

PAOLO ALVAZZI DEL FRATE

## Interpretazione giudiziale e Illuminismo da Beccaria al *Code civil*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'Illuminismo e la polemica anti-giurisprudenziale. – 3. Montesquieu e il giudice *bouche de la loi*. – 4. Pietro Verri e l'interpretazione della legge. – 5. Cesare Beccaria e il «sillogismo giudiziale». – 6. Antonio Genovesi. – 7. Gaetano Filangieri. – 8. Il *référé législatif*. – 9. Il *Code civil* e la riabilitazione della giurisprudenza.

### 1. Premessa

Di Cesare Beccaria – uno dei massimi esponenti dell'Illuminismo giuridico europeo – è noto soprattutto lo straordinario contributo alla dottrina penalistica. Seppur meno originali, anche le sue considerazioni sulla interpretazione della legge meritano interesse, perché rappresentative di una stagione di profondo rinnovamento culturale.

Nel nostro intervento ci proponiamo di descrivere l'evoluzione delle dottrine dell'interpretazione della legge nel XVIII secolo quando si affermò, con i teorici dell'Illuminismo giuridico, una concezione puramente sillogistica dell'applicazione giudiziale. Tale concezione, solennemente recepita dalla legislazione rivoluzionaria, fu gradualmente abbandonata dalla dottrina e dallo stesso legislatore francese con l'art. 4 del *Code civil des Français*, che restituì al giudice un significativo ruolo interpretativo.

Quella che intendiamo descrivere può essere considerata la *storia di un sogno*. Il sogno dell'assoluta prevedibilità delle pronunce giudiziarie, grazie alla trasformazione del giudice in un «automa» produttore di sentenze privo di ogni attività interpretativa e di adattamento della norma al caso di specie. Il «sogno» finì presto perché maturò la consapevolezza della sua irrealizzabilità: l'eliminazione di ogni attività interpretativa e di adattamento della norma da parte del giudice non avrebbe consentito la comprensione della complessità della realtà fattuale rendendo impossibile una corretta amministrazione della giustizia<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Per comprendere le ragioni della sconfitta del «sogno illuminista» sono molto

## 2. *L'Illuminismo e la polemica anti-giurisprudenziale*

La dottrina di Beccaria in tema d'interpretazione s'inserisce pienamente nella *polemica anti-giurisprudenziale* condotta dall'Illuminismo giuridico europeo<sup>2</sup>. Una riflessione che – osserva Pietro Costa – «nasce da inquietudini e insoddisfazioni che investono prima l'amministrazione della giustizia e la prassi giuridica per coinvolgere poi l'organizzazione dei poteri e l'assetto politico-sociale nel suo complesso<sup>3</sup>». Tale dottrina mirava a:

- affermare una *rigida separazione dei poteri*, in particolare tra legislativo e giudiziario, allo scopo di proteggere il legislativo

significative, sul piano teorico, le considerazioni di Claudio Luzzati intorno alla distinzione tra «illuminismo ingenuo» e «illuminismo critico». Secondo il primo orientamento – caratteristico delle dottrine del XVIII secolo – esiste la «possibilità di risolvere tutte le controversie giuridiche sulla base di parametri legislativi precostituiti», per cui all'interprete spetta il solo ruolo di «dichiaratore»; per il secondo (quello «critico», sviluppatosi nel XX secolo) l'interprete svolge inevitabilmente un ruolo di «mediazione» tra i valori in gioco. L'illuminismo ingenuo che «mirava a realizzare un pieno cognitivismo processuale in funzione garantistica, è stato sconfitto storicamente anche perché esso faceva un eccessivo affidamento alla (supposta) precisione del linguaggio legislativo e trascurava nel contempo di chiarire quali fossero gli impegni politici sottesi dal garantismo», C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 3-4, cfr. pp. 87 ss.

<sup>2</sup> Nelle note ci limiteremo a indicare soltanto gli studi ai quali abbiamo più spesso fatto riferimento. Sull'Illuminismo giuridico si vedano G. D'AMELIO, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965; M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, Giuffrè, 1966; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976; P. COMANDUCCI, *L'Illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1978; M.R. DI SIMONE, *Diritto*, in V. FERRONE e D. ROCHE (a cura di), *L'Illuminismo. Dizionario storico*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 137-146; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 393 ss. Specificamente sulla teoria dell'interpretazione nella dottrina dell'epoca si vedano, oltre alle opere citate sopra, P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica. Divieto di interpretatio e 'riferimento al legislatore' nell'Illuminismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2000; P. COSTA, *I «padroni della legge»: Legge, interpretazione, libertà nell'illuminismo giuridico*, in «Rivista di diritto costituzionale», VI (2001), pp. 14-39; J. KRYNEN, *Le problème et la querelle de l'interprétation de la loi en France, avant la Révolution: essai de rétrospective médiévale et moderne*, in «Revue historique de droit français et étranger», LXXXVI (2008), pp. 161-197; Y. MORIGIWA, M. STOLLEIS, J.-L. HALPÉRIN (ed. by), *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment. From the Rule of the King to the Rule of the Law*, London-New York, Springer, 2011. Più in generale della vastissima bibliografia sull'interpretazione cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>3</sup> P. COSTA, *I «padroni della legge»*, cit., p. 15.

- dagli interventi del giudice (ciò per impedire alle corti di giustizia la produzione di atti normativi; significativo al riguardo il ruolo svolto dai Parlamenti francesi d'*Ancien Régime*);
- stabilire il *primato della legge* nei confronti delle fonti tradizionali del diritto comune: la consuetudine, la giurisprudenza e la dottrina;
  - ridurre la funzione giurisdizionale alla *mera applicazione* del dettato normativo, tramite il *sillogismo giudiziale* basato sull'applicazione della legge *senza interpretazione*;
  - connotare negativamente ogni attività interpretativa da parte del giudice, perché ritenuta corruttiva del dettato normativo. La condanna dell'attività manipolativa svolta dal giudice negli ordinamenti di diritto comune (*interpretatio*) investì anche l'attività interpretativa *tout court*.

