

FRANCESCO MASTROBERTI
Università di Bari

Sul «metodo bizzarro di mantener tacendo le leggi antiche»: il dibattito sulla vigenza dell'autentica 'Ingressi' tra giurisprudenza, Consulta e Governo delle Due Sicilie (1839-1843)

Che nel Regno delle Due Sicilie, stato a diritto codificato in virtù della vigenza del *Codice per lo Regno* del 1819, la Consulta Generale, il Consiglio dei Ministri e il Consiglio di Stato discutesero a fondo, tra il 1839 e il 1843, sull'applicabilità a due casi giudiziari della novella *Ingressi* di Giustiniano (Nov. 5.5) può rappresentare un fatto rilevante sul piano storico-giuridico, poiché la relativa documentazione consente di esaminare il problema dell'abrogazione codicistica del diritto romano da una prospettiva particolarmente privilegiata¹. È bene subito avvertire che sia la Consulta sia il Governo non colsero la buona occasione che veniva loro offerta dalla prassi e non seppero (o non vollero) risolvere una questione che i codici napoleonici avevano trascinato nel Regno e che da decenni ristagnava nelle pronunce giurisprudenziali senza una soluzione definitiva.

È noto – come ha rilevato uno studio di Ugo Petronio – che alla famosa legge abrogatrice del 30 ventoso anno XII, la storiografia abbia fatto dire più di quanto in realtà avesse intenzione di dire e che i 'padri' codificatori, convinti dell'inevitabile incompletezza

¹ Su diritto e cultura giuridica sotto il regno di Ferdinando II di Borbone (1830-1859) e sull'attività delle Consulte cfr. R. FEOLA, *Le Consulte di Stato nelle Sicilie*, in *Clio* 22 (1986) 23-49; O. ABBAMONTE, *Amministrare e giudicare* (Napoli 1997) 42-68; I. ASCIONE, *L'attività giuridico-amministrativa della Consulta generale del Regno delle Due Sicilie dal dibattito alla pubblicazione dei pareri in Rassegna degli archivi di Stato* LI (1991) 84-104; A. DE MARTINO, *Giustizia e politica nel Mezzogiorno. 1799-1825* (Torino 2003). In particolare sul *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* del 1819, comprendente cinque codici (civile, penale, procedura civile, procedura penale e commerciale) cfr. R. FEOLA, *Dall'Illuminismo alla Restaurazione. Donato Tommasi e la legislazione delle Sicilie* (Napoli 1977); F. MASTROBERTI, *Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie dal 1808 al 1820* (Napoli 2001); ID., *Tra scienza e arbitrio. Il problema giudiziario e penale nelle Sicilie dal 1821 al 1848* (Bari 2005); F. MASCIARI, *La codificazione civile napoletana. Elaborazione e revisione delle leggi civili borboniche. 1815-1860* (Napoli 2006).

della loro opera, abbiano indicato il diritto romano quale punto di riferimento scientifico per l'interprete². Peraltro si è pure eviden-

² U. PETRONIO, *La nozione di Code Civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa di completezza)*, in *Quaderni fiorentini* 27 (1998) 83-115. «In realtà – afferma l'autore – proprio i modi in cui si sono formati il codice del 1804 e la legge del 30 ventoso anno XII con il suo art. 7 contribuiscono a dimostrare che la nozione di codice non è stata affatto immutabile, e che quando si parlava di codice, ancora in quegli anni di lavoro su quel testo normativo che in quegli anni che è stato chiamato codice, si intendeva qualcosa di tutto diverso da quello che si è inteso più tardi». Ciò che si è inteso più tardi è l'*idea* di codice come raccolta *ufficiale, nazionale, completa e non eterointegrabile* che, formatasi nell'Ottocento positivistico, ha condizionato tutto il Novecento: un'idea, come dimostra Petronio, molto distante dall'oggetto concreto da cui pure prende le mosse, il *Code Civil*. Il Portalis – la vera anima della codificazione – spendeva quasi tutto il suo storico *Discours* per gettare un ponte con il passato, mettendo bene in chiaro che la linea guida della commissione era stata quella di non distruggere quanto di buono si poteva conservare: il diritto romano (a suo dire denigrato da molti senza conoscerlo), veniva visto – sulla scorta di quanto aveva affermato tra gli altri il Domat – come una miniera inesauribile dove il legislatore napoleonico aveva individuato e codificato la ragione scritta e dove la giurisprudenza poteva trovare orientamento nell'attività interpretativa. Per usare una sua bella metafora il codice rappresentava una sorta di transazione tra il vecchio diritto francese (*coutumes, droit romain, arrets, ordonnances*) e il nuovo, nella prospettiva della formazione di un diritto diritto nazionale. Questo punto è fondamentale: per il legislatore francese il vero problema era rappresentato dalla costituzione di un diritto civile unitario per tutto il paese, fondato su una compilazione di norme volute dal potere politico; un problema per la Francia molto antico e che aveva impegnato già sovrani come Carlo VII, Luigi XIV e Luigi XVI, solo per fare qualche nome. La grandezza dell'opera consisteva nell'aver raggiunto quest'obiettivo nell'ambito del diritto civile, sulla cui soglia si erano arrestati gli sforzi dei sovrani d'antico regime. Da tutto questo deriva che l'idea di completezza e di non eterointegrabilità non apparteneva – se non in senso molto lato – ai codificatori. Su questi temi la bibliografia, a partire dal fondamentale *Livre du centenaire* del 1904 è molto vasta e variegata ma è opportuno segnalare gli interventi della storiografia giuridica che nell'ultimo scorcio del secolo scorso ha iniziato ad interrogarsi e riflettere sulla *forma codice*: G. ASTUTI, *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successivi*, in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea* (Napoli 1984); J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible code civil* (Paris 2002); P. CARONI, *Saggi sulla storia delle codificazioni* (Milano 1998); P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato* (Milano 1998); S. SOLIMANO, *Verso il Code Napoléon: il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target. 1798-1799* (Milano 1998); A. CAVANNA, *Mito e destini del Code Napoléon in Italia. Riflessioni in margine al Panegirico a Napoleone legislatore di Pietro Giordani*, in *Biblioteca storica piacentina* II (2000) 35-75; AA.VV., *Codici: una riflessione di fine millennio. Atti dell'Incontro di studio Firenze 26-28 ottobre 2000*, cur. P. CAPPELLINI, B. SORDI (Milano 2002); U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione* (Torino 2002); I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura*

ziato che la questione dell'interpretazione dell'art. 7 della legge del ventoso, restò aperta per tutto l'Ottocento, attestando una certa difficoltà da parte dei giuristi di quel secolo ad abbandonare lo schermo protettivo del (vecchio) diritto romano³. In effetti la fondamentale norma abrogatrice, disponendo l'entrata in vigore del *code civil*, recitava: «A compter du jour où les lois composant le code sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale, ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois»⁴. Un'abrogazione generale dell'antico diritto, che tuttavia la limitazione alle «matières qui sont l'objet desdites lois» poteva far nascere qualche dubbio sul suo carattere radicale. Infatti se le «matières» si consideravano in senso stretto – ossia come le materie concretamente disciplinate dal codice – non si poteva negare all'antico diritto un carattere positivo, seppure esplicitandosi in via sussidiaria; discorso diverso se le «matières» di cui alla legge del 30 ventoso alludevano in senso molto lato all'intero diritto civile – nel qual caso la limitazione avrebbe escluso dall'abrogazione le norme non civilistiche in attesa della promulgazione degli altri codici – oppure ancora agli istituti regolati anche con una sola norma dal *Code*. Bastiné presentando il *Manuale di diritto civile* del Boileux affermava che «se la legge del 21 marzo 1804 (30 ventoso anno XII) non esistesse, le questioni che il codice non risolve né per principi, né per conseguenze da questi principi, dovrebbero trattarsi con le leggi antiche»; tuttavia chiudevà le sue riflessioni sull'argomento sostenendo che «malgrado questa legge, ha vita pure la regola: *juri antiquo standum donec reperiat expresse correctum*; ma solo per le materie non trattate dal codice»⁵. È infatti innegabile che l'esistenza della legge del 30 ventoso, per l'abrogazione espressa che

giuridica nell'età moderna (Torino 2002); R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'Illuminismo giuridico* (Milano 2002); A. PADOA-SCHIOPPA, *Dal codice Napoleone al codice civile*, in *Italia ed Europa nella storia del diritto* (Bologna 2003) 495-532; J.-L.A. CHARTIER, *Portalis père du Code civil* (Paris 2004).

³ U. PETRONIO, *La nozione di code civil cit.*

⁴ L. 30 ventoso anno XII, in *Bullettin des lois de la République française 3e série*, t. IX, n. 354, 696-99.

⁵ BOILEUX, *Manuale di diritto civile ossia commentario sul codice civile rivenduta dal sig. Poncet ... notabilmente aumentata e posta in correlazione con la giurisprudenza del Belgio dall'avv. Sig. Bastiné, prima edizione napolitana ... per le cure di Antonio Tosti* (Napoli 1841), t. I, XI.

contiene, abbia inteso sfuggire alla comune regola dell'abrogazione tacita della *lex posterior*: ma allora perché la chiosa relativa alle «matières»? È pur vero infatti che un'interpretazione meramente letterale dello stesso disposto normativo avrebbe potuto autorizzare a considerare diritto vigente il diritto romano e i diritti antichi nelle materie, per l'appunto, non regolate dal codice. Come è stato sottolineato, l'obiettivo dei codificatori francesi non fu di annullare il diritto romano e gli altri antichi diritti ma di giungere all'unificazione del diritto francese: lo testimoniano sia il famoso discorso di Portalis sia le discussioni al Consiglio di Stato sulla legge del 30 ventoso anno XII, dove Maleville e Cambacérès sostennero, contro la posizione di Bigot de Préameneu, di lasciare margini di sopravvivenza 'positiva' al diritto romano. È noto che la posizione di Bigot prevalse proprio (e solo) per assicurare uniformità al diritto su scala nazionale e che alla fine l'articolo 7 fu approvato «dans ce sens»⁶. Ma presto nacquero interpretazioni restrittive della legge abrogatrice: «questa tesi conservatrice – afferma Petronio – o almeno conservativa del passato, forse è nata dal tentativo convinto di recuperare le posizioni che erano state difese, ma senza successo, da Maleville e da Cambacérès quando si era discusso dell'art. 7 e dell'abrogazione del diritto vigente, o forse da una tendenza moderata che portava a circoscrivere quanto più possibile le innovazioni della nuova codificazione»⁷.

