LEZIONE VII

IL *CODE CIVIL* E L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE

di Paolo Alvazzi del Frate

SOMMARIO: 1. Le disposizioni preliminari del codice civile. – 2. La teoria dell'interpretazione nel periodo rivoluzionario e il *référé législatif*. – 3. Il Libro preliminare del progetto del codice civile. – 4. Portalis e il *Discours préliminaire* sul progetto del codice civile. – 5. Il Titolo preliminare. – 6. L'art. 4 del *Code civil*. – 7. Considerazioni conclusive.

1. LE DISPOSIZIONI PRELIMINARI DEL CODICE CIVILE

L'individuazione di regole atte a disciplinare la produzione e l'applicazione delle norme giuridiche – ossia le "norme di produzione" o "di riconoscimento", – è da sempre fondamentale in tutti gli ordinamenti giuridici. Con le codificazioni del XIX secolo tali norme furono formalizzate e collocate nei titoli preliminari dei codici civili: ciò – osserva Alessandro Giuliani – "*ha assicurato ad essi non solo il valore di* leges legum, *ma altresì un valore costituzionale*" (Giuliani, p. 4). La disciplina dettata dalle "disposizioni preliminari" – abitualmente denominate *Preleggi* – non si limita alla sola materia civile, ma si estende alla legge "in generale", e dunque anche a quella costituzionale, assumendo così carattere materialmente costituzionale. I titoli preliminari del codice civile sono frutto "*di un patrimonio di idee comuni alla legislazione dell'illuminismo, come a quello della rivoluzione e della stessa restaurazione: a) il primato della legge, con la esclusione delle altre fonti concorrenti (consuetudine, dottrina, giurisprudenza); b) il valore garantistico del codice civile, che diviene la* magna carta *dei diritti individuali; c) la subordinazione del giudice funzionario al legislatore*" (Giuliani, p. 4).

È il caso, ad esempio, delle *Disposizioni sulla legge in generale* che precedono il Codice civile italiano del 1942 e disciplinano nel Capo I (artt. 1-9) le fonti del diritto e, nel secondo (artt. 10-15), l'applicazione della legge (l'obbligatorietà, gli effetti nel tempo e l'interpretazione). Anche il Codice civile del Regno di Sardegna del 1837 e il primo Codice unitario, il c.d. "Codice Pisa-

nelli" del 1865, erano preceduti rispettivamente da un *Titolo preliminare* (artt. 1-17) e da *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale* (12 articoli). I codici civili italiani – com'è noto – si ispirarono ampiamente al *Code Napoléon* del 1804. Tuttavia, a questo riguardo, essi si discostarono dal codice francese e accolsero soprattutto il modello dell'ABGB (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) del 1811: infatti, mentre il titolo preliminare del testo francese, di soli 6 articoli, non forniva alcuna disciplina dell'interpretazione della legge, il codice civile austriaco, nei 14 articoli della *Introduzione* (*Delle leggi in generale*) stabiliva una disciplina assai più ampia, non solo sui criteri dell'interpretazione (art. 6), ma anche sull'analogia (art. 7), sull'interpretazione autentica (art. 8) e sulla vigenza della consuetudine (art. 10).

Ma vediamo intanto la vicenda che portò all'emanazione del titolo preliminare del codice civile francese con una particolare attenzione alla teoria dell'interpretazione e alla sua disciplina, soffermandoci sull'art. 4, che sanziona per "*diniego di giustizia*" il giudice il quale, a causa "*del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza*" della legge, rifiuti di pronunciarsi sulla controversia a lui sottoposta.

2. La teoria dell'interpretazione nel periodo rivoluzionario e il *référé législatif*

Le dottrine dell'Illuminismo, sulla base dei principi della separazione dei poteri e del "primato della legge" sulle altre fonti del diritto (consuetudinarie, giurisprudenziali e dottrinarie), avevano teorizzato la realizzazione di un sistema normativo che consentisse l'applicazione della norma senza "interpretazione". Ci riferiamo ad esempio ad autori quali Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Pietro Verri e Filangieri. Ciò prevedeva per il giudice un'attività meramente meccanica di applicazione della norma al caso oggetto del giudizio, con l'esclusione di qualunque attività interpretativa. Unica interpretazione ammessa era l'*interpretazione autentica*, perché fornita dal legislatore stesso. Tali teorie costituirono il fondamento delle dottrine giuridiche dominanti negli anni della Rivoluzione francese. Ha osservato Adriano Cavanna che:

> "*il dogma illuministico della certezza e chiarezza del diritto, della sua radicale semplificazione e della tassativa subordinazione del giudice alla legge – principio che la Rivoluzione eredita da Montesquieu – diventa, in questo momento, coerentemente produttivo di un poderoso complesso di costruzioni giuridiche positive*" (Cavanna 1997, p. 36)

Principale frutto di tale orientamento in materia d'interpretazione della legge fu il sistema del c.d. *référé législatif*, istituto paradigmatico della teoria

della separazione assoluta tra normazione e giurisdizione, creato dall'Assemblea costituente nel 1790. Tale istituto vietava al giudice l'interpretazione della legge, imponendogli di rivolgersi al legislatore per la soluzione dei 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 "facoltativo", che aveva origine da un dubbio interpretativo individuato dal giudice di merito (art. 12, tit. II, legge 16-24 agosto 1790), e in un *référé* "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).

