

**IL DIRITTO ROMANO  
NELLA CULTURA GIURIDICA ITALIANA  
DEL XVIII SECOLO\***

**SOMMARIO:** 1. La crisi del diritto comune nell'Europa del XVIII secolo – 2. La polemica contro il diritto romano: Muratori, i fratelli Verri, Beccaria, Pilati – 3. La difesa del diritto romano e le proposte di riforma: De Gennaro, Rapolla, Vario – 4. La legislazione decemvirale come modello: Pagano – 5. Gli epigoni del dibattito settecentesco sul diritto romano: Delfico e Galanti – 6. Osservazioni finali.

1. *La crisi del diritto comune nell'Europa del XVIII secolo*

Benché già nel sedicesimo secolo si fosse cominciata a percepire l'esigenza di una radicale riforma del sistema delle fonti normative, l'assetto settecentesco di queste ultime ricalcava, in buona sostanza, seppure con differenze talvolta sensibili da paese a paese, il modello medievale, rappresentato dalla stratificazione di fonti normative assai eterogenee (consuetudini locali, statuti comunali e corporativi, decisioni dei tribunali, editti dei sovrani, leggi feudali, opinioni dottrinali, interpretazioni giurisprudenziali).

---

\* Destinato agli Studi in onore di Remo Martini.

In una tale situazione, in cui la frammentazione politica, il particolarismo istituzionale ed amministrativo di una società basata sull'autonomismo degli ordinamenti giuridici e la distinzione in ceti erano fonte di estremo disordine, di perenne incertezza del diritto e di grave malfunzionamento della giustizia, era il diritto comune, nella sua derivazione dal diritto romano (quale risultava dalla sistemazione giustiniana) e da quello canonico, a costituire il fondamento del sistema giuridico europeo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Sulla formazione del *ius commune* nonché sui fattori e le modalità di recezione, teorica e pratica, del diritto romano, cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Bologna 1987; P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano* (trad. A. Biscardi), Firenze 1962; più di recente, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. I. Dal crollo dell'Impero romano d' Occidente alla formazione dello ius commune*, Torino 2001, in part. 33 ss. e 95 ss., nonché A. TORRENT RUIZ, *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del derecho: derecho romano – ius commune – derecho europeo*, Madrid 2007, in part. 205 ss. È noto che, nell'Europa del secondo dopoguerra, tenace e convinto assertore della necessità di rifondare gli studi di storia del diritto dando il giusto rilievo al 'diritto comune' quale fenomeno giuridico più significativo del Medioevo, in netta cesura sia con la tradizione dogmatica pandettistica che con quella nazionalistica germanistica (ed italianistica), è stato Francesco Calasso. Per un approfondimento circa i presupposti scientifici della posizione di quest'Autore, si rinvia a F. CALASSO, *Diritto volgare, diritti romanzzi, diritto comune*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto romano e Storia del Diritto II* (Milano 1951) 357 ss. = ID., *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, 207 ss., nonché al suo celebre manuale, *Medioevo del diritto*, Milano 1954. Per un ragguaglio sugli orientamenti culturali e metodologici della storiografia del diritto medievale nel secolo appena trascorso, si veda E. CONTE, *Storia interna e storia esterna. Il diritto medievale da Francesco Calasso alla fine del XX secolo*, in *RIDC* 17 (2006) 299 ss.; più in generale, per una ricognizione del

Il diritto romano, in particolare, nella maggior parte dei paesi d'Europa, era formalmente considerato come fonte sussidiaria alla quale ricorrere in caso di lacune delle norme particolari, un insieme di regole giuridiche ritenuto comune a più ordinamenti per la sua valenza razionale ed universale; nella realtà, invece, esso aveva acquisito un ruolo preminente proprio perché appariva caratterizzato da principi generali e da categorie astratte capaci di comprendere tutti i fatti dell'esperienza umana; pur laddove esso era recepito solo parzialmente, o addirittura rifiutato dalle autorità e dalla popolazione in quanto elemento estraneo alla tradizione locale, comunque e «*dovunque costituiva esso la base dell'insegnamento della giurisprudenza nonché un punto di riferimento e un termine di paragone ineliminabile del quale i giuristi*

---

problema dell'evoluzione storica del rapporto tra diritto e *interpretatio*, cfr. U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, 174 ss. Il carattere meramente introduttivo di questo paragrafo non consente di approfondire le posizioni (e le ragioni più profonde) del noto dibattito sulla validità ed estensione del concetto di 'diritto comune': in estrema sintesi, al riguardo, faccio mie le osservazioni di A. PADOA SCHIOPPA, *Giuristi e ceto forense*, in *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, 300 nt. 15: «*Si potrà discutere sulla esistenza o meno di un "sistema" di diritto comune; si potranno adottare o respingere l'impostazione e la terminologia introdotte da Francesco Calasso; ma in ogni caso non potrà negarsi la consistenza storica di un "diritto comune", inteso come un insieme di principi, di tecniche, di materiali che non si esauriscono affatto nella pur poliedrica normativa del Corpus iuris: principi, spunti, interpretazioni, teorie che, se hanno visto a volta a volta la luce – come ogni evento della storia – in occasioni precise, certo meritevoli di puntuale ricostruzione, costituiscono poi, una volta enunciati, accolti e consolidati, un "dato" di cui la vita del diritto (e dunque la vita sociale) non può non tener conto, non diversamente da quanto accade per i dati legislativi*».

*dovevano tenere conto*<sup>2</sup>.

A partire dal XII secolo, infatti, il *Corpus iuris* di Giustiniano, grazie alla riscoperta ed alla rielaborazione fattane dalle Scuole dei Glossatori e dei Commentatori, era divenuto il pilastro della cultura giuridica, il perno intorno a cui ruotava un sistema politico-istituzionale estremamente frammentato, ideale terreno di coltura per un accentuato pluralismo delle fonti normative.<sup>3</sup> Solo il sistema romanistico, allora, era stato ritenuto idoneo a fornire un possibile modello organico di riferimento, dal quale attingere i principi, le regole, le strutture essenziali del diritto; esso fu, così, considerato la legge per antonomasia, la fonte di ogni sapere giuridico, la *ratio scripta* cui attingere soluzioni concrete, indispensabile strumentario per padroneggiare il ragionamento giuridico.<sup>4</sup> La preminenza logica e scientifica dell'*utrumque jus*, rispetto alla quale la legislazione dei vari Stati era considerata *jus particulare*, gli aveva consentito di superare il confronto con i vari ordinamenti statuali senza perdere la sua efficacia; proprio in virtù della sua perfezione tecnica, esso si era dimostrato idoneo a colmare le innumerevoli lacune dello *jus proprium* di ciascuno Stato e, almeno idealmente, ad arginare gli effetti perniciosi di un particolarismo giuridico per il quale il diritto non era uguale in tutto il territorio e meno che mai per tutti i sudditi di un medesimo Stato.

Inevitabilmente, in questo scenario, i giuristi, in

---

<sup>2</sup> Così M. R. DI SIMONE, *Diritto*, in *L'illuminismo: dizionario storico*, Bari 1997, 138.

<sup>3</sup> Per tutti, cfr. V. PIANO MORTARI, *L'idea di codificazione nel Rinascimento*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli 1998, 325 ss.

<sup>4</sup> In tal senso U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, cit., 150 ss.

quanto tecnici del diritto, erano destinati a ricoprire un ruolo sempre più importante all'interno del sistema: ad essi, infatti, competeva individuare la disciplina da applicare ai singoli casi e, prima ancora, stabilire le regole dell'interpretazione, coordinando gerarchicamente tra loro le fonti; in tal modo, essi, già a partire dalla Glossa, avevano, di tempo in tempo, limitato o amplificato il diritto romano, facendone così un diritto sostanzialmente nuovo.<sup>5</sup>

Il ricorso alle opinioni dei *doctores* divenne così sempre più frequente e spesso vincolante: in un più generale contesto di sostanziale svalutazione dell'opera del legislatore, la c.d. *communis opinio* divenne il punto di riferimento obbligato per il giurista, *in consulendo* ed *in iudicando*. Attraverso la malcelata inosservanza delle leggi, l'applicazione di usi forensi ed interpretativi più che liberi, l'assenza di obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie, l'ordinamento prammatico venne così a prevalere su quello legislativo<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Sul ruolo del giurista nel sistema del diritto comune si rinvia, per un approfondimento, a L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, in part. 79 ss. e a M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano 1969. In senso critico rispetto alle tesi di quest'ultimo Autore, cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Giuristi e ceto forense*, cit. 293 ss. Sui rapporti tra legge ed interpretazione nell'età del tardo diritto comune, cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e scienza del diritto*, Bologna 1976, 37 ss.

<sup>6</sup> Cfr. R. AJELLO, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel regno di Napoli*, Napoli 1968, 11 ss. La distanza tra l'assetto formale ideale del sistema giuridico-istituzionale e il suo (mal) funzionamento effettivo è sottolineato anche da A. DE MARTINO, *Illuminismo e codificazione*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, cit., 339 ss.

Una utilizzazione essenzialmente formale, e sostanzialmente strumentale, della tradizione del diritto romano consentiva pertanto ai cd. ‘togati’ di governare di fatto, e consapevolmente, l’ordinamento, ammantando di antiche soluzioni giuridiche nuove, elaborate spesso in vista della tutela di interessi di parte<sup>7</sup>.