Fu il Locré ad offrire una delle prime ed autorevoli interpretazioni dell'articolo 7 della legge 30 ventoso anno VII. Dopo aver affermato che l'abrogazione operata dalla legge del 30 ventoso era andata «plus loin» del principio della *lex posterior*, precisava che «cette abrogation n'est pas aussi indéfinie que le texte pourrait le faire croire, car il existe des lois antérieurs que les codes supposent, et auxquelles ils se réfèrent évidemment, puisque, dès qu'on les rentache, la législation sur la matière n'est achevée et manque même du base ou d'organisation»⁸. E citava due esempi, il primo dei quali, re-

⁶ U. PETRONIO, *La nozione di code civil* cit.

⁷ Ivi 109.

⁸ J.G. LOCÉRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des Codes Français* I (Bruxelles 1836) 12. Questa tesi fu articolata subito dopo la pubblicazione del codice in ID., *Esprit du Code Napoléon, tire de la discussion, ou conference historique, analytique et raisonne du projet de Code Civil, des Observations des tribunaux, des Procès-verbaux du Conseil d'Etat, des observations du Tribunat, des exposes de motifs, des rapports et discours* (Paris, de l'im-

lativo alla materia civile, è molto significativo: l'articolo 2070 del codice, autorizzando le *contrainte par corps* solo nei casi regolati da leggi particolari in materia di commercio, polizia correzionale ed amministrazione dei demani pubblici, avrebbe fatto cadere il titolo III della legge del 15 germinale anno VI che disciplinava tale istituto nel campo civile: cosicché l'articolo 7 della legge 30 ventoso, interpretato in modo radicale, avrebbe lasciato un intero istituto senza idonea regolamentazione. Era invece il caso di considerare vigenti alcune leggi cui il codice si riferiva almeno implicitamente, per la semplice ragione che altrimenti si sarebbe creato un vuoto normativo⁹. Lo stesso discorso poteva essere fatto per il secondo esempio richiamato, relativo al diritto commerciale: «On rencontre dans le code de commerce un titre *des bourses de commerce. Agens de change et cartiers*; si tout la législation da la matière est dans ce titre la loi du 19 mars 1801 (28 ventose an VIII), ainsi que le règlements dont elle fut suivie, ne subsistent plus, et une foule de chose demeurent sans règle»¹⁰. Entrambi gli esempi non si riferivano al diritto romano ma solo ad alcune importanti leggi del diritto cosiddetto intermedio, le quali dovevano essere considerate un necessario complemento del codice. Evidentemente il Locré era costretto a fare propria un'interpretazione più ristretta dell'articolo 7 della legge del 30 ventoso per salvare proprio queste leggi, aprendo così uno spiraglio anche al diritto romano.

La posizione di Locré sull'argomento restò un punto fermo, cui si richiamarono quasi tutti gli esponenti della scuola esegetica che trattarono l'argomento. Fu lo Zachariae, tuttavia, ad esprimere una posizione radicale riguardo all'abrogazione, pur riservando al diritto romano il rango di *ratio scripta*:

Toutes les lois (*in sensu lato*) ayant le droit civil pour objet, ont donc été abrogées d'une manière absolue, c'est-à-dire non seulement en tant que la nouvelle législation contient les dispositions incompatibles avec l'ancienne, mais par cela seul que les matières formant l'objet de lois antérieures, se trouvent réglées par le code civil,

primerie imperiale 1805-1807), in 5 voll. In Italia l'opera venne subito tradotta e commentata: cfr. ID., *Spirito del Codice Napoleone opera di G.J. Locré volgarizzata e commentata dagli avvocati Fedroni e Pagani* (Brescia 1806), 2 voll. A Napoli l'opera fu pubblicata nel 1830 per i torchi del Tremater nel 1830.

⁹ G.I. LOCRIÉ, *Legislation civile* t. I cit. 12.

¹⁰ *Ibidem*.

Ce principe ne reçoit exception que dans les cas où ce Code confirme et rappelle le droit ancien. Cpr. Art. 645, 650, 663, 671 et 674. Le droit romain en particulier n'a donc plus aujourd'hui force de loi in France; il n'a d'autre autorité que celle que lui confère, en l'absence de toutes dispositions législatives, sa concordance avec le droit philosophique, qui lui a si justement mérité le titre de *raison écrite*. On ne pourrait dès lors fonder un moyen de cassation sur la violation ou fausse application d'une loi romaine. Les lois anciennes, qui n'ont pas le droit civil par objet ou qui ne s'occupent que de certaines spécialités de ce droit non réglées par le Code civil n'ont été abrogées qu'autant les dispositions de ce Code se trouvent directement ou par voie de conséquence en opposition avec celles de la législation spéciale antérieure¹¹.

Proprio commentando questo passo dello Zachariae, il *Journal du Palais* – come ha rilevato Petronio – espresse l'opinione che l'abrogazione dovesse essere «renfermée dans de sages limites»¹². Anche il famoso e diffuso repertorio dottrinale e giurisprudenziale di Dalloz, alla voce «Lois», non offrì una soluzione definitiva, richiamandosi alle discussioni del Consiglio di Stato per sostenere l'identificazione del diritto romano con la *ratio scripta* e in massima parte al Loqué per l'individuazione di qualche spiraglio di applicabilità. Il suo pensiero era «qu'il ne faut pas interpréter, sans quelque restriction, les termes généraux qui semblent prononcer l'abrogation absolue des lois antérieures à nos Codes dans les matières dont ils traitent»¹³. In questa direzione egli individuava anche un autore, il Mérhilou, che «condamne l'interprétation de M. Zachariae et enseigne que toutes les fois que les codes ne contendront pas des dispositions complètes sur certaines matières, les lois antérieures et relatives aux mê objet, pourront être invoquées»¹⁴. Concludendo, il Dalloz sosteneva che «en presence de la discussion du conseil d'état, il faut s'en tenir à la règle que nous avons posée et d'après laquelle

¹¹ C.S. ZACHARIAE, *Cours de Droit Civil Français traduit de l'allemande sur la cinquième édition (1839) revu et augmenté avec l'agrément de l'auteur par Aubry et Rau I* (Bruxelles 1842) 9.

¹² Cfr. U. PETRONIO, *La nozione di code civil* cit.

¹³ M.D. DALLOZ (ainé), *Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, t. 30 (Paris 1853), s.v. «Lois», n. 550, 214.

¹⁴ *Ibidem*.

on peut recourir aux dispositions del lois et de réglemens anciens, toutes les fois que nos codes ne contiennent pas un système complet de législation»¹⁵.

La delicata questione fu più tardi approfondita dall'autorevole penna del Laurent. Egli, riconoscendo che la legge del 30 ventoso anno XII era andata «beaucoup plus loin» di ogni tacita abrogazione¹⁶, affrontava in maniera diretta la seguente «difficulté»: «Que faut-il entendre par ces mots: *qui sont l'objet des lois composant le présent Code?*»¹⁷. A suo avviso pretendere – come sosteneva il Dalloz – che il codice contenga un sistema completo sopra una materia perché il diritto antico sia abrogato era in contrasto col testo della legge del ventoso e con la discussione che su di essa si ebbe al Consiglio di Stato:

Il suffit qu'une matière soit traitée dans le code, bien que d'une manière incomplète, pour que l'on doivre dire que'elle fait l'*objet* du code, et, par suite, le droit ancien se trouvera abrogé. Nous n'avons qu'un article sur l'action paulienne (1167). Cela n'empêche pas que le droit romain ne soit abrogé; bien entendu, comme on l'a dit le Conseil d'Etat, que le droit romain servita à interpréter les principes qui ont été puisés dans les lois romaines¹⁸.

Ma il Laurent espremeva di seguito una riflessione molto importante relativa alla netta differenza tra il diritto 'antico' – *leggi romane, ordinanze, consuetudini, statuti, regolamenti* – e il diritto nuovo, sciogliendo così l'equivoco nato dalle pagine del Loaré:

On objecte que la loi de vêtose, ainsi interprétée, entraînerait l'abrogation de lois qui sont d'une nécessité absolue. Telle est la législation sur la contrainte par corps. Le code contient tout un titre sur cette matière; cependant personne n'a jamais prétendu qu'il a abrogé la loi du 15 germinal an VI. Non, le code n'abroge pas cette lois, mais c'est pout tout un autre raison que celle qu'on allègue. La loi du ventôse n'abroge pas les lois dites intermédiaires, celles qui furent portées à partir de 89; elle énumère les parties de l'ancien droit qui sont abrogées: ce sont les *lois romaines*, les *ordonnances*, les *coutumes* générales ou locales, les *statuts*, les *règlements*. Il n'est

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ F. LAURENT, *Principes de droit civil français* I (Bruxelles 1876) 37.

¹⁷ Ivi 38.

¹⁸ Ivi 38-9.

pas questions des lois nouvelles. Et il y a de cela une excellente raison. C'est la diversité de l'ancien droit, à laquelle le législateur de l'an XII voulait mettre fin; il devait donc se borner à abroger le droit antérieur à 89. Quant aux lois intermédiaires, elles forment un droit général; il n'était pas nécessaire de les abroger en masse: les principes ordinaires sur l'abrogation suffisaient. De là suit que ces lois ne sont abrogées que si elles sont contraires à une disposition du code. La Cour de Bruxelles a donc bien jugé en décidant que les lois intermédiaires doivent servir à déterminer le sens de l'article 900 du code Napoléon, quant aux clauses qui concernent la liberté des mariages¹⁹.

Laddove Locré era stato costretto a considerare una possibilità di integrazione poiché vi era da 'salvare' il diritto intermedio, Laurent segnava uno spartiacque tra diritto antico, che sarebbe stato abrogato radicalmente, e diritto intermedio, che invece sarebbe stato abrogato secondo le normali regole di successione temporale delle leggi. Si può notare come con il Laurent il codice assuma un rilievo 'ideologico' in chiave di contrapposizione all'antico regime. Questione definita? Parrebbe di sì se non fosse per il fatto che lo stesso Laurent, in un altro passaggio, avesse espresso un concetto alquanto diverso:

Il suffit qu'une matière fasse l'objet du code civil, pour que tout l'ancien droit concernant cette matière soit abrogé. Ce qui aboutit à peu près à l'abrogation totale du droit antérieur à l'89. En effet, toutes les matières de droit privé sont traitées dans le code Napoléon; nous ne connaissons qu'une seule lacune: il n'y est pas parlé des droits d'emphytéose et de superficie. L'ancien droit restait donc en vigueur dans ces matières. Dans le royaume des Pays-Bas, la lacune a été comblée par une loi spéciale²⁰.

