. Il nostro autore cita la «Giustizia», anzitutto, «essendovi pareggiati tutti i cittadini al cospetto della legge». È palese il rinvio al § XII delle cognizioni preliminari del commentario di Zeiller, laddove egli aveva scritto che «a tutti gli uomini per il loro carattere personale la ragione stessa attribuisce dei diritti. [...]. La giustizia non conosce diversità di nascita, di religione, di rango, di età, o di condizione. [...]. Dunque le leggi civili deggiono essere egualmente giuste verso di tutti»<sup>47</sup>. La «parificazione formale dei cittadini», cioè la «loro eguaglianza civile», è una diretta conseguenza della «onnipresenza kantiana»<sup>48</sup> nell'ABGB nella forma dell'individualismo giuridico, che «vede nella codificazione l'attuazione dell'idea razionale del giusto»<sup>49</sup>, e che discende dal presupposto che la libertà sia «attributo naturalmente irrinunciabile di ogni singolo soggetto»<sup>50</sup>. Parlando di giustizia, il nostro autore intende celebrare il principio dell'uguaglianza formale e dunque l'unificazione del soggetto di diritto, conseguenza imprescindibile della semplificazione operata per il tramite del codice<sup>51</sup>.

A tal proposito sappiamo tuttavia che parte della storiografia si è domandata se il testo legislativo asburgico fosse pienamente corrispondente a quello che è stato successivamente definito «lo statuto ontologico del codice»<sup>52</sup>. Pio Caroni ha, in

---

fare altro che deliberare per il mantenimento provvisorio della legislazione transalpina. Tuttavia, a causa delle resistenze dei lombardi, refrattari a qualsiasi cambiamento del loro sistema censuario, «quella che doveva costituire solo una soluzione momentanea [...] si consolidò durevolmente tanto da non essere più sostanzialmente mutata»: cfr. ancora M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto*, cit., p. 180.

<sup>46</sup> A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, II, cit., p. 278.

<sup>47</sup> F. De Zeiller, *Commentario sopra il codice civile universale austriaco*, I, cit., p. 18.

<sup>48</sup> P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998, p. 62.

<sup>49</sup> E. Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile*, cit., p. 137.

<sup>50</sup> Mette in luce la concatenazione del pensiero kantiano al riguardo A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, II, cit., p. 280: «Il diritto, afferma Kant, è l'insieme delle condizioni per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale di libertà. [...] dalla concezione di libertà come attributo naturalmente irrinunciabile di ogni singolo soggetto sono direttamente deducibili quattro conclusioni sul piano del diritto: a) che questa libertà si traduce nella capacità giuridica quale diritto innato di ciascuno; b) che siffatta capacità giuridica [...] è sottratta alla disponibilità del legislatore; c) che tale disponibilità si estrinseca nel riconoscimento dell'autonomia privata come spettanza garantita dallo Stato; d) che la appartenenza a tutti della capacità giuridica implica la parificazione formale dei cittadini, cioè la loro eguaglianza civile»: *ibidem*.

<sup>51</sup> G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1976, p. 35.

<sup>52</sup> P. Caroni, *Un codice irregolare ?*, in P. Caroni-R. Ferrante (curr.), *La codificazione del diritto fra il Danubio e l'Adriatico*, cit., p. 8.

particolare, richiamato l'attenzione su tale aspetto, interrogandosi in modo accattivante sulla regolarità o meno di questo testo<sup>53</sup>: raffrontato al codice napoleonico, infatti, in tale prodotto legislativo «permanevano significative differenze tra i soggetti basate sulla confessione religiosa e sulla stratificazione cetuale»<sup>54</sup>, avvalorando il giudizio che vuole collocato il testo del 1811 «da sempre, e proverbialmente, a metà strada fra l'Ancien Régime e il mondo liberale, fra il tempo feudale e quello borghese»<sup>55</sup> in quanto, «cedendo alle strutture cetuali [...], [esso] sacrificò l'unificazione sociale»<sup>56</sup>. Al di là delle valutazioni di principio, riteniamo importante accogliere qui l'invito a leggere un codice come il prodotto del suo tempo<sup>57</sup>. Solo in questo modo è possibile individuare la cesura: grazie all'accoglimento degli ideali giusnaturalistici di equità, l'ABGB era perfettamente riuscito, agli occhi dei giuristi ottocenteschi, nel suo tentativo non solo di «aprirsi con sottile prudenza al mondo dell'uguaglianza»<sup>58</sup>, ma di essere autentico «baluardo della libertà civile, svolgendo la funzione di elemento di pressione nei confronti delle strutture politiche dell'Impero asburgico in vista di un definitivo superamento delle strutture [...] d'Antico Regime»<sup>59</sup>.

Si può affermare, in conclusione, e con maggiore precisione, che si debba parlare, più che di un'«ispirazione egualitaria»<sup>60</sup> connaturata al codice, di una ben delineata sebbene ancora incompiuta «aspirazione» in tal senso.

Altro pregio intrinseco individuato dall'autore del *Compendio* è quello della «plenarietà». Anche in tal caso, non è difficile scorgere l'influenza di Zeiller il quale, nel § XIX delle cognizioni preliminari, aveva scritto che «il codice civile dee essere compiuto»<sup>61</sup>, facendo riferimento, è cosa nota, non tanto alla completezza, quanto alla completabilità del codice, grazie all'utilizzo dei principi generali<sup>62</sup>. Il carattere della

<sup>53</sup> P. Caroni, *op. cit.*, p. 8: «così facendo lo releghiamo a quel limbo, ove vegetarono a lungo frotte di codici, che per un motivo o l'altro scartavano: poiché ancora si rimettevano all'universo del diritto comune, concedevano troppo spazio alla consuetudine, cedevano alle sollecitazioni dei ceti e alle loro rivendicazioni o assitevano impotenti all'ulteriore sgretolamento territoriale del diritto»: *ibid.*

<sup>54</sup> M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto*, cit., p. 161.

<sup>55</sup> P. Caroni, *Un codice irregolare?* cit., p. 7.

<sup>56</sup> *Ivi*, p. 10.

<sup>57</sup> «Anche quando fosse [...] imperfetto, [...] o contraddittorio», secondo il giudizio di Caroni: *ivi*, p. 11.

<sup>58</sup> *Ivi*, p. 12.

<sup>59</sup> E. Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile*, cit., p. 148.

<sup>60</sup> P. Caroni, *Un codice irregolare?*, cit., p. 9. Giovanni Tarello aveva ritenuto che già il Progetto Martini, poi codice della Galizia, era configurabile come un codice moderno, perché «conteneva la disciplina di quei soli rapporti che nel quadro dell'organizzazione asburgica non postulavano distinzioni soggettive»: G. Tarello, *Storia della cultura giuridica*, cit., p. 39.

<sup>61</sup> F. De Zeiller, *Commentario al codice civile universale*, I, cit., p. 25.

<sup>62</sup> «non sarà dunque una minuta casuistica, per quanto ella sia estesa, nella quale si pretenda di trovare la decisione letterale d'ogni caso individuale, che darà al Codice questa perfezione;

completezza, nel trattato oggetto della nostra analisi, è poi strettamente correlato ad altri due pregi intrinseci, e cioè l'«[a]rmonia colle altre parti della legislazione» (desunta da quella «sistemica unità della legislazione» celebrata da Zeiller nel § XVIII) e l'«opportunità», di montesquieviana memoria e sempre tratta da Zeiller<sup>63</sup>, «cioè [la] convenienza alle circostanze e relazione al popolo cui [il codice era] destinato».

