



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI
DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND
LEGAL SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



ANNALI 2014 – ANNO II

(ESTRATTO)
FRANCESCO MASTROBERTI

Martinangelo de Martino e la polemica contro il diritto romano

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO,
GIUSEPPE LABANCA, FRANCESCO MASTROBERTI,
NICOLA TRIGGIANI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO,
ANTONIO FELICE URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI,
DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE FILIPPI, ARCANGELO FORNARO,
IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI,
CONCETTA MARIA NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI,
FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI, LAURA TAFARO,
SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

STEFANO VINCI (COORDINATORE), AURELIO ARNESE,
MARIA CASOLA, PATRIZIA MONTEFUSCO, ANGELICA RICCARDI,
ADRIANA SCHIEDI, GIUSEPPE SANSEVERINO

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ,
AMBIENTE, CULTURE

CONVENTO SAN FRANCESCO, VIA DUOMO, 259 - 74123 TARANTO, ITALY

E-MAIL: FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT

TELEFONO: + 39 099 372382

FAX: + 39 099 7340595

HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG

Francesco Mastroberti

MARTINANGELO DE MARTINO
E LA POLEMICA CONTRO IL DIRITTO ROMANO *

ABSTRACT	
Il Saggio approfondisce la figura e l'opera di Martinangelo De Martino, originale e arguto giurista napoletano della prima metà del XIX secolo, che condusse una serrata polemica contro il diffuso utilizzo del diritto romano nei tribunali, contro l'insegnamento del diritto romano nelle università, contro Savigny e la scuola storica del diritto e, infine, anche contro l'appiattimento della giurisprudenza napoletana sulle opere dei grandi interpreti francesi. Il suo obiettivo fu quello di formare una giurisprudenza tutta nazionale.	The essay explores the figure and work of Martinangelo De Martino, original and witty Neapolitan jurist of the first half of the Nineteenth century, who led to a fierce polemic against the widespread use of Roman law in the courts, against the teaching of Roman law in the universities, against Savigny and the historical school of law, and finally, even against the flattening of the Neapolitan Courts on the works of the great French interpreters. His goal was to form a national case law.
Diritto Romano - Università - Giurisprudenza	Roman Law – University - Case law

SOMMARIO: 1. Martinangelo De Martino. – 2. *Le Note critiche* al Toullier: lo spirito del codice e l'interprete-filosofo. – 3. *Su gli abusi del diritto romano*: la scorrettezza di Matteo de Augustinis. – 4. Contro il diritto romano, i romanisti e soprattutto Savigny. – 5. Il diritto romano nell'Università.

1. - Molti sono gli ottimi giuristi del regno delle Due Sicilie che sono oggi pressoché sconosciuti anche agli specialisti e che meriterebbero una maggiore attenzione. Uno dei questi è Martinangelo De Martino, giurista acuto ed originale, le cui posizioni critiche nei confronti dei grandi maestri della scuola esegetica e dei cultori di diritto romano, ossia nei confronti dei due punti di riferimento della giurisprudenza e cultura giuridica napoletana del tempo, non gli consentirono l'ingresso nell'eletta schiera delle autorità. Tuttavia la sua visione del diritto, fortemente ancorata alla legge e proiettata verso un affrancamento dai pesanti

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

condizionamenti romanistici e francesi, lo rendono un giurista assolutamente moderno con una caratteristica di non poca importanza: il parlar chiaro, senza mezze misure, eppure con profondità e ampiezza di argomentazioni.

La sua *Note critiche sul diritto civile francese di Toullier* (in due vol. 1828-1831) non può non suscitare curiosità ed interesse, considerando che, nel quadro della pubblicistica giuridica italiana della prima metà del secolo XIX, non si riscontra un'opera simile che offra un articolato e per nulla ossequioso esame critico dei "monumenti" della scuola esegetica francese. Ma la produzione del De Martino andò oltre e investì alcuni cruciali aspetti del dibattito giuridico della prima metà dell'Ottocento, animato dall'attivismo culturale di nuove leve di giuristi che si raccolsero intorno ad alcune riviste come *Il progresso delle scienze, delle lettere e delle arti*¹, concentrandosi in particolare sul problema della forte presenza del diritto romano nella giurisprudenza, nelle scuole private di diritto e nell'Università.

Una buona biografia del De Martino fu composta da Nicola Enrico Trotta e pubblicata sul *Supplemento perenne della Nuova Enciclopedia popolare italiana* nel 1871. Marinangelo De Martino nacque a Toro nella provincia del Molise nel dicembre del 1772 e morì a Napoli il 28 agosto 1850. Laureatosi in giurisprudenza giovanissimo fu nominato governatore regio e, durante il decennio francese, giudice di pace², carica nella quale si distinse per «perizia», «indipendenza» e «fermezza» cosicché si guadagnò in breve tempo la promozione a giudice di tribunale³ e poi quella a giudice istruttore. Con la Restaurazione fu mantenuto al suo posto ma nel 1820, essendo «passionato e felice cultore della poesia latina e dell'italiana», compose un'ode agli avvenimenti rivoluzionari di quell'anno e pertanto non sfuggì alla giunta di scrutinio⁴. Fu dunque privato della carica e dovette ripiegare sull'avvocatura che esercitò con successo. Tra il 1828 e il 1831 scrisse la *Note critiche*, opera cui si è sopra accennato, nella quale, afferma il Trotta, l'autore «mostrò grande perizia del diritto ed acume di mente, per le quali doti riscosse meritate lodi dai più stimati giureconsulti e magistrati napoletani. Le cognizioni scientifiche, di che tutto è sparso superarono l'umile lavoro cui attese, e che va annoverato fra le più pregevoli interpretazioni fatte nel regno alle nuove leggi»⁵. In quegli anni De Martino fu molto vicino a Giuseppe Maria Mazzetti, vescovo di Aquino, Sora e Pontecorvo dal 1836 al 1838 e poi arcivescovo di Seleucia dal 1838 al

¹ Su questi aspetti cfr. F. MASTROBERTI, *Il problema giudiziario e penale nelle Sicilie dal 1821 al 1848*, Bari, Cacucci, 2005.

² N. E. TROTTA, *Della vita e degli scritti di Martinangelo De Martino*, Torino, Stamperia dell'Unione Tipografica – Editrice, 1871 (estratto da *Supplimento perenne alla Nuova Enciclopedia popolare italiana*), p. 5. Il Trotta dice «giudice di circondario» ma questa figura non esisteva durante il decennio per cui bisogna ritenere che il De Martino avesse ricoperto l'incarico di Giudice di Pace.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ivi*, p. 6.

