



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI  
DI GENOVA**

**CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO  
CURRICULUM DI FILOSOFIA DEL DIRITTO  
E STORIA DELLA CULTURA GIURIDICA**

**XXXIV CICLO  
TESI DI DOTTORATO**

***LA CASSAZIONE TRA PROTOTIPO FRANCESE E STARE DECISIS:  
UNA PROSPETTIVA STORICA***

**SSD IUS/19**

Tutor:

chiar.mo prof. Riccardo Ferrante

Candidato:

dott. Daniele Colonna

Anno Accademico 2021/2022

## SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	1
-------------------	---

### CAPITOLO I

#### LA CASSAZIONE NELLA GIUSTIZIA DI *ANCIEN RÉGIME*: I PRODROMI DI UN MODELLO

1.1.	La Cassazione e la Storia: una prospettiva.....	4
1.2.	<i>Cassation</i> : etimologia di un <i>terme de palais</i> .....	10
1.3.	La <i>cassation</i> nella complessità della giustizia di <i>ancien régime</i> : i profili istituzionali e la sua emersione quale attribuzione del <i>Conseil du Roi</i> .....	15
1.4.	La disciplina della <i>cassation</i> dalle origini al XVIII secolo.....	27
1.5.	(segue) Le <i>Réglement</i> del 1738 di d'Aguessau: una disciplina autonoma per la <i>cassation</i> ..	34
1.6.	(segue) Le <i>ouvertures de cassation</i> nelle memorie del Consigliere Gilbert de Voisins.....	42
1.7.	La <i>cassation</i> nella cultura giuridica del XVIII secolo: i dizionari, i repertori e l' <i>Encyclopédie</i> .....	49
1.8.	<i>Cassation</i> tra modernità e contemporaneità: una provvisoria conclusione.....	54

### CAPITOLO II

#### DAL *TRIBUNAL DE CASSATION* ALLA *COUR DE CASSATION*: L'AFFERMARSI "IMPREVEDIBILE" DI UN PROTOTIPO

2.1.	Il contesto ideologico dell'Età dei Lumi: il primato del legislatore e <i>le juge bouche de la loi</i> .....	58
2.2.	Le ultime riforme di Maupeou e Lamoignon.....	68
2.3.	La riforma della giustizia e la <i>cassation</i> nei <i>cahiers de doléances</i> .....	72
2.4.	La <i>cassation</i> nei lavori dell'Assemblea nazionale costituente (agosto 1789-dicembre 1790): il dibattito sulla natura giurisdizionale o legislativa.....	78

2.5.	Il mutamento della funzione “costituzionale” della <i>cassation</i> e i prodromi della nomofilachia.....	86
2.6.	La nascita del <i>Tribunal de cassation</i> : la <i>loi du 27 novembre – 1er décembre 1790</i> : un primo bilancio.....	89
2.7.	Il <i>Tribunal de cassation auprès du corps législatif</i> tra collocazione geografica e istituzionale.....	94
2.8.	L’evoluzione del <i>Tribunal de cassation</i> nel <i>droit intermédiaire</i> , dalla Convenzione all’Impero.....	99
2.9.	La parabola del <i>référé législatif</i> e l’imporsi della <i>Cour de cassation</i> nell’era della codificazione.....	101
2.10.	Cassazione e Rivoluzione: l’affermarsi “imprevedibile” di un prototipo.....	107

### CAPITOLO III

#### GIURISPRUDENZA E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE.

#### IL CASO DEI GRANDI TRIBUNALI E L’AFFERMARSI DELLA DOTTRINA DEL PRECEDENTE VINCOLANTE NELL’INGHILTERRA DEL XIX SECOLO

3.1.	Una nozione ampia di giurisprudenza.....	109
3.2.	(segue) la giurisprudenza come fonte (materiale) del diritto: una prospettiva storica e un bilancio parziale.....	114
3.3.	La giurisprudenza dei grandi tribunali tra <i>decisiones</i> e <i>stylus iudicandi</i> .....	126
3.4.	L’accidentato percorso del <i>common law</i> inglese.....	132
3.5.	L’affermarsi del canone dello <i>stare decisis et non quieta movere</i> nell’Inghilterra del XIX secolo.....	142
3.6.	Lo <i>stare decisis</i> quale alternativa alla codificazione ottocentesca (e alla funzione nomofilattica della Cassazione).....	148

### CAPITOLO IV

## **LA NATURA E LA FUNZIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA**

<b>4.1.</b>	La Corte di cassazione in Italia tra ibridazioni e modelli ideali.....	152
<b>4.2.</b>	(segue) <i>Cour de cassation</i> e Corte di cassazione: nodi (ir)risolti.....	159
<b>4.3.</b>	Corte di cassazione tra fascismo e Costituzione.....	164
<b>4.4.</b>	La funzione della Corte di cassazione nelle più recenti riforme legislative: tra rafforzamento della nomofilachia e versione attenuata del precedente vincolante.....	167
<b>4.5.</b>	La meta-giurisprudenza della Corte di cassazione: valore (formalmente) persuasivo e non vincolante delle pronunce di legittimità.....	172
<b>4.6.</b>	Riflessioni finali: la funzione della Corte di Cassazione tra nomofilachia, tutela dei consociati e precedente.....	176
 <b>FONTI A STAMPA.....</b>		<b>184</b>
 <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>		<b>189</b>
 <b>RINGRAZIAMENTI.....</b>		<b>214</b>

## INTRODUZIONE

A inserire la Cassazione nel novero «di quelle grandi conquiste che la civiltà non può perdere senza indietreggiare essa stessa» fu Giuseppe Pisanelli nel *Commentario del Codice di procedura civile per gli Stati sardi* del 1857<sup>1</sup>. Un'espressione enfatica, anche per questo spesso citata, ma che bene rende l'importanza dell'istituto. Parole che suonano come un monito rivolto al tempo presente, frangente in cui la natura e la funzione della Corte di legittimità sono oggetto di profondi ripensamenti tali da stravolgerne la fisionomia. La presente ricerca nasce proprio dal tentativo di leggere in maniera consapevole tale metamorfosi, ripercorrendo gli accadimenti che hanno condotto al formarsi del prototipo della Cassazione e a quella che, sin d'ora, si inquadra come sua alternativa, lo *stare decisis*.

Le opere dedicate al tema, in verità, sono già numerose: la Cassazione, in particolare, sin dalla sua prima comparsa, si è rivelata terreno d'elezione per vivaci scambi di opinione, dibattiti anche agguerriti, che hanno dato vita a una corposa letteratura. Proprio, però, per l'animosità che ha sempre circondato tale riflessione taluni aspetti della sua vicenda storica sono rimasti in secondo piano e al contempo si sono diffuse alcune narrazioni preconcepite che ne hanno opacizzato la trattazione. *La Cassazione civile* (1920) stessa, capolavoro del genio precoce di Piero Calamandrei, nonché classico dal valore indiscusso, per espressa opzione del suo Autore antepone la visione dogmatica dell'istituto ai fatti della storia, piegando così la lettura degli eventi entro un ben preciso orizzonte di pensiero<sup>2</sup>.

Tale modo di procedere appare quanto mai problematico oggi, allorché molti dei pilastri della nostra cultura giuridica – tra cui la fisionomia della Cassazione – sembrano

---

<sup>1</sup> La citazione completa: «La Corte suprema ha il deposito della parola legislativa e l'alta missione di conservarla intatta dalle corruzioni dell'arbitrio che ne logora le fondamenta, e a lungo andare le distrugge. Questa istituzione reggerà, giova sperarlo, a tutti i colpi delle innovazioni come una di quelle grandi conquiste che la civiltà non può più perdere senza indietreggiare essa stessa. Il legislatore non può ritornare sopra il proprio concetto con assidue manifestazioni per seguirne gli svolgimenti infiniti nella realtà della vita pratica. Se non si concepisce un magistrato unico, sovrano interprete della legge e regolatore autentico delle sue applicazioni, bisogna allora ammettere un altro fatto : la competenza di tutte le opinioni che moltiplicate su tutti coloro che hanno funzione di giudicare, devono necessariamente dividersi e frazionarsi come le sette dei giureconsulti sogliono, abbandonati ai loro criteri individuali; non più dogma allora, non più fede giuridica; l'empirismo in luogo dei principii, e l'anarchia in vece del governo.», *Commentario del Codice di procedura civile per gli Stati sardi*, P. S. MANCINI, G. PISANELLI, A. SCIALOJA (a cura di), Torino, Presso l'amministrazione della Società Editrice, 1857, Vol. IV, cit. n. MCCXCI, p. 617.

<sup>2</sup> V. *infra* cap. 1, nota 27 e cap. 4, nota 1.

vacillare e non offrono più appigli sicuri da dove partire. Da qui l'opportunità di intervenire sul tema, tentando di utilizzare il metodo storico-giuridico per contestualizzare le fragili categorie odierne entro quel divenire che le ha modellate. Partire quindi non dagli esiti finali, ma dai concreti accadimenti e dall'ambiente sociale, politico e ideologico che li ha originati, per poi, grazie proprio ai risultati così ottenuti, tentare di trarre le appropriate conclusioni.

Cercando di rimanere fedeli a questa dichiarazione di intenti si è divisa la ricerca in tre parti.

La prima e più rilevante è dedicata all'indagine delle origini della Cassazione<sup>3</sup>. Nel primo capitolo, dopo una premessa volta a ripercorrere l'evoluzione semantica del termine – dal medioevo all'età moderna - si darà atto, di come lo strumento della *cassation* si sia sviluppato, entro le attribuzioni giudiziarie del *Conseil du roi*, in sintonia con lo sforzo assolutistico della monarchia francese impegnata nello scontro istituzionale con le *Cours souveraines* – i *Parlements* – del regno; un percorso che sfocerà, già nel XVIII secolo, nell'elaborazione di una disciplina autonoma a cui non saranno estranei profili di grande modernità. Il secondo capitolo tratterà quella che, nel campo d'indagine eletto, è stata la vera e propria rivoluzione copernicana: l'istituzione del *Tribunal de Cassation* – *Cour* dal 1804 - ad opera dell'Assemblea nazionale costituente nel 1790, a partire dalle suggestioni illuministiche di Montesquieu e Rousseau; da qui si continuerà a esplorare il divenire dell'istituto sino al 1837, anno in cui il prototipo della *Cour de cassation* potrà dirsi pienamente compiuto in seguito all'abolizione definitiva del *référé législatif*. In questa seconda tappa, grazie a un dialogo con i lavori assembleari, particolare attenzione verrà posta nel far emergere due elementi di primaria importanza: il permanere e il contestuale mutare della funzione pubblicistica in capo alla *cassation*, già presente in *ancien régime*, confermata dalla Rivoluzione ed evolutasi autonomamente verso la prospettiva nomofilattica; l'affermarsi sin da subito della vocazione pienamente giurisdizionale del consesso di legittimità, al contrario di quanto sostenuto dalla diffusa opinione che vede nell'organo istituito dalla *loi du 27 novembre – 1er décembre 1790* un soggetto incardinato nell'ambito della funzione legislativa.

---

<sup>3</sup> Sin d'ora si precisa che in aderenza a uso diffuso, con il termine Cassazione si farà riferimento all'istituto nel suo complesso, comprensivo dei suoi aspetti processuali e istituzionali, profili ormai non più distinguibili e confluiti nell'unico prototipo forgiato dalla Rivoluzione. Sul punto si rimanda ai primi due capitoli della trattazione.

Il terzo capitolo affronterà un tema solo apparentemente distante: l'analisi prospettica delle categorie "diritto giurisprudenziale" e "precedente vincolante" per il tramite di alcuni riferimenti a due ben specifiche esperienze storico-giuridiche: i grandi tribunali che operarono in Europa in età moderna e il percorso che portò, nell'Ottocento inglese, alla positivizzazione della regola dello *stare decisis* e alla riforma delle istituzioni giudiziarie. Si sottolineerà in particolare il carattere fortemente giurisprudenziale anche delle esperienze continentali, la non sovrapposibilità dei termini "diritto giurisprudenziale" e "precedente vincolante" e l'emergere della dottrina del *binding precedent* quale alternativa insulare alla codificazione e alla *Cour de cassation*. Tale digressione risulta opportuna se non addirittura imprescindibile proprio a causa dei mutamenti che oggi stanno interessando la Corte di cassazione italiana, che da tribunale di legittimità caratterizzato dall'esercizio della funzione pubblicistica dell'armonizzazione della giurisprudenza, sempre più sta assumendo le fattezze di una Corte del precedente proprio sul (preteso) modello inglese.

Tali considerazioni saranno riprese nel quarto ed ultimo capitolo, dove, dopo un sintetico inquadramento della nota vicenda dello sviluppo della Cassazione nella Penisola – dai contesti preunitari alle ultime riforme - si tenterà, alla luce della ricostruzione storica effettuata nei precedenti capitoli, di formulare alcune riflessioni circa il presente anche grazie ad alcuni riferimenti tratti dalla giurisprudenza della Corte.

Il tema della Cassazione e ancor più quello dello *stare decisis* sono argomenti vasti e possono, anche solo in ottica storico-giuridica, essere affrontati sotto molteplici angoli di visuale. In questa trattazione si è scelto di prestare particolare attenzione agli aspetti normativi, istituzionali e dottrinali proprio al fine di inquadrare le diverse prospettive teoriche di volta in volta fatte proprie dai differenti contesti storici. Per questo a livello di fonti si sono privilegiati i lavori delle assemblee legislative e le opere dottrinali ed enciclopediche, a parziale discapito di quelle giurisprudenziali e processuali. Apologeticamente, ci si rifà alle parole di Cesare Beccaria: «Niente avrei detto, se fosse necessario dir tutto.»<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, capitolo XIV.

# Capitolo I

## LA CASSAZIONE NELLA GIUSTIZIA DI *ANCIEN RÉGIME*:

### I PRODROMI DI UN MODELLO

SOMMARIO: 1.1. La Cassazione e la Storia: una prospettiva. – 1.2. *Cassation*: etimologia di un *terme de palais*. – 1.3. La *cassation* nella complessità della giustizia di *ancien régime*: i profili istituzionali e la sua emersione quale attribuzione del *Conseil du Roi*. – 1.4. La disciplina della *cassation* dalle origini al XVIII secolo. – 1.5. (segue) Le *Règlement* del 1738 di d’Aguessau: una disciplina autonoma per la *cassation*. – 1.6. (segue) Le *ouvertures de cassation* nelle memorie del Consigliere Gilbert de Voisins. – 1.7. La *cassation* nella cultura giuridica del XVIII secolo: i dizionari, i repertori e l’*Encyclopédie*. – 1.8. *Cassation* tra modernità e contemporaneità: una provvisoria conclusione.

#### 1.1. *La Cassazione e la Storia: una prospettiva*

Nel 1875 Giuseppe Pisanelli, riprendendo un suo scritto precedente rimasto inedito a causa delle contingenze risorgimentali, pubblica il trattato *Della Corte di cassazione*<sup>1</sup>. La necessità dell’opera è evidente: il dibattito, non solo dottrinale, relativo alla funzione del giudice supremo e alla contrapposizione tra i modelli della Cassazione e della terza istanza, era allora nella Penisola «quistione viva ed ardente»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> G. PISANELLI, *Della Corte di cassazione per Giuseppe Pisanelli*, Napoli, Tip. e stereotipia della R. Università, 1875. Come specifica lo stesso autore, questo scritto elaborato nel 1859 era stato pensato inizialmente per essere inserito nel *Commentario del Codice di procedura civile per gli Stati Sardi* da lui curato insieme ai sodali Pasquale Stanislao Mancini e Antonio Scialoja, un’opera ambiziosa a forte vocazione comparatistica e transnazionale. S. TABACCHI, voce *Giuseppe Pisanelli*, in *Dizionario Biografico degli italiani*, Vol. 84, 2015 ([https://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-pisanelli\\_%28Dizionario-Biografico%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-pisanelli_%28Dizionario-Biografico%29/)). Circa la figura di Pisanelli, *ex multis*: *Giuseppe Pisanelli (1812-1879)*, in *Avvocati che fecero l’Italia*, a cura di S. BORSACCHI - G.S. PENE VIDARI, Bologna, 2011, pp. 679-724; C. VANO, *Pisanelli Giuseppe*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. BIROCCHI et al., Bologna 2013, pp. 1600-1602; Camera dei deputati, Portale storico, <https://storia.camera.it/%20deputato/giuseppe-pisanelli-18121229>.

<sup>2</sup> L’ex Ministro di grazia e giustizia che legò il suo nome al codice del 1865, strenuo difensore del modello della Cassazione e quindi della separazione netta tra giudizio di merito e di legittimità, guardava con apprensione ai tentativi di reintrodurre un meccanismo che credeva ormai sconfitto: «né ci avrei più pensato, se, negli anni posteriori, non avessi visto sorgermi innanzi minacciosa quella terza istanza che io credeva morta per sempre.» G. PISANELLI, *Della Corte di cassazione per Giuseppe Pisanelli*, Op. cit., cit. p. 3. V. *infra* cap. 3.



L'insigne giurista sceglie di premettere alle riflessioni circa l'attualità una dotta e, nell'economia dell'opera, corposa ricognizione sull'evoluzione dell'istituto. Nel giustificare questa impostazione, egli dà vita a un'apologia del metodo storico-giuridico che, per la sua chiarezza e concisione, risulta ancora oggi esemplare:

«Le istituzioni sociali non sono fatti arbitrari, ma naturale portato della mente umana e delle peculiari circostanze in mezzo alle quali essa si viene esplicando. Però chi voglia studiarle, deve indagare le leggi che governano lo sviluppo della umana intelligenza e le condizioni che concorrono a temperarlo e modificarlo. Coteste leggi e coteste condizioni s'incarnano nella genesi e nella successiva esplicazione degli umani istituti. Onde, il migliore metodo da seguire per conoscerli appieno, è d'investigarne l'origine e il progressivo svolgimento, cioè di riandare il loro corso storico. Questo soltanto può metterci in grado di raggiungere i principi da cui una istituzione procede, di apprendere la verace indole sua, di estimare con giusto criterio le leggi che la regolano, di scorgerne l'avvenire.»<sup>3</sup>

Tale acuta linea di indagine, già allora non isolata<sup>4</sup>, troverà il suo maggior fruitore in Piero Calamandrei, forse lo studioso che più di tutti ha legato il suo nome a quello della Cassazione<sup>5</sup>. Quando il Maestro fiorentino diede alla luce le sue pagine nel secondo decennio del XX secolo, la discussione relativa al giudice di legittimità, lungi dall'essersi esaurita, stava attraversando nuovamente una fase concitata<sup>6</sup>. Anche in questa occasione

---

<sup>3</sup> G. PISANELLI, *Della Corte di cassazione per Giuseppe Pisanelli*, Op. cit., cit. p. 9.

