

# Il divieto del diniego di giustizia nell'articolo 4 del *Code Civil* come emancipazione del giudice\*

HEINZ MOHNHAUPT

## 1. La differenza tra il diniego di giurisdizione e il diniego di giustizia

In teoria ed anche nella prassi, il rapporto tra la funzione legislativa e quella della pronuncia del diritto, così come tra la legge e la sentenza, appartengono ai temi costantemente presenti nel sistema costituzionale dello Stato di diritto.

Storicamente, la problematica si concretizza nel *déni de justice*, a ridosso della Rivoluzione Francese, sulla via che divideva l'*Ancien Régime* dal moderno Stato costituzionale che si andava avverando. Il divieto del diniego di giustizia – del *déni de justice* – rivolto ai giudici, fu per la prima volta legalmente consolidato in una moderna codificazione, posta sotto la tutela della costituzione, attraverso l'articolo 4 del *Code civil*. Tale disposizione documenta una comprensione nuova della legge e del diritto, afferma la facoltà produttiva della giurisprudenza, apre la strada verso un indipendente diritto giurisprudenziale ed afferma gradualmente

nella cornice del diritto costituzionale la posizione autonoma di quanti esplicano la funzione giurisprudenziale.

Ai fini della descrizione storica e dell'analisi di quest'evoluzione, occorre distinguere tra il divieto di negare la giurisdizione e quello di negare il diritto, i quali non sono identici nonostante i loro contenuti si avvicinino (cfr. Schumann, *Das Rechtsverweigerungsverbot*, 1968, pp. 79-101; Fögen, *Schrittmacher des Rechts*, 2004, pp. 6-18). Ciò dev'essere chiaro innanzitutto.

Ancora nella metà del XIX secolo appariva incerto cosa si dovesse intendere sotto i due termini di "diniego di giurisdizione e di giustizia". Lo studioso tedesco di diritto pubblico Johann Ludwig Klüber spiegava nel 1831:

\* Questo contributo è una versione modificata del testo esposto in occasione dell'11° simposio giuridico tedesco-croato intitolato "Divieto del diniego di giurisdizione e della giustizia", svoltosi a Spalato dal 27 al 28 aprile 2007.

Traduzione dal tedesco di Ronald Car.

Tra gli studiosi del diritto non c'è, per quanto io sappia, un concetto autonomo di diniego di giurisdizione. Alcuni lo presuppongono in quanto noto a tutti [...] Altri lo limitano al caso *cum iustitia protrahatur per negligentiam iudicis vel cognoscendo vel exequando, aut denegatur, litigatorem iudicii limen adeuntem vel litis processum prosequentem repellendo*.

[Klüber, 1831, p. 190]<sup>1</sup>

Ciò era un'allusione alla possibilità, che era data nel vecchio Impero, di sollevare una *querela protractae vel denegatae iustitiae* (cfr. Böhmer, *Diss. de origine*, 1738). Soprattutto il caso di "giustizia ritardata" dava nel vecchio Impero molteplici motivi per realizzare un'accelerazione del processo giudiziario attraverso misure processuali organizzative e disposizioni legislative (cfr. Sellert, *Verfahrensbeschleunigung am Reichskammergericht*, 2007, pp. 139-153), al fine di evitare un arresto della protezione giuridica. Una troppo lenta disamina degli atti poteva tradursi in pratica per l'appellante in un mancato esame e significare qualitativamente un "diniego di giurisdizione"<sup>2</sup>. Da questo punto di vista, le frontiere tra una giustizia "ritardata" e una "negata" sono indefinite<sup>3</sup>.

Questo problema della giustizia e i tentativi per il suo superamento attraverso il *remedium extraordinarium* dell'azione in nome della "giustizia ritardata o negata" hanno una lunga tradizione (cfr. la prospettiva riassuntiva in Perels, pp. 1-51). Già il diritto canonico e quello romano conoscono disposizioni atte ad evitare e punire tali comportamenti manchevoli da parte dei giudici. Giustiniano discute nel Codice del *Corpus Iuris Civilis* le pene per il caso del giudice che si sia arrischiato di tirare per le lunghe un caso giudiziario<sup>4</sup>. Con ciò non era offerto alcun strumento giuridico, ma

si apriva la possibilità per ammonire, osservare e denunciare.

Gli atti conclusivi del Congresso di Vienna del 1820 introducono nell'articolo XXIX il concetto del "diniego di giurisdizione" nel senso più ampio di una "protezione giuridica negata od ostacolata" (*Wiener Schluß-Akte* del 15 maggio 1820 (articolo XXIX), in Zeumer, 1907, p. 477) e riprende così i concetti processuali dalla costituzione e dalla prassi del vecchio Impero. Ciò si realizza anche attraverso l'articolo 77 della costituzione imperiale del 1871, la quale riprende senza modifiche l'articolo XXIX degli atti conclusivi del Congresso di Vienna (cfr. Kußmann, *Der Begriff der Justizverweigerung*, 1917, pp. 27-31; Strunk, *Justizverweigerung*, p. 21 e seguenti). Manca un'inequivocabile definizione del "diniego di giurisdizione" (cfr. Strunk, *Justizverweigerung*, pp. 7-11).

Sulla fattispecie del diniego di giurisdizione esiste, però, un'ampia concordanza. Come "diniego di giurisdizione" Klüber, ad esempio, include i casi del rifiuto del giudice di dare ascolto; l'impedimento dell'esecuzione della sentenza; il rifiuto del giudice di accogliere un'azione; una dichiarazione di incompetenza da parte del tribunale che fosse contraria alla legge; l'intromissione nella tutela del diritto attraverso ordini amministrativi atti a frenare od opprimere l'esecuzione della sentenza; l'annullamento delle sentenze; l'"abuso del potere legislativo", se interviene retroattivamente tramite leggi o disposizioni nelle situazioni giuridiche esistenti ostacolando le o annullandole (Klüber, pp. 188-193).

L'enumerazione delle fattispecie del diniego di giurisdizione, che non si riusciva a riunire in una definizione chiusa (Kußmann, p. 25 ss.), dimostra che il divieto del "diniego di giurisdizione" riguarda, da

un lato, la garanzia dell'accesso al sistema giudiziario istituzionale e dall'altro lato concerne la garanzia e la realizzazione dei presupposti processuali necessari per i procedimenti in difesa del diritto. Per l'odierna concezione costituzionale, il divieto di ledere tali garanzie formali della protezione giuridica, grazie alla garanzia del "giudice legittimo", ossia del *juge naturel*<sup>5</sup>, è un derivato del principio dello Stato di diritto, senza che ciò conduca ad una confusione tra il "divieto del diniego di giustizia" e la "realizzazione dell'accesso alla giustizia" (Schumann, p. 79).

Il "divieto del diniego di giustizia", per contro, riguarda l'obbligo decisionale giuridico-materiale del giudice in base al principio *iura novit curia*. Il giudice deve esprimere una sentenza sia che la legge esistente sia lacunosa sia che la legge non esista. Formulazioni non chiare, contraddizioni e lacune non danno al giudice il diritto di lasciare irrisolta una questione giuridica posta con un'azione od un'istanza e quindi di non giungere alla sentenza. Il che significa, visto in positivo, che il giudice, nell'esporre la legge, ha l'obbligo di chiarire i dubbi giuridici, di rendere più chiaro il significato di una legge non chiara, di correggere gli errori giuridici presenti in una legge e di colmare una norma lacunosa (Schumann, p. 80, 101). Questi obblighi decisionali tratti dal diritto materiale hanno trovato una prima definizione legale nel 1804, attraverso l'articolo 4 del *Code civil* francese.

2. *L'evoluzione del rapporto tra il giudice ed il legislatore attraverso l'articolo 4 del Code civil*

L'articolo 4 del *Code civil* dichiara nel *Titre préliminaire*:

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>6</sup>.

La formulazione prescelta sta ad indicare che in un caso conteso una parte può sollevare una causa contro il giudice, ma il giudice non deve necessariamente essere perseguitato. Tale obbligo decisionale del giudice sarà sorretto dal diritto processuale istituito con l'ordinamento processuale civile francese del 1806 – il *Code de Procédure Civile* (*Édition originale et seule officielle*, 1806), avviato parallelamente al *Code civil* e, per alcuni versi, complementare ad esso come opera legislativa. Ciò è stato reso chiaro in Germania da Christian Daniel Erhard, con la valutazione che «non si può comprendere appieno il senso del codice civile, se al contempo non si conosce e comprende con precisione anche il *Code de Procédure*» (Erhard, *Civil gerichtshordnung*, 1813). In questa interpretazione viene documentato il principio sistemico dell'insieme della codificazione francese e dei cinque *codes* accordati tra loro. L'articolo 505 del *Code de Procédure* dispone:

Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants:

S'il y a dol, fraude ou concussion, qu'on prétendrait avoir été commis, soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugemens; [...]

4. S'il y a déni de justice

[traduzione tedesca in Erhard, *Civilgerichtshordnung*, cit., p. 281]

L'articolo 506 dà la definizione di *déni de justice*<sup>6</sup>:

Il y a déni de justice, lorsque les juges refusent de répondre les requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées.

Il divieto del diniego di giustizia dell'articolo 4 del *Code civil* ed il divieto del diniego di giurisdizione dell'articolo 505 del *Code de procédure* sono anch'essi collegati. Nel punto centrale di questo modello sta comunque l'articolo 4 del *Code civil*, il quale sarà recepito nella maggior parte dei codici civili dell'area giuridica romana – prima di tutto nel Codice Civile<sup>7</sup> italiano e sarà in vigore anche nei territori tedeschi che faranno proprio il *Code civil*. L'obbligo del giudice, definito dall'articolo 4 del *Code civil*, nonostante tutti gli errori o le manchevolezze di quella legge, è un frutto dell'epoca rivoluzionaria e costituisce in sé un atto rivoluzionario per il diritto. Si può considerare l'articolo 4 del *Code civil* come l'emancipazione del giudice dalla tutela del legislatore. L'articolo 4 crea una nuova immagine del giudice, fondamentalmente diversa da quella che voleva il giudice come mero servitore della legge, descritta nelle famose parole di Montesquieu sui giudici intesi come «esseri privi di volontà» che si limitano ad essere la «bocca» che «pronuncia le parole della legge»<sup>8</sup>.

L'articolo 4 del *Code civil* si allontana radicalmente da una simile funzione servile del giudice. Jean-Étienne-Marie Portalis, creatore e redattore della maggior parte del *Code civil* – colui che sarebbe stato indicato come *père du Code civil* e *maître d'œuvre du Code* (cfr. Bernard Beignier, *Portalis, Rédacteur du Code civil*, 2004, pp. 109-122) – ha caratterizzato questo nuovo principio dichiarando che il pronunciamento del diritto – così come la scienza giuridica – a ... été regardé comme le vrai supplément de la législation (Portalis, 1844, p. 8). Da qui emerge un nuovo modo di intendere le fonti del diritto che non pone in questione la preminenza della legge, ma relativizza l'autonomia

di questa in un concerto di fonti concorrenti del diritto. Le regole istituite da Portalis per i giudici spiegano che il giudice è collegato con lo "spirito legislativo", anche se, ovviamente, non ne fa parte:

... que le juge ait le droit d'interpréter des lois et d'y suppléer ... Un juge est associé à l'esprit de la législation; mais il ne saurait partager le pouvoir législatif.