Elencando in tal modo i pregi intrinseci, l'autore mostra di avere perfettamente inteso gli obiettivi che si era dato il legislatore austriaco: questa parte del commentario, nel suo anticipare quella «*summa* del pensiero giusnaturalista e giusrazionalista mitteleuropeo»<sup>64</sup> che è condensata nel successivo commento ai primi quattordici paragrafi del codice, ci appare difatti una parafrasi ragionata della Patente di promulgazione, laddove Francesco I aveva proclamato che «le leggi civili [...] debbono aver per base i principi generali della giustizia, ma essere eziando determinate, conformi alle speciali relazioni degli abitanti dello Stato, pubblicate in lingua ad essi intellegibile, ed ordinatamente raccolte insieme, onde viva se ne mantenga sempre la ricordanza»<sup>65</sup>. Per un giusnaturalista qual era il legislatore austriaco, lo ha notato il Petronio, «il problema principale di un ordinamento giuridico era soprattutto quello di consentire a leggi diverse di coesistere tra loro in modo armonico», sicché la completezza non poteva essere slegata dall'«armonia delle parti rispetto al tutto e dalla possibilità di dedurre razionalmente dai principi generali la soluzione da applicare ai casi [...]»<sup>66</sup>. Dunque il nostro giurista ha voluto richiamare l'attenzione non solo sul concetto di completezza ma anche, e soprattutto, su quello di uniformità del diritto<sup>67</sup> (del resto, ce lo chiarisce Ettore Dezza, il codice austriaco è generale non solo e da un punto di vista tecnico, ma anche e soprattutto ideologico, in quanto strumento di omogeneità politica e sociale<sup>68</sup>), tributando al legislatore asburgico il merito di aver saputo fondere il diritto privato di un territorio smisuratamente vasto abrogando in maniera espressa le fonti previgenti<sup>69</sup>.

---

ma si giungerà alla medesima traendo dai casi individuali la massima generale, e semplificando i principi legali [...]»: F. De Zeiller, *Commentario*, I, cit., p. 25.

<sup>63</sup> F. De Zeiller, *Commentario*, I, cit., p. 26.

<sup>64</sup> E. Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile*, cit., p. 142.

<sup>65</sup> F. De Zeiller, *Commentario sopra il codice civile universale*, I, cit., p. 29.

<sup>66</sup> U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, p. 143.

<sup>67</sup> U. Petronio, *La nozione di Code civil tra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa completezza)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XXVII (1998), p. 88; p. 93. Anche Guido Astuti ha ritenuto che il carattere tipico della codificazione è la unificazione del diritto civile, attuata sostituendo al preesistente sistema pluralistico di fonti normative un unico testo legislativo organicamente compiuto»: G. Astuti, *Legislazione e riforme in Piemonte nei secoli XVI-XVIII*, in *La monarchia piemontese nei secoli XVI-XVIII*, Roma 1951, p. 103.

<sup>68</sup> E. Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile*, cit., p. 140.

<sup>69</sup> Fatta eccezione per le leggi politiche, camerali e finanziarie in quanto restringono e modificano le disposizioni del codice civile, come «sarebbero i due decreti italici relativi

### 3. *Diritto naturale, diritto romano, diritto positivo: «L'interpretazione e l'applicazione della legge» nel commento al § 7*

Mostrando di aver completamente assorbito un'ormai generalizzata concezione volontaristica e giuspositivistica del diritto, nel commento al § 1 il nostro autore circoscrive la legge a una «una dichiarazione solenne di volontà del supremo potere diretta al bene comune degli abitanti dello Stato alla quale essi sono tenuti ad obbedire», precisando altresì che «per questa definizione si distinguono dalle leggi le disposizioni date in casi particolari, come le sentenze dei tribunali»<sup>70</sup>.

Una sezione apposita è dedicata al tema della «interpretazione e applicazione della legge». Come per gli altri commentari che videro la luce in questa ora storica, anche nel compendio oggetto della nostra disamina l'opera di Zeiller rimane il punto di riferimento costante e imprescindibile<sup>71</sup>.

Dopo aver individuato e chiarito le differenze esistenti tra interpretazione e applicazione della legge, poiché la prima è «la spiegazione del senso della legge in astratto», mentre la seconda consiste nell'«accordare il senso conosciuto della legge alla specie del fatto, avuto riguardo alle circostanze di persona, di cosa, di tempo e di luogo», il nostro autore distingue, in base al soggetto che la esegue, tra interpretazione autentica, giudiziale e dottrinale, specificando che la prima fosse di competenza esclusiva del legislatore, il solo che poteva interpretare la legge in modo per tutti obbligatorio, conformemente al disposto del § 8<sup>72</sup>. Chiarisce, inoltre, che non fosse ammessa l'interpretazione «usuale» cioè quella che risultava dalle decisioni conformi dei tribunali, «che non si potevano», dunque, «trarre da esempio».

In base al modo in cui viene eseguita, egli distingue, invece, l'interpretazione grammaticale e quella logica. Mentre la prima «argomenta il senso della legge dal significato attribuito nell'uso comune alle parole e alla loro connessione»<sup>73</sup>,

all'acquedotto coattivo»: *Compendio di diritto civile*, cit.

<sup>70</sup> Così anche A. Reale, *Istituzioni del diritto civile austriaco*, I, cit., p. 37; id., *Principj direttivi alla conoscenza, ed applicazione delle leggi civili austriache, preceduti da cenni storici sulle leggi stesse*, Pavia 1816, p. 13.

<sup>71</sup> R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, cit., p. 134.

<sup>72</sup> *Compendio di diritto civile*, cit. :«l'interpretazione giudiziale vien fatta dal giudice quando pronuncia tra due contendenti», mentre quella «dottrinale si fa dai giureconsulti»: *ibid.*

<sup>73</sup> *Compendio di diritto civile*, cit. Passa poi in rassegna le regole da seguire in tema di interpretazione grammaticale: se si fosse riscontrato un dubbio originato dall'utilizzo di vocaboli nuovi o desueti, era necessario consultare il testo originale, oppure «confrontare la legge oscura con passi più chiari della stessa legge o di altre, il che dicesi parallelismo di diritto». I dizionari, poi, erano utili nel caso di eccessivi tecnicismi. Tuttavia, poiché «omissis

la seconda «desume il senso della legge dalla intenzione del legislatore che si rileva dalla natura della cosa ossia dalle circostanze e dai motivi della legge, dalle espressioni adoperate e dalla unione delle singole parti della legge». Si tratta di due interpretazioni interdipendenti perché, se per conoscere il significato di una legge è necessario rilevare l'intenzione del legislatore, questa non può che essere desunta dalle espressioni usate e dalla connessione esistente tra di loro. Questa distinzione, a ogni modo, non può in alcun modo riferirsi alla interpretazione autentica «perché il legislatore nell'interpretare la legge non deve consultare altra norma che i motivi dai quali fu mosso a dettarla».