⁵ *Ivi*, p. 7.

1850, anno della morte⁶. Il Mazzetti, che nel 1837 fu scelto da Ferdinando II quale presidente della Regia Università degli Studi e della Pubblica Istruzione, concepì un vasto programma di riforma dell'istruzione che riguardava anche l'insegnamento universitario, esposto nel *Progetto di riforma pel regolamento della pubblica istruzione* (Napoli Tip. De Marco 1838). Al dibattito sul tema, con particolare riferimento alla facoltà legale e allo studio del diritto romano, partecipò anche il De Martino con l'opuscolo: *Su gli abusi del diritto romano, loro cause e rimedii, e su le scuole di perfezionamento* (Napoli Tip. Severino Boezio 1842). Il problema, come si vedrà, era quello di fronteggiare il dilagare del diritto romano nelle aule giudiziarie – dove, ad onta del sistema codicistico, se ne faceva larghissimo uso nelle sentenze – e in quelle universitarie dove ancora campeggiava come una materia fondamentale per la formazione dei futuri giuristi⁷. Il De Martino, appoggiando il piano di riforma del Mazzetti, prese una posizione molto netta di chiusura nei confronti del diritto romano che, a suo avviso, doveva considerarsi un diritto storico: una posizione non condivisa dal Trotta che, pur sottolineando i meriti dell'opuscolo, rilevava: «Sembra però che il De Martino, preoccupato un po' troppo di parecchi abusi del diritto romano, non abbia avvertito convenientemente alla necessità che stringeva i cultori della scienza a ricorrere a quella inesaurita fonte di sapienza e di pratica giuridica, per apprendere i veri principii scientifici, i quali nel nuovo Codice sono semplicemente supposti»⁸. Il saggio venne ripubblicato in appendice al trattato intitolato *Della enunciazione della nuova opera. Qual era, qual è, e quale potrebbe essere* e gli opuscoli (Napoli Tip. Gaetano Rusconi 1845). Nello stesso anno pubblicò i saggi: *Sulla natura delle sentenze interlocutorie e su i loro gravami* e *Su gli interessi moratori* (Napoli Tip. Gaetano Rusconi). Secondo il Trotta tali opere, che dimostrarono una grande dimestichezza dell'autore anche con il diritto romano, incontrarono molto favore nel foro napoletano.

Nel 1848 fu eletto deputato prima per la provincia del Molise e poi per il distretto di Campobasso. Alla Camera, secondo quanto dice il Trotta, dopo un primo periodo in cui «stette con la maggioranza», aderì alle posizioni più moderate⁹. Dopo l'esperienza parlamentare ritornò agli studi legali e alla professione (documentata da numerose allegazioni date alle stampe) e si lanciò, spinto dal suo amico Mazzetti, nell'impresa di comporre il *Dizionario generale di giurisprudenza civile, penale,*

⁶ Sul Mazzetti cfr. G. BROCCOLINI, *Giuseppe Maria Mazzetti pedagogista carmelitano*, estr. da «Pedagogia e vita», serie III, 1967, n. 5.

⁷ Cfr. U. PETRONIO, *La nozione di Code Civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa di completezza)* in *Quaderni fiorentini* 27 (1998), pp. 83-115; F. MASTROBERTI, *Sul metodo bizzarro di mantener tacendo le leggi antiche»: il dibattito sulla vigenza dell'autentica* Ingressi nel Regno delle Due Sicilie (1839-1843), in AA.VV., *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna*, vol. V, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, pp. 3365-3394.

⁸ TROTTA, *op. cit.*, p. 8.

⁹ Nel 1848 il De Martino pubblicò un breve saggio dal titolo: *Sulla legge agraria, per l'elezione de' deputati* (Napoli s.n.)

commerciale, amministrativa e canonica, una sorta di enciclopedia giuridica. Furono però stampati solo trenta fogli del primo volume e l'opera si fermò alla voce *Equità* per via della scomparsa del De Martino nel 1850.

2. - Le *Note critiche* all'opera di Toullier rappresentano un lavoro alquanto singolare nel panorama della pubblicistica giuridica italiana della prima metà del secolo XIX si tratta di un interessante apparato critico all'opera del grande esegeta francese che, nel Regno come in tutta Europa, aveva molta influenza sui giudici¹⁰. Proprio questo aspetto era indicato dal De Martino come il movente della sua opera: «Il destino di una causa, e quindi di una famiglia – affermava nella *Prefazione* - dipende talvolta da ciò, che astrattamente ne pensava quest'interprete francese. Ma perché gli errori degli uomini celebri sono più contagiosi (come ne conviene lo stesso Toullier), ho creduto far cosa utile, che un'opera, la quale ha tanta influenza sull'amministrazione della giustizia, fosse purgata da noi»¹¹. A questo scopo se ne aggiungeva un altro che, ad avviso dell'Autore, era più importante: «cioè di determinare i giovani a meditare sulle leggi, e quindi a rispettare più le leggi che gli interpreti; di confermarli nell'attaccamento alla legislazione vigente; di ritirarli dallo spirito contenzioso e minuto, da cui molti sono invasi; d'impegnarli alla filosofia legale, donde l'amor vero della giustizia, l'odio della cavillazione, la buona fede, la docilità, ed in gran parte la pubblica morale»¹². Questo passaggio esprime la posizione del De Martino a favore della formazione di una giurisprudenza nazionale non adagiata sulle opere dei grandi esegeti francesi ma autonoma ed indipendente: dopo vent'anni dalla promulgazione dei codici era ormai tempo che giudici ed avvocati prendessero questa strada. A differenza di altri giuristi che guardavano al diritto romano o al diritto patrio quali punti di riferimento storici per la formazione di una giurisprudenza nazionale, il De Martino individuava nella legge vigente l'unico elemento di riferimento sul presupposto che essa offriva gli strumenti agli interpreti per risolvere ogni caso. Chiarissimo in proposito il passaggio nel quale affrontava la questione del silenzio della legge. Egli sosteneva che molti si compiacevano nel trovare lacune nella legislazione per poter ricorrere al diritto romano che, a differenza dei codici, consentiva la soluzione di molti più casi concreti. De Martino rilevava che la mancanza di completezza del codice «lungi di essere un difetto, è anzi un merito del codice civile, merito di ogni legislazione»¹³. Per il De Martino quando il codice

¹⁰ La prima edizione napoletana dell'opera fu: C. B. M. TOULLIER, *Corso di Dritto Civile Francese secondo l'Ordine del Codice. Opera nella quale si è procurato unire le teorie colla pratica del Sig. T. professore di Dritto in Rennes. Traduzione italiana corredata di note e di aggiunte diretta principalmente ad illustrare il Codice delle Leggi civili pel regno delle due Sicilie*, Napoli, 1820-1830, dalla tipografia Simoniana [voll. 1 e 2], dalla tipografia del Giornale delle due Sicilie [voll. 3-14].