Bisognava arrivare agli inizi dell’epoca moderna affinché, man mano che diveniva sempre più significativa e ampia la produzione di norme ad opera degli Stati sovrani nazionali, si giungesse a contestare i capisaldi del sistema fondato sul diritto comune. In particolare, in Francia, la cd. Scuola culta del diritto fu assai attiva nel sottoporre a serrata critica la tradizionale concezione del *Corpus iuris* giustiniano

---

<sup>7</sup> A tale proposito, con specifico riferimento al Regno delle Due Sicilie, assai efficacemente scrive A. DE MARTINO, *Illuminismo e codificazione*, cit., 352 s.: «*Avvocati e magistrati, cui era demandato il compito dell’interpretazione del diritto e della applicazione delle leggi, adoperando i raffinati strumenti esegetici di cui disponevano in virtù della loro notevole cultura fondata essenzialmente sulla tradizione scientifica del diritto romano e della loro esperienza pratica, potevano intervenire sulla lettera della legge stravolgendone il senso per adattarlo a soluzioni di comodo o ad interessi di parte, potevano contrapporre alla legislazione recente le soluzioni pressochè inesauribili tratte dalla massa di vecchie norme comprese nel sistema del diritto comune europeo, potevano cioè perpetuare i caratteri di un ordinamento di tipo giurisprudenziale nel quale il rapporto con l’antico diritto romano, anche se tutt’altro che effettivo, nobilitava le norme recenti e dava prestigio a quei giuristi che sapessero fare ricorso alle fonti della giurisprudenza colta*» Sul ruolo centrale dei giuristi cfr. P. L. ROVITO, *Repubblica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del seicento. I. Le garanzie giuridiche*, Napoli 1981, *passim*. Piena consapevolezza del ruolo culturale e sociale dei giuristi è testimoniata da Francesco D’Andrea nei suoi *Avvertimenti ai nipoti*, opera scritta alla fine del seicento (1698), nella quale l’Autore esaminava le ragioni per le quali l’avvocatura era assurta a canale di sicura ascesa sociale, potenzialmente aperto a tutti.

come corpo normativo unitario e, al contempo, nel rivalutare il diritto romano classico e le tradizioni giuridiche nazionali, ponendo così le premesse per una completa risistemazione del diritto in Europa, da conseguire attraverso la sua radicale riorganizzazione e semplificazione, e gettando le prime basi per la futura opera di codificazione, considerata come necessario strumento per fondare un nuovo *ordo iuris* e soddisfare, così, un'esigenza non soltanto teorico-dottrinale ma, insieme, e forse prima ancora, anche politica e civile<sup>8</sup>.

2. *La polemica contro il diritto romano: Muratori, i fratelli Verri, Beccaria, Pilati*

Se in Italia, nel corso del Seicento, con Vico, Gian-

---

<sup>8</sup> Cfr., *amplius*, V. PIANO MORTARI, *Diritto, logica, metodo nel sec. XVI*, Napoli 1978, in part. 274 ss.; ID., *L'idea di codificazione nel Rinascimento*, cit., in part. 332 ss.; R. FEOLA, *Aspetti della cultura giuridica e delle istituzioni in Italia. Dalla crisi dell'antico regime alla codificazione napoleonica. Corso di lezioni*, Salerno 1989, in part. 15 ss. Più di recente, sulle ragioni della crisi del *ius commune* e le principali tappe verso le moderne codificazioni nazionali, cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello ius comune alle codificazioni moderne*, Torino 2003, *passim*. Con specifico riferimento al ruolo del diritto romano nell'ambito delle principali codificazioni europee, sia come modello sistematico che come bagaglio di soluzioni specifiche ritenute conformi al diritto naturale, è sicuramente utile la lettura di K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, *Le droit romain et l'idée de codification du droit privé au siècle des lumières*, in Z. KUPISZEWSKI - W. WOŁODKIEWICZ (a cura di), *Le droit romain et sa réception en Europe. Actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia Nazionale dei Lincei le 8-10 octobre 1973* (Varsovie 1978), 181 ss.

none, Gravina<sup>9</sup>, la critica verso il diritto romano fu essenzialmente moderata e profondamente venata di rispetto e di ammirazione per la sapienza e l'*aequitas* degli antichi, un sempre più rapido e progressivo appannamento del mito plurisecolare doveva ben presto porre fine a quella che Savigny definì 'la seconda vita' della compilazione dell'imperatore Giustiniano<sup>10</sup>.

Nella seconda metà del Settecento, infatti, si raggiunse una più matura consapevolezza di quanto la scienza giuridica fosse divenuta il principale sostegno, pratico ed ideologico, dello stato assolutistico feudale e, parallelamente, di come il sistema fondato sul diritto romano e sull'*auctoritas* dei giuristi avesse consentito a questi ultimi di gestire, praticamente senza alcun controllo, l'ordinamento. Si avvertì, pertanto, fortemente l'urgenza di un nuovo equilibrio nei rapporti tra sovranità, legalità e giuristi che doveva passare necessariamente attraverso la semplificazione delle fonti normative e, *in primis*, attraverso la codificazione. La battaglia per il rinnovamento del diritto e delle istituzioni fu, dunque,

---

<sup>9</sup> Per un approccio alle finalità dello studio del diritto romano secondo Vico, cfr. S. MAZZARINO, *Vico, l'annalistica e il diritto*, Napoli 1971; più di recente, M. D'ORTA, *Breve nota su Vico e il diritto di Roma*, in *Nozione, formazione, interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a Filippo Gallo*, III, Napoli 1997, 97 ss., ha sottolineato il recupero e la valorizzazione dell'esperienza giuridica romana ad opera del Vico nella costruzione del diritto come scienza sociale. Per un approfondimento dell'opera di Vico, Giannone e Gravina si rinvia alle mirabili pagine di R. ORESTANO, *Introduzione* cit., 102 ss. e 215 ss.

<sup>10</sup> Sulle cause del declino del *ius commune* e dell'avversione per il diritto romano, cfr., *amplius*, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*. II., cit., in part. 6 ss.

innanzitutto lotta per il ridimensionamento dello strapotere dei 'forensi' e, correlativamente, per la certezza del diritto.

L'atteggiamento nei confronti del diritto romano mutò allora radicalmente, dando luogo ad una polemica sempre più aspra che raggiunse, talvolta, i toni dell'invettiva; gli antichi motivi dell'antitribonianesimo, già presenti nelle opere degli umanisti, vennero ripresi e rafforzati, acquistando una risonanza ed una diffusione dapprima sconosciute; il mito di Giustiniano, esaltato in passato come il sovrano legislatore per antonomasia, veniva demolito e l'imperatore passava ad essere considerato come il despota autore di una compilazione giuridica ritenuta, ora, un ammasso informe e contraddittorio di norme, strutturalmente inidoneo ad offrire effettive garanzie di legalità e di giustizia<sup>11</sup>.

Il *Corpus iuris civilis*, ad oltre undici secoli dalla sua compilazione, appariva ormai del tutto insufficiente e il diritto romano giustiniano era considerato un ostacolo da rimuovere al più presto, un freno alla nuova vita economica e sociale, un baluardo di conservazione, formale e sostanziale, delle vecchie idee; in altri termini, esso fu visto come una sopravvivenza politicamente e culturalmente, prima ancora che giuridicamente, non più tollerabile e, pertanto, divenne oggetto degli strali degli Enciclopedisti che, ritenendolo simbolo ed usbergo del conservatorismo giuridico-istituzionale, ne criticarono aspramente, da un lato, la sua

---

<sup>11</sup> Sul significativo contributo che al crollo del mito dell'imperatore Giustiniano (e di sua moglie Teodora) provenne dal ritrovamento, nel 1623, degli *Anekdotia* (o *Historia arcana*) di Procopio di Cesarea, cfr. A. D. MANFREDINI, *La "storia segreta"*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, Sez. V, *Scienze giuridiche*, XVII (2003), 269 ss.

(ritenuta) imperfezione tecnica<sup>12</sup>, che aveva dato luogo al cd. *usus modernus pandectarum*, alle infinite opinioni contraddittorie della giurisprudenza e, quindi, a quella situazione di estrema confusione ed incertezza che, come si è visto, aveva alimentato lo strapotere del ceto dei giuristi; dall'altro, ne posero in serio dubbio la persistente validità come materia di insegnamento e la sua utilità per la formazione del giurista, essendo il suo oggetto lontano dal concreto diritto nazionale; infine, ne stigmatizzarono finanche la presunta intrinseca 'immoralità', in quanto diritto funzionale alla perpetuazione di un sistema sociale fortemente sperequato ed ingiusto (si pensi all'istituto giuridico della schiavitù, ma anche a quello del fedecommesso) e, da un punto di vista politico, strumentale all'affermazione della tirannide<sup>13</sup>.

Il grave discredito in cui era caduto il diritto comune è ben esemplificato da quanto scriveva Ludovico Antonio Muratori, già nel 1742, nella sua opera "*Dei difetti della giurisprudenza*", lucida denuncia del «*sostanzial malore della scienza legale*», di quella crisi profonda che travagliava il mondo del diritto. In primo luogo, egli esaminava pregi e difetti del *Corpus iuris* giustiniano che se, da un lato, appariva degno di «*gran venerazione*» e idoneo a fornire «*innumerabili e meravi-*

---

<sup>12</sup> L'imperfezione del sistema fondato sul diritto comune di derivazione romanistica risultava ancora più evidente laddove questo veniva posto a confronto «*con l'immagine chiara, razionale, perfetta, completa, di un ordinamento giuridico fondato sui principi elaborati dai giuristi umanisti, razionalisti, giusnaturalisti*»: così W. WOŁODKIEWICZ, *Un dialogo di Fénelon e le critiche settecentesche al diritto romano*, in *BIDR* 91 (1988) 237 ss., in part. 238.

<sup>13</sup> Per approfondimenti si rinvia a W. WOŁODKIEWICZ, *Nota di lettura a Le droit romain et l'encyclopédie*, in *Antiqua* 38, Napoli 1986, in part. XI ss.

*gliosi lumi per ben giudicare del tuo e del mio», dall'altro si presentava oscuro, contraddittorio e pieno di «superfluità»: occorreva dunque, a suo dire, che i Principi facessero redigere un compendio, in lingua volgare, chiaro e sistematico del diritto romano, selezionando solo le norme tuttora adeguate ai tempi ed eliminando tutte le altre.*

Ma è contro gli schemi interpretativi della dottrina e della prassi che il Muratori si dirige con maggiore asprezza: *«Il punto sta – egli scriveva – che da quando nel secolo XII Irnerio e gli altri successori suoi nella scuola di Bologna si diedero ad interpretare le leggi romane, tra perché non v'era puranche obbligo di osservarle, e di rigorosamente stare al loro tenore, e perché all'ingegno d'essi pareva che il testo delle medesime patisse delle difficoltà in molti casi, cominciarono di buon'ora a sfoderar limitazioni ed eccezioni. Ed altri poi vennero che vi aggiunsero nuove restrizioni o pure ampliazioni; e chi le interpretò in una e chi in un'altra maniera, con essere così a poco a poco giunto lo studio legale a quel gran caos di quistioni e conclusioni ambigue, provvedute sì nell'affermativa che nella negativa di ragioni e di autorità l'una all'altra contrarie, e di sentimenti per lo più affatto discordi».*

Per mettere ordine nella *«sterminata copia delle opinioni de' dottori»*, principale causa del disordine giudiziario e della confusione regnante nel settore della giustizia, il Muratori, consapevole dell'impossibilità di vietare l'utilizzo delle diverse *interpretationes*, realisticamente propose come soluzione una sorta di riordino di tutto il caotico materiale normativo esistente: ad alcuni dotti e saggi, andava, a suo parere, affidato il compito di redigere una sorta di codice in cui, con l'avallo del Principe, raccogliere le opinioni ritenute preferibili, le sole che in seguito si sarebbero dovute seguire da

parte dei tribunali<sup>14</sup>. La razionalizzazione delle fonti sembrava così costituire un valido rimedio alla crisi dell'ordinamento: si intravede, in prospettiva, già tracciata la strada che porterà alle codificazioni vere e proprie di fine Settecento ed inizio Ottocento.

