

CLORIDORO NICOLINI (1780–1859). UN MAGISTRATO ALLA RICERCA DELLE REGOLE DELL'EQUITÀ

1. La vita e le opere di Cloridoro Nicolini. – In una memoria presentata a Ferdinando II nel 1836, l'avvocato Tito Berni descriveva con «raccapriccio» lo stato della magistratura, caduta in discredito presso «tutte le classi della nazione» e poco considerata dagli stessi suoi membri¹. In un panorama siffatto, ben pochi furono i giudici napoletani che brillarono per ingegno e per moralità. Tra questi spicca Cloridoro Nicolini², giurista e magistrato napoletano autore di interessanti saggi dottrinali, la cui figura è stata finora poco studiata forse perché oscurata da quella del più famoso fratello Niccola³. Attraverso le sue opere e l'esperienza maturata in campo giudiziario – fu giudice e procuratore nei principali Tribunali del Regno – è possibile cogliere il travaglio del ceto forense a seguito dell'entrata in vigore del code civil⁴. Nacque nel

-
- 1 Osservava l'avvocato Berni nell'accentuare il «deplorabile stato di abbiezione in cui la nostra magistratura si giace» che «alcuni de' migliori mi han detto con candidezza che essi non affiderebbero neppure la loro giamberga alla decisione degli attuali tribunali». I tribunali erano pieni di «giovani poco esperti nell'arte difficilissima del giudicare, di «uomini che interamente non sono dedicati allo studio delle leggi», di «uomini istruiti sì ma che sfiacati dalle infermità e dalle disgrazie non valgono più un uomo e molto meno un magistrato», di «vecchi che logori dall'età e dal vicino pensiero del finire male impugnano e peggio adoprano la spada della giustizia». «ASNa, Archivio Borbone, Memoria sullo stato della magistratura e dei clamori che si levano contro di essa dell'avv.to D. Tito Berni, 1836. Cfr. F. Mastroberti, *Le Gran Corti Civili del Regno di Napoli (1817–1865)*, in *Aa.Vv.*, *Tribunali e Giurisprudenza nel Mezzogiorno. I. Le Gran Corti Civili (1817–1865)*: Napoli e Trani, Napoli 2010, p. 72. Sull'argomento vedi anche P. Saraceno, *Alta magistratura e politica della integrazione. Linee di un'analisi socio-politica dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo*, Roma 1979; *Id.*, *Storia della magistratura italiana. Le origini. La magistratura del Regno di Sardegna*, Roma 1993; C. Castellano, *Il mestiere di giudice. Magistrati e sistema giuridico tra i francesi e i Borbone (1799–1848)*, Bologna 2004; F. Mastroberti, *Il diario e la biografia di Carlo De Nicola. La sofferta transizione delle mentalità giuridiche dall'antico al nuovo regime*, in «*Frontiera d'Europa*», 2005 n. 2, pp. 121–238.
 - 2 Notizie biografiche su Cloridoro Nicolini si ricavano da D. Mascetta, *Elogio del consigliere di Suprema Corte di giustizia Cloridoro Nicolini*, pronunziato in Chieti dal professore di letteratura Domenico Mascetta, Chieti tipi Q. Scalpelli 1859.
 - 3 Su Niccola Nicolini cfr. J.L.E. Ortolan, *Criminalistes italiens: Niccola Nicolini* in «*Revue de législation et jurisprudence*», 1845, p. 322; L. Tarantini, *Niccola Nicolini* in *Aa.Vv.*, *Commemorazioni di giuristi napoletani*, Napoli s.d., p. 49–55; F. Nicolini, *Niccola Nicolini e gli studi giuridici della prima metà del secolo XIX*, Napoli 1907; A. Mazzacane, *Una scienza per due regni: la penalistica napoletana della Restaurazione*, presentazione a *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* [cur. S. Vinciguerra], Padova 1996, p. XXVII–LXIV; F. Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie dal 1808 al 1820*, Napoli 2001; *Id.* *Tra scienza e arbitrio. Il problema giudiziario e penale nelle Sicilie dal 1821 al 1848*, Bari 2005.
 - 4 Sull'argomento cfr. G. Astuti, *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successivi*, in *Id.*, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli 1984; P. Caroni, *Saggi sulla storia delle co-*

1780 a Tollo, in Abruzzo citeriore⁵, da Giambattista e Teresa de Honoratiis. Di famiglia agiata, dopo gli studi elementari frequentò il seminario di Ortona sotto la guida dell'abate Tommaso Maria Verri⁶, «che a quei tempi ben era a riguardarsi come cima delle intelligenze abruzzesi»⁷. Si trasferì poi a Napoli dove si dedicò agli studi di diritto⁸, per poi intraprendere la professione forense, a quel tempo in uno stato di profonda crisi⁹. Scrive il Mascetta nel suo elogio funebre a Nicolini:

Allora il nostro Foro, se pur Foro poteva dirsi, non si avea che le leggi del paese; e le leggi del paese erano una bizzarra accozzaglia di romano e di normanno [...]. Tali ad un dipresso erano le condizioni della legislazione nel nostro regno, quando Cloridoro Nicolini apparve nel Foro; quando volle la Provvidenza, che

dificazioni, Milano 1998; P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998; U. Petronio, *La nozione di Code Civil fra tradizione e innovazione (con un cenno alla sua pretesa di completezza)*, in *Quaderni fiorentini* 27 (1998) 83–115; S. Solimano, *Verso il Code Napoléon: il progetto di codice civile di Guy Jean-Baptiste Target 1798–1799*, Milano 1998; J.L. Halpérin, *L'impossible code civil*, Paris 2002; A. Padoa Schioppa, *Dal codice Napoleone al codice civile, in Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, p. 495–532; J.L.A. Charter, *Portalis père du Code civil*, Paris 2004; F. Mastroberti, *Sul metodo bizzarro di mantenere tacendo le leggi antiche. Il dibattito sulla vigenza dell'autentica 'Ingressi' nel Regno delle Due Sicilie (1839–1843)*, in *Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli 2007; F. Masciari, *La codificazione civile napoletana. Elaborazione e revisione delle leggi civili borboniche. 1815–1869*, Napoli 2006; S. Vinci, *Il codice latino romano nella giurisprudenza della Gran Corte Civile di Trani*, in *«Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto»*, a. II (2009), p. 541–562; Aa.Vv., *Tribunali e Giurisprudenza nel Mezzogiorno*, op. cit.

5 Tra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento nelle provincie abruzzesi – soprattutto nel chietino di cui Tollo faceva parte – fiorì una generazione di giovani intellettuali destinati a posizioni di rilievo nell'ambito della cultura e della politica napoletana: oltre ai fratelli Nicolini, ricordo i fratelli Gennaro e Giusepope Ravizza, Pietro de Sterlich, Antonio Nollì, Francesco Saverio Petroni, Giuseppe de Thomas, Francesco Canofari e Giuseppe Durini. Cfr. G. De Lucia, *La cultura abruzzese nel periodo borbonico*, in *«Abruzzo»*, a. IV n. 1 (1968), p. 127–48; R. De Sterlich, *Lettere a G. Lami (1750–1768)* [cur. U. Russo e L. Cepparone], Napoli 1994; F. Mastroberti, *Pierre Joseph Briot. Un giacobino tra amministrazione e politica*, Napoli 1998, p. 146–50.

6 Tommaso Maria Verri nacque ad Archi il 21 settembre 1734 da Carlo Antonio e da Anna Gentile. Dopo i primi studi presso i Gesuiti a Chieti, frequentò il Seminario di Ortona del quale divenne docente di filosofia e poi Rettore. Letterato, filosofo e teologo fu autore di alcuni saggi di metafisica che riprendevano gli studi di Antonio Genovesi: scrisse nel 1783 le *Physicae propositiones quas Franciscus Xaverius de Flamminiis, Vincentius Ciampoli, Camillus Madonna, et Aloysius Antonucci* e nel 1786 le *Animadversiones criticae in doctissimis, clarissimisque viri Antonii genuensis elementa metaphysicae in studiosae juventutis gratiam elucubratae ad usum Seminarii Ortonensis*. Fu autore anche di un *Breve commentario italiano al Pentateuco*, *Lezioni sulla Bibbia*, *Canzoni e sonetti* e di *drammi sacri*. Morì ad Ortona, 9 marzo 1814. Cfr. P. Napoli Signorelli, *Vicende della cultura nelle Due Sicilie, o sia Storia ragionata della loro legislazione e polizia, delle lettere, del commercio, delle arti, e degli spettacoli dalle colonie straniere*, t. VI, Napoli presso Vincenzo Flauto, 1811, p. 166ss; M.M. Perlini, *L'opera poetica di Tommaso Maria Verri*, Lanciano 1981; U. Russo – E. Tiboni, *L'abruzzo nel Settecento*, Pescara 2000; F. Celenza, *Storia del teatro in Abruzzo: dal Medioevo al secondo Novecento*, Pescara 2005.

7 Mascetta, op. cit., p. 5: Tommaso Verri «compreso di amore per una pianta promettitrice al civile consorzio di rari frutti, educolla con quella solerzia, cui amplamente rispose l'avvenire. E per vero, comunque la mente del giovanetto Nicolini fosse, pure si avvide, che la filosofia allora nello spirito e nella forma non era che sensismo, e che le dottrine di Tracy, di Cabanis, di Condillac, valicando le Alpi, appestavano gl'intelletti italiani, e sordamente rodevano l'edificio di quel sapere, a cui avea posta la sua sanzione la Religione propugnatrice e promettitrice d'immortalità. Prese perciò Egli dalla filosofia tutto che non mirasse a ferire il principio della dignità umana, si travagliò a formarsi un sistema peculiare di conoscenze veramente utili; e lasciò che gli altri imbestiassero nel lezzo delle dominanti dottrine».

8 Ivi, p. 7: «Entrato Cloridoro Nicolini con tutto l'impeto della sua vocazione nello incolto e squallido campo delle istituzioni romane, ne seppe trarre tale ricchezza di sapere, che chiamato a risolvere le quistioni più ardue della scienza del diritto i suoi giudizi furon tenuti in conto di oracoli».

9 G.M. Galanti nel suo *Testamento forense* (Venezia 1806, T. I, p. 61) descrive la decadenza del foro alla fine del Settecento: «Così ora veggiamo quello che non si era mai veduto per l'addietro, che si diviene avvocato da bambino. Si sa che con una clientela magnatizia, come per miracolo si diviene avvocato primario, onde lo studio delle leggi sembra essere divenuto assolutamente inutile [...]. Si fanno così grandi fortune e si diviene magistrato ritenendo tutti i vizj della professione, il che ha convertito in orrore il tempio della giustizia».

la luce di un nuovo codice di leggi sfolgoreggiasse nell'Aula di Temi, diradasse il bujo, e le penose incertezze della vecchia giurisprudenza [...]. Cloridoro Nicolini fu il primo qui in Chieti che vi travagliasse alla diffusione delle nuove legali dottrine. Inaugurò pertanto un'insegnamento, che non pure per quella potenza dello ingegno che il reggeva, ma per quella ausiliatrice di magnanimo sentimento, in poco tempo venne in gran fama e rinomanza; sì che non pure i giovani discenti della città, ma eziandio i lontani avidamente vi accorrevano¹⁰.

L'entusiasmo per le leggi del decennio francese – che lo portò ad avviare una delle prime scuole private di diritto a Chieti¹¹ – valse a Nicolini l'inserimento, da parte del governo francese, nei ruoli della magistratura¹²: fu infatti destinato al Tribunale civile di Teramo, prima con funzioni di giudice e poi di procuratore del Re¹³. Non fu risparmiato – come il fratello – dalla giunta di scrutinio dei magistrati, costituita dopo l'esperienza costituzionale del 1820–21¹⁴, che lo giubilò con la moti-

10 Mascetta, *op. cit.*, p. 8: «Raro è che un uomo nudrito di vecchi principii, e a vecchi metodi adusato, confessi gli uni e gli altri, entri in novello cammino, valuti l'esigenza dello spirito, che vuol progredire, e che si faccia imporre dalle attualità, quando fu devoto al passato. Eppure Cloridoro Nicolini solerte d'una solerzia, che sfida ogni ostacolo, che si ride di tutte le opposizioni del mondo, ricco della scienza delle leggi antiche, coll'acume dell'analisi si approfondì nelle nuove; e non che disgregarle fra loro, le unì e strinse in meraviglioso connubio».

11 Lo stesso C. Nicolini, Della importanza ne' giudizi della esatta osservanza delle forme: discorso di Cloridoro Nicolini, procuratore del re presso il tribunale civile di Molise, pronunziato nel dì 2 gennaio 1833, Campobasso 1833, p. 25 ricorderà le sue lezioni dedicate alla formazione dei giovani: «Ed anche a voi la mia parola è rivolta, o giovani, mia prima cura. Voi mi ricordate le care memorie di quelle ore, per me sempre brevi, ch'io per più lusinghe a coltivar lo spirito de' coetanei vostri spendeva. Così vidi per esperienza; che chi poco tulit fecitque puer, tal che fin d'allora non ebbe compiuta istituzione, invano si affatica a percorrere il gran cammino della gloria».