<sup>4</sup> Nella seconda metà del XIX secolo le trattazioni storiche sulla Cassazione erano già numerose, in particolar modo in Francia; spesso però, come rileverà lo stesso Calamandrei, tendevano più alla narrazione cronachistica che all'elaborazione sistematica. Tra queste, particolarmente rilevante e di poco successiva all'opera di Pisanelli: E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Paris, L. Larose et Forcel, 1882. Sullo stesso tema, altri contributi risalenti ma comunque centrali sono: T. CREPON, *Cour de Cassation, origines, attributions; Du pourvoi en cassation en matière civile*, Paris, 1892; E. FAYE, *La Cour de Cassation*, Paris, 1903; J. PLASSARD, *Des ouvertures communes à cassation et à requête civile*, Paris, 1924; G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929; R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIII siècle*, in *Revue historique de droit français et étranger*, Vol 47, 1969, pp. 244-290.

<sup>5</sup> Il riferimento ovviamente è a *La Cassazione Civile*, opera monumentale, ancora oggi imprescindibile per chiunque voglia accostarsi a tale tematica: P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Voll. I e II, Torino, 1920. La più recente edizione di tale lavoro, P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Voll. 1 e 2, in *Opere Giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, Voll. 6 e 7, Napoli, Morano, 1976, è stata digitalizzata a cura dell'Università di Roma Tre ed è reperibile in *open access* agli indirizzi: <http://romatrepress.uniroma3.it/libro/opere-giuridiche-volume-vi-la-cassazione-civile-parte-prima/>, <http://romatrepress.uniroma3.it/libro/opere-giuridiche-volume-vii-la-cassazione-civile-parte-seconda/>. Per un'epitome, più recente, aggiornata e matura, di questo lavoro, si veda: P. CALAMANDREI, voce *Cassazione civile*, in *Nuovo digesto italiano*, Vol. II, Torino, 1937, pp. 981 e ss.

<sup>6</sup> In particolare, Calamandrei si scaglia contro la pluralità delle Corti di legittimità che ancora persisteva in Italia nel 1920 e a favore dell'eccellenza del sistema della Cassazione e della sua funzione nomofilattica. V. *infra* cap. 3. Circa la datazione dell'opera è opportuno ricordare che, sebbene data alle stampe solo nel 1920, essa corona un'attività di ricerca iniziata già prima della Grande Guerra. Cfr.: A. PANZAROLA, *L'evoluzione storica della cassazione civile e la genesi dell'art. 65 Ord. Giud.*, in *I Processi Civili in Cassazione*, a cura di F. DE SANTIS, A. DIDONE, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 61-146, p. 66. Considerato che Calamandrei nacque nel 1889 e che partecipò attivamente alle vicende belliche, la

la linea programmatica è chiara: «la indagine storica deve servire da naturale introduzione allo studio dei principi.»<sup>7</sup>.

Sulla scorta di tali illustri esempi, non stupisce che ancora oggi l'approccio diacronico si riveli criterio ermeneutico fondamentale per mettere ordine in un'attualità confusa, in cui categorie consolidate – la nomofilachia, il giudizio di legittimità – perdono nitidezza e conquiste che illusoriamente si davano per acquisite – il principio della separazione dei poteri, la gerarchia delle fonti – vengono messe in discussione<sup>8</sup>. Una chiave di lettura, che per quanto riguarda la Cassazione, non è solo opportuna, ma anche necessaria. Essa, infatti, sin dalla sua nascita si è presentata come una curiosa chimera, commistione di molteplici realtà e istanze anche contrastanti<sup>9</sup>. Solo disponendo questi elementi sulla linea temporale, non atomizzandoli ma mantenendoli in dialogo tra loro, è possibile ricostruire e comprendere il percorso che ha condotto sino in Piazza Cavour.

Avviandoci lungo questo cammino, operazione niente affatto neutra è quella di individuare il punto di partenza<sup>10</sup>. Molte esposizioni, in particolare quelle più risalenti, pur collocando nel momento rivoluzionario i natali della Cassazione, erano solite espandere la ricerca nel tempo e nello spazio, rinvenendone i germi nel diritto romano o in istituti tipicamente italici<sup>11</sup>. Tale prospettiva così ampia rischia di ridursi a una cronaca episodica inadeguata a cogliere l'eccezionalità del fenomeno<sup>12</sup>. Certo le vicende d'oltralpe non esauriscono l'argomento. Questo però non perché la Cassazione sia nata altrove, ma perché – con le parole di Salvatore Satta – essa non è che una delle possibili

---

maestrosità del suo lavoro, frutto dei suoi vent'anni, non può lasciare indifferenti. Cfr.: B. SORDI, voce *Calamandrei Piero*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. BIROCCHI et al., Bologna, 2013, pp. 377-381.

<sup>7</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 16.

<sup>8</sup> Da ultimo: «Le istituzioni giudiziarie non sono creazioni arbitrarie e sono invece il prodotto tanto della razionalità umana quanto delle condizioni specifiche che ne hanno propiziato la nascita [...]. Le indagini al riguardo [...] vanno condotte in una dimensione storica e comparativa [...]. A maggior ragione per studiare [...] la Cassazione.», A. PANZAROLA, *L'evoluzione storica della cassazione civile e la genesi dell'art. 65 Ord. Giud.*, Op. cit., cit. p. 61.

<sup>9</sup> V. *infra* par. 8 e cap. 2.

<sup>10</sup> L'individuazione del momento genetico, specie nelle ricostruzioni più datate, era viziata da logiche campanilistiche e partigiane. Furono in particolare i sostenitori del modello della Cassazione in opposizione a quello della terza istanza a tentare di retrodatare la Cassazione al diritto romano, così da aumentarne il prestigio secondo logiche di "pseudoepigrafia tardiva" la cui fallacia ci è oggi evidente. Cfr.: E. CABERLOTTO, *Cassazione e Corte di cassazione (Ordinamento giudiziario e Procedura civile)*, in *Digesto italiano*, Vol. VII, parte I, UTET, Torino, 1887-1896, pp. 32-489, pp. 34 e 35.

<sup>11</sup> V. *infra* note 15 e 22.

<sup>12</sup> Non è questo evidentemente il caso di Calamandrei, che anzi organizza la ricostruzione storica in modo tale da mettere in luce, forse addirittura eccessivamente, la novità della Cassazione. In generale circa tali possibili criticità del lavoro del Maestro fiorentino si rimanda a A. PANZAROLA, *L'evoluzione storica della cassazione civile e la genesi dell'art. 65 Ord. Giud.*, Op. cit., p. 65.

risposte a un'esigenza «che si è sempre sentita, in tutti i tempi e in tutti i luoghi», quella di «assicurare una suprema garanzia di giustizia di fronte alla violazione della legge.»<sup>13</sup>.

I tentativi di rispondere a questa necessità sono molteplici, numerosi quanto gli ordinamenti che si sono succeduti nella storia dell'esperienza umana.

Già il diritto romano, nell'ambito della *cognitio extra ordinem*<sup>14</sup>, si era dotato di un complesso sistema di gravami con al vertice l'Imperatore<sup>15</sup>, e già Modestino, citato nel Digesto, aveva chiaro che: «Si expressim sententia contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet» (Dig. 49.1.19)<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> S. SATTA, voce *Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VIII, Milano, 1962, pp. 797-829, cit. p. 801.

<sup>14</sup> Per alcuni secoli, a partire dall'età augustea, coesistero due sistemi processuali presso i romani: l'*ordo iudiciorum privatorum* (regolamentazione uniforme basata sul processo formulare, introdotta con la *Lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C., che abolì e si sostituì all'arcaico sistema delle *legis actiones*) e la cognizione eccezionale (controversie sottratte all'*ordo* per essere affidate a magistrati speciali o direttamente al *princeps* o a un funzionario da lui delegato). Nel 342 d. C., una Costituzione degli imperatori Costanzo e Costante abolì il processo formulare a vantaggio esclusivo delle *cognitiones*. Su tali complesse vicende si rimanda a: P. CERAMI, A. METRO, A. CORBINO, G. PURPURA, *Roma e il diritto. Percorsi costituzionali, produzione normativa, assetti, memorie e tradizione del pensiero fondante dell'esperienza giuridica occidentale*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 281 e ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Vol. I, Palermo, Palumbo, 1984; G. PUGLIESE, *Il Processo civile romano*, Milano, Giuffrè, 1963.

<sup>15</sup> In generale sulle impugnazioni nel diritto romano: G. PUGLIESE, *Il Processo civile romano*, Op. cit.; R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1966; R. FERRARI ZUMBINI, *La lotta contro il tempo nel processo altomedievale. Contributo allo studio della denegata giustizia*, Fondazione Sergio Mochi Onory per la Storia del Diritto Italiano, Roma, 1997, pp. 53 e ss.; S. ZIINO, *I rimedi contro l'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, pp. 1107-1126. Come noto, proprio sulla scia della lezione di Calamandrei, con il termine gravame, in senso stretto, ci si riferisce a un'impugnazione a critica libera (appello) in opposizione alle azioni di impugnativa o impugnazioni in senso stretto che limitano l'ambito di cognizione del giudice dell'impugnazione solo a determinati vizi (ricorso in cassazione). In questa occasione e nel proseguo del lavoro, però, il termine gravame sarà utilizzato, salvo diverso avviso, nella sua accezione più ampia e quindi come sinonimo *tout court* di impugnazione.

<sup>16</sup> Sull'accostamento tra Cassazione e diritto romano, su cui si è scelto di non soffermarsi, *ex multis*: G. PISANELLI, *Della Corte di cassazione per Giuseppe Pisanelli*, Op. cit., pp. 10 e ss.; E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., pp. 5 e ss.; E. CABERLOTTO, *Cassazione e Corte di cassazione*, Op. cit., p. 35; P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., pp. 23 e ss.; G. I. LUZZATO, voce *Corte di cassazione (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VIII, Milano, 1962, pp. 790-791; G. P. TRIFONE, *La Cassazione nella storia*, in AA. VV., *La Corte di cassazione dalle origini ai giorni nostri*, con presentazione di V. CARBONE, Roma, Gangemi, 2010, pp. 99-170, pp. 103 e ss. Secondo autorevole e diffusa opinione, nell'esperienza romanistica, alla consapevolezza della nullità della pronuncia ingiusta, non era ricollegata l'individuazione di un mezzo di impugnazione idoneo a farla valere: tali sentenze sarebbero state di per sé inefficaci (*valere non debet, nullam vim, nullum effectum habet*), giuridicamente inesistenti, senza bisogno di gravami. Per una recente opinione contraria: «Secondo la ricostruzione storica di Calamandrei, nel diritto romano “la nullità da una parte e l'appello dall'altra ebbero almeno in teoria campi di efficienza ben separati”: segnatamente, i vizi processuali, che determinavano la nullità/inesistenza della sentenza, non potevano avere accesso in appello. Questa ricostruzione, seppure abbia trovato parziale adesione in altri studiosi della materia, non sembra avere riscontri nelle fonti. Segnatamente, se è vero che per fare valere la nullità non era necessario proporre appello, non sembra corretto affermare che vi fosse un rapporto di reciproca esclusione tra nullità ed appello.» S. ZIINO, *I rimedi contro l'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, Op. cit., cit. pp. 1122-1123.

Presso i longobardi la parte soccombente poteva invocare, quale che fosse la controversia, l'intervento del re (Ed. Roth., c. 9) per riformare la decisione illegittima e ottenere la condanna del giudice che l'aveva resa<sup>17</sup>.

Nel frangente più luminoso dell'alto medioevo, nel contesto delle riforme caroline, al vertice di una primitiva giurisdizione pubblica, troviamo il *Palatium*, tribunale del sovrano dispensatore di una superiore giustizia<sup>18</sup>.

Sant'Ivo vescovo di Chartres sviluppò nei suoi *Canones e Panormia* un raffinato *ordo iudiciarius* in cui la sentenza resa in violazione di regole procedurali poteva essere impugnata davanti al giudice gerarchicamente sovraordinato, sino ad arrivare al Pontefice<sup>19</sup>.

In Italia, il diritto statutario, favorito nella sua evoluzione dal rinascimento giuridico bolognese, elaborò, a partire dal XIII secolo, un gravame diretto a provocare l'annullamento giudiziale della sentenza illegittima, la *querela nullitatis*<sup>20</sup>.

L'esperienza dei comuni e la riflessione sui testi giuridici romani diedero vita anche a "magistrature di controllo" dell'attività giudiziaria, si pensi ad esempio ai Sindacatori, il cui compito principale (*praecipuum munus Syndicatorum*), secondo lo statuto di Genova del 1597, era proprio quello di «curare ut leges a magistratibus caeterisque iudiscentibus observentur.» (Liber I, cap. III)<sup>21</sup>. Parole e concetti che, due secoli dopo, vedremo

---

<sup>17</sup> E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., p. 11; F. CALASSO, voce *Corte di cassazione (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VIII, Milano, 1962, pp. 792-796, p. 792; A. BARBERO, *Carlo Magno. Un padre dell'Europa*, Laterza, Bari, 2000, pp. 219-220; R. FERRARI ZUMBINI, *La lotta contro il tempo nel processo altomedievale. Contributo allo studio della denegata giustizia*, Op. cit., pp. 338-341. Similmente nella Spagna visigota, C. PETIT, *Iustitia Gothica. Historia Social y Teología del Proceso en la Lex Visigothorum*, Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, Spagna, 2001, pp. 319 e ss.

<sup>18</sup> Sul *Palatium*: F. CALASSO, voce *Corte di cassazione (dir. interm.)*, Op. cit., p. 793; A. BARBERO, *Carlo Magno. Un padre dell'Europa*, Op. cit., pp. 219-221. Circa l'azione riformatrice di Carlo Magno nell'ambito della giustizia cfr.: anche: R. FERRARI ZUMBINI, *La lotta contro il tempo nel processo altomedievale. Contributo allo studio della denegata giustizia*, Op. cit., pp. 402 e ss.; A. PADOA-SCHIOPPA, *Giustizia medievale italiana. Dal Regnum ai comuni*, Fondazione Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, Spoleto, 2015, pp. 29 e ss.

<sup>19</sup> Sant'Ivo (1040 ca-1116) procedette a raccogliere in maniera ordinata le deliberazioni dei papi e dei concili, la sua produzione sarà una delle fonti più importanti per la successiva opera di Graziano. A. O. COMEZ, *L'ordo iudiciarius in Ivo di Chartres*, in *L'educazione giuridica, Vol. VI – Modelli storici della procedura continentale, Tomo II – Dall'ordo iudiciarius al codice di procedura*, Edizioni Scientifiche Italiane, Perugia, 1994, pp. 59 e ss.

<sup>20</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., pp. 164 e ss.; F. CALASSO, voce *Corte di cassazione (dir. interm.)*, Op. cit., pp. 795-796; M. ROSBOCH, *Decidere invano. Aspetti delle invalidità nelle sentenze medievali*, Jovene Editore, Napoli, 2010, pp. 255 e ss.

<sup>21</sup> *Statutorum civilium Reipublicae Genuensis*, Genuae, apud haeredes Hieronymi Bartoli, 1597, cit. p. 5 Con riferimento ai Sindacatori: R. FERRANTE, *La difesa della legalità. I sindacatori della Repubblica di Genova*, Giappichelli, Torino, 1995.

sovrabbondare, quasi identici ma con un portato ideologico assai diverso, nella riflessione rivoluzionaria.

Perfino la funzione nomofilattica, quale caratteristica propria dei tribunali di vertice, era *in nuce* già presente nell'attività dei Grandi Tribunali di età moderna, nel connesso affermarsi del concetto di *stylus iudicandi* e nel diffondersi della letteratura decisionistica<sup>22</sup>.

Paradossalmente, come lamentava già Calamandrei, versioni embrionali della Cassazione potrebbero essere individuate anche nel Sinedrio di Caifa o nell'Areopago di Solone<sup>23</sup>.

Il dato, oggettivo, che il modello giunto sino a noi partecipi di alcune caratteristiche degli istituti qui sommariamente tratteggiati, non è sufficiente però ad asseverare una qualche parentela con essi. Ciò, a maggior ragione, se si considera che la Cassazione si inserisce con tutta evidenza – sin dal nome<sup>24</sup> – nel solco di un'altra tradizione ben definita: quella della *Cour de Cassation* del 1804, naturale ma non scontata evoluzione del *Tribunal de cassation* del 1790, a sua volta erede e parricida del *Conseil du Roi* di cui aveva conservato talune attribuzioni<sup>25</sup>. A partire da queste esperienze sarebbe poi maturata, per il tramite della dominazione napoleonica e della riflessione risorgimentale, la nostra Corte suprema. Diversa, necessariamente da quella francese – per le peculiarità

---

<sup>22</sup> Su tali complesse tematiche si rinvia al cap. 3, sin d'ora però pare opportuno richiamare: R. SAVELLI, *Tribunali, "decisiones" e giuristi: una proposta di ritorno alle fonti*, in *Origini dello stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, Bologna, 1994, pp. 397-421; M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni: dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, 1995, p. 85; M. N. MILETTI, *Stylus Iudicandi. Le raccolte di «decisiones» del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli, 1998; G. GORLA, *I "Grandi Tribunali" italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia*, in *Foro Italiano*, 1969, pp. 629-652.