¹¹ M. DE MARTINO, *Note critiche sul diritto civile francese di Toullier*, in due voll., Napoli, Dalla Tipografia di Giuseppe Severino, 1828-1831, I, p. III.

¹² Ivi, vol. I, pp. III-IV.

¹³ Ivi, p. 2.

era muto su una determinata questione era opportuno ricorrere «piuttosto allo spirito della legislazione, che al diritto naturale o al diritto romano»¹⁴. Dunque il diritto naturale e il diritto romano che tanta presenza facevano nelle allegazioni e nelle motivazioni delle sentenze – spesso con il beneplacito della Corte Suprema di Giustizia di Napoli – dovevano essere messi al bando e l’interpretazione doveva orientarsi solo sulla legge vigente. Questa, secondo l’autore, quando ben ordinata, aveva i «suoi principj fondamentali da cui emanano, come da una sorgente, divise e suddivise le sue molteplici disposizioni. Que’ principj sono il suo spirito»¹⁵. I codici, rappresentando una estrinsecazione della giustizia universale (diversa secondo i popoli e negli stessi popoli secondo la loro storia), esprimevano uno “spirito” in grado di orientare l’interprete e fargli così risolvere i casi di silenzio della legge: «Mancando dunque in un codice una disposizione positiva, deve trovarsi ne’ principj regolatori del suo sistema la risoluzione della quistione. Colla loro guida si va sicuramente allo scopo, a cui il legislatore con impulso invisibile vuol portare le combinazioni civili»¹⁶. Appare del tutto evidente l’influenza di Montesquieu e soprattutto quella di Giambattista Vico come emerge nel seguente passaggio dove il De Martino consegnava al filosofo il compito di penetrare lo spirito del codice:

Se nelle disposizioni, che cercate, lo trovate silenzioso, interrogatelo ne’ suoi principj, e vi troverete la sua risposta. Ma il sistema di un codice non è né scritto, o è scritto in parte: il suo spirito, invisibile ai forensi, non è scoperto, non è contemplato, che dall’occhio penetrante del filosofo¹⁷.

Ma allo spirito della legislazione, conseguito con la filosofia, doveva accompagnarsi la necessaria considerazione dello stato di evoluzione del popolo ovvero dei suoi costumi: «I savj legislatori adattano le leggi allo stato complicato de’ popoli: e volendo migliorarlo, raccomandano l’operazion della crisi alla forza insensibile della pubblica educazione, gettando nella legislazione i semi inavvertiti, che debbano produrla»¹⁸. Risalta l’influenza di Vico che proprio in quegli anni veniva riscoperto ed esaltato a Napoli e in tutta Europa. Ma il De Martino non si nascondeva dietro astratte questioni filosofiche e affrontava direttamente il vero problema del tempo: il diffuso ricorso al diritto romano nelle sentenze e nelle allegazioni degli avvocati. La questione, a venti anni dall’introduzione del diritto codificato, era ancora scottante. Per il De Martino il diritto romano era stato abrogato dalle nuove leggi e ciò lo rendeva assolutamente inutilizzabile. Neppure si poteva recuperare – come molti argomentavano – il diritto romano come consuetudine, perché le norme romanistiche sulla consuetudine erano state tutte abrogate «dalle

¹⁴ Ivi, p. 3.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Ivi, p. 4.

nuove leggi, che non solo hanno abolito le consuetudini scritte, ma avendo enunciato i casi, ne' quali possa seguirsi l'uso, l'hanno per conseguenza vietato in tutti gli altri»¹⁹. Che poi qualche caso sfuggisse all'attenzione del procuratore generale presso la Corte Suprema, questo non poteva di per sé comportare una sopraffazione della legge che sul punto era chiarissima, come chiarissimo era il senso dell'introduzione della cassazione a tutela del rispetto della legge. Pertanto, su questo fondamentale punto il De Martino manifestava il suo pieno dissenso rispetto alla posizione del Toullier che affermava: «La Corte di cassazione ha rispettato talune decisioni contrarie alla legge, perché erano conformi alla consuetudine universale della Francia, ne ha rispettate ugualmente talune altre, che erano contrarie alla consuetudine universale, e perché erano conformi alla legge»²⁰.

Le *Note* del De Martino sviluppavano una lunga serie di critiche relative alle posizioni espresse dal Toullier, sulla base della legislazione vigente nel Regno delle Due Sicilie. Per il giurista di Toro non era possibile che i tribunali, soprattutto Gran Corte Civile e Corte Suprema di Giustizia di Napoli, si attenessero spesso acriticamente alle posizioni della scuola esegetica francese, ossia alla giurisprudenza di un paese straniero, senza elaborare una interpretazione nazionale. Una nota critica valga di esempio fra tante, tutte argomentate in maniera rigorosa con riferimenti precisi anche alle pronunce dei tribunali napoletani. Nella nota al num. 522 del tomo III del *Corso* dedicato alle servitù, Toullier affermava che «La parte laterale del balcone o della loggia è una veduta diretta sul fondo vicino»²¹. De Martino rilevava che la Corte Suprema aveva annullato la decisione che era stata resa in senso opposto dalla seconda camera della gran Corte Civile di Napoli il 28 settembre 1826 in conformità alla posizione di Toullier, a suo giudizio errata perché non conforme alla lettera e allo spirito della legge: seguiva un'ampia e particolareggiata analisi che aveva come esclusivo punto di riferimento il codice le cui norme venivano interpretate in modo sistematico tenendo sempre ben presente lo spirito delle disposizioni. In questa e in tutte le altre *note* l'evidente intento di De Martino era quello di trovare la strada per una giurisprudenza nazionale, finalmente affrancata dalla scuola esegetica francese e dal diritto romano.

3. - Nell'epoca in cui il De Martino scriveva la sua opera il tema dell'utilizzo del diritto romano nei tribunali e nelle scuole giuridiche era molto sentito, sia perché nel corso degli anni venti e trenta del secolo la giurisprudenza aveva fatto frequentemente ricorso ad esso nelle sentenze²², sia perché la diffusione delle opere di Savigny in Italia aveva riaperto il dibattito offrendo ai *romanisti* un solido apparato teorico alle

¹⁹ Ivi, p. 6.