L'attuazione del sistema del *référé législatif* provocò una situazione di paralisi della giustizia. Ciò in quanto i giudici avevano frequentemente fatto ricorso alla procedura del *référé* interrompendo i giudizi, mentre il legislatore non riusciva a rispondere tempestivamente alle crescenti richieste di soluzione di dubbi interpretativi. L'istituto del *référé législatif* poneva inoltre una grave questione di principio, poiché la richiesta dell'emanazione di una legge interpretativa – o addirittura di una nuova legge – in pendenza di lite, rischiava di trasformare il legislatore in giudice. Si trattava di una forma di ingerenza del legislativo nell'amministrazione della giustizia e dunque di una violazione del principio di separazione dei poteri. Il *référé législatif*, istituito in base a una rigida concezione di tale principio, paradossalmente divenne nei fatti uno strumento di condizionamento della giustizia da parte del legislatore. È opportuno ricordare che il *référé législatif* è considerato in dottrina come un istituto avulso dalla realtà e troppo schematico: significativo è al riguardo il giudizio del civilista francese François Gény che lo ha definito "*errore legislativo*" e "*incidente effimero e quasi dimenticato della nostra storia costituzionale*", al quale non si può riconoscere "*la minima influenza positiva*" (Gény, I, pp. 85, 88).

3. Il Libro preliminare del progetto del codice civile

L'avvento del regime napoleonico fu caratterizzato da un atteggiamento pragmatico tendente a correggere gli eccessi della cultura giuridica rivoluzionaria, grazie al recupero di principi e istituti della tradizione dell'*Ancien Régime*. Anche in tema di interpretazione della legge e nella definizione dei rapporti tra giurisdizione e normazione si verificò l'abbandono di un istituto – quale il *référé législatif* – che cominciò a essere considerato frutto di un astratto schematismo, in favore della rivalutazione del ruolo interpretativo del giudice. Per agevolare il funzionamento della giustizia, la rigidità della concezio-

ne illuministica del giudice *bouche de la loi* (secondo la nota espressione di Montesquieu) fu considerevolmente attenuata sulla base di esigenze pratiche.

Allo scopo di pervenire rapidamente alla codificazione del diritto civile, dopo i tentativi non riusciti del periodo rivoluzionario, il 24 Termidoro anno VIII (12 agosto 1800) fu incaricata una nuova Commissione, composta da François-Denis Tronchet (1726-1806), Jean-Etienne-Marie Portalis (1746-1807), Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu (1747-1825) e Jacques de Maleville (1741-1824). La Commissione preparò un progetto di codice che si apriva con un *Libro preliminare*, intitolato *Del diritto e delle leggi in generale*, composto da 39 articoli, divisi in sei titoli: I. *Definizioni generali* – II. *Divisione delle leggi* – III. *Della pubblicazione delle leggi* – IV. *Degli effetti della legge* – V. *Dell'applicazione e dell'interpretazione delle leggi* – VI. *Dell'abrogazione delle leggi*.

Il titolo V conteneva una vera e propria disciplina dell'interpretazione della legge. Dopo aver affermato, all'art. 1, che "*il ministero del giudice è di applicare le leggi con discernimento e fedeltà*", si riconosceva che "*sovente è necessario interpretare le leggi*" (art. 2). Si distinguevano quindi due forme d'interpretazione: quella giudiziale (o "in concreto"), originata da una fattispecie concreta sottoposta a giudizio, e quella autentica (o "in astratto"), efficace *erga omnes*. Gli artt. 5, 6, 7 fornivano alcuni criteri molto generali per l'interpretazione: si affermava, ad esempio, che "*quando una legge è chiara non bisogna eluderne la lettera con il pretesto di penetrarne lo spirito*" (art. 5) e si vietava al giudice di introdurre eccezioni non previste dalla legge e di distinguere ove la legge non distingueva (art. 7).

Particolarmente importanti erano le disposizioni che stabilivano:

– il divieto per il giudice di emanare disposizioni di carattere generale (art. 3: "*Il potere di pronunciarsi in forma di disposizione generale è vietato ai giudici*");

– l'obbligo per il giudice di giudicare in ogni caso le controversie a lui sottoposte (art. 12: "*Il giudice che rifiuti o che differisca il giudizio con il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, si rende colpevole d'abuso di potere o di diniego di giustizia*");

– la possibilità per il giudice di far ricorso in materia civile all'equità e alla consuetudine, in presenza di una lacuna legislativa (art. 11: "*Nelle materie civili, il giudice, in mancanza di una legge precisa, è un ministro di equità. L'equità è il ritorno alla legge naturale, o agli usi stabilitisi nel silenzio della legge positiva*").