12 Come evidenziato da A. De Martino, Antico regime e rivoluzione nel Regno di Napoli. Crisi e trasformazione dell'ordinamento giuridico, Napoli 1972, p. 197ss, il sistema giudiziario del nuovo regime continuò a funzionare per la maggior parte con i magistrati di antico regime, i quali – salvo i casi di spostamenti ad altre cariche – vennero riconfermati nei nuovi ranghi. Lo stesso Giuseppe Bonaparte non si mostrò «voglioso di eccessivi cambiamenti nei quadri della magistratura»: in un discorso di risposta ad un discorso inaugurale dei rappresentanti del potere giudiziario in occasione delle riforme che sarebbero state realizzate entro breve tempo, pubblicato sul «Corriere di Napoli» dell'8 gennaio 1808, il Re fece notare come fosse «grato di trovare ne' magistrati attuali» gli elementi che avrebbero dovuto «in gran parte entrare nella nuova formazione». Ciò non toglie che le fila della magistratura, il cui numero era stato enormemente accresciuto dalle nuove leggi, necessitarono comunque di un nuovo reclutamento: se nelle alte cariche (Cassazione, tribunali di appello) la maggior parte dei componenti furono scelti per la loro disposizione favorevole al nuovo governo ed alle riforme, negli altri tribunali (tribunali di prima istanza, tribunali criminali, giudici di pace) i soggetti scelti provenivano o dalle Udienze o selezionati tra gli avvocati provinciali. Fonte preziosa sulle nomine effettuate durante il decennio è C. De Nicola, Diario Napoletano. 1798–1825 [cur. G. De Blasiis], Napoli Società Napoletana di Storia Patria 1906, vol. II, p. 432–36, 13 novembre 1808. Sull'argomento vd. anche O. Abbamonte, Potere pubblico e privata autonomia: Giovanni Manna e la scienza amministrativa nel Mezzogiorno, Napoli 1991; Mastroberti, Il diario e la biografia di Carlo de Nicola. *op. cit.*; Id., Tra scienza e arbitrio, *op. cit.*

13 Ivi, p. 9: «Ma la dottrina, la probità, l'animo generoso di Cloridoro Nicolini non poteano rimanere entro il cerchio di private relazioni; tanto più che siffatte virtù mantener seppe illibate in mezzo alle tristi condizioni de' tempi suoi. E però il Governo chiamò Nicolini all'onore della toga; destinandolo pria Giudice presso il Tribunale civile di Teramo, e poscia Procuratore del Re presso il Tribunale istesso».

14 Sulla rivoluzione napoletana del 1820–21 cfr. 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 1820–1821, Roma 1993.

vazione: «Masone e carbonaro, e protettore acerrimo dei settarii»¹⁵. Si ritirò quindi a vita privata «dedito ai suoi cari e profondi studi»¹⁶.

Nella seduta del Consiglio di Stato del 18 agosto 1831 fu disposta la sua “reintegrazione” nei ranghi giudiziari, a seguito di «favorevoli informi dati dal consultore Canofari»¹⁷ e destinato alla funzione di procuratore del Re nel Tribunale civile del Molise¹⁸. Iniziò quindi la sua produzione scientifica con la pubblicazione nel 1833 del discorso inaugurale pronunciato dinanzi al Tribunale civile del Molise, a cui diede il titolo per le stampe *Della importanza nè giudizi della esatta osservanza delle forme*¹⁹. In questo discorso dedicato alla «giustizia estrinseca», ovvero alla solennità delle forme prescritte dalla legge per la validità degli atti giudiziari, Cloridoro Nicolini riprese il pensiero del fratello Niccola che in più occasioni aveva sostenuto una ideale linea di continuità tra la tradizione napoletana e la riforma giudiziaria.²⁰

Sono pur nostri i fonti, onde uscirono queste leggi di rito, le quali null’altro han di nuovo che qualche voce e la veste. Chi non le aborre, che pel solo abbigliamento, o non arrestandosi a vagheggiar questo solo, di questo sol non s’inebria, tosto vi riconoscerà i concetti della sapienza de’ nostri antichi giureconsulti, de’ nostri legislatori. Qual torto non recano all’onore nazionale coloro, che immemori di sé, ignudi, affaticati, sormontano i geli delle Alpi, per ricercarne nelle opposte falde la non vera sorgente? O che, abbrividiti dalla gelida infeconda immaginazione, n’escono tanto

15 ASNa, Archivio Borbone, f. 841. Elenco magistrati destituiti per scrutinio i quali con risoluzioni prese da S.M. nei sottonotati Consigli Ordinari di Stato sono stati riabilitati ad essere impiegati, fol. 137r; Ivi, Elenco delle giubilazioni, traslocazioni, promozioni, e nomine di magistrati nei Reali Dominii al di qua del Faro, approvate da S. Maestà nel Consiglio di Stato del 26 ottobre 1831, fol. 19r; Ivi, Notamento dei magistrati destituiti per effetto di scrutinio, Tribunale Civile di Teramo, fol. 148r.

16 Mascetta, *op. cit.*, p. 9

17 Francesco Canofari (1765–1843) fu uno dei maggiori penalisti napoletani della prima metà del secolo XIX. Fu nominato nel 1801 caporuota nei tribunali provinciali, poi visitatore economico nella provincia di Capitanata. Nel 1803 ricoprì l’incarico di segretario generale della Soprintendenza generale della polizia e giustizia criminale del Regno. Dal 1808 al 1811 fu presidente in vari tribunali criminali nelle province e nel 1812 fu nominato presidente della Gran Corte Criminale di Napoli. Nel 1813 divenne consigliere della Corte di Cassazione. In qualità di consultore del Regno e di presidente della commissione legislativa fu il relatore dei progetti di riforma del codice di procedura penale tra il 1824 e il 1833. Fu autore di commentari sul Codice per lo Regno delle Due Sicilie che ebbero notevole diffusione. ASN, Archivio Borbone, f. 828, fol. 766–770; G. Canofari, *Vita del Cav. Francesco Canofari*, Londra 1846.

18 ASNa, Archivio Borbone, f. 841, Elenco de’ magistrati destituiti per scrutinio i quali con risoluzioni prese da Sua Maestà nei sottonotati consigli ordinari di Stato sono stati riabilitati ad essere impiegati. Il giudizio a seguito della sua reimmissione presso il Tribunale Civile di Molise fu «Buono sotto tutti i rapporti». Ivi, *Notizie sul conto dei Funzionari giudiziari, Abruzzo Ulteriore, Tribunale Civile di Molise, s.d.*, fol. 411r.

19 Nicolini, *Della importanza ne’ giudizi*, *op. cit.*

20 Il discorso di Cloridoro sembra riprendere un passo del discorso del fratello Niccola pronunciato nel 1809 all’inaugurazione del Tribunale Criminale dell’Abruzzo citeriore: «Preparato è qui dunque il terreno, precorsa dagli scrittori patrii è la via, educate da più tempo sono le menti a ricevere la novella legislazione. Noi non cominciamo con essa una novella civiltà, ma progrediamo in quella che si godeva; sciolti però dalle difficoltà del numero e contraddizione delle leggi, distrigati dalle autorità incerte di oscuri scrittori, purgati nell’aperta luce di semplici e ben collegati e fecondi principi, certi di noi per forme sicure d’interpretazione, rendute intelleggibili popolari per la sostituzione del linguaggio universale d’Italia al gergo barbaro e basso insinuato nelle leggi e ne’ giudizi dalla ignoranza e da municipale mal inteso amor patrio». N. Nicolini, *Del passaggio dell’antica alla nuova legislazione nel Regno delle Due Sicilie*, Napoli 1840 (2 ed.), p. 3. Scrive Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale*, *op. cit.*, p. 32: «L’incisivo brano rimarcava l’idea fondamentale dell’intero Discorso che, peraltro, sarebbe stata ribadita dal giurista in altri suoi scritti: la continuità tra il vecchio ordinamento napoletano e la nuova legislazione».

miopi da non giungere collo sguardo al di là dell'ombra loro? Segue da ciò, che per non curare un retaggio tutto proprio, l'uno accatta o mal compra un mal sano alimento, l'altro ostentando odio profondo, sia pur finto o veracemente sentito, anche contra ciò che appena ha l'apparenza di estraneo, infingardo ed ignorante, nella barbarie si caccia; e passionati tutti, le leggi a sé mal note confondono, mentre giustizia ne freme, e gl'interessi i più cari de' sudditi del Re son ciecamente manomessi²¹.

Oltre a questo recupero storico del passato per le leggi in vigore nel Regno di Napoli che contrastava con l'idea della grande frattura con il passato²² – in particolare Nicolini si riferiva al Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819²³ e al Regolamento per la disciplina delle autorità giudiziarie per i reali dominj al di qua' del faro del 15 novembre 1828²⁴ – il discorso risulta incentrato sulla funzione della giurisprudenza²⁵ che, in quanto chiamata a supplire al difetto della legge, avrebbe necessitato di adeguata pubblicità: «Ma il fine della legge non è ancora esaurito. Lex non sufficit casibus, sed ad ea quae plerunque accidunt, aptatur. Sapientissima autem res tempus est, et novorum casuum quotidie auctor et inventor. Quindi ella rende sua ausiliaria la giurisprudenza a supplirne il difetto. Ora se parum abest a potestate le-

- 21 Nicolini, Della importanza ne' giudizi, *op. cit.*, p. 4: «Chi 'l crederebbe? Taluni, anche fra i saggi, spesso sono indocili al rito, e stimano ogni guida un insulto, ogni freno di legge un'onta al di loro amor proprio, e vane apparenze le forme più sacre; ripetendo sempre, che la garentia sola de' dritti de' cittadini è nella coscienza de' giudici, e nella integrità de' pubblici uffiziali. Si: questa è la giustizia estrinseca, dalla quale l'esser supremo può solo chiederli conto; e che il pubblico per presunzioni di legge dee sempre rispettare, quando però ella sia rivestita di tutta la solennità delle forme. In questa è la giustizia estrinseca; quella sola che può esser regolata dalla legge; quella che dà forza di verità a' vostri giudicati; quella a cui sol mira la universalità, e da cui ella giudica e coloro che pronunziano, e la cosa che vien pronunziata».
- 22 Scrive Mastroberti, Le Gran Corti Civili del Regno di Napoli (1817–1865), *op. cit.*, p. 33: «Nella magistratura, durante il primo quindicennio prevalse la tendenza che potremmo definire "nazionalista" volta a riprendere in chiave interpretativa il vecchio diritto della tradizione del Regno. Questo scontro fu presente anche nella cultura giuridica napoletana. Da un lato vecchi giuristi come Niccola Nicolini e Gaspare Capone che offrono una prima interpretazione storicistica delle grandi riforme del Decennio e della Restaurazione, dall'altro giuristi come Giuseppe Raffalli e Michele Agresti volti a troncare ogni rapporto con un passato visto in chiave esclusivamente negativa».
- 23 Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Prima edizione originale ed ufficiale, Napoli, dalla Real Tipografia del Ministero di Stato della Cancelleria Generale, 1819, Parte II, Leggi Penali, art. 1. Sull'argomento cfr. Mazzacane, *op. cit.*, p. VII–XXVI; S. Vinciguerra, Una tecnica giuridica raffinata al servizio dell'assolutismo regio: le «Leggi penali» delle Due Sicilie, in Codice per lo Regno delle Due Sicilie, *op. cit.*, p. VII–XXVI; Mastroberti, Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie dal 1808 al 1820, *op. cit.* p. 256 ss.
- 24 Regolamento per la disciplina delle autorità giudiziarie per i reali dominj al di qua' del faro, in F. Dias, Legislazione positiva del Regno delle Due Sicilie dal 1808 al 1840, vol. IV, Napoli stabilimento tipografico di Fran. Azzolino, 1844. Tale regolamento fu predisposto ed approvato dal Re subito dopo l'emanazione del Codice per lo Regno, in modo che avesse vigenza a partire dal 1820. Il ritardo nella sua attuazione spinse il Ministro di Grazia e Giustizia ad emanarlo nella forma del regolamento in considerazione del fatto che le prescrizioni in esso contenute non rappresentavano nuove disposizioni legislative e soprattutto per la maggiore facilità di effettuare modificazioni o aggiunte. Mastroberti, Tra scienza e arbitrio, *op. cit.*, p. 354 ss.
- 25 In tal direzione si inseriva il saggio Dell'indole e dell'ufficio della Giurisprudenza di Giuseppe Ferrigni, comparso sulla rivista «Il Progresso», anno II (1833), vol. IV, p. 61–69, che rivalutava la giurisprudenza «pratica» per un quarto di secolo mortificata dall'assolutismo giuridico. In un secolo «troppo invaghito dell'idea di un codice universale», che gettava uno sguardo «disdegnoso sulle opere e le dottrine di quegli uomini che si affaticano a tradurre, a comentare, a specificare le leggi» era opportuno, secondo il Ferrigni, rivalutare la giurisprudenza. Essa, guardata con un certo disprezzo dagli esperti di legislazione «quasi che fosse il retaggio de' caudici e degli eruditi», era invece assolutamente utile e necessaria e, in quanto «traduzione di termini astratti in concreti» doveva considerarsi come il «linguaggio legale del popolo». Tuttavia il giurista napoletano considerava la legislazione un punto fermo intorno al quale poteva e doveva svilupparsi l'interpretazione dei giuristi. Sull'argomento cfr. Mastroberti, Le Gran Corti Civili del Regno di Napoli (1817–1865), *op. cit.*, p. 78 ss.

gis condendi, potestas eas supplendi, la giurisprudenza convien che abbia la stessa pubblicità della legge, e che com'essa, moneat, priusque feriat»²⁶. La pubblicità della sentenza avrebbe permesso ai cittadini «che apprestano i casi nuovi a' giudici» di controllare l'andamento dei giudizi e la verità e la giustizia dei giudicati «ond'essi medesimi ne valutino i motivi della differenza, quando questi, in casi apparentemente simili, non sieno uniformi; onde dalla diversità od uniformità delle cagioni prendano norma e consiglio»²⁷.

Il tenore del discorso rivolto ai magistrati del Molise, i quali venivano severamente incitati al rispetto delle forme²⁸ e della pubblicità degli atti, è indice di quanto Nicolini sentisse su di sé il gravoso compito di vigilare l'osservanza delle leggi e la regolare esecuzione dei giudicati derivante dalla carica di Procuratore del Re²⁹: «il nostro sommo Legislatore, profondamente istruito dalla esperienza dei tempi prossimi, e dalla conoscenza degli antichi, innalzava baluardi inespugnabili per sostenere

26 Il richiamo all'opera *De dignitate et augmentis scientiarum* di Francis Bacon del 1623 – più volte citato nel suo discorso – evidenzia che anche Nicolini, al pari dei suoi contemporanei, subì il fascino dell'eclettismo filosofico che caratterizzò il movimento culturale napoletano degli anni trenta e quaranta. Infatti, gli anni trenta furono caratterizzati da una rinnovata centralità della scienza – predicata dal Savigny fin dall'inizio del secolo – quale fattore di certezza in grado di guidare legislatori e tribunali nella creazione e nell'applicazione del diritto. Al pari dell'economia politica e della scienza statistica – che ebbero notevole sviluppo in quegli anni – anche la legislazione doveva essere «logica e sperimentale» e poggiare sulle solide basi della statistica. Scrive Mastroberti, *Tra scienza e arbitrio*, *op. cit.*, p. 308: «Tempi nuovi, che, per l'appunto, vedevano le scienze morali ed economiche attratte dal metodo delle scienze "esatte" e poste sullo stesso piano di esse come branche di un sapere unico che porta al progresso».