²⁰ Ivi, p. 7.

²¹ Ivi, p. 131.

²² Cfr. AA.VV., *Tribunali e giurisprudenza nel Mezzogiorno*, I. *Le Gran Corti Civili di Napoli e di Trani*, a cura di F. MASTROBERTI, Napoli, Satura, 2010.

loro idee²³. Il dibattito si intensificò nel 1838 allorché Giuseppe Maria Mazzetti, quale presidente della Regia università degli Studi e della Pubblica Istruzione, nel 1838 pubblicò il *Progetto di riforma pel regolamento della pubblica istruzione* nel quale, come meglio si vedrà *infra*, si proponeva di eliminare il diritto romano dalla Facoltà di Giurisprudenza²⁴. Ma il suo progetto abortì sul nascere perché nel *Regolamento per l'esame di coloro che aspirano agli uffizi di magistratura* firmato da Ferdinando II il 25 agosto 1838²⁵ si stabilì che per l'esame di accesso alla magistratura gli aspiranti avrebbero dovuto discutere delle *tesi* nelle materie del Diritto universale, Diritto romano, Codice per lo Regno delle Due Sicilie, Diritto canonico e Storia civile del Regno insieme a tre specifiche questioni di diritto sul Codice per lo Regno. In particolare per l'esame di diritto romano, l'art. 4 del *Regolamento* stabiliva:

Per lo esame nel diritto romano la tesi consisterà nel chiedere la esposizione filosofico-legale di alcun titolo del Digesto, o del Codice giustiniano. Saranno prescelti que' titoli a quali altri sulla materia stessa corrispondono nel Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Parte essenziale del lavoro che dovrà essere presentato dagli aspiranti, sarà di rilevare se in ambedue le legislazioni vi abbia convergenza o divergenza di principi, le regole che discendono da questi principi diversi, ed i motivi di tali variazioni²⁶.

Il governo, probabilmente su impulso della Consulta generale del Regno, nella quale molta influenza aveva Gaspare Capone²⁷, consacrò il diritto romano come

²³ Sulla diffusione in Italia delle idee di Savigny cfr. L. MOSCATI, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Roma, Carucci, 1984; ID., *Italianische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, Viella, 2000. Sulle scuole di diritto e sulla cultura giuridica a Napoli tra gli anni venti e trenta dell'Ottocento cfr. A. ZAZO, *Le scuole private universitarie a Napoli dal 1799 al 1860*, Napoli, I.T.E.A., 1926; ID., *L'istruzione pubblica e privata nel napoletano (1767-1860)*, Città di Castello, Il Solco, 1827; A. OMODEO, *L'età del Risorgimento italiano*, Napoli. Edizioni Scientifiche Italiane, 1946; G. OLDRINI, *La cultura filosofica napoletana dell'Ottocento*, Bari, Laterza, 1973; M. T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, Napoli, Jovene, 1987, 3 voll., II. *Tendenze e centri dell'attività scientifica*, pp. 3- 122; A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento: l'istruzione giuridica a Napoli nel primo Ottocento*, in AA.VV., *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, a cura di A. Mazzacane e Cristina Vano, Napoli, Jovene, 1994, pp. 82-9; E. GENTA, *Ecclettismo giuridico della Restaurazione*, in *Studi in memoria di Mario E. Viora*, Roma, Fondazione Sergio Mochi Onory per la Storia del Diritto Italiano, 1990, pp. 351-75

²⁴ Cfr. *infra*, par. 5.

²⁵ Collezione delle Leggi e dei Decreti del Regno delle Due Sicilie, 1838, II, *Regolamento per l'esame di coloro che aspirano agli uffizi di magistratura*, Napoli 25 agosto.

²⁶ *Regolamento per gli esami*, cit., art. 4. Su questi aspetti cfr. MASTROBERTI, *Tra scienza e arbitrio*, cit.

²⁷ Su Gaspare Capone, autore del famoso *Discorso sopra la storia delle leggi patrie* (Napoli 1829) e protagonista delle diverse fasi del dibattito sulla cassazione alla Consulta Generale del Regno, cfr. F. MASTROBERTI, voce «Capone Gaspare» in *Dizionario biografico dei giuristi italiani* (DBGI), a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone e M. Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013, Vol. I, pp. 431-2 e la bibl. *ivi* cit.

materia necessaria alla formazione dell'aspirante magistrato, il quale avrebbe dovuto dar prova di saper mettere a confronto i due sistemi, individuando convergenze o divergenze di principi ed indicando i motivi alla base delle divergenze. Si trattava del metodo adottato dalla folta schiera di comparatisti, i quali erano orientati dal principio che i codici fossero una sintesi del diritto romano e che quest'ultimo dovesse servire a motivare le nuove disposizioni: i giovani, dunque, arrivando in magistratura con questa formazione, inevitabilmente proferivano sentenze infarcite di diritto romano²⁸.

Interessante è l'*Avviso* nel quale De Martino racconta la particolare vicenda dello scritto che, destinato al *Progresso delle Scienze delle lettere e delle arti*, non fu poi pubblicato mentre al suo posto, sullo stesso tema e con gli stessi argomenti, venne pubblicato un articolo di altro autore:

L'originale di questo scritto, completato fin da giugno 1841, quando giunse in Napoli la risposta di Berriat-Saint-Prix su lo stato della giurisprudenza romana in Francia, indi riveduto amichevolmente ed approvato dal profondo filosofo e giureconsulto signor Borrelli, fu consegnato ad un avvocato per farlo inserire nel *Progresso*, di cui è uno de' dotti collaboratori e propriamente nel n. 56. Ma per un incidente non essendone seguita la inserzione, quell'avvocato ha fatto su lo stesso argomento un articolo col titolo: *Del diritto romano per quel che è, e dell'essere nella presente società europea, e pel nel nuovo dritto di Europa*. E lo ha fatto inserire nel susseguente n° 57 di quell'opera periodica. In tal suo lavoro egli ha innestato parecchie mie osservazioni, ed alcune delle autorità che io aveva riportato. Così facendo, egli le ha onorate di fatto, abbenché le avesse dove compendiate, e dove accennate, né tutte; e si fosse omessa, fosse per incuria del tipografo, qualche menzione di ciò che era mio. Ora, affinché si conoscano tutte e nella loro integrità le mie osservazioni, e si distinguano, qualunque elle siano, da quelle che appartengono al suo merito, ho stimato di pubblicare separatamente quel mio scritto. Napoli 28 dicembre 1841²⁹.