<sup>23</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 14. Recentemente c'è anche chi, criticando aspramente l'opera di Calamandrei, ha inteso rinvenire le origini della Cassazione, forte di alcune citazioni tratte arditamente dall'opera di Merlin, nell'esperienza giuridica inglese e in particolare nel modello della *House of Lords*: J. NIEVA-FENOLL, *El origen inglés de la casación francesa*, in *Revista Italo-española de Derecho Procesal*, 2020, Vol. 1, pp. 83-100; riflessioni in parte raccolte nella monografia: ID., *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, Madrid, Marcial Pons, 2021. A parere di chi scrive le similitudini tra i due modelli, per quanto suggestive, non vanno oltre alla già richiamata generica necessità di «assicurare una suprema garanzia di giustizia» e l'ansia polemica nei confronti di Calamandrei non permette di cogliere le molteplici evidenze legate alla risalente tradizione francese della *cassation* radicata nell'*Hexagone* ancor prima del XVIII secolo.

<sup>24</sup> V. *infra* par. 2.

<sup>25</sup> Sul punto, netta è la manualistica francese, *ex multis*: «Le roi exerce des fonctions de cassation. [...] Cette fonction de cassation sera considérée comme nécessaire par la Révolution qui la fera passer à [...] le Tribunal de cassation, transformé en cour par Napoléon Ier.», R. SZRAMKIEWICZ, J. BOUINEAU, *Histoire des institutions 1750-1914*, Litec, Paris, 1989, cit. p. 62.

geografiche, politiche e i diversi retaggi giuridici - ma ad essa indissolubilmente legata da una figliolanza diretta<sup>26</sup>.

Questa, sinteticamente, è la prospettiva che si proverà a sviluppare e di cui si darà ragione nelle prossime pagine anche grazie al raffronto con un'altra esperienza, oggi di dirimente importanza e spesso accostata più o meno opportunamente all'attività della Corte di cassazione, quella dell'emergere e dell'affermarsi del principio dello *stare decisis* nel diritto inglese. Si farà ciò, tentando di evitare di cader preda delle tentazioni deterministiche che spesso hanno inquinato indagini simili: leggere come necessarie le contingenze che hanno plasmato l'odierno organo di legittimità, come se esso fosse l'unica naturale e logica conclusione di una storia già scritta, e indulgere in logiche nostalgiche che portano a fuggire da ogni suggestione evolutiva in nome di un pretestuoso modello ideale andato perduto e quindi da recuperare<sup>27</sup>.

Al contrario, lo scopo di questo lavoro sarà proprio quello di provare a superare, contestualizzandole, talune asserzioni dogmatiche che spesso irrigidiscono e opacizzano il discorso intorno alla Cassazione, pur senza per questo rinunciare a impostare una riflessione che sia radicata nell'esperienza e non in fugaci entusiasmi.

## 1.2. Cassation: *etimologia di un terme de palais*

Nel sostenere che la Cassazione è una peculiare creazione francese, si fa riferimento al fatto che solo in questo contesto si è verificato quell'impressionante «concorso di cause generali e speciali, positive e negative» che, grazie al «furore legislativo» della *Révolution*, ha fatto sì che una delle molte declinazioni della più classica attribuzione del

---

<sup>26</sup> Le differenze sono molte, le più evidenti: in Italia la cassazione venne importata secondo il modello già consolidato del 1837, senza che fu necessario passare per le turbolente vicende rivoluzionarie; il peculiare contesto politico della Penisola costrinse a rinunciare alla Corte unica in virtù di una molteplicità di tribunali supremi; l'influenza del modello della terza istanza e il conseguente dibattito impressero un'impronta evidente sull'istituto. Nonostante ciò, l'ascendenza era chiara, «Introdotta qui nel Piemonte la Cassazione, in conformità delle leggi francesi [...] fu rovesciata dalla restaurazione [...] Ma gli istituti francesi [...] trionfarono delle grette passioni che li avversavano», G. PISANELLI, *Della Corte di cassazione per Giuseppe Pisanelli*, Op. cit., cit. pp. 50-51. V. *infra* cap. 3.

<sup>27</sup> A livello metodologico, ci si vuole quindi scostare in parte dall'approccio dogmatico utilizzato da Calamandrei, il quale ha funzionalizzato la ricostruzione storiografica alla fondazione di un modello ideale di Cassazione a lui già chiaro in partenza, ha cioè idealmente premesso all'indagine diacronica la ricostruzione dogmatica con l'intento di rivenire tali modelli nello studio del passato: «Simile lavoro di ricomposizione storica, presuppone, s'intende, un lavoro di scomposizione dogmatica: poiché, per riconoscere quali sono gli elementi essenziali da ricercare nel passato, bisogna aver chiaro il quadro analitico di quello che è l'istituto nel presente.», P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 16.

re medievale (e poi assoluto), rendere giustizia, divenisse conquista iconica della contemporaneità giuridica accanto alla codificazione<sup>28</sup>.

Un percorso lungo e complesso che trova sicuramente il suo baricentro nel laboratorio del *droit intermédiaire* – l’esperienza giuridica sviluppatasi tra lo scoppio della Rivoluzione francese e la sua conclusione ad opera di Napoleone Bonaparte - ma che riposa altresì su di una tradizione secolare, all’interno della quale la *cassation* è nata e si è inizialmente sviluppata come provincia marginalissima, quella per l’appunto dell’ascesa e del declino della monarchia francese. Proprio per questo suo inserirsi in una vicenda così ampia -«la cassation en France n’est pas née en un jour»<sup>29</sup> - non è facile individuare il *dies a quo* da cui far partire l’indagine. Onde evitare la già stigmatizzata tentazione di retrodatare eccessivamente le ricerche, cadendo preda del contorto gioco delle cause prime, un valido aiuto giunge, come spesso accade, dalla linguistica e in particolare dall’etimologia e dalla semantica.

Il lemma oggetto della nostra attenzione deriva dal latino *quassare* (scuotere, scrollare, agitare, fracassare, ridurre in pezzi) tradotto nel francese medievale dell’XI secolo come *quasser* e presto evolutosi, nella seconda metà del 1100, nell’ancora oggi vigente *casser*<sup>30</sup>. Il passaggio dalla concretezza del vaso di coccio che si frantuma all’astrattezza giuridica dell’eliminare un atto si concluse, nel linguaggio d’oltralpe, agli inizi del XIII secolo<sup>31</sup>.

Gli esempi, rimanendo nell’ambito degli atti *lato sensu* normativi, sono molti. Filippo Augusto, nel 1199, per eliminare la *commune d’Étampes* si espresse così: «Quassavimus eamdem commumam»<sup>32</sup>. Similmente, nel 1254, quando Luigi IX intervenne a correggere gli abusi commessi nell’amministrazione della giustizia dal *bailli* di Beaucaire fece uso del medesimo predicato: «ea cassavimus quæ per baillivorum abusum usurpata concepimus»<sup>33</sup>. La carica abolente del termine, pochi anni dopo, è resa evidente dalle

---

<sup>28</sup> E. CABERLOTTO, *Cassazione e Corte di cassazione*, Op. cit., cit. p. 35.

<sup>29</sup> E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., cit. p. IX.

<sup>30</sup> *Dictionnaire historique de la langue française*, sous la direction d’A. REY, tome I, Paris, Le Robert, 1998, pp. 644-645. Le varianti medievali sono molteplici: *quassier*, *kaisser*, *quesser*, *quassier*, *quaisier*, *quaxheir*. Cfr.: F. GODEFROY, voce *Quasser*, in *Dictionnaire de l’ancienne langue française et de tous ses dialectes du IX au XV siècle*, Tome VI, Paris, Emile Bouillon, 1889, p. 488.

<sup>31</sup> *Dictionnaire historique de la langue française*, Op. cit., p. 644.

<sup>32</sup> *Charte qui casse la commune d’Étampes, Paris, 1199*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises, Depuis l’an 420 jusqu’à la révolution de 1789*, Paris, 1821-1833, Tome I, cit. p. 189. Sulla vicenda della *commune d’Étampes*, F. GUIZOT, *Cours d’histoire moderne: histoire de la civilisation en France, depuis la chute de l’Empire Romain jusqu’en 1789*, Vol. 5, Société Belge de Librairie, Bruxelles, 1839, pp. 272 ss.

<sup>33</sup> *Lettres réformant, sur la plainte des chevaliers et des bourgeois de Beaucaire, divers abus commis par le bailli de Beaucaire dans l’administration de la justice. Saint-Gilles, juillet 1254*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome I, cit. p. 262. Cfr.: M. CAPEFIGUE, *Histoire*

formule enfatiche utilizzate nel celebre *Dit d'Amiens* del 1264, con cui sempre il re santo tentò senza successo di pacificare i baroni inglesi con Enrico III d'Inghilterra: «Praedictas provisiones [...] cassamus et irritamus», «Item, retractamus et cassamus illud statutum factu»<sup>34</sup>. Ancor più icasticamente, all'inizio del 1300: «et de plenitudine regiae potestatis omnino tollimus, annullamus, cassamus, irritamus et penitus abolemus; nullam, cassam et irritam pronuntiamus et decernimus.»<sup>35</sup>.

A partire dal XIV secolo troviamo anche diffusa la forma francofona: «Toutes les choses desus dites [...] volons estre fermement gardées, tenües et accomplies, sans corrompre, deffendons, cassons et ostons»<sup>36</sup>. D'ora in avanti il verbo *casser*, insieme a predicati finitimi, sarà ricorrente in formule di stile che aboliscono norme, usi, privilegi, cariche:

«et aux coustumes, usages, libertez, ou, privilèges desdites foires, nous les irritons, cassons, annullions, et les déclarons estre nulles et de nulle valeur»<sup>37</sup>; «et de nostre dicte science, et par l'avis

---

*constitutionnelle et administrative de la France depuis la mort de Philippe-Auguste. Première époque. 1223-1483*, Vol. 1, Dufey et A. Vezard, Paris, 1831, p. 260.

<sup>34</sup> *Ordinatio sive dictum Ludovici Regis Francie super compromisso per Regem & Barones Angliae*, in T. RYMER, *Fœdera, conventiones, literæ, et cujuscunque generis acta publica, inter reges Angliæ, et alios quosvis imperatoris, reges, pontifices, principes, vel communitates, ab ineunte sæculo duodecimo, viz. ab anno 1101 ad nostra usque tempora, habita aut tractata; ex autographis, infra secretiores archivorum regionum thesaurarias, per multa sæcula reconditis, fideliter exscripta*, A. J. Churchill, Londra, Tomus I, 1704, cit. pp. 777-778. Circa il *Dit d'Amiens*, cfr.: J. LE GOFF, *San Luigi*, traduzione di A. SERAFINI, Einaudi, Torino 1996, p. 210. Ulteriore esempio evocativo di pochi anni successivo: «nove avoerie [...] revocentur, et quassentur omninò», *Ordonnance qui supprime les nouvelles avoueries et défend d'en établir à l'avenir. Au parlement de l'octave de la Toussaint 1272*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome II, cit. p. 649.

<sup>35</sup> *Etablissement portant défense des guerres privées et des gages de bataille pendant la guerre. Toulouse, samedi après l'octave de l'Épiphanie (9 janvier), 1303*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome II, cit. p. 807. Similmente *ex multis*: «quas exnunc cassas et irritas nuntiamus et nullius valoris existere nec firmitatis [...]», *Lettres portant abolition définitive des droits de commune de la ville de Laon, a cause des excès des habitans contre l'évêque. Abbaye de Joyac, juillet 1322*, in *ibidem*, Tome III, cit. p. 299; «de plenitudine regiae potestatis tollimus, cassamus, annullamus, irritamus», *Ordonnance faite à ta supplication des nobles de la Languedoc, portant fixation de la solde des gens de guerre, et des dispositions générales sur les droits des barons, les droits régaliens, etc. Vincennes, juin 1338*, in *ibidem*, Tome IV, cit. p. 443.

<sup>36</sup> *Ordonnance sur l'émolument du scel du Châtelet, sur la mise a ferme des notairies du royaume, les droits à payer au sceau par ceux du Châtelet de Paris, les fonctions des auditeurs et examinateurs, la défense aux notaires, de vendre leur office pour en retenir le profit, leur taxe, et celle des autres officiers. Février, 1320*, *ibidem*, Tome III, cit. p. 270.

<sup>37</sup> *Ordonnance sur les privilèges et la tenue des foires de Champagne et de Brie. Vincennes, 6 août 1349*, *ibidem*, Tome IV, cit. p. 558; «en cassant et destituant par lesdits preuosts, leursdits lieutenans et archers, sans cause valable», *Ordonnance sur la jurisdiction des connétable et maréchaux de France, relativement aux gens de guerre, aux prisonniers, etc., contenant des peines contre la désobéissance, la désertion, la trahison. Paris, 1356*, in *ibidem*, Tome IV, cit. p. 859.



et conseil [...] avons rapellé, cassé, annullé et revoqué, rappelions, cassons, annullons et revoquions du tout tous previlleges, toutes graces, licences, dons, octroys, permissions, souffrances et usagez»<sup>38</sup>.

Per l'affermarsi del sostantivo *cassation*, quale *terme de palais* sinonimo di annullamento, bisognerà aspettare l'alba del 1400<sup>39</sup>.

Risalente testimonianza ci giunge dal prezioso *Journal* di Nicolas de Baye, ecclesiastico, cronista e, soprattutto, cancelliere (*greffier*) del *Parlement de Paris* all'inizio del XV secolo<sup>40</sup>. Anche nei suoi resoconti *casser* concorre, insieme ai soliti termini affini, a sancire il venir meno di un atto giuridico in ottemperanza alla volontà del re:

«Cedit jour, le Roy [...] tint son lit de justice en sa Chambre de Parlement, et par la bouche du Chancelier cassa, revoca, adnulla, abolit et mist du tout au neant certinnes lettres appellées edits, signées par maistre Guillaume Barrau [...] Et aussi cassa, adnulla, abolit, revoca et du tout mist au neant, et comme nulles declara certinnes escriptures» (martedì, 5 settembre 1413)<sup>41</sup>.

Poche pagine dopo, con un significato sempre afferente allo stesso ambito semantico, troviamo finalmente la parola *cassation*: «procederoient à la confirmation ou cassation d'icelles» (mercoledì, 8 novembre 1413)<sup>42</sup>. L'accostamento/opposizione a *confirmation* ci restituisce tutta la valenza caducante del termine.

---

<sup>38</sup> *Lettres touchant la distribution des eaux dans Paris, portant suppression des tuyaux particuliers autres que ceux des hôtels du Roi et des princes. Saint-Denis en France, 9 octobre 1392*, in *ibidem*, Tome VI, cit. p. 712.

<sup>39</sup> *Dictionnaire historique de la langue française, op. cit.*, tome I, p. 645. Cfr.: W. ZWANENBURG, *Noms d'action en -ion en moyen français: emprunts ou dérivés*, in *Actes du IVe Colloque international sur le moyen français*, Rodopi, Amsterdam, 1985, p. 425.

<sup>40</sup> F. BAIX, voce *Baye (Nicolas de)*, in *Dictionnaire d'histoire et de géographie ecclésiastiques*, Librairie Letouzey et Ané, Paris, 1934, Vol. VII., col. 21-2.

<sup>41</sup> N. DE BAYE, *Journal de Nicolas de Baye, greffier du Parlement de Paris, 1400–1417*, Alexandre Tuetey, Paris, 1885, tome II, cit. p. 140. L'occasione è di per sé eccezionale in quanto si procede alla cassazione per il tramite del *Parlement de Paris* riunito in *lit de justice* della c.d. *ordonnance cabochienne*. Nel contesto della guerra civile tra Armagnacchi e Borgognoni (1407-1435) e più in generale della Guerra dei cent'anni, nella primavera del 1413 le corporazioni di Parigi in rivolta prendono il controllo della capitale e impongono al re folle, Carlo VI, una riforma amministrativa con lo scopo di attenuare il potere della monarchia, l'*ordonnance cabochienne* (dal nome del capo dei rivoltosi, Simon le Coutelier detto Caboche) che verrà appunto prontamente soppressa dopo pochi mesi. Nel dettaglio si rimanda a: B. SCHNERB, *Les Armagnacs et les Bourguignons: la maudite guerre*, Perrin, Paris, 2001; A. COVILLE, *Les Cabochiens et l'ordonnance de 1413*, Geneve, Slatkine-Megariotis, 1974.

<sup>42</sup> Il contesto involve l'applicazione di alcune *ordonnances* reali circa l'assegnazione di benefici elettivi, la citazione è tratta dalla trascrizione di una lettera firmata dal re *en son Conseil* e indirizzata al *Parlement de Paris* in N. DE BAYE, *Journal de Nicolas de Baye, greffier du Parlement de Paris, 1400–1417*, Op. cit., cit. p. 156.

Nei secoli XV e XVI l'utilizzo figurato si stabilizzò definitivamente nel lessico giuridico e il significato andò sempre più raffinandosi. Anche in questo caso gli esempi sono diversi. Nel 1461 il *Parlement de Paris* utilizzò questo lemma per riferirsi al tentativo di Luigi XI di abolire la Prammatica sanzione di Bourges del 1438: «la cassation que l'on dit avoir esté des décrets, constitutions et ordonnances appelées la Pragmatique Sanction»<sup>43</sup>. Nel 1539 lo troviamo già impiegato nel senso di annullamento giudiziale di un appello in un'*ordonnance* sulla giurisdizione del *Grand Conseil*:

«Et pource que soubz ombre desdites appellations, comme d'abus, si les juges d'églises passent outre, les appellans en appellent derechef en adhérant et demandant cassation des attentats, nous avons ordonné et ordonnons, que lesdits attentats seront cassez et reparez pour la conservation de nostre autorité en nostredit grand conseil»<sup>44</sup>.

Mentre il verbo *casser* continuerà a mantenere una valenza ampia, *cassation* dall'azione di rimuovere un atto, per metonimia, giungerà, nel XVII secolo, a indicare la decisione che provoca l'annullamento o dichiara la nullità<sup>45</sup>. Questo ulteriore passaggio viene reso dalle locuzioni ricorrere per/in cassazione, domanda in cassazione (*se pourvoir par cassation, demand en cassation*). È questo il senso con cui lo troviamo nel 1667 ne *La Bibliothèque ou Thrésor du Droit françois*: «on se pourroit pourvoir en cassation d'arrêt au Conseil privé du Roi.»<sup>46</sup> o, pochi anni dopo, nel monumentale *Dictionnaire universel* di Antoine Furetière (1690): «On se pourvoit contre les arrêts au Conseil par cassation. Un demandeur en cassation.»<sup>47</sup>.