Tutto ciò – rileva Paolo Grossi – «immobilizza il diritto nel momento della produzione... Il procedimento di normazione si risolve nel momento in cui la norma viene prodotta» e genera «quell'atteggiamento di acere ostilità verso l'interpretazione – ogni interpretazione che non sia quella autentica<sup>4</sup>».

### 3. Montesquieu e il giudice bouche de la loi

Determinante nella elaborazione delle dottrine sull'interpretazione fu la teorizzazione di una nuova concezione della giurisdizione operata da Montesquieu. Si trattò di una concezione assai innovativa, destinata a esercitare una rilevante influenza nella cultura giuridica contemporanea.

Il giudice – detentore di una «puissance... invisible et nulle<sup>5</sup>» – avrebbe dovuto applicare la legge senza alcuna possibilità di ricorso alla *interpretatio*, ossia escludendo ogni carattere nomopoietico alla sua azione. In caso contrario il giudice si sarebbe trasformato in legislatore, violando la separazione dei poteri. La funzione giurisdizionale è, per il Montesquieu, «en quelque façon, nulle<sup>6</sup>», perché al giudice non è consentito «interpretare» la legge, ma solo applicarla, in quanto «les juges de la nation ne sont... que la bouche qui prononce

<sup>4</sup> P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in P. CAPPELLINI e B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 592-593.

<sup>5</sup> Ch.L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix* (1748), XI/6 (citiamo dall'edizione a cura di V. GOLDSCHMIDT, Paris, Flammarion, 1979, p. 296).

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 298.

les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur»<sup>7</sup>. Dunque, «en général la puissance de juger ne doit être unie à aucune partie de la législative»<sup>8</sup>.

L'affermazione della certezza del diritto si sarebbe realizzata, nella visione di Montesquieu, attraverso la «legge», le cui caratteristiche di chiarezza e precisione, avrebbero consentito al giudice un'applicazione senza interpretazione. Come affermava l'A. «il est de la nature de la constitution, que les juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur, ou de sa vie»<sup>9</sup>. In questo celebre brano l'A. sostiene dunque che i giudici debbano seguire «la lettre de la loi», e considera l'interpretazione – o meglio, la *interpretatio* – una forma di alterazione del dettato legislativo. Appare significativo che il Montesquieu utilizzi l'espressione «interpréter contre» per evidenziare come la *interpretatio* fosse considerata uno strumento in mano ai giudici per condizionare l'amministrazione della giustizia. Ancora una volta, preoccupazione fondamentale dell'A. è quella di impedire ai giudici l'esercizio di funzioni normative. Nella teoria montesquieuiana la giurisdizione si identifica «in un'attività puramente intellettuale»<sup>10</sup>, ridotta a un esercizio di logica, funzionale all'affermazione di una rigida concezione della legalità.

L'opera di Montesquieu delinea dunque i tratti caratteristici della teoria illuministica dell'interpretazione: la supremazia della legge, il divieto di *interpretatio*, la separazione dei poteri, la subordinazione dei giudici alla legge.

#### 4. Pietro Verri e l'interpretazione della legge

Si è detto che le dottrine illuministiche condannarono l'attività in-

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*, VI/3, p. 203.

<sup>10</sup> Secondo Giovanni Tarello «il 'potere di giudicare' viene individuato in modo da identificare il suo esercizio in un'attività puramente intellettuale e non realmente produttiva di 'diritto nuovo' essendo da una parte limitata dalla legislazione, che concettualmente la precede, e dall'altra dall'attività di esecuzione che, procurando la sicurezza pubblica, include anche l'attività di esecuzione materiale dei giudizi che costituiscono il contenuto del 'potere di giudicare'. Per queste ragioni... [il Montesquieu afferma] che il potere di giudicare è 'in qualche modo un potere nullo'», G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 288-289.

terpretativa svolta dal giudice, considerata uno strumento d'indebita manipolazione della legge. «Interpretazione» divenne sinonimo di «corruzione».

Al riguardo possiamo ricordare le parole di Ludovico Antonio Muratori, per il quale «tante di queste *interpretazioni*... [meritano] più tosto il nome di *corruzioni*»<sup>11</sup>. «Così coll'interpretazione – proseguiva Muratori – coll'equità e con l'*epicheia* si tira la legge dove si desidera, giacché ad ogni dottore è permesso di interpretarla<sup>12</sup>». O quelle di Cesare Beccaria, che considerava «l'interpretazione delle leggi... un male<sup>13</sup>». Infine, l'auspicio di Voltaire ben sintetizza l'orientamento degli Illuministi: «Que toute loi soit claire, uniforme et précise: *l'interpréter, c'est presque toujours la corrompre*<sup>14</sup>».

L'esposizione più compiuta della teoria dell'interpretazione dominante si deve a Pietro Verri nel saggio intitolato *Sulla interpretazione delle leggi*, apparso ne *Il Caffè* nel 1765<sup>15</sup>. Nel testo, uno dei pochi interventi dedicati specificamente alla questione, Verri presenta una sorta di sintesi delle teorie illuministiche dell'interpretazione.

