

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Urbino Carlo Bo

Note e Commenti



“QUESTI FANTASMI”. BREVI CONSIDERAZIONI INTORNO ALLO STRUMENTO DEL RÉFÉRÉ LÉGISLATIF

Francesco Ferrara

Abstract

[“Questi fantasmi”. Brief thoughts on référé législatif] This essay aims to investigate the debate about the dysfunctions of justice, in a climax of increasing tension towards an ideal legal certainty (extremized through the institute of référé législatif), as an epitome of the opposite distrust of the *interpretatio*; this, in order to develop some current consideration regarding the becoming of the “limit” between legislative power and hermeneutic activity. The Estense Code of 1771 is one of the most successful attempts at systematic legislation, among those preceding the Code Napoléon, and addressed the problem of legal certainty; above all, and in this a probable difference with many coeval attempts, by virtue of an Enlightenment ideal tempered by a pragmatic, perhaps tacit, acceptance (and functionalization) of the “limit”. A useful lesson also to the modern legislator when he seems to indulge in attitudes of open hostility towards the activity of the interpreter, concealing, in recalling the authenticity, the progressive decay of its declarative claim.

Key Words:

Interpretation; référé législatif; rule of law; codification; applicable law

Vol. 11 (2023)





“Questi fantasmi”. Brevi considerazioni intorno allo strumento del *référé législatif*

Francesco Ferrara*

Professore, professore, avevate ragione voi... I fantasmi esistono ... (...)

Però dice che ha sciolto la sua condanna, che non comparirà mai più...

(Ascolta) Come? ... Sotto altre sembianze? È probabile... chissà.

E. DE FILIPPO, *Questi Fantasmi!*

1. La (faticosa) ricerca di un punto di equilibrio

«*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac postestatem intelligere*» poteva già affermare il giurista Celso riferendosi all'attività di cognizione delle leggi, che consiste nell'indagarne lo spirito e la forza, non solo i meri segni.¹

Il problema dell'eccedenza dei rapporti sociali rispetto all'enunciato del legislatore era avvertito anche tra i giuristi italiani dell'inizio del Cinquecento, scrive Pietro Andrea Gammara che «*quoniam per legem scriptam impossibile est omnes casus comprehendere subintrat interpretatio*».²

L'interpretazione diviene attività necessaria per l'applicazione delle leggi alla molteplicità delle relazioni tra gli individui; in particolare, nel tardo Seicento, sulla scorta delle acquisizioni della teoria volontaristica del diritto, Pufendorf scrive, nel *De jure naturae et gentium*, che il senso delle norme andrebbe ricercato nella volontà del legislatore, per il cui tramite esse assumono *vis obligandi*.³

* Francesco Ferrara è Dottorando di ricerca presso l'Università di Roma 'Tor Vergata'.

Indirizzo mail: francesco.ferrara@students.uniroma2.eu.

¹ D. 1, 3, 17.

² P.A. GAMMARO, *De extensionibus*, in *Tractatus universi iuris*, XVIII, ff. 248, n.1, *Legum notitia an aliquam scientiam generet*.

³ F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico, Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf*, III, in *Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno*, già diretta da P. GROSSI, B. SORDI e continuata da P. CAPPELLINI, LVII, Milano, 2001, p. 68 ss.

Si tratta di una volontà che non da sola, però, conferisce il senso alle leggi; infatti, esse vanno indagate anche attraverso una riduzione (prefigurando un'impostazione tipica della logica deontica) ad argomenti secondo ragione, come insegna Leibnitz.⁴

Volontà e ragione, quindi, sono i due principi dialettici da cui muove l'interpretazione giuridica, alla ricerca della sintesi che conduca a soddisfare «una comune esigenza: quella di certezza».⁵

La ricostruzione delle volizioni e delle ragioni che hanno spinto il legislatore ad introdurre una certa disposizione è il precipuo compito dell'interprete, affinché essa si renda immanente per la generalità dei casi che si presentano nell'esperienza delle relazioni tra individui; tuttavia, la ricerca dell'esatta corrispondenza tra i due principi in argomento, e la varietà delle situazioni giuridiche, può fisiologicamente generare una serie di *dubia*, che impongono d'essere risolti, pena l'emersione di un necessario corollario dell'esigenza di certezza, riassunto nel brocardo *lex dubia non obligat*.⁶

Una tensione verso un'ideale certezza che si concretizza, nel "secolo dei Lumi", quale epitome dell'opposta diffidenza nei confronti dell'attività di *interpretatio*, «prodotto dell'attività di commento dei dottori e dell'attività di decisione dei tribunali, cui veniva riconosciuta autorità di diritto (oggettivo) in tutte le materie non direttamente disciplinate dalla *lex*, mentre per *lex* si intendeva il corpo del diritto romano-giustiniano e – sempre più sovente – la produzione statutaria dei sovrani e di altri organi delegati».⁷

Una sovrapposizione evidente nell'invocata separazione tra poteri statuali, che conferiva all'interprete una sostanziale legittimazione a creare nuove norme, a titolo nomopoietico, utilizzando, sovente, gli interstizi tra sistemi di diritto ipertrofici, e ormai asfittici, o compendiosi.

La severa diagnosi dello stato dell'ordinamento giuridico passava spesso proprio dalla critica all'attività dei "legulei", invocando un rimedio – in apparenza – semplice:

⁴ G.W. VON LEIBNITZ, *De legum interpretatione, rationibus, applicatione, systemate*, in *Philosophische Schriften Band 4: 1677-1690 Teil A*, Berlino, 1999, p. 2786.

