

ITALIA-FRANCIA *ALLERS-RETOURS*: *influenze, adattamenti, porosità*

a cura di
Luisa Brunori e Cristina Ciancio



Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno

Collettanee

4

 **Historia**
et ius
2021



“Historia et ius”
Associazione culturale - Roma

Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno
Collettanee

4

La Collana di Studi di storia del diritto medievale e moderno *Historia et Ius*, pubblicata in forma elettronica in open access, è nata per iniziativa della stessa redazione della omonima rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna. Essa si propone di costituire uno strumento di diffusione, su scala internazionale, dei risultati delle ricerche storico giuridiche e del confronto di idee e impostazioni metodologiche.

Ogni volume, così come gli articoli pubblicati nella rivista, è sottoposto a doppio referaggio cieco. La collana accoglie testi in lingua italiana, inglese, francese, spagnola e tedesca.

The Series of Studies in medieval and modern legal history *Historia et Ius*, published in electronic form in open access, was created on the initiative of the same editorial board of the homonymous history journal of the medieval and modern age. It aims to constitute an instrument of diffusion, on an international basis, of the results of historical legal research and of the comparison of ideas and methodological approaches.

Each volume, as well as the articles published in the journal, is subject to double blind peer-review. The book series receives texts in Italian, English, French, Spanish and German languages.

DIREZIONE DELLA COLLANA: Paolo Alvazzi del Frate (Università Roma Tre) - Giovanni Rossi (Università di Verona) - Elio Tavilla (Università di Modena e Reggio Emilia)

CONSIGLIO SCIENTIFICO: Marco Cavina (Università di Bologna) - Eric Gojosso (Université de Poitiers) - Ulrike Müßig (Universität Passau) - Carlos Petit (Universidad de Huelva) - Laurent Pfister (Université Paris II) - Michael Rainer (Universität Salzburg) - Giuseppe Speciale (Università di Catania) - Arnaud Vergne (Université de Paris) - (†) Laurent Waelkens (Universiteit Leuven)

E-mail: info@historiaetius.eu

Indirizzo postale: Prof. Paolo Alvazzi del Frate
via Ostiense 161 - 00154 Roma

Immagine di copertina:

Cartolina "O Italia! O Francia! - Gabriele D'Annunzio" (1900).

ISBN: 978-88-946376-2-5 - novembre 2021

ISSN: 2704-5765

ITALIA-FRANCIA *ALLERS-RETOURS*:
influenze, adattamenti, porosità

a cura di
Luisa Brunori e Cristina Ciancio



“Historia et ius”
Associazione culturale - Roma

Indice

Premessa di LUISA BRUNORI e CRISTINA CIANCIO 1

L'UMANESIMO GIURIDICO

GIOVANNI ROSSI, *Imprestiti, scambi, influenze reciproche tra Italia e Francia: a proposito dell'umanesimo giuridico* 5

XAVIER PRÉVOST, *La méthode française est-elle italienne ? La formation de l'humanisme juridique à la Renaissance : bref aperçu historiographique* 17

IL DIRITTO COMMERCIALE

ALESSIA LEGNANI ANNICHINI, *Il mediatore di commercio tra professione privata e pubblico ufficio (secc. XVI-XVIII)* 31

VICTOR SIMON, *La référence aux juristes italiens dans la doctrine commercialiste française (XVIe-XVIIIe siècle)* 45

ANNAMARIA MONTI, *Lecture incrociate. Tra le pagine della Rivista del diritto commerciale e delle Annales de droit commercial (1903-1914)* 57

FLORENT GARNIER, *Le fait et le droit : regards croisés à propos de la nullité de la société irrégulière en France et en Italie (fin XIXe s. - début XXe s.)* 73

IL DIRITTO PENALE

CRISTINA CIANCIO, *Secolarizzare la morte tra influenze francesi e resistenze italiane. Il reato di violazione di sepoltura di fronte alle sfide della laicità e una polemica tra Francesco Carrara e Francesco Buonamici* 87

NICOLAS DERASSE, *Entre bienveillance, attention et progrès: le regard des criminalistes français sur le Code Zanardelli de 1889 et la réforme pénitentiaire en Italie* 137

STEFANO VINCI, *La Cassazione penale di Napoli e la giurisprudenza francese (1809-1815)* 153

ELIO TAVILLA, *Italie - France, allers et retours : le voyage du droit pénal entre religiosité et laïcité* 177

IL DIRITTO CIVILE

SYLVAIN SOLEIL, <i>La doctrine française face au nouveau code civil italien de 1865</i>	183
FRANCESCO MASTROBERTI, <i>Il progetto editoriale di Angelo Lanzellotti nel dibattito costituzionale nelle Due Sicilie tra il 1812 e il 1821</i>	209

Premessa

Il volume raccoglie i contributi di un primo gruppo di lavoro riunito nell'ambito del nostro progetto *France-Italie: allers-retours* nato nel 2018. Si tratta di un progetto che si propone come luogo di incontro aperto agli storici del diritto italiani e francesi interessati ad approfondire le influenze reciproche esercitate dalle due culture giuridiche, come dalle loro legislazioni e prassi concrete.

Il punto di partenza di questa iniziativa è stato il Convegno internazionale organizzato a Benevento nel settembre del 2018 con il contributo dell'Università del Sannio, del CNRS-Université de Lille e dell'Università Franco-Italiana e intitolato: *Italia-Francia allers-retours: influenze, adattamenti, porosità*. Dopo una prima sessione dedicata all'umanesimo giuridico, il convegno si è articolato in altre sessioni ciascuna dedicata ad una diversa disciplina giuridica, dal diritto commerciale al diritto penale, dal diritto costituzionale a quello civile nel corso delle quali si sono confrontati uno storico del diritto italiano ed uno francese con le conclusioni di un discussant.

Dal ricco dibattito tra relatori, discussant e altri colleghi intervenuti per assistere ai lavori è emersa l'idea di questo volume, aperto alla partecipazione di tutti gli interessati e che, a distanza di circa due anni, accoglie i saggi di chi ha voluto cogliere quegli spunti per affrontare un tema di ricerca storico giuridica in chiave di comparazione e circolazione di esperienze italiane e francesi.

Augurandoci che a questa possano seguire altre pubblicazioni nell'ambito del nostro progetto, siamo, pertanto, molto liete di questo primo risultato e ringraziamo tutti coloro che hanno voluto accettare il nostro invito.

Luisa Brunori e Cristina Ciancio

L'UMANESIMO GIURIDICO

*Imprestiti, scambi, influenze reciproche tra Italia e Francia:
a proposito dell'umanesimo giuridico*

Giovanni Rossi

1. *Una lunga tradizione di feconde interazioni, da Rogerio ad Alciato*

Gli prestiti, gli interscambi, le influenze reciproche sono stati, sin dall'inizio del Rinascimento giuridico¹, una costante nei rapporti tra Italia e Francia: la *scientia iuris* medievale si è indubbiamente giovata in più di un caso, lungo i secoli, di queste relazioni, che hanno spesso accompagnato e favorito momenti cruciali di svolta e di crescita nella costruzione lenta ma chiaramente leggibile di quello che sarebbe poi divenuto lo *ius commune*. Si è così realizzata a più riprese una dinamica feconda di innesti da un'esperienza all'altra, da un paese all'altro, segnati da una circolarità di apporti e da una costanza di rapporti mai interrotti, nonostante eventuali contingenze avverse sul piano politico e pur in presenza di una peculiare originalità d'approccio che distingue, più che dividere, i giuristi specularmente all'opera di qua e di là delle Alpi.

Così, è ben nota la vicenda di cui sono stati protagonisti in pieno XII secolo alcuni Glossatori di primaria statura scientifica, quali Rogerio e Piacentino, che si sono recati nel Midi francese e vi hanno trovato un ambiente favorevole ai loro studi e al loro insegnamento, sfruttando la ricca *humus* culturale provenzale per far fare un passo avanti decisivo alla giurisprudenza coeva. Ciò avviene in particolare mediante la ripresa e la definitiva messa a punto delle *Summae* (in specie delle *Istituzioni* e del *Codice* di Giustiniano), poderosa esperienza di sintesi che integra e supera la lunga fatica analitica delle glosse mettendo in condizione gli interpreti di acquistare una padronanza piena dei testi del *Corpus iuris civilis* e soprattutto delle raffinate e potenti tecniche interpretative ricavabili dallo studio attento

¹ Recuperiamo qui l'eloquente locuzione felicemente adottata, com'è noto, da Francesco Calasso per sottolineare – a costo d'introdurre un apparente anacronismo – l'importanza della precoce ricomparsa nel panorama culturale dell'Europa medievale della scienza giuridica, sostanziata nell'opera fondativa d'Irnerio e dei suoi allievi: F. Calasso, *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, pp. 345-365.

di quei passi. Una sperimentazione ascrivibile a buona ragione al *milieu* transalpino² ma che viene ben presto recuperata e messa a frutto in modo efficacissimo a Bologna, per merito di un grande giurista come Azzone³, realizzando un moto pendolare di mutue adozioni dei modelli altrui, dove il recupero non resta mai imitazione inerte ma produce una rivisitazione originale e spesso una vera e propria reinvenzione di quanto recepito.

Non meno importante ed ormai acclarato è stato il ruolo della c.d. scuola di Orléans, nella seconda metà del Duecento, nello sviluppare un metodo interpretativo nuovo e diverso rispetto a quello, ormai esaurito, sfociato nella redazione della *Glossa Magna*, diffuso poi in Italia anzitutto per merito di Cino da Pistoia ed affidato quindi, per via di magistero diretto, alla sapiente opera del più grande esponente della scuola del Commento, Bartolo da Sassoferrato⁴.

Tale storia di scambievoli influenze ripetute nel tempo, sempre diverse ma certamente sempre relevantissime, può studiarsi su vari e distinti piani, ma si sostanzia invariabilmente anzitutto delle vicende personali di alcuni giuristi, uomini in carne ed ossa con un loro vissuto ed un bagaglio di esperienze esistenziali, che osserviamo spostarsi fisicamente nelle città sui due versanti delle Alpi, arricchendo le proprie conoscenze e trasmettendole a loro volta ad un vasto pubblico di discenti e colleghi⁵. Se ciò è vero per Rogerio, Piacentino, Cino è non meno vero per un altro protagonista

² Ricordiamo che non tutti e probabilmente non i primi esempi di *summae* sono dovuti agli Italiani trasferitisi da Bologna e dalle scuole minori diffuse nella pianura Padana: prima e accanto alle prove di Rogerio e Piacentino abbiamo infatti altre importanti opere (misteriose per tanti aspetti, ma non quanto alla loro origine d'Oltralpe) ascrivibili a questo filone, come *Lo Codi*, scritto non per caso in provenzale, e con ogni probabilità anche la *Summa Trecensis*, oltre ad alcune importanti *Summae Institutionum*. Cfr. riassuntivamente le indicazioni in E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale. II. Il basso Medioevo*, Roma 1995, pp. 133-138 e 145-146.

³ Su questo protagonista della scienza giuridica medievale, studiato meno di quanto meriterebbe, basti qui citare la voce di P. Fiorelli, *Azzone*, nel *Dizionario Biografico degli Italiani*, IV, Roma 1962, pp. 774-781, nonché gli accenni in E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale. II. Il basso Medioevo*, cit., pp. 177-178.

⁴ Il merito di aver acceso i riflettori sulla scuola di Orléans va senz'altro agli studi di Meijers: cfr. E.M. Meijers, *L'université d'Orléans au XIII^e siècle* (versione francese del 1956 di contributi apparsi a più riprese sulla *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* tra il 1918 ed il 1936), ora in Id., *Études d'histoire du droit*, publiées par R. Feenstra et H.F.W.D. Fischer, III, Leyde 1959, pp. 3-148. Riferimenti aggiornati di primo impiego (con il richiamo della bibliografia risalente) sugli Orleanesi e su Cino ancora in E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale. II. Il basso Medioevo*, cit., pp. 394-414.

⁵ Sappiamo bene, del resto, che questi spostamenti hanno riguardato esponenti di primo piano di ogni ramo della vita culturale; per non indulgere in una mera lista di nomi, che risulterebbe comunque non breve, basti qui ricordare Francesco Petrarca.

indiscusso della storia del diritto europea: Andrea Alciato, spostando così l'attenzione su un altro momento importante di svolta del sapere giuridico, alle soglie della modernità.

La vicenda umana e professionale del giurista milanese è ben nota⁶ e appare indubbio che i periodi di permanenza in Francia, ad Avignone e a Bourges, hanno favorito in modo decisivo la trasmissione e diffusione su scala europea delle idee relative all'umanesimo giuridico che si andavano delineando nell'opera alciatea, con la concreta proposta di esperienze nuove di ricerca e di insegnamento. In effetti, poiché le idee sono elaborate, espresse ed incarnate dagli uomini, una storia intellettuale che non voglia condannarsi ad una sterile astrattezza non può che condividere una parte almeno del proprio percorso con la storia evenemenziale e, in specie, con la storia degli accadimenti occorsi a determinate persone in carne ed ossa, segnata di conseguenza anche da tutte le imponderabili casualità e le imprevedibili contingenze che incidono sulle biografie di ciascuno, anche per l'inevitabile interazione di fattori macro e microstorici (dalle guerre alle disavventure personali dei vari protagonisti: pensiamo – per restare in tema di rapporti tra Francia ed Italia relativi all'umanesimo giuridico – alle traumatiche vicende personali che inducono Marc Antoine Muret alla metà del XVI secolo a lasciare definitivamente la Francia e a spostarsi in Italia, prima a Venezia, poi a Ferrara ed infine a Roma, dove vivrà l'esperienza breve ma paradigmatica dell'insegnamento alla Sapienza romana sulla cattedra di Pandette, spiegate “alla francese”⁷). Ma, se le circostanze concrete sono importanti e nel breve termine addirittura decisive, esse vanno purtuttavia a dar corpo a tendenze di lungo periodo e di vasto respiro, sul piano economico, politico, culturale, che lo storico non fatica ad individuare, dalla sua postazione d'osservazione privilegiata.

La storia dell'umanesimo giuridico si fa dunque anche attraverso la ricostruzione delle vicende esistenziali, delle scelte culturali e professionali, delle esperienze personali di autori come Francesco Petrarca, Lorenzo Valla,

⁶ Ancora utile la voce di R. Abbondanza, *Alciato, Andrea*, nel *Dizionario Biografico degli Italiani*, II, Roma 1960, pp. 69-77; importante, ora, l'ampia ricognizione dedicata alla vita e all'opera del Nostro da A. Belloni, *L'Alciato e il diritto pubblico romano. I Vat. Lat. 6216, 6271, 7071*, II. *L'insegnamento, gli studi, le opere*, Città del Vaticano 2016, dove la scansione temporale interseca opportunamente quella geografica.

⁷ Per una introduttiva messa a fuoco dell'autore in questa chiave cfr. G. Rossi, *Muret, Marc-Antoine*, in B. Méniel (cur.), *Écrivains juristes et juristes écrivains du Moyen Âge au siècle des Lumières*, Paris 2015, pp. 917-928; più specificamente, si veda Id., *Filologia e giurisprudenza nell'insegnamento romano di Marc Antoine Muret: alla ricerca di un nuovo metodo*, in L. Bernard-Pradelle, Ch. de Buzon, J.-E. Girot, R. Mouren (curr.), *Marc Antoine Muret, un humaniste français en Italie*, Genève 2020, pp. 295-318.

Guillaume Budé, Andrea Alciato, Jacques Cujas e tanti altri. Se ne possono però al contempo individuare caratteri, direttrici, contenuti che trascendono, riassumendoli e superandoli, i singoli casi, le singole personalità. In tale ottica diventano importanti sia gli elementi politico-istituzionali generali, entro i quali ricondurre le esperienze particolari che ne sono giocoforza condizionate, sia gli elementi relativi alla realtà universitaria, percorsa da fermenti che non coincidono esattamente con la tematica dell'umanesimo giuridico, più ampia e di ben più vasta portata, ma che influenza comunque in modo diretto e sotto vari aspetti determinante l'emersione del problema dei rapporti tra diritto ed umanesimo.

2. *Gli umanisti e la critica della scienza giuridica medievale nell'Italia del Quattrocento*

Certamente, rispetto al mondo della *scientia iuris*, caratterizzato da una spiccata autonomia culturale sfociata talora in vera e propria autoreferenzialità (magari strumentalmente teorizzata ed esibita più che effettivamente praticata), l'umanesimo ha radici culturali esogene, che rinviano ad una radicale rimessa in discussione dei capisaldi della cultura medievale e ad un recupero in chiave nuova del rapporto con l'antichità. Tali innovazioni di metodo e di contenuti, destinate fra Tre e Quattrocento a sottoporre a critica distruttiva i punti cardinali del sapere scolastico bassomedievale, germogliano e danno frutti anzitutto in Italia, con la formazione di un movimento umanista progressivamente sempre più esteso e condiviso, anche se al contempo assai ricco e variegato⁸. Tale nuova corrente di pensiero si traduce ben presto anche in una riflessione critica sul diritto e soprattutto sulla coeva scienza giuridica⁹, che appare – nelle forme assunte negli *Studia*

⁸ Restano ancora fondamentali per lo studio della cultura umanistico-rinascimentale le penetranti analisi di Eugenio Garin; tra i suoi molti scritti, si vedano almeno E. Garin, *Rinascite e rivoluzioni. Movimenti culturali dal XIV al XVIII secolo*, Roma-Bari 1990, specie pp. V-XVI e 3-38; Id., *L'Umanesimo italiano. Filosofia e vita civile nel Rinascimento* (ed. orig. Bern 1947), Roma-Bari 1975, specie pp. 7-132. Uno stimolante ed aggiornato affresco complessivo del rinascimento italiano, utilizzando chiavi di lettura innovative, si trova in S. Luzzatto – G. Pedullà (curr.), *Atlante della letteratura italiana*, 1. *Dalle origini al Rinascimento*, a cura di A. De Vincentiis, Torino 2010.

⁹ Cfr. E. Garin, *Leggi, diritto e storia nelle discussioni dei secoli XV e XVI*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Atti del primo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Firenze 1966, pp. 417-435, poi anche in Id., *L'età nuova. Ricerche di storia della cultura dal XII al XVI secolo*, Napoli 1969, pp. 235-260. Per una dettagliata e

medievali – quale uno dei prodotti più genuini della cultura dell'età di mezzo e che ha assunto un'importanza notevole nella vita delle comunità del tempo, poiché si propone ormai da secoli quale interprete necessaria del fenomeno giuridico, fornendo una originale configurazione della realtà *sub specie iuris*.

Francesco Petrarca¹⁰, Coluccio Salutati, Lorenzo Valla, Leon Battista Alberti¹¹, Enea Silvio Piccolomini¹², Angelo Poliziano¹³, sono soltanto i maggiori tra i numerosi autori umanisti che si soffermano a vario titolo sul diritto e che – salvo eccezioni, come nel caso del Salutati – non esitano a svolgere una critica serrata e a tratti feroce, non di rado preconcepita e quasi sempre ingenerosa, della scienza giuridica del loro tempo.

Tale impostazione, che vede nelle dottrine giuridiche una tipica forma di espressione della decadenza “gotica” che ha sfigurato i connotati della grande civiltà romana, non solo considera la *scientia iuris* una deleteria manifestazione del più generale imbarbarimento culturale ma ne valuta in modo particolarmente negativo i frutti. I cultori delle *humanae litterae*, che si propongono come consapevoli alfieri di una precisa opzione culturale di ritorno allo studio della classicità¹⁴ e si fanno spazio nelle corti signorili fiorite in gran parte d'Italia ma stentano a far breccia negli *Studia*, esibiscono il loro disappunto per l'impiego di un latino corrotto e barbaro ed il tradimento del modello linguistico ed argomentativo offerto dai giureconsulti romani,

intelligente ricognizione sul tema cfr. P. Gilli, *La Noblesse du droit. Débats et controverses sur la culture juridique et le rôle des juristes dans l'Italie médiévale (XII-XV siècles)*, Paris 2003, pp. 163-310; oltre ad alcuni lavori poi raccolti in Id., *Droit, humanisme et culture politique dans l'Italie de la Renaissance*, Montpellier 2014, pp. 105-145.

¹⁰ Un'utile ricostruzione dell'atteggiamento petrarchesco in M.Q. Lupinetti, *Francesco Petrarca e il diritto*, Alessandria 1995.

¹¹ In merito si veda G. Rossi, *Un umanista di fronte al diritto: a proposito del «De iure» di Leon Battista Alberti*, nella «Rivista di storia del diritto italiano», LXXII (1999), pp. 77-154; nonché Id., *Alberti e la scienza giuridica quattrocentesca: il ripudio di un paradigma culturale*, in R. Cardini – M. Regoliosi (curr.), *Alberti e la cultura del Quattrocento*. Atti del Convegno internazionale (Firenze, 16-17-18 dicembre 2004), Firenze 2007, pp. 59-121.

¹² Cfr. G. Rossi, *Enea Silvio e la polemica umanistica contro la scienza del diritto*, in L. Secchi Tarugi (cur.), *Pio II nell'epistolografia del Rinascimento*, Atti del XXV Convegno Internazionale (Chianciano Terme-Pienza, 18-20 luglio 2013), Firenze 2015, pp. 599-618.

¹³ Una riconsiderazione del lavoro svolto dall'Ambrogini sulla *Littera Florentina* e dell'attenzione rivolta nei suoi ultimi anni di vita al diritto si trova in G. Rossi, *Lecture umanistiche del Digesto lungo il XV secolo. Da Valla a Poliziano*, in D. Mantovani – A. Padoa Schioppa (curr.), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia 2014, pp. 311-369: 346-365.

¹⁴ Su questi temi cfr. C. Revest, *La naissance de l'humanisme comme mouvement au tournant du XV^e siècle*, in «Annales. Histoire, Sciences Sociales», LXVIII, 3 (2013), pp. 665-696.

aggravato dal disinteresse per la storia romana, nutrito di crassa ignoranza, che induce a dare interpretazioni tanto ingegnose quanto risibili di passi (specialmente del *Codex* e in particolare dei *Tres libri*) oggettivamente incomprensibili senza la conoscenza delle istituzioni antiche. I giuristi sono però sorretti da una forte coscienza di ceto, collocati in posizioni di rilievo nell'amministrazione della cosa pubblica ed arroccati nella difesa dei propri privilegi accademici, resi evidenti dalle alte remunerazioni ottenute nelle Università dai professori di diritto più famosi; per questo le loro opinioni sono altamente autorevoli ed il loro ruolo non viene messo in discussione, nonostante l'insipienza culturale di cui vengono accusati. L'attenzione critica degli umanisti verso la scienza giuridica si traduce così in un fuoco di fila di obiezioni e reprime al metodo adottato dai *doctores legum* e nella sostanziale condanna degli esiti del loro sforzo di riappropriazione del patrimonio dogmatico classico non meno che della costruzione di una giurisprudenza adeguata alle esigenze della nuova età; in modo quasi unanime e con una stucchevole ripetitività delle accuse formulate, si avanzano rilievi circa la fragilità delle fondamenta gnoseologiche della giurisprudenza medievale, per la sua adozione senza riserve dell'impianto culturale scolastico, cioè – in una parola – per il suo far parte a pieno titolo dell'universo culturale medievale.

La critica serrata condotta dagli umanisti determina il venir meno di quasi tutti i punti fermi del sapere giuridico tradizionale: anche da questo franare di certezze e dal tentativo di puntellarle ad ogni costo ovvero di sostituirle con un altro e diverso sistema di valori, deriva la vera e propria battaglia che si sviluppa intorno al nome di Bartolo, alla sua figura insieme idealizzata e privata dei connotati storici, di volta in volta testa di turco da abbattere o icona da venerare.

Tale approccio così pesantemente critico, motivato da una proposta complessiva radicalmente alternativa, circa il modo di interrogare e rivisitare le fonti antiche (tra cui quelle giuridiche erano *magna pars* e non potevano fare eccezione), rinnegava sotto ogni aspetto l'*interpretatio* dei giuristi medievali, per i tratti di una sua "gotica" originalità che di fatto contraddiceva nella sua più genuina essenza il magistero degli antichi. Tutto ciò doveva produrre un esito eguale e contrario tra i giuristi italiani del Quattrocento. Costoro risposero con un rigetto reciso delle critiche ed un rifiuto pregiudiziale di considerare anche soltanto l'idea di una messa in discussione delle fondamenta del proprio sapere tecnico. La richiesta, sempre più pressante e corale, di un ripensamento, se non addirittura di una rifondazione della giurisprudenza su basi metodiche, gnoseologiche,

culturali nuove non trova alcun giurista disposto a concederle attenzione e viene, semplicemente e significativamente, ignorata. Quella “rivoluzione copernicana” invocata dagli umanisti nel modo di studiare le fonti giustiniane, così come nel modo di organizzare la didattica universitaria, per un ampliamento delle conoscenze necessario anche per divenire un buon esperto di diritto e per l’uso di un latino depurato dai barbarismi e solecismi medievali, viene negata senza alcuna apertura di credito dai giuristi, che non ne comprendono la ragion d’essere e ne contestano l’utilità. Quella rivoluzione auspicata ed anzi ritenuta indispensabile e salvifica dai tanti umanisti che negano dignità scientifica ad un pensiero giuridico intriso di scolasticismo resterà per tutto il secolo XV assente dal dibattito scientifico sviluppato dai giuristi. Il muro che si erge granitico tra le due visioni culturali antitetiche è talmente alto e solido che lungo tutto il Quattrocento non si riesce a dar vita ad una riflessione condivisa, a stipulare una tregua che consenta di “parlamentare” ai fautori dei due schieramenti, per provare a comprendere le ragioni dell’altro ed uscire da uno schematismo falsante e deleterio, senza costrutto e senza sbocchi.

L’ostracismo alla cultura giuridica universitaria deriva negli umanisti più consapevoli (tra tutti è d’obbligo indicare in Lorenzo Valla il più lucido contraddittore della giurisprudenza medievale¹⁵) da alcuni problemi di fondo che s’intersecano e alla fine si sommano, rendendo impossibile il dialogo: in radice troviamo il rifiuto del Medioevo, inteso quale civiltà originale costruita nei secoli in sostanziale autonomia rispetto all’antichità, con l’apporto decisivo dell’elemento germanico. In tale ottica, il diritto tardomedievale non sfugge ad una condanna senza appello poiché appare agli umanisti come uno dei più importanti prodotti di quella realtà imbastardita e barbara che si vuole accantonare e di cui non si accettano presupposti e caratteri: sia sotto l’aspetto delle norme vigenti nella prassi, scaturite in massima parte dalla consuetudine ed impregnate di valori e contenuti medievali, sia sotto l’aspetto della dottrina giuridica, espressione coerente di una cultura nuova e diversa da quella antica, che non la ripudia ma la supera rinunciando ad imitarla¹⁶. Molti degli intellettuali dediti alla

¹⁵ Sul tema complesso del rapporto di Valla con il diritto romano e con i giuristi medievali cfr. D. Mantovani, *Per quotidianam lectionem Digestorum semper incolumis et in honore fuit lingua Romana. L’elogio dei giuristi romani nel proemio al III libro delle Elegantie di Lorenzo Valla*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, V, Milano 2007, pp. 143-208; G. Rossi, *Valla e il diritto: l’«Epistola contra Bartolum» e le «Elegantie»*. *Percorsi di ricerca e proposte interpretative*, in M. Regoliosi (cur.), *Pubblicare il Valla*, Firenze 2008, pp. 507-599; Id., *Lecture umanistiche del Digesto lungo il XV secolo*, cit., pp. 323-334.

¹⁶ Una lucida rappresentazione d’insieme dei caratteri salienti dell’esperienza giuridica

riscoperta delle *humanae litterae* ed alla ricerca di un dialogo con gli antichi su basi rinnovate e più consapevoli non possono non provare un profondo sentimento di estraneità di fronte a quel coacervo disordinato e complesso di istituti giuridici e a quella pluralità ineliminabile di ordinamenti; un rigoglio vitale e in apparenza indominabile di norme scaturite direttamente dai fatti stessi, ai loro occhi irrimediabilmente caotico: l'aderenza alla realtà fattuale determina l'intrinseca originalità di questo diritto e, pertanto, lo qualifica come irrecuperabile ad una reale fedeltà all'antichità.

A tutto ciò si aggiunga che in molti autori si coglie una siderale lontananza rispetto al fenomeno giuridico come tale, una incapacità di riconoscere il ruolo ordinante del diritto e la sua centralità nel fornire una struttura portante ed un baricentro essenziali per la vita stessa di ogni comunità, attraverso la produzione e la difesa di regole di condotta condivise, espressione di valori comuni.

3. Per una scienza giuridica rinnovata: l'apporto di Alciato e l'affermarsi del mos gallicus

Agli inizi del XVI secolo, comunque, esistono tutti gli ingredienti perché i giureconsulti recuperino le critiche e le proposte umanistiche e le facciano proprie, così da dar vita ad un innovativo movimento teorico-pratico, messo a punto dagli stessi giuristi ed applicato nel concreto lavoro di creazione-interpretazione-applicazione del diritto, nei vari ambiti della loro multiforme attività (giurisdizionale, amministrativa, d'insegnamento universitario). Tale nuovo metodo, fortemente tributario della riflessione degli umanisti, potrà esser designato con felice sintesi quale "umanesimo giuridico". Il presupposto affrancante per avviare tale nuova esperienza è fornito da una critica in profondità al sistema di sapere medievale, che apre la strada alla proposta di una formazione culturale alternativa, basata anzitutto sul recupero dei classici, sull'uso di un latino ciceroniano, sullo studio della storia antica, nel cui quadro collocare i testi normativi giustiniane¹⁷. Occorre però che scocchi la scintilla capace d'appicare

medievale, intrinsecamente originale rispetto a quella romana, si legge in P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995.

¹⁷ Non è questa la sede per una rassegna bibliografica sugli studi storico-giuridici in materia, sviluppatasi lungo il XX secolo in varie direzioni e sovente ancor oggi punto di partenza prezioso per ulteriori indagini (tra gli altri, ricordiamo qui i nomi di Guido Kisch, Hans Erich Troje, Aldo Mazzacane). Un ricco "catalogo" delle tante sollecitazioni

l'incendio, perché tali elementi possano fondersi in un metodo di lavoro nuovo che acquisti significato agli occhi del giurista di *ius commune*, forte di una plurisecolare tradizione di autonomia disciplinare e detentore di un ruolo socio-politico (oltre che accademico) di rilievo, pertanto restio a metter mano a quella che si annuncia come una vera e propria rifondazione della sua scienza. È dunque necessario che alcune figure di spicco per il valore riconosciuto della loro opera assumano la funzione di testimonial autorevoli di un cambiamento che deve essere percepito sotto il segno del miglioramento e del progresso dalla massa di quei dottori di leggi che temono comprensibilmente di mettere in crisi senza motivo un modello consolidato e ben sperimentato di approccio alle norme e di perdere uno *status* che, nonostante le critiche, conferisce loro onori e denaro. Di qui l'importanza decisiva che alcuni giureconsulti, mettendo in gioco il loro prestigio di ceto, sposino la nuova visione culturale e dimostrino – all'inizio novatori isolati, poi maestri riconosciuti a livello internazionale – che essa può essere tradotta in soluzioni concrete capaci di aggiornare e rimodellare gli istituti giuridici senza determinare vuoti normativi e sconquassi nella concreta prassi giudiziaria e amministrativa.

Ecco perché autori del calibro di Zasius, Budé ed Alciato (il famoso “triumvirato” proposto dallo Chansonnette) assurgono al ruolo di antesignani della nuova realtà: costoro – ciascuno con la propria sensibilità e il proprio timbro – sono in grado di risemantizzare sul piano giuridico le argomentazioni sviluppate dagli umanisti, passando dalla critica portata dall'esterno, tanto urticante quanto generica e (in fondo) sterile, alla sua traduzione in termini giuridicamente significanti e ben calibrati, con un'operazione condotta dall'interno dello stesso ceto giuridico. Finché la polemica fosse rimasta espressione della incompatibilità di sistemi di sapere diversi, di ambienti culturali e accademici contrapposti e non comunicanti, non si sarebbe potuto realizzare una riforma diffusamente accettata e si sarebbero alimentate soltanto inutili contese tra le diverse discipline, senza indurre i giuristi a rinunciare alle loro comode rendite di posizione per rimodulare il proprio lavoro di *interpretatio* al passo coi tempi nuovi¹⁸.

Di fronte ad una sollecitazione molto forte all'autocritica e al

provenienti ai giuristi dal mondo umanistico e dei molteplici motivi che sostanziano il nuovo indirizzo si trova già in D. Maffei, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano 1956. Per la bibliografia recente di area francese si rimanda al saggio di Xavier Prévost, in questo volume.

¹⁸ Sulle tecniche interpretative messe in campo dalla giurisprudenza medievale e della prima modernità, cfr. l'attenta analisi di J. Maclean, *Interpretation and Meaning in the Renaissance. The Case of Law*, Cambridge 1992.

cambiamento le risposte che il mondo del diritto mette a punto sono varie, mobili, in progressivo divenire. Ancora a lungo una parte consistente del ceto giuridico si attesterà sulla chiusura, la negazione radicale, il rigetto di ogni ipotesi di innovazione. Soluzione perdente nel lungo periodo, anche se efficace nell'immediato, mentre il sistema perde progressivamente velocità e si avvia ad andare in stallo ma, nonostante tutto, è ancora in movimento, anche se in buona parte per forza d'inerzia.

La richiesta di adeguarsi ad un mondo in rapido divenire può essere evasa soltanto aggiornando convintamente e a fondo i propri strumenti gnoseologici ed operativi: di tali esigenze si fa interprete ad inizio del nuovo secolo il giovane Andrea Alciato, collocato idealmente al punto d'incontro di due tradizioni culturali altissime ma di opposta matrice (quella giuridica di *ius commune* e quella umanistica) che paiono destinate a non potersi incontrare ed integrare per sordità e miopie reciproche. La solidissima base tecnico-giuridica ottenuta nelle migliori università, al seguito dei più reputati maestri del *mos italicus* mette in condizione Alciato di rivolgersi a saperi extragiuridici, a cominciare dalla storia¹⁹, senza complessi d'inferiorità, consapevole in tal modo di irrobustire la propria preparazione e senza il timore di annacquarela mischiandovi conoscenze ritenute sin lì superflue per il giureconsulto. Al contrario, egli è in grado di dimostrare sin dai primi suoi scritti, tanto innovativi nella concezione quanto tecnici e votati alla migliore comprensione del *Corpus iuris civilis*²⁰, che coltivare la storia antica, la letteratura classica, la lingua greca, aggiunge frecce all'arco del giurista senza ridurre in nulla l'efficacia del tradizionale bagaglio di competenze tecniche, ripulito anzi dei cascami deleteri della rozzezza medievale.

Ed ecco che il pendolo si rimette in moto e che questo brillante ed assai

¹⁹ Sulla convinzione d'Alciato che lo studio della storia antica sia la chiave di volta per instaurare un sapere giuridico rinnovato, si veda ora G. Rossi, *L'Encomium historiae (1517) di Andrea Alciato: lo studio della storia antica e la nascita dell'umanesimo giuridico*, in L. Secchi Tarugi (cur.), *Antico e moderno: sincretismi, incontri e scontri culturali nel Rinascimento*, Atti del XXX Convegno internazionale (Chianciano Terme-Montepulciano, 19-21 luglio 2018), Firenze 2020, pp. 265-284. Sul ruolo della storia nella costruzione dell'umanesimo giuridico, cfr. almeno D.R. Kelley, *Foundations of Modern Historical Scholarship. Language, Law, and History in the French Renaissance*, New York-London 1970.

²⁰ Ci riferiamo alle precoci originali prove fornite dall'Alciato ed in particolare agli scritti raccolti nel volume uscito a Milano nel 1518 per le cure del Minuziano: *Paradoxa, Disputationes, Praetermissa*, oltre alle *Adnotationes in tres posteriores libros Codicis Iustiniani* qui riedite ma già pubblicate nel 1515, sperimentano un modello d'intervento sui testi giustiniani già pienamente uniformato ai canoni umanistici e segnano un punto di svolta rispetto all'attività interpretativa tradizionale, di colpo divenuta insufficiente ed obsoleta.

promettente sperimentatore di un nuovo metodo si trova, per contingenze storiche imprevedibili, nella condizione di insegnare ad Avignone (dal 1518 al 1522 e poi ancora dal 1527 al 1529) e a Bourges (dal 1529 al 1533), fecondando con l'esempio delle sue opere²¹ un ambiente scientifico come quello transalpino che pare trovare in tali novità la cifra di una originale dimensione teorico-pratica, che si radica nelle Università per poi dispiegare i propri effetti in ogni campo dell'attività giuridica, dando vita a quello che verrà di lì a poco designato come *mos gallicus iura docendi et studendi*²². La novità, apparentemente ristretta al modo di guardare alle fonti romane nell'ambito dell'insegnamento accademico, determinerà nel volgere di pochi decenni un'onda d'urto poderosa che produrrà un profondo cambiamento nel modo di concepire ed applicare il diritto²³, sul piano del sistema delle fonti e del rapporto col diritto romano; sul piano delle tecniche ermeneutiche; sul piano politico, con l'individuazione nel sovrano del soggetto concretamente titolare del potere di creare diritto, in forma di legge (con la conseguenza che il venir meno della relativa indifferenza del potere verso il diritto spinge il sovrano a porsi come autorità legittimante il lavoro del giurista, oltre che come fonte primaria – certo non ancora unica – di produzione delle norme).

²¹ Giusto il *caveat* ad evitare una semplicistica rappresentazione dell'attività didattica avignonese con connotati 'umanistici' palesemente improbabili ed anacronistici: A. Belloni, *L'insegnamento giuridico in Italia e in Francia nei primi decenni del Cinquecento e l'emigrazione di Andrea Alciato*, in A. Romano (cur.), *Università in Europa. Le istituzioni universitarie dal Medio Evo ai nostri giorni: strutture, organizzazione, funzionamento*. Atti del Convegno Internazionale di Studi (Milazzo, 28 settembre - 2 ottobre 1993), Soveria Mannelli 1995, pp. 137-158; più in generale sul metodo d'insegnamento, estesamente, Ead., *L'Alciato e il diritto pubblico romano...*, II. *L'insegnamento, gli studi, le opere*, cit., pp. 525-573.

²² Una rapida ma perspicua rassegna dei caratteri distintivi dei due metodi didattico-scientifici che si dividono il campo nel Cinquecento si trova in I. Birocchi, *Mos italicus e mos gallicus*, in *Enciclopedia Italiana. Ottava appendice. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma 2012, pp. 94-101. Ancora utile F. Carpintero Benítez, «*Mos italicus*», «*mos gallicus*» y el *Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica*, in «*Ius commune*», VI (1977), pp. 108-171; nonché D.R. Kelley, *The Human Measure. Social Thought in the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.)-London 1990, pp. 128-147 e 187-208 (pagine già pubblicate rispettivamente su «*The Historical Journal*», XXII (1979), pp. 777-794 e su «*History of European Ideas*», II, 4 (1981), pp. 261-276).

²³ Una rassegna di taglio introduttivo ma efficace di tale varietà d'indirizzi è offerta in V. Piano Mortari, *Cinquecento giuridico francese: lineamenti generali*, Napoli 1990. Un tentativo di tener conto della variegata evoluzione della scienza giuridica francese, che si sviluppa secondo direttrici molteplici, talora anche nettamente divergenti, si trova negli studi raccolti in G. Rossi (cur.), *Il Rinascimento giuridico in Francia. Diritto, politica e storia*, Atti del Convegno internazionale di studi (Verona 29 giugno-1° luglio 2006), Roma 2008.

Naturalmente si tratta di un processo lento, a macchia di leopardo dal punto di vista territoriale, che certo non contempla la sostituzione uniforme e simultanea di un sistema giuridico ad un altro. La storia dell'umanesimo giuridico, ormai soprattutto realtà transalpina destinata di lì ad irradiarsi in altre regioni d'Europa, è in verità la storia lunga e accidentata di un complessivo ricambio di valori, saperi, prassi ermeneutiche ed applicative, che soltanto un osservatore posto a sufficiente distanza temporale può leggere con chiarezza nelle sue linee essenziali. Un cambiamento che si sviluppa globalmente, coinvolgendo il piano della produzione del diritto (con una tendenziale riconfigurazione del panorama delle sue fonti), il piano della scienza giuridica e quindi dell'insegnamento universitario nonché, infine, anche il piano dell'applicazione del diritto, anzitutto sotto l'aspetto concreto dell'esercizio della giurisdizione.

Il quadro – a livello europeo – si propone dunque come assai frastagliato e composito. Tra tante novità, effimere o durature, alcuni elementi restano però ben saldi, pur se riconfigurati in profondità, conformemente ai nuovi indirizzi culturali ed ai cambiamenti del quadro politico, a livello locale non meno che continentale e, ormai, globale, con la stagione delle scoperte geografiche e la creazione nel Cinquecento di imperi coloniali oltremare: anzitutto la centralità della *scientia iuris* ed il riaffermato ruolo del giurista quale interprete qualificato e (ancora, nonostante tutto) autonomo del fenomeno giuridico nei suoi vari risvolti²⁴. La vitalità e l'autonomia della voce dei giuristi, visti nella loro dimensione cetuale, è forse il lascito più tipico che la grande stagione del maturo diritto comune di marca italiana trasmette alla vicenda straordinariamente ricca e creativa dell'umanesimo giuridico francese cinquecentesco; in ciò la figura di Andrea Alciato, abituato ad avere a che fare coi potenti senza abdicare ai propri spazi di autonomia esistenziale e scientifica, può davvero rappresentare, con la sua opera spesa con successo sia in Italia che in Francia, il *trait d'union* tra due epoche che propongono due diversi modi di svolgere il mestiere del giurista.

²⁴ Qualche utile riflessione in M. Ascheri, *I giuristi, l'umanesimo e il sistema giuridico dal medioevo all'età moderna*, in A. Iglesia Ferreirós (cur.), *El dret comú i Catalunya*, Actes del II.º Simposi Internacional, 31 maig-1 juny de 1991, Barcelona 1992, pp. 145-161.

*La méthode française est-elle italienne ?
La formation de l'humanisme juridique à la Renaissance :
bref aperçu historiographique*

Xavier Prévost

« Les textes circulent sans leur contexte »¹. La célèbre affirmation de Bourdieu, dans sa conférence séminale consacrée à la circulation internationale des idées, souligne l'un des grands enjeux du colloque de Bénévent, dont les actes sont ici publiés. En plaçant au centre du débat les « allers-retours » entre l'Italie et la France durant les périodes moderne et contemporaine, la manifestation a permis d'interroger « les effets de frontières » qui influencent le droit et les idées juridiques². Passer d'Italie en France – et inversement –, ce n'est pas seulement traverser une frontière physique, c'est – comme le souligne la formule bourdieusienne – changer de contexte. Pour continuer à citer Bourdieu, « le fait que les textes circulent sans leur contexte, qu'ils n'emportent pas avec eux le champ de production [...] dont ils sont le produit et que les récepteurs, étant eux-mêmes insérés dans un champ de production différent, les réinterprètent en fonction de la structure du champ de réception, est générateur de formidables malentendus »³. Ce sont ces malentendus, et plus largement toutes les différences provoquées par le changement de contexte, qu'il s'agit de déceler et de comprendre, afin de montrer les effets de la circulation sur les idées qui circulent. Le projet scientifique du colloque invitait donc à mesurer l'influence réciproque, les adaptations et la porosité entre Italie et France en matière de savoirs juridiques. Il n'est donc pas sans faire penser à l'histoire transnationale des normes juridiques et surtout des idées juridiques, que proposait récemment Jean-Louis Halpérin. L'article en question montre bien qu'une telle démarche n'est recevable que pour les périodes moderne et contemporaine, puisque pour

¹ P. Bourdieu, *Les conditions sociales de la circulation internationale des idées*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », 145 (2002), p. 4.

² J.-L. Halpérin, *Une histoire transnationale des idées juridiques ?*, in « Cléo@Themis », 14 (2018), online.

³ P. Bourdieu, *Les conditions sociales de la circulation internationale des idées*, cit., p. 4.

parler d'histoire transnationale, il faut qu'il y ait des nations clairement constituées. En matière d'idées juridiques (mais pas seulement), cela n'est pas le cas, en Europe, avant l'époque moderne⁴. D'ailleurs, même pour le début de l'époque moderne, cette démarche souffre de nombreuses limites constituant un vrai problème méthodologique au regard du sujet que l'on m'a demandé de traiter : les allers-retours entre l'Italie et la France concernant les rapports de l'humanisme et du droit à la Renaissance.

À la Renaissance, le champ intellectuel est toujours fortement marqué par ses caractéristiques médiévales, qui tendent à l'homogénéiser au niveau européen. Il en va ainsi pour la pensée juridique qui est encore très majoritairement formulée dans une langue commune facilitant sa circulation : le latin. Néanmoins, des ordres juridiques nationaux sont alors en constitution⁵, et la mise en place de l'humanisme juridique – bien qu'étant un phénomène européen – participe de cette nouveauté.

Une fois intégrées ces précautions, il n'en reste pas moins que l'on observe effectivement une transformation de la pensée juridique au tournant de l'époque moderne avec l'apparition de nouvelles manières d'étudier le droit, venues concurrencer les techniques apparues au Moyen Âge. Schématiquement, ces approches ont été distinguées sous deux grandes bannières qui, au premier abord, résument leur caractère national⁶ : d'un côté, le *mos italicus jura docendi*, la méthode italienne

⁴ « Pour qu'il y ait une circulation transnationale des idées juridiques, il faut des frontières à franchir, il faut que des juristes s'intéressent à des livres produits dans d'autres pays, il faut que les idées d'abord liées à un ordre juridique particulier influencent des juristes relevant d'un autre ordre juridique », J.-L. Halpérin, *Une histoire transnationale des idées juridiques ?*, cit., § 8.

⁵ Pour le cas français, voir notamment J.-L. Thireau, *L'alliance des lois romaines avec le droit français*, in J. Krynen (cur.), *Droit romain, jus civile, droit français*, Tolosa 1999, pp. 347-374, ristampa in J.-L. Thireau, *Jus et consuetudo. Recueil d'articles réunis en hommages*, A. Dobigny-Reverso, X. Prévost e Nicolas Warembourg (cur.), Parigi 2020, pp. 307-340.

⁶ Sur cette distinction, voir notamment X. Prévost, *Mos gallicus jura docendi*, *La réforme humaniste de la formation des juristes*, in « Revue historique de droit français et étranger », 89 (2011), pp. 491-513 ; G. Minnucci, *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus*, *L'inedito commentario ad legem Juliam de adulteriis*, Bologna 2002 ; D. R. Kelley, *Civil science in the Renaissance: Jurisprudence in the French Manner*, in « History of European Ideas », 2 (1981), pp. 261-276 ; D. R. Kelley, *Civil science in the Renaissance: Jurisprudence Italian Style*, in « Historical Journal », 22 (1979), pp. 777-794 ; F. Carpintero, « *Mos italicus* », « *mos gallicus* » y el *Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica*, in « Ius Commune », 6 (1977), pp. 108-171 ; P. G. Caron, *Mos italicus e mos gallicus iuris docendi nella dottrina dei canonisti*, in « Recueil de Mémoires et Travaux publié par la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des anciens Pays de Droit écrit [Mélanges Pierre Tisset] », 7 (1970), pp. 77-91 ; V. Piano Mortari, *La scienza giuridica del secolo XVI. Aspetti della scuola culta*, Catania 1966 ; R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del*

d'enseignement des droits née dans les universités médiévales ; de l'autre, le *mos gallicus jura docendi*, la méthode française d'enseignement des droits, qui serait caractéristique de la réforme humaniste de la pensée juridique à la Renaissance. L'historiographie de ces dernières décennies, tout en mobilisant ces appellations traditionnelles, a largement remis en cause le schéma simplificateur qu'elles véhiculent. Si cette opposition schématique reste utile pour comprendre les grandes ruptures de l'histoire de la pensée juridique, elle ne doit pas pour autant laisser croire que le *mos italicus* serait exclusivement italien et que le *mos gallicus* constituerait un pur produit français. La circulation des savoirs entre l'Italie et la France à la Renaissance montre que l'humanisme juridique est le fruit d'une circulation européenne, qui a donné naissance à une réforme méthodologique recouvrant elle-même une pluralité d'approches. Logiquement la critique humaniste du droit émerge d'abord là où l'humanisme connaît ses feux les plus précoces, à savoir dans la péninsule italienne (1). La remise en cause du bartolisme se répand ensuite à travers l'Europe, tout en étant loin de faire disparaître l'étude scolastique du droit. Quantitativement, si ce n'est qualitativement, c'est dans le royaume de France que la circulation de cette critique est la plus forte et surtout qu'elle s'installe durablement dans certaines universités où les méthodes d'enseignement du droit se transforment (2) ; transformations notamment provoquées par le fait que les textes circulent sans leur contexte.

1. L'émergence de la critique humaniste du droit dans l'Italie des XIV^e et XV^e siècles

L'humanisme, qui se développe dans la péninsule italienne au cours des XIV^e et XV^e siècles, constitue une rupture dans la façon d'appréhender les savoirs juridiques. Plusieurs humanistes italiens s'attachent alors à remettre en cause les méthodes d'étude du droit par les juristes universitaires, mais aussi, plus largement, la place du savoir juridique lui-même. Comme l'a clairement démontré Patrick Gilli, cette remise en cause est déjà le fait de Pétrarque (1304-1374)⁷, qui a d'ailleurs suivi des études de droit à

diritto romano, Torino 1961, pp. 138-202 ; D. Maffei, *Gli inizi dell'Umanesimo giuridico*, Milano 1956 ; G. Kich, *Humanismus und Jurisprudenz. Der Kampf zwischen mos italicus und mos gallicus an der Universität Basel*, Basilea 1955 ; S. Riccobono, *Mos italicus e mos gallicus nelle interpretazioni del Corpus juris civilis*, in *Acta Congressus iuridici internationalis VII saeculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustiniano promulgatis Romae 12-17 novembris 1934*, Roma 1935, t. 2, pp. 379-398.

⁷ P. Gilli, *Humanisme juridique et science du droit au XV^e siècle : tensions compétitives au sein des élites lettrées et réorganisation du champ politique*, in « Revue de synthèse », 130 (2009),

Montpellier puis à Bologne. Dans les écrits pétrarquéens, l'enjeu est celui de « la redéfinition du champ du savoir et de la place des lettrés d'un nouveau genre dans l'économie de la connaissance »⁸ : cet enjeu vise directement le droit, les juristes et les savoirs juridiques. L'une des évolutions les plus nettes par rapport aux premiers éclats de l'humanisme padouan consiste en l'attaque portée directement aux juristes professionnels. L'humanisme pétrarquéen ambitionne en effet de remettre en cause la place de ces derniers dans l'échelle du savoir et du pouvoir. Pétrarque installe « au sommet une figure inédite de lettré, l'humaniste, intellectuel organique de l'oligarchie des régimes seigneuriaux »⁹. Il s'agit d'un questionnement d'ensemble à l'égard du droit et du monde des juristes, puisqu'il touche non seulement des aspects techniques, méthodologiques et pédagogiques, mais aussi la fonction sociale du droit. Cette première critique humaniste du droit ne recouvre toutefois pas l'ensemble des éléments caractéristiques de l'apogée de l'humanisme juridique et ses contours précis restent soumis à des discussions non négligeables, que renforce une très récente publication de Nicolas Warembourg¹⁰. Comme l'indique l'expression complète de *mos gallicus jura docendi*, la formule désigne une manière d'enseigner le droit : elle est donc nécessairement l'œuvre de professeurs de droit. Par conséquent, il n'est possible de parler de *mos gallicus* que lorsque que les critiques humanistes sont appliquées par des individus enseignant le droit.

Pour ceux qui restreignent l'humanisme juridique au *mos gallicus*, la critique humaniste du droit qui émerge dans la péninsule italienne à partir du xiv^e siècle ne peut donc pas être placée sous la bannière de l'humanisme juridique. Les divergences historiographiques s'expliquent ainsi, au moins partiellement, selon que l'on donne à l'expression « humanisme juridique » une acception plus ou moins large. On se propose ici d'essayer de réserver son emploi à l'existence d'un véritable mouvement doctrinal, qui ne doit pas pour autant être limité à une méthode d'enseignement.

Dès le xiv^e siècle, la critique humaniste italienne fait émerger les

pp. 571-593, ristampa in P. Gilli, *Droit, humanisme et culture politique dans l'Italie de la Renaissance*, Montpellier 2014, pp. 125-145.

⁸ Ivi, p. 128.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ N. Warembourg, « Jurisconsultus idemque orator ». *Retour sur la lettre de Pétrarque à Marco Portonari sur les études de droit* (Rerum familiarium XX. 4), in « Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique », t. hors-série [A. Dobigny-Reverso, X. Prévost e N. Warembourg (cur.), *Liber amicorum. Mélanges réunis en hommage au professeur Jean-Louis Thireau*,], 2019, pp. 447-469. L'auteur affirme notamment p. 468 : « Il nous semble que ce bref passage de Pétrarque ne peut pas être lu comme une anticipation ni une amorce du *mos gallicus jura docendi* ».

principaux éléments, qui ont été, bien plus tard, concrétisés dans les études de droit : le mauvais latin des juristes, leur méconnaissance de l'Antiquité, leur enfermement dogmatique ou encore leur affirmation de l'universalité du droit romano-canonique. Toutefois, si ces attaques sont partiellement formulées dès l'époque de Pétrarque, il faut attendre le xv^e siècle pour qu'elles prennent une ampleur plus large et commencent réellement à secouer le monde des juristes. L'historiographie s'est en particulier intéressée aux écrits de Lorenzo Valla (1407-1457)¹¹, mais l'on pourrait aussi revenir sur la lettre dans laquelle Cosma Raimondi (v.1400-v.1435), au début de la décennie 1430, profère de vives attaques à l'encontre du droit¹². Malgré leur immense stature, il faut toutefois prendre garde de ne pas donner aux écrits de Valla une valeur paradigmatique, comme l'a récemment montré Diego Quaglioni :

« L'émergence d'une personnalité troublante et révolutionnaire comme celle de Valla doit s'expliquer dans le cadre d'un mouvement culturel qui tire sa force de cette idéologie agressive, anti-scolastique et anti-traditionnaliste, qui avait trouvé dans [Leonardo] Bruni [1370-1444] les formulations les plus claires et la figure d'un chef reconnu. C'est pourquoi on a écrit à juste titre que sans Bruni et son attitude de défi envers la tradition scolastique, il n'est pas possible d'expliquer Valla ; mais il est également vrai que par rapport à Bruni, il faut mesurer le pouvoir novateur et subversif de Valla, son intention constamment polémique, conduisant à la provocation et au défi en proposant l'activité littéraire comme un substitut à l'ancienne scolastique »¹³.

¹¹ Voir notamment D. Mantovani, *L'elogio dei giuristi romani nel proemio al III libro delle Elegantiae di Lorenzo Valla. "Per quotidianam lectionem Digestorum semper incolumis et in honore fuit lingua Romana"*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, Milano 2007, t. V, pp. 143-208 [à paraître en français dans X. Prévost e L.-A. Sanchi (cur.), *L'humanisme juridique. Aspect d'un phénomène intellectuel européen*, Parigi, in preparazione] ; G. Rossi, *Letture umanistiche del Digesto lungo il xv secolo. Da Valla a Poliziano*, in D. Mantovani e A. Padoa Schioppa (cur.) *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia 2014, pp. 311-369 ; M. Regoliosi, *L'Epistola contra Bartolum del Valla*, in V. Fera e G. Ferrà (cur.), *Filologia umanistica. Per Gianvito Resta*, Padova 1997, t. II, pp. 1501-1571 ; M. Speroni, *Lorenzo Valla a Pavia: il Libellus contro Bartolo*, in « Quellen und Forschungen aus italienischen Archiven und Bibliotheken », 59 (1979), pp. 452-467.

¹² P. Gilli, *Le conflit entre le juriste et l'orateur d'après une lettre de Cosma Raimondi, humaniste italien en Avignon (c. 1431-1432)*, in « Rhetorica », 16 (1998), pp. 259-286, ristampa in P. Gilli, *Droit, humanisme et culture politique dans l'Italie de la Renaissance*, cit., pp. 105-123.

¹³ D. Quaglioni, *L'Epistola contra Bartolum de Lorenzo Valla (1433), fondation de*

L'attaque de Valla contre les juristes, et spécialement contre l'œuvre de Tribonien (†v.542) et son interprétation médiévale, ne résume pas à elle seule la critique humaniste du droit qui se développe en Italie ; elle semble en être une exagération outrancière et est, en tout cas, l'attaque la plus acerbe. Derrière ces critiques, il n'y a pas seulement une nouvelle conception de la connaissance qui se joue, mais aussi des rivalités de pouvoir. Ainsi, Diego Quaglioni, en s'appuyant sur le travail de Mariangela Regoliosi à propos de l'*Epistola contra Bartolum* (1433) de Valla, rappelle que le but de ce texte est « de s'opposer à la superpuissance culturelle des juristes et à leur conviction catégorique de supériorité », avec la dénonciation conséquente « des formes de pensée médiévales liées aux procédures dialectiques-scolastiques »¹⁴. En bref, pour reprendre l'analyse de Patrick Gilli, la confrontation du droit à l'humanisme en Italie au cours des XIV^e et XV^e siècles est une remise en cause de la sacralité du savoir juridique – et donc de la position des juristes – patiemment élaborée par les jurisconsultes depuis la redécouverte des compilations justiniennes¹⁵.

Quelle est, au même moment, la réaction de ceux qui font l'objet de ces critiques, à savoir les juristes universitaires diffusant leurs idées à travers des ouvrages ou des cours ? Ils continuent à appliquer les méthodes bartolistes qui prévalent depuis de nombreuses décennies. Certes, on note bien quelques écrits qui tentent de répondre au reproche d'atemporalité et d'universalité des analyses romanistes en intégrant une véritable dimension historique et contextuelle à l'étude du droit romain, mais ils restent le fait de « lettrés frottés de culture juridique »¹⁶ et non l'œuvre de professeurs de droit. Tel est par exemple le cas de la première compilation historique des lois antiques élaborée par Francesco Filelfo (1398-1481) dans son *Epistola ad Cornelium* (1439), magistralement étudiée par Jean-Louis Ferrary¹⁷.

Partant, ces quelques écrits ne sauraient à eux seuls constituer un véritable mouvement doctrinal : l'humanisme juridique en tant que tel n'existe pas durant la première moitié du XV^e siècle. Il semble plus pertinent de parler de critique humaniste du droit, laquelle atteint alors verbalement

l'humanisme juridique ?, in X. Prévost e L.-A. Sanchi (cur.), *L'humanisme juridique...*, cit. ¹⁴ Ivi.

¹⁵ P. Gilli, *Humanisme juridique et science du droit au XV^e siècle...*, cit., p. 130 : « cette désacralisation de la *scientia legalis*, réduite aux yeux de ses détracteurs à un savoir-faire farineux, constitue le premier défi des humanistes à la science juridique ».

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ J.-L. Ferrary, *Naissance d'un aspect de la recherche antiquaire. Les premiers travaux sur les lois romaines de l'Epistula ad Cornelium de Filelfo à l'Historia juris civilis d'Aymar du Rivail*, in M. H. Crawford e C. R. Ligota (cur.), *Ancient History and the Antiquarian. Essays in Memory of Arnaldo Momigliano*, Londra 1995, pp. 33-71.

l'une de ses phases les plus virulentes. L'expression « humanisme juridique » paraît d'autant plus difficile à employer que l'historiographie met en avant une disjonction entre le droit, tel qu'il est analysé par les juristes universitaires, et les savoirs humanistes, en plein développement au sein de la péninsule. L'illustration la plus flagrante de cette disjonction est sans doute perceptible dans les travaux de plusieurs juristes qui font également œuvre d'humanistes, mais qui ne prennent pas en compte dans leurs écrits juridiques les questionnements soulevés par l'humanisme à l'égard du droit. Patrick Gilli a, à ce sujet, une formule très parlante : « plusieurs juristes de cette génération donnent le sentiment d'avoir été partagés par une sorte de schizophrénie intellectuelle entre les deux tendances intellectuelles »¹⁸. Des juristes universitaires entreprennent des travaux humanistes ne traitant pas du droit, dès le milieu du xv^e siècle¹⁹ et, dans le même temps, leurs travaux juridiques restent de factures traditionnelles, suivant de près la méthode bartoliste.

Au même moment, en France, la situation est très différente, puisque c'est simplement l'humanisme qui y connaît ses premiers balbutiements. Il émerge en effet dans le royaume durant la seconde moitié du xv^e siècle, en particulier par les échanges qui s'opèrent entre France et Italie. Ainsi que l'écrit Philippe de Lajarte, « il n'est guère, durant cette période, d'humaniste français qui ne se soit rendu en Italie pour y rencontrer les grandes figures de l'Humanisme transalpin et, parfois, suivre leur enseignement »²⁰. Cette circulation des savoirs humanistes entre France et Italie n'affecte toutefois pas encore l'enseignement du droit, même si elle a déjà des répercussions dans le domaine politique²¹. Toutefois, la diffusion de la critique humaniste du droit en dehors de la péninsule italienne, et spécialement en France, a trouvé un contexte favorable dans certaines universités, permettant ainsi une réforme de l'enseignement du droit.

¹⁸ P. Gilli, *Humanisme juridique et science du droit au xv^e siècle...*, cit., p. 131.

¹⁹ « Autrement dit, le climat change dans les années 1460, mais l'on ne peut pas encore parler d'humanisme juridique. La confrontation cède la place à une sorte de routine dans la répartition des rôles sociaux de chacune de ces catégories de lettrés », *ivi*, p. 134.

²⁰ P. de Lajarte, *L'humanisme en France au xv^e siècle*, Paris 2009, p. 52.

²¹ Pour un aperçu récent, voir C. Bozzolo, C. Gauvard e H. Millet (cur.), *Humanisme et politique en France à la fin du Moyen Âge. En hommage à Nicole Pons, actes des journées de Villejuif (17-18 mars 2016, campus du Cnrs)*, Paris 2018.

2. Le développement de méthodes humanistes d'enseignement du droit dans la France du début du XVI^e siècle

Durant la seconde moitié du xv^e siècle, en Italie, l'humanisme impose sa domination culturelle ; et de là, il se répand à travers toute l'Europe. Ainsi, la question de l'humanisme juridique s'inscrit de manière générale dans la circulation de l'humanisme d'Italie vers l'Europe, qui n'est ici traitée que dans son versant franco-italien. S'agissant de la pensée juridique, sa circulation s'effectue à l'aide de deux moyens de communication principaux : les hommes et les livres ou, plus généralement, les supports matériels des idées.

Les hommes circulent entre l'Italie et la France, qu'ils soient humanistes ou juristes, voire les deux : en particulier, par leurs séjours en Italie, les juristes français entrent en contact avec l'humanisme italien dès le xv^e siècle, et par leurs séjours en France, les humanistes italiens diffusent leurs idées auprès des juristes français. Concernant la circulation des savoirs humanistes grâce à la venue d'Italiens en France, l'exemple le plus connu – et l'un des plus féconds – est celui d'André Alciat, au sujet duquel la bibliographie est volumineuse²². La circulation des savoirs humanistes passe aussi par les voyages des Français en Italie. Pour l'illustrer, on peut notamment citer les cas de Guillaume Budé (1468-1540) et d'Aymar Du Rivail (1491-1558). Le premier profite d'un passage à Florence en 1505 pour consulter le plus ancien manuscrit conservé du Digeste, qu'il mobilise ensuite dans un ouvrage que l'historiographie considère comme fondateur de l'humanisme juridique : ses célèbres *Annotationes in Pandectas*, dont Luigi-Alberto Sanchi rappelle clairement ce qu'elles doivent à Ange Politien (1454-1494) et Lorenzo Valla²³. Le second, ayant commencé ses études de droit à Avignon, aurait suivi en 1512 à Pavie les enseignements de Giasone Del Maino (1435-1519) et Filippo Decio (1454-1535), maîtres qui appliquent pour l'essentiel la méthode bartoliste. Surtout, en 1515, Aymar Du Rivail accompagne François I^{er} dans sa campagne italienne, où il paraît difficile qu'il n'ait pas été en contact avec l'humanisme et des humanistes italiens.

²² Outre la contribution de G. Rossi dans ce volume, on renvoie pour alléger les notes à la bibliographie d'histoire du droit figurant dans X. Prévost, *L'Encomium historiæ (1517) d'Alciat : de l'éloge de l'histoire à l'éloge historique du droit*, in X. Prévost e L.-A. Sanchi (cur.), *L'humanisme juridique...*, cit. ; pour un panorama bibliographique très large sur l'abondante œuvre alciatique, voir A. Rolet e S. Rolet (cur.), *André Alciat (1492-1550) : Un humaniste au confluent des savoirs dans l'Europe de la Renaissance*, Turnhout 2013.

²³ L.-A. Sanchi, *À l'origine du Mos Gallicus : les Annotations aux Pandectes de Guillaume Budé*, in X. Prévost e L.-A. Sanchi (cur.), *L'humanisme juridique...*, cit.

À partir de cette même année, il se met à produire une œuvre juridique marquée par le souci de contextualisation propre à l'humanisme. Son *Historia juris*²⁴ a d'ailleurs conduit certains auteurs à le considérer comme « le premier historien du droit »²⁵. Du Rivail, tout comme Alciat, passe par l'université d'Avignon, qui joue un rôle clef dans la circulation de l'humanisme entre l'Italie et la France²⁶. Cela s'explique évidemment par la situation particulière de la cité des papes²⁷, qui entretient des liens étroits avec la péninsule.

Avignon est également un lieu de passage des livres entre France et Italie. Les supports matériels sont en effet le second grand canal de circulation. Les ouvrages des humanistes italiens arrivent massivement en France durant la seconde moitié du xv^e siècle, profitant pleinement de l'invention de l'imprimerie. Ainsi, outre le transport de ces ouvrages par des hommes qui voyagent, les textes humanistes commencent également à être directement imprimés en France facilitant la diffusion des idées venues d'Italie dans le royaume. André Tiraqueau (1488-1558), par exemple, réédite en 1513, le *De re uxoria* de l'humaniste vénitien Francesco Barbaro (v.1398-1454), qui lui sert ensuite à la rédaction de son *De legibus connubialibus*, lequel contribue à la structuration de l'humanisme juridique²⁸. Plus généralement, un certain nombre de juristes français s'emparent des textes italiens portant une critique humaniste des méthodes juridiques. On observe alors un phénomène de « désitalianisation » du droit savant²⁹ : en réinvestissant la critique humaniste du droit venue de la péninsule, les Français remettent en cause la domination de la pensée juridique italienne, bien que celle-ci ait toujours été concurrencée depuis la redécouverte des compilations justiniennes. Ce n'est pas là la moindre des transformations provoquées par cette circulation entre l'Italie et la France.

La prise en compte des savoirs humanistes, et spécialement des critiques humanistes à l'égard du droit, par des juristes non italiens, et plus

²⁴ Sur cet ouvrage, voir J.-L. Ferrary, *Naissance d'un aspect de la recherche antiquaire...*, cit.

²⁵ P. Arabeyre, *Du Rivail* (Rivellinus) *Aymar*, in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin e J. Krynen (cur.), *Dictionnaire historique des juristes français*, Parigi 2015, p. 390.

²⁶ G. Cazals, *Avignon, mos Italicus, mos Gallicus ou mos Tholosanus ? Un lieu majeur du développement et de la diffusion de l'humanisme juridique (premier tiers du xvi^e siècle) ?*, in X. Prévost e L.-A. Sanchi (cur.), *L'humanisme juridique...*, cit.

²⁷ P. Gilli, *La noblesse du droit. Débats et controverses sur la culture juridique et le rôle des juristes dans l'Italie médiévale (xii^e-xv^e siècles)*, Parigi 2003, p. 22.

²⁸ G. Rossi, *Un manifeste de l'humanisme juridique naissant : l'épître Studiosis (1524) en préface du De legibus connubialibus et iure maritali d'André Tiraqueau*, in X. Prévost e L.-A. Sanchi (cur.), *L'humanisme juridique...*, cit.

²⁹ P. Gilli, *Humanisme juridique et science du droit au xv^e siècle...*, cit., p. 142.

particulièrement français, permet l'éclosion d'un véritable mouvement doctrinal qualifiable d'humanisme juridique. Au sein de ce mouvement européen, en particulier dans des universités du royaume de France, se développent progressivement de nouvelles façons d'enseigner le droit, qui ont été regroupées de manière englobante dans la formule *mos gallicus jura docendi*. Des professeurs de droit se réapproprient la critique humaniste ayant émergé dans l'Italie des XIV^e et XV^e siècles, afin de l'intégrer pleinement à la transmission universitaire des savoirs juridiques.

Ainsi, l'une des principales transformations issues de cette circulation franco-italienne consiste notamment dans l'apparition d'un nouveau terrain d'expression de l'analyse humaniste du droit, à savoir les facultés de droit elles-mêmes. Il semble que le contexte du royaume de France ait été plus favorable que celui de la péninsule italienne pour l'implantation durable et massive de l'humanisme dans les lieux d'enseignement du droit. Le développement de l'humanisme juridique a donc notamment transformé les méthodes d'étude du droit, sans pour autant faire disparaître le *mos italicus* ; même en France³⁰. L'humanisme juridique devient alors un mouvement en grande partie alimenté par les travaux de professeurs de droit, même s'il ne saurait être réduit au seul *mos gallicus*, dans la mesure où sa production ne se limite pas – loin de là – aux écrits issus des facultés de droit.

En outre, il ne faudrait pas en conclure à un rétrécissement de la focale. Au contraire, en gagnant le principal lieu de création des savoirs juridiques, la critique humaniste a pu se constituer en véritable mouvement doctrinal qui ne se borne pas à une simple méthode d'enseignement du droit, mais qui concrétise, dans le domaine juridique, la portée encyclopédique de l'humanisme. Ces professeurs de droit répondent en effet à l'un des reproches majeurs des humanistes italiens, à savoir la coupure du droit et des autres savoirs, qui conduisait à ne comprendre le droit que par le droit lui-même (ou presque). L'enrichissement de l'analyse des textes juridiques par la mobilisation de l'ensemble des savoirs est ainsi l'un des principaux apports de ces auteurs. Leurs analyses juridiques s'inscrivent dans la démarche encyclopédique de la Renaissance qui lie entre eux tous les savoirs, ainsi que le souligne Géraldine Cazals dans un récent article historiographique essentiel pour comprendre la pensée juridique dans la France du XVI^e siècle³¹. Les connaissances extrajuridiques ne sont pas de

³⁰ Sur l'utilisation des méthodes médiévales et humanistes au début du XVI^e siècle en France, voir en particulier P. Arabeyre, *Culture juridique et littérature européenne chez les derniers bartolistes français (première moitié du XVI^e siècle)*, in « Clio@Themis », 2 (2009), online.

³¹ G. Cazals, *Une Renaissance. Doctrine, littérature et pensée juridique du XVI^e siècle en*

simples parures ornementales, mais les pierres fondatrices de la nouvelle argumentation juridique que mettent en œuvre les humanistes.

Au-delà de ces éléments généraux de rénovation, le réinvestissement de la critique humaniste italienne par les juristes français a également conduit à la diversification des approches humanistes dans l'étude du droit. En effet, l'humanisme juridique n'est pas un mouvement uniforme, mais il est traversé par plusieurs courants, comme le rappelle régulièrement l'historiographie récente ici mobilisée. Grâce à sa circulation à travers toute l'Europe, l'étude humaniste du droit s'est enrichie dans ses finalités : analyse historique du droit, mise en système du droit, création doctrinale de droits nationaux, ... Le regroupement de tous ces auteurs sous la bannière de l'humanisme juridique reste pertinent, tout en se gardant bien d'en masquer la diversité, qui tend d'ailleurs à se renforcer au cours du XVI^e siècle. Le volume de cette contribution ne permet malheureusement ni de traiter de ces évolutions de l'humanisme juridique qui s'opèrent à partir du second tiers du XVI^e siècle, ni du « retour » vers l'Italie.

Au terme de ce bref voyage historiographique, il semble possible de proposer une clarification de l'emploi des expressions « humanisme juridique » et *mos gallicus*³². Le *mos gallicus* renvoie aux manières humanistes d'enseigner le droit telles qu'elles ont été mises en œuvre par des professeurs de droit à partir du XVI^e siècle. Dès lors, ceux qui appliquent le *mos gallicus* appartiennent nécessairement à l'humanisme juridique. Toutefois, ce dernier est un mouvement plus large, qui ne saurait se réduire à ceux qui enseignent le droit, mais qu'il semble pertinent de borner à une période où l'expression « humanisme juridique » peut désigner un mouvement intellectuel à part entière, c'est-à-dire à partir du moment où la production scripturale permet de caractériser l'existence d'une véritable intégration du droit aux savoirs humanistes ne se limitant pas à la seule critique de la scolastique des juristes. Si ce moment ne paraît pas pouvoir être daté avec une extrême précision, il se situe entre la fin du XV^e et le début du XVI^e siècle au moment où l'humanisme traverse largement les frontières en Europe et, en particulier, celles séparant l'Italie et la France.

France, in « Clio@Themis », 14 (2018), online, § 42.

³² Cette clarification, issue des recherches effectuées pour cette publication, n'a pas été mise en œuvre dans mes écrits antérieurs, au sein desquels l'emploi de ces expressions est donc beaucoup plus flottant.

IL DIRITTO COMMERCIALE

*Il mediatore di commercio tra professione privata e pubblico ufficio
(secc. XVI-XVIII)*

Alessia Legnani Annichini

La natura della professione di mediatore in Età Moderna – cioè se essa debba considerarsi o meno un pubblico ufficio – non appare ancora sufficientemente chiarita.

Sul punto la più risalente storiografia appare divisa. A favore si espressero, tra gli altri, Paul Laband in un importante saggio apparso sulla “*Zeitschrift für Deutsches Recht und Rechtswissenschaft*” nel 1861¹, Jean van Houtte dalle pagine della “*Revue historique de droit français et étranger*” nel 1936² e sul finire del XIX secolo gli storici del diritto italiani Alessandro Lattes³ e Antonio Pertile⁴ nelle note sillogi: l’una monografica, l’altra manualistica. In questa direzione ancora di recente e a più riprese sono intervenuti gli storici dell’economia Bernardino Farolfi⁵ e Giuseppe De Luca, per il quale si sarebbe trattato di un istituto «semipubblico»⁶. In senso opposto, la voce autorevole di Levin Goldschmidt⁷ negli anni ‘80 dell’Ottocento, cui si allineò la coeva dottrina civilistica italiana, secondo la quale «i mediatori esercitano una professione d’indole assolutamente privata, che non può

¹ P. Laband, *Die Lehre von den Mäklern*, in “*Zeitschrift für Deutsches Recht und Rechtswissenschaft*”, 1961, pp. 17-19.

² J. Van Houtte, *Les courtiers au Moyen - âge*, in “*Revue historique de droit français et étranger*”, 1936, p. 21, che considera sussidiari questi compiti pubblici dei sensali.

³ A. Lattes, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano 1884, p. 105.

⁴ A. Pertile, *Storia del diritto italiano. Dalla caduta dell’impero romano alla codificazione*, IV. *Storia del diritto privato*, Torino, 1896-1903 (rist. anast. Bologna 1966), pp. 692-693.

⁵ B. Farolfi, *Ius mercatorum e mediazione commerciale nella Bologna del Seicento*, in “*Nuova economia e storia. Rivista trimestrale*”, I (1995), p. 273.

⁶ G. De Luca, *Mercanti, organizzazione corporativa e controllo del mercato a Milano tra XVI e XVII secolo*, in H. Casado Alonso (cur.), *Simón Ruiz y el mundo de los negocios en Europa en los siglos XVI y XVII*, Valladolid 2017, pp. 107-111 e Id., *Sensali e mercato del credito a Milano tra XVI e XVII secolo*, in E.M. García Guerra, G. De Luca (curr.), *Il mercato del credito in età moderna. Reti e operatori finanziari nello spazio europeo*, Milano 2010, pp. 239-257.

⁷ L. Goldschmidt, *Storia universale del diritto commerciale*, Torino 1913 (trad. it. a cura di V. Pouchain e A. Scialoja), p. 199.

attribuire loro nessuno dei caratteri dei pubblici ufficiali»⁸.

A mio parere è opportuno distinguere tra realtà differenti, senza ricondurre il sensale a un unico modello, perché così non era. Nella Francia di Età Moderna, per volontà di re Carlo IX († 1574), quello del mediatore fu un vero e proprio ufficio regio⁹, archetipo dell'odierno pubblico ufficiale. Quanto alla penisola italiana non è possibile nella dimensione sincronica fare un discorso unitario. Essa era ancora frammentata in una molteplicità di Stati sotto un profilo politico, ancora connotata da un variegato pluralismo di derivazione medievale sotto il profilo normativo e in affanno rispetto alle altre potenze europee da un punto di vista economico. Ne consegue che accanto a realtà come quella sabauda, evidentemente influenzata dalla vicina Francia, o come il Regno di Napoli, ove il sensale ricopriva una carica pubblica¹⁰, ve ne erano altre – mi riferisco ad esempio a Milano e a Bologna – dove tali professionisti continuarono a connotarsi per una dimensione squisitamente privatistica¹¹.

