

MORELLO MARIA *

Il problema delle citazioni nella crisi del diritto comune. Interventi a carattere antigiusprudenziale in alcuni ordinamenti italiani tra XV e XVIII secolo

ABSTRACT

- ✓ Il presente lavoro si propone di esaminare come alcuni interventi diretti del potere assoluto, consistenti in provvedimenti autoritativi intesi a limitare le allegazioni in giudizio e le citazioni nelle sentenze, delle *opiniones* dei giuristi, e nell'obbligo di motivazione della sentenza, abbiano contribuito alla destabilizzazione del sistema normativo dello *ius commune*, avviandolo verso il suo inesorabile tramonto.
- ✓ This essay aims to examine how some actions of the absolute power, as authoritative measures that limited allegations and citations in judgments, contributed, together with jurists' *opiniones* and with the obligation to state reasons, to destabilize the system of *ius commune*, initiating its sunset.

* Professoressa a contratto per l'insegnamento di Storia del diritto italiano e Storia del diritto del lavoro (IUS/19) nell'Università di Urbino.

MORELLO MARIA

IL PROBLEMA DELLE CITAZIONI NELLA CRISI
DEL DIRITTO COMUNE. INTERVENTI A CARATTERE
ANTI GIURISPRUDENZIALE IN ALCUNI ORDINAMENTI ITALIANI
TRA XV E XVIII SECOLO

SOMMARIO: 1. Il problema della “certezza” del diritto nel sistema del diritto comune. – 2. Disciplina delle allegazioni in alcuni ordinamenti pre-moderni. – 3. La costituzione di Francesco Maria II della Rovere: la legge delle citazioni di un nuovo “Giustiniano” del Seicento. – 4. Le costituzioni piemontesi ovvero un compendio di diritto “patrio” di Vittorio Amedeo II. – 5. Il *Codice di Leggi e Costituzioni* del ducato di Modena (1771): alcuni elementi di valutazione. – 6. Il dispaccio (prammatica) del 23 settembre 1774 di re Ferdinando IV di Borbone. – 7. A mo’ di conclusione.

1. Il problema della “certezza” del diritto nel sistema del diritto comune

Il diritto romano, così come era stato elaborato dalla giurisprudenza medievale, costituì a seguito di alterne vicende, un elemento dominante nell’esperienza giuridica dei vari ordinamenti politici europei, in ciascuno dei quali diede vita, come normativa comune e sussidiaria, al sistema del diritto comune¹. Esso si pose in relazione dialettica con una pluralità di diritti

¹ Sul concetto, il sistema e l’esperienza dello *ius commune* la bibliografia, come si può immaginare, è sconfinata; ne diamo qui un florilegio, senza alcuna pretesa di completezza: F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I. *Le fonti*, Milano 1954, con particolare riferimento alla parte seconda *Il sistema del diritto comune (sec. XII-XV)*, pp. 345-629; con riferimento, poi, ai problemi connessi con il diritto pubblico, è oltremodo proficua la lettura sempre di F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano 1965; ma sull’argomento, prima della sistemazione calassiana, era intervenuto un acceso dibattito relativo all’*actio finium regundorum* tra la tradizione romanistica e quella che fa capo alla nuova esperienza giuridica dell’età di mezzo, così come si è venuta costituendo in seguito all’affermarsi della Scuola di Bologna, per cui si veda F. CALASSO, *Tradizione e critica metodologica*, in *Id.*, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, pp. 3-30, ove sono esposti i termini del problema che non è solo storiografico; vedi inoltre, dello stesso F. CALASSO, *Il concetto di «diritto comune»*, in *Archivio giuridico*, vol. CXI, 1934, pp. 59-97, ora in *Id.*, *Introduzione cit.*, pp. 31-76, nonché, sempre di F. CALASSO, *Il problema storico del diritto comune*, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, vol. II, Milano 1939, pp. 459-513, ora in *Id.*, *Introduzione cit.*, pp. 77-136; *Id.*, *Il diritto comune come fatto spirituale*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, vol. LXXXV, 1948,

locali e particolari o fu utilizzato come *ratio iuris* per una loro uniforme interpretazione, o fornì criteri unitari dogmatici per una loro consolidazione ed elaborazione razionale.

Successivamente, però, a causa del progressivo affermarsi dello Stato moderno, accentrato e assoluto, il regime pluralistico di fonti e la sua 'gestione' giurisprudenziale iniziarono ad entrare in crisi, e al sistema di diritto comune cominciò a contrapporsi il concetto man mano sempre più chiaro di un diritto identificato nella legge dello Stato sovrano, ossia l'immagine dello Stato stesso come produttore unico ed autoritario della norma giuridica, anziché come custode di un eterogeneo e molteplice diritto precostituito². In altre parole, lo Stato si pose come unica fonte del diritto (statualizzazione del diritto) e in ogni caso tese a condizionare la rilevanza giuridica di qualunque normativa interna o esterna non proveniente dal sovrano al requisito della recezione o del rinvio formale³.

Lo *ius commune* cominciò ad essere considerato come un diritto ipertrofico dal punto di vista normativo e controverso da quello applicativo, in cui il dettato di ciascuna norma, passando perentoriamente attraverso la *interpretatio*⁴, si scomponeva in un insieme di *opiniones* dottrinali, non

pp. 315-352, ora in ID., *Introduzione cit.*, pp.137-205; a parte i fondamentali saggi del Calasso (a quelli qui citati specificamente vanno aggiunti gli altri lavori presenti nell'*Introduzione cit.* ai quali si rinvia), occorre aggiungere E. BUSSETI, *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano 1935; cui è seguita la severa reazione del Calasso, nella recensione nella *Rivista di storia del diritto italiano*, vol. IX, 1936, pp. 328-332, ora in *Annali di storia del diritto*, vol. IX, 1965, *Scritti di Francesco Calasso*, pp. 569-573; G. CASSANDRO, *Lezioni di diritto comune*, Napoli 1971; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1982; M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Losanna 1988 (poi Roma 1994), spec. p. 147 ss.; S. CAPRIOLI, *Varianti e costante del diritto comune*, in *Rivista di diritto civile*, vol. XXXIX, 1993, fasc. 6, pt. 2, pp. 639-643 (con particolare riferimento all'esperienza del diritto comune nella Repubblica di San Marino ove è tuttora vigente); A. CAMPITELLI, *Europeenses. Presupposti storici e generici del diritto comune*, Bari 1994; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale. II. Il basso medioevo*, Roma 1995, spec. p. 291 ss.; V. CRESCENZI, *Diritto comune: analisi di un concetto, struttura di un'esperienza*, in *El Dret Comú i Catalunya*, Actes del VIII Simposi Internacional, Barcelona 28-31 maig del 1998 (ed. A. Iglesias Ferreiròs), Barcelona 1999, pp. 103-172; E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma 2000, spec. p. 229 ss.; M. BELLOMO, *Società e diritto nell'Italia medievale e moderna*, Roma 2002, p. 283 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, p. 123 ss.; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 2006, spec. p. 230 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2007, p. 188 ss.

² Cfr. A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 193.

³ *Ivi*, p. 194.

⁴ In tema di *interpretatio* la bibliografia, recente e meno recente, è molto vasta, pertanto senza alcuna pretesa di esaustività ci limitiamo a segnalare: F. CALASSO, *Medioevo cit.*, pp.

solo diverse ma anche in conflitto tra loro, dalle quali il giudice, chiamato a decidere sulle allegazioni, trae la regola per il singolo caso mediante un procedimento inevitabilmente incerto ed arbitrario⁵. La patologia della decisione giudiziale – scrivono Giuliani e Picardi – è strettamente connessa alla patologia della condotta del giudice: e il problema della sentenza ingiusta «è visto nell’ottica del giudice ingiusto: in primo piano è il dolo processuale del giudice»⁶.

529-531; U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell’età comunale*, Padova 1955², pp. 205-292; V. PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell’interpretazione del diritto nel secolo XVI, I. Le premesse*, Milano 1956 (rist. 1986); ID., *Interpretazione (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano 1972, pp. 277-293; ID., *Il problema dell’interpretatio iuris nei Commentatori*, in ID., *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli 1976, pp. 155-262; E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. I, Milano 1962 (rist. 1995), pp. 297-338 e vol. II, pp. 295-362; M. SBRICCOLI, *L’interpretazione dello statuto: contributo allo studio della funzione dei giuristi nell’età comunale*, Milano 1969; ID., *Interpretazione come argomentazione nella esperienza giuridica intermedia*, in G. GALLI (a cura di), *Interpretazione e contesto*, Atti del I Colloquio sulla interpretazione, Macerata 19-20 aprile 1979, Torino 1980, pp. 47-61; D. QUAGLIONI, *Legislazione statutaria e dottrina della legislazione: le “quaestiones statutorum” di Alberico da Rosciate*, in ID., «Civilis sapientia». *Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna. Saggi per la storia del pensiero giuridico moderno*, Rimini 1989, pp. 35-75; V. CRESCENZI, *Linguaggio scientifico e terminologia giuridica nei glossatori bolognesi: “interpretari”, “interpretatio”*, in *Vocabulaire des écoles et des méthodes d’enseignement au moyen âge*. Actes du colloque Rome 21-22 octobre 1989, Turnhout 1992, pp. 11-129; ID., *Problemi dell’interpretatio nel sistema del diritto comune classico*, in *El Dret Comú I Catalunya*. Actes de II Simposi Internacional Barcelona, 31 maig - 1 juny de 1991, Barcelona 1992, pp. 167-206; S. CAPRIOLI, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. X, Torino 1993⁴, pp. 13-25; M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell’Europa medievale*, Bologna 1994, pp. 524-529; F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari 1999; C. LUZZATI, *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano 1999; P. COMANDUCCI, *L’interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, in M. BESSONE (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale, I. Regole, metodi, modelli*, Torino 1999, pp. 1-20; G. CHIODI, *L’interpretazione del testamento nel pensiero dei glossatori*, Milano 1997, pp. 1-11; S. CAPRIOLI, *Lineamenti dell’interpretazione*, Perugia 2001; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, pp. 174-203; E. CORTESE, *Meccanismi logici dei giuristi medievali e creazione del Diritto comune*, in M.G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di storia del diritto, Napoli 18-20 ottobre 2001, Napoli 2003, pp. 329-355; U. PETRONIO, *Giuristi e giudici tra scoperta e invenzione del diritto in età moderna*, ivi, pp. 433-462; P. GROSSI, *op. cit.*, pp. 162-175.

⁵ L’arbitrio del giudice, che porta ad una integrazione giudiziaria, dinamica e più aderente alle necessità concrete, ma assai più pericolosa, ha carattere assolutamente eccezionale ed è ristretto entro angusti e ben delimitati confini. Cfr. U. NICOLINI, *op. cit.*, pp. 63-64.

⁶ A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*,

Il diritto comune era stato e continuava ad essere monopolio dei giuristi, ai quali era integralmente affidato il suo completo e graduale sviluppo: si presentava dunque come un diritto 'fluidò', 'aperto' e ricco di contraddizioni, connesso a principi diametralmente opposti al nascente dogma statualistico. Inoltre, non essendo stato fissato con un unico atto ufficiale d'autorità e non poggiando neanche, formalmente, sul valore vincolante del precedente giudiziale, appariva a prima vista irriducibile ad assoluti canoni di certezza giuridica. Pur essendo, per sua stessa natura, un sistema normativo potenzialmente completo, il diritto comune si reggeva su una base 'legale' storica che necessitava costantemente di essere adeguata alle molteplici necessità del presente⁷. Senza scendere troppo nei particolari, va ricordato che in una concezione siffatta, l'attività dell'interprete era sicuramente un'attività sostanzialmente creativa, come quella che non si limitava ad enunciare, chiarificandoli, il contenuto e il significato di leggi già poste dall'ordinamento, ma che costruiva ed elaborava soluzioni giuridiche per problemi giuridici che, non trovavano risposta immediata nel contesto normativo romanistico. Di conseguenza, secondo Tarello, l'attività del giudice si caratterizzava per una sua forte dimensione di scelta, dato che il tipo di ragionamento che egli era chiamato a fare non era unicamente logico-deduttivo, ovvero non traeva da una regola data le conseguenze da applicarsi al caso concreto⁸. Al contrario, il ragionamento che il giudice doveva fare era invece induttivo e di certo più articolato, perché si trattava di partire dal caso da decidere sforzandosi di trovare la soluzione più prossima e più coerente al caso stesso, in un ordinamento, quale era appunto quello del tardo diritto comune, che si presentava dominato dalla pluralità delle interpretazioni dei giuristi, ossia da una giurisprudenza dottrinale che dalla scuola di Bologna ai commentatori e ai trattatisti del XVI e XVII secolo era quantitativamente imponente e qualitativamente complessa, nonché spesso contraddittoria. D'altra parte nemmeno dalla giurisprudenza decidente dei 'Grandi Tribunali' scaturiva un contributo alla semplificazione.

Inoltre, il diritto comune esplicava una funzione sussidiaria rispetto ai

in *L'educazione giuridica*, III, *La responsabilità del giudice*, Perugia 1978, pp. 3-74, e in particolare p. 24 e p. 25 (in seguito rifiuto e sviluppato in A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano 1987); D. QUAGLIONI, *op. cit.*, p. 65.

⁷ A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 195.

⁸ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Absolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 67 ss.; ID., *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 33 s.; U. PETRONIO, *La lotta* cit., pp. 176-177.

diritti particolari nei vari ordinamenti dove era applicato, ossia nei confronti delle consuetudini locali, degli statuti cittadini e della legislazione sovrana e principesca, che esso integrava e da cui veniva integrato in un certo senso. Pertanto, il suo utilizzo non poteva non essere condizionato da una sempre più vasta normativa locale rispondente appieno a quelli che erano i bisogni più recenti e più specifici.

Ma esso presentava soprattutto, in maniera più o meno accentuata, i problemi caratteristici che in ogni diritto con forte carattere giurisprudenziale generano una tenace esigenza di certezza, ossia la mancanza di semplicità e di compendiosità, nonché l'assetto prevalentemente casistico e controversiale⁹. E come in un ordinamento la cui crescita sia vincolata all'opera di intere generazioni di giuristi anziché a quella del legislatore statale, il problema della certezza si presentava con una particolare impellenza.

Non è necessario ricordare come la complessità del *corpus iuris* e le continue difficoltà di una sua applicazione come legge vigente avessero spianato la strada ad una plurisecolare attività interpretativa, attraverso un processo che si autoalimentava e sulla base del quale per spiegare il diritto si generavano interpretazioni; i vari "tipi" di interpretazione si presentavano, allora, nella coscienza del giurista, come procedimenti di adattamento della norma al fatto, come vere e proprie tecniche per l'applicazione della legge, necessarie per la chiarificazione, l'applicazione letterale o analogica, la correzione e così via, creando in tal modo un intreccio tra processo interpretativo ed *aequitas*, «che mescola e rende equivalenti [...] logica e giustizia»¹⁰. Grazie all'*interpretatio* il giurista adegua i testi giustinianeî alla vita del tempo ed indica alla propria collettività le regole da seguire. L'*interpretatio* muoveva (come muove) dal testo, ma di certo non poteva essere limitata alla sua spiegazione o esegesi.

Ma queste interpretazioni, a loro volta, quasi come in un circolo vizioso, originavano un nuovo bisogno di certezza; bisogno che era stato, mano a mano, soddisfatto comprensibilmente con mezzi endogiurisprudenziali, esempio tipico quello della *communis opinio*¹¹ che, interpretativa delle fonti

⁹ Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967. Inoltre, V. CRESCENZI, *Problemi dell'interpretatio* cit., p. 174 ss.

¹⁰ M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto* cit., p. 136 e nota 82, p. 304; V. PIANO MORTARI, *Il problema dell'interpretatio* cit., p. 171 ss.

¹¹ La dottrina della *communis opinio*, che nasce nell'ambito del diritto comune, intendeva porre ordine nella smisurata proliferazione di opinioni e pareri contrastanti, stabilendo una serie di regole, secondo le quali, da un lato si regolava in quale modo la *communis opinio* si formasse, dall'altro quali fossero per il giudice le conseguenze che la sua inosservanza com-

normative e delle interpretazioni precedenti costituiva, per dottori e giudici, se non strumento di certezza almeno un mezzo pragmatico per ridurre l'incertezza che dominava l'esperienza del tardo diritto comune. Diventava così essenziale nella prassi la ricerca dell'opinione maggiormente diffusa tra i giuristi, in merito ad un caso identificato e dibattuto, tanto da costituire una traccia per gli operatori, avvocati e giudici, che ambivano a conseguire certezza per le loro tesi e le loro sentenze.

Questa vincolatività della *communis opinio* non venne mai imposta per legge, ma si impose gradatamente nei fatti e nella prassi. Infatti né gli avvocati, né i giudici erano obbligati ad attenervisi, ma la tendenza in questo senso divenne sempre più forte anche per un motivo concreto: il diritto comune prevedeva, sulla base di alcuni testi romanistici, la responsabilità per colpa, sanzionabile civilmente, del giudice che commettesse errori di diritto¹². Il giudice fedele all'*opinio communis* era esente da ogni rischio.

portava, e dall'altro ancora quando quella potesse essere *sine poena* disattesa. Ma non è detto che con l'osservanza di questa dottrina si fosse raggiunta la meta e assicurata la *certezza del diritto*, problema che era, poi, al fondo della critica che si muoveva alle molteplicità e disparità delle opinioni, alle quali si attribuiva il prolungarsi delle liti, la rovina dei patrimoni, l'arbitrio dei giudici nell'amministrazione della giustizia. Sull'intera questione del rilievo dell'apporto della giurisprudenza nell'esperienza giuridica, in particolare dell'età di mezzo e delle interpretazioni dei giuristi, vedi B. BRUGI, *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Saggi*, Torino 1914; ID., *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Nuovi saggi*, Torino 1921; A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in *Archivio giuridico*, vol. XC, fasc. 2 (quarta serie, vol. VI, fasc. 2), Modena 1923. L'argomento è stato affrontato in modo per lo meno controverso da E. Bussi, *Intorno al concetto cit. da leggere tenendo conto della severa recensione di Calasso*, in *Rivista di storia del diritto italiano* sopra citata alla nota 1; G. CASSANDRO, *La crisi del diritto comune*, in *Studi in memoria di Mario E. Viora*, Roma 1990, pp. 152-153. Si veda inoltre, V. CRESCENZI, *La communis opinio doctorum*, in *Actes del I Simposi Juridic Principat d'Andorra/Republica de San Marino: El "ius commune" com a dret vigent: l'experiencia judicial d'Andorra i San Marino*, Andorra la Vella, 15 i 16 d'abril 1993, Andorra 1994 e ora, con qualche ritocco, sotto il titolo *La rilevanza dell'opinione dei giuristi negli attuali ordinamenti di diritto comune: Andorra e San Marino*, anche in *Rivista di Diritto civile*, 1995, n. 2, pt. II, pp. 129-149; ID., *La communis opinio doctorum e la auctoritas rerum similiter iudicatarum nell'esperienza sammarinese* (Atti dell'Incontro internazionale di studio su *Diritto comune vigente*, Pisa, 29-30 settembre 1995, organizzato dall'Istituto di Diritto romano e Storia del diritto della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Pisa), in *Initium. Revista Catalana d'Historia del dret*, 3, 1998, pp. 587-609; G. ROSSI, «*Del modo di deferire all'autorità de' dottori*». *Scienza giuridica e communis opinio doctorum nel pensiero di Giovan Battista de Luca*, in I. BIROCCI, M. CARVALE, E. CONTE, U. PETRONIO (a cura di), *A Ennio Cortese*, scritti promossi da D. Maffei, vol. III, Roma 2001, pp. 180-203.

¹² Per approfondire l'argomento, si vedano A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto cit.*, pp. 307-308; C. PECORELLA, *Lezioni di storia del diritto italiano*, Ristampa inalterata, Padova 2000, p. 138.

Il pluralismo delle fonti normative, la sussidiarietà di dottrina e giurisprudenza avevano così creato le premesse per ricorrere ad opinioni qualificate, specie se provenienti da giuristi di spicco, vivi o morti che fossero, dato il senso di continuità che pervadeva tutto il diritto comune, e tale ricerca rispecchiava il favore attribuito dalla mentalità del tempo al discorso tradizionale, vale a dire a ciò che si era consolidato con il decorso del tempo, tanto da far guardare con sospetto qualsiasi novità. Si veniva così ad affermare, sempre in via dottrinale, il principio che l'opinione comune, contribuisse a risolvere il caso in mancanza di una norma esplicita e in presenza di interpretazioni contraddittorie del diritto vigente. Ma il rinvio ad una mole consistente di "doctores" rendeva il ragionamento molto più complesso, e allo stesso tempo ripetitivo e farraginoso. Il sistema giuridico si complicava ulteriormente, ed aumentava in oscurità. Poteva accadere infatti che, intorno ad uno stesso caso, potessero profilarsi anche due o più *communes opiniones* e quindi sarebbe stato arduo accertare giudizialmente quale, fra tante interpretazioni, fosse davvero quella *communis*; ma in se stessa la *communis opinio* si rivelava come una sorta di strumento caratterizzato da una certa instabilità o anche da una stabilità meramente temporanea. Opinioni comuni venivano abbandonate e altre, che tali non erano, lo sarebbero diventate a poco a poco; appunto per questo, esse apparivano facilmente suscettibili di dissolversi nel tempo, magari superate e sostituite da *opiniones* di una maggioranza di più recente costituzione¹³. Quindi la *communis opinio*, strumento endogiurisprudenziale di certezza, «versione giurisprudenziale della legge», secondo la nota definizione di Lombardi, non riesce ad assolvere il suo compito, ma si verrà trasformando in causa di una ulteriore confusione¹⁴.

Tutto ciò, però, nella nuova realtà caratterizzata dall'affermarsi dell'assolutismo cominciava a sfaldarsi e ad apparire fortemente discutibile; i mezzi utilizzati diventavano inefficaci in relazione a quel nuovo contesto politico culturale caratterizzato da un'emergente idea di unità e di statualità del diritto: di fronte ai 'sottosistemi', ovunque costituiti dall'insieme degli

¹³ Cfr. A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 243; G. CASSANDRO, *La crisi cit.*, p. 153; V. CRESCENZI, *La communis opinio doctorum cit.*, pp.129-149; ID., *La communis opinio doctorum e la auctoritas cit.*, pp. 587-609.

¹⁴ L. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 184 ss.; M.G. DI RENZO VILLATA, *Ludovico Antonio Muratori e la scienza giuridica della sua epoca tra conservazione e suggestioni di riforma*, in G. ALPA (con il coordinamento di), *I difetti della giurisprudenza ieri e oggi. Giornata di studi L.A. Muratori*, Atti del convegno di studi (Vignola, 2 dicembre 2000), Milano 2002, pp. 83-119, in particolare p. 84.

iura propria, il diritto comune decade a strumento sussidiario, integrativo, di riferimento. Esso rimane in formale vigenza, pur in presenza del diritto sovrano, principesco, statutario o locale, con cui si coordina, salve le due sole eccezioni che ben conosciamo, vale a dire la Repubblica di Venezia, che espressamente lo esclude¹⁵, e il Regno inglese che di fatto lo emargina; e tuttavia resta come principio di ragione a cui far riferimento nei casi difficili.

L'idea dello *ius commune* come legge generale universale, sostenuta fino a tutto il XV secolo, cede progressivamente il passo di fronte allo *ius loci*, ovvero ai 'sottosistemi' che ambiscono ad una loro completa autonomia: il sovrano locale si pone, di fatto, come fonte legislativa primaria, titolare di una sovranità che pretende esclusività giuridica¹⁶.

Tuttavia, il sistema continuava a mostrare i propri limiti; il diritto utilizzato continuava ad essere messo in difficoltà dalla coesistenza di molte, forse troppe, fonti normative, lasciando in vigore statuti e leggi principesche, anche molto remote e sia pure entro determinati confini; dal valore ancora attribuito alla consuetudine, dal prevalere, dunque, del particolare sul generale, dello specifico sul generico; per di più, il sistema utilizzava in modo eccessivo il vasto materiale giurisprudenziale, opera sia dei tribunali sia della dottrina.