L'incertezza assoluta del diritto comune veniva, dunque, imputata preminentemente allo strapotere esercitato dal ceto dei 'forensi' a tutto danno della collettività; in particolare, il Muratori denunciava l'uso distorto delle tecniche interpretative, impiegate al solo fine di favorire interessi di parte. Egli, tuttavia, nutriva ancora fede nella possibilità di organizzare sistematicamente e razionalmente le *opiniones* dei dottori, armonizzando così i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale, anche se velleitaria o, forse piuttosto, ingenua, appariva la pretesa di fissarle una volta per tutte, quasi cristallizzandole<sup>15</sup>.

Analoghe a quelle del Muratori erano le posizioni che in quegli anni ritroviamo anche in Gaetano Filangieri<sup>16</sup> e che

---

<sup>14</sup> *Amplius* cfr. R. BONINI, *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*, seconda edizione ampliata, Bologna 1988, 16 ss.

<sup>15</sup> In proposito si segnalano le riflessioni di F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino 1993, 252 ss., il quale giustamente sottolinea come l'analisi muratoriana sia sbilanciata, non considerando il fenomeno giuridico nella sua unitarietà e, soprattutto, non tenendo nel giusto conto il ruolo dell'interpretazione nella formazione ed evoluzione del diritto.

<sup>16</sup> G. FILANGIERI, *Riflessioni sull'ultima legge del nostro Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, Livorno, t. V, 1827, afferma che «L'Italia, la Francia, la Spagna, e particolarmente la Germania, videro nascere tanti commentatori, i quali nell'illustrazione delle leggi romane inventarono tante limitazioni, eccezioni ed amplificazioni, che diedero a' magistrati il

avrebbe portato avanti pure Alessandro Verri, quando, sulle pagine del Caffè, a proposito del diritto romano, affermava: «*Quest'ammasso di leggi, monumento d'una grande opera mal eseguita, può paragonarsi alle rovine d'un grande ed informe palazzo; si può dire che non si fece che distruggere. Non solo bastava ridurre tanti volumi ad uno solo, bisognava fissare i principi generali... Cominciarono allora Irnerio, poi Accursio, poi Bartolo e Baldo, e tant'altri celebri ignoranti ad inondare l'Italia con grossi volumi e, per nostra vergogna, pur hanno de' veneratori e ne sono fornite le biblioteche. Il decadimento accompagnò le sottigliezze legali e, circondati di libri di giurisprudenza, fummo senza leggi. Se il codice è chiaro, i commenti sono inutili o sono un abuso; s'egli è oscuro, i commenti sono tutt'al più un rimedio parziale; conviene rifonderlo, o abolirlo*»<sup>17</sup>.

La critica del Verri, dunque, concerneva innanzitutto i criteri seguiti nella redazione del *Corpus iuris* giustiniano: a suo dire, infatti, ne era venuta fuori un'opera raffazzonata, contraddittoria, zeppa di norme adottate per casi particolari, dalle quali era difficile ricavare dei principi generali; facevano eccezione soltanto le Istituzioni di Giustiniano che potevano, invece, essere considerate un codice ordinato, anche se, in ogni caso, il loro contenuto normativo era – a suo dire – non privo di norme barbare e ingiuste. La polemica in-

---

*mezzo di eludere il vero senso di queste leggi*», come ora può leggersi anche in R. BONINI, *Crisi del diritto romano*, cit., 138.

<sup>17</sup> A. VERRI, *Il Caffè*, vol. 1, foglio XVI, riedito da S. ROMAGNOLI, Milano 1960, 131 ss., ora in *Illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici* (a cura di P. COMMANDUCCI), Bologna 1978, 121 e 125. Per un approfondimento si rinvia a F. CASAVOLA, *Diritto romano e religione nel «Dei delitti e delle pene» di Cesare Beccaria*, in *Un Padre nel nostro tempo*, Roma 1994, 107 ss., ora in *Sententia legum tra mondo antico e moderno. III. Itinerari della civiltà giuridica*, Napoli 2000 (*Antiqua* 88).

vestiva poi il «*labirinto di giurisprudenza*» sviluppatasi sul *Corpus iuris*, cioè quella ponderosa mole di commenti ed interpretazioni origine del disordine e dell'incertezza: «...*non fuvi mai materia al mondo più feconda d'interpretazioni, e che più inviti alle Glosse ed ai Commenti, che questo caos di legislazioni. E infatti chi trascorrerarne alcuna, massimamente di quelle delle Pandette, vedrà che l'intelligenza loro dipende in gran parte da una vasta erudizione delle cose romane, de' riti, magistrati, costumi della antichità; onde, se in altra maniera non fossero state oscure, ciò solo bastava ad un infinito pascolo di commentatori. Intorno a che s'affaccia una riflessione, cioè quanto sia assurdo l'aver noi leggi tali, l'intelligenza delle quali è riserbata a que' pochi che a lunghi studi si consacrarono, scritte in lingua a noi forestiera, quasi che i sacrosanti oracoli della pubblica autorità, regolatori de' beni e de' cittadini, norma del lecito e del non lecito, piuttosto che palesi ed intelligibili ad ognuno, perché ognuno vi è obbligato, esser dovessero una scienza difficile e misteriosa, ignota al volgo profano*»<sup>18</sup>.

La conoscenza del diritto, dunque, appare al Verri come riservata a pochi esperti i quali gelosamente custodivano le loro prerogative e il loro *status*: la «*tradizione, chiamata pratica, è in mano di pochi; ella partecipa dell'incertezza comune, ed è conservata con una sorta di mistero sempre funesto ai progressi della ragione*». Causa principale dell'incertezza e dell'ingiustizia era, dunque, anche per il Verri, il 'sofismo' dei giureconsulti che, dando vita ad una farraginoso tradizione di opinioni dottrinali, spacciata per scienza del diritto, aveva consentito a co-

---

<sup>18</sup> Circa le ragioni della polemica di Alessandro Verri contro il diritto romano e, più in generale, sui motivi portanti dell'illuminismo giuridico lombardo, cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, 374 ss.

storo di usurpare le funzioni del legislatore e quelle del giudice.

Erano, questi, motivi che avevano trovato larga eco nel movimento illuministico lombardo e che, non a caso, coincidono, in buona sostanza, con le critiche che rivolge al diritto romano anche Cesare Beccaria, figura simbolo dell'illuminismo giuridico europeo, il quale, nella parte introduttiva del suo celeberrimo *Dei delitti e delle pene*, intitolata *A chi legge*<sup>19</sup>, tacciava senza mezzi termini la legislazione romana di essere un *corpus* frammentario e disorganico, ispirato a valori non più condivisibili – «*uno scolo de' secoli i più barbari*», come egli lo definì –, un ammasso normativo di cui, insomma, si avvertiva tutta la lontananza, vuoi geografica ma soprattutto temporale e, per dir così, spirituale; in particolare, egli stigmatizzava come su questi «*avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore*» si fosse poi formata «*una tradizione di opinioni*» che l'aveva di fatto soppiantato, causandone un sostanziale e grave snaturamento<sup>20</sup>, giungendo finanche ad affermare: «*Felice quella Nazione dove le leggi non fossero una scienza*».

Per Beccaria, come per Alessandro Verri, il problema fondamentale era, dunque, rappresentato dal fatto che il diritto romano appariva strutturalmente inadeguato alle esigenze moderne in quanto espressione di una civiltà antica,

---

<sup>19</sup> Parte che, come ricorda R. BONINI, *Il diritto privato e le sue fonti dall'illuminismo giuridico alla fine del regno napoleonico d'Italia. Un'antologia di documenti*, Milano 2005, 17 ss., mancava nella prima edizione dell'opera (1764) e fu aggiunta solo in seguito, a partire dalla sua quinta edizione.

<sup>20</sup> C. BECCARIA, «*Dei delitti e delle pene*», § XIV, intitolato *Indizi e forme di giudizi*. Sulla posizione del Beccaria nell'ambito della polemica settecentesca contro il diritto romano e la scienza giuridica si veda, *amplius*, F. CASAVOLA, *Diritto romano e religione*, cit., in part. 109 ss.

di un assetto sociale ed economico che non trovava più alcuna corrispondenza in quello del secolo XVIII; come sosterranno alcuni autori che sposarono posizioni estreme e radicali, quali Carlantonio Pilati<sup>21</sup>, Giustiniano stesso aveva dimostrato la sua «imbecillità» nel voler applicare una legge uniforme a popoli e regioni del suo impero tanto diversi tra loro, adottando peraltro norme funzionali alle esigenze di regimi politici e situazioni sociali appartenenti ad un passato ormai non più attuale. I sovrani moderni, dimenticando questo principio generale per cui le leggi mutano necessariamente nel tempo e nello spazio in relazione alle effettive esigenze del popolo, avevano conservato o addirittura fatto rivivere leggi antiche ormai superate dai costumi e dagli usi.

In misura leggermente più pacata, il fratello maggiore di Alessandro Verri, Pietro, nelle sue *Considerazioni sul commercio dello Stato di Milano*, pubblicate nel 1763, opera che segna l'adesione dell'autore ad un sempre più accentuato liberismo, disquisendo delle origini delle misure restrittive del libero commercio del grano era risalito fino ad alcune leggi romane da cui aveva preso spunto per definire il diritto romano<sup>22</sup> in sé stesso non funzionale alla prosperità dei commerci, in quanto espressione di una cultura e di un sistema economico basato sullo sfruttamento dei popoli soggiogati; a parer suo, le Nazioni europee, tanto diverse da quella romana, adottando la legislazione dei romani si comportavano «come quell'africana scimmia, la quale, volendosi ricoprire coll'elmo

---

<sup>21</sup> *Traité de loix civiles par Mr. De P. de T.*, La Haye-Londres, 1774.