27 Nicolini, *Della importanza ne' giudizi*, *op. cit.*, p. 9: «Così ogni collegio di magistrati sarà una scuola di dritto, direttrice fedele delle particolari faccende; e senza avere la forza della legge, vedrà a sé innanzi piegarsi spontanei la ragione e il cuore de' popoli. Ma quando il magistrato rispoinde, giusta la frase dell'augusto Ferdinando I, a guisa di oracolo, nel quale lascia sepolti tutti gli atti e tutt'i motivi che lo guidarono alla sentenza, gli uomini che ordinariamente fingunt simul creduntque, anzicchè persuadersi all'autorità del giudicato, s'irritano, piangono le di loro ragioni come calpestate, ne maledicono gli autori ed imperversano nelle loro passioni».

28 Ivi, p. 29: «L'arbitrio specialmente nelle forme si converte di leggieri in totale spregiungimento d'ogni laccio salutare. L'augusto Ferdinando I, di gloriosa memoria, dopo avere sviluppate queste idee nel 1774, come ho fatto già rilevare, nel 1817 fu Egli stesso che dichiarò qual fosse il vero oggetto delle forme degli atti di legge. Le forme de' giudizi, Egli disse, son destinate ad assicurare sempre più la libertà e la proprietà de' cittadini. E' questa l'esordio d'una legge di procedura, comechè d'eccezione, qual è quella del contenzioso amministrativo».

29 La Legge n. 727 de' 29 maggio 1817 sull'organizzazione giudiziaria in «Collezione delle leggi e dei decreti reali del Regno delle Due Sicilie» (=CLD), 1817, I, art. 148ss, aveva qualificato i Procuratori del Re regi agenti presso i giudici, i tribunali, le Gran Corti e le Corti Supreme di Giustizia. Con riferimento alle cause civili, il pubblico ministero poteva intervenire sempre qualora lo avesse ritenuto necessario, oppure poteva essere interpellato d'ufficio dal tribunale o dalla Gran Corte, ma per i processi nei quali si ravvisava un interesse pubblico la sua partecipazione sarebbe stata necessaria, come nell'ipotesi di questioni concernenti l'ordine pubblico, l'interesse dello Stato, della Corona, de' Comuni e degli stabilimenti pubblici; le donazioni ed i legati dati a beneficio dei poveri di uno o più comuni; lo stato delle persone; la declinatoria di foro per incompetenza; la ricusazione dei giudici per parentela o affinità e la rimessione delle cause ad altri giudici; i minori, gl'interdetti, le donne non autorizzate dai loro mariti di stare in giudizio ed in generale tutti coloro che venivano rappresentati da un curatore; gli assenti; i militari in attività nelle armate di terra e di mare fuori del territorio del Regno. Le cause inerenti tali questioni dettagliatamente previste dalla legge dovevano essere obbligatoriamente comunicate al procuratore il quale avrebbe esposto le sue conclusioni in udienza, ma non poteva essere presente in camera di consiglio tranne che presso le Corti Supreme. Spettava inoltre ai procuratori regi e procuratori generali accordare il c.d. *recipiatur* alle «carte estere», ovvero autorizzare l'uso e la pubblicazione di atti o documenti provenienti dall'estero, salvo il diritto riconosciuto alle parti, in caso di rifiuto, al tribunale o alla Gran Corte presso cui il procuratore esercitava il proprio ufficio. Per la funzione ed i doveri del pubblico ministero, nell'interesse della società e quale agente del sovrano N. Commerci, *Elementi di dritto pubblico ed amministrativo del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, s.d., p. 206–207; F. Nicolini, *Nicola Nicolini e gli studi giuridici della prima metà del secolo XIX*, Napoli 1907, p. XLII–XLIII.

fortemente la giustizia contro gli assalti dello arbitrio, quando destinava un procuratore del Re a sedere presso ogni collegio»³⁰.

La funzione di vigilanza e il controllo sull'operato dei magistrati nel rispetto della legge, spinse Nicolini nel 1835 a dedicare un lungo saggio sulla funzione dei conciliatori, disciplinata dalla legge organica dell'ordine giudiziario del 29 maggio 1817³¹. L'opera, intitolata appunto *Dè conciliatori e degli atti di loro competenza*³², si proponeva come un compendio di istruzioni, norme e formulari per la redazione degli atti rivolto all'uso pratico di questi giudici onorari:

A rischiarare la ignoranza, a sostenere la virtù nel suo posto, a rialzarla, s'è oppressa, a rianimarla, s'è indebolita, le istruzioni mie sono dirette. [...] E perciò, che, nel comentare le poche leggi che debbono essere da' Conciliatori conosciute, parlerò della di loro nomina a tale uffizio, esponendo le qualità che si richieggono per ben sostenerlo: il modo di conoscerle, e presentarle al Re signor nostro: il di loro grado: le autorità dalle quali dipendono e quant'altro concerne il Conciliatore in se contemplato. Li considererò poi nello sviluppamento delle proprie funzioni, e pria nelle conciliazioni, indi nè giudizi; ed esporrò in fine il modo di esecuzione degli atti loro. [...] Darò in fine un sommario che servirà d'indice dell'opera, e come di manuale per coloro che desiderano una istruzione di uso: ci unirò le formole degli atti³³.

Nel suo "manualletto" Nicolini esamina sotto i vari profili l'ufficio del conciliatore, dalla sua nomina³⁴ alle modalità di esercizio delle sue funzioni, commentando passo per passo la lettera della legge, nella quale «tutto è coordinato al fine che in se racchiude l'alta mente dell'augusto autor suo. Intendiam dunque le voci di legge per quel che valgono, e per lo contesto della legge stessa, ed avremo della legge tutta la forza e la estensione dell'impero compreso»³⁵.

30 Nicolini, *Dell'ordinamento dei giudizi e della equità*, articolo tolto dal Trattato sul compromesso, Napoli, Tipografia Dicesinia, 1844, p. 230.

31 Legge 29 maggio 1817, *op. cit.*, artt. 7–13. I conciliatori erano giudici esclusivamente onorari. Istituiti in ogni comune con decreto reale su proposta del decurionato, avevano il compito di conciliare le controversie tra gli abitanti del comune che lo avessero richiesto e di decidere inappellabilmente, senza osservanza di rito giudiziario, tutte le controversie dipendenti dalle sole azioni personali relative ai beni mobili. G. Landi, *Istituzioni di diritto pubblico del Regno delle Due Sicilie*. 1815–1861, I, Milano 1977, p. 874–6.

32 C. Nicolini, *De' conciliatori e degli atti di loro competenza*, Napoli tip. Salita Infrascata 1835.

33 Ivi, p. 21. L'opera è strutturata in quattro titoli: 1. de' conciliatori; 2. delle conciliazioni; 3. de' giudizi; 4. della esecuzione delle une, e degli altri.

34 Il primo titolo tratta dell'oggetto della loro istituzione (cap. I); de' requisiti che la legge richiede ne' conciliatori (cap. II: Sez. I. Che dimori nel comune per lo qual è preposto; Sez. II. Che sia proprietario o ecclesiastico; Sez. III. Che sia probò; Sez. IV. In che consiste la probità del Conciliatore; Sez. V. Il conciliatore aver dee la opinione di probità; Sez. VI. Quale istruzione aver'egli deve; Sez. VII. Delle eccezioni che possono essere di ostacolo alla proposizione de' candidati); della nomina, della conferma, del grado del Conciliatore; non che della sospensione, e del decadimento dalle sue funzioni (cap. III: Sez. I. I decurionati propongono i Conciliatori; Sez. II. La nomina de' Conciliatori è del Re; Sez. III. Giuramento del conciliatore; Sez. IV. Qual sia il rango de' conciliatori; Sez. V. Da quali autorità i conciliatori dipendano; Sez. VI. De' congedi; Sez. VII. Della ricusa; Sez. VIII. Della sospensione; Sez. IX. Della cessazione della carica per la perdita de' dritti civili, e per lo spirare del triennio; Sez. X. Chi supplisce al conciliatore?; Sez. XI. Della conferma de' conciliatori; Sez. XII. La carica del conciliatore è tutta onorifica).

35 Ivi, p. 35. Anche qui si può evidenziare un parallelo con il Ferrigni che – pur esaltando il rinnovato ruolo della giurisprudenza – considerava la legislazione un punto fermo intorno al quale poteva e doveva svilupparsi

Nel 1837 Nicolini fu trasferito alla Gran Corte Civile di Trani, stavolta con funzioni di giudice e non più di procuratore del Re: nonostante fosse semplice membro del collegio, diede un importante contributo all'orientamento della Corte nel decidere secondo equità i casi di silenzio del codice civile³⁶. Il problema dell'equità fu infatti di grande stimolo e di approfondito studio per Nicolini, tanto che nel 1844 dedicò alla materia un lungo saggio dal titolo Dell'ordinamento dei giudizi e della equità.

Il particolare interesse per l'equità si poneva in linea con il pensiero dominante dei giuristi napoletani teso alla rivalutazione della giurisprudenza – di cui Nicolini si era già occupato nel suo primo saggio del 1833 – come soluzione alla crisi codicistica, oggetto di acceso dibattito a partire dagli anni '30³⁷. L'occasione per tornare sul problema dell'equità fu offerta a Nicolini nel 1845, quando, ottenuta la presidenza del Consiglio generale di Abruzzo Citeriore, tenne il discorso inaugurale per l'apertura delle sessioni, poi dato alle stampe. In tale sede, anche se fuori dall'ambito giudiziario, Nicolini – ormai intriso di eclettismo scientifico diffuso negli ambienti culturali di quegli anni³⁸ – richiamò l'equità esecutrice amministrativa, che «regola e agguaglia i pubblici interessi con misura geometrica»³⁹, quale strumento per dare giusta esecuzione alla legge, garantendo così la felicità dei popoli⁴⁰:

l'interpretazione dei giuristi. Scrive il Ferrigni, *op. cit.*, p. 63: «Che cos'è interpretare una legge? E' esaminare se la idea che essa rende in una formula astratta abbracci più o meno soggetti nella sua estensione, più o meno attributi nella sua comprensione. Un tal lavoro dello spirito si chiama interpretazione; ad evitar la quale bisognerebbe che la legislazione contenesse non idee universali, non principi dirigenti (ch'è la sua vera natura), ma specificazione di casi particolari, ma individualità categoriche, e niente altro che individualità. Ora come i casi particolari nelle società incivilite sono innumerevoli, così la legislazione diventerebbe per tal modo un dizionario infinito in cui ogni idea avrebbe un segno particolare: sarebbe una vera lingua cinese; e poiché i casi particolari si moltiplicano ogni dì, così la legislazione stessa sarebbe sommamente imperfetta e monca, e bisognerebbe con argomenti di analogia supplire al voto che ella rimanesse. Ed eccoti surta una giurisprudenza volgare, analogica, più instabile e mal sicura della giurisprudenza logica».

36 Sull'argomento rinvio a S. Vinci, La Gran Corte Civile residente in Trani in Aa.Vv., Tribunali e Giurisprudenza nel Mezzogiorno, *op. cit.*, p. 224 ss.

37 Gli articoli apparsi sulle riviste napoletane tra il 1832 e il 1845 insistevano sul fallimento della codificazione. Due soluzioni diverse emersero nel dibattito tra i giuristi napoletani: una, che prendendo le mosse dalla scuola storica rivalutava la giurisprudenza ponendola al centro del sistema giuridico; l'altra, neo-razionalistica, che proponeva l'elaborazione di una nuova codificazione su basi scientifiche. Cfr. Mastroberti, Le Gran Corti Civili, *op. cit.*, p. 78 ss.

38 Il clima culturale che si diffuse a Napoli a partire dagli anni Trenta fu caratterizzato dal mito del progresso e della scienza. I redattori delle riviste in voga in quegli anni (Il progresso delle scienze delle lettere e delle arti e il Giornale di Scienze Morali Legislative ed Economiche) si occupavano di tutto, dal diritto alla letteratura, alla filosofia: fu una forma di eclettismo filosofico e culturale che, inevitabilmente, coinvolse anche la scienza giuridica. Gli esiti di questo movimento non furono eccelsi (dall'eclettismo alla superficialità il passo può essere e in molti casi fu breve) ma testimoniavano una voglia di cambiamento e l'ansia di una generazione di inserirsi nei grandi dibattiti culturali tenevano banco nella capitali mondiali. *Ibidem*.

39 Nicolini chiarisce – su basi scientifiche – la differenza tra l'equità amministrativa e quella giudiziaria: «la prima regola ed agguaglia i pubblici interessi con misura geometrica, l'altra conserva e comparte i dritti privati con misura tutta aritmetica. Il principio però onde ambedue dipendono è uno solo, quello della legge». C. Nicolini, Discorso di Cloridoro Nicolini, presidente del Consiglio generale di Abruzzo Citeriore nel 1845, pronunciato nell'apertura delle sessioni, Chieti tip. F. Del Vecchio 1845, p. 5.

40 *Ibidem*

Noi siamo chiamati a comporre un corpo temporaneo–amministrativo per provvedere ai bisogni di questa provincia col soccorso della sola equità esecutrice amministrativa; la quale non può essere animata e diretta, se non dalle leggi che imperano. Imperocché dalla giusta ed equa previdenza delle leggi, e dalla fedele ed esatta esecuzione di esse tutta dipende la felicità dei popoli: e la legge tanto è previdente ed equa per quanto conviene alle buone abitudini, alla indole del popolo cui impera, alla terra, al clima nel quale vive⁴¹.