[Portalis, *Discours*, p. 156; *Règles pour les juges*, p. 159; *Écrits*, p. 76]

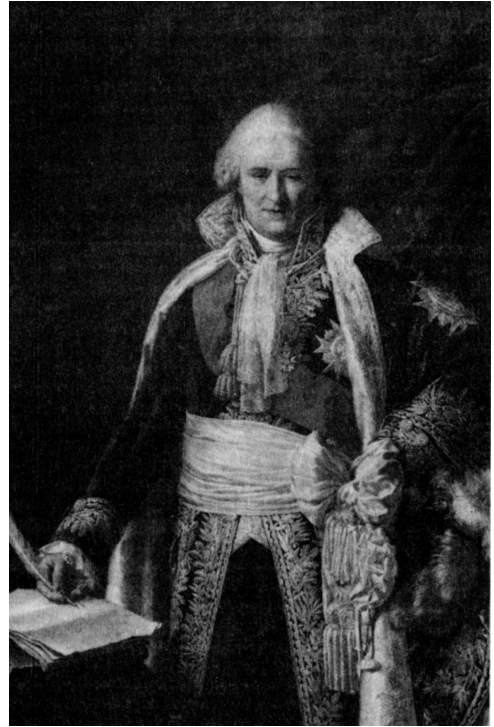
La dottrina del diritto libero, che vuole riempire le lacune nel diritto – come sosteneva Kantorowicz – non con «artifici quasi-logici», bensì attraverso la «scoperta di un diritto libero tramite una sua utilizzazione consapevole ed aperta», si era richiamata esplicitamente anche alla disposizione dell'articolo 4 del *Code civil* per sostenere questa interpretazione e poté così riferirsi ad una direttiva del Legislativo per legittimare la creatività libera del giudice interpretata secondo la propria dottrina<sup>9</sup>. L'articolo 4, che è una norma rivolta ai giudici, al contempo riflette con chiarezza la debolezza strutturale del potere prioritario – ossia, del Legislativo.

Difatti, la conferma ed il rafforzamento dell'autonomia decisionale del giudice deriva direttamente dalla presa d'atto delle ridotte capacità di guida della "legge", intesa come strumento di organizzazione giuridica. La legge, in quanto costruito linguistico del diritto, è affidata al giudice per il suo impiego ed inserimento nella realtà sociale, così come per la risoluzione dei conflitti. La giurisprudenza costituisce il nesso tra la normativizzazione legislativa generale ed astratta e l'esercizio giudiziario concreto, atto a – come ebbe a caratterizzarlo Savigny – tradurre la regola nella vita. Di fronte

all'inadeguatezza della "legge", intesa come categoria normativa, ad abbracciare, prevedendoli, tutti i casi pensabili in una chiara definizione normativa testuale (cfr. Busse, *Verstehen und Auslegung von Rechtstexten*, 2004, pp. 8-20), a decidere alla fine è la capacità funzionale del secondo potere – ossia del Giudiziario – per quanto riguarda l'assicurazione della pace giuridica, l'organizzazione politica della società, la capacità della giustizia e la potenza dell'ordine statuale.

Pertanto, la disposizione dell'articolo 4 del *Code civil* e l'obbligazione legale che costringe i giudici ad esprimere in tutti i casi un verdetto si pongono nel punto di intersezione delle interpretazioni politiche e giuridiche riguardanti il ruolo del legislatore, la funzione del giudice, il perfezionamento delle competenze giuridiche dei giudici e, infine, il compito del diritto costituzionale in quanto opera normativa sovraordinata. L'articolo 4 del *Code civil* pone il giudice nel suo vero ufficio, quello di decidere sui singoli casi, in ogni caso applicando la legge, ma rendendo tale ufficio non soggetto agli errori, alle lacune o ad altri difetti della legge.

In questo modo, il giudice che dà e che applica la norma – oltre alle difficoltà nel formulare giuridicamente un'offerta normativa onnicomprensiva e priva di lacune – finisce per trovarsi in un rapporto di concorrenza e di tensioni politiche. Ciò è dimostrato dalla ricostruzione di un'evoluzione storica che ha come punto di avvio l'imperatore romano Giustiniano e come punto finale l'articolo 4 del *Code civil*.



Claude Gautherot, Portalis, Museo di Versailles.

### 3. L'imperfezione della legge come problema storico della sua applicazione

Quando una legge è lacunosa, o contiene degli errori, o necessita di interpretazioni, il che non si può mai escludere, si pone automaticamente la domanda a quale istituzione appartenga la competenza correttiva.

In genere, ci sono tre opzioni: 1) il legislatore trattiene per sé, in quanto autore della norma fallace, il compito di correggerla; 2) si richiederà al giudice, in quanto utilizzatore della legge, di correggere l'errore in via giurisprudenziale, ossia di sanare le lacune con l'evoluzione successiva del diritto; 3) la competenza correttiva sarà trasmessa ad

una istituzione indipendente, la quale dovrà eliminare le manchevolezze della legge in modo indipendente sia dal legislatore, sia dalle istituzioni giudiziarie.

La storia del diritto dimostra che ha sempre dominato la tendenza a lasciare la correzione e l'interpretazione di leggi manchevoli allo stesso legislatore e di concedere al giudice meno spazio possibile per le decisioni, per legare i tribunali alla volontà del legislatore. Dietro a tale prassi sta la concezione assolutistica della volontà di potenza del sovrano e della derivante onnipotenza del legislatore monarchico.

Da questo punto di vista, la competenza correttiva ed interpretativa costituisce anche una questione di potere politico tra il legislatore, il giudice e la scienza giuridica. L'imperatore romano Costantino aveva dichiarato nel 316: «Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere» (*Codex* 1. 14.1). Ai giuristi romani era ben noto che ogni norma giuridica abbisognava, «per via di sempre nuove domande»<sup>10</sup> o a causa di nuovi «bisogni giuridici»<sup>11</sup> successivamente emersi, di interpretazioni o integrazioni, che di preferenza erano però nelle mani dell'Imperatore. In tal senso si precisava nel *Digesto*: «Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est» (D. 1.3.11). Da ciò seguiva anche l'obbligo per il giudice di sottoporre il caso all'Imperatore:

Si quid vero, ..., ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari.

[C. 1. 17. 21]

Tale monopolio dell'Imperatore romano sulla competenza di creare il diritto, che

abbracciava sia la legislazione, sia l'interpretazione delle leggi, derivava dall'interpretazione secondo cui il potere legislativo era determinato dalla volontà, come si precisava nel *Digesto* 1. 4. 1: «Quod principi placuit, legis habet vigorem» (cfr. Josef Lukas, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers*, 1908, pp. 408 e ss.; Heinz Mohnhaupt, *Potestas legislativa und Gesetzbegriff*, 1972, pp. 199-208). Anche quanto deciso dall'Imperatore nel corso di un procedimento — *cognoscens decrevit* —, quindi, deciso nella sua funzione di giudice, possiede il carattere di legge.

La teoria della volontà domina questo schema legittimatorio che si manterrà fino alla fine del XVIII secolo — e, sotto diverse formulazioni legittimatorie, anche durante il XIX secolo (cfr. Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, 2001, pp. 224 ss.) —, fungendo da fondamento per la interpretazione assolutistica dello Stato e per la prassi riguardante le fonti del diritto. La legittimazione fondata sul momento volontaristico del sovrano contiene anche un «momento politico della subordinazione del giudice» nei confronti dell'unicità del legislatore monarchico (Ludwig Spiegel, *Der référé législatif*, 1913, pp. 100-117).

La procedura che obbligava il giudice a rimandare al sovrano, unico legislatore e decisore nei casi di dubbio o di lacuna nella legge, era nell'assolutismo francese delimitata con l'indicazione istituzionale del *référé législatif* (cfr. Lukas, *Zur Lehre*, p. 411; Matthias Miersch, *Der sogenannte référé législatif*, 2000, p. 25). Nella *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice* dell'aprile 1667, Luigi XIV aveva prescritto la seguente procedura per i giudici:

Si dans les jugemens des procès qui seront pen-

dans en nos cours de parlement et autres nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par-devers nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention.

[Jourdan, Decrusy, Isambert, 1821, p. 106; cfr. Louis Favoreu, *Du déni de justice*, 1965, p. 7]

Il successivo articolo 8 si spinge così lontano da dichiarare nulle tutte le decisioni che violano queste disposizioni contenute nell'articolo 7<sup>12</sup>. In questo modo era stato posto il freno alla capacità dei giudici di creare liberamente il diritto e l'interpretazione delle leggi è stata monopolizzata come compito e funzione del sovrano legislatore (cfr. Mohnhaupt *Potestas legislativa*, cit., p. 223); Miersch, *Référé législatif*, cit., p. 26). Anche l'*Allgemeine Gerichtsordnung* austriaco del 1° maggio 1781 imponeva ai giudici, nel § 437, il ricorso nel senso del *référé législatif*:

... dovesse però porsi il caso di un fondato dubbio riguardo al significato della legge, esso sarà notificato a Corte e ne sarà recepita la decisione; dovesse però un giudice provocare un ritardo contrariamente a tale ordine, o in altro modo gravare sulle parti, dovrà rispondere per tutti i danni. [cfr. Giuseppe II, *Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache*, 1817, p. 78]

Nel decreto sull'ingiunzione, del 1° novembre 1786, riguardante l'*Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* austriaco, la riserva decisionale del sovrano territoriale, ossia, dell'ufficio a lui sottoposto, è espressamente prevista «quando il giudice nota un caso non definito dalla legge o un fondato dubbio riguardo al significato della legge». Allora «la superiore decisione deve essere recepita dall'ufficio preposto» (JGS, 1817, p. 72). Di nuovo, il paragrafo 26 lega

espressamente il giudice alla catena del legislatore-sovrano territoriale:

Se il giudice è in dubbio se il caso in questione è previsto dalla legge o meno, se la legge gli appare oscura o a questa si oppongono particolari e molto rilevanti obiezioni, l'istruzione deve sempre essere chiesta dal principe territoriale. [JGS, 1817, p. 77]

Allo stesso modo, l'*Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten* del 6 luglio 1793 prevede che si deve «porre la domanda alla Commissione legislativa» nel caso in cui un collegio di giudici «ritenga oscuro o dubbio» il «senso» di una legge (*Allgemeine Gerichtsordnung*, 1795, § 32, p. 363). La decisione della Commissione legislativa doveva essere allegata alle motivazioni della sentenza giudiziaria. Nello stesso senso si stabiliva l'anno successivo anche nell'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* del 1794, secondo il quale il giudice deve «indicare i propri dubbi alla Commissione legislativa e chiedere il giudizio» (§ 47 dell'introduzione all'ALR).