Quest'ultima disposizione rappresentava la novità più rilevante: l'art. 11, che consentiva al giudice di divenire *ministro di equità* e di riferirsi al diritto naturale e alla consuetudine in caso di lacuna legislativa, avrebbe in gran parte riconosciuto alla giurisprudenza quella funzione creativa che essa aveva e-

sercitato nell'*Ancien Régime*, proprio quella funzione che la Rivoluzione aveva aspramente combattuto.

Nel complesso, dal titolo V del progetto del libro preliminare emerge chiaramente la volontà di assegnare al giudice un ruolo del tutto diverso rispetto a quello previsto dalla legislazione del periodo rivoluzionario.

4. PORTALIS E IL *DISCOURS PRÉLIMINAIRE* SUL PROGETTO DEL CODICE CIVILE

Il *Discours préliminaire* del Portalis, che accompagna il progetto di codice civile del 1° piovoso Anno IX (21 gennaio 1801), è un testo di grande rilievo e notorietà, perché rappresenta una sorta di manifesto programmatico della codificazione napoleonica, non solo civilistica. È dunque utile cercare nel *Discours préliminaire* le ragioni dell'abbandono delle teorie rivoluzionarie sull'interpretazione della legge da parte del legislatore napoleonico.

Nel testo il Portalis ricorda come l'istituto del *référé facultatif* avesse rallentato il corso della giustizia e come la giurisprudenza della Cassazione lo avesse evidenziato:

"*sul fondamento della massima seconda la quale i giudici devono ubbidire alle leggi e che è loro vietato di interpretarle, i Tribunali, in questi ultimi anni, hanno inviato con dei référés i processi al potere legislativo, tutte le volte che non disponevano di una legge, o che la legge appariva loro oscura. Il Tribunale di cassazione ha sempre represso questo abuso come diniego di giustizia*" (Fenet, I, p. 474).

Secondo il Portalis, il ricorso al *référé* in pendenza di lite aveva affidato al legislatore funzioni giurisdizionali, con evidenti rischi per l'imparzialità e la correttezza nell'amministrazione della giustizia: "*costringere il magistrato a ricorrere al legislatore sarebbe ammettere il più funesto dei principi; sarebbe rinnovare tra noi, la disastrosa legislazione dei rescritti*" (Fenet, I, pp. 474-475).

La netta condanna dell'istituto pronunciata dal Portalis non era fondata solo su ragioni pratiche, ma, più in generale, sulla necessità di ridefinire la concezione della giurisdizione e di restituire al giudice funzioni interpretative. Un codice – proseguiva il Portalis – non può disciplinare tutte le fattispecie e non può definirsi completo: "*prevedere tutto, è un obbiettivo impossibile da raggiungere*" (Fenet, I, p. 467). Non si può imporre al legislatore "*il terribile compito di non lasciare nulla alla decisione del giudice*" (Fenet, I, p. 469):

"*per quanto si faccia, le leggi positive non saprebbero mai sostituire interamente l'uso della ragione universale nelle cose della vita. I bisogni della società sono così diversi, la comunicazione degli uomini così attiva, i loro interessi sono così numerosi, e i loro rapporti così estesi, che è impossibile per il legislatore provvedere a tutto (...) Un codice,*

per quanto completo possa apparire, non è compiuto che già mille questioni inattese si presentano al magistrato. Perché le leggi, una volta emanate, restano così come sono state scritte. Gli uomini invece, non si riposano mai e questo movimento (...) produce, in ogni istante, qualche combinazione nuova, qualche fatto nuovo, qualche risultato nuovo" (Fenet, I, p. 469).

Il compito della legge è quello di "*fissare, a grandi linee, le massime generali del diritto*", mentre spetta alla giurisprudenza e alla dottrina "*dirigerne l'applicazione*", poiché "*una quantità di cose sono ... necessariamente lasciate alla forza dell'uso, alla discussione degli uomini eruditi, alla valutazione dei giudici*" (Fenet, I, p. 470).

Un rifiuto così radicale delle concezioni della giurisdizione e della normazione sulle quali il legislatore rivoluzionario aveva costruito l'ordinamento potrebbe apparire sorprendente, se non si tenesse conto del mutamento del clima politico e culturale provocato dall'avvento del regime napoleonico. Le parole del Portalis, giustamente note, rappresentano una vera e propria riabilitazione della giurisprudenza e della dottrina:

"*presso tutte le nazioni civilizzate, si vede sempre formarsi, accanto al santuario delle leggi, e sotto la sorveglianza del legislatore, un deposito di massime, di decisioni e di dottrina che si aggiorna quotidianamente attraverso la pratica e l'effetto dei dibattiti giudiziari, che si accresce senza sosta di tutte le conoscenze acquisite e che costantemente è stato considerato come il vero supplemento della legislazione*" (Fenet, I, p. 470).