La definitiva consacrazione processuale, nel senso con cui ancora oggi lo intendiamo, si avrà nel 1738 con il titolo IV della I parte del *Règlement du Conseil* del Cancelliere

---

<sup>43</sup> *Lettres portant abrogation de la Pragmatique sanction. Tours, 27 novembre 1461*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome X, cit. p. 396. Sulla prammatica sanzione di Bourges: N. VALOIS, *Le pape et le Concile (1418-1450): La crise religieuse du XV siècle*, vol. 2, Paris, Picard, 1909.

<sup>44</sup> *Ordonnance sur la juridiction du grand conseil, Paris, juillet 1539*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XII, cit. p. 575.

<sup>45</sup> *Dictionnaire historique de la langue française*, Op. cit., p. 645. Il verbo *casser* rimane sinonimo di annullamento o dichiarazione di nullità; ancora in pieno XVIII secolo l'autorevole *Dictionnaire de droit et de pratique* di Claude Joseph de Ferrière: «signifie annuler un acte ou un écrit, en détruire la force & la valeur [...] fait déclarer nul.», C. J. DE FERRIERE, *Dictionnaire De Droit Et De Pratique*, Paris, 1771, Tome I, cit. p. 235. Circa tale ultima opera *infra* par. 7.

<sup>46</sup> L. BOUCHEL, *La Bibliothèque ou Thrésor du Droit françois*, tome III, Paris, Jacques Dallin, 1667, cit. p. 1199.

<sup>47</sup> A. FURETIERE, voce *Cassation*, in *Dictionnaire universel, contenant généralement tous les mots françois tant vieux que modernes, et les termes de toutes les sciences et des arts*, La Haye, Paris, 1690, tome I, cit. Su Furetière e la sua opera v. *infra* par. 7.

d'Aguesseau: *Des demandes en cassation d'arrêt ou de jugemens rendus en dernier ressort*<sup>48</sup>. Da qui, tramite un'ulteriore metonimia – dall'atto al soggetto che lo emana - si giungerà al *Tribunal de cassation* del 1790 – *Cour de cassation* dal 1804 - in cui, come ancora oggi accade, l'istituzione e la funzione si compenetreranno così profondamente da non permettere una chiara identificazione dei reciproci confini<sup>49</sup>.

### 1.3. *La cassation nella complessità della giustizia di ancien régime: i profili istituzionali e la sua emersione quale attribuzione del Conseil du Roi*

Il secolare incedere linguistico ora richiamato è ovviamente costellato da numerosi interventi normativi e vicissitudini politiche, molteplici stratificazioni in cui è necessario addentrarsi per tentare di intuire i contorni frastagliati dell'istituto. Il contesto è quello - caotico - della giustizia di antico regime, dalla cui analisi è quindi opportuno partire, per poi in un secondo momento indagare i profili più propriamente processualistici. Nel far ciò è bene tenere a mente che ogni tentativo di comprendere alla luce delle nostre categorie giuridico-istituzionali questo complesso coacervo di funzioni, organi e cariche è destinato al fallimento, come acutamente (e definitivamente) osservato da George Tessier: «il faut d'ailleurs se garder de toute systématisation et tenir grand compte de l'aimable fantaisie qui a toujours caractérisé les administrations françaises et singulièrement celles de l'ancien régime.»<sup>50</sup>.

Ciò premesso, a fini meramente descrittivi può, però, essere utile richiamare la diffusa tripartizione *justice concédée, justice déléguée e justice retenue*<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Sul *Règlement* di d'Aguesseau v. *infra* par. 5.

<sup>49</sup> Cfr.: «Il termine di cassazione nel linguaggio comune è usato tanto per indicare il giudice (la Corte di cassazione), quanto il giudizio [...]. Il fatto è degno di considerazione, perché dimostra quanto sia profonda, e profondamente sentita, la compenetrazione dell'organo con la funzione che esso svolge.» S. SATTA, voce *Cassazione*, in *Enciclopedia del diritto*, Op. cit., 1960, pp. 457-458, cit. p. 457.

<sup>50</sup> G. TESSIER, *Les ordonnances de François Ier*, in *Bibliothèque de l'école des chartes*, 1967, tome 125, livraison 1, pp. 201-208, cit. p. 205. Cfr.: H. A. LLOYD, *La nascita dello stato moderno nella Francia del Cinquecento*, traduzione di E. TORTAROLO, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 103. Sul complesso tema di quella che, forse impropriamente, saremmo portati a chiamare costituzione di antico regime, per un primo approccio al caso francese, si rinvia a: R. MOUSNIER, *La costituzione nello stato assoluto. Diritto, società, istituzioni in Francia dal Cinquecento al Settecento*, traduzione di F. DI DONATO, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998.

<sup>51</sup> Il tema della giustizia di *ancien régime* è complesso e di difficile penetrazione. Sul punto, *ex multis*, si rinvia a: P. VIOLLET, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, Tome X, 1898; A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français a l'usage des étudiants de première année*, Sirey, Paris, 1921, pp. 342 ss.; H. REGNAULT, *Manuel d'histoire du droit français*, Sirey, Paris, 1947, pp. 216 ss.; R. R. DOUCET, *Les*

Tale sistematizzazione riposa sul presupposto concettuale che la giustizia nel Regno di Francia scaturisse, in ogni sua forma, dalla persona del re. Sebbene talvolta i fatti abbiano mostrato una realtà differente - proprio sull'esercizio della giurisdizione (*rectius iurisdictio*<sup>52</sup>) le mire assolutistiche hanno incontrato gli ostacoli maggiori - è innegabile che, almeno a livello di quella che oggi chiameremmo teoria costituzionale, grazie anche alla rielaborazione dei principi tratti dalla codificazione giustiniana, si fossero consolidate le note massime *toute justice émane du roi e roi est source de toute justice*<sup>53</sup>.

Rendere a ciascuno il suo diritto era la prima delle attribuzioni del sovrano, a lui naturalmente connaturata. «Les rois ont esté esleus premièrement pour faire la justice et n'est acte tant royal faire la guerre que faire la justice», dichiarerà, coerentemente a questa

---

*institutions de la France au XVI siècle*, Tomes I & II, Editions A. et J. Picard, Paris, 1948; F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Domat Montchrestien, Paris, 1951, pp. 512 ss.; F. LOT, R. FAWTIER, *Histoire des institutions françaises au moyen âge. Tome II. – Institutions royales*, Tome II, Presses universitaires de France, Paris, 1957; P. C. TIMBAL, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Dalloz, Paris, 1970; J. ELLUL, *Storia delle istituzioni. L'età moderna e contemporanea dal XVI al XIX secolo*, traduzione di G. ANCARANI e E. NICOLINI, Mursia, Milano, 1976; J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France. Première partie*, Presses universitaires de France, Paris, 1996; R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789. Tome II Les organes de l'Etat et la Société*, Tome II, Presses Universitaires de France, Paris, 1980; P. SUEUR, *Histoire du droit public français. XV – XVIII siècle*, Voll. 1 & 2, Presses universitaires de France, Paris, 2007; B. GARNOT, *Histoire de la justice. France, XVI-XXI siècle*, Paris, Gallimard, 2009; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Giappichelli Editore, Torino, 2011; H. LEUWERS, *La justice dans la France moderne: du roi de justice à la justice de la nation (1498-1792)*, Paris, Ellipses, 2010; R. FERRANTE, *Legge, giustizia e sovranità nella Francia del secondo Cinquecento. Appunti per una storia della "legalità" in Europa continentale*, in *Historia et ius*, 16/2019 - paper 1. Classico fondamentale rimane: P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Libraire De Théophile Barrois père, Paris, 1818.

<sup>52</sup> La nozione bassomedievale di *iurisdictio*, che informò anche tutta l'età moderna, rimanda a una realtà ben più complessa rispetto quella che noi chiamiamo giurisdizione; una realtà in cui diverse potestà, su tutte quella contenziosa e normativa, si sommano tra loro. Cfr.: «Iurisdictio ponitur ut genus generalissimum», BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In Primam Digesti Veteris partem Commentaria*, commento D. 1, 1, 3. Sul punto vedi anche P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Op. cit., pp. 2-6; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Op. cit., p. 57; M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 524 ss.; P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano, 1969; H. A. LLOYD, *La nascita dello stato moderno nella Francia del Cinquecento*, Op. cit., p. 103.

<sup>53</sup> «D'après la théorie eu'avaient élaborée les légistes, la Royauté était la source de toute justice.», A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, Op. cit., cit. p. 421. Come si dirà succintamente nel proseguo, la storia dell'affermarsi della monarchia in Francia è anche una storia di scontri tra questi diversi centri di potere: giustizia del re e giustizia dei signori feudali, della Chiesa, dei comuni, dei *Parlements*. Nonostante ciò, la retorica – e la pratica – della giurisdizione da parte dei monarchi francesi ha origini risalenti che vedono nel ben noto aneddoto di San Luigi sotto la quercia una formulazione già matura. «La fonction justicière est la fonction royale par excellence.», F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Op. cit., cit. p. 216. Circa la leggenda di Luigi IX si rinvia alla fonte originaria: J. DE JOINVILLE (1224 ca - 1317), *Histoire de Saint Louis*, publ. pour la Société de l'histoire de France, Paris, 1868, p. 21.; cfr.: J. LE GOFF, *San Luigi*, Op. cit., pp. 403-404. Per un inquadramento generale della tematica, dal basso medioevo sino all'età moderna: AA. VV., *Le roi fontaine de justice: pouvoir justicier et pouvoir royal au Moyen âge et à la Renaissance*, sous la direction de S. MENEGALDO ET B. RIBEMONT, Paris, Klincksieck, 2012.

ottica, il cancelliere di Francia Michel de L'Hôpital dinnanzi agli Stati generali riuniti ad Orléans il 13 dicembre 1560<sup>54</sup>. Da parte sua, il massimo teorico dell'assolutismo francese, Jean Bodin (1576), riterrà quasi superfluo soffermarsi su questa sfumatura della regalità tanto sarebbe radicata nel comune sentire storico:

«Il semblera peut-être à quelques-uns, que cette question [Les Rois [sont] établis pour juger les sujets] qui n'a point été mise en dispute, ne reçoit aucune doute, qu'il n'est besoin d'y entrer plus avant, attendu que tous les anciens, et sages politiques sont d'accord que les rois ne furent [jamais] établis pour autre chose que pour faire justice.»<sup>55</sup>.

Anche volendo il monarca non poteva allontanare da sé questo compito, che era al contempo un dovere cui attendere a vantaggio dei sudditi, verso i quali aveva una vera e propria obbligazione: «le roy Charles huictiesme de ce nom (que Dieu absolue), considerant qu'il estoit ainsi, comme nous sommes, debiteur de iustice à nos subiets»<sup>56</sup>.

In questo contesto la categoria *justice concédée* indicava le giurisdizioni particolari concesse dal re a titolo perpetuo, in virtù di specifici atti o consuetudini<sup>57</sup>. All'interno di questo paradigma ritroviamo un universo vasto ed eterogeneo: la giustizia signorile, esercitata sulla pubblica piazza da giudici monocratici dei signori feudali, quella praticata dalla Chiesa, dai Comuni (*villes libres*), dai *tribunaux des juges et consuls* per le controversie commerciali, dalle università per le questioni disciplinari relative ai propri componenti e dalle corporazioni a vantaggio dei relativi membri<sup>58</sup>. Retaggio del lungo medioevo che si concluderà solo con la Rivoluzione<sup>59</sup>. Più che concesse queste

---

<sup>54</sup> Così in F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Op. cit., cit. p. 519.

<sup>55</sup> J. BODIN, *Les six livres de la République*, Librairie générale française, Paris, 1993, cit. p. 219; B. MENIEL, *Le roi source de justice dans La République de Jean Bodin*, in *Le roi fontaine de justice: pouvoir justicier et pouvoir royal au Moyen âge et à la Renaissance*, Op. cit., pp. 279-296.

<sup>56</sup> *Lettres portant confirmation de l'institution du grand conseil*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XI, cit. p. 296. Il documento normativo richiamato, incidentalmente, sarà anche quello che segnerà ufficialmente il sorgere del *Grand conseil* di cui si dirà a breve. Cfr.: F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Op. cit., p. 518.

<sup>57</sup> P. SUEUR, *Histoire du droit public français*, Op. cit., Vol. 2, pp. 163-176; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Op. cit., pp. 7-11; B. GARNOT, *Histoire de la justice. France, XVI-XXI siècle*, Op. cit., pp. 193-201.

<sup>58</sup> P. SUEUR, *Histoire du droit public français*, Op. cit., Vol. 2, pp. 163-176; H. LEUWERS, *La justice dans la France moderne: du roi de justice à la justice de la nation (1498-1792)*, Op. cit., pp. 23 e ss.

<sup>59</sup> Eredità, spesso scomoda, di quel frazionamento delle giustizie cui Marc Bloch dedica un paragrafo de *La società feudale*: M. BLOCH, *La società feudale*, traduzione di B. M. CREMONESI, Einaudi, Torino, 1987, pp. 407-415. La suggestione del lungo medioevo è ovviamente ripresa da J. LE GOFF, *Un lungo Medioevo*, traduzione di M. GIOVANNINI, Dedalo, 2006. Per un primo inquadramento dell'esperienza giuridica del primo medioevo, con particolare riferimento alla secolare vicenda feudale si rinvia a: E. TAVILLA, *Le radici profonde d'Europa*, in *Tempi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 1-52, in particolare pp. 40-52.

giurisdizioni erano tollerata dal re, che, lungo tutto l'arco dell'era moderna, nello sforzo di imporre il suo regime assoluto, tentò di limitarne gli spazi per il tramite, essenzialmente, dell'ampliamento del novero dei *cas royaux*, dell'utilizzo della *prévention* e dell'ampia facoltà di appello alla giustizia ordinaria riconosciuta avverso le decisioni di questi giudici<sup>60</sup>.

Per quanto di nostro interesse, ben più rilevante è la dialettica che si instaurò tra le altre due forme di giustizia, delegata e ritenuta. La prima era quella che il sovrano, in un'ottica sempre di giustificazione teorica, affidava per suo conto ai tribunali del regno (*officiers*)<sup>61</sup>. Era la giurisdizione ordinaria di diritto comune, fornita di competenza generale e residuale: vi rientravano tutte le controversie civili e criminali, ad eccezione di quelle espressamente riservate alle *juridictions royales d'exception*<sup>62</sup>. Da un punto di vista dell'organizzazione siamo innanzi alla solita confusione - l'*aimable fantaisie* ricordata da Tessier – complicata dalla varietà di nomi diversi che, a seconda del contesto geografico e cronologico, venivano utilizzati per indicare i medesimi organi. Nonostante ciò, è possibile individuare due livelli tra loro in rapporto gerarchico: quello, subordinato, dei *tribunaux inférieures – prévôtés, bailliages, sénéchaussées* – e quello, di vertice, delle *Cours souveraines* o *supérieures* rappresentate essenzialmente dai *Parlements*<sup>63</sup>. Questi ultimi erano l'apice della giurisdizione delegata, dotati di ampi poteri di appello nei

---

<sup>60</sup> La giustizia ordinaria, come si dirà, consiste essenzialmente nella c.d. giustizia delegata. La teoria dei *cas royaux* prevedeva che tutti i crimini relativi alla persona del re rientrassero nella cognizione dei giudici ordinari, tale categoria nei secoli verrà ampliata a dismisura sino a ricomprendere fattispecie tra loro assai eterogenee; l'istituto della *prévention* permetteva di attribuire al giudice primo adito la cognizione della causa anche se teoricamente non competente, tale meccanismo andava a favorire i giudici ordinari ritenuti comunemente più periti di quelli signorili. R. DOUCET, *Les institutions de la France au XVI siècle*, tome 2, Op. cit., pp. 523-526; P. SUEUR, *Histoire du droit public français*, Op. cit., Vol. 2, pp. 169-174; H. REGNAULT, *Manuel d'histoire du droit français*, Op. cit., pp. 216-220. L'ambito della giustizia signorile venne ulteriormente ristretto grazie anche alla teoria della *bourgeoisie royale* con cui si sottraevano ad essa i sudditi liberi che risiedevano nelle c.d. città regie. Così in P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Op. cit., pp. 9-10.

<sup>61</sup> F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Op. cit., p. 519.

<sup>62</sup> «La *justice déléguée* costituiva la struttura fondamentale della giustizia regia dell'*Ancien Régime*.», P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Op. cit., cit. p.11. Per un rapido inquadramento delle *juridictions royales d'exception*, P. C. TIMBAL, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Op. cit., pp. 400-402.

<sup>63</sup> Circa il variegato universo delle giurisdizioni inferiori si rimanda *ex multis* a: R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789*, Op. cit., pp. 259-272; R. DOUCET, *Les institutions de la France au XVI siècle*, tome 2, Op. cit., pp. 513 ss.; P. C. TIMBAL, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Op. cit., pp. 396-397; A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français a l'usage des étudiants de première année*, Op. cit., pp. 343-356; H. A. LLOYD, *La nascita dello stato moderno nella Francia del Cinquecento*, Op. cit., pp. 97 e ss. ; B. GARNOT, *Histoire de la justice. France, XVI-XXI siècle*, Op. cit., 201-222.

confronti delle decisioni sia dei magistrati inferiori che di quelli signorili e di prerogative ultronee rispetto la semplice amministrazione della giustizia<sup>64</sup>.