In tali casi, in cui le disposizioni della legge sono «oscuri», «ambigue» o «lacunose», la loro integrazione, interpretazione o chiarimento è riservata al legislatore del sovrano territoriale. In tali disposizioni trova la coerente realizzazione la visione assolutistica dell'unicità e dell'indivisibilità della volontà sovrana riguardante tutti i livelli della produzione giuridica (Mohnhaupt, *Potestas legislativa*, cit., pp. 220-228; Lukas, *Zur Lehre*, cit., pp. 411-414). L'obbligo di esporre tutte le questioni dubbie al legislatore – sovrano territoriale, affinché questi ne decida (cfr. Christian Wolff, *Vernünfftige Gedanken*, 1736, § 412; Sten Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, 1960, p. 67) – derivava dalla

dottrina che dominava e legittimava la tematica delle fonti del diritto e che individuava nella volontà del monarca la fonte creatrice di ogni diritto. Dietro a questa stava – oltre alla dottrina assolutistica dello Stato – anche la concezione ottimistica che caratterizzava l'epoca dell'illuminismo secondo cui era possibile costruire le leggi con una univocità linguistica tale da evitare ogni dubbio sul contenuto ed il significato della legge (cfr. Forsthoff, *Recht und Sprache*, 1940, pp. 1-17; Lerch, *Gesetze als Gemeingut aller*, 2004, pp. 225-237).

Su tale concezione poggiava anche la tendenza all'interpretazione positivistica della legge, particolarmente evidente nel perfezionismo con cui l'*Allgemeines Landrecht* prussiano affronta le fattispecie giuridiche. L'*Allgemeines Landrecht* prussiano inserisce tuttavia nel § 49 dell'introduzione una norma che rafforza notevolmente il potere del giudice, in quanto in mancanza di una legge il giudice «[deve] emettere la sentenza in base ai principi fondamentali recepiti nel diritto del paese, alle disposizioni esistenti per casi simili e secondo le proprie migliori interpretazioni». «La mancanza di una legge» deve però, indipendentemente dal diritto del giudice di emettere una decisione, essere «esposta al Capo della Giustizia» (§§ 49-51 dell'introduzione all'*Allgemeines Landrecht*; cfr. Lukas, *Zum Lehre*, cit., p. 413).

Con una certa verosimiglianza, fino al XIX secolo in Germania si è mantenuta la prassi di inviare gli atti alle facoltà giuridiche delle università. Queste erano intese però piuttosto come istituzioni ausiliarie per i tribunali e non implicavano un'erosione delle competenze del giudice. Al contrario, con l'invio degli atti si cercava di evitare il rischio di un diniego

di giustizia (cfr. Schumann, *Rechtsverweigerungsverbot*, p. 91).

Ma, fondamentalmente, tutte queste disposizioni sono riconducibili alla teoria imperniata sulla volontà del legislatore, nonostante il diritto prussiano conceda al giudice una certa autonomia "secondo le sue migliori interpretazioni" in caso di mancanza di leggi (in base al § 49 dell'introduzione all'*Allgemeines Landrecht*). Kantorowicz osservava ironicamente riguardo a tale norma, che l'*Allgemeines Landrecht* «doveva in tal modo accordare anche per l'indipendenza dei giudici un posticino, sul quale poi potersi comodamente stabilire in un momento successivo» (Kantorowicz, *Vorgeschichte*, p. 22).

Tali forme di *référé législatif* non furono poi – anche nella misura in cui erano conosciute in Francia – affatto messe da parte dalla Rivoluzione Francese, bensì, al contrario, confermate e rafforzate. La legge sull'organizzazione dei tribunali del 16-24 agosto 1790 prevede che:

Ils (sc. Les tribunaux) ne pourront point faire de réglemens, mais ils s'adresseront au Corps Législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle.

[Décret sur l'organisation judiciaire, titre II, art. 12, in J. B. Duvergier, *Collection complete des lois*, 1824, p. 363]

Tale norma indica che il fondamento che legittimava l'istituto giuridico del *référé législatif* non poggiava più sulla teoria imperniata sulla volontà, giacché con l'abolizione dell'assolutismo monarchico questa era diventata obsoleta, bensì sulla divisione dell'attività legislativa dai compiti del giudiziario. Il principio di Montesquieu della divisione dei poteri trovava, grazie alla Rivoluzione Francese, la sua attuazione giuridica.

Ciò riguardava anche il rapporto tra la giustizia e l'amministrazione, le cui funzioni furono anch'esse espressamente divise con la legge sull'organizzazione dei tribunali<sup>13</sup>.

La *division des pouvoirs* dominava i dibattiti riguardanti il *référé législatif*, con l'aiuto del quale l'azione dei giudici sarebbe dovuta essere limitata alla sola applicazione della legge, poiché in nessun caso essi avrebbero dovuto partecipare alle funzioni legislative – le *fonctions législatives ou exécutives*.

Per tale ragione, al giudice era vietato – come ebbe a formulare energicamente il deputato Du Port durante i dibattiti – «*toute interprétation, toute explication*» delle leggi, poiché la legge pone la norma generale, mentre la sentenza decide solo un caso particolare (in Lukas, *Zur Lehre*, p. 417).

Con ciò, la divisione tradizionale della funzione legislativa da un lato e della funzione giudiziaria (con il divieto di interpretazione per i giudici nel senso del loro obbligo di servizio di ricorrere al *référé législatif*) dall'altro lato, è rimasta pienamente in vigore, per quanto in base al nuovo principio della divisione dei poteri. Tale base era stata ascrivita da Kantorowicz all'orizzonte dottrinale riguardante i diritti politici, contro i quali si sarebbe mosso Portalis con la sua concezione del giudice emancipato (cfr. Kantorowicz, *Vorgeschichte*, p. 29).

#### 4. Il giudice emancipato secondo l'articolo 4 del Code civil

Questo tradizionale rapporto tra le due istanze produttrici del diritto, il Legislativo e il Giudiziario, cambia nei suoi fondamenti con la messa all'opera dell'articolo 4 del *Code civil* e del divieto di negare la giu-

stizia che questo conteneva, come si era già accennato in precedenza.

Con l'articolo 4, il *référé législatif* fu abrogato e si costituì legalmente una nuova immagine del giudice. I dibattiti della Commissione legislativa riflettono anche le differenti posizioni politiche. Di fronte all'aumento del potere del giudiziario ai danni del legislativo, i rappresentanti delle forze conservatrici tentarono di adoperare la dottrina della divisione dei poteri come argomento costituzionale per mantenere il *référé législatif* (Kantorowicz, *Vorgeschichte*, pp. 28-30). Alla fine, per l'abrogazione del *référé législatif* fu determinante la ricca esperienza di quesiti che ritornavano alla Commissione legislativa ed i conseguenti ritardi dei procedimenti giudiziari<sup>14</sup>. Questi argomenti si riproponevano incessantemente durante i dibattiti sull'articolo 4 del *Code civil* e sull'abrogazione del *référé législatif*:

Forcer le magistrats de recourir au législateur, ce seroit admettre le plus funeste des principes; ce seroit renouveler parmi nous la désastreuse législation des rescrits ... De plus, le recours au législateur entraîneront des longueurs fatales au justiciable; et, ce qui est pire, il compromettrait la sagesse et la sainteté des lois.

[Locré, *Esprit*, 1805, pp. 212-213; Delaporte, Riffé-Caubray, *Les Pandectes*, 1803, p. 424]

Per Portalis, lo scopo diretto dell'articolo 4 era di opporsi agli abusi che erano scaturiti e, per la precisione, di impedire ai giudici il rinvio delle sentenze grazie ai *référés au législateur*<sup>15</sup>. La nuova immagine del giudice si fondava anche sull'idea di una legge nuova, in sé compiuta, nello spirito di una codificazione razionale. Analogamente, per Quinet, l'obiettivo specifico dell'articolo 4 consisteva nel superare gli errori del vecchio sistema giudiziario che avevano portato ad una legislazione altamente complica-

ta ed incoerente, con la confusione dei poteri legislativi e quelli giudiziari causata dal frequente ricorso al legislatore (Quinet, *Commentaire sur la loi*, 1819, p. 118).

Per l'abolizione del *référé législatif* era indubbiamente determinante anche il fatto che tale istituto fosse stato praticato sotto l'insegna di una concezione assolutistica dello Stato e del diritto. I riformatori trascinati dalla fede nel diritto razionale erano decisi di liberare il potere giudiziario da questo tratto odioso. Ciò corrispondeva allo spirito illuminato dell'epoca. In Austria, con il codice per la Galizia occidentale, i paragrafi 18 e 19 rimandavano il giudice nei casi di una legge lacunosa a decidere – al posto del *référé législatif* – per via di analogie, del «significato naturale della legge» ed, infine, dei «principi generali e naturali del diritto» (*Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien*, 1° parte, Vienna, 1797, p. 6). Allo stesso modo furono anche in Prussia, con l'ordine di gabinetto del 8 marzo 1798, del tutto «abolite le domande durante il corso del processo» dei tribunali alla Commissione legislativa in base ai paragrafi 47 e 48 (appendice al § 48 dell'*Allgemeines Landrecht*, 1817, p. 9; cfr. anche Ludwig, *Commentar zum allgemeinen Landrecht*, 1804, p. 51).

Nella discussione riguardante l'articolo 4 del *Code civil* e la conseguente abolizione del *référé législatif*, il rapporto di principio tra la legge e la sentenza fu ripetutamente oggetto del dibattito e venne precisata la divisione tra gli ambiti delle due fonti di diritto. Il compito del legislatore era – secondo uno degli argomenti – di decidere le regole generali, ossia di sviluppare dei principi generalmente validi che servissero al «*bien commun*». Per legittimare ciò vennero chiamate in causa anche disposizioni di diritto romano: «Iura non in sin-

gulas personas, sed generaliter constituuntur» (così in Delaporte, Riffé-Caubray, *Pandectes*, p. 425). Perciò, un legislatore che dovesse decidere in una questione sottopostagli da un giudice per via del *référé législatif*, riguardante immancabilmente gli interessi privati dell'accusatore o dell'accusato, verrebbe meno al suo vero compito, ossia quello di definire e perseguire gli interessi generali della società:

La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées<sup>16</sup>.

In base a ciò, il giudice deve sempre decidere da solo i casi singoli, anche quando la legge non è chiara o contiene delle lacune (Quinet, *Commentaire*, p. 118). Solo così può rendere più spedita anche la tutela del diritto. Bigot-Préameneu definì addirittura pericoloso il fatto di permettere ai tribunali di attendere l'emanazione di una nuova legge. Ciò non era neanche necessario, poiché i tribunali potevano sempre trovare le fondamenta normative per le sentenze, o nelle leggi scritte, oppure nei principi naturali di giustizia – nella *équité naturelle*<sup>17</sup>. Su tale punto concordava la maggior parte dei riformatori: quando la legge tace, il giudice deve studiarne «lo spirito», per ricavare dall'*esprit de la loi* la soluzione del caso ed elaborare la sentenza<sup>18</sup>.

Quanti si opponevano ad una competenza dei giudici liberata dalla tutela del legislatore, vedevano nell'articolo 4 un troppo consistente aumento del potere della giurisdizione, come, ad esempio, Roederer, che la definiva come una «*question politique de la plus haute importance*»<sup>19</sup>. Più

di tutti, fu Portalis a manifestare nella sua replica una visione realistica della legge che non ne sopravvaluta la capacità normativa. Solo pochi casi possono essere decisi in base ad un esplicito testo legislativo. La maggior parte dei conflitti giuridici sono sempre stati decisi – e in ciò egli concordava appieno con il parere di Bigot-Préame-neu – secondo principi generali, secondo la dottrina e la scienza giuridica<sup>20</sup>. Il *Code civil* non intendeva contrastare tale fatto, bensì, al contrario, poneva in evidenza la consapevolezza di ciò:

Peu de causes sont susceptibles d'être décidées d'après une loi, d'après un texte précis: c'est par les principes généraux, par la doctrine, par la science du droit, qu'on a toujours prononcé sur la plupart des contestations. Le Code civil ne dispense pas de ces connaissances; au contraire il les suppose.

