

## L'AMBIGUITÀ DELLA SCUOLA DELL'ESEGESI.

Una lettura anche semplicemente sommaria della letteratura relativa alle lacune, ci fa comprendere come l'argomento sia divenuto di particolare interesse e di significativa centralità verso la fine dell'Ottocento [1]. Solo in questo periodo, la problematica delle lacune divenne fecondo ambito di discussione, in ordine al quale si contrapposero le varie scuole filosofiche delle diverse e contrapposte fazioni e impostazioni teoretiche.

Tale considerazione è connessa ad una premessa logica quasi elementare. La questione della possibile esistenza di lacune sorge nel momento in cui si comincia a darsi una rappresentazione dell'ordinamento come potenzialmente completo. Negli ordinamenti o nei momenti storici nei quali manca tale rappresentazione la questione non si pone né può porsi. Per questo motivo nell'età romana classica [2] non ci si pose in fondo (quasi) mai il problema della lacunosità dell'ordinamento, in quanto non vi era l'idea di ordinamento giuridico che si potesse ritenere completo, idea che nascerà solo con il positivismo.

Tale idea, forse, cominciò a presentarsi in nuce solamente con la riscoperta del Digesto giustiniano, in riferimento al quale, le scuole dei glossatori e dei commentatori cominciarono ad avere un atteggiamento di psicologica soggezione, ritenendolo, forse per la prima volta, una vera e propria fonte del diritto scritto [3]. Non è un caso che Bobbio ritenga che l'origine del dogma della completezza dell'ordinamento giuridico vada individuata proprio nella considerazione del diritto giustiniano come *ratio scripta* da parte dei glossatori medioevali [4]. In realtà, per completezza d'indagine, si deve dire che l'idea di lacuna aveva già cominciato ad essere percepita come questione potenzialmente e giuridicamente rilevante, proprio nell'opera giustiniana se pensiamo che l'imperatore Giustiniano nel Digesto, afferma che «Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatis consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet» [5]. Certamente, però, il problema, intuito già nel Digesto, sorge in tutta la sua limpidezza proprio grazie ai commentatori medioevali che, partendo dal loro dogma metodologico, ossia dalla loro tecnica ermeneutica ed interpretativa, avevano come loro principale intento quello di individuare nel testo giustiniano lo spunto per la soluzione di ogni caso concreto. Con riguardo al testo del *Corpus juris civilis*, in particolare, si consolidò l'idea secondo cui omnia in corpore juris inveniuntur, con la conseguenza che si riteneva l'opera interpretativa dei glossatori consentiva al *Corpus Iuris* di giungere ad una reale completezza attraverso una sorta di auto integrazione di origine interpretativa.

La detta intuizione rimase per molto tempo latente, anche se, si deve dire, ebbe un momento importante di riflessione, nella storia della filosofia del diritto, grazie a Francis Bacon, che se ne interessò nell'ambito di un suo trattato sulle fonti del diritto contenuto in un più ampio studio sulla scienza governativa [6]. In questo passo Bacon riconosce la naturale lacunosità delle pronunce legislative, ma indica anche il modo di colmare tale lacunosità attraverso in primis i mezzi più semplici quali l'analogia e l'*extensio legis* (anche se, in riferimento a questi mezzi, auspica un uso morigerato) per giungere poi conclusivamente alla giurisdizione di equità, come strumento ulteriormente suppletivo. Questo non vuol dire richiamo al diritto naturale, bensì invocazione di un procedimento interpretativo ad opera dei giudici, ispirato alla «giusta discrezione» e all'*arbitrio boni viri*.

La problematica delle lacune fu una tematica che, per certo versi, ebbe una rinascita grazie alla «Scuola dell'Esegesi» [7] – termine coniato da Glasson nel 1904 e divenuto di uso comune grazie all'opera di Julien Bonnet [8] *L'École de l'Exégèse en droit civil* – con cui solitamente si indicano i giuristi (prevalentemente francesi ma anche belgi) che si dedicarono all'elaborazione esegetica, appunto, del *Code Napoléon* del 1804 [9]. La Scuola fu la massima espressione teoretica della completezza dell'ordinamento legislativo del Codice, ritenendo che una semplice interpretazione letterale del testo (e, quindi, una sua pedissequa applicazione) potesse dare gli strumenti per ogni soluzione di ogni caso. Ovvio, per quanto detto, che questo risultasse essere il terreno fertile per il sorgere del problema delle lacune.