Le ragioni del diverso modo di intendere la senseria sono da individuarsi nel differente contesto politico, giuridico ed economico di riferimento. La Francia poteva vantare un robusto apparato amministrativo proto-statuale,

⁸ La citazione è da J. Rezzara, *Dei mediatori e del contratto di mediazione. Studio di diritto commerciale*, Torino 1903, p. 5.

⁹ *Edict du Roy du mois de Juin 1572. Portant creation en Titre d'Office de tous Couretiers; tant de Changes & de Deniers, de Draps de Soye, Laines, Toilles, Cuirs, & autres sortes de marchandises: que de Vins, Bleds, & autres grains; de Chevaux et de tout autre Bestail*, Paris 1572, p. 1. Sul punto v. anche J.B.J. Paillet, *Dictionnaire Universel de Droit Français*, XIII, voce *Agent de change*, Paris 1826, p. 309; A. Fremery, *Études de droit commercial ou du droit fondé par la coutume universelle des commerçans*, Paris 1833, p. 517 e M.D. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public; Nouvelle édition, considérablement augmentée et précédée d'un essai sur l'histoire générale du droit français*, VI, Paris 1847, voce *Bourse de commerce*, p. 423.

¹⁰ Carlo Emanuel, *Lettere Patenti di S.A.S. colle quali concede a due persone l'uffizio pubblico di Sensale generale, cioè la facoltà di costituire ovunque Sensali con esercizio privativo, durante anni venti* (29 ottobre 1615), in *Raccolta per ordine di materie delle leggi cioè editti, patenti, manifesti, ecc. emanate negli Stati di terraferma sino all'8 dicembre 1798 dai sovrani della Real casa di Savoia, compilata dall'avvocato Felice Amato Duboin*, t. XV, vol. XVII, Torino 1848, pp. 245-249 e M. De Jorio, *La giurisprudenza del commercio, umiliata a S.M. Ferdinando IV, Re delle Due Sicilie, e di Gerusalemme, Infante di Spagna, Duca di Parma, Piacenza, e Castro e Gran Principe ereditario della Toscana*, I, Napoli 1799, p. 165.

¹¹ Per Milano v. G. De Luca, *Sensali e mercanti*, cit., p. 241; per Bologna, A. Legnani Annichini, *La giustizia dei mercanti. L'Universitas mercatorum, camporum et artificum di Bologna e i suoi statuti del 1400*, Bologna 2005, p. 91 e Id., *La Mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, Bologna 2008 (Seminario Giuridico della Università di Bologna, 239), p. 317.

i cui obiettivi di settore miravano a emanare nuove norme anche in materia commerciale e a favorire lo sviluppo economico della Nazione all'insegna delle dottrine mercantilistiche. Ragioni che appartennero, pur con diversa intensità ed efficacia, a quei territori della penisola di assetto monarchico, nei quali l'influenza francese – diretta o indiretta – si riverberò anche sulla disciplina della mediazione. Esse non valevano, invece, in quelle realtà vetero municipali, nelle quali i mercanti avevano saldamente mantenuto l'esclusiva gestione di tutto ciò che riguardava l'economia, compresa la scelta degli intermediari dei loro affari.

L'aver voluto ricondurre il sensale in maniera generica e acritica a un pubblico ufficiale è equivoco che ritengo scaturito dalla circostanza che i suoi libri avevano valore di prova piena in giudizio. Una disposizione, propria della Francia e di tutte le realtà italiane, su cui non mi soffermerò¹², ma che ha indotto alcuni studiosi, anche autorevoli, ad assimilare, creando così un'eccessiva generalizzazione, le scritture di tale figura professionale a quelle del notaio¹³, aventi una *vis* costitutiva ed effetti del tutto diversi.

Il mediatore di commercio non certificava nulla a livello ufficiale, ma si limitava ad annotare nei suoi registri gli estremi del negozio concluso dalle parti che aveva messo in contatto¹⁴. I suoi libri e le copie da lui rilasciate provavano quanto vi era annotato solo se prodotti in giudizio; mi sembra, dunque, azzardato andare oltre e sostenere – come è stato fatto¹⁵ – che tale professionista attribuisse *publica fides* ai contratti. Rispetto all'*instrumentum* tratto dall'abbreviatura notarile, dotato questo sì di pubblica fede in quanto redatto e sottoscritto dal notaio con il suo sigillo, le scritture del sensale erano altro, da accostarsi piuttosto a quelle del mercante¹⁶: medesime erano, infatti, la funzione e la valenza probatoria.

Per ragioni di economia ho scelto di circoscrivere il mio intervento all'illustrazione, accanto alla Francia, delle già menzionate quattro realtà,

¹² Questo aspetto è approfondito nel mio «*Proxenetes est in tractando*». *La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, Bologna 2013 (Seminario Giuridico della Università di Bologna, 273), pp. 147-152; sempre valido seppur risalente A. Lattes, *Il diritto commerciale*, cit., pp. 107-108.

¹³ Per una prima informazione sulle scritture notarili v. G. Tamba, *Una corporazione per il potere. Il notariato a Bologna in età comunale*, Bologna 1998 (Biblioteca di storia urbana medievale, 11), pp. 173-194 e la bibliografia ivi richiamata.

¹⁴ A. Lattes, *Il diritto commerciale*, cit., p. 107 e A. Legnani Annichini, «*Proxenetes est in tractando*», cit., pp. 147-152.

¹⁵ G. De Luca, *Sensali e mercanti*, cit., p. 241.

¹⁶ Per un approfondimento v. M. Fortunati, *Scrittura e prova. I libri di commercio nel diritto medievale e moderno*, Roma 1996 (Biblioteca della Rivista di Storia del diritto italiano).

emblematiche delle due situazioni tipo riscontrate in Italia, sorvolando, peraltro, sui diritti e doveri dei mediatori per concentrarmi sulla loro nomina, sul loro numero e sul divieto di esercizio della professione per chi non era autorizzato.

Si è già detto come in Francia – esattamente dal 1572 – venisse istituito l'ufficio pubblico di mediatore¹⁷. La *ratio* di tale disposizione è da individuarsi nella volontà regia di arginare molteplici abusi e malversazioni compiuti da quanti praticavano la professione senza alcun riconoscimento ufficiale e senza aver prestato il giuramento dovuto dinanzi ai giudici.

Per esercitare l'attività si richiedeva la sussistenza in capo agli aspiranti di alcuni requisiti, vale a dire l'aver fama di essere persona di buona vita, di rinomata e onesta conversazione, ma anche di essere sufficientemente abile e adatto a esercitare l'ufficio. Una volta accertato il possesso di tali qualità morali e pratiche, le magistrature avevano 2 mesi per rilasciare le «lettere di provvista», in assenza delle quali chi era colto a svolgere la mediazione incorreva in pene corporali e in un'ammenda¹⁸.

L'applicazione di tali disposizioni fu ritardata dalla guerra civile: solo nel 1595, regnante Enrico IV († 1610), un Decreto del Consiglio le confermò e limitò il numero dei sensali ammessi: 12 a Lione e solo 8 a Parigi, nelle altre città numeri ancora inferiori¹⁹. Al fine di reprimere le gravi illegalità che continuavano a verificarsi, il provvedimento ribadì il divieto di attendere alla professione di mediatore nel Regno, per chiunque non fosse stato nominato secondo quanto disposto, aggravando la prevista sanzione²⁰.

Se un numero così contenuto di intermediari era evidentemente adeguato in un'epoca in cui, a causa delle guerre, il commercio non prosperava, ben presto, con la ripresa degli scambi mercantili, esso si rivelò insufficiente, tanto che negli anni successivi venne progressivamente accresciuto: nel 1645 i sensali di Parigi arrivarono a essere 26²¹.

Nel 1705 Luigi XIV († 1715), per lucrare sulla vendita di nuove cariche, soppresse tutti i ruoli di mediatore esistenti, creandone 116 nuovi all'esorbitante costo di 60 mila franchi ciascuno²². A quanti avrebbero ricoperto gli uffici furono promessi vantaggi e prestigio, ma la somma

¹⁷ V. *supra*, nt. 9.

¹⁸ Si tratta di prescrizione fissata fin dal 1415 nel Regolamento Generale di Polizia emanato da Carlo VI (v. M.D. Dalloz, *Répertoire méthodique*, cit., p. 423).

¹⁹ 4 a Rouen e Marsiglia; 3 a la Rochelle, Tours e Bordeaux; solo 1 ad Amiens, Dieppe e Calais (*Ibid.*).

²⁰ Si prevedeva la pena prescritta per il reato di falso e una multa di 500 corone (*Ibid.*).

²¹ Un aumento del numero dei mediatori si ebbe nel 1610, 1629, 1633, 1634 e 1638.

²² Dei 116 nuovi posti 20 furono previsti per Parigi e 20 per Lione (*Ivi*, p. 424).

imposta per poterne beneficiare era troppo elevata tanto che la maggior parte rimase vacante. Pochi anni più tardi (siamo nel 1708), a fronte di tale insuccesso, le licenze vennero revocate e sostituite da altre in numero minore e di costo notevolmente inferiore al precedente. Quale incentivo per l'acquisto dell'ufficio si concessero privilegi e si consentì l'esercizio della senseria anche ai membri della nobiltà, cui fino a quel momento era stato tenacemente precluso²³.

La venalità delle cariche le aprì inevitabilmente anche a persone indegne ma abbienti, nei confronti delle quali non mancarono le doglianze dei mercanti. Per ovviare al problema l'autorità pubblica rivendicò un diritto assoluto di scegliere fra i concorrenti quelli più meritevoli e adatti all'ufficio²⁴.

Il numero dei sensali patentati fu ampliato tra il 1714²⁵ e il '23²⁶, ma ancora una volta molti ruoli non ottennero copertura e qualche decennio dopo – con provvedimento del 27 novembre '81 – furono ridotti²⁷. I costanti problemi economici del Regno, tuttavia, indussero Luigi XVI già nel 1786 a ristabilire le 60 cariche create nel '23, elevandone il prezzo addirittura a 100 mila franchi²⁸.

Come anticipato ad apertura di queste pagine, il modello organizzativo francese influenzò il vicino Ducato Sabauda, ove, il 29 ottobre 1615, Carlo Emanuele († 1630), considerandone l'utilità per i mercanti e per il bene del commercio concesse a Francesco Elisei e a Gratiadio Treves l'ufficio pubblico di sensale, ricompensandoli così dei servizi militari da loro prestati in passato²⁹. Nella scelta di questi primi mediatori non furono tenute in alcuna considerazione le loro capacità e non si richiese il possesso di specifici requisiti, a differenza di quanto avveniva in Francia. Si tratta di un provvedimento *ad hoc* per premiare due persone distintesi per meriti che

²³ Furono previsti 40 ruoli di mediatore al costo di soli 20 mila franchi (*Ibid.*).

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Il numero delle cariche fu elevato a 60 (v. *Tableau chronologique des lois, ordonnances et réglemens relatifs aux agens de change, courtiers et bouses de commerce*, in *Vade-mecum de l'agent de change et du courtier de commerce, contenant les lois, ordonnances et réglemens, qui régissent ces fonctions depuis la réorganisation des bourses de commerce; l'indication des édits et actes du gouvernement, rendus depuis la création de ces offices dans le royaume, suivi d'un recueil des tarifs des droits de commission et courtage pour finance, change et marchandises, réglemens et usages en matières de banque, escompte et transactions, commerciales sur la place de lille, etc.*, Lille 1830, p. 2).

²⁶ Furono creati ulteriori 60 posti (*Ibid.*, ma anche M.D. Dalloz, *Répertoire méthodique*, cit., p. 424).

²⁷ Il numero degli uffici fu ridotto a 40.

²⁸ M.D. Dalloz, *Répertoire méthodique*, p. 425.

²⁹ Carlo Emanuel, *Lettere Patenti* (29 ottobre 1615), cit., pp. 245-249.

nulla avevano a che fare con il mondo degli affari.

Essi ottennero un privilegio irrevocabile e furono costituiti sensali in tutti i territori dello Stato, per un periodo di 20 anni, insieme ai loro eredi, con tutti i diritti che ne conseguivano; fu, inoltre, attribuita loro la facoltà di associare alla carica altri soggetti: questi sì capaci di esercitare la mediazione con quella fede e lealtà che essa richiedeva³⁰.

Così come Oltralpe, le Patenti regie stabilirono che la senseria fosse vietata a chiunque in mancanza di un'espressa nomina dei due mediatori generali³¹. Tale provvedimento privava di fatto i sudditi della facoltà di svolgere una professione fino ad allora non privilegiata, assicurandone agli intermediari 'ufficiali' il monopolio.

Inutili furono i tentativi di modificare tale disposizione³², limitando il divieto all'esercizio pubblico della mediazione, a fronte della volontà sovrana di riservare la professione ai due sensali generali e ai sostituti da loro individuati. A tale scopo si stabilì che l'esercizio abusivo della senseria fosse severamente punito³³. Nel 1626 il sovrano accrebbe il numero dei mediatori autorizzati nel Ducato, conferendo l'ufficio a tal Biagio Garrone, il cui ambito di azione fu però circoscritto al «di quà da monti»³⁴.

Solo con il provvedimento istitutivo del Consolato di Torino (1676)³⁵ fu concessa all'Università dei banchieri, mercanti e negozianti della città la facoltà di nominare 4 intermediari – poi elevati a 6 –, per i quali si richiesero finalmente i requisiti imprescindibili dell'esperienza e della probità³⁶.

³⁰ *Ivi*, p. 249.

³¹ *Ibid.*

³² *Camera ducale* (18 novembre 1615), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, p. 250 e *Camera ducale* (16 aprile 1624), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, pp. 252-253.

³³ *Ibid.*

³⁴ Carlo Emanuel, *Ordine di S.A. a relazione della Camera, col quale manda riconoscere un nuovo sensale generale di qua dai monti* (28 luglio 1626), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, p. 253.

³⁵ Per un approfondimento v. G.S. Pene Vidari, *Consolati di commercio e Tribunali commerciali*, in *Dal Trono all'albero della libertà. Trasformazioni e continuità istituzionali nei territori del Regno di Sardegna dall'antico regime all'età rivoluzionaria*, Roma 1991, pp. 221-254; Id., *La jurisdiction commerciale en France et en Italie au XVIII^e et XIX^e siècle*, in P. Caroni (cur.), *Le droit commerciale dans la société suisse du XIX^e siècle*, Fribourg 1997, pp. 169-186; S. Cerutti, "Nature des choses et qualité des personnes". *Le Consulat de commerce de Turin au XVIII^e siècle*, in "Annales. Histoire, Sciences Sociales", 57 (2002), pp. 1491-1520 e Id., *Giustizia sommaria: pratiche e ideali di giustizia in una società di Ancien Régime*, Milano 2003, pp. 49-52. Sempre valido seppur risalente C. Dionisotti, *La magistratura consolare di Torino*, Torino 1864.

³⁶ *Memoriale a capi de' mercanti e negozianti di Torino, colle relative risposte di M.R. la Duchessa Reggente, per lo stabilimento della piazza di cambio e l'erezione del Consolato in*

Tra la fine del XVII e l'inizio del XVIII secolo con una qualche frequenza i mediatori giurati di Torino lamentarono a danno proprio e del commercio come, nonostante i divieti, e anzi in spregio a essi, vi fossero soggetti che non esitavano a intromettersi nelle negoziazioni senza averne la facoltà³⁷. Sollecitata da tali doglianze la *curia mercatorum* ribadì più volte il divieto di esercizio dell'ufficio di sensale sulla piazza torinese in capo a chiunque non fosse a ciò legittimamente deputato³⁸.

Le *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà il Re di Sardegna* Vittorio Amedeo II del 1723, nel trattare brevemente del mediatore, confermarono l'esclusività dell'esercizio della professione per quanti avessero ottenuto l'approvazione del Consolato e la conseguente patente regia, sanzionando gli intermediari abusivi con una multa³⁹. La successiva redazione del '29 confermò tali norme⁴⁰.

Fino al 1730 i sensali ufficiali per la piazza di Torino furono 10: nominati dal re su indicazione del Consolato, essi non erano tenuti a pagare alcuna somma alle casse del Regno⁴¹, a differenza di quanto avveniva in Francia. Un numero ritenuto insufficiente dai mercanti, tanto che, per favorire il commercio, negli anni successivi fu più volte accresciuto dai sovrani⁴².

Torino, e concessione di facoltà all'Università loro per la nomina dei sensali e la vigilanza sopra le arti e manifatture (15 novembre 1676), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, p. 80.

³⁷ *Supplica dei Sensali di Torino, e relativo decreto del Consolato che vieta a chiunque, salvo ai supplicanti, d'esercitare l'uffizio di sensale di cambio, negozii e mercanzie in detta città* (27 luglio 1697), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, pp. 254-255 e *Ricorso dei Sensali di Torino, e relativo rescritto del Consolato col quale in esecuzione di Ordini Sovrani, nuovamente proibisce ai sensali non costituiti legittimamente tale ufficio, sotto le pene stabilite* (6 febbraio 1714), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, pp. 255-257.

³⁸ *Consolato di S.A.R. sopra li Cambi e Negotii in Torino sedente* (27 luglio 1697), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, p. 255 e *Consolato di S.A.R. sopra li Cambi e Negotii in Torino sedente* (6 febbraio 1714), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, pp. 256-257.

³⁹ *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, l. II, tit. XXIV *Del Consolato*, Capo III *De' Libri de' Banchieri, Mercanti, Negozianti, e Sensali, tanto di Cambio, che di Mercanzia*, artt. 9-11, pp. 254-255.

⁴⁰ *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, t. I, Torino 1729, l. II, tit. XVII *De Commessarii*, capo IV *De' Libri de' Banchieri, Mercanti, Negozianti, e Sensali tanto di Cambio, che di Mercanzia*, artt. 14-16, pp. 243-244.

⁴¹ Nota a Vittorio Amedeo, *Regie Patenti di stabilimento di piazze da sensale per le negoziazioni di mercanzia e di banca in numero di venti per Torino, e di tre in ciascuna delle città di Casale, Chambery e Nizza* (30 gennaio 1730), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, p. 258.

⁴² Vittorio Amedeo II nello stesso 1730 raddoppiò il numero dei mediatori (Vittorio Amedeo, *Regie Patenti* (30 gennaio 1730), cit., p. 258) e Vittorio Amedeo III, nel 1792, ne aggiunse altri 10 (Vittorio Amedeo, *Regie Lettere Patenti di stabilimento d'altre 10 piazze di sensale di mercanzia e di banca in Torino, in aggiunta alle 20 preesistenti median-*

Al fine di far sì che i mercanti sapessero a chi potevano o non potevano rivolgersi per i loro traffici, il Consolato era tenuto a pubblicare annualmente un «Manifesto» contenente i nomi dei mediatori giurati⁴³. Ciononostante continuò a prosperare il fenomeno degli «ambulanti», ossia di quanti svolgevano la professione senza essere autorizzati a farlo.

A fronte delle molte lamentele e per arginare tale malcostume sia Carlo Emanuele III († 1773)⁴⁴ sia Vittorio Amedeo III († 1796)⁴⁵ intimarono al Consolato di vigilare da un lato, affinché i sensali abusivi non si intromettessero negli affari commerciali pregiudicando gli interessi di quelli approvati, e, dall'altro, affinché questi ultimi non ricusassero di prestare la loro opera nei negozi di esiguo valore, essendo obbligati a mediare qualsiasi contratto⁴⁶.

La modalità di scelta dei sensali cambiò nel '70 con l'ultima redazione delle *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, le quali stabilirono che l'ufficio fosse riservato a chi ottenesse la patente regia in seguito al superamento di un esame, di cui il Consolato incaricò 4 tra i negozianti più accreditati⁴⁷.

Come per la Francia e lo Stato sabaudo, anche nel Regno di Napoli quello di mediatore fu un ufficio pubblico, istituito per cercare di ovviare ai disordini che caratterizzavano le compravendite, per evitare i contrabbandi, per scongiurare i monopoli e i contratti illeciti. Il sensale – o meglio il mezzano come era chiamato nel Mezzogiorno – poteva esercitare la professione solo a seguito di uno specifico privilegio del Re. Per poter

te pagamento d'un annualità da concertarsi colle Regie finanze (13 novembre 1792), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, pp. 294-295).

⁴³ *Consolato di S.M. sovra li cambi, negozi, et arti in Torino sedente* (25 settembre 1738), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, p. 263.

⁴⁴ Carlo Emanuele, *Regio Biglietto al Magistrato del Consolato di Torino, col quale si stabiliscono pene più severe contro i finti sensali detti ambulanti, vietasi ai negozianti di servirsi della loro opera, e si proibiscono i sensali approvati di rifiutarla nei negozi di poco momento* (26 maggio 1756), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, pp. 274-275; Id., *Regio Biglietto al Consolato di Torino, col quale S.M. gli prescrive di vegliare acchè i Sensali non approvati non s'intromettano negli affari, e quelli che lo sono non ricusino di prestare l'opera loro per qualsiasi affare ai negozianti* (27 aprile 1759), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, p. 278 e Id., *Lettere Patenti colle quali S.M. prescrive che possano ammettersi alcune prove speciali per far luogo alle pene stabilite contro l'illegale esercizio dell'ufficio di Sensale* (1 giugno 1764), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, pp. 281-282.

⁴⁵ Vittorio Amedeo, *Tenore delle Regie Patenti* (24 febbraio 1784), in *Raccolta*, cit., t. XV, vol. XVII, pp. 292-293.

⁴⁶ *Ivi*, artt. 2-5, p. 293.

⁴⁷ *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà*, t. I, Torino 1770, l. II, tit. XVI *Del Consolato*, capo IV *De' Libri de' Banchieri, Mercanti, Negozianti, e Sensali tanto di Cambio, che di Mercanzia*, artt. 14-17, pp. 253-254.

beneficiare di tale concessione, gli si richiedeva sul fronte morale di godere di buona fama e su quello pratico di saper leggere e scrivere⁴⁸.

Nel 1669 la Regia Camera stabilì la nomina di 40 intermediari, tenuti a pagare – così come in Francia – un’esorbitante somma di denaro *una tantum* per ricoprire a vita l’ufficio, con i privilegi a esso connessi⁴⁹. La Camera presentò una relazione al Vicerè Pietro Antonio d’Aragona († 1690), il quale ordinò che una volta adempite le formalità necessarie, quanti erano stati scelti potessero attendere alla professione in forma privilegiata⁵⁰. A fini di pubblicità si richiese l’iscrizione in un registro di tutti i sensali così nominati, sanzionando quanti praticassero la mediazione senza aver ottenuto il *placet* della Regia Camera⁵¹; fu, inoltre, proibito ai pubblici intermediari di servirsi di coadiutori⁵².

Il monopolio nella mediazione fu ulteriormente ampliato nel 1744 da re Carlo di Borbone († 1788), che impose ai mercanti di concludere i contratti solo ricorrendo a un Regio Mezzano e non autonomamente⁵³.

L’influenza francese non si ritrova, invece, in altre realtà dell’Italia di Antico Regime, ove la figura del mediatore di commercio – un privato professionista di indubbia centralità nella società economica dell’epoca – risultava ancora disciplinata per gli aspetti più pratici dai molti *iura propria*⁵⁴. Occorre sottolineare come, in linea di massima, gli statuti comunali si occupino del sensale in minima parte, trovando la regolamentazione della mediazione una dettagliata specificazione nell’ambito della normativa delle Mercanzie⁵⁵, laddove queste magistrature inter e sovra-corporative furono istituite. Ne sono emblematici i casi di Milano e di Bologna.

Nel pieno dell’Età Moderna la Camera dei mercanti di Milano⁵⁶,

⁴⁸ M. De Iorio, *La giurisprudenza del commercio*, cit., p. 191.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ La relazione è del 21 febbraio (*Ivi*, p. 192).

⁵¹ La multa ammontava a 300 ducati per ciascuna volta che si esercitasse impropriamente la senseria (*Ivi*, p. 193).

⁵² Anche in questo caso la trasgressione della norma comportava una sanzione pecuniaria di 300 ducati (*Ibid.*).

⁵³ *Ivi*, pp. 195-196.

⁵⁴ A. Lattes, *Il diritto commerciale*, cit., pp. 105-108.

⁵⁵ Manca uno studio complessivo su questo fenomeno. Per un primo inquadramento mi sia consentito di rinviare al mio *La Mercanzia di Bologna*, cit., pp. 18-34 e alla bibliografia ivi richiamata, cui deve aggiungersi il recente volume curato da E. Maccioni e S. Tognetti, *Tribunali di mercanti e giustizia mercantile nel tardo medioevo*, Firenze 2016.

⁵⁶ Per un approfondimento sulla realtà milanese, v. S. Gaddi, *Per la storia della legislazione e delle istituzioni mercantili lombarde*, in “Archivio storico lombardo”, XX (1893), pp. 265-321, 612-632 e 912-947; E. Verga, *La Camera dei Mercanti di Milano*, Milano 1914; Id., *La Camera dei Mercanti di Milano nei secoli passati, aggiunto un saggio nel*

riaffermando la propria giurisdizione sui mediatori della città, ne sottolineava la funzione strategica all'interno del tessuto economico urbano⁵⁷. Una funzione certamente connessa alla valenza probatoria delle loro scritture e al ruolo non solo di intermediari ma anche di garanti tra domanda e offerta⁵⁸.

Questi ausiliari del commercio conservarono una connotazione privatistica all'interno dell'organizzazione mercantile milanese. La loro attività e i loro obblighi deontologici furono disciplinati, fin dal 1396, in 3 capitoli degli *Statuta mercatorum mediolani* e tali rimasero, senza variazioni, fino alla conclusione del XVI secolo⁵⁹. Quanto alla nomina, essa competeva agli abati e consoli dell'Università dei mercanti, senza alcun intervento delle istituzioni del Ducato e senza alcun limite di numero. Coloro che intendevano svolgere la senseria erano tenuti a versare alla Camera una cauzione a garanzia del corretto svolgimento delle loro funzioni; a giurare sui Vangeli di attendere alla professione secondo buona fede, di non far acquistare ai «mali pagatori», di non commettere frodi e di non esercitare la mercatura; ad annotare in un registro *ad hoc* tutti gli affari conclusi grazie alla loro intermediazione⁶⁰.

È stato sottolineato da Giuseppe De Luca come a partire dalla metà del XVI secolo, in conseguenza dell'allargarsi del mercato di Milano, il numero dei mediatori registrati annualmente presso la locale Mercanzia crebbe in maniera sensibile⁶¹ e dagli anni '70 un cospicuo gruppo di intermediari specializzati agevolasse lo scambio di beni e di servizi⁶². Fu allora che la senseria iniziò a rivolgersi prevalentemente agli interessi e alle esigenze di

palazzo dei giureconsulti, Milano 1914; M.F. Baroni, *Il consolato dei mercanti di Milano nel periodo comunale*, in "Nuova Rivista Storica", LIX (1975), pp. 257-287; G. Martini, *L'Universitas Mercatorum di Milano e i suoi rapporti col potere politico (secc. XIII-XV)*, in *Studi di storia medievale e moderna per E. Sestan*, I, Firenze 1980, pp. 219-258; P. MAINONI, *La Camera dei Mercanti di Milano tra economia e politica alla fine del Medioevo*, in *Economia e Corporazioni. Il governo degli interessi nella storia d'Italia dal Medioevo all'età contemporanea*, a C. Mozzarelli (cur.), Milano 1988, pp. 57-78 e V. Belloni, *La struttura organizzativa delle corporazioni milanesi in età spagnola. Prime note su Nuove costituzioni, Statuti e disposizioni dell'Universitas mercatorum*, in P. Maffei e G.M. Varanini (curr.), *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*, 2. *Gli universi particolari. Città e territori dal medioevo all'età moderna*, Firenze 2014 (Reti medievali E-Book 19/2), pp. 5-12.

⁵⁷ G. De Luca, *Sensali e mercanti*, cit., p. 239.

⁵⁸ Il provvedimento è del 1592 (*Ivi*, p. 241).

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Statuta mercatorum mediolani*, Mediolani 1593, rub. *De Marosserijs eligentis, et approbandis per Abbates et Consules negociatorum* e le due seguenti *De eodem*, pp. 4v-5r.

⁶¹ *Ivi*, p. 244 evidenza come dai 36 del 1534 i sensali milanesi divennero 103 nel 1581.

⁶² *Ivi*, p. 245.

quei grandi banchieri che si stavano affermando ai vertici dell'economia cittadina. Questo comportò il notevole e rapido aumento della cauzione imposta e la necessità per i mediatori di prestare fideiussori⁶³.

Solo a seguito della crisi economica che colpì Milano nel Seicento la mediazione subì una forte contrazione. La convenienza del loro mestiere si fece incerta e i sensali, pur continuando a essere gli strumenti di controllo del mercato, in specie quello del credito, videro le loro fila assottigliarsi⁶⁴.

Ultima in questo mio *excursus* è Bologna, vicina alla realtà meneghina, ove gli statuti della Mercanzia⁶⁵, fin dal 1400, richiesero che i mediatori fossero cittadini e almeno 2 per ciascuna delle 12 principali arti⁶⁶ che vi partecipavano⁶⁷. Una normativa in larga parte riprodotta nei successivi statuti del 1436⁶⁸ come in quelli del 1509⁶⁹, ripubblicati senza modifiche nel '50⁷⁰.

Con l'ultima redazione degli statuti comunali cittadini, risalente alla metà del XV secolo (1454)⁷¹ e destinata a rimanere in vigore fino al 1796,

⁶³ La cauzione arrivò a essere di 250 scudi nel 1587, mentre la fideiussione fornita a un sensale era con frequenza rinnovata dal banchiere al figlio che continuava l'attività paterna (Ivi, pp. 244-254 e Id., *Mercanti*, cit., pp. 109-110).

⁶⁴ G. De Luca, *Sensali e mercanti*, cit., pp. 255-256.

⁶⁵ Per un quadro esaustivo sulla Mercanzia bolognese v. F. Boris, *Lo Studio e la Mercanzia: i «Signori dottori cittadini» giudici del Foro dei Mercanti nel Cinquecento*, in *Sapere e potere. Discipline, Dispute e Professioni nell'Università Medievale e Moderna. Il caso bolognese a confronto. Atti del 4° Convegno* (Bologna, 13-15 aprile 1989), III. *Dalle discipline ai ruoli sociali*, A. De Benedictis (cur.), Bologna 1990, pp. 179-201; Id., *L'archivio del Foro dei mercanti di Bologna. Problemi di riordinamento e prospettive di ricerca*, in "Archivi per la storia. Rivista dell'Associazione Nazionale Archivistica Italiana", IV (1991), n. 1-2, pp. 279-289; Id., *Il Foro dei Mercanti: l'autocoscienza di un ceto*, in "Atti e memorie della Deputazione di Storia patria per le province di Romagna", n.s., XLIII (1992), pp. 319-331; A. Legnani Annichini, *La giustizia dei mercanti*, cit. e Id., *La Mercanzia di Bologna*, cit..

⁶⁶ Si tratta di mercanti, cambiatori, strazzaroli, setaioli, bombasari, speciali, orefici, lavoratori della lana gentile, beccai, merciai, fabbri e callegari.

⁶⁷ A. Legnani Annichini, *La giustizia dei mercanti*, cit., pp. 90-91.

⁶⁸ *Gli statuti dell'«Universitas mercatorum, camporum et artificum» di Bologna* (1436), rub. [32] *Delli sensali et over cuzuni*, in A. Legnani Annichini, *La Mercanzia*, cit., pp. 223-224.

⁶⁹ *Statuti de la Honoranda Universitate de li Mercatanti de la Citade de Bologna: compilati de l'anno M.D.IX*, Bononiae, per Benedictum Hectoris Bibliopolam, 1511, rub. XXXII *De li sensali e cozzoni*, c. 82r-83r.

⁷⁰ *Statuti della Honoranda Università de Mercatanti della Inclita Città di Bologna Riformati l'Anno M.D.L.*, Bologna, per Anselmo Giaccarello, 1550, rub. XXXII *Delli sensali et cozzoni*, cc. 91r-93r.

⁷¹ *Statuta civilia, et criminalia civitatis Bononiae. Rubricis non antea impressis, provisionibus, ac litteris apostolicis, jam extravagantibus aucta, Summariis, et indicibus illustrata, edidit COMES PHILIPPUS CAROLUS SACCUS nobilis Bononiensis J.U.D. collegiatus. Opus in duo*

si ampliarono i requisiti richiesti per poter esercitare la mediazione. Essi consistevano nella buona fama dell'aspirante sensale testimoniata da 4 persone, in un'età superiore a 30 anni, indice di una qualche maturità, e nel godere di un'alta considerazione presso i mercanti⁷².

Al giudice e ai consoli della Mercanzia spettava vagliare le candidature e procedere a una votazione segreta, al termine della quale veniva eletto chi otteneva la maggioranza dei voti favorevoli. In maniera del tutto analoga a quanto si è visto per Milano, anche a Bologna al fine di conseguire l'abilitazione all'esercizio della mediazione, i nominati erano tenuti a prestare una congrua cauzione e a giurare sui Vangeli di svolgere la loro attività con lealtà⁷³.

In deroga a quanto stabilito dagli statuti delle singole corporazioni⁷⁴ e diversamente da quanto previsto dalle disposizioni del 1400⁷⁵, la normativa mercantile fin dal '36 – si tratta di disposizione poi confermata nel XVI secolo⁷⁶ – liberalizzò la professione, permettendo al mediatore di operare in favore di ciascuna corporazione e non a vantaggio di una sola⁷⁷.

Ancora di recente Bernardino Farolfi, analizzando alcuni inediti documenti, ha constatato come a Bologna nel 1619 i sensali di merci fossero 61 e i 'cozzoni', vale a dire i mediatori di animali, solo 5⁷⁸; mentre nel 1676 gli intermediari abilitati ammontavano complessivamente a 56: 24 mediatori da seta, uno dei settori più vitali dell'economia cittadina, 24 sensali di merci e immobili, 8 'cozzoni'⁷⁹.

distributum volumina, quorum alterum continet Statuta civilia, et criminalia cum Indicibus rubricarum, et rerum; alterum Provisiones, Litteras Apostolicas, ac Diplomata Imperialia, cum Indicibus argumentorum, et rerum, I, Bononiae 1735.

⁷² Ivi, rub. CV *De proxenetis, sensalibus, et cuzonibus equorum, et mulorum. Et de modo revocandi alienationes ex certis vitiis, morbis, et defectibus ipsorum, et infra quae tempora*, cc. 245-247. Sul punto v. A. Legnani Annichini, *La disciplina del prosseneta tra iura propria e ius commune: la realtà bolognese (secc. XIII-XV)*, in "Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna", IX (2016), pp. 23-24.

⁷³ A. Legnani Annichini, *La giustizia dei mercanti*, cit., p. 91; Id., *La Mercanzia*, cit., p. 317 e Id., *La disciplina del prosseneta*, cit., p. 25.

⁷⁴ Le prescrizioni indicate dalle singole corporazioni bolognesi sono ricostruite in A. Legnani Annichini, *La disciplina del prosseneta*, cit., pp. 1-36.

⁷⁵ *Gli statuti dell'Universitas mercatorum, camporum et artificum di Bologna (1400)*, rub. [30] *Di sensali*, in A. Legnani Annichini, *La giustizia dei mercanti*, cit., p. 211.

⁷⁶ *Statuti (1509)*, cit., rub. 32, cc. 82r-83r e *Statuti (1550)*, cit., rub. 32, cc. 91r-93r.

⁷⁷ *Gli statuti (1436)*, cit., rub. [32], pp. 223-224. Sul punto v. Id., *La disciplina del prosseneta*, cit., p. 25.

⁷⁸ B. Farolfi, *Ius mercatorum*, cit., p. 266.

⁷⁹ B. Farolfi, *Sensali e mediazione commerciale a Bologna dal XVI al XIX secolo*, in A. Guenzi, P. Massa, A. Moioli (curr.), *Corporazioni e Gruppi Professionali nell'Italia*

Il Foro dei mercanti e le arti bolognesi continuarono a creare mediatori secondo le procedure ormai definite fino alla fine del Settecento, quando le pratiche in uso nei diversi stati della penisola cessarono in seguito alla soppressione degli organismi corporativi e alla relativa liberalizzazione del mercato durante la Rivoluzione francese e l'occupazione napoleonica, che imposero le proprie leggi⁸⁰.

L'ufficio di sensale, insieme a quello di agente di cambio, venne abolito con legge del 1791, che proclamò la completa libertà di esercizio della professione (art. 2)⁸¹, pur riconoscendo la necessità di regolamenti particolari, di esigere dai mediatori un giuramento e di richiedere il possesso della relativa patente (art. 4)⁸². Si prescrisse che i nominativi degli autorizzati dovessero essere iscritti in un apposito registro conservato presso la Borsa (art. 9)⁸³, con un'evidente funzione di pubblicità. Quanti non risultavano in possesso della licenza erano esclusi dalla professione e i trasgressori severamente puniti (art. 12)⁸⁴.

È stato osservato come la libertà degenerasse ben presto in arbitri e abusi: la patente fu concessa a chiunque la richiedesse, pochi prestavano il giuramento prescritto e, di conseguenza, venne meno qualsiasi sorveglianza e qualsiasi regolamento sulla mediazione⁸⁵.

Nel '95 si optò per un ritorno al passato e si prescrisse che i Comitati di salute pubblica e delle finanze dovessero scegliere 60 sensali per le merci entro 10 giorni⁸⁶, reintroducendo di fatto il monopolio nell'esercizio della professione. La dimensione privata della mediazione in Francia ebbe, dunque, una vita assai breve.

Riconducendo a sistema quanto fin qui esposto emergono chiare alcune direttrici.

In primo luogo, risulta evidente come i mediatori in Età Moderna non fossero ovunque pubblici ufficiali. Essi rivestivano una carica pubblica, di nomina regia, in Francia e in quelle realtà della nostra penisola nelle quali gli apparati di governo mostravano altrettanta organizzazione e compattezza.

Moderna, Milano 1999, p. 447.

⁸⁰ *Ivi*, p. 452.

⁸¹ J.B.J. Paillet, *Dictionnaire Universel*, cit., XIII, p. 310; M.D. Dalloz, *Répertoire méthodique*, cit., p. 426 e A. Godet, *Des courtiers interprètes et conducteurs de navires*, Bordeaux 1875, p. 19.

⁸² J.B.J. Paillet, *Dictionnaire Universel*, cit., XIII, p. 310 e M.D. Dalloz, *Répertoire méthodique*, cit., p. 426.

⁸³ M.D. Dalloz, *Répertoire méthodique*, cit., p. 426.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ A. Godet, *Des courtiers*, cit., pp. 19-20.

⁸⁶ *Ivi*, p. 20.

Ancora legate agli assetti corporativi dell'economia mercantile medievale appaiono, invece, le già ricordate realtà vetero municipali, nelle quali essi rimasero privati professionisti cooptati dai mercanti, vale a dire da quanti si avvalevano di loro per mediare affari commerciali.

In secondo luogo, se in Francia e a Napoli questo ufficio pubblico aveva un costo, peraltro molto elevato, e contribuiva, quindi, alle entrate dello Stato, non fu così nei domini sabaudi, in questo vicini alle altre esperienze italiane analizzate, per cui agli intermediari si richiese soltanto di versare un'adeguata cauzione a garanzia del corretto svolgimento della professione.

Da ultimo, voglio sottolineare come il malcostume dell'abusivismo fosse una patologia tipica di quei soli Stati ove la *senzeria* era una carica pubblica, di cui pochi godevano, per privilegio regio, in regime di monopolio. Un malcostume che si sviluppò come conseguenza inevitabile del numero circoscritto di soggetti ammessi all'esercizio della professione. Al contrario, tale fenomeno deteriore non pare assumere rilevanza a Milano e a Bologna, dove non fu previsto alcun limite al numero di intermediari ammessi e chiunque, purché ne avesse i requisiti e fosse approvato dalla Mercanzia, poteva svolgere l'attività mediatrice.

La référence aux juristes italiens dans la doctrine commercialiste française (XVI^e-XVIII^e siècle)

Victor Simon

À partir du XVI^e siècle, on observe la rédaction de traités spécifiquement consacrés au droit commercial dans la plupart des États d'Europe occidentale¹. Si ce phénomène est aujourd'hui bien connu pour l'Italie², il fait toutefois encore l'objet de peu d'études en France³. L'historiographie française insiste en effet depuis longtemps sur l'importance des écrits des jurisconsultes italiens dans la formation d'une pensée commercialiste en Europe continentale. Dans sa célèbre *Histoire du droit commercial* publiée en 1904, Paul Huvelin consacrait déjà de volumineux développements aux écrits de Fabiano, Stracca, Ferretus, Boninsegnus, Cantera, Raffaello de Turri, Ansaldo Analdi, Targa ou Casaregis⁴. Aujourd'hui, tous les manuels d'histoire du droit des affaires évoquent encore le rôle essentiel des auteurs italiens de l'époque moderne dans la construction de la pensée juridique européenne⁵. Jusqu'à une période récente, les historiens des facultés de droit ont néanmoins souvent minoré l'importance des premiers commercialistes français. Une partie d'entre eux postule en effet l'absence de véritable travail doctrinal dans le domaine du droit commercial, avant la promulgation du code de 1807⁶. D'autres reconnaissent simplement l'existence d'un

¹ Sur la dimension européenne de cette littérature, voir J. Meuvret, *Manuels et traités à l'usage des négociants aux premières époques de l'âge moderne*, dans Idem, *Études d'histoire économique. Recueil d'articles*, Paris, 1971, p. 231-250.

² Voir notamment R. Savelli, *Modelli giuridici e cultura mercantile tra XVI e XVII secolo*, dans «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVIII (1988), p. 1-18.

³ Cette lacune a notamment été relevée par N. Hakim - F. Cherfouh, *L'histoire de la pensée juridique contemporaine. Hétérogénéité et expansion*, dans B. d'Alteroche - J. Krynen, (éd), *L'histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, 2014, p. 124.

⁴ P. Huvelin, *L'histoire du droit commercial*, Paris, 1904, p. 64 et s. Sur cet auteur, voir F. Audren, *Paul Huvelin (1873-1924) : juriste et durkheimien*, dans « Revue d'histoire des sciences humaines », 2001/1, p. 117-130.

⁵ J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, 1986, p. 50-55 ; É. Richard, *Droit des affaires. Questions actuelles et perspectives historiques*, Rennes, 2005, p. 78-79 ; O. Descamps - R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires*, III éd., Paris, 2019, p. 100 ; F. Garnier, *Histoires du droit commercial*, Paris, 2020¹, p. 174-191.

⁶ J. Guyader, *Existait-il une doctrine commercialiste dans l'Ancienne France ? L'exemple*

« embryon de doctrine commercialiste »⁷, tout en insistant sur les carences dans l'analyse juridique de juristes, soi-disant prisonniers de postulats légaliste et civiliste⁸. L'historiographie récente tend néanmoins à revenir sur ces conclusions lapidaires, invitant ainsi à reconsidérer l'originalité des écrits des premiers commercialistes et leur apport à la science juridique⁹.

Une littérature novatrice voit en effet le jour à la charnière du xvi^e et du xvii^e siècle, avec la publication de plusieurs ouvrages consacrés au droit des marchands. Parmi ceux-ci, on trouve les premiers traités qui cherchent à embrasser l'ensemble des activités commerciales, comme *Le traité des négoes et trafiques* (1599) de Louis Turquet de Mayerne, *Le marchand traitant des propriétés et particularités du commerce ou négoce* (1607) de Voltaire ou *L'instruction française contenant la vraie méthode de rédiger par écrit toutes lettres de change, sociétés des marchands [...] et autres en général* (1642) de Claude de Beaune¹⁰. Parallèlement, plusieurs auteurs publient des monographies consacrées à des branches spécifiques du droit des affaires. En 1586, Gabriel Bounin qui a successivement exercé les fonctions d'avocat, de lieutenant du roi et de bailli, publie par exemple un *Traité sur les cessions et banqueroute*, dans lequel il traite en détail de la faillite et de la *cessio bonorum*¹¹. Dans les décennies suivantes, Mathias Mareschal rédige un *Traité des changes* paru en 1625 dans lequel il traite de la lettre de change et des instruments de paiement. La même thématique est encore explorée par Étienne Cleirac qui publie en 1656 son *Usance du négoce*. Cleirac est par ailleurs l'auteur d'un traité relatif au commerce

des sociétés : titre IV de l'ordonnance sur le commerce de terre du 23 mars 1673, dans J.L. Thireau – Y. Poirmeur – A. Bernard – J. Guyader, (éd.), *La doctrine juridique*, Paris, 1993, spéc. p. 107 ; P. Nelidoff, *La naissance de la doctrine commercialiste au XIX^e siècle*, dans C. Saint-Alary-Houin, (éd.), *Qu'en est-il du Code de commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, Paris, 2009, p. 39 et s.

⁷ S. Molinier-Potencier, *La naissance de la doctrine commercialiste en Italie et en France*, dans « Méditerranées. Revue du Centre d'études internationales sur la romanité », 30-31 (2002) [*La pratique commerciale*], p. 137.

⁸ *Ibid.*, p. 128-129.

⁹ A. Mages, *La doctrine commercialiste avant le Code de commerce*, dans X. Prévost - N. Warembourg - A. Dobigny-Reverso, (éd.), « Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique », Hors-série (2019 : *Liber amicorum, mélanges réunis en hommage au professeur Jean-Louis Thireau*), p. 281-298.

¹⁰ À propos de ces auteurs, voir H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, München, t. II/1 [*Neuere Zeit (1500-1800)*], p. 902-926.

¹¹ Sur ce traité, voir J.-L. Thireau, *Le premier ouvrage français sur le droit des affaires : le Traité sur les cessions et banqueroutes de Gabriel Bounyn (1586)*, dans « MSHDB », LXV (2008), p. 195-210.

maritime, intitulé *Les us et costumes de la mer* et paru en 1647¹².

La doctrine commercialiste française connaît un important essor après la promulgation des deux grandes ordonnances de mars 1673 et d'août 1681 respectivement consacrées au commerce terrestre et maritime. En 1675, Jacques Savary publie son célèbre *Parfait négociant* afin de combler les lacunes de l'ordonnance de 1673 à laquelle il est intimement lié, du fait de sa participation aux travaux préparatoires du texte¹³. Il complète par ailleurs progressivement cet ouvrage en ajoutant un *Traité du commerce qui se fait par la mer Méditerranée* à sa nouvelle édition du *Parfait négociant* parue en 1679. Savary publie également en 1688 un ensemble de consultations juridiques, sous la forme d'un recueil de *Parères* qui sera plus tard réunie à son traité. Ouvrage fondateur pour la doctrine commercialiste, le *Parfait négociant* est réédité à de nombreuses reprises sous l'Ancien Régime en France et en Europe, témoignant ainsi de l'immense succès de l'ouvrage¹⁴. Ses travaux sont d'ailleurs poursuivis par son fils, Jacques Savary des Bruslons, qui complète ces nouvelles éditions, avant de publier à son tour un volumineux *Dictionnaire universel de commerce*. Dans le sillage du *Parfait négociant*, des praticiens du droit commercial publient également d'importants traités généraux sur la discipline, comme les *Institutes du droit consulaire* (1682) de Toubreau, le *Praticien des juges et consuls* (1742) de Couchot, l'*Instruction des négocians* (1748) de Masson, l'*Instruction concernant les matières consulaires* (1764) de Peton, la *Jurisprudence consulaire et instruction des négociants* (1773) de Rogue, l'*Exercice des commerçans* (1776) de Nicodème, ou l'*Instruction sur les affaires contentieuses des négocians* (1789) de Le Clerc.

¹² Sur cet ouvrage, voir E. Trivellato, *Usages and Customs of the Sea. Étienne Cleirac and the Making of Maritime Law in Seventeenth-Century France*, dans «Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis», XLIV (2016), 1-2, p. 193-244. Sur ce juriste, voir également A. Gros, *L'œuvre de Cleirac en droit maritime*, Bordeaux, 1924.

¹³ Sur cet auteur, voir C. Champaud, *Savary ou le Moïse du droit des affaires*, dans A. Benoit-Moury, (éd.), *Liber amicorum. Commission Droit et Vie des affaires*, Bruxelles, 1998, p. 67-92.

¹⁴ Le *Parfait négociant* fait l'objet d'éditions à Lyon en 1697, 1701, 1711 et 1712, ainsi qu'à Paris en 1675, 1679, 1688, 1701, 1713, 1715, 1721, 1724, 1735, 1736, 1742, 1749, 1753, 1757, 1763, 1770 et 1777. En outre, il fait l'objet d'éditions genevoises en 1676, 1683, 1750 et 1752. Il est également traduit en néerlandais sous le titre *De Volmaakte koopman* et publié en 1676, 1683, 1750 et 1752 à Amsterdam. Le *Parfait négociant* semble également avoir fait l'objet de traductions en Italien, en Anglais et même en Russe. Sur ces différentes éditions, voir la préface d'Édouard Richard dans sa réédition de J. Savary, *Le parfait négociant*, éd. É. Richard, Genève, 2011, t. I, p. 22-27. Sur la diffusion de cet ouvrage, voir également J. Hook, *Le phénomène Savary et l'innovation en matière commerciale en France aux XVII^e et XVIII^e siècles*, dans J.-P. Kintz, (éd.), *Innovations et renouvellements des techniques de l'Antiquité à nos jours*, Mulhouse, 1988, p. 117.

En marge de ces traités, on trouve également des commentaires littéraires de l'ordonnance de commerce de 1673, réalisés par Bornier (1719), Boutaric (1743) ou Jousse (1756), et de l'ordonnance de la marine de 1681, sous la plume de Biarnoy de Merville (1714), Valin (1760) et Émérigon (1780). À la même époque, la doctrine civiliste consacre d'ailleurs elle aussi des développements croissants aux thématiques commerciales¹⁵. À partir de la fin du XVII^e siècle, on observe enfin l'émergence d'une abondante littérature consacrée au droit cambiaire, avec *L'art des lettres de change* (1690) de Dupuy de La Serra, le *Banquier françois* (1724) de Bléville, l'ouvrage du même nom (1727) de Bouthillier, l'*Instruction sur les lettres de change* de Masson (1736), le *Traité des lettres de change* (1739) de Fuleman ou le *Nouveau traité des changes étrangers* (1756) de Naulot.

Pour certains de ces auteurs, le commerce italien fait figure de véritable modèle. Dans son *Traité des négoes et trafics* paru en 1599, Louis Turquet de Mayerne présente par exemple les commerçants italiens comme « la fleur des marchands du monde »¹⁶. D'autres leur attribuent encore l'invention ou le perfectionnement d'importantes institutions commerciales, comme la banque, les lettres de change ou les juridictions consulaires. Étienne Cleirac affirme par exemple que les juristes lombards qu'il qualifie de « personnages sérieux et d'intelligence relevée », auraient contribué à développer les techniques bancaires, en leur donnant « la politesse d'un art » ainsi que des « ressorts réguliers et des modes d'observance très précises et ponctuelles »¹⁷. De la même manière, Philibert-Joseph Masson attribue l'invention des lettres de changes aux commerçants italiens réfugiés en France après avoir fui leurs cités lors des conflits entre Guelfes et Gibelins¹⁸. Pour Jean Toubeau, les juristes italiens seraient encore à l'origine du développement des juridictions consulaires qu'ils auraient, selon lui, « gardé et conservé de l'ancienne Rome »¹⁹.

En outre, une partie de la doctrine commercialiste française se fait l'écho d'une certaine méfiance vis-à-vis des techniques juridiques employées par les marchands italiens. Dans son *Traité des changes* paru en

¹⁵ A. Mages, *La place du droit commercial chez nos juristes anciens (XVI^e-XVIII^e siècles)*, dans « MSHDB », LX (2013), p. 231-237.

¹⁶ L. Turquet de Mayerne, *Traité des négoes et traffiques*, Genève, 1599, p. 52. Sur cet auteur, voir R. Mousnier, *L'opposition politique bourgeoise à la fin du XVI^e siècle et au début du XVII^e siècle. L'œuvre de Louis Turquet de Mayerne*, dans Idem, *La plume, la faucille et le marteau*, Paris, 1970, p. 57-75.

¹⁷ É. Cleirac, *Usance du négoce*, Bordeaux, 1656, p. 6.

¹⁸ P.-J. Masson, *Instruction des négocians*, Blois, 1748, I, p. 222.

¹⁹ J. Toubeau, *Les institutes du droit consulaire ou les élémens de la jurisprudence des marchands*, Paris, 1700, I, p. 19.

1625, Mathias Mareschal déplore les complexités que les juristes italiens auraient introduites dans les institutions commerciales du royaume. Il écrit en effet qu'au ^{xvi}^e siècle, les Italiens « se sont glissez et répanduz par la France, la pluspart sous prétexte de trafic, ils ont appris leurs inventions et subtilitez aux originaires, à leur grand dam, donné subject à la création des juges consuls, comme ils ont inventé la grande multiplicité d'offices inutiles, onéreux, surnuméraires, douane, imposts et subsides »²⁰. De la même manière, Jacques Savary s'exprime d'abord en des termes particulièrement laudatifs à propos des commerçants italiens, avant de mettre en garde ses lecteurs contre leur ruse. Pour lui, il n'y a « point de nation au monde qui entende mieux le commerce que les Italiens »²¹. Il poursuit d'ailleurs en martelant qu'« en un mot, l'on peut dire que c'est cette nation qui a appris aux autres à négocier, et particulièrement aux François »²². Il prévient toutefois ses lecteurs « qu'il n'y a point de négocians dans l'Europe plus fins et plus subtils que les Italiens, et qui soient plus adroits à surprendre », c'est pourquoi « ceux qui négocient avec eux doivent bien prendre garde à ce qu'ils font, car il faut être bien clairvoyant dans tout que l'on fait avec eux »²³. Il conclut d'ailleurs son propos en formulant le souhait que ces échanges entre commerçants français et italiens puissent inculquer à ces derniers « candeur, franchise et bonne foy »²⁴.

Cette admiration, parfois teintée de méfiance, des auteurs français pour le commerce italien les conduit souvent à lire les principaux traités écrits dans la péninsule italienne sur le droit commercial. Cet accès aux travaux des jurisconsultes italiens est d'ailleurs facilité par la large circulation de leurs ouvrages en Europe (1). Dès lors, la doctrine commercialiste française cite abondamment ces traités, tout en faisant abstraction du contexte dans lequel ils ont été réalisés, les inscrivant ainsi dans un véritable programme dogmatique (2).

1. *La circulation des sources doctrinales italiennes*

Il semble que les écrits des commercialistes italiens de l'époque moderne

²⁰ M. Mareschal, *Traicté des changes et rechanges licites et illites*, Paris, 1625, p. 331

²¹ J. Savary, *Le parfait négociant*, Paris, 1675, II, p. 65.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

aient largement circulé en Europe continentale²⁵, ainsi qu'en témoignent les nombreuses éditions de leurs traités²⁶. D'abord publié à Venise en 1553, le *Tractatus de mercatura, seu mercatore* de Benvenuto Stracca fait par exemple l'objet de plusieurs rééditions à Lyon en 1556 et 1558, et à Cologne en 1575 et 1576²⁷. De même, le *Tractatus de commerciis et cambio* de Sigismondo Scaccia est publié à Rome en 1619, à Venise en 1650, à Genève en 1664 et à Cologne en 1738²⁸. Le *Discursus legales de commercio et mercatura* d'Ansaldo Ansaldo fait lui aussi l'objet d'éditions romaine en 1689, genevoise en 1698 et colonaise en 1751²⁹. On pourrait encore multiplier les exemples, puisque la plupart des grands traités italiens relatifs au droit commercial, font l'objet d'éditions multiples, dans plusieurs grandes places marchandes italiennes, françaises, allemandes et helvétiques. Ce faisant, les écrits de ces juristes italiens acquièrent une véritable dimension transnationale qui s'inscrit d'ailleurs dans un panorama plus général d'intense rayonnement du modèle italien sur l'ensemble de la vie culturelle européenne³⁰. Cette large diffusion des traités italiens explique ainsi qu'on retrouve des références à ces juristes chez la plupart des auteurs français. À partir de ces ouvrages, la doctrine commercialiste française se forge alors une certaine perception, probablement quelque peu idéalisée, du négoce italien. Alors même que le grand commerce italien entre peu à peu en décadence à la fin du xvi^e siècle face à la concurrence de nouvelles puissances maritimes, les auteurs français continuent en effet de présenter les marchands italiens comme les

²⁵ Pour un panorama plus général de la diffusion des écrits juridiques à l'époque moderne, voir R. Savelli, *Giuristi francesi, biblioteche italiane. Prime note sul problema della letteratura giuridica in età moderna*, dans P. Maffei - M. Ascheri - G. Gaetano, (éd.), *Manoscritti, editoria e biblioteche dal medioevo all'età contemporanea. Studi offerti a Domenico Maffei per il suo ottantesimo compleanno*, Roma, 2006, p. 1239-1270.

²⁶ Cette circulation a notamment été décrite par J. Hilaire, *Droit du commerce et influences européennes dans le système juridique français*, dans *Droits*, 6/XIV, (1991), p. 42-43.

²⁷ Ces éditions sont signalées par V. Piergiorganni, *Benvenuto Stracca*, dans *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, 2013, II, p. 1920b. À propos de Stracca, voir également C. Jr. Donahue, *Benvenuto Stacca's De mercatura : Was There a Lex mercatoria in Sixteenth-Century Italy ?*, dans V. Piergiorganni, (éd.), *From lex mercatoria to commercial law*, Berlin, 2005, p. 69-120. Sur ce traité, voir également S. Gialdrone, *Stracca, Treatise on Commerce*, dans S. Dauchy - G. Martyn - A. Musson - H. Pihlajamäki - A. Wijffels, (éd.), *The Formation and Transmission of Western Legal Culture. 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, Cham, 2016, p. 99-101.

²⁸ D. Tarantino, *Sigismondo Scaccia*, dans *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, p. 1813a-1813b.

²⁹ V. Piergiorganni, *Ansaldo Ansaldo*, dans *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, p. 75a.

³⁰ Sur ce point, voir notamment F. Braudel, *Le modèle italien*, Paris, 2008.

principaux maîtres du commerce international, et ce jusqu'à la fin du XVIII^e siècle³¹.

Partant, les juristes français font régulièrement référence aux écrits des principaux jurisconsultes italiens. Le nombre de ces références est très variable d'un auteur à l'autre, mais on trouve peu d'ouvrages qui font entièrement abstraction de ces traités. Les commercialistes français qui ignorent entièrement la doctrine italienne semblent même pouvoir se compter sur les doigts de la main. Parmi ceux-ci, Gabriel Bounin qui écrit dans la seconde moitié du XVI^e siècle, ne cite aucun véritable spécialiste de droit commercial, même s'il mentionne certains grands civilistes italiens comme Balde ou Bartole³². De même, on ne retrouve aucune référence directe à la doctrine italienne dans le *Traité des négoes et trafiques* de Louis Turquet de Mayerne ou dans le *Traité des changes* de Mathias Mareschal. Des auteurs plus tardifs, comme Couchot ou Rogue, semblent également entièrement ignorer les écrits des jurisconsultes italiens. Dans l'avertissement de son *Praticien des juges et consuls*, Couchot évoque en effet les ouvrages qu'il a consultés pour la rédaction de son traité : s'il cite les traités d'auteurs français comme Dupuy de La Serra, Ricard ou Toubeau, il ne mentionne aucun jurisconsulte italien³³. Rogue se limite quant à lui à signaler les délais d'usage pour le règlement des lettres de change dans les cités italiennes, sans faire directement référence aux juristes de la péninsule³⁴.

Outre ces quelques exceptions, la grande majorité des auteurs français allèguent ponctuellement les ouvrages des principaux auteurs italiens dans leurs traités³⁵. Trois jurisconsultes sont d'ailleurs abondamment cités par les commercialistes français : Stracca, Scaccia et Casaregis. Plus rarement, on trouve également quelques références au *Discursus legales de commercio et mercatura* d'Ansaldo Ansaldi. Le fait que ces auteurs écrivent en latin semble d'ailleurs avoir été déterminant dans la circulation de leurs écrits. Dans la préface de son *Nouveau commentaire de l'ordonnance de la marine*, René-Josué Valin qualifie par exemple Stracca d'« auteur vraiment estimable » et Casaregis de « meilleur de tous », parce que ses « décisions

³¹ Sur le déclin du commerce italien, notamment en France, voir B. Allaire, *Crépuscules ultramontains. Marchands italiens et grand commerce à Bordeaux au XVI^e siècle*, Bordeaux, 2008, p. 209.

³² G. Bounin, *Traité sur les cessions et banqueroutes*, Paris, 1586, p. 36, 149, 156.

³³ Couchot, *Le praticien des juges et consuls*, Paris, 1742, p. III-V.

³⁴ J.-F. Rogue, *Jurisprudence consulaire et instruction des négociants*, Angers, 1773, II, p. 390-391.

³⁵ Pour un panorama général de l'ancienne doctrine commercialiste italienne, voir H. Coing, *Handbuch der Quellen*, cit., II/1, p. 872-890.

sont les plus conformes à nos mœurs, à nos usages et à la droite raison »³⁶. En revanche, il rejette les écrits du juriste génois Carlo Targa au motif qu'il « n'a composé qu'en Italien »³⁷.

De même, on trouve également de très nombreuses références aux décisions rendues par la Rote de Gênes qui ont été publiées pour la première fois en 1582³⁸. Jacques Savary, lui-même, cite à deux reprises des sentences de la Rote de Gênes dans ses parères 38 et 39, alors même qu'il est souvent décrit comme ignorant le latin³⁹. On trouve encore de telles références dans les œuvres de Cleirac, Dupuy de La Serra, Bornier, Biarnoy de Merville, Nicodème ou Valin⁴⁰. Dans ses *Institutes du droit consulaire*, Jean Toubeau qui exerce les fonctions de prévôt des marchands à Bourges puis d'échevin, se lamente même de n'avoir pu avoir accès qu'à une partie de ces décisions. Avec emphase, il se déclare même « inconsolable de n'avoir pu recouvrer que les dernières décisions de ce tribunal qui m'ont fait connoître qu'il y en a de précédentes, que je me détermine de faire chercher exactement en Italie, si dans un voyage que je médite pour Paris, je ne les trouve dans les grandes bibliothèques »⁴¹. Selon lui, la Rote de Gênes serait en effet à l'origine des « décisions sur les plus grandes et les plus belles questions que nous avons en matière consulaire », dans lesquelles tout serait « savant, méthodiquement traité et judicieusement ordonné et jugé »⁴². À partir de ces matériaux, les auteurs français inscrivent les citations de traités italiens dans un programme

³⁶ R.-J. Valin, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681*, La Rochelle, 1760, p. XV-XVI.

³⁷ *Ibid.*, p. XVII. Sur Targa, voir M. G. Merello Altea, *Carlo Targa giurista genovese del secolo XVII. La vita e le opere*, Milano, 1967.

³⁸ V. Piergiovanni, *Genoese Civil Rota and mercantile customary law*, dans Idem, *From lex mercatoria to commercial law*, cit., p. 191-206. L'importance des décisions de la Rote de Gênes dans la constitution d'une culture juridique européenne a été soulignée par R. Savelli, *Modelli giuridici e cultura mercantile*, cit., p. 10.

³⁹ J. Savary, *Parères*, XXXVIII : « Ce n'est seulement pas en France où s'observe cette jurisprudence, mais encore dans les païs étrangers, car elle est en usage en Italie. En effet, la décision 13 nombre 39 de la Rotte de Gennes, porte que la cession faite quinze jours devant la banqueroute, peut être suspecte et frauduleuse » (éd. Paris, J. Guignard, 1688, p. 441) ; *Ibid.*, XXXIX : « Par la décision 13 nombre 39 et la décision 184 de la Rotte de Gennes en Italie, la cession faite 15 jours avant la banqueroute est simulée et suspecte de fraude » (*Ibid.*, p. 453).

⁴⁰ É. Cleirac, *Usance du négoce*, cit., p. 67, 68, 96 ; J. Dupuy de La Serra, *L'art des lettres de change*, Genève, 1783, p. 124 ; P. Bornier, *Ordonnance de Louis XIV sur le commerce*, Paris, 1767, p. 68 ; P. Biarnoy de Merville, *Ordonnance de la marine du mois d'août 1681*, Paris, 1757, p. 232, 261 ; P.-J. Nicodème, *Exercice des commerçans*, Paris, 1776, p. 586 ; R.-J. Valin, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine*, cit., p. XV.

⁴¹ J. Toubeau, *Les institutes du droit consulaire*, cit., I, p. 21.

⁴² *Ibid.*

dogmatique, afin de comparer ou de critiquer les dispositions des ordonnances et les usages commerciaux du royaume.

2. *L'utilisation dogmatique des sources doctrinales italiennes*

Le plus souvent, les écrits des jurisconsultes italiens sont employés afin d'opérer des comparaisons entre le droit commercial français, notamment issu des ordonnances de 1673 et de 1681, et le droit des principales cités italiennes. Ce comparatisme apparaît même tout à fait nécessaire aux yeux de certains auteurs français, en raison des lacunes de la législation royale. À propos du droit du commerce maritime, Valin déclare ainsi que « nos anciennes ordonnances l'avoient totalement négligé, et les loix rhodiennes de même que celles du droit romain ne fournissent que fort peu de secours, on étoit réduit à puiser dans les usages maritimes établis chez les différentes nations »⁴³. Ces références aux usages étrangers prennent parfois la forme de simples références érudites, permettant d'illustrer la diversité des pratiques en Europe. Citant Scaccia ainsi que l'historien Paolo Giovio, le cardinal Gasparo Contarini ou le juriste bourguignon Barthélemy de Chasseneuz qui a notamment étudié à Turin et à Pavie⁴⁴, Jean Toubeau relève par exemple la grande diversité des règles entourant la dérogeance à la noblesse dans les cités italiennes qu'il compare aux ordonnances françaises défendant à l'aristocratie de se livrer à des professions mercantiles⁴⁵. Il relève ainsi que « la gravité des nobles est si grande à Naples, qu'ils mourroient de faim et qu'ils se mettroient plutôt à voler que de vivre du commerce, et leurs filles se seroient plutôt jamais mariées que de les donner à des marchands »⁴⁶. À l'inverse, le duc de Florence « fait toujours profession de marchand trafiquant », tandis qu'à « Venise, à Gênes ou à Lucques, tout le monde indifféremment y font

⁴³ R.-J. Valin, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine*, cit., p. XVI.

⁴⁴ Après avoir entrepris des études de droit à l'université de Dole puis à l'université de Poitiers, Chasseneuz poursuit son *cursus* à Turin sous la direction de Claude de Syssel et de Thomas Parpaléa et à Pavie avec Jason de Mayne. À 21 ans, il devient également maître des requêtes à Milan, avant de regagner la Bourgogne lorsqu'une épidémie de peste frappe l'Italie du nord. Sur son parcours, voir C. Dugas de La Boissonny, *Barthélemy de Chasseneuz*, dans P. Arabeyre - J.-L. Halpérin - J. Krynen, (éd.), *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, Paris, 2015, p. 235a-236b.

⁴⁵ Sur ce point, voir H. Lévy-Bruhl, *La noblesse de France et le commerce à la fin de l'Ancien Régime*, dans « Revue d'histoire moderne et contemporaine », 1933, p. 209-236.

⁴⁶ J. Toubeau, *Les institutes du droit consulaire*, cit., I, p. 302.

commerce, et spécialement les nobles »⁴⁷. Ces illustrations permettent dès lors de démontrer le caractère très relatif des règles entourant la dérogeance à la noblesse, sans pour autant les remettre en cause.

Ce comparatisme permet également aux juristes français tantôt de critiquer la législation royale ou la jurisprudence des juridictions consulaires, tantôt de conférer plus d'autorité à une solution donnée. Dans son *Traité des assurances*, le juriste aixois Balthazar-Marie Émérigon évoque par exemple une mauvaise pratique qui se serait répandue dans la signature des lettres de change. Celles-ci seraient en effet souvent signées par des commis du tireur, et non par le tireur en personne. À propos de cette question, Émérigon explique que « les juges-consuls ont relevé les commis des endossements passés par ceux-ci aux lettres de change tirées par leur maître » et que « cette jurisprudence est contraire aux bonnes règles : Casaregis, *Disc[ursus legales]*, 51, n. 21, et dans son traité italien *Il cambista instruito*, cap. 3, n. 66 »⁴⁸. Les écrits de Casaregis deviennent ainsi prétexte à critiquer la jurisprudence des juridictions consulaires françaises⁴⁹.

Au contraire, la référence aux sources italiennes permet parfois de démontrer l'adéquation d'une disposition aux besoins du commerce. À propos d'une question relative aux lettres au porteur, Dupuy de La Serra explique en effet que les dispositions de l'ordonnance de 1673 se montrent, sur ce point, parfaitement conforme à la jurisprudence de la Rote de Gênes. À ce propos, il déclare que « quoique l'édit de commerce ne soit fait que pour le royaume, la même jurisprudence s'observe partout, parce qu'elle est conforme à l'équité, à la disposition de la loi et à l'usage de la Rote de Gênes, qui est d'une très grande considération dans les matières de commerce »⁵⁰. La même méthode est encore employée par Paul-Joseph Nicodème. Pour lui, l'interdiction de vendre, de donner, de céder ou de transporter des biens meubles ou immeubles dans un délai de dix jours avant l'ouverture d'une procédure de faillite, afin d'éviter l'organisation de l'insolvabilité du débiteur, est conforme aux ordonnances royales⁵¹, à la *communis opinio*, ainsi qu'aux décisions de la Rote de Gênes⁵². En l'espèce, la jurisprudence

⁴⁷ *Ibid.*, p. 305.

⁴⁸ B.-M. Émérigon, *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, Marseille, 1783, I, p. 150.

⁴⁹ Sur ces juridictions, voir E. Matsumoto, *La juridiction consulaire dans la justice de l'Ancien Régime*, thèse dactyl., Université Panthéon-Assas (Paris II), 2002.

⁵⁰ J. Dupuy de La Serra, *L'art des lettres de change*, cit., p. 124.

⁵¹ Cette prohibition résulte notamment de l'*Ordonnance du commerce*, mars 1673, XI, art. 4 (F.-A. Isambert *et al.*, (éd.), *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, 1829, XIX, p. 104).

⁵² P.-J. Nicodème, *Exercice des commerçans*, cit., p. 586.

commerciale génoise fait ainsi figure de *ratio scripta* permettant d'évaluer la pertinence des dispositions des ordonnances qui sont dès lors présentées comme des règles universelles, parfaitement adaptées à la vie des affaires.

Plus rarement, les auteurs italiens sont utilisés comme de véritables autorités permettant de proposer l'interprétation d'une règle de droit, en cas d'obscurité des ordonnances royales ou d'absence d'usages commerciaux bien établis⁵³. L'article 7 du titre consacré aux sociétés de l'ordonnance de 1673 dispose par exemple que « tous associés seront obligés solidairement aux dettes de la société, encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la compagnie, et non autrement »⁵⁴. Dans son commentaire de cet article, Philippe Bornier précise cette disposition à la lumière d'une décision de la Rote de Gênes. En effet, pour lui, l'emploi du pluriel dans l'acte conclu par un dirigeant de la société suffit à engager l'ensemble des associés. Après avoir expliqué qu'« il n'est pas absolument nécessaire que le directeur ou administrateur d'une société donne la qualité d'associés à tous ceux dont il signe les noms », il poursuit en affirmant qu'il « suffit qu'il s'énonce en pluriel, parce qu'alors il est à supposer que c'est d'eux comme associés qu'il parle, ainsi a été jugé par la décision 7 des auditeurs de la Rote de Gênes »⁵⁵. On trouve encore le même mode de raisonnement chez François de Boutaric, à propos d'une question relative aux lettres de change au porteur. Après avoir envisagé les termes du problème, il conclut son propos en écrivant que « Sigismond Scaccia, dans le traité qu'il a fait *De commerciis et cambio* propose cette question, et il la résout sans difficulté en faveur du porteur de la lettre contre le tireur »⁵⁶.

En conclusion, il convient de signaler que les traités italiens sont loin d'être les seules références alléguées par les commercialistes français. On trouve en effet, dans des proportions significatives, de nombreuses citations d'auteurs issus d'Espagne, des Provinces-Unies, de cités allemandes ou des pays scandinaves. Dans son commentaire de l'ordonnance de 1681, Valin cite par exemple les traités des juristes allemands Franz Stypmann et Reinhold Kuricke, les écrits des auteurs hollandais Pieter Peck et Quintin

⁵³ Sur l'importance des usages commerciaux, voir V. Simon, *L'inscription des usages commerciaux dans l'ordonnement juridique moderne*, dans « RHDŒE », 2 (2016), p. 275-298.

⁵⁴ *Ordonnance du commerce*, mars 1673, IV, art. 7 (F.-A. Isambert et al., (éd.), *Recueil général des anciennes lois françaises*, cit., XIX, p. 97).

⁵⁵ P. Bornier, *Ordonnance de Louis XIV sur le commerce*, cit., p. 68.

⁵⁶ F. de Boutaric, *Explication de l'ordonnance de Louis XIV concernant le commerce*, Toulouse, 1743, p. 39.

Weytfen, et même ceux du juriste suédois Johannes Loccenius⁵⁷. Dans sa préface, il déclare également avoir consulté les ordonnances promulguées par Charles-Quint et Philippe II, la législation de la Hanse, les lois maritimes prussiennes, danoises ou suédoises ainsi que des formules d'assurances rédigées à Anvers et à Amsterdam⁵⁸. De même, Toubeau allègue à plusieurs reprises le *De jure mercatorum* publié en 1662 par le jurisconsulte allemand Johannes Marquardus⁵⁹. Dans ses *Us et costumes de la mer*, Cleirac reproduit quant à lui des règlements commerciaux de la Ligue hanséatique⁶⁰ ou les ordonnances de Wisby qui proviendraient de l'île suédoise de Gotland⁶¹. Au-delà de ces quelques exemples, la grande diffusion des écrits juridiques à l'époque moderne permet aux commercialistes français d'être au contact d'influences multiples, donnant à leurs œuvres une résonance européenne⁶². Même si ces références s'avèrent souvent décontextualisées et employées de manière opportuniste pour appuyer une démonstration, elles permettent également la réception d'opinions nouvelles dans le royaume, par un phénomène de porosité. Loin de se réduire à un embryon de doctrine de mauvaise qualité, la pensée juridique des premiers commercialistes se révèle plus complexe que la caricature longtemps dressée par une partie de l'historiographie.

⁵⁷ R.-J. Valin, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine*, cit., p. XV-XVI.

⁵⁸ *Ibid.*, p. XIV-XV.

⁵⁹ J. Toubeau, *Les institutes du droit consulaire*, cit., I, p. 300, 347, 362 ; et II, p. 2, 305, 371.

⁶⁰ É. Cleirac, *Us et costumes de la mer*, Bordeaux, 1647, p. 199-218.

⁶¹ *Ibid.*, p. 165-188.

⁶² Sur la dimension européenne du droit des affaires, voir L. Brunori, *History of business law : a European history ?*, dans « GLOSSAE. European Journal of Legal History », 2018, p. 63-79.

Lecture incrociate.
Tra le pagine della Rivista del diritto commerciale e
delle Annales de droit commercial (1903-1914)

Annamaria Monti

1. *Premessa*

In un contesto di “allées-retours” tra Italia e Francia nell’ambito del diritto commerciale lungo l’Otto e il Novecento, il pensiero corre subito al *Code de commerce* francese del 1807, alla sua introduzione in Italia con Napoleone e alle sue vicende successive, fino all’adozione del codice civile italiano del 1942.

Invero, le interazioni e gli scambi in materia di diritto commerciale al di qua e al di là delle Alpi sono ben più risalenti e si caratterizzano per aver supportato traffici e affari intensi e proficui¹, sin dall’epoca medievale². Alla redazione del codice di commercio napoleonico parteciparono, a vario titolo, giuristi italiani, quali Luigi Emanuele Corvetto, membro del Consiglio di stato francese, e Domenico Azuni. Quello stesso codice, una volta introdotto nella penisola, fu generalmente salutato come una sistemazione uniforme e una semplificazione, alla luce dei principi di uguaglianza e libertà, di antiche leggi e consuetudini condivise. Con l’abolizione delle corporazioni mercantili si affermavano la libertà del commercio e degli scambi, dell’iniziativa commerciale e del lavoro³.

La storiografia ha da tempo chiarito come la codificazione rappresentasse un potente *instrumentum regni* nelle mani dell’imperatore e, più specificamente, come il *Code de commerce* beneficiasse del successo

¹ Cf. P.-Y. Beaurepaire, P. Pourchasse, *Introduction*, in P.-Y. Beaurepaire, P. Pourchasse (curr.), *Les Circulations internationales en Europe années 1680 – années 1780*, Rennes 2010, spec. pp. 7-15.

² J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris 1986, pp. 39-43.