Oltre all'evidente influenza di Montesquieu, l'intero discorso risulta permeato dalle teorie utilitaristiche di Jeremy Bentham e di Adam Smith che erano tornate ad essere oggetto di attenzione nei dibattiti e nelle discussioni in materia di legislazione diffusi nel Regno⁴². Sulla scorta di tali idee, le proposte rivolte da Nicolini all'intendente della Provincia di Abruzzo Citeriore rispondono alla logica di raggiungere risultati utili e obiettivi concretamente realizzabili, e non proposte astratte, sulla scorta delle effettive disponibilità economiche della provincia⁴³: «Ai bisogni non si può provvedere, che nella proporzione dei mezzi che si hanno. Senza di questo determinato accorgimento noi andremmo pigliando farfalle col palestro»⁴⁴. La condivisione per i postulati degli “economisti classici” e in particolare dello Smith⁴⁵ portò Nicolini a disquisire in chiave capitalistica di commercio, agricoltura ed imprenditoria al fine di indirizzare l'attività del Consiglio al miglioramento delle produzioni della terra e dell'esecuzione di opere pubbliche che giovassero a tutti «o al meno faccia a tutti sperare qualche bene»⁴⁶.

41 Ivi, p. 4.

42 L'epicentro dei dibattiti e delle discussioni in materia di legislazione che si diffusero in quegli anni fu costituito dall'utilità e dal benessere sociale. Infatti la nuova generazione di intellettuali che tentò di individuare le possibili riforme da adottare per definire un sistema giuridico e giudiziario in grado di stare al passo con il progresso, riponeva fiducia nella scienza e nel suo metodo, nella convinzione della necessità di un costante interscambio tra le discipline e nella fede nella missione degli scienziati per guadagnare il progresso e la felicità del genere umano. Sull'argomento rinvio a Mastroberti, Tra scienza e arbitrio, *op. cit.*, p. 302 ss.

43 E' evidente nel pensiero di Nicolini la condivisione dell'entusiasmo per l'economia politica e le scienze statistiche – proprio di quegli anni – che si incaricava di fornire alla logica e alla ragione i fatti empirici: «il problema – scrive Mastroberti, Tra scienza e arbitrio, *op. cit.*, p. 304 – non era più quello di teorizzare astratte riforme, ma di conciliare i dati scientifici con la logica in modo da determinare un risultato utile in linea con l'idea di progresso».

44 Nicolini, Discorso, *op. cit.*, p. 7: «L'agricoltura, il commercio, le opere pubbliche sono in questa provincia oggetti tanto connessi da non poter essere disgiunti l'uno dall'altro, sino a quando non si metteranno in movimento gli altri fonti della sua ricchezza. [...] Ora però non siamo che in paese agricolo, ove da' prodotti della terra tutto dipende il nostro commercio e la nostra ricchezza. Noi dunque, o saggi e prudenti colleghi, mireremo ad un doppio scopo per diverse vie: procureremo i mezzi da rendere utile lo stato presente della provincia; prepareremo, per quanto ci è dato le basi allo ingrandimento del suo commercio e della sua industria».

45 Sulla scorta delle teorie degli “economisti classici” e del suo maggiore esponente Adam Smith che aveva professato l'apologia del capitalismo quale condizione per la ricchezza delle nazioni, la scienza economica iniziava rivendicare la sua priorità sulla legislazione, grazie soprattutto allo sviluppo demografico, industriale e capitalistico che ormai aveva coinvolto l'intera Europa. Sull'argomento cfr. S. Cremaschi, Il sistema della ricchezza. Economia politica e problema del metodo in Adam Smith, Milano 1984; A. Béraud – G. Faccarello, Nouvelle histoire de la pensée économique, Parigi 1992; A. Zanini, Adam Smith. Economia, morale, diritto, Milano 1997; P.D. Groenewegen – G. Vaggi, Il pensiero economico. Dal mercantilismo al monetarismo, Roma 2006; M.N. Rothbard, Contro Adam Smith [cur. P. Zanotto], Soveria Mannelli 2007; A. Roncaglia, La ricchezza delle idee. Storia del pensiero economico, Roma 2009; J.J. Friboulet, Histoire de la pensée économique: 18–20 siècles, Geneve 2009.

46 Nicolini dimostra di condividere ancora una volta il postulato dello Smith sulla necessità che alcune opere pubbliche (strade, ponti, canali, porti) siano erette e conservate dallo Stato. Recepisce anche la teoria sulla sottrazione del “sovrappiù” ai consumi di lusso, che utilizza per dimostrare l'inopportunità della realizzazione delle opere

Classici economisti hanno fortemente combattuto lo errore, che la terra dia le sue produzioni per forza tutta propria e che, quando è soccorsa dalla mano dell'uomo, basti ad arricchire i popoli. Quando alla coltivazione della terra ed al perfezionamento delle derrate manca il giudizioso impiego di forti capitali, la terra e la mano dell'uomo non posso alimentare che bruti⁴⁷.

Concludeva quindi che – per raggiungere la maggiore utilità per il pubblico con i mezzi a disposizione – sarebbe stato opportuno realizzare un educando per i giovani della provincia e costruire una strada da Chieti verso Pescara che avrebbe permesso un maggiore sviluppo per il commercio interno ed estero⁴⁸.

Cessata la carica presso il Consiglio generale della sua Provincia, Nicolini rientrò nei ranghi della magistratura con la carica di Procuratore Generale della Gran Corte Civile di Napoli. Nel 1851 pose mano alla redazione dell'opera dal titolo *Sviluppamento delle leggi civili nel rincontro delle leggi antiche e contemporanee e della patria giurisprudenza*⁴⁹. L'interesse per la comparazione tra sistemi antichi e moderni e tra il codice napoleonico e quelli nazionali era stato sempre coltivato da Nicolini fin dai suoi primi scritti, in linea con una parte non insignificante della scienza giuridica europea⁵⁰. Il testo rimase però incompiuto a causa dell'apoplezia

pubbliche c.d di lusso: «Le opere pubbliche sono utili per quanto favoriscano la salute pubblica, l'incivilimento, la educazione, il commercio convenienti alla provincia dove si vive. Gli economisti han disputato assai sulla utilità delle opere di lusso. Ma il campo di questa provincia è ben angusto. Non tutte le opere di lusso convengono a tutt'i luoghi: non tutte le province si possono elevare di salto allo stato della Capitale del Regno. [...] Quindi far eseguire un lavoro utile nel tempo in che la mercede può meglio soccorrere i poveri è un tratto di lodevole provvidenza: ma far intraprendere lavori di lusso, o che comunque sarebbero utili, non potrebbero esser poi per mancanza di mezzi perfezionati, sarebbe agire all'impazzata». Nicolini, *Discorso*, *op. cit.*, p. 7.

47 Ivi, p. 9: «Si è disputato ancora della intelligenza della voce, capitale, ma io parlo a proprietari i quali colla esperienza assai ben conoscono la estensione e lo effetto di questa voce. Ne tolga Iddio la restrizione alla somma che si mutua ad interesse, e la preferenza dello impiego del denaro a quest'uso, anzi che al miglioramento dell'agricoltura! L'esperienza ci ha dimostrato come i mutuantì divengono agricoltori senza volerlo, e della terra che non vorrebbero, dopo un lungo inquieto e dispendioso piatire. I prodotti della nostra terra sono superiori ai bisogni a' quali posson essi direttamente provvedere: e di quelli che avanzano quale uso faremo? Ecco la necessità del commercio di questa parte».

48 Ivi, p. 13: «La provincia e il regno non altrimenti se non per questa volta può avere il suo commercio terrestre colle nazioni estere che son rincontro a noi. [...] Io spero che questa traversa segua un disegno utile e disinteressato. La utilità, anzi la necessità della strada marruccina non abbisogna della mia dimostrazione. [...] Il porto a Pescara riunisce i tre Abruzzi in un punto, e serve più facilmente al commercio del regno tutto cogli stati esteri che sono da questa parte; e dà mezzo sicuro alla comunicazione del commercio dell'Adriatico col Mediterraneo».

49 Mascetta, *op. cit.*, p. 6: «L'autore cominciò a pubblicare in Napoli quest'opera nel 1851. E' rimasta nella più parte inedita, acagione delle infermità, che fin da quel tempo cominciarono ad assalirlo per menarlo al sepolcro».

50 A Napoli – dove le opere dei grandi maestri della scuola esegetica francese erano state tradotte col raffronto con il diritto romano, i codici e la giurisprudenza nazionale – essa ebbe una discreta fioritura poiché sposava bene lo spirito storico e nazionale con l'esigenza di un'interpretazione rigorosa dei dettati normativi. Tra le tante opere ricordo le principali tradotte in Italia: *Indice del codice civile di Napoleone*, Brescia (tip. Bettoni) 1806; *Codice civile di Napoleone il Grande col confronto delle leggi romane ad uso delle università e dei licei del Regno d'Italia*, Milano (tip. Sonzogno) 1810; *Confronto testuale del codice civile dato dall'imperatore e re Napoleone I colle leggi romane pubblicate dall'imperatore Giustiniano di Francesco Caffi*, s. I. 1812; P. Liberatore, *Osservazioni per servir di commento alle leggi civili del regno delle Due Sicilie ed ove in ciascun titolo si trova 1. il sunto dell'antica nostra legislazione così romana che patria 2. l'analisi della nuova cavata dai motivi rapporti e discorsi sul codice civile francese*, Napoli (dai torchi di Gennaro Palma) 1830; G.L.J. Carre, *Le leggi della procedura civile nella quale opera l'autore ha fuso la sua analisi ragionata il suo trattato novellamente volgarizzata ed accresciuta della nuova procedura del Regno delle Due Sicilie dagli avvocati F. Carrello e P. Liberatore; I paragrafi del codice civile generale della monarchia austriaca, messi in armonia fra di loro ed in riscontro col regolamento genera-*

che gli rese «inerti gli arti e torbide le membra»⁵¹. L'aggravarsi della malattia lo costrinse a ritirarsi dalla magistratura: con regio decreto 2 dicembre 1852 gli fu accordato «il ritiro con la pensione di Giustizia e cogli onori della carica di Consigliere della Corte Suprema»⁵². Scrive il Mascetta sui suoi ultimi giorni:

Ma sfacchito alla fine della persona; assalito da nuovo morbo non men formidabile che da prima, ricevuto tutti i conforti, che la Religione di Gesù Cristo concede a chi muore; dopo avere edificati con la sua rassegnazione gli amici ed i congiunti, che erano accorsi a raccogliere il fiato estremo dell'Uomo venerando, destavasi per sempre all'eterna chiarezza del giorno di Dio, innanzi l'alba del giorno 12 Gennaio 1859; lasciando alla Magistratura un esempio raro e splendidissimo di forza, alla Patria la memoria di benemerito cittadino, alla famiglia il caro nome di Padre⁵³.

2. L'equità alla guida del giudizio. – «La controversia o la lite anima il giudizio, la istruzione la sviluppa: la decisione la tronca: la decisione dunque vien quando la istruzione ha toccato il suo termine. Nella istruzione sono i litiganti che agiscono, è il giudice va in mezzo a loro per proteggere i passi e guidarli per le vie della legge: nella decisione, il giudice si ritira da loro ed indipendentemente ne libra le ragioni»⁵⁴. Con queste parole Nicolini dava stura al saggio Dell'ordinamento dei giudizi e della equità che può certamente definirsi la sua opera più significativa, in quanto espressione dello stato d'animo di una generazione di giuristi che si sforzava di dare una risposta al dibattuto problema di definire i criteri interpretativi da adottare nelle ipotesi di lacuna codicis. Scrive a chiare lettere Nicolini: «La legge non può dare, che regole generali, né in queste distintamente prevedere tutt'i casi che comprende. E né i giudici la voce che le avviluppa, e l'autorità di applicarle a' casi particolari. Così la giurisprudenza, ossia il fatto uniforme dà giudici supplisce al difetto delle leggi. E per ciò i giudici non si possono astenere di giudicare nel silenzio, difetto, od oscurità delle leggi»⁵⁵. Il problema nasceva dal fatto che il Codice per lo Regno⁵⁶ – come in tutti i codici di derivazione francese⁵⁷ – mancasse di una norma

le del processo civile ossia manuale ragionato onde conoscere prontamente tutte, Milano (tip. Marsilio Carrara) 1830. Sull'argomento cfr. G. Alpa, La biblioteca dell'avvocato rivista nell'Ottocento, in *Materiali* (2001), p. 233–257; M.T. Napoli, La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX, I–III, Napoli 1986.

51 Mascetta, *op. cit.*, p. 13.

52 ASNa, Tesoreria Generale, Assienti, f. 1256, n. 138. Sig. Cloridoro Nicolini. La pensione che gli fu riconosciuta fu di ducati 533.33 annui.

53 Mascetta, *op. cit.*, p. 13.

54 Nicolini, Dell'ordinamento dei giudizi e dell'equità, *op. cit.*, p. 3.

55 Ivi, p. 66. Interessante è la nota di riferimento riportata da Nicolini: «Art. 4 ll.cc., art. 200 l. del 29 maggio 1817. Art. 231 l. del 7 giugno 1819. Questi articoli hanno rischiarato le ambagi che venivano dallo scontro delle leggi 12 ff de leg. e 12 cod. de leg.».

56 Sul Codice per lo Regno delle Due Sicilie cfr. R. Feola, Dall'Illuminismo alla Restaurazione. Donato Tommasi e la legislazione delle Sicilie, Napoli 1977; Mastrobetti, Codificazione e giustizia penale, *op. cit.*; Padoa Schioppa, *op. cit.*, p. 495–532; F. Masciari, La codificazione civile napoletana. Elaborazione e revisione delle leggi civili borboniche. 1815–1860, Napoli 2006.