Sintomatico e suggestivo è un passaggio di un'opera di alcuni giuristi appartenenti alla c.d. terza generazione della Scuola dell'Esegesi [10] che pone il problema: «Quando le fonti espresse del diritto restano veramente infeconde e non forniscono più, nonostante i rimedi dell'interpretazione delle leggi, la regola di un rapporto giuridico, dove deve esser ricercata questa regola? Nella legge nonostante tutto o all'infuori di essa? È abbastanza ricca la legge per rimediare alla propria insufficienza? Solo da poco tempo questo grave problema ha attirato l'attenzione della dottrina francese, come meritava realmente, e si sono potuti discernere chiaramente le tendenze, alle quali obbedivano, secondo il loro spirito, i diversi interpreti». Sulla scia delle tesi di Portalis, Charles-Bonaventure-Marie Toullier [13]

È esemplare, in proposito, la posizione di Jean-Etienne-Marie Portalis [11] il quale ammette che la legislazione possa rivelarsi lacunosa ma individua anche le modalità con cui questa lacunosità possa essere superata, in quanto ritiene che, in questa evenienza, il giudice «sopperisca alla legge» ricorrendo alla «equità giudiziaria», alla «ragione naturale», quale la si può recuperare nelle massime, negli usi, nella giurisprudenza, e nella dottrina [12]. Sulla scia delle tesi di Portalis, Charles-Bonaventure-Marie Toullier [13] ritiene che le leggi possano essere lacunose e ritiene che si debba ricorrere al metodo della «eterointegrazione», sulla base dell'equità-diritto naturale e della consuetudine: «Ma qual regola seguirà il giudice ne' casi dubbi ne' quali sembra che la legge si taccia? In primo luogo l'equità, con cui si fa ritorno alla legge naturale, ed in secondo luogo l'uso, il quale è il supplemento il più naturale delle leggi». La Scuola dell'Esegesi, quindi, aveva ben chiaro il problema della lacunosità dell'ordinamento ma riteneva di poter individuare degli strumenti di cui l'interprete potesse provvedere all'integrazione della lacuna, garantendo, così in parte, proprio la completezza del sistema legislativo.

Occorre osservare, inoltre, che importante segnatura storica è dovuta, nella questione, all'art. 4 del Codice Napoleone – secondo cui: «Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire

contro di lui come colpevole di negata giustizia». Con questo articolo si introduce, per la prima volta, in maniera espressa il divieto di denegata giustizia, imponendo al Giudice di dare il proprio responso ad ogni controversia che gli viene prospettata. Mentre una parte della dottrina cominciò a vedere nel citato articolo uno degli elementi della possibile completezza dell'ordinamento (in quanto veniva dalla legge stessa imposto al giudice di dare una soluzione del caso concreto alla luce degli strumenti legislativi di cui disponeva e, quindi, di riflesso sostenendo implicitamente che proprio quegli strumenti (legislativi) dovevano essere sufficienti a tal scopo), ad onor del vero non fu visto in tal modo da tutti i commentatori della Scuola francese, in quanto fu considerato da molti semplicemente come l'affermazione del divieto di non *liquet*[14], che comportava il riconoscimento, però, al giudice di una sorta di potere legislativo, in parte incompatibile proprio con l'idea di completezza del codice e della relativa fonte legislativa. Sul punto significativa è la posizione di Laurent «Il Codice vietando al giudice di ricorrere al legislatore, facendogli un dovere di giudicare, quando anche non vi fosse una legge, non evita che l'uno degli inconvenienti che risultano dall'insufficienza della legislazione: se il legislatore non è costituito giudice di un processo, per contrario il giudice diviene legislatore. Bisogna dire con Portalis che dei due mali gli autori del Codice hanno scelto il minore (...) Resta sempre che l'art. 4 conferisce ai tribunali un gran potere, e in qualche modo una parte dell'esercizio del potere legislativo. Ogni qualvolta la legge è oscura o insufficiente, la decisione del giudice ha un carattere legislativo, nel senso che è esso che formula la regola prima di applicarla».