Su tutti spiccava per poteri e ampiezza della cognizione, il *Parlement de Paris*, la Corte più autorevole del Regno, sorta nella seconda metà del XIII secolo a partire dall'antica *Curia regis*. La sua influenza, come noto, era talmente grande che fu sino alla Rivoluzione «il più efficace strumento di opposizione alla politica assolutistica dei sovrani francesi»<sup>65</sup>. A completare il quadro troviamo altri dodici *parlemenets provinciaux* e quattro *Conseil souverains*, istituiti progressivamente a partire dal XV secolo sino al XVIII<sup>66</sup>. Tra loro questi tribunali erano indipendenti, ciascuno alla testa della gerarchia giudiziaria nel proprio ambito geografico di competenza e le loro statuizioni non erano suscettibili d'appello, da qui la denominazione *souveraines*<sup>67</sup>. Accomunati ad essi dal fatto di giudicare in ultima istanza, troviamo ulteriori consessi: le *chambres de comptes* preordinate a verificare la regolarità dei conti pubblici e l'integrità del demanio, il *Grand conseil* di cui si dirà a breve, le *cours des aides* per le questioni fiscali e le *cours des*

---

<sup>64</sup> La giurisprudenza dei *Parlements*, al di là dell'indiscussa autorevolezza, non mancava di espliciti riconoscimenti normativi: avevano, in particolare, capacità di innovare l'ordinamento con efficacia erga omnes i pronunciamenti che assumevano la forma dell'*arrêt de règlement*. Cfr.: A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 317, 319-320.; P. PAYEN, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIIIe Siècle*, Presses universitaires de France, Paris, 1999. Per inquadramento generale circa il complesso tema dei *Parlements*, oltre ai contributi già ricordati, si veda: A. CHÉRUÉL, *Dictionnaire Historique des institutions moeurs et coutumes de la France*, partie II, Hachette, Paris, 1884, pp. 943-953; P. ALATRI, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del '700*, Laterza, Roma-Bari, 1977; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 405 e ss.; AA. VV., *Les Parlements de Province. Pouvoirs, justice et société du XV au XVIII siècle*, a cura di J. POUMAREDE e J. THOMAS, FraMespa, Toulouse, 1996; J. J. HURT, *Louis XIV and the Parlements. The assertion of royal authority*, Manchester University Press, Manchester-New York, 2002.

<sup>65</sup> P. ALVAZZI DEL FRATE, *Gli ordinamenti costituzionali*, in *Tempi del diritto*, Op. cit., pp. 271-318, cit. p. 293; similmente con riferimento al Settecento: «Au siècle des Lumières, le plus impitoyable adversaire du gouvernement royal fut la haute magistrature», J. KRYNEN, *L'Etat de justice, France, XIIIe-XXe siècle. Tome 1, L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, cit. p. 239. Cfr.: R. FERRANTE, *Legge, giustizia e sovranità nella Francia del secondo Cinquecento*, Op. cit., *passim*. Il primato del *Parlement* di Parigi era dovuto sia all'ampia estensione della sua giurisdizione (circa un terzo del territorio del Regno), sia al potere di *enregistrement* che gli consentiva di impedire o rallentare l'entrata in vigore delle leggi volute dal Re, oltre che intervenire con propri emendamenti. Circa tale ultimo aspetto: C. DESMAZE, *Le Parlement de Paris*, Paris, 1859, pp. 97 ss.; F. LOT, R. FAWTIER, *Histoire des institutions françaises au moyen âge*, Op. cit., pp. 332 ss.; R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789*, Op. cit., pp. 375 ss. Sul *Parlement de Paris* vedi anche: E. MAUGIS, *Histoire du Parlement de Paris: de l'avènement des rois Valois à la mort d'Henri IV. Période des rois Valois*, Paris, 1913.

<sup>66</sup> A. CHERUEL, *Dictionnaire Historique des institutions moeurs et coutumes de la France*, Op. cit., pp. 952-953, R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789*, Op. cit., pp. 253-258.

<sup>67</sup> Come si vedrà, proprio lo strumento della *cassation*, che consentiva al re di intervenire successivamente alla decisione dei tribunali ordinari per annullarla, farà sì che questi consessi perdano la natura di sovrani benché ne mantennero il titolo. Così J. ELLUL, *Storia delle istituzioni. L'età moderna e contemporanea dal XVI al XIX secolo*, Op. cit., p. 108.

*monnaies* con giurisdizione sugli affari concernenti le monete e i metalli preziosi<sup>68</sup>.

In dialogo, spesso antagonistico, con la giustizia delegata e in particolar modo con i suoi consessi di vertice si poneva la *justice retenue* (dal re)<sup>69</sup>. Questa era una giurisdizione episodica, d'eccezione e residuale rispetto alle prime due<sup>70</sup>. In accordo però con la ricordata supremazia regia si poneva in posizione gerarchicamente sovraordinata anche rispetto ai *Parlements*. Vi rientravano molteplici prerogative e potestà tra loro eterogenee: decidere direttamente le richieste scritte pervenute dai sudditi (*placet*); intervenire in giudizi già in corso allo scopo di preordinarne la conclusione in modo arbitrario (*lettres de cachet*); conferire determinate controversie alla cognizione di giudici speciali appositamente istituiti (*jugements par commissaires*); modificare l'esecuzione di una sentenza, anche innovando o derogando il diritto, o concedere grazie e amnistie (*lettres de justice* e *lettres de grâce*)<sup>71</sup>.

Tra questi compiti tre emergevano su tutti: la risoluzione dei conflitti di giurisdizione tra le corti sovrane (*règlements de juges*), l'avocazione (*evocation*) e la possibilità di annullare, tendenzialmente su impulso delle parti private, le sentenze rese in ultima istanza<sup>72</sup>. Tale prerogativa, oggetto del nostro precipuo interesse, affondava le sue radici nel XIV secolo, nell'atavico rimedio della *proposition d'erreur*<sup>73</sup>. Tra il XVI e il XVII secolo si stabilì però un'ulteriore tipologia di ricorso azionabile nei casi di *error iuris*, quello che già nel *Dictionnaire universel* di Furetière andava sotto il nome di *pourvoi en*

---

<sup>68</sup> R. DOUCET, *Les institutions de la France au XVI siècle*, tome 1, Op. cit., pp. 167-188. Cfr.: A. CHERUEL, *Dictionnaire Historique des institutions moeurs et coutumes de la France*, Op. cit., p. 251; B. BARBICHE, voce *Cours souveraines ou supérieures*, in *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Presses universitaires de France, Paris, 1996, pp. 362-364.

<sup>69</sup> «sans changer par une loi l'organisation judiciaire ni les règles de fond, le roi intervenait souvent, par des actes individuels, dans l'administration de la justice», A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, Op. cit., cit. p. 421. Cfr.: F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Op. cit., pp. 518 e ss.; H. REGNAULT, *Manuel d'histoire du droit français*, Op. cit., pp. 230-232; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Op. cit., pp. 13-16; ID., *Le Grand-Justicier et l'Arbre de Justice: considérations sur la justice retenue sous l'Ancien Régime*, in *Histoire, écologie et anthropologie. Trois générations face à l'oeuvre d'Emmanuel Le Roy Ladurie*, Presses Universitaires de Paris Sorbonne, Paris, 2011, pp. 385-393; H. LEUWERS, *La justice dans la France moderne: du roi de justice à la justice de la nation (1498-1792)*, Op. cit., pp. 6 e ss.

<sup>70</sup> Giurisdizione eccezionale di fatto, ma secondo le ricordate massime – *le roi est source de tout justice* – la regola in via teorica. Cfr.: *Grande Chancellerie et Conseil. Répertoire numérique de la série V. T. 1*, Paris, Centre historique des Archives nationales, 2000, p. 78.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> Nel primo caso il re aveva occasione di definire in ultima istanza la competenza dei diversi organi preposti all'esercizio della giustizia, mentre nella seconda ipotesi poteva avocare le liti già pendenti per deciderle in prima persona o per attribuirne la cognizione ad altro consesso. *Ex multis*, F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Op. cit., pp. 523-526.

<sup>73</sup> A.-P. TARBE, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Á la librairie encyclopédique de Roret, Paris, 1840, p. 11. V. *infra* par. 4.



*cassation*<sup>74</sup>.

Quest'ultima attribuzione, come le altre rientranti nell'alveo della *justice retenue*, benché appannaggio della persona del monarca, nella gran maggioranza dei casi non era ovviamente esercitata da lui personalmente ma per il tramite del suo Consiglio: «le roi est source de toute justice, son Conseil avait pour fonction première de la rendre en son nom en quelque matière que ce soit.»<sup>75</sup>. Qui si inserisce un elemento di ulteriore complessità, perché il *Conseil du roi*, in epoca moderna, è tutto tranne che un organo omogeneo e ben definito<sup>76</sup>. Al suo interno non solo si confondono funzioni, amministrative, giurisdizionali, legislative, consultive, militari, religiose e fiscali, ma si mescolano anche molteplici sezioni, spesso costituenti organi a sé stanti, la cui denominazione, competenza e composizione varia con estrema elasticità<sup>77</sup>. Pur non potendo qui dare atto di questa affascinante e complessa vicenda, spesso impenetrabile e di difficile lettura agli stessi osservatori contemporanei, pare utile richiamarne le direttrici fondamentali, per tentare di comprendere quale fosse in questa fase il reale titolare della *cassation*<sup>78</sup>.

Il punto di partenza è la *Curia Regis* dei re bassomedievali, dai quali sull'imbrunire della stagione capetingia, tra XIII e XIV secolo, secondo quel processo che Calamandrei

---

<sup>74</sup> A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français a l'usage des étudiants de première année*, Op. cit., p. 423. V. *infra* par. 4 e 7.

<sup>75</sup> B. BARBICHE, *Les attributions judiciaires du Conseil du Roi*, in *Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, in *Histoire, économie & société*, Vol. 3, 2010, pp. 9-17, cit. pp. 10 e 11.

<sup>76</sup> La questione relativa al *Conseil du roi* non è certo quella centrale nell'economia del presente lavoro, ma è necessariamente preliminare in quanto luogo fisico e giuridico in cui la *cassation* effettivamente si svolgeva in antico regime. Sul tema, oltre ai contributi già evocati, si rinvia a R. MOUSNIER, *Le Conseil du roi de Louis XII a la Révolution*, Presses Universitaires de France, Paris, 1970; M. ANTOINE, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Librairie Droz, Paris-Genève, 1970; B. BARBICHE, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne (XVIe-XVIIIe siècle)*, Paris, Presses universitaires de France, 2001, pp. 279-311. Di particolare interesse sono anche la voce dell'*Encyclopédie Conseil* redatta da Boucher d'Argis, su cui si tornerà e l'introduzione all'*Inventaire* di Noël Valois. Quest'ultima in particolare consente di districarsi in maniera chiara tra le molteplici denominazioni fatte proprie dal *Conseil* e dalle sue ramificazioni nei secoli. Calamandrei utilizzerà la metafora della germinazione per descrivere la nascita dei Grandi Tribunali di epoca moderna a partire dai Consigli politici dei principi. Tale immagine può bene essere utilizzata anche nel presente frangente. P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 212.

<sup>77</sup> È stato autorevolmente notato che l'attività del *Conseil*, in qualunque ambito si estrinsecasse, era comunque sempre caratterizzata da un'essenza giudiziaria: «Dans l'ancienne France, le Conseil du roi est, sous l'autorité du monarque, le centre du pouvoir dans toutes ses composantes [...] Mais son activité – qu'il s'agisse d'administration générale, de finances, de fiscalité, de justice proprement dite – est d'essence judiciaire. Les décisions du Conseil prennent la forme d'arrêts, c'est-à-dire de décisions de justice prises en dernier ressort.», B. BARBICHE, *Les attributions judiciaires du Conseil du Roi*, in *Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, Op. cit., cit. p. 9.

<sup>78</sup> «i giuristi di ancien régime mal conoscevano il funzionamento del Consiglio o dei Consigli, che erano circondati da un certo mistero», P. ALATRI, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del '700*, Op. cit., cit. p. 128; B. BARBICHE, *Les attributions judiciaires du Conseil du Roi*, in *Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, Op. cit., p. 10.

chiamerà di *germinazione*, andarono distinguendosi tre corpi: il *Parlement de Paris* (1307) – che da costola della Corte del re ne diverrà il più feroce antagonista –, la *Chambre de Comptes* (1320) e il *Conseil*<sup>79</sup>. Quest'ultimo oltre a deliberare sugli affari politici e amministrativi, continuò ad esercitare anche funzioni giudiziarie. Secondo autorevole opinione, già nel 1300 avrebbe ricoperto «le rôle d'un tribunal administratif suprême ou d'une cour de cassation»<sup>80</sup>. Sebbene l'affermazione pecchi di anacronismo è comunque indubitabile che già a cavallo tra medioevo ed era moderna, il re nel suo Consiglio si poneva quale vertice della giurisdizione, nonché luogo privilegiato per l'esercizio della *justice retenue* secondo le direttive già individuate: «On pourrait dire schématiquement que si les Cours de Parlements exercent la justice “déléguée” le Conseil privé exerce la justice “retenue”»<sup>81</sup>.

Il periodo di profonda crisi che il Regno di Francia attraversò nella prima metà del 1400, scosso dai conflitti civili e dalla conclusione della Guerra dei cent'anni, sconvolse profondamente anche l'architettura istituzionale della monarchia - «auquel tempstout ainsi que toutes les choses de la France se trouvèrent grandement brouillées et en très grand désarroi»<sup>82</sup> - rendendo ancor più incerta l'amministrazione della giustizia. Conclusa questa fase, nella seconda metà del XV secolo, nel tentativo di superare le lotte di potere tra la componente aristocratica e quella professionale dei giuristi<sup>83</sup>, le attribuzioni giudiziarie del *Conseil* confluirono in una nuova sezione, il *Grand Conseil*<sup>84</sup>. Esso, alla fine del 1400, si affermò come una delle più importanti *Cours souveraines* con una

---

<sup>79</sup> N. VALOIS, *Inventaire des arrêts du conseil d'Etat (règne de Henri IV)*, Imprimerie nationale, Paris, 1886-1893, pp. V-XVI. Cfr.: P. C. TIMBAL, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Op. cit., pp. 333-334; P. SUEUR, *Histoire du droit public français*, Op. cit., Vol. 1, p. 217. Benché d'ora in poi il *Parlement* sarà un soggetto distinto dal Consiglio, nella *metafisica* di *ancien régime*, la derivazione teorica dell'uno dall'altro, in chiave di giustificazione autoritativa, nonostante le vicende alterne, non verrà meno e anzi sarà particolarmente rivendicata innanzi alle ingerenze della giustizia ritenuta. Sul punto emblematico è quanto riporta Édouard Maugis nella sua *Histoire du Parlement de Paris*: davanti alle pretese eccessive del Consiglio, nel luglio 1489, il Parlamento ricordò al Carlo VIII che entrambi appartengono al medesimo *corps mystique*. E. MAUGIS, *Histoire du Parlement de Paris: de l'avènement des rois Valois à la mort d'Henri IV*, Op. cit., Vol. I, pp. 374-375.

<sup>80</sup> N. VALOIS, *Inventaire des arrêts du conseil d'Etat (règne de Henri IV)*, Op. cit., cit. p. XXVI.

<sup>81</sup> R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIII siècle*, Op. cit., cit. pp. 284-285. Qui l'autore si riferisce in particolare al *Conseil privé*, di cui si dirà a breve, la riflessione però nella sua schematicità ha una valenza globale.

<sup>82</sup> E. PASQUIER, *Les Recherches de la France d'Estienne Pasquier*, Vol. II, Paris, 1621, cit. p. 77.

<sup>83</sup> N. VALOIS, *Inventaire des arrêts du conseil d'Etat (règne de Henri IV)*, Op. cit., pp. XXV e ss.; cfr.: P. C. TIMBAL, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Op. cit., pp. 333-334.

<sup>84</sup> Il *Gran Conseil* venne ufficialmente alla luce grazie all'editto di Carlo VIII del 2 agosto 1497, ripreso l'anno successivo da un analogo documento di Luigi XII (13 luglio 1498). Al di là di questi atti formali, tale formazione operava già con una certa autonomia da tempo, cfr.: N. VALOIS, *Inventaire des arrêts du conseil d'Etat (règne de Henri IV)*, Op. cit., cit. p. XXXVII. Sul *Gran Conseil* si rimanda anche a R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789*, Op. cit., pp. 273-275.

competenza civile e criminale e - *lato sensu* – amministrativa paragonabile a quella dei *Parlements* di cui ricalcava la genesi e con cui entrerà non a caso in conflitto a più riprese<sup>85</sup>. Tale consesso avrebbe dovuto alleggerire l'assemblea politica del re dalle questioni più propriamente contenziose. Dal momento però che divenne ufficialmente un soggetto distinto e autonomo rispetto al sovrano (1497) i sudditi continuarono a inoltrare le proprie rivendicazioni anche direttamente a quest'ultimo<sup>86</sup>. Di conseguenza, per tutto il secolo successivo assisteremo a un ulteriore travaso di funzioni a favore nuovamente del *Conseil* vero e proprio che, nella solita cangiante varietà di nomi (*ex multis Conseil des Affaires, Conseil étroit, Conseil secret, Conseil de cabinet, Conseil d'en haut, Conseil privé*) continuò quindi a trattare, nell'ambito della sua ampia e indefinita competenza, anche le vicende connesse all'amministrazione della giustizia<sup>87</sup>.

Sotto i regni di Francesco I (1515-1547) ed Enrico II (1547-1559), si affermò in seno al *Conseil*, che in questa veste prese per l'appunto il nome di *Conseil public* o *des parties* o *pour les parties*<sup>88</sup>, l'usanza di individuare alcuni giorni della settimana da dedicarsi precipuamente alle rivendicazioni dei sudditi. Un regolamento di Carlo IX del 21 dicembre 1560 consacrò a questo tipo di attività ogni martedì e venerdì:

«Pour ce que des choses que S. M. a plus à cœur et en désire plus gratifier ses sujets, c'est la justice, a ordonné que le mardi et vendredi de chacune semaine sera tenu conseil pour les parties où toutes requestesseront ouyes et pourvû aux supplians en touteborne et briefve expédition de justice et équité.»<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 273. Cfr.: P. SUEUR, *Histoire du droit public français*, Op. cit., Vol. 1, p. 217.

<sup>86</sup> B. BARBICHE, *Les attributions judiciaires du Conseil du Roi*, in *Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, Op. cit., p. 13. Privato ormai di numerose competenze il *Grand Conseil* sopravvisse sino al 1777, R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789*, Op. cit., p. 275.