L'ordinamento giudiziario si rivelava tutt'altro che unico: accanto ai 'Grandi Tribunali' o 'Tribunali supremi'¹⁷ che, protetti dall'autorità dei

¹⁵ Cfr. S. DI NOTO MARRELLA, *Istituzioni di storia giuridica*, vol. I, Padova 2007, p. 173. *Contra*, vedi V. CRESCENZI, *Esse de Maiori Consilio. Legittimità civile e legittimazione politica nella Repubblica di Venezia (secc. XIII-XVI)*, Roma 1996, in part. p. 353 ss.; ID., *Il diritto civile, nella Storia di Venezia dalle origini alla caduta della Serenissima*, vol. III, *La formazione dello Stato patrizio*, a cura della Fondazione Giorgio Cini di Venezia, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1997, pp. 409-474; ID., *Il problema delle fonti nell'esperienza giuridica della Repubblica di Venezia. Lo statuto e la sua interpretatio*, in I. BIROCCHI, M. CARAVALE, E. CONTE, U. PETRONIO (a cura di), *A Ennio Cortese cit.*, pp. 364-389; ID., *Iacopo Bertaldo e il problema della consuetudine nel sistema delle fonti nell'esperienza giuridica della Repubblica di Venezia*, in *Scritti in onore di Girolamo Arnaldi offerti dalla Scuola nazionale di studi medievali*, Roma 2001, pp. 103-161.

¹⁶ Cfr. S. DI NOTO MARRELLA, *op. cit.*, p. 173.

¹⁷ Quella dei 'Grandi Tribunali' o 'Tribunali supremi' è una categoria storiografica tradizionalmente collocata come prodotto dell'Età moderna, manifestazione di una tendenza accentratrice della potestà regia e sintomo inequivocabile di un nuovo concetto di sovranità. Vedi B. PASCIUTA, *Le fonti giudiziarie del regno di Sicilia fra tardo Medioevo e prima Età moderna: le magistrature centrali*, in A. GIORGI, S. MOSCADELLI, C. ZARRILLI (a cura di), *La documentazione degli organi giudiziari nell'Italia tardo-medievale e moderna*, Atti del convegno di studi Siena, Archivio di Stato, 15-17 settembre 2008, Siena 2012, p. 315. Comunemente si parla di 'Tribunali supremi' proprio per segnalare, come per la nostra Corte di cassazione,

sovrani a legittimazione del loro ampio potere, laddove istituiti, venivano dotati di *arbitrium*¹⁸, e che rappresentavano la parte più elevata ed esclusiva dell'amministrazione della giustizia, esisteva una quantità enorme di tribunali minori, ciascuno con proprie origini storiche (feudale, comunale, canonica, corporativa ecc.), ciascuno dotato di speciali giurisdizioni e competenze, per materia, per territorio, individui o ceti, spesso concatenate fra loro, e determinate non solo da criteri obiettivi, ma anche dall'atto fondativo dei rispettivi poteri e dal lungo e non contestato esercizio¹⁹. Prima dell'affermazione di questi 'Grandi Tribunali', composti da tecnici del diritto e spesso da giudici di alta capacità tecnico-giuridica e "decisionale"²⁰, l'*interpretatio*, come già rilevato, era soprattutto opera dei dottori che svolgevano la loro attività indirettamente anche nell'ambito dei tribunali mediante i loro *consilia*, richiesti dal giudice, profano del diritto e di certo non altamente qualificato, e da lui recepiti di tutto punto nella sua sentenza. Da questo momento in poi, gli interpreti, dotati di maggior autorità nell'*interpretatio*, diventano gradualmente i 'Grandi Tribunali', che secondo il Gorla, «sono organi dello Stato, mentre allora si poteva dire meglio che stavano dentro lo Stato»²¹.

Ma, a fronte del dichiarato intento di far derivare l'intera attività di produzione e applicazione del diritto dalla pura volontà del sovrano, uni-

la loro unicità all'interno di un singolo Stato. Cfr. U. SANTARELLI, *La funzione del giudice nell'esperienza giuridica. Lezioni di storia del diritto*, Pisa 1983, p. 52. Il problema è stato affrontato intorno agli anni Settanta del secolo scorso a partire dalle riflessioni di G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani fra i secoli XVI e XIX quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati (Disegno storico comparatistico)*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, 3 voll., Firenze 1977, vol. I, pp. 447-532. Si vedano inoltre, M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal Medioevo all'Età moderna*, Bologna 1989; R. SAVELLI, *Tribunali, «decisiones» e giuristi: una proposta di ritorno alle fonti*, in G. CHITOLINI, A. MOHLO, P. SCHIERA (a cura di), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra Medioevo ed età moderna*, Bologna 1994, pp. 397-421, e infine I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'Età moderna*, Torino 2002, pp. 85-93.

¹⁸ Cfr. E. GENTA, *Appunti di diritto comune*, a cura di S. Ricco, Torino 1995, p. 101; ma in particolare vedi M. MECCARELLI, *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998.

¹⁹ Cfr. S. DI NOTO MARRELLA, *op. cit.*, p. 179. Basti ricordare solo a titolo d'esempio che, nel 1750, a Venezia esistevano ancora ben 130 tribunali con competenze diverse, mentre a Napoli esistevano, oltre alle giurisdizioni baronali, almeno 86 tribunali con competenze e procedure diversificate. M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna 1980, p. 15.

²⁰ G. GORLA, *I tribunali supremi cit.*, p. 464.

²¹ G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, pp. 451-452; ID., *I tribunali supremi cit.*, p. 465.

ficando sia le fonti normative che le giurisdizioni, le politiche assolutiste avrebbero finito per prendere di mira aspetti circoscritti del problema, facendo convergere sul ceto forense tutta la possibile intolleranza causata dalle tanto annose disfunzioni dell'amministrazione della giustizia. Gli abusi e il continuo strapotere degli organi giudiziari, l'avidità e la corruzione di avvocati e giudici, e l'incessante moltiplicarsi delle liti, divenute costose ed interminabili, con il tempo, si sarebbero condensati nell'immagine di una spregiudicata «forense giurisprudenza»²², diventata metafora di tutti i mali della giustizia²³.

Non a caso, dunque, l'azione accentratrice dell'assolutismo monarchico, avrebbe trovato, come vedremo a breve, una significativa espressione in interventi di riforma indirizzati a comprimere l'*interpretatio*²⁴ e il 'potere

²² Di «forense» o anche di «divina giurisprudenza» parlava P. VERRI, *Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese*, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, a cura di F. Venturi, Torino 1994, p. 144.

²³ M.A. COCCHIARA, *Istituzioni giudiziarie e amministrazione della giustizia nella Sicilia Borbonica*, Milano 2003, p. 32. La storiografia ha a più riprese sottolineato il nesso tra la senescenza del diritto comune e il conseguente disservizio della giustizia. Già alla fine degli anni Settanta il Ghisalberti affermava che: «[...] le contraddizioni di una pratica forense dai riti farraginosi e dalle forme arcaiche, perché concepiti e gli uni e le altre per una società profondamente diversa quale era quella medievale, ed il disservizio degli organi giudiziari legati a metodi e schemi disadattati ai tempi finivano con l'apparire l'espressione di una più generale crisi del sistema giuridico vigente. Questa era però, latente in quanto l'opinione pubblica, o meglio, la parte di essa che più contava, cominciava a ritenere non del tutto idoneo al vivere civile un pluralismo normativo fondato esclusivamente sul particolarismo sociale, mentre l'istituto monarchico mostrava di tendere fatalmente alla realizzazione di una sorta di sia pur embrionale livellamento di posizioni dei sudditi di fronte al potere. Così le contraddizioni della pratica ed il disservizio della giustizia, fastidiosi o addirittura intollerabili per chi doveva ricorrervi per le esigenze della sua vita, si aggiungevano agli inconvenienti di natura politica segnalati da coloro che lamentavano la scarsa idoneità di certi istituti alla realtà presente: ciò contribuiva ad erodere progressivamente la base consensuale che aveva permesso al sistema di sopravvivere per secoli». Cfr. C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Roma-Bari 1993, p. 33. Di recente, questi argomenti sono stati ripresi con una certa originalità di prospettiva in L. MANNORI, *La crisi dell'ordine plurale. Nazione e costituzione in Italia tra Sette e Ottocento*, in M. SBRICCOLI et AL. (a cura di), *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano 2003, p. 137 ss.

²⁴ Una puntuale analisi delle forme dell'interpretazione giuridica nel diritto comune, distinte sulla base della Glossa accursiana e della tradizione dottrinale del Medioevo, è svolta da P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, Torino 2000, p. 28 ss. Su tale delineazione delle forme dell'interpretazione giuridica il Grossi sostiene che due sono le osservazioni da fare: «che principio e consuetudine sono qualitativamente equiparati, essendo assolutamente estrinseca la circostanza della redazione scritta; che titolare del potere

normativo' dei giudici, ad esempio, limitando o precludendo il ricorso alle citazioni dottrinali, o prescrivendo l'obbligo di interpretazione autentica della legislazione regia²⁵, oppure assumendo per vie diverse il controllo dell'amministrazione della giustizia, per esempio riorganizzandone le strutture esistenti o creando nuove magistrature fortemente legate alla Corona²⁶, o tentando invece di unificare le fonti normative del processo, grazie alla realizzazione di raccolte, compilazioni o consolidazioni alcune delle quali rappresenteranno, senza dubbio, un passo decisivo verso l'uniformità e la statualizzazione delle procedure.

Certo, il rimedio per eccellenza sarebbe stato quello della codificazione, da realizzare e da adottare Stato per Stato: mi riferisco in questo caso alla codificazione in senso lato, anche se spesse volte nella pratica, si trattava di derivare le norme non tanto dalle fonti e dalle dottrine del diritto romano e comune, ma dalle leggi particolari e dalle *coutumes*, e quindi, tecnicamente, si sarebbe trattato, per dirla con il Viora, soltanto di consolidazioni²⁷: termine, riservato dall'Autore, ad identificare quelle sistemazioni del corpo delle leggi, «riunite in una unica compilazione», quando la complessità e la ricchezza di questo *corpus* sia tale da renderle necessarie²⁸. Il Viora, come

interpretativo è anche lo scienziato del diritto, il quale, proprio perché 'illuminato', pur senza avere poteri normativi, consegue un risultato 'probabile' (aggettivo – [...] non innocuo ma tipico della logica scolastica e che puntualizza un avvicinamento dialettico alla verità)». P. GROSSI, *op. cit.*, p. 166.

²⁵ Il divieto di interpretare la legge del sovrano, come osserva opportunamente Birocchi, riposava sulla «convinzione che interpretare il diritto significasse in qualche misura creare una norma per il caso concreto» e rappresentava il punto saldo intorno al quale costruire un ordinamento «incentrato sulla legge intesa come volontà del sovrano». Cfr. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., p. 343. Non a caso i primi esempi di divieto di interpretazione risalgono a monarchi come l'imperatore Giustiniano e Federico II di Svevia, re di Sicilia. Sul divieto di *interpretatio* si veda il già citato e recente lavoro di P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica* cit.

²⁶ Su queste tematiche si vedano gli interessanti contributi di R. AJELLO, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel Regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVIII*, I, *La vita giudiziaria*, Napoli 1968; ID., *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Napoli 1968; ID., *Legislazione e crisi del diritto comune nel regno di Napoli: il tentativo di codificazione carolino*, in ID., *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, pp. 27-108.

²⁷ Vedi M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino 1967.

²⁸ Prendendo consapevolmente e dichiaratamente in prestito la terminologia propria della scienza chimica, il Viora così concludeva: «nascono così le consolidazioni di leggi, che assumono le caratteristiche [...] di un precipitato storico della legislazione». Cfr. *Ivi*, pp. 2-3. Successivamente diversi Autori hanno radicalmente criticato l'uso invalso di separare

sostiene Crescenzi, è ben consapevole del fatto che, quantunque la consolidazione del diritto costituisca uno degli strumenti che storicamente gli ordinamenti giuridici hanno utilizzato per far fronte al loro complicarsi, vale a dire al complicarsi del complesso delle loro fonti, essa non è un effetto diretto e immediato e quasi inevitabile di questo processo, ma il prodotto di una decisione che, se presa e realizzata dall'autorità pubblica, assume le caratteristiche proprie della legislazione, anche perché l'esperienza storica dimostra che operazioni di tal fatta non si propongono di lasciare inalterato il diritto preesistente²⁹.

Un rimedio del genere sarebbe stato sicuramente efficace, ma allo stesso tempo non troppo facile da realizzare. In primo luogo avrebbe richiesto un effettivo superamento del diritto comune, o per essere più precisi, un completo superamento e rinnovamento sia dei metodi sia degli indirizzi della scienza del diritto, l'elaborazione di un sistematico complesso di principi, di norme e di istituti; rinnovamento non solo critico ma anche costruttivo al quale le prime generazioni dei giuristi umanisti non sarebbero stati in grado, forse, di pervenire³⁰. In secondo luogo avrebbe reclamato una completa separazione e un allontanamento tra nuove esigenze e concezioni politiche degli Stati del Cinque e Seicento e le concezioni e le tradizioni politiche medievali. Infine, la riforma si sarebbe rivelata vana se limitata ad un solo settore della vita associata.

La codificazione – ovvero l'introduzione di una legislazione moderna,

dicotomicamente le due categorie codice/consolidazione, che porta a forzare le esperienze normative disomogenee entro l'uno o l'altro campo. Una forte critica è presente in G. ASTUTI, *Legislazione e riforme in Piemonte nei secoli XVI-XVIII*, in Id., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Raccolta di scritti a cura di G. Diurni, vol. II, Napoli 1984, pp. 610-611, ma soprattutto vedi U. PETRONIO, *Una categoria storiografica da rivedere*, in *Quaderni fiorentini*, 1984, pp. 705-717, e, in adesione cfr. I. SOFFIETTI, *Les sources du droit dans la législation du Royaume de Sardaigne au XVIII siècle*, in P. VILLARD, J.M. CARBASSE (Éd.) *L'unité des principaux États européens à la veille de la Révolution*, Paris 1992, pp. 252-253; M. ASCHERI, *Dal diritto comune alla codificazione: tra storia e storiografia*, in *El dret comú i Catalunya*, ed. A. Iglesia Ferreirós, Barcelona, Fundació Noguera, 1993, pp. 71-83; G.S. PENE VIDARI, *L'attesa dei codici nello Stato sabaudo della Restaurazione*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, vol. LXVIII, 1995, p. 124, nota 79; E. SPAGNESI, *Iurisprudentia, stilus, au(c)toritas*, in C. ALZATI (a cura di), *Cristianità ed Europa. Miscellanea di studi in onore di Luigi Prodocimi*, vol. II, Roma-Freiburg-Wien 2000, pp. 135-158.

²⁹ Cfr. V. CRESCENZI, *Compilazioni del diritto e diritto vigente*, in *El Dret Comú I Catalunya*. Actes del XI Simposi Internacional Barcelona, 20-22 de Mayo de 2004, Barcelona 2005, p. 197.

³⁰ Cfr. A. MARONGIU, *L'ultima legge delle citazioni e la sua diretta ispirazione*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. III, Milano 1969, p. 1210.

uguale per tutti e in tutte le parti del paese –, non si realizzò, dunque, non perché non fosse stata concepita, ma perché sarebbe stata indubbiamente un atto rivoluzionario inattuale, antistorico. Gli ostacoli erano talmente tanto gravi da apparire insuperabili, non solo dal punto di vista teorico, vale a dire dogmatico-scientifico, dell'eliminazione o meglio della sostituzione del diritto romano con un diritto nuovo e della creazione di nuovi corpi di leggi ispirati, per usare le parole di Marongiu, al «genio nazionale» dei rispettivi Paesi, ma dal punto di vista delle strutture territoriali e sociali, culturali e politiche dei singoli Stati³¹.

2. Disciplina delle allegazioni in alcuni ordinamenti pre-moderni

I primi interventi diretti del potere assoluto nella problematica situazione delle fonti giuridiche consistevano in provvedimenti autoritativi intesi a limitare le allegazioni in giudizio e le citazioni nelle sentenze, delle *opiniones* dei giuristi. In realtà, gli avvocati abusavano in modo eccessivo nell'accrescere a dismisura le loro allegazioni, anche inopportunamente, con citazioni di autori; di conseguenza, i loro scritti erano diventati non solo inutili ma anche dannosi, atti solo a disorientare il giudice che, nella varietà delle opinioni divergenti veniva spesso indirizzato su strade diverse da quella del "giusto giudizio". Occorreva, dunque, prevenire e reprimere allo stesso tempo. Pertanto, allo scopo di vietare che si utilizzassero in giudizio opinioni dottrinarie di discutibile valore e citazioni arbitrarie di testi della tradizione, la facoltà di avvocati e giudici di richiamarsi all'autorità dei 'dottori' di diritto comune per risolvere il caso, anche al fine di semplificare le argomentazioni con l'alleggerimento delle allegazioni, venne limitata esclusivamente a pochi e grandi nomi di giureconsulti.

Disposizioni di questo genere non erano certamente nuove nella storia del diritto, dal momento che l'esigenza di porre un freno alle false citazioni e alla confusione che regnava nei tanti testi dottrinali, soprattutto per l'impossibilità di reperire i testi originali, era stata avvertita anche in epoca romana. Come è ampiamente noto, già nel 426 d.C., l'imperatore Valentiniano III aveva emanato, nella parte occidentale dell'Impero, una costituzione (recepita poi in Oriente da Teodosio: CTh. 1.4.3)³², denominata

³¹ *Ivi*, p. 1211.

³² CTh. 1.4.3: *Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus*

dalla dottrina moderna «legge delle citazioni», con la quale si affidava la decisione dei punti di diritto più controversi ad una sorta di «tribunale dei morti»³³, così definito in quanto riconosceva solo ai giureconsulti classici, la piena autorevolezza delle opinioni, destituendo di ogni prestigio gli sviluppi più recenti della scienza giuridica³⁴. Con questo celebre provvedimento si stabiliva che gli avvocati potessero citare nei tribunali, a sostegno delle ragioni addotte dalle parti processuali, solo le opinioni espresse da cinque giureconsulti: Gaio (II sec. d.C.), Papiniano, Paolo, Ulpiano e Modestino (III sec. d.C.). Tuttavia sarebbero stati ammessi altri pareri solo se provenienti da giuristi a loro volta citati dai cinque e a condizione che venisse esibito il manoscritto originale del brano richiamato.

Se in ciò la norma si limitava, probabilmente, a riconoscere in via ufficiale quanto nella realtà dei fatti già accadeva da tempo³⁵, essa predispondeva anche un meccanismo per risolvere i casi in cui le opinioni dei cinque giuristi risultassero in disaccordo: a prevalere doveva essere l'opinione maggioritaria o altrimenti quella di Papiniano (quando né l'una né l'altra soluzione era possibile, il giudice avrebbe allora potuto scegliere liberamente).

ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus.

³³ Si vedano per questo, A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 248; A. MARONGIU, *Una legge delle citazioni e un «nuovo Giustiniano» nel Seicento*, in *Rivista italiana di diritto e procedura civile*, 1961, pt. II, p. 953.

³⁴ Cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Torino 2010, p. 68. Sulla legge delle citazioni vedi tra gli altri, G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legge di Valentiniano III del 7 novembre 426*, in *Labeo*, vol. XXIX, 1983, pp. 280-313; E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, Roma 1983; M. DE BERNARDI, *La «legge delle citazioni» del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del vigente codice di procedura civile italiano*, in *Rivista di diritto romano*, vol. XIII, 2013.

³⁵ L'idea era già presente a Costantino che in due costituzioni, rispettivamente del 321 e del 328, dapprima invalidò le note di Ulpiano e Paolo contrastanti con quella di Papiniano (*C.Th.* 9.43.1) e poi accordò autorità all'opera del giurista Paolo e in particolare alle *Sententiae* che andavano sotto il suo nome (*C.Th.* 1.4.2). Cfr. L. LOSCHIAVO, *L'età del passaggio. All'alba del diritto comune europeo (secoli III-VII)*, Torino 2016, p. 54.

Lo stesso contenuto programmatico della legge di Valentiniano III e il medesimo fine di riportare ordine e chiarezza nella vita sociale e nei giudizi sconvolti dalla molteplicità e dalla contraddittorietà delle interpretazioni riappariranno anche nel mondo medievale, dando vita a statuizioni che si rifaranno appunto alla suddetta legge tardo-imperiale romana. Si trattava di vere e proprie 'rudimentali' leggi delle citazioni, da intendere come tentativi di soluzione di problemi contingenti e limitati, o per meglio dire senza eccessive aperture finalistiche e senza obiettivi più generali e certamente più elevati di codificazione, o perlomeno di semplice rinnovamento degli ordinamenti.

Con buona probabilità un primo esempio ci viene fornito da una disposizione contenuta in uno statuto cittadino bolognese, del quale però non è stato possibile reperire né il testo né la data della redazione, ma di cui comunque abbiamo notizia, grazie alle indicazioni attribuite al Cumano (Raffaele Raimondi 1377-1427) e riportate successivamente da Tommaso Diplovataccio (1468-1541), che peraltro visse a lungo nella città felsinea. Questi, infatti, nel suo *Opus de praestantia doctorum*, ricordava che:

Bononiae est statutum quod deficientibus statutis et consuetudinibus Judex debeat iudicare secundum Jura romana et glossas ordinarias Accursii approbatas per ipsum³⁶.

Nella città di Bologna, dunque, in virtù di una disposizione statutaria vivevano in primo luogo gli statuti cittadini e le consuetudini, in secondo luogo, e cioè in mancanza di norme statutarie, il diritto romano e la Glossa di Accursio, ossia le glosse da questo approvate in quanto accolte nel suo apparato. Tesi questa, avvalorata dal Diplovataccio con il richiamo al cons. 93 del Cumano³⁷. Tuttavia, nell'edizione dei *Consilia* del Cumano da me consultata, il riferimento è a una disposizione dello statuto di Verona (di cui si parlerà a breve) e non di Bologna, e per di più questo riferimento si trova nel cons. 94 e non nel cons. 93, come riportato, nel testo di Diplovataccio³⁸.

³⁶ Cfr. T. DIPLOVATACII, *Opus de praestantia doctorum*, ed. Verlag von R.L. Prager, Berlin 1890, p. CLXVIII.

³⁷ Cfr. A. MARONGIU, *Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi. Dalla legge delle citazioni all'art. 265 cpv. reg. gen. giud.*, in *Studi in onore di E. Besta*, vol. III, Milano 1939, p. 449.

³⁸ Si veda quindi, R. CUMANI, *Consilia sive responsa*, ed. Gasparem Bindonum, Venetiis 1576, f. 47vb.

Del resto il Fulgosio, nel cons. 201³⁹, dà una versione parzialmente diversa riferendola agli statuti di Verona. Questi statuti nella redazione del 1450, riveduta sotto la dominazione veneziana⁴⁰, effettivamente nel libro II, contengono il capitolo 152, che oltre ad Accursio coinvolge Dino del Mugello.

Il capitolo in questione – rubricato *De allegationibus advocatorum dandis in scriptis consultori et de causis exprimendis per consultorem in suo consilio et secundum ipse consultor debeat iudicare* – disponeva che i Consilarii fossero tenuti a:

dicere et exprimere causas, propter quas consulunt, et etiam expressare certam absolutionem vel condemnationem

e che:

dictus Consultor [il soggetto qui diventa singolare] teneatur consulere secundum formam Statuti primi huius libri videlicet. Primo secundum Statuta et consuetudines Civitatis Veronae et, eis deficientibus secundum iura Romana, et glosas ordinarias Accursii, per ipsum approbatas; et in quantum sibi ad invicem contradicerent, tunc consulatur secundum illam glosam quam Dinus approbat; et Consultor, qui consilium dederit contra praedicta, teneatur et obligatus sit parti laesae ad damnum, expensas et interesse, pro quibus conveniri possit coram D. Potestate Veronae, eiusque Vicario breviter et summum sine strepitu et figura iudici [...]⁴¹.