In via conclusiva, alla luce anche dei richiami appena svolti, dobbiamo fare una considerazione, in qualche modo, relativamente contro corrente. Solitamente si ritiene che i giuristi della Scuola dell'Esegesi siano stati coloro che per primi abbiano dato vita e sostenuto la tesi della completezza dell'ordinamento legislativo, ossia la tesi secondo la quale le leggi positive costituiscono un insieme «completo» di norme, e che, quindi, alla base delle proprie teorizzazioni ci sia la convinzione che la legge offra sempre una soluzione, quanto meno immediatamente percettibile come tale, che il giudice non deve fare altro che recuperare dal testo legislativo e applicare al caso concreto e, per l'effetto, che l'art. 4 del Code Napoléon attribuisca ai giudici un compito (al quale non possono sottrarsi e quindi obbligatorio per loro) quello di non denegare giustizia, richiamandosi alla lacunosità del sistema legislativo, compito che, secondo gli autori della Scuola, non essere effettivamente anche se non necessariamente facilmente osservato, senza ricorrere a qualcosa di diverso dal dettato legislativo stesso. Molti sono gli autori che sostengono tale tesi e, in particolare, va ricordato, per autorevolezza, Bobbio il quale rinviene il segno di tale valutazione nel celebre passo del commento di Demolombe all'art. 4 del Code Napoléon secondo il quale « il giudice non può legalmente pretendere che la legge non gli dia i mezzi per risolvere la causa che gli è sottoposta».

Certamente tale assunto appare essere di decisiva significanza, ma risulta necessario svolgere una considerazione, che alla luce delle letture svolte, appare doverosa. Se tale posizione, ossia la tesi della completezza della legge, come sopra rappresentata, è uno dei caratteri della Scuola dell'Esegesi classica, questa non pare tuttavia attribuibile a tutti i giuristi che vengono ricondotti alla Scuola, specie quelli di epoche diverse e successive. La tendenza a classificare gli autori, inquadrandoli in Scuole o correnti, spesso rischia di far perdere le sfumature teoretiche che differenziano anche gli stessi componenti della medesima scuola. Un esempio – certamente autorevole e, per certi versi, emblematico di quanto siamo venuti a dire, lo ritroviamo, oltre nel già citato, Charles-Bonaventure-Marie Toullier, che introduce l'idea dell'integrazione ad opera della legge naturale e del suo supplemento più naturale, ossia l'uso, soprattutto in Alexandre Duranton, [17] che oltre ad ammettere, pacificamente, l'esistenza di lacune, ammette altrettanto pacificamente che il giudice debba, in questa evenienza, a seconda dei casi, procedere alla auto-integrazione oppure all'etero-integrazione della previsione legislativa lacunosa evidenziando che «il giudice si trova di fronte a due alternative per formulare la sua decisione. In primo luogo, può decidere sulla base di induzioni a partire da leggi che vertono su oggetti diversi, i quali tuttavia presentino qualche analogia con l'oggetto sottoposto alla sua decisione» – per poi aggiungere che «in secondo luogo, può decidere con l'ausilio della ragione e dell'equità naturale». Non si può negare – quindi - che in una parte di questa Scuola, non vi sia una adesione all'idea di completezza pura e semplice ma ad una possibile etero-integrabilità anche e soprattutto alla luce di fonti di provenienza tutt'altro che positiva e codicistica quale il diritto naturale. In questa prospettiva, infatti, Franco Todescan, evidenzia, nella Scuola dell'Esegesi, un comportamento che definisce «ambiguo nei confronti del rapporto diritto positivo-diritto naturale. Secondo alcuni esponenti, infatti, il giurista ha il compito di attenersi esclusivamente al diritto positivo, e deve escludere dal proprio campo ogni considerazione di diritto naturale. Secondo altri, invece, il codice non sarebbe altro che la traduzione scritta delle norme del diritto naturale, e quindi attenendosi al primo ci si atterrebbe automaticamente anche al secondo». [18] L'Autore, però, ritiene che comunque sia individuabile tra le due posizioni, apparentemente molto lontane, un punto di confluenza segnato proprio dal codice in quanto «sempre si ha riduzione al diritto codificato, o facendolo passare per il diritto naturale, o facendolo passare per l'opposto del diritto naturale».[19]