[Portalis, in Jouanneau, Solon, *Discussions*, p. 27]

Contro i timori, sovente espressi, che i tribunali possano abusare dell'obbligo decisionale imposto loro dall'articolo 4 spingendosi al di là della legge, sarà contro battuto che nel *la Cour de Cassation* permane sempre un'istanza giuridica capace di intervenire correggendo tali abusi. Sullo sfondo c'era anche un'immagine marcata mente nuova del giudice, che risultava dal fatto che i tribunali erano stati in gran parte occupati da persone illuminate ed integre che si erano guadagnate la fiducia dell'opinione pubblica in virtù del loro responsabile esercizio di questa importante funzione statale<sup>21</sup>. Grazie al *Code civil* vennero così posti in una posizione nuova sia la legge, sia i tribunali, i quali, illuminati ed illuminanti, rischiavano e ordinavano tutti e due gli ambiti delle fonti del diritto – vale a dire, tutti e due i poteri dello

Stato. Il legislatore e i tribunali venivano percepiti come coinvolti in un scambievole rapporto di limitazione e fecondazione reciproca. Portalis spiegò: «Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence: il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger» (Portalis, *Discours préliminaire*, p. 14; anche Portalis, *Ecrits*, p. 30; Locré, *Esprit*, p. 214).

#### 5. Presupposti per la idoneità funzionale dell'articolo 4 Code civil

Occorre individuare ed esaminare i tre presupposti necessari per l'istituzione del divieto del diniego di giustizia secondo l'articolo 4 del *Code civil*.

1) *La codificazione*. Il nuovo ordinamento dei poteri, documentato nell'articolo 4 con l'aumento del potere del giudiziario ai danni del legislativo (dominante fino a quel momento), non sarebbe stato pensabile senza il modello codificatorio proveniente dall'illuminismo, che aveva trovato la sua più moderna realizzazione nel *Code civil*. Il sistema delle fonti del diritto francese, quantitativamente e qualitativamente molteplice come in tutti i paesi e Stati dell'*Ancien Régime* (cfr. per l'Italia, Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, 1743, p. 28; in generale Mohnhaupt, *Grundlinien in der Geschichte der Gesetzgebung*, 2006, pp. 167-169), fu oggetto di ripetute critiche nei *cahiers des doléances* (cfr. Kan, *Les efforts de codification en France*, 1929, pp. 247-250). La contraddittorietà e l'arbitrarietà della giurisprudenza era considerata una conseguenza della situazione riguardante le fonti del diritto (Kan,

*Les efforts*, p. 108). La coerenza, la semplicità e la sicurezza giuridica erano obiettivi dichiarati dell'ideale codificatorio dell'illuminismo<sup>22</sup>.

Il concetto di codificazione lega assieme le diverse intenzioni del legislatore, ossia, di giungere ad una regolamentazione dell'intero campo giuridico in un unico codice che fosse materiale e formale e al contempo unitario personalmente e territorialmente, ampio, espresso nella lingua nazionale, logico-sistematico e generalizzante<sup>23</sup>. In ciò consiste la differenza fondamentale tra la *codification* e tutte le precedenti *compilations*<sup>24</sup>. La storia fu espressamente valorizzata in quanto fonte di esperienze e quale «*physique expérimentale de la législation*» (Portalis, *Presentation*, p. 39). Nel 1801, Portalis sarà in grado di dichiarare che ora attraverso la Rivoluzione nasceva, con un codice unico, una grande opera di bene<sup>25</sup>.

L'intenzione dei redattori del *Code civil* era di sviluppare un «*système axiomatique et rationaliste*» (cfr. Arnaud, *Les origines doctrinales*, 1969, p. 218). In questo senso, il *Code civil* aveva raggiunto un sistema nuovo, in sé chiuso ed autonomo, che abbracciava ed univa tutti gli ambiti del diritto privato (Arnaud, *Essai d'analyse structurale*, 1973, p. 17). Jean Ray aveva a ragione descritto il *Code civil* come «la loi dans son ensemble», come si può notare anche riguardo al divieto del diniego di giustizia nell'articolo 4<sup>26</sup>. La legge, «la loi dans son ensemble», significava la sintesi di tutte le ordinanze del legislatore e la determinazione del vero senso di ogni disposizione giuridica<sup>27</sup>.

Portalis aveva descritto espressamente la *codification* come «l'esprit de méthode appliqué à la législation»<sup>28</sup>. Con ciò era indicato lo scopo della codificazione, l'aper-

tura della via più facile e più manifesta attraverso la quale il cittadino poteva conoscere le disposizioni della legge (Portalis, *Essai*, p. IV). Nel 1813, Delvincourt ebbe a definire il *Code Napoléon* come una legge unitaria e sistematica nel senso di un «*ensemble*»:

... en observant que le Code Napoléon devant être considéré, dans son ensemble, comme ne formant qu'une seule loi, chaque article doit être entendu dans ses rapports, non-seulement avec les autres articles du même titre, mais encore avec les articles des titres antérieurs ou subséquents.

[Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, 1813, p. V]

La costruzione sistematica del codice nella connessione complessiva di tutte le sue disposizioni forma il criterio decisivo per il concetto della codificazione; la riuscita della sua realizzazione dipende in modo determinante dalla strutturazione equilibrata e dall'adeguata compattezza delle norme. Con questa descrizione definitoria è ben delineata la distanza rispetto al vecchio sistema giuridico, multiforme e confuso, caratterizzato da disposizioni singole non coordinate che abbracciavano anche regolamenti, decreti, privilegi etc. Per il giudice, la codificazione così organizzata nella forma del *Code civil* costituiva il presupposto decisivo per poter risolvere – dall'*ensemble* delle disposizioni sistematiche e tra esse accordate – le manchevolezze e i dubbi della legge. Così, attraverso la codificazione del *Code civil*, come ebbe a dire opportunamente Kantorowicz, «ogni questione giuridica era almeno ordinata nel codice al suo posto logico» (Kantorowicz, *Vorgeschichte*, p. 36).

A Portalis era chiaro che la tecnica giuridica non permetteva di "ridiscendere" nei dettagli di ogni singola questione giuridica

che potesse sussistere in ogni materia giuridica<sup>29</sup>. Ciò fu tentato, invece, dall'*Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten* (1794) con i suoi più di venti mila paragrafi<sup>30</sup>. Il *Code civil* incarnava la convinzione che «le leggi non devono mai essere più perfette degli uomini per i quali sono state fatte»<sup>31</sup>. Dietro a ciò stava principalmente l'avviso che neanche il migliore legislatore è in grado di prevedere tutti i casi della vita che necessitano di regole, per poterli risolvere tramite il codice. Valutando intelligentemente le limitate competenze regolamentari e la debolezza strutturale delle leggi, Portalis dichiarava:

... il est impossible de tout fixer par des règles précises. C'est une sage prévoyance de penser qu'on ne peut tout prévoir<sup>32</sup>.

Ciò era chiaramente una legittimazione per l'articolo 4 del *Code civil*, ossia per il divieto del diniego di giustizia (cfr. Portalis, *Exposé des motifs*, p. 156-159). Se la legge, o rispettivamente la codificazione, non è in grado di comprendere tutti i casi della vita, come avevano già riconosciuto Platone e il diritto romano<sup>33</sup>, allora si pone la domanda su come chiudere e risolvere le lacune o le fattispecie di non chiara definizione. Portalis dichiarava a tal riguardo:

Car si la prévoyance du législateur est limitée, la nature est infinie; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes.

[Portalis, *Discours préliminaire*, p. 9]

Da ciò fu tratta la conclusione che la legge pone solo i principi generali – «fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit» (Portalis, *Discours préliminaire*, p. 9) – mentre è lasciato ai tribunali ed agli esperti giuridici di guidare l'applicazione nello spirito di tali leggi<sup>34</sup>. Il tipo di codificazione proclamato da Portalis pra-

tiva da un'idea sostanzialmente astratta della norma, pensata per la realizzazione di un'idea di giustizia derivata dai principi del diritto naturale (cfr. Rainer, *Einige Gedanken zum Discours Préliminaire*, 2005, p. 113-124).

Dietro a ciò stava la fondamentale questione dei rapporti tra i tre generi di fonti del diritto: la legislazione, la giurisprudenza e la scienza giuridica, ossia da un lato la loro rigida separazione e dall'altro lato la cooperazione tra essi.

Si mirava all'alternativa tra una legislazione stretta e una ricerca della giustizia al momento dell'applicazione delle leggi. In mezzo a tale questione di principio si trovava l'esecutore del diritto, ossia, di regola, il giudice. Alla ricerca della "giustizia" si apriva un grande spazio di manovra, se il giudice era fornito di una maggiore quantità di responsabile autostima nel rapporto con la legge, giacché doveva sviluppare ed applicare massime tratte dallo "spirito" e dalle intenzioni del legislatore.

La fedeltà alla legge, da un lato, e la ricerca della giustizia dall'altro lato, non dovevano generare contraddizioni in questo schema interpretativo della legge. In tal senso vanno le argomentazioni di Portalis ed in tal senso è stato configurato dai redattori l'articolo 4 del *Code civil*. Portalis commentò nel seguente modo la divisione del lavoro corrispondente all'articolo 4 tra il legislatore ed il giudice:

Or, c'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcera inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à l'expérience à com-

bler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas.  
[Portalis, *Discours préliminaire*, p. 14; cfr. Martin Kriele, *Gesetzestreu*, 2002, pp. 51-58]

L'ultima osservazione di Portalis, che «les codes des peuples se font avec le temps», che sembrerebbe avvicinarsi alla concezione anticodificatoria di Savigny, significava però soltanto che la codificazione andava sviluppata e interpretata a partire dalle sue proprie circostanze storiche e che non poteva nascere dal nulla (cfr. Wilhelm, *Portalis und Savigny*, 1982, pp. 445-456). Ad ogni modo, la codificazione era rimessa al giudice per quanto riguardava la sua integrazione e interpretazione. Alla domanda, secondo quali principi si dovevano completare le lacune giuridiche, Portalis rispondeva così nelle *Règles pour les juges*:

Il faut donc laisser alors au juge la faculté de suppléer à la loi par les lumières naturelles de la droiture et du bon sens.  
[Portalis, *Exposé des motifs*, p. 157]

L'impossibilità per la legge di regolare tutti i casi pensabili richiedeva dal potere legislativo dei contributi adattabili e flessibili, che Portalis delineò con queste parole: «Il faut donc laisser au pouvoir judiciaire les attributions qui dérivent de la plus impérieuse de toutes les lois, celle de la nécessité» (Portalis, *Discours relatif à la publication*, p. 137). Ciò rifletteva una visione molto pragmatica che considerava la tesi sulla ineluttabile lacunosità di tutte le leggi umane come una componente della dottrina razionalistica sulle fonti del diritto (cfr. Gutzwiller, *Weltanschauliche Grundlagen*, p. 78).