⁵ T. ASCARELLI, *Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in T. Hobbes, *A dialogue a philosopher and a student of the Common Laws of England – G.W. Leibniz, Specimen questionum philosophicarum ex iure collectarum. De casibus perplexis. Doctrina conditionum. De legum interpretatione*, Milano, 1960, p. 4.

⁶ Nel Settecento una piana espressione del principio, mutuato dalla dottrina di Tommaso d'Aquino, si rinviene in A. DE' LIGUORI, *Theologia moralis*, lib. I, Tract. 1 *De Conscientia*, cap. III *De Conscientia Probabili*, L. GAUDÉ (a cura di), Milano, 1905, p. 32 ss.

⁷ Cfr.: G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. civ. comm.*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, I, 2, Milano, 1980, p. 34; S. CAPRIOLI, *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto* (IV ed.), X, Torino, 1993, pp. 13-25, voce enciclopedica confluita, con testi e riferimenti a uso degli studenti in ID., *Lineamenti dell'interpretazione*, Perugia, 2001 e con alcune integrazioni ed aggiunte e con lo stesso titolo l'opera è stata di nuovo pubblicata nel 2008 a San Marino. Per un orientamento parzialmente diverso da quello prevalente in ordine alla contrapposizione tra *interpretatio* medievale e interpretazione del diritto codificato si rinvia a: U. PETRONIO, *Attività giuridica moderna e contemporanea*, Torino, 2012, p. 17 ss., ad esempio, l'Autore, riferendosi al *Code*, nota come esso «non nacque con l'intento di costruire un diritto tutto nuovo che soppiantasse quello vecchio, o addirittura antico: se no, a che scopo ripubblicare, proprio mentre si lavorava al Codice civile, testi giuridici anche importanti aggiornati di fresco o addirittura manualetti diretti quasi esclusivamente alla pratica?». In questa prospettiva, l'*interpretatio* medievale e quella codicistica non possono essere considerate, appunto, in radicale contrapposizione.

ricondurre i *dubia* al legislatore, titolare delle volizioni e delle ragioni, attraverso l'istituto del *référé législatif*.

L'istituto in argomento era già conosciuto nella Francia dell'*Ancient Régime*, l'*Ordonnance civile* del 1667 ne prevedeva due forme: il *référé obligatoire* (art. 7) e il *référé facultatif* (art. 3, tit. I).

Nel primo caso si vietava all'interprete l'attività di integrazione e adeguamento delle leggi regie, la cui *interprétation* (cd. *interprétation in abstracto*) era affidata all'*Arrêt de règlement*, cui era riconosciuta efficacia normativa *erga omnes*; al contrario, relativamente alle altre fonti (soprattutto il *corpus* costituito dal diritto comune) al giudice era consentita questa attività di *interprétation* (cd. *interprétation in concreto*) potenzialmente creativa.

Nel secondo caso, il giudice poteva – senza sospendere il giudizio – richiedere al legislatore una interpretazione autentica, ove riscontrasse una lacuna nell'ordinamento o una fattispecie particolarmente oscura.⁸

Risulta evidente come il descritto sistema legasse le sue effettive possibilità di successo, nel limitare l'*interpretatio*, a un'attività specularmente creativa del legislatore, cui spetta il compito di formare un *corpus* giuridico quanto più indipendente possibile dal diritto comune e dalle consuetudini; soprattutto, in punto di coerenza logica interna delle disposizioni ivi contenute, in grado di garantire le condizioni per la costruzione di un moderno apparato di regole ermeneutiche.

A questa lapalissiana considerazione non è, però, purtroppo, seguita una conseguente modifica dell'ordinamento giuridico; a riprova, il divieto di *interpretatio* costituiva ancora una delle principali rivendicazioni, in tema di normazione e giurisdizione, contenute nei *cabiers de doléances del 1789*.⁹

La certezza del diritto, la selezione delle fonti e il ruolo dell'interpretazione non restavano, ovviamente, questioni francesi, ma variamente investivano gli Stati europei, i quali, ciascuno a proprio modo, si confrontavano con i vari aspetti legati al problema della disfunzione della giustizia; segnatamente, per l'Italia, esemplari risultano le regie Costituzioni piemontesi del 1723 (con le due revisioni del 1729 e del 1770), il Dispaccio di Ferdinando IV di Napoli del 1774 e il Codice Estense¹⁰ del 1771.

⁸ P. ALVAZZI DEL FRATE, *Divieto di interpretatio e référé législatif nei cabiers de doléances del 1789*, in "Panta rei". *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, Roma, 2004, p. 103 ss. Per approfondimenti sul *référé* si rinvia a: P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica: un tema settecentesco*, in P. Bonacini e E. Tavilla, *A 250 anni dal Codice estense, Historia et ius*, Roma, 2023, pp. 145-161; Id., *The référé législatif and the cabiers de doléances of 1789*, in Paola Maffei e Gian Maria Varanini (a cura di), *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*, Firenze, 2014, pp. 305-312; Id., *Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cabiers de doléances de 1789*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 2008, pp. 253-262; Id., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, 2005; K. SÓJKA-ZIELINSKA, *Le référé législatif à travers les siècles depuis Justinien jusqu'à Napoléon*, in *Le Temps et le Droit, Actes des Journées int. de la Société d'Histoire du Droit*, Nice, 2002, pp. 235-246; Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, 1965.

⁹ P. ALVAZZI DEL FRATE, *Divieto*, cit., p. 111.