<sup>22</sup> Per ulteriori considerazioni si rinvia a R. BONINI, *Crisi del diritto romano*, cit., 74 ss.

*d'Ercole, vi rimase sepolta*». Dunque, per Pietro Verri il ripudio del diritto romano si giustificava non su basi giuridiche ma economiche: quel diritto antico non era più utile perché frutto di meccanismi e regole economiche radicalmente diverse ed ormai del tutto inattuali.

A tutti questi autori, dunque, il sistema fondato sul diritto romano e sulle opinioni giurisprudenziali appariva ormai asfittico ed incapace di autorigenerarsi senza radicali interventi dall'esterno.

### *3. La difesa del diritto romano e le proposte di riforma: De Gennaro, Rapolla, Vario*

Nonostante queste voci critiche sempre più numerose e aggressive, intorno alla metà del XVIII secolo buona parte degli esponenti della cultura giuridica era ancora schierata, tuttavia, a difendere tenacemente una concezione della società in cui ai giureconsulti spettasse una funzione insostituibile di guida.

In un'opera intitolata *“Delle viziose maniere di difendere le cause nel foro”*, concepita in risposta ai *“Difetti della giurisprudenza”* del Muratori, Giuseppe Aurelio De Gennaro metteva in risalto, a difesa della giurisprudenza, l'oggettiva incapacità del potere politico di intervenire sul sistema legale: contro le incertezze della prassi, il giurista napoletano esprimeva una fiducia giusnaturalistica in una legge immanente all'uomo, legge che si identificava, attraverso la mediazione del giurista, nella scienza giuridica tradizionale, saldamente ancorata al diritto romano. Nessuna riforma era pertanto – a suo dire – necessaria, e tanto meno l'intervento del legislatore: ba-

stava saper approfondire il patrimonio di norme e di esperienze giurisprudenziali su cui poggiava il diritto comune; la decadenza del sistema, infatti, secondo il celebre avvocato, era da imputarsi essenzialmente ai giuristi pratici, i quali, sprovvisti degli indispensabili studi umanistici, avevano solo una conoscenza esteriore e superficiale del diritto, non potendo pertanto mai giungere a «*quelle dotte e colte interpretazioni, che vanno a scoprire le occulte cagioni, e la nascosa nelle Leggi medesime più soda e profonda filosofia*». Infondate erano perciò ‘*le querele contro le leggi romane e la giurisprudenza*’, da considerare invece come quelle tuttora maggiormente idonee a regolare la convivenza umana; il disordine giudiziario denunciato dal Muratori era da addebitarsi esclusivamente ai guasti provocati dalle successive interpretazioni e dunque alle deviazioni, correggibili, della prassi. La conoscenza del diritto antico, e segnatamente di quello romano, per De Gennaro, coerentemente ai canoni della tradizione neocultista, forniva al giurista le necessarie basi per comprendere l’evoluzione del diritto e potersi così orientare, di fronte ai problemi posti dalla prassi, nel mare delle *opiniones* dei dottori<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Né si dimentichi che, quando nel 1745 venne affidato a Pompeo Neri il compito di redigere un codice delle leggi patrie del Granducato di Toscana, questi propose non solo di utilizzare lo schema delle *Institutiones* di Giustiniano ma addirittura di approssimare le costituzioni patrie alle leggi romane in quanto fondate su «*principj veri ed innegabili*». Egli, invero, sosteneva con convinzione che non si potesse affatto prescindere dal diritto romano in quanto bagaglio di sapienza giuridica; a suo parere, mentre lo studio del diritto patrio non era essenziale nella formazione del giureconsulto, la scienza del giusto e dell’ingiusto, insegnata dai giuristi romani, dava invece la capacità di giudicare in qualunque luogo ed in qualunque tempo: cfr. i suoi *Discorsi*, II, 504.

Anche un altro giurista napoletano, Francesco Rapolla, con la sua *“Difesa della giurisprudenza”*, pubblicata nel 1744, rispondendo all’attacco contro il diritto romano ed il diritto comune, additava nei giuristi pratici, da lui ritenuti ignoranti, privi di scrupoli e asserviti all’interesse privato, i soli responsabili della decadenza del sistema giuridico, mentre giudicava pericolose le tesi portate avanti dal Muratori in quanto sembravano negare una scienza della giurisprudenza concepita come sintesi di universale e particolare. I correttivi alle deformazioni della prassi il giurista poteva e doveva trovarli all’interno stesso del sistema, fondato sull’intrinseca razionalità della legislazione romana, vera e propria culla del diritto; l’autore riteneva così indispensabile un’adeguata preparazione giuridica e ribadiva la necessità dello studio del diritto romano per la conoscenza delle cause e delle vicende delle norme giuridiche: era questo sapere, infatti, che faceva la differenza tra il mero leguleio ed il vero giurista.

Rapolla, in buona sostanza, ricalcava le posizioni già espresse all’incirca due decenni prima, nel 1726, nel *“De juri-consulto, sive de ratione discendi interpretandique juris civilis”*, opera in cui, abbracciando posizioni neocultiste, egli considerava la scienza giuridica romana come fonte viva del sapere giuridico<sup>24</sup> e si inseriva in quella battaglia culturale che, a partire dalla fine del Seicento, era stata intrapresa per cercare di risolvere i problemi scaturenti dall’incertezza ed oscurità del

---

<sup>24</sup> Solo qualche anno prima, nel 1720-22 Donatantonio D’Asti aveva pubblicato due volumi *“Dell’uso ed autorità della ragion civile nelle province dell’Impero occidentale, dal dì che furono inondate da’ Barbari fino a Lotario II”*, opera in cui il diritto civile veniva fatto coincidere col puro diritto romano, utilizzato finanche nei regni barbarici.

diritto individuando nuove prospettive per il ruolo del giurista, che si intendeva così rilanciare quale tramite essenziale per l'attuazione dei programmi di riforme giuridiche ed istituzionali, affermando l'esigenza di intervenire in primo luogo sulla sua formazione. In questa prospettiva, dunque, il Rapolla ribadiva la funzionalità degli studi storici alla piena conoscenza del diritto e, in particolare, la necessità di conoscere il diritto romano, in quanto diritto enucleato dalla ragione, al fine di individuare, possedere e penetrare le regole generali dell'*interpretatio*; la vera ed effettiva conoscenza delle leggi, quale poteva derivare solo dallo studio dei loro contenuti e, prima ancora, della loro storia, e quindi il pieno possesso dell'impianto teorico del sistema giuridico, doveva servire così in un'ottica essenzialmente pratica, al fine di apprestare, cioè, eque soluzioni giuridiche per le concrete relazioni della vita quotidiana dei consociati; in definitiva, come è stato efficacemente affermato, secondo questa prospettiva, «nella formazione del giurista gli elementi di storia e filosofia del diritto avrebbero dovuto essere non tanto segni di erudizione, quanto piuttosto semi di orientamento per la comprensione di una realtà da governare»<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Così I. BIROCCHI, *Giurisprudenza umanistica e diritto patrio in Francesco Rapolla (1701?-1762)*, in *Iuris vincula, Studi in onore di Mario Talamanca*, I, 237 - 282, in part. 279 s., a cui si rinvia per un'analisi approfondita del pensiero e delle opere di Rapolla. L'Autore, in part. pag. 247, osserva che il *De juriconsulto* «rientrava nel programma dei primi esponenti neocultisti che, predicando il rifiuto del principio d'autorità e il ritorno alle fonti, si erano dati alla ricostruzione storica e all'analisi dei testi romani, sul presupposto che la loro utilizzazione per la società del presente fosse necessaria per conoscere i fondamenti razionali del diritto contro le 'deformazioni' (ritenute arbitrarie ed interessate) dei prammatici. L'acquisizione storica e sistematica del diritto romano era ritenuta perciò il

Con Rapolla e De Gennaro si schierò la gran parte della cultura giuridica italiana<sup>26</sup>: di fronte agli attacchi dell'Illuminismo, le *élites* intellettuali opposero dunque una concezione del diritto radicata su solide basi giusnaturalistiche, riaffermando così l'importanza della funzione socio-politica del giurista e la validità universale della sua scienza, ergendosi a tenaci custodi di una legalità presentata come ordine naturale, insensibile per sua natura alle esigenze politiche contingenti.

Nella stessa scia, un altro giurista campano, Domenico Alfeno Vario, in quegli anni lettore di Pandette e Diritto feudale nella Regio-imperiale Università di Pavia, nella sua *Rappresentanza sull'interpretazione dell'Editto perpetuo*, del 7 marzo 1783<sup>27</sup>, parimenti sosteneva che per correggere i difetti

---

*requisito basilare dell'educazione del giurista». Alla stessa temperie culturale appartiene la *Respublica iurisconsultorum* di G. A. De Gennaro, pubblicata nel 1731, che affondava le radici nella teoria del *ius sapientioris* propugnata dal Gravina nelle sue *Origines iuris civilis* del 1717.*

<sup>26</sup> Va ricordato anche che già a stretto giro di stampa erano state pubblicate dure repliche al trattato del Muratori: del 1743 sono infatti sia le *Osservazioni sul trattato di L. A. Muratori dei difetti della giurisprudenza* di Giuseppe Pasquale Cirillo, pubblicate a Napoli, sia *La giurisprudenza senza difetti che da se medesima si difende contro il Trattato del signor Ludovico Antonio Muratori*, di G. A. Querini, pubblicato a Venezia. Per un esame approfondito delle posizioni a favore del diritto romano professate dalle *élites* culturali del Granducato di Toscana, si rinvia a D. MARRARA, *La giustificazione del diritto romano comune in alcuni autori dell'età moderna con particolare riguardo al Settecento toscano*, in *Quaderni fiorentini* 13 (1984), 310 ss.