³ G. Alpa, *Le « Code de commerce » et l’Italie. Quelques réflexions sur l’histoire et les perspectives du droit commercial*, in “Revue internationale de droit comparé”, 59, (2007), pp. 235-257. Anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. Monti, *The Italian Destiny of the French Code de commerce*, in M. Gałędek, A. Klimaszewska (curr.), *Modernisation, National Identity and Legal Instrumentalism*, I, Leiden 2020, pp. 111-142.

indiscusso del *Code civil*. L'introduzione in Italia del codice commerciale transalpino rispondeva, infatti, ad un'analoga strategia di dominio ed implicò sofisticate pratiche di trasferimenti normativi⁴. Anche in materia di diritto commerciale si invitarono i giuristi italiani a proporre un loro codice e, poi, si introdusse quello francese⁵, accompagnandolo con la traduzione in italiano dei lavori preparatori e delle prime sistemazioni dottrinali⁶. Per ciò riguarda la sua applicazione giurisprudenziale, le ricerche sono ancora in corso⁷.

In sintesi, l'Ottocento si apre, per il diritto commerciale italiano, a livello legislativo, all'insegna del trasferimento e della recezione delle norme francesi e così si prosegue nella Restaurazione. Invero, si registra un divario importante, a metà del secolo, quando i codici di commercio preunitari italiani e il primo codice di commercio dell'Italia unita rimasero sordi alle riforme attuate in Francia e, invece, legati alla versione originale del *Code de commerce*⁸.

⁴ A. Cavanna, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nella Milano napoleonica. Giuseppe Luosi e il diritto penale*, ora in Id., *Scritti (1968-2002)*, II, Napoli 2007, pp. 833-927; S. Solimano, *L'histoire des réformateurs italiens entre fonds juridique français, germanique et traditions péninsulaires (1806-1927)*, in T. Le Yoncourt, A. Mergey, S. Soleil (curr.), *L'idée de fonds juridique commun dans l'Europe du XIXe siècle. Les modèles, les réformateurs, les réseaux*, Rennes 2014, pp. 25-39.

⁵ *Codice di commercio di terra e di mare pel Regno d'Italia*, Milano 1808. Cf. A. Sciumè, *I tentativi per la codificazione del diritto commerciale nel Regno italico (1806-1808)*, Milano 1982; Id., *I progetti del codice di commercio del Regno italico (1806-1808)*, Milano 1999, nonché A. Padoa-Schioppa, *Le società commerciali nei progetti di codificazione del Regno Italico (1806-1807)*, ora in Id., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano 1992, pp. 113-135.

⁶ Oltre a *Dei motivi del codice di commercio ovvero discorsi pronunciati al corpo legislativo di Francia dagli oratori del Consiglio di stato, e del Tribunale intorno al progetto della nuova legislazione commerciale. Traduzione italiana*, Milano 1809; J.-G. Locrè, *Spirito del Codice commerciale ossia Commentario desunto dai processi verbali del Consiglio di Stato, dalle esposizioni dei Motivi e Discorsi ... e Complemento del Codice di commercio ... Versione italiana*, 9 v., Milano 1811-1820, v. per esempio, J.-M. Pardessus, *Trattato del contratto e delle lettere di cambio dei biglietti a ordine ed altri effetti di commercio secondo i principi de' nuovi codici ... Versione italiana*, I-II, Milano 1811. Dopo la prima traduzione veneziana del 1820-21, seguono altre edizioni di Id., *Corso di diritto commerciale ... recato dal francese in italiano sulla sesta ed ultima edizione di Parigi ... per l'avvocato Francesco Galiani*, Napoli 1858.

⁷ Primi esiti in S. Gentile, *L'applicazione del Code de commerce in Calabria e l'emersione di un interessante tassello inedito relativo alla Commissione di Murat del 1814*, in "Historia et ius", 5 (2014), paper 5. V. anche Id., *I 'frantumi del mondo'. Genesi e caratteri delle 'leggi di eccezione per gli affari di commercio' (1814-1819)*, Napoli, 2020.

⁸ Ciò accadde, per esempio, nella disciplina delle società di capitali, studiata, per la Francia, da A. Lefebvre-Teillard, *La société anonyme au 19ème siècle : du Code de Commerce à la loi de 1867. Histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, Paris 1985 e, per

La mancata adesione italiana alle riforme francesi è da ricercarsi nel diverso sviluppo delle relazioni commerciali e, soprattutto, nelle tempistiche differenti dell'industrializzazione, per cui la Penisola si attarda in una dimensione agricola e manifatturiera, senza creare alcun mercato interno. Quanto alla giurisprudenza commerciale italiana della Restaurazione, troppo poco si conosce e la dottrina è anch'essa in larga misura da riscoprire, comunque lo sguardo pare ancora prevalentemente orientato verso i contributi di marca francese⁹.

D'altra parte, pure la dottrina francese di matrice accademica continuò a lungo a guardare agli autori italiani cinque, sei e settecenteschi, come suggeriscono gli studi di Jean Hilaire: concentrati sul codice, fino al 1840 gli universitari d'Oltralpe stentavano ad accorgersi dei temi più nuovi, non disciplinati dal legislatore e continuavano a riferirsi ai giuscommercialisti italiani d'antico regime¹⁰. Fu una situazione di stallo, che in Francia si sbloccò dopo le successive "fièvres des commandites" degli anni 1828-1856 e, in Italia, ben più tardi, con il codice di commercio voluto da Pasquale Stanislao Mancini.

La codificazione commerciale italiana del 1882, in effetti, rivelò caratteri originali e segnò una svolta, non solo sul piano legislativo¹¹. Si rivolgeva sempre all'esperienza francese per i criteri di applicazione della normativa, cioè gli atti di commercio, oltre che per la partizione della materia in quattro libri, tuttavia poneva grande attenzione al mondo tedesco, in particolare alla legge generale di cambio del 1848 (in vigore nel Lombardo-Veneto dal 1850) e alle scelte del codice di commercio generale tedesco (*ADHGB*) del 1861, introdotto dagli Asburgo in Veneto nel 1863¹².

Inoltre, con l'entrata in vigore del nuovo codice italiano, anzi, proprio in concomitanza con la sua stesura, già lungo gli anni Settanta, secondo recenti, convincenti letture storiografiche, si assiste a un risveglio del pensiero

l'Italia, da A. Padoa-Schioppa, *Disciplina legislativa e progetti di riforma delle società per azioni in Italia (1862-1942)*, ora in Id., *Saggi*, cit., pp. 205-259.

⁹ Cf. G. Marré, *Corso di diritto commerciale*, I-III, II ed., Firenze 1840, nonché la bibliografia citata in G. Carnazza Puglisi, *Il diritto commerciale secondo il codice di commercio del Regno d'Italia*, I-II, Milano 1868.

¹⁰ J. Hilaire, *Droit du commerce et influences européennes dans le système juridique français*, in "Droits", 14 (1991), pp. 39-48.

¹¹ A. Padoa-Schioppa, *La genesi del codice di commercio del 1882*, ora in Id., *Saggi*, cit., pp. 157-203.

¹² F. Mazzarella, *Un diritto per l'Europa industriale. Cultura giuridica ed economia dalla Rivoluzione francese al Secondo Dopoguerra*, Milano 2016, pp. 50-74; Id., *Kingdom of Italy (1861-1946)*, in M. Löhnig, S. Wagner (curr.), *Das ADHGB von 1861 als gemeinsames Obligationenrecht in Mitteleuropa*, Tübingen 2018, pp. 305-337.

giuridico in materia¹³. Negli anni Ottanta e Novanta dell'Ottocento, poi, il paese si avvia sulla strada dell'industrializzazione. Si affermano gli studi di Ercole Vidari a Pavia, di Alberto Marghieri a Napoli e presto primeggiano, a livello universitario, gli insegnamenti di Cesare Vivante¹⁴. Si apre così un momento felice per la giuscommercialistica italiana, una stagione che sempre più attrae l'interesse della storiografia, soprattutto in un'ottica di circolazione del pensiero giuridico e di scambi intellettuali¹⁵.

Quanto al contesto francese di fine secolo, anche qui la dottrina giuridica e gli universitari, nel medesimo torno d'anni successivi a Sedan, riservano sempre maggiore attenzione al diritto commerciale, in stretta connessione con il rinnovamento metodologico in atto, sollecitati dalle improrogabili istanze sociali ed economiche¹⁶ e dalle novità legislative¹⁷.

Dinnanzi alle problematiche suscitate dalla trasformazione delle società europee al tempo della seconda rivoluzione industriale, quando l'Italia raggiunge gli altri paesi industrializzati, i giuristi italiani e francesi 'si riallineano', per così dire. Ed ecco, allora, i giuristi della Terza Repubblica francese dialogare con i colleghi dell'Italia liberale e scambiarsi pubblicazioni. Le idee circolano¹⁸, non da ultimo attraverso i canali editoriali

¹³ E. Fugazza, *La scienza del diritto commerciale postunitario. Gli esordi di Alberto Marghieri, Adolfo Sacerdoti, David Supino*, in "Historia et Ius", 16 (2019), paper 11; I. Birocchi, *Tra i due codici. La giuscommercialistica italiana dopo il "manifesto" di Vidari (1870-1882)*, in I. Birocchi (cur.), *Non più satellite. Itinerari giuscommercialistici tra Otto e Novecento*, Pisa 2019, spec. pp. 141 ss.

¹⁴ E. Fugazza, *Tra liberismo e solidarismo. Il lungo percorso scientifico di Ercole Vidari*, Padova 2018; M. Stella Richter Jr., *Cesare Vivante e il "mito di fondazione" della scienza del diritto commerciale*, in "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", 112 (2014), I, pp. 523-540.

¹⁵ Mi permetto rinviare a A. Monti, *La circulation de la pensée juridique dans le domaine du droit commercial (XIXe-XXe siècles)*, in B. Fauvarque-Cosson (cur.), *Le droit comparé au XXIe siècle. Enjeux et défis*, Paris 2015, pp. 139-150; A. Monti, *L'enseignement du droit commercial. Circulations franco-italiennes aux XIXème-XXème siècles*, in M. Cavina (cur.), *L'insegnamento del diritto (secoli XII-XX) / L'enseignement du droit (XIIe-XXe siècle)*, Bologna 2019, pp. 255-268. V. anche F. Garnier, *Histoires du droit commercial*, Paris, Economica, 2020, spec. pp. 199 ss.

¹⁶ J. Hilaire, *Le droit les affaires e l'histoire*, Paris 1995, pp. 34-38. Di recente, v. l'efficace sintesi di F. Garnier, *Histoires*, cit., pp. 174-217.

¹⁷ J. Hilaire, *Introduction historique*, cit., pp. 95-134; A. Padoa-Schioppa, *Franckreich, Handelsrecht*, in H. Coing (cur.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/3, München 1986, pp. 3152-3187; Id., *Codificazione e legislazione commercialistica in Francia (1778-1915)*, ora in Id., *Saggi*, cit., pp. 63-88; J.-P. Allinne, *Le développement du droit commercial en dehors du Code et l'influence des droits étrangers 1807-1925*, in C. Saint-Alary-Houin (cur.), *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après? Etats des lieux et projections*, Toulouse 2009, pp. 75-104.

¹⁸ C. Ciancio, *Les congrès internationaux de droit commercial: un réseau de commercialistes*

e, specificamente, attraverso le riviste¹⁹.

In particolare, in questo contributo, attraverso uno spoglio bibliografico di due riviste giuridiche di assoluto rilievo quali la *Rivista di diritto commerciale*²⁰ e le *Annales de droit commercial*²¹, intendo soffermarmi su alcuni profili delle circolazioni editoriali italo francesi in materia di diritto commerciale lungo il primo quindicennio del Novecento, fino alla Grande Guerra.

2. Scambi intellettuali, riviste e saperi giuridici

Al volgere dell'Ottocento, la scienza giuridica italiana è attratta dal mondo tedesco e proprio i periodici di settore rappresentano un punto di osservazione privilegiato per misurare il rinnovarsi del metodo giuridico e il proficuo dialogare transnazionale dei giuristi. L'idea sottesa a queste pagine è che non solo i giuristi italiani continuassero a leggere i giuscommercialisti francesi, come era stato già in passato, ma che giuristi francesi e italiani si leggessero mutualmente, soprattutto durante quella che in Francia si suole chiamare Belle Époque e, in Italia, età giolittiana.

Supporta questa ricerca un lavoro recente sulla circolazione delle idee giuridiche e le reti dei giuristi, condotto attraverso uno studio bibliometrico delle citazioni e dei riferimenti dottrinali e avvalendosi degli strumenti offerti dalla *network analysis*, a partire proprio dallo spoglio di due riviste, una francese e una italiana – la *Revue générale du droit* e l'*Archivio giuridico* – per il primo decennio del Novecento. L'obiettivo dell'indagine era, in quel caso, una cartografia delle reti di giuristi nell'intento di meglio comprendere

européens à la recherche d'un droit uniforme, in *L'idée de fonds juridique commun*, cit., pp. 253-275.

¹⁹ Per tutti, J. Julliard, *Le monde des revues au début du siècle. Introduction*, in *Les revues dans la vie intellectuelle 1885-1914*, "Cahiers Georges Sorel", 5 (1987), pp. 3-9, nonché M. Stolleis, T. Simon (curr.), *Juristische Zeitschriften in Europa*, Frankfurt am Main 2006. In specifico riferimento alle riviste di diritto commerciale, mi permetto rinviare a A. Monti, *Le riviste giuridiche, laboratorio di saperi: spunti di riflessione sul diritto commerciale*, in D. Novarese [et al.] (cur.), *Oltre l'Università. Storia, istituzioni, diritto e società, studi per Andrea Romano*, Bologna 2020, pp. 761-770.

²⁰ "La Rivista di diritto commerciale, industriale e marittimo" è fondata nel 1903 e dal 1910 si chiama "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni".

²¹ Le "Annales de droit commercial français, étranger et international", fondate nel 1886, dal 1898 si chiamano "Annales de droit commercial et industriel français, étranger et international".

la circolazione dei saperi giuridici. Senza entrare nel merito di quello studio rivolto a due riviste ‘generaliste’, vorrei richiamarne alcuni esiti²².

Dunque, si è potuto verificare come i giuristi francesi fossero molto aperti al pensiero giuridico straniero²³. Inoltre, le reti intellettuali cambiavano in relazione ai diversi settori del diritto, dipendevano, cioè, non solo dai loro stessi protagonisti, ma pure da ciascuna disciplina: proprio nei rinnovati settori della legislazione industriale e del lavoro, del diritto societario e del fallimento, del diritto delle assicurazioni, gli scambi si facevano più intesi all'alba del nuovo secolo. Nel settore del diritto commerciale, i giuristi francesi intrattenevano rapporti relativamente stretti con l'Italia. D'altra parte, i giuristi tedeschi non erano l'unico riferimento, pur fondamentale, della dottrina giuridica italiana per ogni ambito del diritto, quantomeno fino alla guerra europea²⁴.

In sintesi, prolungando idealmente la ricerca appena evocata, per dare uno sguardo alla densità delle circolazioni effettive nel campo specifico del diritto commerciale, ho effettuato uno spoglio parallelo della *Rivista di diritto commerciale* – presto nota come la *Commerciale* –, per gli anni 1903-1914, dalla fondazione della rivista alla prima guerra mondiale e delle *Annales de droit commercial* per il medesimo arco temporale.

Il fine è di illustrare l'attenzione reciproca dei due periodici, al diritto francese in Italia e al diritto italiano in Francia, con specifico riferimento alle novità legislative e alla giurisprudenza, alle recensioni, alle traduzioni. La scelta è parsa quasi naturale: quando uscì il primo fascicolo della *Commerciale* fondata e diretta da Angelo Sraffa (1865-1937) e Cesare Vivante (1855-1944), la direzione delle *Annales* manifestò la soddisfazione di aver dato un buon esempio. Al contempo, intravide già, nell'omologa rivista italiana, una sorta di concorrente, che doveva senz'altro alzare il livello della competizione, al di là delle barriere nazionali²⁵.

D'altronde, Sraffa era un lettore assiduo del periodico transalpino²⁶. Si era spesso appassionato, in particolare, ai contributi del fondatore e

²² N. Hakim, A. Monti, *Histoire de la pensée juridique et analyse bibliométrique: l'exemple de la circulation des idées entre la France et l'Italie à la Belle Époque*, “Clio@Themis”, 14 (2018).

²³ F. Cherfouh, *Le juriste entre science et politique. La Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger (1877-1938)*, Issy-les-Moulineaux 2017, spec. pp. 46-54. Da ultimo, con specifico riferimento al diritto commerciale, F. Garnier, *Œuvre de juristes italiens et juristes français à l'œuvre dans les Annales de droit commercial (1886-1939)*, in “Revue historique de droit français et étranger”, 98 (2020), pp. 55-76.

²⁴ N. Hakim, A. Monti, *Histoire de la pensée juridique et analyse bibliométrique*, cit., *passim*.

²⁵ “Annales de droit commercial” (d'ora innanzi “ADC”), 17 (1903), pp. 121-122; 18 (1904), p. 309.

²⁶ A. Monti, *Angelo Sraffa. Un antiteorico del diritto*, Milano 2011, *passim*.

direttore delle *Annales*, l'alsaziano Edmond Thaller (1851-1918), con il quale condivideva l'interesse per le dottrine economiche, le nuove scienze sociali e la sociologia²⁷. Certamente, al tempo della stesura del programma editoriale della *Commerciale*²⁸, Sraffa e Vivante avevano bene in mente l'affermato periodico francese²⁹, oltre all'autorevole *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZGH)*, fondata nel 1858 da Levin Goldschmidt (1829-1897)³⁰.

Ciò che si prospettava, perciò, da parte delle *Annales*, non senza un pizzico di narcisismo, in quell'inizio secolo ancora promettente, era una vera e propria sfida tra riviste lanciata sul piano europeo, che la stessa *ZGH* non mancava di rimarcare un paio d'anni dopo³¹. Ancora, a testimoniare un'assonanza evidente tra le tre riviste – la *ZGH*, le *Annales* e la *Commerciale* – nel 1904 Paul Huvelin (1873-1924) le accomunava per essere inclini ad accogliere contributi di taglio storico, a conferma di una sintonia anche sul piano metodologico³².

In sintesi, concentrandomi – per ora – sui rapporti tra la *Commerciale* e le *Annales*, nella mia indagine ho inteso verificare chi fossero e a cosa mirassero i protagonisti e gli attori di una collaborazione editoriale che, dai due versanti delle Alpi, vedeva impegnati, sulle pagine delle due riviste, giuristi italiani che si occupavano di diritto francese e giuristi francesi chiamati a dar conto, in Italia, del loro proprio diritto, nonché giuristi italiani che scrivevano di diritto italiano in Francia e giuristi francesi che si interessavano al diritto italiano.

In una prospettiva di analisi attenta alle circolazioni delle idee, le forme di questa collaborazione sono da situare sul più ampio sfondo europeo del dibattito, tenendo in debito conto il ruolo della dottrina giuridica tedesca³³.

²⁷ Hilaire, *Le droit les affaires e l'histoire*, cit., pp. 16-27, nonché ampiamente F. Garnier, *Edmond-Eugène Thaller (1851-1918) et les Annales de droit commercial*, in N. Hakim, F. Melleray (curr.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris 2009, pp. 159-196.

²⁸ C. Vivante, A. Sraffa, *Il nostro programma*, in "Rivista del diritto commerciale, industriale e marittimo" (d'ora innanzi "RDC"), 1903, I.

²⁹ Cf. spec. *Notre programme*, in "ADC", 1 (1886-1887), pp. 1-4.

³⁰ C. Bergfeld, *Handelsrechtliche Zeitschriften*, in M. Stolleis (cur.), *Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main 1999, pp. 259 ss.

³¹ E.K. Neubecker, *Rivista di diritto commerciale, industriale e marittimo, diretta da Cesare Vivante, professore nella R. Università di Roma, e Angelo Sraffa, professore nella R. Università di Parma*, in "Zeitschrift für Handelsrecht", 56 (1905).

³² P. Huvelin, *L'histoire du droit commercial (Conception générale. Etat actuel des études)*, Paris 1904, pp. 32-33.

³³ Per l'impatto della rivoluzione industriale sul mondo del diritto tedesco, v. M. Maetschke, D. von Mayenburg, M. Schmoedel, *Da Recht der Industriellen Revolution*,

Ben noti sono, del resto, il contributo di Raymond Saleilles nella diffusione francese del pensiero tedesco e la sua fortuna in Italia³⁴, così come la circolazione degli insegnamenti di Levin Goldschmidt a livello europeo e, specificamente, in Francia e in Italia, solo per citare due nomi significativi³⁵.

All'esito dello spoglio, dunque, si conferma un interesse forte non solo della scienza giuridica italiana per quella francese, ma anche una attenzione costante e puntuale dei giuristi transalpini ai lavori dei colleghi italiani e, più in generale, alle riviste giuridiche italiane.

Sul versante 'italiano', in particolare, i riferimenti francesi sono fondamentali per gli autori dell'età giolittiana, come lo erano stati lungo l'Ottocento. I riferimenti sono a giuristi contemporanei, non più ai classici del Settecento e del primo Ottocento, come Emerigon, Pardessus, o ancora Delvincourt (che pure continuano a essere citati). I riferimenti, anzi, gli interlocutori, viventi e intellettualmente vivaci, dei giuristi italiani del primo Novecento sono esponenti di una dottrina transalpina che si sta rinnovando, dopo essersi aperta alle influenze e alla conoscenza della scuola e del diritto tedeschi³⁶.

D'altro canto, i francesi guardano a ciò che si pubblica fuori dalle loro frontiere, e a ben vedere si rinnovava così un'abitudine già coltivata in passato e lungo l'Ottocento: sono ancora le preziose ricerche di Jean Hilaire a illustrare l'afflato comparativo proprio dei cultori del diritto commerciale³⁷. In particolare, già dalla fine dell'Ottocento e, poi, negli anni considerati, le *Annales* nutrono quasi un 'culto' per i protagonisti della giuscommercialistica italiana.

2.1 *Primi esiti di uno spoglio bibliografico*

Entrando nel vivo dei dati raccolti, nel 1903, al suo esordio, la *Commerciale* pubblica ventitré recensioni a opere di autori italiani e stranieri. Ebbene, otto di esse, poco più di un terzo, sono a lavori di colleghi

Tübingen 2013.

³⁴ V. la necrologia di R. Fubini, *Raymond Saleilles*, in "Monitore dei Tribunali", 53 (1912), pp. 221-222.

³⁵ *Nécrologie. Serafini – Goldschmidt*, "ADC", 11 (1897), pp. 319-320, nonché

³⁶ Sui proficui scambi intellettuali, specialmente nel campo del diritto pubblico, O. Beaud, P. Wachsmann, *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg 1997, in part. J.Q. Whitman, *Jhering parmi les Français, 1870-1918*, *ivi*, pp. 151-164.

³⁷ J. Hilaire, *Le comparatisme en matière commerciale au XIXème siècle*, in "Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique", 12 (1991), pp. 127-142.

francesi. Si tratta di recensioni talora entusiaste, talora critiche, che denotano interesse verso saperi e ambiti del diritto in via di definizione attraverso le prime opere di commento e di sintesi che circolano a livello transnazionale.

A titolo esemplificativo, così scrive Sraffa, recensendo la seconda edizione parigina del *Traité élémentaire de législation industrielle* di Paul Pic: “...è quanto di più organico e scientificamente elaborato sia stato fatto fino ad ora, in Francia e fuori di Francia, per raggruppare metodicamente e analizzare criticamente le leggi operaie di un grande paese industriale, paragonandole con le leggi straniere regolanti la materia medesima”³⁸.

E, ancora, in un'altra recensione, sempre il direttore della *Commerciale* osservava: “...Gli scrittori francesi, specialmente di diritto privato, ci hanno abituati in questi ultimi anni a trovare nei loro libri, oltre che una esposizione lucidissima, un contenuto nuovo, frutto di ricerche condotte con criteri scientifici e con una visione netta degli istituti giuridici e del loro funzionamento: Thaller, Saleilles, Wahl, Gény, Valéry – per citare solamente i maestri – hanno condotto i nostri studi così in alto, che si ha diritto di pretendere ormai dagli scrittori francesi assai più di quello che una quindicina d'anni fa sarebbe sembrato sufficiente”³⁹.

Quasi in un controcanto, le pagine delle *Annales* del 1903 recano la recensione ai due volumi del *Trattato di diritto marittimo* di Umberto Pipia, pubblicato a Milano nel 1900-1901, ricambiando le congratulazioni “...Les auteurs italiens se tiennent étonnamment au courant de la documentation fournie, tant en ouvrage qu'en arrêts, par les pays autre que l'Italie elle-même. C'est ce qui imprime à leurs ouvrages une grande valeur [...] il n'y en avait pas encore qui eût encadré les institutions de la navigation dans un plan aussi méthodique que celui-ci”⁴⁰.

Seguono, nello stesso anno, sempre tra le pagine delle *Annales*, recensioni a *I diritti individuali degli azionisti* di Alberto Vighi, a vari volumi del *Commentario al codice di commercio* edito a Milano da Francesco Vallardi, cui contribuiva un pool di giuristi non solo accademici di alto profilo⁴¹, nonché

³⁸ “RDC”, 1(1903), I, pp. 428-429.

³⁹ “RDC”, 1(1903), I, pp. 516-517: la citazione è tratta dalla recensione, assai critica, a F.F. Rouvière, *Des avancés sur marchandises*, Paris 1903: nonostante gli evidenti limiti, a giudizio di Sraffa, “vi notiamo la solita chiarezza che rende così piacevoli e comodi alla lettura i libri francesi”.

⁴⁰ “ADC”, 17 (1903), pp. 61-63.

⁴¹ “ADC”, 17 (1903), pp. 117-119, in particolare, si recensivano i volumi di Luigi Franchi, sul commercio in generale; di Umberto Navarrini, sulle società e le associazioni commerciali; di Angelo Sraffa, sul mandato commerciale e la commissione; di Arnaldo Bruschettoni, sul contratto di trasporto e di Gustavo Bonelli, sul fallimento. Seguivano, poi, recensioni a L. Bolaffio, *Materia di commercio e usi mercantili*, Verona 1902 e a A.

al *Trattato teorico pratico di diritto commerciale* di Vivante⁴², insomma al fior fiore della più brillante dottrina del tempo.

L'autore preferito dai francesi, riconosciuto come caposcuola era senz'altro Cesare Vivante⁴³, letto con interesse in relazione alla questione dell'unificazione dei due diritti civile e commerciale⁴⁴, al centro dei dibattiti della commercialistica francese in occasione del centenario del *Code civil*, così come in relazione all'auspicato 'allargamento' della concezione tradizionale del diritto commerciale, al di là del codice⁴⁵. Non per caso, sono proprio questi i temi salienti discussi nel *Livre du centenaire* del *Code civil*⁴⁶. In particolare, ma non solo, dalla Francia si segue con stima crescente la pubblicazione del *Trattato* di Vivante, nelle successive edizioni e traduzioni⁴⁷.

Vivante, nell'ammirazione dei colleghi transalpini, è seguito da Ulisse Manara, professore a Genova e noto per le sue tesi contrarie al riconoscimento della personalità giuridica delle società commerciali⁴⁸. Thaller stesso, recensendone, un paio d'anni più tardi, nel 1906, il secondo tomo del *Trattato teorico e pratico delle società e delle associazioni commerciali* (Torino, Utet, 1902-1906), non mancava di rendergli omaggio quale uomo di scienza dal pensiero meditato e originale⁴⁹.

Arcangeli, *La società in accomandita semplice*, Torino 1903 (ivi, pp. 119-120).

⁴² "ADC", 17 (1903), pp. 122-123.

⁴³ Rinvio a F. Garnier, *De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle*, in "Quaderni fiorentini", 41 (2012), pp. 299-327; Id., *Ceuvre de juristes italiens et juristes français à l'œuvre*, cit., *passim*.

⁴⁴ Cf. C. Vivante, V. Yseux, *Un code unique des obligations, histoire et polémique*, in "ADC", 7 (1893), pp. 1-23. In merito, F. Garnier, *Edmond-Eugène Thaller*, cit., pp. 179 ss.

⁴⁵ C. Laurent, *De la fusion du droit civil et du droit commercial. Thèse pour le doctorat*, Paris 1903.

⁴⁶ V. spec. Ch. Lyon-Caen, *De l'influence du Droit commercial sur le Droit civil*, in *Le code civil : 1804-1904*, publié par la Société d'études législatives, Paris 1904, rist an. Paris 1969, t. I, pp. 207-221, nonché E. Thaller, *De l'attraction exercée par le code civil et par ses méthodes sur le droit commercial*, ivi, pp. 225-243. In merito, J. Hilaire, *Le droit les affaires e l'histoire*, Paris 1995, pp. 26-27.

⁴⁷ L'iniziativa di traduzione in francese del trattato vivantiano è condotta da Jean Escarra per la "Bibliothèque internationale de droit privé et de droit criminel", diretta da Lévy-Ullmann e Lerebours-Pigeonnière per l'editore Giard et Brière: C. Vivante, *Traité de droit commercial*, Traduit sur la 3e édition italienne (1907-1909), 4 voll., Paris 1910-1912. Cf. "ADC", 25 (1911), pp. 157-159; 26 (1912), pp. 173-174. V. anche C. Vivante, *Traité théorique et pratique des assurances maritimes*, Traduit, annoté, complété et mis en rapport avec la législation et la jurisprudence françaises et belges par Victor Yseux, Paris 1898.

⁴⁸ A. Mattone, *Manara, Ulisse*, in I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti (curr.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna 2013, II, pp. 1241-1242.

⁴⁹ "ADC", 20 (1906), pp. 86-88.

La prima impressione, dunque, è di trovarsi dinnanzi a un leggersi e confrontarsi aperto e proficuo, basato su di una comunione di intenti scientifici, per il rinnovamento e l'aggiornamento del diritto commerciale inteso in senso lato. Nell'orbita del diritto commerciale ruotano, infatti, saperi nuovi, ancora di nicchia, coltivati da un circolo di giuristi pratici e accademici appartenenti a reti differenti e interconnesse, che si incontrano attraverso supporti e canali editoriali.

È noto come molti professori italiani di diritto commerciale, muovendosi a proprio agio sui mercati librari italiani e parigini, acquistassero normalmente per sé o per le rispettive biblioteche universitarie opere di autori contemporanei francesi. Potrebbe invece stupire che i francesi si procurassero i testi italiani. Proprio la redazione delle *Annales* pare suggerire come quelle letture fossero in qualche misura facilitate dagli stessi colleghi italiani, che si premuravano di diffondere i loro estratti, anche solo di poche pagine, intrattenendo così scambi di pensiero più immediati ed efficaci che non attraverso l'invio di voluminosi tomi⁵⁰.

Proseguendo la breve rassegna esemplificativa, l'annata successiva (1904) delle due riviste presenta un quadro analogo, sempre estremamente favorevole agli scambi e alle letture incrociate: la *Commerciale* pubblica ventisei recensioni, di cui undici ad autori francesi, tutte di collaboratori italiani. Tra esse si segnalano la recensione di Gino Segrè all'*Introduction à l'étude du droit civil allemand, à propos de la traduction française du « Bürg. Gesetzbuch »* entreprise par le Comité de législation étrangère di Raymond Saleilles (Paris 1904) e la lunga, entusiasta recensione di Ulisse Manara alla terza edizione del *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime* di Thaller (Paris 1904)⁵¹.

Le *Annales* del 1904 rispondono con un loro appuntamento fisso⁵², dalla fondazione della rivista: la precisa e attenta cronaca di legislazione, dottrina e giurisprudenza in materia di diritto commerciale e industriale dedicata all'Italia per cura dell'infaticabile Luigi Franchi, collaboratore straniero della rivista fino ai primi anni Venti.

Le *Annales*, infatti, avevano dei corrispondenti fissi stranieri che curavano rubriche regolari per ciascun paese: per l'Italia, oltre a Franchi, collaboratore effettivo che, appunto, redige a scadenze fisse la sua cronaca, figura nel frontespizio il nome di Ercole Vidari, fino al 1906, poi, dal 1912 per il periodo

⁵⁰ "ADC", 15 (1901), p. 172.

⁵¹ "RDC", 2 (1904), I, pp. 334-338, 433-436. Nelle *Note bibliografiche* (ivi, p. 182), Sraffa dà inoltre notizia dell'uscita della settima edizione di Ch. Lyon-Caen e L. Renault, *Manuel de droit commercial*, Paris 1904.

⁵² "ADC", 18 (1904), pp. 298-318.

qui preso in considerazione, si affianca Alfredo Rocco⁵³. La *Commerciale*, invece, si avvale solo di forze italiane, sospinte da Sraffa a spogliare riviste e periodici dei vari paesi, occupandosi di legislazione, giurisprudenza e saggi di dottrina. L'assetto delle rubriche non è sempre il medesimo.

Anche per ciò che concerne l'attenzione reciproca alla giurisprudenza, si notano modalità editoriali e collaborative diverse: nelle *Annales* dell'Italia si occupa Luigi Franchi, sulle pagine della *Commerciale* si fanno carico dello spoglio delle sentenze transalpine redattori italiani. Diversi sono gli esiti di queste due strategie, cioè guardare dal proprio punto di vista nazionale a una giurisprudenza straniera o fare un resoconto della propria giurisprudenza nazionale per un pubblico straniero. Certamente, la conoscenza del sistema giuridico e della giurisprudenza può variare molto tra un nazionale e un collega straniero, tuttavia lo strumento utilizzato per queste cronache sono sempre le riviste: per redigere le rassegne ci si affida, di norma, alle scelte e alle selezioni di giurisprudenza straniera già effettuate da qualche altro periodico.

Rari, invece, sono i giuristi francesi che pubblicano contributi sulla *Commerciale*: si segnala nel 1905 il saggio di Paul Pic, *Regolamenti di fabbrica e ammende padronali (Studio di diritto comparato)*⁵⁴. Del pari, rari sono i contributi italiani sulle *Annales*. Per gli anni qui esaminati, nel 1912 Ulisse Manara è tradotto da Escarra su *A propos des sociétés de commerce irrégulières et de leur prétendue personnalité juridique*⁵⁵ e, nel 1914, Luigi Lordi interviene sui contratti differenziali secondo la nuova legge italiana sulla borsa⁵⁶.

3. Prospettive d'indagine

I periodici dell'epoca si confermano canali della circolazione del pensiero

⁵³ Cf. F. Garnier, *Œuvre de juristes italiens et juristes français à l'œuvre*, cit., *passim*.

⁵⁴ "RDC", 3 (1905), I, pp. 8-14, con nota della Direzione: "Siamo ben lieti di poter pubblicare, grazie alla cortesia del nostro collega Paolo Pic, professore di legislazione industriale nell'Università di Lione, questo notevole contributo allo studio di questioni che richiamano, in questo momento, l'attenzione dell'Ufficio del lavoro". Sul pensiero di Pic, N. Hakim, *Une revue lyonnaise au cœur de la réflexion collective sur le droit social: les Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale*, in D. Deroussin (cur.), *Le renouvellement des sciences sociales sous la III^e République*. La Faculté de droit de Lyon, Paris 2007, pp. 123-152.

⁵⁵ "ADC", 26 (1912), pp. 339-359.

⁵⁶ "ADC", 28 (1914), pp. 325-334.

giuridico⁵⁷, non soltanto luoghi privilegiati di informazione e discussione e ciò soprattutto allorché i direttori delle riviste sono, a loro volta, al centro di scambi dottrinali.

Senza entrare nel merito delle singole questioni affrontate nelle opere straniere recensite e nei contributi presi in considerazione, che pure meritano attenzione, da rinviarsi ad altra sede, ci si può interrogare sulle ragioni scientifiche di queste letture incrociate. A prescindere da discussioni mirate su singoli temi di interesse – quali, per esempio, profili della disciplina delle società di capitali –, dallo spoglio parallelo della *Commerciale* e delle *Annales*, sorge spontanea la domanda su quale criterio spingesse gli italiani a consultare gli autori francesi e, d'altro canto, quali fossero le motivazioni dell'interesse francese per le opere giuridiche italiane.

Per l'Italia, l'uso di guardare Oltralpe si arricchisce della scoperta di un gruppo di colleghi francesi che nei loro lavori si stanno avviando verso “comprehensive e forti elaborazioni sintetiche” su temi cruciali, come scrive Umberto Navarrini nel 1905, a proposito di G. Boucart, *De l'organisation et des pouvoirs des assemblées générales dans les sociétés par action, notamment au point de vue des modifications à apporter aux statuts* (Paris 1905): il volume è considerato “sintomo felice dell'incremento che va prendendo il nuovo e fecondo indirizzo che a questi studi si è dato in Francia da pochissimo tempo, specialmente per l'opera e per l'autorità del Thaller”. Ancora, prosegue Navarrini, “L'avvicinamento agli scritti tedeschi ed ai più recenti italiani (di cui l'autore non si dimostra ignaro), è stato certo una spinta non indifferente a questo indirizzo”⁵⁸.

Sraffa, recensendo due anni prima la traduzione in francese del *Traité de droit commercial* di Konrad Cosack⁵⁹, aveva già notato come “anche da noi le opere straniere sono conosciute e adoperate degli studiosi e molti di noi (chi è senza peccato scagli la prima pietra!) non saprebbero scrivere una breve monografia senza consultare e citare (specialmente senza citare) tutto quanto abbiano stampato i meno apprezzabili scrittori tedeschi, i quali, viceversa, sono capacissimi di non conoscere, specialmente, di non citare gli scrittori più noti fra noi sien pure (per rimanere fra i commercialisti) il Vidari, il Vivante, il Bolaffio, il Manara”⁶⁰.

In effetti, al di là della non troppo velata polemica di Sraffa sulla poca attenzione riservata all'Italia da parte dei tedeschi, caratteristica della dottrina giuridica italiana è l'abbondanza di note a piè pagina, ricche di

⁵⁷ S. Vandenbogaerde, *Vectoren van het recht*, Brugge 2018.

⁵⁸ “RDC”, 3 (1905), I, pp. 517-523.

⁵⁹ La stessa collana ospitava la traduzione del trattato di Vivante, v. sopra.

⁶⁰ “RDC”, 1 (1903), I, p. 517.

riferimenti bibliografici.

Nel primo Novecento, gli scritti dei giuscommercialisti, quantomeno di coloro che si riconoscono nella cerchia della *Commerciale*, recano citazioni ampie e continue agli autori italiani, ai francesi e ai tedeschi – che non potevano mancare – come, appunto, chiosava ironicamente Sraffa. Non si poteva farne a meno, si trattava di affermare la scientificità della disciplina e inoltre, l'attenzione alle soluzioni prospettate all'estero poteva suggerire indicazioni utili per la riforma del diritto italiano. Ancora, il citare autori stranieri contribuiva a mantenere la scienza giuridica del nuovo Stato italiano nel circuito del pensiero giuridico europeo: non si trattava di comparare, ma di tenersi aggiornati e confrontarsi.

Quanto ai giuristi francesi, sin dalla fondazione le *Annales* dimostrano una attenzione costante, continua e precisa ai movimenti della dottrina italiana di diritto commerciale, a partire dall'opera di Ercole Vidari e, poi, degli esponenti di spicco dell'età vivantina. Per esempio, nel 1905, recensendo cinque lavori di autori di differente provenienza geografica, tra cui due italiani – Umberto Navarrini e Ulisse Manara – in tema di personalità giuridica delle società commerciali, la redazione commentava: “...nous piétinons trop en France sur nos idées traditionnelles, il est bon que des excursions faites à l'étranger rajeunissent nos doctrines”⁶¹.

L'invito era a non isolarsi, ma da una prospettiva ben diversa, quella di un paese abituato a vedere il suo diritto irraggiarsi in Europa e nelle colonie. Dunque, le *Annales* di Thaller non risparmiano recensioni elogiative al modo di studiare dei colleghi italiani: “Nous devrions éprouver quelque blessure d'amour-propre à constater l'avance que prend la science italienne du droit commercial sur la nôtre, par la largeur de ses méthodes et la mise en œuvre de la bibliographie internationale”⁶².

In via generale, i francesi sono parchi di citazioni dottrinali nelle note a piè di pagina dei loro contributi scientifici, che si concentrano sui richiami alla giurisprudenza francese. I saggi pubblicati sulle pagine delle *Annales* per il periodo considerato si attestano su questa modalità, salvo rare eccezioni. Lo stesso Thaller constatava come, malgrado gli sforzi della sua rivista, gli autori stranieri e, nello specifico, gli italiani, non fossero richiamati dai suoi colleghi nelle loro opere⁶³.

Ciononostante, Edmond Thaller e gli autori che gravitano attorno alle *Annales* mostrano un respiro europeo o comunque un afflato transnazionale ampio quando citano e commentano le dottrine di autori

⁶¹ “ADC”, 19 (1905), pp. 164-166.

⁶² “ADC”, 24 (1910), p. 250.

⁶³ *A l'occasion de notre vingtième année de publication*, in “ADC”, 20 (1906), pp. 3-4.

stranieri. In particolare, significative sono le recensioni, che attestano un contatto anche ‘materiale’ con gli scritti di provenienza estera. Nel loro modo di esprimersi, i giuristi francesi sembrano riferirsi, tra le righe, a un “droit commercial universel”, che tende a formarsi al di sopra delle legislazioni particolari e nasce dalla stessa vita degli affari.

In questa attitudine sottesa, si può leggere un’eco e un riflesso dell’insegnamento di Saleilles, per cui la comparazione era volta al miglioramento del diritto nazionale e, insieme, all’unificazione del diritto a livello internazionale⁶⁴. Saleilles, del resto, fu condirettore delle *Annales*. Invero, l’idea dell’universalità del diritto commerciale è ben più antica e, tra l’altro, era stata già ribadita lungo l’Ottocento, quando il diritto commerciale era stato racchiuso nei codici nazionali. Comunque, forse anche sostenuti dalla *grandeur* dell’impero che i giuristi della Terza Repubblica non dimenticano, Thaller e i colleghi delle *Annales de droit commercial* paiono rinviare a una dottrina giuridica transnazionale cui partecipano francesi, italiani, tedeschi, mentre in Italia, dove pure si cita molto di più e si guarda all’estero con insistenza, la preoccupazione di fondo rimane tutta italiana.

In conclusione (provvisoria), le *Annales* prestano seria attenzione al diritto italiano e la *Commerciale* non è da meno, nella sua propensione verso il diritto francese. Per molti colleghi transalpini la curiosità e la simpatia, talvolta la sincera ammirazione verso la letteratura giuridica italiana, denotano anche il gusto di un colto *divertissement*⁶⁵. Per la giovane scienza giuridica nazionale italiana, invece, guardare oltre i confini è una necessità, oltre che un’antica e inveterata abitudine. L’accreditarsi a livello europeo per i giuristi italiani dell’epoca rappresenta una via per rafforzare la propria egemonia accademica e dottrinale a livello nazionale.

⁶⁴ Ch. Jamin, *Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du congrès international de droit comparé de Paris*, in “Revue internationale de droit comparé”, 52 (2000), pp. 733-751.

⁶⁵ E. Thaller, *Avant-propos*, in *L’oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris 1914, pp. 5 ss. Cf. F. Cherfouh, *Le juriste entre science et politique*, cit., pp. 192 ss.

Le fait et le droit : regards croisés à propos de la nullité de la société irrégulière en France et en Italie (fin XIXe s. - début XXe s.)

Florent Garnier

L'utilisation de la théorie des nullités trouve avec les sociétés irrégulières un terrain particulier d'application en droit commercial. La question a suscité l'attention de juristes français et italiens à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. Gustavo Bonelli (1853-1926)¹, bien que n'étant pas universitaire malgré les sollicitations de Vittorio Scialoja et de Leone Bolaffio et travaillant à l'*Ufficio Contenzioso della Banca d'Italia*, a porté un regard neuf en matière de faillite, de personnalité juridique et de sociétés irrégulières. Il consacre plusieurs articles à cette dernière question entre 1897 et 1923². Présenté comme l'un des « pères fondateurs du droit commercial italien » (Giuseppe Terranova), il publie régulièrement dans les revues italiennes qu'il s'agisse de l'*Archivio giuridico*, du *Foro Italiano*, de la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, de la *Rivista di filosofia scientifica* et surtout, avec plus d'une centaine de contributions au cours du premier quart du XX^e siècle, dans la *Rivista di diritto commerciale*. En 1906, il est l'auteur dans la jeune revue fondée par Sraffa et Vivante d'une étude « Sulla teorica nelle Società irregolari »³. Il mobilise les auteurs commercialistes français pour éclairer et critiquer le système de la nullité sanctionnant la société irrégulière.

¹ G. Terranova, *Bonelli, Gustavo*, in "Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)", Diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletti, (2013), vol. 1, pp. 289-292.

² G. Bonelli, *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento*, in "Archivio giuridico", (1897), pp. 414-483 ; *Sulla nozione di società in genere e su quella di società di commercio irregolare*, (Nota alla sentenza della Cassazione di Firenze, 4/4/1907), in "Foro italiano", (1907), col. 758-764 ; *La irregolarità della società in accomandita semplice e i suoi effetti di fronte agli accomandanti* (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Milano 17/9/1907), in "Rivista di diritto commerciale", (1908), partie 2, pp. 26-32 ; *Società irregolari e personalità giuridica* (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Firenze 30/12/1911), in "Rivista di diritto commerciale", (1912), partie 2, pp. 361-369 ; *La società irregolare e il progetto di nuovo codice di commercio*, in "Rivista di diritto commerciale", (1923), pp. 423-443.

³ G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in "Rivista di diritto commerciale", (1906), pp. 9-59 et pp. 112-166.

Sa contribution est particulièrement remarquable par Joseph Hémard (1876-1932), professeur à la faculté de droit de Dijon, quelques années plus tard.

Cette faculté connaît au tout début du XX^e siècle une période particulièrement féconde avec la présence d'une nouvelle génération de professeurs avec Eugène Gaudemet (1872-1933) pour le droit privé, Ernest Champeaux (1870-1936) pour l'histoire du droit, Joseph Delpech pour le droit administratif (1872-1960) et Jean Percerou (1873-1957) pour le droit criminel de 1901 à 1908⁴. Jeunes agrégés, ils enseignent à l'Université de Dijon dans les années 1910⁵ jusqu'à leur départ en 1918 et en 1919, l'un vers Paris (Hémard)⁶, les autres vers la nouvelle faculté de droit de Strasbourg⁷ (Gaudemet, Champeaux, Delpech). Parmi ces professeurs dijonnais, Joseph Hémard a enseigné le droit commercial à Dijon avant d'être agrégé (1904) puis professeur titulaire d'une chaire de droit civil à la faculté de droit de Paris en 1920. Il s'est intéressé en particulier au droit des sociétés et au droit des assurances. Il fait paraître deux articles dans les *Annales de droit commercial* en 1909 : l'un relatif au droit allemand⁸ et l'autre au droit italien⁹. Ils sont repris dans son maître ouvrage trois ans plus tard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait. Étude de jurisprudence et de droit comparé*, qui a été considéré comme pionnier tout au long du XX^e siècle¹⁰. Il intègre une étude comparée avec le droit belge¹¹ et le droit anglais¹². Société de fait, société créée de fait, *BGB Gesellschaft*,

⁴ A. Mages, *La pensée d'un commercialiste Dijonnais : Louis-Jean Percerou (1873-1957)*, in P. Bodineau (sous la direction de), *Les professeurs de droit dans la France moderne et contemporaine. Enseignements, recherches, engagements*, Dijon 2015, pp. 79-94.

⁵ *Le Progrès de la Côte-d'Or*, 10 septembre 1910, n° 253, p. 2.

⁶ *Nos maîtres de la Faculté de droit de Paris*, Paris 1932, p. 42. V. Bernaudeau, *Origines et carrières des enseignants de la Faculté de droit de Paris (XIX^e-XX^e siècles)*, in J.-L. Halpérin (sous la direction de), *Paris, capitale juridique (1804-1950). Étude de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, Paris 2011, p. 129.

⁷ C. Pauthier, 'Nous ne formons qu'une avant-garde'. *La refondation d'une faculté de droit française à Strasbourg en 1919 : des professeurs en terre de mission*, in F. Audren et J.-C. Gaven (sous la direction de), *Les facultés de droit de province aux XIX^e et XX^e siècles. Les conquêtes universitaires*, t. 3, Toulouse 2012, pp. 139-161.

⁸ J. Hémard, *Des nullités de sociétés en droit allemand*, in «*Annales de droit commercial*», 23 (1909), pp. 5-30.

⁹ J. Hémard, *Le régime des sociétés de fait ou sociétés irrégulières en droit commercial italien*, in «*Annales de droit commercial*», 23 (1909), pp. 81-118.

¹⁰ J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait. Étude de jurisprudence et de droit comparé*, Paris 1912, pp. 687-740 pour l'Italie et pp. 740-775 pour l'Allemagne.

¹¹ *Ibid.*, pp. 666-686.

¹² *Ibid.*, pp. 776-793.

partnership ou encore *società di fatto* intéressent les deux auteurs. Hémard note une première utilisation par la jurisprudence en 1825 de l'expression « société de fait »¹³. Il l'assimile à la société irrégulière en Italie¹⁴ et dans un esprit systématique, il propose d'« unifier le régime des sociétés de fait »¹⁵. Bonelli et Hémard participent à la circulation des idées juridiques des deux côtés des Alpes. Cette circulation est fille de son temps pour la matière commerciale¹⁶. Les regards croisés de Bonelli et d'Hémard sur la situation d'une société n'ayant pas respecté les conditions formelles relatives à sa constitution révèlent ainsi les enjeux du débat (I) et le jeu des influences (II).

1. Enjeux du débat

L'inobservation des formalités légales requises pour la formation d'une société de personnes ou de capitaux est appréciée différemment selon les législations nationales des pays occidentaux au XIX^e siècle. Les conséquences pratiques et les effets juridiques au regard des associés et des tiers sont alors variables tout comme la sanction de l'existence d'une société irrégulière. Des conceptions théoriques se font également jour intéressant la nature juridique de la société commerciale.

Alors que les conditions de fond sont réunies pour constituer une société, l'absence du respect de formalités légales pose question aux deux juristes français et italien. Le problème est ancien tenant à la mise en œuvre d'une procédure d'enregistrement¹⁷. À la fin du XIX^e siècle, les législations italienne et française diffèrent. La première cherche à limiter l'existence d'une société irrégulière en prévoyant un contrôle préalable nécessaire à la constitution définitive de la société. Le tribunal civil opère un contrôle de la régularité des conditions de formation de la société pour permettre la transcription et l'affichage de l'acte constitutif et les statuts (art. 91 Code

¹³ *Ibid.*, p. 15.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 17-18.

¹⁵ *Ibid.*, p. 24.

¹⁶ A. Monti, *La circulation de la pensée juridique dans le domaine du droit commercial (XIX^e-XX^e siècles)*, in B. Fauvarque-Cosson (sous la direction de), *Le droit comparé au XXI^e siècle. Enjeux et défis. Journées internationales de la Société de législation comparée, 8-9 avril 2015*, Paris 2015, pp. 139-150. F. Garnier, *Œuvre de juristes italiens et juristes français à l'œuvre dans les Annales de droit commercial (1886-1939)*, in «Revue historique de droit français et étranger» 98 (1), janv.-mars 2020, pp. 55-76. Voir également l'article d'Annamaria Monti dans ce numéro de *Historia et Ius.*

¹⁷ J. Hilaire, *Le droit, les affaires et l'histoire*, Paris 1995, pp. 275-312.

de com. de 1882). Les associés sont incités à régulariser les formalités sous peine d'engager leur responsabilité (art. 97 et 98). À ce système préventif et curatif s'oppose la législation française. Point de contrôle prévu par le législateur, il s'en est tenu à la mise en place d'une sanction, qualifiée de *pena* par Bonelli¹⁸, avec le prononcé de la nullité d'une telle société (art. 42 C. de com, loi du 18 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions, loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée et loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés anonymes). Hémard a le mérite de faire œuvre dogmatique en présentant et en analysant ces deux systèmes comparés aux autres pays européens et aux États-Unis d'Amérique.

À s'en tenir au droit commun des sociétés, les formalités légales ne sont pas respectées en l'absence d'écrit et à défaut de publicité. Pour Hémard, excepté le cas de la société verbale, l'intérêt de la question tient à l'existence d'une volonté commune de plusieurs personnes de collaborer ensemble à une même exploitation mais sans avoir recours à un contrat écrit et sans respecter les formalités légales de publicité. Il évoque alors la présence d'une société créée de fait qu'il distingue de la société de fait¹⁹. Il est à l'origine de cette qualification qui est reprise ensuite par la doctrine commerciale française. Ainsi la société de fait correspond à la « situation dans laquelle une société, voulue par les participants, mais nulle en droit, a fonctionné avant son annulation ». Elle est différenciée de la société créée de fait renvoyant à la « situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, sans avoir exprimé la volonté de former une société »²⁰. La seconde situation résulte du défaut de publicité. Elle retient davantage son attention. Le Code de commerce de 1807 a précisé aux articles 42 à 46 les formalités à accomplir²¹. En leur absence, cette société irrégulière est également qualifiée de société de fait. La sanction prévue est

¹⁸ G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in "Rivista di diritto commerciale", (1906), p. 19.

¹⁹ J. Hémard, *Des nullités de sociétés en droit allemand*, in «Annales de droit commercial», 23 (1909), p. 177 et pp. 182-183.

²⁰ G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, Paris 1989, 13^e éd., t. 1, pp. 569-572.

²¹ Loqué, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, XVII, 1829, séance du 15 janvier 1807, p. 188 sq., et plus spécialement p.193 mentionnant que l'article 42 a été adopté sans observation et la formulation de l'idée de Theilhard qui admet la nullité uniquement contre les associés, p. 200 (« la société une fois prouvée, ne fût-elle pas constatée par un acte, les obligations contractées en son nom, au profit de tiers, n'en doivent pas moins avoir leur effet ». Il poursuit en proposant « de dire expressément que le défaut des formalités exigées pour rendre la société valable entre associés, ne pourra pas être opposé aux tiers » (pp. 202-203). Regnaud précise encore que selon Jousse, la sanction de la nullité n'est pas prononcée en cas de défaut d'enregistrement (*Ibid.*)

alors la nullité absolue²². Hémard précise que « la théorie des sociétés de fait a été longtemps dominée par la théorie générale des nullités »²³. Elle joue alors de manière rétroactive. Les enjeux deviennent de plus en plus importants avec le développement des sociétés de capitaux dont certaines ont plusieurs centaines d'actionnaires²⁴. Différents effets juridiques intéressent les associés, les créanciers sociaux et les tiers. Pour les premiers, le lien social peut cesser. La dissolution est admise mais la société est alors considérée comme valable jusqu'à la formulation d'une telle demande (art. 99, C. de com). La liquidation des apports doit s'effectuer de manière conforme aux dispositions des statuts et des règles légales. La responsabilité personnelle des associés, indéfinie et solidaire, est reconnue au profit des créanciers sociaux. Le régime de la société en nom collectif est alors appliqué à la société de fait. Enfin, les associés ne peuvent pas opposer la nullité aux tiers (art. 99 alinéa 3, C. de com.). Ces derniers sont présentés comme bénéficiant d'un droit d'option pouvant invoquer ou non la nullité à l'encontre des associés.

Toutefois la société de fait sanctionnée par la nullité n'emporte pas la conviction de Bonelli et d'Hémard, le premier évoquant les « aberrations »²⁵ du système français, le second concédant que ce système « est partout critiqué et condamné »²⁶. De manière plus générale, la théorie classique des nullités est discutée. Le débat est notamment animé par René Japiot (1883-1943)²⁷. Dans sa thèse de doctorat en 1909, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, il propose dans son imposant travail de délaïsser le critère de la gravité de l'acte au profit de celui de la violation de la règle pour sanctionner le défaut de validité du contrat. Sa réflexion doctrinale et sa proposition théorique sont ainsi saluées par la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1910. Elles ont eu une influence déterminante dans l'élaboration

²² G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in «Rivista di diritto commerciale», (1906), p. 37.

²³ J. Hémard, *Des nullités de sociétés en droit allemand*, in «Annales de droit commercial», 23 (1909), p. 383.

²⁴ Pour la prise en compte du même phénomène en matière de résolution des conflits entre associés, F. Garnier, *L'arbitrage forcé entre associés (1807-1856)*, in «Histoire de l'économie sans travail. Finances, investissements, spéculation de l'Antiquité à nos jours», L. Brunori, S. Dauchy, O. Descamps et X. Prévost (sous la direction de), Collection « Histoire du droit », Paris 2019, pp. 369-385.

²⁵ G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in «Rivista di diritto commerciale», (1906), pp. 37-59.

²⁶ J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, p. 794.

²⁷ Agrégé des facultés de droit et 1910, il est nommé à Caen avant de revenir à Dijon en 1919. Il occupe la chaire de droit commercial de 1920 à 1943.

de la distinction entre nullité absolue et nullité relative²⁸. Pour Hémard, la théorie classique des nullités, avec l'application du caractère rétroactif de la nullité absolue aux sociétés de fait alors considérées comme n'ayant jamais eu d'existence, n'est pas adaptée²⁹ : « l'impossibilité de nier le passé, de détruire les faits accomplis fut vite reconnue par la jurisprudence, un plus tard par la doctrine »³⁰.

Organiser juridiquement le passé de la société irrégulière jusqu'à une telle déclaration, voilà la principale question. Pour Bonelli, « la nullità non tocca il passato ; essa non porta i suoi effetti che sul l'avvenire della società »³¹. Deux grands courants s'expriment selon que la personnalité juridique est reconnue par les auteurs à la société. D'aucuns considèrent uniquement le pacte social qui est alors seul valable³². Telle est la position de Bonelli en 1897 et en 1907³³. Pour lui le défaut majeur de la solution française relative à la nullité est source de difficultés pour saisir la *società-contratto* et la *società-persona*³⁴. Le contrat doit jouer uniquement entre les associés. D'autres reconnaissent la société comme disposant de la personnalité morale dans un contexte de riche débat au sein de la science juridique européenne³⁵ et devant être dotée de l'autonomie patrimoniale au bénéfice des tiers³⁶. Les auteurs italiens, tels Manara et Vivante, sont sensibles à l'idée de personnalité juridique aux sociétés civiles en France³⁷. Cependant Manara envisage l'existence d'une « entité » (« irregolari significa invece per l'appunto che non sono legalmente

²⁸ Sur son travail, son apport et sa réception, C. Caseau-Roche, *L'héritage de René Japiot sur la théorie des nullités*, in P. Bodineau (Sous la direction de), *Les professeurs de droit dans la France moderne et contemporaine. Enseignements, recherches, engagements*, Dijon 2015, pp. 69-77.

²⁹ J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, pp. 4-7.

³⁰ *Ibid.*, p. 7.

³¹ G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in "Rivista di diritto commerciale", (1906), p. 21.

³² J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, pp. 386-400.

³³ Voir supra note 2.

³⁴ G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in "Rivista di diritto commerciale", (1906), p. 47.

³⁵ L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Paris 1906. R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, Paris 1910. P. Durand, *L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, in «Études offertes à G. Ripert», Paris 1950, pp. 138-159.

³⁶ J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, pp. 400-429.

³⁷ J. Hémard, *Des nullités de sociétés en droit allemand*, in «Annales de droit commercial», 23 (1909), pp. 113-115.

constituée, non sono ancora società perfette, enti a sè »)³⁸ alors que Vivante affirme plus clairement l'attribution d'une telle personnalité³⁹. Le législateur français a reconnu la personnalité morale des sociétés commerciales qu'à partir de la loi du 24 juillet 1966. Cependant la jurisprudence de la Cour de cassation l'avait affirmé par un arrêt de la chambre civile le 2 juin 1834 excepté pour les sociétés en participation⁴⁰. Elle en fit de même pour les sociétés civiles (Cass. req. 23 février 1891). La doctrine l'avait également admise de manière indirecte à l'instar de Thaller à partir des articles 529 du Code civil et 69-6° du Code de procédure civile⁴¹.

En définitive, trois situations étaient considérées en droit français au XIX^e siècle et pendant une bonne partie du XX^e siècle : soit les associés n'ont pas la volonté de donner publicité à leur exploitation en commun et ils se placent dans le cadre d'une « associations commerciales en participation » (art. 47-50 C. de com. et art. 1871 C. civil) ; soit les associés ont constitué une société et ils se sont comportés en fait comme des associés mais sans respecter les formalités de constitution : il s'agit alors d'une société de fait frappée de nullité ; soit des personnes se comportent en fait comme des associés mais sans en exprimer la volonté et sans remplir les formes requises caractérisant une société créée de fait. C'est par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 que la société créée de fait est soumise au même régime que la société en participation (art. 1871 du Code civ.). Cette position du législateur, qualifiée d'« énorme bévue » (Claude Champaud), a été remise en cause par la jurisprudence de la Cour de cassation en 2009⁴².

³⁸ G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in «Rivista di diritto commerciale», (1906), p. 142.

³⁹ Sur leurs différentes approches, *Ibid.*, pp. 109-110 note 1.

⁴⁰ *Recueil général des lois et arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, J.-B. Sirey et L.-M. de Villeneuve, Paris 1834, 1^{re} partie, p. 608 : « Attendu, en droit, que si les sociétés commerciales proprement dites, c'est-à-dire les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite et les sociétés anonymes, peuvent être considérées comme des êtres moraux, il n'en peut être de même pour les associations commerciales en participation ».

⁴¹ E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial* 1898, pp. 135-148.

⁴² C. Champaud, Com. 26 mai 2009, pourvoi n° 08-13.891, arrêt n° 464 F-D, *Ligier c/ Caisse régionale de crédit maritime mutuel du Morbihan et de Loire-Atlantique*, in «RTD Com.» 2009, p. 567.

2. *Jeu des influences*

La situation de la société irrégulière préoccupe la doctrine et la pratique tout comme la jurisprudence et le législateur en France et en Italie au début du XX^e siècle. Des allers et des retours se manifestent permettant de distinguer différents temps et vecteurs de la circulation tant de la pensée juridique que des solutions législatives et jurisprudentielles.

Un premier temps est celui de la non application de la nullité bien qu'elle fût prévue par le droit applicable au commerce avant la codification napoléonienne. Hémarc retrace ainsi pour la France l'histoire de la nullité de la société en cas d'absence d'écrit, de défaut d'enregistrement ou de publication sous l'Ancien Régime jusqu'au Code de commerce⁴³ pour souligner que son application a été ignorée de la part des parlements tant vis-à-vis des associés que des créanciers⁴⁴. Il cite encore un arrêt de la Section des requêtes du Tribunal de cassation du 22 messidor an IX qui a considéré que : « les dispositions de l'Ordonnance de 1673 qui déclarent nuls les actes et contrats passés tant entre les associés qu'envers leurs créanciers, à défaut d'enregistrement et de publication des actes de sociétés, étaient tombées en désuétude et étaient abrogées par l'usage général du commerce »⁴⁵. Plus encore, la jurisprudence française à la fin du XVIII^e siècle et au début du XIX^e siècle décidait que « malgré la nullité édictée par la loi, la société a existé [...] la société est valable, en fait tout au moins. À l'égard des tiers, le défaut d'écrit ou de publicité ne permet pas d'opposer la nullité, mais les tiers peuvent l'invoquer si tel est leur intérêt »⁴⁶.

Un deuxième moment juridique est celui de la consécration de la nullité dans les deux pays. La codification française exerce alors son influence de l'autre côté des Alpes. Publié dans le Royaume d'Italie le 17 juillet 1808, le Code de commerce entre en vigueur le 1^{er} septembre de la même année dont l'article 42 prévoit que les « formalités seront observées, à peine de nullité à l'égard des intéressés ; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés ». Les dispositions prévues pour la société en nom collectif et la société en commandite sont étendues en France aux

⁴³ J. Hémarc, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, pp. 151-154.

⁴⁴ Il cite en particulier Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du commerce*, Paris 1761, p. 48 et le *Répertoire Guyot*, t. XVI, 1785, v^o Société, p. 329-330 (arrêt du 21 juillet 1680).

⁴⁵ J. Hémarc, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, p. 152.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 154.

autres formes de sociétés en 1856, en 1863 et en 1867. Elles s'appliquent en Italie, hormis dans le royaume de Sardaigne, jusqu'en 1866. Ainsi des formalités spéciales s'ajoutent pour la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société anonyme. Hémard souligne l'importance du rôle du juge en lien avec l'extension de l'application de la nullité intervenue en France au début de la seconde moitié du XIX^e siècle. Il précise ainsi que « les textes des différentes lois qui ont successivement régi les sociétés en France ont seulement institué la nullité et établi la règle de l'inopposabilité de la nullité ou à défaut d'accomplissement des formalités aux tiers par les associés. Au juge, à l'interprète a été laissé le soin de rechercher les suites que devait entraîner la nullité et de fixer le statut des sociétés nulles »⁴⁷. Cependant quelques années plus tard Eugène-Edmond Thaller remarque que la sanction des irrégularités soulève des difficultés en raison de son « manque d'homogénéité »⁴⁸. L'œuvre prétorienne est d'importance suivie par la réflexion doctrinale. Hémard affirme qu'« attribuer à l'état de fait de la société une valeur juridique, la considérer comme un état de droit, telle a été l'œuvre de la jurisprudence... elle a tenté, par la notion de société de fait, de concilier le concept juridique de la nullité avec la réalité pratique de l'existence de la société »⁴⁹. Il salue le rôle de la jurisprudence qui a permis de « resserrer le champ des nullités » et de « reconnaître une certaine valeur à la société irrégulière, malgré la nullité »⁵⁰. Bonelli fait remarquer à propos de la législation française que l'expression « à peine de nullité » ne doit pas être assimilée à la nullité de la société⁵¹.

Une troisième période est celle du traitement différencié des sociétés irrégulières en France et en Italie. Le Code de commerce sarde de 1842, pour beaucoup « débiteur » de la codification napoléonienne (Guido Alpa), rend obligatoire l'existence d'un acte public ou d'un sous seing privé pour la société en nom collectif ou en commandite (art. 48 C. de com.). Cependant ce code ne prévoit pas la nullité à titre de sanction de la société irrégulière. Il considère seulement le défaut des formalités comme inopposable aux tiers par les associés (art. 52). Le Code civil, entré en vigueur en 1838, ne mentionne pas davantage la nullité lorsqu'il traite du contrat de société, spécialement des sociétés particulières (art. 1863 et s.). Le code de commerce sarde

⁴⁷ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁸ E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial* 1898, p. 178.

⁴⁹ J. Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, p. 12.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 799-800.

⁵¹ G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in "Rivista di diritto commerciale", (1906), p. 26.

s'applique en 1843 puis à l'ensemble de l'Italie à partir de 1866. Très vite, les discussions reprennent pour l'élaboration d'une nouvelle codification commerciale en Italie. Le code de 1882 précise les formalités pour que la société soit légalement constituée (art. 87, 90, 91, 93, 94 et 95). Leur inobservation n'entraîne pas la nullité mais la mise en jeu de la responsabilité illimitée et solidaire des associés, des fondateurs et des administrateurs (art. 98). Le législateur italien maintient leur inopposabilité au tiers par les associés (art. 99 al. 3) même s'il a été tenté de recourir au système de la nullité dans les années 1870⁵². Deux systèmes sont alors distincts. Le législateur italien considère la société irrégulière et incite à réparer les vices formels alors que la législation française sanctionne par la nullité la société de fait. Pour autant, la jurisprudence française relative à la nullité des sociétés de fait a continué à exercer une influence sur la jurisprudence italienne des sociétés irrégulières après 1882. Bonelli affirme ainsi que « malgrado il rigetto della formula della nullità nella nostra legge, essa ha conservato presso i nostri giurisperiti una influenza non lieve derivatale dal peso della tradizione e dall'autorità degli scrittori che vi si ispirarono »⁵³. Hémard cite aussi plusieurs arrêts des années 1900 qui reconnaissent la société irrégulière comme une personne juridique⁵⁴ ou bien encore l'interprétation de l'article 99 alinéa 3 du Code de commerce de 1882⁵⁵ à la lumière de positions françaises relatives à des sociétés nulles.

Un dernier temps tient à la mise en relation des solutions nationales. La position d'Hémard en 1909 est claire appelant à une évolution du droit français. Il propose de renverser le jeu des influences : « On a vivement reproché à la doctrine et à la jurisprudence italiennes de se laisser trop influencer par la doctrine et la jurisprudence françaises ; peut-être allons-nous encourir le reproche inverse, car nous croyons que le droit français pourrait avec profit s'inspirer de la théorie des sociétés irrégulières en Italie, et même l'admettre en grande partie, en dépit des textes qui prononcent la nullité »⁵⁶. Cette sanction constitue une sorte d'obstacle en droit français alors que le législateur italien a emprunté une autre voie jugée plus pertinente par Hémard avec l'article 98 du Code de commerce de 1882⁵⁷.

⁵² *Ibid.*, p. 145.

⁵³ *Ibid.*, p. 36.

⁵⁴ Sur leurs différentes approches, *Ibid.*, p. 110 note 1.

⁵⁵ G. Bonelli, *Sulla teorica nelle Società irregolari*, in «Rivista di diritto commerciale», (1906), pp. 134-138.

⁵⁶ J. Hémard, *Des nullités de sociétés en droit allemand*, in «Annales de droit commercial», 23 (1909), p. 82.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 100 note 4.

Ce système préventif a la préférence d'Hémarid prenant pour exemple la récente évolution législative française sur les sociétés d'assurances sur la vie (loi du 17 mars 1905). Il préconise de manière plus générale la création d'un « Office des sociétés » pour l'homologation des sociétés par actions avec l'intervention d'un tribunal à l'instar du modèle italien et par la mise en place d'un registre du commerce pour l'ensemble des sociétés⁵⁸. La loi française n'a pas retenu la première idée mais elle a instauré le 18 mars 1919 un registre du commerce notamment pour immatriculer les sociétés de commerce françaises (art. 6-7). À défaut, il appelle de ses vœux une restriction par le législateur de l'application des nullités⁵⁹, à tout le moins de la poursuite de l'œuvre jurisprudentielle dans la « construction d'une théorie des sociétés de fait »⁶⁰ pour parvenir à considérer que la « nullité » soit comprise comme synonyme d'« irrégularité ». L'une des évolutions souhaitées par Hémarid tenait à l'abandon du droit d'option au profit des créanciers sociaux. Ils pouvaient alors selon leur intérêt considérer la société soit comme étant valable pour le passé bien qu'elle ait été annulée soit comme étant nulle dès sa création. La loi du 24 juillet 1966 a mis fin à ce droit d'option. La nullité est reconnue *erga omnes* et elle ne joue pas de manière rétroactive. Par ailleurs la société de fait est dotée de la personnalité morale. La nature juridique de cette société intéresse toujours Bonelli dans les années 1920. Il porte son attention sur le *Progetto preliminare per il nuovo Codice du commercio*. En 1923, il reprend le dossier de la société irrégulière plus de dix ans après son dernier article sur le sujet⁶¹. Adoptant une approche comparative, il mentionne alors et cite Hémarid appelant comme lui à une réforme du droit. Il propose une analyse d'une ébauche de projet pour cette société irrégulière à partir de 14 articles⁶². Il considère alors que l'inscription sur le registre de commerce est le critère déterminant (art. 96)⁶³ « e in armonia colla genesi della persona giuridica »⁶⁴. Il a déjà consacré au sujet des travaux en 1889 (*La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*) et en 1903 (*I concetti di comunione e di personalità nella teoria delle società commerciali*) se démarquant des conceptions de Manara et de Vivante. Le *Codice civile*

⁵⁸ J. Hémarid, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, Paris 1912, p. 813.

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 816-825.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 825-828.

⁶¹ G. Bonelli, *La società irregolare e il progetto di nuovo codice di commercio*, in «Rivista di diritto commerciale», (1923), pp. 423-443.

⁶² *Ibid.*, pp. 438-443.

⁶³ *Ibid.*, p. 429 et p. 438.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 429.

de 1942 précise que la société par actions acquiert la personnalité juridique à partir de son inscription sur un registre (art. 2331). Il est encore énoncé que les opérations accomplies au nom de la société avant cette inscription rendent solidairement et indéfiniment responsables envers les tiers ceux qui ont agi (art. 2332).

Le débat juridique relatif à la société de fait ou la société irrégulière illustre tout d'abord la circulation des idées et des réflexions entre les juristes français et italiens. Elle intéresse le monde académique mais aussi la pratique comme en témoignent l'avocat général de la Banque d'Italie Bonelli et le professeur de droit commercial Hémard. Au-delà de la situation concrète d'une société qui n'a pas respecté les formalités légales de constitution, l'intérêt de ce débat prend place au sein d'une analyse plus générale de la société vue comme un simple contrat ou bien à laquelle on attribue la personnalité juridique. Il s'inscrit alors pleinement dans le concert des idées qui mobilise la science juridique européenne intéressée de manière de plus en plus affirmée par les relations entre économie et droit autour de la notion d'entreprise⁶⁵.

⁶⁵ Voir notamment : P. Grossi, *Itinerari dell'impresa*, in "Quaderni Fiorentini" (1999), pp. 999-1038. F. Mazzarella, *Percorsi storico-giuridici dell'impresa. Dall' "entreprise" all' "Unternehmen"*, Palermo 2012.

IL DIRITTO PENALE

*Secolarizzare la morte tra influenze francesi e resistenze italiane.
Il reato di violazione di sepoltura di fronte alle sfide della laicità
e una polemica tra Francesco Carrara e Francesco Buonamici*

Cristina Ciancio

1. *L'Editto di Saint-Cloud e i Sepolcri di Ugo Foscolo*

«Celeste è questa/ Corrispondenza d'amorosi sensi, / Celeste
dote è negli umani; e spesso/ Per lei si vive con l'amico estinto/
E l'estinto con noi, se pia la terra / Che lo raccolse infante e
lo nutriva / Nel suo grembo materno ultimo asilo/ Porgendo,
sacre le reliquie renda / Dall'insultar de' nembi e dal profano
/ Piede del vulgo, e serbi un sasso il nome, / E di fiori adorata
arbore amica / Le ceneri di molli ombre consoli»¹.

Con questi famosi versi, Ugo Foscolo celebrava l'imprescindibile valore umano della memoria dei propri defunti e dell'importanza di accoglierli nel grembo della terra dove hanno abitato e dove ancora risiede chi li ha amati, consegnando definitivamente questo valore al vertice dei sentimenti e dei principi giuspolitici anche in un'Europa che stava attraversando la sua più profonda secolarizzazione politica come culturale.

Il culto laico per eccellenza, quella "religione dei defunti" trasversale ad ogni altra religione e al tempo stesso imperturbabile da ciascuna di esse, ha rappresentato una sfida per tutte le culture e, inevitabilmente, anche per tutti i rispettivi legislatori, impegnati nella costruzione di una società pienamente laica e nell'elaborazione di un ordinamento giuridico capace di esprimerla senza cadere in contraddizione.

Anche grazie all'affermazione della poesia sepolcrale inglese cui lo stesso Foscolo non mancò di ispirarsi, il dialogo sentimentale fra i sepolcri tutto neoclassico aveva soppiantato quella drammatizzazione barocca intrisa di superstizione² e di «sulfurea iconografia funeraria», «con le sue ossessioni

¹ U. Foscolo, *Dei Sepolcri, carne a Ippolito Pindemonte*, 1807, vv 29-40.

² C. Sisi, *Il "bello sepolcrale"*, in B. Rivalta - A. Bruni, *curr. Sepolcri di Foscolo: la poesia e la fortuna. Atti del Convegno di Studi, Firenze, 28-29 marzo 2008*, Bologna 2010, pp. 206-207.

mortuarie, le ansie mai paghe di eterno, i suoi teatri e messinscene funebri, affollati di teschi, scheletri e ossa fattesi cenere»³. La tomba si affermava sempre di più non già come il luogo della ricerca o del timore di un aldilà, ma del senso della vita.

Ugo Foscolo, però, solo alcune righe dopo, aggiungeva:

«Pur nuova legge impone oggi i sepolcri/Fuor de' guardi
pietosi, e il nome a morti/ Contende»⁴.

Anche questa è una storia nota. Con questo stesso carne, il poeta di Zante denunciò lo strappo, violento e profondo, causato, a partire dal settembre 1806, dall'applicazione anche nei territori italiani della «nuova legge» napoleonica, il *Décret Impérial sur les Sépultures* del 23 pratile anno XII (12 giugno 1804) diventato celebre come l'Editto di Saint-Cloud⁵. Si trattava del controverso provvedimento voluto in Francia da Napoleone e destinato a ridisegnare completamente la geografia dei confini tra i luoghi destinati ai vivi e i luoghi destinati ai morti e, soprattutto, delle loro ancestrali porosità. E se questo avveniva sicuramente in nome delle nuove teorie igieniste già affermatesi nei decenni precedenti e che si proponevano di orientare l'azione di governo verso la tutela della salute pubblica senza arretrare dinanzi a tradizioni inveterate, nondimeno rispondeva ad una visione profondamente rinnovata dell'organizzazione dei cimiteri che si riteneva necessaria a dare concreta attuazione al principio rivoluzionario di uguaglianza.