In sintesi, secondo la sostanza della norma, il consultore, ovvero colui che, studiate le cause, proponeva al giudicante il contenuto della sentenza da emettere, doveva seguire, in primo luogo, gli statuti e le consuetudini della città di Verona; in secondo luogo, quando né gli statuti né le consuetudini contenevano norme sull'argomento in discussione, il diritto romano e

³⁹ Cfr. R. FULGOSIJ, *Consilia*, ed. Gasparem Bindonum, Venetiis 1576, f. 245ra.

⁴⁰ Secondo quanto ci riporta Marongiu, il testo che a breve riporteremo è, nella redazione del 1393, il cap. 130, dello stesso libro II, dello Statuto riformato sotto la signoria di Gian Galeazzo Visconti, che riproduce nella sua prima parte uno degli *Statuta nova* compilati nel 1371 dai *Sapientes* del Comune, mentre nella seconda parte è invece nuovo del tutto. Cfr. A. MARONGIU, *Legislatori e giudici* cit., pp. 449-450.

⁴¹ Cfr. *Statuta magnificae civitatis Veronae*. Additis eiusdem Civitatis, Privilegiis, et Partibus, ac decretis quibusdam Illustr. Dominij Venetiarum, cap. CLII, ed. Sebastianum à Donnīs, Veronae 1582, f. 125.

la glossa accursiana; infine, ovvero quando la glossa appariva contraddittoria, la soluzione data da Dino, probabilmente nel suo trattatello *De Glossiis contrariis*⁴², tradizionalmente attribuitogli. Le citazioni, venivano, dunque, in questo caso, ridotte al minimo; ma la norma statutaria in questione, per dirla con il Marongiu, assume un'importanza straordinaria come «documento sullo stato della dottrina e della pratica giuridica di questo periodo di transizione tra il [...] regno della Glossa e [...] l'impero della più spigliata e più ricca e varia e conquistatrice dottrina di Bartolo e della sua scuola»⁴³. Essa mostra, ancora alla fine del XIV secolo e dopo le «insuperabili creazioni dottrinali» di Bartolo e Baldo, la piena fiducia e la grande considerazione riposta nella Glossa e ci dà conferma ancora una volta di quanto rilevato dal Savigny, vale a dire che «benché amanuensi e privati possessori dell'opera accursiana andassero sempre aggiungendo ai manoscritti ulteriori annotazioni e giudizi, pure, gli scrittori ricorrevano sempre alle glosse originali»⁴⁴.

Queste forme di selezione e di uso controllato delle *opiniones* dottrinali, da una parte denunciano una forte matrice antigiusprudenziale attiva in un ordinamento in cui il problema della certezza del diritto si impone in termini di particolare drammaticità, mentre dall'altra testimoniano molto chiaramente il ruolo dominante della giurisprudenza, la sua persistente indispensabilità, e l'autorità, soprattutto dei grandi giuristi, nella pratica⁴⁵. Il problema è sicuramente generale, non riguardando più solo questa o quella città: è un problema comune, come comune è lo stesso sistema in vigore.

Ecco allora che, in base ad una logica non differente, rispetto alla precedente e celebre costituzione imperiale, il potere politico nell'età moderna cerca di interpretare questo disagio e disponendo, con leggi delle citazioni, la selezione e l'uso corretto delle opinioni dottrinali nella pratica forense, tenta di arginare la degenerazione del sistema⁴⁶.

Esempi di primi provvedimenti legislativi in tal senso ci vengono dalla penisola iberica. In Spagna, una *Prammatica* di Juan II di Castiglia,

⁴² Cfr. *Singularia doctorum in utroque iure excellentium*, vol. II, Francoforte 1596, p. 234 ss.; *Tractatus universi iuris*, Francoforte 1596, tom. XVIII, f. 186; *Biblioteca Enciclopedia Italiana*, Milano 1834, p. 439.

⁴³ Cfr. A. MARONGIU, *Una legge delle citazioni* cit., pp. 956-957.

⁴⁴ Così F.C. SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, vol. II, Gianini e Fiore Editori, Torino 1857, p. 388.

⁴⁵ Cfr. L. LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 120-121.

⁴⁶ Cfr. M. ASCHERI, *I giuristi, l'umanesimo e il sistema giuridico dal medioevo all'età moderna*, in *El dret comú i Catalunya*, ed. Aquilini Iglesia Ferreirós, Estudis 3, Fundació Noguera, Barcelona 1992, p. 156.

proibì – nel 1427 per il León e nel 1433 per la Castiglia – l'allegazione di civilisti e canonisti italiani posteriori a Bartolo da Sassoferrato e Giovanni d'Andrea⁴⁷:

[...] opinión nin determinaçión, nin deçisión nin dicho nin actoridad nin glosa de qualquier doctor nin doctores nin de otro alguno, así legistas como canonistas, de los que han seído fasta aquí después de Juan Andrés e Bartulo, nin otrosí de los que fueren de aquí adelante⁴⁸;

nel 1499 una *Prammatica* dei re cattolici di Spagna (Ferdinando d'Aragona e Isabella di Castiglia), rimasta in vigore solo pochi anni, fino al 1505, indicò che in caso di silenzio della legge, quali uniche autorità si potessero citare Bartolo da Sassoferrato per il diritto civile, e Giovanni d'Andrea, per il diritto canonico, aggiungendo che:

en defecto dela opinion de Juàn Andrés de derecho canonico: se pueda alegar la opinion del abad de Cicilia: y en leys en defecto de Bartolo se pueda alegar Baldo⁴⁹;

dunque, «nel silenzio di Giovanni d'Andrea» si sarebbe potuto allegare «l'opinione dell'abate palermitano (Nicolò Tedeschi)» e per il diritto civile, in caso di mancanza dell'opinione di Bartolo, quella di Baldo degli Ubaldi⁵⁰.

Più severi, nei riguardi della scienza giuridica tradizionale, risultarono i successivi provvedimenti del 1505, detti *Leyes de Toro*, in cui si disponeva che i casi dubbi non dovessero più essere risolti ricorrendo alle autorità dei quattro insigni giuristi italiani, bensì mediante il diretto ricorso al sovrano. Ma questo provvedimento regio non trovò puntuale applicazione

⁴⁷ *Ivi*, p. 155.

⁴⁸ M.A. PÉREZ DE LA CANAL, *La Pragmática de Juan II, de 8 febrero de 1427*, in *Anuario de historia del derecho español*, vol. XXVI, 1956, p. 659 ss.; A. GARCIA-GALLO, *Manual de historia del derecho español*, Madrid 1971, p. 230 ss.

⁴⁹ A. DIAZ DE MONTALVO, *El fuero Real de Espana glossado*, Salamanca 1569, f. 24v; *Leyes por la brevedad y orden de los pleytos* (1499), cap. 13, Edición facs. de la Universidad de Granada, 1993; S.M. CORONAS GONZÁLES, *Alegaciones e Informaciones en Derecho (porcones) en la Castilla del Antiguo Régimen*, in *Anuario de Historia del derecho español*, vol. LXXIII, 2003, pp. 165-192, in particolare p. 175.

⁵⁰ Cfr. A. MARONGIU, *Legislatori e giudici cit.*, pp. 452-453; ID., *L'ultima legge cit.*, pp. 1211-1212; G. ERMINI, *Corso di diritto comune*, I, *Genesi ed evoluzione storica, elementi costitutivi – Fonti*, Milano 1989, pp. 113-114; L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. cit.*, p. 68.

nella pratica forense⁵¹. Al contrario, rimasero lungamente in vigore fino alle codificazioni e recepite poi dal Brasile, già colonia portoghese, anche dopo il distacco dal governo di Lisbona, gli interventi regi portoghesi; mi riferisco alle *Ordenações Manuelinas* del 1521, e alle *Ordenações Filipinas* del 1603, intesi a vincolare i giudici esclusivamente alle allegazioni della Glossa e di Bartolo⁵².

3. La costituzione di Francesco Maria II della Rovere: la legge delle citazioni di un nuovo “Giustiniano” del Seicento

La questione, dunque, si rivelava molto grave e complessa, ed il problema si presentava per i tempi insolubile, dal momento che la confusione non appariva solo negli insegnamenti dei giuristi, ma anche, e forse più, nella molteplicità delle fonti del diritto, scritte e non scritte, generali e particolari. I tempi non erano però ancora maturi per una riforma che si rivelasse imponente ed impegnativa, e lo dimostrano, tra le altre cose, anche le incertezze di un sovrano di un piccolo Stato, come il ducato di Urbino, Francesco Maria II della Rovere che, molto sensibile e allo stesso tempo altrettanto sollecito al bene dei suoi sudditi, avrebbe voluto adottare anche lui una soluzione⁵³, indubbiamente radicale e definitiva, quale il divieto ai giudici e agli avvocati di tener conto, sia nel sentenziare sia nel difendere, di altro se non del diritto così come scaturiva direttamente dai testi del *Corpus iuris civilis* e del *Corpus iuris canonici*, nonché dagli statuti e decreti dello Stato. Ma non sarebbe stata cosa certamente facile; il rinunciare al contributo della scienza che costituisce la sostanza dell’esperienza giuridica si sarebbe rivelato veramente arduo e forse anche deleterio⁵⁴. Un divieto di tal fatta, ovvero quello di citare e prendere in considerazione le autorità dottrinali, avrebbe potuto essere imposto solo a complemento di una compilazione o

⁵¹ Per questo si veda, A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 248.

⁵² Vedi P. TIAGO FERREIRA, *O Humanismo jurídico en Portugal*, in Data Venia. *Revista jurídica digita*, vol. 4, 2016, n. 5, pp. 135-148; L. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 120; G. ERMINI, *Scritti di diritto comune*, a cura di D. Segoloni, vol. II, Perugia 1980, p. 126; A. MARCHISELLO, *La ragione del diritto. Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento*, Milano 2008, p. 140.

⁵³ Cfr. L. FIRPO, *Lo Stato ideale della Controriforma. Ludovico Agostini*, Bari 1957, p. 194.

⁵⁴ Per approfondimenti, vedi A. MARONGIU, *Una legge delle citazioni cit.*, p. 960.

di un codice di leggi. Farlo prima sarebbe stato impossibile e assurdo; ecco perché allora il Duca di Urbino finì per ripiegare su posizioni meno avanzate, formulando una sua «legge delle citazioni» che, sostiene il Marongiu, pur essendo un rimedio utile ed assennato, non potrà essere certamente considerato all'avanguardia. Sempre secondo il Marongiu, infatti, come la norma statutaria veronese, anche questa segnava un ritorno all'antico, e per la precisione, mentre la statuizione veronese tornava indietro di circa un secolo, questa per ciò che riguardava i giudizi civili tornava indietro di un secolo e mezzo circa; relativamente ai giudizi penali, la misura non poteva essere certamente considerata radicale, in quanto non si poteva sicuramente negare un posto preminente alla letteratura più recente in materia, impersonata da Egidio Bossi e da Giulio Claro⁵⁵.

Il provvedimento di cui parliamo consiste nella costituzione data appunto da Francesco Maria II della Rovere il 26 febbraio 1613 a Pesaro, da tempo effettiva capitale del ducato urbinato. Si tratta di una legge non solo ampia e particolareggiata, ma contenente riferimenti diretti e specifici sia alle decisioni dei giudizi civili sia a quelle dei giudizi penali. Parte della dottrina ritiene che detta costituzione sia rimasta in vigore fino al 1631⁵⁶, anno della devoluzione del ducato allo Stato Pontificio⁵⁷. In realtà, con il *Primo Bando pubblicato dopo la devoluzione degli Stati d'Urbino alla Santa Sede, con la conferma dei Decreti ducali*, emanato il 28 aprile 1631 da Lorenzo Campeggi, vescovo di Senigallia e governatore di tutti gli stati e i domini del ducato feltresco, si sancisce che tutti i Decreti, Ordini e Costituzioni, emanati dal Duca e dai suoi predecessori, dopo essere stati cassati e dichiarati privi di efficacia, si devono intendere come nuovamente promulgati integralmente, senza soluzione di continuità quanto al loro vigore, ma rinnovati per effetto dell'autorità pontificia.

⁵⁵ Cfr. A. MARONGIU, *Legislatori e giudici cit.*, p. 458.

⁵⁶ Vedi tra gli altri A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 248; L. SOLIDORO MARUOTTI, *op. cit.*, p. 68; E. GRAU, *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid 2007, p. 245. *Contra*, vedi A.M. GIOMARO, *Ancora sul collegio dei dottori di Urbino. Rassegna di fonti e documenti editi ed inediti*, in *Studi Urbinati, Nuova Serie A*, vol. 64, n. 3-4, 2013, pp. 249-250, che dubita e si mostra fortemente critica riguardo ciò, per lo meno nella prassi.

⁵⁷ Per ulteriori approfondimenti inerenti le incertezze e le problematiche per la città di Urbino come conseguenze della devoluzione allo Stato Pontificio, si veda P. DE CRESCENTINI, *Sulle origini della storia del tribunale di Urbino*, in A.M. GIOMARO, P. DE CRESCENTINI, *Breve traccia per una storia dell'avvocatura urbinata*, in *Studi Urbinati, Nuova Serie A*, vol. 61, n. 1-2 (monografico), 2010, p. 35 ss.

[...] E se bene per la morte del già Signor Duca Francesco Maria Sesto, & ultimo Duca di Urbino, e per la devoluzione, e ritorno delli Stati sudetti alla Santa Romana Chiesa, & al prenominato Santissimo Signor Nostro, tutti i Decreti, Ordini, e Constitutioni, tanto da S.A., ò con suo nome, & autorità, quando fù in vita, quanto da suoi Predecessori promulgati, restano hora privi del loro valore, e senz' alcuna efficacia, irriti, e nulli; Nondimeno per giuste, e ragionevoli cagioni, che muovono l'animo nostro; Col presente Editto, e con l'autorità, che ne habbiamo dalla medesima Santità Sua, e sino che altrimenti sarà provisto, & à beneplacito, e non altrimenti, innoviamo, e di nuovo statuendo, & ordinando promulghiamo tutti, e singoli Decreti, Constitutioni, & Ordini sudetti: Volendo, e comandando, che per l'avvenire, & à beneplacito, come sopra, siano da tutti, e singoli, à chi spetta, osservati, guardati, e custoditi, come Decreti, Ordini, e Constitutioni con la suddetta autorità di Nostro Signore fabricati, e promulgati; E ciò in quanto convengano con l'immunità, e libertà Ecclesiastica, e con i Sacri Canonì, Concilij, e Constitutioni Apostoliche, e non altrimenti. [...]⁵⁸.

Questa validità sarà ulteriormente confermata da un altro editto emanato dal Cardinal Legato Altieri, e datato Urbino 25 agosto 1675⁵⁹.

La costituzione di cui parliamo, il cui contenuto sarà riportato di seguito, è stata rinvenuta 'fortunosamente' più che 'fortunatamente', secondo quanto nota il Marongiu, presso la Biblioteca Vaticana, in un foglio volante a stampa, incollato sul lato interno della guardia anteriore di una copia degli Statuti di Pesaro, nell'edizione del 1531⁶⁰. Di questa costituzione non sembra esservi conservata altra testimonianza (a parte quella di cui diremo tra poco); il Marongiu, in particolare, afferma che non è presente né nella raccolta delle *Constitutiones Ducatus Urbini Collectae*⁶¹ di Campelli, né nella raccolta manoscritta della Biblioteca Universitaria di Urbino, nello stato delle cose in cui si trovava quando il Marongiu pubblicò il suo saggio, né

⁵⁸ Cfr. *Decreta Constitutiones, Edicta, et Bannimenta Legationis Urbini*, Nunc primum in lucem edita iussu Eminentissimi, et Reverendissimi Cardinalis Astallii Legati, Typis Dominicis, & Fratrum de Gottis, Pasauri 1696, pp. VIII-IX.

⁵⁹ Cfr. *Decreta Constitutiones, Edicta, et Bannimenta Legationis Urbini* cit., p. XI.

⁶⁰ Va segnalato che presso la Biblioteca Vaticana alla segnatura R. I, II, 761, cui fa riferimento il Marongiu, corrisponde un'edizione degli *Statuta civitatis Pisauri noviter impressa*, per Baldassarrem de Carthularis, edita a Pesaro nel 1531 e non nel 1535 come riportato dall'Autore nel suo *Legislatori e giudici* cit., p. 457.

⁶¹ Ci riferiamo a S. CAMPELLI, *Constitutiones Ducatus Urbini collectae et adnotationibus illustratae*, apud Franciscum Gonzagam prope sanctam Mariam in via Lata, Romae 1709.

nonostante lo stesso Autore non lo dica espressamente, tra le Costituzioni rimaste in vigore dopo la devoluzione e pubblicate nei *Decreta, constitutiones, edicta, bannimenta legationis Urbini* del Cardinal Astalli⁶².

È doveroso allora domandarsi se si tratti di un'omissione casuale, di una semplice dimenticanza, oppure di un'omissione voluta: infatti, la costituzione di Francesco Maria II era un provvedimento fortemente innovativo sia dal punto di vista ideologico sia da quello formale. Non siamo in grado di dare una risposta in questa sede. Però una sola cosa è chiara, ed è il motivo profondo che sta alla base sia di questo testo normativo sia degli altri, di cui ci occuperemo in seguito nel corso del presente lavoro, e cioè il bisogno di semplificare un ordinamento determinato da una molteplicità di fonti normative vigenti e, allo stesso tempo, di ridurre la possibilità degli avvocati di citare nelle loro allegazioni le opinioni dei dottori, e dei giudici di pronunciare la sentenza in base alle stesse opinioni, da cui derivava in genere una grande incertezza del singolo operatore giuridico nel coordinamento delle fonti, ossia nell'accertamento del diritto preminente da applicare al caso, nel ritrovamento della norma in quel diritto e nell'interpretazione della norma medesima.

Fortunatamente, però, il testo della costituzione di Francesco Maria II è contenuto nella raccolta di *Decreti Bandi e provvedimenti ducali per il territorio del Ducato di Urbino dal 1537 al 1637. Con aggiunti i Bandi dei Legati pontifici dal 1637 al 1667*, tramandata da un manoscritto dei secc. XVI e XVII, acquistato dall'Università di Urbino da privati nel 1952⁶³ (il che spiega il fatto che non fosse conosciuto dal Marongiu che scriveva nel 1937). È da tale manoscritto urbinato che Anna Maria Giomaro lo ha tratto e pubblicato insieme ad altri documenti editi ed inediti relativi alla storia dell'Ateneo feltresco nel 2013⁶⁴.

Di seguito il testo della Costituzione secondo i due esemplari:

⁶² La suddetta raccolta fu in seguito commentata da Solone Campelli che l'aveva già realizzata come editore del cardinal Astalli ed ha il titolo di *Constitutiones Ducatus Urbini collectae et adnotationibus illustratae*. Papa Clemente XI la approvò e la dichiarò obbligatoria. Cfr. F. SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti*, Roma-Torino-Firenze 1904, p. 647.

⁶³ Cfr. L. MORANTI (a cura di), *Inventari dei manoscritti delle Biblioteche d'Italia*, Biblioteca Universitaria di Urbino, LXXX, Firenze 1954, p. 34.

⁶⁴ A.M. GIOMARO, *Ancora sul collegio dei dottori* cit., p. 249 e p. 365.

Testo Biblioteca Vaticana	Testo Biblioteca Università di Urbino
<p data-bbox="293 293 516 320">Il Duca d'Urbino etc.</p> <p data-bbox="190 369 619 1379">Se bene per facilitare l'ispeditione delle liti sono state da Noi molte provisioni, e parendosi quelle non essere ancora bastanti a dare sicuro rimedio a tante lunghezze. Ci siamo risoluti di provare anco questa, che è di levare à Giudici, e Professori di legge l'incertezza nella quale molte volte si trovano per la varietà dell'oppinioni di tanti, che hanno scritto in questa professione, e così restringendo il numero di essi, ridurlo solo a quelli che vengono riputati più necessarij per apprendere la vera teorica, et intelletto de Testi, à quali principalmente si deve attendere: Per tanto vogliamo che per l'avvenire, sin che a Noi piacerà, nelle cause tanto civili, quanto criminali, non si possi a i Tribunali de nostri Giudici valersi nel sententiare, et alegare in iure, di altro, che del semplice Testo, Glosa et lecture de Bartolo, Baldo, Paolo di Castro, Alessandro, Iasone & Imola, Statuti e Decreti dello Stato; non proibendo però, che, oltre i sodetti, non possino i Giudici et Deffensori de Rei valersi nelle cause criminali della pratica del Gandino, dell'Angelo, del Bossio e Claro. Sotto pena al Giudice che contraverà della privatione dell'Uffitio, agl'Avocati e Procuratori della privatione dell'esercitio della professione loro, et alla Parte della perdita delle ragioni d'applicarsi alla parte osservante etc.</p> <p data-bbox="190 1385 551 1412">In Pesaro à 26 Febraro MDCXIII</p> <p data-bbox="190 1417 407 1445">Stephanus Minius</p> <p data-bbox="190 1450 407 1477">Franciscus Bellutius</p> <p data-bbox="340 1483 529 1510">Silvanus Galantes</p>	<p data-bbox="825 293 886 320">D. U.</p> <p data-bbox="722 333 989 360">Sopra l'Allegare i Dottori</p> <p data-bbox="645 369 795 396">Se bene et cet.</p> <p data-bbox="645 833 1070 1379">che per l'avenire sin che a noi piacerà nelle cause tanto Civili quanto Criminali, non si possino tribunali de nostri giudici valersi nel sententiare et allegare in iure di altro che del semplice testo, glossa, et Letture del Bartolo, Baldo, Paolo di Castro, Alesandro, Iasone, et Imola, statuti, e decreti dello Stato, non proibendo però che oltre i suddetti non possino i Giudici e diffensori de Rei valersi nelle cause criminali della pratica del Gandino, dell'Angelo, del Bossio e Claro, sotto pena al Giudice che contraverà della privation dell'offitio. Agli Avocati e Procuratori della privation dell'esercitio della professione loro, et alle parti della perdita delle raggioni, d'applicarsi alla parte osservante⁶⁵.</p> <p data-bbox="645 1385 967 1412">Datum Pisauri die 26 feb. 1613</p> <p data-bbox="645 1417 735 1445">Min(iu)s</p> <p data-bbox="645 1450 754 1477">Bell(utiu)s</p>

⁶⁵ *Decreti Bandi e provvedimenti ducali per il territorio del Ducato di Urbino dal 1537 al 1637. Con aggiunti i Bandi dei Legati pontifici dal 1637 al 1667*, in BuU., FU, vol. 160, f. 155v.

Tra i due testimoni c'è una sostanzialmente totale concordanza; infatti, a parte qualche variante grafica di scarso rilievo, l'esemplare urbinato omette integralmente la motivazione del provvedimento, presente invece nell'esemplare vaticano. Peraltro, nella motivazione della costituzione sono richiamate precedenti "provisioni", poste in essere per «facilitare l'ispedizione delle liti», che però a parere del Duca non avevano raggiunto i risultati sperati; di tali precedenti disposizioni non si dà alcun riferimento né cronologico né di qualsiasi altro tipo. Comunque, siamo riusciti a reperire alcune di esse⁶⁶ nella già citata raccolta di *Constitutiones Ducatus Urbini* del cardinal Astalli. Dalla loro lettura appare ben visibile come i tentativi di rendere più spedite le controversie, con interventi che però riguardavano esclusivamente norme e formalità dei processi, ovvero, solo per fare qualche esempio, l'abbreviazione dei termini probatori, la riduzione delle eccezioni e dei termini per rispondere ecc., senza affrontare, come si farà con la costituzione del 1613 di Francesco Maria II, il problema della struttura delle fonti, si erano rivelati completamente inefficaci. Un solo punto accumuna, però, queste "provisioni", ovvero questi precedenti provvedimenti, essenzialmente processuali, e la costituzione del 1613: vale a dire, la pena stabilita in caso di loro inosservanza e cioè la «privazione dell'offitio» per i giudici e dell' «esercizio della professione» per gli avvocati.