La completezza della legislazione sarebbe stata auspicabile ma, data l'impossibilità di una sua effettiva realizzazione, il ricorso alla consuetudine, alla giurisprudenza, alla dottrina e al diritto naturale risultava indispensabile

"*in mancanza di un testo preciso su ogni materia, un uso antico, costante e ben stabilito, una serie ininterrotta di decisioni simili, una opinione o una massima accolta, sostituiscono la legge. Quando non si è diretti da niente di ciò che è stato stabilito o che si conosce, quando si tratta di un fatto del tutto nuovo, si risale ai principi del diritto naturale. Perché se la previdenza dei legislatori è limitata, la natura è infinita, essa si applica a tutto ciò che può riguardare gli uomini*" (Fenet, I, p. 471).

Dopo aver riabilitato dottrina e giurisprudenza, il Portalis si propone di definire il concetto d'interpretazione della legge, distinguendo l'interpretazione *in concreto*, consentita al giudice, da quella *in astratto* o autentica, di competenza del solo legislatore:

"*l'interpretazione 'per via di dottrina', consiste nel cogliere il vero senso delle leggi, nell'applicarle con discernimento, nel supplirle nei casi che esse non hanno regolato. Senza questa forma d'interpretazione potremmo immaginare la possibilità di svolgere la funzione di giudice?*

L'interpretazione 'per via di autorità', consiste nel risolvere le questioni e i dubbi, per via regolamentare o di disposizioni generali. Questo modo di interpretare è il solo che sia proibito al giudice.

Quando la legge è chiara bisogna seguirla, quando è oscura bisogna ricercarne le disposizioni. Se manca la legge, bisogna consultare la consuetudine o l'equità. L'equità è il ritorno alla legge naturale, nel silenzio, la contraddittorietà o l'oscurità delle leggi positive" (Fenet, I, p. 474).

Il Portalis, nel concludere le sue riflessioni dedicate alla interpretazione della legge, distingue la cultura del legislatore da quella del giudice e, per vincere la resistenza dei giuristi fedeli alle concezioni rivoluzionarie, sottolinea la rilevanza normativa della giurisprudenza e della consuetudine:

"*c'è una scienza per i legislatori, come ce n'è una per i magistrati e l'una non somiglia all'altra. La scienza del legislatore consiste nel trovare in ogni materia i principi più favorevoli al bene comune; la scienza del magistrato consiste nel mettere in azione questi principi, diramarli ed estenderli attraverso un'applicazione saggia e ragionata, alle fattispecie private (...) Bisogna che il legislatore vegli sulla giurisprudenza ... ma bisogna che ve ne sia una (...) Spetta all'esperienza colmare successivamente i vuoti da noi lasciati. I codici dei popoli si fanno con il tempo, ma, in effetti, non siamo noi a farli*".

Dunque il Portalis intendeva superare l'accezione negativa del termine "interpretazione" che si era affermata negli anni della Rivoluzione e ne evidenziava l'importanza e l'ineludibilità nell'attività giurisdizionale. La precisa distinzione tra "interpretazione in astratto", o autentica – emanata dal legislatore e vincolante *erga omnes* – e "interpretazione in concreto", o giudiziale – la cui efficacia è rigorosamente limitata alle parti in giudizio – consentiva al Portalis di chiarire che soltanto la prima è vietata al giudice, mentre la seconda è presupposto necessario dell'applicazione della legge alla fattispecie concreta.

5. Il Titolo preliminare

Nel corso dell'*iter* di approvazione del codice civile, il progetto del Libro preliminare fu oggetto di tali critiche da indurre la Commissione ad abbandonarlo. Ricco di riferimenti teorici e di complesse definizioni, il Libro preliminare fu considerato troppo "giusnaturalistico" e "filosofico": lo stesso Portalis parlò di definizioni *"vaghe e astratte, la cui nozione è spesso più difficile da stabilire che quella della cosa stessa che si definisce"* (Fenet, VI, p. 43).

Dal suo testo si stralciarono i titoli III, IV e V, e si ricavò un Titolo preliminare, (*Della pubblicazione, degli effetti, e dell'applicazione delle leggi in generale*) di soli 6 articoli, che non aveva le ambizioni del Libro originale e so-

prattutto accantonava gli espliciti riferimenti giusnaturalistici.