57 Non si trova infatti una disposizione, simile a quella del § 7 del codice civile austriaco, che stabilisce i criteri secondo cui gli operatori del diritto, ed in primo luogo i magistrati, debbano applicare la legge e risolvere, nel caso,

che individuasse i criteri di interpretazione della legge: ciò aveva portato i giudici napoletani ad affrontare e risolvere le ipotesi di silenzio o di oscurità della legge senza regole precise. D'altronde, poiché l'art. 4 del code civil imponeva ai magistrati di giudicare in ogni caso, pena l'incriminazione per il reato di Denegata giustizia⁵⁸, il margine di intervento da parte della giurisprudenza ebbe un naturale ampliamento. In tal senso si espresse in maniera determinante l'opera della scuola esegetica che riconobbe ai giudici un vasto raggio di azione⁵⁹. In particolare il Boileux nel suo *Manuale di Diritto Civile* riconosceva al giudice, nelle ipotesi di lacuna normativa del codice civile, «la facoltà di supplirvi con la conoscenza del dritto e co' lumi del buon senso»⁶⁰. Nel caso in cui la legge fosse stata oscura, i giudici avrebbero potuto ricorrere all'interpretazione per autorità e, in via sussidiaria, alla interpretazione per dottrina: in mancanza di questi strumenti era legittimato il ricorso «alla ragione e all'equità»⁶¹. Anche il Delvincourt riconosceva che in caso di leggi oscure od insufficienti il giudice poteva supplirvi con «induzioni cavate nelle stesse leggi intorno ad altri oggetti» oppure con l'equità naturale⁶²:

Può sembrare singolare che il giudice sia tenuto di preferire la legge civile all'equità. Per altro ciò è assolutamente necessario [...] onde prevenir l'arbitrio, che tosto s'introdurrebbe nei giudizi. In effetti benché una sia l'equità, non è men vero che il decider la questione se tal cosa sia o no equa dipende dalla coscienza del giudice la quale può ben essere erronea o corrotta⁶³.

l'ipotesi in cui il codice sia muto. Per un confronto sui due modelli rinvio a P. Caroni, *Saggi sulla storia delle codificazioni*, Milano 1998.

58 Secondo M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, Milano 1966, p. 143 s., l'art. 4 del code civil aveva dato luogo ad una duplice interpretazione: quella dell'integrazione giurisprudenziale – secondo cui il giudice doveva giudicare sempre e senza precise regole interpretative – e quella anti-giurisprudenziale di ascendenza illuministica e rivoluzionaria, la quale imponeva al giudice il compimento di un'operazione meramente logica o meccanica di sussunzione del fatto nella legge, quest'ultima accolta dalla c.d. Scuola dell'Esegesi. Ivi, p. 145: «Con l'interpretazione dell'art. 4 data dalla scuola dell'esegesi viene introdotto il dogma della completezza dell'ordinamento, della possibilità di risolvere qualunque caso in base al diritto positivo, trovando la norma entro l'ordinamento stesso». Sull'argomento cfr. Grossi, *op. cit.*

59 Questi argomenti furono oggetto di trattazione da parte di tutti gli esponenti della scuola dell'esegesi – dal Delvincourt al Laurent, dallo Huc al Gény – i quali elaborarono raffinate teorie sull'interpretazione che escludevano un mero cognitivismo ed aprivano larghi varchi alla dottrina e all'equità. J.M. Boileux, *Manuale di diritto civile* [cur. ed. nap. A. Tosti], I, Napoli 1841, p. 7; C.E. Delvincourt, *Corso di diritto civile ... novellamente tradotto dall'ultima edizione francese ed accompagnato dalla nuova giurisprudenza civile del Regno delle Due Sicilie del sig. Pasquale Liberatore*, I, Napoli, dai torchi del Tremater 1828, p. 16. Sull'argomento cfr. P. Chiassoni, *Scuola dell'Esegesi. Progetto per un "Vademecum" giuridico*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», Anno XXXIII, n. 2, dic. 2003, p. 335–58; Mastroberti, *Tra scienza e arbitrio*, *op. cit.*, p. 346 ss., Id., *Le Gran Corti Civili*, *op. cit.*, p. 87 ss.

60 Boileux, *op. cit.*, p. 7.

61 *Ibidem*: «Se per effetto dell'oscurità della legge è uopo riportarsi all'interpretazione dottrinale, il giudice deve rintracciare l'idea del legislatore sia nell'esposizione de' motivi, sia nelle discussioni al Tribunato e al Corpo Legislativo: mancandogli il primo mezzo, si atterrà alla giurisprudenza; mancandogli entrambi, ricorrere alla ragione e all'equità».

62 Delvincourt, *op. cit.*, 16.

63 *Ibidem*. Specificava l'esegeta che «è giusta in diritto una cosa quando non è contraria alle disposizioni della legge positiva. E' poi equa se conforme alle leggi della morale e della coscienza». Ivi, p. 18.

Il favore manifestato in Francia al ricorso all'equità quale strumento integrativo–interpretativo strettamente legato all'attività giudiziale⁶⁴ fu recepito con successo nei Tribunali del Regno⁶⁵, che finirono per utilizzare tale strumento con grande frequenza, nonostante avrebbe dovuto tutt'al più applicarsi in via esclusivamente sussidiaria⁶⁶. Persino il Catalani – a differenza dell'Agresti che non vedeva di buon occhio il ricorso all'equità⁶⁷ – nella sua raccolta di decisioni indicava l'equità come lumen razionale che consentiva ai giudici sentenziare secondo giustizia in corrispondenza del diritto naturale, riconoscendola quale principale punto di riferimento della giurisprudenza napoletana nell'interpretazione dei casi dubbi⁶⁸.

L'utilizzo troppo esteso dell'equità da parte dei Tribunali del Regno aveva comportato l'abbandono dei ben definiti principi teorizzati dalla scuola dell'esegesi a tutela dell'applicazione di tale metro di giudizio, con la conseguente distorsione del criterio adottato in un disancoraggio delle sentenze da ogni riferimento normativo, sia antico che nuovo, con un maggiore risalto motivazionale al fatto più che al diritto. L'equità si era trasformata in un criterio indefinito, non rispondente a ben individuati passaggi logici e a determinati punti di riferimento legislativi. Si trattava semplicemente di equità soggettiva, ovvero – scrive Mastroberti – di «una sorta di buon

64 Il favore per l'equità ebbe meno successo nei paesi che avevano adottato il modello austriaco, proprio per l'elencazione tassativa degli elementi integrativi, di cui al § 7 (tra i quali, peraltro, non si riscontrava l'equità). In altri termini: il modello austriaco privilegiava la dottrina che, attraverso i «principi generali di diritto», teorizzò un nuovo uso del diritto romano creando il sistema pandettistico; il modello del code civil, invece, essendo privo di qualsiasi regola interpretativa ed integrativa, finì per esaltare la giurisprudenza e concessa l'equità nei giudizi. Su questi aspetti cfr. F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno* [ed. it. U. Santarelli], I, Milano 1980; P. Cappelletti, *Sistema iuris. Genesi del sistema e nascita della "scienza" delle Pandette*, I, Milano 1984; Caroni, *op. cit.*; A. Sciumé, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837–1942)*, Torino 2002.

65 Sulla recezione del modello napoleonico nel Regno vedi anche A. Padoa Schioppa, *Dal codice napoleonico al codice civile del 1942*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, I, Milano 1994, pp. 923–62; A. Cavanna, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, ed. ampliata in *Studi di Storia del Diritto*, III, Milano 2001, pp. 719–53; U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002.

66 Sul punto L. De Angelis, *Della molteplicità de' commenti alle leggi e del danno che ne deriva*, in «Giornale di Scienze Morali Legislative ed Economiche», 1842 (fasc. V e VI), p. 328 riconobbe una degenerazione di interpretazioni difformi determinato dal fatto che «i magistrati, i quali debbono giudicare su testi espressi di legge piegano la medesima ciascuno al proprio sentimento, o a dir meglio al sentimento di autori da essi letti, e quindi si vede ogni giorno nella stessa materia un tribunale giudicare in un modo ed uno in un altro opposto, ed il tribunale medesimo giudicare in un senso ed ora in senso diverso, con grave danno della società che rimane vagante in una giurisprudenza sempre incerta e fluttuante».

67 Michele Agresti aveva più volte puntato il dito contro la «diversità di principj» adottati dalla giurisprudenza nei casi di «silenzio o oscurità dell'atto legislativo». Nella sua analisi tre «metodi suppletori» erano emersi dalla giurisprudenza dell'ultimo ventennio: il ricorso al diritto romano, alle opere di commento degli esegeti francesi e all'equità. Per l'Agresti queste tre strade erano tutte sbagliate e conducevano all'incertezza del diritto. A suo parere i magistrati dovevano rintracciare nei codici i «principj regolatori de' giudizi» – a ben vedere «anche più ampie della serie innumerevole de' casi particolari» – e risolvere in base ad essi le i dubbi. M. Agresti, *Discorso del Cavaliere Agresti, Procurator Generale del Re presso la Gran Corte Civile di Napoli alla pubblica udienza per lo riapimento della gran Corte*, Napoli Stamperia Francese 1829, pp. 5–20.

68 V. Catalani, *Manuale di giurisprudenza civile e commerciale o sia repertorio di decisioni scelte della Gran Corte Civile degli Abruzzi*, I, Aquila 1818, p. X: «L'utilità di conoscere qual senso diano i tribunali inappellabili, presso di noi, ad alcune leggi o dubbie od oscure; qual metodo seguano essi nell'applicare la legge ai casi simili; quai ragionamenti si impieghino per fare discendere la decisione dai principj generali della materia; quai mezzi adottino per non discompagnare l'equità dalla giustizia, e qual contegno osservino nell'adattare leggi compilate oltremonte, ai costumi ed agli usi Napoletani».

senso o di opinione delle Corti in massima parte svincolata dalla legge»⁶⁹. Insomma il plastico criterio dell'equità che avrebbe consentito ai giudici di ragionare sul fatto attraverso il diritto, aveva ceduto il passo ad un arbitrario utilizzo dello strumento del "buon senso" attraverso il quale cercare la risoluzione del caso. Questo metodo di giudizio non poté che destare allarme nei giudici della Corte Suprema di Giustizia di Napoli che intesero colpire il ricorso all'equità indeterminata, «sovversiva di ogni principio di ragione e di legge»⁷⁰ che aveva generato pronunce prive di meditata riflessione giuridica: furono così cassate tutte quelle decisioni che avevano «offeso la legge» per «manifesta infrazione ai principi di diritto»⁷¹ o che risultarono prive di «veruna ragione»⁷².

In tale contesto Cloridoro Nicolini, all'epoca giudice della Gran Corte Civile di Trani che era stata più volte censurata dalla Corte Suprema di Giustizia con le accuse di «fallo motivazionale» e di leggerezza di giudizio per decisioni erranee «sfornite di conveniente motivazione»⁷³, sentì il dovere di dedicare un approfondito studio al problema dell'equità. L'opera è strutturata in più parti, rispettivamente intitolate Delle conclusioni, in cui sono commentate le norme procedurali che definiscono il momento in cui possa dirsi terminata l'istruttoria della causa e passata in grado di decisione⁷⁴; Dell'ordine delle udienze, in cui riprende e perfeziona la tratta-

69 F. Mastroberti, *La Gran Corte Civile di Napoli*, in *Aa.Vv., Tribunali e Giurisprudenza nel Mezzogiorno*, *op. cit.*, p. 141: «Essa si differenzia dall'equità indicata dagli autori francesi come criterio interpretativo suppletivo poiché, oltre ad apparire del tutto indeterminata nei suoi contenuti, non viene neppure nominata nelle sentenze. Possiamo definirla equità soggettiva in quanto legata alle personali convinzioni dei giudici, alla loro preparazione e alla loro sensibilità ma svincolata da criteri oggettivi: essa è rinvenibile in tutte le moltissime sentenze le cui motivazioni non richiamano precisi articoli di legge su questioni di diritto».

70 Corte Suprema di Giustizia, 24 novembre 1855, controv. Veris e della Ratta, rel. Caracciolo, PM Falconi. Si legge nella sentenza di annullamento la decisione della Gran Corte Civile di Trani del 16 giugno 1854: «E mentre la corte non dubita di non essere stato Veris soddisfatto, nulladimeno, sotto specie di equità, sovversiva di ogni principio di ragione e di legge, mette in sofferenza il suo diritto di credito, lo rinvia, a malgrado di lui, ad un giudizio di graduazione da essa stessa riguardato di probabile risultato, sconosce l'elemento vitale del diritto di credito di essere il patrimonio del debitore la comune garanzia dei suoi creditori, attraversandogli il diritto non meno prezioso di rivolgersi contro del terzo possessore dell'immobile specialmente ipotecato, il quale non potendo opporre alcuna delle cause estintive dell'ipoteca noverate dall'art. 2074 leg. civ., non aveva che l'alternativa di pagare il debito o rilasciare il fondo». *Giurisprudenza ossia raccolta delle decisioni emesse dalla Corte Suprema di Giustizia in Napoli pubblicate da Ferdinando Albinini*, vol. XII, da agosto 1854 a dicembre 1855, Napoli: stamperia del Fibreno 1859, pp. 355–356.

71 Corte Suprema di Giustizia, sentenza del 18 agosto 1850, controv. Pettrignani e Monastero de' Domenicani di Trani, rel. Niutta, PM Falcone. Annullamento della decisione della Gran Corte Civile di Trani del 20 giugno 1849. Si legge in sentenza: «Che bene a ragione quindi gli eredi di Nicola Pettrignani hanno denunziato alla censura di questa C.S. la decisione che siffattamente ha offeso la legge». *Giurisprudenza civile ossia raccolta con ordine cronologico delle decisioni della Corte Suprema di Giustizia di Napoli pubblicate da F. Albinini*, vol. IX dal luglio 1850 al 1851, Napoli stamperia del Fibreno 1854, pp. 55–57.

72 Corte Suprema di Giustizia, sentenza del 5 aprile 1851, controv. Viti e Griffi, rel. De Tommaso, PM Falcone. Annullamento della decisione della Gran Corte Civile di Trani del 7 gennaio 1846. Ivi, pp. 310–311.

73 Corte Suprema di Giustizia, 11 agosto 1842, controv. Accetto e Morla, rel. Francia, PM del Giudice. *Giurisprudenza civile ossia raccolta con ordine cronologico delle decisioni emesse dalla Corte Suprema di Giustizia di Napoli dal 1843 al 1844 pubblicate da Ernesto Lancellotti*, vol. IV parte VI, Napoli 1864, pp. 169–172; Corte Suprema di Giustizia, 11 luglio 1844, controv. Negri, Ventura, Albrizio, d'Addato ed altri, rel. De Muro, PM del Giudice. Ivi, pp. 297–298; Corte Suprema di Giustizia, 21 novembre 1844, controv. Martini, Arcello e altri, rel. Cacace, PM del Giudice. Ivi, pp. 440–451.