---

[1] Per indicazioni bibliografiche si consiglia di consultare le bibliografie apposte alle voci enciclopediche: N. BOBBIO, *Lacune del diritto (Voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino, 1963, pp. 419-424; M. CORSALE, *Lacune dell'ordinamento*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, pp. 257-271; F. MODUGNO, *Antinomie e lacune*, in

Enciclopedia giuridica, II, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 1988, pp. 1-5; R. GUASTINI, Lacune del diritto, in Digesto, Quarta edizione, Discipline privatistiche, Sezione civile, X, Torino, 1993, pp. 269-278.

[2] Per un quadro dei metodi e delle ideologie della giurisprudenza romana ci sia consentito rinviare a F. TODESCAN, Metodo, diritto, politica, Bologna, 2002, p. 3 e ss.

[3] Anche per un quadro riassuntivo della Scuola dei glossatori e dei commentatori si rimanda a F. TODESCAN, Metodo, diritto, politica, Bologna, 2002, p. 52 e ss.

[4] N. BOBBIO, Teoria dell'ordinamento giuridico, Torino, 1960, p. 131 ss.

[5] D. I, 3, 12

[6] Ci si riferisce a F. BACONE, Esempio di un trattato della giustizia universale e delle fonti del diritto in un sol titolo, distinto in aforismi in De dignitate et argmentis scientiarum, VIII, 3, trad. it. in E. DE MAS (a cura di), Opere filosofiche, II, Bari, 1965, p. 482 ss

[7] G. TARELLO, La Scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia in G. TARELLO, Cultura giuridica e politica del diritto, Bologna, 1988, pp. 75-77.

[8] J. BONNECASE, L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi des ses plus illustres représentants, II ed., Paris, 1924.

[9] Per una analisi completa e maggiormente dettagliata della questione interessanti possono rivelarsi le letture di F. GÉNY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif (1899), Paris, II ed., 1919, vol. I, parte I, N. BOBBIO, Il positivismo giuridico (1961), Lezioni trascritte dal dott. N. Morra, Torino, 1979, pp. 92 ss; M.A. CATTANEO, Illuminismo e legislazione, Milano, 1966, cap. III; G. TARELLO, Scuola dell'esegesi, in Novissimo Digesto Italiano, Torino, vol. XIV, 1969, pp. 3-13 dell'estratto; G. TARELLO, Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto, Bologna, 1976; R. FERRANTE, Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico, Milano, 2002; R. FERRANTE, Università e cultura giuridica a Genova tra Rivoluzione e Impero, Genova, 2002; M.A. MAILHER DE CHASSAT, Traité de l'interprétation des lois (Paris, I ed., 1822; II ed., 1845); G. DELISLE, De l'interprétation juridique (2 vol., Paris, 1849; C. BROCHER, Étude sur les principes généraux de l'interprétation des lois, et spécialement du Code civil français, Paris, 1862; C. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon. I. Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général, Paris, 1869, p. 129; N. BOBBIO, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, Milano, 1965, pp. 103 ss.; C.S. NINO, Introduzione all'analisi del diritto (1983), Torino, 1996; N. BOBBIO, Lacune del diritto (1964), in N. BOBBIO, Contributi ad un dizionario giuridico, Torino, 1994, pp. 99 ss.; L. HUSSON, Analyse critique de la méthode de l'exégèse, in Archives de Philosophie du droit», 1972, pp. 118 ss.; G. TARELLO, L'interpretazione della legge, Milano, 1980; G. FASSÒ, Storia della filosofia del diritto (1970), vol. III, Roma-Bari, C. FARALLI (a cura di), 2001, pp. 17 ss.; M. BARBERIS, Filosofia del diritto, Bologna, 1993, pp. 36-37.