Il commento al contenuto del § 6<sup>74</sup>, norma che segnala la decisa «opzione esegetica»<sup>75</sup> del legislatore, è compendiato nella precedente parte generale sulle regole da seguirsi in tema di interpretazione, senza tuttavia alcun riferimento diretto alla norma. Anche in questa opera, dunque, compare quella sovrapposizione tra il piano della applicazione e quello della interpretazione della legge, che pur erano state tenute separate all'inizio del discorso. Non è un elemento nuovo: come ha osservato il Petronio, le «due categorie concettuali furono tenute distinte tra loro nell'impostazione del Codice, ma poi», a partire dallo stesso Zeiller<sup>76</sup> «tesero ad avvicinarsi e addirittura a sovrapporsi, [...] perché l'applicazione della legge da parte del giudice comportava un percorso interpretativo che restava, però, legato alla concretezza dei casi [...]»<sup>77</sup>, distinguendosi, dunque, dalla interpretazione del legislatore che prescindeva dai casi particolari e aveva efficacia per tutti obbligatoria. Una sovrapposizione che diventò sempre più «evidente e radicale» nei commentari al codice che furono prodotti dopo quello di Zeiller. Sempre il Petronio cita, come esempio, le opere di Nippel e di Winiwarter i quali, appunto, «commentarono il § 6 all'interno di una rubrica dedicata all'interpretazione della legge e trattarono quindi di interpretazione grammaticale e di interpretazione logica anche quando si trovarono a commentare le norme sull'applicazione della legge»<sup>78</sup>.

---

definitio in iure periculosa est», si doveva recedere dal senso chiaro e proprio delle parole nei casi in cui fosse manifesto che diversa era l'intenzione del legislatore.

<sup>74</sup> «Nell'applicare la legge non è lecito d'attribuirle altro senso che quello che si manifesta dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla chiara intenzione del legislatore»: *Codice civile generale austriaco*, Milano 1815, p. 2.

<sup>75</sup> R. Ferrante, *Giusnaturalismo, illuminismi, codificazioni*, in P. Alvazzi Del Frate-M. Cavina-R. Ferrante-M. Miletto-N. Sarti-S. Solimano-G. Speciale-E. Tavilla, *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, cit., p. 229.

<sup>76</sup> F. De Zeiller, *Commentario sopra il codice civile universale*, I, cit., p. 46.

<sup>77</sup> U. Petronio, *Attività giuridica moderna e contemporanea*, Torino 2012, p. 141.

<sup>78</sup> *Ibidem*; G. Winiwarter, *Il diritto civile universale austriaco sistematicamente esposto ed illustrato dal dott. Giuseppe Winiwarter, parte prima, del diritto delle persone giusta il codice civile universale austriaco*,



Una trattazione autonoma viene dedicata al celebre § 7<sup>79</sup>: in mancanza di una legge espressa, il giudice asburgico avrebbe dovuto anzitutto ricorrere alla *analogia legis*. Le leggi analoghe erano definite come «quelle che stabiliscono principi in cui si fondano decisioni di casi dalla legge definiti e da cui si può dedurre la decisione di casi non contemplati». Tutte le norme del codice si trovavano in un rapporto di interdipendenza, «essendo in fondo tutte le leggi civili dettate dalla ragione»<sup>80</sup>: citando Zeiller, «così la dottrina del diritto di pegno rischiarava quella del contratto di pegno, la dottrina dei testamenti quella dei codicilli, la dottrina dei contratti in genere quella dei singoli contratti».

Qualora anche lo strumento della *analogia legis* si fosse rivelato insufficiente, il secondo comma del § 7 rinviava ai «principi di diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate». Il legislatore asburgico confermò, dunque, quel cambio di rotta, già operato con il codice civile galiziano, rispetto a quanto era stato precedentemente statuito in tema di rapporto tra giudice e legge da Giuseppe II, prima nel *Regolamento generale della procedura giudiziaria* del 1781 (AGO), e poi nel *Codice civile* del 1787. Nel primo di questi testi legislativi (entrambi sorretti da una più marcata ideologia statualistica), era stato, difatti, previsto, e in difetto di analogia, lo strumento del rinvio alla Corte o al Sovrano in tutti i casi in cui si fosse verificata una situazione di oscurità, di difetto, o di insufficienza della legge<sup>81</sup>. Analogamente, nel codice civile giuseppino, il giudice, qualora si fosse trovato a disciplinare un caso non

---

*traduzione per cura del dott. Annibale Callegari, edizione seconda, nuovamente riveduta sulla seconda dell'originale tedesco, Venezia 1845, p. 84. La prima edizione comparve a Venezia nel 1837: M. T. Napoli, La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX, Repertorio, cit., p. 166.*

<sup>79</sup> *Compendio di diritto civile*, cit. Sul § 7 dell'ABGB, cfr. H. Schambeck, *Die Natürlichen Rechtsgrundsätze des § 7 ABGB*, in P. Fischer-H.F. Köck-A. Verdross (curr.), *Völkerrecht und Rechtsphilosophie, internationale Festschrift für Stephan Verosta zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1980, pp. 480-496. Per la bibliografia e la letteratura giuridica sul § 7, cfr. H. Koziol-P. Bydliński-R. Bollenberger (curr.), *KBB-Kurzkommentar zum ABGB Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom I-, Rom II- und Rom III-VO*, Wien 2020, pp. 12-13-14; A. Fenyves-F. Kerschner-A. Vonkilch (curr.), *ABGB 3. Auflage des von Heinrich Klang begründeten Kommentars, §§1-43*, Wien 2014, pp. 74-82; 90-94.

<sup>80</sup> F. De Zeiller, *Commentario sopra il codice civile universale*, I, cit., p. 56.

<sup>81</sup> Il § 437 del *Regolamento generale della procedura giudiziaria* (AGO) del 1781 regolamentava l'attività decisionale del giudice prevedendo che, in difetto di analogia, e qualora sorgesse un «dubbio sopra l'intelligenza della Legge», si sarebbe dovuto «indicare il caso alla Corte, e domandare sul medesimo [...]»: N. Picardi-A. Giuliani (curr.), *Regolamento giudiziario di Giuseppe II 1781*, IV, Milano 1999, pp. XLIX; 178. Si veda, in merito, H. Mohnhaupt, *Il divieto di diniego di giustizia nell'articolo 4 del Code Civil come emancipazione del giudice*, in «Giornale di storia costituzionale», 14 (2007), p. 107.

compreso nella legge, avrebbe potuto ricorrere allo strumento della *analogia legis*, ma sarebbe «stato in dovere di indicarlo ogni volta al Sovrano»<sup>82</sup>.