74 Una prima parte dell'opera è dedicata ad una dettagliata disamina dei termini dell'istruzione al fine di individuare quando la causa sia in «istato da poter essere decisa». Ogni giudizio – spiega Nicolini (Dell'ordinamento dei giu-

zione dell'argomento della pubblicità⁷⁵ e della solennità delle forme degli atti⁷⁶, già oggetto di un suo precedente saggio⁷⁷; Degli Informi, che l'autore definisce essere «in contraddizione colla legge, che comanda la pubblica discussione; e sovvertono il più bel fine, ed ogni buon effetto dell'una e dell'altra»⁷⁸; Del termine dato alla discussione de' giudici⁷⁹, in cui sono affrontati tre argomenti: il luogo della deliberazione, il tempo nel quale si deve deliberare e la connessione tra l'ufficio dei difensori e quello del giudice. L'ultima e più corposa parte del saggio è intitolata appunto Della equità:

È veramente strano, che sotto lo impero delle nuove leggi siavi ancora chi presuma di richiare in uso la equità del pretore e del sacro regio consiglio. E non la è meno la opinione di coloro, che per raffrenarla vorrebbero bandire lo studio delle leggi e degli usi antichi. La equità non può essere mai scompagnata dalla giustizia. E la giustizia civile non può essere conosciuta né sviluppata, finchè manca la scienza delle leggi. La quale non è dato sperare a chi non sappia la origine e la occasione di esse; e non conosca la mente e la ragione del legislatore⁸⁰.

A tale premessa segue l'enunciazione dell'obiettivo che Nicolini si è proposto di raggiungere: «a dileguare tanti errori è giocoforza dimostrar prima, che sia la equità considerata in se stessa; che per lo suo oggetto: che per li suoi effetti: e chi possa, e come possa usarne»⁸¹. Il punto di partenza è costituito dal significato della parola *aequitas* che corrisponde ad uguaglianza, mentre la «significazione traslata è discretezza»⁸². L'azione dell'equità è quindi diretta ad «aggiuagliare le disuguaglianze», prendendo «capo» dalle leggi di natura⁸³:

dizi e dell'equità, *op. cit.*, p. 6) – si apre «colla lettura delle conclusioni, indi si passa alle aringhe, e poi alla segreta discussione de' giudici».

75 Ivi, p. 59: «E poichè degli atti civili il più solenne ed il più pericoloso è il giudizio, la pubblicità ne dev'essere la più ampia, e la più ordinata. Quindi, anche quando si volesse far trionfare lo errore, che i giudizii sieno instituiti nel solo interesse delle parti contendenti, questo errore non influirebbe contro la pubblicità di essi».

76 Ivi, p. 65: «E tanto è generale lo interesse delle forme de' giudizii, tanto son esse inviolabili, che la corte suprema è instituita per conservarne la integrità, e per richiamare i giudici all'osservanza di esse; e mentre i suoi arresti non nuocciono, né giovano, che a' litiganti, essa non agisce che nello interesse della legge; ossia nello interesse generale della società. Ma la corte suprema più col fatto, chè nello esatissimo eseguimento ed uso delle forme, esercita il suo sublime ufizio; chè lo esempio vale più delle parole».

77 Nicolini, Della importanza ne' giudizi della esatta osservanza delle forme, cit.

78 Id., Dell'ordinamento dei giudizi e dell'equità, *op. cit.*, p. 77: «Essi offendono, o danno rischio alla dignità del magistrato; ne lo privano del miglior tempo utile a' suoi studi; aprono la via a tutti gl'intrigamenti del basso foro. Eppure va tant'oltre la impudenza, che si giunge sino a maledire il giudice, quando non ascolta da solo a solo ciascun avvocato, o che ne comunica il ragionamento o le memorie al contraddittore».

79 Ivi, p. 88: «E' principio regolatore di tutt'i giudizi dio qualunque grado essi sieno, che la deliberazione de' giudici deve seguire immediatamente le conclusioni delle parti. Ne svilupperemo la ragione, che sarà rilevata più forte nelle sue eccezioni. Indi vedremo se questo principio convenga pure a' compromessi».

80 Ivi, p. 169.

81 Ivi, p. 171.

82 Ivi, p. 172: «Questa però non fa, che rilevare il modo, onde la equità sia messa in azione, per dare lo equilibrio alle umane cose. Così l'equità, per dar ordine alle società civili con prudente consiglio le umane disuguaglianze agguaglia».

83 Ivi, p. 173: «Quest'azione agguagliatrice pertanto, comechè prenda capo dalle leggi di natura, non può corrispondere perfettamente ad esse; né gl'individui che sono in una società qualunque riuniti possono mai sperare di essere rispettivamente considerati eguali, tolta questa voce nella sua significazione generica ed assoluta; onde

La equità dunque considerata in atto, è quella che serve all'azione della giustizia, sia che statuisca, sia che conservi i rapporti mutui dè cittadini. La quale, sebbene non cangi mai di fine, può cangiar di forza di estensione, e di effetto, a riguardo della mente e della mano che la muove; o del campo nel quale è mossa. Quindi contrapporre la equità naturale allo impero d'una legislazione completamente rinnovata, è, per lo meno un errore perniciosissimo⁸⁴.

L'argomento viene subito focalizzato sull'attività dei magistrati, ai quali «non è commessa, che la tutela (delle leggi), costoro non possono se non custodirne la inviolabilità; eseguirle e farle eseguire esattamente. Così giurava ciascuno nello ingresso allo esercizio della sua carica: così deve e non altrimenti agire»⁸⁵. Su tale assunto Nicolini denunciava l'arbitrio dei giudici che si appellavano alla «libera equità» di romana memoria⁸⁶ per giudicare secondo l'impulso di quella giustizia che sentivano nel proprio cuore, senza riguardo dei regolamenti e delle leggi «civili e di procedura»: il travolgimento delle leggi avrebbe provocato il favore per una parte a danno dell'altra⁸⁷. Una sentenza invece per essere equa doveva essere giusta ossia in accordo con i modi, le forme e nel tempo stabiliti dalla legge⁸⁸. Ed ecco perché la

la necessità di una conveniente discretezza. Impoerocchè la natura è la prima, che costituisce fra di loro disuguaglianze tali, onde niuno può presumere di vivere isolatamente senza del soccorso altrui. Di qui il principio della unità del corpo sociale, di qui la necessità del reggimento di una Podestà indipendentemente superiore. Quindi parlare di uguaglianza assoluta, è follia, tanto nello stato ipotetico di natura, che nello stato reale della società. La uguaglianza naturale consisterebbe nella conservazione delle facoltà concesse a ciascuno sotto lo impero della ragione. Questa però impone a ciascuno il mutuo soccorso. La uguaglianza civile è nella conservazione di quei dritti compartiti dalle leggi civili da quella Autorità suprema che combatte i soprusi e gli arbitrii; ed affrena le violenze».

84 Ivi, p. 176. Nicolini spiega che l'azione dell'equità è diversa in «forza ed estensione» a seconda che venga messa in movimento dal legislatore o dai giudici. Infatti – spiega Nicolini in un passo di evidente influenza montesquieviana – la legge per essere equa deve essere animata dagli «altissimi principi della sacrosanta religione rivelata da Dio, la quale ci svela chiaramente quelli dell'ordine di natura, e dà la base più salda e sicura allo inalzamento della società; e la unisce in un nodo forte e indissolubile. Indi nello sviluppo delle regole di natura, conviene aver riguardo alla indole, al costume, al commercio del popolo; ed alla terra ed al clima ove convive, senza però di deviare da quei principi primi. Considerando le leggi precedenti a questi riguardi, rebus ipsis dictantibus, ne viene la necessità, e la utilità del cangiamento. Quindi non tutte le leggi di un regno possono convenire al reggimento di un altro: e quello del regno stesso possono andar soggette a modificazioni, secondo che la civiltà progredisce o degrada; o il tempo e nuovi avvenimenti scoprano nuovi bisogni. Tutte queste considerazioni sono nel campo del Legislatore, non in quello dei giudici; ed il Legislatore può dal fatto di loro cogliere la occasione, ed anche l'occasione per ricomporre, o comporre i suoi istituti».

85 Ivi, p. 179. Nicolini richiama in nota il «R. decr. del 17 di luglio 1815, art. 1001 e seg. del reg. di discipl.».

86 Ivi, p. 197: «Essi gridano e gracchiano: summum jus, summa injuria! Non est de apicibus juris disputandum! Ubi aequitas evidens poscit subveniendum est! ... Questi e più altri dettati van carpando dalla scuola romana poer elevarli a principii immutabili di ogni giurisprudenza; ed a baluardi inespugnabili dello arbitrio dei giudici». Nicolini chiarisce che l'equità di cui sta trattando doveva considerarsi diversa da quella del Pretore romano (che definisce un «Legista di fatto» in quanto la sua equità era «più creatrice che esecutrice») o del Sacro Regio Consiglio (che imitava l'arbitrio dei Pretori sotto al «coperchio dell'equità») che fu diffusa in tutti i tribunali del regno. Infatti le leggi erano state ricomposte e riordinate, e «questo fatto sovrano richiama i giudici fra i confini della loro istituzione, e rende questi inviolabili. Tanto ciò è vero, che il nostro Legislatore ha cangiato non solo il nome dei collegi che sono succeduti al sacro-consiglio; ma anche i titoli di coloro che li compongono; ed ha pure aboliti quegli usi di giudicare».

87 Ivi, p. 181: «Or questo è un sopruso, una ingiuria, una iniquità, che scompogone, discorda e rovescia l'armonia, e l'ordine sociale».

88 *Ibidem*: «Pianga dunque il cuore del giudice, pianga la sorte di chi gli sembra infelice, lo soccorra col suo denaro, e così acquisterà merito e gloria; ma non disponga per ciò di quello che non è suo; che in cambio ne avrà opprobrio, e rimorsi assai gravi e pungenti».

equità dei giudici doveva definirsi esecutrice rispetto all'equità creatrice del legislatore: diversa era infatti l'azione dell'architetto che disegna e regola la costruzione di un edificio dall'opera di «coloro che, degradato, lo riparano, per conservarlo o restituirlo allo stato primiero»⁸⁹.

In fatti tutte le leggi romane che parlano di equità, o la indicano come la origine di qualche disposizione del Principe e del Pretore, quando deviano dal rigore del dritto; o come norma dè giudizii detti arbitrarii; o la danno come regola d'interpretazione. Della prima non possono i giudici far uso, perché non sono Legislatori, né hanno l'autorità dè Pretori: e meno dell'altra, perché delle azioni arbitrarie è abolito anche il nome, e gli arbitri stessi debbon ora seguire le medesime norme, che son prescritte ai giudici ordinarii, con quelle modificazioni che possono esser determinate dalle sole parti. Non resta dunque al giudice, che la interpretazione⁹⁰.

Cosa significava interpretazione? E quale era, quindi, il raggio di azione del magistrato a cui competeva esclusivamente di eseguire la legge? Nicolini afferma che «interpretare vale lo stesso che sviluppare ed esporre coin chiarezza ciò che pare oscuro; e render certo quel che dubbio ci mostra»⁹¹. Nei giudizi, pertanto, l'oggetto della interpretazione doveva essere ciò che veniva in contestazione: «il fatto, la legge; e l'oggetto di essa, quello di dare un utile effetto alla legge, ed agli atti privati»⁹². Solo quando le parole della legge non corrispondessero al suo contesto, o non si «piegassero» allo scioglimento della controversia, allora sarebbe stato necessario ricorrere alla interpretazione attraverso l'investigazione dei principi generali del diritto o delle ragioni proprie sottoposte alle singole norme⁹³. E per ben applicare la norma occorreva un'esatta conoscenza del fatto oggetto della lite, per evitare che «chiappandosene a caso una questione si va inconsideratamente alla discussione di qualche principio generale del dritto, volando quanto più altamente si possa, da non poterne più vedere il rapporto colla causa»⁹⁴. In questo modo il giudice avreb-

89 Ivi, p. 182.

90 Ivi, p. 198.

91 *Ibidem*

92 *Ibidem*: «Il dritto giustiniano permetteva ai giudici il soccorso della equità, quando il caso che ne voleva essere diffinito, non era abbastanza chiaro, o non lo era il suo rapporto colla legge; e quando le leggi che lo prevedevano erano in qualche contraddizione fra di esse. Che se il fatto non avesse presentato alcun equivoco, quanto a sé, né quanto al suo riguardo colle leggi; o queste non lo avessero affatto previsto; o il dubbio di dritto fosse stato sciolto da costante ed inveterata giurisprudenza, la sola Potestà suprema poteva supplirne il difetto, e temerarne il rigore colla giustizia e colla equità tutta sua. [...] Quindi tutte le leggi, che parlano di equità debbono essere coordinate a queste disposizioni generali ed assolute».

93 Ivi, p. 203: «Che se il dritto venisse da un atto delle parti, pria di discutere la legge dalla quale si vorrebbe la garanzia, convien vedere, se il fatto sia tale da meritarsela. E' un principio di giustizia e di equità, che i patti debbono essere osservati. Questo principio però non conviene ai patti inonesti, a' patti sovvertitori dell'ordine pubblico. In questi casi non est disputandum de apicibus juris, ossia di quel solo principio generale onde deriva il dritto, disgiunto dall'altro che ne determina il confine: perché ne mancherebbe l'oggetto ed il soggetto».

94 Ivi, p. 205. Se ciò fosse accaduto sarebbe stato un «volo assai vano e pericoloso! Così non s'imbercia il segno; così non si scioglie il nodo, né si diffinisce la lite; ma o si piglian farfalle col palestro o ridotta la pubblica udienza ad un oscuro campo di castelli in aria si corre a combattere all'impazzata, tirando a vanvera nel buio. [...] Il fatto anima le disputazioni, il fatto può variar tanto, quanto variabili ne sono le circostanze: il fatto quindi vuol essere

be potuto cogliere il «vero senso della legge nello applicarlo alla spicciolata a casi individui», e «supplire ad essa ove non provvede»⁹⁵. L'operazione non sarebbe stata semplice, ma avrebbe richiesto una complessa articolazione: occorreva esaminare la legge nelle sue parti unite e disgiunte, poi considerarla nel suo complesso e cercare gradatamente i principi che ne derivavano⁹⁶.