La secolarizzazione della gestione funeraria e dei suoi riti non è, quindi, solo una delle facce della laicizzazione della società, dei suoi costumi e pertanto del suo diritto, che nel corso del XVIII secolo fu definitivamente avviata. Essa si collega strettamente alla parallela azione avviata dal riformismo dei governi settecenteschi, così detti illuminati, per costruire un diritto alla salute dei sudditi ritenuto necessario per garantire quella "pubblica felicità" di cui quegli stessi governi si volevano affermare come i garanti. Diritto alla salute che passando principalmente per una strategia di

³ G. Nicoletti, *Tra sepolcri e cimiteri: una scia di poesia*, in «Cenobio. Rivista trimestrale di cultura», LVI/3 (2007), p. 185.

⁴ U. Foscolo, *Dei Sepolcri*, cit., vv. 51-53.

⁵ G. Nicoletti, *Tra sepolcri e cimiteri*, cit., pp. 186-187, e, soprattutto, D. Martinelli, *Alberi e fiori sui sepolcri (e altri motivi della polemica foscoliana sull'editto di Saint-Cloud)*, in G. Barbarisi – W. Spaggiari, (curr.), *Dei Sepolcri di Ugo Foscolo*, Milano 2006, pp. 173-198. Cfr. anche R. Bertazzoli, *La tradizione sepolcrale tra Pindemonte e Foscolo*, in B. Rivalta-A. Bruni, (curr.), *Sepolcri di Foscolo: la poesia e la fortuna*, cit., pp. 69-75.

salubrità dei luoghi e dell'aria vedeva nei cimiteri, e in generale nelle pratiche di gestione dei morti e della loro sepoltura, uno snodo essenziale⁶.

Proponendosi di recuperare e riordinare le diverse misure già assunte dagli ultimi provvedimenti monarchici ma soprattutto dai governi rivoluzionari, l'Editto di Saint-Cloud rappresenta, però, anche un esempio concreto di quella mediazione di cui Napoleone si fece abile stratega tra le istanze più rigoriste emerse nella seconda metà del Settecento e quelle politiche e socio religiose che reagirono ben presto ad alcuni eccessi dell'onda rivoluzionaria, chiedendo a più riprese un ripensamento.

I *Sepolcri* di Ugo Foscolo possono essere considerati una delle più significative espressioni delle resistenze al trapianto delle riforme francesi in tema di sepolture come strumento di laicizzazione della società e della cultura nell'Italia di quei primi anni dell'Ottocento. Se tale laicizzazione, infatti, trovava ampia condivisione nel suo impianto generale, gli interventi sui riti funebri e sulla tradizionale gestione del lutto incontrarono opposizioni sempre più trasversali. Ma sarebbe improprio circoscrivere l'insofferenza espressa da questo carme alla sola sensibilità italiana, leggerlo come una reazione unilaterale a quelle scelte di politica non solo funeraria giunte dalla Francia. Nei versi di Ugo Foscolo si ritrova l'eco di un'insoddisfazione che serpeggiava anche nella stessa società francese, anche quella più vicina alle nuove idee, di fronte a misure di cui non si riuscivano ad accogliere tutte le conseguenze. Si trattava di una crepa, comparsa quasi subito, in un impianto di regole e valori che non per questo si voleva compromettere, ma del quale non se ne accettava la rigidità nel momento in cui andava ad incidere in modo così invadente nella sfera scabrosa e intimissima del rapporto tra i vivi e i morti.

In Francia, sia prima che dopo l'emanazione dell'editto di Saint Cloud, vi erano già state opere poetiche che avevano provato ad esprimere questo malessere, opere che Foscolo conobbe e dalle quali secondo alcuni interpreti prese più di uno spunto⁷; opere che, però, nonostante una certa

⁶ G. Tomasi, *Per salvare i viventi. Le origini settecentesche del cimitero extraurbano*, Bologna 2001. Cfr anche D. Carnevale, *La riforma delle esequie a Napoli nel decennio francese*, in «Studi Storici», XLIX/2 (2008), p. 524.

⁷ Si tratta dell'opinione espressa in G. Marangon, *La Sépulture de Gabriel Leguové y I Sepolcri de Ugo Foscolo. ¿Traducción o imitación? Análisis filológico-temático y comparativo de los textos de los autores*, in «Revista de Filología Románica», XXV, (2008), pp. 213-222; Idem, *L'Imagination de Jacques Delille: antecedente de I Sepolcri de Ugo Foscolo*, in «Philologia Hispalensis», n. 20 (2006), pp. 1-15. Più in generale sulle suggestioni e influenze esercitate su I Sepolcri di Foscolo, cfr. L. Sozzi, *I Sepolcri e le discussioni francesi sulle tombe negli anni del direttorio e del consolato*, in «Giornale Storico della Letteratura Italiana», CXLIV (1967), pp. 567-588; G. Getto, *La composizione dei "Sepolcri" di Ugo Foscolo*, Firenze, 1977.

loro circolazione tra i contemporanei, non raggiunsero la stessa celebrità e il medesimo valore universale che la letteratura nella sua storia consegnò al carne foscoliano. Nella seduta dell'*Institut National des Sciences et des Arts* del 5 vendemmiaio dell'anno V (6 ottobre 1797), un suo membro, Gabriel Legouvé, aveva letto all'assemblea un breve poema intitolato *La Sépulture*, carico di indignazione per la gestione in Francia delle sepolture ricorrendo a fosse comuni in modi che portavano ad un inevitabile quanto sistematico oltraggio delle spoglie umane⁸. Qualche anno dopo, proprio mentre Foscolo lavorava ai suoi *Sepolcri*, Jacques Delille, con lo stesso intento di denuncia di Legouvé, aveva dato alle stampe un ben più corposo poema dal titolo *L'Imagination*, dove, nel settimo di otto capitoli, invocava il valore civico e politico delle tombe e della necessità di coltivarne un solido culto⁹. Un'opera, quest'ultima, che Ugo Foscolo senz'altro lesse, anche se sembra solo in parte, e che, però, lo avrebbe lasciato «scontento»¹⁰. Ma se in Foscolo indignazione ed urgenza esplosero all'indomani dell'editto di Saint Cloud che aveva costretto, tra gli altri, ad uno spoglio anonimo la tomba dell'amico poeta Giuseppe Parini, per Legouvé e Delille lo sprone sembra essere stato diverso¹¹. Nelle due opere francesi, infatti, la grave deriva in cui la società si stava spingendo a causa della trascuratezza in cui si voleva lasciare la sepoltura dei defunti e il culto delle tombe sembrava essersi manifestata soprattutto nei gravissimi episodi di profanazione dei sepolcri che, a partire dall'iniziativa promossa dai Montagnardi nell'autunno del 1793 sulle spoglie dei sovrani francesi custodite a Saint Denis, vide una recrudescenza che aveva inevitabilmente turbato molte coscienze, e questo a prescindere dalle simpatie politiche che si sovrapponevano in quegli anni convulsi. Profanazioni che per molti si continuavano in qualche modo a perpetuare anche privando le sepolture dei loro riti collettivi e affidando i corpi ad anonime fosse prive di epitaffi o riconoscimenti individuali.

⁸ G. Legouvé, *La Sépulture*, in *Le mérite des femmes. Nouvelle édition augmentée de poésies inédites par Légouvé*, Paris 1824, pp. 141-147, note pp. 148-150.

⁹ J. Delille, *L'imagination, poème*, in *Ouvres de Jacques Delille, L'imagination, poème en VIII chants, accompagné de notes historiques et littéraires*, Paris, 1806, I e II. In particolare, il canto VII in cui si sofferma sul tema dei sepolcri, t. II, pp. 137-180, e note pp. 181-210.

¹⁰ Lettera ad Isabella Teotochi Albrizzi, 28 giugno 1806, riportata in G. Marangon, *L'Imagination de Jacques Delille*, cit., p. 3.

¹¹ Ivi, pp. 11-12.

2. *Un passo indietro. La Rivoluzione e i dibattiti dell'anno IV*

2.1. *L'immortalità per la cultura rivoluzionaria e il nuovo significato del trattamento del corpo morto*

Come spiegava lo stesso Diderot, la posterità – in cui voleva includere l'aspirazione all'immortalità come memoria positiva tra gli uomini – rappresentava in una società secolarizzata la garanzia della morale, «la legge universale che il dito di Dio ha inciso in tutti i cuori»¹². Nell'*Encyclopédie* di Diderot e D'Alembert, infatti, alla voce *Immortalité*, si faceva riferimento a quanto si può acquisire nella memoria degli uomini per ciò che di meritevole si è fatto, e l'immortalità è così definita come «il segno più forte del valore che attribuiamo alla stima dei nostri simili»¹³. L'immortalità, dunque, restava confermata come una forma di prolungamento di vita garantito ai meritevoli, ma era al tempo stesso una categoria rinnovata rispetto alla tradizione religiosa e del tutto distante da ogni idea di aldilà.

Alla luce di questa concezione, il trattamento del corpo morto e più in generale i riti funebri acquistavano un significato profondamente diverso da quello tradizionale, e assunsero nella simbologia e nella retorica rivoluzionarie un ruolo cruciale per la costruzione della sua identità e per veicolare i suoi valori. L'impegno per affermare il principio di eguaglianza aveva portato alla soppressione di tombe e monumenti che portavano tracce o insegne del defunto e che in quanto tali volevano preservare anche dopo la morte differenze di ceto e ricchezze. Si afferma così, a partire dall'anno II, l'egualitarismo della fossa comune, «*champ de repos*» laico. Questo, però, con la sola eccezione dei nuovi eroi, martiri della Rivoluzione e quindi della patria, il cui ricordo doveva restare indelebile a scopo pedagogico e edificante¹⁴. Ancora nel 1796, il cittadino Daubermenil, proponendo al Consiglio dei Cinquecento di istituire per il giorno 10 pratile una festa nazionale dedicata alla *Vittoria* chiariva che essa doveva consistere in una commemorazione dei «*Mânes*», dei francesi caduti nelle battaglie per la libertà, di quegli eroi della patria che proprio nel seno della vittoria avevano trovato una morte dolce e rapida. Nel discorso di Daubermenil gli onori funebri per quei morti rappresentavano naturalmente una celebrazione

¹² D. Diderot, *Irreligioso*, in F. Diaz (cur.), *Scritti politici con le "voci" politiche dell'Encyclopédie*, Torino 2008, p. 651; Idem, *Le pour et le contre*. Œuvres complètes, Paris 1986, XV, p. 33.

¹³ D. Diderot, *Immortalità, Immortale*, in F. Diaz (cur.), *Scritti politici*, cit., p. 645

¹⁴ R. Bertrand, *La « transition funéraire » en France. Une rapide synthèse*, in *Mort et Mémoire. Provence, XVIII^e-XX^e siècle. Une approche d'historien*, La Thune 2011, p. 33.

della Francia vittoriosa, dei suoi trionfi in nome della libertà e della Nazione¹⁵. In questa ottica, Daubermenil sottolineava quanto poco dovesse importare ad un uomo coraggioso vivere qualche anno in più visto che egli avrebbe lasciato presso i suoi contemporanei una memoria venerata e la testimonianza del suo eroismo nei secoli a venire. «Il ne meurt pas; à son dernier soupir commence son existence dans la posterité»¹⁶. In deroga alle anonime fosse prescritte per tutti i cittadini senza distinzione di censo e di stato, egli proponeva, per i soli eroi della patria, che la legge stabilisse che «des urnes funéraires entourées des fleurs, de lauriers et de cyprès, porterons leurs noms, et leurs actions seront tracées sur les boucliers suspendu par des guirlandées, qui formeront l'enceinte sacrée»¹⁷.

Ma l'attribuzione e il riconoscimento anche rituale di una immortalità terrena agli eroi della Rivoluzione ed ai suoi modelli di virtù patriottiche non fu sempre pacifica e scontata. Al contrario, fu spesso controversa e fonte di dibattiti e discussioni polemiche. La Repubblica «che si fondava sulla desacralizzazione della persona del re e sulla distruzione degli idoli» rischiava, infatti, di cedere in non poche contraddizioni allorquando allestiva solenni cortei funebri e commemorativi come avvenuto per Mirabeau e Marat, ricchi di iconografie e simboli e che potevano insinuarsi come mere varianti di quella esaltazione di vanità e differenze di rango contro cui invece ci si era scagliati¹⁸.

¹⁵ Gazette Nationale ou le Moniteur universel, n. 234, Quartidi, 24 floréal, l'an 4 de la République Française une et indivisible (v. 13 mai 1796, vieux style), Corps Legislatif. Conseil des Cinq Cents, Séance du 17 floréal, p.934

¹⁶ Gazette Nationale ou le Moniteur universel, n. 233, Tridi, 23 floréal, l'an 4 de la République Française une et indivisible (j. 12 mai 1796, vieux style), Corps Legislatif. Conseil des Cinq Cents, Séance du 17 floréal, p. 932

¹⁷ Gazette Nationale ou le Moniteur universel, n. 234, Quartidi, 24 floréal, cit, p.933. Lo stesso cittadino Daubermenil fu incaricato di un rapporto presentato poche settimane dopo, nella seduta del 5 termidoro, per l'estensione a tutti i cittadini morti in battaglia, e non solo per ufficiali e generali, del privilegio di essere accolti nel Pantheon trascorsi dieci anni dal decesso, Gazette Nationale ou le Moniteur universel, n. 310, Dècadi, 10 thermidor, l'an 4 de la République Française une et indivisible (jeudi, 28 juillet 1796, vieux style), Corps Legislatif. Conseil des Cinq Cents, Suite de la séance du 5 thermidor, pp. 1238-1239

¹⁸ C. Porset, *La politica funeraria tra Rivoluzione e Consolato napoleonico*, in M. Sozzi – C. Porset, (curr.), *Il sonno e la memoria. Idee della morte e politiche funerarie nella Rivoluzione francese*, Torino 1999, p. 96.

2.2. Le profanazioni di Saint-Denis

Non si può dimenticare che con la salita al potere dei Montagnardi la Rivoluzione francese esordì con uno dei più celebri casi di violazione di tombe e vilipendio di cadaveri dell'età contemporanea¹⁹. Il 31 luglio del 1793, la Convenzione, su proposta del deputato Bertrand Barère de Vieuzac, emanò un controverso provvedimento che tecnicamente ordinava la violazione delle tombe dei re di Francia custodite nella chiesa di Saint-Denis e in ogni altro luogo sul territorio della Repubblica²⁰.

La città di Saint Denis e i suoi amministratori si incaricarono «avec orgueil» dell'esecuzione di questo decreto. E così il 12 ottobre procedettero metodicamente alla profanazione delle sepolture reali²¹.

Con la violazione delle tombe di Saint Denis ebbe inizio tutta una serie di altre profanazioni che coinvolsero prima le chiese della Capitale per poi diffondersi negli altri dipartimenti. Ogni città volle eguagliare Saint Denis in quella che in quel momento venne percepita come una cerimonia espiatrice antimonarchica²², e soprattutto un'iniziativa profondamente patriottica di celebrazione dei valori rivoluzionari.

Una deriva che però non mancò di essere in seguito interpretata come l'oscuro presagio di ciò che sarebbe poi accaduto:

« S'il est vrai, comme le dit le philosophe hollandais Pauw, que les honneurs funèbres n'ont été institués que dans l'unique but d'apprendre aux hommes à respecter les vivants, il ne faut plus s'étonner qu'après un tel mépris des devoirs sacrés de

¹⁹ M. Billard, *Les Tombeaux des rois sous la Terreur*, Paris 1907.

²⁰ Questo il testo del decreto : « Les tombeaux et mausolées des ci-devant rois, élevés dans l'église de Saint-Denys, dans les temples et autres lieux, dans toute l'étendue de la République, seraient détruits », riportato in B. Gaubert, *Traité théorique et pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence sur le monopole des inhumations et des pompes funèbres précédé d'un historique du monopole chez les égyptiens, les grecs et les romains*, Marseille 1875, I, p. 149.

²¹ « Quelques jours suffirent pour détruire le travail de plusieurs siècles. Les corps des rois, des reines, des princes et de tous ces personnages illustres, que Chateaubriand appelle les grands vassaux de la mort, furent exhumés et jetés pêle-mêle dans deux grandes fosses ouvertes près de l'église St-Denis. Le 12 novembre, les exécuteurs de cet inqualifiable attentat à la dignité humaine, se présentaient en triomphateurs à la porte de la Convention, suivis de six voitures chargées des dépouilles des rois », B. Gaubert, *Traité théorique et pratique*, cit, p. 150.

²² S. Bertelli, *Il corpo del re. Sacralità del potere nell'Europa medievale e moderna*, Firenze, 1990, p. 201.

la sépulture, la Révolution es soit venue, comme Saturne, à dévorer elle-même ses propres enfants»²³.

Lo stesso Legouvé, in quel poema in cui in seguito denunciò il degrado delle pratiche funerarie della Francia e destinato a circolare in tutta Europa e non solo negli ambienti letterari, fu chiaramente influenzato dalle profanazioni iniziate a Saint Denis, dedicando a quegli episodi versi inequivoci:

«Profaner, mutiler les monuments funèbres/et commettre, à la voix d'un lâche tribunat,/Sur ces cadavres même un autre assassinat./Gloire, talent, vertu, rien n'arrête leur rage»²⁴.

Se la morte e gli onori funebri subirono un profondo rinnovamento concettuale e culturale, il disvalore legato ad ogni forma di violazione delle sepolture e dei corpi morti che vi erano custoditi rimase un nodo essenziale della percezione collettiva come delle preoccupazioni di chi governava anche le nuove istituzioni. Il degrado e un certo lassismo in cui erano caduti i luoghi di sepoltura negli ultimi decenni del XVIII secolo, e gli eccessi delle profanazioni degli stessi rivoluzionari, spinsero dopo i fatti del Termidoro a denunciare le conseguenze nefaste di una società incapace di proteggere le spoglie dei propri defunti e quindi l'eredità sociale ed affettiva dei suoi stessi cittadini. Si denunciava soprattutto l'incapacità di valorizzarne il significato morale e politico, laddove, invece, anche nel nuovo quadro di valori costituzionali e civili, e sebbene con argomentazioni del tutto differenti, era necessario continuare a riconoscere centralità al rispetto delle tombe.

²³ Ivi, p. 151. L'autore fa riferimento a Cornelius De Pauw (1739-1799), filosofo studioso di storia dell'antichità vicino alle idee illuministe, olandese di nascita e al quale l'Assemblée nationale législative conferì lo status di cittadino francese con un decreto dell'agosto del 1792 nel quale figurano anche altri intellettuali stranieri come Jérémie Bentham, Thomas Paine, o George Washington. Cfr. *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises*, Première Série (1787-1799), Paris 1896, XLIX, Assemblée Nationale Législative, dimanche 26 août 1792, p. 10

²⁴ G. Legouvé, *La Sépulture*, cit., p. 141.

2.3 *Il disegno di legge sul reato di violazione di sepoltura di Emmanuel Pastoret*

«Représentants du Peuple, recueillez vos sentiments et vos pensées; je viens vous parler du dernier asile des hommes, de la terre sacrée où reposent nos pères. Il est donc aussi des profanateurs pour les tombeaux! La mort même ne garantit donc pas des outrages du crime!»²⁵

Con queste parole, nella seduta del Consiglio dei Cinquecento svoltasi il 26 pratile dell'anno IV (il 14 giugno 1796) Emmanuel Pastoret introduceva un suo *Rapport* sulla violazione delle sepolture in cui proponeva un disegno di legge volto ad introdurre un severo sistema di sanzioni penali. Richiamando un concetto cui era ricorso anche Maximilien Robespierre, egli affermava che «la tombe est pour l'homme vertueux le berceau de l'immortalité»²⁶.

Ricordava come da sempre i legislatori si erano preoccupati di proteggere le tombe, così come erano stati sempre consapevoli di come questo dovesse coinvolgere anche le loro misure di diritto criminale. Eppure, nonostante le severe punizioni per la violazione dei sepolcri comminate da antichi popoli liberi come greci e romani, Pastoret affermava di avere invano ricercato «dans la plupart des codes de l'Europe la répression de ce genre de crime». Presso le due nazioni più celebrate per i loro giureconsulti e le loro leggi, l'Inghilterra e la Germania, non ne aveva trovata traccia. Un silenzio che denunciava anche con riferimento all'antica legislazione francese, che lasciava ad una giurisprudenza arbitraria il compito di fissare pene affidate alla sola valutazione discrezionale del giudice²⁷. In Francia, infatti, per la repressione della violazione di sepolcro, dopo aver visto prevalere il diritto romano o il diritto germanico a seconda delle province, si consolidò la disciplina canonistica che integrava il diritto giustiniano²⁸ ma arricchita

²⁵ *Rapport fait au conseil des Cinq-cents, par Pastoret, au nom de la commission de la classification et de la révision des lois, dans la séance du 26 prairial, An IV, in Corps législatif. Conseil des Cinq-cents, tome III, Pièces politiques, Section VI, Institutions publiques, N° I, p. 651.*

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ «Notre législation ancienne, comme notre législation actuelle, gardent également un silence absolu; une jurisprudence arbitraire y a long-tems suppléé. L'admonition, le blâme, l'amende honorable, le pilori, les galères, furent tour-à-tour appliqués, suivant les circonstances et la gravité du délit. Rien de plus contraire aux principes d'une bonne législation, que de laisser ainsi au gré des juges le châtiment du coupable», Ivi, p. 653.

²⁸ C., lib. IX, tit. XIX; D., lib. XLVII, tit. XII

dalle decisioni conciliari o da quelle dei sinodi che si occuparono in generale di sepolcri e sepolture, e alle quali anche le leggi civili offrirono presto la loro sanzione²⁹. Le decisioni del Parlamento di Parigi sembrano proporci violazioni dovute soprattutto alla cupidigia: piombo rubato dalle casse in cui si era soliti custodire i corpi dei defunti più autorevoli e ricchi prima dell'inumazione e diventato con il tempo materiale di grande valore, oppure spoliazioni per trafugare i lini dei sudari e le stoffe a volte pregiate delle vesti. Tutte condotte di cui spessissimo risultavano autori becchini e custodi dei cimiteri³⁰. Nondimeno, dal loro insieme non si evince una disciplina dai contorni ben stabiliti. La violazione di sepoltura vi apparirebbe regolata piuttosto come una circostanza aggravante di altri delitti, che come un delitto speciale proprio³¹. Il principio era quello di lasciare la pena per le violazioni di sepolcri e di cadaveri all'arbitrio del giudice.

Ma era soprattutto la legislazione vigente ad attirare le accuse di Emmanuel Pastoret, colpevole di non aver ancora colmato questa lacuna occupandosi di questo tema.

«Cependant les tribunaux vous dénoncent des profanations, des outrages; ils vous demandent des lois. Jadis la superstition refusoit des tombeaux; l'impiété les viole aujourd'hui. Le dirai-je? On a vu dans les tems à jamais exécrales de notre révolutionnaire esclavage (pourquoi suis-je forcé de dire qu'on le voit encore!) des hommes féroces jouer avec des ossemens, et se livrer envers des morts à tous les excès d'une vengeance sacrilège»³².

Gli argomenti di Pastoret, tuttavia, sono ben lontani da qualsiasi richiamo ad una spiritualità religiosa tradizionale, così come non vi era alcun auspicio di tributi funebri incondizionati, come se tutti gli uomini morendo assurgessero realmente alla condizione di dei Mani secondo l'insegnamento degli antichi. Ed escludeva anche che si dovesse garantire un asilo dignitoso alle spoglie umane per il timore superstizioso che, in assenza di sepoltura, le

²⁹ F. Buonamici, *Del delitto di violato sepolcro. Dissertazione del prof. Francesco Buonamici*, Pisa 1873, p. 77.

³⁰ Cfr. D. Carnevale, *Storia di un mestiere qualunque. L'arte dei beccamorti a Napoli in età moderna*, in «Quaderni storici», 3 (2012), pp. 825-856.

³¹ D. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, 1771, III,; partie IV, *Des crimes en particulier*, titre XXIV, *Des Injures*, section VIII, *Violement de Sépulchre*, pp. 666-668, § 233-237; H.D. Lacombe, *Le régime des sépultures suivant le dernier état de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris 1886, p. 234.

³² *Rapport fait au conseil des Cinq-cents, par Pastoret*, cit., pp. 652-653.

anime restassero condannate ad errare disperate. La sola religione che doveva guidare una nazione libera e il suo legislatore era l'ispirazione della Natura, «les mœurs viennent à l'appui de la nature»³³.

Nella concezione espressa da Pastoret, infatti, è la Natura che, in un popolo che crede nelle virtù, ispira sofferenza davanti ad una mano che insulta le spoglie dei morti, che le manomette o mutila, che distrugge iscrizioni e ornamenti con i quali la riconoscenza, l'amicizia, l'amore coniugale o filiale hanno voluto decorare la tomba di un caro.

In questa chiave, Emmanuel Pastoret insisteva sulla necessità di considerare come in un legame indissolubile il rispetto che «la nature, l'humanité, la justice, les mœurs publiques» comandano verso le sepolture e le tombe, e la punizione dei crimini che ne sono una violazione. Il progetto di legge che sottoponeva all'assemblea si sviluppava su tre articoli, graduati per gravità, e dei quali il primo puniva atti di vero e proprio vilipendio di cadavere, prevedendo la pena più severa di dieci anni di ferri. Le condotte descritte prevedevano l'estrazione del cadavere o delle sue ossa dal luogo ove si trovasse sepolto, atti di mutilazione, il gesto di calpestare le spoglie, e più in generale ogni oltraggio perpetrato «par une action quelconque». Con il secondo articolo si volevano punire i furti nelle tombe, come la violazione della sepoltura di un cadavere per sottrarne la bara, di cui si riutilizzava il materiale, o per appropriarsi di abiti e altri ornamenti con i quali il corpo era stato deposto. In questi casi la punizione, comunque severa, si riduceva a sei anni di ferri, mentre si confermava a dieci anni qualora, dopo averlo spogliato, le spoglie venissero lasciate insepoltite. L'ultimo articolo era dedicato alle violazioni delle sole tombe, condannando la distruzione o mutilazione di colonne di marmo, pietre, iscrizioni o altre suppellettili ed ornamenti collocate sulla tomba o nelle immediate vicinanze per decorarla, con una pena che scendeva a quattro anni di detenzione se il crimine fosse stato commesso in un luogo aperto e di libero accesso, o ai più duri quattro anni di ferri nel caso in cui, invece, si fosse trattato di un luogo chiuso e non aperto al pubblico³⁴.

³³ Ivi, p. 653.

³⁴ «Voici le projet de résolution que je suis chargé de vous soumettre. Le conseil des cinq cents, considérant que la nature, l'humanité, la justice, les mœurs publiques commandent également le respect pour les sépultures et les tombeaux, et la punition des crimes dont ils sont l'objet, résout: Art. Ier. Quiconque sera convaincu d'avoir enlevé un cadavre ou ses ossements du lieu où il était enseveli ; de l'avoir mutilé, foulé aux pieds, outragé par une action quelconque, sera puni de dix années de fers. Art II. Quiconque sera convaincu d'avoir violé la sépulture d'un cadavre, pour le dépouiller de son cercueil, de ses vêtements, des ornements quelconques, avec lesquels il aurait été enseveli, sera puni de six années de fers. La peine sera la même que dans l'article Ie*, si, après l'avoir dépouillé, on le laisse sans

Alla presentazione di questo progetto, il deputato Jean-Augustin Pénierès, di sentimenti repubblicani e moderati, prese la parola, chiedendo un nuovo contributo della commissione per la revisione delle leggi a nome della quale era intervenuto Pastoret, affinché si spingesse ancora di più verso un sistema capace di recepire le più profonde esigenze della decenza e della morale pubblica. In nome di quel valore civico e politico invocato da Pastoret nel suo progetto, Pénierès chiedeva di eliminare la freddezza disumana di una totale assenza di accompagnamento o corteo funebre per i cittadini comuni che da soli, con la mera scorta di un anonimo funzionario, raggiungevano la loro sepoltura³⁵.

2.4 Il discorso di Paul François Bontoux e la condanna dell'ateismo in seno al Consiglio dei Cinquecento

Fu così che Paul François Bontoux, deputato per il distretto delle Hautes-Alpes, qualche giorno dopo l'intervento di Pastoret, nella seduta del 24 messidoro, presentava un suo rapporto all'assemblea nel quale dichiarava che se da un lato Emmanuel Pastoret era riuscito a far riflettere il corpo legislativo sull'importanza di introdurre una nuova fattispecie criminale, al tempo stesso aveva denunciato ciò che tutti non potevano non aver visto, vale a dire come

«les devoirs les plus sacrés étaient depuis longtemps méconnus parmi nous ; que la dépravation, l'insensibilité, l'oubli de toute décence, avaient été poussés au dernier période ; que rien enfin n'était plus urgent que de mettre un terme à ces scandales».

Il nuovo reato andava introdotto con urgenza nell'ordinamento giuridico della Repubblica, a protezione di un valore antico quanto «l'origine du monde, qui s'est perpétué dans tous les âges, qui fut consacré par tous les Peuples». Il deputato Bontoux, però, non si nascondeva, e non nascondeva all'Assemblea, che la gravità e l'urgenza della situazione cui chiedeva di fornire una pronta soluzione si dovessero imputare anche a quel processo di

sépulture. Art III. Quiconque sera convaincu d'avoir pris, détruit ou mutilé des colonnes de marbre, pierres, inscriptions et autres ornements quelconques, placés au-dessus ou autour d'une sépulture ou d'un tombeau, sera puni de quatre années de * , si le crime a été commis dans un lieu libre et ouvert. - La peine sera de quatre années de fers, si le lieu de la sépulture est un terrain clos et fermé», in *Rapport fait au conseil des Cinq-cents, par Pastoret*, cit., p. 654.

³⁵ Ivi, pp. 654-655.

laicizzazione e vera e propria scristianizzazione che con fermezza era stato portato sino ad allora avanti, e che di certo egli stesso non voleva ribaltare. Uno dei vantaggi prodotti dal regime rivoluzionario, affermava, regime che tanti mali pure aveva arrecato, era stato di avere «hâte par son fanatisme destrecteur une révolution religieuse qui eut été longtemp encore à se consommer». Senza tutto questo, aggiungeva, il cattolicesimo più retrivo non avrebbe tardato a riconquistare le sue antiche e ingiuste prerogative. Le violenze e la brutalità perpetrate avevano ridotto ogni culto all'uguaglianza proprio in virtù di quella forza distruttrice, proibendo e dissacrando tutti. La Repubblica era però adesso in grado di preservare questa uguaglianza seguendo una strada diversa: «vous, Citoyens, vous l'établirez d'une manière différente en les protégeant toutes et n'en favorisant aucune»³⁶.

La Rivoluzione doveva respingere ogni riferimento ad una qualsiasi confessione religiosa, rispetto alle quali doveva restare indifferente ed egualmente distante, ma non per questo doveva essere atea, non per questo doveva spegnere e mortificare ogni afflato spirituale. Il materialismo ateo spinto alle sue estreme conseguenze poteva indurre l'uomo alla disperazione e alla mancanza di freni per la sua collera, e si era rivelato come uno dei principali responsabili dei mali che la nazione francese stava vivendo in quegli anni convulsi³⁷.

Paul Bontoux integrava il suo rapporto con un nuovo disegno di legge che si sviluppava in nove articoli³⁸. Diversamente dal progetto di Pastoret che

³⁶ Gazette Nationale ou Le Moniteur Universel, n. 298, Octidi, 28 messidor, l'an 4 de la République Française une et indivisible (samedi, 16 juillet 1796, vieux style), p 1192.

³⁷ «Si le fanatisme a créé des enthousiasmes féroces, fait naître des scènes terribles, l'athéisme étoufferait le germe de toutes les vertus, remplirait la terre de scélérats endurcis qui, voyant leurs désirs et leurs espérances bornés au cercle étroit de la vie, s'empreseraient de jouir et d'acheter, à quelque prix que ce fût, ce qu'ils regardent comme le bonheur. Le système de l'anéantissement est le songe du crime en délire. [...] L'homme ne serait-il pas le plus malheureux de tous les êtres, si, après avoir passé quelques jours au sein des alarmes et de la misère, la mort le couvrait de son éternelle nuit ?», in Ivi, p 1191.

³⁸ Questi gli altri articoli del progetto: «I Chaque commune désignera, suivant sa population, un ou plusieurs locaux propres à servir de cimetières, qui seront achetés et entretenus à ses frais. Il demeurera cependant facultatif à chaque famille d'inhumer ses parents en des endroits particuliers, qui seront néanmoins sous la surveillance des magistrats; II Tout cimetiere sera situé hors de l'enceinte des communes, et dans un lieu qui nne puisse nuire à la salubrité; III Les cimetières existans dans l'enceinte des communes, et reconnus pernicious à la société, seront sans délai transférés en des lieux où ils ne puissent être nuisibles: les commissaires du directoire exécutif rendront exactement compte de l'exécution du présent article; IV Les cimetières publics seront entourés d'arbres funebres, décorés d'une statue représentant l'immortalité, et sur laquelle sera gravée cette inscription: *La tombe est pour l'homme vertueux le berceau de l'immortalité*. Sur le frontespice de la porte,

il deputato delle Hautes-Alpes approvava comunque, in quest'altro disegno di legge non vi era un reato di violazione di cadavere ma era incentrato sulla regolazione delle cerimonie che dovevano accompagnare le sepolture. Un particolare interesse riveste, però, l'art. VI che stabiliva l'obbligo di accompagnamento del corpo dal domicilio al luogo di sepoltura non solo da parte di un funzionario municipale in divisa, ma anche dei parenti ed amici del defunto³⁹. A tal proposito, infatti, egli nel suo discorso all'assemblea si rivolgeva proprio ai padri e dalle madri, a coloro i quali speravano nel rispetto e nella devozione dei propri figli fino agli ultimi giorni della loro vita, che si aspettavano che con la loro presenza e le loro cure addolcissero «l'horreur» degli ultimi istanti; che desideravano lasciare nei loro cuori traccia delle cure e dell'educazione ricevuta ben oltre il momento in cui morendo avrebbero lasciato questa terra. Per questo motivo, però, proprio a questi genitori Paul Bontoux chiedeva di dare per primi l'esempio accudendo a loro volta le spoglie dei padri e delle madri, mostrando ai propri figli di non temere di prestare le ultime cure accompagnando quelle spoglie alla tomba con lacrime e rispetto, e di visitarla spesso nei tempi a venire⁴⁰.

Il discorso di Bontoux evidenziava i presupposti di quel culto delle tombe e dei morti destinato ad imporsi anche nell'Italia postunitaria, oramai lontano da quella chiave apologetica di esaltazione dei martiri e dei patrioti della Rivoluzione già affermata tra il 1792 e il 1793, e che adesso appariva essa stessa parte dei furori che si volevano spegnere. Ciò di cui si discusse in seno al Consiglio dei Cinquecento in quelle giornate apparteneva ad un culto diffuso, che doveva coinvolgere tutto il popolo francese e non solo

on y gravera ces mots: La mort est pour l'homme de bien le commencement de la vraie félicité; V Dès qu'un citoyen sera mort, sa famille en instruira sur-le-champ la municipalité ou l'agent municipal de la commune; VI Un officier municipal, en costume, accompagné des parents et amis, suivra le corps jusqu'au tombeau; VII Si le défunt était fonctionnaire public, son cercueil serait orné de sa décoration civique et une députation du corps constitué auquel il appartenait assistera à son inhumation; VIII Toute pompe, tout appareil funèbre qui n'est pas déterminé par la présente, demeure interdit et défendu comme contraire à l'égalité; IX Seront exceptées des dispositions de l'article précédent, les funérailles de ceux que le Corps Législatif désignera à la reconnaissance publique», Ivi, p. 1192.

³⁹ Ma quanto in basso era giunto un paese nel quale - commentava anni dopo Gaubert - si rendeva necessario obbligare con la forza di legge un figlio a manifestare in pubblico il suo dolore per la morte del genitore, senza cedere all'imbarazzo e accompagnandolo alla tomba?, B. Gaubert, *Traité théorique et pratique*, cit., p. 163.

⁴⁰ «Cet exemple de piété, vous le devez à vos enfants; ils vous traiteront comme vous aurez traité vos pères. Celui qui honore les auteurs de ses jours, dit un sage de l'antiquité, recevra de nombreuses consolations de ses enfants, et ses vœux seront accomplis» in *Gazette Nationale ou Le Moniteur Universel*, n. 298, Octidi, 28 messidor, cit., p. 1191.

pochi eroi, e che, pur restando fermo nel rifiuto di antiche superstizioni e di ogni forma di consolidazione di privilegi e differenze di status, recuperasse il naturale ed umano bisogno di esprimere affezione, dolore, gratitudine, rispetto verso ciò che resta di chi si è amato. Un bisogno che esisteva ed andava rafforzato nelle famiglie, nei comuni circoli della socialità condivisa, ma anche nella coscienza civica dei concittadini come più in generale dei connazionali.

Posizioni come quelle di Emmanuel Pastoret e di Paul Bontoux, per quanto sintomatiche di un cambiamento nelle istanze e negli argomenti che si volevano portare all'attenzione, in quei mesi del 1796 non rappresentavano ancora il pensiero condiviso della classe politica, e vennero ora contestate come idee reazionarie e anti-egualitarie ora sminuite come preoccupazioni inutili e non attinenti alle urgenze della Nazione. «Des pompes funèbres dans un état démocratique! Bientôt le vice insultera à la vertu, l'opulence à l'égalité», affermava il deputato Jean-François Baraillon prendendo la parola subito dopo Bontoux e proponendo un altro progetto di legge che stabiliva un corteo funebre solo per cittadini meritevoli e solo per iniziativa delle amministrazioni locali. Sulla stessa linea il deputato Jean-François Woussen, che aggiungeva «je demande qu'on supprime tout ce qui consacre dans ce projet l'inégalité des sépultures ; égaux pendant leur vie, les citoyens français pourraient-ils ne plus l'être après leur mort?»⁴¹. Michel-Louis Talot, invece, invitava l'Assemblea a chiedersi se fosse effettivamente opportuno che in un tale frangente ci si dovesse occupare di questo genere di progetti. Per Talot bastava lasciare ad ognuno la libertà di professare il proprio culto e di onorare i propri defunti a loro discrezione, la Repubblica si doveva preoccupare solo di far rispettare le leggi che dovevano garantire uguaglianza ed igiene, senza farsi carico di stimolare o ripristinare specifiche forme di manifestazione di affezione o devozione:

«Il n'est pas un Républicain qui, lorsqu'il a perdu un parent ou un ami, ne sache quels devoirs il a à remplir; il n'est pas nécessaire que nous fassions des lois à cet égard»⁴².

Ma le parole del deputato Talot che ci appaiono più significative non sono quelle che esprimono critiche o perplessità sul progetto di legge di Bontoux e sul suo richiamo a quello di Pastoret. Michel-Louis Talot metteva in discussione l'idea stessa che la Repubblica dovesse esprimere e quindi coltivare una sua forma di «religione civile».

⁴¹ Ivi, p 1192.

⁴² *Ibidem*.

«Nous ne sommes point les créateurs d'un culte nouveau - dichiarava all'Assemblea - l'objet de notre mission est de faire des lois qui rendent le Peuple heureux», parole che vennero interrotte da tali manifestazioni di plauso e consenso da costringere il presidente della seduta a richiamare all'ordine i presenti sotto minaccia di venire allontanati⁴³.

Il Consiglio dei Cinquecento, dunque, non andò oltre il risultato di «montrer le mal sans en trouver le véritable remède»⁴⁴. Questo culto e tutto l'apparato di valori anche politici che comportava vennero realmente sviluppati solo in seguito, con il consolidamento ottenuto per mezzo delle riforme napoleoniche ed assunsero proporzioni importanti soprattutto nel loro intreccio con la cultura romantica. Patriottismo, educazione civica e politica, rispetto per la memoria dei defunti e condanna dell'ateismo erano oramai destinati a fondersi in un'unica progettualità politica, in uno stesso piano di riforme che vide nella gestione delle cerimonie funebri, nell'organizzazione dei cimiteri, e nel trattamento del corpo morto e della sua protezione anche penale un aspetto essenziale. Non di meno è in questi primi dibattiti dopo l'insediamento del Direttorio che si volle imporre l'attenzione del legislatore su questi temi, sono questi i giorni in cui alle appassionate perorazioni si accompagnarono progetti di legge e di regolamenti coerenti, i giorni in cui si iniziò a gettare le basi di una normativa che apparentemente ripristinava e recuperava antichi crimini ma che nella realtà li doveva rifondare completamente su nuovi valori e principi e li doveva inserire in nuove architetture giuridiche che più nulla avevano in comune con quelle entro le quali si erano consolidate nei secoli precedenti.

3. La svolta napoleonica. Un reato antico in veste moderna

Si dovette attendere il Consolato, e quindi Napoleone, perché venissero adottati alcuni primi provvedimenti. Rispetto all'anima giacobina della Rivoluzione, quella di Napoleone fu in qualche modo una prima restaurazione, per quanto parziale, e alcuni interpreti hanno sostenuto che proprio «la question des honneurs funèbres fut donc comme la pierre de touche dont il se servit pour étudier les dispositions des esprits»⁴⁵.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ B Gaubert, *Traité théorique et pratique*, cit., p. 168.

⁴⁵ Ivi, p. 174.

Tra le sue prime iniziative ve ne fu una che si poneva come una esplicita forma di riparazione proprio nei confronti della violazione delle tombe di Saint Denis, e che in questa chiave preannunciava con particolare efficacia lo spirito e la direzione delle sue riforme in tema di protezione delle tombe e delle spoglie umane.

In quell'autunno del 1793, infatti, il furore dei rivoluzionari aveva risparmiato le spoglie di Henri de La Tour d'Auvergne, visconte di Turenne, celebre e acclamato generale francese vissuto nel XVII secolo che alla sua morte ottenne l'onore di far deporre le sue spoglie con quelle dei sovrani proprio nell'Abbazia di Saint Denis. Così salvate, vennero in seguito trasportate nel Museo des Petits-Augustins, dove restarono fino all'anno VIII. Napoleone scelse proprio i resti di Turenne per offrire un esempio eclatante di riparazione dei conflitti sociali che avevano lacerato la Francia, e decise di farli traslare sotto la cupola degli *Invalides* e decise di farlo in un giorno carico di significati simbolici, l'ultimo giorno dell'anno VIII che coincideva anche con la fine del XVIII secolo. Proseguendo di simbolo in simbolo, in quello stesso giorno in cui scelse questo modo per celebrare la memoria di un grande generale della storia gloriosa di Francia, Napoleone decretò ufficialmente la posa della prima pietra necessaria alla costruzione dei monumenti funebri destinati ai generali Jean-Baptiste Kléber, distintosi nella campagna d'Egitto, e Louis Charles Antoine Desaix, eroe di Marengo, e morti entrambi il 14 giugno di quell'anno, «comme pour unir les gloires du présent avec les gloires du passé»⁴⁶.

La cerimonia di traslazione fu ricca di fasto. Le spoglie di Turenne vennero caricate su di un magnifico carro trainato da quattro cavalli e le cui redini erano tenute da quattro generali mutilati nelle guerre al servizio della Repubblica. Intorno al feretro marciavano gli invalidi di guerra insieme ad alcune truppe in servizio nelle loro migliori uniformi. Ugualmente in alta uniforme erano tutte le autorità civili, militari, amministrative e giudiziarie che formavano il corteo che, insieme ad una folla enorme, accompagnò Turenne lungo le vie centrali della capitale fino agli *Invalides*, dove trovarono ad aspettarli Napoleone stesso, i delegati di tutti i Dipartimenti e i dignitari che facevano parte del suo più stretto entourage. Prima di deporre il feretro del visconte di Turenne all'interno del monumento che gli era stato destinato, il ministro della Guerra Carnot pronunciò un lungo discorso che concluse la cerimonia.

Come accennato, solo il Codice penale napoleonico del 1810 realizzò una compiuta criminalizzazione della violazione delle spoglie dei defunti,

⁴⁶ Ivi, p. 176.

sebbene ciò avvenne seguendo una sistematica molto diversa da quella prospettata da Emmanuel Pastoret e destinata a fomentare più dubbi e resistenze di quante ne risolse.

In questo codice, gli oltraggi ai sepolcri ed ai cadaveri si trovavano rubricati come *infractions aux lois sur les inhumations* nel secondo titolo del terzo libro, consacrato ai *crimes et délits contre les particuliers*. La disciplina era ricompresa negli articoli 358, 359 e 360, tre norme molto asciutte che posero sin dall'inizio una serie di interrogativi sulla loro applicazione⁴⁷.

René Garraud, nel suo *Traité*, affermava che «le Code pénal réunit, dans un même paragraphe, trois dispositions qui n'ont entre elles qu'un lien apparent : l'infractions aux lois sur les inhumations, le recélé du cadavre d'une personne homicidee e la violation de sépultures», infrazioni, concludeva Garraud, che differivano tra di loro «aussi bien par leur caractère, que par leur gravité»⁴⁸.

Una scelta di accorpamento che voleva chiaramente operare un significativo cambiamento nei valori di riferimento e nei beni tutelati rispetto a tutto ciò che ruotava intorno ad una fattispecie come quella della 'violazione di sepolcro', da sempre oggetto di repressione ma in uno stretto ancoraggio alla dimensione religiosa e canonistica, a cui sino ad allora era rimesso tutto ciò che coinvolgeva la cura ed il rispetto dei defunti. Essa, però, si rivelò poco convincente anche per l'estrema genericità della formulazione e per alcune contraddizioni in cui cadde lo stesso legislatore. Sebbene escludendo qualsiasi riferimento o supporto nella dottrina cattolica e nelle giurisdizioni ecclesiastiche che da sempre vi avevano avuto un ruolo dominante, fu prevista una disposizione «contro coloro che, senza rispetto per l'ultimo asilo, violassero i sepolcri, turbassero le ceneri dei morti o

⁴⁷ Cfr. C. Ciancio, *Protéger le cadavre. Controverses pénales dans le Royaume d'Italie (1861-1946)*, in N. Cornu Thénard - A. Mergey - S. Soleil, (curr.), *La controverse. Étude d'histoire de l'argumentation juridique*, Paris, 2019, pp. 455-476.

⁴⁸ R. Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, II ed., Paris 1901, V, p. 280. Nella medesima sezione in cui si disciplinavano le violazioni alle norme in materia di inumazioni, si trovavano anche crimini e delitti ancora più diversi, come quelli *tendant à empêcher ou détruire la preuve de l'état civil d'un enfant, ou à compromettre son existence*, nonché il reato di *enlèvement de mineurs*. Nell'esposizione dei motivi i relatori del Consiglio di Stato giustificarono questa collocazione alla luce dell'interesse dell'ordinamento a seguire la parabola esistenziale della persona predisponendo una speciale protezione per i suoi momenti di maggiore vulnerabilità, quali, appunto la nascita e la morte: « Le code pénal, après avoir, dans les articles 345 à 357, protégé l'enfant, dès sa naissance et pendant sa minorité, contre certains attentats dont le jeune âge de la victime forme un élément essentiel, étend sa sollicitude, dans les articles 358, 359 e 360, aux personnes qui, selon les expressions du rapport sur ces articles, viennent 'de payer le dernier tribut à la nature», É. Dalloz Fils – C. Vergé, *Code pénal e Code d'instruction criminelle annotés*, 1881, p. 577.

profanassero le tombe». In linea con quanto maturato già in seno ai dibattiti analizzati del 1796, così si concludeva l'esposizione dei motivi alla base di questa sanzione:

«Ce respect est si naturel, que le simple récit de telles violations inspire une horreur qu'on ne saurait contenir. Chez les sauvages même, le souvenir des morts enflamme leur imagination et produit en eux les émotions les plus vives»⁴⁹.

Non va trascurato che l'articolo 17 del già citato Editto di Saint-Cloud incaricava le autorità locali di prestare una particolare sorveglianza affinché alcun atto contrario al rispetto dovuto alla memoria dei morti fosse compiuto in qualsiasi luogo, pubblico o privato, destinato dalla legge alle sepolture⁵⁰. Si trattava di una delle norme di polizia cui certamente il legislatore napoleonico intese fornire una speciale sanzione penale introducendo nel suo codice l'art. 360. Il legislatore napoleonico qualificava questi reati come delitti e non come crimini, puniti, quindi, con una pena correzionale, salva la possibilità di diversa sanzione se accompagnati da altri delitti o crimini⁵¹.

Si è già messo in evidenza che la fattispecie introdotta nel Codice penale napoleonico fosse molto distante, per varietà di ipotesi punite e per gravità delle pene comminate, dal progetto avanzato da Emmanuel Pastoret, sebbene, esattamente come auspicava Pastoret, si volesse ripristinare con fermezza la necessità di valorizzare e proteggere il rispetto verso la memoria dei defunti. Cosa puniva, dunque, in concreto l'art. 360 di questo codice? Quali comportamenti venivano colpiti dalla sua sanzione?

Nel diritto francese di antico regime vigeva in larga parte il richiamo alle classificazioni romanistiche⁵². Si incappava nelle pene previste per la violazione di sepolcro, dunque, dissotterrando un cadavere o comunque

⁴⁹ *Code Pénal, édition conforme à l'édition originale du Bulletin des lois ; précédé de l'Exposé des Motifs par les Orateurs du Conseil d'Etat, sur chacune des lois qui composent ce Code, avec une Table alphabétique des Matières, de l'Imprimerie de A. Belin, Paris 1812, p. 106.*

⁵⁰ «Les autorités locales sont spécialement chargées de maintenir l'exécution des lois et réglemens qui prohibent les exhumations non autorisées, et d'empêcher qu'il ne se commette dans les lieux de sépulture aucun désordre, ou qu'on s'y permette aucun acte contraire au respect dû à la mémoire des morts», *Décret impérial sur les sépultures*, 23 prairial an XII, tit. IV, *De la police des lieux de sépulture*, art. 17, in *Bulletin des Lois*, 4e série, n° 5, p. 75-80, Paris, brumaire an XIII (1804).

⁵¹ La natura di delitto e non crimine del reato di cui all'articolo 360 venne anche esplicitamente confermata da una sentenza della Corte di Cassazione del 17 maggio 1822, riportata anche in J.A. Rogron, *Code pénale expliqué*, VII ed., Paris 1865, p. 266.

⁵² J. Voet, *Commento alle Pandette*, Venezia 1840, VI, lib. XLVII, titolo XII, Della violazione dei sepolcri (De sepulchro violato), pp 124-129.

estraendolo dalla sua tomba per farvi degli studi anatomici, o spogliandolo dei suoi abiti per rubarli, o distruggendo le tombe, i loro epitaffi, ornamenti e fregi, ovvero impedendo che un corpo venisse sepolto, oppure percuotendo o ferendo un cadavere o mutilandone una parte⁵³. Non punibili erano, invece, i casi in cui forzare un sepolcro o dissotterrare un cadavere e manometterlo si rendeva di urgente necessità e veniva autorizzato, ad esempio per appurare gli eventuali elementi di un crimine. E, come già in età romana, si consideravano non punibili le distruzioni delle tombe nei paesi nemici⁵⁴.

La norma napoleonica, invece, e anche questo si è già detto, era estremamente stringata, e senza alcun' altra specificazione, colpiva con la pena della reclusione da tre mesi ad un massimo di un anno, e con un'ammenda da 16 a 200 franchi, «quiconque se sera rendu coupable de violation de tombeaux ou de sépultures»⁵⁵. Ancora negli anni Settanta dell'Ottocento, Antoine Blanche - come già avevano sostenuto Chauveau ed Hélie nella loro *Théorie du Code Pénal*⁵⁶ - riteneva che, sebbene in presenza della qualifica di *délit*, si sarebbe trattato in realtà di contravvenzioni, giustificando così l'applicabilità di queste norme anche in assenza di un qualsiasi disegno criminoso⁵⁷. In generale, né la buona fede né l'ignoranza potevano venire considerate delle esimenti dall'applicazione di queste pene. Era questa, forse, la più stridente delle differenze rispetto alla disciplina tradizionale che, già nel Digesto, richiedeva invece come elemento necessario il dolo specifico dell'autore, non potendosi punire per violazione di sepolcro un'azione che non fosse finalizzata all'oltraggio ed alla profanazione⁵⁸. Un punto sul quale dottrina e giurisprudenza vennero chiamate ad esprimersi a più riprese, sebbene la Cassazione avesse finito per confermare l'assunto che per integrare questa fattispecie fosse sufficiente il dolo generico, e quindi la consapevolezza di stare agendo in violazione della legge, senza nessuna necessità di indagare o riscontrare una volontà di offendere.

Rispetto al progetto di Emmanuel Pastoret, inoltre, mancava uno specifico riferimento ai furti nelle tombe, che erano comunque già previsti anche nell'antico diritto francese, o alle mutilazioni dei cadaveri.

⁵³ D. Jousse, *Traité de la justice criminelle*, cit., p. 667.

⁵⁴ Ivi, p. 668.

⁵⁵ Code des délits et des peines, 1810, Livre III, Titre II, chap. I, Sect. VI, § III, *Infraction aux lois sur les inhumations*, Art. 360.

⁵⁶ A. Chaveau – F. Hélie, *Théorie du Code Pénale*, III éd., Paris 1852, IV, chap. LV, *Lois sur les inhumations*, pp. 407- 422; p. 408.

⁵⁷ A. Blanche, *Études pratiques sur le Code Pénal. Cinquième étude*, Paris 1870, p. 382.

⁵⁸ J. Voet, *Commento*, cit., p. 127, nota 7.

Queste ultime, anzi, non erano mai punite direttamente, ma solo qualora il cadavere fosse già stato sepolto o quanto meno oggetto di primi, per quanto essenziali, accenni di un rituale funebre, come nei casi in cui fosse stato ricomposto su un letto, o coperto da un drappo, o illuminato da una candela⁵⁹. La protezione dell'art. 360, quindi, esisteva «lorsque le cadavre était l'objet d'au moins un acte de préparation à son ensevelissement, tel que, mise en bière, placement dans un sac ou volige, ecc.»⁶⁰. La norma, come la stessa giurisprudenza a più riprese ebbe modo di confermare, tutelava l'integrità delle sepolture e delle tombe, e lo faceva nel quadro delle punizioni stabilite per la legislazione che regolava le inumazioni, legislazione finalizzata a gestire queste ultime rigorosamente solo da parte delle autorità e a tutela di ragioni di ordine pubblico e sanitario, nonché di regolare accertamento della sussistenza o meno di condotte criminose che avevano portato alla morte di chi si doveva seppellire⁶¹. Eppure, le parole che abbiamo ritrovato ne *l'Exposé des Motifs par les Orateurs du Conseil d'Etat* e in cui si parlava anche di «respect le plus religieux pour les cendres des morts»⁶², lette alla luce delle diverse sensibilità collettive di cui lo stesso progetto di Emmanuel Pastoret era espressione e poi confluite nei poemi di Delille e Legouvé, e avvalorate dalle posizioni di una parte della dottrina, sembravano dimostrare che si dovesse escludere che, al di là della precisa rubrica scelta dal legislatore per questo delitto, esso fosse a tutela di sole esigenze di natura igienica e sanitaria. Sorsero, infatti, non pochi dubbi sull'ordine di interessi realmente tutelati dall'articolo 360, e sulla preminenza del rispetto di adempimenti formali al servizio di ragioni di ordine pubblico ed efficacia di misure di polizia, così come dubbi sorsero sulla circostanza che per applicare la sanzione bastasse la sola assenza di autorizzazione ad accedere al sepolcro e quindi alle spoglie ivi contenute.

Si susseguirono, pertanto, controverse sentenze volte ad escludere l'applicazione dell'art. 360 nei casi in cui le violazioni imputate non potessero essere ricondotte ad un intento di offesa o disprezzo nei confronti del defunto giustificando tali decisioni perché prese sulla base della *ratio* della norma che doveva, appunto, essere ritrovata nell'intento di punire la mancanza di rispetto nei confronti dei defunti e delle loro ultime dimore sebbene, e su questo non vi furono dubbi significativi, al di fuori di ogni

⁵⁹ É. Dalloz Fils – C. Vergé, *Code pénal e Code d'instruction criminelle annotés*, cit., p. 580, nn. 41, 44, 45, 47.

⁶⁰ B. Py, *La Mort et le Droit*, Paris 1977, p. 73.

⁶¹ Cfr. C. Ciancio, *Il momento della morte come evento giuridico. Definire, tutelare, gestire fra Ottocento e primo Novecento*, Bologna, 2017, pp. 87-117.

⁶² *Code Pénal, édition conforme à l'édition originale du Bulletin des lois*, cit., p. 106.

impianto religioso di tipo confessionale e ribaltando anche l'interpretazione corrente in tema di dolo generico e non specifico richiesto dalla norma. Tra gli esempi possibili, nel 1845 la Cassazione accolse il ricorso sollevato contro una pronuncia di questo genere del Tribunale corso di Bastia. Il caso riguardava un bandito ucciso e interrato nel luogo stesso della sua morte, il quale venne dai suoi figli riesumato e sepolto nuovamente in un cimitero dopo avergli assicurato tutti gli onori dovuti ai defunti, ma senza alcuna autorizzazione amministrativa e quindi in piena violazione delle leggi sulle inumazioni. La Corte di Bastia si rifiutò di applicare l'articolo 360, non ravvisandovi gli estremi di quel delitto. Nell'assumere questa decisione, la Corte espose una motivazione che forniva un'interpretazione della configurazione della fattispecie che, però, non trovò conferma da parte della Suprema Corte⁶³. Questa la motivazione del tribunale corso:

«Attendue que les dispositions de l'article 360 ont eu pour but d'entourner de respect les cadavres des morts et d'en assurer la conservation dans l'intérêt de la morale publique et dans celui des familles ; que dès lors, c'est la profanation seule des sépultures que la loi a voulu punir, c'est-à-dire la violation des tombeaux, effectuée dans une pensée de lucre, de vengeance, de larcin ou de mépris»⁶⁴.

La Cassazione, nel censurare queste motivazioni, stabilì che, invece, fosse sufficiente aver posto in essere queste azioni in assenza dell'autorizzazione prescritta, sebbene con tutta evidenza l'intenzione dell'autore non fosse affatto irrispettosa. René Garraud aveva chiarito come «le mobile qui fait agir l'inculpé importe peu», poiché «ce que la loi incrimine, ce n'est pas le but qu' il poursuit, mais le fait qu' il a commis volontairement»⁶⁵, e Joseph François Carnot aggiungeva a questo principio che il legislatore napoleonico aveva inteso punire un comportamento da sempre percepito come odioso e contrario all'ordine pubblico, quand'anche motivato da mera curiosità⁶⁶. La

⁶³ É. Dalloz Fils – C. Vergé, *Code pénal e Code d'instruction criminelle annotés*, cit., p. 580, n. 29

⁶⁴ Riportate in A. Chareyre, *Traité de la législation relative aux cadavres. Des inhumations – Des lieux de sépulture – Des exhumations – Des violations de tombeaux*, Paris 1884, p. 277.

⁶⁵ R. Garraud, *Traité théorique et pratique*, cit., p. 293.

⁶⁶ J. F.C. Carnot, *Commentaire sur le Code Pénal*, Paris 1824, II, p. 146. Anche il *Repertoire* di Philippe Antoine Merlin si riferisce alla punibilità di ogni profanazione di sepolcro motivata anche da semplice curiosità, così come già previsto dalla normativa pre-rivoluzionaria; Cfr. P.A. Merlin, *Cadavre*, in, Idem, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*, IV ed., Versailles 1812, II, p. 14.

linea che prevalse, infatti, stabiliva che l'elemento materiale risiedeva nella concreta violazione del sepolcro, mentre il suo carattere morale si ravvisava, ed esauriva, nell'oltraggio che conseguiva di fatto ad una tale violazione⁶⁷.

Eppure, nemmeno in questo modo si riuscì ad eludere il tema di un'eventuale prevalenza di ragioni di tutela del rispetto della sacralità della memoria dei defunti su quelle di tutela di questioni di ordine pubblico e di igiene. Come agire, infatti, qualora chi avesse ricevuto regolare autorizzazione all'accesso ed alla manipolazione delle tombe, compisse, però, atti oltraggiosi su di esse o sulle spoglie che custodivano? Di questo si occupò, tra le prime, una sentenza della Corte di Cassazione del 3 ottobre 1862 che stabilì il superamento del mero elemento formale costituito dalla presenza di un'autorizzazione, sostenendo di doversi comunque far prevalere le funzioni di tutela del rispetto dovuto ai defunti insite nell'articolo 360⁶⁸. Tale sentenza, infatti, precisò che il rilascio dell'autorizzazione all'apertura delle fosse concessa sulla base dell'articolo 6 della legge 23 pratile anno XII, norma che consentiva lo spostamento delle bare per procedere a nuove inumazioni, in alcun caso poteva implicitamente autorizzare anche all'apertura di queste ultime con dispersione di spoglie umane ed oggetti a queste affidati. Una tale apertura delle bare ed esumazione dei corpi, in assenza di ulteriore ed esplicita autorizzazione, configurava a pieno titolo il delitto di violazione di sepolcro, costituendo, prosegue la Corte, «une grave atteinte à la morale publique, aux droits et aux sentiments les plus respectables des familles»⁶⁹.

4. *Eredità francese e modello toscano nella polemica pisana sul delitto di violazione di sepolcro tra Francesco Carrara e Francesco Buonamici*

Il ruolo avuto dalla Rivoluzione francese e dalla stagione napoleonica nella secolarizzazione dei riti e delle convenzioni funerarie, tra improbabile nuova forma di religione e stringente pedagogia allegorica, lasciò al XIX secolo un'eredità piuttosto ingombrante. La Restaurazione si incaricò di «risacralizzare» la morte, anche per liquidare una certa rappresentazione

⁶⁷ A. Chaveau – F. Hélie, *Teorica del Codice penale. Edizione aumentata nel Belgio per cura di J.S.G. Nyples, prima versione italiana a cura di Leopoldo Tarantini*, Napoli 1855, II, pp 323-329.

⁶⁸ É. Dalloz Fils – C. Vergé, *Code pénal e Code d'instruction criminelle annotés*, cit., p. 580, nn. 41, 44, 45, 47.

⁶⁹ Sentenza riportata nel dettaglio in J.A. Rogron, *Code pénale expliqué*, cit., pp. 265-266.

dell'immortalità e ricondurre la gestione dei corpi morti entro una sfera domestica e affettiva.

Sin dai primi decenni dell'Ottocento, sia la promiscuità che l'allontanamento tra luoghi di sepoltura e luoghi di vita quotidiana, vennero percepite come soluzioni estreme ed egualmente inaccettabili per la coscienza collettiva.

Era necessario, dunque, ricercare un nuovo equilibrio tra una dimensione emotiva alla quale ripugnava l'idea stessa di allontanare o peggio escludere le spoglie dei propri avi dagli spazi della condivisione umana, e le imprescindibili necessità di igiene e salubrità dei luoghi pubblici che richiedevano una maggiore distanza anche sentimentale. Una questione non facile da risolvere, anche dal punto di vista tecnico-giuridico.

All'indomani della caduta di Napoleone anche gli stati italiani restaurati dovettero fare i conti con la presenza ingombrante di riforme che, però, dal punto di vista igienico-sanitario avevano radici profonde nelle stesse élite locali e in idee oramai radicate in quei territori a prescindere dall'occupazione francese, come nelle province toscane o nei territori del Lombardo-Veneto⁷⁰. Persino le magistrature dello stato pontificio, tra le più determinate ad allontanare definitivamente l'approccio laico e razionalista dell'impianto napoleonico in materia di sepolture, non poterono sottrarsi alle difficoltà di una semplicistica abolizione di quelle riforme.

Le autorità pontificie, per fornire un esempio tra i tanti possibili nella penisola italiana, promisero subito la riorganizzazione di un sistema delle inumazioni capace di conciliare «le viste della religione e la preservazione della pubblica salute da ogni pericolo», ribadendo la pericolosità delle «esalazioni mefitiche che tramandano i sepolcri esistenti nelle rispettive chiese situate entro l'abitato»⁷¹. Queste misure si inserivano in una più complessiva riorganizzazione dello Stato pontificio all'indomani della restaurazione. Tra le cause più remote di queste misure, la necessità non più prorogabile di adeguarsi a dei provvedimenti che in tutta Europa avevano declinato un nuovo regime delle inumazioni, tema sul quale oramai da decenni si era registrato un «profondo mutamento della pubblica sensibilità» cui nemmeno la curia pontificia poteva restare indifferente⁷².

⁷⁰ C. Ciancio, *Il momento della morte come evento giuridico*, cit., pp. 149-163.

⁷¹ Tribunale della Sacra Consulta nelle sue vesti di supremo magistrato di sanità dello Stato Pontificio, 22 maggio 1816 e 31 maggio 1817, citazioni in R. P. Ugucconi, *Seppellire i morti. L'istituzione dei cimiteri nella delegazione apostolica di Urbino e Pesaro dopo la Restaurazione*, in *Medicina e salute nella Marche dal Rinascimento all'età napoleonica*, parte seconda, Deputazione di Storia Patria per le Marche, Atti e Memorie 97 (1992), Ancona 1994, pp. 627-628 e note nn. 1 e 2.

⁷² Ivi, pp. 628-629.

Nondimeno, le disposizioni così ispirate introdotte anche nello Stato pontificio incontrarono difficoltà di ogni genere. Come accadde nelle altre province della penisola, anche qui alle difficoltà legate a quella componente del clero che fu più resistente nell'attaccamento allo *status quo* ed ai relativi benefici che conseguivano dal loro indisturbato controllo delle inumazioni, ve ne furono di tipo economico, perché la nuova gestione dei cimiteri in sostituzione delle sepolture nelle chiese era a carico delle casse comunali che, in tempi di finanze svuotate dalla vicenda napoleonica, erano già fortemente impegnate sul piano annuario e della emergenza sanitaria cui il governo restaurato dovette far fronte. I nuovi cimiteri richiesero non solo mesi, ma spesso anni per essere realizzati.

Inoltre, anche il popolo si dimostrò ostile. Per molti l'inumazione all'aperto invece che al riparo degli edifici di culto era contraria alle tradizioni funerarie più radicate ed alla stessa *pietas* dovuta ai defunti⁷³. Complici i ritardi, a volte di pochi mesi a volte di molti anni, per portare a termine la realizzazione dei nuovi cimiteri ordinati dalle autorità, all'indomani delle misure assunte dalla Sacra Consulta - pur di non seppellire in luoghi aperti - si succedettero numerose richieste in deroga per poter proseguire le inumazioni in chiesette di campagna dislocate o messe a disposizione da privati, che avevano però la caratteristica di non essere mai state prima utilizzate come luoghi di culto aperti ai fedeli. Le autorità pontificie, infatti, non poterono ricorrere ai cimiteri napoleonici già imposti e realizzati negli anni precedenti. In quegli spazi sia la classe dirigente che la popolazione si rifiutavano di farsi seppellire, e la gran parte rimasero abbandonati quando non addirittura devastati dopo la caduta dei governi francesi. Molte delle misure egualitarie con le quali quei cimiteri vennero organizzati erano state percepite soprattutto come antireligiose o addirittura blasfeme, e per il sentire collettivo in quei luoghi si vedevano tumulati sottoterra i propri congiunti e conoscenti *more ferarum*, in modo «ributtante», senza lapidi o altro segno esteriore che spronasse i vivi a ricordare i propri defunti⁷⁴.

4.1 *La protezione delle spoglie dei defunti nel codice piemontese e nel codice toscano*

In questo clima furono concepiti anche i due principali riferimenti legislativi a partire dai quali si lavorò per l'elaborazione delle fattispecie relative alla violazione di cadaveri e sepolture da includere in quello che

⁷³ Ivi, p. 632.

⁷⁴ Ivi, p. 635.

sarebbe stato il Codice penale del Regno d'Italia del 1889, il primo codice penale sviluppato interamente all'interno della nuova realtà statale italiana e della sua cultura giuridica.

Il Codice penale promulgato nel 1865, infatti, fu il frutto di un lavoro di assimilazione e adattamento del codice penale sabaudo che riguardò anche gli altri codici promulgati in quello stesso anno, e che si rivelò l'unica soluzione praticabile per offrire in tempi rapidi un'unificazione legislativa al giovane Regno d'Italia. Una scelta che, però, fu resa accettabile solo inaugurando contestualmente i lavori preparatori di un nuovo codice penale e, nelle more, avviando un regime penale transitorio che nelle province dell'ex regno borbonico vide il codice applicato con l'integrazione di alcune misure più moderne già presenti nelle Leggi penali del Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819, e che lasciava in vigore in Toscana il più avanzato Codice penale del 1853, celebre anche per aver già abolito la pena di morte. Quest'ultimo codice, fortemente ispirato al Codice penale austriaco del 1852, quindi, restò in vigore fino al 1889 insieme a quello del 1865 che, a sua volta, ricalcava in gran parte il modello francese recepito dal codice sabaudo anche nella sua ultima versione del 1859.

Dal punto di vista della disciplina del reato di violazione di sepoltura e di cadaveri e della possibilità di improntarla ad una logica laicizzante o di confermarne la tradizionale indole religiosa, i due codici rappresentavano visioni profondamente diverse, a loro volta figlie di culture, non solo giuridiche, di aree politicamente distanti. Ancora una volta, infatti, l'Italia postunitaria si trovò a recepire, gestire e inevitabilmente a rielaborare modelli ed impostazioni propri di altre realtà europee alle quali, però, le idee e le esperienze italiane diedero a vario titolo più di un contributo.

Anche per tali motivi, i dibattiti che nella seconda metà del XIX secolo coinvolsero la dottrina sulle scelte più o meno preferibili adottate da questi codici ci offrono un punto di osservazione privilegiato sulla circolazione in Italia dei modelli legislativi di origine francese, sicuramente prevalente per l'estensione territoriale, e, di conseguenza, sul grado di accoglienza o di resistenza delle sue soluzioni normative applicate a fattispecie specifiche.

Il Codice penale sabaudo, punto di riferimento imprescindibile in quanto sostanzialmente confluito in quello del 1865, come abbiamo già detto, aveva conservato gran parte della impostazione del codice napoleonico, eppure proprio in merito alla disciplina della violazione di sepoltura aveva introdotto alcune differenze destinate ad incidere in modo essenziale sulla protezione diretta delle spoglie umane.

Nella formulazione della fattispecie, infatti, si può riscontrare come

significativa innovazione il riferimento a due distinte specie di condotte sanzionate, gli insulti ai cadaveri e la violazione di tombe o sepolture mentre come sappiamo il codice napoleonico aveva optato per una nozione unica di violazione di sepoltura che considerasse il cadavere in quanto oggetto della sepoltura o “contenuto” nella tomba. Se questo forniva all’interprete piemontese, e poi italiano, maggiori dettagli circa il tipo di azioni che si intendevano punire, pure non si risolsero tutti i problemi già riscontrati dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese e che i progetti per un nuovo Codice penale del Regno d’Italia che si iniziarono ad elaborare già alla fine degli anni Sessanta si trovarono ad affrontare.

Un’altra differenza era data dall’inquadramento che il codice sabaudo scelse per questo reato. La sezione sulla violazione delle leggi in materia di inumazioni, in cui il reato di violato sepolcro venne confermato, trovò collocazione in un titolo sui reati contro l’ordine delle famiglie, una categoria scientificamente nuova ispirata dal Carmignani⁷⁵ (che, però, non vi aveva incluso la violazione di sepolcro) la quale, se non modificava la *ratio* dell’accorpamento dei reati di violazione di cadavere e sepoltura con quelli di sepoltura non autorizzata e di occultamento di cadavere nei casi di morte violenta⁷⁶, pure introduceva una valutazione più ampia dell’ordine di valori posti alla base della speciale tutela penalistica. Questa scelta del legislatore sabaudo non si rivelò comunque sufficiente a superare tutte le perplessità di dottrina e giurisprudenza in merito ad un ancoraggio di questo delitto

⁷⁵ G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, prima versione italiana del Professor Garuana Dingli, II ed., Napoli 1854, Lib. III, Sez. II, *Dei delitti politico-civili*, cap II, *Dei delitti contro l’ordine delle famiglie*, p. 320: «Vano sarebbe lo scopo delle leggi di proteggere la società, e nel suo complesso e nei suoi individui, qualora la società medesima non esistesse. La società civile necessariamente componesi di più famiglie; l’ordine adunque, il quale costituisce società una famiglia è dalla legge protetto. Ma l’ordine delle famiglie non si prende qui in senso di patria potestà, né di ossequio dai figli ai genitori dovuto, né di arbitrio del padre di famiglia sulla tutela, o cosa sua». Cfr. V. Cosentino, *Breve Commentario al Codice penale Italiano*, Napoli 1866, p. 356. Su Giovanni Carmignani, cfr. M. Montorzi, (cur.), *Giovanni Carmignani (1768-1847), maestro di scienze criminali e pratico del foro sulle soglie del diritto penale contemporaneo*, Pisa 2003.

⁷⁶ Queste le parole utilizzate da Giuseppe Madia per spiegare l’inclusione di questi reati nel titolo dedicato ai reati contro l’ordine delle famiglie: «L’interesse sociale di conoscere i cangiamenti che la morte produce nelle famiglie, di assicurar quella nei modo legali onde i diritti degli eredi non sieno manomessi, la identità del defunto non resti alterata, e si accerti se la morte sia l’effetto della natura o ’l risultamento di un reato, ha determinato il legislatore a stabilire delle pene contro coloro che violando le leggi su le inumazioni rendono impossibile la cognizione delle cose divise a pubblico detrimento», G. Madia, *Commentario sul Codice Penale Italiano*, Napoli 1872, III, p. 41. Appare evidente il ricorso alle stesse espressioni già usate nell’*Exposé des Motifs* del codice napoleonico, cfr. *supra*, nota n. 47.

a logiche prevalentemente, se non esclusivamente, di ordine sanitario invece di privilegiare la sua vocazione di reato a tutela di valori spirituali e culturali se non prettamente religiosi. Giuseppe Madia giustificava un così drastico mutamento di ordine di valori giuridici operatosi con questo tipo di inquadramento rispetto a quello tradizionale per lo più per ragioni di gravità delle pene, sottolineando come nelle epoche in cui al rispetto dei sepolcri si riconosceva un valore fondante della comunità, si era arrivati a comminare pene severe fino a quella di morte, cosa che, a suo avviso, un diritto penale giustamente ispirato al nuovo spirito dei tempi non poteva più ammettere⁷⁷.

Anche in Toscana, come in Francia, si era deciso di superare la tradizionale classificazione di questi reati come offese recate alla religione e comunque ad essa connesse, e così nel Codice penale che si diede il Granducato nel 1853 il capo IV, «della violazione de' cadaveri umani, e delle loro sepolture», si trovava all'interno del titolo dedicato ai delitti contro l'ordine pubblico.

Ma le analogie non possono spingersi molto oltre. Sicuramente, alla base di questa tutela del codice toscano vi era il disvalore provocato dal danno sociale insito negli attacchi alla Religione, non già la volontà pubblica di punire lesioni arrecate alla «maestà Divina», come aveva già chiarito Giovanni Carmignani nei suoi *Elementi di diritto criminale*⁷⁸, e così come, tra gli altri, ribadito da Giuseppe Giuliani che ricordava come compito dell'«umano Legislatore» fosse «punire i delitti, non i peccati», perché, aggiungeva, «ogni delitto è peccato, ma non ogni peccato è delitto»⁷⁹. Giuseppe Puccioni, nel suo *Codice penale illustrato*, precisava che «in ogni aspetto però si prenda, il principale suo carattere sarà sempre quello di fare onta alla Religione, perché i resti dell'uomo e l'ultima di lui dimora, sono stati sempre circondati presso ogni popolo civile da un certo culto religioso»⁸⁰.

⁷⁷ Ivi, p. 42.

⁷⁸ G. Carmignani, *Elementi del diritto criminale*, cit., p. 209. Ricordava Carmignani, infatti, come «alla società altamente interessa che sieno stabilite, e tra i cittadini professate le nozioni relative a Dio; e che gl'interni e naturali sentimenti di amore, speranza, timore, e riverenza, che alla contemplazione della natura divina si destan negli uomini, vengano confermati con atti esterni, nei quali è principalmente riposto l'esterno culto della religione. Per la qual cosa chiunque tentasse di distruggere le nozioni intorno a Dio diffuse nel popolo, insinuando pubblicamente delle massime contrarie, od insultando all'esterno culto della religione stabilito dalla pubblica autorità, dovrebbe come violatore del diritto pubblico, essere punito anche dalla civile società», p. 209, §§ 737-738.

⁷⁹ G. Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale con notizie sullo stato attuale delle legislazioni penali pontificia e toscana dell'avvocato Giuseppe Giuliani*, Macerata, 1856, II, p. 50. «L'offesa alla religione, quando non è accompagnata dallo scandalo, non produce danno indirettamente politico» e, pertanto, non può costituire un delitto.

⁸⁰ G. Puccioni, *Il Codice penale illustrato sulla scorta delle fonti del diritto e della giurispru-*

Pertanto, tale scelta condivisa da entrambe le legislazioni di qualificare i reati contro sepolcri e cadaveri in un ordine di valori indipendente dalla specifica protezione della sensibilità religiosa e dei suoi precetti, si giustificava in modo molto differente.