Non possiamo qui dar conto del dibattito sul Titolo preliminare che si svolse davanti alle assemblee legislative. Ci limitiamo a ricordare che esso fu di grande interesse, in quanto, nonostante i fautori delle nuove concezioni fossero in maggioranza, i difensori del *référé législatif* e della concezione 'meccanica' della giurisdizione ebbero modo di riproporre le argomentazioni tipiche delle dottrine del periodo rivoluzionario.

Questo il testo del Titolo preliminare del *Code Napoléon* nella sua formulazione definitiva:

"Art. 1. – Le leggi hanno esecuzione in tutto il territorio francese in forza della promulgazione fatta all'Imperatore. – Esse sono osservate in qualunque parte dell'Impero, dal momento in cui può esserne conosciuta la promulgazione. – La promulgazione fatta dall'Imperatore dovrà ritenersi conosciuta nel dipartimento in cui risederà l'Imperatore, un giorno dopo quello della promulgazione; e in ciascuno degli altri dipartimenti dopo lo stesso termine, coll'aggiunta di altrettanti giorni, quante decine di miriametri (circa dieci leghe antiche) sarà distante il capoluogo di ciascun dipartimento, dalla città dove sarà stata fatta la promulgazione.

Art. 2. – La legge non dispone che per l'avvenire, essa non può avere effetto retroattivo.

Art. 3. – Le leggi di polizia e di sicurezza obbligano tutti quelli che dimorano nel territorio. – I beni immobili, anche quelli posseduti da stranieri, soggiacciono alla legge francese. – Le leggi che riguardano lo stato e la capacità delle persone regolano i francesi anche residenti in un paese straniero.

Art. 4. – Il giudice che rifiuterà di giudicare con il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, potrà essere perseguito quale colpevole di diniego di giustizia.

Art. 5. – È proibito ai giudici pronunciarsi in via di disposizione generale o di regolamento nelle cause di loro competenza.

Art. 6. – Le leggi che interessano l'ordine pubblico o il buon costume, non possono essere derogate da convenzioni particolari".

Nella formulazione del testo definitivo del Titolo preliminare, le disposizioni relative all'interpretazione della legge furono soltanto quelle contenute nell'art. 4:

"Il giudice che rifiuterà di giudicare con il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, potrà essere perseguito come colpevole di diniego di giustizia".

e nell'art. 5:

"È proibito ai giudici di pronunciarsi in via di disposizione generale regolamentare nelle cause di loro competenza".

Il Portalis, nell'*Exposé des motifs* al Corpo legislativo, ribadì la necessità che il giudice "*abbia il diritto di interpretare le leggi e di supplire ad esse*" (Fenet, VI, p. 360). Ma, al tempo stesso, ricordò i limiti indispensabili all'azione del giudice per la garanzia della separazione dei poteri:

"*Il giudice diventerebbe legislatore se potesse pronunciarsi attraverso atti regolamentari sulle cause sottoposte al suo Tribunale. Un giudizio non obbliga se non le parti tra le quali interviene. Un regolamento obbligherebbe tutti i cittadini e il Tribunale stesso. Ci sarebbero ben presto tante legislazioni quante sono le giurisdizioni*" (Fenet, VI, p. 361).

Obiettivo dichiarato dell'art. 4 fu dunque l'abrogazione del *référé législatif* facoltativo, attraverso l'imposizione dell'obbligo per il giudice di pronunciarsi *comunque* sulla causa in giudizio, facendo ricorso ai tradizionali strumenti interpretativi: l'analisi dei lavori preparatori del *Code civil* lo conferma pienamente.

Nel presentare il progetto dell'articolo, il Portalis affermò: "*questo articolo ha come obiettivo di impedire ai giudici di sospendere o di rinviare arbitrariamente le loro decisioni attraverso i référés al legislatore*" (Fenet, VI, p. 15). Gli espliciti riferimenti alla necessità di impedire la sospensione dei giudizi a causa del ricorso al *référé* furono innumerevoli. Come, ad esempio, le parole di Jean Grenier, pronunciate al Tribunato il 9 ventoso anno XI, (28 febbraio 1803), che confermano l'intento del legislatore di por fine all'abuso "*dei numerosi référés da parte dei Tribunali che schiacciavano il Corpo legislativo*". Quanto all'art. 5, il Grenier riteneva che si trattasse di "*una conseguenza della divisione dei poteri, e ogni riflessione per provarne il merito sarebbe oziosa*" (Fenet, VI, p. 376). Louis-Joseph Faure, membro del Tribunato, nel suo intervento del 14 ventoso anno XI (5 marzo 1803), affermò che l'art. 4 del progetto, imponendo al giudice di fare giustizia, avrebbe evitato gli inconvenienti provocati dall'istituto del *référé* facoltativo. Ciò avrebbe comportato, in caso di lacuna legislativa, in materia civile, il ricorso all'equità e al diritto naturale, mentre, nei giudizi penali, all'assoluzione dell'imputato:

"*in sintesi, per ogni causa, sia civile, sia criminale, o la legge parla, o essa tace. Se la legge parla, bisogna giudicare conformandosi alla sua volontà. Se essa tace, bisogna comunque giudicare ma con la differenza che, quando si tratta di una causa civile, i giudici devono basarsi sulle regole dell'equità, che consistono nelle massime di diritto naturale, di giustizia universale e razionale, e che, quando si tratta di un processo criminale, l'accusato deve essere assolto, visto il silenzio della legge*" (Fenet, VI, pp. 387-388).