Il legislatore del codice civile per la Galizia occidentale aveva, invece, messo da parte lo strumento del *référé législatif*, e nel § 19 aveva disposto fiduciosamente che i giudici, in presenza di una eventuale lacuna, avrebbero dovuto ricorrere allo strumento dell'*analogia legis* e, in subordine, a quello dell'*analogia iuris* attraverso il ricorso «ai principi generali e naturali del diritto»<sup>83</sup>. Scelta poi confermata, appunto, con minimi adattamenti, nel codice del 1811: nelle fitte trame dei dibattiti che condussero all'approvazione di tale testo, prevalse la convinzione che il paragrafo sopra citato fosse molto vantaggioso per l'amministrazione della giustizia, e che, pertanto, sarebbe stato opportuno mantenerlo invariato. Si era ritenuto, cioè, che così come sarebbe stato discutibile lasciare ai giudici un margine eccessivo di discrezionalità, altrettanto dannosa sarebbe stata la scelta di limitare i magistrati al solo dato letterale della legge, così come il codice civile giuseppino aveva previsto<sup>84</sup>. Nessun ripensamento in merito al *référé*, dunque, che fino a Giuseppe II «era stato praticato sotto l'insegna di una concezione assolutistica dello Stato e del diritto»<sup>85</sup> perché «conteneva anche un momento politico della subordinazione del giudice nei confronti dell'unicità del legislatore monarchico»<sup>86</sup>, e che adesso non convinceva, in quanto,

<sup>82</sup> Il § 26 di questo codice disponeva, infatti, che «Occorrendo al Giudice il dubbio, se il caso portato alla sua decisione sia compreso o no nella Legge; ovvero se la Legge medesima gli sembrasse oscura, o che finalmente gli si affacciassero difficoltà singolari, e molto rilevanti contro l'osservanza della Legge, in tutti questi casi converrà chiedere al Sovrano quella norma o dichiarazione, che si renderà necessaria. Se però un caso non fosse bene espresso letteralmente nella Legge: il medesimo però avesse una perfetta analogia con qualche altro, che vi fosse deciso espressamente; sarà bensì nella facoltà del Giudice di decidere il caso non espresso nella Legge a norma dell'espresso; egli però sarà in dovere d'indicarlo ogni volta al Sovrano»: *Codice Civile Universale*, parte prima, in Vienna, in Milano, ed in Cremona, con permissione, 1787, p. 12. In generale, il codice civile giuseppino, in materia di interpretazione, si presentava come sorretto da una ideologia maggiormente statualistica, come emerge già nella Patente di promulgazione, laddove si prescriveva che qualora si fosse presentato ai giudici un caso non regolamentato all'interno del codice o di dubbia o oscura risoluzione, il giudice medesimo avrebbe dovuto «chiedere la Sovrana Nostra determinazione per il canale competente»: *ibid.*

<sup>83</sup> *Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien*, Wien 1797, pp. 6-7; A. A. Cassi, *Il bravo funzionario asburgico tra assolutismo e Aufklärung*, cit., p. 28; 252, nota 394; 308; H. Mohnhaupt, *Il divieto di diniego di giustizia nell'articolo 4 del Code Civil come emancipazione del giudice*, cit., p. 110.

<sup>84</sup> J. Ofner, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, band I, Wien 1889, p. 24.

<sup>85</sup> H. Mohnhaupt, *Il divieto di diniego di giustizia nell'articolo 4 del Code Civil come emancipazione del giudice*, cit., p. 1110.

<sup>86</sup> L. Spiegel, *Der référé législatif*, 1913, pp. 100-117, cit. in H. Mohnhaupt, *Il divieto di diniego di*

differentemente da quanto accadde nella Francia rivoluzionaria<sup>87</sup>, metteva in crisi il principio di separazione dei poteri, poiché «l'organo legislativo sarebbe stato allo stesso tempo quello giudicante»<sup>88</sup>. Il dato trova ulteriore conferma se si pensa che non fu poi accolta, nella versione definitiva del codice, quella proposta che, almeno inizialmente, come emerge dai verbali dei lavori preparatori, aveva incontrato un'approvazione unanime, e cioè quella di una *analogia iuris* temperata da un rinvio alla Commissione giuridica della Corte, alla quale entro la fine di ogni anno sarebbero dovuti pervenire tutti i casi decisi dai giudici secondo i principi generali di diritto naturale; tale Commissione, se avesse confermato il vuoto legislativo, avrebbe dovuto provvedere a colmare la lacuna<sup>89</sup>. Le cautele previste nella norma del § 7, rafforzate dal commento del suo autorevole artefice, potevano essere considerate sufficienti a scolpire nell'animo dei giudici il primato della legge e a evitare gli abusi.

I principali commentatori italiani del codice austriaco, tentando di offrire una spiegazione esaustiva in merito alla natura dei principi di cui al § 7, si erano limitati il più delle volte a rinviare, parafrasandola, alla chiarificazione di Zeiller, il quale aveva fatto riferimento a «la filosofia del diritto, diritto di natura», quale «sorgente inesaurita perché ogni domanda appartenente al lume della ragione può essere giudicata e sciolta coi di lei principi»<sup>90</sup>. Se non comparve mai una spiegazione della formula contenuta nel § 7 nelle opere di Castelli<sup>91</sup>, gli altri giuristi, dunque, provarono a dare il proprio contributo: il Taglioni scrisse che «il diritto naturale si poteva comodamente ridurre ai *Tria praecepta* ulpiani: *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*»<sup>92</sup>; Carozzi parlò di «norme

---

*giustizia nell'articolo 4 del Code Civil come emancipazione del giudice*, cit., p. 106.

<sup>87</sup> H. Mohnhaupt, *Il divieto di diniego di giustizia nell'articolo 4 del Code Civil come emancipazione del giudice*, cit., p. 108. Sul *référé législatif* in Francia, cfr. P. Alvazzi del Frate, *Giurisprudenza e "référé législatif" in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino 2005, p. 20 ss.

<sup>88</sup> J. Ofner, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, band I, cit., p. 23.

<sup>89</sup> J. Ofner, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, band I, cit., pp. 24-25. Le ragioni di tale rinvio erano ravvisate nella necessità di istruire i tribunali qualora avessero deciso troppo frettolosamente un caso sulla base del diritto naturale, che avrebbe invece potuto essere deciso sulla base del diritto positivo; esercitare un controllo sui tribunali, in modo che non abusassero del loro potere; colmare le lacune della legislazione, che erano in tal modo più facilmente individuabili: *ivi*, p. 24.

<sup>90</sup> F. De Zeiller, *Commentario sopra il codice civile universale*, I, cit., p. 58.

<sup>91</sup> G. A. Castelli, *I paragrafi del codice civile generale della monarchia austriaca*, I, cit., p. 14; Id., *Il codice civile generale austriaco confrontato colle leggi romane*, I, cit., p. 23.

<sup>92</sup> D.1.1.10.1; O. Taglioni, *Commentario al codice civile universale austriaco*, I, cit., p. 41; R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, cit., p. 141.

universali che si estendono a tutto»<sup>93</sup>; Amati si riferì ai principi del diritto naturale come «il primo codice degli uomini [...]», spiegando che «l'equità è quella che adunque supplisce alla mancanza della legge positiva»<sup>94</sup>. E ancora: il Mattei riprese i «principi dell'equità naturale, che come legge universale si estende a tutto»<sup>95</sup>, riferendosi in nota alla «*Ratio naturalis quasi lex quaedam tacita*»<sup>96</sup>, mentre il Martinez si limitò a scrivere, mosso dalla cautela, che si trattava «dell'estremo rimedio, che il legislatore porge, come all'interprete così al giudice perché il corso della giustizia non s'interrompa»<sup>97</sup>, precisando altresì che «il puro arbitrio e l'equità suggerita dalla propria opinione non potrebbero giammai legittimare la decisione dei tribunali»<sup>98</sup>. Anche Basevi si impegnò prudentemente a restare il più possibile aderente al dato testuale della legge, scrivendo che «in quanto ai principi del diritto naturale, non si deve [...] intendere né il risultamento morale ed equitativo del raziocinio astratto di ciascun giudicante, né il diritto naturale tal quale è insegnato nei trattati e nelle scuole, ma sibbene i risultamenti del raziocinio concreto intorno alla natura della cosa, avuto riguardo col concetto, all'origine e allo scopo delle leggi, che regolano la materia di cui si tratta, lo che nel linguaggio scientifico si chiama *filosofia del diritto positivo*. Peraltro essendo scopo delle leggi civili lo attribuire a ciascuno ciò che gli spetta, non può essere a meno che nel silenzio di quelle domini la norma dell'equità naturale»<sup>99</sup>. Agostino Reale, nelle sue *Istituzioni*, scrisse in modo piuttosto laconico che il secondo comma del § 7 faceva riferimento al «diritto naturale privato in istretto senso»<sup>100</sup>, riportando i paragrafi del codice che richiamavano l'equità. Dunque, lo rileva la D'Amico, in questa opera il «ruolo del diritto naturale appare fortemente ridimensionato, e manca una definizione dello stesso»<sup>101</sup>. In altre sedi, invece, Reale aveva provato a fornire una definizione più eloquente<sup>102</sup>,