Il punto di partenza dello scritto è l'affermazione del principio della separazione dei poteri. Il potere legislativo spetta al sovrano, mentre quello giurisdizionale ai giudici:

comincio a stabilire un principio, secondo ogni ragione chiarissimo, cioè che altra cosa è il legislatore, altra cosa è il giudice. Il legislatore è sempre il sovrano, o sia egli un uomo, o uno scelto numero di uomini, o la intera nazione radunata, giusta la diversità de' governi... Il giudice per lo contrario non può essere il sovrano; debb'essere o un uomo, o un cetto di uomini, ma non ad altro fine fatti giudici che per fare osservare le leggi: il legislatore comanda, il giudice fa eseguire il comando. Se il legislatore farà eseguire o il giudice comanderà, la sicurezza pubblica sarà sconvolta; poichè, riunendosi nella stessa persona queste due facoltà, ne nasce il potere di opprimere impunemente e colle solennità della giustizia chiunque; e l'opinione della sicurezza di sé medesimo, opinione pre-

<sup>11</sup> L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), Napoli, presso Gaetano Castellano, 1776, cap. V, p. 27.

<sup>12</sup> *Ibid.*, cap. VIII, p. 44.

<sup>13</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di F. VENTURI, Torino, Einaudi, 1994<sup>2</sup>, cap. V, *Oscurezza delle leggi*, p. 18.

<sup>14</sup> VOLTAIRE, *Lois civiles et ecclésiastiques* (1765), in *Dictionnaire philosophique*, in *Oeuvres complètes de Voltaire*, a cura di L. MOLAND, XIX, Paris 1879, p. 626.

<sup>15</sup> P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi*, in «*Il Caffè*», II (1765), f. XXVIII, anche in ID., *Scritti vari di Pietro Verri ordinati da Giulio Carcano*, II, Firenze, Le Monnier, 1854, pp. 162-171, da cui citiamo.

ziosissima in cui realmente tutta consiste la civile libertà, ne verrebbe radicalmente distrutta. È dunque conforme alla ragione, che il giudice non si eriga mai in legislatore, o come dice il gran Bacone: *Si Judex transiret in Legislatorem, omnia ex arbitrio penderet* (*De Augm. scient.*, lib. VIII, aph. 44). Questa cardinale verità è stata luminosamente promulgata dall'immortale autore dello *Spirito delle leggi*<sup>16</sup>.

La libertà – che Verri definisce «opinione che ha ogni cittadino di possedere sé medesimo, e quello che è suo, e di poterne a suo piacere disporre»<sup>17</sup> – dipende dunque dalla separazione dei poteri legislativo e giudiziario. Quando il giudice si trasforma in legislatore si crea una sistema dispotico, dove non esiste più certezza del diritto: «dico dunque che questa libertà politica sarebbe annientata in una nazione in cui il giudice fosse legislatore. Dico dunque che in quella nazione vi sarebbe la servitù per sistema; la quale è men violenta, ma più durevole assai della servitù per abuso»<sup>18</sup>. Il giudice – afferma Verri – invade le prerogative del legislatore proprio grazie alla possibilità, che gli viene abitualmente concessa, di «interpretare» la legge: «se il giudice diventa legislatore, la libertà politica è annichilita; il giudice diventa legislatore sì tosto che è lecito interpretar la legge»<sup>19</sup>. La soluzione è quella di vietare ai giudici la *interpretatio*: «dunque si riduca [il giudice] ad esser mero esecutore della legge; dunque eseguisca la legge nel puro e stretto significato delle parole, e nella materiale disposizione della lettera»<sup>20</sup>.

L'interpretazione rappresenta, secondo l'A., uno strumento nella mani del giudice per sostituirsi al legislatore allo scopo di alterare la legge:

che il giudice, tosto che la legge è soggetta a interpretarsi più in un senso che in un altro, diventi legislatore, è cosa per sé evidente; basta per esserne convinto il riflettere che *interpretare* vuol dire sostituire se stesso al luogo di chi ha scritto la legge, e indagare cosa il legislatore avrebbe verisimilmente deciso nel tale o talaltro caso, su cui non parla chiaramente la legge. *Interpretare* significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e quel *più* è la misura della facoltà legislatrice che si arropa il giudice<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 165.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 167.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> P. VERRI, *ibid.*, p. 167.

<sup>21</sup> *Ibid.*

È interessante notare come Verri presenti una definizione di interpretazione secondo i canoni illuministici: interpretare la legge significa «far dire al legislatore più di quello che ha detto», dunque sostituirsi al legislatore, e «quel *più* è la misura della facoltà legislatrice che si arroga il giudice», ossia «quel più» esemplifica l'ingerenza del giudice nelle prerogative del legislatore<sup>22</sup>.

Con l'interpretazione – sostiene Verri – il giudice diviene legislatore in quanto egli «realmente fabbrica una nuova legge». Ne consegue l'inevitabile condanna della «interpretazione», intesa, occorre ricordarlo, come *interpretatio*:

dunque l'interpretar la legge fa diventare legislatore il giudice, e confonde le due persone del legislatore e del giudice, dalla assoluta separazione delle quali dipende essenzialmente la libertà politica d'una nazione. Dunque una nazione che cerchi la libertà politica, deve proibire ad ogni giudice ogni qualunque libertà d'interpretare le leggi<sup>23</sup>.

Il problema essenziale risiedeva, secondo Pietro Verri, nel definire l'ampiezza dei poteri interpretativi del giudice: «due partiti dunque restano da prendersi nello stabilire il sistema d'una nazione, per quanto riguarda l'ufficio del giudice: o rendere il giudice mero e servile esecutore della lettera della legge, ovvero lasciargli l'interpretazione di essa legge»<sup>24</sup>. E qui l'A. introduceva una distinzione tra cause penali, ove il divieto di *interpretatio* doveva essere assoluto, e cause civili, ove, in caso di lacuna legislativa, il giudice, a ciò delegato dal legislatore, avrebbe potuto far ricorso alla equità per risolvere la controversia<sup>25</sup>. Tuttavia, il legislatore avrebbe dovuto colmare al più presto la lacuna individuata nel corso del giudizio con un provvedimento legislativo generale<sup>26</sup>. In pratica, concludeva Verri, non erano gravi

<sup>22</sup> «Vediamo così – osserva M. A. Cattaneo – che Verri è l'unico autore il quale dà un'esplicita definizione del concetto di interpretazione della legge nel senso inteso dall'Illuminismo», M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 52.