Della costituzione feltresca aveva già dato notizia, nel 1654, l'inglese Arthur Duck⁶⁷, da cui si evince che, con buona probabilità, l'Autore non ne conoscesse il testo⁶⁸, dato che la citazione oltre ad essere di rimando⁶⁹, appare in alcuni punti inesatta ed incompleta:

⁶⁶ Intendo riferirmi alla "provisione" emanata a Pesaro il 9 gennaio 1579; a Urbino il 15 luglio 1594; a Casteldurante il 9 novembre 1599; a Urbino il 18 agosto 1603, ed infine sempre ad Urbino l'8 ottobre 1610.

⁶⁷ Cfr. A. DUCK, *De usu & autoritate juris civilis romanorum, per dominia Principum Christianorum*, lib. II, cap. III, § XXV, ed. anastatica Forni, Bologna 1971 [riprod. dell'ed. Thomas Dring, Londini 1689], pp. 172-173; A. MARONGIU, *L'ultimo Duca d'Urbino e la sua "legge delle citazioni"*, in *Studi Urbinati*, vol. XI, n. 3-4, 1937, p. 1.

⁶⁸ Il Marongiu sostiene che il Duck non ne conosceva il testo giacché ne indicava soltanto un particolare di poco conto, ossia che a norma di tale legge i giudici avrebbero dovuto, nel formulare le loro sentenze, ignorare ogni altra autorità dottrinale, eccetto, in sede penale, il *De maleficiis tractatus* di Angelo Aretino. Cfr. A. MARONGIU, *L'ultima legge cit.*, p. 1203.

⁶⁹ In nota 105 al testo si legge: «Avity. in descript. Ducat. Urbin. § gouvernement», in altre parole, tratto da P. D'AVITY, *Description générale de l'Europe avec tous ses empires, royaumes, estats et républiques*, t. II, ed. Paris 1637, p. 907.

Et Urbini pariter & Parmae Ius Civile in Judiciis observatur, nullique praeter Iuris Civilis Professores ad Ius dicendum admittuntur; & in Dominiis Ducis Urbini illud singulare est, quod Advocati possint coram Senatu tantum allegare Leges Iustinianae, & ex Doctoribus solos Accursium, Bartolum, Baldum, Aronem, Alexandrum, Castrensem & Iasonem, in criminalibus solum Angelum de Maleficiis; Iuris Canonici vero Interpretum omnium possunt auctoritate uti.

Riguardo le imprecisioni contenute nel testo, appare ben evidente la presenza tra i giuristi che possono essere citati di un tal “Aronem”, che molto probabilmente potrebbe essere Azzone⁷⁰, giurista che tra l’altro non è affatto presente tra quelli indicati nel testo, già sopra riportato, della costituzione feltresca. Manca del tutto, inoltre, il nome del civilista e decretalista Giovanni da Imola. Per quanto riguarda il penale, si legge, infine, e del tutto impropriamente, che il Duca d’Urbino avesse vietato di addurre nelle cause altra autorità dottrinale eccetto quella di Angelo Gambiglioni (l’Aretino) e del suo trattato *De Maleficiis*⁷¹, mentre in realtà nella costituzione di Francesco Maria II della Rovere si nominavano oltre all’Aretino anche altri eminenti ed indiscutibili giuristi di diritto criminale, come Alberto da Gandino, Egidio Bossi e Giulio Claro.

La costituzione del Duca di Urbino è stata inoltre ignorata, almeno nel suo specifico contenuto, dallo stesso Ludovico Antonio Muratori, che nel suo trattato *Dei difetti della giurisprudenza*⁷², ne dà una rapida e sommarissima notizia. Infatti, rivolgendosi direttamente all’opinione pubblica per denunciare i mali della giustizia – individuati essenzialmente nella proliferazione incontrollata delle opinioni degli interpreti, nell’incertezza delle regole, nella lunghezza dei processi e in ultimo nell’arbitrarietà con cui il diritto veniva amministrato – e per proporre come rimedio un intervento del sovrano, che decidesse almeno le più frequenti controversie dubbie rac-

⁷⁰ Tra le varie edizioni dell’opera del Duck da me consultate, il nome di Azzone appare però solo nell’edizione pubblicata a Napoli nel 1719. In tutte le altre, vale a dire nell’edizione Lugduni Batav. 1659, in quella di Lipsia del 1676, ed in quella edita Londini: Thomas Dring, 1689, compare sempre “Aronem”.

⁷¹ Cfr. A. DUCK, *De usu & auctoritate cit.*, p. 173.

⁷² L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, ed. Giambattista Pasquali, Venezia 1742. Inoltre, G. ALPA, «Impossibil cosa è guarir da’ suoi mali la giurisprudenza». *Note minime sul programma riformatore di Ludovico Antonio Muratori*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXX, n. 1, 2000, pp. 21-30; Id., (con il coordinamento di), *I difetti della giurisprudenza cit.*

colgiendo le relative soluzioni normative in un “codice”⁷³, valutava positivamente il «lodevole ripiego» adottato da Vittorio Amedeo II di Savoia, che in una delle sue costituzioni (quella del 1729), come vedremo in seguito, aveva proibito questa deplorable prassi, vietando perentoriamente ad avvocati e giudici di fare alcun riferimento, sia nelle difese sia nelle sentenze, all’autorità e agli insegnamenti dei giuristi⁷⁴, ed aggiungeva, citando però anche lui in maniera inesatta e di seconda mano: «[...] Questo medesimo ordinò ne’ suoi Stati un Duca di Urbino [...]»⁷⁵.

Sicché, mentre riproduceva il testo della costituzione piemontese, non riportava il testo di quella urbinata, il che fa presumere che non ne avesse conoscenza diretta, in quanto ben diverso è il suo contenuto rispetto a quanto riportato dal Muratori.

Si può ritenere che, come la legge delle citazioni di Valentiniano III del 426, anche quella del Duca d’Urbino codificava probabilmente i risultati della pratica, recependo proprio l’autorità di coloro le cui opere si erano imposte sulla moltitudine dei giuristi che concorrono a formare la giurisprudenza di *ius commune*. Ciò non impedì ad esempio a Traiano Boccalini, scrittore contemporaneo e autore dei *Ragguagli del Parnaso*⁷⁶, di celebrare il Duca definendolo il «serenissimo principe de’ letterati moderni», il «nuovo Giustiniano che Dio ha suscitato tra le genti per porre

⁷³ Il trattato si presenta come un *pamphlet* che può sembrare caratterizzato da un preciso atteggiamento antigiusprudenziale; però ciò non toglie che il Muratori resti un «asseritore della necessità e dell’utilità dell’interpretazione». Vi si possono individuare due parti. Nella prima, quella sicuramente più ampia, il *corpus* giustiniano viene considerato come una raccolta contenente molte regole di equità, ma tutt’altro che un’opera perfetta per le sue contraddizioni e le sue oscurità; l’attacco era però diretto contro i numerosi interpreti, tra loro continuamente discordi eppure assunti come oracoli per decidere le controversie, e contro i giudici, accusati di rendere le sentenze secondo la borsa o lo *status* degli interessati, secondo i rapporti di amicizia o di conoscenza o anche a caso. Dopo la critica il Muratori formulava una proposta riguardante l’intervento del sovrano, sia nell’apprestare un codice (inteso sempre nel senso che si è detto sopra), sia nel reclutare i giudici, insistendo sulla necessità che questi fossero soprattutto timorati da Dio, in modo tale da agire con coscienza pura. Nella seconda parte, invece, offriva un saggio dei contenuti che, per alcune materie, quali le donazioni, i testamenti e i fedecommissi, avrebbero potuto essere oggetto dell’intervento codificatorio del principe. Per questo vedi I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine* cit., pp. 351-352; inoltre, E. PATTARO, *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, Milano 1974, p. 3 ss.

⁷⁴ Cfr. L.A. MURATORI, *Dei difetti* cit., cap. X: *Se fosse ben fatto ed utile il ridurre tutta la Giurisprudenza al solo studio de i Testi delle Leggi*, p. 75.

⁷⁵ *Ivi*, p. 76; A. MARONGIU, *L’ultimo Duca* cit., p. 1.

⁷⁶ La seconda ed ultima “centuria” dei *Ragguagli* fu infatti composta nel 1613, e quella cui vogliamo riferirci è la penultima (ragg. XCIX).

fine e rimedio al disordine della giustizia» e che ha tratto «la sacrosanta giustizia fuori dalle tenebre di quella confusione nella quale l'hanno sepolta, con gl'infiniti sudori dei loro imbrogliati scritti, i malaccorti giureconsulti»; tanto che la legge viene considerata dallo stesso Autore alla stregua di un «santissimo editto», nel quale scorge una «risoluzione degna di eterna memoria» e ne addita i grandi vantaggi al fine di ridurre l'infinita durata e il costo dei giudizi⁷⁷.

Una fonte ispiratrice di questo provvedimento potrebbe essere ricercata forse nell'opera dell'ultimo cortigiano dei duchi di Urbino e fedele servitore della casa ducale, il giurista e letterato pesarese Ludovico Agostini (1536-1612), il quale, nella sua opera *Repubblica immaginaria*⁷⁸ in cui delineava con tratti ben precisi una figura di Stato ideale, non aveva mancato di rilevare che «le cose dubbiose di ragione (cioè di diritto) sono infinite per l'infinità delle opinioni de' dottori» e di proporre il rimedio a tale dubbiosità o incertezza «con decretare tutte le opinioni che infin qua si sono avute per dubbiose, il tutto riducendo in una sincera e leale verità, sempr'alla più pia e alla più onesta opinione aderendo»; e «per levare affatto l'arbitrio del giudice che in niun modo claudicar potesse sotto pretesto di ambigua disposizione legale», con l'ordinare che «in ogni caso, che così dubbioso avvenisse per la diversità degli accidenti delle cose, ricorrere si dovesse all'oracolo del prencipe, il quale, quando non potesse per somiglianza de' casi decretati

⁷⁷ Cfr. T. BOCCALINI, *De Raguagli di Parnaso*, centuria II, ragg. XCIX, ed. Gio. Battista Bidelli, Milano 1614, pp. 426-427. Appare piuttosto sorprendente il fatto che, il suddetto ragguaglio che conteneva, oltre a tutta una serie di apprezzamenti, anche una chiara esposizione del contenuto del provvedimento legislativo, parafrasato a dovere e in linguaggio «fiorito» (invece di Glossa, ad esempio, utilizza il termine Chiosa) sia sfuggito del tutto al Muratori, che come abbiamo già avuto modo di sottolineare dava della costituzione feltrina un'idea del tutto generica ed imprecisa.

⁷⁸ L. FIRPO (a cura di), *La Repubblica immaginaria di Ludovico Agostini*, Torino 1957. Per la precisione occorre dire che il pesarese Ludovico Agostini, nella sua lunga attività di scrittore, non realizzò mai un'opera dal titolo *Repubblica immaginaria*, ma che detto titolo è stato dato convenzionalmente dal Manicardi prima e poi mantenuto dal Curcio, a quella sezione dei suoi farraginosi dialoghi de *L'Infinito*, nella quale egli espone con dovizia di dettagli le particolari strutture del proprio Stato ideale, menzionandolo più volte per l'appunto con l'espressione «repubblica immaginaria». Vedi pertanto, L. MANICARDI, *La «Repubblica immaginaria» di L. Agostini*, in *La Rassegna* (Genova), vol. XXXIV, 1926, pp. 1-10; C. CURCIO (a cura di), *Utopisti e riformatori sociali del Cinquecento: A.F. Doni, U. Foglietta, F. Patrizi da Cherso, L. Agostini*, Bologna 1941, pp. 145-207; ID., *Utopisti italiani del Cinquecento*, Roma 1944, pp. 119-171. Su Ludovico Agostini vedi *Dizionario Biografico dei giuristi italiani*, Bologna 2013, p. 14.

decidere fosse tenuto con la decisione del caso legislativo [...]»⁷⁹, vale a dire risolvere la questione legislativamente.

È necessario far presente, inoltre, che l'Agostini si era già occupato della questione inviando al papa Clemente VIII (Ippolito Aldobrandini, come lui feltresco e da poco insediato al soglio pontificio) un dettagliato ed organico programma di riforme giudiziarie. Il documento, una lettera datata 14 gennaio 1592, dal titolo "*Ordini e modi per riformare i tribunali di giustizia e per ischivar l'occasione delle liti*", aveva la forma di un progetto di legge distinto in 39 articoli e dettava norme precise per un radicale sfoltimento e per sveltire le procedure giudiziarie. Mirando alla speditezza, l'Autore proponeva che nei casi dubbi, in tema di fatto, si dovesse fare ricorso al responso della sorte; in tema di diritto, invece sarebbe dovuto entrare in gioco un criterio statistico abbastanza singolare, così formulato: «Dove sono per ogni parte le comuni opinioni, si divida per metà; dove per una parte sia la commune e l'altra dottori di maggiore autorità, la divisione si faccia per un terzo, applicando le due parti alla commune e un terzo all'altra; dove le autorità de' dottori siano giudicate indifferenti e in assai differente il numero de' dottori, la divisione si faccia per quarto, dando tre parti alla commune e un quarto all'altra parte»⁸⁰. Dunque, appare evidente come all'Agostini non premesse tanto l'eleganza dell'argomentare giuridico, quanto una sollecita soluzione delle controversie legali⁸¹.

La stessa questione era già stata personalmente dibattuta anche dal duca Francesco Maria II della Rovere, il quale in una sua lettera-circolare, di data probabilmente non di molto successiva a quella della redazione de *L'Infini-*

⁷⁹ L. FIRPO (a cura di), *La repubblica cit.*, p. 58.

⁸⁰ L. FIRPO, *Lo Stato ideale cit.*, p. 191.

⁸¹ A questo proposito, nelle cause lente per more, rinvii e incidenti, prevede che «ogni due mesi tanto i giudici quanto gli avvocati abbiano a patire una riduzione d'un sesto delle loro spettanze, così che in capo ad un anno non solo non percepiranno più mercede veruna, ma saranno tenuti agli interessi delle parti»: ciò vale ovviamente per le contese di diritto, poiché nel caso in cui la disputa sia di fatto, il giudice dovrà fissare un termine rigoroso per la presentazione delle perizie affidate agli «arbitratori, revisori, calcolatori, estimatori e simili». Contro le remore della procedura, non soddisfatto di avere già introdotto l'interesse, l'Agostini arrivava anche ad ipotizzare sanzioni, quando scriveva: «Le cavillazioni, li sotterfugi, le vanità e le moltiplicazioni degli atti siano aborriti, così come eziandio e maggiormente le appellazioni frivole e vane. Che per infami siano avuti coloro che le useranno e siano tenuti li giudici e i loro assessori a ributtarli e a condannare il procuratore, che così calunniosamente e ingiustamente e vanamente procederà, in uno scudo per volta, da pagarsi incontinente, sotto pena della sospensione dell'esercizio, ad arbitrio di esso giudice». *Ivi*, pp. 190-191.

to (1585-1590) da parte dell'Agostini, inviata con la sua consueta accortezza ai sette Vescovi del suo Stato per ascoltare il loro parere, aveva manifestato il desiderio, per abbreviare le liti, di realizzare un decreto «poiché gli altri fatti non giovano a niente» che «non si possa allegare, né sentenziare, se non coi testi soli e con li statuti o decreti», ma si era poi dovuto persuadere che la cosa sarebbe stata ben difficile da tradurre in atto («mi par che vi siano delle difficoltà»)⁸².

Ma nella realtà le esigenze politiche avrebbero imposto, ancora una volta, di ricorrere ad una soluzione di compromesso. Infatti, abbandonati del tutto i due programmi (quello dell'Agostini, di eliminare ogni dubbio risolvendo legislativamente gli innumerevoli punti controversi, e quello dello stesso Duca, di negare ogni possibilità di ricorso alla dottrina giuridica), la costituzione di Francesco Maria II adottava la classica e pur sempre efficace via di mezzo: avrebbe eliminato del tutto l'arbitrio del giudice mediante un ampio e rigoroso elenco di giuristi di rinomata fama; non proprio come, anche se in via subordinata, aveva proposto il giurista pesarese, ma solo in considerazione del valore dell'opera dei singoli giureconsulti⁸³.

Con il provvedimento ducale si introdusse, dunque, come si è mostrato sopra, un elenco tassativo delle fonti disponibili per giudici e avvocati nello svolgimento dei processi civili (il *Corpus iuris civilis*, le opere di Bartolo, Baldo, Paolo di Castro, Giasone del Maino, Alessandro Tartagni, Giovanni da Imola, statuti e decreti dello Stato) e penali (Alberto da Gandino, Angelo Aretino, Egidio Bossi, Giulio Claro), il tutto al conclamato scopo di limitare la stragrande autorità dei giuristi e di far fronte alla straordinaria confusione creata dalla contraddittorietà delle opinioni di questi⁸⁴.

La costituzione urbinata appariva, pertanto, in grado di suscitare una reazione che avrebbe senz'altro garantito la possibilità di raggiungere la certezza univoca delle norme, in due direzioni: da un lato avrebbe estirpato il male alle radici, eliminando ogni possibile motivo di ricorso all'autorità dei dottori, dall'altro, avrebbe comportato l'emanazione di nuove norme giuridiche, per cercare di attenuare i tanti inconvenienti dovuti all'incertezza del diritto.

⁸² *Ivi*, p. 194.

⁸³ Cfr. A. MARONGIU, *L'ultima legge cit.*, pp. 1215-1216.

⁸⁴ Cfr. L. MOSSINI, *Le citazioni dei giuristi*, Milano 1975, p. 33 ss.; A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 249.

4. Le costituzioni piemontesi ovvero un compendio di diritto “patrio” di Vittorio Amedeo II

Già nei primi decenni del Settecento complessità e dispersione, e allo stesso tempo discordanza e “illeggibilità” (anche linguistica), delle fonti giuridiche cominciarono ad essere al centro di un ampio dibattito, che d’altra parte – come abbiamo già sottolineato – non mancava di precedenti. Una prima possibile via da percorrere, per ovviare a questi sempre più gravi inconvenienti, apparve quella, tra l’altro non nuova, delle consolidazioni, in alcune delle quali, certamente di grande rilievo per le ripercussioni che avrebbero avuto nel periodo successivo, può essere colto un ben più marcato accento antidottrinale.

Un primo intervento significativo ebbe luogo nel 1723 nello Stato sabaudo⁸⁵, nel quale come del resto in tutto l’Occidente europeo agli inizi

⁸⁵ Non si trattava certo della prima raccolta organica di legislazione sabauda: sin dal 1430 Amedeo VIII (duca dal 1391) aveva emanato i *Decreta seu Statuta*, nelle cui edizioni a stampa posteriori erano state pubblicate anche le integrazioni dei duchi successivi. Ad essi si erano aggiunti gli *Ordini nuovi* di Emanuele Filiberto, in un libro dei quali il sovrano dettò la disciplina essenziale del processo civile, nell’altro quella del processo penale. Non era certo una regolamentazione molto diversa da quella in atto nello *ius commune*, di cui spesso erano precisati e sintetizzati i meccanismi: era tuttavia più chiara, fatta propria dal principe e in quanto tale autoritariamente imposta a tutti i giudici dello Stato, non più esposta in latino ma in volgare, dettata soprattutto per velocizzare il processo. In Piemonte, inoltre, nel sec. XVII era stata redatta la raccolta privata effettuata dal Borelli, attuata – secondo il modello degli *Ordini nuovi* – con preminente ottica processuale. Sulla forma e lo stile da osservarsi nelle cause civili, vedi *Il libro terzo degli “ordini nuovi” di Emanuele Filiberto*, note e introduzione di C. Pecorella, Torino 1989. Cfr. inoltre, M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi (Leggi e costituzioni di S.M. il Re di Sardegna), 1723-1729-1770*, I, *Storia esterna della compilazione*, Milano-Torino-Roma 1928; F. MICOLO, *Le Regie Costituzioni. Il cauto riformismo di una piccola Corte*, Milano 1984; G. ASTUTI, *Gli ordinamenti giuridici degli stati sabaudi*, in ID., *Tradizione romanistica* cit., p. 623 ss.; I SOFFIETTI, *Le fonti del diritto nella legislazione del Regno di Sardegna nel XVIII secolo*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, vol. LX, 1987, pp. 255-265; A. MATTONE, «*Leggi patrie*» e *consolidazione del diritto nella Sardegna sabauda (XVIII-XIX secolo)*, in I. BIROCCCHI, A. MATTONE (a cura di), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del Convegno internazionale Alghero 4-6 novembre 2004, Roma 2006, pp. 507-538; G.S. PENE VIDARI, *Storia del diritto. Età medievale e moderna*, Torino 2014, p. 213. Sullo Stato sabaudo nel Settecento, tra i più recenti e in generale, vedi G. RICUPERATI, *Lo Stato sabaudo nel Settecento. Dal trionfo delle burocrazie alla crisi d’antico regime*, Torino 2001; W. BARBERIS (a cura di), *I Savoia. I secoli d’oro di una dinastia europea*, Torino 2007. Come fa notare Pene Vidari si tratta di un’ampia raccolta legislativa, che aveva pretese di territorialità ma che – tra eccezioni e riserve – restava timidamente ancorata al diritto comune, di cui riconosceva la superiorità sia ideologica che di principi generali. Cfr. G.S. PENE VIDARI, *Studi sulla codificazione in Piemonte*, Torino 2007, p. 35.

del Settecento, le fonti del diritto si erano incredibilmente moltiplicate⁸⁶, al punto che la legislazione vigente, a causa della sua vastità, era diventata di difficile per non dire impossibile controllo. Editti principeschi, statuti di terre e città, decisioni delle supreme magistrature, diritto comune e diritto della Chiesa costituivano le fonti del diritto in questi Stati; fonti che formavano una congerie di leggi con le quali si dettavano norme disparate, spesso incoerenti ed incongruenti, che si erano accumulate nei secoli in un insieme disordinato e contraddittorio, che determinava uno stato di perenne incertezza del diritto e di disagio della giustizia⁸⁷, che il nuovo re di Sardegna Vittorio Amedeo II (tale solo dal 1718) considerava preoccupante e giudicava suo compito risolvere. Da questo stato di cose, infatti, derivavano notevoli ed incresciosi disagi per la pratica e a pagarne un prezzo troppo elevato era soprattutto l'amministrazione della giustizia, il cui funzionamento era entrato nelle prospettive e nelle prerogative del principe, diventando così uno fra i primari compiti statali. Sin dall'inizio il Sovrano volle raccogliere essenzialmente la legislazione dei suoi predecessori, curandosi ben poco dei suoi rapporti con il cosiddetto *ius commune*. Ad attirare la sua attenzione, per la necessità di mettervi ordine, era la normativa principesca in quanto effettivamente la più usata: lo *ius commune* quale fonte sussidiaria non lo preoccupò affatto, né per le problematiche relative ad eventuali rapporti (che poi erano ormai sempre di subordinazione), né per l'esigenza di precisazioni. Tutto l'annoso iter di redazione delle *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà* – sostiene Pene Vidari – indica che il re non aveva alcun dubbio sulla sua potestà normativa assoluta verso lo *ius commune*: se remore esistettero – sia pure parziali e poi superate – furono verso la legislazione dei suoi predecessori o la normativa privilegiata di alcune terre sabaude⁸⁸. Il proble-

⁸⁶ Negli Stati sabaudi, due secoli prima di questo provvedimento, il giurista, Nevizzano d'Asti (professore a Torino) aveva proposto al Duca di Savoia una radicale semplificazione del diritto vigente, ovvero un volume che raccogliesse le diverse interpretazioni, integrazioni e deroghe che la compilazione giustiniana aveva subito ad opera della dottrina. Il sovrano doveva costituire una commissione di dieci giuristi che in quattro anni dovevano riuscire a portare a termine questa operazione. La proposta, però, non ebbe alcun esito. Vedi, E. GENTA, *Appunti di diritto* cit., p. 110.