È evidente la contraddizione: il diritto antico fu abrogato del tutto (come il Laurent considera nel primo passo citato) o solo «à peu près» (come si legge nel secondo)? Incertezze più o meno esplicite e consapevoli, insomma, che tuttavia emergono anche a distanza di più di mezzo secolo dalla promulgazione del codice, trovando il loro punto di appoggio nella legge del ventoso e la loro

¹⁹ Ivi 39.

²⁰ Ivi 37.

causa profonda nella consapevolezza delle non poche carenze codicistiche²¹.

Tuttavia la teoria della sopravvivenza delle norme del diritto antico non fu molto seguita dalla giurisprudenza francese, come dimostrano i repertori di Merlin e di Dalloz. Piuttosto, soprattutto nel primo terzo del XIX secolo, essa seguì la via indicata dai padri codificatori e ricorse al diritto romano nella motivazione delle sentenze, come *ratio scripta* a sostegno delle pronunce fondate sull'equità: «La motivation – afferma Halpérin – prend bien sùr appui, après 1804, sue le Code civil. Mais il reste de nombreuses questions transitoires réglées par l'ancien droit ou par le droit intermédiaire (1789-1804). Les juges de la Restauration montrent même un goût prononcé pour les autorité traditionnelles: des nombreuses décisions invoquent cumulativement l'ancienne et la nouvelle législation»²². Il diritto antico non veniva bandito dalle sentenze ma transitava nella parte di essa in cui si articolava la motivazione in diritto: cosicché la pronuncia, pur infarcita di dotte citazioni dottrinali dei vecchi giuristi, poteva essere soggetta solo ad una censura di legittimità per difetto di motivazione. Ma in breve la giurisprudenza francese finì per emanciparsi dalla 'tutela' del diritto antico per elaborare autonome interpretazioni e costruire un sistema autoreferenziale in grado di supplire alla carenze del codice: «très vite – sostiene ancora Halpérin – les juges ne sont pas contentés d'appliquer à la lettre les texte du Code civil: pour saisir l'esprit de la loi, ils ont fait aussi appel aux travaux préparatoires, à l'intention du législateur, à la morale, aux principes du droit naturel au aux 'progrès de la civilisation'». Così essi elaborarono «de véritables théories jurisprudentielles, dont certaines ne manquent pas d'audace dans l'interprétation de la loi ou dans le traitement de ses lacunes»²³: ciò fu possibile (o, almeno, agevolato) dalla riforma del 1837 che ampliò i poteri della cassazione, attribuendole una funzione di indirizzo dei tribunali inferiori nella interpretazione della legge²⁴.

Nelle Due Sicilie, dove il decreto del 21 maggio 1819 aveva introdotto la formula abrogativa dell'articolo 7 legge del 30 ventoso

²¹ Su questi aspetti cfr. A.-J. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, trad. it. a cura di F. DI DONATO (Napoli 1993).

²² J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804* (Paris 1996) 54.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Cfr. ARNAUD, *op. cit.* 38-41.

anno XII nelle sue identiche forme, il diritto romano trovò un certo spazio²⁵. Luigi de Angelis nel suo saggio *Della molteplicità de' commenti alle leggi e del danno che ne deriva*, apparso su *Il Giornale di Scienze Morali Legislative ed Economiche* nel 1842²⁶ lamentava che il «male» della molteplicità di interpretazioni era cresciuto, negli ultimi tempi, a dismisura perché «i magistrati, i quali debbono giudicare su testi espressi di legge piegano la medesima ciascuno al pro-

²⁵ Legge del 21 maggio 1819 in *Collezione ufficiale delle Leggi e dei Decreti del Regno delle Due Sicilie*, 1819, vol. I. L'articolo 1 di tale legge recitava: «Le leggi romane, le costituzioni, i capitoli, le prammatiche, i reali dispacci, le consuetudini generali e locali, e generalmente tutte le altre disposizioni legislative non più osservate nei nostri domini al di qua del faro dal di primo di gennaio del 1809 sulle materie che formano oggetto delle disposizioni contenute nei codici provvisoriamente in vigore, continueranno dal giorno primo di settembre dell'anno 1819 a non aver forza di legge nelle materie che formano oggetto delle disposizioni contenute nel Codice per lo regno delle Due Sicilie». «Laonde – affermava Vincenzo de Matteis, traduttore napoletano dello *Zachariae* – ciò che dice l'autore in appresso si applica del pari alla influenza del Codice per lo regno delle Due Sicilie sulle leggi ad esso anteriori». Cfr. K.S. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese, prima edizione italiana eseguita nello studio dell'avv. Vincenzo de Matteis* (Napoli 1862) 33. Giustamente G. ALPA, *La biblioteca dell'avvocato civilista nell'Ottocento*, in *Materiali* (2001) 233-257, rileva che nella Penisola il distacco fu più lento e meno netto, come testimonia l'abbondanza di opere di commento dei nuovi codici corredate da comparazioni con le leggi romane e l'antico diritto dei vari stati pre-napoleonici. Cfr. sul punto anche M.T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, in 3 voll. (Napoli 1986). Il problema nell'area italiana fu fondamentalmente quello della passività della cultura giuridica autoccona rispetto alle indicazioni provenienti d'Oltralpe e la conseguente difficoltà nel fondare un'autonoma scienza giuridica in grado di soddisfare le esigenze della pratica, talvolta diverse da quelle che si manifestavano all'estero. Mentre i paesi dell'area germanica trovarono nel *diritto romano pandettistico* un'impalcatura scientifica nazionale in grado di offrire una mediazione tra la tradizione romanistica e il nuovo diritto, in Italia, per lungo tempo la scienza continuò ad essere impostata sul *diritto romano storico* e sul *diritto romano comune*, i soli sistemi in qualche modo nazionali da contrapporre, ove il caso lo richiedesse, alla scienza giuridica transalpina o a quella austriaca. Così nell'ipotesi di lacuna e nell'insufficienza o non adeguatezza delle soluzioni offerte dalle opere estere, giocoforza l'interprete ricorreva al diritto romano che, almeno, offriva soluzioni in linea con la tradizione. Cfr. da ultimo R. FERRANTE, *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB*, in AA.VV., *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, *Atti del convegno internazionale di Pavia 11-12 ottobre 2002*, cur. E. DEZZA (Padova 2006).

²⁶ L. DE ANGELIS, *Della molteplicità de' commenti alle leggi e del danno che ne deriva*, in *Giornale di Scienze Morali Legislative ed Economiche* (1842) (fasc. V e VI) 325-9.

prio sentimento, o a dir meglio al sentimento di autori da essi letti, e quindi si vede ogni giorno nella stessa materia un tribunale giudicare in un modo ed uno in un altro opposto, ed il tribunale medesimo giudicare in un senso ed ora in senso diverso, con grave danno della società che rimane vagante in una giurisprudenza sempre incerta e fluttuante». È interessante notare che l'autore imputava questo rinnovato arbitrio giurisprudenziale all'articolo 4 del codice civile recepito nella legislazione napoletana:

Pure che ciò avvenga ne' tribunali non fa meraviglia, anzi è nell'ordine delle cose e necessariamente debbono avere i magistrati il potere di giudicare secondo l'equità ne' casi non preveduto dalla legge. La legge dà la regola generale, il magistrato giudicar deve ne' casi particolari; quindi non può astenersi dall'interpretare la legge, ed anche dal supplirla ne' casi non preveduti. Questa facoltà, anzi quest'obbligo l'anno i giudici dalla legge stessa, la quale nelle disposizioni preliminari del codice civile, articolo 4, dichiara colpevole di denegata giustizia quel giudice che ricusasse di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge²⁷.

A suo dire i magistrati esercitavano il potere «di giudicare secondo l'equità ne' casi non preveduti dalla legge» lasciandosi guidare dal diritto romano e ciò costituiva «l'ordine naturale delle cose»²⁸. È vero tutto questo? In merito alcune massime della Suprema Corte di Giustizia in tema di motivazione in diritto espressero un orientamento che può considerarsi 'consolidato' nel senso che il diritto romano poteva essere invocato nelle sentenze, almeno come *ratio scripta*, nonostante il decreto del 21 maggio 1819 che ne disponeva l'abrogazione a far data dall'entrata in vigore del *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*. Nella sentenza riferita alla causa Romano e Cuomo del 14 novembre 1850, relatore Ferrarelli e P.M. Falcone, addirittura si richiama la vigenza del diritto romano nelle materie non regolate dal codice:

È insussistente l'altro assunto della mancanza di motivazione in diritto, per essersi invocate le leggi romane abolite colla pubblicazione del nuovo codice, poiché a prescindere di non essere vietato

²⁷ Ivi 328.

²⁸ *Ibidem*.

ricorrervi, come a ragion scritta, possono le stesse applicarsi in tutto ciò che non forma materia delle nuove leggi²⁹.

Del medesimo tenore un'altra sentenza resa il 26 febbraio 1852 nella causa Romeo e Serravalle, relatore Ferrarelli e P. M. Falcone:

In fine la C.S. ha rimarcato che mal si sostiene da ricorrenti di avere la G.C. Civ. violata la legge de' 21 maggio 1819 per aver invocato disposizioni del diritto romano, poiché se non debbonsi applicare le leggi antiche nelle materie che formano oggetto delle nuove, non è vietato nella risoluzione delle questioni di trar profitto dai lumi che emanano dalle prime e specialmente della legislazione romana che ha meritato il nome di ragione scritta³⁰.