¹⁰ C.E. TAVILLA, *Il Codice Estense del 1771: il processo civile tra istanze consolidatorie e tensioni riformatrici. Introduzione a Codice estense 1771*, ristampa anastatica – Testi e documenti per la storia del processo, II, Codici di procedura civile degli Stati italiani preunitari, N. Picardi e A. Giuliani (a cura di) –, Milano, 2001, p. IX ss. Per un recente contributo sul Codice estense si rinvia ai saggi contenuti

Le Regie Costituzioni piemontesi del 1770¹¹, piuttosto pragmaticamente, così disponevano: «Volendo noi, che per la decisione delle cause si osservino unicamente in primo luogo le nostre Costituzioni, in secondo luogo gli Statuti locali, purché siano approvati da noi, o dai Nostri Reali predecessori, e si ritrovino in osservanza; terzo le decisioni dei Nostri magistrati, e in ultimo luogo il testo della legge comune, così proibiamo agli avvocati di citare nelle loro allegazioni veruno dei lettori nelle materie legali ed a' giudici tanto supremi, che inferiori, sotto pena tanto contro detti giudici, che avvocati della sospensione dai loro uffizi, fino a che ne abbiano da noi riportata la grazia».¹²

Tra le fonti di produzione del diritto viene così esclusa l'*interpretatio* dei dottori, ma non si rinuncia – anzi, la si ritiene necessaria – a quella dei Tribunali supremi (da cui restano però sempre immuni le Costituzioni del principe).¹³

A questa soluzione, modesta nell'affrontare il principale *vulnus* della certezza del diritto, ma piuttosto efficace nel fornire un ausilio all'amministrazione della giustizia, si affianca quella "utopica" del Dispaccio ferdinando, con il quale, perentoriamente, si dispone che «le decisioni si fondino non già sulla nuda autorità dei dottori, che àn purtroppo nelle loro opinioni e alterato e reso incerto e arbitrario il diritto, ma sulle leggi espresse del regno e comuni. E quando non vi sia legge espressa per il caso, di cui si tratta, e si abbia da ricorrere alla interpretazione o estensione della legge, vuole il Re che questo si faccia dal giudice in maniera, che le due premesse dell'argomento siano sempre fondate sulle leggi espresse e letterali. E quando il caso sia nuovo, o talmente dubbio che non possa decidersi colla legge, né con l'argomento della legge, allora vuole il re che si riferisca alla maestà sua per ottenere il sovrano oracolo».

nel volume *A 250 anni dal Codice estense*, a cura di P. Bonacini e E. Tavilla. I contributi in argomento prendono spunto dagli interventi presentati al Convegno internazionale «Modena-Europa andata e ritorno: diritto, cultura e scienza negli anni del Codice Estense (a duecentocinquanta'anni dalla sua promulgazione, 1771-2021)», tenuto a Modena il 28-30 aprile 2021.

¹¹ Per approfondire si rinvia a: G.S. PENE VIDARI, *Legislazione e giurisprudenza nel diritto sabaudo*, in I. Birocchi e A. Mattone (a cura di), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX). Atti del Convegno internazionale. Alghero, 4-6 novembre 2004*, Roma, 2006, pp. 201-215; ID., *Giudici e processo nelle raccolte legislative sabaude settecentesche. Introduzione*, in *Costituzioni sabaude 1723*, Milano, 2002 (Testi e documenti per la storia del processo, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, II Sez.: Codici degli Stati italiani preunitari, 1), pp. IX-XL; ID.; M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi (Leggi e costituzioni di S. M. il Re di Sardegna) 1723-1729-1770*, Torino, 1928; G. QUAZZA, *Le riforme in Piemonte nella prima metà del 700*, I-II, Modena, 1957; G. ASTUTI, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, 1984, II, 585 ss.; F. MICOLO, *Le Regie Costituzioni. Il cauto riformismo di una piccola Corte*, Milano, 1984.

¹² Tit. XXII, libro III, par. 9.

¹³ Cfr.: I. SOFFIETTI e C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati sabaudi: fonti ed istituzioni (secoli XV-XIX)*, Torino, 2008, p. 53 ss.; R. BONINI, *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*, II ed., Bologna, 1988, p. 9 ss.; I. SOFFIETTI, *Le fonti del diritto nella legislazione del Regno di Sardegna nel XVIII secolo*, in *Riv. storia dir. it.*, 1987, pp. 255 ss.; G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, XI, p. 120.

Il radicale illuminismo del proposito (ispirato dal Tanucci¹⁴) si infranse alla prova della realtà giudiziaria¹⁵, infatti, far a meno di qualunque interpretazione – in special modo contando sul *corpus* di leggi del Regno – imponeva la creazione di un insostenibile catalogo di casi che andava affastellandosi all’uscio della giustizia di sua maestà reale, nell’improbabile attesa del «sovrano oracolo».¹⁶

Quale che fosse la soluzione apprestata per porre rimedio alle disfunzioni della giustizia, un comune coacervo di istanze contribuivano a formare il quadro causale del problema: agli ideali filosofici si affiancavano le esigenze pratiche della giustizia e le ambizioni dei sovrani a ricondurre entro la propria potestà l’amministrazione della stessa, nella consapevolezza – sempre accresciuta – della sua centralità nel governare gli Stati.