<sup>87</sup> N. VALOIS, *Inventaire des arrêts du conseil d'Etat (règne de Henri IV)*, Op. cit., p. XXXVIII.

<sup>88</sup> *Ibidem*, pp. XLIX- L. Cfr.: H. A. LLOYD, *La nascita dello stato moderno nella Francia del Cinquecento*, Op. cit., pp. 108-110; C. MICHON, *Conseils et conseillers en France de Louis XI à François Ier (1461-1547)*, in *Conseils et conseillers dans l'Europe de la Renaissance: v. 1450 - v. 1550*, Presses universitaires François-Rabelais, Presses Universitaires de Rennes, Tours, 2012, pp. 71 e ss.

<sup>89</sup> *Acte de constitution de la régence pendant la minorité du roi*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XIV, I partie, cit. pp. 59-60. Nel corso degli anni successivi i giorni della settimana aperti all'ascolto delle richieste giudiziarie dei sudditi muteranno più volte: giovedì e sabato (1563), mercoledì e venerdì (1566). L'art. 10 del regolamento dell'11 agosto 1578 sancirà: «Pour le regard des Conseil des parties, sadite Majesté entend qu'il soit tenu en la maniere accoustumee, le mercredy & vendredy, une heure après midy», *Règlement du 11 août 1578*, art. 10, in M. E. GIRARD, *Trois livres des Offices de France*, Paris, Estienne Richer, 1638, livre I, p. 624 ; cfr.: G. DESJARDINS, *Le Fonds du Conseil d'État de l'ancien régime aux Archives nationales*, in *Bibliothèque de l'école des chartes*, tome 59, 1898, p. 40. Tali disposizioni verranno riconfermate a più riprese nel 1579, nel 1582 e nel 1585, N. VALOIS, *Inventaire des arrêts du conseil d'Etat (règne de Henri IV)*, Op. cit., p. L.

Con Enrico III (1574-1589), a partire dal 1581, l'assemblea venne momentaneamente soppressa, ma già nel 1585 riprese la sua attività<sup>90</sup>. Un successivo atto del giugno 1597 regolò parzialmente la relativa procedura, prevedendo in particolare la necessità per i ricorrenti di farsi assistere da un *avocat du conseil*<sup>91</sup>. Proprio la continua crescita del numero di questi patrocinatori – dai sei del 1585 ai centosettanta del 1673 – concorre a testimoniare la sempre maggior rilevanza di questa composizione e la processualizzazione delle sue attività<sup>92</sup>.

A differenza di quanto accaduto con alcuni dei suoi predecessori il *Conseil des parties* – anche chiamato a partire dalla fine del 1500 *Conseil privé* - non si separò mai formalmente dal *Conseil du Roi*, che prese allora il nome di *Conseil d'État*<sup>93</sup>. Secondo Noël Valois, archivista e storico francese, la cui ricostruzione abbiamo spesso richiamato, l'opera di questa ennesima corte di giustizia *sui generis*, consisteva proprio, «*en arrêts de cassation, en règlement de juges, en évocations*»<sup>94</sup>.

Pochi decenni dopo, con l'avvento al potere di Luigi XIV (1643-1715), pur non rinunciando al principio dell'unità del Consiglio, venne operata una parziale razionalizzazione delle sue specializzazioni funzionale alla rinnovata politica

---

<sup>90</sup> G. DESJARDINS, *Le Fonds du Conseil d'Etat de l'Ancien Régime aux Archives Nationales*, Op. cit., p. 41.

<sup>91</sup> *Règlement sur de procéder au Conseil Privé du Roy*, in M. E. GIRARD, *Trois livres des Offices de France*, Op. cit., pp. 633-634; N. VALOIS, *Inventaire des arrêts du conseil d'Etat (règne de Henri IV)*, Op. cit., pp. LVIII-LIX.

<sup>92</sup> N. VALOIS, *Inventaire des arrêts du conseil d'Etat (règne de Henri IV)*, Op. cit., p. LI; P. SUEUR, *Histoire du droit public français*, Op. cit., Vol. 1, pp. 223. Cfr.: R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIII siècle*, Op. cit., p. 277.

<sup>93</sup> Osserva Noël Valois a proposito del mutare dei nomi: «Le nom de Conseil des parties eut bientôt un synonyme, Conseil privé. Pendant les trois premiers quarts du xvi siècle et, plus tard durant quelques mois de l'année 1588, cette expression s'applique à tout le Conseil: elle est ordinairement réservée, à partir du règne de Henri III (1578), à la section judiciaire, et le Conseil ordinaire ne porte plus que le nom de Conseil d'Etat. Il se passait alors un fait analogue à celui qu'on avait pu observer vers la fin du xv e siècle. Le Conseil du Roi, après s'être appelé Grand Conseil pendant deux cents ans, avait, on s'en souvient, abandonné cette dénomination au Conseil de la justice; à présent, il se défaisait de son nom de Conseil privé en faveur du Conseil des parties: on eût dit que, chaque fois qu'était instituée une juridiction nouvelle, le Conseil voulût lui céder son nom, comme s'il eût espéré de la sorte lui communiquer quelque chose de son autorité et de son prestige.», N. VALOIS, *Inventaire des arrêts du conseil d'Etat (règne de Henri IV)*, Op. cit., cit. p. LVIII. Cfr.: O. PONCET, voce *Conseils du roi*, in *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Presses universitaires de France, Paris, 1996, pp. 320-325, p. 321; R. DOUCET, *Les institutions de la France au XVI siècle*, tome 1, Op. cit., p. 147.

<sup>94</sup> N. VALOIS, *Inventaire des arrêts du conseil d'Etat (règne de Henri IV)*, Op. cit., cit. p. L 50. Cfr: «Le Conseil des parties ou Conseil privé où se portaient les affaires contentieuses entre particuliers; les demandes en cassation d'arrêts ou jugements en dernier ressort [...] ; les conflits entre le Cours supérieures, les règlements de juges, les évocations», A.-P. TARBE, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Op. cit., cit. p. 14. Similmente, anche se con riferimento al secolo successivo: «the adjudication of cassations, évocations de justice, and règlements de juges constituted the principal and ongoing business of the Conseil Privé», A. N. HAMSCHER, *The Conseil Prive and the Parlements in the Age of Louis XIV: A Study in French Absolutism*, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1987, cit. p. 34.

accentratrice e assolutistica<sup>95</sup>. Si consolidò la distinzione tra formazioni ristrette, presiedute direttamente dal monarca, e quelle plenarie, dirette dal Cancelliere<sup>96</sup>. Del primo gruppo facevano parte il *Conseil d'en haut* o *des affaires étrangères*, per i profili di governo con particolare riferimento alla politica estera, il *Conseil des dépêches*, per l'amministrazione interna del regno, il *Conseil royal des finances* (1661) e il *Conseil royal de commerce* (1664), per le questioni economiche e finanziarie<sup>97</sup>. In formazione plenaria, invece, l'assemblea poteva assumere la veste del *Conseil ordinaire des finances*, specializzato nel contenzioso amministrativo e fiscale, o del *Conseil (d'Etat) privé* o *des parties* – le due denominazioni saranno d'ora in poi pressoché sinonimi – per le vicende legali tra privati<sup>98</sup>.

Di fatto, mentre la prima articolazione scomparve alla fine del secolo, la seconda sopravvisse e acquisì sempre maggiori attribuzioni, confermandosi tra i centri giudiziari più influenti del regno, espressione più nitida della giustizia del re, e luogo privilegiato per le richieste di cassazione, sebbene condividesse tale potestà con il *Conseil* nel suo insieme e il *Grand Conseil*<sup>99</sup>. Per questi motivi si è tentato di vedere anche in essa «la Cour de cassation de l'ancien régime»<sup>100</sup>. In realtà, come meglio si avrà modo di

---

<sup>95</sup> Cfr.: B. BARBICHE, *Les attributions judiciaires du Conseil du Roi, in Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, Op. cit., pp. 9 e 10. Per un primo inquadramento dell'affascinante contesto storico: P. R. CAMPBELL, *Luigi XIV e la Francia del suo tempo*, traduzione di G. FRANCI, Il Mulino, Bologna, 1997.

<sup>96</sup> B. BARBICHE, *Les attributions judiciaires du Conseil du Roi, in Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, Op. cit., p. 10.

<sup>97</sup> *Ex multis*: P. C. TIMBAL, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Op. cit., pp. 336-337; P. ALATRI, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del '700*, Op. cit., pp. 126 ss.; P. SUEUR, *Histoire du droit public français*, Op. cit., Vol. 1, pp. 223-234. Il *Conseil royal de commerce* venne meno già nel 1676 per poi essere ristabilito nel 1730, B. BARBICHE, *Les attributions judiciaires du Conseil du Roi, in Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, Op. cit., p. 10.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 10. Sul *Conseil des parties* sotto Luigi XIV, si veda in particolare: «Le Conseil d'Etat privé, ou Conseil des Parties, se réunissait deux fois par semaine ; il voyait passer principalement les requêtes en cassation, en évocation et en règlement de juges ; il était spécialisé dans le contentieux judiciaire et formait par excellence le domaine de juriste. [...] l'histoire du Conseil des Parties sous Louis XIV [...] En l'état actuel de la science [...] apparaît comme une marche lente et tâtonnante accomplie par ce Conseil pour se défaire peu à peu d'habitudes fâcheuses [...], pour améliorer sa procédure, pour dégager enfin plus nettement certains concepts juridiques, en particulier celui de cassation.» M. ANTOINE, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Op. cit., cit. pp. 63 e 67; *ibidem*, pp. 140 e ss.; A. N. HAMSCHE, *The Conseil Prive and the Parlements in the Age of Louis XIV: A Study in French Absolutism*, Op. cit.; cfr.: anche P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., pp. 331-372. Benché a partire dalla fine del 1500 i due nomi indichino pressoché il medesimo consesso, la dicitura *Conseil des parties*, assai diffusa nella pratica, non compare quasi mai negli atti propri del Consiglio. Cfr.: G. DESJARDINS, *Le Fonds du Conseil d'État de l'ancien régime aux Archives nationales*, Op. cit., pp. 7 e 40.

<sup>99</sup> «il exerçait la justice retenue du roi», P. SUEUR, *Histoire du droit public français*, Op. cit., Vol. 1, cit. p. 230.

<sup>100</sup> A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français a l'usage des étudiants de première année*, Op. cit., cit. p. 461; similmente «il Conseil d'Etat privé o Conseil des Parties [...] si potrebbe definire una corte di cassazione», P. ALATRI, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del '700*, Op. cit., cit. p. 127.

esplicitare, il *Conseil des parties* con la futura corte suprema ha in comune solo la funzione, che tra l'altro non è certo egemonica, di cui non è unico titolare e che ancora non è rivestita di quella nuova dignità che le conferirà soltanto la Rivoluzione<sup>101</sup>. Permangono, inoltre, invalicabili differenze istituzionali e ideologiche. Il ricorso in cassazione sotto la monarchia rimane un gravame imperfetto ed eccezionale, più simile alla grazia concessa dal sovrano – *une faveur faite par le pouvoir royal* – che ad un'azione di impugnativa come siamo soliti considerarla<sup>102</sup>. E d'altronde il giudizio si svolge senza garanzia alcuna, spesso concludendosi con una declaratoria di irricevibilità<sup>103</sup>.

A partire dalla seconda decade del XVIII secolo, in seguito alla morte del re sole, le vicissitudini istituzionali d'oltralpe si complicarono ulteriormente. La reggenza - il nuovo sovrano, Luigi XV, aveva solo cinque anni – fece da sfondo a una reazione nobiliare<sup>104</sup>. L'aristocrazia, opponendosi sia all'assolutismo del re, sia alla preponderanza della componente borghese negli apparati di governo, tentò di innovare l'organizzazione amministrativa del regno: in seno al *Conseil* si moltiplicarono ulteriormente le sezioni specializzate<sup>105</sup>, dalla nomenclatura perennemente oscura, dando così vita, tra il 1715 e il 1718, al noto sistema della *polysinodie*<sup>106</sup>.

---

<sup>101</sup> Il *Conseil des Parties* oltre che della cassazione continua ad esercitare le solite attribuzioni - su tutte *règlements de juges* ed *évocations* – la cui importanza non è certo secondaria. Cfr.: J. ELLUL, *Storia delle istituzioni. L'età moderna e contemporanea: dal XVI al XIX secolo*, Op. cit., p. 34; B. BARBICHE, *Les attributions judiciaires du Conseil du Roi, in Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, Op. cit., p. 12. Sul punto *infra* par. 7 e 8, cap. 2.

<sup>102</sup> A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français a l'usage des étudiants de première année*, Op. cit., cit. p. 424. D'altronde, sino al Règlement del 1738, manca una vera e propria disciplina della *cassation*, a differenza di altri strumenti rientranti nell'ambito della *justice retenue* che, seppur a carattere comunque eccezionale e straordinario, erano oggetto di specifica regolamentazione come la *proposition d'erreur* e la *requête civile*. Sul punto *infra* cap. par. 8.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 424. Spesso la decisione di irricevibilità e non era adottata neanche dal *Conseil* nel suo insieme, ma dai *maitres des requêtes*. Circa il personale operante presso il *Conseil* si richiamano i precedenti contributi e in particolare R. MOUSNIER, *Le Conseil du roi de Louis XII a la Révolution*, Op. cit. Nonostante tali insuperabili differenze, già *in nuce* sono però presenti alcune caratteristiche che ci lasciano intravedere i caratteri fondamentali della futura Corte di cassazione: su tutti l'iniziativa di parte e la presenza della dicotomia *ius litigatoris* e *ius constitutionis*, che si sostanzia in questa fase nell'incontro tra prerogative del re e aspettative dei sudditi. Circa gli aspetti di arretratezza e modernità del *Conseil des parties*, ampiamente v. *infra* par. 8.

<sup>104</sup> J. ELLUL, *Storia delle istituzioni. L'età moderna e contemporanea: dal XVI al XIX secolo*, Op. cit., p. 101.

<sup>105</sup> A partire dal 1715 il *Conseil d'Etat* venne nel suo insieme rimpiazzato dal *Conseil de régence*, a ciò si aggiunsero sette ulteriori articolazioni: *Conseil de conscience, des affaires étrangères, de la guerre, de la marine, des finances, des affaires du dedans, du commerce*. Tali riforme, come si dirà, incisero limitatamente sul *Conseil privé* e le attribuzioni giudiziarie in generale, essendo indirizzate in special modo a mutare i profili politici/di governo del *Conseil*. Cfr. F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Op. cit., pp. 444-446.

<sup>106</sup> R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789*, Op. cit., pp. 160-163; P. SUEUR, *Histoire du droit public français*, Op. cit., Vol. 1, pp. 236-239; M. ANTOINE, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Op. cit., pp. 77 e ss. Cfr.: G. DESJARDINS, *Le Fonds du Conseil d'État de l'ancien régime aux Archives nationales*, Op. cit., p. 31.

A tali vicende succedette l'ennesima opera di riforma, portata avanti principalmente dal cancelliere Henri François d'Aguesseau negli anni Trenta<sup>107</sup>. Seguirono ulteriori tentativi, spesso inconcludenti, di riordino sino a che il *Conseil*, preda ormai della sua stessa ambiguità, si risolse nella Rivoluzione<sup>108</sup>.

Tutto ciò non segnò però particolarmente né la disciplina della *cassation* né l'attività giudiziaria del *Conseil privé*<sup>109</sup>. Entrambi giungeranno incolumi al 1789, pronti a consegnare la loro secolare eredità a un soggetto nuovo che ne porterà avanti, senza soluzione di continuità, la storia nella nuova era: il *Tribunal de cassation*<sup>110</sup>.

#### 1.4. La disciplina della cassation dalle origini al XVIII secolo

Individuati i confini istituzionali dell'istituto, è necessario indagare la disciplina processuale che resse questo meccanismo in *ancien régime*. Ancora una volta non si può parlare di una puntuale origine storica, essendo questa preceduta da uno stratificarsi di passaggi preliminari: «Comme beaucoup d'institutions de l'ancienne France, la cassation a été une création continue»<sup>111</sup>. Sino al *Règlement* del 1738, infatti, non si ebbe un compiuto statuto della *cassation*, ma solo frammentarie indicazioni normative.

Ciò non stupisce. Se si assume che tale strumento trovi la sua ragion d'essere nell'annullamento da parte dell'autorità sovrana delle sentenze rese in ultima istanza viziate da un errore in diritto, è necessario attendere che nella riflessione giuridica d'oltralpe si (ri)fondasse la nozione di *erreur de droit*<sup>112</sup>. Non a caso la storiografia

---

<sup>107</sup> J. ELLUL, *Storia delle istituzioni. L'età moderna e contemporanea: dal XVI al XIX secolo*, Op. cit., p. 102.

<sup>108</sup> R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789*, Op. cit., p. 179; G. DESJARDINS, *Le Fonds du Conseil d'État de l'ancien régime aux Archives nationales*, Op. cit., p. 32.

<sup>109</sup> Il Consigliere Gilbert de Voisins nelle sue memorie, di cui tratteremo ampiamente nel proseguo, ancora nel 1767 sottolinea la centralità del *Conseil privé* nell'economia del *Conseil*: «Sans parler de ce qui regarde les affaires du dehors, celles de la guerre et autres dont il s'agit moins ici, il y a pour le dedans : le Conseil des Dépêches, pour les dispositions et les grâces qui émanent immédiatement de la puissance et du commandement du Roi; le Conseil des Finances; le Conseil privé pour la justice.», P. GILBERT DE VOISINS, *Vues sur les cassations d'arrests et de jugements en dernier ressort*, M. ANTOINE éd., *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations. Un épisode des querelles entre Louis XV et les parlements (1767)*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1958, pp. 1-33, pp. 20-33, cit. p. 23.

<sup>110</sup> *Infra* cap. 2

<sup>111</sup> R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIII siècle*, Op. cit., cit. p. 248.