⁸⁷ Cfr. M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative in Italia dall'antico regime al fascismo*, Torino 2007, p. 15. Solo a mo' di esempio possiamo aggiungere che ai tempi di Vittorio Amedeo II erano "virtualmente" in vigore tutte le leggi dettate dai principi sabaudi a partire da Amedeo VIII. E quelle leggi non erano davvero poche. Un elenco degli editti sabaudi emanati prima e dopo Amedeo VIII, si trova in M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi* cit., p. 23 ss.

⁸⁸ G.S. PENE VIDARI, "Osservazioni su diritto sabaudo e diritto comune", in *Rivista di Storia del diritto italiano*, vol. LII, 1979, p. 123.

ma dei rapporti tra le norme comprese nelle raccolte (1723-1729-1770) e quelle appartenenti al passato venne risolto con l'affermazione del principio che le disposizioni precedenti, non comprese nelle raccolte, ovviamente per le materie trattate in esse, non restavano in vigore. Le norme del passato, confluite nelle raccolte, dovevano essere poi interpretate secondo la loro collocazione nuova, nell'ambito delle nuove disposizioni, senza alcuna possibilità di invocare motivi di diversità dipendenti dal passato⁸⁹.

La prospettiva di una possibile semplificazione, di un accertamento e allo stesso tempo di un riammodernamento della tanto confusa e altrettanto abbondante legislazione vigente nei territori sabaudi si veniva ad inserire, quindi, in un programma più generale di riforme voluto dallo stesso sovrano⁹⁰ che, partito con il solo intento di riformare esclusivamente la materia processuale finiva con il ritoccare un po' tutto, o per meglio dire pur avendo iniziato con l'intenzione di realizzare una semplice raccolta delle leggi dei suoi predecessori, finiva con una composizione integralmente nuova del testo⁹¹.

Questa opera, in realtà, non era una vera e propria codificazione, in quanto non rispecchiava completamente il punto di vista di Platzaert, segretario particolare del sovrano, che aveva consigliato di eliminare del tutto la normativa precedente e sostituirla con un corpo organico di leggi nuove⁹²,

⁸⁹ Vedi, I. SOFFIETTI, *Le fonti del diritto* cit., p. 263.

⁹⁰ Molto viva era la concreta esigenza di una maggiore certezza giuridica, ostacolata dal disordine e dall'oscurità delle fonti legislative accresciuti dalla farragine delle dottrine degli interpreti. Nel proporsi questa esigenza fondamentale, Vittorio Amedeo II rivelava una spiccata sensibilità verso il problema, quando nel *Proemio* della Costituzione del 1723, dichiarava di aver voluto ridurre le leggi in vigore «in un limpido e breve compendio», allo scopo di stabilire «una legge facile e chiara», e rendere «la spedizione degli affari più pronta». Cfr. G. ASTUTI, *Gli ordinamenti giuridici* cit., p. 665; ID., *Legislazione e riforme* cit., p. 612.

⁹¹ Cfr. M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi* cit., con la sua ampia trattazione che rimane basilare e di straordinaria importanza per la ricostruzione e la valutazione della raccolta di Vittorio Amedeo II. Inoltre, G.S. PENE VIDARI, *Legislazione e giurisprudenza nel diritto sabauda*, in I. BIROCCHI, A. MATTONE (a cura di), *Il diritto patrio* cit., p. 207. Già nel 1713 il sovrano aveva conferito l'incarico a Giovanni Cristoforo Zoppi, professore di diritto civile all'Ateneo pavese, di «riunire in un sol corpo tutti gli editti sabaudi», e l'operazione che si protrasse per dieci anni, con l'intervento, come ci è noto, di giuristi stranieri e l'audizione del parere delle principali magistrature del Regno, si discostò parecchio, strada facendo, dalle modeste intenzioni originarie. Vedi, C. Pecorella, *Lezioni di storia* cit., p. 161.

⁹² Attraverso le ripetute letture del testo, Andrea Tomaso Platzaert aveva avuto modo di sottolineare le non lievi modifiche che dovevano essere apportate alle Costituzioni e segnalando al Sovrano i numerosi difetti, propose in un lungo manoscritto il mutamento radicale negli indirizzi direttivi della compilazione, che avrebbe dovuto rimediare appunto a tutti i difetti lamentati. Cfr. M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi* cit., p. 124. Su Andrea Tomaso

né accoglieva le istanze illuminate della più avanzata scienza giuridica europea dell'epoca. Le costituzioni di Vittorio Amedeo II sono, in effetti, secondo gli studiosi, una consolidazione, o, per essere più precisi, una raccolta non unitaria di disposizioni eterogenee emanate in tempi diversi, ispirata da una forte volontà di accentramento sul modello delle ordinanze francesi del Colbert. Esse non superano l'impostazione dell'età del diritto comune, in quanto ammettono il ricorso sussidiario al diritto romano e non unificano il diritto dello Stato, lasciando sussistere in molti casi non solo leggi, ma anche usi locali, e mi riferisco in particolare alla Sardegna, al Piemonte, alla Valsesia e alla Valle d'Aosta⁹³.

Le Costituzioni, tuttavia, non erano una legge generale. Da un canto – sostiene Astuti – esse costituivano eccezione e deroga al sistema generale del diritto romano comune, che rimaneva base fondamentale dell'ordinamento dei rapporti privati; dall'altro esse non abrogavano interamente i diritti particolari fino allora in vigore, nelle materie su cui non dettavano norme. La raccolta, insomma, si sostituiva come testo organico e ordinato alla congerie della legislazione ducale accumulatasi nel corso dei secoli, e dettava inoltre molte norme di carattere generale, abrogando nelle materie regolate il diritto romano e i diritti locali, ma non diventava l'unica ed esclusiva fonte del diritto vigente, quantunque assumesse un'importanza di gran lunga maggiore rispetto a quella dell'antica legislazione ducale, e costituisse un passo veramente decisivo verso l'unificazione del diritto negli Stati sabaudi⁹⁴.

Tornando a quella che era la problematica di cui ci siamo occupati poco più sopra, ovvero la frammentarietà della normativa, va detto che era diventato sempre più necessario porre rimedio agli inconvenienti, che ne derivavano e che avevano raggiunto ormai una preoccupante gravità. Ecco allora che Vittorio Amedeo II, cui, appunto, spetta il merito di aver compreso la serietà e l'impellenza del problema, e che per un decennio (1713-1723) aveva seguito la redazione di una nuova compilazione del diritto sabauda che

Platzaert, si rinvia a G. RICUPERATI, *op. cit.*, p. 30; P.V. FORMICHI, *Sudditi adottivi. I naturalizzati del Regno di Sardegna 1719-1801*, Torino 2014, pp. 82-83.

⁹³ Per ulteriori approfondimenti, vedi M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti cit.*, pp. 15-16; G. ASTUTI, *Gli ordinamenti giuridici cit.*, pp. 662-663.

⁹⁴ Cfr. G. ASTUTI, *Legislazione e riforme cit.*, p. 609; I. SOFFIETTI, C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati sabaudi: fonti ed istituzioni (secoli XV-XIX)*, Torino 2008, pp. 60-65; nonché, ID., *Les sources du droit dans la législation du Royaume de Sardaigne au XVIII siècle*, in *L'Unité des principaux États cit.*, pp. 248-255; E. MONGIANO, *L'ordinamento giudiziario degli stati sabaudi nel XVIII secolo*, in *Recherches Alpes – Maritimes et Contrées limitrophes régionales*, vol. CXCVI, 2010, p. 11.

semplificasse le norme e velocizzasse la giustizia, pubblica le sue leggi e costituzioni⁹⁵, in cui sancisce altresì – sentito il parere di tre illustri giureconsulti della Scuola giuridica olandese di Leida, Antonio Giovanni Schulting, Gerardo Van Noodt, Philipp Vittrarius⁹⁶, ai quali aveva chiesto (assieme ad

⁹⁵ *Leggi e Costituzioni di S.M. da osservarsi nelle materie civili, e criminali ne' Stati della M.S., tanto di qua, che di là da' monti, e colli*, Torino 1723, note comunemente come *Regie Costituzioni* (RR.CC.), edite in lingua italiana (per i territori piemontesi e nizzardi) e in lingua francese (per la Savoia). È possibile leggerne il testo in ristampa anastatica, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Costituzioni sabaude, 1723*, con introduzione di G.S. PENE VIDARI, *Giudici e processo nelle raccolte legislative sabaude settecentesche*, pp. VII-XL, in “TDSP”, II^a Sezione: *Codici degli stati preunitari italiani*, vol. I, Milano 2002, pp. 5-258, e in M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi* cit., p. 364 ss. Si tratta del primo intervento legislativo in Italia in quel secolo, che, paradossalmente, non fu però, esteso ai territori sardi in virtù degli accordi internazionali, accettati dallo stesso Vittorio Amedeo II, l'8 agosto 1720, con i quali entrando in possesso dell'Isola il re si impegnava a mantenere «*leges, privilegia et statuta Regni praedicti eodem modo et forma quibus observabantur et reperiebantur in usu tempore dominationis Suae Maiestatis Caesareae*». Il che significava di fatto il riferimento alla situazione della legislazione e del diritto in Sardegna al tempo della sovranità spagnola. Per i punti dei trattati e del giuramento con cui il rappresentante del Re prese possesso del governo dell'Isola, vedi I. BIROCCHI, *La carta autonomistica della Sardegna tra antico e moderno. Le “leggi fondamentali” nel triennio rivoluzionario (1793-96)*, Appendice II, Torino 1992, pp. 244-245; e in generale, cfr. E. MONGIANO, “*Universae Europae securitas*”. *I trattati di cessione della Sardegna a Vittorio Amedeo II di Savoia*, nota introduttiva di I. Soffietti, Torino 1995, pp. 128-130; sull'argomento vedi inoltre, A. MATTONI, *La cessione del Regno di Sardegna dal trattato di Utrecht alla presa di possesso sabauda (1713-1720)*, in *Rivista storica italiana*, vol. CIV, 1992, pp. 5-89; A. GIRGENTI, *Vittorio Amedeo II e la cessione della Sardegna: trattative diplomatiche e scelte politiche*, in *Studi Storici*, vol. XXXV, 1994, pp. 677-704. Cfr. C. Pecorella, *Lezioni di storia* cit., p. 164; M. ASCHERI, *Costituzioni e codici con un cenno al Sei-Settecento*, in ID. (a cura di), *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, Torino 2008, p. 9. Va ricordato, inoltre, che il termine “costituzioni” che compare nel titolo della raccolta riprendeva una denominazione antica per la fonte normativa del principe con carattere generale, ma non alludeva affatto ad una posizione formalmente sovraordinata rispetto al testo della legislazione sovrana. Cfr. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., p. 342.

⁹⁶ Il quesito in esame, ossia l'ottavo tra quelli sottoposti ai dottori di Leida, che il re Vittorio Amedeo II, inviava chiedendo se, per ovviare alla confusione derivata dalla quantità eccessiva degli autori e ai danni da ciò causati allo Stato e al pubblico, era così formulato: «*[...] il seroit utile, ou non, de limiter le nombre des docteurs, que l'on pourroit citer, et fixer ce nombre a certains auteurs, que l'on designeroit*». Il parere dei tre giuristi, datato 1 dicembre 1717, fu il seguente: «*[...] lites quidem minui utile esse procul omni dubio: adeoque et illa tolli, quae illarum cursum aut executionem remorantur: verum scrupulus ille remanet, nostra quidem sententia, quo modo litigantibus vel illorum patronis illa possint interdici, quae ad victoriam causae credunt pertinere. Auctorum quoque numerum definire periculosum est, cum sic in illis qui essent intra numerum, aliquid saepe non inveniretur decisum, quod apud alios reperitur definitum. Quoniam tamen probationes causarum pertinent ad persuadendum iudicem, qui nimiam testium copiam, ad justum, numerum restringere potest [...] illius officio posset committi, ut si quando aliquis scripturas allegationibus notorie*

altri quesiti) se fosse opportuno intervenire nella pratica forense sabauda con un provvedimento limitativo delle citazioni – notevoli, anche se non del tutto chiare, limitazioni alla facoltà degli avvocati di addurre allegazioni di dottori e alla facoltà dei giudici di avvalersi di queste.

Nell'edizione del 1723, delle Regie Costituzioni, due sono le norme dedicate al problema, entrambe inserite nel libro terzo, e di cui è opportuno riportare i testi, cercando di cogliere qualche aspetto problematico.

RR.CC. (1723) – Lib. III, tit. XXVII, § 14: Non potranno gli Avvocati usar nelle loro Allegazioni o Dispute, altra forma, che quella, che si troverà prescritta ai Giudici, per istabilire i fondamenti delle lor'opinioni nel titolo delle sentenze, né gli sarà lecito reiterar la citazione di quei Dottori, che fossero indicati da quelli, che saranno principalmente citati⁹⁷.

RR.CC. (1723) – Lib. III, tit. XXIX, § 2: Non dovranno i medesimi [Magistrati] aver riguardo ne' fondamenti delle loro sentenze, che in primo luogo alle Leggi, e Costituzioni Nostre; secondo agli Statuti Locali, ne' casi, che siano compatibili con esse, e purché essi si trovino in osservanza, et abbiano riportata l'approvazione de' Nostri Predecessori o Nostra; terzo al Testo Legge comune, quando dall'una, o dagli altri non è provvisto, proibendo loro di poter deferir a quegli'Autori, di qualunque sorta si sieno, che non fondano le lor'opinioni nella Ragion Naturale, o nelle Genti, o nella Disposizione della Legge Comune, o nelle Decisioni de' Tribunali degli Stati Nostri, le quali non si trovano repugnanti a quanto sopra⁹⁸.

supervacuis onerasset magis, quam juvisset, illae rejicerentur: atque ita advocati adsuefient in rebus saltem claris et apertis non abuti allegationibus». In sostanza essi respingevano ogni limitazione legislativa al richiamo agli insegnamenti dottrinali. Entrambi i testi riportati sono stati ripresi da Mario Viora che ha curato la pubblicazione di tutte le risposte dei tre professori olandesi agli otto quesiti che erano stati loro formulati. Cfr. M. VIORA, *Un parere inedito dello Schulting, del Van Noodt e del Vittrarius*, in *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, 1927, p. 451 e pp. 481-482.

⁹⁷ RR.CC. (1723), Lib. III, tit. XXVII, § 14, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Costituzioni sabaude* cit., p. 104; M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi* cit., p. 365.

⁹⁸ RR.CC. (1723), Lib. III, tit. XXIX, § 2, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Costituzioni sabaude* cit., p. 109; M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi* cit., p. 365. Il Tarello ha definito le costituzioni di Vittorio Amedeo II, «una delle più progredite realizzazioni nel campo della razionalizzazione delle fonti del diritto, sia sotto il profilo tecnico, sia sotto il profilo politico». G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 202. Sul rilievo di questo passo, in connessione con gli altri delle “Leggi e Costituzioni di Sua Maestà”, cfr. G.S. PENE VIDARI, “*Osservazioni su diritto*” cit., pp. 123-124; I SOFFIETTI, *Le fonti del diritto* cit., pp. 257-259; I. SOFFIETTI, C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati* cit., p. 58 ss.; G.S. PENE VIDARI, *Introduzione: Giudici e processo* cit., pp. XX-XXIII.

Come è evidente la norma del 1723, su riportata, pone il divieto di fare riferimento, nelle sentenze, alle opinioni di quei “dottori” – che per secoli hanno fatto vivere e progredire il sistema, ma che ormai sono accusati di averne causato l’oscurità e la lentezza –, e che non si fondano sulla ragione naturale o delle genti, sulla legge comune o sulle decisioni dei magistrati sabaudi⁹⁹, sempreché non siano in contrasto con le fonti del diritto, vale a dire le leggi e costituzioni del re, gli statuti locali e il testo della legge comune¹⁰⁰.

Il diritto comune, pertanto veniva ad acquistare una funzione sussidiaria, mentre in primo piano nella gerarchia delle fonti troviamo la legge regia, dal momento che gli statuti avevano notevolmente ridotto la loro applicazione¹⁰¹, soggetta alla duplice condizione dell’approvazione sovrana e della dimostrazione che fossero in uso; inoltre, essi non trovavano applicazione in materia penale¹⁰².

Le “decisioni” dei tribunali, infine, sono le sentenze motivate, che però non danno ancora vita alla figura del “precedente” nel senso proprio del termine, ovvero non possono considerarsi, a rigor di logica, come fonti: in altre parole, il giudice può basare le proprie sentenze sugli argomenti di carattere giuridico trattati nelle decisioni, attraverso la mediazione degli autori che le citano nelle loro opere, o mediante le loro raccolte. Questo rappresenta, nella pratica, un riconoscimento di prim’ordine concesso dal sovrano, come conseguenza della considerazione acquisita dalle decisioni

⁹⁹ Per le osservazioni in proposito, cfr. I. SOFFIETTI, C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati* cit., p. 60 ss.; F. MICOLO, *Le Regie Costituzioni* cit., p. 105.

¹⁰⁰ «D’ora in poi non si discute certo più il corollario secondo cui la legislazione sabauda è il diritto “comune” a tutto lo stato. Il tradizionale *ius commune* si affianca in sostanza alla normativa principesca per disciplinare quegli argomenti, quelle materie o quegli aspetti che questa non tocca. Si può dire ormai che una certa impostazione dei rapporti fra legislazione sabauda e diritto comune si sia capovolta in modo irreversibile, frutto delle vicende storiche e politiche, nonché dell’evoluzione della dottrina giuridica e dei suoi concetti ispiratori in tema di fonti del diritto»: così G.S. PENE VIDARI, “*Osservazioni su diritto*” cit., pp. 113-125. Per quanto concerne il testo della legge comune, è previsto che esso si applichi nei casi in cui i due precedenti tipi di fonte non dispongono nulla: si tratta quindi di una integrazione in via sussidiaria, la quale, però, consente di valutare la distanza di un sistema come questo, che ammette la “eterointegrabilità” della legge del sovrano con il diritto comune, rispetto all’idea di codice che si affermerà con la rivoluzione francese. Cfr. I. SOFFIETTI, C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati* cit., p. 61. Su questi concetti, cfr. A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 256 e p. 281. In generale, sul sistema delle fonti del diritto in età moderna, vedi A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto* cit., pp. 376-392.

¹⁰¹ I SOFFIETTI, *Le fonti del diritto* cit., pp. 260-261.

¹⁰² G.S. PENE VIDARI, *Introduzione: Giudici e processo* cit., p. XXII; G. CASSANDRO, *La crisi* cit., p. 160.

di supremi tribunali e dalle raccolte di queste, compilate dai più noti giureconsulti sabaudi.

Ovviamente, la norma aveva anche un risvolto positivo, in quanto consentiva ai giudici di basarsi, per le loro pronunce, sulle opere di quegli autori che rispondevano ai requisiti prescritti. Nello specifico, per quanto concerne la «ragion naturale» (nel testo francese: «*droit naturel*»), sembra che questo concetto volesse indicare un possibile riferimento al diritto pubblico, forse anche al diritto internazionale, secondo la Scuola del diritto naturale¹⁰³.

Ma la norma varata ebbe vita breve. Infatti, il periodo che seguì la promulgazione delle Regie Costituzioni non fu scevro da problemi legati soprattutto alla novità dello strumento che i magistrati dovevano imparare ad usare. Lo stesso Vittorio Amedeo II si preoccupò di far compiere un'inchiesta intorno all'applicazione delle norme della compilazione nei Supremi Tribunali. La relazione rilevò come in molte occasioni le obiettive difficoltà di interpretazione avessero portato i magistrati a contravvenire alle disposizioni del nuovo testo legislativo. Di qui su indicazione del sovrano già nei primi mesi del 1724 i Senati indirizzarono a Vittorio Amedeo II richieste di chiarimenti intorno ad alcuni passi oppure istruzioni per alcuni casi realmente bisognosi di ulteriori interventi legislativi. Ed è da queste richieste e dalle memorie che le accompagnarono che inizierà il cammino che condurrà alla successiva edizione del 1729¹⁰⁴. Lo stesso sovrano che rivelava una chiara sensibilità al problema del suo tempo, nel riproporsi questa esigenza fondamentale, volle spingersi oltre e con quello che può essere considerato uno tra i primi tentativi di scardinare dalla vita giuridica quel sistema di diritto comune, aperto alle tantissime interpretazioni proposte dalla dottrina, introdusse, innanzitutto, nell'edizione successiva delle Costituzioni piemontesi (1729)¹⁰⁵, tra le fonti del diritto, prima del

¹⁰³ Non è agevole intendere in che cosa si sostanzi l'espressione di «ragion naturale» che sembrerebbe richiamare «un diritto interno all'uomo, piuttosto che una qualche forma di diritto divino». Cfr. I. SOFFIETTI, *Problemi relativi alle fonti del diritto negli Stati sabaudi (sec. XV-XIX)*, appunti delle lezioni a cura di C. Montanari, Torino 1982, p. 46; I. SOFFIETTI, C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati* cit., p. 61; F. MICOLO, *Le Regie Costituzioni* cit., p. 105.

¹⁰⁴ Cfr. M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi* cit., pp. 186-206; F. MICOLO, *Le Regie Costituzioni* cit., pp. 107-108.

¹⁰⁵ Nel disporre la revisione del 1729 Vittorio Amedeo II, ordinava testualmente: «Che le disposizioni le quali si compileranno debbano essere precise, assolute, in modo precettivo, e che non s'involino sotto quelle riserve che per lo più rovinano la sostanza della legge. — Che si tolga tutto ciò che si stima superfluo, o che non merita di essere posto in una legge,

«testo della legge comune», le «decisioni de' Nostri Magistrati», vale a dire quelle sentenze motivate dei giudici sabaudi (soprattutto dei Senati), dette "decisioni"¹⁰⁶, che con i principi di diritto in esse elaborate venivano a fungere da "precedente" per altri casi e di conseguenza ad anteporsi allo stesso *ius commune*¹⁰⁷. Esse venivano, in ordine gerarchico, dopo le Costituzioni, gli statuti, ma prima del diritto comune. Così, secondo il Gorla – «scartata la *interpretatio* dei dottori, a quella dei Tribunali supremi viene attribuito il valore di *interpretatio necessaria*»¹⁰⁸.

L'inserimento delle "decisioni" nella gerarchia delle fonti non tendeva ad altro se non a formare, – attraverso il principio "del precedente" – un "diritto patrio" più consistente, in modo da ricorrere sempre meno ad un qualcosa che trascendesse l'ordinamento statale, nel caso in cui venisse a mancare la legge regia: si tratta, come sostiene Pene Vidari, in ultima analisi, di un rafforzamento del diritto interno dello stato assoluto e non di un suo indebolimento dovuto all'esistenza di una pluralità di centri di potere¹⁰⁹.

o che si può supplire con istruzioni particolari, e si lascino solamente quelle disposizioni le quali, secondo l'umana provvidenza, pareranno non poter essere soggette ad ulteriore variazione. – Che si tolgano tutte le ripetizioni e le contrarietà, e che si abbia tutta l'attenzione acciò non si cada in alcuna di esse. – [...] e si osservi un ordine chiaro e regolato. – Che in ogni parte si tolga quanto più è possibile l'arbitrio ai giudici, tanto nella materia civile che criminale. – [...]. Che ne' casi ne' quali si possono più disposizioni ridurre in una sola ciò si eseguisca ad effetto che si ottenga quella brevità maggiore che sarà possibile. – Che si tolga generalmente dalla costituzione tutto ciò che può dare agli avvocati e procuratori qualche appiglio per far litigare maggiormente i clienti. – Finalmente che si abbia sempre in mira la giustizia e l'equità, dalla quale non debbono mai andar disgiunte le leggi». Vedi, *Della legislazione civile. Discorsi del conte Federigo Sclopis*, disc. III: *De' progressi delle legislazioni europee dopo il Risorgimento delle civiltà e delle scienze*, in *Memorie della Reale Accademia delle scienze di Torino*, t. XXXVIII, Stamperia Reale, Torino 1835, p. 353.