2. Il “caso” del Codice Estense del 1771

Se è vero che taluni fenomeni complessi si apprezzano con maggiore evidenza quando riguardano un sistema di più ridotte dimensioni, il caso del Codice Estense del 1771 costituisce un privilegiato punto d’osservazione; nonché, un considerevole tentativo di mediazione tra la volontà di conservare le strutture portanti di un certo sistema giuridico, ereditate dal diritto comune, e la tendenza ad accentrare il potere, anche per il tramite di una più efficiente amministrazione della giustizia.¹⁷

Il dibattito intorno ai malanni che attanagliavano quest’ultima era ben noto negli Stati Estensi, anche grazie a quelle opere di Ludovico Antonio Muratori¹⁸ che anticiparono (nel denunciare i vizi della giurisprudenza¹⁹) alcuni rimedi proposti, pur nella radicale differenza di impostazione metodologica, dalle dottrine dell’Illuminismo giuridico.²⁰

¹⁴ Al quale pur non sfuggiva come queste prescrizioni andassero a sovrapporsi ad un *corpus* normativo sul quale era fallita un’autentica riforma. Sul punto: R. AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, 1976, p. 45; ID., *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Napoli, 1968, p. 137 ss. Per una ricostruzione del pensiero del Tanucci v.: G. GALASSO, *Tanucci: immagine e prospettive storiografiche*, in *Bernardo Tanucci. Statista, letterato, giurista. Atti del Convegno internazionale di studi per il secondo centenario. 1783-1983*, I, Napoli, 1986, vol. I, pp. 3-21; E. VIVIANI DELLA ROBBIA, *Bernardo Tanucci e il suo più importante carteggio*, Firenze, 1942, I-II, pp. 1-620.

¹⁵ G. GORLA, *I precedenti*, cit., p. 121.

¹⁶ Ciò comportando un’incertezza interpretativa ancora maggiore da parte della giurisprudenza, che non poteva più riferirsi ai precedenti per applicare le disposizioni dell’autorità sovrana e si trovò nella condizione di dover difendere -a fini pratici- il «dottrinalismo giuridico» (da intendersi nello stile di chi si fonda sull’autorità dei precedenti dottorali o giurisprudenziali) dalle apodittiche prescrizioni del Dispaccio; le quali, invero, furono abbandonate nel 1791. Sul punto cfr.: E. PIOLA CASELLI, *Giurisprudenza*, in «Digesto Italiano», 1900-1904, XII, p. 840; G. GORLA, *Il cosiddetto "dottrinarismo giuridico" della giurisprudenza napoletana nel 1700*, in *Foro it.*, 1970, II, p. 6 ss.

¹⁷ C.E. TAVILLA, *Il Codice*, cit., p. XVII.

¹⁸ Sul ruolo del Muratori nella cultura giuridica estense v.: C.E. Tavilla, *L’influenza di Ludovico Antonio Muratori sul diritto e sulla cultura giuridica estense*, in *I difetti della giurisprudenza ieri e oggi. Giornata di studi L.A. Muratori. Atti del Convegno di Vignola 2 dicembre 2000*, coordinamento di G. ALPA, Milano, 2002, pp. 131-155.

¹⁹ I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino 2002, p. 364.

²⁰ Il riferimento è principalmente alle opere: «Dei difetti della giurisprudenza» (1742) e «Della pubblica felicità, oggetto de’ buoni principi» (1749).

Il pragmatismo del Muratori rispetto alla questione giustizia gli faceva ben intendere come dovesse essere compito precipuo del principe porre rimedio alla «sterminata copia delle opinioni de' dottori, e dalla contrarietà d'esse, madre perciò dell'incertezza» attraverso l'adozione di un «codice».

Degli effetti di questo efficientamento il sovrano poteva evidentemente giovare per accrescere il proprio potere, ed è soprattutto in quest'ottica possono essere teleologicamente intesi i tentativi di riforma che interessarono anche i domini Estensi.

Alla genesi del Codice in commento, oltre a questi favorevoli fattori culturali, parteciparono alcune condizioni che, anche in ordine all'attività interpretativa, contribuirono allo stabilirsi di un ragionevole equilibrio tra maturata consapevolezza dei mezzi e adeguatezza del fine.

Innanzitutto, l'esiguo territorio degli Stati su cui doveva dispiegarsi l'azione riformistica scontava una frammentata organizzazione amministrativa, constando di 136 distretti, di cui solo 11 erano sottoposti alla sovranità immediata del Duca, gli altri erano sottoposti ad un feudatario.²¹

Un sistema complesso cui corrispondeva la formazione di un ceto di burocrati, che già altrove²² aveva contribuito al funzionamento di un embrionale apparato statale per questo sol fine ed attraverso mezzi che molto derivavano dall'esperienza; uno strato sociale nient'affatto secondario nella realizzazione di un processo riformista che era potuto principiare, negli Stati Estensi, ben prima dell'avvento al trono di Francesco III.²³

L'eterogeneità di questo ceto burocratico, composto da «cavalieri» e da «legulei»²⁴, aveva così – fin dalla formazione del suo interno volere – sostenuto il riformismo dello Stato estense non attraverso un mero accondiscendere al dirigismo idealistico, ma, più pragmaticamente, adoperando un accorto sperimentalismo, pronto a mutare ove le frizioni tra i corpi intermedi divenissero eccessive.

Un assetto sociale sostanzialmente stabile, dunque, in virtù del mutuo riconoscimento tra ceti dominanti che, nella consapevolezza dei limiti imposti dalla condivisione di un potere frammentato, ben si disponeva ad un cauto riformismo «illuminato», a patto che esso non fosse esercitato in maniera dispotica ma in virtù di un consolidato legame di fiducia; ebbene, anche questa seconda condizione – lungi dalle

²¹ B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *La marcia dei codificatori. Il Codice estense e i suoi padri fondatori*, in *Honos alit artes*, cit., Firenze, 2014, p. 145.