Entrando nel dettaglio degli articoli dal 218 al 221 che si occupavano della violazione dei cadaveri umani e delle loro sepolture, la distanza tra i due codici appare in tutta la sua portata.

Gli articoli 358 e 359 del Codice francese abbiamo visto avere, sì, ad oggetto il trattamento riservato ai cadaveri ed al modo di seppellirli o disseppellirli, ma non come scopo della tutela, che non riguardava il rispetto dovuto ai defunti nemmeno in un'accezione ampia o indiretta, ma per garantire il rispetto della normativa di ordine ed igiene pubblica relativa alle inumazioni, o per evitare che si occultassero prove utili per la scoperta e persecuzione di crimini di sangue. Così come abbiamo visto quanto generica e stringata fosse la fattispecie dell'art 360, l'unico realmente dedicato alla protezione del rispetto dovuto ai defunti e non senza alcune incoerenze sistematiche, e come in esso fosse del tutto irrilevante l'intento del responsabile. Per il codice francese e per i legislatori che ne seguirono l'impostazione, il reato di violazione di tombe e sepolture sussisteva a prescindere da qualsiasi volontà di agire in offesa alla memoria o alle spoglie dei defunti, o anche solo in una consapevole mancanza di ogni rispetto.

I quattro articoli del codice toscano, invece, come esplicitato con la rubrica del capo in cui erano stati inseriti, erano interamente e direttamente consacrati alla punizione degli oltraggi e manipolazioni indebite di cadaveri e sepolture. Come fatto dal legislatore piemontese, il codice toscano optava per la doppia previsione di offese ai cadaveri e offese ai loro sepolcri, e non il ricorso a quella nozione unica di sepoltura che abbiamo visto essere stata adottata in Francia.

Il codice toscano, dunque, tutelava i «cadaveri umani» e «i luoghi ove sono racchiusi o inumati», distinguendo per questi ultimi tra sepolcri e monumenti innalzati solo a loro memoria ma privi del corpo o anche solo di una sua parte, e non, quindi, la sepoltura delle spoglie mortali come rituale funebre, religioso o laico che fosse⁸¹. I cadaveri erano protetti in qualsiasi luogo si trovassero, a prescindere dalla preparazione all' inumazione, e i sepolcri lo erano anche se vuoti. Le offese ai monumenti, vuoti per definizione, erano però meno gravi⁸².

denza, Pistoia 1856, III, p. 534.

⁸¹ G. Puccioni, *Saggio di diritto penale teorico-pratico dell'avvocato Giuseppe Puccioni*, Firenze 1858, p. 330-331.

⁸² Ivi, p. 331.

Diversamente dal legislatore napoleonico, quello toscano dimostrò di condividere le esigenze alla base della proposta sottoposta nel 1796 dal progetto di Emmanuel Pastoret circa l'inclusione dei furti nelle tombe tra le condotte da punire esplicitamente a titolo di violazione di sepoltura e del relativo ordine di valori. In Francia, e negli ordinamenti che ne accolsero su questo tema l'impostazione, in assenza di ogni esplicito riferimento, era possibile includere queste azioni tra le possibili applicazioni della disciplina sui reati contro la proprietà, come eventuali furti qualificati, e sebbene adottando una serie di specifiche data la difficoltà di identificare i "proprietari" di quanto sottratto. Quest'ultima interpretazione, laddove possibile, permetteva sanzioni maggiori di quelle comminate dall'art. 360, reputate dal punto di vista della percezione sociale del tutto inadeguate di fronte a condotte particolarmente vili e irrispettose. Il codice toscano del 1853, invece, dedicava un intero articolo, l'art. 218, alla punizione del furto di cosa «posta in dosso ad un cadavere, e destinata ad esser sepolta con esso», e comminava il carcere fino ad un anno oltre all'obbligo di «restituire il tolto». Giuseppe Puccioni proponeva di questo articolo un'interpretazione piuttosto ampia, ritenendo dovessero intendersi per cose destinate alla sepoltura con il cadavere anche marmi, pietre o altri «materiali posti ad ornato del sepolcro o del monumento»⁸³, ma ne criticava la pena troppo lieve: «noi, sempre amanti della moderazione nelle pene, non portiamo questo principio al di là dei confini del giusto, e là dove troviamo difetto, francamente lo dichiariamo»⁸⁴. Giudizio, quest'ultimo, condiviso anche dal Carrara, che affermava essere «irragionevole permettere che simili fatti si possano punire con otto giorni di carcere, la enormità è palpabile»⁸⁵.

Il Codice penale austriaco del 1852, che in tanti ambiti aveva ispirato quello toscano dell'anno successivo e con il quale quest'ultimo condivideva anche la scelta della rubrica di delitto contro la tranquillità e l'ordine pubblico per questi delitti, aveva adottato per questo genere di furti, sebbene menzionati addirittura nella intitolazione del §306 dedicato alla violazione di cadaveri e sepolture, una prospettiva inequivoca. L'ultimo comma, infatti, precisava che le «sottrazioni a luoghi di sepoltura, sepolcri o cadaveri, commesse per avidità di lucro» dovessero trattarsi come furti, e rinviava ai rispettivi loci di quel codice, §§ 172 e 460⁸⁶. Giuseppe Giuliani,

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ G. Puccioni, *Il Codice penale illustrato*, cit., pp. 535-536.

⁸⁵ F. Carrara, *Programma del Corso di diritto criminale, Parte Speciale ossia Esposizione dei delitti in specie*, Lucca 1870, p. 357.

⁸⁶ Codice penale dei crimini, dei delitti e delle contravvenzioni e regolamento sulla stampa per l'Impero d'Austria, 1852; Parte II, capo V *Dei delitti e delle contravvenzioni*

pur apprezzando il tentativo del legislatore toscano di non trascurare questa ipotesi, sosteneva, però, che tale tipologia di furto fosse solo «affine al violato sepolcro»⁸⁷. Come misero in evidenza il Puccioni e il Carrara, per quanto lodevole potesse essere stata la decisione di riconoscere il furto tra le forme di offesa e irriverenza che potevano perpetrarsi contro il rispetto e la sacralità di cadaveri e sepolcri - e la cui assenza in altri ordinamenti era stata oggetto, infatti, di critiche - era stata portata avanti nel Codice toscano del 1853 con alcune ambiguità di formulazione che potevano, al contrario, condurre ad una grave mancanza di protezione. Tuttavia, come metteva in evidenza soprattutto Francesco Carrara e diversamente da quanto sostenuto da Giuseppe Puccioni, sebbene l'art. 218 non riportasse l'inciso «salvo le pene più gravi» così come invece faceva l'articolo successivo della medesima sezione, non si poteva per questo escludere che, nelle ipotesi di furto di «cose poste in dosso ad un cadavere, e destinate ad esser sepolte con esso» accompagnate anche da altri reati puniti più severamente, non si potesse applicare il principio generale dell'assorbimento nella fattispecie più grave fissato all'art. 81 di quel codice. In caso contrario, infatti, si sarebbe verificato, e in modo del tutto irragionevole, che «tutta la dottrina dei furti e delle loro svariate penalità sia lettera morta quando si tratta di sottrazioni commesse sopra i cadaveri»⁸⁸. E aggiungeva

«questa esorbitante potenza di attenuazione attribuita al sepolcro è priva di ogni ragione: questa deroga alla regola cardinale della prevalenza ed allo speciale precetto dell'art. 81, non avrebbe base sufficiente nella sola omissione di un riservo per parte del legislatore, nel quale non può supporre un odio gratuito contro i cadaveri, né una tenerezza insensata verso i disturbatori dei morti»⁸⁹.

Le altre condotte punite dal Codice Toscano negli articoli successivi riguardavano «insulti di fatto sopra un cadavere», la sottrazione in tutto o in parte dello stesso, distinguendosi tra i casi di corpo già inumato o no, disseppellire o scoprire una sepoltura, e «atti d'irriverenza» commessi contro cimiteri o altri sepolcri. A qualificare in modo definitivo queste condotte,

contro la tranquillità e l'ordine pubblico, § 306, Delitto di danneggiamento di luoghi di sepoltura, aprimento di sepolcri, asportazione o maltrattamento di cadaveri, e sottrazione sopra oggetti di tal sorta.

⁸⁷ G. Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale*, cit., p. 71.

⁸⁸ F. Carrara, *Programma del Corso di diritto criminale, Parte Speciale ossia Esposizione dei delitti in specie*, V ed., Prato 1891, VI, p. 365.

⁸⁹ Ivi, p. 366.

che pure già coprivano in modo abbastanza preciso ed esauriente la serie di situazioni che l'esperienza aveva dimostrato poter più di frequente ricorrere, era però il diverso intento che, caso per caso, poteva aver mosso il colpevole. Infatti, diversamente anche in questo caso dal codice napoleonico, l'elemento soggettivo in questo reato era al centro della gradazione oggettiva delle fattispecie, e non solo della valutazione discrezionale del giudice in sede di commisurazione della pena tra minimo e massimo fissati dalla legge⁹⁰.

L'unica ipotesi contemplata tra questi delitti che non richiedeva un'ulteriore indagine sulle intenzioni del soggetto agente, era quella del primo comma dell'art. 219, che puniva «chiunque commette insulti di fatto sopra un cadavere», reato che, infatti, si perfezionava con il compimento di atti che “di fatto” si rivelassero “insulti” direttamente praticati sul cadavere. L'articolo proseguiva punendo la sottrazione in tutto o in parte del cadavere, il suo disseppellimento o lo scoprirne la sepoltura ma solo se ciò veniva commesso «per fine d'ingiuria, o di superstizione, o per altro illecito scopo», e concludendo - diversamente, come abbiamo visto, dal precedente articolo 218 - sempre che ciò «non faccia cadere l'azione sotto una pena maggiore». Erano, queste dell'art. 219, le fattispecie comunque punite più severamente, con il carcere che poteva andare da un minimo di due mesi ad un massimo di due anni.

Come ipotesi differente, e contemplata nel diverso articolo 220, il caso di sottrazione in tutto o in parte di cadavere per fini che non potessero qualificarsi come quelli dell'ipotesi precedente, quindi non per fine di ingiuria o superstizione, e comunque per nessun fine considerabile come illecito, in casi, ad esempio, di curiosità o interesse scientifico. Le pene erano molto meno severe e graduate a seconda se il cadavere in questione fosse sepolto o no⁹¹.

L'art. 221, infine, contemplava l'ipotesi di «atti di irriverenza» contro cimiteri o «altri sepolcri», commessi «per oltraggiar la memoria, o la religione, o la nazione dei defunti che vi sono deposti». Nonostante l'esplicito riferimento anche al fine di oltraggiare la religione del defunto, Filippo Ambrosoli spiegava come l'indole diversa di questa fattispecie rispetto ad un reato contro la religione stava nel fatto che un sepolcro o monumento funebre benedetto sarebbe stato sempre religioso anche in assenza al suo interno del corpo del defunto, che, invece, in questo delitto deve essere

⁹⁰ G. Puccioni, *Il Codice penale illustrato*, cit., pp. 533-534

⁹¹ Codice penale per il Granducato di Toscana 1853, Libro II, Titolo IV, capo IV, art. 220. La pena era del carcere da 15 giorni a 3 mesi per i cadaveri non ancora sepolti, e da 1 a 6 mesi in caso contrario.

presente per potervi applicare tale normativa⁹². E così commentava:

«Se anche in queste offese alla carità ed alla religione del popolo non si trovano i caratteri di un delitto secondo il suo più generale concetto, è tuttavia da lodarsi il legislatore che pose una difesa a queste pietose istituzioni, contra le quali è doloroso a dirsi che siasi spinta la rozzezza e la malvagità umana»⁹³.

Nel corso degli anni che separarono queste codificazioni dall'emanazione del Codice penale italiano del 1889, si osserva la persistente percezione di un legame storico e razionale ancora molto forte tra le offese ai cadaveri ed ai sepolcri e quelle alla religione, che si riscontra a partire dagli interpreti del Codice penale sabaudo, così come non mancava tra quelli che riguardavano le Leggi Penali del Regno delle Due Sicilie, come Francesco Canofari o Enrico Pessina, o il codice penale toscano come Giuseppe Puccioni, o ancora il diritto penale austriaco. Nel caso di quest'ultimo, si può ricordare il contributo di Giampaolo Tolomei che, trattando il § 306 dedicato a questo reato, lo collocava e commentava insieme ai reati contro la religione, come contravvenzione ad essi connessa, e non nell'analoga sezione dedicata ai reati contro la tranquillità e l'ordine pubblico cui formalmente apparteneva⁹⁴. Posizione diversa quella espressa, invece, nel 1877 dalla Cassazione austriaca in occasione di una sua pronuncia sulla corretta applicazione del § 306 in un caso di apertura non autorizzata di un sepolcro⁹⁵. Il punto controverso riguardava l'effettiva sussistenza del reato anche in mancanza da parte del soggetto agente di quella «perversità» e «petulanza» richiamate dalla norma e che, nel caso di specie, si poterono dimostrare del tutto assenti. Dal tenore letterale della norma, infatti, si poteva evincere che questo specifico movente fosse richiesto solo per «danneggiamento di luoghi destinati alla sepoltura di cadaveri umani», ma non anche per l'apertura non autorizzata di sepolcri di cui tale norma parlava successivamente. Quantunque il Tribunale di Zara avesse trovato di poter interpretare questa disposizione nel senso che anche

⁹² F. Ambrosoli, *Studi sul Codice penale toscano, confrontato specialmente coll'austriaco*, Mantova, 1857, p. 79, nota n. 2.

⁹³ Ivi, p. 79. La pena comminata dall'art. 221, sempre allorquando non si potesse configurare la condotta all'interno delle più gravi ipotesi previste negli articoli 219 e 220, era il carcere da 8 giorni a 6 mesi.

⁹⁴ G. Tolomei, *Diritto penale: elementi e studi, proposti ai suoi scolari sui punti fondamentali della scienza e della legislazione avuto specialmente riguardo al Codice penale austriaco e sue novelle vigenti nelle province Lombardo-Venete*, Padova 1863, p. 371.

⁹⁵ Cass Austriaca, 18 giugno 1871, in «Rivista penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza diretta dall'avv.to Luigi Lucchini», vol. III, (1875), p. 260 e nota n. 1.

per l'apertura non autorizzata fosse necessario l'animo perverso e malvagio, la suprema corte si esprime in modo contrario. Secondo quest'ultima, lo scopo del legislatore era quello di impedire la diffusione di malattie contagiose e per ottenere ciò era necessario che egli proibisse l'apertura dei sepolcri, «appartenessero essi o no all'agente od alla sua famiglia, avesse l'agente operata da sé senza il soccorso altrui o col consenso di altri; e quando non vi fosse a ciò il competente permesso delle autorità sanitarie, era necessario punire il fatto per prevenirne le fatali conseguenze»⁹⁶.

Tutti esempi di come, nel cuore del XIX secolo, questo fosse un tema ancora molto sensibile e una piena laicizzazione delle spoglie mortali e del loro ultimo asilo fosse ancora un percorso complesso e non un dato acquisito, difficile da liquidarsi come mera reazione alle posizioni anticlericali che potevano essere state proprie dei legislatori francesi e poi sabaudi.

4.2 *Il delitto di violato sepolcro per Francesco Carrara*

Sul reato di violazione di sepolcro e sull'incontro/scontro tra diverse sensibilità e culture giuridiche si impone all'attenzione una polemica che vide contrapporsi Francesco Carrara⁹⁷ e Francesco Buonamici⁹⁸, giuristi toscani - e accademici nel medesimo ateneo pisano ma in momenti diversi - che seppero esprimere nelle loro argomentazioni sentimenti e posizioni metodologiche ben più ampie di quel bacino. L'occasione di una polemica si ebbe perché su questo specifico reato Carrara si dichiarò insolitamente a favore della maggiore coerenza delle scelte adottate con il codice francese e poi sabardo, mentre Buonamici difese quelle adottate nel codice toscano. Come accennato, la preferenza accordata dal Carrara all'inquadramento adottato dal *Code pénal* era insolita, perché egli, invece, sin dall'aprile del 1863 si oppose all'ipotesi prospettata dal ministro Pisanelli di estendere il codice sardo anche alle province toscane, e lo fece insistendo sul primato

⁹⁶ Ivi, p. 260.

⁹⁷ F. Colao, *Francesco Carrara*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, E. Cortese - I. Bircocchi - A. Mattone - M. Miletto (curr.), Bologna 2013, I, pp. 463-466; M.P. Geri, «*La metamorfosi che la politica voleva fare a danno della giustizia*», *Francesco Carrara e l'unità del «giure penale»*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXV/2 (2005), pp. 333-359; P. Cappellini, *Francesco Carrara e la codificazione del diritto*, in «Criminalia», II (2007), pp. 305-323.

⁹⁸ Francesco Buonamici non insegnò mai il diritto criminale. Nel 1867 assunse la cattedra di Diritto commerciale, per poi ottenere nel 1873 l'insegnamento di Istituzioni di diritto romano e nel 1897 la titolarità dell'insegnamento di Pandette. Cfr. E. Spagnesi, *Francesco Buonamici*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, pp. 360-361.

scientifico e culturale del codice granducale del 1853⁹⁹. E circa dieci anni dopo invocava «uniti e concordi sforzi» da parte dei giuristi chiamati ad elaborare un codice finalmente e genuinamente frutto della scienza giuridica italiana al fine di «ricacciare di là dall'Alpi anche le ultime tradizioni di quel codice Napoleonico, che troppo a lungo oppresse alcune province d'Italia, e che l'immortale Carmignani deplorò come una sventura della nostra penisola, chiamandolo funesta importazione delle bajonette straniere»¹⁰⁰. Convincimento condiviso, peraltro, dallo stesso Francesco Buonamici con cui si trovava, invece, a discutere, il quale, in un'agile operetta intitolata *Il Poliziano giureconsulto o della letteratura nel diritto*, aveva sostenuto il medesimo auspicio per una codificazione italiana che potesse dirsi «il risultamento di tutto il nostro sapere, e veramente opera nostra, che disdice all'Italia andarlo ad accattare al di fuori»¹⁰¹.

Ma, come vedremo, Francesco Carrara fu davvero strenuo difensore dell'inquadramento francese del reato di violazione di sepoltura, e dalle loro ricostruzioni, quindi, può emergere con una certa ricchezza di dettagli il complesso delle opinioni che nell'Italia di quegli anni si erano sviluppate intorno al modo in cui il legislatore francese aveva disciplinato questo reato, gli elementi di condivisione di questa scelta e le contrapposte ragioni di resistenza al suo accoglimento nell'ordinamento italiano. Già la circostanza che alla base di questa *querelle* vi fosse la prospettazione del delitto di violato sepolcro proposta da Francesco Carrara nella parte speciale del suo famoso *Programma del Corso di diritto criminale* ci permette di considerare questo dibattito entro le coordinate delle più importanti teorie penalistiche di quegli anni, e non solo per l'Italia¹⁰². Al padre della Scuola classica, che tanto influi sul successivo Codice penale del 1889, si deve, infatti, una ricostruzione dell'indole di questo delitto esclusivamente alla luce del metodo ontologico da lui professato e destinata a incontrare non poche riserve, anche tra le fila dei suoi allievi e seguaci.

Per Carrara il violato sepolcro era uno dei due delitti da qualificare

⁹⁹ F. Carrara, *Sulla crisi legislativa in Italia in risposta al quesito propostomi da S.E. il Ministro Pisanelli sulla progettata estensione delle leggi penali sarde alle province toscane*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II ed., Lucca 1870, II, n. XV, pp. 169-214.

¹⁰⁰ F. Carrara, *Pensieri sul Progetto di Codice penale italiano del 1874*, Firenze 1874, p. 10.

¹⁰¹ F. Buonamici, *Il Poliziano giureconsulto o della letteratura nel diritto*, Pisa 1863, p. 7.

¹⁰² Sul Programma di diritto criminale di Francesco Carrara cfr., tra gli altri, T. Padovani, *Il legislatore alla scuola della ragione: introduzione allo studio del "Programma" di Francesco Carrara*, Lucca 1985, M. Montorzi, *Tra progetto scientifico e politica del diritto: dentro il disegno del Programma di Francesco Carrara*, in Idem, (cur.), *Crepuscoli graduati: incontri di esperienza e di cultura giuridica in Toscana sulle soglie dell'età contemporanea*, Pisa 2006 pp. 229-241.

contro la «pubblica sanità», espressione che adotta respingendo quelle di «salute pubblica» e «salubrità pubblica»¹⁰³. Ed era, prima di ogni cosa, un «delitto sociale» e «formale», nascente dalla violazione di un diritto universale, perché per Carrara, non distante dallo spirito del legislatore napoleonico, violare un sepolcro meritava una condanna da parte dell'ordinamento politico in quanto condotta pericolosa per la salubrità dell'aria e di eventuali acque messe in contatto con i miasmi cadaverici, salubrità che, appunto, doveva considerarsi un diritto universale «comune a tutti i consociati per conseguenza del fatto della consociazione». Non diritto sociale perché derivato dalla compartecipazione alla società civile, dunque, ma diritto sociale perché emerso «dal solo fatto della consociazione naturale, indipendentemente dell'essere di ogni ordine governativo», un diritto che «avrà sempre il carattere di sociale, perché senza il fatto di una consociazione permanente un diritto universale, cioè comune a tutti sopra la medesima cosa, non si può concepire»¹⁰⁴.

Ed è proprio a partire da questo presupposto, l'idea che si trattasse di una condotta lesiva principalmente di interessi sanitari non diversi da quelli compromessi anche dalle carcasse degli animali - come egli stesso tenne a precisare¹⁰⁵ - che l'intera costruzione elaborata dal Carrara per questa fattispecie sembrò scontrarsi con le diverse sensibilità emerse con sempre maggiore forza già nei decenni precedenti, e soprattutto nei territori toscani. Anche nei decenni successivi, questa ricostruzione di Francesco Carrara, giurista liberale di indiscussa fede cattolica, venne messa fortemente in discussione per la sua intrinseca chiusura ad accogliere ogni considerazione per il riconoscimento in tale reato di una tutela della vocazione se non religiosa quanto meno morale o spirituale delle spoglie umane e della loro

¹⁰³ Come il suo maestro Carmignani esclude l'espressione «salute pubblica», ma diversamente da lui non accolse quella di «salubrità pubblica», adducendo le seguenti motivazioni: «Un uomo o un cetto di uomini può essere sano ma non salubre. La formula sanità pubblica mi rappresenta un fine a cui tende la legge, cioè che tutti i cittadini si mantengano sani, ma la formula salubrità richiama il subietto più che l'obietto; e cioè lo strumento per mantener gli uomini in sanità, al quale male si adatta il predicato di pubblico», F. Carrara, *Programma*, cit., nota n. 1, p. 332. L'altro delitto contro la sanità pubblica era l'«avvelenamento di comune pericolo (che comprende diffusione dolosa di merci corrotte e insalubri, e la dolosa comunicazione di contagio)», § 3175. Tutte le altre ipotesi di delitto contemplate dalle altre legislazioni andavano escluse per due ordini di ragioni: o perché tali norme erano state predisposte per affrontare situazioni di straordinaria eccezionalità, e quindi non dovevano trovare spazio in una codificazione criminale ordinaria; oppure perché non erano «veri delitti», ma solo «trasgressioni» di polizia, e anche in questo caso non andavano incluse in un codice penale, p. 334.

¹⁰⁴ Ivi, p. 329.

¹⁰⁵ Ivi, p. 354; e pp. 359-361.

ultima dimora. Lo stesso Vincenzo Manzini, che pure ebbe a criticare la sua indisponibilità a riconoscere «quel che tutti vedono e sentono: l'elemento etico del delitto», proponeva che «l'eminente scrittore, il quale era assai ligio ai dettami della chiesa, ritenesse che lo Stato, nella materia di cui si tratta, non potesse usurpare ciò che la chiesa stessa a sé riservava, e che quindi l'intervento dello Stato medesimo non dovesse ritenersi motivato che da ragioni igieniche»¹⁰⁶.

Sebbene Francesco Carrara avesse esordito nell'esposizione di questa fattispecie ricordando come le violazioni e profanazioni dei sepolcri venissero dai popoli più antichi e dagli stessi romani considerate offese alla religione «per la qualità di religioso che annettevasi ad ogni luogo dove fosse sepolto un cadavere umano», nondimeno – precisava – per codificare un delitto contro la religione era necessario, oltre ad un atto esterno offensivo della religione stessa, «anche una intenzione specialmente e precisamente diretta ad offendere la medesima». E per tale ragione, a suo avviso la nozione di delitto contro la religione non consentiva di inserire in tale rubrica la violazione di tombe¹⁰⁷.

Tutti i moventi - che così elenca: «fare oltraggio al defunto o alla sua famiglia», «stolto fine di trarne materiali ad un sortilegio», «abominevole e incredibile sfogo di venere nefanda», «per commettervi furto o per celarvi cose furtive o altri corpi di delitto» - che potevano muovere un soggetto a dissotterrare un cadavere al di fuori dei casi e modalità previste dalla legge, per Carrara prevedevano «nella proeresi del colpevole», «un fine o di lucro privato o di libidine depravata o di privata vendetta; e mai quell'animo ostile alla religione»¹⁰⁸.

Ma in presenza di queste altre intenzionalità del soggetto agente, non sussisteva alcuna necessità di individuare uno specifico reato di violato sepolcro, essendo tali fatti già disciplinati e puniti sotto altre rubriche. La sua convinzione era che l'esigenza di creare un distinto reato di violato sepolcro sussisteva solo a tutela della pubblica sanità¹⁰⁹. Individuare un reato di violato sepolcro a tutela della religione, dell'onore delle famiglie o dell'interesse «del pubblico ornato» si sarebbe rivelato solo una mera ripetizione. L'unico aspetto sotto il quale la violazione di tombe si specializzava e richiedeva, quindi, una figura criminosa distinta, era quello

¹⁰⁶ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, II ed., Torino 1921, IV, pp. 442-443, nota n. 5

¹⁰⁷ Ivi, p. 344.

¹⁰⁸ Ivi, p. 347.

¹⁰⁹ Ivi, p. 352: «E' questo l'unico aspetto sotto il quale la violazione delle tombe si specializza, e costituisce una figura criminosa distinta, meritevole di separata esposizione».

della protezione della «pubblica sanità». Ad essa, infatti, i «miasmi emanati da cadaveri dissotterrati» recavano «indubitato pregiudizio». La violazione di sepolcri, ribadiva, era un delitto per il quale «si aggredisce cosa (voglio dire l'aria) che è a servizio di tutti quanti i cittadini, ed a tutti loro si reca pericolo di pestilenza»¹¹⁰.

E di delitto doveva parlarsi anche se gli effetti dannosi dell'infezione dell'aria non si fossero riscontrati, essendo sufficiente che ciò si sarebbe potuto verificare¹¹¹. Da qui Carrara poneva anche un'altra significativa precisazione. Se era vero che il reato sussisteva anche in assenza del riscontro di un danno effettivo, al tempo stesso non poteva ravvisarsi se poi all'interno del sepolcro scoperchiato non vi era, però, alcun cadavere. «Il soggetto passivo del malefizio non è l'apparecchio esteriore del sepolcro, come può esserlo (in congrui casi) nell'oltraggio al culto, nella ingiuria, o nel guasto di monumenti; ma è unicamente il cadavere dissotterrato o scoperto»¹¹². Ed era proprio come logica conseguenza di questo assunto, che desunse la più controversa delle sue interpretazioni di questo delitto. Vale a dire la necessità logica, a suo avviso, di includere nella medesima fattispecie anche le ipotesi in cui ad essere dissotterrati o esposti fossero state anche «carogne di bruti» e non solo cadaveri umani¹¹³. A tal proposito, egli riteneva che l'unica ragione che impediva al legislatore di procedere in questo senso fosse l'assenza di luoghi destinati appositamente alla sepoltura degli animali così come esistevano per quella degli uomini. Non esistendo ancora, invece, le incurie nel sotterramento di animali morti rientravano tra le sole trasgressioni di polizia¹¹⁴. Francesco Carrara non si limitò solo all'enunciazione del principio, ma si soffermò anche su una specifica casistica. Si trattava delle ipotesi di «cenotafii in marmo eretti ad un cagnolino», «e poco vi vuole a supporre che un cadavere creduto degno d'iscrizioni sepolcrali siasi voluto sotterrare ornato di gemme e che queste tentino la cupidigia di un ladro». In questi casi, ricordava Carrara, lo scoperchiamento della sepoltura per appropriarsi di quei preziosi provocava la medesima fuoriuscita di miasmi di putrefazione e la medesima compromissione della salubrità dell'aria propri dello scoperchiamento di una sepoltura umana¹¹⁵.

¹¹⁰ Ivi, p. 351.

¹¹¹ Ivi, p. 352.

¹¹² Ivi, p. 353.

¹¹³ Ivi, p. 359: «rimpetto all'obiettivo della pubblica salute [...] non vi è scientificamente ragione di distinguere neppure tra cadaveri umani e carogne di bruti».

¹¹⁴ Ivi, nota n. 1, pp. 353-354. Salvo i casi in cui avvenivano in luoghi del tutto solitari dove il pericolo di contaminazione dell'aria respirata dai cittadini non rappresentava «un danno neppure potenziale seriamente apprezzabile».

¹¹⁵ Ivi, p. 360.

4.3 La tesi critica di Francesco Buonamici e la risposta di Carrara

Nel 1873, Francesco Buonamici diede alle stampe una «dissertazione», come ebbe a definirla egli stesso nel titolo, dedicata al delitto di violato sepolcro, una delle rarissime opere giuridiche che avevano come oggetto esclusivo la disamina completa di questo reato, anche in chiave storica e comparata¹¹⁶. Nelle «considerazioni generali che possono servire di proemio» egli fissava un termine *a quo* per fare iniziare la vicenda storico giuridica che intendeva analizzare, ricordando che «il rispetto dei morti e delle tombe cominciò ad essere una cosa di religione o di diritto, allorchando un po' di urbanitas entrò fra i popoli, ed essi ordinaronsi in società civili», e, citando Giambattista Vico che dall'espressione *humandi* faceva derivare la stessa parola *humanitas*, ribadiva come «gran principio d'umanità sono state sempre le sepolture»¹¹⁷.

Un riferimento che fece suo anche Francesco Carrara, ed in linea con quanto già asserito da quest'ultimo, il Buonamici non mancava di riconoscere come «uno dei motivi primi e più gagliardi» che aveva spinto le prime comunità umane a «procurare il sotterramento dei cadaveri e l'onore delle tombe» fosse stato proprio quel «bisogno di evitare i miasmi che da quelli putrefatti escono»¹¹⁸, su cui il padre della scuola classica italiana aveva ontologicamente fondato lo speciale reato di violato sepolcro.

Solo fin qui l'accordo. Subito dopo, infatti, il Buonamici evidenziava che tale movente aveva finito per soccombere «a misura si facevano più educati i popoli, e lo spirito e la riflessione cominciavano a prevalere al senso e alla materia». Sarebbe stato così che l'affetto e la pietà avrebbero finito per prevalere su ogni altra ragione di offrire una sepoltura pronta e rigorosa ai defunti. Ora come allora, proseguiva, solo il principio religioso determinava leggi e usi circa le cure da prestare ai morti e la loro sepoltura, il modo di realizzarla e la protezione che le spettava dalle violazioni: «Fra noi l'idea religiosa è sempre quella che nelle cose dei sepolcri prevale, informa le leggi che le riguardano, e i riti del seppellire»¹¹⁹.

Lo stesso ricorso del legislatore, anche di quello francese, alle espressioni «violazione del sepolcro» o «violazione del cadavere» lasciava, a suo avviso, chiaramente intendere che «qui la parola violazione significa qualunque atto umano, esterno, non consistente in sole parole, contrario al rispetto dovuto

¹¹⁶ F. Buonamici, *Del delitto di violato sepolcro*, cit.

¹¹⁷ Ivi, p. 7.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ Ivi, p. 13.

ai cadaveri degli uomini e alle loro tombe» richiamando, a maggior sostegno di quello che per lui doveva intendersi come un dato certo, il *Repertorio* di Achille Morin¹²⁰.

Inizia già da queste prime pagine il taglio inevitabilmente critico, quando non polemico, rispetto alla trattazione del Carrara. Francesco Buonamici, infatti, esaminava attentamente l'interpretazione espressa nel *Programma*, impegnandosi a confutarne ogni passaggio e a sostenere i meriti della legislazione toscana del 1853 rispetto a quella del codice sardo ispirato a quella francese.

Dopo aver esposto nei dettagli la dottrina del Carrara sul delitto di violato sepolcro, sulla sua natura di delitto sociale, sulla circostanza che come delitto speciale poteva emergere solo quando il violare tombe o cadaveri non fosse mezzo per altro delitto come, ad esempio, contro l'onore o la religione, sulla sua natura di vero delitto solo in quanto a danno della pubblica salute, Buonamici si spingeva a considerare le ipotesi che in concreto potevano verificarsi e che, a suo avviso, la dottrina carrarina con la sua impostazione lasciava gravemente scoperte. Poteva capitare, argomentava Buonamici, che quelle intenzioni speciali, che avrebbero fatto assorbire la condotta in altre fattispecie più gravi, non fossero riscontrabili o provabili, e poteva capitare che il danno alla salubrità pubblica non si fosse effettivamente verificato, non potesse verificarsi. A quel punto al giudice non restava altro che considerare «il solo fatto della violazione, nè può in verun modo argomentare fuori di quello»¹²¹.

Per Buonamici, se alcun altro delitto poteva ravvisarsi (contro l'onore, contro la religione, contro la sanità pubblica) non di meno «la violazione o altra forma d'oltraggio esiste», «il delitto vi è; il quale chiamasi proprio violato sepolcro, acquista una figura singolare, e non trasformasi per circostanze di fine o di mezzi in un reato d'altro nome»¹²².

Il delitto di violazione di sepolcro, insisteva,

«anco in questo caso resta sociale; imperocchè abbia per suo oggetto il diritto che le tombe, i cimiteri, e i cadaveri vengano rispettati. E che questo diritto vi sia in tutti coloro i quali compongono una società civile, e meriti la difesa delle leggi, non parmi cosa da dubitare. Esiste un istinto, un affetto, ed un sentimento universale di venerazione e pietà verso i trapassati e verso le tombe. Il contrario del medesimo, cioè il disprezzo e

¹²⁰ Ivi, p. 140.

¹²¹ Ivi, p. 146.

¹²² Ivi, pp.147-148.

l'oltraggio, repugnano alla coscienza umana. Se ciò accade in società, tutti ne muovon lamento, quasi se ne sentono offesi, e vogliono che il mal fatto non si ripeta. Ecco quanto basta a far sorgere un vero diritto nella città, e a far sentire il bisogno di garantirlo colla pena»¹²³.

Si trattava di sentimenti nella coscienza di tutti a prescindere dalla fede, radicati anche in quella di chi si dichiarasse ateo o ostentasse indifferenza. Da tutto questo per Buonamici scaturiva come naturale conseguenza che un tale diritto al rispetto di tombe, cimiteri e cadaveri, e «il dovere che vi si riferisce», spettassero «alla moralità del popolo» e, pertanto, «la violazione del medesimo è segno di morale pervertimento, e il delitto di cui si tratta, piuttosto che fra quelli contro la salute, entra fra quelli contrari alla pubblica morale»¹²⁴.

A suo avviso - e con una interpretazione non priva di incongruenze ma che non si impegnò ad argomentare ulteriormente - persino il codice napoleonico aveva in realtà a cuore anche questi diritti ed i relativi valori: «del resto, secondo la legislazione francese, nella violazione del sepolcro vi è sempre un delitto contro la religione del paese; delitto che si aggiunge al furto, alla nefanda libidine, o ad altro commesso, cumulosene le pene»¹²⁵. Non solo, lo stesso Carrara aveva riconosciuto che

«tra gli intenti della società civile è pur quello del perfezionamento morale, al quale si oppongono tutti gli atti che degradano l'uomo, lo corrompono, o lo staccano dai buoni affetti. A parere del sommo scrittore possono riferirsi a questa classe le crudeltà contro gli animali, e altri delitti che veramente viziano e rendono più triste la società. Alla pari di questi noi crediamo si possa considerare il violato sepolcro»¹²⁶.

Francesco Carrara rispose a queste tesi ed alle critiche sollevate verso la sua impostazione dedicando una lunga nota in occasione della stampa della nuova edizione del suo *Programma* successiva di qualche anno alla pubblicazione della *Dissertazione* di Buonamici¹²⁷.

Il merito delle argomentazioni del Carrara, però, non si trova in un botta e risposta rispetto alla diversa prospettazione del delitto in questione, quanto piuttosto nel ribadire i diversi livelli anche logici del suo intero impianto del diritto penale presentato con gli otto volumi del *Programma*. Per Carrara,

¹²³ Ivi, p. 148.

¹²⁴ Ivi, p. 149.

¹²⁵ Ivi, p. 90.

¹²⁶ Ivi, p. 149.

¹²⁷ In questa sede si è consultata la quinta edizione del 1891.

infatti, Buonamici non contestava le sue deduzioni dai principi alla base del sistema carrarino, come più volte avevano già fatto alcuni colleghi e che più volte lo aveva portato anche a rivedere le sue posizioni e a recepire i rilievi critici nelle successive edizioni. Dialoghi a distanza, proseguiva, che anche quando non avevano, invece, portato ad un suo ripensamento, si erano rivelate comunque occasioni di discussioni proficue. Diversamente, nell'opposizione di Buonamici Francesco Carrara vedeva attaccati «i principii e il metodo che ho costantemente seguito nel mio *Programma*», e di fronte a tale tipo di contestazioni Carrara rispondeva in modo intransigente, «fra me e tali oppositori non vi è terreno possibile di disputa [...] non può esservi forma logica di controversia», per poi concludere, quasi risentito, «ognuno stia a casa sua: ognuno la pensi come crede e restiamo i soliti amici»¹²⁸. L'obiettivo di Buonamici, a parer suo, non era stato quello di sostenere una diversa ricostruzione del violato sepolcro, ma una diversa concezione del diritto penale generalmente inteso, diversa e diametralmente opposta a quella elaborata e insegnata dal Carrara¹²⁹.

Ed è partendo da questo assunto, che Francesco Carrara sviluppava, punto per punto, le sue controdeduzioni rivolte sia agli argomenti «*a priori*» che a quelli «*a posteriori ossia ab absurdo*» in cui suddivideva le tesi del Buonamici¹³⁰. L'interpretazione del Buonamici che smentiva il Carrara sostenendo che non fosse vero che violando un sepolcro si ledesse solo la pubblica sanità, perché si poteva violare un sepolcro per oltraggio agli eredi, per venere nefanda, per oltraggio alla religione, per ira vandalica, per scopo di furto, per Carrara, infatti, significava voler individuare nell'ente nella sua forma complessa i caratteri costitutivi dell'ente semplice. E, questo, per l'appunto, dimostrava l'ignoranza o il rifiuto in blocco del metodo ontologico dal quale egli non intendeva, invece, discostarsi. Ugualmente, questo è l'esempio che poneva il Carrara, si sarebbe potuto fare mettendo in discussione che nel reato di furto l'obiettività giuridica lesa fosse il diritto di proprietà. Infatti, si può rubare per molte finalità ben diverse dal voler violare il diritto di proprietà, e molti altri, e a volte ben più importanti, potrebbero essere i diritti lesi da un ladro che ruba. Ma Carrara insisteva nel ricordare che la nozione del reato doveva costituirsi sulla sua forma semplice, perché era questo che permetteva a tutto il suo intero sistema di parte speciale contenuto nel *Programma* di mantenersi «sempre chiaro e sempre coerente a me stesso»¹³¹. L'obiettività giuridica del delitto di violato sepolcro risiedeva

¹²⁸ F. Carrara, *Programma*, cit., p. 394.

¹²⁹ Ivi, p. 395.

¹³⁰ Ivi, p. 370.

¹³¹ *Ibidem*.

per Carrara nella pubblica sanità perché egli era partito dall'ente giuridico nella sua forma semplice, e per farlo si era prima di tutto interrogato su cosa la legge proteggesse vietando l'azione di violare un sepolcro. E quindi, cos'è un sepolcro? A questa domanda egli ritenne di non dover cercare lontano la risposta, perché, come aveva già sostenuto nel suo *Programma*, fu già Giovanbattista Vico a preoccuparsi di chiarirlo al mondo. Vico, infatti, e come aveva riconosciuto lo stesso Buonamici, aveva ricostruito la stessa genesi dell'espressione *humanitas* dalla necessità ancestrale degli uomini di seppellire i propri morti affinché la putrefazione dei cadaveri lasciati all'aperto non producesse miasmi ed infezioni che l'umanità avrebbero potuto abbattere. E, proseguendo su questa traccia, sostenne che proprio questa comune necessità sarebbe stata la «legge primitiva assoluta» che avrebbe destinato la razza umana «alla consociazione»¹³². Nulla potevano avere a che fare gli argomenti del Buonamici sullo sviluppo successivo di diverse sensibilità sociali. La nozione di sepolcro, secondo la «sua natura semplice e primitiva», restava la medesima, vale a dire il «luogo chiuso destinato a custodire i cadaveri affinché là dentro obbediscano alla legge della loro dissoluzione e ad impedire che la loro putrefazione infetti l'aria di miasmi pestilenziali e rechi morte ai superstiti», e «non come un luogo santo arricchito dalle benedizioni di una Chiesa, e dove i credenti pensano che per quelle benedizioni i resti dei loro cari siano posti al sicuro dalle molestie degli spiriti infernali»¹³³. Questa, e solo questa, dunque, «la ragion d'essere» del sepolcro cui ancora dover fare riferimento. E da qui, quindi, si doveva partire per ricavare la nozione del reato codificato per impedire ogni azione volta a violare il sepolcro. Proibire di violare un sepolcro significava non volere che si aprisse il luogo chiuso destinato a custodire i cadaveri affinché la loro dissoluzione non avvenisse a contatto con l'aria e l'ambiente dei superstiti. Se il fine del sepolcro è sempre stato la preservazione dell'aria e con questa la preservazione della salute dell'umanità, a «tutti i consociati» spettava un diritto sull'inviolabilità del sepolcro «che è costituito a servizio della salute di tutti»¹³⁴. E, ancora, ne conseguiva che «la primitiva ragione di tutelare i sepolcri, la ragione costante, impreteribile, indipendente dagli umani capricci, in una parola la ragione assoluta dell'essere loro» doveva essere la tutela della pubblica sanità. Pertanto, una volta considerato «il sepolcro come sepolcro», ogni altro suo significato, per quanto giuridicamente rilevante, atteneva alla «complessità accidentale» dell'ente giuridico e «non può far venire meno il primario obiettivo del sepolcro né il primario obiettivo del

¹³² F. Carrara, *Programma*, cit., p. 371.

¹³³ Ivi, p. 372.

¹³⁴ Ivi, p. 397.

divieto dettato contro i suoi profanatori»¹³⁵. Cercando la nozione dell'ente giuridico non nel caso semplice ma nel caso composto si poteva, invece, arrivare a trovare cinque o più delitti e non uno solo, ma procedendo con un tale metodo si sarebbe resa impossibile la definizione di qualunque reato¹³⁶.

Smentito, nel dettaglio ma soprattutto nel metodo, il ricorso agli argomenti che aveva chiamato «a priori», Carrara respingeva anche quello agli argomenti «a posteriori ossia ab absurdo» posti dal Buonamici.

Il Buonamici, infatti denunciava l'incongruenza dell'attribuzione dell'oggettività giuridica di questo reato nella protezione della pubblica sanità nei casi, ad esempio, di violazione di sepolcri antichi, al cui interno non vi fosse oramai più nulla in grado di produrre miasmi o altri attacchi alla salubrità dell'aria. In tali casi, affermava Buonamici, se si rispettasse il concetto del Carrara, in assenza di altro fine di per sé criminoso, il fatto non costituirebbe reato e resterebbe impunito. Carrara, in primis precisava che secondo la sua teorica si doveva riscontrare «la consumazione del violato sepolcro nel solo danno potenziale quantunque scompagnato da ogni effettività»¹³⁷. Ma in realtà, non era su questo aspetto che riteneva di dover rispondere ai rilievi del Buonamici. Perché per Carrara questa eventuale ipotesi prospettata dal Buonamici, una tomba scoperchiata priva di resti umani putrescenti anche solo potenzialmente pericolosi per la salubrità dell'aria, e in assenza di un fine di oltraggio, furto o altro fine criminoso era in effetti una situazione a fronte della quale non ricorrevano estremi per procedere ad una imputazione. Si trattava, esattamente come affermava Buonamici, di una condotta non condannabile. E questo, per Carrara, non poteva e, soprattutto, non doveva indignare.

«Dove è l'assurdo da lui sognato? E che forse egli appartiene alla dottrina di coloro che vogliono punito anche il delitto putativo? Appartiene forse a quella scuola alla quale sembra che la Cartagine del magistero penale minacci ruina se una volta avviene che la sentenza di condanna non confermi il battesimo che piacque al Pubblico Ministero d'imporre sulla sopraccarta del processo? Dove è egli l'assurdo temuto? Dove è l'assurdo che quando in un caso manca interamente per contingenze di fatto l'oggettività giuridica costituente l'essenzialità ordinaria del malefizio, la conseguenza di ciò debba essere l'assoluzione da quello addebito che aveva in quella obbiettività la sua causa

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ivi*, p. 373.

¹³⁷ *Ivi*, p. 374.

giuridica? [...] quella assoluzione è l'adempimento di un dovere di giustizia, come è lo adempimento di un dovere di giustizia la mutazione del titolo qualora alla vece dell'oggettivo costituente il titolo primario si trovi sostituito altro oggettivo giuridico, il quale imponga un diverso titolo ed una diversa classe»¹³⁸.

5. *Per concludere. Le scelte del legislatore italiano e l'abbandono definitivo del modello francese*

Nel Regno d'Italia solo con il Codice penale del 1889 il cambio di prospettiva divenne radicale. In questo codice la profanazione delle spoglie umane venne integrata tra i delitti contro la libertà, ed in particolare tra quelli contro la libertà religiosa. Si sceglieva, così, di riconoscere definitivamente, e soprattutto ufficialmente, il rispetto per le spoglie dei defunti come una «religione delle tombe» - come la definì lo stesso Guardasigilli Giuseppe Zanardelli nella Relazione che accompagnava la promulgazione del codice - e quindi, in quanto tale, meritevole di quella tutela penale che lo Stato doveva accordare ad ogni manifestazione della libertà dell'individuo, che nel caso specifico si faceva rientrare in quella di coscienza e di espressione religiosa. «Dalla religione di Dio si passa a quella delle tombe, che sgorga anche essa da un sentimento umano puro e bello, e che convien riconoscere e tutelare», scriveva Pasquale Tuozi nel suo *Corso di diritto penale*¹³⁹.

Luigi Majno, tra gli altri, ricordò come, ripristinando in qualche modo quell'antica tradizione del diritto penale che considerava il violato sepolcro un delitto contro la religione, il legislatore, che pure si inseriva nel solco scientifico e culturale aperto dal suo insegnamento, non aveva accolto l'impostazione diametralmente opposta proposta dal maestro della Scuola Classica Francesco Carrara¹⁴⁰. A tal proposito, Giulio Crivellari, di indubbia vicinanza alla Scuola Classica, non esitava a confermare come questo reato avesse «attinenze maggiori con le violazioni del sentimento religioso dell'umanità, che con le violazioni delle leggi sulle inumazioni, poiché il ricovero delle reliquie degli estinti è improntato nella coscienza umana di solennità religiosa»¹⁴¹. Per Eugenio Pincherli, la tutela che adesso si voleva

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ P. Tuozi, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice d'Italia*, Napoli 1897, IV, p. 40 e *Intorno ai delitti contro la libertà del culto*, in «Supplemento alla Rivista di Diritto Penale», V (1896-1897), p. 72

¹⁴⁰ L. Majno, *Commento al Codice penale italiano*, Torino 1924, II (artt 104-245), p. 106.

¹⁴¹ G. Crivellari, *Il Codice penale per il Regno d'Italia interpretato sulla scorta della dottrina, delle fonti, della legislazione comparata e della giurisprudenza*, Milano Roma Napoli 1893, V, p. 450.

garantire a «questa seconda religione delle famiglie» non era affatto superiore o sproporzionata rispetto a quella che già «le prodigavano gli antichi fossero pure zotici e incolti». La necessità che si era imposta agli occhi del legislatore, infatti, veniva a suo avviso dalla circostanza che vi fossero troppi «profani a questa religione», in cui «ogni pietà è morta», i quali deturpavano i sepolcri, manomettendo i cadaveri che vi erano custoditi, «così la legge doveva prevedere e punire questi fatti»¹⁴².

Non mancarono, però, posizioni di segno nettamente contrario. La scelta di questa collocazione sarebbe stata, invece, «cosa quanto mai impropria ed inesatta», perché richiedeva un ricorso alla parola “culto” «in senso metaforico, il che, nelle discipline penali è pericoloso»¹⁴³. Questa era l'opinione di Enea Nosedà, per il quale una parificazione di quella dei defunti ad una vera e propria religione poteva condividersi solo presso le civiltà antiche, «ma ciò non può più dirsi ai nostri tempi, trattandosi di una manifestazione di ossequio che rispecchia sentimento e stato di psicologia individuale e collettiva trascendente l'orbita di ogni religione, e propria anche di chi non ne professa alcuna»¹⁴⁴. E concludeva

«Il legislatore italiano per arrivare a chiamare culto il sentimento che porta al rispetto delle tombe e dei cadaveri, dovette adoperare linguaggio confuso e non giuridico, ed in questa parte, il Codice segna un regresso di fronte ad altre legislazioni»¹⁴⁵.

Al di là, però, di un riconoscimento della sua dimensione religiosa, che si confermò ampio per quanto fieramente non confessionale, fu soprattutto la considerazione di questo reato come violazione di un'espressione di libertà a rimanere molto controversa e ad agitare le critiche degli avversari della Scuola Classica che nel tempo apparvero più convincenti, come quella di Eugenio Florian¹⁴⁶:

«Invero, nei reati commessi nei cimiteri e sui cadaveri, quale sarebbe la libertà offesa? La libertà del morto non di certo, perché esso non è più soggetto di diritti; forse la libertà dei vivi? Ma di quali vivi? [...] In ogni caso, quale libertà dei vivi?

¹⁴² E. Pincherli, *Il Codice penale annotato*, Torino 1890, p. 214. Della medesima opinione F. Puglia, *Manuale di diritto penale secondo il nuovo Codice penale italiano*, Napoli 1890, II, p. 51.

¹⁴³ E. Nosedà, *Dei delitti contro la libertà. Codice penale, libro II, titolo II*, in E. Pessina, (cur.) *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano 1909, VI, p. 345.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Cfr. F. Colao, *Eugenio Florian*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani, cit.*, I, pp. 878-879.

La libertà di fare cosa? Il sentimento di venerazione non è una forma di libertà!»¹⁴⁷

In questa direzione si era già espresso Vincenzo Manzini, per il quale «oggetto specifico della tutela penale» chiariva, doveva ritenersi «il pubblico interesse non derivante dallo stato di libertà, bensì da quello di civiltà, di garantire il rispetto dei luoghi e delle cose dedicati ai defunti»¹⁴⁸.

L'equilibrio precario tra sentimento di devozione religiosa e prospettiva laica ed individualista, infatti, venne rimesso completamente in discussione con il successivo Codice penale del 1930. Un anno dopo gli Accordi del Laterano tra regime fascista e Vaticano, il ministro Alfredo Rocco - celebre giurista sensibile alle tesi della scuola tecnico-giuridica del diritto penale cui aderirono gli stessi Vincenzo Manzini ed Eugenio Florian e di cui il fratello Arturo fu uno dei fondatori - propose con fermezza una classificazione di questi delitti che se ne ribadiva la vocazione religiosa ne respingeva completamente, però, l'indole individualista. La rubrica scelta dedicava il relativo titolo del codice ai *Delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, e non si proponeva più di proteggere la libertà di culto di ciascuno, ma di affermare la religione cattolica apostolica romana come valore fondante oramai perfettamente integrato, proprio in virtù degli Accordi lateranensi, nell'ordinamento giuridico dello Stato italiano fascista.

Si può trovare qui traccia di quel passaggio progressivo dalla violazione del diritto soggettivo all'offesa del bene giuridico, bene giuridico collettivo la cui protezione adesso si poneva, a prescindere dall'avvenuta lesione della sfera giuridica di uno o più individui, come giustificazione per la politica criminale dello Stato¹⁴⁹. Stato che non si trovava più a dover considerare solo l'esistenza di persone e di cose, ma anche, appunto, di valori etico-morali collettivi la cui offesa meritava una sanzione, anche non soltanto in relazione ad un'eventuale compromissione dell'ordine pubblico o del buon costume. Il sentimento religioso collettivo, nel quale si volle assimilare quello, altrettanto collettivo, di pietà dei defunti, «entrò come una concessione nel modello originario di bene giuridico meritevole di tutela penale, ma come una concessione irrevocabile e significativa»¹⁵⁰.

¹⁴⁷ E. Florian, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti: Delitti contro la libertà individuale, titolo IV e titolo IX del libro II del Codice penale*, Milano 1936, p. 164.

¹⁴⁸ V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 436.

¹⁴⁹ G. Bettiol, *Bene giuridico e reato*, pp. 3- 18, in «Rivista Italiana di Diritto Penale», X (1938); F. Antolisei, *Il problema del bene giuridico*, pp. 3-36, in «Rivista Italiana di Diritto Penale», XI (1939).

¹⁵⁰ P. Siracusano, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano 1983, p. 23.

In un breve scritto del 1934, Mario Miele, sintetizzando gli argomenti di quei giuristi che sostennero che con la stipula del Concordato le leggi relative avrebbero «radicalmente mutato la “facies” delle relazioni fra Stato e Chiesa e non solamente sul terreno formale»¹⁵¹, parlava di «nuovo confessionismo», «nuovo, perché le basi di questo confessionismo sono nuove»¹⁵², respingendo così le critiche di quanti, come Arturo del Giudice e Gabriele Cornaggia Medici, vi vedevano un ritorno a categorie giuspolitiche del passato, ormai superate dalla Storia in un percorso in cui la laicità dello Stato aveva significato anche affermazione della piena ed esclusiva sovranità di quest'ultimo sulla nazione. Ma questa “nuova” concezione descritta da Miele si allontanava a sua volta drasticamente da quella laicità fondata sulla reciproca libertà che Stato e Chiesa si impegnavano a riconoscersi. Con gli accordi del Laterano si chiariva la posizione di una Chiesa che, in Italia

«per magnifica tradizione latina, sembra aver dimenticato il suo carattere di universale per restare quale fattore potente di unitarietà nazionale». In questa direzione, lo Stato fascista, proseguiva Miele, senza alcuna «ripristinazione di viete concezioni», «ha assunto in maniera originale la religione cattolica come una delle norme che debbono guidare la sua attività»¹⁵³.

E concludeva

«non sublimazione formularia, adunque, non inerte postulato incuneato ne diritto e nella politica vuole essere il nuovo confessionismo: bensì mezzo di orientamento ad una vera integralità, assoluta sovranità ed efficienza unitaria dello Stato»¹⁵⁴.

¹⁵¹ M. Miele, *Il nuovo confessionismo dello Stato Italiano*, Pisa 1934, p. 43.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ E quindi, non «da astratti schemi teorici o da isolati dettami di norme di diritto positivo, e non da malcerte argomentazioni dottrinarie o inutili e fastidiosi teologantismi il nuovo confessionismo dello Stato discende; bensì promana: a) da una espressa dichiarazione di cattolicità resa dallo Stato italiano, previo riconoscimento “de iure” della sovranità e personalità internazionale dell’ente centrale e supremo della Chiesa [...]; b) dal complesso delle disposizioni concordatarie e relative leggi interne di esecuzione, oltre le varie leggi preconcordatarie o comunque collimanti coll’orbita diretta del Concordato; c) dall’indirizzo di riforma impresso alla legislazione ecclesiastica vigente, giusta la dichiarazione contenuta nell’art. 29 del Concordato», Ivi, p. 44.

¹⁵⁴ Ivi, p. 45.

Eppure, convinti sostenitori della nuova impostazione del diritto penale fascista, come, ad esempio, Vincenzo Manzini ed Eugenio Florian¹⁵⁵, o Francesco Campolongo¹⁵⁶, respinsero ogni giudizio volto a conferire allo Stato una dimensione confessionale, vecchia o nuova che fosse, a seguito dei Patti Lateranensi o delle scelte compiute nel Codice penale. A tal proposito, Manzini, prima della promulgazione del Codice Rocco, non aveva mancato di chiarire come, «a merito principalmente del codice penale» del 1889, si era finalmente giunti «alla piena libertà religiosa», superando la semplice tolleranza religiosa di cui al codice penale del 1865, «che presuppone una religione di Stato, di uno Stato confessionistico, che crede necessario di fare professione d'una determinata religione “quasi che avesse anch'esso – e qui citava Francesco Ruffini¹⁵⁷ – come le persone fisiche, un'anima da salvare”»¹⁵⁸.

Il titolo del nuovo codice si divideva in due distinti capitoli, e anche con riferimento proprio al secondo, quello consacrato alla violazione di tombe e cadaveri, *Dei delitti contro la pietà dei defunti*, emergeva già dalla sua formulazione testuale una novità senza precedenti.

Giuseppe Maggiore accolse così questa nuova classificazione

«Così è stato corretto l'incredibile sberleffo fatto alla logica, al buon senso e alla religione dal codice abrogato, che classificò nientemeno la violazione delle tombe, il vilipendio del cadavere e simili tra i delitti contro la libertà dei culti»¹⁵⁹.

Ma a cosa ci si voleva riferire introducendo la nuova categoria della «pietà dei defunti»? L'obiettivo era tutelare «la perennità della vita sentita nell'attaccamento a coloro che ci precedettero nell'esistenza»¹⁶⁰, un sentimento collettivo di devozione e rispetto verso tutti i defunti, un valore non più riconducibile ad uno o più soggetti determinati che potevano sentirsi lesi, ma alla comunità statale nel suo insieme e che per questo vedeva la sua tutela azionabile d'ufficio e non necessariamente su querela di parte come sotto il regime del codice precedente¹⁶¹. Il legislatore fascista voleva

¹⁵⁵ E. Florian, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, cit., pp. 187-188

¹⁵⁶ F. Campolongo, *I delitti contro la religione e la pietà dei defunti. Studio di storia e di legislazione*, Napoli, 1931 p. 200

¹⁵⁷ F. Ruffini, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Torino 1901, p. 11.

¹⁵⁸ V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit, p. 432, nota n. 2.

¹⁵⁹ G. Maggiore, *Principi di diritto penale, Parte speciale. Delitti e contravvenzioni*, Bologna 1938, II, p. 290.

¹⁶⁰ M. Manfredini, *Manuale di diritto penale. Commento al nuovo codice*, Roma 1931, p. 347.

¹⁶¹ C. Ciancio, *Protéger le cadavre*, cit., pp. 469-471

prescindere in questi delitti da una concezione nettamente individualistica, vale a dire «dalla lesione della credenza religiosa di singole persone» possibile ma non necessaria all'esistenza di questo reato. Oggetto principale della sua tutela era «la lesione di una coscienza collettiva» di quello «speciale sentimento di pietà, di rispetto, di venerazione, che si tributa verso i morti e i sepolcri, sentimento che, di regola, è improntato di solennità religiosa»¹⁶².

¹⁶² *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, IV, *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul Progetto preliminare di un nuovo codice penale*; Parte I, *Relazione introduttiva di S. E. Giovanni Appiani Presidente della commissione*, Roma 1929; pp. 429-430.

*Entre bienveillance, attention et progrès :
le regard des criminalistes français sur le Code Zanardelli de
1889 et la réforme pénitentiaire en Italie*

Nicolas Derasse

« Synthèse exacte de la véritable école italienne »¹ dont les idées ont durablement marqué la France, « mère adoptive de Beccaria »², le Code pénal du 30 juin 1889 est l'aboutissement d'un périple législatif « tourmenté »³. Pour la plus grande fierté du garde des Sceaux Giuseppe Zanardelli dont l'abnégation sur ce projet avait été sans faille, l'Italie voit aboutir l'unification de sa législation criminelle, présentée avec fierté comme une œuvre nationale à laquelle « les plus hautes intelligences du pays »⁴ ont contribué sous le regard attentif d'une Europe qui, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, a vu éclore de nouveaux codes, symboles d'une « ère nouvelle »⁵ où le modèle néoclassique est parvenu à s'imposer.

Après avoir été longtemps au premier plan sur le terrain de la codification, la France observe avec convoitise les démarches de ses voisins. Elle se montre attentive à chacune des étapes du long et même, aux dires du magistrat Coniac, de « l'enfantement laborieux »⁶ du processus d'élaboration

¹ E. Turrel, *Code pénal italien promulgué le 1^{er} janvier 1890 (...)*, Paris 1890, p. 13.

² P. de Borville, *Le code pénal italien et le projet de code pénal voté par la Chambre des députés en 1877*, « Bulletin de la Société générale des prisons » (désormais « B.S.G.P. »), 1881, p. 496.

³ L. Lacchè, *Un code pénal pour l'unité italienne : le code Zanardelli (1889). La genèse, le débat, le projet juridique*, in *Les codifications pénales : expériences, débats, enjeux (XVIII^e-XX^e siècles)*, Actes du séminaire histoire et justice, Bruxelles 1997, *Seqüència*, Florianopolis, n° 68, juin 2014, p. 50.

⁴ E. Turrel, *Code pénal italien*, cit., p. 4.

⁵ Ch. Lucas, *Un nouveau projet de code pénal en Italie. Rapport verbal à l'Académie des sciences morales et politiques*, « B.S.G.P. », 1884, p. 152.

⁶ G. Coniac, *Le nouveau projet de code pénal pour le royaume d'Italie et le nouveau code pour le Royaume des Pays-Bas*, « Revue critique de législation et de jurisprudence » (désormais « R.C.L.J. »), 1884, p. 170.

du nouveau code pénal italien⁷, « véritable travail de Pénélope »⁸ assimilé par certains à un « traité de philosophie pénale »⁹. Pas-à-pas, elle a suivi les combats parlementaires, les divisions régionales – celle de la Toscane tout particulièrement – et les résistances de la société civile dans une nation où, à la veille de l'adoption du projet Zanardelli, trois législations restaient en vigueur¹⁰. La France contribue ainsi à redonner vie à « une science juridique comparatiste »¹¹ grâce à la plume et au verbe de quelques-uns de ses criminalistes – théoriciens et praticiens – pour qui les revues de droit offrent une bonne tribune pour évoquer la codification pénale italienne. Celle-ci est un sujet que les lecteurs du *Bulletin de la Société générale des Prisons* ou bien encore ceux du *Bulletin de la Société de législation comparée*¹² découvrent avant d'en saisir les traits essentiels et les enjeux qui s'en dégagent, en Italie mais aussi en France où l'espoir d'une vaste révision du code napoléonien de 1810 reste bien présent en cette fin de siècle.

Ce *corpus* n'offre pas qu'un regard sur le texte de 1889 dont le contenu, souvent ramené à la seule abolition de la peine capitale, conduit aussi à se tourner vers ce qui est le complément indissociable du code, c'est-à-dire la réforme pénitentiaire. Sur ces sujets, l'Italie et la France, soucieux de prolonger une histoire pénale commune, engagent une collaboration scientifique dont on peut prendre la pleine mesure à la lecture des articles publiés dans les revues juridiques françaises entre 1877, date du premier

⁷ Dès 1884, Charles Lucas parlait déjà, à propos de la « codification de la législation criminelle en Italie [...], d'une élaboration singulièrement prolongée », *Un nouveau projet de code pénal en Italie*, cit., p. 144. Au final, pas moins d'une douzaine de projets furent en effet présentés durant une trentaine d'années.

⁸ A. Theurault, *Compte rendu de la Rivista penale*, « Bulletin de la Société de législation comparée » (désormais « B.S.L.C. »), janvier 1885, n° 1, p. 127.

⁹ L. Paoli, *Le code pénal d'Italie (30 juin 1889) et son système pénal*, Paris 1892, p. 146.

¹⁰ Ces trois textes sont le Code toscan du 20 juin 1853, « en vigueur dans le ressort des deux Cours d'appel de Florence et de Lucques », le Code sarde-piémontais (« Code subalpin ») du 20 novembre 1859 « qui est en vigueur dans le reste du royaume et le décret *luogotenenziale* (« compromis lieutenant ») du 17 février 1861, qui s'applique dans les provinces napolitaines et en Sicile, M. Beltrani-Scalia, *La récidive en Italie*, « B.S.G.P. », 1878, p. 258.

¹¹ T. Le Marc'hadour, *Regard français sur le code pénal des Pays-Bas*, in R. Martinage et C. Aboucaya (dir.), *Le code pénal, les métamorphoses d'un modèle (1810-2010)*, Lille 2012, p. 165.

¹² La *Société générale des prisons* et la *Société de législation comparée* qui éditent ces bulletins ont bien des points communs, à commencer par leurs membres et leurs objectifs. En plus de ces deux revues, ont également été consultées dans le cadre de cette étude la *revue critique de législation et de jurisprudence* ainsi que la *revue de droit international et de législation comparée*.

numéro du *Bulletin de la Société générale des prisons*, et la fin de XIX^e siècle.

Les contributions que la doctrine pénale française consacre au code Zanardelli et à la réforme des prisons en Italie permettent de dévoiler les appréciations portées sur ces textes mais encore de cerner les enjeux que les criminalistes de l'Hexagone associent à l'ensemble de cette nouvelle législation pénale transalpine. Comme l'exprime l'avocat Alexandre Célier en 1891 lors d'une conférence sur *Le nouveau code pénal italien*, « je pense à la France qui, après avoir, au début de ce siècle, précédé les nations de l'Europe dans la voie de la codification et fourni les modèles à la plupart des législations, reçoit aujourd'hui les exemples du dehors »¹³. Si la volonté d'imiter l'Italie est réelle, quelles intentions faut-il voir derrière les propos, souvent bienveillants et attentionnés, des auteurs français sur les réformes engagées dans ce pays ? N'observe-t-on chez ces juristes qu'une volonté de faire connaître les avancées pénales constatées chez le voisin ou, pourquoi pas, la tentation d'influencer le législateur italien ? Les réponses à ces interrogations peuvent être trouvées dans les articles consacrés au Code Zanardelli (1) et à la réforme pénitentiaire (2).

1. *La leçon de Code*

Les relations que les juristes italiens et français ont tissées en amont de l'adoption du Code Zanardelli prolongent, sur le plan du droit, les attaches solides que l'histoire a fait naître entre les deux pays. Toutefois, la leçon vient désormais de l'Italie, Etat dont on salue l'abnégation sur le plan de la réforme pénale et qui, à son tour, semble inviter la France à suivre ses pas. Si le code napoléonien a certes « quitté la scène dans les territoires italiens »¹⁴, pour la plus grande satisfaction de certains juristes toscans¹⁵, les échanges scientifiques se poursuivent des deux côtés des Alpes. C'est un point que les criminalistes français aiment à relever, sans manquer toutefois

¹³ A. Célier, *Le nouveau code pénal italien*, Paris 1891, p. 15.

¹⁴ S. Vinciguerra, *L'influence du code de 1810 en Italie, Bicentenaire du code pénal 1810-2010*, Les colloques du Sénat, 25-26 nov. 2010, p. 115.

¹⁵ On pense notamment à Carmignani ainsi qu'à Carrara dont on rappelle que « lorsque sa plume ne s'acharnait pas contre « la France autoritaire et féroce dans sa violence », il appréciait la révolution de Juillet pour la « lutte contre les barbaries de l'ancien régime qui ont survécu dans le code napoléonien ». « Plus paisiblement », on déplorait « la persistance chez nos législateurs de la fascination fatale de s'adresser à la France lorsqu'on cherche le type de quelques nouvelles lois pénales », Ivi, p. 116.

de mettre l'accent sur les nouveautés des normes pénales adoptées dans la Péninsule. Ainsi, ils donnent « vie à un cadre que l'on peut définir comme une coexistence d'imitation et d'originalité », comme l'avaient fait d'ailleurs les auteurs soucieux de rester « fidèles au modèle français » dans certaines parties de l'Italie¹⁶.

Face à des problématiques qui s'avèrent similaires dans la seconde moitié du XIX^e siècle – en particulier les méfaits des « classes dangereuses de la société » et le phénomène de la récidive¹⁷ –, les parades pénales introduites à l'étranger pour les combattre sont instructives. Ces réponses donnent en effet tout leur sens au partage d'informations et d'avis que l'on trouve dans les revues juridiques françaises. « L'échange intellectuel entre les criminalistes des deux pays »¹⁸ se concrétise notamment par les contributions proposées par deux des plus grandes personnalités juridiques italiennes – Martino Beltrani-Scalia, directeur de la *rivista di disciplina carceraria*, et Luigi Lucchini, directeur de la *rivista penale*, l'un et l'autre très actifs dans le processus de codification – dans les sources utilisées pour la présente étude¹⁹.

A l'évidence, le désir d'informer et de collaborer est présent et même indispensable pour bâtir les réformes, comme le précise Adhémar Esmein en 1882 pour justifier les études importantes menées hors d'Italie sur le projet de code pénal italien : « Lorsqu'une œuvre semblable se prépare dans un pays, l'enquête scientifique s'ouvre aussi sur elle au dehors [...] Ainsi, le législateur a pour collaborateurs non seulement les juristes nationaux mais aussi les savants étrangers »²⁰. Il est tout aussi essentiel que le savoir soit diffusé pour mieux rayonner et pourquoi pas inspirer le législateur français. A ce titre, les trois traductions du Code Zanardelli, toutes élogieuses, vont dans le bon sens et ouvrent également la porte à la comparaison avec les normes pénales de la France. L'un de ceux qui s'est lancé dans cette démarche, le magistrat Jules Lacoïnta²¹, signale d'ailleurs avoir été invité par le garde des

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ A. Céliier, *La criminalité en Italie*, « B.S.G.P. », 1894, pp. 934-938. L'auteur, avocat à Paris, indique, en s'appuyant notamment sur la période 1875-1882, que la criminalité est en augmentation en Italie et pointe du doigt les « associations de malfaiteurs » comme « la *camorra* dans le royaume de Naples » et le « banditisme dans l'Etat romain ». En 1880, Charles Lucas dresse le même constat, évoquant aussi la « plaie » de la *camorra*, *La réforme pénitentiaire en Italie*, « R.C.L.J. », 1880, p. 428.

¹⁸ T. Le Marc'hadour, *Regard français sur le code pénal des Pays-Bas*, cit., p. 191.

¹⁹ Ces deux figures sont d'ailleurs membres correspondants de la *Société générale des Prisons* et de la *Société de législation comparée*.

²⁰ *Etudes sur le nouveau projet de code pénal pour le royaume d'Italie, compte-rendu de l'ouvrage de V. Molinier*, « R.C.L.J. », 1882, p. 62.

²¹ *Code pénal d'Italie (30 juin 1889), traduit, annoté et précédé d'une introduction*, Paris,

Sceaux italien lui-même à présenter ses observations sur l'ultime projet de code pénal²². Il est aisé de constater que les allers-retours sont incessants et réguliers entre juristes des deux pays et plus encore à l'occasion du processus de codification durant lequel les projets italiens sont adressés pour avis à quelques pénalistes français.

Dans l'un de ces retours, le même Jules Lacoïnta souligne, comme plusieurs de ses collègues, à quel point le législateur italien a pu se détourner du modèle de 1810 et de ses bases. Ainsi, la classification des infractions, avec la disparition de la qualification de crime²³, figure parmi les points les plus commentés. Il est vrai que la plupart des codes européens retiennent alors une structure tripartite. Même si les auteurs rappellent que le système français a souvent été critiqué pour n'être ni rationnel ni scientifique, se basant « uniquement sur le fait matériel et arbitraire de la peine »²⁴, la bipartition laisse régulièrement sceptique, comme l'exprime René Garraud pour qui la classification napoléonienne est « claire et pratique » et concorde avec l'organisation judiciaire²⁵. Dès lors, « n'aurait-il pas valu », au lieu de suivre « l'exemple du Code toscan et du Code des Pays-Bas », « conserver l'ancienne règle », comme l'exprime ce membre de la *Société générale des prisons*²⁶ ?

Pour illustrer la position selon laquelle « sur presque toutes les questions doctrinales, le législateur italien se sépare du code français »²⁷, les jurisconsultes évoquent aussi la complicité. Si en France « les auteurs principaux et les complices [...] sont assimilés au point de vue de la peine », le législateur italien « établit quant à lui une distinction »²⁸ entre ces deux catégories en rangeant d'un côté « les auteurs ou coauteurs », de l'autre « les instigateurs principaux (appelés quelquefois par nos criminalistes auteurs intellectuels

1890. Les autres traductions ont été réalisées par P. Sarraute, juge au Tribunal de Périgueux (*Le code pénal italien*, 1890) et E. Turrel, avocat-général (*Code pénal italien*, cit.).

²² « A la différence de ses devanciers », Giuseppe Zanardelli « a cru devoir consulter sur la valeur de son œuvre les criminalistes les plus en vue dans tous les pays du monde. Il leur envoya son projet, en les invitant à lui donner leur avis sur le mérite des réformes dont il était le promoteur », F. Daguin, « B.S.L.C. », 1889, p. 279.

²³ En Italie, « les infractions à la loi pénale sont donc ou des délits, lorsqu'il y a intention coupable, ou des contraventions, lorsqu'elles constituent de simples infractions matérielles », A. Céliér, *Le nouveau code pénal italien*, cit., p. 8.

²⁴ E. Turrel, *Code pénal italien*, cit., p. 7.

²⁵ Commentaires rapportés par L. Paoli, *Le code pénal d'Italie (30 juin 1889) et son système pénal*, cit., p. 19.

²⁶ J. Champcommunal, *Examen critique et comparé du projet de réforme du code pénal français*, Paris 1896, p. 9.

²⁷ J. Lacoïnta, *Code pénal d'Italie*, cit., p. LVII.

²⁸ L. Paoli, *Le code pénal d'Italie*, cit., p. 108.

et rangés en France parmi les complices) » et enfin « les participants secondaires qui sont les complices »²⁹. Ce classement est logique pour beaucoup et rares sont les commentaires soulignant les difficultés pratiques d'application de ces règles et l'impossibilité, en outre, de « distinguer, en fait, entre le mandat, l'ordre, et la menace »³⁰. Les positions sont similaires sur la tentative pour laquelle le châtement, contrairement au droit français jugé isolé sur la question, « n'est pas égal à celui du délit lui-même ». Telle est la conséquence d'une distinction opérée entre « le délit tenté » et le « délit manqué », avec des peines ici graduées³¹.

La doctrine française approuve ces initiatives qui lui paraissent logiques, au même titre que les dispositions du Code Zanardelli consacrées à la responsabilité pénale. Est ainsi mis en avant le fait de ne pas avoir retenu cette « force irrésistible » que le code français fait apparaître à côté de la démence³². Louis Paoli montre à ce sujet que l'essentiel est préservé et que « l'atténuation de responsabilité en cas de contrainte »³³ est toutefois présente dans le texte italien. Ce point permet d'opérer un lien avec les thèses de l'École criminologique, ce que les auteurs français ne se privent pas de faire. Dans le pays de Lombroso, Ferri et Garofalo, les juristes redoutaient l'adhésion à cette doctrine qui, d'après le magistrat Louis Proal, était « pleine de dangers »³⁴ et ses promoteurs pleins de « jactance »³⁵. C'est dire si les travaux préparatoires sur le code pénal étaient « suivi avec un très grand intérêt » pour dissiper « les inquiétudes sur les idées qui prévaudraient dans la nouvelle législation italienne »³⁶.

Malgré tout, quelques-uns estiment qu'il est nécessaire, pour un législateur italien arc-bouté aux postulats de l'école classique³⁷, de « tenir compte du courant d'opinion créé par l'école nouvelle »³⁸. Sans aller, par exemple,

²⁹ A. Céliier, *Le nouveau code pénal italien*, cit., p. 11.

³⁰ J. Lacoïnta, *Code pénal d'Italie*, cit., p. LVIII.

³¹ E. Turrel, *Code pénal italien promulgué le 1^{er} janvier 1890*, cit., p. 10.

³² Code pénal de 1810, art. 64 : « Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister ».

³³ L. Paoli, *Le code pénal d'Italie*, cit., p. 82.

³⁴ L. Proal, *Les réformes proposées par l'anthropologie criminelle*, « B.S.G.P. », 1890, p. 637.

³⁵ J. Cauvière, *Compte rendu d'ouvrages*, « B.S.L.C. », n° 22, fév. 1893, p. 208.

³⁶ L. Paoli, *Le code pénal d'Italie*, cit., p. V. On pourra consulter ici la correspondance établie entre Charles Lucas et Luigi Lucchini.

³⁷ Luigi Lucchini déclare à ce titre qu'« aucune idée appartenant à la nouvelle école n'a été adoptée dans le projet du nouveau Code pénal, ni par le Gouvernement, ni par la commission de la Chambre », *Lettre de M. Lucchini à M. Charles Lucas*, « B.S.G.P. », avril 1889, p. 544.