Parzialmente diverso l'orientamento della Suprema Corte a camere riunite che, nella causa Catena e Rotondo del del 26 settembre 1850, relatore Niutta e P.M. Agresti, esprimeva la seguente massima: «Il magistrato che giudica la controversia secondo le leggi attuali, ed invoca le leggi romane come ragione scritta in ciò che non è contrario ai nuovi codici, non viola il decreto del 21 maggio 1819»³¹. In base a ciò il diritto romano non veniva bandito dalle sentenze ma, semplicemente, ma era autorizzato a trascolare dalla parte dedicata alle norme applicate a quella non meno importante della motivazione, beninteso qualora il giudice pronunciasse – ed era sempre tenuto a farlo – nel vuoto normativo secondo equità. Nell'idea della Suprema Corte di Giustizia una pronuncia secondo equità poteva essere motivata secondo diritto romano, anche citando la giurisprudenza del *Digesto*: una sentenza di questo tipo, che utilizzava correttamente il diritto romano come *ratio scripta*, avrebbe potuto comportare un ricorso in cassazione per carenza o difetto di motivazione e non per violazione delle norme di legge³².

²⁹ *Giurisprudenza civile, ossia Raccolta con ordine cronologico delle decisioni della Corte Suprema di Giustizia di Napoli pubblicate da F. Albisinni*, IX da luglio 1850 al 1851 (Napoli nella stamperia del Fibreno 1854), 126 s., S.C.G. 14 novembre 1850 - Romano e Cuomo.

³⁰ *Giurisprudenza civile* vol. X cit., dal 1852 a marzo 1853 (Napoli dalla stamperia del Fibreno 1855) 51 s. – Romeo e Serravalle.

³¹ *Giurisprudenza civile* vol. IX cit. 107, massima II – Catena e Rotondo.

³² Sul tema dell'equità nei giudizi interessante è l'opera del giudice borbonico C. NICOLINI, *Dell'ordinamento dei giudizi e della equità, articolo tolto dal trattato del compromesso* (Napoli 1844).

Ma la Suprema Corte di Giustizia non è l'unica autorevole voce giurisprudenziale relativa alla questione del diritto romano, e, forse, neppure la più rilevante. Accanto al supremo organo di legittimità vi era un tribunale di appello le cui pronunce avevano un'efficacia maggiore nell'orientamento delle corti inferiori: alludo alla Gran Corte Civile di Napoli, non a caso considerata dal governo come il contraltare della Suprema corte di Giustizia di Napoli³³. Mentre quest'ultima – esercitando esclusivamente un controllo di legittimità sulle sentenze per *violazione di legge* – rappresentava una sorta di giudice dimezzato con funzioni prevalentemente di controllo, la Gran Corte Civile di Napoli era un vero e proprio tribunale, col potere di esaminare il merito e la legittimità delle sentenze dei tribunali inferiori e di rendere la propria interpretazione della legge. A parte ciò, la legge sull'ordinamento giudiziario del 29 maggio 1817 intese rafforzare la Gran Corte Civile di Napoli, attribuendole tutti i rinvii delle sentenze cassate dalla Suprema Corte di Giustizia: in pratica venne riproposto, sotto mentite spoglie, l'antico sistema della *Doppia conforme* che, durante l'antico regime, prevedeva il passaggio in giudicato delle sentenze dopo una pronuncia conforme dei massimi organi giudiziari della capitale, il Sacro Regio Consiglio e la Camera di Santa Chiara³⁴.

Ebbene proprio nelle sentenze della Gran Corte Civile di Napoli si trovano affrontate, sviluppate e risolte le più importanti questioni giuridiche che impegnarono la giurisprudenza napoletana pre-unitaria: si può pertanto dire che è opportuno guardare all'atti-

³³ Cfr. F. MASTROBERTI, *Tra scienza e arbitrio* 81-87.

³⁴ Sulla cassazione a Napoli cfr. A. DE MARTINO, *Per la storia della cassazione a Napoli: il dibattito sull'ordinamento giudiziario durante gli anni venti dell'Ottocento*, in AA.VV., *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, cur. A. MAZZACANE, C. VANO (Napoli 1995) e l'ampia bibliografia ivi contenuta. Per la Francia: J. GODECHOT, *Les institutions de la France sous la révolution et l'Empire* (Paris 1951) 476-481; J.-L. HALPÉRIN, *Le tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution. 1790-1799* (Paris 1987). In effetti in Francia nel 1837 fu varata una riforma che ampliò i poteri della Cassazione, fino ad attribuirle una vera funzione nomofilattica rispetto alle corti inferiori. A Napoli il segnale venne raccolto poiché la Consulta, quasi *motu proprio*, avviò un dibattito sul tema che trascinato lungamente dal 1837 al 1843, si concluse con una vittoria del partito favorevole al ritorno alla 'doppia conforme' capeggiato da Gaspare Capone. Si trattò di una rivincita rispetto all'esito del dibattito che tra il 1824 e il 1825 alla Consulta aveva visto la prevalenza del partito filo-francese: una rivincita però sterile perché il rapporto conclusivo della Consulta non venne tenuto in alcun conto dal Governo. Cfr. F. MASTROBERTI, *Tra scienza e arbitrio* cit. 274-281.

vità di questo tribunale più che alla Suprema Corte di Giustizia per individuare gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti. E la raccolta delle *Decisioni delle Gran Corti Civili in materia di diritto* pubblicate da Michele Agresti³⁵, procuratore generale presso la Gran Corte Civile di Napoli offre sul tema del diritto romano nell'Ottocento notevoli spunti di interesse. Innanzitutto è la stessa figura dell'Agresti, uno dei migliori giuristi napoletani dell'Ottocento³⁶, a suscitare una certa attenzione per il suo famoso *Discorso pronunciato all'Università di Giurisprudenza in Parigi nel 1803 per l'apertura del corso di diritto romano e francese*, poi pubblicato a Napoli nel 1829 con un breve postilla³⁷. Questa postilla qui interessa particolarmente perché offre il riscontro della pratica alle teoriche enunciazioni di principio espresse dall'autore in età giovanile. Laddove nel 1803 Agresti affermava che «nello stato attuale della giurisprudenza, non devono trascurarsi le leggi romane, in cui gli additati rapporti sono stati calcolati con discernimento, e regolati con giustizia per cui senza simili soccorsi saressimo forse esposti a

³⁵ *Decisioni delle Gran Corti Civili in materia di diritto pubblicate da Michele Agresti* (Napoli 1827-1840), in 9 voll. [In seguito per la citazione delle sentenze la raccolta sarà indicata con la sigla *GCC*, seguita dall'indicazione del volume, della data e del numero della sentenza e infine dalla pagina del volume in cui è contenuta la citazione].

³⁶ Michele Agresti a sedici anni entrava nel foro sotto la guida di Michele Lopez-Fonseca. Si rinchiuso in Castel Sant'Elmo con gli altri patrioti del 1799 ma a differenza di questi si salvò arruolandosi nell'esercito francese, dove raggiunse il grado di capitano. Nel 1800 intraprese l'insegnamento privato di diritto con grande successo: due anni dopo fu chiamato alla cattedra di diritto romano e giurisprudenza. Il discorso sul diritto romano che la inaugurò riuscì tanto gradito che grazie ad esso Agresti fu onorato della naturalizzazione francese il 12 novembre 1803. Nel 1805 insegnò a Parigi, ma dopo la conquista di Napoli da parte delle truppe francesi, preferì ritornare in patria. Procuratore di alcuni tribunali straordinari fu poi elevato consigliere della Corte di Cassazione dove si segnalò per intransigenza. Dopo essere stato allontanato dal Murat a motivo della sua presunzione, tornò nella Cassazione nel 1812. Nel 1814 fu inserito nella commissione dei codici. Nel 1817, estromesso dalla Suprema Corte di Giustizia, si mise a fare con buon successo l'avvocato. Nel 1824 fu nominato procuratore generale presso la Gran Corte Civile di Napoli, quindi nel 1844 procuratore generale presso la Corte Suprema di Giustizia, carica che tenne fino alla morte. Cfr. P.C. CALÀ ULLOA, *Elogio del Cavaliere Michele Agresti procuratore generale presso la suprema Corte di Giustizia* (Napoli 1855); F. DURELLI, *Della vita e delle opere di Michele Agresti* (Napoli 1856).

³⁷ M. AGRESTI, *Discorso pronunciato da Michele Agresti all'università di giurisprudenza in Parigi nel 1803 per l'apertura del corso di diritto romano e francese* (Napoli 1829).

ricadere nell'infanzia, ed a vagare da errori in errori, prima di arrivare nuovamente al punto, in cui siamo giunti dopo la lunga e non interrotta serie de' travagli altrui»³⁸, un quarto di secolo dopo, «dopo la pubblicazione delle nuove leggi, e dopo travagli gravissimi su queste, come sulle leggi romane» riconosceva che:

I due volumi fonora pubblicati delle decisioni delle G.C. civili offrono già la pruova di fatto, che le quistioni sorte sotto le leggi vigenti si sciolgono col nudo soccorso di queste leggi, senza alcun bisogno di ricorrersi alle leggi romane. Avrò errato, solo, o anche con la Corte, nel modo di argomentare; ciò importa che potrà rettificarsi ciò che avrò opinato, e potranno scegliersi argomenti migliori; ma il fonte vero di ogni ragionamento legale sarà sempre nell'insieme delle legislazioni in vigore. Meglio è dunque di occuparsi a meditare le leggi vigenti, a stabilire i principj che emergono dal contesto delle loro varie disposizioni, a riconoscere il nesso tra questi principj e le loro necessarie conseguenze, ed a farne l'applicazione pure alle quistioni che oggi si elevano; anziché andar ricercando, in una legislazione abolita l'utile in mezzo a molte cose inutili col pericolo, già sperimentato, di frammischiare, nella nuova legislazione, regole che questa non tollera. Altronde, a giudicarne dallo stato della giurisprudenza antica ed in parte ancora dallo stato della moderna, le tante rogole e le tante decisioni di casi particolari, che offre il diritto romano, hanno portato spesso ad applicazioni erronee³⁹.

Fu la Gran Corte Civile di Napoli a fornire un orientamento ai tribunali inferiori sui problemi del 'silenzio della legge', della 'interpretazione di legge', del 'diritto antico' e delle 'leggi romane' (solo per indicare le voci più interessanti degli indici tematici della raccolta di *Decisioni* dell'Agresti). E sulla questione della sopravvivenza del diritto romano alcune sue sentenze di censura dei tribunali di primo grado, pur senza esprimersi apertamente e definitivamente sulla questione dell'abrogazione, si indirizzarono nel senso di escludere, anche nel caso di lacuna codicistica, il ricorso al diritto romano in chiave sussidiaria. In merito il condizionamento dell'Agresti, autore di un pregevole contributo sull'interpretazione⁴⁰, fu rilevante e forse decisivo. Molto interessante è la sentenza n. 3093 del 27 febbraio 1826, tra le prime che affrontavano i problemi del-

³⁸ Ivi 19.