²² Questo è probabilmente il caso delle Regie Costituzioni piemontesi del 1723 (e delle sue successive edizioni), in cui le pragmatiche esigenze di consolidazione non furono precedute da significative elaborazioni teoriche, ed i pur considerevoli meriti di questa sistemazione giuridica furono imputati – anche oltre il suo contributo – a Vittorio Amedeo II. In ciò un'importante differenza con il Codice Estense, ove il ruolo della dinastia è invece compartecipe a quello di un ceto intellettuale animato da moderne tendenze innovatrici. Sul punto cfr.: F. MICOLO, *Le Regie Costituzioni. Il cauto riformismo di una piccola Corte*, cit., p. 9; R. BONINI, *Il diritto privato e le sue fonti dall'Illuminismo giuridico alla fine del regno napoleonico d'Italia. Un'antologia di documenti*, Milano, 2005, p. 45. Sul ceto dirigente piemontese, riferendosi allo Zoppi ed al Caissotti, avrà invece a scrivere G. QUAZZA (*Le riforme*, cit., p. 53) «Con essi si tocca veramente la natura profonda del gruppo dirigente sabauda: di legulei privi di una vera e propria solida formazione culturale, filosofica e storica, spiriti addestrati alla analisi dei problemi pratici, non adusati alla sintesi e al giudizio generale richiesti dalla politica».

²³ G. SANTINI, *Lo Stato Estense tra riforme e rivoluzione. Le strutture amministrative modenesi del VXIII secolo*, Milano, 1983, p. 165.

²⁴ *Ibidem*.

possibilità, ma anche dai rischi, offerte dal trascendente diritto divino – sembrava rendersi immanente nel rapporto tra i sovrani estensi ed i propri sudditi.²⁵

Un equilibrio di pesi e contrappesi che sopperiva alla tendenziale impossibilità di applicare principi eccessivamente astratti, i quali, come il Dispaccio ferdinando ha dimostrato, potevano talvolta procurare malanni assai peggiori di quelli a cui si proponevano di porre rimedio.

In questo complesso ordito vi era dunque la possibilità per intervenire, cautamente, nell'organizzazione politico-amministrativa, cosa che avvenne, con modeste discontinuità rispetto al passato, con l'adozione del «Regolamento ed Ordini per lo Governo Politico, Civile ed economico de' suoi Dominij» del 1740, il quale può intendersi sia come il primo passo verso la «codificazione», sia come un fortunato epigono (rimanendo in una prospettiva di consolidazione) delle disposizioni analoghe del 1622, 1671 e 1683, che riportava «in calce».²⁶

Nel solco del già manifestato intento di accentrare le principali cariche ducali²⁷ e di semplificare l'amministrazione della giustizia, attraverso un più ordinato repertorio delle norme applicabili, vennero emanate, nel 1755, le «Provvisioni, gride, ordini e decreti da osservarsi negli Stati di Sua Altezza Serenissima».

Nel 1759 venne nominata una prima Commissione legislativa, che si proponeva un'opera più organica, sia pure in chiave ancora compilatoria, volta a raccogliere e uniformare i vari statuti locali; uno strumento utile ad assicurare un efficace controllo amministrativo sui propri domini, per il tramite di un'ideale – almeno *in nuce* – cornice edittale.²⁸

I lavori della Commissione andarono saldandosi ad un più vasto intento riformistico che investiva l'organizzazione amministrativa e l'attività giurisdizionale; a ciò corrispose l'ascesa del ceto dei «togati»²⁹ e l'istituzione, nel 1761, del «Supremo Consiglio di Giustizia» (sul cui ruolo si dirà più avanti).

Un processo che andava esorbitando la mera compilazione³⁰, tanto da potersi presentare al Duca, nel 1765, la prima parte di un «Codice di Giurisprudenza», della cui redazione restava incaricata «una particolare Deputazione»; a ciò seguiva, nel 1767, la definitiva approvazione di un «piano di riforma degli Statuti per la formazione di un Codice Universale».³¹

Il mutamento in discorso, rispetto all'originaria riforma generale statutaria, probabilmente non era alieno dall'intento di ricomprendere anche la legislazione del sovrano in un corpo normativo che diverrà, nella sua versione definitiva, quello

²⁵ M. ASCHERI, *Il processo civile tra diritto comune e diritto locale: da questioni preliminari al caso della giustizia estense*, in *Quaderni storici*, II, 1999, p. 379.

²⁶ G. SANTINI, *Lo Stato*, cit., p. 83.

²⁷ C.E. TAVILLA, *Riforme e giustizia nel Settecento estense. Il Supremo Consiglio di Giustizia (1761-1796)*, Milano, 2000, p. 9.

²⁸ Cfr.: G. SANTINI, *Lo Stato*, cit., 90; B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *La marcia dei codificatori. Il Codice estense e i suoi padri fondatori*, cit., p. 146.

²⁹ G. SANTINI, *Lo Stato*, cit., p. 91.

³⁰ Nel maggio 1762 il Consiglio di Segnatura aveva già deciso di raccogliere le leggi vigenti nella maggior parte d'Italia al fine di elaborare un progetto che sarebbe confluito nel futuro Codice Estense. Sul punto: G. SANTINI, *Lo Stato Estense*, cit., p. 91 s.