³⁸ A. Céliier, *Le nouveau code pénal italien*, cit., p. 11.

jusqu'à admettre « la thèse de la force irrésistible », ils trouvent toutefois important, comme l'écrit Alexandre Céliier, de « régler avec soin toutes les causes qui altèrent ou diminuent la responsabilité de l'agent, comme l'âge, la surdi-mutité, l'ivresse ou encore le trouble des facultés intellectuelles (notion de semi-responsabilité) »³⁹. Dans le même sens, il salue encore « une disposition qui semble à l'abri de la critique » et en « vertu de laquelle le juge peut ordonner la remise à l'autorité compétente de l'inculpé déclaré irresponsable, s'il lui apparaît qu'il serait dangereux de le mettre en liberté »⁴⁰.

C'est également avec faveur que les criminalistes évoquent une rupture avec la maxime *non bis in idem*, appliquée rigoureusement en France mais dont le code italien est parvenu à se détacher. Ce texte autorise en effet la poursuite des nationaux pour des infractions commises sur ou hors du territoire ou celle des étrangers pour des faits commis en Italie et ce alors même qu'une décision pénale a été rendue par la juridiction d'un autre pays⁴¹. Ainsi, l'autorité de la chose jugée « qui a pour limite les frontières de chaque Etat » est « sans force » une fois que ces barrières sont franchies⁴². Certains, tel Jules Lacoïnta, saluent ici la consécration du « principe d'universalité de l'exercice du droit de punir »⁴³ qu'il faut comprendre comme une marque de souveraineté et la capacité, pour les juridictions de la Péninsule, d'atténuer « peu à peu les restrictions maintenues par rapport à la chose jugée »⁴⁴.

La doctrine pénale française prête moins d'attention aux éléments du code Zanardelli qui ne sont pas en rupture avec la législation criminelle napoléonienne. Elle décrit plus qu'elle ne commente ou ne critique les dispositions relatives au système d'absorption des peines, à la réprimande judiciaire, au pouvoir des juges, aux circonstances atténuantes ou bien encore à l'excuse de minorité, pour ne citer que les sujets les plus récurrents. Sans doute les auteurs considèrent ces points, relativement peu abordés, comme secondaires, avec des enjeux moindres que ceux suscités par le maintien ou la disparition de la peine capitale.

Les criminalistes peinent à s'extraire de ce dernier débat qu'ils suivent avec la plus grande attention. Ils y consacrent une bonne partie des écrits

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Art. 3 al. 2 et 3 du code pénal de 1889 : « Tout italien est jugé dans le royaume, alors même qu'il l'a été à l'étranger. L'étranger qui a été jugé hors du territoire l'est de nouveau dans le royaume, si le Ministre de la justice le requiert ». La seule réserve, ici, consiste « à tenir compte de la peine par eux subie », J. Lacoïnta, *Le dernier projet de code pénal italien*, « B.S.G.P. », 1888, p. 795.

⁴² *Ibid.*

⁴³ J. Lacoïnta, *Code pénal d'Italie*, cit., p. XXXII.

⁴⁴ J. Lacoïnta, *Le dernier projet de code pénal italien*, cit., p. 796.

produits à l'occasion des discussions sur le projet de code pénal en Italie. La « pierre d'achoppement »⁴⁵ qu'a longtemps été l'abolition de la peine de mort dans un pays unifié mais tenaillé par ses résistances locales⁴⁶ sur ce point n'a nullement découragé les plus farouches adversaires de ce châtiement. En France, un seul nom, celui de Charles Lucas, résume ou presque les contributions scientifiques proposées sur ce point. En « infatigable apôtre »⁴⁷, pour reprendre la formule du professeur Lucchini, il martèle son message et use de toute son influence, comme l'espère Zanardelli, pour faire disparaître en Italie cette peine dont le député Villa dit que « l'humanité n'en a plus besoin »⁴⁸. Ce combat par la voix et l'écrit⁴⁹ est déterminant pour l'auteur français tant il conditionne l'aboutissement du projet de code pénal de la Péninsule qu'il appelle de ses vœux. Derrière cet objectif se dessine aussi l'espoir de voir aboutir une pétition – soumise au Sénat français à l'automne 1884 – relative « à la suppression des exécutions publiques des condamnés à mort, et à l'urgence de l'élaboration d'un nouveau code pénal pour remédier à l'état anormal en France de la répression en matière de crimes capitaux »⁵⁰.

Ce que Lucas avait fait lors de la discussion sur le projet de code pénal hollandais au cours des années 1870, il le reproduit en menant campagne cette fois ci auprès des autorités italiennes. Ainsi, dès 1874, il écrit au ministre de la Justice Vigliani à l'occasion de la présentation du projet de code pénal au Sénat. C'est un exemple qu'il cherche à obtenir pour que l'abolition gagne les grands Etats. L'énergie qu'il déploie contribue à rejeter

⁴⁵ L'expression est employée par Adhémar Esmein en 1882 pour évoquer l'attitude du législateur italien ou encore celle, à un moment, du « législateur allemand de 1870 », « R.C.L.J. », 1882, p. 62.

⁴⁶ Pointant du doigt en 1883 les « dissentiments existant entre le Sénat et la Chambre des députés », le magistrat P. Sarraute s'interroge : « L'accord se fera-t-il ? La minorité abolitionniste du Sénat se grossira-t-elle encore ? Le temps d'arrêt que subit le remarquable projet de code pénal ne tient absolument qu'à cette divergence », *Communication sur l'état d'avancement du nouveau projet de code pénal italien*, « B.S.L.C. », n° 2, février 1883, p. 175.

⁴⁷ *Télégramme de M. le professeur Lucchini*, « B.S.G.P. », 1888, p. 933.

⁴⁸ E. Turrel, *Code pénal italien promulgué le 1^{er} janvier 1890*, cit., p. 23.

⁴⁹ Ch. Lucas rédige inlassablement des pétitions, des rapports et propose des interventions, en particulier une, très remarquée, devant l'*Académie des sciences morales et politiques* où il siège depuis 1835. Le 24 février 1874, il fait encore « publier par la presse italienne une lettre ouverte aux *abolitionnistes italiens* », M.-G. Bardiaux-Vaïente, *Charles Lucas et le mouvement européen d'abolition de la peine de mort*, <https://criminocorpus.hypotheses.org/4426>

⁵⁰ Ch. Lucas, *Pétition du 24 octobre 1884*, « B.S.G.P. », 1884, p. 818. Par ailleurs, en 1888, une proposition de loi relative à l'abolition de la peine de mort est déposée par le député Frébault et plusieurs de ses collègues (« B.S.G.P. », 1888, p. 520). Il est directement fait référence, dans ce texte, au projet de code pénal italien.

au second plan la position d'un certain nombre de ses compatriotes – parmi lesquels Jules Lacoïnta et Victor Molinier – favorables au maintien de la peine capitale. Pour autant, sa capacité à mobiliser « l'opinion abolitionniste européenne »⁵¹ ne trouve pas d'écho législatif en France, pas plus d'ailleurs que sur le souhait, plus largement partagé par les criminalistes français, de voir aboutir le projet de réforme du droit pénal⁵² engagé entre 1887 et 1893. Comme Charles Lucas le déclare, « il y a là une fâcheuse situation » pour un pays qui prétend servir de modèle⁵³ !

C'est bien une leçon de code que l'Italie donne à la France mais cette leçon se rattache plus à la forme qu'au fond. Habitué au statut de maître sur la codification, le pays de Charles Lucas ne semble pas en effet vouloir ou pouvoir revêtir le tablier de l'élève, en particulier sur ces points essentiels de la législation criminelle que sont l'élaboration d'un nouveau code pénal ou bien encore la suppression de la peine capitale. Ce sont ces points sur lesquels les criminalistes français s'attardent alors qu'ils analysent beaucoup plus confidentiellement des dispositions telles que la réprimande judiciaire qui, pour les auteurs d'infractions peu graves, inspirera la France avec la loi du 26 mars 1891 sur le sursis. On peut dresser le même constat au sujet de la peine du confinement, admise en Italie après de « longues hésitations ». Celle-ci « consiste dans l'obligation de résider dans une commune désignée par la sentence et éloignée des lieux où on pourrait craindre une récidive »⁵⁴. Là encore, les auteurs relèvent insuffisamment l'analogie de cette sanction avec la surveillance de la haute police organisée par le code pénal français mais supprimée il est vrai à l'époque du Code Zanardelli⁵⁵. L'influence de la France est donc fragilisée sur le plan pénal. Il est toutefois un autre terrain sur lequel ce pays va pouvoir, sinon donner la leçon, au moins apporter, en raison d'une marge de manœuvre plus étendue, de plus larges conseils et

⁵¹ M.-G. Bardiaux-Vaïente, *Charles Lucas et le mouvement européen d'abolition de la peine de mort*, cit.

⁵² A ce sujet, le comte de Cavour, chef du gouvernement italien, aura ce commentaire en 1856 : « : « Ce n'est pas la France qui donnera la première, parmi les grands Etats de l'Europe, l'exemple de l'abolition de la peine de mort, parce qu'en France il est plus difficile peut-être de faire une réforme qu'une révolution », propos rapportés par Ch. Lucas, *Un nouveau projet de code pénal en Italie*, « B.S.G.P. », 1884, p. 153. En France, « sont déposés sans succès des projets d'abrogation de la peine de mort en 1872, 1876, 1878, 1879, 1886, 1898, 1900, 1902 et 1908 », T. Le Marc'hadour, *Regard français sur le code pénal des Pays-Bas*, cit., p. 192.

⁵³ Ch. Lucas, *Pétition du 24 octobre 1884*, cit., p. 824.

⁵⁴ A. Rivière, *Système pénitentiaire du nouveau code pénal italien*, « B.S.L.C. », n° 22, fév. 1893, p. 145.

⁵⁵ Ce dispositif disparaît avec la loi du 29 mai 1885.

analyses par la plume de ses criminalistes.

2. *L'indissociable réforme pénitentiaire*

Ainsi que le rappelle Jules Lacoïnta en 1890, le système répressif est « conçu de manière à réaliser la réforme pénitentiaire, objet de tant de vœux »⁵⁶. Comme de nombreux pays en Europe et dans le monde, l'Italie ne reste pas à l'écart des importants débats sur la prison qui surviennent au XIX^e siècle. Dans ce pays où se tient en 1885, à Rome, le 3^e congrès pénitentiaire international, les autorités ont logiquement pris l'initiative d'engager sur ce terrain une réforme qui, au regard de la préparation d'un nouveau code dans lequel l'échelle des peines était revue en profondeur, devenait indispensable⁵⁷. D'après l'avocat Alexandre Céliier, « le législateur italien rattache, avec raison, au droit pénal, la science pénitentiaire [...] C'est là une supériorité à noter sur le code français »⁵⁸. Ainsi, un règlement des prisons est-il élaboré en 1891 pour compléter le Code Zanardelli adopté deux ans plus tôt.

La doctrine française ne manque pas de références pour pouvoir commenter les orientations prises sur la question de l'emprisonnement en Italie. A la différence du processus de codification pénale pour lequel la France est à l'arrêt, le débat pénitentiaire a abouti dans ce pays avec l'adoption de la loi du 5 juin 1875 sur le régime des prisons départementales. Le droit de l'exécution des peines a donc trouvé une issue législative qui s'est d'ailleurs renforcée avec les lois Bérenger de 1885 sur la libération conditionnelle

⁵⁶ J. Lacoïnta, *Code pénal d'Italie*, cit., p. CIII.

⁵⁷ « Après avoir renoncé à la peine de mort et aux châtimens corporels, le gouvernement italien a dû chercher dans les peines privatives de la liberté le principal élément de pénalité », V. Molinier, *Etudes sur le nouveau projet de Code pénal pour le royaume d'Italie*, « B.S.L.C. », n° 1, janv. 1880, p. 58. « L'abolition de droit de la peine de mort, écrit Ch. Lucas, c'est la transformation complète de la législation criminelle par la théorie de l'emprisonnement [...] C'est l'ère spiritualiste de la justice répressive et pénitentiaire qui succède à l'ère matérialiste de l'échafaud et du bourreau avec ses peines irréparables et ses peines infamantes ; c'est, en un mot, l'avènement, dans les institutions de répression, de la philosophie spiritualiste qui ne tue ni l'âme ni le corps, mais qui substitue la privation de la liberté à celle de la vie, soit par la captivité perpétuelle, lorsque l'ordre social l'exige pour mettre le coupable hors d'état de nuire, soit par la captivité temporaire, lorsqu'on peut espérer de prévenir la récidive du coupable par l'action énergique et suffisamment prolongée d'une discipline répressive et pénitentiaire », *Un nouveau projet de code pénal en Italie*, cit., p. 157.

⁵⁸ A. Céliier, *Le nouveau code pénal italien*, cit., p. 10.

et de 1891 sur le sursis. France et Italie avancent ici au même rythme ou presque d'où l'attention que les criminalistes français portent aux évolutions du projet de règlement sur les prisons discuté dans la Péninsule italienne.

L'influence de la science pénitentiaire où la quête du meilleur régime de détention, celui qui à la fois punit et amende, y est indéniable. Les membres de la *Société générale des Prisons* saisissent mieux que quiconque les enjeux de la réforme. Ensemble, ils contribuent à diffuser le savoir et les pratiques sur l'emprisonnement – qu'il soit « préventif, répressif ou pénitentiaire » – maintenant que celui-ci est substitué, d'après les termes de Charles Lucas, toujours « apôtre » et « infatigable » sur ce sujet, aux « peines irréparables et infamantes »⁵⁹. Pour cela, ils savent pouvoir compter sur la collaboration de Martino Beltrani-Scalia, considéré comme l'artisan principal de la réforme des prisons en Italie. Quel meilleur interlocuteur les auteurs français peuvent-ils espérer que le directeur général des prisons de ce pays, membre correspondant depuis 1878 de la *Société de législation comparée* et de la *Société générale des prisons* devant laquelle, dès cette époque, est présenté son plan de réforme pénitentiaire⁶⁰ ? Dans le sillage de ce personnage, « l'étude de la théorie de l'emprisonnement » passe également, comme en France, par « deux célèbres » publications, la *rivista penale* d'une part, et la *rivista di disciplina carceraria*⁶¹ qui, l'une comme l'autre, collaborent étroitement avec les revues françaises.

Dans la droite ligne de ce que proposait déjà le Parlement sarde en 1857, l'Italie s'en remet, conformément à une tendance bien ancrée à l'époque, au système cellulaire. Beltrani-Scalia souhaite donner à ce dernier « une impulsion nouvelle »⁶² et une plus large dimension, notamment s'agissant de l'exécution des condamnations de « courte et de longue durée ». L'objectif est ici de supprimer le « système en commun », qualifié de « système de la corruption mutuelle », et de le remplacer par le régime progressif de l'irlandais Crofton, avec son principe « d'épreuves successives » qui conduit de l'encellulement individuel constant vers la libération conditionnelle. Certains criminalistes comprennent mal que l'auteur de la réforme se montre « injuste » envers le système cellulaire qui est pourtant à la base de son texte.

⁵⁹ Ch. Lucas, *Un nouveau projet de code pénal en Italie*, cit., p. 151.

⁶⁰ M. Beltrani-Scalia, *Un projet de réforme pénitentiaire en Italie*, « B.S.G.P. », 1879, pp. 924-933, compte rendu de Louis Paulian. Dès 1878, il avait été demandé à M. Beltrani-Scalia de proposer un projet de réforme qui puisse s'adapter promptement au Code pénal en vigueur » et aux « modifications indispensables au projet de Code pénal », Ch. Lucas, *La réforme pénitentiaire en Italie*, « R.C.L.J. », 1880, p. 419.

⁶¹ Ch. Lucas, *Un nouveau projet de code pénal en Italie*, cit., p. 148

⁶² M. Beltrani-Scalia, *Un projet de réforme pénitentiaire en Italie*, cit., p. 927.

Il est paradoxal en effet que M. Beltrani-Scalia « trouve excellent » ce régime « lorsqu'il s'agit de l'appliquer aux prévenus » et l'estime « sans avantage [...] lorsqu'on propose de l'appliquer aux condamnés »⁶³. En France, on peine parfois à comprendre pourquoi l'Italie s'en remet au régime progressif, elle qui par la voix de son directeur général des prisons fustige « la puissance des associations de malfaiteurs » et le poids des « camorristes » dans les prisons « du midi »⁶⁴. Dès lors, « est-ce que quelques mois de cellule suffiront pour rendre inoffensifs ces hommes qui étaient si dangereux le jour où ils sont entrés dans la prison⁶⁵ » ?

Dans « l'appareil plus luxueux »⁶⁶ que représente, selon le magistrat Albert Rivière, secrétaire général de la *Société générale des prisons*, l'échelle des peines en Italie, la doctrine française salue la « diversité de l'organisation pénitentiaire »⁶⁷ ainsi qu'une méthode analogue à la sienne et consistant, en outre, en la tenue d'une enquête parlementaire et la désignation d'une commission *ad hoc* sur la question pénitentiaire, respectivement en 1872 en France et en 1879 en Italie. Chose essentielle, les juristes transalpins ont réfléchi, contrairement à ce que le législateur français n'a jamais fait, pas même en 1981 au moment de l'abolition de la peine de mort, à ce que pourrait être la peine de remplacement du châtiment capital.

Avec l'*ergastolo*, que l'on trouvait déjà dans le Code toscan, les Italiens sanctionnent les infractions les plus graves par une peine perpétuelle d'enfermement. Comme le prétend Victor Molinier, pourtant partisan de la peine de mort, cette privation de liberté « inspire une terreur suffisante »⁶⁸ parce que l'encellulement individuel « continu » se prolonge durant sept années – ce qui « est bien peu »⁶⁹ ou, en revanche, excessif pour les criminalistes français⁷⁰ – avant de laisser place, pour le reste de la vie du condamné, au régime auburnien⁷¹. Ici même, ces auteurs trouvent d'ailleurs

⁶³ Ivi, p. 928.

⁶⁴ Ivi, p. 924.

⁶⁵ Ivi, p. 929.

⁶⁶ A. Rivière, *Système pénitentiaire du nouveau Code pénal italien*, cit., p. 140.

⁶⁷ A. Rivière, *Discussion au sujet du rapport de M. Lacointa sur le nouveau Code pénal italien*, « B.S.G.P. », 1889, p. 5.

⁶⁸ V. Molinier, *Etudes sur le nouveau projet de Code pénal pour le royaume d'Italie*, cit., p. 58.

⁶⁹ Albert Rivière, *Système pénitentiaire du nouveau Code pénal italien*, cit., p. 141.

⁷⁰ « Les criminalistes et les médecins légistes, qui se sont occupés de l'emprisonnement cellulaire en France, déclarent qu'un maximum de cinq ans est déjà une peine très dure et presque insupportable pour la nature humaine », L. Paoli, *Le code pénal d'Italie (30 juin 1889) et son système pénal*, cit., p. 31.

⁷¹ Celui-ci, rappelons-le, prévoit un isolement cellulaire de nuit et le travail en commun, mais en silence, durant la journée.

de quoi nourrir le projet de réforme du code pénal sur lequel ils travaillent à partir de 1887 et dans lequel le schéma est reproduit presque à l'identique pour les condamnés à l'emprisonnement perpétuel⁷².

Le travail carcéral⁷³, obligatoire et associé à la cellule et aux peines privatives de liberté que sont l'*ergastolo*, la réclusion⁷⁴ et la détention, doit contribuer à l'amendement du détenu, dans un régime où l'individualisation de la sanction prend tout son sens. Les auteurs français se félicitent des mesures d'aménagement de peine que le Code Zanardelli a consacrées, et plus précisément de la libération conditionnelle perçue comme une « heureuse et très humaine disposition »⁷⁵. La mesure est même considérée, d'après Louis Paoli, comme « le véritable complément du système cellulaire »⁷⁶. La doctrine pénale n'hésite pas à mettre en avant, sur ce dispositif, la loi Bérenger du 14 août 1885 dont les auteurs français sont fiers de dire qu'elle a été une référence pour le législateur italien⁷⁷. Là encore, l'aller-retour entre les deux pays est indéniable et la mutualisation tout à fait effective. Ainsi, une fois que le code pénal de 1889 a été adopté, la France cherche immédiatement à s'inspirer des dispositions de ce texte consacrées à la libération conditionnelle pour élaborer son projet de révision du code pénal dans lequel est prévu l'octroi de cette mesure d'aménagement de peine après l'exécution des trois quarts et non plus de la moitié de la condamnation.

⁷² « L'emprisonnement perpétuel ou temporaire (de quinze jours à vingt ans) comporte essentiellement l'obligation du travail. Il est cellulaire pendant un temps limité ; l'isolement de nuit est ensuite substitué à la séparation complète », A. Le Poittevin, *Le projet de réforme du code pénal*, « B.S.G.P. », 1893, p. 157.

⁷³ « Le système des peines mis en place par le Code Zanardelli – en vigueur entre 1890 et 1930 – choisit la privation de liberté comme pivot de l'échelle pénale. Le travail devient alors une obligation pour les détenus : on pense œuvrer, par le travail carcéral, à l'amélioration de l'auteur de l'infraction. Il devient donc fondamental de réfléchir à l'organisation des prisons, la peine n'étant plus seulement conçue dans une perspective de rétribution et d'intimidation. Le système pénitentiaire devient ainsi l'instrument nécessaire de la « conversion » des reclus, objectif même de la peine », A. Monti, *L'expérience italienne au XIX^e siècle. Entre pratique, débats doctrinaux et réformes législatives*, in R. Eckert, J.-M. Tuffery-Andrieu (curr.), *Le travail en prison. Mise en perspective d'une problématique contemporaine*, Strasbourg 2015, p. 69.

⁷⁴ D'après L. Paoli, cette peine, « classée immédiatement après l'*ergastolo* », représente le « plus gros problème pénitentiaire », *Le code pénal d'Italie (30 juin 1889) et son système pénal*, cit., p. 33.

⁷⁵ A. Céliier, *Le nouveau code pénal italien*, cit., p. 10.

⁷⁶ L. Paoli, *Le code pénal d'Italie (30 juin 1889) et son système pénal*, cit., p. 38.

⁷⁷ Dans une lettre adressée le 17 avril 1884 à Charles Lucas, Giuseppe Zanardelli revendique toutefois la paternité de la libération conditionnelle, se référant à une loi votée en 1873 « sur la surveillance de la haute police » et à une proposition dont il a été « l'initiateur », « B.S.G.P. », 1884, p. 393.

L'influence va ici dans le sens d'une plus grande rigueur ce que déplore une partie des auteurs estimant, par la voix du magistrat Gustave Le Poittevin, que « l'espérance est le meilleur stimulant d'amendement »⁷⁸.

La sévérité ressort aussi sur la question sensible de la transportation pour un pays – la France – qui, soucieux de préserver les travaux forcés, n'a pas fait le choix du tout carcéral. Le débat est vif au sujet de cette peine que les Italiens, faute de « possessions transocéaniques »⁷⁹, n'ont pas intégré à leur législation pénale. Sans y recourir, le législateur transalpin avait pourtant initialement songé, pour la peine de la transportation, aux îles de Dalak, en face de Massaua dans la Mer Rouge « sur lesquelles flotte déjà le drapeau italien »⁸⁰. Lors des travaux préparatoires du code, il avait même été prévu d'organiser « l'internement, dans une île située en dehors de la Méditerranée, des condamnés à l'*ergastolo* et à plus de dix ans de réclusion ». Plus tard, une commission fut aussi « chargée d'étudier les moyens de créer une colonie », avec des lieux qui furent proposés, comme les îles Nicobar, dans le golfe du Bengale ou bien encore la Nouvelle-Guinée, l'Erythrée ou le Zambèze⁸¹.

Quoique ces projets n'aient pas abouti, il faut toutefois préciser qu'à l'époque du code Zanardelli, « une espèce de transportation ou relégation dans les petites îles (onze) qui entourent l'Italie » était malgré tout « pratiquée » pour « les individus dangereux, oisifs » et qui bien qu'avertis par une *ammonizione* ne se conformaient point « à l'ordre de bien se conduire, de se mettre au travail et de ne pas donner lieu à d'autres plaintes »⁸². Cette mesure de sûreté publique ne doit pas faire oublier que la *deportazione*, comme l'appelle les auteurs italiens, n'a pas recueilli suffisamment de suffrages dans le pays de Lombroso où une majorité jugeait la transportation « comme peu intimidante et correctrice » mais estimait également qu'elle était « très coûteuse et inégale »⁸³.

Malgré tout, la porosité semblait pouvoir fonctionner sur ce point entre deux pays qui, pour l'un était celui où les idées de la criminologie venaient d'éclorre et l'autre celui où le législateur, sensible à certaines de ces influences,

⁷⁸ A. Le Poittevin, *Le projet de réforme du code pénal*, cit., p. 160.

⁷⁹ *Actes du congrès pénitentiaire international de Rome, novembre 1885*, Rome 1888, II, p. 144, intervention de M. Foresta, sénateur italien. D'après le magistrat Albert Rivière, la raison du refus de la peine de travaux forcés et de la transportation en Italie tient en réalité au fait que « l'administration pénitentiaire est opposée « aux peines d'expatriation », ce qui révèle, chose grave, « une position de principe », « B.S.L.C. », n° 22, fév. 1893, p. 141.

⁸⁰ *Actes du congrès pénitentiaire international de Rome*, cit., p. 163.

⁸¹ H. Prudhomme, *La transportation en Italie*, « B.S.G.P. », 1897, p. 949-950.

⁸² *Actes du congrès pénitentiaire international de Rome*, cit., p. 137.

⁸³ H. Conti, *La récidive dans le code pénal italien*, « Archives d'anthropologie criminelle », juillet 1891, p. 417.

adoptait, par la loi du 27 mai 1885, le très rigoureux mécanisme de la relégation des récidivistes. Ici même, les juristes français veillaient à mettre en garde leurs amis italiens sur la généralisation du régime cellulaire et les conséquences néfastes que cette mesure allait inévitablement entraîner, en particulier le coût exorbitant d'une telle réforme. Comme le pensent ces criminalistes, la transportation constituerait pourtant une habile solution de repli pour ne pas avoir à construire plusieurs dizaines de milliers de cellules et surtout à prendre le risque de fragiliser la réforme pénitentiaire. De surcroît, plusieurs de ces auteurs estiment que cette mesure, à la différence de l'*ergastolo*, « est et sera peut-être toujours le meilleur procédé pour les peines perpétuelles ». Car, prévient le juriste Michaux, « avec le système cellulaire vous arriverez fatalement à la suppression des peines perpétuelles »⁸⁴. L'avertissement, sur ce point, est resté sans lendemain.

La doctrine pénale française continue néanmoins à se montrer bienveillante lorsqu'elle met en garde ses voisins contre les risques auxquelles la réforme pénitentiaire italienne s'expose. Elle connaît bien d'ailleurs, pour l'avoir expérimenté depuis plusieurs décennies, cette gageure consistant à croire à la construction ou à la transformation massive d'établissements dans lesquels le régime cellulaire doit être appliqué à la lettre. Les auteurs avertissent leurs collègues italiens sur les pièges tendus que les meilleurs experts, tel Beltrani-Scalia, n'ignorent pas⁸⁵. Sur le plan pénitentiaire, les deux pays, et bien d'autres, sont confrontés principalement à la même difficulté, de nature financière. Les juristes français mentionnent que l'Italie est pourtant bien plus exposée, elle qui a généralisé le cellulaire lorsque la France ne l'a réservé qu'aux prévenus et aux courtes peines. Malgré tout, dans le pays de Zanardelli, les prisons « sont devenues un véritable tonneau des Danaïdes »⁸⁶ qui, semble-t-il, n'est pas prêt d'être rebouché. Finalement, n'eût-il pas été plus opportun, comme l'exprime Louis Paoli, que « la réforme des établissements pénitentiaires » précède « la réforme du Code pénal »⁸⁷ ? Il oubliait que sur ce terrain, la France n'avait pas de leçon à donner...

⁸⁴ *Actes du congrès pénitentiaire international de Rome*, cit., p. 172. Il faut préciser que le projet de code pénal français de 1887 ne conservera pas la transportation mais préservera en revanche la relégation qui devient une peine.

⁸⁵ Il convient de rappeler qu'en Italie, « la loi de 1864 établissant le régime cellulaire n'a pas été exécutée faute d'argent », E. Pagès, *Les questions pénitentiaires en Italie*, « B.S.G.P. », 1880, p. 223.

⁸⁶ L'expression émane de M. de Renzis, député italien à la Chambre, « B.S.G.P. », 1883, p. 357.

⁸⁷ L. Paoli, *Le code pénal d'Italie (30 juin 1889) et son système pénal*, cit., p. 31.

Conclusion

À la toute fin du XIX^e siècle, à l'heure où les « ardeurs » du début de la réforme pénale « se sont singulièrement calmées »⁸⁸ mais où, de l'aveu même de l'homme d'Etat Francesco Crispi, « il ne s'est finalement fait à peu près rien depuis environ quatre ans que le Parlement a voté le Code et depuis trois ans qu'il est en vigueur »⁸⁹, l'intérêt scientifique que les criminalistes français ont porté aux normes pénales italiennes est demeuré constant. Il faut cependant relever une limite importante dans les contributions que ces juristes rédigent dans les revues de droit. Il est ainsi flagrant de constater un essoufflement de la doctrine, non sur le sujet de la réforme pénitentiaire où la France a montré sa capacité à légiférer, mais sur la codification pénale pour laquelle l'avance italienne est conséquente. Les articles, ici, sont dans l'ensemble relativement peu nombreux et souvent descriptifs.

Il semble que les longues années qui se sont écoulées jusqu'à l'adoption du Code Zanardelli et les analyses proposées lors des discussions sur le code pénal hollandais de 1881 ont quelque peu détourné les auteurs français d'un sujet sur lequel l'Italie, de nouveau, les invitait à dissenter mais pour lequel, à la différence de la réforme pénitentiaire, ils peinent à se mobiliser et à peser. Les similitudes entre les deux codes sont telles que l'essentiel, à cette date, semble déjà avoir été dit, y compris sur la peine de mort. Par ailleurs, le nouveau code pénal italien et son contenu déjà connu ne mobilisent pas les criminalistes de premier plan mais, à l'exception de Charles Lucas, des juristes moins réputés et moins influents. Pour autant, ces personnalités gardent à l'esprit que le mouvement de réforme du droit pénal engagé dans la patrie de Beccaria est un modèle à suivre⁹⁰, même si l'avenir enseigne qu'il faudra être très patient. Plus encore, ils se sentent confortés dans le fait que la réforme des prisons reste un défi difficile à relever.

⁸⁸ P. Baillière, *Etat actuel de la réforme pénitentiaire en Italie*, « B.S.G.P. », 1899, p. 112.

⁸⁹ L. Rivière, *A propos de la lettre de M. Crispi*, « B.S.G.P. », 1893, p. 106. Son homonyme A. Rivière parle quant à lui de « lamentables lacunes » à propos de la réforme pénitentiaire italienne, *Système pénitentiaire du nouveau code pénal italien*, cit., p. 153.

⁹⁰ Evoquant le modèle italien, C.-E. Camoin de Vence indique que le code Zanardelli, au même titre que le code hollandais, est l'expression la plus récente « du progrès en matière pénale », *Des indemnités à accorder aux victimes d'erreurs judiciaires*, « B.S.G.P. », 1894 p. 331.

La Cassazione penale di Napoli e la giurisprudenza francese (1809-1815)

Stefano Vinci

1. Da Parigi a Napoli: la nuova organizzazione giudiziaria ed il sistema della Cassazione

La “restaurazione della giustizia” fu adottata a Napoli dal governo francese con le leggi del 20-22 maggio 1808 sulla base del modello napoleonico¹. In particolare, la *Legge che contiene l'organizzazione giudiziaria del 20 maggio 1808* ridisegnò gli organi giudiziari del Regno, che furono suddivisi in giudici di pace, tribunali di prima istanza, tribunali di commercio, tribunali di appello, tribunali criminali e Gran Corte di Cassazione². Per quanto concerne la giustizia criminale, essa sarebbe stata esercitata dai giudici di pace – competenti nei giudizi correzionali e in quelli penali di lieve entità – e dalle corti criminali. Queste ultime, secondo quanto disposto dall'articolo 48 della legge, sarebbero state dislocate in ogni provincia ed avrebbero avuto la stessa sede dei tribunali di prima istanza civili (Napoli, Santa Maria di Capua, Teramo, Aquila, Lanciano, Lucera, Campobasso, Trani, Lecce,

¹ La riforma dell'organizzazione giudiziaria fu varata con quattro leggi fondamentali, di cui le prime tre portano la data del 20 maggio 1808 e la quarta del 22 maggio dello stesso anno. La prima rubricata come «Legge sulla nuova organizzazione giudiziaria» stabiliva una divisione fondamentale della giurisdizione, che avrebbe potuto essere volontaria o necessaria a seconda dell'importanza economica dell'oggetto. La giurisdizione volontaria sarebbe stata esercitata da arbitri eletti dalle parti, mentre la necessaria dai giudici di pace, dai tribunali di prima istanza, dai tribunali di commercio, dai tribunali di appello, dai tribunali criminali e infine dalla corte di Cassazione. I tribunali di appello – composti da un presidente, un vice presidente, sette giudici, un procuratore regio, un sostituto procuratore ed un cancelliere – giudicavano sulle sentenze soggette ad appello pronunciate dagli arbitri, dai tribunali di commercio e dai tribunali di prima istanza, sia in sede civile che in correzionale. ASNA, *Leggi e Decreti Originali*, vol. 15, n. 878, Tit. I. Sull'argomento cfr. A. De Martino, *Antico regime e rivoluzione nel Regno di Napoli. Crisi e trasformazione dell'ordinamento giuridico*, Napoli 1972, pp. 165 ss.

² *Legge, che contiene l'organizzazione giudiziaria dei 20 maggio 1808*, in *Bullettino delle leggi del regno di Napoli*, Napoli 1808, I. Decreto n. 140. Sull'argomento rinvio a A. De Martino, *Antico regime e rivoluzione*, cit., pp. 171 ss.

Potenza, Cosenza, Monteleone, Salerno, Avellino)³. Ogni corte criminale sarebbe stata composta da un presidente, cinque giudici, un procuratore regio e un cancelliere⁴ e l'unico rimedio esperibile contro le sentenze emesse da questi tribunali sarebbe stato costituito dal ricorso alla Corte di Cassazione per motivi di legittimità⁵. Questo sistema si differenziava da quello francese, che prevedeva l'esistenza presso ogni dipartimento di un tribunale criminale e di due *jury* (giurie popolari che decidevano sulle questioni di merito rimesse loro dai tribunali criminali, con competenza solo sulle questioni di diritto: in particolare spettava loro, in presenza di un riconoscimento di responsabilità dell'imputato da parte del *jury*, graduare la pena secondo quanto disposto dalla legge) che garantivano l'imputato contro la lacuna della mancanza dell'appello in materia criminale non correzionale⁶. A Napoli, invece, la legge del 1808 non aveva creato né tribunali di appello né *jury*, lasciando il ricorso per cassazione come unico mezzo di gravame contro le sentenze dei tribunali criminali.

Il titolo VIII della legge napoletana sull'organizzazione giudiziaria, intitolato *Della gran Corte di cassazione*, prevedeva l'istituzione di tale organo supremo residente in Napoli, unico per tutto il Regno⁷, competente «contro le decisioni definitive proferite in ultima istanza»⁸. La Corte sarebbe stata composta da un presidente, un vicepresidente e sedici giudici, oltre ad un procuratore generale regio, due sostituti ed un cancelliere togato⁹. Per le cause criminali e correzionali, le domande di cassazione – da proporsi entro tre giorni dalla notifica della sentenza – sarebbero state discusse e giudicate col numero non minore di undici giudici¹⁰. L'accoglimento dei ricorsi era legato a sole due cause: se vi fosse stata contravvenzione espressa alla legge o

³ Legge, che contiene l'organizzazione giudiziaria dei 20 maggio 1808, cit., art. 27.

⁴ Ivi, art. 49.

⁵ Ivi, art. 51: «Contro le decisioni del tribunal criminale non è permesso altro rimedio legale, che il ricorso alla gran Corte di Cassazione». Quest'ultima «istituita per mantener l'esatta osservanza delle leggi, e per richiamare alla loro esecuzione i giudici che se ne fossero allontanati» avrebbe giudicato non nell'interesse dei litiganti, ma in quello della legge». Ivi, art. 60.

⁶ Cfr. J. Godechot, *Les institutions de la France sous la révolution et l'Empire*, Parigi 1951, pp. 476–81; A. De Martino, *Per la storia della Cassazione a Napoli: il dibattito sull'ordinamento giudiziario durante gli anni Venti dell'Ottocento*, in C. Vano, A. Mazzacane, (curr.), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Napoli 1994, pp. 485–535; F. Mastroberti, *Costituzioni e costituzionalismo tra Francia e Regno di Napoli (1796–1815)*, Bari 2014, pp. 121–126.

⁷ Legge, che contiene l'organizzazione giudiziaria dei 20 maggio 1808, cit., art. 52.

⁸ Ivi, art. 54.

⁹ Ivi, art. 53.

¹⁰ Ivi, art. 57.

se fosse stato violato il rito nelle parti essenziali¹¹. In caso di annullamento del provvedimento impugnato, la Corte avrebbe rimesso la causa per essere giudicata da un tribunale dello stesso grado di quello che l'aveva proferita¹². Legittimato a proporre ricorso, oltre all'imputato ed al procuratore regio presso il giudice *a quo*, era il regio procuratore generale che, nei casi di violazione della legge per i quali non fosse stato prodotto ricorso, avrebbe potuto denunciare le violazioni di legge alla Corte di Cassazione, la quale avrebbe potuto cassare il giudicato, senza che le parti potessero «prevalersi della cassazione, dovendo il giudicato medesimo eseguirsi per rispetto alle parti, come una transazione»¹³. Tale funzione in capo ai procuratori generali delineava l'ampio potere di controllo di tutta la giustizia, penale e civile del Regno, effettuato in stretto contatto col Ministro di Grazia e Giustizia.

Il sistema fin qui delineato subì dei correttivi in vista del progetto di introdurre a Napoli i codici penale e d'istruzione criminale francesi, la cui adozione era stata decretata il 22 novembre 1810 con la nomina della commissione incaricata della loro traduzione ed adeguamento alle esigenze del Regno¹⁴. Prima che entrassero in vigore i nuovi testi, fu ritenuto indispensabile adottare delle modifiche all'ordinamento giudiziario vigente (per allinearli quanto più possibile alle norme processuali d'Oltralpe¹⁵), che avrebbero toccato in primo luogo l'organo supremo, la cui revisione avrebbe costituito il primo tassello di una riforma che sarebbe rimasta incompiuta.

Sulla base del presupposto secondo cui sarebbe stato più semplice adeguare l'organizzazione giudiziaria napoletana al codice d'istruzione

¹¹ Ivi, art. 61.

¹² Ivi, art. 67. Se il nuovo tribunale individuato in sede di legittimità quale giudice del rinvio avesse emesso una sentenza conforme a quella già cassata per causa di contravvenzione alla legge, la Gran Corte avrebbe dovuto farne rapporto al Ministro di Giustizia e non avrebbe potuto ammettere nuovo ricorso fino a che non fosse stato spiegato il dubbio della legge. Ivi, art. 68.

¹³ Ivi, art. 69.

¹⁴ *Bullettino delle leggi del regno di Napoli*, Napoli 1810, II. Decreto del 22 novembre. La commissione fu formata da Felice Saponara, Giuseppe Poerio, David Winspeare, Amodio Ricciardi e Niccola Nicolini. Sull'argomento rinvio a F. Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie dal 1808 al 1820*, Napoli 2001, pp. 164 ss.

¹⁵ Ivi, pp. 180 ss. Le principali difficoltà riscontrate riguardavano la difettosa divisione territoriale del Regno (caratterizzata da province, distretti e circondari molto vasti, dalla posizione non sempre centrale del capoluogo e dalla mancanza di una viabilità efficiente) e la scarsità del numero di ufficiali di polizia e di magistrati chiamati a svolgere un carico di lavoro sproporzionato rispetto alle loro forze. A queste disfunzioni tecniche si aggiungevano scelte di principio del codice ritenute anacronistiche, come la confusione delle funzioni giudicanti ed istruttorie del giudice di merito, la mancanza di giudizio di accusa, lo strapotere dei pubblici ministeri e la mancata divisione tra giudizi di fatto e di diritto.

criminale francese piuttosto che il contrario¹⁶, il ministro Ricciardi pose mano direttamente alla riforma dell'organo supremo, prevedendo la divisione della Corte in tre sezioni, ritenendo insufficiente che una sola potesse far fronte alle cause civili e criminali insieme, soprattutto in considerazione del fatto che queste ultime esigevano particolare urgenza¹⁷.

Si trattava di correttivi al sistema della cassazione che in Francia erano stati introdotti già da tempo con la legge 27 Ventoso anno VIII (18 marzo 1800) sull'organizzazione dei tribunali, la quale aveva previsto la divisione dell'organo supremo in tre sezioni, aumentato il numero dei tribunali di prima istanza e distinto quelli di appello in civili e penali¹⁸.

La riforma annunciata prese corpo col decreto del 3 aprile 1812 che – sulla scorta della premessa secondo cui «[...] l'istruzione criminale non può prendere la norma che le dà il codice dell'impero se prima non vi si adatti l'organizzazione giudiziaria che n'è la base»¹⁹ – stabilì l'ampliamento della composizione della Gran Corte in un primo presidente e due presidenti (rispetto ad un presidente ed un vice previsti dalla legge organica del 20 maggio 1808), ventitré consiglieri (rispetto ai sedici fino ad allora funzionanti), un procuratore generale e tre sostituti (e non più due) che avrebbero preso il nome di avvocati generali, dei quali il più anziano per nomina avrebbe avuto il titolo di primo avvocato generale²⁰.

Inoltre, furono previste tre sezioni: quella dei ricorsi, composta da sei giudici, chiamata ad ammettere o rigettare i ricorsi in materia civile e di presa a parte, statuire sulle domande di competenza o di rinvio da un tribunale civile ad un altro; quella civile, formata da dieci consiglieri, che si sarebbe pronunciata sulle domande per cassazione o per azione civile contro i giudici, ammesse dalla sezione dei ricorsi e sugli annullamenti *ex officio* in

¹⁶ Il progetto provvisorio di modifica dell'organizzazione giudiziaria al codice processuale francese prevedeva la necessità di moltiplicare gli agenti di polizia giudiziaria, attivare i giudizi correzionali e di polizia, dividere le funzioni d'istruttore da quelle di giudice, far precedere il giudizio di accusa a quello di merito, istituire le giurie. *Rapporto a S.E. il Gran Giudice Ministro della Giustizia della Commissione incaricata della traduzione del Codice d'Istruzione criminale di Francia*, Napoli 8 giugno 1811, pp. 17-18, in *Progetti di leggi penali*, Società Napoletana di Storia Patria, coll. SBN XV A9 (2-8). Cfr. F. Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale*, cit., pp. 184 ss.

¹⁷ *Rapporto a S.E. il Gran Giudice*, cit., p. 47. Cfr. F. Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale*, cit., pp. 198 ss.

¹⁸ *Loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) sur l'organisation de tribunaux*, in *Codes de la législation française*, Paris 1854, pp. 973 ss.

¹⁹ *Bullettino delle leggi del regno di Napoli*, Napoli 1812, I. Decreto n. 1304. *Decreto pel perfezionamento del sistema organico della gran Corte di cassazione*, Napoli, 3 aprile, preambolo.

²⁰ Ivi, artt. 2 e 3.

materia civile proposti dal procuratore generale nell'interesse della legge; e quella criminale, composta di dieci membri, investita della trattazione dei ricorsi per cassazione in materia criminale, correzionale o di polizia, sulle questioni di competenza o di conflitto di giurisdizione e sugli annullamenti proposti d'ufficio dal procuratore generale nell'interesse della legge²¹.

Furono ancora precisate le disposizioni in materia di ricorsi, ammissibili solo contro le sentenze definitive proferite in ultima istanza²² e cassabili esclusivamente per contravvenzione espressa alla legge o per violazione delle forme essenziali²³, stabilendo i casi nei quali non vi sarebbe stato luogo a rinvio, individuati nelle ipotesi di annullamento per contrarietà di giudicati o per revoca in grado di appello di una sentenza inappellabile. Infine, il decreto riproponeva, sotto forma di disposizioni generali, le funzioni di «censura e disciplina» attribuite all'organo supremo sulle corti di appello e corti criminali²⁴ e i casi nei quali si sarebbe dato luogo ad interpretazione di legge, secondo il disposto dell'articolo 68 della legge organica del 20 maggio 1868 che – sull'esempio francese della Costituzione del 1791²⁵ – abbozzava il meccanismo del *referè legislatif*, prevedendo che in caso di nuovo annullamento da parte del giudice di rinvio la Cassazione avrebbe dovuto procedere a fare rapporto al Ministro ed attendere la spiegazione del dubbio di legge prima di ammettere un nuovo ricorso²⁶:

²¹ Ivi, artt. 4-8.

²² Ivi, art. 9-18.

²³ Ivi, art. 19-25. In particolare, l'art. 21 precisava che non fossero soggette a cassazione le decisioni «mal motivate, quando il dispositivo non contravvenga espressamente alla legge», escludendo la possibilità per la Corte di disapprovarne i motivi.

²⁴ Ivi, art. 26: «La Corte di cassazione, presieduta dal gran Giudice ha dritto di censura e di disciplina sulle corti di appello e le corti criminali: può per causa grave sospendere i giudici dalle loro funzioni, e mandargli presso il gran Giudice per rendervi conto della loro condotta».

²⁵ Nell'ottica di una rigida separazione dei poteri, i costituenti francesi prevedero all'art. 21, cap. V, della Costituzione del 1791 il sistema del *referè legislatif*, che imponeva ai giudici di rivolgersi al potere legislativo per scogliere i dubbi di legge. Il meccanismo dimostrò però presto le sue falle, in quanto le assemblee legislative si dimostrarono incapaci di rispondere ai quesiti sollevati dai tribunali o dalla Cassazione. Per questa ragione, sotto il Direttorio cominciò il suo declino fino ad essere abbandonato nel periodo napoleonico ed abrogato formalmente nel 1837. Cfr. J.L. Halpérin, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne, in Une autre justice. 1789-1799*, Paris 1989, pp. 225-241 (235); P. Alvazzi del Frate, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino 2005, pp. 75-106; Id., *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino 2011, p. 27.

²⁶ Legge, che contiene l'organizzazione giudiziaria dei 20 maggio 1808, in cit., art. 68.

Art. 27. Vi sarà luogo ad interpretazione di legge se la Corte di cassazione annulla due decisioni o sentenze in ultima istanza pronunziate sul medesimo affare tra le parti medesime, e che sieno state impugnate co' medesimi mezzi.

Questa forma sarà data nella forma di regolamento di amministrazione pubblica.

Può domandarsi dalla Corte di cassazione prima di pronunziare la seconda decisione. Se non è domandata, la Corte di cassazione non può rendere la seconda decisione che a sezioni riunite e sotto la presidenza del gran Giudice.

La Corte di cassazione a camere riunite, dichiarerà esservi luogo ad interpretazione, e si procederà nella forma prescritta nell'art. 68 della legge organica de' 20 maggio 1808²⁷.

Tali disposizioni, che sarebbero state riprese integralmente dalla riforma operata nel 1817, istituzionalizzavano la funzione della Cassazione quale interprete della legge, nella forma di regolamento della pubblica amministrazione, lasciando in ultima ipotesi il deferimento al Ministro per lo scioglimento del dubbio di legge soltanto a seguito della decisione delle camere riunite.

Ancora una volta si trattava della perfetta recezione del modello francese ed in particolare della *Loi du 16 septembre 1807* in materia di interpretazione (il cui testo era stato letteralmente tradotto dal legislatore napoletano²⁸) che faceva fronte alla desuetudine dell'istituto del *referè legislatif*, di fatto abrogato dal codice civile napoleonico del 1804, che imponeva ai giudici di decidere sempre e comunque anche nei casi di dubbio o di lacuna normativa, pena la configurazione del reato di denegata giustizia²⁹.

²⁷ *Decreto pel perfezionamento del sistema organico della gran Corte di cassazione*, cit., art. 27.

²⁸ *Loi du 16 septembre 1807*, in M.J.A. Rogron, *Code d'instruction criminelle expliqué par ses motifs et par des exemples*, Bruxelles 1834, p. 192. Art. 1: «Il y a lieu à interprétation de la loi, si la cour de cassation annule deux arrêts ou jugemens en dernier ressort rendus dans la même affaire entre les mêmes parties, et qui ont été attaqués par les mêmes moyens. Art. 2. Cette interprétation est donnée dans la forme des réglemens d'administration publique. Art. 3. Elle peut être demandée par la cour de cassation avant de prononcer le second arrêt. Art. 4. Si elle n'est pas demandée, la cour de cassation ne peut rendre le second arrêt, que les sections réunies et sous la présidence du ministre de la justice. Art. 5. Dans le cas déterminé en l'article précédent, si le troisième arrêt est attaqué, l'interprétation est de *droit*, et il sera procédé comme il est dit en l'art. 2».

²⁹ Secondo M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966, pp. 151 ss. il contrasto tra l'articolo 4 del *Code civil* e la normativa rivoluzionaria sul *referè legislatif* andava letto in termini di abrogazione, in quanto l'introduzione del divieto per il giudice di «denegare giustizia» aveva avuto essenzialmente lo scopo di eliminare il predetto

In tal senso la legge francese aveva riconosciuto formalmente alla Cassazione il ruolo di interprete della legge che aveva sopperito alle deficienze del sistema del *referè legislatif* a causa dell'incapacità delle assemblee legislative di rispondere alle questioni sollevate dall'organo di legittimità. Scrive Jean-Louis Halpérin: «Profitant de cette inaction, les juges de cassation prirent l'initiative de trancher seuls les question controversées, relatives aux successions et aux enfants naturelles, sur lesquelles ils avaient vainement demandé l'avis des assemblées. En quelque sorte, le Tribunal de cassation répondit lui-même à ses propres référés! L'interprétation jurisprudentielle prenait la place laissée vacante par l'interprétation législative»³⁰.

Al pari della sorella francese, anche la Cassazione napoletana aveva ottenuto, quindi, il formale riconoscimento di un potere di interpretazione di fatto esercitato ed assimilato all'esercizio di un potere legislativo, che avrebbe potuto esprimersi addirittura nelle forme del regolamento della pubblica amministrazione³¹ oppure attraverso l'indicazione annuale fornita al governo dei punti sui quali «l'esperienza le avrà fatto conoscere i vizj o l'insufficienza della legislazione»³².

2. *L'evoluzione autonoma del diritto penale napoletano*

Al di là dei meccanismi procedurali o della divisione in sezioni, la riforma del 3 aprile 1812 rese necessario rimpolpare subito le fila dei magistrati della Cassazione, il cui organico si arricchì di forze nuove che avrebbero dato genuino impulso all'attività di quel tribunale. Fra questi, ebbero un ruolo di spicco i nuovi avvocati generali David Winspeare (che era stato procuratore della Commissione feudale nel 1808 e consigliere di Stato nel

istituto ed impedirne il ritorno.

³⁰ J. L. Halpérin, *Le Tribunal de Cassation*, cit., p. 236.

³¹ Con la Restaurazione, la previsione secondo cui l'interpretazione avrebbe seguito la forma di regolamento di amministrazione pubblica fu oggetto di discussione in quanto affidava alla Cassazione l'esercizio di un potere legislativo. Il *Conseil d'Etat*, nella sessione del 23 dicembre 1823, fu d'avviso che la legge 16 settembre 1807 fosse abrogata e che la facoltà d'interpretazione dovesse continuare ad appartenere al Re ed al Consiglio di Stato. M.J.A. Rogron, *Code d'instruction criminelle*, cit., p. 192.

³² *Decreto per perfezionamento del sistema organico della gran Corte di cassazione*, cit., art. 28. Sulla base delle indicazioni fornite, il governo avrebbe determinato la necessità di rimettere le osservazioni della Corte al Consiglio di Stato.

1810³³), e Niccola Nicolini (che aveva ricoperto le cariche di procuratore generale presso la corte criminale di Terra di Lavoro nel 1808 e di presidente della corte criminale di Napoli nel 1810³⁴), i quali si aggiunsero a Filippo Cianciulli e Giuseppe Poerio, già procuratori generali nel 1809. Si trattava di giuristi di elevatissima competenza maturata sul campo, che credevano fortemente nella novellata funzione di indirizzo del supremo collegio al quale erano stati chiamati ad appartenere. Tra essi, soprattutto il vichiano Nicolini ebbe l'importante compito di traghettare dall'antico al nuovo regime i giuristi ancora riluttanti di fronte all'introduzione della Cassazione, che sembrava sminuire il potere giudiziario delle corti inferiori e degli stessi avvocati, formati nello spirito delle vecchie leggi e del diritto romano.

Infatti, in occasione del suo esordio nel ruolo di avvocato generale nell'ambito della trattazione del ricorso proposto da Tobia Lepore e Carmela Craco, imputati rispettivamente di omicidio premeditato con prodizione o per causa turpe e di intelligenza in detto misfatto³⁵, Nicolini approfittò per premettere alle sue conclusioni "tecniche" una sorta di discorso storico-giuridico nell'ottica di passare in rassegna tutte le leggi napoletane avvicendatesi nel corso degli anni, indicandone le ragioni, le differenze e l'originalità che avrebbero reso inutile e superfluo il richiamo all'autorità dei giuristi francesi: doveva, pertanto, considerarsi «grave, perché servile, e poco alla cosa, nulla alla dignità vostra né all'amor patrio convenevole» il metodo, troppo abusato nei tribunali del Regno, di trattare le questioni di diritto attraverso citazioni dottrinali e giurisprudenziali d'Oltralpe, sulla

³³ F. E. D. Ippolito, *s.v.* «Winspeare, Davide», in *DBGI*, II, pp. 2070–2071.

³⁴ F. Nicolini, *Niccola Nicolini e gli studii giuridici nella prima metà del secolo XIX. Scritti e lettere raccolti da Fausto Nicolini*, Napoli 1907, p. XLV; R. Feola, *s.v.* «Nicolini, Niccola», in *DBGI*, II, pp. 1431–1434.

³⁵ La questione sottoposta al vaglio della Corte richiedeva di risolvere problemi di natura processuale connessi al passaggio tra il vecchio ed il nuovo diritto, posto che il fatto delittuoso risultava commesso il 3 gennaio 1809, epoca in cui le riforme giuseppine, benché promulgate, non erano ancora entrate in vigore (avrebbero infatti avuto vigenza a partire dal 7 gennaio 1809), per cui dovevano ritenersi ancora in forza le leggi antiche. A ciò si aggiungeva la circostanza secondo cui la causa era stata già trattata due volte dinanzi alla Suprema Corte sotto l'impero della legge organica del 20 maggio 1808 e ritornava per la terza volta al vaglio di legittimità a seguito della *novella legis* del 3 aprile 1812, che aveva perfezionato il sistema della Cassazione: questa successione di leggi nel tempo aveva costituito l'appiglio giuridico da parte dell'«ingegnoso sostenitor del ricorso», che aveva colto l'occasione per «mettere in movimento le leggi varie di queste tre epoche, ed aggiungervi le leggi francesi, e trarre da ciascuna quanto al suo impegno egli ha creduto favorevole». Corte di cassazione, Sezione criminale, sentenza del 2 giugno 1812, ric. Lepore e Craco avverso decisione corte criminale di Capitanata del 25 agosto 1809, rel. Moles, AG Nicolini. Rigetto. ASNa, *Corte di cassazione di Napoli*, Inv. 916, b. 10, foll. 2r–11r.

base dell'assunto secondo cui la tradizione giuridica napoletana costituiva un bagaglio di norme e principi "nobile ed antico", che andava preferito alla scienza francese. Infatti, le leggi nuove rappresentavano un miglioramento ed una continuazione di quelle vecchie, da ritenersi ancora in vigore nelle materie non oggetto di trattazione dalle ultime: il che presupponeva, nell'ottica del legislatore, un legame di "filiazione" tra le une e le altre, «non potendo presumersi ch'egli avesse voluto in alcuni casi regolare le cause con due leggi sì contrarie e nemiche fra loro, come sarebbero la barbarie e la civiltà, le tenebre e la luce»³⁶.

La tesi dell'autonoma evoluzione del diritto napoletano rispetto a quello francese trovava fondamento nel fatto che entrambe avevano avuto il fondamento comune in un «codice italiano, qual era la romana legislazione» che era stata alterata, nell'uno e nell'altro Paese, da leggi ed usi di «popoli settentrionali, e da locali consuetudini, e da provvedimenti per circostanze a ciascun paese proprie e particolari»³⁷. E le speculazioni dottrinali che ne erano seguite non avevano risparmiato il Regno, dove si erano raggiunti progressi giuridici di grande rilievo, che avevano superato anche la Francia³⁸:

Ci mancava, è vero, come mancava a tutta l'Europa, un corpo intero e concorde di leggi: spesso i tribunali si trovavano qui, come altrove, fra le contrarietà di leggi diverse, astretti a ricorrere alle regole di giustizia universale, ed anche all'autorità di leggi e decisioni straniere, onde conoscere verso qual parte e fin dove, animata e tratta dalla ragione, la sentenza della legge potesse estendersi e pervenire; ove piegarsi o attenuarsi; ove arrestarsi o diffondersi più libera; e quando allargarsi, quando restringersi. Non vi ha dubbio però che in ogni materia luminosi erano i nostri principi: le giurisdizioni che uscivano da tutt'altra potestà che dal Re, come p.e. la ecclesiastica e la

³⁶ Ivi, p. 7: «So bene che la *non-retroattività* della legge non deriva da ciò; ma trova in questa successione non solo la facilità dell'applicazione del suo principio, ma anche la risposta agl'inconvenienti che potrebbero nascerne».

³⁷ Ivi, p. 8.

³⁸ *Ibidem*: «Basterebbe aprire il Vouglans, giureconsulto che ci conserva le leggi e l'uso di giudicare de' tribunali francesi poco innanzi alle novità del 1791 e del 3 brumaio anno 4, e confrontarne i dettati barbari con la filosofia e la umanità progressiva delle leggi nostre e della nostra giurisprudenza, particolarmente dal 1774 in poi. Che se aggiungeremo a questa le interpretazioni e le applicazioni che se ne facevano ne' nostri tribunali con la scorta della nostra ordinanza militare del 1789, tutta concorde a' principi di altro codice pur italiano, qual era il Leopoldino pubblicato nel 1783 in Firenze, scorgeremo di leggieri il punto dove era rimasto pria di quell'epoca il foro francese, e dove il nostro era giunto».

baronale, la prima ricondotta a' suoi limiti, la seconda quasi annullata; la tortura abolita; vietato il decidere per opinioni di privati interpreti: ordinata la motivazione delle decisioni in fatto ed in diritto; e nei soli casi che non trovassero legge espressa che li comprendesse, autorizzato il primo collegio giudiziario del regno a proporre al Re di convertire in legge le opinioni costanti del foro, e la ragionata consuetudine di giudicare³⁹.

Nicolini ripercorreva, quindi, i tratti più salienti del riformismo carolino, senza neppure tralasciare il tentativo di codificazione operato da Pasquale Cirillo, per sostenere che nel Regno, prima ancora che in Francia, si erano operati molti sforzi rivolti a ridurre ad unità le diversità, le contraddizioni e le anomalie del vecchio diritto, per cui era possibile sostenere che le nuove leggi erano quasi “germogliate” dalle antiche istituzioni napoletane, quale loro compimento e perfezionamento.

3. Dubbi di legge e giurisprudenza francese

Nonostante l'impegno di Nicolini rivolto a valorizzare quanto più possibile il diritto patrio, i richiami alla giurisprudenza d'Oltralpe costituirono spesso uno strumento necessario di comparazione al fine di verificare la corretta applicazione delle nuove norme, soprattutto in sede di risoluzione dei dubbi di legge che venivano presentati al Ministro della Giustizia dai procuratori regi dislocati nelle sedi delle diverse corti di merito, la cui risoluzione avrebbe richiesto il parere preventivo del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione⁴⁰.

³⁹ *Ibidem*. Nicolini sintetizzava il contenuto delle riforme giudiziarie caroline contenute nelle prammatiche del 14 marzo 1738, 28 settembre e 26 novembre 1774. Sull'argomento rinvio a R. Ajello, *Il problema della riforma giudiziaria e legislativa nel regno di Napoli durante la prima metà del secolo XVII. I. La vita giudiziaria*, Napoli 1961, pp. 127-145.

⁴⁰ L'innovazione più significativa creata dal legislatore francese fu certamente quella della rete delle procure, stabilite ad ogni livello della piramide giudiziaria, che avrebbero costituito le cellule fondamentali per il funzionamento del nuovo sistema dell'amministrazione della giustizia. Ad essi sarebbe spettata, infatti, la promozione di dubbi di legge riscontrati nel corso dello svolgimento della quotidiana attività pratica e il controllo sull'operato dei giudici attraverso frequenti e costanti rapporti inviati al Ministro della Giustizia, su cui gravò l'importante onere di scegliere i magistrati più capaci, con i quali interfacciarsi per garantire il funzionamento della nuova

Valga l'esempio della questione sollevata il 31 marzo 1812 dal Procuratore regio presso il tribunale di prima istanza di Napoli in ordine al quesito se potesse procedersi correzionalmente per le offese tra coniugi, o se le stesse dessero luogo solo a ad azione civile di divorzio⁴¹. Il problema – ritenuto di particolare importanza dal ministro Ricciardi, il quale avrebbe ordinato la stampa e la diffusione della soluzione prospettata dal Procuratore generale a tutti i pubblici ministeri del Regno – rappresentava un argomento di necessaria ed urgente risoluzione al fine di garantire la tranquillità delle famiglie ed evitare che i litigi tra coniugi finissero nelle aule dei tribunali penali.

Pertanto, occorre stabilire una netta linea di demarcazione tra gli ambiti giudiziari e civili di definizione dei rapporti tra i coniugi, a cui provvede Giuseppe Poerio, il quale, nell'esprimere il suo parere sul dubbio proposto, mosse dalla premessa secondo cui «ogni azione qualificata per delitto dalla legge, senz'eccezione di persona, dà luogo essenzialmente al corrispondente giudizio penale. Il giudizio di divorzio è tutto civile, né può alterare sospendere i dritti del Ministero Pubblico relativamente alla persecuzione de' delitti (art. 1 e 4 real decreto 23 ottobre 1809)»⁴². Poiché l'articolo 30 del codice penale vietava tra i coniugi la sola accusa dei delitti commessi contro le proprietà e non quelli contro alle persone, occorre stabilire se ogni offesa reale tra coniugi potesse dirsi delitto ed in particolare se «ogni loro vicendevole ingiuria può chiamarsi atto repressibile degno di destare l'attenzione del magistrato e capace di far aprire un pubblico giudizio punitivo?». Secondo il Procuratore generale, quando queste offese avessero avuto il carattere di delitto, per loro natura atroce e crudele, il giudizio penale sarebbe stato lecito. Aggiungeva però che tale ipotesi avrebbe dovuto rappresentare una rara eccezione, in quanto la legge non poteva considerare delitti i «movimenti di sdegno, e le vie di fatto» tra coniugi, la cui intima unione escludeva il dolo inteso quale volontà di nuocersi reciprocamente: riteneva pertanto «altamente pericoloso introdurre indiscretamente il Ministero Pubblico nelle famiglia

organizzazione giudiziaria. Sull'argomento rinvio a S. Vinci, *La giustizia penale nelle sentenze della cassazione napoletana (1809-1861)*, Napoli 2019, p. 55 ss.

⁴¹ Il tema del divorzio è stato oggetto di recenti studi sulle sentenze da parte di P. Mastrolia, *L'applicazione della legge sul divorzio nel regno di Napoli (1809-1815)*, in F. Mastroberti, (cur.), *Il regno di Napoli nell'Europa napoleonica. Saggi e ricerche*, Napoli 2016, pp. 43-87; S. Solimano, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (106-1814)*, Torino 2017.

⁴² *Dubbio promosso dal R. Proc. presso il tribunale di 1a istanza di Napoli se possa procedersi correzionalmente per le offese tra coniugi, o vi sia per giusta solamente l'azione di divorzio ovvero evvi luogo a' procedimento correzionale per le offese reali tra i coniugi?* ASNa, Procura generale presso la Corte di Cassazione, Inv. 917, b. 66, fasc. 1, n. 1482.

per qualunque rissa vi accada, e far palesi i scandali che la pubblica decenza vuol tenere celati, ed eternare gli odj che è interesse della pubblica felicità far subito cessare»⁴³. A sostegno della soluzione individuata, Poerio richiamava la giurisprudenza francese, che solo in pochi casi aveva sottoposto a giudizio correzionale le offese e i maltrattamenti tra i coniugi. In particolare, citava un arresto della Corte Suprema di Parigi pronunciatisi sul ricorso prodotto contro la sentenza del tribunale criminale dell'Escaut, che in grado di appello aveva condannato un cittadino di Gand alla pena d'un mese di carcere per aver severamente picchiato la moglie:

Si sosteneva precisamente per parte del ricorrente, che le offese tra coniugi potean dar dritto all'azione civile del divorzio, o della separazione di corpo, non mai al giudizio penale. Che la legge 22 luglio 1791 (equivalente al nostro decreto 23 ottobre 1809) la quale avea dichiarata pubblica la persecuzione di tutti i delitti non potea derogare a questa specie di privilegio conjugale. Che la suddetta legge riguardava gli altri cittadini non già i congiunti ec. La Corte Suprema non accolse questa giurisprudenza, e con arresto de' 28 ventoso A. X. rigettò il ricorso. Ma perché mai? Forse perché, tenendo per vera la tesi contraria, considerasse come delitto ogn'ingiuria tra coniugi? Oibò. Quei sapientissimi Senatori confermarono la sentenza, senza riconoscere il principio del pubblico procedimento, ma per le particolari circostanze che rendevano il caso atroce: «Attendu qu'il a été jugé par le tribunal criminel du departement de l'Escaut, que les faits qui formaient le sujet de la plainte du magistrat de sureté, avaient troublé la tranquillité publique; que les tribunaux sont essentiellement juges de la moralité de ces sortes d'actions qui peuvent être poursuivies par le ministère public, dès qu'elles se lient à l'intérêt de l'ordre social» (Merlin. Quest de Droit. Tom 2 pag. 575)⁴⁴.

Tale richiamo alla giurisprudenza francese consentiva al Poerio di definire la questione e, trattandosi di giustizia correzionale, di invitare i pubblici ministeri ad agire con prudenza onde evitare che «le conseguenze delle vostre punizioni possan esser più nocive del delitto medesimo. Voi

⁴³ *Il Consigliere di Stato Regio Procurator Generale presso la Corte di Cassazione al Signor Regio Procuratore presso il Tribunale di prima istanza di Napoli*, Napoli 3 agosto 1812. *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

siete i garanti, ed i sostenitori, non i distruttori della pace domestica»⁴⁵. Questo esempio attesta il fatto che la necessità di sciogliere un dubbio su una materia nuova richiese l'utilizzo della giurisprudenza d'Oltralpe quale metro di paragone per fornire la corretta interpretazione della legge.

Analoga necessità fu riscontrata in ordine alla definizione del dubbio di legge, sollevato nell'agosto del 1811 dal Procuratore Generale della Corte di Appello di Napoli, relativo alla competenza del tribunale di commercio di quello stesso distretto di ordinare l'esecuzione delle sentenze straniere⁴⁶. In particolare, il quesito proposto era stato formulato nei seguenti termini:

Se dovendo i giudici territoriali conoscere delle sentenze de' tribunali esteri, occorra farsi distinzione tra sentenze, nelle quali vi sia interesse di esteri, ed esteri, di esteri e nazionali; di nazionali e nazionali.

Se le sentenze estere in materia di commerci e marittime, meritino particolari vedute.

Se dovendosi conoscere delle sentenze estere o renderle esecutorie nel Regno debba ciò praticarsi qualunque ne siano le materie e le persone dal solo tribunale di commercio, o da ciascun tribunale secondo la qualità della materia in essa sentenza contenuta⁴⁷.

Per affrontare la questione, il Procuratore generale della Cassazione si proponeva di mettere a confronto l'antico diritto napoletano e francese con le nuove leggi, al fine di verificare se esse «abbiano conservato, o cambiato in tutto o in parte gli antichi stabilimenti»⁴⁸. Per quanto concerne il diritto del Regno, Poerio constatava che «infinite decisioni dell'abolito Sacro Consiglio manifestano ad evidenza, che massima costantemente ricevuta, ed incontrastabile era di non darsi esecuzione alle sentenze de' Tribunali

⁴⁵ La legge sulla giustizia correzionale, all'art. 7, stabiliva infatti che i giudici dovessero avere latitudine nell'applicare le pene a «giudizio d'uomo dabbene». Infatti, l'art. 103 n. 3 prevedeva numerosi generi di pena sostituiti ai più gravi al fine di ravvicinare due coniugi offesi, piuttosto che «inasprire irrimediabilmente gli animi». *Ibidem*.

⁴⁶ *Dubbio promosso dal R. Proc. gen. della Corte di Appello di Napoli de' 13 agosto 1811 sulla esecuzione delle sentenze de' Tribunali esteri*. ASNa, Procura generale presso la Corte di Cassazione, Inv. 917, b. 66, fasc. 23.

⁴⁷ *Ibidem*. *Il Relatore al Consiglio di Stato, Regio Procurator Generale presso la G. Corte di Cassazione a Sua Eccellenza il Gran Giudice Ministro della Giustizia*, 20 giugno 1812.

⁴⁸ *Ibidem*.

esteri senza cognizione di causa”⁴⁹. Il principio risultava tratto dalla decisione “emessa dalle quattro Ruote nel 22 marzo 1623, ch’è rapportata dal Gizzio al n. 87. Quivi si trova risoluto ‘non esse concedendum brachiu(m) *imploratum absque causa(e) cognizione*’. Ed altre simili se ne trovano presso il Capecelatro, il Maradei, ed altri molti”⁵⁰. L’imprecisione dei riferimenti lascia desumere che Poerio avesse tra le mani il volume quarto de *La giurisprudenza del commercio* di Michele de Jorio (non citato espressamente!), il quale scriveva:

Noi in fatti pratichiamo in conformità di questi principj, che arrivando in Napoli decisioni emanate da Tribunali forestieri non accordiamo ad essa ciecamente il nostro braccio sia in causa di Commercio, sia in altra causa. Si dubitò una volta nel S.C. se il braccio alle lettere ortatoriali spedite dai Tribunali fuori Regno si doveva interporre senza cognizione di causa, o col termine ordinario per poter conoscere la giustizia del decreto. Il S.C. radunatosi a 22 Marzo 1623 decise *non esse concedendum brachium imploratum absque causae cognizione* (Gizzius ad decis. 87. Reg. Capy. Latr.). Così decise nel 1679, come ci attesta Capecelatro (*Decis.* 82), e nel 1670, ordinò *quod cubitis integris actis providebitur super impartitione brachii* (Maradei *Observat. ad Gallus. part. 3. cap. 2. n. 1.*). Tutto dunque dee essere sottoposto alla cognizione del Giudice del luogo, dove la sentenza si dee eseguire, ed in conseguenza viene su questa cognizione non solamente l’esame delle nullità, ma la giustizia della sentenza, in maniera che si dee esaminare la causa come non si fosse mai giudicata; e la ragione che vi adducono per questo i nostri forensi è, perché il Giudice da cui un tal braccio s’implora non è mero, ma misto esecutore⁵¹.

Di qui il Procuratore Generale traeva il principio in auge nell’antico regime secondo cui ogni sentenza proveniente da un tribunale straniero dovesse essere soggetta a riesame in loco, essendo ignota la distinzione tra esteri e nazionali: affermava, infatti – negli stessi termini in cui si era espresso Michele Jorio – che i tribunali napoletani non erano “esecutori meri, ma misti”, riferendo che di tal uso “ne fa ancora testimonianza fra gli altri il Card. De Luca nel disc. 22 Miscellan. Eccles. e nel disc. 161 n. 69 de regularibus”⁵².

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ M. de Jorio, *La giurisprudenza del commercio*, Napoli 1799, IV, p. 359.

⁵² Sul punto Poerio riferiva l’opinione contraria espressa dal reggente de Marinis,

Nel definire il modo in cui tali sentenze dovessero essere conosciute nel Regno, Poerio richiamava la *consultatio* IV di Giuseppe de Rosa, il quale aveva stabilito il principio secondo cui la deliberazione dovesse essere “secundum jus statutarium, et non comune, vel huius Regni, in guisa che si dovesse ricusare il braccio in caso di manifesta ingiustizia, come quando il giudicato fosse nullo, contra legem contra jus statutarium, non jus litigatoris”⁵³. Secondo questa “saggia” giurisprudenza, il giudicato estero veniva rispettato, senza essere “servilmente” eseguito, non alterando così il diritto territoriale, se non sottoposto a particolari trattati.

In Francia, invece, valeva una diversa pratica indicata dal Merlin nel *Répertoire universel et raisonne de Jurisprudence*, giunto nel 1808 alla *troisième édition*, secondo cui la sentenza straniera sarebbe stata considerata come un titolo autentico, a cui dover apporre la sola esecutorietà, previa la sola verifica della sua effettiva esistenza. Questa regola non avrebbe avuto valore però se la sentenza fosse stata pronunciata contro un francese, in quanto, in virtù dell’art. 121 dell’ordinanza del 1629: “Le Jugemens rendus és royaumes et souverainetés étrangère, n’auront aucune exécution en France. Ains nonobstant les Jugemens, nos sujets, contre les quels ils ont été rendus, pourront de nouveau débattre leur droits comme entiers, par-devant nos officiers”⁵⁴.

Tale disposizione sarebbe stata confermata dal Codice civile di Napoleone, che si sarebbe limitato a disporre che le sentenze dei tribunali stranieri potevano dar luogo ad ipoteca solo quando ne fosse stata ordinata la loro esecuzione da un tribunale francese (art. 2123⁵⁵) e che i contratti stipulati in paese straniero non potessero dar luogo ad ipoteca, salvo disposizioni contrarie a questo principio nelle leggi politiche o nei trattati (art. 2128⁵⁶). E

secondo cui “una sentenza resa dal giudice competente, e non invalida debba eseguirsi e che il riesaminarla sarebbe la più alta ingiustizia”. Riteneva però che tale opinione non fosse sufficiente ad alterare la regola affermata, in quanto se si fosse riflettuto che “la competenza del giudice suppone sua cittadinanza, che un giudice estero è sempre incompetente, e che gli esecutori non sono meri, ma misti, sarà facile il comprendere per che non sia l’autorità di questo scrittore sufficiente ad alterare la mentovata regola ricevuta nel foro”. *Il Relatore al Consiglio di Stato, Regio Procurator Generale presso la G. Corte di Cassazione a Sua Eccellenza il Gran Giudice Ministro della Giustizia*, cit.

⁵³ *Ibidem*. Il riferimento è a J. De Rosa, *Consultationes juris selectissimae, cum decisionibus super eis prolatis a Supremis Neapolitani Regni Tribunalibus*, Lugduni 1733, pp. 24-31. *Consultatio* IV.

⁵⁴ P.A. Merlin, *Répertoire universel et raisonne de Jurisprudence*, Paris 1808, VI, p. 569.

⁵⁵ *Code civile des Français*, Édition originale et seule officielle, Paris 1804, art. 2123: “[...] L’hypothèque ne peut pareillement résulter des jugemens rendus en pays étranger, qu’autant qu’ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français; sans préjudice des dispositions contraires qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traits”.

⁵⁶ *Ivi*, art. 2128: “Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d’hypothèque

tali ipotesi sarebbero state espressamente richiamate dal codice di procedura civile francese che, all'art. 546, aveva stabilito che i giudicati dei tribunali stranieri e gli atti ricevuti dagli ufficiali stranieri non fossero esecutivi nel Regno se non nei modi e nei casi previsti dalla legge⁵⁷. Le nuove norme non avevano quindi affatto alterato quanto previsto dall'ordinanza del 1629⁵⁸, per cui una sentenza fra due stranieri poteva rendersi esecutiva da un tribunale francese con il solo riconoscimento del giudicato, come fu deciso dalla Gran Corte di Cassazione di Parigi il 7 gennaio 1806⁵⁹.

Sulla scorta di tale ampia premessa, il Procuratore generale formulava la soluzione del dubbio proposto, prendendo stura dalla massima di diritto secondo cui "l'esecuzione di una sentenza forma una delle attribuzioni della sovranità, poiché al solo potere supremo appartiene il dritto d'imperare, che il privato cittadino si sottometta a ciò, che dal potere giudiziario è stato rispetto a lui disposto. Di qui è, che tutte le spedizioni de' giudicati per essere esecutorie debbono portare l'intitolazione del Re ed in ultimo luogo il comandamento a nome del sovrano stesso"⁶⁰. Tale assunto consentiva di affermare il principio per il quale i giudicati resi da tribunali esteri potevano divenire esecutivi in un altro Stato solo dopo essere stati riconosciuti dalla suprema autorità del luogo: al contrario si sarebbero violati i dritti della sovranità e del cittadino⁶¹.