Nel caso fossero rimasti dubbi interpretativi, il giudizio sarebbe spettato alla Cassazione:

"*Se infine restano ancora delle difficoltà? Spetta al Tribunale di cassazione la loro risoluzione; Tribunale supremo, stabilito per venire in soccorso dei cittadini nei casi in cui fossero state applicate delle leggi che non dovevano esserlo, così come in quelli dove non si fosse trovata alcuna legge applicabile, quando ne esisteva una che doveva essere applicata*" (Fenet, VI, p. 388).

6. L'ART. 4 DEL *CODE CIVIL*

Certamente il carattere 'giusnaturalistico' delle disposizioni preliminari del codice che il Portalis aveva auspicato, fu considerevolmente attenuato dall'esclusione dell'art. 11. Senza quella disposizione – appunto l'art. 11 del Libro preliminare – che assegnava al giudice il ruolo di "ministro di equità" nel caso di silenzio della legge e consentiva il ricorso al diritto naturale e alle consuetudini, l'art. 4 del Titolo preliminare fu "*inquadrato entro una prospettiva squisitamente legalistica*" (Solimano, p. 568). Tale lettura *positivistica* dell'art. 4 appare dunque come una conseguenza del mancato inserimento nel Titolo preliminare dell'art. 11. Al proposito le parole di Norberto Bobbio sono molto efficaci:

"*La* ratio *dell'art. 4 del Codice Napoleone, nell'intenzione dei suoi compilatori, era quella di evitare gli inconvenienti di una prassi giudiziaria instauratasi durante la Rivoluzione, per cui i giudici, quando non disponevano di una precisa norma legislativa, si astenevano dal decidere la causa e rinviavano gli atti al potere legislativo per ottenere disposizioni in proposito ... I redattori ... avevano voluto eliminare questo inconveniente [il référé législatif], dettando l'art. 4, che imponeva al giudice di decidere in ogni caso, e l'art. 11, che indicava i criteri in base a cui decidere nel silenzio o comunque nell'incertezza della legge. Eliminato il secondo articolo, il primo – considerato isolatamente e a prescindere dai motivi storici che lo avevano suggerito – venne inteso dai primi interpreti del codice in modo completamente diverso: esso venne cioè interpretato nel senso che si dovesse sempre ricavare dalla legge stessa la norma per risolvere qualsiasi coontroversia. Tale articolo infatti è stato uno degli argomenti più frequentemente citati dai giuspositivisti per dimostrare che, dal punto di vista del legislatore, la legge comprende la disciplina di tutti i casi, cioè per dimostrare la c.d. completezza del codice*" (Bobbio, pp. 84-85).

Nonostante il suo ridimensionamento, l'art. 4 del *Code civil* ha comunque assunto un significato profondamente innovativo, non solo in campo civilistico, ma anche per quanto riguarda l'assetto dei poteri pubblici. Ciò è universalmente riconosciuto in dottrina: è sufficiente ricordare le parole del Carré de Malberg che ne sottolinea "*l'importanza capitale*", paragonabile a quella di tanti testi costituzionali:

"*l'art. 4 fa dunque del giudice un arbitro di Stato, che dispone di un potere indefinito di risolvere le liti e, a questo scopo, della facoltà, non soltanto di fondarsi sul diritto legi-*

slativo con l'applicazione pura e semplice o con l'interpretazione della legge, ma anche di creare del diritto giudiziario tutte le volte che è indispensabile supplire al silenzio della legge. In una parola, l'art. 4 consacra, nel diritto positivo francese, il principio capitale secondo il quale la funzione giurisdizionale consiste, a volte, nel creare inter partes *un diritto nato dal solo potere del giudice*" (Carré de Malberg, I, pp. 734-735).

In sintesi si può affermare che, con l'art. 4 del codice, si passò dall'imposizione al giudice del "divieto d'interpretazione" – originata dal *référé législatif* – alla previsione "dell'obbligo d'interpretazione". 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!"*, (Calamandrei, I, p. 466).