³⁹ Ivi 26.

⁴⁰ M. AGRESTI, *Essai sur les lois civiles* (Paris 1804).

l'oscurità e della lacunosità della legge. Di fronte ad un caso di incertezza interpretativa sulle disposizioni in materia testamentaria, la Corte dichiarava che la soluzione del dubbio poteva trarsi «o dalle voci dell'articolo, o dal suo oggetto, o dalle leggi preesistenti o dall'esempio del testamento di S.M. defunta, o dall'autorità del Foro»⁴¹. Tuttavia poiché il ricorso a questi elementi – ed in particolare alla giurisprudenza francese – non aiutava a risolvere il caso, era opportuno ragionare in termini di lacuna: «in simili casi – ragionava la Corte – la guida sicura del giureconsulto è quella d'investigare l'oggetto del legislatore, consultando i principi generali della scienza e passando in rivista tutte le disposizioni positive analoghe alla materia di cui tratta»⁴². Il riferimento ai *principi generali della scienza* – che potrebbe far pensare ad un'apertura verso il diritto romano – veniva chiarito nel passo immediatamente successivo: «per precetto antichissimo di ragion legale, non l'imperfetto uso delle parole, ma la ricerca dello scopo del legislatore forma la base vera della scienza del diritto»⁴³. È interessante che il diritto romano (la *ragion legale*) fosse invocato per sostenere una prospettiva esegetica di interpretazione. In ogni caso il tribunale di primo grado che era ricorso alle norme antiche per l'interpretazione dei codici aveva operato – a giudizio della Corte – in modo del tutto inopportuno:

È piaciuto d'invocare le leggi antiche nel preteso fine di rischiare così, sul punto in esame, le nuove leggi. Questo modo d'interpretare le leggi vigenti il più spesso è pericoloso, e sempre ci priva del beneficio de' nuovi codici di averci sottratto al caos delle leggi antiche, alle quali questo modo interpretativo ci ricondurrebbe. Questo modo d'interpretare è certamente legale e conducente, quando si tratti d'interpretare una particolar legge derogata, con la legge che è esistente, onde conoscersi i limiti della enunciata deroga. Ma, trattandosi di una legislazione fusa e registrata interamente ne' nuovi codici, il miglior mezzo ordinario di bene interpretarla è quello di penetrarsi dell'insieme delle disposizioni che vi sono scritte; e di spiegarne gli articoli, ravvicinandoli gli uni agli altri, anziché ricorrere alle disposizioni di leggi già abolite e sovente poco o nulla analoghe al nuovo sistema legislativo⁴⁴.

⁴¹ GCC. I, 27 feb. 1826 n. 3093, 331.

⁴² Ivi 336.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Ivi 341.

È questo un passo importante col quale la Corte faceva professione di ‘ortodossia esegetica’, mostrando di accogliere il principio dell’abolizione radicale, senza alcuna apertura neppure in chiave interpretativa, del diritto romano. In caso di lacuna l’unico punto di riferimento valido doveva essere il ricorso all’analogia. La successiva sentenza n. 11698 del 31 marzo 1827, di fronte ad un caso di lacuna del codice di procedura civile mise meglio a fuoco questo concetto e, abbandonando il problematico riferimento ai principi generali della scienza, affermò chiaramente che «i casi non preveduti si decidono secondo i principii generali delle leggi»⁴⁵. Ma in mancanza di una pronuncia specifica e debitamente argomentata sulla questione dell’abrogazione, o, almeno sul concetto e l’estensione del termine «materie» di cui alla legge del 21 maggio 1819, il nodo non poteva dirsi definitivamente sciolto. Anche perché la Corte non fu sempre coerente nei suoi ragionamenti: talvolta, pur affermando l’irrilevanza del diritto romano, si lasciava andare a dotte discussioni sullo stesso per confutare la tesi avversa e per sostenere – il tutto in via puramente accademica – che le nuove leggi erano conformi alla tradizione romanistica.

Interessante in proposito è la sentenza n. 346 del 12 giugno 1829: contro gli avvocati di una delle parti – che avevano sostenuto l’esistenza di una lacuna di legge e la conseguente possibilità di ricorrere al diritto romano – e contro lo stesso Tribunale Civile di Napoli che si era lasciato andare a lunghe disquisizioni sul diritto romano, la Corte si dichiarava «persuasa che nelle veglianti leggi, sotto l’impero delle quali va definita la questione proposta, n’è certamente compresa implicitamente la soluzione» e che pertanto non si «dovrebbe andare in cerca del vecchio sussidiario diritto»⁴⁶. Tuttavia, per mero scrupolo di completezza, risolveva brevemente la questione ‘romanistica’, sostenendo la tesi della compatibilità del diritto codificato alla tradizione del diritto romano:

Le leggi romane, spogliate di quelle sottigliezze, formalità ed euremi, o sieno *fictionibus iuris*, che corrispondevano alla di loro giurisprudenza fondata su’ loro costumi, hanno formato la base della nostra legislazione la quale, migliorando, ne ha reso più esplicito, semplice e sicuro il cammino di modo che la sua esattezza, e

⁴⁵ GCC. I, 31 mar. 1827 n. 11698, 248.

⁴⁶ GCC. III, 12 giu. 1829 n. 346, 341.

precisione non rende più problematica la sua superiorità su questo punto. Ed in questo caso di cui ora trattiamo, in niente discordano da' nostri principj di quelle antiche leggi scritte in materia di modo che piana e facile se ne renderà l'applicazione⁴⁷.

In pratica la Corte affermava che ogni questione, regolata o meno dal codice, avrebbe dovuto essere risolta con le leggi vigenti, anche attraverso un'interpretazione analogica se il caso lo richiedeva⁴⁸, ma non articolava alcun ragionamento giuridico per contrastare la tesi dell'applicabilità in via sussidiaria del diritto romano: piuttosto preferiva sostenere la sua compatibilità con le leggi vigenti. Questa linea emerge in modo evidente da una bella decisione sulla questione della *riduzione delle usure* resa a camere riunite⁴⁹. Alla tesi dell'applicabilità delle norme del diritto romano fondata sulla considerazione che «ne' codici vigenti la materia degli interessi usurarj non è trattata», la Corte ribatteva che non si poteva ricorrere alle «leggi abolite» perché «la materia degli interessi, usurarj o no, è compresa ne' nostri codici, al punto che vi è scritto un capitolo espresso pel mutuo ad interesse»⁵⁰. Si affermava quindi che nelle materie non trattate, le antiche leggi, pur definite «abolite» di principio, potessero spiegare qualche efficacia. Non stupisce perciò che i tribunali di primo grado continuassero a pronunciare sentenze

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Nella stessa sentenza infatti dichiarava: «Ed invero le leggi non abbracciano nelle loro disposizioni tutti li casi possibili, e basta, che si verificino de' casi simili a quelli preveduti, perché sieno a tali casi applicabili le disposizioni tassativamente enunciate». Ivi 340.

⁴⁹ GCC. V, 17 feb. 1831 n. 537, 1642 e 10 lug. 1833 n. 1323, 277-288. In alcuni punti abbiamo un vero e proprio trattato sull'usura e una sua analisi storico-sociale: «Quando poi il turbine politico cominciò a dileguarsi, allora, sotto l'imperio dello stesso codice, il prozzo degli immobili si rilevò; le manifatture ed il commercio si videro successivamente portati al più alto grado di prosperità nazionale; ed in quanto alle usure, costantemente, in tempo del divieto sono aumentate, e si sono dimunuite con la tolleranza. Qui intanto messe da banda le vicende delle nazioni, non deve tralasciarsi di avvertire che le usure non si frenano altrimenti se non con mezzi indiretti; attivandosi soprattutto l'industria ed il commercio e minorandosi a tal modo la classe estesissima degli oziosi e de' miserabili. Forse, ancora, oggi tra di noi, il fomento maggiore alla pravità usuraria sta nella facilità, con cui è ora permesso di stipulare la coazione personale per ogni debito meramente civile». Ivi 280.

⁵⁰ Ivi 285: «Che se non può ricorrersi a leggi abolite, può ricorrersi anche meno ad altra autorità di qualunque ordine, inclusa ceramente quella di leggi non ricevute in atto tra noi».

⁵¹ GCC. VIII, 30 gen. 1837 n. 2674, 132.

inforcite di diritto romano quando ritenevano che la materia trattata non fosse regolata dal codice. Nella causa 2674 del 30 gennaio 1837 la Gran Corte Civile era costretta a censurare duramente un improprio utilizzo del diritto romano addirittura in materia procedurale (perenzione dell'appello), affermando: «Tale è in effetto l'assunto che si è avuto in mira dimostrare con la citazione di talune leggi romane, senza avvertirsi punto; che versano queste su di materia trattata anche di proposito nel nostro codice e che quindi sono per ciò solo abolite; e che nulla è così ingiusto quanto di dichiarare, sotto le leggi vigenti, una decadenza irrevocabile di diritto sull'appoggio unico di leggi così solennemente abrogate»⁵¹. Ad ogni buon conto la Corte coglieva l'occasione per cimentarsi col diritto romano, destreggiandosi con una certa disinvoltura tra Giustiniano e Gotofredo⁵².

Tuttavia, nonostante gli sforzi della Corte nel ribadire l'avvenuta abolizione delle antiche leggi, nel 1840 l'Agresti denunciava ancora a chiare lettere la «pregiudizievollissima ambiguità» sulla vigenza del diritto romano che «lasciano sussistere appunto i settatori troppo tenaci di una legislazione abrogata»⁵³. Elaborando un parere sulla questione se «i magistrati, nominati legalmente arbitri, hanno o pur no diritto al compenso stabilito per simili incarichi», l'Agresti lamentava che «Giureconsulti i più distinti, in Francia e fra noi, seguono anche oggi prescrizioni di leggi antiche, abolite indubitatamente sotto il nuovo sistema di legislazione»⁵⁴. In merito precisava:

L'oggetto de' nuovi codici, e coerentemente quello altresì di ogni nuova legge speciale, è quello di riformare, su ciascuna materia, i statuti antichi, e di fonderli pienamente nelle nuove leggi; onde evitarsi a tal modo la confusione naturale di doversi ricorrere, su di una stessa materia a due legislazioni, l'una abolita e l'altra vigente. In Napoli come in Francia non si è adottato già il metodo di lasciar sussistere le leggi antiche con semplici modificazioni: in vece si è seguito generalmente il sistema più opportuno e più semplice di abolire in tutto le leggi antiche, con la pubblicazione delle nuove leggi, nel fine utile di togliersi ogni nociva ambiguità su' limiti delle due legislazioni, l'una nuova e l'altra antica⁵⁵.