<sup>112</sup> Ancora nel 1300 è impossibile trovare nella riflessione giuridica francese una compiuta distinzione tra *erreur de droit* ed *erreur de fait*. La concettualizzazione dell'errore di diritto era, in particolare, ostacolata da due fattori: la caoticità del sistema delle fonti e la connessione sussistente tra corti sovrane e monarchia, che impediva di ammettere la fallibilità delle prime senza porre in discussione l'infallibilità della seconda. Con riferimento poi al diritto consuetudinario, architettura portante dell'*ancien droit*, esso

francese intreccia la riflessione sulla *cassation* a quella sulla *proposition d'erreur*: diverso e più risalente istituto – impiegato dal sovrano sempre per intervenire su pronunciamenti resi in *dernier ressort* dalle *cours souveraines* - nella cui disciplina i concetti di errore di fatto e di diritto per lungo tempo si sono confusi tra loro<sup>113</sup>.

Tutto si fa cominciare con la riforma di Luigi IX che abolì l'istituto del duello giudiziario, individuando nella persona del re – coadiuvata dai *parlements*, allora ancora commissioni specializzate in seno alla *Curia Regis* – l'unica via di appello avverso le decisioni dei giudici del regno<sup>114</sup>. Questa possibilità venne meglio articolata nella successiva *Ordonnance* di Filippo il Bello sulla *réformation du royaume* del marzo del 1303<sup>115</sup>. Essa, nel riaffermare la piena esecutorietà dei giudizi resi in ultimo grado e la loro tendenziale inappellabilità, prevede anche la possibilità di una revisione nei casi di ambiguità o errore materiale:

«Volumus, sancimus et etiam ordinamus quod iudicata, arresta et sententie, que de nostrâ curiâ, seu nostro communi consilio processerint, teneantur, et sine appellatione aliquâ executioni mandentur. Et si aliquid ambignitatis, vel erroris continere viderentur, ex quibus meritò suspicio indiceretur, correctio, interpretatio, revocatio, vel declaratio eorumdem ad nos, vel nostrum commune consilium spectare noscantur, vel ad majorem partem consilii nostri, vel providam deliberationem specialis mandati nostri, et de nostra licentiâ speciali super omnia antea requisita servetur.» (art. 12)<sup>116</sup>.

---

veniva conosciuto dai tribunali per il tramite di un'inchiesta, era oggetto di prova, ogni errore quindi sulla consuetudine si risolveva in un errore di fatto sui risultati dell'istruttoria. Cfr.: E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., pp. 20-21.

<sup>113</sup> Il minimo comune multiplo a tutti i diversi gravami capaci mettere in discussione le sentenze rese in ultima istanza è il loro fondarsi sull'autorità del re: «Si une erreur s'est glissée dans une décision rendue en dernier ressort, elle ne peut être redressée que par l'intervention personnelle du roi.», P. C. TIMBAL, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Op. cit., cit. p. 406.

<sup>114</sup> Con diversi atti normativi, di cui i più rilevanti sono il *Règlement pour la procédure en Châtelet* del 1234 e l'*Ordonnance* del 1258, il re santo diede vita a una procedura d'appello, appannaggio della sua persona per il tramite dei *parlements*, per rimpiazzare l'istituto del *jugement par bataille*. Secondo un'impostazione ormai classica qui sorgerebbe il sistema dei gravami che, secoli dopo, condurrà anche alla *cassation*. *Ex multis*: M. BOULET-SAUTEL, *La cassation sous l'Ancien régime*, in *Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990. Volume jubilaire*, Paris, Litec, 1990, pp. 1-24, pp. 1 e 2; E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., pp. 13-16; M. D. DALLOZ, *Repertoire méthodique et alphabétique de législation et de doctrine et de jurisprudence*, Tome VII, Paris, 1847, p. 3; A.-P. TARBE, *Lois et réglemens à l'usage de la Cour de cassation*, Op. cit., pp. 10-11.

<sup>115</sup> E. A. R. BROWN, *Unctus ad executionem justitie: Philippe le Bel, Boniface VIII et la grande ordonnance pour la réforme du royaume (du 18 mars 1303)*, in *Le roi fontaine de justice: pouvoir justicier et pouvoir royal au Moyen âge et à la Renaissance*, Op. cit., p. 145-168.

<sup>116</sup> *Ordonnance sur la réformation du royaume, Paris, 23 mars 1302*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome II, cit. p. 768. Tale disposizione venne ripresa da documenti normativi successivi nel 1320, nel 1331 e nel 1344, cfr.: R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIII siècle*, Op. cit., p. 250.



Come si intuisce dalla seconda parte della disposizione, il cui pieno significato non è del tutto comunque cristallino, il procedimento di revisione avrebbe dovuto svolgersi dinnanzi al monarca e al suo consiglio o, su delega di questi ultimi, alla stessa corte che aveva reso la decisione viziata.

Proprio lungo questa linea evolutiva, nel corso del XIV secolo si affermò la *proposition d'erreur* quale procedura volta ad ottenere la riforma di una sentenza non più appellabile, ma affetta da un vizio di fatto dirimente<sup>117</sup>. Il relativo procedimento nelle sue caratteristiche essenziali divenne l'archetipo sulla base del quale si costruì poi la procedura della *cassation*: la parte soccombente indirizzava la propria lagnanza al *Conseil du roi* con specifica indicazione dell'errore; il Cancelliere sottoponeva preliminarmente la domanda ai *maîtres des requêtes* che si esprimevano sulla sua ricevibilità; qualora il loro giudizio fosse stato positivo la vicenda giungeva all'attenzione del *Conseil* che, accertato il vizio, annullava la sentenza e rinviava la questione alla *cour souveraine* che la aveva adottata, con ordine di rivederla<sup>118</sup>.

La *proposition d'erreur* si configurava allora come un rimedio straordinario, ultroneo all'ordinario svolgersi della giurisdizione, frutto di una libera grazia del re. Per queste ragioni, a garanzia della fondatezza del ricorso e con l'intento di scoraggiarne un utilizzo eccessivamente temerario, venne prevista sin da subito un'ammenda pecuniaria: «Il ne sera permis à personne, devenir directement, ni indirectement contre les arrests du parlement, ou d'impetrer des lettres pour en suspendre l'execution, sous peine de 60 livres Paris d'amende, à moins qu'on n'ait obtenu des lettres de proposition d'erreur» (art. 9)<sup>119</sup>.

Nella prima metà del 1400, la confusione istituzionale conseguente alle crisi politiche e sociali cui già si è accennato comportò un temporaneo declino della *proposition d'erreur*, in favore di differenti strumenti di più semplice azionabilità quali l'*évocation* e la *requête civile*. Quest'ultimo, in particolare, altro non era che un ulteriore gravame *extra ordinem* con cui richiedere l'intervento del sovrano in ipotesi in cui il regolare svolgimento dell'istruzione fosse stato compromesso da circostanze particolarmente

---

<sup>117</sup> «les faits du procès ont été mal interprétés par la cour ou que celle-ci a ignoré un fait qui aurait été décisif.», H. REGNAULT, *Manuel d'histoire du droit français*, Op. cit., cit. p. 231.

<sup>118</sup> Cfr.: A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, Op. cit., p. 423; H. REGNAULT, *Manuel d'histoire du droit français*, Op. cit., p. 231.

<sup>119</sup> *Ordonnance sur les appels au parlement, l'instruction criminelle, la juridiction del'hôtel, les évocations, la proposition d'erreur, les causes réelles, la responsabilité des juges inférieurs, et l'abstention des magistrats*, Paris, décembre 1344, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome IV, cit. p. 485. Anche la presenza di un'ammenda caratterizzerà il volto futuro della *cassation*.

gravi, quali dolo o frode di controparte o false testimonianze<sup>120</sup>.

Nel proseguo del secolo XV, la *proposition d'erreur* e la *requête civile*, pur rimanendo in teoria rimedi straordinari e nonostante tentativi di riforma volti a marginalizzarne l'esperibilità, entrarono prepotentemente nella dialettica processuale, con le intuibili conseguenze in termini di lunghezza e di incertezza<sup>121</sup>.

La situazione peggiorò quando, a partire dal 1500, cominciò anche ad aumentare il novero dei vizi suscettibili di provocare la caducazione delle sentenze inappellabili. Ad ampliarsi fu, in particolare, l'esperibilità della *proposition d'erreur* che finì per attirare nella sua orbita talune, embrionali, ipotesi di errori di diritto. L'utilizzo in tal senso di questa impugnazione configurava indubitalmente un artificio, funzionale a colpire anche quelle patologie, la cui autonomia non era allora ancora evidente, che altrimenti non avrebbero trovato cittadinanza<sup>122</sup>. Come ogni declinazione concreta della *justice retenue*, si prestò, però, a facili arbitri e abusi. Conseguentemente, dopo una serie di interventi normativi poco gravidi di conseguenze<sup>123</sup>, la *proposition d'erreur* venne abolita dall'*Ordonnance civile* del 1667: «Abrogeons les propositions d'erreur, et défendons aux par ties de les obtenir; et aux juges de les permettre à peine de nul lité, et de tous dépens , dommages et intérêts» (art. 42, titolo XXXV)<sup>124</sup>.

Da questo momento, esperiti tutti i gradi di giurisdizione, per far valere determinati errori di fatto fu possibile ricorrere al solo mezzo della *requête civile*<sup>125</sup>. Relativamente,

---

<sup>120</sup> M. BOULET-SAUTEL, *La cassation sous l'Ancien régime*, Op. cit., p. 4. Si vedano in particolare le note 16 e 17.

<sup>121</sup> «l'extraordinaire est en passe de devenir le quotidien.», *Ibidem*, cit. p. 5. In generale, circa tale tematica, si rinvia a: S. DAUCHY, *Les voies de recours extraordinaires : propositions d'erreur et requête civile (de l'ordonnance de saint Louis jusqu'à l'ordonnance de 1667)*, Paris, PUF, 1988.

<sup>122</sup> Cfr.: P. SUEUR, *Histoire du droit public français*, Op. cit., Vol. 2, p. 251.

<sup>123</sup> M. BOULET-SAUTEL, *La cassation sous l'Ancien régime*, Op. cit., p. 5. La volontà di limitare gli abusi, almeno teoricamente, era ben espressa nell'incipit del *Règlement* del 18 maggio 1529, in cui si stigmatizzano espressamente le conseguenze negative in termini di dilatazione dei processi e carenza di tutela delle parti: « Comme depuis aucun temps en ça nous ayons été advertis et informés [...] que plusieurs évocations et jusques au nombre effréné, ont esté cidevant dépeschées, à cause des récusations baillées contre aucuns des présidens et conseillers de nos dites cours qui est grosses vexations, frais et mises intolérables aux parties litigantes et grand retardement de justice», *Règlement sur l'évocation des procès pendans aux cours souveraines, 18 mai 1529*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XII, cit. pp. 312-313.

<sup>124</sup> *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice, avril 1667*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XVIII, cit. p. 180. Abolito in ambito civile, il rimedio rimase esperibile con riferimento alla materia criminale: A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, Op. cit., p. 424; P. C. TIMBAL, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Op. cit., p. 406; P. SUEUR, *Histoire du droit public français*, Op. cit., Vol. 2, p. 252. Per un primo inquadramento circa la grande *Ordonnance* civile di Luigi XIV si rinvia a J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, Op. cit., pp. 33 e ss.

<sup>125</sup> H. REGNAULT, *Manuel d'histoire du droit français*, Op. cit., p. 231; P. SUEUR, *Histoire du droit public français*, Op. cit., Vol. 2, p. 252.

invece, agli *erreurs de droit*, orfani apparentemente di ogni considerazione, andò affermandosi tra XVI e XVII secolo una nuova procedura, incentrata non tanto sui motivi di litigiosità delle parti quanto sulle specifiche patologie del *dictum* giudiziale, che - *natura abhorret a vacuo* – colmò la lacuna<sup>126</sup>. Questa permetteva al re di sanzionare con la nullità tutte le decisioni rese in contrarietà al diritto. Ciò fu possibile grazie anche all'emersione e al consolidamento in questi secoli di un vero e proprio *droit français*, ricomprensivo ormai non più solamente le consuetudini del regno ma anche un *ius positum regio* che andava difeso contro le prevaricazioni e travisazioni delle magistrature supreme<sup>127</sup>.

I riferimenti normativi sono numerosi. Inizialmente, lungo tutto il XVI secolo ad essere prese in considerazione furono solo alcune ipotesi specifiche riconducibili al *genus* degli *errores in procedendo* (*violation des formes de procéder*)<sup>128</sup>. Uno degli esempi più conosciuti è contenuto nella celebre *Ordonnance d'Orleans* del 1560, redatta dal cancelliere Michel de l'Hospital, che permetteva di ricorrere per ottenere la nullità di una sentenza nell'ipotesi di contrasto di giudicati (*arrêts contradictoires*)<sup>129</sup>. Sempre ad opera di de l'Hospital, l'*Ordonnance de Moulins* del febbraio 1566 sull'amministrazione della giustizia prevedeva la possibilità di richiedere la nullità delle decisioni rese dai *Parlements* in violazione di specifiche regole di procedura: «et déclarons les jugemens qui autrement seront donnez, nuls et de nul effet, réservans aux parties contre les juges leurs dommages et intérests, procédans de la contravention à cette nostre ordonnance, et se pourvoir pour ce regard pardevers Nous et en nostre conseil.» (art. 68)<sup>130</sup>.

---

<sup>126</sup> X. GODIN, *La procédure de cassation au XVIIIe siècle*, in *Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, in *Histoire, économie & société*, Vol. 3, 2010, pp. 19-36, p. 20. Cfr.: A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français à l'usage des étudiants de première année*, Op. cit., p. 424; H. REGNAULT, *Manuel d'histoire du droit français*, Op. cit., p. 231.

<sup>127</sup> H. REGNAULT, *Manuel d'histoire du droit français*, Op. cit., p. 253.

<sup>128</sup> R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIIIe siècle*, Op. cit., p. 250.

<sup>129</sup> Questo primitivo caso di “contrasto di giudicati” è regolato all'art. 38. Benché si stabilisca che tale giudizio appartenga al giudice che ha adottato una delle due decisioni, è anche previsto che si possa ricorrere al *Conseil Privé*: «Les prétendans nullitez et contrarietez des arrests de nos cours souveraines, seront jugez où les arrests auront esté donnez [...] et les requestes de récusations qui seront proposées contre nos parlements et cours souveraines [...] les juger en nostre conseil privé.», *Ordonnance générale rendue sur les plaintes, doléances et remontrances des états assemblés à Orléans, janvier 1560* in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XIV, p. 74. Il problema di sentenze definitive contraddittorie era sorto già nel XV secolo, in seguito all'aumento delle *cours souveraines*, cfr.: R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIIIe siècle*, Op. cit., p. 250.

<sup>130</sup> *Ordonnance sur la réforme de la justice, février 1566*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XIV, cit. p. 207. Oggetto della censura in particolare era l'usanza dei *Parlements* di non istruire o decidere determinate controversie direttamente per affidarne la cognizione a commissioni da loro individuate dette *petits commissaires*. In prima battuta tale modo di procedere viene vietato - « Et sur les remontrances faites par les députez d'aucuns de nos parlemens, sur la diversité des formes de procéder au jugement d'aucuns procès par commissaires, en ceux de nosdits parlemens où ils ont

Questa censura venne ripresa e generalizzata da un'altra *ordonnance* famosa, quella di Blois resa da Enrico III nel maggio 1579<sup>131</sup>. La lettura in combinato disposto dei suoi artt. 92 e 208 è stata talora utilizzata per fondare il sorgere ufficiale della *cassation*, anche se tale termine non viene mai menzionato e il loro tenore letterale non è affatto univoco. L'art. 92, quello che pone maggiori problemi di interpretazione, recita: «Déclarons que les arrêts de nos cours souveraines ne pourront estre cassez ne rétractez, sinon par les voyes de droit, qui sont requeste civile et proposition d'erreur, et par la forme portée par nos ordonnances»<sup>132</sup>.

Tentando l'esegesi: da un lato vengono indicate due possibilità di mettere in discussione la sentenza non più appellabile (*les arrêts de nos cours souveraines*): la cassazione (*cassez*) e la ritrattazione (*rétractez*); dall'altro vengono individuati tre strumenti a ciò funzionali: la *requête civile* e la *proposition d'erreur* e un *tertium genus* genericamente indicato con la locuzione *la forme portée par nos ordonnances*.

Nell'equivocità di tale dettato, la dottrina sin da tempi risalenti ha riconosciuto alle prime due procedure il presupposto dell'errore di fatto e il risultato della revisione della sentenza, mentre ha tentato di individuare nella terza un rimedio specifico che permetteva di reagire, con la cassazione, alla presenza di errori di diritto pretesamente inaccessibili agli altri due mezzi di impugnazione<sup>133</sup>. L'*Ordonnance de Blois* non definisce però quest'ultima ipotesi e anzi, a differenza delle altre due, sembra relegarla al di fuori delle *voies de droit* per ricollegarla di volta in volta a singole statuizioni come quella contenuta nel successivo art. 208, che sanziona le sentenze rese in violazione delle

---

lieu: avons ordonné qu'aucun procès ne sera jugé par commissaires en grand ou petit nombre ( que l'on dit petits commissaires)» - e, in secondo luogo, qualora i *Parlements* avessero insistito in tal senso, le relative decisioni sono dichiarate nulle nei termini citati. Cfr.: P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., p. 280; P. TRIFONE, *La Cassazione nella storia*, Op. cit., p. 111.

<sup>131</sup> L'*Ordonnance de Blois* è un documento complesso ed eterogeneo che si propone di regolare diversi e molteplici settori dell'ordinamento. Gli articoli da 89 a 209, intervallo all'interno del quale troviamo le norme oggetto della nostra attenzione, sono dedicati all'amministrazione della giustizia.

<sup>132</sup> *Ordonnance rendue sur les plaintes et doléances des états - généraux assemblés à Blois en novembre 1576, relativement à la police générale du royaume, mai 1579*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XIV, cit. p. 404.