³¹ O. ROMBALDI, *Aspetti e problemi del Settecento modenese. Storia e Società del Ducato Estense. Contributi di studio*, Modena, 1982, p. 92.

applicabile alla generalità dei sudditi e dei territori estensi (così da superare quell'eterogeneità che ne era stata tratto caratteristico).³²

Assunse la presidenza della Commissione³³ incaricata del progetto di riforma il giurista siciliano Antonino Crescimanno³⁴, che fu però rimosso dall'incarico nel 1769, complici i ripetuti contrasti con larga parte degli organi politico-amministrativi degli Stati Estensi, i quali trovarono compiuta sintesi nel pessimo giudizio che la «Tavola di Stato»³⁵ trasmise al Duca sull'operato (e sulla condotta) del Crescimanno.³⁶

La Commissione fu così ricostituita sotto la presidenza di Gian Pietro Cagnoli³⁷, che, soprattutto giovandosi dell'opera del consigliere Bartolomeo Valdrighi³⁸, fu velocemente in grado di superare i ritardi cumulatisi negli anni precedenti e già nel 1771 presentare i primi due tomi del «Codice di leggi e costituzioni per gli Stati di Sua Altezza Serenissima, il Duca di Modena».³⁹

A questa prima fase ne seguì una seconda, di consolidazione, che principiò con la nomina del Cagnoli a presidente (dopo aver già ricoperto l'incarico *ad interim* durante i lavori della sua Commissione) del «Supremo Consiglio di Giustizia», cui spettava il compito di risolvere gli eventuali *dubia* sull'interpretazione del Codice, delineando un sistema tendenzialmente aperto che si candidava a divenire la "soluzione estense" al problema dell'*interpretatio*.

3. Sulle «dichiarazioni» del Supremo Consiglio

Il Supremo Consiglio di Giustizia venne ufficialmente istituito con un chirografo del 21 ottobre 1761, che abolì il Consiglio di Segnatura, con il dichiarato scopo di accentrare le competenze giurisdizionali in un unico organo, formalmente indipendente da quelli con funzioni di governo-amministrazione; in tal modo, si provvedeva a munire l'amministrazione della giustizia di un essenziale strumento per inverare nel diritto vivente

³² B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *La marcia*, cit., p. 147.

³³ Una prima Commissione era stata già costituita nel 1759 e fu presieduta da Giovanni Pellegrino Fabrizi, per approfondire v.: B. DONATI, *Lodovico Antonio Muratori e la giurisprudenza del suo tempo*, Modena, 1935, p. 86 ss.; O. ROMBALDI, *Aspetti*, cit., p. 31 ss.

³⁴ La scelta ricadde su un forestiero per un probabile contrasto sorto in seguito all'attribuzione di competenze giudiziarie al Magistrato di Commercio e Agricoltura, così: O. ROMBALDI, *Aspetti*, cit., p. 90. Sul Crescimanno si rinvia alle ricerche di Tavilla, in particolare cfr.: C.E. TAVILLA, *Riforme*, cit., p. 173 ss.; ID., *Un progetto di riforma del governo estense (1767)*, in *Studi parmensi*, 1996, p. 245 ss.

³⁵ Organo in cui, dal 1767, si era trasformato il «Consiglio di Segnatura», su cui v. oltre.

³⁶ G. SANTINI, *Lo Stato*, cit., p. 93.

³⁷ Qualche dato biografico in C.E. TAVILLA, *Riforme*, cit., p. 317 s.

³⁸ Titolare della cattedra di diritto pubblico (istituita in virtù di un lascito testamentario del ministro Giuseppe Maria Bondighi, amico di Ludovico Antonio Muratori) presso l'Università di Modena (ma ebbe anche un essenziale ruolo nell'apparato politico-giudiziario) fu il principale estensore dei primi tre libri del Codice Estense. Per un profilo biografico si rinvia a: C.E. Tavilla, *Bartolomeo Valdrighi (1738-1787): una rivisitazione biografica*, in *Historia et ius*, XIX, 2021, pp. 1-36.

³⁹ La pubblicazione avvenne in due momenti (aprile-novembre), sempre nell'anno 1771, il primo tomo consta di due libri (di cui il principale estensore fu il Valdrighi), il secondo di tre libri (uno ancora principalmente curato dal Valdrighi, gli altri due –di ambito penalistico – da Giuseppe Maria Gallafasi) Sul punto cfr.: G. SANTINI, *Lo Stato*, cit., p. 93 s.; C.E. TAVILLA, *Il Codice*, cit., X; C.E. TAVILLA, *Bartolomeo Valdrighi (1738-1787): una rivisitazione*, cit., p. 11. Per qualche dato biografico sul Gallafasi v. C.E. TAVILLA, *Riforme*, cit., p. 193, nt. 57.

le riforme in atto nel Ducato, intento che verrà confermato dal Regolamento del 12 settembre 1763.⁴⁰

Il Supremo Consiglio di Giustizia vide delinearvi il proprio definitivo assetto ordinamentale con il «Regolamento ed Istruzioni pel Supremo Consiglio di Giustizia di S.A. Serenissima tanto nell’Aula civile che criminale»⁴¹ del 2 aprile 1769, i cui 83 articoli saranno ripresi, quasi letteralmente, dal Titolo I Libro I del Codice Estense del 1771.⁴²

Nella Bolla di promulgazione del Codice si interviene anche in materia di interpretazione, stabilendo che, per i casi dubbi, avrà valore di interpretazione autentica quella del Supremo Consiglio, che si pronuncerà con apposite dichiarazioni da stamparsi con regolarità, al fine di assicurare alle stesse idonea pubblicità.⁴³

Quando il caso non sia stato previsto, invece, veniva stabilito che «(...) non si potrà aver ricorso a verun statuto o disposizione particolare, ma per servare uniformità in tutti i nostri domini, si potrà unicamente per detto caso omissso, ricorrere alle disposizioni del Gius comune».