La tecnica legislativa del *Code civil* rifiu-

tava perciò ogni ordine dettato dalla casistica, evitava frasi teoriche o moralistiche, non perseguiva l'autonomia della struttura delle leggi rispetto ai principi ed alle massime e vedeva nel processo un mezzo di costante perfezionamento del codice attraverso la giurisprudenza e la scienza giuridica (cfr. Heinsheimer, *Einleitung*, p. IX). Un esempio adeguato di ciò è l'ulteriore sviluppo del diritto penale negli articoli 1382 e 1383 del *Code civil*, la cui formulazione, mantenuta consapevolmente aperta, fu descritta come «concessione al giudice di ricercare il diritto» (Heinsheimer, *Einleitung*, cit., p. X).

Le argomentazioni di Portalis hanno anche un aspetto storicistico – con ciò egli evidentemente ribatteva alle critiche dei conservatori – laddove egli afferma che le sentenze si sono da sempre formulate in base ai principi generali ed alla dottrina giuridica, come dovrà essere fatto anche con l'introduzione del *Code civil*. L'arsenale argomentativo, al quale il giudice poteva ricorrere se la legge positiva taceva, o era ambigua o oscura, erano la consuetudine o l'equità – «l'usage ou équité». L'equità significava il ritorno alla legge naturale: «L'équité ets le retour à la loi naturelle»<sup>35</sup>.

Il confine tra la legislazione e l'evoluzione del diritto tramite la giurisprudenza era stretto e sormontabile solo attraverso dei concetti astratti come "equità", "legge naturale" e "saggezza del giudice". Oltre a ciò, il concetto di legge possedeva anche una concezione filosofica: «Les lois ne sont pas de purs actes de puissance; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison» (Portalis, *Discours préliminaire*, p. 4). Il divieto del diniego di giustizia istituito con l'articolo 4 del *Code civil* era pensabile e praticabile solo entro il quadro di una simile concezione

della legge e della codificazione; solo in questo quadro esso poteva legittimamente essere considerato come parte della questione riguardante la divisione dei poteri.

2) *Costituzione*. Il *Code civil* con il suo articolo 4 riguardante il divieto del diniego di giustizia non può e non deve essere considerato isolatamente entro il sistema giuridico francese, giacché il primo è posto sotto la protezione delle leggi politiche, — ossia sotto la protezione della costituzione alla quale si deve adeguare: «Le code civil est sous la tutelle des lois politiques; il doit leur être assorti» (Portalès, *Discours préliminaire*, p. 16). Già con la risoluzione dell'Assemblea Nazionale del 16 agosto 1790 era stata decisa la revisione di tutte le leggi. La formula della risoluzione suonava:

Les lois civiles seront revues et réformées par les législatures; et il sera fait un code général des lois simples, claires, et appropriées à la constitution. [Duvergier, *Collection*, p. 364]

Successivamente, anche la costituzione del 1791 aveva stabilito l'obbligo di redigere un codice<sup>36</sup>. La costituzione aveva, da un lato, riportato la vita politica alla normalità, dall'altro lato, con i principi in essa contenuti, aveva posto sotto il proprio dominio anche il *Code civil* e conseguentemente anche la prassi giuridica<sup>37</sup>. Nella gerarchia delle leggi, la costituzione sta espressamente sopra le leggi civili, processuali e penali, o le leggi commerciali e tributarie. Tra le disposizioni costituzionali vincolanti per tutte le altre leggi rilevano i principi di eguaglianza, libertà, proprietà, i diritti umani ed il principio della divisione dei poteri. La questione della divisione dei poteri accendeva incessantemente nelle

discussioni lo scontro riguardo al potere dei giudici e ai limiti delle loro competenze nei confronti del legislatore politico e della sua legislazione.

Il compito principale della legge consisteva, secondo la nuova concezione costituzionale, nel «garantir la liberté, et de mettre ainsi le Citoyen en état de jouir de tous les droits qui sont déclarés lui appartenir par la Constitution» (Nicolas Bergasse, *Rapport du comité de constitution*, 1789, p. 9). Perciò, il tribunale diveniva un'istanza di garanzia e la costituzione una «sentinella»<sup>38</sup>, per eliminare gli abusi del potere giudiziario, molto frequenti nell'*Ancien Régime*. Coerentemente con quanto era costantemente ribadito durante i dibattiti costituzionali, la carta costituzionale imponeva la "legge" quale fondamento giuridico di ogni decisione giudiziaria, unico al quale un giudice illuminato ed onorato doveva obbedienza: «que des juges éclairés, honorés, sans être craints ... n'obéissent qu'à la Loi» (Du Port, *Principes et plan sur l'établissement*, 1790, p. 4).

I dibattiti costituzionali — come anche la costituzione stessa — muovevano ancora da una immagine ideale della legge e del legislatore al quale soltanto spettava l'ultima parola nei casi di lacune o di dubbi interpretativi<sup>39</sup>. La richiesta costantemente ribadita di dividere rigorosamente i poteri costituzionali<sup>40</sup> non aveva, però, nascosto del tutto i dubbi che emergevano durante i dibattiti riguardo alla capacità funzionale del sistema giuridico in caso di mantenimento del *référé législatif*. Du Port illustrò il retroscena costituzionale: «Les Loix seront belles et justes, et les Jugemens peut-être iniques ou absurdes» (*Ibidem*, p. 32). Il problema della conversione delle leggi generali ed astratte in concreti pro-

nunciamenti particolari tramite il verdetto giudiziario non si poteva risolvere senza le competenze interpretative del giudice.

La collisione tra la legislazione e la giurisprudenza in caso di un simile compito del giudice di risolvere le lacune o di dare un'interpretazione era inevitabile – considerata la divisione dei poteri prevista dalla costituzione –, giacché i poteri dello Stato erano soggetti ad un principio costituzionale: «Au surplus, les pouvoirs sont réglés; aucun ne doit franchir ses limites» (Portalis, *Exposé des motifs*, p. 159).

Portalis contestò abilmente e al contempo energicamente l'obiezione che l'articolo 4 del *Code civil* trasferiva al giudice un potere disapprovabile a causa dell'obbligo costituzionale riguardante la divisione dei poteri (*Ibidem*, p. 135). Egli invocava una certa flessibilità: «Je sens ... qu'il nous manque des tribunaux d'équité qui puissent, suivant les circonstances, adoucir les lois» (*Ibidem*). Egli si riferiva alle *Courts of equity* inglesi e alla prassi dei pretori romani, come anche alle modifiche da loro praticate. Una simile quantità di potere non sarebbe stata però trasferita al giudice con l'articolo 4 del *Code civil*, il quale interveniva solo nei casi di leggi manchevoli per garantire istituzionalmente la giurisprudenza (cfr. Portalis in Jouanneau e Solon, *Discussions*, p. 27). Il richiamo fatto dagli oppositori dell'articolo 4 del *Code civil* alla dottrina sulla divisione dei poteri di Montesquieu non reggeva, poiché Montesquieu aveva considerato solo le leggi penali, per le quali un potere interpretativo del giudice secondo la costituzione non era ammesso.

Allo stesso modo anche Tronchet argomentava, del tutto pragmaticamente, che sarebbe stato un abuso ridurre l'ufficio del

giudice in stato di pura passività. Il divieto dell'interpretazione giudiziaria era originariamente pensato solo per impedire la prassi dei tribunali dell'*Ancien Régime* di intromettersi attraverso le decisioni regolamentari nelle competenze legislative del legislatore monarchico. Egli spiegò: «il faut laisser au juge l'interprétation, sans la quelle il ne peut exercer son ministère» (Tronchet, in Jouanneau et Solons, *Discussions*, p. 27). Infine, la questione contesa sulla capacità del giudice riguardante l'interpretazione, il compimento ed il perfezionamento del diritto rese palesa un'aporia del principio della divisione dei poteri che non permetteva una separazione netta e formalistica tra il potere legislativo e quello giudiziario, intesi come due principali produttori del diritto. Giacché, se si lasciava al legislatore il compito di interpretare, egli fungeva da giudice e ne risultava un suo inammissibile potere retroattivo; se si tralasciava al giudice il compimento e il perfezionamento del diritto, questi agiva come un legislatore.

Pertanto, il dibattito costituzionale e l'adozione del divieto del diniego di giustizia dell'articolo 4 del *Code civil* si chiusero con una decisione a favore del potere del giudice. Quale problema delimitativo tra la legislazione e la giurisprudenza rimase il principio dell'articolo 4 come oggetto di dibattito; anche oggi, esso impegna la teoria e la prassi del "diritto giudiziario" e della qualità legislativa delle sentenze giudiziarie. Così, nel 1973, il tribunale costituzionale federale ha espressamente riconosciuto la funzione del giudice di ricercare il diritto e sanare le lacune giuridiche:

Il fatto che la legge scritta non adempie la sua funzione di risolvere un problema giuridico deve essere giudiziosamente appurato. La decisione del

giudice completa allora la lacuna, secondo il dettato della ragione pratica e della concezione di giustizia generalmente riconosciuta nella comunità<sup>41</sup>.

3) *Organizzazione dei tribunali*. Tra i presupposti per la praticabilità e, al contempo, la legittimità del divieto del diniego di giustizia va annoverata anche un'ampia e chiara organizzazione dei tribunali. Solo quando vi sono a disposizione degli organi giudiziari efficaci è pensabile che i giudici neghino la giustizia e che, quindi, acquisti senso l'istituzione del divieto del diniego di giustizia (cfr. Strunk, *Justizverweigerung*, p. 11, 14). Quale seguito della Rivoluzione Francese, una piena *régénération* dell'amministrazione della giustizia appariva inevitabile. Ancora una volta, la necessità di un nuovo *Ordre judiciaire* era tratta dalla costituzione:

... mais aujourd'hui que l'on demande de toutes parts et que l'on attend une régénération complète dans l'administration de la justice; aujourd'hui qu'il faut, d'après les principes d'une Constitution libre, établir un Ordre judiciaire nouveau, qui, loin d'altérer ces principes, leur donne une nouvelle force et de nouveaux développements.  
[Du Port, *Principes*, p. 2; cfr. anche Sieyes, *Aperçu d'une nouvelle organisation*, Paris, 1790]

L'istituzione delle gerarchie e dei tribunali abbracciava dal "basso" verso l'"alto" la *justice de paix*, *tribunaux inférieurs*, *tribunaux d'appel*, come anche il vertice gerarchico, *le tribunal de cassation* (cfr. la costituzione del 1793, artt. 98-100, in Franz, *Staatsverfassungen*, p. 393). L'abolizione costituzionale della compravendita delle cariche<sup>41</sup> e l'inamovibilità dei giudici – tranne per sentenza giudiziaria – avevano dato alla giurisdizione un'autonomia istituzionale che permetteva la nasci-

ta di un ceto giudiziario emancipato. Inoltre, anche la preparazione e la professionalità costituivano dei presupposti istituzionali per il divieto del diniego di giustizia, poiché il giudice ora possedeva un maggior grado di competenza, indispensabile per essere in grado di interpretare autonomamente il diritto entro la cornice tratteggiata dalla codificazione. Ciò è dimostrato già dalla nuova caratterizzazione dei giudici come «hommes intègres et éclairés» (Quinet, *Commentaire*, p. 119).