Dunque allora il giudice può ricorrere alla equità naturale, quando lo articolo che vuol essere interpretato viene direttamente dal dritto di natura, ed è di accordo colla utilità civile; o quando il caso che vuol essere difinito, non sia affatto previsto, né compreso nè principi regolatori della specie, o del genere cui appartiene, né sia risoluto da una costante giurisprudenza. Studio tanto difficile e severo, per quanto è certamente utile. Il campo d'esso è immenso: né ci è ammesso chi non abbia molta conoscenza degli uomini e delle cose; e chi non sappia trarre profitto dagli errori altrui⁹⁷.

Rendere pratiche queste indicazioni – che sottoponevano il ricorso all'equità a strette condizioni – avrebbe richiesto grande capacità del magistrato di utilizzare gli strumenti del diritto. E soprattutto occorreva avere una buona formazione sui testi dell'antico diritto, la cui mancata conoscenza avrebbe comportato la diffusione di errori «più ignoti e perniziosi; ma di un conio tutto proprio. Così gli errori non si emendano; ed invece di dar motivi agli emendamenti, si convertono in regolatori delle umane opinioni»⁹⁸.

Tolga Iddio ogni fatale occasione che indebolisca o perda le scuole dell'antico diritto! Di quella scienza positiva che ha data la base ed il principio alla legislazione di pressoché tutte le nazioni incivilite! Allora sì che torneremmo precipitosamente nella notte della barbarie: ed i nostri posteri, per riveder la luce della civile sapienza, e tornare là donde noi partiremmo, avrian bisogno del soccorso di più secoli, e della esperienza e del sublime ingegno di uomini più forti di coloro, i quali diedero mano al risorgimento delle lettere e delle scienze⁹⁹.

Il diritto romano doveva quindi costituire una imprescindibile base per la formazione del magistrato, che avrebbe dovuto addentrarsi nella scienza legale fino alle sue più riposte ragioni. Scrive Mascetta nel suo Elogio a Nicolini: «Egli andava ripetendo che la superficialità è la peste del foro; e che in certa guisa essa è più bia-

dal giudice direttamente letto e studiato. [...] Discusso con dignità, e stabilito il fatto qual è, e visto da quale parte, da quale circostanza sorga la quistione, si passa a considerarlo nel rapporto del dritto».

95 Ivi, p. 243.

96 Ivi, p. 244: «Altrimenti facendosi, si torbiderebbe, si rovescerebbe, si censurerebbe, anzi che interpretare la legge».

97 Ivi, p. 245: «Gli errori in fatti danno la occasione alla pubblicazione, alla modificazione od alla abolizione delle leggi. Quindi dalla conoscenza degli errori si possono rilevare i motivi, e da questi la forza e la estensione delle leggi innovatrici o in tutto nuove».

98 Ivi, p. 246.

99 *Ibidem*

simevole che la stessa ignoranza»¹⁰⁰. Le leggi antiche non avrebbero dovuto però – almeno in linea di principio – essere utilizzate in sede di giudizio: una sentenza sarebbe stata giusta solo se conforme alla legge. Il giudice quindi avrebbe dovuto confidare «il suo cuore» al «freno» della legge¹⁰¹, ed utilizzare l'equità civile per produrre un giudizio «fermo» contro gli assalti e gli urti delle «cavillazioni, delle malignazioni, e della folle ira»¹⁰².

3. Dalla teoria alla pratica: l'equità nelle sentenze della Gran Corte Civile di Trani. – È opportuno a questo punto domandarsi quale incidenza ebbe sullo *stylus iudicandi* delle sentenze l'approdo di Nicolini nel 1837 al collegio della Gran Corte Civile di Trani¹⁰³, che – come si è detto – aveva subito non poche censure dalla Corte Suprema di Giustizia con l'accusa di leggerezza di giudizio¹⁰⁴. Tale indagine assume particolare rilievo ove si consideri che Trani costituì per Nicolini un'importante ritorno alla funzione giudicante – durata poco più di un lustro¹⁰⁵ – nel suo cursus professionale quasi esclusivo di procuratore del Re¹⁰⁶: il prodigarsi nel mettere in pratica gli studi sull'equità nella redazione delle sentenze presso la Corte pugliese costituì probabilmente il viatico per la pubblicazione del suo saggio, che racchiuse tra l'altro anche massime di esperienza maturata in campo giudiziario.

100 Mascetta, *op. cit.*, p. 8: «E' per vero l'ignoranza, conscia di se stessa, non esce in campo a pretendere ed a gridare contro il merito vero. Ma la superficialità è sempre tronfia arrogante, superba».

101 Nicolini, *Dell'ordinamento dei giudizi e della equità*, *op. cit.*, p. 250: «Così la giustizia gli coprirà il petto di una impenetrabile corazza, che ritorca e respinga quelle armi insidiose ed aguzze ch'ogni loricca smagliano. Indi vivamente incorato da puro e divino zelo, volga la sua mente al diligente studio della contestazione, tanto per la precisa conoscenza del fatto, che per lo rinvenimento del rapporto d'esso colla ragione civile. Allora solo potrà produrre quel giudizio fermo, che potrà imporgli sul capo un elmo glorioso, onde proviene tutta la forza morale, che è più potente d'ogni altra. Allora quella equità civile, che animava la giustizia, gli armerà il braccio di uno scudo inespugnabile contro gli assalti e gli urti delle cavillazioni, delle malignazioni, e della folle ira».

102 Ivi, p. 251: «Che se la equità adottata dal giudice fosse tutt'altra. Che la equità animatrice delle leggi, il capo ne resterebbe scoperto e vacillante, il petto schifamente inferno ed ignudo, ed il braccio dolorosamente aggravato di uno scudo composto di materie pesanti sì; ma tanto fragili e fetide, quanto quelle della equità fusa nel conio dello arbitrio».

103 Nel 1837 la Corte di Trani si trovava priva di presidenza. Dopo un periodo di vacatio (1836–1838) successivo alla presidenza Ferrari – durante il quale le funzioni di presidente furono affidate al decano Vinesclao Spinelli – la nomina ricadde nel 1839 sul siciliano Paolino Nicastro. Gli altri membri del collegio con cui Nicolini si trovò ad operare erano Antonio de Filippo, Carlo del Pozzo, Gennaro Minervini, Filippo Morelli e Pasquale Perrone. L'incarico di procuratore generale del Re era affidato a Paquale Jannaccone.

104 Se nei primi anni di attività la Corte di Trani aveva ancorato la risoluzione dei casi dubbi o di difficile individuazione della norma da applicare al diritto romano, dopo l'emanazione del Regolamento per la disciplina delle autorità giudiziarie per i reali domini al di qua' del faro del 1828 il richiamo alla compilazione giustiniana andò scemando. Si diffuse invece la prassi di richiamare i precedenti giurisprudenziali – in assenza di massimari delle sentenze dei Tribunali del Regno – ricercati nelle traduzioni delle opere giuridiche francesi che sul finire degli anni venti ebbero notevole diffusione nel Regno e nelle quali i curatori italiani ponevano a confronto la giurisprudenza del Regno. Tra queste ricordo le traduzioni di Pasquale Liberatore delle opere di Delvincourt, Duranton, Sirey e Grenier, il repertorio di giurisprudenza di Merlin dato alle stampe da Filippo Carrillo, il giornale delle udienze della Corte di Cassazione e delle Corti Reali del Dalloz pubblicato dall'avv. Gennaro Paduano. Tale tendenza volta ad aggrapparsi alla giurisprudenza francese piuttosto che al diritto romano – in palese violazione del Regolamento del 1828 – era già stata manifestata dalla Gran Corte Civile di Napoli, i cui influssi furono importati in Trani da avvocati e magistrati (tra cui Carlo Del Pozzo) che in quella sede avevano avuto precedente esperienza. Sul punto rinvio a Vinci, La Gran Corte Civile residente in Trani, *op. cit.*, p. 224 ss.

105 Nel 1845 infatti Nicolini era già Presidente del Consiglio Generale di Abruzzo citeriore.

106 Come si è detto innanzi, dopo la reimmissione nei ranghi della magistratura del 1831, Nicolini era stato procuratore del Re presso il Tribunale del Molise. Dopo Trani aveva invece ricoperto l'incarico di presidente del Consiglio Generale della Provincia di Abruzzo citeriore e poi di nuovo Procuratore presso al Gran Corte Civile di Napoli.

Con il contributo di un magistrato di questo calibro, la Corte di Trani – che fino ad allora aveva ancorato le sue decisioni per lo più al diritto romano o alla giurisprudenza francese¹⁰⁷ – pose subito mano ad un nuovo metodo per risolvere le questioni dubbie sottoposte al suo giudizio, che richiamava i severi criteri di equità professati nel saggio di Nicolini, come risulta evidente dalle motivazioni delle pronunce prese in esame¹⁰⁸. Infatti nelle ipotesi di difficile applicazione della legge, si è potuto riscontrare da parte del collegio un particolare sforzo teso a ricercare la ratio celata dietro ogni norma da applicare e i principi generali del diritto ricavabili nello stesso codice: l'operazione veniva effettuata attraverso una dettagliata scomposizione e ricomposizione del caso in esame che permetteva un'approfondita conoscenza della questione giuridica da affrontare.

Bastino alcuni esempi. Nella sentenza n. 182 del 2 maggio 1838 la Corte di Trani fu chiamata a pronunciarsi sulla validità di alcuni atti inter vivos e di un testamento posti in essere da un soggetto ritenuto demente¹⁰⁹. La difficile applicazione delle norme codicistiche sull'accertamento dello stato di demenza del «trapassato»¹¹⁰, richiedeva un'attenta valutazione che la legge aveva affidato «al depositario della bilancia di Astrea; al magistrato sagace ed imparziale»¹¹¹. Occorreva insomma adoperare lo strumento dell'equità esecutrice al fine di scandagliare il «vero senso della legge»¹¹² e comprenderne la ratio. Prima di tutto era necessario circoscrivere il perimetro di indagine: nel caso di interdizione del defunto il collegio ritenne fosse permesso soltanto allegare e dimostrare la demenza, e non già lo stato di imbecillità o di furioso riservato esclusivamente all'amministrazione ed agli altri atti in vita¹¹³. A tale scopo una corretta interpretazione degli artt. 817 e 412 ll.cc. consentiva di af-

107 Sul punto rinvio a Vinci, *Il codice latino romano*, *op. cit.*; Id., *La Gran Corte Civile residente in Trani*, *cit.*

108 La ricerca sulla giurisprudenza di Trani è stata svolta nell'ambito del PRIN 2007 – responsabile nazionale Mario Ascheri – cofinanziato dal Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica sul tema *La giurisprudenza delle Gran Corti Civili del Regno delle Due Sicilie*.

109 ASBa – sez. Trani, *Gran corte civile*, vol. 69, Il foglio di udienza dell'anno 1838 (apr.–lug.), fol. 140r. Sentenza n. 182 del 2 maggio 1838 iscritta al n. 9331 R.G. Le parti erano: Giuseppe, Antonio, Oronzo, Antonio, Vincenzo, Pasquale e Salvatore Spagnolo appellanti ed appellati; coniugi Rosa Calabrese e Luigi Provenzano, appellati; coniugi Maria Lucia Pagliara e Evangelista Zecca, appellati.

110 Vista l'importanza di un «passo così forte» il legislatore aveva previsto delle «forti guarentigie»: gli artt. 413 e 414 limitavano la proposizione della domanda di interdizione al coniuge, ai parenti o, in difetto, al regio procuratore; l'art. 417 vietava lo «sperimento» senza l'approvazione del consiglio di famiglia; l'art. 419 imponeva al Tribunale il necessario interrogatorio dell'interdicendo. Ivi, fol. 143v.

111 Ivi, fol. 144v: «In tal caso versasi, poichè, introdottosi il giudizio d'interdizione contro Vito Spagnolo dalla sua nuova vedova Calabrese nel 24 settembre 1834 ed ordinatosi il Consiglio di Famiglia con sentenza, lo stesso non fu mai da lei eseguito (lacchè è manchevole) per quindici mesi fino alla morte di Vito al 2 dicembre 1835, e non pria del 1836. Ella di unità ai sig. Pagliara spinse l'azione di nullità di quelli tre suaccennati di lui atti, col corredo della sola prova testimoniale».

112 Nicolini, *Dell'ordinamento dei giudizi*, *op. cit.*, p. 243.

113 Sentenza n. 182 del 2 maggio 1838, *op. cit.*, fol. 145r. Sul punto la Corte si imbatte in una dotta analisi dei vari stati di aberrazione dell'uomo: quello del maniaco o furioso, soggetto ad una temporanea violenta esaltazione di spirito, lasciando pure dei lunghi intervalli di «sana luce» e quello del mentecatto, basato sulla privazione di ogni facoltà intellettuale «senza risorta», chiamati appunto «perpetuo morbo laborantes». Tali «elementari assiomi» permettevano di escludere l'imbecillità, cosa diversa dalla demenza, «in riguardo alla facoltà di testare». Pertanto la differenza tra imbecillità e demenza rilevava solo per «distinzioni fisiologiche, non già per le conseguenze di Legge, onde stabilirvi una interdizione».

fermare il principio secondo cui per disporre bisognava essere sani di mente e che la facoltà di interdire l'amministrazione dei beni spettasse all'imbecille, al demente o al furioso anche se tale stato offrisse lucidi intervalli¹¹⁴. Infine l'art. 427 II.cc. prevedeva che per invalidare gli atti compiuti in vita sarebbe stata necessaria la dimostrazione della demenza. Bisognava quindi appurare quale fosse lo stato psichico di Vito Spagnolo all'epoca in cui furono redatti i tre atti impugnati¹¹⁵. Ritenne la Corte che «fra gli opposti risultamenti» delle prove e controprove raccolte¹¹⁶, quasi tutti i testimoni, «i maggiori di ogni eccezione e ragguardevoli», dichiararono che Vito Spagnolo attraverso il suo carattere gioviale e scherzevole, conservò fino alla morte «il suo retto pensare, la sua sana mente ed una chiara memoria delle più remote cose di sua vita anteatta»¹¹⁷.