Una strana vicenda che offre spunti di osservazione. Dall'introduzione ricaviamo che lo scritto fu rivisto e condiviso da Pasquale Borrelli³⁰ e poi passato ad un avvocato per la pubblicazione nel n. 56 del *Progresso*. Il De Martino parla di un incidente che impedì la pubblicazione e della successiva pubblicazione, nel n. 57, del saggio *Del diritto romano per quel che è, e dell'essere nella presente società europea, e pel nel nuovo dritto di Europa* che riprendeva molte sue idee senza citarlo. L'autore di questo saggio è Matteo de Augustinis³¹ il quale – secondo il De Martino –

²⁸ Cfr. AA.VV., *Tribunali e giurisprudenza nel Mezzogiorno*, cit.

²⁹ M. DE MARTINO, *Saggio su gli abusi del diritto romano loro cause e rimedi su le scuole nelle università e su le scuole di perfezionamento*, Napoli, da Severino Boezio, 1842, *Avviso*.

³⁰ Sul Borrelli cfr. L. BALBI, *Bibliografia di Pasquale Borrelli*, Coblenz, presso Trunbach figlio, 1840.

³¹ M. DE AUGUSTINIS, *del dritto romano per quel che è e debb'essere nella presente società europea e pel nuovo diritto in Europa*, in «Il progresso delle scienze, delle lettere e delle arti», n. 57 – maggio giugno 1841. Sul de Augustinis cfr. AA. VV., *Matteo de Augustinis economista, educatore e giurista dell'Ottocento meridionale: atti del Convegno di studi*, a cura di D. Ivone, Napoli ES 2000; G. LIBERATI, voce «De Augustinis, Matteo», in *DBGI*, I, pp. 665-6.

compì una grave scorrettezza. Dalla lettura dell'opera del giurista di Toro, come risalterà *infra*, non è difficile comprendere la causa dell'incidente che impedì la pubblicazione. Il *Progresso*, cui era destinato il lavoro, diretto all'epoca da Ludovico Bianchini, era una rivista molto attenta ai rapporti con l'accademia europea e gli autori, con i loro articoli, cercavano di inserirsi nei più importanti dibattiti scientifici internazionali. L'opuscolo di De Martino, salace, a tratti ironico, non risparmiava nessuno indicando con precisione i casi giurisprudenziali più eclatanti nei quali il diritto romano aveva prevalso sui codici e criticando apertamente gli accademici di tutta Europa per il «furore» romanistico. E' possibile che la direzione del giornale non volesse mettersi contro importanti scuole europee ed è probabile che abbia chiesto al De Martino di temperare alcuni aspetti del suo articolo e che l'autore si sia rifiutato. Questa ricostruzione è avvalorata dai contenuti dell'articolo di Matteo De Augustinis che, nella prima parte, dedicata alla denuncia degli abusi del diritto romano, riassume molto le idee del De Martino badando bene a mantenersi sopra le righe: una denuncia forte ma generica, quella del De Augustinis, di certo più tranquilla per la direzione del *Progresso*. In alcuni punti di questa prima parte troviamo anche forti punti di contatto con l'opuscolo di De Martino come nel seguente passaggio:

Impercioché, fatti più arditi, i zelatori del romano diritto, tentarono più di quel che dapprima avevano osato, e bandirono, fatti più ardimentosi e securi, essere il nuovo codice un incompiuto estratto dal romano, la cui compilazione solamente potersi dire fonte perenne di equità e giustizia civile³².

Ma, dopo aver succintamente esposto cause ed effetti degli abusi, badando a mantenersi nel generico, il De Augustinis si chiedeva: «Dopo queste osservazioni è giusto dimandare qual sarà rimedio a tanto male? Converterà proscrivere ogni studio di diritto antico, gioverà meglio abolire i comenti, ordinare doversi stare alle parole della legge, ed esser tutto vietato fuori dalle parole di quella? Illustrazioni, autorità, dottrine? ... Vorrassi ... ma no, non volsi niente di tutto questo, volsi distinguere l'utile dall'inutile, il vero dal falso, la legge dalla non legge»³³. A questo scopo erano dirette le sue pagine che poi si sviluppavano su tre linee direttrici: su «ciò che costituisce la legge», sul «modo come le leggi vogliono essere interpretate» e, infine, sul «modo come le leggi vogliono essere studiate»³⁴. Le tesi esposte in queste tre parti non si discostavano dalle opinioni del De Martino, che si esamineranno *infra*, ma il tono del discorso era assolutamente meno incisivo: l'esame complessivo convince del fatto che il De Augustinis abbia frettolosamente buttato giù un articolo sull'argomento in sostituzione del lavoro ben più corposo e documentato del De Martino che era stato rifiutato dalla direzione probabilmente per i motivi sopra ipotizzati.

³² DE AUGUSTINIS, *op. cit.*, p. 46.

³³ Ivi, p. 47.

³⁴ Ivi, p. 48.

4. - Nel 1845 il De Martino in appendice a *Della nunciazione di nuova opera* pubblicava nuovamente il suo opuscolo, rivedendolo in qualche punto e aggiungendo nuovi passaggi nei quali accentuava la critica ai *romanisti*³⁵. Si trattava di un'opera scritta senza reticenze e ampiamente documentata che mette in chiaro cause ed effetti della persistente presenza del diritto romano nei tribunali, nelle scuole di diritto e nell'Università di Napoli. Egli ricostruiva molto bene ciò che era avvenuto nel Regno: le nuove leggi varate da Giuseppe Bonaparte furono accolte con grandissimo entusiasmo poiché tutti avevano sperato nella fine degli abusi e in un diritto finalmente certo, riposto in norme chiare raccolte nei codici napoleonici. Per un breve periodo il diritto romano fu messo da parte ma tale «opinione consolante, tutto che sulle prime universalmente festeggiata, andò poi lentamente declinando, fino a svanire affatto; ed è stata dileggiata pur anche, come illusione di menti superficiali»³⁶. A parte l'«odio religioso» verso le riforme napoleoniche - motivato in particolare dalle norme sull'abolizione dei monasteri, da quelle sulla divisione delle terre ecclesiastico-feudali e dall'introduzione del divorzio – che scomparve dopo il 1815 dopo che la Chiesa riottenne molti dei privilegi che le erano stati tolti, molto forte fu l'«odio politico» verso la Rivoluzione francese che «fu facilmente esteso al codice civile, come opera, benché tarda, della rivoluzione e del temuto conquistatore che gli diede il suo nome»³⁷. Così i vecchi forensi iniziarono a dileggiarlo con vari argomenti in modo da eluderne l'applicazione. Per De Martino non si trattava di un moto d'indipendenza nazionale, come molti volevano far credere, poiché per le diverse dominazioni avute il Regno non poteva vantare uno spirito nazionale. E' interessante notare che l'autore mostra a tal proposito di considerare la sua patria non il Regno ma l'Italia:

Di tanti conquistatori, i quali cacciandosi l'un l'altro, son venuti a godersi questo bel paese, ciascuno aveaci lasciato delle leggi e qualche uso della sua patria. In tanta varietà e difformità di leggi e di usi, il carattere nazionale doveva inevitabilmente essere svisato. Noi siamo divenuti romani, non goti, non greci, non longobardi, non normanni, non angioini, non tedeschi, non spagnoli, non francesi; né siamo, quali soltanto dovremmo essere, italiani³⁸.

Una posizione, quella del De Martino, significativa anche in chiave risorgimentale che non trova riscontro in altri giuristi napoletani dell'epoca, tutti – almeno nei loro lavori di diritto - rigorosamente nazionalisti in senso napoletano. Il codice, proseguiva il De Martino, invece di essere calunniato perché venuto

³⁵ M. DE MARTINO, *su gli abusi del diritto romano, loro cause e rimedi, sul le sue scuole nelle università e su le scuole di perfezionamento*, 2a ed., Napoli 1845 (in appendice a ID., *Della enunciazione di nuova opera*, cit., *supra* nel testo).

³⁶ Ivi, p. 210.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Ivi, p. 211.

dall'estero doveva essere perfezionato per «renderlo unico, indipendente da qualunque influenza o giurisprudenza estera», in modo da «dargli di fatto la cittadinanza italiana»³⁹. Secondo il De Martino, l'argomento principale su cui esplicitamente o implicitamente veniva fondata l'idea che il diritto romano fosse vigente era che la famosa legge abrogatrice del 30 ventoso anno XII, all'art. 7, aveva disposto che «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»⁴⁰. Coloro che avversavano il nuovo diritto ovviamente non si limitavano ad impiegare il diritto romano nei casi di lacuna ma dicevano che i codici altro non erano che «un estratto e spesso indigesto del diritto romano»⁴¹. Pertanto la conoscenza di quest'ultimo era assolutamente indispensabile per comprendere, spiegare, interpretare il nuovo diritto. Tale ricostruzione è confermata dalle ricerche sulla giurisprudenza della prima metà del secolo XIX nel Regno delle Due Sicilie che attestano il largo uso del diritto romano accanto ai codici soprattutto nella motivazione delle sentenze (prassi sulla quale la Suprema Corte di Giustizia di Napoli chiudeva spesso tutti e due gli occhi)⁴². Del resto questa idea (che il diritto romano fosse necessario per la «intelligenza» del codice civile, come aveva affermato Bigot-Préameneu) si trova integralmente accolta da uno dei maggiori giuristi dell'epoca, Gaspare Capone, che la espone a chiare lettere nel suo *Discorso sopra la storia delle leggi patrie*⁴³. «Venne poi – dice il De Martino – una turba, sempre più crescente, di glossatori bifronti, i quali da ciascuna legge del codice civile (ed anche

³⁹ Ivi, p. 212.

⁴⁰ L. 30 ventoso anno XII in *Bullettin des lois de la République française, 3e série*, t. IX, n. 354, pp. 696-99. Nel Regno delle Due Sicilie, l'articolo 1 della legge Legge del 21 maggio 1819 (in *Collezione ufficiale delle Leggi e dei Decreti del Regno delle Due Sicilie*, 1819, vol. I) 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, Capasso, 1862), p. 33. Giustamente G. ALPA, *La biblioteca dell'avvocato civilista nell'Ottocento* in *Materiali*, 2001, pp. 233-57, 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, Jovene, 1986).

⁴¹ DE MARTINO, *Su gli abusi* (1845), cit., p. 212.

⁴² Cfr. AA.VV., *Tribunali e giurisprudenza nel Mezzogiorno*, cit.

⁴³ G. CAPONE, *Discorso sopra la storia delle leggi patrie*, Napoli 1845², parte II, p. 76: «... Talché nelle materie del diritto romano, nelle quali si son ritenuti i principj antichi, il nuovo può servire di buona introduzione al vecchio, ed il vecchio di commento al nuovo; ma commento utilissimo».

del codice penale) cercarono la sorgente nella collezione di Giustiniano»⁴⁴. Tali opere comparative, a suo parere, non erano granché significative perché si concentravano sulle disposizioni, affermandone la concordanza senza tener conto delle differenze, e non tenendo conto dei principi: «Era necessario per la giurisprudenza romana un uomo, come Linneo per la botanica, e che dopo la classificazione, ne avesse fatto il confronto coi principi della novella legislazione. E' rincreasevole che niuno de' giureconsulti filosofi se ne occupò, lasciandosi sfuggire la opportunità non reduce del tempo. Lavoro, che non avrebbe fatto fortuna presso la plebe de' forensi, non di altro avida che di repertori di quistioni e di casi risolti: avrebbe però, illuminando i governi e le scuole, già prevenuto, o almeno diminuito i mali della confusione delle due legislazioni»⁴⁵. Quindi in De Martino passava ad esaminare la situazione all'estero. In Francia era molto studiato il diritto romano teodosiano ma era poco considerato dai magistrati e, di conseguenza, dagli avvocati; in Germania invece il diritto romano era coltivato con «un fervore straordinario»⁴⁶. In proposito rilevava che «le teorie del diritto romano sul possesso, astratte, oscure, non concordi, dovevano naturalmente solleticare gl'ingegni allemanni ad una gara per delucidarle; donde poi doveva venire, come è venuta, una varietà di opinioni, e conseguentemente maggiore incertezza del diritto»⁴⁷. Quindi riportava le diverse definizioni di possesso di Gans, Rudorff, Thaden, Hasse, Rauh, Huschke, e infine di Savigny sul cui *Trattato sul diritto del possesso, secondo il jus civile de' romani* si soffermava riportando i passaggi più significativi. Il suo giudizio sull'accademico tedesco era sferzante:

Su questo torno è fatto il suo trattato. Pensa e scrive da ideologo. Niuna osservazione sul rapporto della giurisprudenza con lo stato di civiltà de' romani [...] Dopo aver seguito l'autore nelle sue discussioni etimologiche, terminologiche, esegetiche, erudite, ermeneutiche, dopo averlo seguito nelle sue congetture, ne' suoi tentativi di conciliazione, sareste tentato di scrivere ai piedi del suo libro: Cui bono? La giustizia ch'è ha guadagnato? Le tenebre che avvilluppano la materia sono sgombrate? Sono cessate le controversie d'interpretazione? Se si risponda che le difficoltà sono ne' testi, e che non si deve pretendere l'impossibile – appunto perciò, io replico, doveva l'autore convenire il risultato delle sue ricerche in vantaggio indiretto alla giurisprudenza⁴⁸.