<sup>27</sup> La dissertazione, rivolta a Joseph Maria von Wilzeck, ministro plenipotenziario dello Stato di Milano, costituiva la risposta del Vario agli aspri contrasti insorti con altri docenti dello Studio pavese i quali, criticando l'impostazione storico-pratica che egli aveva dato al suo in-

della giurisprudenza bisognasse operare all'interno del diritto comune, conservando intatto il sistema; a suo dire, occorreva intervenire in primo luogo sulla formazione dei futuri giuristi e quindi sulla metodologia dell'insegnamento delle discipline giuridiche, che doveva essere organizzato in modo da consentire l'acquisizione di un adeguato bagaglio tecnico. In particolare, Vario proponeva di razionalizzare e perfezionare il diritto attuale attraverso un approccio nuovo alle fonti del diritto romano, volto a privilegiarne gli aspetti giurisprudenziali e casistici, da lui ritenuto idoneo a fornire agli studenti una più adeguata preparazione in vista dell'attività forense; secondo quest'autore, infatti, specialmente attraverso lo studio dell'Editto perpetuo, andava garantita ai futuri giuristi la comprensione delle *rationes* fondamentali e dei principi generali, di modo che, una volta acquisita una metodologia corretta, essi fossero in grado di padroneggiare gli strumenti per un uso creativo del ragionamento giuridico: ancora una volta, dunque, si riteneva che le disfunzioni del sistema giuridico vigente potessero essere risolte senza stravolgimenti e, soprattutto, senza far

---

segnamento, avevano posto in serio dubbio la validità scientifica di un corso di lezioni fondato sull'Editto perpetuo anziché, come da tradizione, sull'opera di Eneccio. L'originale approccio alle fonti romane apparve ai colleghi di Vario troppo dissacrante e troppo distante dalla tradizione e dalle formule ufficiali e fu perciò ostacolato a tutti i livelli: cfr. D. MANTOVANI, *Domenico Alfeno Vario professore di Diritto civile (1780-1789). L'immedesimazione polemica nell'antico*, in AA.VV. (a cura di A. STELLA e G. LAVEZZI), *Esortazioni alle storie*, Atti del Convegno «... "parlano un suon che attenta Europa ascolta." Poeti, scienziati, cittadini nell'Ateneo pavese tra Riforme e Rivoluzioni» (Università di Pavia, 13-15 dic. 2000), Milano 2001, 414 ss.

ricorso a correttivi esterni<sup>28</sup>.

#### 4. *La legislazione decemvirale come modello: Pagano*

Nel dibattito sul diritto romano appare estremamente interessante la posizione di Francesco Mario Pagano<sup>29</sup>. Seguace delle dottrine platoniche, e pertanto ricolmo di fede sincera nel trionfo della verità, della giustizia, del bene, il Pagano propugna costantemente nelle sue opere l'ideale di una società perfetta, che egli ritiene realizzabile attraverso una perfetta legislazione, idonea ad abolire ogni forma di privilegio e porre fine alle tante disuguaglianze. A tale progetto dovevano indispensabilmente contribuire in primo

---

<sup>28</sup> Per approfondimenti sul pensiero e l'opera di Vario si rinvia a I. DEL BAGNO, «*Nisi utile est quod agimus, stulta est gloria*». *Le institutiones iuris neapolitani di Domenico Alfeno Vario*, in *Frontiera d'Europa* (2003), 179-220. L'Autrice sottolinea come l'ideologia giuridica di Vario appaia senza dubbio moderata, credendo egli più nell'idea di un risanamento del regime di diritto comune che immaginandone il superamento; nella sua visione, la complessità del sistema normativo era l'espressione di tutta la società e della sua storia civile: il criterio storico, mutuato dalla scuola culta, era pertanto di ausilio nell'interpretazione del diritto e da lui ritenuto in grado di chiarire le ragioni determinanti l'emanazione delle leggi, quanto la loro effettività, di far emergere i principi generali ed *e contrario* le norme caduche e desuete: sul punto, per approfondimenti, v. anche D. MANTOVANI, *Domenico Alfeno Vario*, cit., 431 ss.

<sup>29</sup> Formatosi alla scuola del Genovesi fu anch'egli, come tanti altri intellettuali illuministi, dapprima convinto sostenitore della strategia delle riforme moderate e gradualistiche, dell'alleanza degli intellettuali con il trono, sorretto da un'intima fede nel lento ma inesorabile trionfo finale della Ragione; successivamente, fu protagonista e martire della breve, ma intensa ed eroica, stagione della Repubblica Partenopea del 1799.

luogo i sapienti, nella convinzione, largamente diffusa nell'età dei lumi, che il vero filosofo non potesse disinteressarsi del bene collettivo: come molti degli intellettuali e dei riformatori suoi contemporanei, Mario Pagano era, infatti, fermamente convinto di poter contribuire a trasformare e migliorare dall'interno il sistema giuridico-istituzionale e che strumento primario ed indispensabile di ogni cambiamento fosse una nuova legislazione, fatta di norme effettivamente aderenti alla mutata realtà e finalmente uguali per tutti. Ideali, questi, emblematicamente racchiusi e propugnati nella "*Scienza della legislazione*" di Gaetano Filangieri, con la cui pubblicazione, nel 1780, ebbe inizio uno dei periodi più vivi e fecondi dell'Illuminismo giuridico, in particolare nell'Italia meridionale: nell'opera venivano analizzati i vizi dei sistemi istituzionali storicamente succedutisi, al fine di individuare le linee fondamentali di una nuova legislazione, capace di dare agli uomini l'agognata felicità<sup>30</sup>. In una tale temperie culturale, Mario Pagano prese parte attivamente al dibattito sui grandi temi della riforma dei contenuti delle discipline giuridiche, contro il particolarismo giuridico, per la modificazione dei rapporti tra diritti particolari e *ius commune* e l'eliminazione dei dubbi, delle antinomie, e per quanto possibile della possibilità di manipolazione del diritto da parte dei 'forensi', ritenuti i principali nemici della certezza e dell'ordine giuridico.

Fu in questo spirito che egli, nel 1768, appena ventenne, pubblicò il suo primo lavoro, intitolato *Politicum uni-*

---

<sup>30</sup> Non a caso, infatti, l'opera fu dedicata a Pietro Leopoldo, Granduca di Toscana, per molti illuministi il prototipo del sovrano progressista ed illuminato, esempio da additare agli altri principi italiani.

*versae romanorum nomothesiae examen*, in cui, per l'appunto, viene esaminata tutta la legislazione romana antica, da lui considerata perfetta ed additata come modello sulla cui scorta riformare la legislazione vigente. Accogliendo la tesi già sostenuta dal Muratori, Pagano considerava, infatti, male principale e causa di tutte le inefficienze della giustizia la molteplicità di norme applicabili; il rimedio, a suo dire, poteva venire solo dall'intervento di un Principe legislatore il quale, attraverso un'opera di codificazione, avrebbe dovuto garantire una facile reperibilità del testo normativo da applicare al caso concreto, soddisfacendo l'esigenza di una legge chiara che non consentisse interpretazioni discordanti.

Avendo Platone e Cicerone come punto costante di riferimento<sup>31</sup>, il giurista-filosofo sostiene che un eccessivo numero di leggi risulta pernicioso per la stabilità dello Stato: le leggi – egli afferma, riprendendo un vero e proprio *topos* del dibattito giuridico-istituzionale settecentesco – devono essere poche e avere un carattere generale; poiché il legislatore non può prevedere tutti i casi possibili, occorre stabilire solo alcuni principi fondamentali dai quali poi, in via analogica, far discendere le regole e le soluzioni per tutti i possibili casi particolari. Convinto che nel *mos maiorum* dei romani, vale a dire nell'insieme delle antiche consuetudini e costumanze degli avi, si potesse riscoprire l'ordinamento ideale, egli considera la legislazione decemvirale, «*aurea e veramente divina*», in quanto semplice, concisa, limitata nel numero delle norme, modellata sul fondamento del diritto natura-

---

<sup>31</sup> Per le derivazioni e gli influssi del *De legibus*, del *De oratore*, della *Divinatio*, del *De natura deorum* e del *De officiis*, cfr. F. D'ORIA, *La cultura classica a Napoli nell'Ottocento*, Napoli 1987, 68 s.

le<sup>32</sup>; con essa si sarebbe ottimamente assolto a quelli che sono i due compiti principali di ogni legislatore: creare leggi idonee a consolidare un governo moderato e rispondente al carattere del popolo; educare quest'ultimo affinché si formino buoni cittadini, onesti e amanti della giustizia. Una vera e propria apologia delle XII Tavole, dunque, considerate un monumento legislativo di valenza universale ed atem-

---

<sup>32</sup> Mosso da ingenuo entusiasmo, egli arriva persino a giustificare come ispirata al principio di uguaglianza la legge del taglione, che invece, in età più matura, dichiarerà senza mezzi termini espressione di uno stato primitivo e barbarico: cfr. *Principi del codice penale*, cap. XII. Altrettanta ingenuità, mista a moralismo, induce altresì il Pagano a ritenere socialmente efficace la possibilità, contemplata dalle XII tavole, di imporre la schiavitù per debiti: a suo dire, infatti, il cittadino romano, preferendo piuttosto la morte all'ignominia della schiavitù, non sarebbe stato indotto a contrarre debiti: anche riguardo a tale norma, in epoca successiva, Pagano ebbe ad esprimere un giudizio molto duro: emblematico di questa maturazione di pensiero è quanto egli scrisse nei *Saggi*, cap. XXIV (I ed.), dove, con argomenti poi rifluiti in una nota lunga della seconda edizione, esprime giudizi molto severi circa la legge che consentiva l'incarcerazione del debitore insolvente e, in particolare, riguardo alla norma che consentiva ai creditori di mettere a morte il debitore insolvente, dividendosene le spoglie. Ciò nonostante non sembra appropriato ritenere, come fa F. D'ORIA, *La cultura classica*, cit., 70 nt. 35, esclusivamente nei *Saggi* un'anticipazione delle tesi demolitrici del diritto romano che dopo pochi anni (nel 1791) sosterrà Melchiorre Delfico nelle sue *“Ricerche sul vero carattere della giurisprudenza romana”*: non va dimenticato, infatti, che l'entusiastica giovanile ammirazione del Pagano per la legge delle XII tavole era diretta alla loro armoniosa architettura più che al loro contenuto. Circa le ragioni culturali e politiche sottostanti alla maturazione del pensiero di Pagano in ordine alla legislazione romana, cfr. F. LOMONACO, *Tracce di Vico nella polemica sulle origini delle Pandette e delle XII Tavole nel Settecento italiano*, Napoli 2005, 49 ss.

porale, in sé mirabilmente perfetto, espressione di un'ideale società giusta ed eticamente sana.