La genesi dell'art. 4 del *Code civil* evidenzia chiaramente il proposito del legislatore di abrogare il *référé législatif* facoltativo e d'impedire al giudice la sospensione del giudizio anche in presenza di dubbi interpretativi o di lacune legislative. Ciò sebbene l'art. 12, tit. II, della legge 16-24 agosto 1790, istitutiva del *référé*, non fosse stato espressamente abrogato. Il giudice, se necessario, avrebbe potuto far ricorso ad un'ampia gamma di strumenti interpretativi, dall'analogia, ai principi generali, al diritto naturale. Seppur solo in situazioni particolari, si restituiva efficacia alle fonti della tradizione dell'*Ancien Régime*, ossia al *droit commun coutumier* e al diritto romano, inteso quale *ratio scripta*. Come ha rilevato François Gény, l'art. 4 permise al giudice "*di ricercare l'equità che dovrebbe ispirarlo, in mancanza del testo, nel diritto antico, in particolare anche nel diritto romano, considerato non più come legislazione in vigore, ma soltanto come ragione scritta*" (Gény, I, p. 103). Così, "*dottrina e giurisprudenza* – ha osservato Ugo Petronio – *recuperarono la tradizione consolidata del diritto romano e della scienza giuridica medievale, gettando anche in tema di interpretazione un ponte ... tra il vecchio e il nuovo*" (Petronio 2004, p. 457).

Ciò detto, rimane però fermo il fatto – evidenziato dalle ricerche del Grilli (2005) – che il recupero del "diritto precedente" avviene anche sulla scorta delle riflessioni e delle preoccupazioni di magistrati di non poche corti dell'Impero sulla effettiva completezza del *corpus* dell'intero codice, di cui in sostanza si dubitava potesse contenere la risoluzione di tutti i casi di specie suscettibili di presentarsi all'attenzione del giudice.

I lavori preparatori evidenziano come, con l'emanazione del codice e il superamento della concezione della giurisdizione caratteristica dell'ordinamento rivoluzionario, siano derivate importanti acquisizioni dottrinali, quali:

– l'ineludibilità della funzione interpretativa del giudice ai fini dell'applicazione della legge;

– la consapevolezza dell'insufficienza della legge e della necessità di consentire al giudice di colmare le lacune legislative, anche con il ricorso a fonti non-legislative (giurisprudenziali e consuetudinarie);

– la precisa distinzione tra intepretazione giudiziale (o *in concreto*) e interpretazione autentica (o *in astratto*).

L'art. 4 del *Code civil* modificò al tal punto le funzioni interpretative del giudice da indurre la dottrina ottocentesca a considerare la legislazione francese come "*una di quelle che, sotto il controllo della Corte di cassazione, lasciano la più grande latitudine alla valutazione giuridica dell'interprete*" (Gény, I, p. 103).

È opportuno ricordare come la dottrina abbia individuato una certa ambiguità nella formulazione dell'art. 4: non è appariva chiaro se il giudice potesse far ricorso alla *eterointegrazione*, ossia riferirsi a valori e principi "esterni" rispetto al diritto legislativo, oppure si dovesse limitare alla sola *autointegrazione*. Secondo quest'ultimo orientamento – che si affermò in Francia con la c.d. "Scuola dell'Esegesi" – anche in presenza di una lacuna legislativa, il giudice avrebbe dovuto rinvenire soltanto nella legge positiva la disciplina necessaria per risolvere la controversia oggetto del giudizio. A prevalere, nel clima giuspositivistico del XIX secolo, fu questa interpretazione stettamente legalistica e statualistica dell'art. 4 del *Code civil*.

7. Considerazioni conclusive

Le uniche norme relative all'interpretazione del codice civile napoleonico sono dunque quelle contenute negli artt. 4 e 5 del Titolo preliminare. In sostanza si può affermare che il codice francese non disciplini l'interpretazione e *non fornisca alcun criterio*, se non l'obbligo per il giudice di "giudicare", anche in assenza di una specifica norma legislativa (art. 4), e il divieto di estendere *erga omnes* l'efficacia delle decisioni giudiziarie (art. 5). Furono le critiche suscitate dal Libro preliminare a suggerire alla Commissione di rinunciare a fornire criteri sull'interpretazione della legge. Come rileva Gian Savino Pene Vidari, "*non si fissò alcuna regola per l'interpretazione, manifestando grande fiducia da una parte per la chiarezza e completezza del codice, dall'altra per la correttezza del giudice, controllato dalla Cassazione*" (Pene Vidari, p. 49).

Contrariamente al codice francese, quello austriaco del 1811 (l'ABGB) affrontò il tema, dettando alcuni canoni interpretativi. Ci riferiamo, in particolare, agli artt. 6 e 7:

"Art. 6. – Nell'applicare la legge non è lecito attribuirle altro senso che quello che si manifesta dal proprio significato delle parole secondo la connessione di esse, e dalla chiara intenzione del legislatore.

Art. 7. – Qualora una causa non si possa decidere né secondo le parole, né secon-

do il senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi simili precisamente decisi dalle leggi e ai motivi di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno il caso dubbioso, si dovrà decidere secondo i principi del diritto naturale, avuto riguardo alle circostanze raccolte con diligenza e maturamente ponderate".