La soluzione prospettata si poneva quale pragmatico compromesso tra l’agognata certezza del diritto e i limiti di una “codificazione” che tale non poteva definirsi in senso moderno; infatti, le disposizioni ivi contenute consentivano soprattutto la creazione di un nucleo di casi risolti, a cui sarebbero andate ad aggiungersi le dichiarazioni del Supremo Consiglio, organo giurisdizionale formalmente indipendente, che si surrogava al – difficilmente praticabile – rinvio diretto all’autorità del legislatore al fine di ottenere l’interpretazione autentica.

Il sistema così tratteggiato sembrava, dunque, voler promuovere quel necessario mutualismo tra un “diritto vigente” ancora *in fieri* e un “diritto vivente” bisognoso di un organo legittimato a porre ordine entro la congerie di opinioni e interpretazioni affastellate sul risalente diritto comune (unica fonte sussidiaria ammessa) e le diverse norme e statuti particolari emanati negli anni.

Ancora una volta, la consapevolezza dei limiti costituiva uno dei principali punti di forza delle riforme estensi, tali da aprirsi ai fermenti intellettuali europei con lo sguardo pragmatico di chi governa un piccolo Stato, cercando soluzioni in grado di rafforzare la propria autorità, anche attraverso un miglioramento dell’amministrazione della giustizia.

Per vero, la disposizione che prevede questa attività di interpretazione autentica da parte del Supremo Consiglio ebbe scarsa attuazione⁴⁴, ma costituisce comunque una peculiarità del Codice estense; una fase transitoria a cui seguirà quella della novellazione con Ercole III.⁴⁵

4. Il Legislatore nel suo labirinto

⁴⁰ Cfr.: G. SANTINI, *Lo Stato*, cit., 80 s.; B. BRANCOLI BUSDRAGHI, *La marcia dei codificatori. Il Codice estense e i suoi padri fondatori*, cit., 146; C.E. TAVILLA, *Riforme*, cit., p. 489 s.

⁴¹ Divisione abolita nel 1780, sul punto: C.E. TAVILLA, *Riforme*, cit., pp. 192-195.

⁴² G. SANTINI, *Lo Stato*, cit., p. 82 s.

⁴³ M. ASCHERI, *Il processo*, cit., p. 377.

⁴⁴ L’attività interpretativa, pur attribuita dal codice al Supremo Consiglio, risultò assai sporadica e limitata al quadriennio 1775-78; inoltre, tali interpretazioni non vennero mai pubblicate, come invece era previsto nel chirografo del 1771. Sul punto: C.E. TAVILLA, *Riforme*, cit., pp. 402-404.

⁴⁵ Di particolare importanza è l’istituzione della Consulta ducale, nel 1785, organo di governo che accentrò l’emissione delle dichiarazioni interpretative dal Codice attribuite al Supremo Consiglio di Giustizia. Sul punto: C.E. TAVILLA, *Riforme*, cit., p. 470 ss.

La visione "meccanica" della giurisdizione, propria del *référé législatif*, mostrò rapidamente la sua inefficienza, soprattutto ove più ideologico era stato il suo utilizzo; infatti, l'art. 4 del *Code Civil* del 1804 abrogava di fatto l'istituto, introducendo il divieto del *non liquet*.⁴⁶

Le moderne codificazioni avevano raccolto il frutto della «serrata legolatrice di fine Settecento», di cui l'interprete poteva ora divenire – soprattutto nell'Europa continentale – passivo esegeta, senza il rischio per il legislatore di veder soverchiato il proprio potere da un'attività ermeneutica assorbita entro un rigido legalismo.⁴⁷

Per il nascente Stato moderno, dunque, l'istituto del *référé législatif* costituiva l'espressione di una volontà accentratrice ancora imperfetta nella padronanza dei mezzi offerti dal diritto, mentre, in varia misura, il legislatore ottocentesco avrebbe potuto essere interessato a fornire i criteri per l'interpretazione dei codici.⁴⁸

Pur tuttavia, quel modello di Stato borghese di stampo liberale è stato ampiamente superato dagli eventi del Novecento, che hanno condotto a un rinnovato pluralismo nella società civile e anche nelle fonti del diritto; l'interprete è così chiamato a confrontarsi con le nuove sfide dell'età della "decodificazione"⁴⁹, con l'affermazione dei principi fondamentali delle Carte costituzionali, la progressiva apertura alle autonomie locali e la contemporanea emersione di organismi sovranazionali a vantaggio dei quali gli Stati Nazionali hanno autolimitato ampie sfere della propria sovranità.

L'ermeneutica, anche nei sistemi *civil law*, cambia, così, lentamente fisionomia, adeguandosi a un sistema giuridico sempre più composito, entro cui il discorso del legislatore – espresso nelle disposizioni normative – non può essere riconosciuto quale unica manifestazione del diritto vigente.

Un istituto come il *référé* sembra, così, quanto di più lontano dagli scenari appena accennati; eppure, una sua pallida immagine può essere evocata dal tentativo, talvolta goffo, del legislatore di riaffermare la centralità della propria *voluntas*.