[10] G. BAUDRY-LACANTINERIE, M. HOUQUES-FOURCADE, Trattato teorico-pratico di diritto civile. Delle persone, vol. I, trad. it. P. BONFANTE, G. PACCHIONI, A. SRAFFA (a cura di), Milano, 1914, pp. 218-219

[11] J. E.M. PORTALIS, Discours préliminaire sur le project de code civil (1800), in E.M. PORTALIS, Discours et rapports sur le code civil, Paris, Joubert, 1844, pp. 12-14; E.M. PORTALIS, Exposé des motifs du projet de loi intitulé: Titre Préliminaire: De la publication, des effets et de l'application des lois en general (1802), in E.M. PORTALIS, Écrits et discours juridiques et politiques, Aix-Marseille, Presses Universitarie d'Aix-Marseille, 1988, pp. 75-77.

[12] Per una panoramica degli autori più autorevoli delle tre fasi della Scuola dell'esegesi si ricorda A. DURANTON, Cours de droit civil français suivant le code civil (1825-1846), trad. it. di P.O. VIGLIANI et al., Corso di diritto civile secondo il codice francese, vol. I, Torino, 1839, pp. 30-32; C.-B.-M. Toullier, Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil (1811 ss.), trad. it. di F. DEL RE, Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice, vol. I, Napoli, 1837, pp. 103-104; F. MOURLON, Répétitions écrites sur les trois examens du Code civil (1846), trad. it. di G. PUGLISI E P. VERBER, Ripetizioni scritte sopra i tre esami del Codice Napoleone, vol. I, Palermo, 1859, pp. 58-59; V. MARCADÉ, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, vol. I, V ed., Paris, 1859, pp. 58-60; C. DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon. I. Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général, Paris, 1869, pp. 125-137; F. LAURENT, Principes de droit civil (1869-1878), trad. it. di G. TRONO, Principii di diritto civile, vol. I, Napoli, 1879, pp. 293-295. Sulla «scuola dell'esegesi», espressione coniata nel 1904 da Glasson e divenuta corrente a seguito della pubblicazione della monografia di J. BONNECASE, L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants, Paris, II ed., 1924, cfr. G. TARELLO, Scuola dell'esegesi, in Novissimo Digesto Italiano, XVI, Torino, 1969, pp. 879-893; G. TARELLO, La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia (1969), in G. TARELLO, Cultura giuridica e politica del diritto, Bologna, 1988, pp. 69-101, e riferimenti bibliografici ivi indicati.

[13] C.B.M TOULLIER Il diritto civile francese secondo l'ordine del Codice, Napoli, 1837, p. 103.[14]

[14] François Laurent, uno dei più autorevoli commentatori della scuola, descrive la posizione dei giudici di fronte alle lacune: «Quando il giudice ricorre all'uso, allora evidentemente esso non fa la legge, poiché l'uso è anche una regola positiva, che il giudice applica come applica la legge. Ma è lo stesso quando ricorre all'equità o al diritto naturale? No certo, poiché questo diritto non è scritto in alcuna parte. Il giudice, si dirà, non n'è che l'organo, esso non lo crea punto, il diritto preesiste al giudicato; se non è scritto in un codice, esso è scolpito nella nostra coscienza. Ciò è vero, ma non si può dire la medesima cosa del legislatore? Neppure questi crea il diritto, quando fa la legge, esso è l'organo di questa giustizia universale che ha suo principio in Dio. Allorquando dunque il giudice decide una contestazione nel silenzio della legge, esso procede come procede il legislatore, forma una regola, che applica in seguito al litigio di cui è investito: non vi ha che questa differenza fra lui ed il legislatore, cioè che il giudicato non ha effetto che fra le parti, mentre che la legge

obbliga tutti i cittadini (...) Resta sempre che l'art. 4 conferisce ai tribunali un gran potere, e in qualche modo una parte del potere legislativo».

[15] F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, vol. I, Napoli, 1869, p. 294

[16] N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, p. 96.

[17] A. DURANTON, *Cours de droit français*, Paris, 1834, p. 21.

[18] F. TODESCAN, *Metodo, diritto, politica*, Bologna, 2002, p. 210 e ss.

[19] F. TODESCAN, *Metodo, diritto, politica*, Bologna, 2002, p. 210 e ss. Sempre dell'Autore si veda F. TODESCAN, *Diritto e Realtà, Storia e teoria della fictio iuris*, Padova, 1979, p. 304 e ss. in cui ci si sofferma sulla fictio e la sua interpretazione restrittiva ad opera della Scuola.