Portalès aveva a tale scopo istituito delle «Règles pour les juges», che avrebbero dovuto guidare il potere giudiziario (Portalès, *Exposé des motifs*, pp. 156-159). Quale argomento decisivo contro i timori che il giudice potesse abusare del suo potere interpretativo nei casi di dubbio o di lacune nella legge «contre le texte de la loi», vi era l'istituzione di una *Cour de cassation*. Se, infatti, il giudice si rendeva colpevole di un comportamento errato, vi era a disposizione la Corte di cassazione per correggere sentenze sbagliate (Tronchet in *Discussions*, p. 27). In tal modo si sarebbe provveduto in favore di una giurisprudenza saggia e coerente – ma, allo stesso tempo, anche della legislazione – il cui interprete sarebbe stato un giudice incaricato dell'inevitabile compito di perfezionare la legge (Quinet, *Commentaire*, p. 119).

La costruzione dei tribunali, delle gerarchie istituzionali e l'immagine del giudice garantivano il controllo, come anche l'autocollaborazione del giudice nel senso di un osservatorio giuridico professionalizzato entro la cornice di un tribunale la cui pubblicità era garantita al contempo dalla costituzione.

## 6. L'importanza dell'articolo 4 del Code civil in Germania

L'importanza e gli effetti dell'articolo 4 del *Code civil* si rispecchiano anche nell'ambito di ricezione del *Code civil* in Germania, come anche negli altri paesi europei. Riguardo all'articolo 4, Brauer aveva, nel 1809, indicato il *Landrecht* del Baden, nel quale era stato recepito il *Code civil*; questi conteneva la cosiddetta «amministrazione della giurisdizione», intesa come «l'obbligo dello Stato», che riguardava anche i giuristi della Corona, di procedere contro i giudici nei casi del «diniego del diritto» (Brauer, *Erläuterungen*, 1809, p. 38). Da questo «obbligo dello Stato» si deduceva l'obbligo per i giudici di giungere alla sentenza. I commentari all'articolo 4 nelle edizioni tedesche del *Code civil* riconoscono espressamente le idee della codificazione:

... secondo il quarto articolo del codice napoleonico, alla valutazione del giudice è stato dato un grande spazio. Vano ... fu il tentativo di trasformare le leggi in una casistica, che avrebbe risparmiato al giudice ogni riflessione e l'avrebbe mutato in una macchina.

[Erhard, *Napoleons I Handelsgesetzbuch*, 1808, p. XXXVII]

Lo «spirito intellettuale del giudice» era presupposto e richiesto per il codice recepito, al fine di poter risolvere, con l'aiuto delle «norme generali» del codice, i singoli casi (Brauer, *Erläuterungen*, p. 48). «L'ispezione, da parte del giudice, della natura dei rapporti giuridici» avrebbe più facilmente condotto al risultato, che non «gli impensabili sforzi di un legislatore non illuminato che volesse prevedere e decidere tutti i pensabili casi giuridici» (Erhard, *Handelsgesetzbuch*, p. XXXVII). L'immagine

e la funzione del giudice emancipato furono adottati nei territori tedeschi in cui fu recepito il *Code civil* in modo da adeguarsi alla codificazione e alla costituzione francese. Seidensticker spiegava nel 1808, secondo lo spirito dell'illuminismo:

L'umanità è finalmente progredita a sufficienza per poter essere guidata da dei principi; la scienza è andata sufficientemente lontano da porsi sotto i principi; i giudici sono diventati delle persone capaci di comprendere i principi e di svilupparli da soli.

[Seidensticker, *Einleitung in den Codex Napoleon*, 1810, p. 60]

Questa era sicuramente una valutazione ancora troppo ottimistica riguardo il ceto dei giudici in Germania. Ma queste parole indicano che la persona del giudice, definita attraverso la costituzione e la moderna codificazione, capace di assumere decisioni con responsabilità – al di là di ogni diritto positivo – era diventata il fattore decisivo per un sistema giuridico funzionante.

I commenti tedeschi riguardanti il divieto del diniego di giustizia seguivano del tutto le argomentazioni che erano alla base delle decisioni dei redattori e dei riformatori francesi. Però, nei commenti alle edizioni tedesche del *Code civil* è riconoscibile anche la preoccupazione che

il diritto romano subentri ora dalla posizione di fonte sussidiaria del diritto a quella di ausilio assolutamente indispensabile.

[Grolmann, *Ausführliches Handbuch über den Code Napoleon*, 1810, p. 60]

Poiché il *Code civil* aveva abolito tutte le fonti sussidiarie del diritto, ciò significava che al giudice non era più permesso ritornare all'uso del diritto romano per l'interpretazione ed il completamento delle lacu-

ne nelle leggi. Il diritto romano poteva essere ora considerato solo «un modello per l'applicazione di norme generali» (Brauer, *Erläuterungen*, p. 42) o «una considerazione corrispondente», «ma non si poteva attingere da esso alla ricerca delle fondamenta giuridiche decisive» (Haas, *Civil-Gesetzbuch des linken Rheinufer*, 1822, p. 23; anche *Das Badische Landrecht*, 1836, p. 3).

D'altronde, furono anche spesso usate le disposizioni del diritto romano come argomenti per la legittimazione del divieto del diniego di giustizia dell'articolo 4 del *Code civil*. Si ha l'impressione che in Germania non erano ancora considerati sufficientemente decisivi i principi a favore dell'emancipazione del giudice tratti dal diritto costituzionale e dallo spirito della codificazione illuminista, per cui si credeva ancora necessario richiamare in aiuto l'autorità ed il potere argomentativo del diritto romano.

Nel *Corpus Iuris Civilis* giustiniano si possono effettivamente trovare decisioni a favore del complesso del divieto del diniego di giustizia (cfr. Mayer-Maly, *Iurare sibi non liquere und Rechtsverweigerungsverbot*, 1993, pp. 349-354). Così, ad esempio, Erhard rimanda, come argomento a favore dell'articolo 4 del *Code civil*, alla novella 115, cap. 2 (Erhard, *Napoleons I bürgerliches Gesetzbuch*, 1808, p. 4), secondo la quale il giudice, dopo un rinvio della presentazione delle parti in causa e dopo una proroga, era tenuto a dare un verdetto conforme alla legge<sup>43</sup>. Oltre a ciò, Erhard richiama anche i *Digesta* 5. 1. 40, in qualità di caso parallelo legittimante: «Iudex si quid adversus legis praeceptum in iudicando dolo malo praetermiserit, legem offendit» (Erhard, *Napoleons I Civilgerichtssordnung*, 1808, p. 273).

Le edizioni in lingua latina del *Code civil* del 1808 e del 1810 (Gibault, *Codex Napo-*

*leonianus*, 1808, p. 2) rimandano, per il divieto del diniego di giustizia, a *Digesta* 1. 3. 13 e si avvicinano, così, più di altri alle intenzioni dell'articolo 4 del *Code civil*:

Nam ... quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatio-  
ne vel certe iurisdictione suppleri.

Tali voci argomentano addirittura in due direzioni, da un lato nel rispetto della tradizione e dall'altro lato in direzione progressiva ed emancipatoria, secondo lo spirito del nuovo diritto costituzionale. Ciò è tipico per una riforma cresciuta sulle basi rivoluzionarie e che utilizza pertanto dei mezzi argomentativi tradizionali, e quindi anche politicamente meno sospetti.

## Bibliografia

- Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten*, 1. Theil, Berlin, 1795;
- Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*, Neue Ausgabe, I/1, Berlin, 1817;
- Arnaud, André-Jean, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969;
- *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, Paris, 1973;
- (Hg.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, 1988;
- Atias, Christian — Beignier, Bernard — Bouscau, Franck — Gasparini, Eric — Gazzaniga, Jean-Louis — Ricci, Jean-Claude, *Portalis le Juste*, ed. d'Onorio, Joël-Benoît (Actes du colloque de Paris), Aix-en-Provence, 2004;
- Behrends, Okko — Knütel, Rolf — Kupisch, Berthold — Seiler, Hans Hermann, *Corpus Iuris Civilis II (Digesten 1-10)*, Heidelberg, 1995;
- Bergasse, Nicolas, *Rapport du comité de constitution, sur l'organisation du pouvoir judiciaire, présenté à l'assemblée nationale*, Paris, 1789;
- Böhmer, Justus Henning (Praeses), *Diss. de origine, progressu atque indole querelae denegatae vel protractae iustitiae* (Respondent: Ioannes Fridericus Ioachim), Halae Magdeburgicae, 1738;
- *Bürgerliches Gesetzbuch für Galizien*, 1. Theil, Wien, 1797;