Può farsi il noto caso dell'emendamento, poi accantonato, in tema di responsabilità disciplinare dei giudici (disegno di legge n. 1296 della XIV Legislatura), che prevedeva di qualificare come illecito disciplinare «l'attività di interpretazione di norme di diritto che palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o abbia contenuto creativo».⁵⁰

Al di là di ogni ulteriore considerazione intorno alla proposta, l'*intentio* potrebbe risultare coerente manifestazione anche di una certa insofferenza verso un «diritto che si

⁴⁶ M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del Governo. Dalla Francia d'Ancien Régime all'Italia liberale*, Milano, 2009, p. 33. Sul tema cfr.: P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, 2005, p. 107 ss.; ID., *Il Code civil e l'interpretazione della legge*, in M. ASCHERI (a cura di), *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, Torino, 2008, pp. 141-155.

⁴⁷ Su questo argomenti e gli sviluppi dell'ermeneutica nel Novecento si rinvia ai contributi di Paolo Grossi, in particolare:

P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012; ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017; ID., *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, III, 2019, p. 773 ss.

⁴⁸ *Ex multis*: G. GORLA, *I precedenti*, cit., p. 125 ss.; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il Code*, cit., p. 152 ss.

⁴⁹ Per cui soprattutto v.: N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; ID., *"L'età della decodificazione" vent'anni dopo*, Milano, 1999.

⁵⁰ *Ex multis*: A. PACE, *Una proposta: introdurre il référé législatif*, in *Questione giustizia*, VI, 2003, pp. 1105-1111; A. PROTO PISANI, *Controriforma dell'ordinamento giudiziario: ultimo atto?*, in *Foro it.*, 2004, pp. 109-115.

evolve spesso lentamente, ma organicamente»⁵¹, il cui ordito è determinato da una serie di fattori complessi che ne consentono l'evoluzione attraverso la ricerca dell'equilibrio tra creatività e continuità⁵².

Il ruolo da attribuirsi all'interprete nella individuazione di questa "fisiologia" giuridica non può ridursi alla mera ripetizione del discorso del legislatore, ideale distonico e lungi dal diritto vivente che, invece, richiama per sé la consapevolezza dei limiti dei significanti e del significato che è possibile introdurre nell'ordinamento giuridico, sì da dischiudere, in ogni tempo, la possibilità di soluzioni ragionevoli.

⁵¹ T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, in *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 149.

⁵² Norberto Bobbio richiama l'equilibrato approccio di Tullio Ascarelli al problema, definendolo «antiformalismo moderato». Sul punto: N. BOBBIO, *Ritratti critici di contemporanei. Tullio Ascarelli (continuazione e fine del precedente fascicolo)*, in *Belfagor*, vol. XIX, V, 1964, p. 556.

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti (Università di Urbino)

Co-direttori: Luigi Mari (Università di Urbino), Lucio Monaco (Università di Urbino), Paolo Morozzo Della Rocca (Università di Urbino).

Direttore responsabile

Valerio Varesi (La Repubblica)

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri (Università di Urbino), Jean Andreau (ÉHÉSS), Franco Angeloni (Università di Urbino), Antonio Blanc Altemir (Università di Lleida), Alessandro Bondi (Università di Urbino), Licia Califano (Università di Urbino), Maria Aránzazu Calzada González (Università di Alicante), Piera Campanella (Università di Urbino), Antonio Cantaro (Università di Urbino), Donato Carusi (Università di Genova), Francesco Paolo Casavola (Presidente Emerito della Corte Costituzionale), Alberto Clini (Università di Urbino), Maria Grazia Coppetta (Università di Urbino), Lucio De Giovanni (Università di Napoli, Federico II), Laura Di Bona (Università di Urbino), Alberto Fabbri (Università di Urbino), Carla Faralli (Università di Bologna), Fatima Farina (Università di Urbino), Lorenzo Gaeta (Università di Siena), Vincenzo Ferrari (Università di Milano), Paolo Ferretti (Università di Trieste), Andrea Giussani (Università di Urbino), Matteo Gnes (Università di Urbino), Peter Gröschler (Università di Magonza), Guido Guidi (Università di Urbino), Chiara Lazzari (Università di Urbino), Giovanni Luchetti (Università di Bologna), Guido Maggioni (Università di Urbino), Manuela Mantovani (Università di Padova), Valerio Marotta (Università di Pavia), Realino Marra (Università di Genova), Luca Nogler (Università di Trento), Paolo Pascucci (Università di Urbino), Susi Pelotti (Università di Bologna), Aldo Petrucci (Università di Pisa), Paolo Polidori (Università di Urbino), Elisabetta Righini (Università di Urbino), Orlando Roselli (Università di Firenze), Eduardo Roza Acuña (Università di Urbino), Massimo Rubechi (Università di Urbino), Gianni Santucci (Università di Trento), Desirée Teobaldelli (Università di Urbino), Patrick Vlacic (Università di Lubiana), Umberto Vincenti (Università di Padova).

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio (Università di Urbino), M. Paola Mittica (Università di Urbino)

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini (Università di Urbino), Chiara Gabrielli (Università di Urbino)

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Ilaria Pretelli, Giulia Renzi, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini.

Referee esterni

Stefano Barbati, Andrea Bonomi, Nerina Boschiero, Antonio Cavaliere, Donato Antonio Centola, Maria Vita De Giorgi, Valentina Fiorillo, Gabriele Fornasari, Biagio Giliberti, Paolo Heritier, Orazio Licandro, Angela Lupone, Alessandra Magliaro, Arrigo Manfredini, Felice Mercogliano, Massimo Miglietta, Vania Patanè, Stefano Polidori, Alvisè Schiavon, Chiara Scivoletto, Laura Scomparin, Susanna Screpanti, Matteo Timiani, Giovanni Battista Varnier.

Cultura giuridica e diritto vivente - Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR ai fini dell'ASN - è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