Pertanto, qualunque fosse stato il giudicato e chiunque avesse riguardato (stranieri o nazionali) la sua esecuzione avrebbe dovuto essere preceduta da una verifica sommaria del giudice ordinario della sua conformità rispetto

sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités".

⁵⁷ *Code de procédure civile*, Édition originale et seule officielle, Paris 1806, art. 546: "Les jugemens rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers, ne seront susceptibles d'exécution en France que de la manière et dans le cas prévus par les articles 2123 et 2128 du Code civil".

⁵⁸ Così Merlin, *Répertoire*, cit., p. 571: "Donc il y a des Jugemens rendus en pays étrangers, qui peuvent être déclarés exécutoires par les tribunaux français; et ce sont sans doute ceux dans lesquels il n'y a d'autres parties que des étrangers, ou du moins par lesquels il n'y a eu que des étrangers de condamnés, puisqu'aux termes de l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, que le Code civil n'a pas pu avoir l'intention d'abroger, il ne peut être donné en France aucune exécution aux Jugemens rendus en pays étrangers, contre des Français. Donc les tribunaux français sont investis par la loi, d'un pouvoir suffisant pour permettre en France l'exécution des Jugemens rendus en pays étranger contre des parties étrangères. Donc pour faire exécuter en France ces Jugemens, il est inutile de recourir à l'autorité du gouvernement".

⁵⁹ *Ivi*, p. 572.

⁶⁰ *Il Relatore al Consiglio di Stato, Regio Procurator Generale presso la G. Corte di Cassazione a Sua Eccellenza il Gran Giudice Ministro della Giustizia*, cit.

⁶¹ *Ibidem*.

al diritto pubblico, alle leggi politiche dello Stato ed alle leggi in generale, esattamente nel modo che si praticava in Francia quando il giudicato riguardava la persona di un francese. Tale soluzione, portata al vaglio delle camere riunite della Cassazione⁶² nella sessione del 15 luglio 1812⁶³, fu condivisa dal supremo collegio il quale deliberò che tutte le sentenze rese dai tribunali esteri (riguardanti interessi di esteri ed esteri, esteri e nazionali o nazionali e nazionali, materie di commercio e marittime) dovessero sempre essere sottoposte al giudizio preventivo dei giudici territoriali prima della loro esecuzione, allineandosi così al consolidato orientamento d'Oltralpe.

4. *Gli "argomenti di autorità" nelle sentenze di legittimità*

Al di là degli esempi richiamati, i procuratori generali non abusarono dell'utilizzo della giurisprudenza francese. Né tantomeno fecero i giudici della Cassazione che cercarono, per quanto possibile, di rendere le nuove leggi napoletane le uniche protagoniste delle motivazioni delle sentenze, al fine di consentire la formazione di una coscienza giuridica nazionale. Per queste ragioni i magistrati supremi rivolsero la loro attenzione verso la corretta applicazione delle norme processuali e sostanziali, tralasciando quasi completamente ogni questione di fatto, se non funzionale alla risoluzione del problema in diritto, nonché alla esatta definizione degli spazi di discrezionalità affidati ai giudici di merito, come già evidenziato nei paragrafi precedenti.

Nelle sentenze non mancarono comunque rimandi alle sentenze

⁶² Si legge nella lettera ministeriale del 3 luglio 1812: "Rispondendo al vostro rapporto de' 20 giugno ultimo vi autorizzo a richiedere che cotesta Corte discuta in assemblea generale il dubbio proposto dal procurator generale presso la corte di appello in Napoli sull'esecuzione delle sentenze de' Tribunali esteri, e l'altro proposto dal procurator regio presso il tribunale di prima istanza in Napoli sul valore de' tribunali de' gendarmi reali". ASNa, *Procura generale presso la Corte di Cassazione*, Inv. 917, b. 66, fasc. 23. Era prassi che, in casi di particolare gravità ed importanza, il procuratore generale adito potesse consultare le camere riunite della Cassazione, con l'effetto di ottenere un vero e proprio giudizio incidentale che aveva i caratteri di un parere tutt'altro che non vincolante. Cfr. S. Vinci, *La giustizia penale*, cit., p. 68.

⁶³ La sessione plenaria era composta dal primo presidente Tommaso Caravita principe di Sirignano, dai presidenti Giacinto Dragonetti e Michele Suarez, dai consiglieri Lelio Parisi, Domenico Sansoni, Felice Parrilli, Felice Saponara, Vincenzo Lotti, Costantino Grimaldi, Michele Agresti, Amodio Ricciardi, Giustino Fortunato, Nicola Libetta, Tito Manzi, Giuseppe de Thomas, Carlo Rizzi, dal procuratore generale Giuseppe Poerio e dall'avvocato generale Niccola Nicolini.

d'Oltralpe, spesso chiamate in causa dagli avvocati, i quali dimostrarono buona conoscenza dei *repertoires* e dei *dictionnaires* diffusi a Parigi, tra cui soprattutto la richiamata opera del Merlin⁶⁴, i cui commenti non mancarono di essere citati in ricorsi e sentenze per quelle materie di incerta interpretazione, per le quali fu ritenuto necessario un confronto con i principi di diritto affermatasi in Francia.

In materia processuale, ad esempio, la Cassazione napoletana dimostrò di conoscere molto bene gli orientamenti giudiziari francesi, ai quali, in un caso specifico, si allineò in contrasto al parere espresso dall'Avvocato generale. Mi riferisco alla decisione del 26 novembre 1812⁶⁵ in materia di prescrizione dell'azione correzionale. La questione era stata sollevata dal giudice relatore Felice Saponara e successivamente condivisa dall'avvocato Agazio Ciancio nei suoi mezzi aggiunti⁶⁶.

In particolare, il consigliere Saponara aveva eccepito una questione pregiudiziale relativa alla intervenuta prescrizione dell'azione che, inizialmente avviata come criminale, si era poi trasformata in correzionale a seguito della

⁶⁴ L'opera sarebbe stata tradotta e pubblicata a Napoli negli anni Venti: *Repertorio universale e ragionato di giurisprudenza e Quistioni di Dritto del Signor Merlin, Antico Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione di Francia. Versione italiana di una Società di Avvocati, eseguita nello studio dell'Avvocato Filippo Carrillo, da lui diretta ed accresciuta di annotazioni relative a' cambiamenti apportati dalle leggi civili e penali del Regno delle Due Sicilie*, Napoli 1824-36, 21 voll.

⁶⁵ Corte di Cassazione, sezione criminale, sentenza del 26 novembre 1812, ric. Lauro avverso decisione corte criminale di Avellino del 28 luglio 1812, rel. Saponara, AG Nicolini. Rigetto. ASNa, *Corte di Cassazione di Napoli*, Inv. 916, b. 10, fol. 536r-538v. I motivi di ricorso dedotti dal ricorrente constavano di due mezzi: «1. che avendo egli colpito colla mazza due ladri diurni, provveduti uno di scure e l'altro di putatojo, questo fatto non gli dovea essere imputabile; 2. che la perizia erasi illegalmente eseguita, ed esorbitante era l'intera pena correzionale prescrittagli». L'avvocato Agazio Ciancio aveva aggiunto altri due mezzi con i quali sostenne «1. che non era stato motivato il parere dei tre giudici, i quali avevano opinato di essere il di Lauro colpevole di contusione con danno permanente; 2. che fatta la parità sulla definizione del delitto nel passarsi all'applicazione della pena, la Corte invece di escludere la definizione più rigida, ed occuparsi soltanto della definizione più mite, andò innanzi con entrambe le definizioni, ed invece di fare il parallelo tra le definizioni per l'applicazione della pena fece il parallelo fra le pene stesse». Ivi, fol. 536r.

⁶⁶ Il vizio eccepito trovava giustificazione nei seguenti argomenti: Il fatto imputato al Lauro avvenne il di 24 novembre 1809. Il 5 dicembre di quell'anno terminarono le indagini. Il 29 luglio 1810 il pubblico ministero presso la Corte criminale incaricò il Giudice di pace di informarsi, tramite periti, se era cessato il pericolo di vita nella persona offesa. I periti accertarono che il pericolo di vita era cessato dopo il ventesimo giorno. L'8 maggio 1819 il regio procuratore generale domandò destinarsi il commissario nella causa, per cui da quell'epoca in poi, sino alla pronunzia della pena correzionale, si procedette con rito criminale. *Ibidem*.

verifica, tramite periti nominati dal giudice di pace, della cessazione del pericolo di vita entro venti giorni: perciò i termini di prescrizione dovevano ritenersi abbondantemente decorsi secondo l'articolo 21 della legge sulla giustizia correzionale del 22 maggio 1808⁶⁷. Il problema nasceva dal fatto che la prescrizione non era stata mai eccepita dinanzi alla Corte criminale da parte dell'imputato, ma veniva in rilievo per la prima volta in sede di legittimità, per cui – secondo Nicolini – il vizio non poteva trovare accoglimento in virtù dell'articolo 2223 del Codice civile napoleonico, che vietava ai giudici di poter supplire *ex officio* alla non opposta prescrizione⁶⁸:

Or se questa eccezione non opposta innanzi al Giudice del merito non potea da costor venir supplita, molto il potrà essere nella Corte Suprema. Né nel termine di eccezione di atti nulli, né nel dibattimento, né fra motivi di cassazione ha mai parlato il reo di siffatta eccezione. L'ha opposta in epoca assai posteriore al rapporto del consigliere relatore, il quale è stato il primo che per non lasciar nulla a desiderare colla nota sua diligenza e religione l'ha proposta. So bene, che il Conte Merlin e la Corte di Cassazione dell'Impero han fissato la massima contraria a più di una decisione. Ma tutte le leggi in vigore non formano che un sol corpo, e l'uno dee spiegarsi coll'altro. Regola è questa antichissima per l'interpretazione delle Leggi. La quale deve oggi campeggiare maggiormente perché tutti i codici sono usciti dalla mano medesima e cogli stessi principi. Se dunque si propone la quistione generale, se la prescrizione non opposta dalle Parti debba d'ufficio proporsi dal giudice, io nulla trovo di soddisfacente a risolverla nel codice penale. Ma se nel codice Civile trovo letteralmente la controversia risolta potrà ragionando drittamente assumere nel codice penale il contrario? Io rispondo a questa quistione col mentovato art. 2223. Con qual altro articolo di legge si sosterrà l'opposto sentimento? Una opinione di dottori, una opinione di un Tribunale qualunque

⁶⁷ *Legge sulla giurisdizione di polizia, e sulla giustizia correzionale*, in *Bullettino delle leggi del regno di Napoli*, Napoli 1808, I. Decreto n. 153 del 22 maggio 1808. Art. 21: «I modi, onde si estinguono, o si prescrivono i delitti della giustizia correzionale, sono gli stessi che quelli spiegati negli articoli 40, 41, 42, 44 e 45 della legge penale. Il termine della prescrizione è di tre mesi, e le eccezioni, che impediscono la prescrizione, sono le stesse che le spiegate nell'art. 42 della legge suddetta».

⁶⁸ CC 1808, Art. 2223: «I giudici non possono far valere *ex officio* la prescrizione quando non sia opposta».

prepondererà alla voce espressa della Legge?⁶⁹.

Secondo l'Avvocato generale, quindi, l'assunto sostenuto dal Consigliere relatore ed affermatosi nella giurisprudenza francese di legittimità – secondo cui, in sede penale, il giudice avrebbe potuto applicare la prescrizione anche in mancanza di una formale richiesta proveniente dall'imputato – non poteva trovare applicazione nel diritto napoletano. Nicolini contestava espressamente, infatti, il principio condiviso nel *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence* del Merlin, il quale, sotto la voce *Délit. Forestier.*, aveva affrontato, attraverso il richiamo ad un'ampia casistica giudiziaria, la specifica questione: «Si le délinquant, assigné après les trois mois, n'allègue pas la prescription, le juge doit-il la suppléer?»⁷⁰. In particolare, l'Autore aveva richiamato la motivazione di una sentenza dell'11 agosto 1806 della corte di giustizia criminale del dipartimento de la Côte-d'Or, secondo cui il principio romanistico per il quale «la prescription doit, en matière civile, être supplée par le juge même» (affermato dal Voet nei suoi *Commentarii ad Pandectas*⁷¹ ed ora vietato dall'art. 2223 del Code Napoléon⁷²) doveva ritenersi ancora valido in sede penale, sulla base della considerazione secondo cui l'eccezione della prescrizione in materia criminale doveva essere considerata di diritto pubblico e pertanto non rinunciabile dalle parti né espressamente né implicitamente:

⁶⁹ Corte di Cassazione, sentenza del 26 novembre 1812, cit., fol. 537r.

⁷⁰ P.A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, Paris 1807, III, p. 434.

⁷¹ Ivi, p. 436: «Il y a, on effet, des auteurs qui (d'après le principe écrit dans la loi unique, C. *ut quae desunt advocatis*, que le juge est tenu de suppléer d'office les moyens de droit sur lesquels les parties ont gardé le silence) soutiennent que la prescription doit, en matière civile, être suppléée par lo juge même; lorsque, le défendeur ne la proposant pas, il résulte des actes de la procédure qu'elle loi est acquise. Telle est notamment la doctrine de Vöet, sur le digeste, titre *de judiciis*, n. 49». Il riferimento è a J. VÖET, *Commentariorum ad pandectas libri quinquaginta, in quibus praeter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus etiam hodiernum, & praecipuae Fori quaestiones excuntuntur*, Venetiis 1787, I, lib. V, tit. I, n. 49, il quale, commentando la legge unica Cod. *Ut quae desunt advocatis*, affermava che il giudice era obbligato a supplire di ufficio i mezzi di diritto sopra dei quali le parti avevano taciuto: «Nec exceptionum non oppositarum ratio haberi debet in sententiis ferendis [...] sudice ea quae facti sunt supplere non posse ea quae dubii facti sunt non tam iudicis quam advocati parti bus videatur fungi, et patrocinari potius quam iudicare».

⁷² P. A. Merlin, *Répertoire*, cit., p. 265: «Mais cette doctrine n'est pas, à beaucoup près, celle de tous les juriconsultes: elle est combattue par Guypape, décis. 221; par le president Boyer (*Boerius*), décis. 544, part. 2: par un arrêt du parlement de Flandre du 21 février 169, rapporté dans le Recueil de Pollet, part. 3, §. 85; et, ce qui mérite de notre part une grande attention, elle est expressément condamnée par l'art. 2223 du Code Napoléon».

Il faut pourtant convenir que cette disposition du Code Napoléon ne fait loi, ni pour les matières criminelles, ni pour les matières correctionnelles ordinaires; et que, dans les unes comme dans les autres, l'opinion de Voët doit prévaloir; pourquoi? Parce qu'il ne dépend pas d'un particulier de se soumettre à une peine qu'il n'a pas encourue, et dont il est valablement libéré; parce que, dans ces matières, la loi vient au secours de l'accusé ou du prévenu, même malgré lui; parce que l'exception qui, dans ces matières, résulte de la prescription, est de droit public; et que si, comme personne n'en doute, les parties ne peuvent pas renoncer, par des déclarations expresses, aux dispositions du droit public, elles le peuvent bien moins encore par leur silence⁷³.

Benché la Cassazione francese avesse confermato più volte questo principio nelle sentenze 10 febbraio 1807, 17 dicembre 1807 e 28 gennaio 1808, rimarcando che «la règle qui défend au juge de suppléer la Prescription, n'a lieu qu'en matière civile; et qu'il en est autrement, lorsqu'il s'agit, soit d'un crime, soit d'un délit correctionnel, soit d'une contravention de police»⁷⁴, Nicolini rimase di contrario avviso, in quanto convinto che il divieto sancito dal codice civile dovesse valere per le materie penali, anche in considerazione di alcune norme stabilite dal codice penale giuseppino, assenti dalla legislazione francese, che riconoscevano espressamente la sospensione della prescrizione nei casi di assenza dell'imputato come la fuga o la contumacia, a riprova della non applicabilità *ex officio*⁷⁵. Chiedeva,

⁷³ Ivi, p. 436

⁷⁴ P. A. Merlin, *Repertoire*, cit., IX, p. 412, s.v. «Prescription», sect. I, § III. In particolare, la sentenza del 28 gennaio 1808 aveva stabilito: «D'ou il suit qu'en cette matière, la Prescription est *absolue*; que, dès-lors, elle doit être *suppléée* par des tribunaux; et que conséquemment Jeudy et Dautun ont été *recevables* à l'invoquer en cassation, quoiqu'ils ne l'eussent pas proposée pardevant la cour de justice criminelle». Ivi, p. 413.

⁷⁵ Corte di Cassazione, sentenza del 26 novembre 1812, cit., fol. 537r: «Il Conte Merlin assume in un luogo del suo repertorio, che la prescrizione è di dritto pubblico né può rinunciarvisi (alla parola *delit. foreduc*). Assume poi in un altro luogo, con Cujacio, ed altri famosi Giureconsulti che sia di dritto puramente civile e in conseguenza soggetta a tutte le forme alle quali piace al legislatore di soggettarla. Difatti qual è il principio stabile della prescrizione? Ogni legislazione le ha dato forme e caratteri differenti; anzi ella è contraria alla natura delle cose, né è introdotta che per utilità sociale. Tutto si fa nel tempo, dice Grozio, ma nulla nasce dal tempo. Or la prescrizione non produce effetto per opera dell'uomo, o della natura ma mediante il decorso di un determinato tempo (art. 2219 cod. nap). Or le decisioni della Corte dell'Impero non poggiano che sulla teoria del dritto pubblico delle prescrizioni; teoria non riconosciuta dal codice napoleone; poichè se

quindi, il rigetto del motivo di ricorso.

Di diverso avviso furono però i giudici supremi, i quali ritennero di accogliere l'eccezione sollevata dal consigliere relatore Saponara, ben motivando in ordine alla sostenibilità del principio della applicabilità d'ufficio della prescrizione, in linea con l'orientamento della giurisprudenza francese. Infatti, osservò la Gran Corte, che «non è nella facoltà di qualsivoglia uomo di distruggersi con sottomettersi ad una pena non dovutagli dalla quale legalmente è liberato», per cui nelle materie criminali o di polizia «la Legge viene da sé in soccorso dell'accusato per garantirgli, anche di lui malgrado, da ogni ingiustizia la vita, la libertà, l'onore, il civico stato»⁷⁶. In queste materie, quindi, la prescrizione doveva considerarsi assoluta e di dritto pubblico, per cui le parti non vi potevano rinunciare né espressamente né con il loro silenzio (proprio come aveva detto Merlin!).

Quindi, non potevano trovare applicazione in sede penale gli articoli 2219 e 2223 del codice civile, come avrebbe voluto l'Avvocato generale, secondo cui la prescrizione avrebbe potuto essere eccepita solo dinanzi ai giudici di merito e non in sede di legittimità: tanto perché i due articoli del codice civile stabilivano che la prescrizione era un mezzo di acquistare o di liberarsi da un debito per mezzo di un determinato decorso del tempo o sotto condizioni determinate dalla legge, per cui i giudici non potevano supplire d'ufficio il mezzo risultante da tale prescrizione dell'azione civile. Le leggi che regolavano le proprietà civili non dovevano essere applicabili alle cause criminali o di polizia inerenti i diritti alla conservazione della vita, della libertà, dell'onore e dello stato dei cittadini, di cui non potevano né tacitamente né espressamente spogliarsi, a differenza delle proprietà civili. Infatti, se «incompetentemente si volessero applicare i citati articoli del codice civile alle cause criminali, avverrebbe che la Corte di Cassazione

quelle sono di dritto pubblico né delitti, perché nol sono nella proprietà? Il delitto anzi è punibile per dritto pubblico (art. 4 cod. pen. de' 20 maggio); e tanto è riconosciuta da legislatori la norma che la prescrizione è di diritto civile, e in conseguenza non suscettibile ad esser supplita d'ufficio che i misfatti capitali non si prescrivono mai (art. 43 cod. pen.) e lo stato della fuga, e della contumacia interrompe la prescrizione (art. 42 e 43). Parmi dunque che mal si applicherebbero le teorie di questi giureconsulti dell'Impero alla presente discussione. La qual ragione cresca ancora più quando voglia riflettersi alla mentovata regola che la fuga interrompe la prescrizione il che non si legge ne' codici francesi. E dunque l'eccezione anzidetta come ogni altra un misto di fatto e di dritto. Né lecito è a noi di andar ponderando le parti del processo per osservare se i fatti costitutivi della prescrizione (5284) si verificano in questo caso. Questo giudizio è rimesso a' Giudici di fatto. Quivi dovea opporsi l'eccezione. Il Giudice di fatto e di dritto dovea giudicarla. Allora potevate voi esaminare la giustizia. Ma nello stato presente non conviene che rigettare il ricorso».

⁷⁶ Ivi, fol 538r.

dovea mandare un accusato alla morte, tuttochè tal pena fosse estinta colla prescrizione, sol perché quell'accusato non abbia tal prescrizione opposta innanzi alla Corte Criminale»: per queste ragioni veniva cassata la sentenza di merito in violazione dell'articolo 21 della legge sulla giustizia correzionale del 22 maggio 1808, rinviando la causa al tribunale correzionale di Principato Citeriore affinché provvedesse ad esaminare pregiudizialmente l'esistenza della prescrizione dell'azione correzionale.

L'esempio citato dimostra quanto ampia fu circolazione che ebbe a Napoli l'opera del Merlin, grazie alla quale i precedenti giudiziari approdavano facilmente dalla *Cassation de Paris* agli studi degli avvocati napoletani che utilizzavano, ove possibile, principi di quel *droit penal* a sostegno dei loro argomenti, costringendo i giudici supremi a prendere in considerazione quegli elementi, al fine di valorizzarli in sentenza nell'ottica della soluzione del caso e dell'affermazione del principio di diritto napoletano, spesso raggiunto attraverso il confronto con l'esempio parigino.

In questi termini, va esaminata la decisione del 26 agosto 1813 in materia di competenza per omicidio commesso da un militare, il tenente dei marinari della guardia Enrico Tortora, e dal suo domestico Michele Secondo⁷⁷. Il Secondo Consiglio di Guerra Permanente della Guardia Reale si era dichiarato competente sulla base dell'assunto secondo cui Tortora, al momento della commissione del misfatto, era in attività di servizio e nei limiti della sua guarnigione, mentre il suo domestico doveva reputarsi «attaccato all'armata o al di lei seguito, e come tale anche giudicabile dai tribunali militari»⁷⁸. La corte criminale ritenne però che Tortora fosse un militare isolato e che avesse commesso il misfatto in complicità di un pagano qual'era Secondo e si dichiarò competente. L'imputato promosse ricorso per cassazione sostenendo che la competenza spettasse al foro militare sulla base del richiamo di un arresto della *Cassation* di Parigi del 18 giugno 1807 in materia di complici di un delitto di corte speciale sottoposti a giudizio dopo la sentenza con cui erano stati condannati i rei principali. La corte francese si era pronunciata in favore della competenza speciale ritenendo che essendo il complice imputato di aver preparato e facilitato il misfatto s'identificasse con esso e dovesse essere soggetto alla medesima giurisdizione. In particolare, il ricorrente aveva utilizzato una annotazione del Merlin a quella decisione, secondo cui diverso sarebbe stato il caso se la complicità fosse consistita in un fatto posteriore, indipendente dal misfatto principale, come fra altri

⁷⁷ *Supplimento alla collezione delle leggi, o sia raccolta dei reali rescritti ed atti ministeriali, e delle decisioni della Corte Suprema di Giustizia, serie decisioni criminali*, vol. I, Napoli 1818, p. 523.

⁷⁸ *Ivi*, p. 524.

esempi sarebbe stato quello del ricettamento. I giudici napoletani rilevarono però che la citazione del Merlin utilizzata nel ricorso fosse incompleta, in quanto lo stesso autore aveva aggiunto che: «Ciò non ostante questa separazione cessa, quando il misfatto principale non è ancora giudicato, perché allora è utile e può essere necessario che l'istruzione non sia divisa». Su questa opinione la Corte napoletana osservò che la connessione nel caso proposto fosse tratta dalla sola utilità o necessità della prova, e non valutata la circostanza essenziale del secondo reato commesso in continuazione del primo ed in complicità con il reo principale.

Pur escludendo l'applicazione di quella sentenza, la Corte affermò la competenza del tribunale ordinario e non di quello militare in virtù della presenza di complici pagani in applicazione di un principio tratto dall'art. 227 del codice di istruzione penale francese che stabiliva la connessione per i delitti commessi nello stesso tempo da più persone unite o da persone diverse in tempi e luoghi differenti per effetto di un concerto anticipatamente formato fra esse ovvero quando i colpevoli avessero commesso gli uni per procurarsi i mezzi per commettere gli altri, per consumarne l'esecuzione o per assicurarne l'impunità. Sebbene questo articolo non avesse forza di legge a Napoli, veniva utilizzato come una «definizione di diritto, e come un argomento di autorità, del genere di quelli che tutto giorno tragghiamo dalla giurisprudenza romana o francese nelle materie le quali dipendono da principi comuni»⁷⁹.

Quindi, se non poteva essere considerato diritto vigente a Napoli, il diritto francese aveva trovato, almeno in alcuni casi, ingresso nelle decisioni del Regno come principio di autorità, nel tentativo di individuare una casistica che consentisse di risolvere questioni pratiche sulla base di un diritto nuovo ed in evoluzione, la cui affermazione spingeva i giudici supremi e i procuratori generali a soffermarsi sulla diversa portata degli orientamenti francesi rispetto a quelli propri del Regno di Napoli, ponendo attenzione all'«istoria della legislazione francese» e svolgendo le opportune comparazione tra le diverse legislazioni⁸⁰.

⁷⁹ Ivi, p. 558.

⁸⁰ Corte di Cassazione, sezione criminale, sentenza del 18 giugno 1811, in *Supplimento alla collezione delle leggi*, cit., I, p. 445.

*Italie - France, allers et retours :
le voyage du droit pénal entre religiosité et laïcité*

Elio Tavilla

Pour rester fidèle au titre de ce colloque et sur la base des suggestions de ces belles communications, je vous propose un petit voyage de la France à l'Italie et de l'Italie à la France.

Le premier volet de ce voyage peut être ce qui démarre avec la vision sacrale de la vie et de la mort, douée d'une forte charge de religiosité. Dieu peut disposer directement du corps humain quand le corps est en vie et c'est encore lui qui dispose du corps humain même quand il est mort. De ce point de vue, le corps ne peut jamais être considéré comme une chose matérielle, parce qu'il a été l'autel de l'âme et parce qu'au moment de la résurrection ce ne seront pas les âmes qui ressusciteront – elles sont déjà immortelles ! – mais les corps.

Cette vision métaphysique du corps inspire la législation d'ancien régime, notamment celle de l'Église ou influencée par l'Église, qui punit toute violation des sépulcres et des cadavres comme une offense à Dieu et à la religion.

Mais, à la moitié du XVIII^e siècle, la contestation générale des modèles de crimes identifiés sur la base de leur valence morale et, en particulier, la conception utilitariste du droit pénal, des crimes et des peines relatives, met en crise la hiérarchie traditionnelle de l'échelle pénale, parfois en arrivant à déclasser certains actes, en les rendant non punissables. La législation révolutionnaire française et ensuite le code pénal de 1810 réalisent dans l'Italie napoléonienne une laïcisation du pénal que, en vérité, quelques compilations normatives de la seconde moitié du XVIII^e siècle (à Turin et à Modène, par exemple) avaient entamées d'une façon très timide ; une laïcité qui, au contraire, comme nous le rappelle Cristina Ciancio, est bien présente dans le code Zanardelli.

Les crimes relatifs à la violation des sépulcres et des cadavres fournissent, à mon avis, un bon point d'observation pour délinéer le procès de laïcisation du droit pénal. Dans l'évaluation du législateur rentrent des tutelles neuves ou renouvelées, comme la tutelle de l'hygiène ou celle de l'ordre public.

Mais il faut éviter de commettre l'erreur de considérer une autre sorte de tutelle, la tutelle du sentiment religieux, comme une valeur résiduelle de la religion, un produit dérivé, un sous-produit de la religion et, donc, de l'ancien régime. Au contraire, à mon avis, le sentiment religieux dont le législateur veut assurer la défense est un des éléments constitutifs de la personnalité morale de l'individu, comme le sentiment de la patrie, de la famille, de la richesse individuelle et de la propriété, même dans sa forme collective, le sentiment religieux collectif ; il s'agit d'un facteur d'identification pour ainsi dire nationale, que l'État a le devoir de protéger et dont il doit réprimer les violations. Bref, même le sentiment religieux, dans ce nouveau contexte des valeurs affirmées par la Révolution et révisées pendant l'âge napoléonien, se situe dans le cadre de la laïcisation de la société et de l'État.

Mon idée est que la législation française directement ou indirectement appliquée en Italie a contribué à transférer dans notre pays quelques-unes des valeurs dont la législation française a été porteuse, dont une des plus importantes est, à mon avis, la laïcité du droit pénal, qui produit une hiérarchie des crimes libérée de la religion et de la morale qui lui appartenait.

Après le passage de certaines valeurs de la culture juridique de la France à l'Italie, abordons maintenant le parcours inverse. Le collègue Derasse nous parle, entre autres, de l'attention démontrée par les juristes français au débat italien à propos de l'adoption du Code Zanardelli. En effet, la science pénaliste n'a jamais été autant considérée que pendant la seconde moitié du XIXe siècle, précisément quand, en Italie, le parlement s'était engagé à approuver les codes de l'unification nationale. Tout le monde sait qu'en 1865 furent approuvés 4 codes, sauf le code pénal, dont les travaux furent entravés par le débat sur la peine de mort. Ce fut à cette occasion que l'école criminaliste italienne, la *Scuola classica* (École classique du droit pénal italien) – héritière de Cesare Beccaria et, à l'époque, représentée notamment par la figure de Francesco Carrara – se battit pour l'abolition de la peine capitale contre les résistances du Sénat du Parlement italien et contre les théories biologiques et anthropologiques des représentants de la *Scuola positiva* (École positive), comme le médecin légiste Cesare Lombroso, le magistrat et criminologue Raffaele Garofalo, le pénaliste et sociologue du droit Enrico Ferri. Comme on le comprend bien, débattre de la peine de mort signifie aussi discuter de l'échelle pénale, de la fonction de la peine, et parler de l'échelle pénale et de la fonction de la peine signifie aussi parler de l'exécution des peines, de prisons, de réforme pénitentiaire.

À ce propos, je voudrais rappeler un nom qui a été cité par Nicolas Derasse, celui de Charles Lucas, qui, très jeune, après la licence en droit, participe en 1826 et remporte le premier prix à deux concours lancés à Paris et à Genève précisément sur la peine de mort, ce qui lui donne la possibilité de publier *Du système pénal et du système répressif en général, de la peine de mort en particulier*. Pendant toute sa vie, il se battit non seulement pour l'abolition de la peine capitale en France (sans succès, il faut le dire), mais aussi pour l'amélioration du système pénitentiaire français, jusqu'à devenir, après la révolution de juillet 1830, Inspecteur général des prisons françaises. Au contraire de la France, on arrive en Italie, quoiqu'avec du retard, à travers l'abolition de la peine maximale précisément avec le code Zanardelli, en 1889, à démontrer que pendant ces années l'Italie et sa science juridique du droit pénal sont à l'avant-garde sur l'humanisation des peines et la proportionnalité de l'échelle pénale.

Le voudrais en particulier rappeler qu'en 1874, en plein débat abolitionniste en Italie, précisément Francesco Carrara, à Lucque, publiait dans la collection *Biblioteca dell'abolizionista*, fondée par lui-même, un pamphlet de Charles Lucas qui portait comme titre *La pena di morte e la unificazione penale a proposito del progetto di codice penale italiano*. Il s'agit d'un petit livre de 60 pages en forme de lettre adressée aux *abolitionnistes italiens*, qui résumait – Charles Lucas l'explique dans l'avis au lecteur – « les arguments et les faits principaux par moi développés dans la lettre que j'ai écrite à votre éloquent et illustre concitoyen, Commandeur Monsieur Mancini, sur la peine de mort et sur l'unification pénale à l'occasion du nouveau projet de code pénal italien ». Dans cet écrit, comme d'ailleurs dans beaucoup d'autre écrits parus partout en Europe, on exaltait l'expérience italienne et notamment le point de non-retour constitué par la *Réforme criminelle* toscane de Léopold II d'Habsbourg-Lorraine de 1786.

De cette manière, je crois qu'on peut dire que la France a absorbé à travers l'Italie l'humanitarisme libéral de la fonction de la peine et de la légitimité du pouvoir de punir ; un humanitarisme qui part, bien sûr, de Beccaria et qui arrive à Francesco Carrara (et au premier Congrès des Juristes Italiens en 1872, où on approuve à l'unanimité un vote pour l'abolition de la peine de mort), et qui a été accepté profondément par les milieux français les plus ouverts à la modernisation du droit pénal et de son système répressif.

Voilà donc : France - Italie, Italie - France, allers et retours.

IL DIRITTO CIVILE

La doctrine française face au nouveau code civil italien de 1865

Sylvain Soleil

Introduction

Le 25 juin 1865 est promulgué le code civil du royaume d'Italie, une promulgation qui correspond au moment où la doctrine française commence à s'ouvrir à la comparaison entre droit français et droits étrangers. Jusqu'à cette date en effet, les auteurs français considèrent que le gros œuvre législatif est derrière – ce sont les codes de Napoléon – et que le rôle de la littérature juridique est de l'expliquer, de le commenter, voire de le critiquer et d'offrir des voies de réforme. En revanche, se pencher sur les systèmes juridiques étrangers pour y trouver des inspirations ne convainc que quelques aventuriers de la comparaison. Ce n'est ni une demande, ni une mode, encore moins une urgence¹. Pour l'essentiel, les auteurs français se désintéressent de la comparaison des droits. La fondation de la Société de législation comparée (1869) et surtout la guerre perdue contre la Prusse (1870) précipitent le mouvement amorcé au cours des années 1860. Désormais, comparer devient une nécessité vitale, car les auteurs s'aperçoivent que le droit français, comme la science française, le commerce, la philosophie ou l'art militaire français, a (peut-être ? sans doute ? certainement ?) pris du retard par rapport à celui de ses voisins, que le mal est profond et que seule la comparaison et la recherche de modèles à l'étranger seront de nature à relever la France². Jusqu'aux années 1860, la plupart des juristes français vantaient leurs codes, leur qualité, leur grandeur, leur pérennité et leur exportation dans le monde. A compter de 1870, ils en viennent à se lamenter sur leurs défauts, leur vieillissement, leur perte d'influence... En juin 1865, le code civil du royaume d'Italie surgit donc dans un entre-deux : les auteurs français ont toujours tendance à glorifier le code Napoléon, mais ils examinent désormais avec sincérité les codes promulgués ailleurs, sans pour autant être rongés par leurs doutes

¹ Y. Falelavaki, *L'histoire d'une conversion. La doctrine française du XIX^e siècle et le recours à la comparaison juridique*, Thèse droit, Rennes 1, 2016, pp. 67 s.

² Y. Falelavaki, *L'histoire d'une conversion*, cit. pp. 251 s.

à propos du droit français.

Si l'on recense les études françaises publiées dans la foulée de la promulgation du nouveau code italien, le décompte est assez rapide à faire. Tout commence avec un commentaire d'Eugène Thierry, juge au tribunal civil de Nice, paru dans le *Journal de Nice*, du 25 avril au 7 juillet 1866, sous le pseudonyme de Calvet. Cette étude fait l'objet d'une publication en si petit nombre, déplore Boissonade, que l'ouvrage, introuvable à l'époque, reste introuvable aujourd'hui. Théophile Huc publie au même moment un substantiel ouvrage de trois cents pages, chez Durand. Il y compare en détail les dispositions du code italien avec les dispositions du code français, ce qui suscite un article de Paul Gide (1866), un compte-rendu de Gustave Boissonade (1866), ainsi qu'une traduction en langue italienne et divers commentaires, assez louangeurs, en Italie. Parallèlement, Joseph Orsier, avocat à Annecy, avait travaillé à une traduction française du code italien et une vaste étude à laquelle il renonce du fait de la publication des travaux universitaires susmentionnés. Celui-ci, raconte Boissonade, va profiter de la réédition de l'étude de Huc (1868), pour lui proposer d'y ajouter un second volume : sa propre traduction française du code italien, assortie d'une double concordance avec le code Napoléon et le code sarde. Cette réédition entraîne une courte recension de Paul Bernard, avocat-général à Dijon (1868), et un article plus substantiel de Boissonade (1868).

Ce sont donc trois praticiens (Thierry, Orsier et Bernard), trois universitaires (Huc, Gide et Boissonade), en tout une petite dizaine de travaux, que l'historien du droit peut mobiliser pour savoir comment la doctrine française accueille, au moment de sa promulgation, le code italien et impose, à son propos, un ensemble de savoirs, d'interprétations et de critiques. Trois niveaux de lecture complémentaires peuvent être privilégiés. Tout d'abord, on peut observer la manière dont ils interprètent ce code civil italien dans l'histoire générale du droit qui va de Rome à 1865, en passant par les conquêtes françaises, la transposition du code Napoléon et le *risorgimento*. Les auteurs français insistent-ils avant tout sur le legs de Rome à l'Italie, à l'Europe, à la France ? Insistent-ils plutôt sur le legs de Napoléon aux Italies pré-unitaires ? Comment situent-ils le code de 1865 : dans le sillage du droit romain ? Ou dans celui du droit français ? Parlent-ils, à son propos, d'un fonds juridique européen commun ? Ensuite, on peut examiner les travaux sous l'angle de la technique juridique. Les commentateurs français demeurent-ils au niveau des généralités ? Entrent-ils dans le détail pour expliquer,

article par article, les similitudes entre droit français et droit italien, les différences, les nouveautés ? Comment situent-ils les évolutions italiennes sur le plan juridique ? Avec admiration ? Avec condescendance ? Avec une neutralité d'experts ? Enfin, on peut chercher à comprendre ce que ces *études de législation comparée* nous disent de la comparaison en France et de la doctrine française elle-même. Chacun sait que l'on compare au XIX^e siècle pour des motivations et selon des méthodes très diverses³. A quoi cette comparaison entre le code français et le code italien sert-elle ? S'agit-il seulement d'offrir aux juristes français des données juridiques étrangères ? S'agit-il de classer des modèles juridiques ? S'agit-il d'un jeu de miroir où les auteurs français se rassurent encore en soulignant ce qu'il y a de français dans ce code italien ? S'agit-il, au contraire, d'un constat de désolation où les auteurs listent déjà les différences italiennes comme autant de marques de vieillesse du droit civil français ? S'agit-il d'identifier des modèles à rejeter ou à imiter ? S'agit-il déjà, en 1866-1868, d'envisager des voies d'unité du droit, à travers le rapprochement possible entre le droit civil français et le droit civil italien ?

Lorsqu'on observe chacune de ces études françaises à la lumière des autres, on perçoit assez vite, d'un côté, une double approche historique où les origines du code civil italien ne sont pas situées dans le même espace-temps, de l'autre, une logique comparative assez semblable où l'examen des innovations juridiques italiennes permet d'envisager la réforme du droit français et d'alimenter des querelles doctrinales.

1. *Deux approches historiques différentes*

1.1. *La nature du code civil italien selon ses concepteurs*

Paul Gide, Théophile Huc, Gustave Boissonade et Joseph Orsier posent tous un regard historique sur le nouveau code italien – Paul Bernard, sur ce point comme sur le reste, se contente de synthétiser Huc, Gide et Boissonade. Ce regard dépend évidemment des sources qu'ils ont consultées et qu'ils n'ont pas consultées, de leurs connaissances en histoire du droit

³ S. Soleil, *Pourquoi comparait-on les droits au XIX^e siècle*, in "Revue Clio@Themis", 2017; R. Scarciglia, *A brief history of legal comparison : a lesson from the Ancient to Post-Modern Times*, in "Beijing Law Review", 2015, pp. 296 s. ; A. Padoa-Schioppa (cur.), *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Milan, 2001.

et de leur conception générale de l'histoire humaine, dans une période où l'histoire, qu'elle soit envisagée par Hegel, par Guizot, Marx, Tocqueville, Spencer ou Michelet, court toujours vers un but. En vérité, explique Stefano Solimano, le code civil italien est le fruit d'un rapport de forces au début des années 1860, entre la classe politique qui entend suivre le code Napoléon afin d'aboutir le plus rapidement possible à un code sûr, probant, applicable, et les juristes italiens qui, d'une part, expriment leurs doutes à l'égard du code civil français de 1804 – N'a-t-il pas vieilli ? Est-il encore adapté aux progrès rapide de la société ? –, de l'autre, rejettent tout emprunt au code civil autrichien de 1811 parce que c'est le code de l'ennemi qui vient d'être vaincu⁴. « Il y a, résume Stefano Solimano, le point de vue des juristes qui pensent à la fabrication d'un véritable code national et le point de vue de la classe politique qui suit indéfectiblement le modèle napoléonien »⁵. Comme la classe politique est à la manœuvre, c'est son point de vue qui va triompher, mais au travers d'une stratégie discursive qui permet d'atténuer les divergences et de faire accepter le nouveau code par ceux qui doivent le commenter et l'appliquer : les juristes, les juges et les avocats. « La stratégie rhétorique de la classe politique se concentre ainsi sur le code civil français présenté comme produit législatif deux fois italien, un texte emprunté au droit romain et en plus déjà appliqué en Italie »⁶. En d'autres mots, il y avait de quoi perdre les commentateurs français des années 1866-1868 : ce code est-il d'origine française, d'origine romaine ou d'une facture toute nationale ? Les controverses italiennes et la rhétorique brouillaient les cartes. Tout cela se matérialise dans deux interprétations très différentes, celle, d'un côté, de Théophile Huc et Gustave Boissonade, celle, de l'autre, de Paul Gide.

1.2. *La nature du code civil italien selon Théophile Huc et Gustave Boissonade*

Huc et Boissonade insistent, pour leur part, sur l'origine française du code italien. En un sens, ils sont très proches de l'historiographie italienne

⁴ S. Solimano, *Il Letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario*, Milano, 2003.

⁵ S. Solimano, *L'histoire des réformateurs italiens entre fonds juridique français, germanique et traditions péninsulaires*, in T. Le Yoncourt - A. Mergey - S. Soleil (curr.), *L'idée de fonds juridique commun dans l'Europe du XIX^e siècle. Les modèles, les réformateurs, les réseaux*, Rennes, 2014, p. 30.

⁶ S. Solimano, *L'histoire*, cit., pp. 31-32.

actuelle. Théophile Huc est un juriste toulousain qui est devenu docteur en 1853 en soutenant des travaux de droit romain sur la possession et de droit français sur la purge des hypothèques⁷. Agrégé en 1859, il enseigne le droit civil à la faculté de Toulouse en privilégiant la méthode exégétique⁸. Il est d'ailleurs présenté, par Boissonade, comme « Professeur de Code Napoléon ». Il est également l'un des animateurs de l'Académie de Législation de Toulouse, dont il démissionnera après la défaite de 1871, après avoir soutenu, sans être suivi, qu'il fallait exclure tous les membres prussiens⁹. Son étude comparative des codes civils italien et français commence, dans l'édition de 1866 comme dans celle de 1868, par une préface de deux pages et un paragraphe de sept pages consacrés à l'histoire de la rédaction du code. La base de son raisonnement est tirée d'une citation de Joseph de Maistre qui annonçait cinquante ans plus tôt la marche vers l'unité. Non que Huc soit contre-révolutionnaire, bien au contraire : c'est un républicain qui, en 1870, sera nommé (mais ne sera jamais installé) préfet de Haute-Garonne. S'il salue en Maistre « le plus éloquent défenseur qu'ait jamais eu le passé », c'est pour mieux marquer le contraste avec la marche rapide de l'humanité vers l'unité. Selon Huc¹⁰ :

« La promulgation en France du Code Napoléon a été certainement, du moins dans la période moderne, le plus grand pas fait dans cette voie mystérieuse, et depuis cet événement mémorable, les peuples semblent ne s'être agités que pour obtenir à leur tour une législation semblable. [...] Le développement scientifique et pratique du droit privé dans chaque nation conduira peu à peu tous les peuples à adopter un Code de lois civiles calqué sur notre Code Napoléon, ce *grand type des Codes modernes*, suivant l'expression d'un jurisconsulte italien. [...] Aussi, un jour viendra où le voyageur allant d'un pôle à l'autre trouvera partout les mêmes lois, la même protection, peut-être la même langue. »

Chez Huc, tout s'explique par cette voie mystérieuse qui conduit l'humanité de la diversité à l'unité politique et juridique. Et puisque le code

⁷ O. Devaux, *Biographie des enseignants de la Faculté de droit de Toulouse*, p. 147. Disponible sur internet : <<http://publications.ut-capitole.fr/4161/1/Devaux%20CTHDIP.15.pdf>>

⁸ J. Poumarède, *Théophile-Louis-Étienne Huc*, in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen (curr.), *Dictionnaire historique des juristes français, XIX-XX^e siècles*, Paris, 2007, p. 413.

⁹ P.-L. Boyer, *Un cercle d'intellectuels au cœur de l'évolution de la doctrine juridique. L'Académie de législation de Toulouse (1851-1958)*, Paris, 2014, pp. 108-109.

¹⁰ T. Huc, *Le Code civil italien... (1866)*, p. v-vi.

français a été le modèle, le type, à partir duquel les législations étrangères ont été fabriquées et sont conduites vers l'unité, la clef d'interprétation du code italien est le code français, ce qui justifie son travail : *Le Code civil italien et le Code Napoléon. Études de législation comparée*. Du reste, ajoutez-il, les Italiens comme les autres peuples n'ont guère le choix que d'imiter le code français, à cause de ses nombreuses vertus. Quels sont, en effet, les avantages de la codification ? Elle permet de donner « une formule aux progrès divers accomplis dans l'ordre civil », c'est-à-dire dissocier le présent du passé, simplifier, uniformiser et imposer le nouvel ordre des choses de sorte que tout retour en arrière s'avère bientôt impossible. Quels sont les avantages du code Napoléon ? D'une part, il est fondé sur l'égalité civile et la tolérance, d'autre part, il régit déjà deux-tiers du monde civilisé. Ces lignes sont tout à fait conformes à l'ambiance générale qui domine encore dans les années 1860 lorsqu'il est question de louer le modèle juridique français, ses qualités et son exportation dans le monde¹¹.

Le même esprit anime Gustave Boissonade dans son compte-rendu de 1866 et son article de 1868¹². Devenu docteur en 1852 en soutenant un *Essai sur l'histoire des donations entre époux et leur état d'après le Code Napoléon*, il est agrégé en 1864¹³. De 1864 à 1867, il enseigne le droit romain à la faculté de Grenoble, avant d'être transféré à Paris en 1867. Dans sa recension de l'ouvrage de Théophile Huc, il se contente de suivre les raisonnements de son collègue, fréquemment pour les louer, parfois pour les critiquer, généralement pour évaluer les innovations italiennes et pour regretter que le travail n'ait pas été accompagné d'une traduction en langue française. En tous points, il suit Huc sur l'idée que le code italien est une adaptation du modèle français. En 1866, il traite du nouveau code, de l'ancien code sarde, son aîné, et du « Code Napoléon qui leur a servi à tous deux de modèle »¹⁴. En 1868, il parle du code italien et du « Code Napoléon, son modèle »¹⁵. Il commence d'ailleurs par une rétrospective pleine d'humour à propos de l'adulation du modèle juridique français¹⁶ :

¹¹ S. Soleil, *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVII^e-XIX^e siècle)*, Paris, IRJS, 2014, pp. 309 s.

¹² G. Boissonade, *Le Code civil italien*, cit., pp. 172 s. ; Idem, *Le nouveau Code civil*, cit., pp. 67 s.

¹³ N. Hakim, *Gustave-Émile Boissonade de Fontarabie*, in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen (curr.), *Dictionnaire historique des juristes français, XIX^e-XX^e siècles*, Paris, 2007, p. 100.

¹⁴ G. Boissonade, *Le Code civil italien*, cit., p. 173

¹⁵ G. Boissonade, *Le nouveau Code civil*, cit., p. 70.

¹⁶ Ivi., p. 67.

« En France, depuis quelques années, notre contentement de nous-mêmes semble se corriger un peu au contact plus intime des autres nations ; nous nous laissons bien encore appeler, sans que notre modestie en souffre trop, “le peuple le plus spirituel de l’univers” ; nous prétendons aussi n’avoir rien à envier à la puissance et à la prospérité de nos voisins ; nous sommes fiers surtout, et à plus juste titre, de voir nos lois, depuis le commencement de ce siècle, faire l’admiration du monde civilisé, et être partout imitées et appliquées, Cependant nous sommes forcés de reconnaître qu’en cette matière même nos imitateurs ont souvent corrigé et dépassé leur modèle. »

Yannick Falelavaki a signalé récemment que Boissonade faisait ici référence à Bonnin, lequel affirmait en 1829 dans son *Abrégé des principes d’administration* qu’« il n’appartenait qu’à la nation la plus spirituelle et la plus instruite de l’univers de former un code de lois civiles, pour lequel aucune législation connue ne pouvait servir de modèle. Ce genre de gloire était réservée aux Français seuls »¹⁷.

Chez Huc et Boissonade, l’origine du code civil italien est ainsi identifiée sans nuances : « c’est, affirme Huc, le Code Napoléon adapté aux besoins de l’Italie ». De sorte que (première conclusion) dans leurs analyses, le code français est non seulement la matrice d’où est sorti le code italien, mais aussi – nous y reviendrons – le texte auquel le code italien doit être comparé afin de discerner les mécanismes sur lesquels le législateur a innové et, par conséquent, d’interroger le code français pour savoir s’il faut lui donner la préférence ou pas. Le vocabulaire utilisé par les deux auteurs, dans leurs études respectives, est donc celui de l’imitation. On use de l’adverbe « conformément » au Code Napoléon¹⁸. On parle d’un Livre ou d’un Titre « correspondant » à tel Livre ou tel Titre du Code Napoléon¹⁹. On parle de « modèle », à propos du droit des contrats²⁰. On parle d’un article « calqué » ou « imité ». On indique d’une règle italienne qu’elle est « la copie » ou qu’elle est « copiée » d’une règle française²¹. On explique que telle règle est « toujours » celle du Code Napoléon. De sorte que (deuxième conclusion)

¹⁷ Y. Falelavaki, cit., p. 35.

¹⁸ T. Huc, *Le Code civil italien*, cit., t. 1, p. 247, à propos de la théorie du consentement en matière contractuelle.

¹⁹ Ivi, p. 11, à propos du Livre II qui régit les biens et la propriété ; p. 12, à propos du Titre qui organise les obligations ; p. 22, à propos de la jouissance et l’exercice des droits civils ; p. 105, à propos de la tutelle.

²⁰ Ivi, p. 247.

²¹ G. Boissonade, *Le nouveau Code civil*, cit., pp. 76 et 95.

le droit romain passe au second plan : onze mentions seulement du « droit romain » dans l'ouvrage de trois cents pages de Huc, une unique mention dans l'article de trente pages de Boissonade. L'un et l'autre savent pourtant à quel point les rédacteurs du code civil de 1804 ont puisé dans le droit romain, par le biais de Domat et Pothier. Jean-Louis Sourioux souligne d'ailleurs que Boissonade reconnaissait en 1866 que c'est « l'autorité du vieux droit romain » qui lui a « appris à élargir, sans le briser, le cadre trop étroit de nos lois, et sans en fausser l'esprit, à en plier les règles anciennes aux exigences et aux besoins des temps modernes »²². Néanmoins, telle n'est pas la perspective historique adoptée par les deux auteurs qui consacrent leurs analyses à la façon dont les rédacteurs italiens ont puisé dans le code Napoléon, pour mieux comparer les deux textes. De sorte que (troisième conclusion) l'un et l'autre voient dans l'histoire générale qui va de 1804 à 1865 une grande marche vers l'unité, voire l'uniformité. Huc imagine le jour où « le voyageur allant d'un pôle à l'autre trouvera partout les mêmes lois, la même protection, peut-être la même langue », tandis que Boissonade offre un plaidoyer pour la comparaison des législations. Il aurait fallu, déplore-t-il en 1868, profiter de l'exposition universelle de 1867 pour faire la présentation de tous les codes des nations « car elle eût été le point de départ d'un acheminement, encore éloigné, mais nécessaire, à l'unité de législation civile, comme celle-là mènera, et prochainement, à l'unité de monnaies, de poids et de mesures »²³. Si l'on résume, chez Huc comme chez Boissonade, le code civil italien est, comme les autres codes promulgués jusqu'à ce jour, une adaptation du modèle français, ce qui, d'une part, témoigne d'une marche vers l'unité du droit, ce qui, d'autre part, laisse dans l'ombre la référence au droit romain ; un raisonnement qui n'est pas du tout celui de Paul Gide.

1.3. *La nature du code civil italien selon Paul Gide*

Paul Gide a soutenu, en 1855, une thèse qui portait sur *Les droits de légitime et de réserve d'après les lois romaines, l'ancien droit français et le code Napoléon*. De fait, c'est un spécialiste de droit romain qui, selon Patricia Ducret, adopte, tout au long de sa carrière, une approche scientifique assez novatrice : « il s'efforce de dégager l'esprit du droit romain, de rendre

²² G. Boissonade, *Le Code Napoléon et les sociétés coopératives civiles du Dauphiné*, Paris, 1866, p. 5, cité par J.-L. Sourioux, *La pensée juridique de Boissonade*, in *Boissonade et la réception du droit français au Japon*, Paris, 1991, p. 39.

²³ G. Boissonade, *Le nouveau Code civil*, cit., p. 68.

vie à cette législation morte. Pour cela, il ne néglige pas le côté purement juridique mais il rapproche toujours des règles juridiques les conceptions sociales dont elles sont la traduction ; il excelle à montrer pourquoi et comment une institution se transforme peu à peu et change de nature »²⁴. Ce qui l'intéresse, par exemple dans sa thèse de 1855 à propos des droits de légitime et de réserve ou dans son étude de 1867 sur la condition privée de la femme, c'est la façon dont une règle de droit romain passe par diverses phases d'interprétation et témoigne des progrès du droit dans l'histoire de l'humanité. C'est exactement l'état d'esprit qui l'anime dans son interprétation du code civil italien. Son étude de 1866 est publiée à la *Revue historique de droit français et étranger*, ce qui montre assez l'approche historique de l'auteur, une approche qu'il établira définitivement en 1886, lorsqu'il conclura ses recherches sur le droit italien par une Étude sur la législation dans le nouveau royaume d'Italie.

La réflexion de Gide part d'une comparaison. Par rapport à la France et l'Angleterre qui semblent avoir un droit bien identifié, qu'en est-il de l'Italie ? Ce territoire, qui a été tant de fois envahi, apparaît n'avoir rien de spécifiquement italien. Toutefois, insiste l'auteur, les apparences sont trompeuses, car le droit civil sait résister aux changements politiques. Son progrès est lent et régulier, à l'image du peuple qu'il régit. Et, en ce sens, ce qu'on retrouve en Italie, c'est toujours la même tradition juridique : « celle de l'ancienne Rome »²⁵. Gide survole donc l'histoire de l'Italie pour apporter les preuves de la préservation, presque intacte de ce fonds juridique romain. Selon Gide, les peuples barbares, malgré les siècles de ténèbres, n'ont guère laissé de traces dans la péninsule. Aucun peuple envahisseur n'a su résister aux mœurs, au droit, aux arts, à la littérature de l'ancienne Rome. Ils se sont romanisés. Plus tard, les cités italiennes de Toscane et de Lombardie, délivrées des anciens jougs étrangers, revinrent naturellement aux institutions de l'Antiquité et se débarrassèrent des quelques règles germaniques qui leur avaient été imposées. D'où, affirme Gide, le retour au droit de l'ancienne Rome²⁶ :

« La puissance paternelle, rigoureuse et perpétuelle, renforcée d'un côté par la prohibition du sénatus-consulte macédonien, et tempérée de l'autre par l'admission des divers pécules ; l'inaliénabilité dotale, avec tous les principes qui s'y attachent,

²⁴ P. Ducret, *Jean-Paul-Guillaume Gide*, in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen (curr.), *Dictionnaire*, cit., p. 367.

²⁵ P. Gide, *De la législation civile*, cit., p. 393.

²⁶ *Ivi*, p. 395.

hypothèque privilégiée, prohibition des dons entre époux, sénatus-consulte velléien ; le testament, solennel dans sa forme et absolu dans ses effets, comme une loi. »

Puis vint le triste XVI^e siècle et, avec lui, la perte de l'indépendance des cités et des libertés publiques au profit des princes étrangers. De nouveau, le droit romain et les mœurs romaines se plièrent aux exigences des nouveaux maîtres de la Péninsule, mais surent résister afin de poursuivre la tradition qui venait de l'Antiquité.

Paul Gide termine sa courte analyse historique en parcourant l'Italie pré-unitaire : au centre, les États romains et la Toscane suivaient encore leurs coutumes ancestrales, tandis qu'au Nord et au Sud, les territoires italiens avaient adopté des codes civils qui, avec la domination française, rappelaient tous, « par une imitation plus ou moins indépendante, le Code Napoléon qu'ils étaient venus remplacer » : code des Deux-Siciles (1819), code de Parme, Plaisance et Guastalla (1820), code de Sardaigne (1837), code de Modène (1851). Gide exclut la Lombardie-Vénétie qui, occupée par l'Autriche et régie par le code autrichien, était « assimilée, dans toutes ses institutions, aux provinces allemandes » et « n'appartenait plus à l'Italie que par sa situation géographique ». Dans les territoires qui n'avaient pas adopté de code, l'élément romain s'était parfaitement conservé, par-delà la chute de Rome, les conquêtes et les révolutions. La famille, inchangée, restait soumise au pouvoir du mari et père. Les régimes matrimoniaux, les successions, l'incapacité de la femme mariée, tout marquait le triomphe du droit romain. Ailleurs, là où des codes avaient été promulgués, sous l'impulsion de princes étrangers, la législation « était souvent la traduction fidèle des lois françaises ou allemandes plutôt que l'expression des vieilles coutumes nationales »²⁷. Mais, insiste Gide, il s'agissait d'un « alliage étranger » qui recouvrait l'antique droit romain, sans l'avoir transformé en profondeur. Toutes les dispositions allaient dans le même sens : la puissance domestique du parent mâle et paternel ; le fils de famille maintenu dans son état d'incapacité jusqu'à son émancipation par le sénatus-consulte velléien ; l'enfant susceptible d'être frappé d'exhérédation ; la femme dépouillée de ses droits successoraux au profit des héritiers mâles et, par une autre extension du sénatus-consulte velléien, déclarée incapable de faire une libéralité... Dans tout cela, Gide ne voit que la préservation du droit romain.

De sorte que – c'est le point d'aboutissement logique du raisonnement

²⁷ Ivi, p. 398.

de l'auteur – : « le droit romain, et le droit romain seul, tel est l'antique et immuable fondement de la législation italienne »²⁸. Le code civil italien est, dans une sorte de *risorgimento* juridique, la renaissance du droit romain antique : « il continue, dans ce qu'elle a de légitime, cette antique tradition dont nous venons de suivre les traces à travers les âges ». Le travail des rédacteurs, ajoute-t-il, a consisté à adapter cette tradition « pour l'appropriier aux besoins d'une civilisation nouvelle ». Les juristes italiens ont composé avec « ces vérités juridiques nouvelles qui avaient échappé au génie pénétrant des Romains et qui se sont dégagées de la barbarie du moyen âge ». Pour Gide, si toute la tradition romaine se résume par le despotisme du chef de famille, « tout autres sont les principes que recélaient en elles les institutions germaniques et qu'a dégagés et formulés de nos jours la science économique »²⁹ : ici, chacun est maître de ses actions, chacun agit à ses risques et périls, « chacun, quels que soient la condition ou le sexe, subit la peine de sa faiblesse ou de son imprudence comme il recueille les fruits de son industrie », tout est basé sur la responsabilité. Selon l'auteur, on peut résumer en deux formules l'esprit des institutions modernes, fondées sur les institutions germaniques : une plus grande indépendance dans les rapports domestiques, une plus grande liberté dans les transactions sociales. C'est cette double réforme que les rédacteurs italiens ont privilégiée pour infléchir le droit romain.

Lorsqu'on examine la pensée historique de Gide, par comparaison avec celles de Huc et Boissonade, on peut en tirer deux conclusions majeures. Premièrement, chez Gide, la place centrale du code Napoléon s'efface complètement derrière la longue histoire du droit italien qui va de Rome à 1865. De ce code, qui a pourtant servi de modèle aux rédacteurs italiens, Gide ne dit rien ou presque. Cela ne cadre pas avec sa conception du droit romain et de l'histoire italienne du droit. Mieux, il oppose les deux codes. Le code italien, affirme Gide, a conservé les traditions juridiques romaines, alors que le code français présente un mélange à doses à peu près égales d'élément romain et d'élément germanique. Deuxièmement, sa conception de l'histoire humaine est le fruit d'une sorte de dialectique entre le caractère despotique de l'Antiquité romaine (ordre, discipline, prohibitions) et son antithèse, la culture germanique libérale (souplesse, franchises, indépendance, autorisations). Le code italien en serait la synthèse et formerait une étape dans la longue marche de l'humanité vers la liberté qui est, chez lui, le maître mot, le but vers lequel l'histoire conduit les

²⁸ Ivi, p. 399.

²⁹ Ivi, p. 402.

hommes, les femmes, les enfants et les civilisations.

Cette conviction est d'ailleurs partagée par Joseph Orsier et Paul Bernard dans leurs contributions respectives. Le premier, dans la préface du second tome de la réédition de Huc, ne s'aventure pas à donner sa préférence entre la vision française de Huc et Boissonade et la vision romanisante de Gide. Il insiste sur les sources du droit moderne qui seraient à découvrir dans les multiples statuts médiévaux des cités italiennes et conclut en estimant que le code italien puise « à ces deux sources pures [le Code Napoléon et le Code Albert] et à celles du droit national dans ce qu'il a de légitime [sans doute fait-il référence ici au *ius commune* et aux statuts médiévaux] »³⁰. Puis il s'exclame : « Toutes les règles qu'il propose concourent à l'harmonie de l'ensemble, se résument dans un motif unique, l'extension de la liberté civile ; théorie généreuse, appliquée tour à tour aux personnes et aux choses, dont il est résulté un double bien : progrès moral, progrès économique. » Paul Bernard, quant à lui, se contente de redire ce qu'il a lu chez les autres : « Quand on a lu le nouveau Code, on arrive à cette conclusion formulée par M. Gide, et confirmée par M. Huc, que toutes les règles nouvelles sont inspirées par une idée éminemment féconde, et qui éclate à chaque pas, comme le but poursuivi avec une loyale et courageuse conviction, celle de *l'extension de la liberté civile* »³¹.

Que faut-il penser de tout cela ? D'un côté, l'apport de Gide est complémentaire de celui de Huc et Boissonade. Il ne juge pas le code civil italien selon une méthode micro-historique qui examine les travaux préparatoires, les modèles qui ont été privilégiés par les rédacteurs, les rapports de force entre la classe politique italienne et les juristes. Il adopte une démarche macro-historique, où le moment 1860-1865 l'intéresse moins que la vision large qui va de l'Antiquité au XIX^e siècle. Il observe le code italien en rapportant son contenu au contenu du droit romain, indépendamment du modèle français. Toutefois, d'un autre côté, il faut convenir que Gide s'est en partie fourvoyé.

Le premier point faible de l'analyse est qu'il n'a voulu voir dans les institutions germaniques qu'un ensemble de règles libérales qu'il oppose de façon assez caricaturale avec les institutions romaines. Tout est contraste, proclame-t-il, entre ces deux lois : « dans l'une, je vois dominer un principe d'ordre et de discipline ; dans l'autre, je trouve partout, un principe de liberté individuelle et d'indépendance »³². Il adopte en fait l'anglophilie qui était celle des philosophes des Lumières un siècle plus tôt et puise à

³⁰ J. Orsier, in T. Huc, *Le Code civil italien*, cit., t. 2, p. VIII.

³¹ P. Bernard, *Le Code civil italien*, cit., p. 127 s.

³² P. Gide, *De la législation civile*, cit., p. 399.

pleines mains dans *L'esprit des lois* de Montesquieu. Cette vision pouvait se défendre sur le plan des institutions politiques et de la procédure pénale, mais certainement pas sur le plan du droit civil. Dans les années 1830-1860, le *common law* traduit toujours de vieux et sévères principes médiévaux, que les juges d'*equity* et les gouvernements *whigs*, à travers le *statute law*, cherchent à atténuer. Prenons deux exemples sur lesquels s'appuie Gide pour alimenter sa théorie selon laquelle le droit d'origine germanique serait libéral et le droit romain serait despotique : les droits de la femme et les pouvoirs du père en matière successorale. En droit de *common law*, explique George Blaxland (un juriste anglais qui, en 1839, a rédigé un *codex* de droit anglais en suivant l'ordre du code Napoléon pour mieux comparer l'un à l'autre), la femme mariée ne peut agir seule tant que les relations de mariage subsistent, parce que la femme mariée est incapable, parce que la personne de l'épouse est comme incorporée à celle du mari (« *the very existence of the civil state, or person of the wife, being incorporated in that of her husband* »). L'épouse ne peut jamais contracter seule et tout ce qu'elle fait, même avec l'accord de son époux, est nul (« *void* »), sauf exceptions limitatives prévues par la loi³³. En matière successorale, le droit anglais conserve un double mécanisme médiéval : quand il y a plusieurs héritiers masculins d'égal degré (« *male descendants in equal degree* »), seul l'aîné hérite des tenures réelles (« *real estate* ») ; les héritiers masculins excluent les héritières féminines³⁴. Il n'y a donc de successions égalitaires qu'au cas où le décédé n'a que des filles. Contrairement au droit français qui recherche l'équilibre entre la quotité disponible et la réserve héréditaire – nous y reviendrons –, le droit anglais donne une liberté quasiment complète au disposant³⁵. À propos de ce dont on peut disposer par donation ou testament, Blaxland explique : « Toute personne, qu'elle laisse ou non des descendants ou des parents vivants, peut disposer par testament ou faire des donations gratuites, de la totalité de ses biens réels et de la totalité de ses biens et cateux [*goods and chattels*] en faveur de toute personne qui n'a pas d'incapacité juridique particulière, pour la totalité des biens et intérêts en question, sauf en cas de fraude à l'égard des créanciers »³⁶. En bref, Gide connaît le droit romain et le code Napoléon, mais ne connaît pas le droit de *common law* et se laisse aller à une

³³ G. Blaxland, *Codex Legum Anglicanarum ; or, a Digest of Principles of English Law arranged in the Order of the code Napoleon*, Londres, 1839, p. 279.

³⁴ *Ivi*, p. 382.

³⁵ R. J. Morris, *Men, Women and Property in England, 1780-1870. A Social and Economic History*, Cambridge, CUP, 2005, pp. 79 et s. ; C. Shamma, *English Inheritance Law and Its Transfer to the Colonies*, in "American Journal of Legal History", 1987, pp. 145 et s.

³⁶ G. Blaxland, *Codex Legum Anglicanarum*, cit., p. 403.

interprétation à la fois anglophile, romantique et dialectique des traditions germaniques, ce qui lui permet d'alimenter sa théorie du droit.

Le second point faible de l'analyse consiste à exclure de l'analyse le modèle juridique français, au profit de l'esprit moderne que les rédacteurs seraient allés chercher dans les institutions germaniques. Ce sont les réformateurs italiens qui auraient été surpris d'apprendre qu'ils avaient puisé la modernité dans les coutumes germaniques ! Le problème est d'autant plus voyant que Gide a expliqué que le code Napoléon avait, à doses à peu près égales, utilisé la tradition germanique et la tradition romaine. Il avait identifié la clef pour comprendre la genèse du nouveau code italien. Ce n'est pas une mystérieuse dialectique entre la tradition romaine et son antithèse germanique, mais bien évidemment le code Napoléon qui a permis de consacrer les principes et les mécanismes du droit romain en les adaptant, plus ou moins bien, à de nouvelles conceptions familiales, économiques et sociales.

2. *Une approche comparative identique*

Si Gide adopte un autre point de vue historique que celui de Huc et Boissonade, les trois universitaires ont un point commun : leurs travaux de doctorat les ont entraînés à examiner les questions de droit civil à la lumière du droit romain et du code Napoléon. Ils adoptent donc, à propos du code italien, une méthode comparative qui les conduit à examiner les mécanismes de droit italien par rapport à la matrice romaine (Gide) ou française (Huc et Boissonade). Boissonade indique clairement le projet qui, en vérité, habite chacun des trois universitaires : « nous indiquerons les solutions législatives données en Italie à beaucoup de questions qui sont sans cesse discutées chez nous, en doctrine et en jurisprudence »³⁷. Il y a donc une mise en perspective des innovations italiennes à deux niveaux : le premier où les auteurs français recherchent le sens, le bien ou le mal-fondé des règles italiennes comme autant de sources d'inspiration pour, affirment-ils, d'éventuelles réformes françaises ; le second où ils alimentent leurs propres controverses doctrinales à l'aide du premier niveau d'interprétation.

2.1. *Discuter les innovations italiennes*

Ce qui intéresse nos trois auteurs, ce sont les innovations italiennes

³⁷ Boissonade, *Le nouveau Code civil...*, *loc. cit.*, p. 70.

parce qu'elles pourraient, un jour, devenir des sources de réforme en France. Théophile Huc, après avoir mentionné et loué le modèle français, admet que le code Napoléon est souvent défectueux ou lacunaire. Le moment arrive, écrit-il, où la révision, souhaitée par plusieurs jurisconsultes, deviendra inévitable. Il conviendra alors de se pencher sur l'opinion des peuples voisins sur notre code. Les alternatives qui auront été proposées par rapport au modèle deviendront des voies d'inspiration. D'où la double analyse, celle qui consiste à voir ce que les rédacteurs italiens ont repris du droit français, celle qui revient à imaginer ce que de futurs réformateurs français pourraient imiter du code italien : « c'est, justifie Huc, que le code italien mérite d'être étudié autant pour les emprunts qu'il a judicieusement faits au Code Napoléon, que pour les innovations qu'il contient »³⁸. Gide, qui renvoie « les lecteurs curieux de plus amples détails » à l'ouvrage de Huc, explique : « Pour mon compte, je veux me borner à signaler, dans l'œuvre législative de nos voisins, les innovations et les réformes qui peuvent être pour nous-mêmes un enseignement et un exemple »³⁹. Boissonade, quant à lui, adopte, en 1866 puis en 1868, un raisonnement qui révèle les premiers désarrois des fondateurs de la science comparative française. En 1866, il estime que le temps où l'on pouvait se contenter de louer le code français sans autre souci que l'enseigner et le commenter est révolu. Il en profite pour rappeler qu'il devient nécessaire de créer un comité permanent de législation comparée et d'indiquer que la prochaine exposition universelle (1867) pourrait être l'occasion de trouver, à côté de tous les systèmes de charrues ou d'armes offensives et défensives, la collection des Codes de tous les peuples⁴⁰ :

« Il en est temps encore : tandis que les autres ouvrages des hommes, qui ne révèlent que des conquêtes sur la matière, réunis pour quelques temps, seront dispersés de nouveau, il faut que leurs lois, au contraire, qui sont des conquêtes de la raison sur l'ignorance, du droit sur la force et du bien sur le mal, restent comme un dépôt sacré où nous puissions nous-mêmes puiser, à notre tour, l'amélioration constante de nos propres lois : pourtant déjà elles excitent l'envie des autres nations et leur servent tous les jours de modèle ; mais combien elles sont encore perfectibles ! »

Dans l'article de 1868, il commence par là où il avait terminé en 1866,

³⁸ T. Huc, *Le Code civil italien... (1866)*, cit, p. 106 ; Idem, *Le Code civil italien... (1868)*, cit., t. 1, p. 130.

³⁹ P. Gide, *De la législation civile*, cit., p. 404.

⁴⁰ G. Boissonade, *Le Code civil italien*, cit., p. 186.

c'est-à-dire par une remise en cause de la dévotion à l'égard du modèle juridique français. Il estime que « même nos imitateurs ont souvent corrigé et dépassé leur modèle »⁴¹. Il affirme que la supériorité civilisatrice française est désormais contestée, que la France doit reprendre l'initiative pour conserver son rang, qu'elle ne doit pas se contenter d'améliorer ses « engins de guerre et de destruction », mais doit surtout « perfectionner ses lois civiles, criminelles et administratives, si elle veut qu'elles demeurent, pour le monde, des leçons et des modèles de justice et de raison ». Et Boissonade de réitérer ses regrets : l'absence d'une institution chargée de collecter et de faire connaître les législations du monde ; le fait que l'on n'ait pas profité de l'exposition universelle pour y montrer tous les codes des nations⁴². Il conclut donc son article de 1868 en écrivant à propos du code italien : « Ces innovations et leurs conséquences devront être pour nous un objet d'attention sérieuse et continue. Ne serait-il pas bien naturel, d'ailleurs, et très-honorable pour deux peuples amis, qu'après avoir fourni à l'Italie le type de sa nouvelle législation civile, la France, à son tour, adoptât les améliorations apportées par celle-ci au modèle ? »⁴³.

Dans la recherche et la mise en discussion des innovations italiennes, la tâche de Paul Gide et de Gustave Boissonade a été grandement facilitée par le travail préalable de Théophile Huc. Fidèle à la méthode exégétique, il a opté non seulement pour une glose des articles du code civil italien dans l'ordre du code civil français – ce qui lui était naturel – mais aussi pour une appréciation de la totalité du code italien. Il ne se focalise pas sur un thème (ex. : le droit matrimonial, la propriété ou les obligations), mais commente l'ensemble des 2159 articles du code italien, ce qui lui permet de mettre en relation chaque disposition avec des dispositions prévues dans d'autres Livres ou Chapitres du code. En outre, Huc ne se fie pas à ses seules connaissances juridiques. Sa maîtrise de la langue italienne lui a permis de beaucoup lire pour comprendre le contexte de la genèse du code. Pour la première édition (1866), il a consulté les commentaires italiens publiés en 1862 sur le projet Miglietti. Pour la seconde (1868), il a pu utiliser aussi bien d'autres travaux d'amont (*I motivi del Codice civile del regno d'Italia* qui, selon la méthode de Fenet et de Loqué, permettent d'embrasser les motifs qui ont conduit à adopter telle ou telle règle) que les travaux d'aval, c'est-à-dire les commentaires critiques publiés par des auteurs italiens dans les années 1865-1867.

Tantôt, Huc complimente les rédacteurs du code italien soit pour le

⁴¹ G. Boissonade, *Le nouveau Code civil*, cit., p. 67.

⁴² *Ivi*, p. 68.

⁴³ *Ivi*, p. 96.

contenu d'une innovation, soit pour la reformulation d'une disposition. A propos de l'article 3 du code italien qui prévoit simplement : « L'étranger est admis à jouir des droits civils attribués aux citoyens », alors que la combinaison des articles 7, 8, 11 et 12 du code civil français prévoit des conditions pour permettre à l'étranger de jouir en France des mêmes droits civils que les Français, Huc fait remarquer que la loi italienne est non seulement plus libérale, non seulement plus en harmonie avec « les vraies notions d'économie » mais aussi mieux formulée : « On sait toutes les difficultés qu'éprouvent les jurisconsultes pour établir quelle est, sur le point qui nous occupe, la véritable théorie du Code Napoléon »⁴⁴. En réalité, ajoute-t-il, l'interprétation générale est qu'un étranger jouit sur le sol français des mêmes droits civils que les Français, sauf disposition spéciale. « Mais quelle difficulté pour arriver à la démonstration de cette solution, et combien la décision du code italien est plus simple, plus libérale et plus sage ! »⁴⁵.

Tantôt, Huc critique la solution italienne. C'est le cas à propos des biens des étrangers. Pour comprendre ses remarques, il convient de rappeler que la disposition française prévoit, à l'article 3, al. 2 : « Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française »⁴⁶. Rogron, à propos de cet alinéa, synthétise l'interprétation donnée par la doctrine française majoritaire et la jurisprudence⁴⁷ :

« Les lois qui régissent les immeubles, abstraction faite des personnes qui les possèdent, s'appellent *réelles* : telles sont les lois sur la distinction des biens et la propriété, les lois concernant les servitudes, les hypothèques, la prescription, etc. Ces lois s'appliquent même aux immeubles possédés par les étrangers ; car la souveraineté est indivisible. Elle cesserait de l'être si des portions d'un même territoire pouvaient être régies par des lois qui n'émaneraient pas du même souverain. [...] Notre article ne déclarant soumis aux lois françaises que les immeubles possédés par des étrangers, il faut en conclure que les dispositions qu'un étranger ferait de ses meubles devraient être régies par la loi du pays où il a son domicile ;

⁴⁴ T. Huc, *Le Code civil italien...* (1866), cit., p. 30.

⁴⁵ Ivi, p. 31.

⁴⁶ Sur la genèse de cet article 3 et les principes de droit international privé qui s'en dégagent, B. Ancel, *Lois de police et ordre public dans le droit des conflits (XII^e siècle - début XX^e siècle). Genèse et réception de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code civil*, Thèse droit, Université Paris II, 2019.