Ad un modello di sistema giuridico imperniato su pochi principi generali, intrinsecamente fondati sulla giustizia e sul perseguimento del bene comune, espressi attraverso poche norme, chiare, semplici ed accessibili a tutti, senza bisogno della mediazione dei giureconsulti, aderisce, dunque, con entusiasmo e fervore, il giovane Mario Pagano, inserendosi così in un più vasto movimento culturale che, già dall'inizio del secolo dei Lumi, aveva, via via sempre più consapevolmente e criticamente, messe a fuoco due possibili concezioni ideali del diritto, tra loro radicalmente contrapposte: quella, rappresentata, appunto, dall'esperienza storica delle leggi greche e della legislazione romana delle dodici tavole, e quella, invece, rappresentata dalla compilazione di Giustiniano, ampiamente articolata, dettagliata e complessa, tale da offrire, inevitabilmente, ampi spazi all'interpretazione dottrinale<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Sono le due visioni del diritto efficacemente messe a confronto in F. DE SALIGNAC DE LA MOTHE FÉNELON, *Dialogues des morts composés pour l'éducation d'un prince*, Paris 1712, ed in particolare nel dialogo XIII, nel quale Solone e Giustiniano si confrontano su quelli che debbono essere i compiti del diritto. L'ampia diffusione in tutta Europa dell'opera di Fénelon, favorita anche dalla sua traduzione in svariate lingue, fece sì che tale dialogo divenne «una specie di manifesto i cui argomenti si possono trovare quasi identici in molte delle opere degli Illuministi»: così W. WOŁODKIEWICZ, *Un dialogo di Fénelon*, cit., 249, cui si rinvia per un'approfondita trattazione delle vicende dell'opera e del suo influsso sul dibattito europeo del XVIII secolo intorno al diritto romano. L'opera di Fénelon fu tradotta anche in italiano, a cura di Antonio Minunno, e pubblicata dapprima a Venezia negli anni 1718-20 e

Nel *Politicum*, tuttavia, il giurista di Brienza, non si limita ad indagare la legislazione decemvirale ma effettua un'analisi critica delle vicende successive dell'ordinamento giuridico romano, individuando le peculiari caratteristiche della legislazione nelle varie epoche della sua storia, cercando di rinvenire in esse quei momenti e quei frutti normativi che ancora mostravano tutta la loro validità<sup>34</sup>. Evidentemen-

---

quindi ristampata, identica, a Napoli, nel 1722: dovette essere questa, probabilmente, l'edizione consultata da Mario Pagano.

<sup>34</sup> Nel prosieguo del *Politicum*, il Pagano si sofferma sulla decadenza della legislazione romana successiva a quella decemvirale, frutto, a suo dire, delle lotte e dei dissidi fra le due classi sociali, patrizi e plebei, fomentate da sediziosi tribuni. Con l'avvento del Principato, cessata ogni forma di democrazia, secondo l'autore inizia un processo di corruzione della legislazione repubblicana, sempre più commista ad un coacervo di altre leggi di diversa ispirazione, con inevitabili contraddizioni e conflitti tra le antiche leggi, che rimanevano ancora in vigore, ispirate ai principi di uno Stato democratico, e le nuove, attraverso le quali Augusto cercava di consolidare il suo nuovo regime dispotico. A tale situazione di confusione e disordine contribuì inoltre – a suo dire – anche la giurisprudenza che, persa la propria indipendenza, a seguito dell'istituzione dello *ius publice respondendi*, cominciò ad interpretare le antiche leggi non più secondo le ragioni della libertà, ma nell'ottica della difesa delle ragioni del Principe; colle loro sottilissime interpretazioni e coi loro cavilli, con le discordie e la varietà di opinioni, i giureconsulti finirono così per indebolire la legislazione nel suo complesso, rendendo profondamente incerto il diritto. Dopo aver accennato a quell'ulteriore tappa verso il dispotismo rappresentata dall'affermazione delle costituzioni imperiali, espressione della volontà di uno solo, Pagano giunge così ad occuparsi dell'opera legislativa di Giustiniano, in merito alla quale, aderendo alla *communis opinio* del secolo dei lumi, esprime un giudizio del tutto negativo: l'imperatore, infatti, aveva tentato di correggere e rimettere in ordine questa confusa massa di leggi ma senza che né lui, né tan-

te, la storia degli antichi ordinamenti giuridici assurge per Mario Pagano ad *exemplum* e diventa paradigma per il presente; i fattori che determinarono la decadenza e la corruzione della legislazione antica di Roma gli si presentano come drammaticamente attuali: anche per il Regno di Napoli, invero, a suo modo di vedere, appariva urgente una riforma radicale della legislazione, divenuta ormai come egli stesso la definì un' *'ars aucupatoria'*, un groviglio di reti e trannelli in cui erano destinati a cadere i cittadini sprovveduti.

Al Pagano, tuttavia, non sfugge che una volta eliminata la moltitudine delle leggi, stabilendone poche e buone, di carattere generale, che abbraccino per sommi capi il diritto pubblico e privato e che, in primo luogo, si proponano per obiettivo la formazione, l'istruzione e l'educazione dei cittadini, occorre, altresì, vigilare affinché esse siano rettamente interpretate: in uno Stato democratico, a suo dire, c'è spazio solo per l'interpretazione letterale, poiché l'interpretazione che egli definisce 'filosofica', benché finalizzata al giusto ed all'equo, tuttavia apre la strada a grandi contese e ai furbi cavilli dei giureconsulti. Non v'è nessuna legge, infatti, egli sostiene, della quale, qualora si voglia interpretarne lo spirito, non si possa piegarne il significato nell'uno o nell'altro senso e da ciò nascono nel foro tanti e tanto gravi conflitti; al contrario, l'interpretazione letterale delle leggi tronca sul nascere litigi altrimenti infiniti e diminuisce il numero degli avvocati che, se non sono proprio

---

to meno i suoi collaboratori ne avessero le capacità: così facendo egli aveva mandato in rovina un patrimonio di antica sapienza giuridica senza apportare alcun beneficio alla legislazione.

nocivi allo Stato, certamente sono ad esso poco utili. Anche per Pagano, dunque, proprio e soltanto la molteplicità delle *opiniones* è la causa della decadenza della giurisprudenza romana come di quella dei suoi cultori moderni: «...Non vi è dubbio comunque che tante definizioni e divisioni aprirono la strada all'ingiustizia e alle liti. Inoltre, i giureconsulti romani, specialmente i più tardi si diedero troppo alle sottigliezze e ai cavilli del diritto, e perlopiù trascurarono la semplicità ch'è tanto amica delle leggi e della giustizia; e con una così vasta congerie di commenti e risposte, resero il diritto incerto e vi sparsero sopra come una fitta nebbia. Non aggiungo nulla della condizione odierna della giurisprudenza romana, dopo che, per tacere dei glossografi e di quegli antichi, indefessi commentatori di leggi, Gotofredo, Otomanno, Duarenno, e lo stesso Cuiacio, che par Papiniano redivivo, hanno disastrosamente caricato le leggi di tanti commenti e agli antichi ne hanno aggiunto di nuovi così lunghi, che tra la moltitudine e lo strepito dei commenti le leggi tacciono e rimangono nascoste».

Per il giurista-filosofo napoletano, dunque, l'indagine storico-critica della legislazione e della giurisprudenza romana si rivela funzionale all'impegno per il presente; lo studio del passato costituisce occasione per riflessioni e proposte di riforma, concepite su un ideale modello platonico dello Stato e della legislazione. Secondo l'ideale ciceroniano del *ius in artem redigere*, egli afferma, infatti, che «...Sarà dunque necessario ricercare i principi, ai quali si possan riportare tutte le fattispecie. E principi sono, come dice Aristotele, il più acuto dei filosofi, quelli da cui deriva e si riconosce qualcosa. Ecco un magnifico sistema razionale per organizzare armonicamente e per ordinare il diritto»: di qui l'invito, con cui si conclude il trattato, rivolto al Re di Napoli, Ferdinando di Borbone, a redigere un codice

ordinato della antica come della moderna giurisprudenza e ad emendare la legislazione vigente.

Dallo studio delle leggi decemvirali romane il giovane Pagano traeva spunti per l'analisi e la comprensione del sistema giuridico settecentesco e per l'elaborazione di ipotesi di riforma attraverso una legislazione del tutto rinnovata, opera insieme del filosofo e del saggio principe<sup>35</sup>, ed ispirata a criteri di chiarezza, concisione e certezza. Nell'ultimo trentennio del XVIII secolo, tuttavia, l'alleanza tra gli uomini di cultura e il Sovrano, secondo la nota formula filangieriana della «*filosofia in soccorso dei governi*»<sup>36</sup>, si risolse in una grande e diffusa disillusione; le idee e le proposte di riforma degli intellettuali dovettero cedere di fronte al malcelato intento dei Principi di mantenere sostanzialmente immutati gli equilibri di potere ormai consolidati; l'avvento della Rivoluzione francese, infine, pose definitivamente e drammaticamente fine al sogno di molti intellettuali di poter operare le riforme dal di dentro della tradizione legale del paese.

---

<sup>35</sup> Nella *Prefazione ai lettori*, il Pagano espressamente afferma che aveva sempre cercato di non separare gli studi di diritto da quelli filosofici e politici nell'intento di diventare non soltanto un buon interprete delle leggi, ma anche una persona che potesse rendersi utile allo Stato.

<sup>36</sup> «*La gloria dell'uomo che scrive è di preparare i materiali utili a coloro che governano*»: così Gaetano Filangieri esordiva nella *Scienza della legislazione*, Milano 1784, 12, sintetizzando efficacemente la missione che gli intellettuali si assegnavano nel secolo dei lumi.

## 5. *Gli epigoni del dibattito settecentesco sul diritto romano*

Le due contrapposte posizioni sulle quali, come abbiamo visto, si imperniò, nel corso dell'intero secolo diciottesimo, il vasto dibattito sulla attualità ed utilizzabilità del diritto romano, continuarono a caratterizzarlo fino agli albori dell'Ottocento.