<sup>93</sup> G. Carozzi, *Giurisprudenza del codice civile universale*, I, cit., p. 115.

<sup>94</sup> A. Amati, *Manuale sul codice civile generale austriaco*, cit., p. 5.

<sup>95</sup> J. Mattei, *I paragrafi del codice civile austriaco*, cit., p. 41.

<sup>96</sup> D.48.20.7.pr.; J. Mattei, *op cit.*, p. 41.

<sup>97</sup> D. Martinez, *Al codice civile austriaco*, I, cit., p. 84.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> G. Basevi, *Annotazioni pratiche al codice civile austriaco*, cit., p. 16.

<sup>100</sup> A. Reale, *Istituzioni del diritto civile austriaco*, I, cit., p. 53.

<sup>101</sup> E. D'Amico, *Agostino Reale e la civilistica lombarda*, cit., p. 794.

<sup>102</sup> A. Reale, *Principj direttivi intorno alla conoscenza e alla applicazione delle leggi civili austriache*, cit., p. 56, nota 38: «Per equità in relazione al presente paragrafo del Codice, deve intendersi quella chiamata dagli Espositori del Romano diritto *praeter ius*; ed a cui si ricorre unicamente in mancanza di legge positiva. Giusta i sentimenti del Sig. Zeiller non deve aversi contemplazione all'equità appellata *secundum*, o *contra jus*, per la quale si temperava la legge scritta, e ciò perché i giudici non amministrano beneficenza, ma rendono giustizia senza

circostanza che, come ha rilevato sempre la D'Amico, riconduce alla volontà dell'autore di concentrare la sua attenzione, nelle sue *Istituzioni*, unicamente sulla legge positiva come «legge *tout-court*»<sup>103</sup>.

Nel tentativo di rendere maggiormente esplicito il concetto di «principi di diritto naturale», l'autore del *Compendio* scrive che essi consistono non già nei «dettami di una ragione che possa astrattamente suggerire una equa decisione ma, come osserva anche Mittermaier, debbono essere principi che concernono la natura del fatto da cui nasce il dubbio e sieno in armonia con lo spirito della legislazione, cioè che lo stesso legislatore li avrebbe seguiti se avesse preveduto il caso». Si tratta di una rielaborazione, come lui stesso ammette, del pensiero – tratto da Aristotele – espresso dal professore di diritto di Heidelberg nella sua opera *Principii del diritto privato comune germanico* (che non ci risulta essere mai stata tradotta in italiano) che lui cita però, crediamo, per il tramite di Winiwarter il quale, proprio rifacendosi a Mittermaier, aveva scritto che «per principi del diritto naturale vogliono qui intendersi quelli, che risultano dalla natura della cosa, avuto riguardo alla essenza, all'origine, ed al fine delle disposizioni relative a un certo oggetto. Bisogna dunque stabilire qual sia la vera natura della cosa, senza partire da arbitrarie ipotesi o da astratte considerazioni: laonde il giudice s'atterrà ai principii già ammessi, cercherà di valersi delle massime poste per base a quella dottrina, e su queste e quelli modellerà la sua decisione, in forma che s'accordi col sistema delle leggi positive, e sia tale, quale il legislatore medesimo l'avrebbe dettata, se il caso gli fosse caduto sott'occhio»<sup>104</sup>. Secondo questa impostazione, e in questo rinviamo a quanto osservato da Sciumè, il § 7 garantirebbe «l'equilibrio del sistema» disegnando «una linea di continuità necessaria fra legge ed interpretazione tale che l'interprete fosse dotato della medesima razionalità propria del legislatore. [...] In un certo senso il giudice era chiamato a “prolungare”, ad “estendere” la produzione normativa raziocinante [...] del legislatore»<sup>105</sup>.

Nel domandarsi come mai il legislatore avesse previsto che in mancanza di

---

distinzione di Stato, e di fortuna» *ibid.* Una definizione di diritto naturale è altresì contenuta nel manoscritto delle sue lezioni di diritto civile, citato da E. D'Amico, *op. cit.*, p. 794, nota 68.

<sup>103</sup> E. D'Amico, *Agostino Reale*, cit., p. 794.

<sup>104</sup> G. Winiwarter, *Il diritto civile universale austriaco*, cit., p. 96.

<sup>105</sup> A. Sciumè, *I principii generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino 2013, pp. 44-45. Si tratta di una impostazione ad oggi sostenuta solo da una dottrina minoritaria, in quanto i più considerano questa possibilità «un salto nel buio», a prescindere che si tratti di considerare l'ipotetica volontà del legislatore sotto un punto di vista storico oppure attuale: E.A. Kramer, *Die “natürlichen Rechtsgrundsätze” des § 7 ABGB heute*, in C. Fischer-Czernak (cur.), *Festschrift 200 Jahre ABGB.2 (2011)*, Wien 2011, p. 1180.

altra fonte si sarebbe dovuto ricorrere al diritto naturale, l'autore del *Compendio* risponde che «essendo il diritto civile fondato sul naturale, questo costituisce il tipo del diritto civile pel legislatore ed il supplemento pel codice». In più colloca, tra le fonti della interpretazione logica, i principi generali di diritto naturale «detto da Locré tipo e supplemento del diritto positivo»<sup>106</sup>. Proprio il giurista francese, nel suo *Spirito del codice Napoleone*, aveva scritto, in relazione al modo con cui le leggi naturali contribuivano alla formazione del diritto positivo, che «le leggi naturali sono il tipo delle positive, e divengono tali esse medesime»<sup>107</sup>, e che «la legge positiva si è insignorita di tutte quelle istituzioni e precetti che ha trovati nel naturale diritto»<sup>108</sup>. Da ciò deriva, come conseguenza, che le leggi naturali, rispetto a quelle positive, «hanno una forza secondaria che ne rende l'uso frequentissimo, come quelle che sono il supplimento e l'interprete della legge scritta. Ove la giustizia civile taccia su qualche argomento, dee il magistrato coll'equità naturale, onde è stata attinta, supplire al difetto del legislatore e parlare in sua vece: ed ove la legge positiva sia ambigua, colla stessa equità naturale si debbe interpretarla, poiché sul diritto naturale fu conformata»<sup>109</sup>.