¹⁰⁶ Sulle "decisioni", cfr. E. GENTA, *Senato e Senatori di Piemonte nel secolo XVIII*, Torino 1983, p. 37 e pp. 46-51; I. SOFFIETTI, C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati cit.*, pp. 60-61; P. CASANA TESTORE, *Un esempio di corte suprema nell'età del diritto comune. Il Senato di Piemonte nei primi decenni di attività*, Torino 1995, pp. 31-34 e pp. 49-54. Questa particolare fonte del diritto, con il tempo, si era aggiunta alle altre, perché, in mezzo alle difficoltà portate dalla confusione legislativa, si era sperato di trovare in essa norme chiare, facilmente ritrovabili ed adeguate alla necessità della vita: sicché quella che di per sé è solamente autorità dottrinale era diventata autorità di legge. E si volle anche giustificarla facendo appello ai testi del diritto romano (D. 1.3.38). Vedi M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi cit.*, p. 25.

¹⁰⁷ E. GENTA, *Senato e Senatori cit.*, p. 37 e pp. 48-49; I. SOFFIETTI, *Le fonti del diritto cit.*, p. 259; P. CASANA TESTORE, *Un esempio di corte cit.*, pp. 50-54; E. MONGIANO, *Il Senato di Piemonte nell'ultimo trentennio dell'antico regime (1770-1798)*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, vol. LXIII, 1990, pp. 156-158.

¹⁰⁸ G. GORLA, *I precedenti storici cit.*, p. 455.

¹⁰⁹ Sempre secondo il Pene Vidari, ciò si può constatare con un esame, anche somma-

Nell'intento del legislatore le decisioni dei magistrati, vincolate nell'applicazione delle costituzioni regie, costituivano una fonte in quanto puramente funzionali all'applicazione del diritto romano, che di per sé consisteva in un sistema di norme aperto alla ricerca e al ritrovamento da parte del giudice¹¹⁰. In sostanza, dunque, la forza vincolante attribuita alle decisioni dei tribunali può essere ricondotta ad un orientamento teso a rendere effettiva la considerazione del diritto romano come fonte del diritto. Va ribadito, infatti, che la norma in esame considerava fonte del diritto il «testo della legge comune» – cioè il puro testo delle leggi romane che ne erano alla base, in quanto, secondo Birocchi, non esiste un “testo” del diritto comune – e faceva riferimento a principi e disposizioni direttamente desumibili dal *corpus iuris* giustiniano, escludendo formalmente il ricorso a quel diritto giurisprudenziale, fatto di interpretazioni e di trattazioni di celebri giureconsulti, di *communes opiniones* rilevabili in seno a queste autorità del diritto, che costituivano, come già si è detto, l'elemento fondamentale e tradizionale del diritto comune¹¹¹.

Di seguito il sovrano procedette, su un altro importante punto, con una norma palesemente contraria al parere dei dottori di Leida, vietando perentoriamente:

RR.CC. 1729 – Lib. III, tit. XXII, § 9, in fine: agli avvocati di citare nelle loro Allegazioni veruno de' Dottori nelle Materie Legali, ed a' Giudici, tanto

rio, delle opere del Richeri: infatti, nella *Universa civilis et criminalis Jurisprudentia* (ed. ex Typographia regia, Taurini 1774), l'Autore riduce al minimo il riferimento ai “dottori” privilegiando o la citazione diretta delle fonti o il riferimento a decisioni e “decisionisti” sabaudi, dimostrando con ciò di tener conto della pratica giuridica sabauda, anche se l'opera aspira ad una diffusione maggiore; nel *Codex rerum in Pedemontanu Senatu* (ed. ex Typographia regia, Augusta Taurinorum 1783), dedicato invece alla sola pratica del Regno, egli si limita strettamente a fonti e decisioni o decisionisti. Cfr. G.S. PENE VIDARI, *Introduzione: Giudici e processo* cit., p. XXIII. Per un inquadramento della problematica, G. VALLA, *Un giurista dell'ultimo diritto comune. Ricerche su Tommaso Maurizio Richeri (1733-1797)*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, vol. LV, 1982, pp. 117-182.

¹¹⁰ Così I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., p. 341.

¹¹¹ Puntualissimi in questo senso, G. CASSANDRO, *Le crisi* cit., p. 160; G. COZZI, *Fortuna o sfortuna del diritto veneto nel Settecento*, in Id., *Repubblica di Venezia e Stati italiani: politica e giustizia dal secolo 16. al secolo 18.*, Torino 1982, p. 347. Di opposto avviso invece Soffietti e Montanari che sostengono una «eterointegrabilità della legge del sovrano con il diritto comune» e puntualizzano che la disposizione in esame fa riferimento «sia al testo del diritto romano, cioè al “*Corpus iuris civilis*”, sia alle opere dei giuristi di diritto comune, costituenti la “*communis opinio*”, ai cui pareri, nella prassi giurisprudenziale, si riconosceva valore di “precedente”». I. SOFFIETTI, *Problemi relativi* cit., p. 59; cfr. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., p. 341.

Supremi, che Inferiori di deferire all'opinione di essi, sotto pena, tanto contro detti Giudici, che Avvocati, della sospensione da' loro Uffizj, fin'a che ne abbiano da Noi riportata la Grazia ¹¹².

In questa nuova formulazione, la norma si commenta da sé o per meglio dire non offre alcuna occasione di interpretazione: è vietato citare le opinioni dei giuristi su materie che trovino riscontro in norme della compilazione; gli avvocati e i giudici sono così obbligati a richiamare solo le disposizioni normative, anche se – come già aveva notato il Muratori – nessuno poteva vietare che i dottori venissero letti e tenuti presenti nello stendere le memorie e le sentenze ¹¹³. Significativo è, dunque, in questo senso il pensiero del Muratori che, pur dichiarandosi grande estimatore della raccolta normativa sabauda, e pur concordando che sarebbe stato salutare «fare un falò» con buona parte delle opere dei giuristi, riteneva di non poter condividere una norma che, sia pure apprezzabile nell'intento, rischiava di continuare a consentire a giudici ed avvocati di utilizzare il *mare magnum* della dottrina e della giurisprudenza per articolare le loro allegazioni ed emettere le loro sentenze, senza essere più vincolati, proprio in virtù del divieto posto nelle costituzioni, ad esplicitare le fonti dottrinali o giurisprudenziali da loro utilizzate. Da un comportamento simile ne sarebbe scaturito certamente un male maggiore: dalla tirannide dottrinale dei giuristi si sarebbe passati ad un integrale arbitrio giudiziale ¹¹⁴.

La certezza del diritto passa però anche attraverso una giustizia più sicura, prevedibile, autorevole: di qui un'ulteriore importante innovazione,

¹¹² *Leggi e costituzioni di Sua Maestà* (1729), t. I, Gio. Battista Chais stampatore di S.S.R.M., Torino 1729, pp. 382-383; M. VIOLA, *Le costituzioni piemontesi* cit., p. 366. In proposito, cfr. I. SOFFIETTI, *Le fonti del diritto* cit., pp. 259-260; G.S. PENE VIDARI, *Introduzione: Giudici e processo* cit., pp. XXIV-XXVI; Id., *Nota su diritto romano e "Regie Costituzioni" sabaude*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, vol. VI, Napoli 2001, pp. 189-192. Troveremo questa proibizione per i giudici ancora esistente più tardi, nel Regolamento del 1854 per l'esecuzione del codice di procedura civile per gli Stati di S. M. il re di Sardegna e nel Regolamento del 1859 per l'esecuzione del codice di procedura degli Stati Sardi. Cfr. G. ERMINI, *Corso di diritto* cit., p. 114.

¹¹³ M. ASCHERI, *Costituzioni e codici* cit., p. 10.

¹¹⁴ Cfr. L.A. MURATORI, *Dei difetti* cit., p. 75. Inoltre, G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 219; A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 313; U. PETRONIO, *Una critica arcadica di Ludovico Antonio Muratori ai difetti della giurisprudenza*, in G. ALPA (con il coordinamento di), *I difetti della giurisprudenza* cit., p. 66; M.G. DI RENZO VILLATA, *Ludovico Antonio Muratori* cit., pp. 94-95; C.E. TAVILLA, *L'influenza di Ludovico Antonio Muratori sul diritto e sulla cultura giuridica estensi*, in G. ALPA (con il coordinamento di), *I difetti della giurisprudenza* cit., p. 140.

che sarà contenuta nella successiva edizione delle costituzioni, ovvero nella stesura del 1770, che nonostante, appunto, qualche cambiamento rispetto alle precedenti, apparirà nel complesso – come ci riferisce il Tarello – «stanca ripetizione, arretrata rispetto alle codificazioni di altri Stati e rispetto alle idee, circolanti ormai, dell'illuminismo giuridico»¹¹⁵.

Se, dunque, in realtà, nella prima metà del Settecento, il *corpus* normativo di Vittorio Amedeo II poteva considerarsi all'avanguardia nel cammino intrapreso verso il tanto faticoso superamento del sistema di diritto comune sia per motivi di fondo¹¹⁶, sia con particolare riguardo alla procedura civile (nel libro terzo), per avere introdotto il «divieto delle citazioni», o per meglio dire la proibizione, sanzionata, come abbiamo già avuto modo di accennare, con la «sospensione da' loro uffizi», per gli avvocati di allegare nei loro scritti difensivi le *opiniones* dottrinali e per i giudici di fondare su di esse le loro decisioni, assunta a tale rango per ostacolare le manipolazioni forensi che avrebbero reso più oscure le controversie e rallentato il corso dei giudizi¹¹⁷, altrettanto non poteva dirsi della riformulazione proposta dal figlio Carlo Emanuele III.

Nella redazione delle Regie Costituzioni del 1770, infatti, è vero che il nuovo sovrano accentuava la chiarezza espositiva e rafforzava in chiave assolutistica le disposizioni paterne, ponendo a carico dei giudici obblighi

¹¹⁵ G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 202. Oltre al testo di Tarello appena citato, della vasta bibliografia sull'illuminismo giuridico si vedano soprattutto G. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965; P. COMANDUCCI, *L'illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici*, Bologna 1978; A. CAVANNA, *op. cit.*; R. BONINI, *Giustiniano nella storia: il mito e la critica nel settecento illuminista*, Torino 1991; M.R. DI SIMONE, *Diritto*, in V. FERRONE, D. ROCHE (a cura di), *L'illuminismo. Dizionario storico*, Roma Bari 1997, pp. 137-146; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., pp. 393-537; U. PETRONIO, *La lotta* cit., pp. 285-343.

¹¹⁶ Intendo riferirmi alla riscrittura in modo organico e ordinato della legislazione dei Savoia, da Amedeo VIII in poi, nell'ambito di una struttura ben articolata; all'affermazione del primato delle norme regie sulla legislazione statutaria e sul diritto comune a cui veniva attribuito il ruolo di diritto sussidiario; al divieto di interpretazione della normativa regia riservata solo al sovrano.

¹¹⁷ Va ricordato come sull'opportunità di «contenersi nelle allegazioni delle autorità» e contro il «cumulo delle autorità», già nella seconda metà del XVII secolo, si era levata la voce del Cardinal De Luca. Vedi pertanto, G.B. DE LUCA, *Dello stile legale, cioè del modo col quale i Professori della facoltà legale, così Avvocati e Procuratori, come Giudici e Consiglieri, ed anche i Cattedratici e Lettori debbano trattare in iscritto ed in voce delle materie giuridiche, giudiziali ed estragiudiziali*, in ID., *Theatrum veritatis, et iustitiae, sive decisivi discursus per materias [...]*, lib. XV, ed. typographia Lucae Laurentii, Neapoli 1758; ID., *Il Dottor Volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale, municipale, nelle cose più ricevute in pratica*, lib. XV, cap. IX, stamperia di Giuseppe Corno, Roma 1673, p. 127 ss.

nuovi, disponendo che la motivazione della sentenza, fino al 1723 a richiesta di parte, nella loro inerzia potesse essere disposta anche d'ufficio dal giudice¹¹⁸ e prescrivendo che i magistrati che si fossero trovati in difficoltà avrebbero dovuto rivolgersi al sovrano, per sciogliere i dubbi interpretativi sorti nel corso delle cause (*casus dubius*), richiedendone l'interpretazione autentica¹¹⁹:

RR.CC. 1770 – proemio, § 2 (in fine): e qualora si eccitasse qualche dubbio sulla intelligenza delle medesime, li Magistrati ce ne rassegnano le loro rappresentanze per ricevere le nostre determinazioni¹²⁰;

ma è anche sostanzialmente innegabile che si limitava a ricalcare l'edizione precedente (1729), senza «percepire quegli stimoli e quei cambiamenti, che nel frattempo si erano manifestati nella cultura giuridica»¹²¹.

Come è evidente, non veniva istituito, a differenza del ducato di Modena, di cui diremo a breve, un ufficio specifico, ma si riservava al sovrano la determinazione del diritto da applicare nell'esercizio del potere legislativo. Dunque, questa era la base per avviare la costruzione di un ordinamento incentrato sulla legge intesa come volontà del sovrano: era prescritto, infatti, che:

le sentenze, che venissero profferte contro la disposizione delle nostre Costituzioni, non passeranno mai in cosa giudicata, e potrà sempre, ed in qualunque modo proporsi la nullità delle medesime per il corso di anni trenta¹²².

¹¹⁸ *Leggi e costituzioni di Sua Maestà* (1770), t. I, Stamperia Reale, Torino 1770, Lib. III, tit. XXIII, § 19.

¹¹⁹ Sull'argomento, cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica* cit., p. 72 ss.; I. SOFFIETTI, *Le fonti del diritto* cit., p. 263.

¹²⁰ *Leggi e costituzioni di Sua Maestà* (1770) cit., p. VIII.

¹²¹ Cfr. G.S. PENE VIDARI, *Introduzione: Giudici e processo* cit., p. XIX; M.A. COCCHIARA, *op. cit.*, p. 72.

¹²² RR.CC. (1729), Lib. III, tit. XXIII, 3 = RR.CC. (1770), Lib. III, tit. XXIII, 3, in *Leggi e costituzioni di Sua Maestà* (1770) cit., p. 399. Cfr. inoltre, I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., p. 343; M. ASCHERI, *Il processo civile tra diritto comune e diritto locale: da questioni preliminari al caso della giustizia estense*, in N. PICARDI, B. SASSANI, F. TREGGIARI (a cura di), *Diritto e processo: studi in memoria di A. Giuliani*, vol. 3, Napoli 2001, pp. 37-67, in particolare p. 54. Il principio della nullità di una sentenza *contra ius* risaliva al diritto romano, ma è da notare che nel diritto comune si era affermato il principio della sanabilità una volta trascorso il termine per far valere la querela di nullità, mentre il testo delle Costituzioni piemontesi sanciva che «mai» sarebbe passata in giudicato una sentenza che avesse violato le costituzioni regie. Cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto* cit., p. 348.

Questa la via intrapresa che, come ben sappiamo, avrebbe condotto certamente a dei risvolti positivi, anche se il cammino da percorrere per arrivare alla codificazione si sarebbe rivelato tutt'altro che breve e privo di ostacoli: è vero, infatti, che la compilazione si inseriva in maniera massiccia ed innovativa nel particolaristico regime del diritto comune, ma è altrettanto vero che non arrivava ancora ad una sua completa sostituzione.

5. *Il Codice di Leggi e Costituzioni del ducato di Modena (1771): alcuni elementi di valutazione*

Un altro stato italiano in cui l'iniziativa ducale in fatto di giustizia assunse i contorni di un progetto fu il ducato di Modena, patria di Ludovico Antonio Muratori, e ambiente ove venne maturando la sua celebre opera *Dei Difetti della giurisprudenza* che, comunque la si giudichi, si pose come elemento di rottura nel mondo giurisprudenziale settecentesco italiano, in quanto fortemente critica della giustizia nel diritto comune, contro gli abusi dei 'dottori', che confondevano i giudici con le loro 'opinioni' contraddittorie. Il risultato ottenuto dal sovrano Francesco III d'Este, duca di Modena, rappresenterà una delle tappe più significative e avanzate dell'intensa stagione riformatrice italiana del XVIII secolo¹²³. Anche in questo piccolo ordinamento, nella seconda metà del Settecento, ritroviamo un quadro di fonti giuridiche analogo per la sua complessità e mancanza di unità, a quello piemontese. Ed è appunto nella variopinta alluvione normativa formatasi storicamente nel ducato e su tutti i nodi connessi a tale situazione di particolarismo giuridico che si inserisce, influenzata appunto dal pensiero del Muratori, l'energica opera legislativa di Francesco III: mi riferisco al *Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di S. Altezza Serenissima* (detto impropriamente *Codice estense*)¹²⁴, promulgato dal duca a breve distanza dall'ultima

¹²³ Il carattere di grande novità è stato attribuito in genere al Codice estense dalla manualistica meno recente, ad esempio G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino 1930, p. 148; B. DONATI, *La formazione del codice estense del 1771 e altre riforme nel Ducato a seguito dell'opera di L. A. Muratori*, Modena 1930, p. 11, mentre più inclini a ricondurre le Costituzioni modenesi al modello delle consolidazioni sono Autori successivi come G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 221 e p. 537 ss., e A. CAVANNA, *op. cit.*, pp. 287-293.

¹²⁴ Sul codice estense si segnalano tra gli altri, i contributi di B. DONATI, *La formazione* cit., p. 11 ss.; G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 537 ss.; F. LANCELOTTI, *La normativa e la letteratura di diritto processuale civile nel Ducato di Modena, in Figure e momenti espressivi*

edizione delle Costituzioni piemontesi, il 26 aprile 1771. Il testo era sistematicamente ripartito in cinque libri: il primo era dedicato principalmente alle strutture giudiziarie del ducato ed alla procedura civile; il secondo al diritto privato; il terzo a materie feudali e finanziarie; il quarto e il quinto libro contenevano norme di procedura e di diritto penale. Il materiale normativo diligentemente amalgamato e unificato in questi cinque libri era stato tratto da un complesso piuttosto ampio e vario di fonti, quali ad esempio dalla serie delle *gride* ducali (soprattutto della raccolta del 1755) e dalla parte ancora in vigore del diritto statutario modenese, ma anche dalle stesse Costituzioni piemontesi.

Questo corpo normativo¹²⁵, nato dall'insoddisfazione per il "gridario" del 1755, mera raccolta di "provvisioni, gride, ordini e decreti" e dall'intenzione del duca Francesco III di pervenire ad una vera e propria codificazione generale ampiamente innovativa, frutto di quasi un ventennio di laboriose iniziative, occupa un posto di primo piano fra le grandi compilazioni legislative europee, in cui si consolida una politica nell'ambito della quale l'unificazione legislativa e la riorganizzazione della giustizia appaiono come momento emblematico nel processo di rafforzamento del potere

della Facoltà giuridica modenese, Modena 1977, pp. 3-19; M. TARUFFO, *La giustizia civile* cit., pp. 29-31; G. SANTINI, *Lo Stato estense tra riforme e rivoluzione. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano 1987, p. 89 ss. e p. 217 ss.; e tra i più recenti C.E. TAVILLA, *L'amministrazione centrale della giustizia negli Stati estensi. Dalle origini ferraresi alla Restaurazione*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, vol. LXXI, 1998, pp. 177-236, in particolare pp. 224-227; ID., *Riforme e giustizia nel Settecento estense. Il Supremo Consiglio di Giustizia (1761-1796)*, Milano 2000, p. 317 ss.; ID., *Introduzione: Il Codice Estense del 1771: il processo civile tra istanze consolidatorie e tensioni riformatrici*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Testi e documenti per la storia del processo, II, Codice estense 1771*, Milano 2001, pp. IX-XVII; ID., *Ricerche di storia giuridica estense*, Modena 2004²; ID., *La giustizia suprema negli Stati estensi (secoli XV-XIX)*, in A. SPAGGIARI, G. TRENTI (a cura di), *Lo Stato di Modena. Una capitale, una dinastia, una civiltà nella storia d'Europa*, Atti del convegno di studi (Modena, 25-28 marzo 1998), vol. II, Roma 2001, pp. 905-918; M. CAVINA, *Per una storia della cultura giuridica negli Stati estensi: fonti e problemi*, ivi, pp. 887-904; G. BEDONI, *Il diritto civile negli Stati estensi: dal codice del 1771 al codice del 1851*, ivi, pp. 919-931.

¹²⁵ Nei suoi cinque libri, il Codice estense coordinava organicamente materiale giuridico assai vario come gride e leggi estensi, norme piemontesi, milanesi e toscane, bolle pontificie, nello sforzo di realizzare gli ideali di semplicità, chiarezza e uniformità sostenuti da Muratori e ormai diffusi nella cultura dell'epoca. Cfr. M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti* cit., p. 59. Sull'ampiezza del sistema di "fonti" utilizzate dai legislatori estensi è da tener presente la lettera del giurista Bartolomeo Valdrighi al marchese Ippolito Bagnesi, segretario del Duca, e di cui non si riporta il testo data l'economia del presente lavoro, ma che eventualmente è possibile leggere in B. DONATI, *La formazione* cit., p. 55. Su Bartolomeo Valdrighi vedi, *Dizionario biografico dei giuristi italiani* cit., pp. 2009-2010.

centrale e dell'intero apparato istituzionale del potere assoluto, ma in cui, tuttavia – secondo il Cavanna – l'ideologia giuridica della certezza, funzionante in senso meramente statualistico e assolutistico, non giunge a postulare la completa scomparsa dello *ius commune* nel sistema delle fonti dell'ordinamento¹²⁶. Nel Codice estense, infatti, sono contenuti due nuovi elementi importanti, vale a dire una graduazione delle fonti distintamente semplificata e l'introduzione di un meccanismo di interpretazione autentica delle norme codificate.

Quanto al primo elemento, si tratta in effetti di un passo determinante verso la realizzazione dell'uniformità giuridica nei territori estensi; diversamente dalle costituzioni piemontesi, che mantenevano in vita, anche se in via subordinata, gli statuti locali e la giurisprudenza dei tribunali, il Codice estense – sostiene il Tavilla – dopo aver negato la rilevanza di ogni distinzione tra i soggetti destinatari e affermato l'integrità del territorio di vigenza delle norme, eliminava ogni fonte alternativa e concorrente, vietando in particolare il ricorso

a veruno statuto o a disposizione particolare per quelle materie civili, criminali o miste delle quali si parlerà nelle presenti Costituzioni, per cui non fosse stato provveduto¹²⁷.

Ovviamente restava in piedi il grande complesso – suppletivo e integrativo – costituito dallo *ius commune*, ritenuto fino a quel momento roccaforte insuperata ed insuperabile per ogni progetto che, come quello estense, fosse finalizzato ad una rielaborazione, ad un coordinamento e ad una consolidazione della legislazione vigente¹²⁸. Ed è il fatto che restasse in vigore il ricorso sussidiario al diritto romano a non consentire di considerare questa compilazione un vero e proprio codice nel senso che noi intendiamo oggi, sicché essa, nonostante l'alto valore tecnico ed il forte significato innovatore, resta una consolidazione, intesa come tipica espressione di una politica assolutistica e illuminata, ma non ancora pronta a superare i metodi del diritto comune.

¹²⁶ Cfr. A. CAVANNA, *op. cit.*, p. 288.

¹²⁷ *Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di Sua Altezza Serenissima* (d'ora in poi *Codice Estense*), t. I, Società Tipografica, Modena 1771, *Proemio*, pp. IX-X. Cfr. C.E. TAVILLA, *Introduzione: Il Codice Estense* cit., p. XI; R. BONINI, *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*, Bologna 1988, p. 119.

¹²⁸ *Ibidem*; cfr. M.R. DI SIMONE, *Istituzioni e fonti* cit., p. 59.