La critica settecentesca al diritto romano trova, in un certo qual senso, il suo culmine con la pubblicazione, avvenuta a Napoli nel 1791, delle “*Ricerche sul vero carattere della giurisprudenza romana e de' suoi cultori*”, di Melchiorre Delfico, opera con la quale l'Autore, attraverso una ricostruzione completa dell'esperienza giuridica romana nella sua evoluzione storica, prende parte al vasto dibattito sulla certezza del diritto e il riordino delle fonti normative. In essa si rileva una globale valutazione negativa del mondo giuridico romano da cui non si salva nemmeno, come spesso invece era avvenuto con altri autori, l'età della repubblica: a suo parere, infatti, si trattò di un'epoca in cui l'aristocrazia e il ceto sacerdotale, in un solo spirito di corpo, avevano tenuto aggionato il popolo e nella quale la legislazione non fu altro che lo strumento di tale oppressione.

Il saggio, come è stato efficacemente affermato, rappresenta una vera e propria «*controstoria del diritto romano*»<sup>37</sup>, mirante a porre in luce le tinte fosche del divenire di Roma

---

<sup>37</sup> Così R. BONINI, *Crisi del diritto romano*, cit., 146, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti. Sull'opera del Delfico si veda anche C. GHISALBERTI, *La giurisprudenza romana nel pensiero di Melchiorre Delfico*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* s. III, 8 (1954) 423-455.

e della sua legislazione, dalle quali il giurista intendeva risolutamente prendere le distanze: *«questo senso di distacco era nutrito da un violento odio per la romanità, per la pesante eredità, politicamente dispotica, giuridicamente oppressiva, lasciata dall'impero, dal suo spirito di conquista e dalle sue leggi»*<sup>38</sup>.

Ponendosi su di un piano strettamente tecnico-giuridico, Delfico critica sia la duplicità delle compilazioni (Digesto e Codice), scelta che egli ritiene insensata ed unica nella storia dell'umanità, così come la mancata osservanza dei principi che conducono alla pubblica felicità; ancora, con specifico riferimento al Digesto<sup>39</sup>, egli stigmatizza la mancanza di principi idonei a dare coerenza al sistema; riguardo al Codice e alle Novelle, mette in evidenza gli improvvisi ripensamenti e stravolgimenti della precedente legislazione, spesso dettati da interessi personali dell'imperatore.

La polemica di Melchiorre Delfico contro il diritto romano, tuttavia, ancora una volta, non appare fine a se stessa ma diretta al cuore del sistema giuridico settecentesco; ciò che il giurista non riteneva ulteriormente tollerabile era quella libera interpretazione di cui aveva abusato la scienza legale tradizionale: *«sia che essa fosse fondata sopra cattivi principi, sia che dovesse applicarsi sopra libri assai lontani dal buon senso e dalla ragione, sia che ad essa si ricorresse con rapida avidità, la giurisprudenza – egli giunse ad affermare – potè presto vantare il*

---

<sup>38</sup> Così F. VENTURI, *Nota introduttiva a Melchiorre Delfico in Illuministi italiani*, cit., 1177.

<sup>39</sup> Opera definita dal Delfico *«grottesca nell'invenzione, e peggio ancora pel modo in cui fu eseguita»*, come si può ora leggere anche in R. BONINI, *Crisi del diritto romano*, cit., 157.

*numero ma non i pregi dei suoi cultori»*<sup>40</sup>. Il rifiuto del diritto romano e della tradizione romanistica significava, dunque, anche per il giurista teramano, rifiuto della giurisprudenza, considerata la principale responsabile dell'incertezza, del disordine e dell'arbitrio in cui versava, di fatto, l'ordinamento<sup>41</sup>.

Nei primissimi anni del XIX secolo il vivace dibattito sulla necessità di un profondo rinnovamento giuridico-istituzionale, si arricchì di un altro importante contributo, il “*Testamento forense*” di Giuseppe Maria Galanti, pubblicato nel 1806. L'autore, descriveva efficacemente nella sua opera la situazione di decadimento generale della scienza giuridica e dell'intero sistema a causa dello strapotere del ceto forense: «*quando mancano le buone leggi, quando quelle che si hanno sono confuse, oscure, in collisione o abrogate da nuovi usi civili, bisogna soffrire nella pratica l'abbandono dei principi. Allora i magistrati dovranno vedere con quali leggi e con quali principi si deve governare e giudicare. Allora essi si erigono in veri legislatori, e con i loro giudizi or modificano le leggi, ora le interpretano, ora ordinano quello che nessuna legge ha ordinato. Noi siamo meno governati dalle leggi che dai forensi*»<sup>42</sup>.

Nella sua analisi, tuttavia, il Galanti assunse nei confronti del diritto romano una posizione meno accentuatamente critica rispetto a quella di altri suoi contemporanei: se da un lato infatti, egli riconosceva la validità della scelta di dar luogo a due distinte compilazioni, il Digesto e il Codice,

---

<sup>40</sup> M. DELFICO, *Ricerche sul vero carattere della giurisprudenza romana e dei suoi cultori*, Napoli 1791, 36.

<sup>41</sup> Così, esattamente, R. FEOLA, *Aspetti*, cit., 121

<sup>42</sup> Così G. M. GALANTI, *Testamento forense*, Venezia 1806, 213. Sull'opera e la personalità del Galanti, cfr., da ultimo, I. DEL BAGNO, *L'antico regime nella critica di un giurista del '700*, cit., 179 ss.

ne criticava però le modalità di realizzazione che, nel caso del Digesto, avrebbero – a suo dire – portato allo smembramento del sistema della giurisprudenza antica e, con riferimento al Codice, avrebbero finito col dare validità generale a raccolte di fonti recanti la disciplina di casi particolari e per di più adatte solo ad un peculiare tipo di governo, quello imperiale. Dopo aver espresso, invece, un giudizio entusiastico sulla tecnica compositiva delle XII Tavole, che giunse a definire addirittura «*capi d'opera di legislazione*», il Galanti affrontava il tema della codificazione che, a parer suo, avrebbe potuto realizzarsi, sulla scorta del modello costituito dalla compilazione di Giustiniano, in due parti distinte, il codice e il digesto: il primo destinato a racchiudere le leggi politiche ed economiche, e pertanto da revisionarsi periodicamente, il secondo, invece, destinato a raccogliere le norme eterne ed immutabili, espressione della giustizia e dell'equità.

Ma se il modello astratto della legislazione romana veniva salvato e, in buona sostanza, riproposto, al giurista non sfuggivano certo le tante criticità ormai acclamate con riferimento ai contenuti e, dunque, le problematiche connesse alla persistente vigenza del diritto romano: in un'altra sua opera precedente, le *Considerazioni sulla nostra legislazione*<sup>43</sup>, il Galanti, invero, non aveva esitato a definire il diritto comune di derivazione romanistica difficile, oscuro, insufficiente ed inadeguato, individuando proprio in tutte queste ragioni, oltre che nel decadimento della professione forense, i fattori che avevano portato alla grave crisi in cui versava l'ordinamento giuridico.

---

<sup>43</sup> Pubblicate nel 1781 in appendice alla “*Descrizione sullo stato antico ed attuale del Contado di Molise*”.

## 6. Osservazioni finali

Nella seconda metà del secolo XVIII si accese, dunque, nell'ambito della cultura e della pratica giuridica, un vero e proprio scontro, dai toni talora assai aspri, tra conservatori, da un lato, e riformatori illuministi, dall'altro: per i primi, ogni rimedio alla degenerazione dell'ordinamento risiedeva nella ricerca da parte del giurista, senza necessità di interventi esterni, dei contemperamenti e dei correttivi interni al sistema, imperniato sull'*utrumque jus* ed in particolare sul diritto romano considerato come *ratio scripta*, bagaglio di soluzioni giuridiche per i casi particolari, intrinsecamente conformi ai principi del diritto naturale, che l'interprete doveva soltanto saper individuare ed applicare; per i secondi, invece, con la reazione al giusnaturalismo, specialmente nella impostazione di Grozio, per la quale l'*ordo juris* veniva a fondarsi sul consenso e sulla mediazione dei *sapientes*, si teorizzava ed auspicava, invece, la necessità dell'intervento del legislatore, finalmente protagonista nel campo del diritto.

In questo scenario, la posizione di coloro che, come Pagano e, in qualche misura, Galanti, esaltarono la legislazione delle XII Tavole come un esempio mirabile di legislazione civile e politica, un modello da additare ai sovrani per la riforma della legislazione e dello Stato, solo a prima vista può sembrare, in un certo qual senso, anacronistica rispetto al vivace dibattito in corso intorno all'(in)attualità ed (in)utilità del diritto romano nel secolo dei lumi.

In realtà, come è stato sottolineato dalla dottrina più

avveduta, la polemica contro il diritto romano riguardava – fatta eccezione per alcune punte estreme – non tanto i contenuti di questo quanto il contenitore: in altri termini, non erano tanto i singoli precetti dell'antico ordinamento giuridico romano ad essere messi in discussione quanto l'attualità del sistema giuridico di derivazione romanistica nel suo complesso, ormai ritenuto incapace di fornire garanzie sostanziali di legalità, fondato com'era, essenzialmente sul presupposto ideologico di una *scientia juris* ritenuta per secoli rappresentativa degli interessi di tutta la società e il cui ruolo veniva ora messo fortemente in discussione proprio per il venir meno della capacità dei *iuris prudentes* di rendersi interpreti dei bisogni e della volontà dell'intero corpo sociale. Come è stato efficacemente affermato, «*la polemica contro la giurisprudenza umanistica fondata sul diritto romano fu polemica contro una concezione per cui il diritto era costituito e gestito dalle élites culturali, contro un ideale letterario, culto, pedagogico della Scientia juris, ideale legato alla concezione platonica della repubblica governata dai saggi. La reazione al giusnaturalismo nella forma groziana fu rifiuto di una dottrina in cui i valori erano ancora fondati sul consenso dei dotti; ossia dei giuristi. Si spiega in questo quadro la riutilizzazione apparentemente contraddittoria degli specifici contenuti giuridici offerti da tutta la tradizione storico-giuridica, ma specialmente da quella romana, in un sistema di legalità e di garanzie radicalmente diverso*»<sup>44</sup>.