Rispetto ad altri commentari italiani dell'ABGB, dunque, nel *Compendio*, è possibile individuare una più manifesta «torsione positivista» in merito alla natura dei principi di diritto naturale, che in Austria raggiunse il suo apice con

---

<sup>106</sup> Essi venivano subito dopo «la suprema legge del diritto civile, ossia il diritto primigenio per cui ciascuno può liberamente agire nella sua sfera di efficienza»: *Compendio di diritto civile*, cit.; F. De Zeiller, *Commentario sopra il codice civile universale*, I, cit., pp. 50-51. Da qui derivavano cioè «tutti i diritti innati ed assoluti, ovvero acquisiti e condizionati, come pure le massime legali già note: che si può appropriarsi le cose che a nessuno appartengono; che si può disporre della sua proprietà tra vivi, ovvero col mezzo di testamenti; che si dee adempiere i contratti secondo la volontà espressa, tacita o presunta; e che si dee risarcire il danno cagionato per propria colpa. A questi principi secondari sono appoggiate alla fine tutte o quasi tutte le leggi civili»: *ibid.* Le altre sorgenti della interpretazione logica erano i «principi generali di diritto positivo e i particolari relativi a quella materia di cui tratta la legge dubbia, giacchè dovendosi ritenere che tutte le parti della legge siano in una logica corrispondenza, i principi generali serviranno di criterio per giungere nella serie delle conseguenze che si presenta oscura», le «presunzioni legali [che] giovano a farci conoscere la volontà del legislatore, essendo appoggiate a ciò che ordinariamente succede, e dovendosi ritenere che il legislatore abbia voluto adattare le sue disposizioni all'andamento ordinario delle cose», e le «cause accidentali, i rapporti particolari e le circostanze storiche e statistiche della Nazione a cui fu data la legge, perché si suppone che il legislatore abbia voluto provvedere ai bisogni emergenti»: *Compendio di diritto civile*, cit.

<sup>107</sup> G. G. Locré, *Spirito del Codice Napoleone. Opera volgarizzata e commentata dagli avvocati Ferrari e Pagani*, I, Brescia 1806, p. 61

<sup>108</sup> *Ibidem.*

<sup>109</sup> *Ivi*, p. 63.

l'opera di Joseph Unger<sup>110</sup>, il quale considerò privo di qualsiasi rilevanza pratica il riferimento ai principi di diritto naturale operato dal legislatore nel § 7, ritenendolo, appunto, «nichts anderes als die Befriedigung eines reintheoretischen Dranges der Verfasser»<sup>111</sup>.

Tale circostanza potrebbe convalidare la collocazione cronologica dell'opera negli anni Quaranta dell'Ottocento quando, così come era accaduto in Francia<sup>112</sup>, il giusnaturalismo moderno «culmin[ò] e si esaur[i] nella codificazione (intesa come diritto naturale positivizzato)»<sup>113</sup>. Anche in Austria, come ha ricordato Pio Caroni, si è nel pieno di un processo che portò ad abbandonare «la lettura esegetica fino ad allora dominante»<sup>114</sup> e che «consegn[ò] il codice ai cultori del metodo storico»<sup>115</sup>, favorendo una piena concezione positivista dell'ordinamento giuridico, tramite una operazione di *pandettizzazione* del codice stesso<sup>116</sup>.

Un declino, quello del diritto naturale, che parte della storiografia austriaca anticipa addirittura al momento della pubblicazione del Commentario di Zeiller, ritenendo che lo stesso legislatore asburgico avrebbe adottato piuttosto «svogliatamente»<sup>117</sup> i principi generali di diritto naturale traendoli dai testi preparati dal Martini<sup>118</sup>, e che, già nel 1811, dunque, «die Blüte des Naturrechts bereits verblasst war»<sup>119</sup>.

<sup>110</sup> S. Solimano, «La codification est plus qu'un multiple de la loi». *Spigolature sulla "forma codice"*, in C. Minelli (cur.), *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice piobenedettino*, Torino 2017, pp. 71-72.

<sup>111</sup> E. A. Kramer, *Die "natürlichen Rechtsgrundsätze" des § 7 ABGB*, cit., p. 1170.

<sup>112</sup> S. Solimano, *Un secolo giuridico*, cit., p. 302; Id., *Ei fu... il codice (anche). La costruzione di un mito attraverso le immagini*, in «LawArt. Rivista di Diritto, Arte, Storia», II (2021); Id., *Imperialismo giuridico francese in difficoltà? (A proposito di Antonio Grilli, Il difficile amalgama. Giustizia e codici nell'Europa di Napoleone, Frankfurt am Main, 2021)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XLII (2013), p. 716; F. Ferrante, *Dans l'ordre établi par le code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano 2002, p. 353; U. Petronio, *Influenza del diritto francese in Italia dopo la promulgazione del code civil*, in L. Moscati (cur.), *Dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, Napoli 2013, p. 168; Id., *Attività giuridica moderna e contemporanea*, cit., p. 98.

<sup>113</sup> R. Ferrante, *Giusnaturalismo, illuminismi, codificazioni*, cit., p. 229.

<sup>114</sup> P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, cit., p. 65.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

<sup>117</sup> E. A. Kramer, *Die "natürlichen Rechtsgrundsätze" des § 7 ABGB*, cit., p. 1170.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

<sup>119</sup> E. A. Kramer, *Die "natürlichen Rechtsgrundsätze" des § 7 ABGB*, cit., p. 1170; analogamente H. Schambeck, *Die Natürlichen Rechtsgrundsätze des § 7 ABGB*, cit., p. 485.

Nell'invitare apertamente alla cautela<sup>120</sup> nell'utilizzo della *analogia iuris*, l'autore del *Compendio* non fece altro che parafrasare Zeiller<sup>121</sup> il quale, appunto, aveva considerato il ricorso ai principi del diritto naturale come «un male che non poteva essere completamente eliminato, in quanto necessario per consentire la completezza del codice»<sup>122</sup>, e che dunque si trattava solo di porre il maggior numero possibile di limiti al loro utilizzo da parte del giudice<sup>123</sup>.

Con riferimento al ruolo rivestito dal diritto romano, nel *Compendio* esso compare in più punti della trattazione corrispondenti alle diverse funzioni che l'autore assegna a tale diritto nella sistematica della nuova legislazione austriaca. Il diritto romano, conformemente alla Patente di promulgazione è, ovviamente, legge ancora vigente «relativamente a quelle materie che non sono regolate nel

<sup>120</sup> Citando Filangieri, scrisse che occorre usare la massima prudenza nell'utilizzo dei principi generali di diritto naturale «giacchè equità e arbitrio sono per i giudici la stessa cosa»; era fondamentale, dunque, evitare che i giudici sotto pretesto di equità prescindessero dalla legge positiva. A titolo di esempio, egli citò l'esempio del Piemonte, laddove prima della emanazione del codice albertino i Senati «con le loro decisioni paralizzavano le leggi»: *Compendio di diritto civile*, cit.