⁴⁷ J. A. Rogron, *Code Napoléon expliqué*, XV éd., Paris, 1853, p. 7.

la raison en est que les meubles, n'ayant pas d'assiette fixe, ne peuvent être régis par d'autres lois que celles qui gouvernent la personne du propriétaire. »

La disposition italienne de l'article 7, fait remarquer Huc, s'écarte des formulations françaises : « Les biens meubles sont soumis à la loi de la nation du propriétaire, sauf disposition contraire de la loi du pays dans lequel ils se trouvent. Les immeubles sont régis par la loi en vigueur au lieu de leur situation. » Il ajoute que le législateur a tranché dans un sens favorable aux étrangers une question de droit international privé fort disputée en France. Mais, tempère-t-il, il n'est pas sûr que, ce faisant, le code ait évité toute difficulté, car le texte n'a pas distingué entre *les meubles pris individuellement* et *les meubles pris universellement*. Huc se perd ensuite en conjectures car l'article 8 dispose que les successions seront, quelle que soit la nature des biens, régies par la loi de la nation du défunt. A l'égard des biens meubles, l'article 8 ne dit pas autre chose que l'article 7. Ils sont régis par la loi de la nation du défunt. Justement, s'interroge Huc, soit l'un des deux articles était inutile, soit l'article 8 régit les meubles en matière successorale et il faut en déduire que l'article 7 régit les meubles dans les autres hypothèses et il se trouvera sans doute des auteurs pour affirmer que les voies d'exécution, les privilèges ou les prescriptions concernant les meubles doivent être régis par la loi étrangère, ce que le législateur italien n'a manifestement pas voulu prévoir.

On remarque ici un trait caractéristique. Théophile Huc passe au crible la moindre innovation du code italien, comme un praticien chercherait à en tordre le sens pour la plier aux intérêts de sa cause ou comme un auteur de doctrine chercherait à lui faire dire autre chose que ce qu'il semble dire pour le plaisir intellectuel de la dispute. De fait, la critique des innovations italiennes pour en tirer d'éventuelles réformes législatives françaises disparaît parfois derrière la subtilité des commentaires... Notamment parce qu'il s'agit aussi, pour lui comme pour Gide et Boissonade, de profiter de la comparaison entre le code français et le code italien pour alimenter des controverses doctrinales françaises.

2.2. *Alimenter les controverses françaises*

Nous choisissons ici l'une des controverses où les trois auteurs vont non seulement s'affronter à fleuret moucheté, mais aussi mobiliser d'autres auteurs français qui n'ont rien à voir avec le code italien : quelle est la nature

de la réserve héréditaire ? Faut-il en modifier les règles ? Faut-il l'abolir au profit de la liberté testamentaire complète ? Sous l'Ancien Régime, malgré la diversité juridique entre pays de droit romain et pays de coutumes (et, au sein des pays de coutumes, entre régimes coutumiers différents), une liberté était admise, très grande au Sud, plus limitée au Nord : celle, pour un père, d'instituer, de favoriser, de pénaliser un héritier⁴⁸. Cette liberté testamentaire a fait l'objet de l'une des réformes les plus audacieuses de la Convention montagnarde. La loi du 17 nivôse an II (6 janvier 1794) restreint la faculté de disposer afin de contrer la puissance des pères et de convaincre les cadets de se joindre à la Révolution, sans crainte de représailles paternelles. Désormais, le testateur ne peut disposer que d'un dixième de ses biens s'il y a des héritiers en ligne directe – un sixième s'il n'y en a pas – et sans jamais pouvoir en profiter pour avantager l'un des héritiers. Sous le Directoire, la tentation d'abroger la mesure s'est faite de plus en plus forte et c'est le Consulat qui, le 4 germinal an VIII (25 mars 1800), rétablit une première liberté testamentaire avec pour contre-objectif avoué de rétablir la puissance paternelle et restaurer l'autorité du gouvernement sur les citoyens grâce à celle des pères de famille sur leurs enfants⁴⁹. La quotité disponible est alors fixée à un quart des biens du disposant s'il y a trois enfants ou moins, un cinquième s'il y en a quatre, un sixième s'il y en a cinq (et ainsi de suite) et le bénéficiaire du legs peut être l'un des héritiers, lequel est dispensé de rapport. En avril 1803, lorsque l'article 913 du code civil est adopté, la quotité disponible est de nouveau augmentée. Elle s'élève désormais à la moitié des biens s'il y a un enfant, au tiers s'il y en a deux, au quart s'il y en a trois ou plus. Dans les années 1860, la question qui se pose au législateur italien est donc celle du choix entre l'option romaine (la liberté testamentaire), l'option inverse (l'apothéose de la réserve héréditaire de nivôse an II) et une option intermédiaire qui cherche un équilibre entre quotité disponible et réserve héréditaire. L'article 805 dispose : « Les libéralités par testament ne peuvent excéder la moitié des biens du testateur, si, en mourant, il laisse des enfants, quel que soit leur nombre. L'autre moitié est réservée au profit des enfants et forme leur portion légitime ». Théophile Huc, lorsqu'il présente l'économie de la section IV du code civil italien (*De la portion dont on peut disposer par testament*), s'exclame⁵⁰ :

⁴⁸ J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Paris, 1998, pp. 367 s.

⁴⁹ X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, 2003, pp. 255-256.

⁵⁰ T. Huc, *Le Code civil italien... (1866)*, cit., p. 175.

« Et d'abord, le Code civil italien devait-il, à l'exemple du Code Napoléon, admettre le principe d'une réserve en faveur de quelques héritiers ?... Ce n'est pas sans une certaine émotion que nous posons une telle question, et que nous entreprenons de défendre des vérités qui paraissaient à l'abri de toute attaque. Mais il s'est formé, en France, une coalition entre ceux qui ont regret à l'ancien ordre des choses, et certains publicistes et économistes ; et tous ensemble, au nom de la liberté de la propriété, au nom du droit du père de famille, dans l'intérêt du progrès agricole et de la grande industrie, ont réclamé à grands fracas, l'abrogation de la réserve et la liberté de tester ! »

Quoiqu'il explique que plusieurs auteurs italiens ont, eux aussi, réclamé la fin de la réserve, Huc évacue assez vite la question italienne pour s'intéresser à la seule controverse française. Il le fait en deux temps. Avant de défendre la réserve face aux nostalgiques de l'Ancien Régime qui plaident pour la puissance paternelle, face aux Leplaysiens qui déplorent le morcellement des patrimoines, face aux libéraux qui, tel Acollas, défendent la liberté de tester, Huc va s'interroger sur la nature juridique de la réserve. Pour Batbie, rappelle Huc, il existerait une obligation alimentaire qui lierait les parents à l'égard de leurs enfants et, réciproquement, les enfants à l'égard de leurs parents. La réserve perpétuerait cette obligation au-delà de la mort des ascendants. Mais, objecte Huc, fonder la réserve sur une telle obligation alimentaire permettrait à l'ascendant de la réduire au minimum, c'est-à-dire « à la proportion de simples aliments », donc à étouffer l'institution elle-même. Cette obligation est justement ce que le code reconnaît en faveur des adultérins, alors que la réserve en faveur des enfants légitimes est d'une autre nature⁵¹. Demolombe, approuve Huc, estime quant à lui que la réserve est une institution d'intérêt général qui assure la transmission héréditaire des biens « qui est le moyen le plus énergique de la conservation des familles et par conséquent de la société tout entière ». Voilà, affirme Huc, le vrai fondement de la réserve. L'institution familiale est triplement protégée par la propriété individuelle – « le communisme détruirait radicalement la famille » –, le mariage indissoluble – « le divorce est également destructeur de la famille » – et la réserve : « que deviendrait en effet la famille si une telle assurance n'existait pas ? »⁵².

Puis, Huc s'interroge sur le système italien comparé au système français. La loi française du 24 germinal an VIII prévoyait une quotité disponible

⁵¹ Ivi, pp. 176-177.

⁵² Ivi, p. 178.

proportionnelle (donc une réserve elle aussi proportionnelle) qui dépendait du nombre d'enfants : un quart des biens s'il y avait trois enfants ou moins, un cinquième s'il y en avait quatre, un sixième s'il y en avait cinq, et ainsi de suite. Le nombre d'enfants pouvait être tel que la quotité disponible pouvait manquer son objet qui était d'avantager un héritier, d'où la double réforme du code civil français : l'augmentation de la quotité, l'abandon du système proportionnel au profit d'un système hybride. Le législateur italien, pour sa part, a opté pour une quotité disponible fixe : la moitié, au plus, quel que soit le nombre d'enfants. Ce système, admet Huc, est en réalité plus logique et surtout plus simple. Toutefois, il insiste pour qu'on ne modifie pas, sur ce point, le code civil français parce que la proportion est acceptée de tout le monde – étrange affirmation, après que Huc eût rapporté les arguments de tous ceux qui souhaitent l'abrogation de la réserve... – et qu'elle est entrée dans les mœurs.

Comment Gide et Boissonade vont-ils réagir à ces propos ? Nos trois universitaires ont soutenu leurs thèses dans les mêmes années. Tous, ils enseignent les matières civiles – Huc est professeur de code Napoléon depuis 1859, Boissonade et Gide enseignent le droit romain depuis, respectivement, 1864 et 1865. Mais il y a mieux : la thèse de Gide portait sur *Les droits de légitime et de réserve d'après les lois romaines, l'ancien droit français et le code Napoléon*, tandis que Boissonade publiera, en 1873, au moment de partir pour le Japon, une *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*. C'est donc un sujet que les trois auteurs maîtrisent parfaitement. Boissonade, dans son compte-rendu de 1866, se déclare en tous points favorable aux analyses de Théophile Huc. Affirmant que l'auteur fait preuve d'une grande sagesse quand il mêle les considérations économiques aux questions purement juridiques, il fait siennes les observations de Huc à propos de ce que Boissonade nomme « la grande question, à l'ordre du jour, de la liberté absolue de tester » et s'accorde avec lui sur le fait que la réserve héréditaire n'est ni incompatible avec la nature du droit de propriété, ni destructive de l'autorité paternelle⁵³. Il cite longuement le passage où Huc s'attaque au reproche suivant lequel la réserve serait contraire à la richesse agricole du pays. Paul Gide, pour sa part, montre son désaccord avec la position doctrinale de Huc. Il affirme qu'entre « notre droit de réserve et la *porzione legittima* de nos voisins, il est une nuance qui ne doit pas nous échapper », ce qui est une courtoise façon d'indiquer qu'elle a échappé à ses collègues... Habité par l'idée que le code civil italien est une renaissance du droit romain (simplement infléchi par l'esprit libéral de la tradition germanique), Paul Gide dissocie la réserve à la

⁵³ G. Boissonade, *Le Code civil italien*, cit., p. 185.

française où, dit-il, l'on retrouve, « avec les traditions du droit coutumier, le désir de conserver les biens dans les familles », de la légitime italienne qui ne serait que la perpétuation de la légitime du droit romain où l'on érige en obligation civile les devoirs dictés par la nature et les affections familiales supposées. C'est ce qui, aux yeux de Gide, justifie le fait que la *porzione* de l'article 805 du code italien, d'un côté, a été étendue au conjoint survivant et aux enfants naturels – ce qui n'est pas le cas de la réserve de l'article 913 du code français –, de l'autre, a été restreinte puisqu'elle ne peut jamais dépasser la moitié des biens du survivant⁵⁴. Gide en tire une observation générale : dans l'histoire qui va de Rome jusqu'au *risorgimento*, la liberté testamentaire a toujours perdu du terrain. Mais comme cette observation ne cadre pas avec sa théorie générale selon laquelle l'histoire humaine se confond avec le triomphe des libertés, il s'empresse d'ajouter⁵⁵ :

« Et, ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'à ces restrictions toujours croissantes de la liberté testamentaire, l'on voit correspondre dans les périodes successives du droit italien, un développement toujours croissant de toutes les autres libertés civiles. N'a-t-on pas oublié naguère ces enseignements de l'histoire, dans la presse et à la tribune française, lorsqu'on y a réclamé, au nom de la liberté civile, l'indépendance et la souveraineté du testateur ? Ce qu'il y a de certain, c'est que les habiles économistes qui ont présidé à la rédaction du nouveau code italien, ont compris la liberté civile d'une tout autre manière. »

En 1868, dans la seconde édition de son ouvrage, Huc défend, contre Gide, sa thèse selon laquelle la réserve est une institution et non une obligation alimentaire. Il insère une réplique entre deux paragraphes originels de l'édition de 1866. Du point de vue moral, rappelle-t-il, confondre la réserve avec une obligation alimentaire serait la porte ouverte à tous les abus. Peu importerait la manière dont cette obligation serait remplie, « pourvu qu'elle le fût, même par équipollent ; l'arbitraire du législateur, inspiré par les économistes, se développerait sans entrave »⁵⁶. Du point de vue juridique, « c'est, affirme Huc, ce que n'a pas voulu la loi italienne, et il nous semble que M. Gide

⁵⁴ P. Gide, *De la législation civile*, cit., pp. 414-415.

⁵⁵ Ivi, p. 415.

⁵⁶ T. Huc, *Le Code civil italien... (1868)*, cit., I, p. 202.

a attaché trop d'importance à quelques expressions employées dans la discussion, ou insérées dans les rapports officiels, lorsqu'il a cru pouvoir affirmer le contraire. » A l'appui de sa thèse, Huc explique que si la réserve avait été conçue comme une obligation alimentaire, alors il aurait fallu que ce droit se présentât avec les caractères d'un droit de créance qui ne serait pas attaché à la qualité d'héritier. Or, c'est l'inverse qui a été prévu : dans le code italien, le successible qui abdique la qualité d'héritier ne peut rien réclamer à titre de légitime et jamais le légitimaire n'est compté au nombre des créanciers du défunt. Plus incisif, Huc s'en prend à la curieuse affirmation selon laquelle les auteurs français auraient oublié les enseignements de l'histoire en réclamant la liberté du testateur au nom de la liberté civile. Gide, affirme Huc, « s'écrie avec l'indulgence d'un homme qui ne veut rien soupçonner. [...] Non, ces enseignements n'étaient pas oubliés. On réclamait la faculté de tester pour arriver à la destruction progressive de toutes les autres libertés civiles »⁵⁷. On le constate, sur la question de la nature juridique de la réserve, comme sur de nombreux autres points, les innovations italiennes permettent ainsi à Huc, Boissonade et Gide, mais aussi, indirectement, à Batbie, Demolombe ou Le Play, de débattre de questions doctrinales, politiques, économiques et sociales propres à leur contexte français.

3. Conclusion

A la question de savoir comment la doctrine française a accueilli le nouveau code civil italien, il convient de répondre que les quelques auteurs à la fois concernés et aptes à apprécier le texte promulgué le 25 juin 1865 adoptent une démarche initiée par Théophile Huc. C'est lui qui a fourni le travail le plus complet, le plus détaillé et le mieux documenté. C'est lui qui, par sa maîtrise de la langue italienne, par sa lecture des travaux préparatoires et par sa pénétration du contexte du *risorgimento*, a été capable d'offrir une belle analyse, au profit non seulement de la communauté des juristes français, mais aussi de la communauté italienne.

Sur cette base, la double approche historique insiste tantôt sur l'histoire

⁵⁷Ivi, p. 207.

récente, celle où les rédacteurs italiens ont pris pour modèle le code Napoléon pour en reprendre ou en rejeter les dispositions selon leurs besoins et leurs rapports de force, tantôt sur l'histoire générale du droit où le code de 1865 n'est que l'héritier du droit romain. L'espace-temps étant différent, les conclusions sont différentes et, jusqu'à un certain point, complémentaires : Huc et Boissonade font du code italien une nouvelle adaptation du modèle juridique français, ce qui témoigne de la marche du monde vers l'uniformité juridique ; Gide en fait une renaissance du modèle despotique romain que les rédacteurs auraient infléchi sous la pression dialectique du modèle libéral germanique, ce qui témoigne – sur ce point, il est suivi par Orsier et Bernard – de la marche du monde vers la liberté.

Sur cette même base, l'approche comparative permet aux auteurs français d'entrer dans l'analyse technique, juridique, scientifique, des dispositions du code. Livre après Livre, Chapitre après Chapitre, article après article, ils traquent les similitudes et les différences entre le code français et le code italien. Cela leur offre le loisir de se quereller comme de bons et vrais auteurs de doctrine, mais leur permet aussi d'apprécier les innovations italiennes. Ils les admirent assez souvent. Ils les critiquent le cas échéant. Ils envisagent d'éventuelles réformes du code français. En somme, il s'agit d'une méthode comparative assez habituelle au XIX^e siècle, celle qui recherche des modèles à imiter ou à exclure⁵⁸. Huc, Gide et Boissonade croyaient-ils sincèrement que leurs remarques respectives pourraient enrichir la réflexion du législateur pour d'utiles réformes du code civil français ? Le doute est permis à l'égard des deux premiers car, d'un côté, ils soulignent avec force les points sur lesquels le code français leur paraît défectueux ou lacunaire à la lumière du code italien, car, d'un autre côté, ils n'envisagent jamais le moyen précis grâce auquel leurs remarques pourraient, un jour, se muer en projet de réforme ; un peu à l'image de tant d'internationalistes, d'européanistes, de publicistes ou de privatistes contemporains qui commentent les textes – « une réforme s'impose... », « le législateur aurait été inspiré de... » – moins avec la conviction que leurs propos pourront utilement servir à les amender, qu'avec la volonté de montrer à la communauté scientifique leur capacité d'analyse et leurs qualités de juriste. La posture de Boissonade apparaît différente car, dans ses deux articles de 1866 et 1868 comme dans ses travaux du moment, il écrit déjà en auteur qui envisage avec sérieux et méthode la réforme du droit français. Il fait partie des rares universitaires à avoir vraiment pris conscience tant du retard de la science juridique que du vieillissement du code français. Yannick Falelavaki estime d'ailleurs que son article de 1868 « est peut-être la publication qui résume le mieux

⁵⁸ S. Soleil, *Pourquoi comparait-on*, cit., § 5-9.

l'attitude des membres de la doctrine juridique française » à la veille de la fondation de la *Société de Législation Comparée*, où la comparaison des droits n'intéresse que quelques auteurs lucides⁵⁹. Ce discours, en 1868, sera d'ailleurs, ajoute-t-il, celui de la *Société de Législation Comparée* créée l'année suivante. Par ailleurs, Boissonade rédige le dernier morceau de son essai sur la réserve héréditaire (1873) sous la forme d'un projet de loi⁶⁰. Résumant ses propositions, Jean-Louis Sourieux fait remarquer par allusion à son destin japonais : « après avoir goûté à cette jubilation qui est celle des réformateurs de lois, comment résister aux chants des sirènes de la codification ? »⁶¹.

⁵⁹ Y. Falelavaki, *L'histoire d'une conversion*, cit., pp. 231-232.

⁶⁰ G. Boissonade, *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, Paris, 1873, pp. 699 s.

⁶¹ J.-L. Sourieux, *La pensée juridique de Boissonade*, in *Boissonade et la réception du droit français au Japon*, Paris, 1991, p. 41.

Il progetto editoriale di Angelo Lanzellotti nel dibattito costituzionale nelle Due Sicilie tra il 1812 e il 1821

Francesco Mastroberti

1. *Angelo Lanzellotti patriota e giurista*

Il primo che si propose l'obiettivo di tradurre in italiano e pubblicare tutte le costituzioni del mondo fu il brindisino Angelo Lanzellotti, patriota, molto probabilmente carbonaro, e giurista con interessi che andavano dal diritto alla procedura civile, dalla filosofia del diritto al diritto pubblico e costituzionale¹. Nacque a brindisi nel 1782 e morì nel 1834 a Napoli dove operò per tutta la vita nel delicato e turbolento periodo di passaggio dall'antico al nuovo regime. Secondo Giuseppe Roma, autore nel 1973 di un lavoro monografico sul patriota brindisino², Lanzellotti, nonostante la molteplicità e la qualità delle opere pubblicate, rientra tra i «grandi dimenticati del Salento pre unitario e risorgimentale»³ poiché ignorato da compilatori di *Storie*, di *Enciclopedie*, di *Dizionari biografici*. In effetti, al di là delle motivazioni addotte dal Roma, si può dire che dimenticanza c'è stata e dura tuttora, visto che il profilo di Lanzellotti appare ancora confinato nei limiti del patriottismo brindisino. Tuttavia un aspetto dell'attività di Lanzellotti che appare interessante sotto il profilo storico-giuridico è il contributo al dibattito costituzionale che egli diede attraverso la traduzione in italiano e la pubblicazione, in alcuni casi con note e commenti, delle principali costituzioni scritte della sua epoca nel quadro di un progetto editoriale che doveva essere esaustivo e che non fu portato a termine probabilmente a causa della repressione borbonica seguita ai fatti del 1820-

¹ Notizie biografiche di Angelo Lanzellotti in G. Leo, *Santovito degli Schiavi o Sclavi*, Napoli, 1901, p. 46; F. Nardelli, *Storia di San Vito degli Schiavoni*, San Vito dei Normanni, 1954; G. Roma, *Angelo Lanzellotti, giureconsulto e cospiratore: il contributo dei pugliesi alla civiltà degli italiani: i moti napoletani del 1820*, Brindisi, 1972; Id., *Lanzellotti. Giureconsulto-Reo di Stato 1782-1834*, Brindisi 1973. Più di recente cfr. C. Roma, *Lanzellotti, Angelo*, in A. Conte - S. Limongelli - S. Vinci, *Avvocati e giuristi illustri salentini dal XVI al XX secolo*, Lecce, 2014, pp. 137-138.

² G. Roma, *Lanzellotti*, cit.

³ Ivi, p. 25.

21. Un progetto che prese forma nel 1812, un anno decisivo per la storia del periodo napoleonico e per il Regno di Napoli, e produsse i suoi frutti tra il 1820 e il 1821, in corrispondenza con il nonimestre costituzionale, allorché Lanzellotti mandò alle stampe, in modo compulsivo, una serie di testi costituzionali, vigenti e non, allo scopo di avvicinare il popolo al problema costituzionale e renderlo consapevole dei termini del dibattito che in quel periodo si svolgeva al Parlamento. Fu una prima importante opera di divulgazione nel momento in cui il popolo napoletano acquistava la libertà di espressione del pensiero ed era desideroso di partecipare alla vita politica. Dalle notizie biografiche raccolte dal Roma anche da «fonti di prima mano» si ricava che Angelo Donato Lanzellotti nacque in San Vito dei Normanni da genitori agiati, Vito Pietro Anzillotto e da Rosaria Ruggiero, il 19 agosto 1782, che fu educato ed istruito dai Padri Domenicani (e tra questi in particolare dai fratelli Vito e Ignazio Buonsanto) e che fu avviato alla vita religiosa presso il Seminario di Brindisi. Allo scoppio della rivoluzione del 1799, che coinvolse anche San Vito, Lanzellotti fuggì dal seminario e accorse ad acclamare l'albero della libertà eretto nel suo paese natale. Finita la rivoluzione tornò in seminario e, completati gli studi, decise di dedicarsi all'attività forense e per questo si portò a Napoli dove, aiutato da Vito Buonsanto, a ventiquattro anni, il 25 marzo del 1806, si addottorò in *Utroque iure*⁴. Non è possibile risalire alle fonti delle notizie riportate dal Roma secondo le quali durante il decennio francese «si recò in Francia a perfezionare il suo francese e a provvedersi di tutti i migliori trattati di diritto e di giurisprudenza delle Corti di Francia sui codici di Napoleone»⁵. È però probabile che ben conoscesse il francese: come si vedrà, iniziò la sua pubblicazione di costituzioni proprio con le costituzioni francesi del periodo rivoluzionario. Roma riferisce che «ottenne anche il *libero insegnamento ... del Diritto romano e della Filosofia del diritto*»⁶ e sul periodo 1806-1815 altro non dice, limitandosi ad affermare che fu un periodo di preparazione alla sua feconda attività di scrittore esplosa a partire dal 1820⁷. Che fosse professore lo si ricava dal volume I (2° edizione, Marotta 1820) della sua *Analisi delle leggi di Procedura ne' giudizi civili* dove, nella *Relazione dell'avvocato generale presso la Gran Corte* stesa per l'approvazione della pubblicazione dell'opera, dove Lanzellotti viene indicato come «Dotto professore»⁸. Non ci sono

⁴ Ivi, pp. 45-53.

⁵ Ivi, p. 57.

⁶ Ivi, p. 57.

⁷ Ivi, pp. 55 e ss.

⁸ A. Lanzellotti, *Analisi delle leggi di procedura ne' giudizi civili, corredata di formule per qualunque atto con le necessarie notizie intorno alla circoscrizione giudiziaria del Regno*,

prove della sua affiliazione alla Carboneria, ma la ricerca del Pastore ha posto in evidenza che sia Vito che Giuseppe Buonsanto risultavano nelle carte di polizia come *settari* del 1817 ossia dell'anno in cui si costituì la Carboneria centrale napoletana, con lo scopo precipuo e dichiarato di ottenere la costituzione⁹. Infatti Roma afferma: «Tutti dunque i familiari, sia del Lanzellotti sia del Buonsanto, erano carbonari», e «del 1817». Se si aggiunge poi che le famiglie Buonsanto e Lanzellotti abitavano in San Vito nelle case avite che distavano appena una trentina di metri l'una dall'altra, è «inimmaginabile che Vito Buonsanto e Angelo Lanzellotti non fossero pur essi, dal 1817, entrambi affiliati e operanti *insieme* nella Carboneria centrale di Napoli»¹⁰. È perciò altamente probabile l'affiliazione del Lanzellotti alla Carboneria; anzi, come si vedrà, potrebbe essere anche retrodatata ai primi anni della circolazione della setta nel Regno. Non è dato sapere se incorse nella repressione borbonica, ma è certo che continuò a pubblicare opere giuridiche e ad esercitare l'attività di avvocato fino alla morte avvenuta in Napoli nel 1834.

Lanzellotti fu avvocato civilista e soprattutto, dopo la fine del nonimestre costituzionale, si dedicò ad opere di diritto di rilevante importanza: fu suo il primo commento alla seconda parte del *Codice per lo Regno, Leggi di procedura ne' giudizi civili* e il primo *Manuale* di procedura civile. Ecco una lista completa delle sue opere di diritto e procedura civile:

- *Istituzioni di diritto civile secondo le disposizioni del codice in vigore del sig. Delvincourt versione italiana colle osservazioni relative alle nuove leggi delle Due Sicilie di A.L.*, in 3 voll., Napoli Domenico Sangiacomo 1818.
- *Le leggi civili nel loro ordine naturale di Gio. Domat con le note di Berroyer e Chevalier e col supplemento a ciascun articolo di M. Jouy preceduta in questa nuova edizione dalla storia del diritto romano di Gius. Pothier ed accompagnata dalle osservazioni relative alle leggi delle Due Sicilie di A. L.*, in 4 voll., Napoli Luca Marotta 1819.
- *Analisi delle leggi di procedura ne' giudizi civili, corredata di formule per qualunque atto con le necessarie notizie intorno alla circoscrizione giudiziaria del Regno, compilata da A. L.*, in 6 volumi + indice ragionato, Napoli Luca Marotta 1819-1820 (un'altra edizione del 1835 in 5 voll. + indice ragionato).
- *Manuale di procedura civile, davanti i conciliatori e i giudici di circondario*

compilata da A. L., in 6 volumi + indice ragionato, Napoli 1819-1820

⁹ M. Pastore, *Settari in Terra d'Otranto*, Lecce, 1967, p. 41.

¹⁰ G. Roma, *Lanzellotti*, cit., p. 86.

del Regno delle Due Sicilia, corredato da formale per qualunque atto, compilato da A. L., Napoli Luca Marotta 1821.

- *Elementi del diritto civile secondo l'ordine delle istituzioni di Giustiniano, illustrate con le romane antichità opera di Francesco Saverio Bruno, riordinata con il sommario della materia di ciascun titolo e con alcune osservazioni su le nuove leggi delle Due Sicilie con le osservazioni di A.L., in 2 voll. Napoli Luca Marotta 1823.*
- *Codice civile annotato delle disposizioni legislative e delle decisioni di giurisprudenza di Francia da G B. Sirey, delle disposizioni legislative e delle massime delle corti supreme delle Due Sicilie da A. L., col confronto delle leggi Romane di A. Taglioni, in 6 voll., Napoli Raffaele Marotta e G. Nicola Vanspandoch 1824.*
- *La procedura civile spiegata per principi e posta in pratica con le formule del Sig. Pigeau versione italiana riordinata sulle nuove leggi delle Due Sicilie e corredata di parecchie note ed aggiuntino di A.L., in 7 volumi, Napoli 1823-1825.*
- *Juris romani elementa secundum Institutionum Iustiniani ... auctore c.a. Delvincourt nuc notas auctoris ex gallico sermone italica reddit suas addiit ac textus com iuris siciliano contulit A.L., Napoli Typographia Zambragana 1827.*
- *Trattato delle eccezioni in materia di procedura civile del sig. Gobeau, versione italiana del Sig. A.L. livellata sulle leggi delle Due Sicilie, in 2 voll., Napoli 1827.*
- *Trattato delle azioni del Sig. Poncet professore di procedura nella facoltà di diritto di Digione traduzione italiana di A. L. livellata sulle leggi delle Due Sicilie, Napoli Borel e comp. 1827*
- *Analisi delle Pandette di Pothier, ossia Dizionario ragionato delle opere contenute nel corpo del diritto romano dell'avvocato Moreau di Montalin, tradotto in italiano e copiosamente accresciuto negli articoli principali da A. L., Napoli Gennaro Mirelli 1829.*

Lanzellotti fu un rivoluzionario della prima ora e sempre restò legato alla repubblica del 1799 e ai suoi ideali. Una parte interessante della sua attività pubblicistica è infatti collegata alle opere di Francesco Mario Pagano: fu il primo a pubblicare il *Progetto di costituzione per la Repubblica Napoletana* (cfr. *infra*) e il primo ad annotare gli opuscoli penalistici del filosofo lucano con riferimento alle nuove leggi rese dal *Codice per lo Regno* in modo da

renderli fruibili dagli studenti delle scuole di diritto: *Principj del codice penale e logica dei probabili per servire di teoria alle pruove nei Giudizj Criminali di Francesco Mario Pagano opera postuma con alcune note ed aggiuntovi in fine un tratta tino sui Principj del codice di polizia*, Napoli 1819 (poi 1823 e 1828)¹¹.

2. Il progetto editoriale: le costituzioni politiche di tutti i popoli del mondo

Il merito di Lanzellotti è stato quello di aver per primo compreso la necessità di avvicinare il popolo ai principali testi costituzionali concependo l'idea, che realizzò parzialmente, di pubblicare, con note e commenti, tutte le costituzioni del mondo. Il progetto prese forma tra il 1820 e il 1821 con la pubblicazione di quattordici testi, di cui due *Progetti*. Nel *Giornale Costituzionale del Regno delle Due Sicilie*, n. 21 del 25 gennaio 1821 tra gli *Annunzi tipografici* troviamo la seguente indicazione: «Costituzioni politiche di tutti i popoli del mondo, raccolte da Angelo Lanzellotti, sono pubblicate le seguenti che si vendono anche separatamente e si prosegue con la massima celerità. Costituzione degli Stati Uniti di America. Spagnuola e catechismo costituzionale ultimo adattato al nostro regno. Inglese, ossia carta costituzionale. Francese del 1791 sotto Luigi XVI. Repubblica Francese del 1795. Francese e Carta Costituzionale del 1814 sotto Luigi XVIII e regolamento per la camera de' deputati di Francia. Repubblica Napolitana del 1799 con note estratte da Coco e di Lanzellotti. Del Regno di Napoli e di Sicilia del 1808 sotto Giuseppe Bonaparte. Del regno di Napoli del 1815 sotto Gioacchino Murat. Di Norvegia del 1814 sotto Carlo XIII. Della repubblica di Genova del 1797». Ecco la lista delle costituzioni nelle quali non compare l'editore.

1820

- *Progetto della Repubblica Napoletana del 1799 con le note di A.L.*, Napoli 1820

¹¹ Nell'avvertenza alla sua edizione del 1824 l'editore Luca Marotta affermava: «Ho conservato le note che vi fece già l'avvocato Stavalone, e le giunte intorno al Codice di polizia; le quali, sebbene non avessero, come dicono i dotti, il merito della precisione, pure non sono affatto di spregevoli per la materia (avendole estratte dal saggio sull'intendimento umano del famoso Locke) né sono inopportune all'uopo [...]. Ed in quanto alle attuali leggi delle due Sicilie, ho secondato il desiderio del pubblico, che tanto stima e gradisce le osservazioni scritte dal signor Lanzellotti nell'edizione dell'anno 1819. Mi è riuscito di aver nelle mani l'istesso di lui esemplare, dove ho profitato delle postille ed aggiunzioni ch'egli avea posteriormente segnate sul margine». F.M. Pagano, *Principj del codice penale*, Napoli, 1824.

- *Costituzione di Norvegia sotto Carlo XIII, tradotta in italiano da A. L., Napoli 1820*
- *Progetto di costituzione per il popolo ligure del 1797, collazionato e corretto da A.L., Napoli 1820.*
- *Statuto costituzionale del Regno di Napoli e di Sicilia del 1808 sotto Giuseppe Bonaparte del 1808, Napoli 1820.*
- *Costituzione politica del Regno di Napoli sotto Gioacchino Murat del 1815, collazionata e corretta da A.L., Napoli 1820.*
- *Costituzione francese del 1791 sotto Luigi XVI, tradotta in Italiano da A. L., Napoli 1820*
- *Costituzione francese o carta costituzionale del 1814 sotto Luigi XVIII, tradotta in Italiano da A. L., Napoli 1820 e Regolamento per la camera dei deputati di Francia, tradotto in italiano da A. L., Napoli 1820.*
- *Costituzione politica della Repubblica francese del 1795, tradotta in Italiano da A.L., Napoli 1820.*
- *Costituzione degli Stati Uniti d'America, tradotta in italiano da A. L., colla Dichiarazione dei rappresentanti degli Stati Uniti d'America, riuniti in Congresso, e cogli articoli addizionali e correttivi, Napoli 1820.*
- *Costituzione inglese o sia Gran Carta costituzionale del Regno britannico del 1215, tradotta in italiano da A.L., Napoli 1820.*

1821:

- *Costituzione politica del Regno delle Due Sicilie del 1821 sotto Ferdinando I con documenti e note di A.L., Napoli 1821.*
- *Costituzione di Polonia del 1791 sotto Stanislao II, tradotta in italiano da A.L., Napoli 1821.*
- *Costituzione della Repubblica Francese del 1799, tradotta in Italiano da A.L., Napoli 1821*
- *Costituzione della Repubblica Cisalpina del 1797, collazionato e corretto da A.L., Napoli 1821.*

Il progetto si esaurì con la fine del *nonimestre* costituzionale e non fu più ripreso forse per non incorrere nella censura, siccome il tema costituzionale non poteva essere toccato. Esso però non iniziò nel 1820 ma in un altro momento “caldo” sotto il profilo costituzionale, nel 1812.

2.1. *Storia delle Costituzioni politiche dell'Imperio Francese: un'opera anonima da attribuire al Lanzellotti*

Il 1812 rappresentò *l'annus horribilis* per Napoleone e il suo sistema di governo: lo scenario politico europeo cambiò con importanti riflessi anche sotto il profilo della storia del costituzionalismo. La vittoriosa resistenza dei Russi e degli Spagnoli misero in luce l'importanza del popolo sul piano dei conflitti internazionali: ormai non si poteva più ignorarlo e la questione costituzionale, che Napoleone aveva risolto a modo suo e a misura della sua sconfinata ambizione, diventava decisiva. Si apriva dunque proprio quell'anno una nuova importante stagione costituzionale, impostata in chiave anti-napoleonica, ovvero diretta a minare le basi del sistema di governo napoleonico attraverso la diffusione di idee e progetti costituzionali di tipo democratico e liberale in grado di avvincere la borghesia, desiderosa di partecipare attivamente al governo dello Stato¹². A Napoli Nel 1812 fu pubblicato il volume anonimo *Storia delle Costituzioni politiche dell'Imperio Francese*, probabilmente dopo la notizia del disastro napoleonico in Russia¹³. Fu una pubblicazione significativa poiché introdusse il tema costituzionale in un momento caldissimo nel quale si intravedeva la fine del sistema napoleonico. Non si può escludere che l'opera provenisse dalla Carboneria che, durante l'assenza di Murat, era penetrata fortemente nell'esercito e reclamava una costituzione liberale.

Le costituzioni raccolte nel volume erano tre, quella del 1791, quella del 1795 e la costituzione dell'anno VIII con le successive integrazioni (la costituzione del 1793, che pure era stato un punto di riferimento per giacobini francesi e italiani, non fu pubblicata perché mai entrata in vigore). All'inizio era collocata una biografia di Napoleone che, pur ampiamente esaltato, appariva già un personaggio storico. E' interessante notare che con riferimento alla costituzione dell'anno VIII, a proposito della costituzione della Francia come impero dinastico, veniva riportato il dibattito in Senato senza l'omissione degli interventi contrari di ispirazione democratica. È perciò probabile che l'anonimo autore volesse segnalare la negatività del modello costituzionale dell'anno VIII (e dunque delle costituzioni napoleoniche che ad esso si ispiravano, dalle costituzioni del Regno d'Italia

¹² Su questi aspetti cfr. F. Mastroberti, *Costituzioni e costituzionalismo tra Francia e Regno di Napoli (1796-1815)*, Bari 2013.

¹³ Anonimo, *Storia delle costituzioni politiche dell'Imperio Francese*, Napoli Chianese 1812. In *Costituzioni e costituzionalismo* avevo segnalato (pp. 173-176) il volume ma non ero riuscito ad individuare il suo autore che sulla scorta di quanto si dirà *infra* nel testo può essere individuato in Angelo Lanzellotti.

a quelle di Baiona) e indicare quali modelli su cui concentrare l'attenzione le costituzioni del 1791 e del 1795.

È certo che l'autore di questo volume fu Angelo Lanzellotti. Infatti, il commento che si ritrova nella costituzione del 1791, pubblicata dal Lanzellotti nel 1820, è uguale in tutto e per tutto a quello presente nelle *Costituzioni politiche*: potrebbe essersi trattato di un saccheggio in spregio al diritto d'autore, peraltro molto comune all'epoca e anche agevolato dal fatto che il testo predata era anonimo. Ma è plausibile che il Lanzellotti abbia iniziato nel 1812 la sua attività di collazione di testi costituzionali se è vero che era, come afferma il Roma, collegato alla Carboneria. La setta - che grazie anche al favore della reggente Carolina si era notevolmente radicata e rafforzata sotto il profilo numerico - dovette considerare il momento assai propizio per chiedere ed ottenere una costituzione liberale per il Regno perché il sistema napoleonico stava franando e Murat aveva bisogno dell'appoggio della borghesia per mantenere lo scettro nelle sue mani. La conferma che si tratta di opera di Lanzellotti viene dal *Giornale delle Due Sicilie*, 11 agosto 1820, n. 30, p. 124 (dell'annata) laddove negli avvisi editoriale si annuncia «la vendita di due pubblicazioni di Lanzellotti, 5 voll., in 8°, prezzo due fre., *Costituzione politica della monarchia spagnuola col real decreto per le elezioni de' deputati al Parlamento*, in 12ci, grana 15, *Storia delle costituzioni politiche dell'Imperio francese*, in 8°, grana 15».

3. Le costituzioni di Lanzellotti nel quadro del dibattito costituzionale

Attraverso i commenti del Lanzillotti possiamo tentare di individuare la posizione di una parte della cultura giuridica napoletana di orientamento democratico nei confronti delle prime costituzioni del Regno. Con buona approssimazione si può dire che i partiti principali erano due: i murattiani, (rappresentati al governo costituzionale dai ministri Giuseppe Zurlo e Francesco Ricciardi, collegati alla Massoneria), nostalgici del regime napoleonico, fautori di una costituzione come quella francese del 1814 che temperasse i poteri del monarca, e i democratici che assumevano come punto di riferimento la sovranità popolare ed avevano adottato come modello la costituzione concessa a Cadice nel 1812¹⁴. Questi ultimi si dividevano tra

¹⁴ Sulla rivoluzione napoletana del 1820-21 cfr. N. Cortese, *Luigi Blanch e il partito liberale napoletano*, Napoli 1922; A. Lepre, *La rivoluzione napoletana del 1820-1821*, Roma 1967; R. Moscati, *La rivoluzione napoletana del 1820-1821*, in *Saggi in onore di Leopoldo Cassese*, Napoli 1971; R. Scalamandrè, *Michele Morelli e la rivoluzione Napoletana del 1820-21*,

coloro che volevano l'applicazione integrale della costituzione e quelli che invece volevano adattarla alle esigenze e alla tradizione del Regno. Dopo la concessione della costituzione di Cadice esplose il dibattito a tutti i livelli perché l'acquisita libertà di espressione del pensiero anche attraverso la stampa determinarono il proliferare di posizioni diverse difficilmente inquadrabili in precise categorie politiche: la discussione, comunque, ruotava intorno agli interventi da apportare alla costituzione di Cadice per renderla nazionale; tuttavia, più o meno innocentemente (nel senso che serpeggiava tra i murattiani e nella corte l'idea di sostituire la costituzione spagnola con una costituzione modellata sulla *carta* francese del 1814), intorno ad essa si svilupparono altre questioni come quella relativa alla preferibilità del sistema bicamerale rispetto a al parlamento monocamerale previsto dalla carta spagnola, quella concernente divisione del territorio e la denominazione delle province e quella sulla salvaguardia del sistema amministrativo e giudiziario nazionale.

Com'è noto il dibattito sulla costituzione si aprì nel luglio 1820 con la concessione della Costituzione, si intensificò nel Parlamento Nazionale (che si riunì in prima adunanza il 1° ottobre) ad occasione della traduzione e dell'adattamento del testo spagnolo e si affievolì con l'approvazione di un testo che si differenziava dalla matrice solo in pochi e tutto sommato non fondamentali punti. In quel periodo troviamo diverse posizioni espresse in opuscoli anonimi e non, articoli sui diversi giornali¹⁵ e interventi parlamentari. Le basi del dibattito furono poste dal presidente del Parlamento, Angelo Matteo Galdi¹⁶, nel discorso inaugurale:

Roma 1993. Sull'adattamento della Costituzione di Spagna e sulle fazioni e le loro posizioni cfr. A. Scirocco, *Il problema dell'autonomia locale nel Mezzogiorno durante la rivoluzione del 1820-21*, in Aa. Vv., *Studi in memoria di N. Cortes*, Roma, 1976, pp. 483-528; Id., *La discussione sulle finanze nel parlamento napoletano del 1820-21 ed una proposta di Luigio Dragonetti*, in «Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche», LXXXIX (1978), pp. 313-344; Id., *Parlamento e opinione pubblica a Napoli nel 1820-21. L'adattamento della Costituzione* in «Clio», XXVI/4 (1990), pp. 569-578; M.S. Corciulo, *Il parlamento napoletano del 1820-21 nel giudizio dei contemporanei: la Minerva napoletana*; Id., *La stampa "costituzionale" napoletana del 1820-21 e le modifiche alla costituzione di cadice*, Messina, 1991; Id., *Una rivoluzione per la Costituzione*, Roma, 2017.

¹⁵ Gli *opuscoli* sono stati ampiamente esaminati dalla storiografia riportata nella nota prec. Segnalo da ultimo F. De Rosa, *Le Osservazioni di Filippo Maria Pagano sur la Constitution de Cadix à Naples en 1820*, in «Historia et Ius», 12/2017, paper n. 4. Filippo Maria Pagano, militare, che nelle sue *Osservazioni* manifesta una posizione favorevole al bicameralismo e si schiera su posizioni più moderate, fu autore anche di un *Saggio Istorico sul Regno di Napoli*, Napoli 1824. Con riguardo alle pubblicazioni periodiche cfr. G. Addeo, *La libertà di stampa nel nonimestre costituzionale a Napoli, 1820-21*, Napoli 1993.

¹⁶ Su Matteo Galdi cfr. F. S. Salfi, *Necrologio*, in «Revue Encyclopédique», Paris, IV

Voi siete in primo luogo incaricati dell'importante opera delle modificazioni da farsi alla Costituzione Spagnuola, onde adattarla al nostro bisogno. Molte delle nostre istituzioni sono compatibili con qualsivoglia ordine politico. Tali sono la divisione del nostro territorio, il sistema di pubblica amministrazione, ed il nostro ordine giudiziario. Io sono sicuro che il parlamento valuterà soprattutto il bene di evitare il più che è possibile cangiamenti dell'ordine interno, e tutto quello in generale, che la nostra stessa esperienza ci raccomanda. Noi consolideremo la Costituzione, se la fonderemo sulle basi delle nostre antiche istituzioni e delle idee che ci sono familiari. Non intendo già che questa considerazione vi ritenga dal proporre quegli inevitabili cambiamenti che sono necessari a rendere solido, durevole ed utile alla generalità il nuovo ordine politico che oggi fondiamo. Il mio animo riposa tranquillo nella saviezza del parlamento, che saprà scegliere il giusto mezzo tra la necessità e l'utilità¹⁷.

Per Galdi la divisione del territorio, il sistema di pubblica amministrazione e l'ordine giudiziario erano da preservare e conservare inquadrandoli nell'ordine costituzionale: in effetti le leggi sulla pubblica amministrazione e sull'ordinamento giudiziario (e il *Codice per lo Regno*), venute fuori dal virtuoso processo di revisione in senso nazionale delle leggi francesi che si ebbe tra il 1815 e il 1819, rappresentavano l'ossatura costituzionale del Regno delle Due Sicilie. In ogni caso si temeva, nel 1820, che la le istituzioni del Regno potessero essere travolte dalla rigida applicazione di una costituzione straniera. Costantino della Marra pubblicava nel 1820 il

(1822) t. XIII, pp. 231-2; M. Orza, *La vita e le opere di Matteo Angelo Galdi*, Napoli 1909; F. Galdi, *Una grande figura del nostro Risorgimento. M.A. Galdi, la sua vita e le sue opere*, in «Rivista di cultura», XVI (1934); P. Frascani, *Matteo Galdi: analisi di una trasformazione ideologica durante il periodo rivoluzionario-napoleonico in Italia*, in «Rassegna Storica del Risorgimento», LIX (1972); A. M. Rao, *L'espace méditerranéen dans la pensée et les projets politiques des patriots italiens Matteo Galdi et la "république du genre humain"*, in Aa. Vv., *Droit Des Gens Et Relations Entre Les Peuples Dans L'espace Méditerranéen Autour De La Révolution Française*, Journée D'étude De Tunis, 6 e 7 Mars 2002, Paris 2006, pp. 115-137 ; Id., *Les Républiques-Sœurs Et La France: Droit International Et Tentatives D'émancipation Dans Les Écrits De Matteo Galdi*, in Aa. Vv., *In the Embrace of France : the Law of Nations and Constitutional Law in the French Satellite States of the Revolutionary and Napoleonic Age (1789-1815) : Acts of the International Conference Held at Tilburg University on 27 & 28 April 2006*, Baden –Baden , 2008, pp. 99-115.

¹⁷ C. Colletta, *Diario del Parlamento Nazionale delle Due Sicilie negli anni 1820 e 1821*, Napoli, 1864, p. 14. Il lavoro di adattamento della Costituzione fu affidato alla VII commissione, *Esame e tutela della Costituzione*, composta da Melchiorre Delfico, Amodio Ricciardi, Domenico Nicolai, Luigi Galanti, Giovanni Maruggi, Domenico Cassini, Tommaso Vasta, Pietrantonio Ruggiero, Matteo Imbriani. Ivi, p. 18.

Manuale politico per i siculi-napoletani con l'intento di proporre un «Codice di leggi temporanee, di cui la redazione, in una Monarchia Costituzionale rappresentativa, è indispensabile, se si voglia che la di lei forma di Governo sia di gran lunga durevole, e rechi prosperità costante alla Nazione»¹⁸. Questo «codice politico» era una sorta di costituzione nazionale che l'Autore aveva già pubblicato nel 1797 e che nel 1820 ripubblicava adattandolo «a' principj della costituzione spagnuola». La prospettiva di fondo era quella di Jean-Jacques Rousseau che in una nota veniva definito «il solo amico sincero che, a' suoi tempi, restasse all'Uomo» il quale «ci ha esposto queste verità nel lor chiarore. Veggasi il suo contratto sociale». Quella del «codice politico» da elaborare nel quadro dei principi della Costituzione di Cadice costituiva una soluzione al problema della costituzione nazionale che era stato sempre presente nel dibattito costituzionale napoletano fin dai tempi del famoso concorso milanese al quale parteciparono anche i giacobini napoletani esiliati dopo i fatti del 1794 presentando lo *sbozzo*: l'opera, probabilmente scritta da Giuseppe Abbamonte con la collaborazione di Matteo Galdi, proponeva ampie modifiche al modello della costituzione francese dell'anno III sulla base del fatto che «le circostanze nostre sono differenti»¹⁹. Il *Saggio* di Vincenzo Cuoco rappresentò la più alta espressione della posizione nazionalistica e storicistica nell'ambito del costituzionalismo napoletano: tuttavia il progetto elaborato da Francesco Mario Pagano per la repubblica napoletana del 1799, fortemente criticato per il suo astrattismo dal letterato molisano, non mancava

¹⁸ C. Della Marra, *Manuale politico per i siculi-napoletani ovvero principj di Dritto Pubblico Particolare per Regno delle Due Sicilie*, Napoli 1820, p. V

¹⁹ Su Giuseppe Abbamonti (o Abamonte) 1759 - cfr. in particolare *Galerie historique des contemporains ou nouvelle Biographie*, voce «Abamonti», vol. I, Paris 1927 (terza edizione); P. Carucci, *Vincenzo Lupo e Giuseppe Abbamonte martiri del 1799*, Napoli 1904; N. Ferorelli, *I patrioti dell'Italia meridionale rifugiati in Lombardia dal 1796 al 1806*, in «Archivio Storico per le Province Napoletane», XLIII (1919), pp. 351-2; P. Villani, voce «Abbamonti» in DBI, I, Roma 1960; A. Saitta, *Alle origini del Risorgimento: i testi di un celebre concorso (1796)*, Roma 1964; A. M. Rao, *Esuli. Lemigrazione politica in Francia. 1792-1802*, Napoli 1992; D. Iuliano, *La rivoluzione senza libertà. Giuseppe Abbamonte e il Giornale de' Patrioti d'Italia (1797)*, in «Archivio Storico del Sannio», 2007 n. 2, pp. 7-54 e Id., «Le circostanze nostre sono differenti...». Il progetto costituzionale di Giuseppe Abbamonte, in «Archivio Storico del Sannio», 2008 n. 1, pp.105-37. Probabilmente l'Abbamonti - esule politico dal 1794 al 1806 a Oneglia (dove entrò in contatto con Filippo Buonarroti), Loano e Milano fu l'autore del *Saggio sulle leggi fondamentali dell'Italia libera*, Milano 1797, un progetto costituzionale improntato sulle idee buonarrotiane, frutto dell'elaborazione dello *Sbozzo sul quesito proposto dall'Amministrazione generale della Lombardia: quale dei governi liberi meglio convenga alla felicità dell'Italia*, sul quale cfr. *Infra* nel testo. Tornato a Napoli nel 1806, Abbamonti fu inserito nella sezione criminale della Cassazione a partire dal 1809.

in alcuni punti di tener conto delle condizioni del Regno²⁰.

In questo contesto la pubblicazione nel 1820 da parte di Lanzellotti del *Progetto di Costituzione per la Repubblica Napoletana* di Pagano, che fino ad allora non era conosciuto a causa della rarità delle copie²¹, ebbe un preciso significato politico nel senso di indicare la via da seguire per le modifiche. Nella introduzione il Lanzellotti dava conto dell'importanza dell'opera ed anche delle sue idee democratiche:

«Notizie preliminari. La repubblica napoletana del 1799 morì nella culla; e quindi la sua Costituzione politica non fu pubblicata né eseguita. Il Comitato di legislazione aveane preparato il progetto, modellato sulla costituzione della repubblica francese, e lo avea puranche presentato al Governo provvisorio: ma sopraggiunse trionfante il generale cardinal Ruffo, condottiero delle falangi *santifedeli*, e rovesciò l'incominciato edificio della libertà napoletana. Ah! Ruffo Ruffo, quante figure, e quanti danni hai fatto! La costituzione rimase dunque in progetto: ed è questo che ora io riproduco con alcune mie note, tre delle quali le ho ricavate dalle lettere di Coco. Molte ricerche ho dovuto fare onde rinvenire un esemplare genuino, cioè di quelli che stampati si dispensano allora dagli autori; chè atteso la estrema rarità di essi, circolava un erroneo manoscritto, in cui mancava la *dichiarazione dei dritti e doveri*, e mancava il rapporto che fece il Comitato di legislazione al Governo provvisorio nel presentargli il progetto: rapporto, in cui si rende ragione delle modifiche ed aggiunzioni fatte alla costituzione repubblicana di Francia; rapporto, che tralle produzioni politiche del nostro secolo è un capo d'opera. Io dunque dovea rendere completo il mio servizio alla Patria, raccogliendo interi questi preziosi monumenti e l'ho fatto²².

Lanzellotti si mostrava partigiano convinto della Repubblica Napoletana e indicava l'opera di Vincenzo Cuoco come un sicuro punto di riferimento tanto che da essa saccheggiava quasi tutte le note della sua edizione (non solo le tre dichiarate). Le trenta note a questo testo costituzionale, che il Lanzellotti comunque riteneva il più genuino prodotto del costituzionalismo napoletano, attestano l'adesione a una prospettiva nazionalistica e storicistica probabilmente condivisa da molti tra rivoluzionari e carbonari del 20-21.

²⁰ Su questi aspetti cfr. Mastroberti, *Costituzioni e costituzionalismo*, cit., pp. 47-67.

²¹ Sulle vicende editoriali del testo del *Progetto* cfr. F. Mastroberti, *Il progetto costituzionale di Francesco Mario pagano tra storia e storiografia*, in *Progetto di Costituzione della Repubblica Napoletana* [1799], Macerata, 2012, pp. IX- XLIV.

²² *Progetto di costituzione della Repubblica Napolitana del 1799 con le note di Angelo Lanzillotti*, Napoli 1820, pp. III-IV.

È interessante notare che nelle note al *Progetto*, Lanzillotti esprimeva, riportando un brano di Cuoco, le sue riserve in ordine alla divisione delle camere che Pagano aveva mutuato dalla costituzione francese²³. Il bicameralismo, nato in Inghilterra, non era adatto alla realtà napoletana e neppure a quella francese dalla quale il Pagano l'aveva tratta²⁴.

Nel 1820 Lanzellotti pubblicava lo *Statuto costituzionale del regno di Napoli, e di Sicilia del 1808 sotto Giuseppe Bonaparte*, firmato Baiona 20 giugno 1808, con lo *Statuto dell'Imperatore de' Francesi* (Baiona 15 luglio 1808) e il *Proclama* di Gioacchino Napoleone *a' popoli delle due Sicilie*. Non compaiono note ma è importante l'inserimento nel testo costituzionale dello *Statuto* con il quale Napoleone nominava Gioacchino Murat Re di Napoli e stabiliva la discendenza dinastica e dello *Statuto* con il quale il nuovo re di Napoli si impegnava a rispettare la costituzione: atti che costituiscono parte integrante dell'ordinamento costituzionale del Regno di Napoli tra il 1808 e il 1815. A proposito del *Proclama* va solo rilevata la contraddizione tra l'impegno a rispettare la Costituzione, che prevedeva

²³ «Ma a che serve questa divisione di camere ove non vi sia divisione di interessi? In Inghilterra ha una ragione, perché gli uomini non sono eguali; ha una ragione anche in America, poiché sebbene gli americani avessero dichiarato tutti gli uomini eguali per diritto, pure (ed in ciò han pensato come gli antichi) non si sono lasciati illudere dalle loro dichiarazioni, ed han veduto che rimane tra gli uomini una perpetua disuguaglianza di fatto, la quale se non deve influir nella esecuzione della legge, influisce però irreparabilmente nella formazione della medesima. Gli americani han ricercata nelle ricchezze quella differenza che gl'inglesi ricercan nel grado. La repubblica francese adottò inutilmente lo stabilimento americano, ed il nostro Pagano non avvertendo questa inutilità, la propose per essere adottata dalla costituzione della repubblica napoletana». Ivi, p. 130

²⁴ *Costituzione della Repubblica Francese del 1799 tradotta in Italiano da Angelo Lanzellotti*, Napoli 1821. pp. 3-4: «Notizie preliminari. Quale garanzia offrì poteva la costituzione dell'anno III, tante volte violata, e ch'era servita di pretesto ad ogni sorta di oppressioni e di delitti! L'urto di cinque anni di rivoluzioni successive era stato per essa come la durata di più secoli per gli altri corpi politici. La monarchia sulla vigilia della sua caduta non offriva molli più guaste e più dal tempo indebolite. Gli avanzi dell'edificio, in qualunque modo che si fossero rimessi sulla loro base, avrebbero sempre portato seco il germe della loro ruina; e la repubblica avrebbe per un momento respirato, per tosto crollare in quello abisso, che in vano erasi tentato di chiudere sotto di essa. L'idea di costruire di nuovo l'edificio sociale sopra novelle basi, fu quella che arrestò i buoni spiriti. Ecco le forme del nuovo governo adottato: Si affidò la direzione de' pubblici affari a tre consoli, creati per dieci anni, e rieligibili indefinitamente. Ciascheduno di essi fu nominativamente scelto con le distinte qualità di Primo, Secondo, e Terzo console. Alle antiche autorità costituite furono sostituiti un Senato conservatore, un Corpo legislativo, ed un Tribunato. L'ordine giudiziario fu interamente riorganizzato. Si affidò ai prefetti l'amministrazione dipartimentale; ed ai 3 nevososi si presentò ai Francesi la Costituzione dell'Anno VIII, la quale stabiliva primo console Napoleone Bonaparte, e regolava le prime basi della organizzazione politica dell'Impero Francese».

l'obbligo di naturalizzazione per gli stranieri che occupavano incarichi pubblici e la promessa di mantenere tutti gli impiegati (anche i francesi) ai loro posti: la complessa questione avrebbe costituito uno degli *affari* che maggiormente crearono tensione nei rapporti tra Napoletani e Francesi e tra Murat e Napoleone²⁵.

La costituzione del 1815 non entrò mai in vigore: a differenza del *progetto di Pagano* fu pubblicato come modello negativo. Il commento di Lanzellotti in calce al testo è infatti impietoso: «Questa costituzione, che non ebbe mai esecuzione, fu redatta da un ministro cortigiano, quando Murat risolvè di soggiogare tutta l'Italia. La data della pubblicazione è falsa: son io testimonia d'essersi pubblicata in Napoli il giorno 20 di maggio 1815, cioè quando Murat era da Napoli fuggito. Essa non merita di essere imitata, ma eternamente abborrita»²⁶. Un giudizio forte che manifestava, probabilmente, la posizione della Carboneria nei confronti di una costituzione ottriata che non riconosceva la sovranità popolare, concedeva solo alcune libertà e che prevedeva un parlamento bicamerale formato da Senato e Consiglio dei Notabili: in astratto questi organi concorrevano «ugualmente alla formazione delle leggi» ma in concreto avevano il “potere”, nelle riunioni annuali, semplicemente di «supplicare il re di prendere in considerazione oggetti legislativi, o amministrativi, o anche affari particolari, che si riferiscano ad interessi pubblici»²⁷. Un testo costituzionale da aborrire²⁸ che poteva essere redatto solo da «un cortigiano» del Re. È probabile che questo «cortigiano del Re» fosse stato Giuseppe Zurlo, il potente ministro dell'interno di Gioacchino, come afferma il generale Guglielmo Pepe nelle sue *Memorie*:

Io comandavo sempre la retroguardia alla tesa della mia brigata oramai divenuta molto debole, dacché il 1° di linea era rimasto tutto dentro Ancona; il 10° di linea che mi era stato dato da poco erasi ridotto ad un quarto di quello di prima, a cagion delle perdite che aveva sofferte nella battaglia di Macerata e dello sbandamento di molti de' suoi. Nell'avvicinarmi a Castel di Sangro vidi di bel nuovo il re, il quale mi presentò al generale Billard, antico capo del suo stato maggiore, che gli era stato inviato da Napoleone. Ivi mi fu detto che il re aveva spedito in Napoli il Colletta, affin di

²⁵ F. Mastroberti, *Costituzioni e costituzionalismo*, cit.

²⁶ *Costituzione politica del Regno di Napoli dell'anno 1815 sotto Gioacchino Murat collazionata e corretta da A.L.*, Napoli 1815, p.

²⁷ Art. 134.

²⁸ Il Cuoco tuttavia ne diede un giudizio positivo: cfr. V. Cuoco, *Sulla costituzione promessa da Gioacchino Murat*, in «Monitore delle Due Sicilie», n. 1297, 25 marzo 1815, in Id., *Scritti giornalistici*, II, p. 473.

compilare, di accordo col ministro Zurlo, una costituzione la quale, fatta pubblica, avrebbe senza fallo decisa la carboneria a correre alle armi. Ma molte e varie erano le circostanze che rendevano affatto inutile quella opera buona in sé stessa²⁹.

L'attacco di Lanzellotti era diretto ai murattiani che avevano preso in mano il governo del nonimestre con Zurlo a capo del Ministero dell'Interno e Francesco Ricciardi a capo di quello della Giustizia e del Culto. Lanzellotti esprimeva, probabilmente, la posizione della Carboneria che contro Zurlo aveva pubblicato, sempre nel 1820, l'opuscolo anonimo intitolato *Notizie sulla condotta politica di Giuseppe Zurlo* diretta a tutti i BB... (Buoni) CC... (Cugini) CC... (Carbonari): una biografia a tinte fosche di un uomo che fu tra i massimi esponenti di governo nella fase di passaggio dall'antico al nuovo regime nel Regno di Napoli e al quale l'opuscolo carbonaro imputava, oltre alla repressione della Carboneria ordinata da Murat nel 1813, l'elaborazione del testo della costituzione di Baiona, detta *Zurliana costituzione*, e soprattutto della costituzione del 1815:

Leggete questa costituzione, e vedete qual radice hanno i principii di dispotismo nel cuore di Zurlo, autore della medesima, che non seppe o non volle proclamarne migliore, né anche per l'ultima tavola del naufragio del despota, cui egli serviva: ed è a notarsi, che molti membri dell'ultima Giunta eletta non ha guari co' dec. De' 9 e 10 luglio 1820 sono i medesimi, che fuggiti dall'alta Italia, furono d'ordine di Zurlo convocati in Maggio 1815, come ad esprimere il voto nazionale a favore di questa costituzione, quattro o cinque giorni prima dell'ingresso delle truppe di Ferdinando³⁰.

Il rifiuto da parte di Lanzellotti e della Carboneria nei confronti di questa esperienza autoctona era assoluto ed incondizionato, come ferma era l'avversione verso i murattiani al governo e soprattutto verso Zurlo che peraltro doveva presiedere alle operazioni elettorali per la formazione del Parlamento.

²⁹ G. Pepe, *Memorie del Generale Guglielmo Pepe intorno alla sua vita ed ai recenti casi d'Italia scritte da lui medesimo*, Lugano 1847, cit., I, p. 453-4.

³⁰ Anonimo, *Notizie sulla condotta politica di Giuseppe Zurlo*, Napoli 1820, p. 17.

4. Tra la costituzione di Cadice e la Costituzione francese del 1814

L'invito di Galdi a preservare i tratti fondamentali dell'ordinamento giuridico nazionale, così come definiti dalla legislazione della Restaurazione con riguardo all'organizzazione amministrativa e al sistema giudiziario, non venne seguito e il Parlamento adottò una versione della testo costituzionale che differiva solo in pochi e non fondamentali punti da quello spagnolo. Colletta descrive bene lo spirito di quei mesi durante i quali il popolo napoletano abbracciò con impeto ma forse senza troppo discernimento le istituzioni democratiche:

Sua prima cura (del Parlamento) fu il mutar nome alle province in Irpini, Marsi, Sanniti, ed altri dell'antichità, essendo natura di popoli scarsi del presente ricordar le glorie del passato, e con vergognoso vanto mostrare le miderie della decadenza. Altre cose nuove ogni dì si proponevano, sempre grate alla moltitudine, perché il nuovo piace ai nuovi, onde il far poco nelle rivoluzioni è l'opra più difficile e più sapiente. La intera macchina sociale voleva mutarsi, per l'argomento che a popolo libero sconvengono le istituzioni della servitù; e così caddero l'amministrazione comunale, la provinciale, quella di acque e boschi: erano cadenti le amministrazioni del demanio, delle dogane, de' ponti e strade; altri sistemi si meditavano giudiziario e finanziario: Opere di molti lustri e di pesato consiglio innovator momento distruggeva³¹.

Lanzellotti pubblicava la costituzione di Cadice con una premessa, alcune note e i seguenti documenti: 1. *Proclama di S.M. il Re delle Due Sicilie a' Napoletani* del 1° maggio 1815, 2. *Proclamazione del Re*, data a Messina il 20 maggio 1815, 3. *Proclama del Re alla nazione delle Due Sicilie*, Napoli 6 luglio 1820, 4. *Disposizione di Ferdinando I* del 7 luglio 1820. 5. *Disposizione del Vicario Generale Francesco* del 7 luglio 1820. 6. *Prammatica* del 6 ottobre 1759. La scelta di inserire i primi due documenti intendeva collegare il processo costituzionale del 1820-21 all'impegno che il Sovrano assunse nel 1815 a concedere una costituzione. Nella introduzione questo legame era ben evidenziato:

È questa la costituzione politica delle due Sicilie, che il Re Ferdinando I avea promessa fin dal 1815, cioè la più energica e la più durevole. I cortigiani del dispotismo, per interesse, per ignoranza o per malizia, ne han ritardato per cinque anni l'effetto. Ma la nazione,

³¹ P. Colletta, *Storia del Reame di Napoli dal 1734 al 1825*, III ed., Napoli 1856, p. 328.

conoscendo le intenzioni del principe, ha proclamato generalmente la costituzione di Spagna; ed il principe l'ha adottata con quelle sole modificazioni (salve le basi) che la rappresentanza nazionale crederebbe opportune. Le modificazioni sono state eseguite; la costituzione è sanzionata. Le sue basi portano la impronta della eternità; poiché sono quelle stesse che il re indicò nella cennata sua promessa, e che il popolo desiderava: il popolo è il sovrano; il principe è l'esecutore e l depositario delle leggi. Lode a Dio che ci ha sottratto dalle catene della schiavitù; lode a noi se sapremo conservarci il bene della libertà. La presente edizione è conforme a quella del parlamento nazionale. Vi ho messo poche note, scorse dalla penna sotto la correzione della stampa, ed ho aggiunto in fine alcuni documenti che la concernono³².

Sull'articolo 3 che riguardava la sovranità alla Nazione il Lanzellotti notava: «dal che risulta, che al re delle Due Sicilie non compete il titolo di sovrano»³³. Sul fondamentale articolo 4 («La nazione è nell'obbligo di conservare e proteggere con leggi savie e giuste la libertà civile, la proprietà, e gli altri legittimi diritti di tutti gl'individui che la compongono»), il Curatore rilevava che sarebbe stato meglio, per evitare fraintendimenti, che il testo facesse riferimento al Parlamento piuttosto che alla Nazione. La ripartizione territoriale, che in base all'articolo 10 prevedeva 22 province con nomi diversi dalla tradizione, Lanzellotti esprimeva la sua posizione critica perché non riscontrava alcun bisogno di un cambiamento, fatto solo per il frivolo motivo di «ricordare sotto questi nomi la nostra discendenza da popoli famigerati e bellicosi»³⁴: contro il nome di provincia, che significava *paese conquistato*, Lanzellotti proponeva il nome di *regione*. Sull'articolo 12, che stabiliva la religione cattolica apostolica romana come religione di stato «senza permettersene alcun'altra nel regno», il Curatore evidenziava che il non permettere non significava non tollerare. Sull'articolo 85, che richiedeva per essere deputato «il possesso di una proporzionata rendita annua, procedente da beni proprii», Lanzellotti rilevava:

Questa disposizione tende all'aristocrazia, limita la libertà de' votanti, ed espone al pericolo la nazione di esse defraudata di qualche degno soggetto. Se vivessero Genovesi, Filangieri, Vico, Giannone, Pagano, Conforti, Galiani, Briganti ed altri sublimi ingegni, ardiremmo di escluderli dal parlamento nazionale per mancanza di un corrispondente patrimonio? Giova dunque che questo articolo si

³² *Costituzione politica del Regno delle Due Sicilie del 1821 sotto Ferdinando I con documenti e note di A.L.*, Napoli 1821, pp. 3-4.

³³ Ivi, p. 7.

³⁴ Ivi, pp. 11-12.

sopprima, o che resti eternamente sospeso³⁵.

Nella nota 8 (sull'art. 96) Lanzellotti esprimeva il suo parere sul meccanismo elettorale che doveva essere semplice ed impostato su due gradi di elezione, «cioè che scelti gli elettori nelle assemblee parrocchiali, questi nominassero nel circondario elettorale i deputati corrispondenti»³⁶. Secondo Lanzellotti (nota 9 su articolo 101) il Parlamento non doveva rinnovarsi tutto ogni biennio ma era preferibile che si rinnovasse annualmente per la metà³⁷. Un rilievo di tipo nazionale veniva posto all'articolo 222 che stabiliva che almeno due consiglieri di stato dovessero appartenere al ceto del clero secolare (ed uno doveva essere vescovo): in Spagna, forse, questa norma aveva ancora ragione di esistere ma a Napoli no perché le «distinzioni non sono più ufficiali»³⁸. Eccessiva appariva al Lanzellotti la responsabilità illimitata prevista per i giudici dall'articolo 243: «La responsabilità indefinita de' giudici per tutti i falli commessi nella procedura civile o criminale, è rigorosa eccessivamente, ed è contraria al dritto comune delle nazioni. Nulla può esservi qua giù perfetto né perfettamente regolato»³⁹. L'articolo 294 prevedeva che «nel caso di circostanze straordinarie, in cui la sicurezza dello Stato esigesse in tutta la monarchia o in qualche parte della medesima, la sospensione di alcuna delle formalità prescritte in questo capitolo per l'arresto de' delinquenti, potrà il Parlamento decretarla per un tempo determinato». Lanzellotti lo riteneva un articolo pericoloso «perché contiene una eccezione, di cui si potrà facilmente abusare in pregiudizio della sacra libertà individuale». Conveniva perciò che le circostanze straordinarie venissero «determinate espressamente»⁴⁰.

La comparazione delle posizioni espresse dal Lanzellotti nel commento al *Progetto* di Pagano (che evidenziano una prospettiva storicista e nazionalista) e quelle esposte successivamente con la pubblicazione del testo definitivo della costituzione nel 1821 attestano l'abbandono da parte della corrente democratica delle iniziali posizioni, possibiliste riguardo a modifiche nazionali: l'insistenza del Lanzellotti sulla inutilità del bicameralismo è significativa poiché si dirigeva contro le idee di coloro che guardavano verso il modello della costituzione francese del 1814 che, pur votata dal Senato, era una costituzione sostanzialmente ottriata. Lanzellotti, come

³⁵ Ivi, p. 38.

³⁶ Ivi, p. 43.

³⁷ Ivi, p. 45.

³⁸ Ivi, p. 90.

³⁹ Ivi, p. 96.

⁴⁰ Ivi, p.111.

si è detto, pubblicò anche questa costituzione insieme al *Regolamento* parlamentare ma è significativo che non abbia ritenuto di fare alcuna premessa introduttiva al testo e che, in una delle due note, con riferimento al primo comma dell'articolo 29 del decreto del *Senato Conservatore* del 6 aprile 1814 («La presente costituzione sarà sottoposta all'accettazione del popolo francese, nella forma che sarà prescritta»), affermasse: «Non fu mai sottoposta all'accettazione de' cittadini. Il dì 4 giugno 1814, sotto Luigi Stanislao-Saverio, fratello dell'ultimo re Luigi XVI, *concesse* una *carta*, che fu semplicemente letta al corpo legislativo e al senato riuniti»⁴¹.

Lanzellotti usava il termine *carta* per differenziare il testo da una vera e propria costituzione e con termine in corsivo "concesse" evidenziava che si trattava di una *charte octroyée*. Proprio il timore che potesse prevalere una posizione favorevole a questa costituzione (sostenuta dal Re e dalle potenze alleate dei Borbone) determinò l'affossamento del dibattito sulla nazionalizzazione della costituzione di Cadice avviato nei termini indicati dal Galdi nel suo discorso inaugurale. È chiaro però che Lanzellotti restava sempre un *cuochiano* come dimostra questo passaggio dell'introduzione alla *Costituzione di Polonia* del 1791, intriso di storicismo e relativismo:

«Quanto all'essenza di questa costituzione, per giudicarne con rettitudine, tengasi conto delle circostanze che ne accompagnarono l'origine. S'ella è men buona della nostra, se le sua basi non tutte serbano i principj della naturale eguaglianza; rammentiamoci ch'essa toccò gli spiriti come un colpo di luce, senza sforzi, senza effusione di sangue, in un senato composto di nobili, che possedevano servi, ch'erano abituati a riguardare i cittadini come loro sudditi, che godevano de' privilegj esclusivi, confirmati da leggi costituzionali: finalmente, che Rousseau e Mably, malgrado il loro entusiasmo per gli dritti degli uomini, neppure osarono di consigliare ai Polacchi l'entrata subitanea degli abitanti delle città nelle diete, e molto meno l'anteriore manomissione de' servi. Facciasi sopra tutto attenzione, che il legislatore non volle rendere immutabile questa costituzione; che al contrario la preparò a ricevere un altro giorno quella perfezion che le mancava. Non può negarsi che meditandola con imparzialità, vi si trovano degli articoli da poterne arricchire la nostra»⁴².

⁴¹ *Costituzione francese o carta costituzionale del 1814 sotto Luigi XVIII, tradotta in Italiano da A. L.*, Napoli 1820, p. 10.

⁴² *Costituzione di Polonia del 1791 sotto Stanislao II, tradotta in italiano da Angelo Lanzellotti*, Napoli 1821.

Volumi pubblicati

MONOGRAFIE

1. Alessandro Agri, *La giustizia criminale a Mantova in età asburgica: il Supremo Consiglio di giustizia (1750-1786)*, 2019, 2 tomi, pp. XX-687 [ISBN 978-88-944154-0-7]
2. Claudia Passarella, *Una disarmonica fusione di competenze: magistrati togati e giudici popolari in corte d'assise negli anni del fascismo*, 2020, pp. X-120 [ISBN 978-88-944154-1-4]
3. Federico Roggero, «*Uno strumento molto delicato di difesa nazionale*». *Legislazione bellica e diritti dei privati nella prima guerra mondiale*, 2020, pp. 303 [ISBN 978-88-944154-3-8]
4. Alessia Maria Di Stefano, «*Non potete impedirle, dovete regolarla*». *Giustizia ed emigrazione in Italia: l'esperienza delle commissioni arbitrali provinciali per l'emigrazione (1901-1913)*, 2020, pp. 235 [ISBN 978-88-944154-4-5]
5. Gustavo Adolfo Nobile Mattei, «*Ad meliorem frugem redire*». *Le meretrici tra emenda e recupero (secc. XVI-XVII)*, 2020, pp. 220 [ISBN 978-88-944154-5-2]
6. Jacopo Torrisi, *Offensività. Itinerari dottrinari e giurisprudenziali ottoneovecenteschi*, 2020, pp. 206 [ISBN 978-88-944154-6-9]
7. Edoardo Fregoso, *Neither a Borrower Nor a Lender Be. Il comodato in Inghilterra fra Common Law e Ius Commune*, 2020, pp. 204 [ISBN 978-88-944154-7-6]
8. Alessandro Dani, *Cittadinanze e appartenenze comunitarie. Appunti sui territori toscani e pontifici di Antico regime*, 2021, pp. 166 [ISBN 978-88-944154-9-0]

COLLETTANEE

1. *Dialogues autour du nihilisme juridique*, sous la direction de Paolo Alvazzi del Frate, Giordano Ferri, Fatiha Cherfouh-Baïch et Nader Hakim, 2020, pp. 186 [ISBN 978-88-944154-2-1]
2. «*Biblioteca abolizionista*». *Fermenti europei per una battaglia italiana*, introduzione e cura di Marco Paolo Geri, 2021, Tomo I, pp. 318 e Tomo II, pp. 356 [ISBN 978-88-946376-0-1]
3. *Grandes figures du droit de l'époque contemporaine. Actes du colloque en l'honneur du doyen Christian Chêne*, Ouvrage édité par Arnaud Vergne, 2021, pp. 152 [ISBN 978-88-946376-1-8]
4. *Italia-Francia allers-retours: influenze, adattamenti, porosità*, a cura di Luisa Brunori e Cristina Ciancio, 2021, pp. 228 [ISBN 978-88-946376-2-5]

“Historia et ius”
Associazione Culturale - Roma
ISBN 978-88-946376-2-5