<sup>23</sup> P. VERRI, *ibid.*, p. 168.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> In campo civile «presentandosi un caso che in nessuna classe sia compreso, il legislatore o un corpo da esso delegato lo terminino coi principi della semplice equità, condensando, per quel solo caso imprescindibile, le due persone del legislatore e del giudice nello stesso corpo», *ibid.*, pp. 169-170.

<sup>26</sup> «Ma ciò immediatamente sia tolto colla promulgazione di una legge generale, che in avvenire comprenda i casi simili», *ibid.*, p. 170.

gl'inconvenienti di rendere il giudice servo della lettera della legge; cioè che un primo delitto può essere impunito, e che in una disputa civile omessa dalla legge si dovrà ricorrere al legislatore o al delegato di esso, in vece di aver la sentenza dal giudice. Questi inconvenienti non sono frequenti dovunque vi sia una legislazione ben fatta, né sono mai grandi inconvenienti; laddove la perdita della libertà politica, inseparabile dalla interpretazione della legge, è un male di sistema, un male abituale, che lima e rode ogni principio animatore e motore degli uomini<sup>27</sup>.

La teoria dell'interpretazione esposta da Verri è fondata dunque sulla concezione formalistica e volontaristica della legge, sulla netta separazione delle funzioni legislative da quelle giurisdizionali, sulla subordinazione del giudice alla legge, sulla rigida distinzione tra «normazione» e «applicazione» del diritto, e sul conseguente divieto di *interpretatio*<sup>28</sup>.

Nella concezione di Pietro Verri risulta particolarmente evidente l'influenza dell'illuminismo francese – ci riferiamo a Montesquieu, Voltaire e Rousseau –, oltre che del razionalismo seicentesco, soprattutto di Pufendorf. Come afferma M. A. Cattaneo, Pietro Verri «espone in modo chiaro, semplice e preciso, alcuni fra i fondamentali principi illuministici in materia giuridica»<sup>29</sup>.

##### 5. Cesare Beccaria e il «sillogismo giudiziale»

Nell'opera di Cesare Beccaria il problema dell'interpretazione occupa una posizione di rilievo. In ossequio alle teorie razionalistiche dell'Illuminismo, egli riteneva che la mancanza di certezza del diritto derivasse proprio dalle funzioni interpretative esercitate dai giudici, teorizzando il principio del «sillogismo giudiziale». Nel cap. IV del *Dei delitti e delle pene*, dedicato alla *Interpretazione delle leggi*, Beccaria espone una teoria molto simile a quella di Pietro Verri e affronta in modo esplicito il problema del soggetto legittimato a interpretare il diritto, affermando che solo al legislatore spetti l'interpretazione delle leggi.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Di Pietro si veda anche *Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese*, del 1763. Si trova in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Franco Venturi, cit., pp. 127-163.

<sup>29</sup> M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 51.



Anche Beccaria fonda la sua teoria dell'interpretazione sulla separazione dei poteri legislativo e giurisdizionale. Egli ritiene che solo il legislatore abbia la facoltà di interpretare le leggi, in quanto l'interpretazione svolge una funzione normativa che deve spettare al solo legislatore: «l'autorità d'interpretare le leggi penali [non] può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori»<sup>30</sup>. Si chiede allora Beccaria: «Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi?»<sup>31</sup>.

Compito del giudice – secondo la tipica concezione illuminista – non è l'interpretazione, ma l'applicazione della norma che si ricava letteralmente dal testo legislativo, e tale applicazione deve essere di tipo sillogistico:

in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza.

Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. Questa verità, che sembra un paradosso alle menti volgari, più percossa da un piccol disordine presente che dalle funeste ma remote conseguenze che nascono da un falso principio radicato in una nazione, mi sembra dimostrata. Le nostre cognizioni e tutte le nostre idee hanno una reciproca connessione; quanto più sono complicate, tanto più numerose sono le strade che ad esse arrivano e partono. Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha un diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo<sup>32</sup>.

A causa del potere interpretativo del giudice l'amministrazione della giustizia è legata al caso o all'arbitrio dei giudici:

<sup>30</sup> *Ibid.*, IV, *Interpretazione delle leggi*, p. 15.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp. 15-16.

quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesse volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite de' miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente. Quindi veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi, per aver consultato non la costante e fissa voce della legge, ma l'errante instabilità delle interpretazioni<sup>33</sup>.

Vietare ai giudici l'interpretazione e imporre loro l'applicazione della norma letterale avrebbe generato alcuni inconvenienti, di piccola entità rispetto ai vantaggi che ne sarebbero derivati: «un disordine che nasce dalla rigorosa osservanza della lettera di una legge penale non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione. Un tal momentaneo inconveniente spinge a fare la facile e necessaria correzione alle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza, ma impedisce la fatale licenza di ragionare, da cui nascono le arbitrarie e venali controversie»<sup>34</sup>. Con il nuovo ordinamento, al giudice sarebbe spettato esclusivamente l'accertamento del fatto e il giudizio sulla conformità di esso alla legge:

quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell'ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti, tanto più crudeli quanto è minore la distanza fra chi soffre e chi fa soffrire, più fatali che quelle di un solo, perché il dispotismo di molti non è correggibile che dal dispotismo di un solo e la crudeltà di un dispotico è proporzionata non alla forza, ma agli ostacoli. Così acquistano i cittadini quella sicurezza di loro stessi che è giusta perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società, che è utile perché gli mette nel caso di esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto<sup>35</sup>.