<sup>121</sup> F. De Zeiller, *Commentario*, I, cit., p. 58: «Il codice della ragione non è che sussidiario, ed in supplimento del codice civile [...]. Se dunque si può decidere un caso, o seguendo il senso letterale della legge, ovvero ricorrendo alle addotte leggi dell'interpretazione, col rilevare il vero senso e lo spirito della legge civile, sarebbe cosa degna di rimprovero, e derivante da ignoranza il volere derivare la decisione dal Codice della ragione. Sarebbe cosa ancor più temeraria e contraria all'ordine civile il farsi giudice delle leggi, ed il disprezzarle sotto pretesto che non sono d'accordo col diritto naturale. [...] La seconda condizione si è di raccogliere con ogni sollecitudine le circostanze del caso, e di ponderarle maturamente. Imperciocchè solamente dopo una matura riflessione [...] si può convincersi dell'insufficienza della legge civile [...]»: *ivi*, pp. 59-60. Sul punto v. anche R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, cit., pp. 137-138.

<sup>122</sup> J. Ofner, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, band I, cit., p. 23; C. Schott, «Rechtsgrundsätze» und Gesetzeskorrektur. Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln, Berlin 1975, p. 30, cit. in E. A. Kramer, *Die "natürlichen Rechtsgrundsätze" des § 7 ABGB*, cit., p. 1170. Ugualmente Zeiller in F. De Zeiller, *Diritto privato naturale, prima edizione italiana*, Milano 1818, p. 38: «E siccome il sogno lusinghiero di un codice perfetto, il quel decida tutt'i casi, si è alla fine generalmente dissipato, così la giurisprudenza (naturale) rimarrà sempre e dovunque il codice soltanto sussidiario bensì, ma certo e decisivo per i contingibili casi legali».

<sup>123</sup> J. Ofner, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches*, band I, cit., p. 23. Addirittura, lo abbiamo visto, nei verbali relativi ai lavori preparatori del codice civile, in una seduta del dicembre 1801, emerge una ulteriore cautela successivamente abolita: si era previsto, cioè, che i casi decisi dai giudici secondo i principi generali di diritto entro la fine di ogni anno fossero inviati alla Commissione giuridica della Corte la quale, se avesse confermato il caso, avrebbe dovuto provvedere a colmare la lacuna legislativa: *ivi*, p. 25.



c.c. e non possono esserlo nemmeno dai principi del diritto naturale che il codice assegna come fonte ausiliaria»<sup>124</sup>. Esso è annoverato, inoltre, insieme al codice di Napoleone, tra le fonti temporanee<sup>125</sup>, definite come «quelle che constano di leggi già abolite ed applicabili solo agli atti intervenuti mentre erano obbligatorie ed anche queste debbono essere applicate prima di ogni altra», ma non compare tra le fonti ausiliarie cioè «quelle cui si ricorre in mancanza di fonti principali», laddove viene espressamente citato solo «il diritto naturale per espressa disposizione del § 7 del codice».

Nonostante questo, nel momento in cui in un'altra sezione dell'opera il nostro autore individua nel diritto romano un «ammenicolo»<sup>126</sup>, cioè uno strumento volto a favorire una maggiore comprensione del diritto vigente<sup>127</sup>, scrive che tra tali strumenti esso è quello principale, perché «sebbene non sia fonte per noi può dar peso colla sua autorità alla fonte ausiliare cioè al diritto naturale», sembrando abbracciare una posizione che non esclude il ricorso al diritto di Giustiniano nella sua funzione di *ratio scripta* e quindi di strumento interpretativo nell'alveo della *analogia iuris*.

Si tratta di una posizione piuttosto conforme rispetto a quella assunta da Zeiller. Egli, nella parte introduttiva del suo *Commentario* dedicata alle fonti del diritto civile<sup>128</sup>, individuò nel diritto romano «una sorgente sussidiaria e temporaria (in mancanza di leggi interne)»<sup>129</sup>, intendendo per «sorgenti temporarie quelle che non sono valide, che per i casi più vecchi, e che precedettero il codice civile» e che «si estinguono del tutto col tempo»<sup>130</sup>, ma non lo citò

<sup>124</sup> Egli riportò l'esempio della «preda bellica, che non [era] argomento di diritto civile e per la quale il codice si riporta alle leggi militari, in quanto queste leggi non diano nome ad alcuni casi sarà applicabile il diritto romano»: *Compendio di diritto civile*, cit.

<sup>125</sup> Il nostro autore distinse tra fonti permanenti principali generali, permanenti principali particolari, temporarie e ausiliarie; tra le seconde fece rientrare «quelle che costano di leggi bensì di costante durata ed alle quali si deve ricorrere prima di ogni altra, ma che furono pubblicate in qualche parte soltanto dello Stato, per esempio la risoluzione sovrana che permette ai tutori di dissimulare contratti di affitto senza l'assenso del giudice, particolare pel Lombardo-Veneto, oppure quelle che consistono in leggi essere applicabili a qualche atto o affare, oppure a consuetudini locali a cui la legge si riporta»: *Compendio di diritto civile*, cit.

<sup>126</sup> *Compendio di diritto civile*, cit.,

<sup>127</sup> Così anche in A. Reale, *Istituzioni del diritto civile austriaco*, I, cit., p. 69 (nota 1)-70; E. D'Amico, *Agostino Reale e la civilistica lombarda*, cit., p. 801-802.

<sup>128</sup> F. De Zeiller, *Commentario sopra il codice civile universale*, I, cit., p. 79. Egli distinse, a tenore della Patente di promulgazione, tra «sorgenti principali e secondarie, temporarie e durevoli, generali e particolari», precisando che «unica e vera sorgente del diritto civile è la volontà del supremo capo dello stato dichiarata, cioè la legge»: *ibidem*.

<sup>129</sup> F. De Zeiller, *Commentario sopra il codice civile universale*, I, cit., p. 80.

<sup>130</sup> *Ivi*, p. 79.

espressamente tra le «sorgenti generali» del diritto austriaco, laddove citò invece il «diritto della ragione»<sup>131</sup> rinviando al § 7. Tuttavia, anche il legislatore asburgico, nel momento in cui lo annoverò tra gli strumenti di cui servirsi per la comprensione delle nuove leggi, insieme «agli scritti dei commentatori pratici del medesimo codice» e agli altri codici civili stranieri, lo apostrofò non solo come «come base del presente Codice», ma anche «come il diritto scritto della ragione rapporto a molti casi, e finalmente come una raccolta preziosissima delle più importanti decisioni, e schiarimenti legali»<sup>132</sup>. Non solo: nel corso dei lavori preparatori del codice civile austriaco, Zeiller aveva dichiarato, in una seduta finalizzata a revisionare i § 18 e 19 del codice civile galiziano, che «i principi generali del diritto comune sono solo principi naturali del diritto»<sup>133</sup>.

Dunque, l'idea per la quale il diritto romano potesse essere utilizzato quale strumento interpretativo nelle materie oggetto del codice civile avvicina le idee del nostro autore a quelle espresse da Winiwarter, il quale sembrò legittimare un utilizzo del diritto romano come *ratio scripta* e dunque rientrante nella categoria concettuale del secondo comma del § 7<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> F. De Zeiller, *Commentario sopra il codice civile universale*, I, cit., pp. 80-81.

<sup>133</sup> J. Ofner, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, band I*, cit., p. 23.