⁵² Ivi 133-4.

⁵³ GCC. IX, *Quistione proprosta in termini generali*, s.d., 107.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

A riprova della persistente ambiguità denunciata dall'Agresti, la Gran Corte Civile di Napoli si trovò ad affrontare e risolvere proprio in quegli anni la spinosa questione della vigenza dell'autentica *Ingressi* di Giustiniano, invocata da due monasteri del Regno per ottenere i beni appartenuti ai loro monaci prima della professione dei voti⁵⁶. Questa vicenda attesta che la norma sull'abrogazione, lungi dall'essere pacifica, non mancò di essere interpretata nel senso di un'ampia sopravvivenza delle norme romanistiche, come avvenne in seno alla Commissione Straordinaria per gli Affari di Legislazione della Consulta Generale del Regno. Infatti, insorto il dubbio «se nello stato attuale di nostra legislazione possa o pur no ritenersi in osservanza l'Autentica *Ingressi* del Diritto Giustiniano per l'addizione all'Istituto Religioso dei beni di colui, il quale vi faccia professione monastica, quando di tali beni non abbia precedentemente disposto»⁵⁷, il 6 maggio 1839 il Sovrano ne commise la soluzione alla Consulta Generale del Regno⁵⁸. Si comprende bene l'importanza della questione perché l'atto del Sovrano – che manifestava un'inattesa apertura verso il diritto romano – attivò un meccanismo

⁵⁶ Nov. 5.5 in *Corpus iuris civilis* III, ed. SCHOELL-KROLL (Berolini 1954) III 32 s. (6). È detta autentica, perché proveniente dall'*Authenticum*, la raccolta di novelle in lingua latina attribuite a Giustiniano e risalente con ogni probabilità all'XI secolo. Sull'*Authenticum* cfr. in particolare: F.A. BIENER, *Geschichte der Novellen Justinians* (Berlin 1824); P. NOAILLES, *Les collections des Novelles de l'empereur Justinien*. I. *Origine et formation sous Justinien* (Paris 1912); II. *La collection grecque del 168 Novelles* (Paris 1914); G. SCHERILLO, *Sulle origini dell'Authenticum* (Roma 1938); N. VAN DER WAL, *Manuale Novellarum Iustiniani: aperçu systématique du contenu des Novelles de Justinien* (Groningen-Amsterdam 1964); R. REGGI, *Per un indice dell'Authenticum* (Milano 1966); N. TAMASSIA, *Per la storia dell'Autentico*, in *Scritti di storia giuridica* II (Padova 1967)157-8; D. HOLWERDA, *Fouten in het Authenticum*, in *Flores legum H. J. Scheltema obliti* (Groningen 1971); G. LANATA, *Le «Novellae» giustiniane e la traduzione dell'Autentico: a proposito del «legum Iustiniani Imperatoris Vocabularium»*, in *Byzantion*, 49 (1979) 257 s.; H.E. TROJE, *Graeca leguntur* (Köln-Wien 1971); A.M. BARTOLETTI COLOMBO, *Lessico delle «novellae» di Giustiniano nella versione dell'Authenticum* I (Roma 1983), II (Roma 1986).

⁵⁷ MAZZETTI, *Rapporto intorno alla questione se possa o pur no ritenersi in osservanza l'autentica «Ingressi» del diritto giustiniano*, Consulta Generale del Regno - Commissione straordinaria per gli Affari di Legislazione, Sessione del 26 settembre 1839 (38 pagine a stampa) in Biblioteca Nazionale di Napoli coll. LIX.1.4. (14) 1.

⁵⁸ *Ibidem*. La documentazione relativa a tale affare è in ASNa (Archivio di Stato di Napoli), *Consulte di Stato*, ff. 321 e 325.

che avrebbe potuto (e forse dovuto) condurre non solo alla soluzione dei casi pendenti ma anche ad una sorta di interpretazione autentica del decreto del 21 maggio 1819 sull'abrogazione del diritto romano.

Secondo il rapporto del Ministro di Grazia e Giustizia, portato in Consiglio di Stato nella seduta del 2 gennaio 1843 la questione era nata da due giudizi in pendenza presso i tribunali civili di Napoli e di Palermo «per successione a beni appartenenti a religiosi professi che si disputavano gli eredi legittimi di costoro e gli istituti cui i religiosi appartenevano»⁵⁹. In Entrambi i giudizi i monasteri avevano fondato la loro azione «su l'autentica Ingressi Monasterio, contenuta nell'antico diritto giustiniano di che sostenevano tuttora la osservanza: per la qual autentica attribuivasi a' monasteri tutto quello di che i religiosi non avessero disposto prima della loro professione»⁶⁰. Da questo era nata «l'occasione di disputare innanzi ai tribunali se sotto l'impero delle attuali leggi civili potesse dirsi in osservanza quell'autentica»⁶¹. Il Ministro sul punto avvertiva che la «questione» era stata discussa «con vario fato ne' diversi studii giudiziarii» ma rimaneva «non ancora assodata dalla giurisprudenza dei tribunali»⁶². È chiaro che la vertenza aveva delicati aspetti politici relativi ai rapporti tra lo Stato borbonico e la Chiesa, di recente regolati dal concordato del 1818, tanto è vero che – ricordava il Ministro – vi era stata ingerenza «anche da parte di questo Nunzio delle Sede Apostolica»⁶³. Considerando gli interessi della Chiesa nella faccenda, appare strano che la Commissione Straordinaria per gli Affari di Legislazione della Consulta Generale affidasse ad un prelado, il consultore Monsignor Mazzetti, arcivescovo di Seleucia, il compito di fungere da relatore. Ma così fu e il rapporto conclusivo della Commissione venne firmato il 26 settembre 1839. Tale rapporto rappresenta una fonte interessante sul problema dell'abrogazione del diritto romano, che viene infatti affrontato in più punti.

L'oggetto del contendere era l'autentica *Ingressi* (Nov. 5.5) che, secondo il Relatore, «il sistema di tutti i giureconsulti» aveva ritenuto inseparabile dall'autentica *Nunc autem* – desunta dalla stessa

⁵⁹ ASNa, *Protocolli del Consiglio Ordinario di Stato*, f. 134, seduta del 2 gennaio 1843, Rapporto del Ministro.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ibidem*.

Nov. 5.5⁶⁴ – e dall'autentica *Si qua mulier* (Nov. 123.37)⁶⁵. La combinazione di queste fonti regolava le vicende dei beni del religioso nel modo così sintetizzato dal Mazzetti:

⁶⁴ Nov. 5.5: «*Illud quoque decernimus, qui in monasterium introire voluerit, antequam in monasterium ingrediatur, licentiam habere suis uti quo voluerit modo. Ingredientem namque simul secuntur omnino res, licet non expressim quia introduxit eas dixerit, et non erit dominus earum ulterius ullo modo. Si vero filios habuerit, si quidem contigit iam eum res aliquas donasse eis, aut per antenuptialem donationem aut per dotis occasionem obtulisse, et faciunt haec quartam ab intestato eius substantiae, nullum in reliquis rebus habeant participium filii; sin autem aut nihil esi donaverit aut minus quarta, et postquam abrenuntians conversatus fuerit inter monachos nihilo minus quarta debeat filiiis aut ad supplementum, si contigit eos iam aliquid accepisse, aut etiam quatenus totum eis detur. Si autem uxoris habetis deinte eam relinquens in monasterium ingrediatur et dos mulieri servetur et ex morte pactum, quod in alia nostra sanximus constitutione; omnibus, quae super monachis de his dicta sunt, et in mulieribus in monasterio ingredientibus valituris». Non è dato sapere quale testo il Mazzetti avesse a disposizione: in ogni caso egli riteneva che l'autentica *Ingressi* era da considerarsi «un tutt'uno» con un'altra autentica – a parte la 123.37, *Si qua mulier*, su cui *infra* – che egli diceva «desunta dallo stesso sopraccitato V capo della Novella 5 di Giustiniano» e così testualmente riportata: «*Nunc autem quum monachus factus est, hoc ipso suas res omnes obtulisse Monasterio videtur, si prius testatus non sit: et exinde de iudicio ejus cessante, lege disponitur; ut si liberos habeat in quos aut nihil, aut minus legitima portione quoquo modo donandi titulo contulerit, eatenus substantiae monasterio destinatae detrahantur, ne quid contingat circa liberos iniquum, salvo tamen jure uxoris et aliorum creditorum*» MAZZETTI, *Rapporto* cit. 5. Tale novella non corrisponde al testo della 5.5 e infatti non vi viene richiamata dall'Agresti nelle sue *Osservazioni* sulla questione sollevata in Gran Corte Civile di Napoli su: *I beni posseduti da Monaci, anteriormente à loro voti solenni, spettano oggi a' loro eredi civili o al Monastero?* (in GCC. IX, s.d. e s.n. 356-367: cfr. *infra* nel testo): il procuratore della Gran Corte Civile di Napoli si limitava a richiamare solo le autentiche *Ingressi* e *Si qua mulier*, riportandone integralmente il testo (corrispondente a quello del *Corpus* cit.).*

⁶⁵ Nov. 122.38 (*Corpus* III cit. 621): «*Si qua mulier aut vir manachiam elegerit vitam et intraverit in monasterium filiis non exantibus, monasterio in quo ingreditur ey res eius competere iubemus. Si vero talis persona filios habeat, et non antequam intret in monasterium de suis rebus fecerit dispositionem et legitimam partem filiis deputaverit, etiam sic liceat (ei) et postquam ingreditur monasterium suam facultatem in proprios dividere filios, ita tamen ut nulli filiorum suorum minuat legitimam partem; quam vero non dederit filiis partem, monasterio competat. Si vero omnem substantiam filios dividere voluerit, propria sua persona filiis connumerata, unam sibi partem modis omnibus retineat quae debeat iuri manasterii competere. Si vero in monasterium degens moriatur, antequam inter filios suos proprias distribuatur res, legitimam partem filii percipient, reliqua vero substantiae pars monasterio competat*».