Da una pur rapida disamina della Patente di promulgazione premessa dal duca Francesco III alla sua opera, riusciamo ad individuare sia gli obiettivi specifici di riforma da lui perseguiti, sia le scelte che quegli stessi obiettivi presuppongono. In essa il Duca afferma di aver voluto porre fine ai tanti guai caratterizzanti la situazione giuridica del piccolo ducato modenese, vale a dire la molteplicità, le antinomie, l'oscurità e l'incertezza delle norme; la mutevolezza e la contraddittorietà delle sentenze; la litigiosità dei sudditi e la lunghezza delle cause; il sottile formalismo degli avvocati. Le leggi, sostiene Francesco III, costituiscono

l'anima, la regola, e il fondamento della società umana e de' Governi,

ma purtroppo

la loro molteplicità ne difficolta l'osservanza e la oscurità dà luogo ad arbitrarie interpretazioni¹²⁹.

Per questo, ricorda il Duca, già da "più anni" e sempre in vista «del fine propostoci si era da Noi stabilita una Deputazione di Soggetti idonei a compilare un Codice»; e più precisamente un Codice che non soltanto "riducesse" le «diverse Leggi Comuni e Municipali alla più semplice conformità», eliminando al tempo stesso quelle già andate in disuso, o comunque «non più adattabili a' tempi correnti»¹³⁰, ma che comprendesse anche

alcune nuove Costituzioni, "formate" dalla stessa "Deputazione", convenienti all'odierno Sistema e alle presenti circostanze de' Nostri Dominj e che fissasse e stabilisse colle massime dell'equità e della ragione i veri, chiari e sodi principj da osservarsi sopra tanti articoli, e quistioni più ovvie, e frequenti a

¹²⁹ *Codice Estense, Proemio cit.*, p. III.

¹³⁰ Il Pecorella avverte che il passo nel quale Francesco III parla della riduzione di *diverse leggi comuni e municipali alla più semplice conformità*, e della abrogazione di altre *già andate in disuso*, per quanto nella sua formulazione possa far pensare ad un'abrogazione ducale di norme dello *ius commune*, sembra debba essere interpretato nell'unica maniera possibile per un giurista, come la dichiarazione del Duca che voleva meglio coordinati gli statuti della città e quelli del contado, legge comune i primi rispetto ai secondi, e che sempre nell'ambito degli statuti egli voleva togliere «il troppo e il vano». Il diritto comune resta in vigore, come nello stesso decreto si legge, per i «casi omissi», né ad esso sembra che il Duca volesse apportare modifiche. Cfr. C. PECORELLA, *Studi sul Settecento giuridico*, I, L.A. Muratori e i difetti della *giurisprudenza*, Milano 1964, pp. 128-129.

suscitarsi nelle controversie Forensi, e le quali per la diversa, e sofistica opinione de' Giureconsulti non servono che a dar fomento alle Liti, a prolungare le cause, e a rendere dubbie, e fluttuanti le Risoluzioni¹³¹;

e si dice pure che le disposizioni che si emanavano dovessero essere intese e applicate senza alcuna limitazione, ovvero in tutti i domini ducali «tanto immediati, che mediati», da «qualunque persona, e ceto di che stato, qualità, prerogativa, e condizione essere si voglia», e in «tutti i tribunali esistenti nel ducato stesso», ad onta della incauta pretesa dei giureconsulti d'interpretare «le stesse sanzioni dei Principi» nel modo più stretto e meno lesivo del diritto comune¹³². È chiaro l'influsso del Muratori¹³³, come è chiara l'intenzione, peraltro perseguita con scarso vigore, in conformità alla situazione del piccolo Ducato, del sovrano di impossessarsi della produzione e amministrazione del diritto spossessandone i «giureconsulti»¹³⁴. Il Codice estense, pertanto, svolge la funzione di razionalizzare il materiale esistente, norme di ogni genere, privatistiche, penali nonché processuali, anche senza porsi il problema di un eventuale superamento del diritto comune, ed afferma rigorosamente, in polemica con i dottori, un vero primato della fonte sovrana come fonte esclusiva di nuova normazione.

Un po' più controverso, invece il secondo elemento (dei due cui facevamo riferimento poco più sopra) riguardante i compiti del Supremo Consiglio di Giustizia, che concepito come organo collegiale dotato della «suprema giurisdizione delle cause civili, criminali e miste» sarebbe stato il

¹³¹ Il testo della Patente di Francesco III, duca di Modena, è consultabile in *Codice Estense* cit., *Proemio*, pp. III-XII, nello specifico pp. IV-V; in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Testi e Documenti* cit., vol. II, ed inoltre in R. BONINI, *Crisi del diritto* cit., pp. 118-120, in particolare p. 118.

¹³² Cfr. A. MARONGIU, *Legislatori e giudici* cit., p. 462; R. BONINI, *Crisi del diritto* cit., p. 117.

¹³³ Chi legge anche solo il decreto con il quale il Duca pubblicava il primo volume del Codice, sostiene Pecorella, non può fare a meno di notare come il sovrano abbia accolto e fatte proprie le lagnanze muratoriane: troppe leggi, spesso contraddittorie, esistenza di leggi non mai abrogate *de iure* ma del tutto vacue *de facto*, caos delle interpretazioni discordanti, e, infine «l'incauta esagerazione» dei giuristi, rei di avere inteso lo *ius commune* come un freno alle possibilità normative del principe, con una attività che se agli occhi dei moderni lettori può apparire decisamente meritoria, era indubbiamente in contrasto con la strapotente volontà dello stato assoluto. Così C. PECORELLA, *Studi sul Settecento* cit., p. 127.

¹³⁴ G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 538.

destinatario di tutte le istanze fino ad allora indirizzate alla Segnatura, organo politico per eccellenza a stretto contatto con il sovrano, pieno titolare dei giudizi di revisione, nonché autorevole supervisore del funzionamento della giustizia locale.

Infatti, per gli eventuali dubbi che si affacciassero in sede applicativa si introduceva così una sorta di *référé législatif*¹³⁵, obbligando i giudici a ricorrere al Supremo Consiglio di Giustizia¹³⁶, come organo unitario di vertice della giurisdizione del Ducato, – considerato da Tarello «un istituto nuovo, concomitante alla promulgazione del codice»¹³⁷ e da Taruffo «una novità rilevante non solo perché ha la funzione di stabilire una sorta di interpretazione autentica delle norme del diritto», ma anche in quanto «ha competenza in ultima istanza (per via d'appello o di revisione) rispetto alle decisioni di tutti i tribunali inferiori, e costituisce, quindi un punto di riferimento unitario nella gerarchia piramidale dell'organizzazione giudiziaria»¹³⁸; in altre parole, il tribunale più elevato dello Stato che – come precisò il Sovrano stesso – ogni anno avrebbe stampato le sue interpretazioni vincolanti «come se fossero fatte da Noi medesimi»¹³⁹. Quindi, un organo speciale, distinto dalle magistrature ordinarie e direttamente collegato con il sovrano, inteso quale depositario del potere legislativo, con la funzione di risolvere i dubbi interpretativi sulla legislazione, e a cui tutti i magistrati avrebbero rimesso le questioni interpretative perché

¹³⁵ Sull'istituto del *référé législatif* come espressione della concezione illuministica della separazione dei poteri, fondata sul 'mito' dell'applicazione sillogistica della legge, del 'divieto d'interpretazione' e sulla negazione di ogni funzione nomofilattica della giurisprudenza, vedi P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino 2005.

¹³⁶ Per ulteriori approfondimenti su questo massimo organo di giustizia ducale, istituito il 21 ottobre 1761, e che è stato oggetto assai spesso, anche se non sempre in maniera approfondita, dell'attenzione della storiografia giuridica e non, vedi G. GORLA, *I precedenti storici* cit., p. 458; ID., *I tribunali supremi* cit., p. 511 ss.; G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 538; F. LANCELLOTTI, *La normativa e la letteratura* cit., pp. 5-6; A. CAVANNA, *op. cit.*, pp. 290-291; M. TARUFFO, *La giustizia civile* cit., p. 30; O. ROMBALDI, *Aspetti e problemi del Settecento modenese*, I, *Stato e società nel Ducato estense. Contributi di studio*, Modena 1982, p. 33 ss.; G. SANTINI, *Lo Stato estense* cit., pp. 78-83; M. ASCHERI, *I "grandi Tribunali" d'Ancien régime e la motivazione della sentenza*, in ID., *Tribunali, giuristi* cit., p. 102; C.E. TAVILLA, *Riforme e giustizia* cit., p. 47 ss.; ID., *Introduzione: Il Codice Estense* cit., pp. XIII-XVI; ID., *La giustizia suprema* cit., p. 913; ID., *Ricerche di storia* cit., pp. 34-45.

¹³⁷ G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 538.

¹³⁸ M. TARUFFO, *La giustizia civile* cit., p. 30.

¹³⁹ Cfr. M. ASCHERI, *Costituzioni e codici* cit., p. 10.

venissero definite con atti di interpretazione autentica¹⁴⁰, chiamate Dichiarazioni, da pubblicarsi alla fine di ogni anno¹⁴¹.

La pubblicità delle “Dichiarazioni” costituiva una delle più rilevanti novità del provvedimento, che si inseriva del resto in una lunga tradizione estense e in una tradizione non solo italiana ben radicata e che, secondo Ascheri, non aveva nulla da imparare dal ben più storiograficamente noto *référé législatif*¹⁴². Va detto, infatti, che il Supremo Consiglio di Giustizia, istituito da Francesco III, pur con gli elementi di novità che indiscutibilmente presentava, non appare come una creazione slegata dalla tradizione giuridica del ducato estense. Esso può essere considerato come l'ultimo anello di quel processo plurisecolare che ha avuto le sue scaturigini nel *Consilium domini marchionis*, già attivo sin dal 1372 con la funzione precipua e caratterizzante di «assistere il signore nell'esercizio delle sue potestà, prima fra tutte l'amministrazione della giustizia»¹⁴³, e, soprattutto nel *Consilium Iustitiae* istituito da Borso d'Este nel gennaio del 1453, esemplato sull'analogo modello visconteo di Milano¹⁴⁴ e sull'altro gonzaghesco di Mantova¹⁴⁵, la cui prima competenza era quella di decidere «*in omnibus et quibuscunque casibus et dubiis iuris et iustitiae*», vale a dire di sciogliere in nome del sovrano e d'accordo con lui (e di conseguenza inappellabilmente e senza formalità di giudizio), le interpretazioni controverse delle norme vigenti relativamente al loro contenuto o alla loro applicazione¹⁴⁶. Elementi di continuità sono

¹⁴⁰ Secondo il giudizio unanime della storiografia l'ordinamento estense fu il primo in Italia ad introdurre, appunto con il Codice del 1771, un meccanismo di interpretazione autentica delegato all'organo giudiziario al vertice. Le costituzioni piemontesi degli anni 1723-1770, che pur prevedevano l'interpretazione autentica, si erano limitate a riservarla al sovrano, senza dar vita ad appositi organi tecnici abilitati a questa importantissima operazione. Cfr. C.E. TAVILLA, *Riforme e giustizia* cit., p. 372.

¹⁴¹ L'istituto delle *Dichiarazioni* del Supremo Consiglio va considerato come uno dei primi esempi di quelle tecniche, ispirate alle ideologie della collocazione presso uffici diversi della produzione e dell'applicazione del diritto, che caratterizzano alcune riforme dell'ultimo Settecento, da quella prussiana con la prima stesura del *Landrect* a quella del *référé législatif*, destinate però tutte a breve vita. Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 538.

¹⁴² M. ASCHERI, *Il processo civile* cit., p. 64.

¹⁴³ Cfr. M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici* cit., p. 664.

¹⁴⁴ U. PETRONIO, *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, vol. I, Milano 1972, p. 25 ss.

¹⁴⁵ C. MOZZARELLI, *Il Senato di Mantova: origine e funzioni*, in *Mantova e i Gonzaga nella civiltà del rinascimento*, Atti del convegno organizzato dall'Accademia Nazionale dei Lincei e dall'Accademia Virgiliana, Mantova 6-8 ottobre 1974, Segrate 1978, p. 68 ss.

¹⁴⁶ Vedi C.E. TAVILLA, *L'amministrazione centrale* cit., p. 184; ID., *Riforme e giustizia* cit., p. 373; ID., *La giustizia suprema* cit., p. 907.

altresì ravvisabili in materia di revisione delle sentenze civili¹⁴⁷, così come, non era innovativa la prescrizione sulla motivazione della sentenza: un regolamento del 1740 aveva già previsto una «distinta memoria de' motivi che hanno avuto nel giudicare» i due consigli di Segnatura e di Giustizia nelle «cause d'interpretazione di statuti o di qualsivoglia articolo grave», con una dizione all'incirca identica nel § XXXIII del regolamento riguardante il Supremo Consiglio di Giustizia del 1769 («in cause sole d'interpretazione di statuti e leggi locali o di grave articolo»), poi sostanzialmente mantenuta nel Codice del 1771¹⁴⁸.

Tuttavia, va detto che, la funzione di interpretazione autentica del Supremo Consiglio di Giustizia non risultò esercitata nei termini regolari auspicati dal Duca nel '71, ma fin troppo sporadica e concentrata esclusivamente nell'arco di un triennio (1775-1778), e del resto le relative dichiarazioni non vennero mai stampate, mantenendo invece la caratteristica di documentazione interna all'ambiente giudiziario e governativo. Comunque sia, questa importante funzione venne ridimensionata dalla creazione, solo cinque anni dopo, di un'apposita deputazione per le integrazioni e «aggiunte» al Codice, e, in un secondo momento, venne trasferita per iniziativa del duca Ercole III, ad nuovo organo a forte vocazione legislativa, la Consulta ducale che, presieduta dal consigliere di Stato con funzioni di 'primo ministro', veniva investita, tra le altre, di «un'incombenza la quale, con maggiore coerenza ai principi di una sana legislazione, potrà da lei esercitarsi che non da chi per proprio istituto è giudice, qual è quella della interpretazione del Codice»¹⁴⁹.

Eliminato nel periodo francese, sostituito dai codici napoleonici, il *Codice di leggi e costituzioni* ritornerà in vigore con la Restaurazione e solo nel 1851 sarà sostituito dal *Codice civile estense*.

¹⁴⁷ Cfr. C.E. TAVILLA, *Introduzione: Il Codice Estense* cit., p. XV.

¹⁴⁸ Cfr. C.E. TAVILLA, *Ricerche di storia* cit., p. 113. Va ricordato che dal Regolamento ed istruzioni pel Supremo Consiglio di Giustizia di Sua Altezza Serenissima tanto nell'aula civile che criminale del 2 aprile 1769, traeva origine quasi interamente il Titolo I del Codice estense del 1771.

¹⁴⁹ Vedi C.E. TAVILLA, *Riforme e giustizia* cit., pp. 400-405; ID., *Introduzione: Il Codice Estense* cit., pp. XI-XII; ID., *Ricerche di storia* cit., p. 44 e p. 130.

6. Il dispaccio (prammatica) del 23 settembre 1774 di re Ferdinando IV di Borbone

La totale proibizione del ricorso all'autorità dei giuristi fu sancita su ispirazione di Bernardo Tanucci¹⁵⁰, ministro del Re, da un dispaccio¹⁵¹ napoletano emanato da Ferdinando IV di Borbone, il 23 settembre 1774, in cui, condividendo appieno la preoccupazione generale, il sovrano introduceva anche l'obbligo per i giudici di motivare tutte le sentenze¹⁵²:

in qualunque decisione, che riguardi o la causa principale, o gl'incidenti, [...] si spieghi la ragione di decidere, o sieno li motivi, su quali la decisione è appoggiata¹⁵³.

Ma non bastava: lo stesso decreto disponeva che le sentenze fossero fondate

non già sulle nude autorità de' Dottori, che an [sic] pur troppo colle loro opinioni, o alterato, o reso incerto ed arbitrario il diritto, ma sulle leggi espresse del Regno o comuni¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Sul Tanucci si vedano *ex multis*, R. MINCUZZI, *Bernardo Tanucci ministro di Ferdinando di Borbone 1759-1776*, Bari 1967; R. AJELLO, M. D'ADDIO (a cura di), *Bernardo Tanucci statista letterato giurista*, Atti del convegno internazionale di studi per il secondo centenario 1783-1983, 2 voll., Napoli 1986.

¹⁵¹ Il Dispaccio, cui ci riferiamo, è stato ampiamente studiato dalla dottrina, sia perché rappresenta uno dei momenti chiave dei tentativi di riforma del Regno di Napoli, sia perché anticipa la concezione moderna dell'obbligo di motivazione. Tra gli studi relativamente più recenti ricordiamo in particolare R. AJELLO, *Preilluminismo giuridico* cit., p. 137 ss.; ID., *Arcana Juris* cit., p. 59 ss. Di queste riforme si è occupato in più occasioni il Gorla, del quale non possiamo fare a meno di citare i saggi raccolti in ID., *Diritto comparato* cit., *passim*, ed in particolare *Il cosiddetto 'Dottrinarismo giuridico' della giurisprudenza napoletana nel '700*, pp. 757-768. Per ulteriore bibliografia si rinvia a M. TITA, *Sentenze senza motivi. Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai Dispacci del 1774*, Napoli 2000. Il Dispaccio è contenuto nella raccolta curata da D. GATTA, *Regali dispacci nelli quali si contengono le Sovrane Determinazioni de' Punti Generali, e che servono di norma ad altri simili casi, nel Regno di Napoli*, Parte seconda che riguarda il civile, t. I, Boezio, Napoli 1775.

¹⁵² Nello specifico, sull'obbligo di motivazione delle sentenze, vedi M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1975; ID., *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *La formazione storica* cit., vol. II, pp. 599-633; ID., *La giustizia civile* cit., p. 27; M. ASCHERI, *I "grandi Tribunali"* cit., pp. 85-183.

¹⁵³ Cfr. D. GATTA, *Regali dispacci* cit., tit. XXXXVII *Delle Regali Determinazioni in riguardo all'Ordine Giudiziario de' Tribunali di Napoli*, cap. VI, p. 630.

¹⁵⁴ *Ibidem*. Vedi G. TARELLO, *Storia della cultura* cit., p. 541; cfr. anche G. ERMINI, *Corso*

In coerenza con le disposizioni precedenti, si affermava, inoltre, il principio della necessità del ricorso all'interpretazione autentica del sovrano-legislatore: nell'eventualità in cui il giudice non si fosse trovato di fronte ad un caso espressamente previsto dal legislatore – il c.d. *casus decisis* –, il dispaccio stabiliva che:

quando non vi sia legge espressa per lo caso, di cui si tratta, e si abbia da ricorrere alla interpretazione o estensione della legge; vuole il Re che questo si faccia dal Giudice in maniera, che le due premesse dello argomento sieno sempre fondate sulle leggi espresse e letterali¹⁵⁵.

I giudici non avrebbero potuto, come è ben evidente, ricorrere all'autorità dei propri giudicati: in altre parole, la motivazione delle sentenze si sarebbe dovuta fondare solo «sulle leggi espresse e letterali». L'obbligo del riferimento al legislatore interveniva qualora:

il caso sia tutto nuovo, o talmente dubbio, che non possa decidersi né colla legge, né collo argomento della legge; allora vuole il Re che si riferisca alla Maestà Sua, per attendere il sovrano oracolo¹⁵⁶.

Il dispaccio, che si inserisce nel contesto dell'opera riformatrice del Tanucci, presenta inoltre rilevanti caratteri di originalità rispetto alle altre legislazioni anteriori o coeve; in primo luogo, infatti, vi si prevede la pubblicazione a stampa delle sentenze motivate, e vi si dichiara non idonea a passare in giudicato la sentenza che non sia stata pubblicata in tal modo:

Nel tempo istesso, poiché Sua Maestà ha provveduto al decoro de' Magistrati, col risolvere ed ordinare, che le decisioni così ragionate si stampino, ha pensato ancora al minor dispendio delle parti; volendo che se ne faccia la stampa privativamente dalla sua Stamperia Regale, col pagamento di un carlino per ogni dieci copie stampate, quando la decisione non passi il mezzo foglio; e

di diritto cit., pp. 114-115. Tutti i caratteri di novità presenti nella prammatica del 1774, ossia la generalità dell'obbligo di motivazione, il vincolo espresso del giudice alla legge positiva, e la pubblicità, intensamente sanzionata, della sentenza e dei motivi sono elementi caratteristici della concezione moderna della motivazione, che altrove si affermerà soltanto con la legge francese del 1790, e con l'*Allgemeine Gerichtsordnung* prussiana del 1793. Vedi M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione* cit., p. 623.

¹⁵⁵ Cfr. D. GATTA, *Regali dispacci* cit., tit. XXXXVII, p. 630.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

così a proporzione di uno o più fogli, e di maggior numero di copie, che bisognassero alle parti. E colla prevenzione ancora, che, quando gli atti si faranno *gratis* per la povertà del litigante, la qual cosa si dee spiegare nel fondo della decisione, anche la stampa si farà *gratis*.

Ed a fin che questa sovrana risoluzione sia esattamente osservata; vuole il Re che la decisione, la quale non sia così stampata, non faccia mai passaggio in cosa giudicata, e si abbia per non fatta. Dichiarando ancora Sua Maestà che, per la solennità delle notifiche di tali decisioni così stampate, debbano le stampe essere sottoscritte dal Giudice, o dal Commessario della causa, e dallo Scrivano, o Attitante¹⁵⁷.

In secondo luogo, l'originalità complessiva di questa disciplina, come rileva il Taruffo, deriva dal fatto che essa implica un deciso superamento della concezione limitativa ed esclusivamente endoprocessuale della motivazione¹⁵⁸. Infatti, come è noto, la prassi di motivare la sentenza, solo sporadicamente introdotta in alcuni ordinamenti d'antico regime, e di norma, appunto, in funzione endoprocessuale, divenne uno dei temi centrali del riformismo giudiziario settecentesco, sino a costituire una tra le grandi novità apportate dalle ventate rivoluzionarie e poi generalmente accolte in tutta Europa, finalizzata al controllo dell'operato dei giudici e all'appellabilità della sentenza stessa¹⁵⁹.

Il dispaccio del 1774 passa talora come una norma che, nell'intento di eliminare definitivamente non solo l'autorità dei dottori, ma anche quella dei tribunali, avrebbe stabilito il divieto di *interpretatio*; ma in realtà, come ha giustamente osservato il Birocchi, questa conclusione non è esatta, in quanto esso non introduceva un effettivo divieto di interpretazione, ma intendeva «sottrarre ai Tribunali la possibilità di fondare la decisione sulle autorità di dottori e li vincolava a sentenziare sulla base delle leggi espresse:

¹⁵⁷ *Ivi*, pp. 630-631.

¹⁵⁸ Vedi M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione* cit., p. 624.

¹⁵⁹ C.E. TAVILLA, *Riforme e giustizia* cit., pp. 370-371. Sulla motivazione della sentenza in antico regime, ci limiteremo a segnalare solo qualche contributo mirato, come G. GORLA, *Sulla via dei "motivi" delle "sentenze": lacune e trappole*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, vol. I, Padova 1982, p. 661 ss.; V. DENTI, *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni*, in *Diritto e potere nella storia europea*, Atti del IV congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, vol. II, Firenze 1982, p. 883 ss.; M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione* cit., p. 599 ss.; M. ASCHERI, *I "grandi Tribunali"* cit., p. 85 ss.; F. MANCUSO, *Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII. (Note in margine a studi recenti con il testo di una sentenza del 1299)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 49.1, 1995, p. 285 ss.

quelle del Regno e quelle romane (secondo il loro testo); era possibile poi ricorrere all'interpretazione in mancanza di legge espressa, purché con un processo logico che avesse una premessa normativa e dunque applicasse al caso concreto principi tratti da norme. Solo quando la decisione non si potesse fondare sulla legge o sull'argomento della legge occorreva portare la questione al sovrano per la relativa decisione»¹⁶⁰. A base di ogni *argumentum a similibus* stava, perciò, esclusivamente la legge «espressa e letterale», mentre, nei casi dubbi o non disciplinati dalla legge, l'*interpretatio* veniva riservata esclusivamente al legislatore, ed il giudizio doveva essere sospeso in attesa dell'interpretazione autentica del sovrano.