Si spiega così pure come, in prevalenza, anche coloro che denunciarono la crisi del diritto romano come diritto applicabile, continuarono, d'altro canto, a sostenerne la valenza formativa. Gli stessi Enciclopedisti, del resto, se pure

---

<sup>44</sup> Così R. AJELLO, *Arcana juris*, cit., 312 ss.

tanta parte ebbero nel riprendere ed amplificare le dure critiche già mosse dagli umanisti del secolo XVI, stigmatizzando le imperfezioni, i particolarismi e le contraddizioni del diritto romano, tuttavia, continuarono a considerarne indispensabile lo studio al fine di poter veramente comprendere il diritto contemporaneo, consentendo così di distinguere il vero giurista dal mero tecnico, mediocre conoscitore di norme: come, infatti, ebbe a sostenere Boucher d'Argis, redattore della voce *Droit romain* contenuta nel V volume de l'*Encyclopédie*: «...il faut aussi convenir que le droit romain est la meilleure source où l'on soit à porte de puiser la science de lois, et qu'un jurisconsulte qui se bornerait à étudier le lois particulières de son pays, sans y joindre la connaissance du droit romain, ne serait jamais qu'un homme superficiel; disons plutôt qu'il ne mériterait point le nom de jurisconsulte, et qu'il ne serait au plus qu'un médiocre praticien»<sup>45</sup>.

Soltanto alla fine del secolo XVIII, una volta venuto meno, a seguito degli sviluppi drammatici della Rivoluzione francese, ogni sostegno delle monarchie europee alle iniziative e proposte di riforma, doveva definitivamente prevalere la convinzione secondo la quale, per ottenere delle buone leggi, chiare, precise ed ordinate, tali, insomma, da non consentire oltre interpretazioni diverse, bisognava rompere una volta per tutte con il passato, vale a dire con la tradizione del diritto comune, fondata sul diritto romano, ritenuto ormai irrimediabilmente anacronistico, inadeguato, incomprensibile e contraddittorio, e che appariva essere stato per secoli la stampella dell'*ancien régime*.

Ma si trattò di una cesura più agognata e proclamata

---

<sup>45</sup> *Amplius* vd. W. WOŁODKIEWICZ, *Nota di lettura*, cit., XXXVII ss.

che effettivamente realizzata; ed infatti i codici che videro la luce tra la fine del XVIII secolo e gli inizi di quello susseguente, pur distaccandosi dai progetti di codificazione immediatamente precedenti, i quali, restavano programmaticamente ancorati al diritto romano, anche se risistemato, accolsero pur essi sostanzialmente il *ius commune*, ma filtrato, per dir così, attraverso il razionalismo giusnaturalista. Del diritto romano, infatti, fu importato nei codici tutto ciò che poteva ritenersi conforme all'equità ed al diritto naturale<sup>46</sup>: i

---

<sup>46</sup> Né tutto ciò può veramente destare meraviglia laddove si consideri l'atteggiamento dei due maggiori giuristi francesi, vissuti rispettivamente nel XVII e nel XVIII secolo: Jean Domat, col suo trattato *Les loix civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694) e Joseph Pothier, con le *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae* e i vari *Traité*s, si proposero, infatti, di riordinare sistematicamente il diritto vigente nel loro paese sulla scorta delle categorie del diritto romano ritenuto l'espressione più alta della razionalità giuridica (*ratio scripta*) e dell'equità naturale. Per Domat, in particolare, il diritto romano era testimonianza della provvidenza divina che aveva voluto manifestare la sua potenza a quel popolo, servendosi di esso per dar vita ad una scienza del diritto naturale; pur consapevole dell'inattualità del diritto romano e dei suoi difetti, il padre del codice civile francese si peritava di salvarlo nella convinzione che esso costituisse il più grande deposito delle regole del diritto naturale, secondo una linea di pensiero riconducibile già a Grozio, ma anche a Leibniz e, prima ancora, ad Hotman, il quale ultimo, pur avendo, nel suo *L'Antitriboniano* (1567), fortemente sostenuto la necessità di abbandonare il diritto romano per far aderire le norme positive alle esigenze reali del tempo, nel prospettare la necessità di una codificazione per il Regno di Francia, continuava a guardare alla codificazione giustiniana come modello supremo di razionalità giuridica: fondendo il diritto romano, quale diritto storico non più attuale, con quello consuetudinario francese, egli sperava così di riuscire a trovare una sintesi idonea a dar vita ad un diritto nazionale fondato

codici nazionali, dunque, a dispetto della sbandierata radicale esigenza di nuovo<sup>47</sup>, si rifecero, anch'essi alla tradizione romanistica, specie per quanto concerneva l'impianto sistematico e la terminologia, accogliendo altresì anche un buon numero di regole dettate per i casi particolari; il diritto naturale, in definitiva, finì così per essere una mera sovrastruttura del diritto positivo.

Se è vero perciò che la codificazione rappresentò lo strumento per soddisfare quell'esigenza primaria di certezza che tanta parte aveva giocato nella feroce critica del sistema previgente, non va d'altro canto trascurato che si trattò «*della certezza di un diritto sostanzialmente radicato nel passato*»<sup>48</sup>: tra i diritti anteriori formalmente aboliti, a quello romano, in ragione della sua incontestabile organicità, dovette ben presto, nella pratica, farsi nuovamente ricorso per riempire, in via

---

sulla ragione: cfr., in tal senso, U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, cit., 248 ss. e 271 ss. Sul lavoro dei giusnaturalisti francesi e tedeschi come tappa concreta verso l'elaborazione dei codici si rinvia, per approfondimenti, ai fondamentali lavori di R. ORESTANO, *Introduzione*, cit. 83 ss.; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 140 ss. e 157 ss.; C.A. CANNATA – A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*<sup>4</sup>. II *Dal medioevo all'età contemporanea*, Torino 1989, 231 ss., nonché ad A. TORRENT RUIZ, *Fundamentos del Derecho Europeo*, cit., 122 ss., 297 ss. Tra l'amplessima bibliografia sul pensiero e l'opera di Domat, si segnala M. ADINOLFI, *L'esperienza giuridica in Jean Domat*, in *Il pensiero politico*, 31 n. 2 (1998) 239-270.

<sup>47</sup> Di cui si può ben a ragione considerare corifeo Voltaire il quale, come è noto, alla voce 'Lois' del suo *Dictionnaire philosophique* (1764) auspicava, senza mezzi termini, la riedificazione del diritto sulle ceneri di quello antico: «*Voulez-vous avoir des bonnes lois? Brûlez le vôtres et faites-en des nouvelles*».

<sup>48</sup> Così, testualmente, C.A. CANNATA – A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*<sup>4</sup>, cit., 236.

di interpretazione, le lacune rilevate nei codici<sup>49</sup>.

Con questi ultimi, dunque, non si sortì la tanto proclamata rottura con il passato, rappresentato dalla tradizione romanistica e dal sistema del diritto comune; di effettivamente nuovo e dirompente, con essi, vi fu soltanto, conseguentemente all'accoglimento ed all'elaborazione di innumerevoli esigenze particolari e locali, un impulso determinante verso la nazionalizzazione del diritto e, correlativamente, della scienza giuridica che, da allora, ha visto progressivamente scemare quel carattere di universalità che l'aveva per tanti secoli contraddistinta.

FRANCESCO FASOLINO  
Ricercatore di Diritto Romano  
Università degli Studi di Salerno  
ffasolino@unisa.it

#### ABSTRACT

Con la crisi del sistema fondato sul diritto comune prese vita un ampio dibattito circa la necessità di superare la frammentazione politica, il particolarismo istituzionale ed amministrativo di una società contraddistinta dall'autonomismo e particolarismo degli ordinamenti giuridici, fonte

---

<sup>49</sup> Per interessanti approfondimenti in relazione ai singoli codici nelle peculiarità delle varie realtà nazionali, si rinvia a K. SÓJKA-ZIELIŃSKA, *Le droit romain et l'idée de codification*, cit., in part. 186 ss. nonché a C.A. CANNATA – A. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*<sup>4</sup>, cit., 235 ss.

di estremo disordine, di perenne incertezza del diritto e di grave malfunzionamento della giustizia.

Come nel resto d'Europa, anche in Italia, il diritto comune, nella sua derivazione dal diritto romano, fu considerato da molti il baluardo della conservazione di un sistema iniquo, antiquato ed asfittico, da abbattere al più presto e sostituire con una rinnovata legislazione.

Si ebbe così, nella seconda metà del secolo XVIII, un vero e proprio scontro tra conservatori e riformatori illuministi: per i primi, ogni rimedio alla degenerazione dell'ordinamento risiedeva nella ricerca da parte del giurista dei contemperamenti e dei correttivi interni al sistema, che doveva pertanto continuare ad essere imperniato sull'*utrumque jus* ed in particolare sul diritto romano, considerato come *ratio scripta*; i secondi, invece, reagendo decisamente al giusnaturalismo, teorizzavano ed auspicavano la necessità dell'intervento del legislatore quale protagonista del rinnovamento del diritto e della società.

In questo contesto si rivela oltremodo interessante la posizione di coloro che, come Francesco Mario Pagano e Giuseppe Maria Galanti, ponendosi in un certo qual senso a metà tra i fautori delle due contrapposte posizioni, esaltarono la legislazione delle XII Tavole come un esempio mirabile di legislazione civile e politica, un modello da additare ai sovrani per la necessaria opera di riforma della legislazione e dello Stato.

Dall'esame del pensiero di questi autori esce così rafforzata l'opinione per la quale, nel secolo dei Lumi, la critica serrata di molti autori fu essenzialmente diretta, piuttosto che contro il diritto romano in sé, nei confronti della *scientia*

*juris* tradizionale, considerata ormai incapace di farsi interprete dei bisogni e della volontà dell'intero corpo sociale.

In questa prospettiva si comprende, pertanto, come risulti essere solo apparentemente contraddittorio che le codificazioni nazionali, ritenute essenziali al fine di recidere una volta per tutte le cause fondamentali dell'incertezza che aveva regnato nel mondo del diritto durante i secoli precedenti, in realtà vennero ad essere realizzate attraverso un largo riutilizzo sia dell'impianto sistematico che di specifici contenuti della tradizione giuridica di derivazione romanistica di cui, non a caso, si continuò a sostenere, in netta prevalenza, l'inalterata valenza per la formazione del giurista.