Così Beccaria, accogliendo la concezione montesquieiana, assegnava al giudice un ruolo «nullo», mentre il giudizio, eliminata l'interpretazione, sarebbe divenuto «meccanico»<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 16-17.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>36</sup> Da notare che, come osserva Damiano Canale, Beccaria presentò «questo tipo di ragionamento [il sillogismo giudiziale] in aperta polemica con gli standard deci-

La necessità di interpretare le leggi derivava dalla oscurità di esse: «se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l'oscurità che strascina seco necessariamente l'interpretazione, e lo sarà grandissimo se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo»<sup>37</sup>. Da qui l'opportunità di una codificazione del diritto redatta nella lingua abitualmente utilizzata dal popolo.

La teoria dell'interpretazione del Beccaria deriva, come osserva il Tarello, dalla «concezione rigida della distinzione tra produzione e interpretazione-applicazione della legge, che caratterizza tutto l'illuminismo lombardo; concezione che si lega all'insegnamento generale della vulgata illuministica, e dietro a questa di tutta la cultura settecentesca non rigidamente volta alla difesa del diritto comune romano-canonico»<sup>38</sup>.

## 6. Antonio Genovesi

Una voce discordante nel panorama dell'epoca fu quella di Antonio Genovesi, uno dei maggiori esponenti della cultura illuministica meridionale. Nella *Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto* del 1766, Genovesi presenta una tesi contro corrente nel panorama illuministico europeo: egli considera l'attività interpretativa del giudice una premessa indispensabile dell'applicazione della legge.

sionali delle corti europee dell'antico regime, intendendolo come un modello normativo al quale ciascun giudice dovrebbe conformarsi per evitare l'insorgere dell'interpretazione, prima fonte di incertezza del diritto. Il sillogismo giudiziale, nella sua accezione settecentesca, è parte cioè di una dottrina tesa a indirizzare la condotta delle corti, la quale ha per oggetto la funzione del giudice e l'organizzazione della giustizia in uno Stato nel quale vigano i principi di legalità e di separazione dei poteri», D. CANALE, *Il ragionamento giuridico*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 201. Sul punto cfr. anche F. ZANUSO, *Utilitarismo e umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria*, in F. CAVALLA (a cura di), *Cultura moderna e interpretazione classica. Temi e problemi di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1997, pp. 175-219; T. MAZZARESE, *Forme di razionalità nelle decisioni giudiziali*, Torino, Giappichelli, 1996; S. FUSELLI, *Verità e opinione nel ragionamento giudiziale. A partire da un confronto con Aristotele e Hume*, in F. CAVALLA (a cura di), *Retorica, processo, verità. Principi di filosofia forense*, Milano, Franco Angeli, 2007, pp. 255-297; F. ZANUSO e S. FUSELLI (a cura di), *Il lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, Milano, Franco Angeli, 2011.

<sup>37</sup> *Ibid.*, cap. V, *Oscurità delle leggi*, p. 18.

<sup>38</sup> G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 469-470.

Infatti, «contro la vulgata illuministica e contro la tendenza lombarda, sostiene la necessità di un'interpretazione non meccanica, e in taluni casi equitativa, della legge da parte del giudice»<sup>39</sup>: L'A. si chiede se

debb'egli il giudice interpretar la legge, ed è questo più utile allo stato, che l'eseguirla letteralmente? Rispondo essere impossibile, che un Giudice non interpreti per niente nessuna legge. Ogni legge è generale, e perciò riguarda una infinità di casi simili. Ora è troppo manifesto che due casi dello stesso genere, ancorché sembrino simili, possono nondimeno esser diversi per la molteplicità delle circostanze<sup>40</sup>.

Il giudice deve quindi necessariamente «interpretare» la legge per applicarla. Un'interpretazione sillogistica della legge non consentirebbe al giudice di amministrare correttamente la giustizia, data la varietà delle cause che si presentano:

vi ha dei filosofi che negano dei perfetti simili in natura: il che se è verisimile nelle cose fisiche, può parer certo nelle morali, per l'infinita varietà dei cervelli umani e dei motivi che ci destano ad operare. E di qui è che la medesima legge non si potrebbe egualmente combaciare con tutti i casi, senza qualche interpretazione e maneggio del Giudice<sup>41</sup>.

Solo relativamente alle cause penali Genovesi riteneva si dovesse interpretare letteralmente la legge:

so, che si dice da alcuni dotti, a cui è in odio ogni interpretazione, che fa men male una legge eseguita sempre letteralmente, ancorché alcuni ne sieno presi più del dovere, ed altri meno, che non fa quel lasciarla in arbitrio del Giudice. Al che mi uniformo anch'io quanto a certe leggi criminali ed all'effetto. Vi ha di certe leggi criminali, nelle quali giova in alcuni casi più la lettera che lo spirito, per esser la lettera più spedita e più confacente al ben comune. Ma il voler tirare una siffatta regola a tutti i casi ed a tutte le leggi, è appunto quel *summum ius* che diventa iniquità<sup>42</sup>.

Genovesi si rendeva conto che «lasciare il freno all'interpretazione è abolire le leggi scritte», tuttavia «dove si suppongano i Giudici bastantemente savi ed onesti, è da temersi meno dalla interpretazione

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 379.