Consapevole delle «difficoltà straordinarie del diritto romano», Savigny avrebbe dovuto solo proporre che «in una materia, dove l'oggetto principale è la speditezza, i popoli fossero una volta liberati dalle intricatissime teorie romane, sostituendovi regole più chiare e più sicure»⁴⁹. Tuttavia egli, trasportato dal suo amore per tutto

⁴⁴ DE MARTINO, *Su gli abusi* (1845), cit., p. 213.

⁴⁵ Ivi, p. 214.

⁴⁶ Ivi, p. 216.

⁴⁷ Ivi, p. 218.

⁴⁸ Ivi, pp. 220-1.

⁴⁹ Ivi, p. 221.

quello che era romano, affermava che «le nuove massime non hanno alcun significato, se non in quanto si considerino come aggiunte alle Teoria romana, e che perciò questa, lungi dall'essere stata abolita, conserva anzi al sua forza e vigore»⁵⁰.

A Napoli, dopo la parentesi del decennio francese il diritto romano era stato «pienamente ripristinato nelle scuole e nel foro»⁵¹. Nelle scuole private era ordinariamente insegnato, anche se in forme diverse; nelle cattedre pubbliche nelle lezioni si osservava per le *Istituzioni* e per il *Digesto* l'ordine progressivo dei titoli: «non abbiamo – osservava- nuovi comentj, non antiquarj, ma un nembo di nuove edizioni, traduzioni, compilazioni; lavori di speculazione che non lasciano però di nutrire la opinione del pubblico in favore delle antiche leggi, e de' loro interpreti, esaltando e diffondendo opere, non solamente non utili, ma nocive ancora per la diversione de' giovani alle sottigliezze ed al perpetuo dubitare»⁵². Inoltre si cercava di introdurre nella filosofia e nella giurisprudenza le linee di pensiero dell'idealismo tedesco, «malgrado la naturale ripugnanza degl'italiani»⁵³. Per tutti questi motivi la situazione della giurisprudenza era assai critica e il diritto romano spadroneggiava sia nelle arringhe degli avvocati (che lo utilizzavano per «far pompa» e per compiacere i giudici per i quali valeva più un detto di Ulpiano che una nuova legge) e nei tribunali «specialmente superiori» dove la «distinzione tra materie *abrogate* e *non abrogate* è incerta o poco curata»⁵⁴. Sul punto De Martino, lungi dal mantenersi nel vago, indicava con precisione ben dieci massime giurisprudenziali che adottavano il diritto romano piuttosto che le nuove leggi. Eccone una assolutamente eclatante:

Un uomo ricco, che dalla moglie non aveva figli, procreatore uno con una contadina, lo fece subito immettere nell'ospizio de' *progetti*, donde riavuto nella mattina seguente, lo diede a nutrire alla stessa madre. Lo dichiarò poi suo erede nella proprietà, sostituendogli, se morisse in età pupillare l'Ospizio de' *pellegrini*: nell'usufrutto istituì erede sua moglie, e lasciò un legato alla madre del fanciullo. Morto il fanciullo in età pupillare, contendevano a succedergli nella proprietà, colei che vantavasi sua madre naturale, l'Ospizio de' *Progetti* dove era stata una sola notte, l'Ospizio de' *pellegrini* per sostituzione, e lo Stato come a colui che non aveva congiunti noti. La Gran Corte civile di Napoli, escludendo la sedicente madre, l'Ospizio de' *pellegrini*, e lo Stato, diede la eredità all'Ospizio de' *progetti*, malgrado che le leggi imperanti non lo annoveravano tra gli eredi legittimi. E questa decisione fu confermata dalla Corte suprema⁵⁵.

De Martino notava che la pronuncia, resa sotto la clausola dell'equità, in realtà poggiava su massime del diritto romano: «e mercé l'avviso arbitrario di *Baldo* che chiamava lo spedale a succedere a colui che moriva nelle spedale, abbiám veduto

⁵⁰ Ivi, pp. 221-2.

⁵¹ Ivi, p. 222.

⁵² Ivi, p. 223.

⁵³ *Ibidem*,

⁵⁴ Ivi, p. 224.

⁵⁵ Ivi, p. 226.

giustificare, anche in ultimo esame, la creazione giudiziaria di un altro ordine successorio, che non era ammesso dal codice vigente»⁵⁶.

La situazione, come descritta dal De Martino, era assolutamente intollerabile. E' probabile che calcasse un po' la mano ma, alla luce delle ricerche effettuate sulla giurisprudenza dei tribunali napoletani dell'Ottocento, si può dire che la sua ricostruzione non si discostava molto dalla realtà. Del resto la stessa rivista *Il progresso* aveva denunciato il costante ed arbitrario ricorso all'equità da parte dei magistrati che celava il largo impiego del diritto romano nelle sentenze. «Cheché ne sia – affermava il De Martino – lo stato presente della giurisprudenza non pare che possa approvarsi. Invece di un codice, ne abbiamo due, se codice possa chiamarsi la congestione mosaica di Giustiniano»⁵⁷. L'origine di questo male stava nell'equivoco ingenerato dalla legge di abrogazione che, non avendo completamente accantonato il diritto romano, era all'occorrenza sbandierata dai suoi sostenitori. A poco valeva che i migliori giuristi del Regno, dal De Thomasis al Nicolini e all'Agresti, avessero sostenuto e sostenessero con chiarezza che il diritto romano era stato tutto abrogato e che bisognasse applicare solo le nuove leggi. Dalla lunga ed efficace *requisitoria* di De Martino sembra di capire che esistesse un accordo tacito nella magistratura e tra magistrati ed avvocati per garantire la sopravvivenza di Giustiniano anche nell'Ottocento. In qualche passaggio ritornano temi e toni dell'antiromanesimo del Settecento:

Col diritto romano è rimasto il seguito innumerevole de' suoi interpreti. Dintorno al nuovo codice si è già formata una legione di altri interpreti, ed amalgama tori del nuovo col vecchio, donde poi un diritto ibrido. In tanta farragine, divergenza, antinomia, oscurità di leggi e di opinioni, antichissime e nuove, immaginate se la scienza del giusto possa essere *facile* e *certa*! Sono questi i promessi vantaggi della riforma? ... Alla fin fine i popoli han diritto di sapere senza ambagi, qual è la legge a cui debbano conformarsi⁵⁸.