- Brauer, Johann Nikolaus Friedrich, *Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzoglich Badische bürgerliche Gesetzgebung*, 1. Band, Karlsruhe, 1809;
- Bufera, Antonio, *Il Codice Civile Italiano, commentato secondo l'ordine degli articoli, libro I*, Torino, 1939;
- Busse, Dietrich, *Verstehen und Auslegung von Rechtstexten – institutionelle Bedingungen*, in: Lerch, Kent D. (Hg.), *Recht verstehen. Verständlichkeit, Missverständlichkeit und Unverständlichkeit von Recht (Die Sprache des Rechts 1)*, Berlin/New York, 2004;
- *Code de Procédure Civile. Édition originale et seule officielle*, A Paris, de l'imprimerie impériale, 1806;
- Caroni, Pio, *Das entzauberte Gesetzbuch*, in: ders., *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel/Genf/München, 2003;
- Chabroud, Charles, *Opinion de Charles Chabroud, membre de l'Assemblée Nationale, sur quelques questions relatives à l'Ordre Judiciaire, prononcée le 30 Mars 1790*, Paris, 1790;
- Delaporte, Jean Baptiste François – Riffé-Caubray, Pierre Nicolas, *Les Pandectes Françaises, ou recueil complet de toutes les lois en vigueur, ..., Code Civil, tome I*, Paris, 1803;
- Delvincourt, Claude Étienne, *Cours de Code Napoléon, tome 1*, Paris, 1813;
- Dölemeyer, Barbara, Artikel „Kodifizierung/Kodifikation“, in: *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*, Band XIV, hg. von Cancik, Hubert, Stuttgart, 2000;
- Dölemeyer, Barbara, *C'est toujours le français qui fait la loi – Originaltext und Übersetzung*, in: Barbara Dölemeyer, Heinz Mohnhaupt, Alessandro Somma (a cura di), *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen außerhalb Frankreichs (Rechtsprechung 21)*, Frankfurt am Main, 2006;
- Du Port, Adrien-Jean-François, *Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire*, Paris, 1790;
- Duvergier, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du conseil-d'état*, tome I, Paris, 1824;
- Erhard, Christian Daniel, *Napoleons I bürgerliches Gesetzbuch*, Dessau und Leipzig, 1808;
- *Napoleons I Zivilgerichtsordnung des Französischen Reichs*, Dessau und Leipzig, 1808;
- *Napoleons I Handelsgesetzbuch*, 2. verbesserte Auflage, Dessau und Leipzig, 1808;
- (Hg.), *Civilgerichtsordnung des Französischen Reichs. Nach der neuesten officiellen Ausgabe verdeutscht ... Zweite verbesserte Auflage. Code de procédure civile, nouvelle édition conforme à l'édition originale de l'Imprimerie impériale*, Leipzig, 1813;
- Favoreu, Louis, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, 1965;
- Fenet, Pierre Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, tome 6*, Paris, 1827;
- Fögen, Marie Theres, *Schrittmacher des Rechts. Anmerkungen zum Justiz- und Rechtsverweigerungsverbot*, in: Honsell, Heinrich u.a. (Hg.), *Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer*, Basel/Genf/München, 2004;
- Forsthoff, Ernst, *Recht und Sprache (Schriften der Königsberger Gelehrten Gesellschaft 17)*, Halle/Saale, 1940;
- Franz, Günther, *Staatsverfassungen*, 3. Auflage, Darmstadt, 1975;
- Frison-Roche, Marie-Anne, *Déni de justice et interprétation de la loi par le juge*, (PDF) Fasc. unique, Juris-Classeur Civil Code > Art.4, Cote: 11, 1996;
- Gagnér, Sten, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm/Uppsala/Göteborg, 1960;
- Gibault, Hiérome Bonaventure, *Codex Napoleonianus, e patrio in latinum sermonem translatus*, Parisiis, 1808;
- Grolmann, Karl Ludwig Wilhelm, *Ausführliches Handbuch über den Code Napoleon*, 1. Band, Giessen und Darmstadt, 1810;
- Gutzwiller, Max, *Weltanschauliche Grundlagen in den grossen Privatrechtskodifikationen der neuen Zeit*, in: ders., *Elemente der Rechtsidee. Ausgewählte Aufsätze und Reden*, hg. von Heini, Anton, Basel/Stuttgart, 1964;
- Haas, Anton A., *Civil-Gesetzbuch des linken Rheinufers*, 1. Band, Coblenz, 1822;
- *Das Badische Landrecht*, Karlsruhe, 1836;
- Häsemeyer, Ludwig, *Die Erzwingung richterlicher Entscheidungen, mögliche Reaktionen auf Justizverweigerungen*, in: *Festschrift für Karl Michaelis zum 70. Geburtstag am 21. Dezember 1970*, hg. von Pawlowski, Hans-Martin und Wieacker, Franz, Göttingen, 1972;
- *Joseph des Zweyten ... Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache (JGS)*, Band 1 (1780-1784), Wien, 1817;
- Heinsheimer, Karl, *Einleitung*, in: Wolff, Martin (Hg.), *Zivilgesetze der Gegenwart*, Band 1: Frankreich, Code civil, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1928, p. IX ss;
- Jouanneau – Solon, *Discussions du Code civil dans le Conseil d'État, tome I*, Paris, 1805;
- Jourdan – Decrusy – Isambert (Ed.), *Recueil général des anciennes lois françaises, tome XVIII (1661-1671)*, Paris (1821);
- Kan, Joseph van, *Les efforts de codification en France. Étude historique et psychologique*, Paris, 1929;
- Kantorowicz, Hermann, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre (Rechtsgeschichtliche Studien 2)*, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1925;
- Klüber, Johann Ludwig, *Öffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, Erste Abtheilung, 3. Auflage, Frankfurt am Main, 1831;
- Kriele, Martin, *Gesetzestreue und Gerechtigkeit in der richterlichen Rechtsfindung*, in: «Zeitschrift für Rechtsphilosophie» 2002 (Heft 1), erschienen: 2003;
- Kußmann, Erich, *Der Begriff der Justizverweigerung und ihre Beseitigung nach deutschem Staatsrecht (Art. 77 RV.)*, jur. Diss., Greifswald, 1917;
- Loché, Jean Guillaume, *Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion, ou Conférence historique ...*, tome 1, Paris, 1805;
- Ludolf, Georg Melchior von, *De jure camerali commentatio systematica ex fontibus legum publicarum ...*, Francofurti

## Mohnhaupt

- ad Moenum, 1719;
- Ludwig, C. W., *Commentar zum allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten*, 1. Band, 1. Abteilung, Breslau, 1804;
- Lukas, Josef, *Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung*, in: *Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Paul Laband*, 1. Band, Tübingen, 1908;
- Mayer-Maly, Theo, *Unare sibi non lignere und Rechtsverweigerungsverbot*, in J. Oskar – Hagen, Johann J. (Hg.), *Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht*. Festschrift Franz Matscher, Wien, 1993;
- Mazzarella, Ferdinando, *Un diritto <allo stato fluido>*. Note storico-giuridiche su aequitas e ragionevolezza, in: "Giornale di Storia costituzionale", n. 11, Macerata, 2006;
- Meier-Hayoz, Arthur, *Der Richter als Gesetzgeber. Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Zürich, 1951;
- Miersch, Matthias, *Der sogenannte référé législatif. Eine Untersuchung zum Verhältnis Gesetzgeber, Gesetz und Richteramt seit dem 18. Jahrhundert* (Fundamenta Juridica 36), Baden-Baden, 2000;
- Mohnhaupt, Heinz, *Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime*, in: „Ius Commune“ 4 (1972);
- *Grundlinien in der Geschichte der Gesetzgebung auf dem europäischen Kontinent vom 16. bis 18. Jahrhundert. Ein experimenteller Überblick*, in: 2 N R, 28, 2006;
- Moser, Johann Jacob, *Neues teutsches Staatsrecht*, Band 8, 1, 2. Hälfte (Neudruck der Ausgabe 1774), Osnabrück, 1967;
- Mounier, Jean Joseph, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, 1789;
- Mounier, Jean Joseph, *Projet des premiers Articles de la Constitution, lu dans la Séance du 28 Juillet 1789*, Paris, 1789;
- Muratori, Lodovico Antonio, *Dei difetti della giurisprudenza trattato, seconda edizione*, in Venezia, 1743;
- Müßig, Ulrike, *Gesetzlicher Richter ohne Rechtsstaat? Eine historisch-vergleichende Spurensuche*, Berlin, 2006;
- *Nouveau projet sur l'ordre judiciaire, conforme aux bases décrétées par l'Assemblée Nationale, proposé par le Comité de Constitution*, Paris (1790);
- Papier, Hans-Jürgen, *Justizgewähranspruch*, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, hg. von Isensee, Josef und Kirchhof, Paul, Heidelberg, 1989;
- Perels, Kurt, *Die Justizverweigerung im alten Reich seit 1495*, in: „SZGerm“ 25 (1904);
- Portalès, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil, présenté le 1<sup>er</sup> pluviôse an IX, par la commission nommée par le gouvernement consulaire*, in: Portalès, Frédéric (ed.), *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, par Jean-Étienne-Marie Portalès*, Paris, 1844;
- *Écrits et discours juridiques et politiques*, Aix-Marseille, 1988;
- Quinet, P. A., *Commentaire sur la loi relative à la publication, aux effets, et à l'application des lois en general, ...*, Bruxelles, 1819;
- Rainer, Michael, *Einige Gedanken zum Discours Préliminaire von Portalès*, in: «Seminarios complutenses de derecho romano» XVII (2005);
- Ray, Jean, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, 1926;
- Schröder, Jan, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*, München, 2001;
- „Richterrecht“ und Rechtsbegriff im frühen 20. Jahrhundert, in: Berger, Klaus Peter u.a. (Hg.), *Zivil- und Wirtschaftsrecht im europäischen und globalen Kontext. Festschrift für Norbert Horn zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2006;
- Schumann, Ekkehard, *Das Rechtsverweigerungsverbot. Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden*, in: „Zeitschrift für Zivilprozess“ 81 (1968);
- Seidensticker, Johann Anton Ludwig, *Einleitung in den Codex Napoleon*, Tübingen, 1808;
- Seif, Ulrike, *Recht und Gerechtigkeit. Die Garantie des gesetzlichen Richters und die Gewaltenteilungskonzeption des 17.-19. Jahrhunderts*, in: „Der Staat“ 42 (2003);
- Sellert, Wolfgang, *Verfahrensbeschleunigung am Reichskammergericht durch Reformen seiner Spruchkörperstruktur*, in: Wackerbarth, Ulrich u.a. (Hg.), *Festschrift für Ulrich Eisenhardt zum 70. Geburtstag*, München, 2007;
- Sieyès, Emmanuel Joseph, *Aperçu d'une nouvelle organisation de la justice et de la police en France*, Paris, 1790;
- Spiegel, Ludwig, *Der référé législatif oder die Anfrage bei Hof*, in: ders., *Gesetz und Recht. Vorträge und Aufsätze zur Rechtsquellen-theorie* (Prager Staatswissenschaftliche Untersuchungen 1), München und Leipzig, 1913;
- Stern Klaus, *Das Erzwingung richterlicher Entscheidungen, mögliche Reaktionen auf Justizverweigerungen*, in: *Festschrift für Kalr Michaelis zum 70. Geburtstag am 21 Dezember 1970*, a cura di Hans-Martin Pawlowski e Franz Wieacker, Göttingen, 1972;
- *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band 1, München 1977;
- Strunk, H *Justizverweigerung und Art. 77 der Reichsverfassung*, jur. Diss., Jena, 1910;
- Target, Guy Jean Baptiste, *Projet de Déclaration des Droits de l'Homme en Société*, Versailles (ca. 1790);
- Wilhelm, Walter, Portalès und Savigny. *Aspects de la restauration*, in: *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag* (Ius Commune, Sonderhefte 17), Frankfurt am Main, 1982;
- Wolff, Christian, *Vernünftige Gedanken von dem Gesellschaftlichen Leben der Menschen Und insonderheit Dem gemeinen Wesen Zu Beförderung der Glückseligkeit ...*, 4. Aufl., Frankfurt und Leipzig, 1736;
- Wolff, Martin u.a. (Hg.), *Zivilgesetze der Gegenwart*, Band 1: Frankreich, Code civil, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1928;
- Zeumer Karl, *Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit*, Tübingen, 1907.

<sup>1</sup> Klüber rimanda qui a Georg Melchior von Ludolf, *De iure camerali commentatio sistematica ex fontibus legum publicarum...*, Francofurti ad Moenum, 1719, pp. 160 ss. (§XI), il quale spiega: *Actionis probatio valde est difficilis, unde non rara quidem ejus institutiae exempla, rariores tamen sententiae condemnitoriae*.

<sup>2</sup> Kurt Perels, *Die Justizverweigerung im alten Reich seit 1495*, in: SZGerm 25 (1904), p. 5, definisce il "diniego della giurisdizione" come "la privazione lesiva del diritto dell'aiuto offerto dalla sentenza nel normale processo giuridico".

<sup>3</sup> Perels, *Justizverweigerung*, cit., p. 30; Johann Jacob Moser, *Neues teutsches Staatsrecht*, vol 8, 1, 2, Hälfte (ristampa dell'edizione del 1774), Osnabrück, 1967, p. 918, tratta assieme alla giustizia ritardata e quella negata anche la "giustizia di partito" quale terza forma di una protezione giuridica "mal amministrata".

<sup>4</sup> Codice 3. 1. 13. 8: ... *litem ipse ausus fuerit protelare* ...; cfr. anche Klüber, *Öffentliches Recht*, cit., p. 190; ulteriori esempi in H. Strunk, *Justizverweigerung*, 1910, pp. 14-17.

<sup>5</sup> Cfr. Stern, *Das Erzwingung richterlicher*, 1972, p. 142; Papier, *Justizgewähranspruch*, 1989, pp. 1228-1231. Per la ricostruzione storica del *juge naturel*/"giudice legittimo" cfr. Seif, *Recht und Gerechtigkeit*: 2003, pp. 110-140; Müßig, 2006.