<sup>40</sup> A. GENOVESI, *Della Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto* (1766), a cura di F. ARATA, Milano, Marzorati, 1973, cap. XX, *Dei Giudizi*, §. XIV, p. 260.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*, § XV, pp. 260-261.

che dalla inflessibilità della legge». Se però – concludeva l’A. – «i Giudici sieno tutti o in gran parte ignoranti e poco onesti, anch’io mi unisco a coloro che stimano men male l’inflessibilità della legge che l’arbitrio d’un Giudice ignorante e corrotto»<sup>43</sup>.

È interessante osservare che per «interpretazione» Genovesi intendeva semplicemente l’attribuzione di significato a un testo normativo. Interpretazione dunque non più come «corruzione» della legge, ma come fase necessaria del processo di applicazione di essa. Le considerazioni di Genovesi sembrano anticipare, in qualche misura, la concezione di interpretazione accolta dalla dottrina contemporanea.

La tesi di Genovesi fu indubbiamente minoritaria nel panorama dell’illuminismo giuridico italiano, che fu invece fedele alla concezione montesquieiana della giurisdizione e della interpretazione. Essa appare di un certo interesse, in quanto rappresentativa di una diversa teoria dell’interpretazione sorta, comunque, in un ambiente culturale illuministico: «Genovesi non ritiene possibile concepire la funzione giudiziale come un’attività meccanica, e ritiene inevitabile nel giudice l’interpretazione» della legge<sup>44</sup>.

## 7. Gaetano Filangieri

Tra i giuristi che aderirono con entusiasmo all’orientamento illuminista in tema di interpretazione della legge vi fu Gaetano Filangieri. L’emanazione del *Dispaccio reale* del 23 settembre 1774 di Ferdinando IV, re di Napoli, che stabilì limiti rigorosi all’attività interpretativa dei giudici e impose loro la motivazione delle sentenze, fornì al giovane Filangieri l’occasione per lodare la riforma ed esporre le tesi all’epoca dominanti. Nel volume *Riflessioni politiche su l’ultima Legge del Sovrano che riguarda la riforma dell’amministrazione della Giustizia*, pubblicato a Napoli nello stesso 1774 Filangieri ripropose le concezioni tipiche dell’Illuminismo sulla legge, sulla interpretazione e sulla giurisdizione, ispirate a Montesquieu e agli illuministi lombardi Beccaria, Pietro e Alessandro Verri<sup>45</sup>.

La riforma del 1774 intendeva – secondo l’A. – assicurare la cer-

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, cit., p. 59.

<sup>45</sup> G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l’ultima Legge del Sovrano che riguarda la riforma dell’amministrazione della Giustizia*, Napoli 1774 (rist. anastatica, Napoli, Bibliopolis, 1982).

tezza del diritto e impedire ogni arbitrio nell'amministrazione della giustizia:

nei Governi dispotici gli Uomini comandano, nei governi moderati comandano le leggi [...] Questa semplice verità proferita da un'anima libera, è il solo oggetto dell'ultima legge del nostro Sovrano, che riguarda la riforma nell'amministrazione della giustizia. [...]

L'arbitrio giudiziario, è quello che si cerca d'estirpare. Bisogna dunque torre a' Magistrati tutto quello, che li rende superiori alle leggi. Ecco il fine di questa legge; vediamone ora i mezzi<sup>46</sup>.

In tale prospettiva l'abolizione della 'interpretazione' – ritenuta dall'A. causa dell'arbitrio giudiziario – risultava necessaria. Il sovrano aveva dunque stabilito che il giudice dovesse motivare le sentenze e fondare il suo giudizio esclusivamente sui testi legislativi:

il Re vuole, che tutto si decida secondo un testo espresso: che il linguaggio del Magistrato sia il linguaggio delle leggi; che egli parli allorché esse parlano, e si taccia allorché esse non parlano, o almeno non parlano chiaramente; che l'interpretazione sia proscritta; l'autorità dei Dottori bandita dal Foro, e'l Magistrato costretto ad esporre al Pubblico la ragione della sentenza.

Questi sono gli argini, che il Sovrano ha innalzati contro il torrente dell'arbitrio<sup>47</sup>.

Filangieri identifica – come già Montesquieu<sup>48</sup> – la 'libertà politica' con la «sicurezza e l'opinione di questa sicurezza. L'una è nel fatto, e l'altra è nell'immaginazione»<sup>49</sup>. Per cui se l'amministrazione della giustizia si rivela arbitraria essa diviene una minaccia per la libertà dei cittadini:

l'arbitrio de' Magistrati è contraddittorio alla forza delle leggi (poiché cosa è arbitrare, se non dispensare, o almeno modificare quello, che la legge ordina?); dunque la libertà de' Cittadini sarà minore, a misura, che l'arbitrio giudiziario sarà maggiore<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, cit., parte I, § I, *Spirito di questa legge*, pp. 10-12.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pp. 12-13. L'influenza del Montesquieu risulta qui assai evidente: «les juges ne sont... que la bouche qui prononce les paroles de la loi», *Esprit des Lois*, XI, 6.

<sup>48</sup> Montesquieu, *Esprit des Lois*, XII, 2: «La liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de sa sûreté».

<sup>49</sup> G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, cit., p. 15.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 17-18.

Il ricorso all'equità da parte dei giudici provoca, secondo l'A., l'arbitrarietà dei giudizi. Ciò in quanto alcuni:

credono che l'equità sia diversa dalla giustizia, e che il dovere del Magistrato sia di supplire coll'equità al giusto rigore delle leggi. Questo misterioso ritrovato, atto a nascondere le ingiustizie più manifeste, si è ora fatto vedere dai Filosofi in tutta la sua deformità. La Filosofia ha già da gran tempo dimostrato, che l'equità è inseparabile dalla giustizia, e che quello, che non è giusto, non può mai divenir equo<sup>51</sup>.