1. Tutti i beni di chi assume lo stato religioso senza averne disposto sino al momento della sua religiosa Professione, in forza della Professione medesima restano dedicati a Dio, ed aggiudicati al monastero.

2. Ove la persona che professa una regola monastica avesse de' figli, a costoro sarà sempre salva la porzione legittima su quanto il padre o la madre possedeva prima di professare. Se il Religioso o la Religiosa non l'avranno loro assegnata prima della Professione monastica, avranno l'obbligo ed il dritto di farlo anche dopo; e se moriranno senza avervi adempiuto, i figli avranno per legge la quota di riserva, cedendo ciò che sarebbe stata quota disponibile, a beneficio del monastero.

3. La Professione monastica lascia al Religioso o Religiosa la facoltà di distribuire a' proprii figli perfino la totalità de' beni, che prima di professare si possedevano; ma questa facoltà è gravata dall'obbligo di considerare il monastero come uno dei figli⁶⁶.

Secondo il Relatore i punti da esaminare erano due, «1. se con le veglianti leggi possa stare in osservanza l'Autentica *Ingressi* pe' beni che appartenevano al monaco prima della professione; 2. se possa stare in osservanza l'Autentica medesima pe' beni che al monaco perverranno dopo la professione»⁶⁷. Sul primo punto, dopo un florilegio di citazioni dottrinali tese a dimostrare la compatibilità dell'autentica alle patrie consuetudini, alle disposizioni del concordato con la Santa Sede e alle norme della legislazione codicistica, il prelado affrontava la questione dell'abrogazione contro chi pretendeva «mendicare dall'art. 10 del codice un'opposizione all'Autentica *Ingressi*»⁶⁸. Infatti alcuni sostenevano che tale articolo, estendendo alla Chiesa e alle corporazioni religiose l'esercizio e il godimento dei diritti civili *secondo le leggi veglianti*, impedisse di considerare vigente l'autentica in quanto non inserita nel Codice:

Ma rispondiamo, che appunto perché la materia dell'Autentica medesima non è trattata dal Codice, l'Autentica è vigente, a norma dell'art. 1 della legge del 21 maggio 1819. Né vale replicare, che la materia è trattata dal Codice, perché vi si parla delle successioni; giacché non è certamente diritto successorio quello, che l'Autentica stabilisce a favor de' monasteri. Molto meno si può replicare di tro-

⁶⁶ MAZZETTI, *Rapporto* cit. 4 s.

⁶⁷ Ivi 5 s.

varsi la materia trattata nel Codice, perché nel medesimo l'art. 162 vieta il matrimonio *a coloro che sieno legati da voto solenne, o dagli Ordini Sacri*, e l'art. 258 proibisce il riconoscimento de' figli *nati da congiungimento di persone legate da voto solenne, o dagli Ordini Sacri*. Bisogna riflettere, che il matrimonio, e 'l riconoscimento de' figli sacrileghi non presentano neppure il più remoto spicco (sic) di connessione con la materia dell'Autentica *Ingressi*, cosicché resta sempre saldo, che la materia dell'Autentica non è in alcun modo trattata nel Codice, che colla pubblicazione pertanto di questo non può quella stimarsi rievocata; e però, che non è in contraddizione dell'art. 10 del codice l'esercizio del diritto che a monasteri risulta⁶⁹.

Il Mazzetti sosteneva chiaramente che la materia *de qua* non era trattata dal codice poiché non poteva farsi rientrare nell'ambito del diritto successorio: si trattava perciò di una lacuna che, ai sensi dell'articolo 1 della legge del 21 maggio 1819, poteva essere colmata ricorrendo al diritto giustiniano.

In realtà il richiamo alla legge del 21 maggio 1819 appare incidentale essendo fatto per puro scrupolo di completezza: il problema più rilevante per il Mazzetti, quello che occupava gran parte della sua relazione, era dimostrare che nella legislazione non esistessero norme in contrasto con il disposto dell'Autentica *Ingressi* e delle altre due autentiche ad essa correlate. Soddisfatta questa condizione, non vi potevano essere dubbi sulla piena vigenza dell'antico diritto. Da tutto questo emerge una concezione assai restrittiva dell'abrogazione che la svuotava di ogni carattere speciale e, in buona sostanza, la rendeva assolutamente pleonastica. Ma l'affare era destinato ad andare per le lunghe: come vedremo il rapporto di Mazzetti fu «oggetto di matura discussione» nella seduta della Consulta Generale del 27 aprile 1840 e rinviato in Commissione per una revisione⁷⁰. Nel frattempo la Gran Corte Civile di Napoli nell'udienza del 16 settembre 1840 elevò la questione di portata generale sul tema: *I beni posseduti da monaci, anteriormente a' loro voti solenni, spettano oggi a' loro eredi civili o al Monastero?*⁷¹ Fu proprio il procu-

⁶⁸ Ivi 20.

⁶⁹ Ivi 20 s.

⁷⁰ Ivi 1, appunto manoscritto relativo al rapporto a stampa: «Oggetto di matura discussione, seduta de' 27 aprile, aggiornato per discutersi nuovamente in commissione».

⁷¹ GCC. IX, s.d. e s.n. 356-367.

ratore Agresti ad elaborare un articolato parere. Ebbene l'Agresti, pur sostenendo che le autentiche erano state abolite definitivamente dalle leggi borboniche cd. di *ammortizzazione* del 1769⁷², si esprimeva nettamente contro la sopravvivenza – nella materia delle successioni – del diritto romano, ritenendo «bizzarro» il metodo «di mantener tacendo le leggi antiche»:

Oltre a che, alla pubblicazione de' codici, nel silenzio possono dirsi conservate le leggi allora in vigore e non mai quelle abolite e non mai quelle abolite già precedentemente, è da osservarsi ancora che nel nostro sistema legislativo, senza esempio alcuno in contrario, non si è seguito in alcun caso il metodo bizzarro di mantener tacendo le leggi antiche, e di conservarle anche nella stessa lingua latina in cui erano scritte. Bensì, ne' nuovi codici, tutte le sanzioni antiche che è piaciuto di adottare, vi si sono fuse in termini diversi e nel nostro idioma italiano. Questa idea mal fondata di lacune riempite con sanzioni antiche ed anche in lingua diversa, è contraria evidentemente al modo di compilazione e di redazione seguito sinora costantemente. E si andrebbe spontaneamente incontro ad una confusione pregiudizievole, se si dovesse ricorrere, su di una stessa materia, nella specie quella delle successioni, a due legislazioni diverse, l'una vigente e l'altra abolita⁷³.

Tuttavia l'Agresti – pur considerando il concetto di 'materia' (di cui alla leggi abrogatrice del 21 maggio 1819) in senso molto esteso fino a ricomprendere tutto il sistema successorio – non chiudeva definitivamente le porte la diritto romano, come dimostra il passo seguente:

Materie non trattate ne' nuovi codici possono venir regolate da leggi antiche, sempre però ove sieno vigenti e non abolite; ma non

⁷² Ivi 358 s.: «Oltre a che è principio innegabile che, in ogni nuovo codice, si ha cura di fondere e modificare le leggi preesistenti, senz'alcun rinvio speciale ad una o più disposizioni de' codici antichi, nel silenzio di leggi nuove potranno intendersi mantenuti provvedimenti anteriori che si trovavano vigenti in tempo della loro pubblicazione; ma come dirsi conservate egualmente leggi allora inesistenti, poiché abolite già precedentemente all'epoca di una tal pubblicazione? Testualmente è espresso nel Real dispaccio de' 9 settembre 1769 che i luoghi pii ecclesiastici non possono far nuovi acquisti per qualunque specie di contratti o atti di ultima volontà, e vi si rammenta ancora che ciò era così ordinato con le antiche leggi del Regno».

⁷³ Ivi 363.

vale certamente lo stesso per le materie trattate in que' libri estesamente, come lo è la materia delle successioni nella quale, venendo designati i successibili per legge, non possono essere ammessi, in pregiudizio di costoro, individui diversi che la legge non abbia chiamati⁷⁴.

A giudizio dell'Agresti la questione l'affare doveva risolversi interpretando correttamente i reali rescritti del 9 e del 22 marzo 1822 che avevano dichiarato incapaci di succedere i monaci dopo la professione dei voti⁷⁵. Tuttavia egli non nascondeva che questa lineare soluzione era stata messa in crisi dal reale rescritto del 6 maggio 1839 che, commissionando alla Consulta Generale l'incarico di fornire un parere sulla vigenza dell'autentica *Ingressi*, aveva alimentato interpretazioni possibiliste⁷⁶.

La questione passava dunque al governo che avrebbe così potuto sciogliere ogni dubbio sulla portata dell'abrogazione. Quanto alla Gran Corte Civile va detto che essa non tollerò mai il pur frequente uso da parte dei tribunali inferiori del diritto romano in chiave positiva; ma non elaborò un'interpretazione ampia della nozione di 'materie' di cui alla legge del 21 maggio 1819 fino a comprendere le intere branche del diritto sulle quali erano intervenuti i codici. Mantenne cioè aperta una piccola finestra ma mai lo fece entrare in casa. Fu perciò del tutto naturale che il diritto romano finisse per bussare alla porta del governo, trovando inizialmente una certa disponibilità, come dimostra il rescritto del 1839.

Ma il governo dovette presto ritornare sui suoi passi, perché le conclusioni del Mazzetti si presentavano sostanzialmente inaccettabili e formalmente tali da innescare un meccanismo incontrollabile di 'riciclaggio' del diritto romano a scapito della legislazione borbonica. Tanto è vero che nella seduta della Consulta del 27 aprile 1840 il rapporto della Commissione Straordinaria, firmato dall'Arcivescovo di Seleucia, fu duramente attaccato, quindi rinviato in Com-

⁷⁴ Ivi 359.

⁷⁵ Ivi 367.

⁷⁶ *Ibidem*: «Ultima osservazione. Si è mosso dubbio sul senso del Rescritto de' 6 maggio 1839, se cioè in quell'atto sovrano si sia o pur no tenuta come certa l'osservanza delle Autentiche. Si ponga mente all'occasione del Rescritto; si avverta inoltre che, nella inesistenza assoluta di una sanzione letterale sulla ripristinazione delle autentiche, non poteva emettersi in silenzio una dichiarazione di sua certezza: il dubbio promosso resterà così senza fondamento alcuno».

missione e poi nuovamente e definitivamente discusso in Consulta Generale il 19 ottobre 1840. Ecco dunque il resoconto delle tormentate discussioni, esposto nei protocolli del Consiglio di Stato dal Ministro di Grazia e Giustizia.