<sup>134</sup> G. Winiwarter, *Il diritto civile universale austriaco*, cit., p. 38: nel commento alla Patente di promulgazione, sotto la rubrica «Quali leggi siano state abolite dal codice civile» egli scriveva che «le leggi civili anteriori rimangono del tutto abolite, quand'anche le attuali fossero per avventura men previdenti. Giacchè in tutti i casi da questo Codice non decisi, deve aversi riguardo non già alle precedenti leggi, ma sibbene all'analogia ed ai principi naturali di Diritto. Nulla di meno tanto le leggi patrie anteriori, quanto ancora le straniere, che servirono qual fondamento alle disposizioni del nostro Codice, si debbono aver in mira nell'interpretarlo, e perché giovano soventi a volte a scoprire il vero senso e l'estensione delle disposizioni medesime, e perché talora espressamente ricordano que' naturali principii di diritto, a quali, siccome ad ultime norme decisive, il codice si riporta»: *ivi*, p. 41. Esclusero invece la possibilità di ricorrere al diritto romano come *ratio scripta* e come strumento interpretativo F. S. Nippel, *Comento sul codice civile universale austriaco con ispeciale riguardo alla pratica*, I, Pavia 1836, il quale scriveva a p. 12 che: «Egli è fuor di dubbio, che il Diritto Romano non ha forza di legge nelle decisioni di quelle controversie, che hanno per oggetto diritti civili, e che in tali casi esso non può servire né meno qual fonte sussidiaria. Imperciocchè supposto, che un caso non possa essere deciso né secondo le parole, né secondo il senso naturale della legge; si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decise, ed ai motivi di altre leggi analoghe; e se il caso rimanga nondimeno dubbioso, dovrà decidersi secondo i principi del diritto naturale [...]»: *ibid.*, ed Ellinger, secondo il quale «tutte le anteriori leggi che si riferiscono al codice civile debbono ritenersi abolite, ove pure contengano delle disposizioni sopra punti che non sono decisi dal codice civile generale dell'anno 1811, dovendosi in tali casi procedere in conformità al § 7»: G. Ellinger, *Manuale del diritto civile austriaco, versione italiana*

La sezione dedicata alla interpretazione della legge si chiude con la illustrazione del rapporto tra il giudice e la legge nel codice francese. Leggiamo testualmente nel *Compendio* che tale testo legislativo «dichiarava reo di denegata giustizia il giudice che ricusava di giudicare sotto silenzio o oscurità di legge ma non dava poi la norma di decidere per questi casi sicchè si ricorreva al diritto romano». Un assunto che muove dalla consapevolezza della dimensione controversiale del diritto<sup>135</sup>, e che mostra che aveva funzionato perfettamente quella retorica tesa a presentare il codice francese come il «deposito di una volontà scientifica millenaria»<sup>136</sup>, quale effettivamente era. Locré, nel suo *Spirito del Codice Napoleone*, opera certo non ignorata dall'autore del *Compendio*, a proposito della applicazione delle leggi, premettendo che «gli uomini vivono sotto l'impero di due specie di leggi, naturali e positive» scrive che «l'art. 4 accenna ai giudici il caso in cui applicar debbano la legge naturale, e pronunciare la lor sentenza giusta i semplici lumi della ragione, il che ha luogo se la legge sia oscura, muta, o manchevole»<sup>137</sup>. Secondo il Locré, in sostanza, l'art. 4 faceva indirettamente riferimento alla equità *praeter ius*, cioè quella «che giudica i casi dalle leggi non compresi coi generali principi di diritto e di umanità»<sup>138</sup>, e dunque sempre secondo questo articolo «torna indispensabile al giudice e all'avvocato lo studio della giurisprudenza romana, come quella che raccoglie le massime le più sante di equità e di ragione»<sup>139</sup>. E «sulla stessa scia si ponevano gli altri commentatori francesi che seguivano da vicino le indicazioni espresse da Portalis<sup>140</sup> nel *Discours* e nel *Livre préliminaire*, come Maleville e Toullier»<sup>141</sup>.

---

*eseguita sulla quarta edizione tedesca con annotazioni ed aggiunte per cura di Giosafatte Rotondi*, I, Milano 1853, p. 36.

<sup>135</sup> U. Petronio, *Attività giuridica moderna e contemporanea*, cit., p. 77.

<sup>136</sup> S. Solimano, *Imperialismo giuridico francese in difficoltà?* cit., p. 703.

<sup>137</sup> G. G. Locré, *Spirito del Codice Napoleone*, I, cit., p. 193-194.

<sup>138</sup> *Ivi*, p. 195, nota 79.

<sup>139</sup> *Ivi*, p. 196, nota 79.

<sup>140</sup> J. E.-M. Portalis, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, a cura di R. Calvo, Napoli 2013, p. 38: «[...] compito della legge è di stabilire, a grandi linee, i capisaldi generali del diritto: di fissare quindi i principi fecondi senza mai scendere nel particolare delle questioni che possono nascere su ogni materia. Spetta al magistrato e al giureconsulto penetrare lo spirito generale della legge dirigendone l'applicazione». E ancora «[...] viene sempre in essere, a fianco del santuario delle leggi, e sotto la vigilanza del legislatore, un cumulo di principi, di decisioni e di dottrina che si affina giorno dopo giorno attraverso la pratica e il dibattito giudiziale, che si accresce continuamente di tutte le conoscenze acquisite, e che è stato stabilmente considerato il vero supplemento della legislazione [...]»: *ibid.*

<sup>141</sup> S. Solimano, *Imperialismo giuridico francese in difficoltà?* cit, p. 712. In merito v. anche R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, cit., p. 131.

Volendo poi passare a un piano distinto, e cioè quello della prassi, quanto l'autore del *Compendio* scrive è in effetti confermato da chi si è occupato della *Wirkungsgeschichte* con riferimento alla applicazione del codice di Napoleone nel Regno d'Italia<sup>142</sup> (ma anche in altri territori della penisola, come nel Regno di Napoli)<sup>143</sup>. I giudici, obbligati a decidere giusta il disposto dell'articolo 4 del codice, non di rado ricorrevano al diritto romano nella sua funzione di *ratio scripta*, e dunque come strumento interpretativo utile per addivenire alla soluzione di casi dubbi o controversi, che non trovavano immediata corrispondenza nelle norme dettate dal legislatore.

Un'analoga ricerca di carattere giurisprudenziale sull'applicazione del § 7 del codice austriaco porterebbe, forse, e considerando l'impostazione accolta nel *Compendio*, a una conclusione non dissimile<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> S. Solimano, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino 2017; sulla *Wirkungsgeschichte*, Id., "Il codice civile e la sua compagna". *Riflessioni al margine del bicentenario della codificazione delle Due Sicilie*, cit., p. 490-493; Id., *Introduzione*, in F. Brunet-M. Luminati-P. Mastrolia-S. Solimano (curr.), *Costruire, trasformare, controllare*, cit., pp. 9-11.

<sup>143</sup> Mi sia consentito il rinvio a P. Mastrolia, *L'ombra lunga della tradizione. Cultura giuridica e prassi matrimoniale nel Regno di Napoli (1809-1815)*, Torino 2018.

<sup>144</sup> Ancora oggi parte della storiografia austriaca ritiene possibile considerare i principi generali di diritto naturale come «Überhistorische Rechtsgrundsätze», cioè come «allgemeine Grundsätze der Gerechtigkeit». Il riferimento è a quei principi generali di giustizia che sono scolpiti nella tradizione giuridica: cfr. E. A. Kramer, *Die "natürlichen Rechtsgrundsätze" des § 7 ABGB*, cit., p. 1181.