«I nostri Magistrati – prosegue Filangieri – hanno sempre in bocca l'equità»<sup>52</sup>, ma «dove ci è tale equità, ci è arbitrio, e dove ci è arbitrio, non ci può esser libertà».<sup>53</sup> Se ai giudici si consente il ricorso all'equità, la giustizia può risultare arbitraria e i giudici si trasformano in despoti:

datemi [...] un Governo, nel quale i Magistrati possono arbitrare, e voi mi darete nel tempo istesso un corpo di despoti, il quale renderà il governo altrettanto peggiore del dispotismo assoluto, quanto il numero de' Magistrati supera quello dell'unità<sup>54</sup>.

L'imprevedibilità e la difformità dei giudizi emanati dai tribunali sulle stesse materie costituivano una situazione abituale nel Regno, ma, si chiedeva Filangieri,

se la volontà del Legislatore è una, e per conseguenza una la legge, da che poi deriva, che noi vediamo di continuo due Tribunali, che si contraddicono, e due sentenze, che a vicenda si annullano, e si distruggono?<sup>55</sup>

La causa, ancora una volta, è la possibilità per i giudici di far ricorso all'*interpretatio* e all'equità: «è un errore egualmente in morale, che in politica il distinguere l'Equità dalla Giustizia. Quello che è giusto è equo, e quello che ingiusto non può mai divenire equo»<sup>56</sup>. L'A. identifica addirittura l'equità e l'interpretazione con l'arbitrio:

*equità, interpretazione, arbitrio* non sono altro, che voci sinonime, allorché si vogliono considerare rapporto agli effetti<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> *Ibid.*, pp. 18-19.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.*, pp. 25-26.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 30-31.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 32.

Filangieri, sulla base delle teorie del Montesquieu, riteneva che l'ordinamento si dovesse fondare sulla netta separazione dei poteri. Al sovrano, in quanto legislatore, spettava anche la prerogativa di interpretare la legge: tra i diritti «che competono al Sovrano come Legislatore, ci è particolarmente quello d'interpretare le leggi, tanto quelle, che egli stesso ha emanate, quanto le anteriori»<sup>58</sup>. Secondo il brocardo *eius est legem interpretari, cuius est legem condere*, l'interpretazione della legge «non si potrà trasferire a' Magistrati, senza urtare la costituzione istessa del Governo, e senza ledere i dritti del Sovrano»<sup>59</sup>. Solo l'interpretazione effettuata dal legislatore, ossia l'interpretazione autentica, sarebbe stata ammissibile:

i Principi – proseguiva Filangieri – che han bene intesa l'arte del Governo, han conosciuta questa verità, e fin dal nono secolo Carlo Magno conobbe quanto l'arbitraria interpretazione delle leggi, unita alla facoltà di giudicare, offendeva i veri dritti del Principe, e la libertà del Cittadino. Nella riforma, che egli fece della legislazione de' Longobardi, volle, che ne' casi, ne' quali la legge era oscura, si ricorresse al Sovrano per interpretarla<sup>60</sup>.

L'A., dopo aver ricordato che anche nell'*Ordonnance civile* del 1667 di Luigi XIV si vietava l'*interpretatio* e si imponeva il riferimento al legislatore<sup>61</sup>, si domanda «quale sarà dunque il ministero de' Magistrati?»<sup>62</sup>. La funzione del giudice sarà soltanto «cognizione del fatto, applicazione letterale della legge: ecco a che si riducono tutti i doveri d'un Giudice»<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pp. 45.

<sup>60</sup> *Ibid.*, pp. 45-46.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 46. Sull'*Ordonnance civile* e l'interpretazione sono fondamentali le considerazioni di Nicola Picardi, secondo il quale «non è possibile vietare o limitare l'interpretazione giudiziale: essa finisce per la natura delle cose col debordare da qualsiasi barriera che le si voglia imporre, come è dimostrato anche dalle esperienze successive. Il tentativo del *Code Louis* resta, tuttavia, una spia significativa del disegno di imporre un modello di legislazione senza giurisdizione che rappresenta la rottura con il modello del diritto comune, sollecitato dalla opposta tentazione di una giurisprudenza senza legislazione. Siamo già alle matrici della concezione del giudice *bouche de la loi* e della interpretazione «meccanica» della legge», N. PICARDI, *Introduzione*, in *Code Louis*, I, *Ordonnance civile 1667*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. XXIX-XXX.

<sup>62</sup> G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, cit., p. 46.

<sup>63</sup> *Ibid.*, 46. Sulle conseguenze del *Dispaccio* del 1774 si veda, tra gli altri, M. TITA, *Sentenze senza motivi. Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai Dispacci del 1774*, Napoli, Jovene, 2000.



## 8. *Il référé législatif*

L'istituzione nella Francia rivoluzionaria del *référé législatif* rappresentò una sorta di epilogo nella evoluzione della dottrina illuministica sull'interpretazione della legge.

Nel *référé législatif*, istituto paradigmatico della teoria della separazione assoluta tra normazione e giurisdizione confluirono tutti gli elementi caratteristici delle concezioni dell'interpretazione elaborate nel corso del XVIII secolo<sup>64</sup>. Tale istituto, stabilito dall'Assemblea costituente nel 1790, vietava al giudice l'interpretazione della legge, imponendogli di rivolgersi al legislatore per la soluzione di dubbi interpretativi o in seguito all'individuazione di una lacuna legislativa. Il legislatore avrebbe fornito una interpretazione autentica, attraverso l'emanazione di una legge interpretativa che il giudice *a quo* avrebbe applicato alla controversia oggetto del giudizio. Il sistema si articolava in un *référé* al legislatore di carattere «obbligatorio», richiesto dal Tribunale di cassazione nel caso di conflitto con il giudice di rinvio provocato dal suo mancato adeguamento al pronunciamento della Cassazione (art. 21, II co., legge 27 novembre-1 dicembre 1790), e in un *référé* «facoltativo», che aveva origine invece da un dubbio interpretativo individuato dal giudice di merito (art. 12, tit. II, legge 16-24 agosto 1790).