Contro il rapporto del Mazzetti – che la Commissione non aveva modificato dopo il rinvio – il Capone, dall’alto della sua autorità di insigne giurista⁷⁷ (in Consulta pochi potevano considerarsi tali), sostenne con forza che la questione poteva e doveva essere regolata dal rescritto del 9 marzo 1822 e che quelle autentiche di cui si discuteva, secondo il parere di Gotofredo addirittura non aveva «mai avuto forza di legge in Occidente e ben poco pure in Oriente»⁷⁸. Il Capone si tirò dietro alcuni consultori che sollevarono diversi argomenti contro la vigenza dell’autentica. Tra questi anche quello che si richiamava alla legge del 21 maggio 1819 sull’abrogazione del diritto romano. Il Ministro di Grazia e Giustizia così ne dava contezza al Consiglio dei Ministri e al Consiglio di Stato:

A sostenere di essere le prescrizioni delle autentiche abolite già e non più ripristinate in opposizione al vigente sistema legislativo e quindi non potersi ritenere o riportare ora in osservanza, presenta-

⁷⁷ Su Gaspare Capone (1767-1849), personaggio di primo piano della cultura giuridica napoletana della prima metà dell’Ottocento, è quanto mai opportuno un lavoro organico che ponga in giusta luce la sua figura di giurista e di politico. Probabilmente fu per le materie civilistiche ciò che Nicolini fu per quelle penalistiche: entrambi formatisi sull’antico diritto seppero padroneggiare il nuovo, costituendo nei rispettivi ambiti dei punti di riferimento per più di una generazione di giuristi. Dedicando al principe di Calabria, futuro Ferdinando II, il suo *Discorso sopra la storia delle leggi patrie* (Napoli 1826), e mantenendo in seno alla Consulta alcune posizioni alquanto retrive e reazionarie (testimoniata dalla pervicace lotta per un ritorno alla *doppia conforme*, condotta si può dire fino alla morte) non ha potuto trovare posto nel *pantheon* costruito ai migliori giuristi napoletani dal Pessina nel suo discorso sulla *Scuola storica napoletana* (Napoli 1882). Dunque ‘poco corretto’ da un punto di vista risorgimentale, è quasi caduto nell’oblio fino al recente studio di A. DE MARTINO, *Per la storia della Cassazione* cit. che ne ha messo in luce l’attività alla Consulta. Eppure il suo *Discorso* è sicuramente una delle opere più significative dell’Ottocento giuridico napoletano anche perché sposta l’oggetto delle storie giuridiche dal foro alle leggi. Inoltre alla Consulta il suo impegno non fu solo di retroguardia in quanto si impegnò per modifiche in senso accusatorio al processo. Sul Capone: P. MARI, s.v. «Capone, Gaspare», in *Diz. biogr. it.* XVIII (1975) 660 s. e la bibliografia ivi cit.

⁷⁸ Consiglio Ordinario di Stato, Seduta del 2 gennaio 1843, rapporto del Ministro cit.

vasi nel generale li seguenti motivi. La Chiesa nei suoi rapporti temporali e per lo godimento e lo esercizio dei diritti civili è riguardata nella legislazione civile del Regno come persona che gode secondo le leggi veglianti. La trasmissione dei beni da una ad altra persona, i modi di acquistare la proprietà e di disporre – soggetto delle antiche autentiche relativamente a religiosi – è materia esclusivamente di leggi civili, che emanano unicamente dalla potestà suprema dello Stato come vi emanarono le autentiche stesse. I canoni della Chiesa vi sono affatto estranei. Le leggi civili vigenti hanno deffinitivamente trattato la cotesta materia, ed hanno ampiamente provveduto alla bisogna, e però non è permesso di ricorrere ad antiche leggi, come di materia non regolata dal vigente codice, giusta la regola della legge del 29 (?) maggio 1819 che mise in osservanza il codice. Le leggi civili in vigore non riconoscono quel modo di acquistare per addizione giusta l'autentica: quindi non può il medesimo ritenersi in vigore, non essendo permesso di aggiungere per argomento ai modi per esse stabiliti⁷⁹.

Gli altri argomenti si soffermarono sulla contrarietà dell'autentica alle leggi di ammortizzazione, alle consuetudini del Regno, al concordato del 1818 e al rescritto del 9 marzo 1822: lo stesso rescritto del 1839 fu interpretato nel senso che il Sovrano non avesse ritenuto vigente l'antica legislazione. I consiglieri favorevoli al rapporto del Mazzetti risposero a tutte le osservazioni argomentando in senso diametralmente opposto ed in particolare ribadirono che «non essendo trattata in niuna parte del codice della materia relativa all'addizione di una persona ad un istituto religioso deve di necessità ritenersene la osservanza [dell'autentica]»⁸⁰: in merito essi richiamarono esplicitamente la legge del 1819 che, promulgando i codici, stabiliva «la regola per la quale debba ricorrersi alle antiche leggi per le materie non prevedute nel codice»⁸¹. Si scontravano due posizioni opposte, una che interpretava in senso lato la nozione di «materie», fino a farne comprendere l'intero diritto civile e l'altra che invece la considerava in senso molto stretto lasciando ampi margini all'intervento del diritto romano in via sussidiaria. A prevalere fu comunque quest'ultima posizione cosicché la Consulta ri-

⁷⁹ *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² *Ibidem.*

solse di chiedere al Re che l'autentica *Ingressi* fosse mantenuta in osservanza⁸². Tuttavia il Capone non si diede per vinto e riuscì a convincere la maggioranza della Consulta ad approvare un progetto di decreto col quale il Re avrebbe potuto dichiarare per l'avvenire i monaci incapaci di succedere: seguirono dunque gli interventi dei consultori Venuti e Sammartino che aggiunsero al progetto del Capone la richiesta di un'interpretazione autentica del rescritto del 9 marzo 1822⁸³.

Sarebbe stato auspicabile un intervento del governo che, insieme alla questione dell'autentica, avesse sciolto il nodo dell'interpretazione della legge abrogativa del diritto romano. Ma così non fu, forse per quell'*horror vacui* che continuava tenacemente a serpeggiare, anche nei più convinti fautori del nuovo ordine. In effetti il Consiglio dei Ministri, ricalcando l'atteggiamento della Gran Corte Civile di Napoli allorché veniva a confrontarsi con la possibilità di un utilizzo del diritto romano, risolse la faccenda attenendosi esclusivamente alla legislazione codicistica e alla normativa successiva senza entrare nel merito della questione interpretativa della legge abrogatrice.

Il Consiglio, rilevando preliminarmente che la questione controversa non apparteneva alla materia successoria, specificava che il rescritto del 9 marzo 1822, interpretato correttamente, conduceva alla soluzione del caso: esso infatti aveva disposto la perdita di ogni capacità da parte del monaco nel momento in cui faceva la professione dei voti. Prima di tal momento il professando poteva fare una riserva per se, oppure non fare niente: nel primo caso i beni riservati appartenevano definitivamente ed irrevocabilmente al convento, nel secondo caso essi passavano o restavano nella proprietà dei congiunti⁸⁴. Il Consiglio si divise tuttavia su di un punto: se la riserva potesse riguardare oltre le prestazioni annue vitalizie anche le prestazioni annue perpetue poiché – sostenevano alcuni ministri contrari a tale estensione, tra cui Niccola Nicolini – «la perpetuità di un reddito comporta proprietà contraria al voto di povertà»⁸⁵. Alla fine il Consiglio dei Ministri, messa ai voti la questione dell'estensione della riserva, proponeva al Consiglio di Stato e al Sovrano di risolvere l'annosa faccenda disponendo nel modo che segue:

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ Consiglio Ordinario di Stato, Seduta del 2 gennaio 1843 cit., Parere del Consiglio dei Ministri.

⁸⁵ *Ibidem.*

Appartenga al monastero tutto ciò che il monaco avrà disposto con atto tra vivi in favore di esso prima della professione e tutto ciò che avrà acquistato col suo carattere di religioso; e che per fatto stesso della professione egli è incapace di ogni successione, di ogni acquisto dopo la professione religiosa. Sopra i dubbi surti intorno all'applicazione del rescritto del 9 marzo 1822, S. M. veduto il parere della Consulta ed il rescritto citato testé che dichiara che i religiosi e le religiose professe per ragione dei voti monastici sono incapaci di possedere, si è degnata di dichiarare che secondo le previsioni e la retta intelligenza del rescritto medesimo, appartenga al monastero ciò che abbiano i monaci di rendita annua riservatasi sui propri beni al di della proclamazione dei voti religiosi, od altro che pervenga loro dopo i voti emessi per uffizi o pel loro stato di religiosi. Appartengano poi ai prossimi congiunti dei monaci i beni che posseggono costoro allorché professano i voti religiosi, dei quali non abbiano essi disposto per atti tra vivi⁸⁶.

Nel Consiglio di Stato del 2 gennaio 1843 S. M., precisando di voler escludere dalla riserva le prestazioni perpetue, si uniformò al parere del Consiglio dei Ministri⁸⁷. Così l'affare relativo alla vigenza dell'autentica *ingressi* venne definitivamente risolto, dopo molti anni di discussioni nei tribunali di primo grado, nella Gran Corte Civile di Napoli e nella Consulta Generale. Sarebbe, forse, stata opportuna un'interpretazione autentica della legge del 21 maggio 1819 che avesse fugato ogni dubbio sulla portata dell'abrogazione e avesse messo una volta per tutte a tacere le voci che invocavano il diritto romano per risolvere casi che si ritenevano non regolati dalla legge. Si scelse invece la strada di ignorare la questione di fondo, cosicché gli organi giudicanti del Regno restarono ancora liberi, qualora lo volessero e fossero in grado di farlo, di 'esercitarsi' sul diritto romano nell'ipotesi di lacuna legislativa, esponendosi però alla inesorabile censura dei tribunali di appello ed in particolare dalla Gran Corte Civile di Napoli.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Consiglio Ordinario di Stato, seduta del 2 gennaio 1843 cit., Risoluzioni di S.M.