Una delle materie in cui lo strumento dell'equità poté trovare largo spazio fu quella della separazione tra coniugi e del divorzio, su cui la codificazione aveva inciso in modo radicale. In particolare la promulgazione del 22 ottobre 1808 nel Regno del codice civile francese subì inizialmente la sospensione del titolo sul divorzio, che trovò ingresso con un nuovo decreto del 22 dicembre dello stesso anno fino alla sua abrogazione disposta da Ferdinando IV di Borbone il 13 giugno 1815¹¹⁸. La soppressione degli articoli sul divorzio lasciò infatti aperta una sconfinata materia di contese, soprattutto inerenti ai molteplici aspetti dei rapporti precedenti o nascenti dal vincolo matrimoniale. Richiamo a tal proposito la sentenza n. 25 del 19 gennaio 1838¹¹⁹ avente ad oggetto la validità della richiesta di separazione personale motivata con l'infrazione ad un coniuge della pena infamante derivante da un giudicato emesso «sotto l'abolito codice»¹²⁰. Rilevava la Corte che secondo le leggi previgenti la condanna a pena infamante¹²¹ era causa impugnabile di divorzio, non più previ-

114 *Ibidem*: «Già trassi a convenire che nelle due espressioni comprendersi debba un solo stato fra principio e compimento, al quale ultimo stadio è attaccato il divieto a disporre. Non è d'altronde concepibile, senza una oscitanza di redazione, come si attribuiscono i lucidi intervalli alla imbecillità e demenza! Sarebbe lo stesso che credere suscettivo di colori il nero, che ne è la privazione!»

115 Si trattava del testamento per atto pubblico del 17 settembre 1834; della donazione del 24 detto mese; e dell'istrumento di dichiarazione e quietanza del 27 settembre 1835. Ivi, fol. 140r.

116 Ivi, fol. 147v: «La fattispecie offre la prova degli attori Pagliara e Calabrese con ottantaquattro testimoni e quella dei convenuti cinque fratelli Spagnolo con cinquantuno testimoni ed anche per tabulas».

117 Ivi, fol. 151v: «Meritano alcortò tutta la fede parecchi graduati Ecclesiastici, più galantuomini di distinta fama, e precisamente il degnissimo suo confessore che lo assiste fino agli ultimi periodi di sua vita. Lungi perciò qualunque sognata o architettata idea di demenza nel defunto Spagnolo, i suoi tre solenni pubblici atti, annullati da' primi Giudici, non sono addentabili nella loro validità per questo capo».

118 Sull'argomento cfr. P. Ungari, *Il diritto di famiglia in Italia*, Bologna 1970, p. 38.

119 ASBa – sez. Trani, Gran corte civile, vol. 68, Il foglio di udienza dell'anno 1838 (gen. – mar.), fol. 84r–89 r. Sentenza n. 25 del 19 gennaio 1838 iscritta al n. 9474 R.G. tra Luigi Massa curatore dell'interdetto Giovanni Battista Massa, appellante e Maria de Tommasi, appellata.

120 Il riferimento è al codice penale francese tradotto e promulgato nel Regno il 23 aprile del 1812.

121 Si legge in sentenza, *op. cit.*, fol. 84v: «Era fra le pene di tal carattere quella de' lavori forzati a vita come è scritto nell'articolo settimo dello già Codice Penale». L'art. 7 del Codice penale francese prevedeva infatti che le pene afflittive ed infamanti erano la morte, i lavori forzati perpetui, la deportazione, i lavori forzati a tempo, la reclusione: a queste poteva aggiungersi la pena del marchio e della confiscazione penale, quando ciò era stabilito dalla legge. Codice penale tradotto d'ordine di Sua Maestà il Re delle Due Sicilie, per uso de' suoi stati. Seconda edizione riveduta e corretta ed annotata d'una tavola analitica e d'un indice, Napoli, Fonderia reale e Stamperia della Segreteria di Stato, 1813.

sto dalle vigenti leggi che «a venerazione di precetti di nostra Santa Religione» prevedevano soltanto la separazione personale¹²². Ed ancora «nelle novelle Leggi del 1 settembre 1819 il Filantropo Legislatore dichiarò che niuna pena era più infamante, ma che la infamia nascente dalla natura del reato colpiva il solo delinquente, senza trasfonderne la macchia»¹²³. Infatti contrariamente a quanto previsto dall'art. 6 del codice francese in vigore nel Regno a partire dal 1812¹²⁴, l'art. 1 del codice penale borbonico del 1819 al secondo comma prevedeva che «l'infamia nascente dal reato infamante per sua natura, o per le sue qualità non colpisce altri che la sola individual persona del reo»¹²⁵. L'abolizione dell'infamia delle pene avrebbe quindi travolto la richiesta di separazione personale avanzata in costanza delle nuove leggi? Per rispondere al quesito si sarebbe potuto invocare l'art. 221 Leggi Civili che prevedeva fra le giuste cause di separazione personale appunto la pena infamante. Ma come era possibile che il diritto vigente continuasse a prevedere tale ipotesi se le pene infamanti erano state abolite? Di fronte all'«antinomia» tra le due disposizioni la soluzione doveva essere ricercata nella «intelligenza» della Corte¹²⁶ che avrebbe individuato la ratio della norma da applicare, secondo i criteri dell'equità dettati da Nicolini. Il collegio ritenne di richiamare il «principio di pubblico Dritto universale» secondo cui le sanzioni posteriori non possono distruggere né i giudicati né i diritti dei privati acquisiti anteriormente sotto disposizioni legislative che li garantivano¹²⁷. Sulla scorta di tale assunto, fu ritenuto che al momento della condanna del Massa, la moglie acquistò «lo inalterabile diritto alla domanda di separazione»¹²⁸ che non sarebbe potuto essere pregiudicato dal nuovo codice anche laddove tale ipotesi fosse stata eliminata fra le giuste cause¹²⁹. Doveva quindi ritenersi «futile» l'opposizione mossa dal coniuge secondo cui l'azione era stata intentata sotto le novelle leggi «che dovrebbero esserne le regolatrici»: tanto perché il diritto «esisteva sempre da per se, ed era in qualunque tempo esperibile, perché incancellabile»¹³⁰. La soluzione adot-

122 Tale assunto riprova il vivace contrasto fra un diritto nato in epoca di rivoluzioni e di rifiuto delle tradizioni ecclesiastiche ed una situazione politica che a Napoli, come in Europa, vedeva trionfare la Santa Alleanza. A. Giordano, *Commento sulle Leggi Civili del Regno delle Due Sicilie*, Napoli 1848, vol. I, p. 375.

123 Sentenza n. 25 del 19 gennaio 1838, *op. cit.*, fol. 84v.

124 L'art. 6 del Codice francese prevedeva che «le pene in materia criminale sono o afflittive od infamanti o solo infamanti». Codice penale tradotto d'ordine di Sua Maestà il Re delle Due Sicilie, per uso de' suoi stati. Seconda edizione riveduta e corretta ed annotata d'una tavola analitica e d'un indice, Napoli, Fonderia reale e Stamperia della Segreteria di Stato, 1813.

125 Codice per lo Regno delle Due Sicilie. Prima edizione originale ed ufficiale, Napoli, dalla Real Tipografia del Ministero di Stato della Cancelleria Generale, 1819, Parte II, Leggi Penali, art. 1. Sull'argomento cfr. Mazzacane, *op. cit.*; Vinciguerra, *op. cit.*; Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale*, *op. cit.*, p. 256 ss.

126 Sentenza n. 25 del 19 gennaio 1838, *op. cit.*, fol. 85 r: «Sembra che fra queste due disposizioni siavi antinomia, di cui non è suscettibile il sagace Legislatore. A conciliarle, duplice può esserne la intelligenza».

127 Doveva inoltre ritenersi «aborrito» il vizio di retroattività sulla intelligenza e valore di leggi preesistenti «tranne i casi di novelle Leggi dichiarative, e dello espresso volere del Legislatore». *Ibidem*.

128 *Ivi*, fol. 86v.

129 «Desso non poteva esser colpito dalla nuova Legge, se pure ne avesse tolta la causa, lacchè non è, come si è dimostrato, giacchè non potette né imperare né parlare, che de' casi posteriori alla sua promulgazione». *Ibidem*.

130 Riteneva infatti la Corte che le decisioni che si emettono in qualunque tempo non crano né attribuiscono dritti, ma li dichiarano soltanto, «così è indubitato che in qualsivoglia epoca si emetta tal dichiarazione, si riguarda esau-

tata dalla Corte di Trani veniva giustificata dal fatto che «il dritto» non poteva considerarsi «ancora perfetto» e che il «poligono di questa così detta questione» sotto qualunque aspetto fosse «risguardato» avrebbe condotto a ritenere fondata la domanda di separazione personale già accolta dal primo giudice¹³¹.

stivamente il tempo dello avvenimento e dello stato dritto, cui si retrotrae, e su cui campeggiar non possono le Leggi di allora». *Ibidem*.

131 *Ibidem*

**CLORIDORO NICOLINI (1780–1859).
UN MAGISTRATO ALLA RICERCA DELLE REGOLE DELL'EQUITÀ**

Attraverso le opere di Cloridoro Nicolini – giurista e magistrato napoletano del primo Ottocento – è possibile cogliere il travaglio del ceto forense a seguito dell'entrata in vigore nel Regno di Napoli del codice civile francese. Dell'ordinamento dei giudizi e della equità può definirsi la sua opera più significativa, in quanto espressione dello stato d'animo di una generazione di giuristi che si sforzava di dare una risposta al dibattuto problema di definire i criteri interpretativi da adottare nelle ipotesi di lacuna codicis. Il problema nasceva dal fatto che il Codice per lo Regno – come in tutti i codici di derivazione francese – mancasse di una norma che individuasse i criteri di interpretazione della legge: ciò aveva portato i giudici napoletani ad affrontare e risolvere le ipotesi di silenzio o di oscurità della legge senza regole precise. D'altronde, poiché l'art. 4 del code civil imponeva ai magistrati di giudicare in ogni caso, pena l'incriminazione per il reato di Denegata giustizia, il margine di intervento da parte della giurisprudenza ebbe un naturale ampliamento. In tal senso si esprime in maniera determinante l'opera della scuola esegetica che riconobbe ai giudici un vasto raggio di azione. Nel caso in cui la legge fosse stata oscura, i giudici avrebbero potuto ricorrere all'interpretazione per autorità e, in via sussidiaria, alla interpretazione per dottrina: in mancanza di questi strumenti era legittimato il ricorso «alla ragione e all'equità». In tale contesto Cloridoro Nicolini, all'epoca giudice della Gran Corte Civile di Trani che era stata più volte censurata dalla Corte Suprema di Giustizia con le accuse di «fallo motivazionale» e di leggerezza di giudizio per decisioni erranee «sfornite di conveniente motivazione», sentì il dovere di dedicare un approfondito studio al problema dell'equità che – secondo l'autore – corrispondeva ad una interpretazione attraverso l'investigazione dei principi generali del diritto o delle ragioni proprie sottoposte alle singole norme.

**CLORIDORO NICOLINI (1780–1859).
SĘDZIA W POSZUKIWANIU ZASAD SPRAWIEDLIWOŚCI**

Poprzez dzieła Cloridoro Nicolini – jurysty i sędziego z Neapolu, żyjącego w pierwszej połowie dziewiętnastego wieku – można zrozumieć trudną pracę prawników po wejściu w życie francuskiego kodeksu cywilnego w Królestwie Neapolu. Dell'ordinamento dei giudizi e della equità (O ustawie normującej osądzanie i sprawiedliwość) może być uznane za jego najbardziej znaczące dzieło, ponieważ jest wyrazem stanu ducha generacji jurystów, która trudziła się, by dać odpowiedź w dyskusji nad problemem, jakie kryteria interpretacyjne powinny być zastosowane w przypadku luk w codicis.

Problem powstał, ponieważ Codice per lo Regno (Kodeks dla Królestwa) – jak wszystkie kodeksy pochodzenia francuskiego – nie posiadał przepisu, któryby określał kryteria interpretacji prawa: doprowadziło to neapolitańskich prawników do konieczności przeanalizowania i znalezienia rozwiązań dla sytuacji, w których prawo, bez konkretnych zasad, milczy lub jest nieczytelne.

Z drugiej strony, z uwagi na to, że art. 4 code civil narzucał sędziom obowiązek sądzenia w każdym przypadku pod karą skazania za przestępstwo denegata giustizia, interwencja ze strony orzecznictwa miała naturalne podłoże. W tym sensie wyraża się w sposób decydujący dzieło szkoły ezegetycznej, która przyznała prawnikom szeroki zakres działania. W przypadku, jeśli prawo było nieczytelne, prawnicy mogli uciekać się do interpretacji poprzez autorytet i w sposób posiłkowy do interpretacji poprzez doktrynę: w przypadku braku tych instrumentów było dozwolone odwołanie się do „rozumu i sprawiedliwości”. W tym kontekście Cloridoro Nicolini, w owym czasie sędzia Wielkiego Sądu Cywilnego w Trani, który był kilkakrotnie cenzurowany przez Najwyższy Trybunał Sprawiedliwości pod zarzutem „błędu motywacyjnego” i łagodnego osądu za niewłaściwe decyzje “pozbawione odpowiedniej motywacji”, poczuł, że należy oddać się studium problemu sprawiedliwości, który – według autora – równał się interpretacji poprzez badanie ogólnych zasad prawa lub własnych zasad poddanych konkretnym przepisom.

**CLORIDORO NICOLINI (1780–1859).
JUDGE IN SEARCH OF THE PRINCIPLES OF JUSTICE**

Through the works of Cloridoro Nicolini – jurist and a judge from Naples, living in the first half of the nineteenth century – one can understand the difficult work of lawyers after the entry into force of the French civil code in the Kingdom of Naples. The *Dell'ordinamento dei giudizi e della equità* (an act regulating judgment and justice) may be considered his most significant work, as it is the expression of the state of mind of a generation of jurists, which labored to provide a response in the discussion on the issue of what criteria of interpretation, should be applied in case of loopholes in codicis.

The problem arose because the *Codice per lo Regno* (Code for the Kingdom) – as with all codes of French origin, did not provide a provision which defined the criteria of the interpretation of law: this led the Neapolitan lawyers to the necessity of analyzing and finding solutions to a situation in which the law, without specific principles, is silent or illegible.

Key words: lawyer, justice, law, interpretation, loopholes