Anche il codice sardo del 1837 si allontanò, a questo riguardo, dal modello napoleonico e riprese, con una formulazione pressoché identica, il testo degli artt. 6 e 7 del codice austriaco, con gli artt. 14 e 15 del Titolo preliminare:

"Art. 14. Nell'applicare la legge non è lecito d'attribuirle altro senso che quello che si manifesta dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

Art. 15. Qualora una controversia non si possa decidere né dalla parola, né dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi simili precisamente dalle leggi decisi, ed ai fondamenti di altre leggi analoghe: rimanendo nondimeno il caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principi generali di diritto, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso".

A sua volta il "codice Pisanelli" del 1865 – primo codice dell'Italia unitaria – confermò tale scelta normativa. L'enunciato degli articoli 14 e 15 del codice sardo fu unificato nella formulazione dell'art. 3 delle *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale*:

"Art. 3 – Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i princìpi generali di diritto".

Com'è noto, l'art. 3 divenne l'art. 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale* del codice civile italiano del 1942:

"Art. 12 – Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i *princìpi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*".

L'unica modifica, introdotta nel 2° comma, fu però di grande rilievo: il ricorso ai *principi generali di diritto* del testo del 1865 si trasformò in ricorso *ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato* con una evidente accentuazione in senso positivistico e statutalistico dei 'principi generali' e ciò ha comprensibilmente destato un ampio dibattito in dottrina.

BIBLIOGRAFIA

Della vastissima letteratura sul tema è impossibile dare qui conto: ci limitiamo a ricordare alcuni dei testi che abbiamo utilizzato più frequentemente. Per la bibliografia sulle teorie dell'interpretazione tra XVIII e XIX secolo mi permetto a rinviare ai miei due studi: *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di* interpretatio *e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, Torino 2000; e *Giurisprudenza e* référé législatif *in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino 2005.

ASCHERI M., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino 2008.

BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Torino 1979.

CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la Théorie générale de l'État*, 2 tt., Paris 1920-1922 (rist. anast. Paris 2004).

CAVANNA A., *Dal diritto comune alla codificazione. Appunti dalle lezioni*, Milano 1997.

DEZZA E., *Storia della codificazione civile. Il* Code civil *(1804) e l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch *(ABGB, 1812)*.

FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vv., Paris, 1827 (rist. anast. Osnabrück 1968).

FERRANTE R., *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB*, in *Forum Historiae Iuris*, 2006, nel sito: *http://www.-forhistiur.de/zitat/0601ferrante.htm*.

GÉNY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, II ed., Paris 1919 (rist. anast. Paris 1995).

GIULIANI A., *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, I, *Premesse, disposizioni preliminari*, II ed., Torino, Utet, 1999, pp. 377-502, anche ID., *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice civile*, Torino 1999 (da cui citiamo).

GORLA G., *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Il Foro Italiano*, XCII (1969), parte V, pp. 112-132; ora in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, pp. 443-474 (da cui citiamo).

GRILLI A., *Il Code Civil nelle terre renane: tra celebrazione del mito e realtà*. In *Forum historiae juris*, Berlino 2005 (sito web del Forum Historiae Iuris del 14 ottobre 2005).

GROSSI P., *Scienza giuridica italiana Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000.

HALPÉRIN J.-L., *Le code civil*, Paris, Dalloz, 1996 (II ed. 2003).

HUFTEAU Y.-L., *Le référé législatif et le pouvoir du juge dans le silence de la loi*, Paris 1965.

HUSSON L., *Un débat révélateur: la discussion de l'art. 4 du Code Napoléon*, in *Estudios en honor del doctor Luis Recasens Siches*, coordinador F.E. RODRÍGUEZ GARCÍA, Mexico 1980, pp. 525-553.

MIERSCH M., *Der sogenannte Référé législatif. Eine Untersuchung zum Verhältnis Gesetzgeber, Gesetz und Richteramt seit dem 18. Jahrhundert*, Baden-Baden 2000.

PENE VIDARI G.S., *Le disposizioni preliminari del codice civile*, in E. GENTA-G.S. PENE VIDARI, *Storia del diritto contemporaneo*, Torino 2005, pp. 35-67.

PETRONIO U., *La lotta per la codificazione*, Torino 2002.

PETRONIO U., *Giuristi e giudici tra scoperta e invenzione del diritto in età moderna*, in M.G. DI RENZO VILLATA (a cura di), *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Napoli 2004, pp. 431-462.

SCIUMÈ A., *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo 1837-1942*, Torino 2002.

SOLIMANO S., *Il Code civil*, in A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, II, Milano 2005, pp. 553 ss.

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da Luigi Menoni, I/2, Milano 1980.