L'istituto del *référé* intendeva impedire ai giudici di esercitare, tramite l'attività interpretativa, funzioni normative, ritenute di competenza esclusiva del legislatore. Il giudice, in ossequio alle teorie illuministiche della giurisdizione, si sarebbe dovuto limitare a individuare la legge che disciplinava la fattispecie oggetto del giudizio e applicarla in modo «meccanico», attraverso un procedimento di tipo sillogistico.

L'attuazione del *référé législatif* provocò in Francia la paralisi della giustizia. I giudici fecero frequentemente ricorso alla procedura del *référé* interrompendo i giudizi, mentre il legislatore non era in grado di rispondere tempestivamente alle richieste di soluzione di dubbi interpretativi. L'istituto del *référé législatif* pose inoltre una rilevante questione di principio, in quanto la richiesta di emanazione di una legge interpretativa in pendenza di lite, rischiava di trasformare il legislatore in giudice. Si realizzava così una forma d'ingerenza del le-

<sup>64</sup> Sul *référé* si veda Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965; C. Bloch-J. Hilaire, *Interpréter la loi. Les limites d'un grand débat révolutionnaire*, in *Miscellanea Forensia Historica J. Th. de Smidt*, Amsterdam, Werkgroep Grote Raad van Mechelen, 1988, pp. 29-48; P. Alvazzi del Frate, *Giurisprudenza e 'référé législatif' in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, Giappichelli, 2005.

gislativo nell'amministrazione della giustizia e dunque una violazione del principio di separazione dei poteri. Il *référé législatif*, istituito in base a una rigida concezione di tale principio, divenne paradossalmente nei fatti uno strumento di condizionamento della giustizia da parte del legislatore. Il *référé législatif*, considerato in dottrina come un istituto avulso dalla realtà e troppo schematico, fu definito da François GénY come «une erreur législative», un «incident, éphémère et presque oublié», al quale non si può riconoscere «la moindre influence positive»<sup>65</sup>.

Il *référé législatif*, che negli anni della Convenzione ebbe una certa effettività, fu progressivamente abbandonato sotto il Direttorio e nel periodo napoleonico.

### 9. Il Code Civil e la riabilitazione della giurisprudenza

La crisi della concezione illuministica dell'interpretazione giudiziale si manifestò con tutta evidenza con l'avvento del regime napoleonico, quando a prevalere fu un atteggiamento pragmatico tendente a correggere gli eccessi della cultura giuridica rivoluzionaria, anche grazie al recupero di principi e istituti della tradizione. Si trattò di un ampio fenomeno di rivalutazione della giurisprudenza che condusse al superamento della rigida concezione del giudice *bouche de la loi*. Ciò consentì al giudice una maggiore latitudine interpretativa.

Il nuovo orientamento emerge chiaramente dal noto *Discours préliminaire* di Portalis al progetto di codice civile del 1801. Compito della legge – secondo Portalis – è quello di «fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit... et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière», mentre spetta alla giurisprudenza e alla dottrina «en diriger l'application», poiché «une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges»<sup>66</sup>. Per questo – proseguiva il *Discours* – in tutti gli ordinamenti si formano orientamenti giurisprudenziali che affiancano la legislazione e ne costituiscono una sorta di elemento complementare:

<sup>65</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, II ed., Paris, LGDJ, 1919, I, pp. 85, 88.

<sup>66</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827, I, p. 470. Cfr. ora J. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, a cura di R. CALVO, Napoli, ESI, 2013.

de là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrine qui s'épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation<sup>67</sup>.

Con l'emanazione del *Code civil* nel 1804, il cui art. 4 sanzionava il rifiuto del giudice di pronunciarsi con «il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge<sup>68</sup>», la situazione cambiò completamente e l'interpretazione della legge divenne un «obbligo» per il giudice, cui non era possibile sottrarsi senza commettere un «diniogo di giustizia». L'art. 4 abrogò tacitamente il *référé législatif facultatif*, mentre quello obbligatorio fu abolito soltanto con la legge 1° aprile 1837<sup>69</sup>. Come osserva Piero Calamandrei, «la concezione rivoluzionaria era così addirittura capovolta: poiché, ferma restando al potere legislativo la riserva della interpretazione autentica, l'interpretazione giurisprudenziale, anziché vietata, era ai giudici, non solo permessa, ma fin anche imposta!»<sup>70</sup>.

La funzione della giurisprudenza, che la Rivoluzione aveva inteso eliminare, era riabilitata grazie all'abolizione del *référé législatif*. Il ruolo che essa avrebbe esercitato non era evidentemente paragonabile a quello delle Corti di giustizia d'*Ancien Régime*, in quanto con l'affermazione del monopolio normativo dello Stato, la codificazione del diritto e la separazione dei poteri, i rapporti tra normazione e giurisdizione erano profondamente mutati.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> L'art. 4 recitava infatti «le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice».

<sup>69</sup> Sulla complessa vicenda della sua abrogazione si vedano, Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif*, ct., pp. 92 ss.; e P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e 'référé législatif'*, cit., pp. 133 ss.

<sup>70</sup> P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, *Storia e legislazioni*, Torino, Fratelli Bocca, 1920 (ora in ID., *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, VI, Napoli, Morano, 1976, da cui citiamo), p. 466.