5. - La polemica contro il diritto romano era strettamente collegata al dibattito sulla pubblica istruzione innescato dal progetto di riforma di Monsignor Mazzetti. Nell'introduzione del *Progetto di riforme per la Pubblica istruzione*, diretta ai membri della giunta della Pubblica Istruzione, Mazzetti dichiarava di aver accorciato per «timidezza» il raggio delle riforme che aveva in mente e che riteneva necessarie. In effetti egli si “limitava” alla semi-distruzione della pubblica istruzione:

Avrei quindi circoscritto tutto l'esito di questo ramo alla fondazione ed al mantenimento di Biblioteche, Musei, Gabinetti, orti Botanici, ec. E., e di un gran corpo di Esaminatori per la collazione dei gradi Dottorali, e per la creazione dei Professori. Sopprese avrei tutte le scuole pagate dal Governo: lasciando la libertà di

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ *Ivi*, p. 239.

⁵⁸ *Ibidem.*

sceglersi un Maestro, e la cura di pagarlo a chiunque si incamminasse per la carriera delle lettere; e riserbando al Governo la briga di creare e sorvegliare i Maestri pagati dai particolari, come si scelgono e si sorvegliano quei che nell'attual sistema son pagati dal pubblico⁵⁹.

Il piano ripartiva la pubblica istruzione in tre parti: *Primi rudimenti, scuole elementari, scuole di perfezionamento*. Le *Scuole di Perfezionamento* costituivano la Regia Università. La *Facoltà Legale* avrebbe avuto cinque cattedre: 1. Diritto Civile. 2. Diritto di Eccezioni e Procedura Civile, 3. Diritto e Procedura Penale, 4. Diritto Pubblico, 5. Economia Politica e Filosofia Statistica. Mazzetti proponeva la soppressione del diritto romano sulla base del fatto che era stato integralmente abolito dalle nuove leggi⁶⁰ e che conteneva «teorie le quali [...] servirebbero a generar confusione nella mente dei giovani e a dar loro più impaccio che ajuto»⁶¹. Del resto, sosteneva ancora il Mazzetti, per l'interpretazione dei codici era sicuramente necessaria la conoscenza del diritto francese, ma non per questo si era mai pensato di istituire nel Regno cattedre di diritto francese: «Dunque – concludeva - assolutamente considerando la cosa, il tener cattedre aperte pel Dritto Romano non è punto necessario»⁶².

Come si è detto nello stesso 1838 fu emanato il *Regolamento* per l'accesso alla magistratura che, stabilendo il diritto romano come materia d'esame, di fatto bloccò ogni tentativo di eliminarlo dalla facoltà di giurisprudenza. Tuttavia il De Martino, nell'ultima parte del suo opuscolo, volle intervenire sull'argomento appoggiando il progetto di Mazzetti. A suo modo di vedere il diritto romano era assolutamente incompatibile con lo spirito delle *Scuole di perfezionamento*:

Domando: il diritto romano, considerato qual è nella compilazione di Giustiniano, può essere suscettivo di perfezionamento? Da quel cumolo disordinato ed incoerente di senato-consulti, editti, opinioni, rescritti, costituzioni, prenderne il meglio che sia conveniente ai popoli presenti, ordinarlo ed erigerlo in leggi, ecco tutto l'utile che si poteva ricavarne, e se n'è ricavato. L'estratto può essere perfezionato, non già il

⁵⁹ MAZZETTI, *op. cit.* (nel testo), pp. V-VI.

⁶⁰ Il Mazzetti non era molto coerente. Nell'intenso dibattito che vi fu sulla vigenza dell'autentica *Ingressi Monasterio* (sul quale cfr. MASTROBERTI, *Sul «metodo bizzarro...»*, cit.) che coinvolse le più alte magistrature del Regno e la Consulta, il prelado, estensore di una relazione per la Commissione Straordinaria per gli affari di legislazione della Consulta Generale del Regno ebbe ad affermare che: «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». G. 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 di 26 settembre 1839 (38 pagine a stampa) in Biblioteca Nazionale di Napoli coll. LIX.1.4. (14), p. 20. In effetti la vigenza dell'Autentica *Ingressi Monasterio* era sostenuta da due monasteri che, in base ad essa, sostenevano di aver diritto alla successione di tutto quello che i monaci non avessero devoluto prima di prendere i voti. E' chiaro che nella vicenda il Mazzetti difendeva gli interessi della Chiesa.

⁶¹ MAZZETTI, *Progetto*, cit., p. 29.

⁶² Ivi, p. 30.

fondo. L'una scuola elementare, non degna del titolo di *perfezionamento*, non degna di aver luogo dove il passato non altrimenti deve insegnarsi, se non in quanto giovi al progresso del presente⁶³.

Secondo il De Martino il mantenimento del diritto romano nelle Università avrebbe formato una schiera di eruditi pochi dei quali sarebbero stati in grado di uscire dalla mediocrità e sviluppare lo spirito critico: «i più resteranno pedanti, casisti, contenziosi, eurematici. Ricorreranno, secondo l'uso, al diritto Giustiniano e sue glosse, come ad un emporio di leggi dottrine ed opinioni, *pro* e *contra*, buone per le cause antiche e per le nuove e soprattutto per le cattive cause, le quali han bisogno d'inviluppo e di dubbiezza»⁶⁴.

La battaglia contro il diritto romano nell'insegnamento era ormai persa. Il partito dei giuristi *romanisti* era forte e lo resterà ancora a lungo condizionando la giurisprudenza e la produzione scientifica del Regno fino al 1860. Del resto è probabile che i toni accesi della sua "requisitoria" contro il diritto romano e i *romanisti* abbiano determinato una sorta di emarginazione del De Martino dalla comunità scientifica, come dimostra la mancata pubblicazione del suo saggio sul *Progresso* e come adombra il Trotta nella sua biografia quando afferma che il giurista di Toro si occupò «un po' troppo» del diritto romano.

⁶³ DE MARTINO, *Su gli abusi* (1845), cit., p. 246.

⁶⁴ Ivi, p. 250.