Il dispaccio fu accolto molto positivamente dalla dottrina di chiara ispirazione illuministica¹⁶¹, che vi vedeva contenute alcune tra le sue principali rivendicazioni. Questo emerge con particolare chiarezza dall'opuscolo, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*¹⁶², pubblicato nel 1774 da Gaetano Filangieri¹⁶³, poco più che ventenne, e dedicato a questo dispaccio subito

¹⁶⁰ I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine* cit., p. 372. Inoltre, P. ALVAZZI DEL FRATE, *Illuminismo e interpretazione. Gaetano Filangieri e le Riflessioni politiche del 1774*, in F. LIOTTA (a cura di), *Studi di storia del diritto medievale e moderno*, vol. II, Bologna 2007, pp. 237-269, in specie p. 243.

¹⁶¹ Oltre all'opuscolo *Riflessioni politiche sull'ultima legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia* di Gaetano Filangieri, di cui si dirà a breve, e che è sicuramente il commento più noto e più efficace, è doveroso ricordare, pur se dissimili per consistenza, impostazione, finalità ed autorevolezza, opere quali *Dissertazione storica, politica, legale, sulle novelle leggi del Re N.S. per le sentenze ragionate* di Carlo Melchionna, *Riforma de' Tribunali e Giudici della città di Napoli, circa il modo di profferire le Decisioni fatte con cognizione di causa, e contestazione giudiziaria, e i suoi vantaggi* di Francesco De Jorio, ed infine *Storia del Reame di Napoli* di Pietro Colletta. In generale, sull'ordinamento giudiziario e la cultura giuridica napoletana del XVIII secolo, si vedano, oltre alle già citate opere dell'AJELLO, A. DE MARTINO, *Tra legislatori e interpreti. Saggio di storia delle idee giuridiche in Italia meridionale*, Napoli 1979; G. VALLONE, *Il pensiero giuridico meridionale*, in *Storia del Mezzogiorno*, X, *Aspetti e problemi del Medioevo e dell'età moderna*, vol. III, Napoli 1991, pp. 297-333; M.N. MILETTI, *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le 'Decisiones' di V. De Franchis*, Napoli 1995; ID., *Stylus judicandi. Le raccolte di 'Decisiones' del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli 1998; M. CARAVALE, *La monarchia meridionale. Istituzioni e dottrina giuridica dai Normanni ai Borboni*, Roma-Bari 1998, nello specifico pp. 233-314; ID., *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica europea della prima età moderna*, Bologna 2004, pp. 65-114.

¹⁶² G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche sull'ultima Legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della Giustizia*, Stamperia di Michele Morelli, Napoli 1774; vedi anche rist. anast. Napoli 1982, con nota critica di R. AJELLO, *Il tempo storico della Riflessione*, pp. I-XI.

¹⁶³ Della vasta bibliografia sul Filangieri è necessario ricordare innanzitutto S. COTTA,

dopo la sua emanazione con il chiaro intento di appoggiare la politica di Tanucci, allora vicino alle istanze riformatrici degli intellettuali di ispirazione genovesiana, in cui si sottolineava che, secondo le intenzioni del legislatore, essa avrebbe dovuto eliminare la confusione e l'arbitrio delle decisioni giudiziali, allo scopo di consolidare la fiducia nella giustizia¹⁶⁴.

Nello scritto che affrontava, *ad occasionem*, le problematiche relative all'interpretazione giudiziale, il Filangieri sosteneva che l'ordinanza tanucciana voleva, come suo "fine", «torre a' magistrati tutto quello che li rende superiori alle leggi»; quanto ai "mezzi", continuava subito dopo il testo,

il re vuole che tutto si decida secondo un testo espresso; che il linguaggio del magistrato sia il linguaggio delle leggi; che egli parli allorché esse parlano, e si taccia allorché esse non parlano, o almeno non parlano chiaro; che l'interpretazione sia proscritta; l'autorità dei dottori bandita dal foro, e 'l magistrato costretto ad esporre al pubblico la ragione della sentenza¹⁶⁵.

L'Autore, dopo aver posto alcuni "principii" fondamentali, passava poi a chiarire perché «l'arbitrio giudiziario sia incompatibile con la libertà civile» e perché «l'arbitraria interpretazione delle leggi si oppone a' principi della libertà sociale». La constatazione della diversità dei giudizi dei vari tribunali sulla stessa identica materia lo induceva a condannare il diffuso ricorso all'*interpretatio* e all'equità:

Gaetano Filangieri e il problema della legge, Torino 1954; A. DE MARTINO, *Tra legislatori e interpreti* cit., pp. 33-80; R. FEOLA, *Utopia e prassi. L'opera di Gaetano Filangieri ed il riformismo nelle Sicilie*, Napoli 1989; Atti del convegno, *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, Napoli 1991; V. FERRONE, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Roma-Bari 2003; F. BERTI, *La ragione del prudente: Gaetano Filangieri e la religione delle riforme*, Firenze 2003.

¹⁶⁴ È noto però come il Filangieri pochi anni dopo avesse completamente cambiato idea, tanto da nascondere il libretto e da non voler dare il consenso ad un editore veneziano che gli aveva chiesto di poterlo ripubblicare. Il motivo di questo ripensamento è molto chiaro: aveva esaltato l'avvenimento come una vittoria del principe contro il dispotismo dei magistrati che, come vedremo, avevano resistito con ogni mezzo alla novità, ma con l'estromissione di Tanucci dal governo, nel 1776, alla sua "monarchia" prevalentemente "amministrativa", cauta, moderata ed attenta alla legalità, era subentrata una gestione militarizzata, avventurosa, dissoluta qual era quella di Maria Carolina. Si trattava di un cambiamento radicale che non consentiva più di esaltare il governo, che ora coincideva con la corte e con la volontà di una regina sicuramente troppo disinvolta ed imprudente. Per approfondimenti, cfr. M. TITA, *op. cit.*, pp. 120-121. Da ultimo, su Gaetano Filangieri, vedi *Dizionario biografico dei giuristi italiani* cit., pp. 860-863.

¹⁶⁵ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche* cit., § I: *Spirito di questa legge*, pp. 11-13.

Io dimando – sosteneva – se la volontà del Legislatore è una, e per conseguenza una la legge, da che poi deriva, che noi vediamo di continuo due Tribunali, che si contraddicono, e due sentenze, che a vicenda si annullano, e si distruggono? Io lo ripeto: è un errore egualmente in morale, che in politica il distinguere l'Equità dalla Giustizia. Quello che è giusto è equo, e quello che ingiusto non può mai divenire equo¹⁶⁶.

Il Filangieri giunge addirittura ad identificare l'equità e l'interpretazione con l'arbitrio:

Equità, interpretazione, arbitrio non sono altro, che voci sinonime, allorché si vogliono considerare rapporto agli effetti e ci è un concatenamento così reciproco fra loro, che se la Politica potesse sempre ridursi a calcolo, l'Aritmetico ne farebbe nascere una progressione, il primo termine della quale sarebbe l'Equità, e l'estremo il Dispotismo¹⁶⁷.

E dopo aver toccato altri punti, si soffermava anche sulle ragioni che avevano indotto il sovrano a costringere i magistrati ad esporre le motivazioni della sentenza, e a mettere in stampa i loro decreti, allo scopo di consentire a tutti di verificare la fondatezza del giudizio:

Ecco un altro rimedio contro l'arbitrio de' Magistrati. Quando il Giudice sa di dover esporre la ragione della sentenza, quando sa, che questa ragione deve esser dedotta dalla legge; quando sa, che questa legge non può essere interpretata a capriccio, io non trovo un velo, che possa nascondere l'ingiustizia della sua sentenza¹⁶⁸.

Sul fatto poi che la legge del sovrano sarebbe stata "inconseguente", se non si fosse impedito ai giudici di fondare il loro giudizio sulla dottrina, osservava:

Un gran numero di privati ed oscuri Interpreti, che l'umanità vidde nascere ne' secoli dell'ignoranza, quasi sempre opposti tra loro, formano quel *caos* infinito d'opinioni, che rendono così dubbia, e così incerta la Giurispruden-

¹⁶⁶ *Ivi*, § IV: *L'arbitraria interpretazione delle leggi si oppone a' principj della libertà sociale*, pp. 30-31.

¹⁶⁷ *Ivi*, p. 32.

¹⁶⁸ *Ivi*, § VII: *Ragioni, che hanno indotto il Sovrano a costringere i Magistrati d'esporre la ragione della sentenza, e di mettere in istampa i loro decreti. Utilità di questa determinazione dedotta dagl'istessi principj*, pp. 47-48.

za della maggior parte dell'Europa. Ma i nostri Tribunali particolarmente ci hanno offerto fino a questo punto uno spettacolo che doveva muovere la compassione de' Filosofi. Era senza dubbio cosa umiliante il vedere in questi secoli illuminati un Magistrato chinare il capo al solo nome di Bartolo, [...], ed ascoltare con tanta venerazione un'opinione di Claro [...].

Quali mali non ha prodotti nel nostro Foro questo erroneo sistema di giudicare? Io lascio volentieri a' Politici più pazienti, e più moderati questo esame, che mi farebbe inoltrare in un dettaglio, nel quale forse non saprei contenermi¹⁶⁹.

Muovendo da una ben precisa coscienza della funzione razionalizzatrice che la motivazione può svolgere, l'Autore concludeva che l'obbligo generalizzato di giustificare la decisione in base alla legge induce il giudice a ponderare meglio la decisione stessa, precludendogli la parzialità e l'arbitrio. Inoltre, la pubblicità della motivazione espone l'operato del giudice ad un controllo critico da parte dell'opinione pubblica, e rende quindi il giudice stesso responsabile nei confronti della collettività:

Non è una persona sola che deve esser persuasa dalle fallaci induzioni d'un giudice corrotto; ma è un Pubblico intero, inesorabile ne' suoi giudizi, che deve esaminare le sue decisioni. Niuna cosa ha dato tanto da temere anche agli animi più intrepidi, quanto la pubblica Censura¹⁷⁰.

Come si vede, il Filangieri coglie con precisione la portata politica della legge, ed il suo è un ottimismo di certo tutto 'illuministico' che plaude ad essa come ad un rimedio contro l'ingiustizia, la corruzione e l'arbitrio. Non è però l'illuminismo dei *philosophes* ad ispirargli queste riflessioni, ma l'illuminismo del politico, o meglio lo stesso tipo di approccio ai problemi della giustizia, in chiave democratica, che porterà poco tempo dopo il legislatore rivoluzionario francese su linee parallele alle quali si conformava la pramatica napoletana¹⁷¹. In realtà, però, come è stato opportunamente rilevato

¹⁶⁹ *Ivi*, § VIII: *La legge del sovrano sarebbe stata inconsequente se non si fosse bandita dal foro l'autorità de' Dottori*, pp. 53-55. Ho uniformato la grafia di interpreti da interpreti nel testo. La descrizione fatta dal Filangieri degli effetti negativi prodotti dal ricorso alla *opinio doctorum* nei giudizi mostra l'evidente influenza del Muratori e degli illuministi lombardi Verri e Beccaria. Per questo vedi, P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica* cit., p. 142.

¹⁷⁰ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche* cit., § VII: *Ragioni che hanno indotto* cit., pp. 49-50.

¹⁷¹ M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione* cit., p. 625; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Illuminismo e interpretazione* cit., p. 253.

da Ajello, è lecito dubitare che questa fosse la volontà politica sottostante alla prammatica tanucciana, dal momento che essa può essere fatta rientrare anzitutto nel programma di centralizzazione della struttura statale, perseguito dal ministro stesso, implicante una concezione burocratica della giustizia e dei rapporti tra giudice e sovrano; sotto questo profilo, infatti, può essere intesa come un'esplicazione del dispotismo illuminato, più che dell'illuminismo democratico. Non va dimenticato, infatti, che la struttura politica del regime napoletano era e rimaneva modellata su quella dello stato dispotico e autoritario: in essa, il rafforzamento del principio di legalità e l'introduzione di una forma di controllo sull'operato del giudice, attraverso l'obbligo di motivazione, appare rispondente più ad un programma di centralizzazione del potere, in opposizione alle tendenze centrifughe delle istituzioni feudali, che ad una vera e propria ideologia di sindacato democratico sulla giustizia. Senza ombra di dubbio, la generalità dell'obbligo e l'introduzione di un sistema diretto a garantire addirittura la pubblicazione a stampa delle sentenze motivate giustificano l'apprezzamento del Filangieri; tuttavia, non appare però infondata l'impressione che nelle intenzioni dell'ideatore della riforma dovesse trattarsi più di uno strumento di pressione sui giudici che di un modo per attribuire al popolo la possibilità di controllare il loro operato¹⁷².

Ma è proprio per questi «caratteri di originalità» che il provvedimento venne a scontrarsi con un ambiente completamente impreparato a farlo proprio: da una parte mancava una sia pur sufficiente maturazione in senso democratico, indispensabile affinché l'obbligo della motivazione potesse esplicitare in concreto la sua funzione politica; dall'altra, la prassi giudiziaria, ancora indiscutibilmente legata al sistema feudale e alla concezione "oracolare" della giustizia, si collocava ad un livello culturale e politico fin troppo arretrato rispetto alla diversa ideologia che caratterizzava le nuove norme.

Pertanto, nonostante si trattasse di una riforma profondamente innovativa¹⁷³, le opposizioni e i contrasti furono immediati e scaturirono da un

¹⁷² R. AJELLO, *Preilluminismo giuridico* cit., p. 133 ss., p. 147 e p. 158 ss. Vedi anche M. TARUFFO, *La motivazione* cit., pp. 331-332.

¹⁷³ Secondo quanto sostiene il Gorla, «nel suo illuminismo il re istituisce *avant la lettre* qualcosa di simile al *référé législatif* della rivoluzione francese [...]. Il re attua una rigida divisione dei poteri, quale era intesa da Montesquieu [...]: spetta al potere legislativo (unito qui all'esecutivo) il fare le leggi e l'interpretarle, non appena una controversia non si possa decidere con un testo espresso di legge per il caso o (per mera deduzione) con un testo espresso su casi simili; spetta ai giudici l'applicare meccanicamente le leggi». G. GORLA, *I precedenti storici* cit., p. 457.

rigido conservatorismo della magistratura napoletana. La più strenua opposizione giunse, dunque, proprio dalla magistratura, e si tradusse – come si evince da puntuali studi in materia – in alcune “rappresentanze” formali indirizzate al sovrano da parte del Delegato dei cambi, del Supremo magistrato del Commercio, e del Sacro Regio Consiglio, nelle quali vennero evidenziati i problemi posti dall’applicazione della riforma¹⁷⁴. Le contestazioni di maggiore interesse furono, senza ombra di dubbio, quelle formulate in nove quesiti presentati il 25 ottobre 1774 dal Sacro Regio Consiglio, a cui si rispose con un altro dispaccio emanato da re Ferdinando IV il 26 novembre successivo, nel quale, davanti al netto rifiuto dei magistrati, per ragioni di dignità e di decoro della funzione giurisdizionale, dell’opportunità di motivare le sentenze, e all’ulteriore richiesta della possibilità di fondare le sentenze sul solo dettato legislativo¹⁷⁵, venivano ribadite integralmente le

¹⁷⁴ P. ALVAZZI DEL FRATE, *L’interpretazione autentica* cit., pp. 81-82; M. TITA, *op. cit.*, p. 3 ss.

¹⁷⁵ Questi alcuni dei nove dubbi proposti dal Consiglio: «[...] IV. Essendovi nelle leggi comuni, e patrie, molte antinomie e discordanze; e trovandosi per ciò prescritto nella costituzione del 1738 che, per rimuovere le controvertite opinioni d’infiniti articoli non meno della legge comune, che delle municipali del Regno, si unissero quattro volte l’anno le Ruote del Consiglio a farne la conclusione, da approvarsi dal Re. Ed allo incontro ordinatosi ora che le decisioni si fondino, non già sulle nude autorità de’ Dottori, ma sulle leggi espresse del Regno o Comuni. Chiede il Consiglio se, pendente la nuova legislazione, possa continuare a far uso delle controvertite opinioni de’ Commentatori dell’uno o dell’altro Diritto, e de’ Trattatisti più rinomati. V. Se nelle controvertite opinioni, e dove non sia legge espressa, che determini un caso controverso, possa continuare a far uso delle proprie decisioni, e delle decisioni di altri esteri Tribunali. VI. Quale norma debba tenere nel giudicare de’ casi, che non dipendono dalla legge espressa, ma dalla ragionata consuetudine di giudicare fondata sulla opinione de’ Dottori, e sulle decisioni de’ Tribunali: [...]. VII. Qual maniera debba tenersi nelle cause, che consistono in puro fatto, ed in quelle, che dipendono dalle interpretazioni delle ultime volontà, nelle quali dovendosi esporre le prove di fatto, e le congetture, dovrà nelle sentenze inserirsi per quelle tutto il processo; e per queste, specialmente ne’ maggiorati, e nelle primogeniture ignote nelle antiche leggi, ed in quelle del Regno, ricorrersi alle opinioni de’ Dottori, allo uso di giudicare, ed al buon senso del Magistrato. VIII. Ordinandosi che, quando non vi sia legge espressa, e si abbia a ricorrere alla interpretazione ed estensione della legge, questo si faccia in maniera, che le due premesse dello argomento sieno sempre fondate sulle leggi espresse e letterali. Chiede il Consiglio come debba intendersi, supponendo che, per esser ragionata la decisione, debba contenere tre parti, delle quali la prima e la seconda non possano esser fondate sulle leggi, ma una ha da fondare la proposizione di Diritto, l’altra contenere il fatto controverso, si che poi la terza parte, colla decisione, ch’esprima del fatto controverso, conchiuda lo argomento. IX. Dicendosi che, quando il caso sia tutto nuovo, o totalmente dubbio, che non possa decidersi né colla legge, né collo argomento della legge, si riferisca al Re per attendere il sovrano oracolo. Chiede il Consiglio se debba proporre il solo dubbio, per attendere la sovrana risoluzione; o unito nelle quattro Ruote, a tenor della

disposizioni contenute nel dispaccio del 23 settembre, sottolineandosi ancora una volta che la normazione era prerogativa del solo sovrano, mentre ai giudici spettava l'amministrazione della giustizia, attraverso l'applicazione delle leggi. Il diritto doveva essere "certo" e l'obiettivo della riforma – si proseguiva nel dispaccio – era in via esclusiva quello di eliminare l'arbitrio dei giudizi¹⁷⁶:

Vuol dunque la Maestà Sua primieramente che il Consiglio abbia per massima:

Che la Verità e la Giustizia, che li Popoli conoscono e vedono nelle decisioni de' Giudici, è il vero decoro de' Magistrati, non quello stilo di Oracoli, che non dubbita di attribuirsi nella sua rappresentanza il Consiglio: essendo il Genere Umano pur troppo portato a sospettare e maledire quello, che non intenda facilmente.

Che la legislazione è tutta della Sovranità.

Che il Consiglio non è che un Giudice; e che i Giudici sono esecutori delle leggi, e non autori.

Che il Diritto ha da essere certo e definito, e non arbitrario.

Che la sua Regal Mente è stata di frenare col dispaccio de' 23 Settembre lo arbitrio nel giudicare¹⁷⁷.

Anche il Filangieri rispose, nella seconda parte del suo volume, alle obiezioni sollevate dai magistrati napoletani nei confronti del dispaccio del sovrano. E ad una magistratura che aveva messo in evidenza specificatamente il problema delle lacune legislative, sostenendo che: «se il Sovrano ha voluto, che il Magistrato ricorra all'autorità suprema; si vedranno nascere tante leggi particolari, quanti casi si ritroveranno non compresi nelle leggi anteriori»¹⁷⁸, e sottolineato l'importanza dell'attività interpretativa svolta dai giudici, ritenendo che: «l'interpretazioni de' Dottori sono di molto soccorso a' Magistrati nell'applicazione delle leggi; perché dunque proscriverle?»¹⁷⁹, il Filangieri replicava che se

costituzione del 1738, esaminare lo articolo, e proporre la decisione per la sovrana approvazione». Cfr. D. GATTA, *Regali dispacci* cit., tit. XXXXVII, cap. VIII, pp. 633-635.

¹⁷⁶ P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica* cit., p. 85.

¹⁷⁷ D. GATTA, *Regali dispacci* cit., tit. XXXXVII, cap. VIII, p. 635.

¹⁷⁸ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche* cit., pt. II: *Si risponde ad alcune obiezioni che si possono addurre riguardo all'applicazione di questa Legge*, § II: *Obiezione, che si fa riguardo a casi non compresi nella legge*, p. 73.

¹⁷⁹ *Ivi*, § VI: *Altra obiezione*, p. 90.

la molteplicità delle leggi è un male, [...] il dare a' Magistrati il dritto di decidere de' casi non compresi nella legge, è certamente un male maggiore¹⁸⁰,

e concludeva che la riforma «proscrive l'autorità de' Dottori», ma non vieta al giudice lo studio della dottrina, quindi:

[...] immerso nella Biblioteca forense, il Magistrato si faccia pure un dovere di consigliare quando gli piaccia, i polverosi volumi di Bartolo, e di Baldo. Per profittare delle loro interpretazioni, non è necessario di dire: io decido così, perché questa è l'opinione de' Dottori¹⁸¹.

Nonostante tutto, i contrasti si rivelarono di una tale intensità e persistenza che, anche per i gravi inconvenienti verificatisi in sede di pratica applicazione della riforma¹⁸², nel 1791, con un altro dispaccio venne abrogata parte della normativa che prevedeva l'obbligo di motivare, e quest'ultimo trasformato in una mera facoltà discrezionale del giudice¹⁸³. Sia l'osservanza imprecisa e lacunosa del dispaccio, sia l'abolizione della riforma solo dopo qualche anno, dimostrano le tantissime difficoltà incontrate nel tentativo di inserire un elemento avanzato e di notevole carica innovativa, anche se isolato, in un contesto ancora fortemente caratterizzato dalla tradizione, che i numerosi tentativi di riforma non erano riusciti neanche a scalfire. Quel dispaccio sulla motivazione che nel 1774 si era imposto come un evento clamoroso, dopo meno di vent'anni rimase 'lettera morta'; ancora prima di essere abrogato era caduto nell'oblio di quegli stessi giuristi che lo avevano ideato e difeso a spada tratta.

7. A mo' di conclusione

Gli interventi legislativi richiamati nei paragrafi precedenti si innestano in una situazione che, soprattutto per quanto attiene alla prassi giudiziaria e alla legislazione preesistente nei diversi Stati italiani, rappresenta un sub-

¹⁸⁰ *Ivi*, § II: *Obiezione, che si fa riguardo a casi non compresi nella legge*, p. 74.

¹⁸¹ *Ivi*, § VI: *Altra obiezione*, pp. 90-91.

¹⁸² Relativamente al complesso di opposizioni delle diverse magistrature napoletane e alle ragioni del fallimento del dispaccio, si rinvia a M. TITA, *op. cit.*, p. 41 ss.

¹⁸³ P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica cit.*, p. 85; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine cit.*, p. 372.

strato sostanzialmente favorevole alle innovazioni che essi comportano, ma che risale ad una fase culturale e politica certamente di molto anteriore alla diffusione delle idee illuministiche. Questi provvedimenti avrebbero sortito due effetti rilevanti: da una parte, il divieto di citazioni dottrinali avrebbe destabilizzato risolutivamente il sistema normativo dello *ius commune*, abbattendo l'autorità dei dottori medievali, alle cui opinioni era stata attribuita, fino a quel momento, grande forza vincolante; dall'altra, l'obbligo di motivazione della sentenza che, secondo quanto abbiamo detto, avrebbe trovato il suo fondamento nella legislazione sovrana, con la connessa negazione del valore di precedente alle decisioni giudiziali, avrebbe mortificato in maniera significativa sia il prestigio sia l'autonomia delle grandi corti, che molto spesso utilizzavano la discrezionalità giudiziale come strumento di potere o di indipendenza politica. In questo modo l'esperienza di *ius commune* – che una cospicua storiografia qualifica come diritto giurisprudenziale – si avviava al suo inesorabile tramonto.