<sup>6</sup> Nei paesi europei in cui venne introdotto il *Code civil*, vigeva il più delle volte la traduzione in edizioni bilingue; cfr. in proposito Dölemeyer, *C'est toujours le français qui fait la loi*, 2006, pp. 1-35 (26).

<sup>7</sup> Le più note sono le «Disposizioni sulla legge in generale» del Codice Civile italiano nella redazione del 16 marzo 1942, con l'articolo 12, sezione 2, attraverso la quale viene posto al giudice l'ob-

bligo alla decisione per via dell'interpretazione della legge: «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 principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Per la ricostruzione storica di questa disposizione cfr. Bufera, 1939, pp. 10-16. All'articolo 4 del *Code civil* sull'obbligo del giudice alla decisione sono corrispondenti le codificazioni della Spagna, Belgio, Portogallo, Egitto, Svizzera ecc., cfr. Arthur Meier-Hayoz, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich, 1951, pp. 220-225.; Schumann, *Rechtsverweigerungsverbot*, pp. 80 ss.

<sup>8</sup> Montesquieu, *De l'Esprit des Lois* (1748), libro 11, cap. 6: *Mais les juges ... ne sont ... que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés...*

<sup>9</sup> Kantorowicz, *Aus der Vorgeschichte* 1925, pp. 6, 30; per la valorizzazione del diritto creato dal giudice grazie al movimento del diritto libero cfr. Schröder, 2006, pp. 1255-1270 (1259-1262).

<sup>10</sup> *Constitutio "Dedoken"* 18 (premessa al Digesto), qui citata secondo la traduzione tedesca dal greco da Okko Behrends, Rolf Knüttel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler, *Corpus Iuris Civilis II (Digesto 1-10)*, Heidelberg, 1995, p. 13.

<sup>11</sup> *Constitutio "Tanta"* 18, in Behrends (et al.), *Corpus Iuris Civilis*, cit., p. 85: «... *humani vero iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit* ..., non desperamus quaedam postea emergi negotia, quae adhuc legum laqueis non sunt innodata ...».

<sup>12</sup> Jourdan, Decrusy, Isambert (a cura di), *Recueil général* 1821, p. 106: «*Déclarons tous arrêts et jugemens qui seront donnés contre la disposition de nos ordonnances, édits et declarations, nulls et de nul*

*effet et valeur; et les juges qui les auront rendus, responsables des dommages et interest des parties, ainsi qu'il sera par nous avisé*» (titre I, art. 8).

<sup>13</sup> Titolo II, art. 13: «*Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives*»; in Duvergier, *Collection*, cit., p. 363.

<sup>14</sup> Tale è la posizione di Lukas, *Zur Lehre*, p. 422; di opinione diversa su questo punto è Spiegel, *Der référé législatif*, cit., p. 115.

<sup>15</sup> Locré, *Esprit*, p. 204: «*Il étoit nécessaire d'empêcher les juges de suspendre ou de différer arbitrairement leurs décisions par des référés au législateur*».

<sup>16</sup> Locré, *Esprit*, p. 214; in modo simile Quinet, *Commentaire*, cit., p. 118: il compito del legislatore è di perseguire «*les grands intérêts de la société*».

<sup>17</sup> Jouanneau, Solon, *Discussions du Code civil dans le Conseil d'État*, vol I, Paris, 1805, p. 28: «*M. Bigot-Préameneu dit qu'il est dangereux de permettre aux tribunaux d'attendre une loi; qu'ils n'en ont pas besoin, parce qu'ils trouvent toujours leur règle ou dans la loi écrite, ou dans les principes de l'équité naturelle*».

<sup>18</sup> Locré, *Esprit*, p. 214: «*d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue*».

<sup>19</sup> Jouanneau, Solon, *Discussions*, p. 27: «*Roederer dit que l'article VII [successivamente articolo 4; n.d.a.] donne trop de pouvoir, en l'obligeant de prononcer même dans le silence de la loi ... à décider en législateur une question politique de la plus haute importance*».

<sup>20</sup> Il richiamo alla *équité* significava in questo contesto sempre «*le retour à la loi naturelle*»; cfr. Portalis, *Discours préliminaire*, p. 13.

<sup>21</sup> Quinet, *Commentaire*, p. 119: «*... les tribunaux pour la plupart composés d'hommes éclairés et intègres, ... dignes de la confiance publique dans la noble exercice de leurs importantes fonctions ...*».

<sup>22</sup> Kan, *Les efforts*, pp. 276-316: «*L'unification du droit; la simplifi-*

cation du droit; la sécurité juridique».

<sup>23</sup> André-Jean Arnaud (a cura di), *Dictionnaire* 1988, pp. 44-47; Pio Caroni, *Das entzauberte Gesetzbuch*, pp. 125-163, il quale a ragione sottolinea la dimensione storica del concetto e «il retroterra politico e sociale di un codice» quali presupposti per la interpretazione; per una sintesi concettuale, l'articolo di Barbara Dölemeyer, *Kodifizierung/Kodifikation* 2000, pp. 1003-1009.

<sup>24</sup> Cfr. Portalis, *Présentation et exposé des motifs*, 24 novembre 1801, in Fenet, *Recueil complet*, 1827, p. 39: «Le Code de Justinian et ceux de ses prédécesseurs ne furent que des compilations».

<sup>25</sup> Portalis, *Présentation*, p. 41: «Aujourd'hui une législation uniforme sera un des grands bienfaits de la révolution».

<sup>26</sup> Ray, *Essai sur la structure* p. 203: «Nous disons le Code; il faut dire plutôt: la loi dans son ensemble».

<sup>27</sup> *Projet de la Commission du Gouvernement, présenté le 24 thermidor au an VIII. Livre Préliminaire du droit et des lois, titre V (De l'application et de l'interprétation des lois)*, article 6: «Pour fixer le vrai sens d'une partie de la loi, il faut combiner et en réunir toutes les dispositions», in Fenet, *Recueil*, vol. 2, p. 7.

<sup>28</sup> Portalis, *Essai sur l'utilité de la codification, et comparaison des divers projets de code civil*, in: Portalis, *Discours*, p. IV: «Qu'est-ce en effet que la codification, si ce n'est l'esprit de méthode appliqué à la législation?».

<sup>29</sup> Portalis, *Discours préliminaire*, p. 8: «L'office de la loi est de fixer... les maximes générales du droit, ... et non descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière».

<sup>30</sup> Cutzwiller, *Weltanschauliche Grundlagen*, 1964, pp. 64-90, ha giustamente caratterizzato l'*Allgemeines Landrecht* prussiano come «una dettagliata postilla in cui un monarca illuminato, assoluto,

prescrive ai cittadini il suo ordine giuridico», mentre il codice austriaco (ABGB) del 1811 rappresenta «una grandiosa astrazione del materiale giuridico storicamente evoluto posto come motivo conduttore». Il *Code civil* rappresenta in primo luogo un «ancoraggio codificatorio dei *Droits de l'homme et citoyen*» ed è principalmente sorretto dai *principes de l'égalité des droits* e della *souveraineté nationale*.

<sup>31</sup> Portalis, *Discours préliminaire*, p. 28: «Que doit faire le législateur? Ses lois ne doivent jamais être plus parfaits que les hommes à qui elles sont destinées...».

<sup>32</sup> Portalis, *Exposé des motifs du projet de la loi intitulé: Titre préliminaire: De la publication, des effets et de l'application des lois en général, présenté le 4 ventose an XI*, in Portalis, *Discours*, p. 157; in modo simile Locré, *Esprit*, p. 215; Delapote e Riffé-Caubray, *Pandectes*, p. 425; Cambacérès, *Projets. Rapport fait à la convention nationale (séance du 9 août 1793)*, in Fenet, *Recueil*, vol. 1, p. 2; cfr. anche Ferdinando Mazzarella, *Un diritto «allo stato fluido»*, 2006, pp. 121-144 (132-134).

<sup>33</sup> Platone, *Nomoi IX*, 875 d; Platone, *Politikos* 294 a; *Digesta* 1. 3. 10: «Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accident contineri».

<sup>34</sup> Portalis, *Discours préliminaire*, p. 8: «C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application».

<sup>35</sup> Portalis, *Discours préliminaire*, p. 13; similmente l'articolo XI del *Livre préliminaire du Code civil*. *Du droit et des lois, rédigé par Portalis, présenté le 24 messidor an VIII*, in Portalis, *Discours*, p. 310: «Dans les matières civiles, le juge, à défaut de la loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive».

<sup>36</sup> *Constitution Française, 1791* Septembre 3, qui citato secondo Günther Franz, *Staatsverfassungen*, p. 311: «Il sera fait un code de lois civiles communes à tout le royaume» (titolo I).

<sup>37</sup> Cfr. Portalis, *Discours préliminaire*, p. 4: «Aujourd'hui la France respire; et la constitution qui garantit son repos lui permet de penser à sa prospérité»; il titolo I della costituzione è così intestato: «Dispositions fondamentales garanties par la Constitution», *Staatsverfassung*, p. 308.

<sup>38</sup> *Opinion de Charles Chabroud, 1790*, p. 3: «Comme le pouvoir de juges est entre les hommes un terrible pouvoir, ... la Constitution doit, pour ainsi dire, faire sentinelle de ce côté». In modo simile, Jean Joseph Mounier, *Déclaration*, 1789, p. 3: «Tous les Individus doivent pouvoir recourir aux Lois, et y trouver de prompts secours» (Articolo X).

<sup>39</sup> Du Port, *Principes*, p. 7: «... lequel est obligé de consulter des homes désigné par la Constitution, avant de faire exécuter les Loix civiles, lorsque leur application paroît douteuse».

<sup>40</sup> Cfr. Mounier, *Déclaration*, p. 3: «Pour prévenir le Despotisme et assurer l'empire de la Loi, les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire doivent être distincts, et ne peuvent être réunis» (Articolo IX); Target, *Projet de Déclaration*, 1790, p. 7: «La Constitution est bonne, si les pouvoirs sont tellement organisés, qu'ils ne puissent ni se confondre ni usurper l'un sur l'autre» (Articolo XXX); Du Port, *Principes*, p. 13: «Nous avons vu, Messieurs, que les juges doivent être bornés à l'application de la Loi, qu'ils ne devoient participer à aucune des fonctions législatives ou exécutives: delà il résulte que toute interprétation, toute explication de la Loi purement théorique ou réglementaire doit leur être interdite».

<sup>41</sup> La decisione del primo Senato del 14 febbraio 1973, in BVerfGE 34, pp. 269-307 (287); cfr. anche Kriele, *Gesetzestreu*, p. 51-58. Per

la Francia, infine: Marie-Anne Frison-Roche, *Déni de justice*, 1996, pp. 1-15 (p. 9: *Pouvoir donné au juge de parfaire la loi défectueuse*); Louis Favoreu, *Du déni de justice* 1965.

<sup>42</sup> *Nouveau projet sur l'ordre judiciaire, conforme aux bases décrétées par l'Assemblée Nationale, proposé par la Comité de Constitution*, Paris, 1790, p. 1 (Art. II): «*La vénalité des Offices de judicature est abolie pour toujours*».

<sup>43</sup> Novella 115, cap. 2: «*... tunc cognitur non amplius expectans modis omnibus sententiam proferat legibus consonantem ...*».