<sup>133</sup> Henrion de Pansey osserva sul punto: «Mais il n'est pas possible de s'y méprendre: ces mots, *par la forme prescrite par nos ordonnances*, nous ramènent nécessairement aux erreurs de droit. On ne peut en effet leur donner un sens déterminé qu'en les appliquant à ces sortes d'erreurs, puisque la requête civile et la proposition d'erreur avoient pour objet toutes celles de fait, quelle qu'en fût la nature et la cause. Ainsi, par ces mots de l'ordonnance, il faut entendre ce que nous appelons aujourd'hui la cassation; et quant à la manière de se pourvoir, elle ne peut pas avoir varié. Dans tous les temps, elle a dû consister dans une requête tendante à ce que tel acte, quoique revêtu de la forme des jugements, fût néanmoins déclaré nul et de nul effet, comme n'étant pas un véritable jugement, attendu qu'il est contraire aux lois.», P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Op. cit., cit. p. 398. Cfr.: E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., pp. 34 e ss.; M. BOULET-SAUTEL, *La cassation sous l'Ancien régime*, Op. cit., pp. 6 e 7.

*ordonnances* con la nullità: «déclarant les jugemens, sentences et arrests qui seront donnez contre la forme et teneur d'icelles [*ordonnances* regie], nuls, et de nul effet et valeur.»<sup>134</sup>.

Quale che fosse l'intento originario dell'*Ordonnance de Blois*, in ogni caso, questa fu la lettura che andò a imporsi e le formule coniate negli artt. 92 e 208, nella loro laconicità, entrarono nel lessico normativo dando inizio a un'autorevole tradizione: dall'editto di Rouen sull'amministrazione della giustizia del 15 gennaio 1597 alle riflessioni della cultura giuridica del tardo XVIII secolo<sup>135</sup>.

La nullità della sentenza conseguente alla violazione del diritto positivo regio, la ritroveremo in particolare all'interno dell'*Ordonnance colbertina* del 1667: «Déclarons tous arrêts et jugements qui seront donnés contre la disposition de nos ordonnances, édits et déclarations, nuls et de nul effet et valeur.» (art. 8, titolo I)<sup>136</sup>. Ancora in quest'ultimo documento, uno dei *corpus* processual-civiltistici più noti dell'era moderna, però, nulla si dice esplicitamente circa la *cassation*. E ciò nonostante l'attenzione riservata agli altri due gravami straordinari: in negativo alla *proposition d'erreur* che venne abolita e, in positivo, alla *requête civile* alla cui disciplina vennero riservati i quarantadue articoli del XXXV titolo.

Questo silenzio è stato utilizzato come argomento a sostegno della tesi per cui, ancora in pieno XVII secolo, la *cassation* fosse lungi dall'essere penetrata nella mentalità dei giuristi e del legislatore quale mezzo di impugnazione vero e proprio, a differenza degli strumenti analoghi i quali potevano vantare una ben più risalente tradizione: «Elle n'appartenait pas au cercle de la justice réglée»<sup>137</sup>. Sebbene ciò sia innegabile, è anche vero che lungo tutto il 1600 si formò, sebbene in maniera episodica ed eterogenea e pur al di fuori dei luoghi normativi classici, uno statuto processuale dell'istituto. Gli atti normativi che depongono a favore di tale volgersi degli eventi sono molteplici. Solo per

---

<sup>134</sup> F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XIV, cit. p. 430.

<sup>135</sup> «Voulons aussi que les arrests donnez par noz courts souveraines soyent receuz et exécutez, gardez et entretenus avec le respect qu'il convient : et confirmant nos anciennes ordonnances, déclarons que lesdits arrests ne pourront es-tre cassez ny rétractez, sinon par les voyes de droit, et formes portées par noz ordonnances» Art. 18 *Edit sur l'administration de la justice, les évocations, etc. Rouen, janvier 1597*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XV, cit. p. 124.

. Circa la *cassation* della cultura giuridica del 1700 vedi *infra* par. 7.

<sup>136</sup> *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice, avril 1667*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XVIII, cit. p. 106. Per un inquadramento generale di tale importante atto normativo si rinvia a: X. GODIN, *Ordonnance civile de 1667*, in *La procédure et la construction de l'État en Europe (XVI-XIX siècle)*. *Recueil de textes, présentés et commentés*, sous la direction de J. HAUTEBERT et S. SOLEIL, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2011, pp. 47-67.

<sup>137</sup> M. BOULET-SAUTEL, *La cassation sous l'Ancien régime*, Op. cit., cit. p. 8.

citare i più significativi: l'*Ordonnance* del 27 gennaio 1660 sulla procedura da seguire innanzi al *Conseil Privé* (artt. 12 e 20), la *Déclaration sur les ordonnances en cassation* del 23 settembre 1678, l'*Arrêt* del *Conseil Privé* sulle modalità del ricorso in cassazione del 14 ottobre 1684, il *Règlement* sulla procedura del *Conseil* del 17 giugno 1687, l'*Arrêt* del *Conseil* relativo alla regolamentazione delle richieste in cassazione del 3 febbraio 1714<sup>138</sup>.

Disposizioni varie e disorganiche che confermano sì l'eccezionalità del gravame ma che ne testimoniano anche una graduale maturazione, l'avvio di un percorso che porterà la *cassation* non solo a sopravvivere alla *proposition d'erreur* e alla *requête civile* divenendo una delle attribuzioni principali del *Conseil du roi*, ma anche a divenire, dopo la Rivoluzione, il cardine del futuro ordine giurisdizionale<sup>139</sup>.

#### 1.5. (segue) Il Règlement del 1738 di d'Aguesseau: una disciplina autonoma per la cassation

Affinché le cose cambiassero radicalmente, come più volte è emerso, è necessario aspettare il giugno del 1738, quando, ben cinquantadue anni prima della nascita ufficiale del *Tribunal de cassation* e in un clima politico affatto diverso da quello degli anni Novanta del XVIII secolo, venne emanato grazie all'opera di Henri François d'Aguesseau (1668-1751) il *Règlement concernant la Procédure que Sa Majesté veut être observée en son Conseil*<sup>140</sup>. A redigerne la prima bozza fu lo stesso Cancelliere, mentre alla definitiva messa appunto parteciparono alcuni tra i suoi collaboratori più stretti tra cui i suoi due figli Henri-François-de-Paule d'Aguesseau e Jean-Batiste-Paulin d'Aguesseau de

---

<sup>138</sup> Per un'ancora più dettagliata rassegna degli atti normativi rilevanti si rinvia: M. D. DALLOZ, *Repertoire méthodique et alphabétique de législation et de doctrine et de jurisprudence*, Op. cit., p. 5; F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Table, p. 50; R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIII siècle*, Op. cit., p. 270, nota 130; M. ANTOINE, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Op. cit., pp. 64-67.

<sup>139</sup> «Au terme d'une évolution séculaire, la cassation et l'évocation sont devenues deux des attributions majeures du Conseil du roi en matière judiciaire. Elles sont l'une des manifestations les plus visibles de l'exercice par le roi souverain juge de sa puissance absolue et de sa justice retenue. » B. BARBICHE, *Les attributions judiciaires du Conseil du Roi, in Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, Op. cit., cit. p. 17.

<sup>140</sup> F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XXII, pp. 45-110. E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., pp. 48-49. Cfr.: M. ANTOINE, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Op. cit., pp. 519 e ss. Su d'Aguesseau: «À la différence d'autres magistrats, il vivait la plume à la main, et cette plume est l'une des meilleurs que jamais un jurisconsulte ait possédée.», M.-F. RENOUX-ZAGAME, voce *Aguesseau Henri-François d'*, in *Dictionnaire historiques des juristes français, XIIIe-XXe siècle*, sous la direction de P. ARABEYRE, J.-L. HAPLERIN, J. KRYNEN, PUF, Paris, 2007, pp. 7-8, cit. p. 8.

Fresnes<sup>141</sup>. Quest'ultimo sarà inoltre autore di due appendici: un ampio formulario ricomprendente tutti gli atti che potevano essere indirizzati o pronunciati dal *Conseil* e un commentario ragionato, rimasto manoscritto sino alla pubblicazione avvenuta nel 1786 ad opera del consigliere Jean-François de Tolozan, ma destinato comunque ad acquisire grande fama tra i pratici quale chiave ermeneutica fondamentale attraverso cui leggere il *Règlement*<sup>142</sup>.

Tale documento, finalizzato a riorganizzare e razionalizzare il funzionamento del *Conseil du Roi*, così sanando la lunga stagione di abusi ed incertezze, è suddiviso in due parti. La prima, composta da novantanove articoli raggruppati in dieci titoli, è dedicata all'introduzione delle cause e alle regole proprie di ciascun procedimento. La seconda parte, duecentocinquantacinque articoli divisi in diciassette titoli, disciplina la fase istruttoria raccogliendo le regole comuni a tutte le controversie<sup>143</sup>.

Alla cassazione sono specificatamente dedicati tre titoli. L'annullamento delle sentenze non più appellabili trova una compiuta e finalmente unitaria trattazione nei quarantadue articoli del titolo IV della prima parte: *Des demandes en cassation d'arrêts ou de jugemens rendus en dernier ressort*. I due successivi sono dedicati a ipotesi particolari relative alle decisioni rese da giurisdizioni inferiori o di contrasto di giudicati: *Des Demandes en cassation des jugemens de competence rendus en faveur des Prevosts des Mareschaux, ou des Sieges Presidiaux; Des demandes en contrariété d'arrêt, autres que celles dont la connaissance est attribuée au grand-conseil*.

L'istituto continua a essere organizzato come straordinario ed esperibile solo in assenza di diversi rimedi, come la *requête civile*<sup>144</sup>. Tale elemento comporta tutta una serie di conseguenze anche negative a carico dei ricorrenti: complice una ancora non ben definita individuazione dei motivi di cassazione, non sempre era, infatti, agevole identificare il gravame opportuno, con il rischio di vedere spirare inutilmente i termini in

---

<sup>141</sup> E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., p. 48.

<sup>142</sup> J.-B.-P. D'AGUESSEAU DE FRESNES, *Règlement du Conseil, précédé de l'explication des différens articles compris dans chacun des chapitres, avec les formules des procédures qu'on y suit, & celles des arrêts ou jugemens qui s'y rendent*, Paris, 1786. Cfr.: X. GODIN, *La procédure de cassation au XVIIIe siècle*, Op. cit., pp. 22 e 23.

<sup>143</sup> La prima parte è intitolata: *De la manière d'introduire les différentes especes d'affaires qui sont portées au Conjeil, & des réglés qui sont propres à chacune des dites affaires*; la seconda: *De la maniere de proceder à l'instruction des affaires portées au Conseil, & des réglés qui sont communes à ladite instruction*.

<sup>144</sup> «La demande en cassation est un recours à l'autorité du Souverain [...] C'est la dernière ressource que puisse avoir la Partie qui a perdu sa cause ou son procès par un pareil jugement. Ainsi, dans la règle, elle ne peut en user que quand l'opposition, la Requête civile, & toutes les autres voies par lesquelles ce jugement peut être attaqué, ont été épuisées ou ne peuvent être employées.», J.-B.-P. D'AGUESSEAU DE FRESNES, *Règlement du Conseil*, Op. cit., cit. p. 258.

caso di scelta rivelatesi errata: «c'est à elle à se bien consulter sur le choix de ces deux voies avant de prendre un parti, parce qu'il est très-difficile que l'une ne nuise pas à l'autre.»<sup>145</sup>.

Incertezze persistenti a parte, dall'analisi di queste norme e del relativo Commento riemerge una disciplina finalmente omogenea. Una sintetica analisi di questa normativa testimonia con evidenza il raggiungimento di una compiuta autonomia della *cassation* quale gravame, nonché l'originalità di talune soluzioni destinate a giungere sino a noi.

Più nel dettaglio. L'atto introduttivo doveva essere presentato sotto forma di richiesta contenente una sommaria riformulazione della decisione con indicazione dei passaggi contestati (*une requête en forme de vu d'arrêt*), dei motivi di cassazione adottati e delle conseguenti conclusioni (art. 1). Il rispetto delle forme era essenziale, agli avvocati era espressamente vietato presentare domande «par autres voies et en autres formes que celles qui sont établies par les dispositions du présent titre» (art. 40)<sup>146</sup>. Il ricorso andava sottoscritto dal difensore del proponente (*demandeur*) e da altri due procuratori scelti tra gli *avocats du conseil* individuati in un'apposita lista preparata dalla cancelleria ogni anno (art. 2). Al ricorso andava, inoltre, necessariamente allegata copia della sentenza contestata (art. 4). In accordo con una procedura consolidata, l'istante era tenuto a versare un'ammenda, una sorta di deposito cauzionale a garanzia della bontà delle lagnanze avanzate, il cui ammontare era calibrato in base alla natura del provvedimento impugnato (art. 5)<sup>147</sup>. Il termine (*délai*) per proporre la richiesta variava a seconda delle qualifiche soggettive del ricorrente e della materia, coniugando così istanze di giustizia al rispetto del sistema dei privilegi tipico di *ancien régime* (artt. 8-17). Quello ordinario (art. 13), sia in ambito civile che criminale, era di sei mesi e cominciava a decorrere dalla avvenuta notificazione della decisione che si intendeva contestare: «le délai sera seulement de six mois, à compter [...] du jour de la signification de l'arrêt ou du jugement à leur personne ou domicile» (art. 13)<sup>148</sup>. Per la Chiesa, le persone non presenti sul territorio del regno

---

<sup>145</sup> *Ibidem*, cit. p. 259; «Ce choix n'est pas toujours simple car il existe des ouvertures communes à cassation et à requête civile. Souvent la partie tente d'abord la cassation, « voie plus courte et plus avantageuse si elle peut réussir ». Mais pendant le temps nécessaire au jugement de la requête en cassation, les délais pour former requête civile expirent à leur tour.», R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIII siècle*, Op. cit., cit. p. 272.

<sup>146</sup> F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XXII, cit. p. 52.

<sup>147</sup> «Le demandeur en cassation sera tenu de consigner la somme de cent cinquante livres pour l'amende envers S. M., lorsqu'il s'agira d'un arrêt ou jugement contradictoire, et celle de soixante-quinze livres, s'il ne s'agit que d'un arrêt ou jugement par défaut ou par forclusion», *ibidem*, cit. p. 45. Cfr.: R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIII siècle*, Op. cit., p. 274.

<sup>148</sup> F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XXII, cit. p. 47.



per ragioni di rilevanza pubblicistica, gli abitanti delle colonie e ad altri soggetti qualificati l'intervallo era più ampio, uno o due anni a seconda delle circostanze (artt. 8-14). Qualora il lasso di tempo fosse spirato inutilmente, il proponente poteva chiedere, con un atto separato, di essere rimesso in termini solo qualora fossero ricorse situazioni di comprovata gravità: «il ne pourra leur être accordé aucun relief de laps de temps, si ce n'est pour graules et importantes consi- dérations» (art. 15)<sup>149</sup>. Nessun limite cronologico era invece previsto per le istanze avanzate dai procuratori generali avverso decisioni in materia demaniale o che avessero coinvolto comunque l'interesse pubblico (artt. 16 e 17).

La proposizione del ricorso e i successivi eventuali provvedimenti interlocutori non avevano di per sé effetti sospensivi. La sentenza contestata poteva, infatti, essere regolarmente portata ad esecuzione da controparte a meno che, in via del tutto eccezionale, non fosse intervenuto sul punto un ordine espresso del re (art. 29)<sup>150</sup>.

Introdotta in tal modo la richiesta di cassazione, si apriva un articolato procedimento in cui il contraddittorio era solo eventuale. Il Cancelliere, con un'ordinanza c.d. *de committitur*, individuava il consigliere relatore (*rapporteur*) che si occupava di costituire il fascicolo insieme alla cancelleria (*greffier*) e dirigere la prima trattazione. Nei successivi tre mesi gli atti venivano poi esaminati dal *bureau des cassations*, una formazione composta da commissari (*maitre de requests*) scelti tra i consiglieri di stato dal Cancelliere all'inizio di ogni anno, che aveva il compito di valutare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità<sup>151</sup>. Superato questo primo filtro la causa passava al *Conseil* vero e proprio. La fase decisoria era dettagliatamente regolata: il Cancelliere, che presiedeva la riunione, dava la parola al relatore che istruiva i colleghi circa i fatti e le censure avanzate dalla parte, prendevano poi la parola gli altri consiglieri, per ultimo il Decano; la decisione era presa a maggioranza, in caso di parità, in ottemperanza a una

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, cit. p. 47.

<sup>150</sup> «Les demandes en cassation , ni même les arrêts qui interviendront pour demander les motifs , ou pour ordonner que la requête sera communiquée à la partie , no pourront empêcher l'exécution des arrêts ou jugements en dernier ressort, dont la cassation sera demandée; et ne seront données aucunes défenses ni surséance en aucun cas , si ce n'est par ordre exprès de S. M.», *ibidem*, cit. p. 50. Secondo Renée *Martinage-Baranger*, tale elemento testimonia la prevalenza delle istanze pubblicistiche di legalità sulla tutela degli interessi dei privati, seconda una tensione tipica della cassazione di cui si dirà ampiamente: R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIII siècle*, Op. cit., pp. 264-265. V. *infra* par. 8.

<sup>151</sup> Tale fase preliminare, gestita da questa sorta di “sezione filtro”, ricalca quella già in auge ai tempi della *proposition d'erreur*. Essa non era tipica solo delle richieste di cassazione, ma comune a diversi procedimenti instaurati davanti al *Conseil*: «une regle commune à toutes les affaires que l'on juge au Conseil des Parties, à la Direction des Finances, & au Conseil de Chancellerie, & qui est très utile pour le bien de la Justice: c'est qu'il n'y en a aucune qui y soit portée, avant que d'avoir été examinée par des Commissaires, qui, ayant vu les pieces & les procédures, sont en état d'en rendre un compte exact lorsqu'elle est jugée.», J.-B.-P. D'AGUESSEAU DE FRESNES, *Règlement du Conseil*, Op. cit., cit. p. 20, n. XII. Cfr.: X. GODIN, *La procédure de cassation au XVIIIe siècle*, Op. cit., pp. 29 e 30.

risalente tradizione, prevaleva l'opinione del Cancelliere<sup>152</sup>. Il *greffier* redigeva il verbale (*plumitif*) indicando i nomi dei consiglieri presenti e l'esito della discussione<sup>153</sup>. Qualora l'istanza venisse riconosciuta infondata il procedimento si concludeva con un provvedimento di rigetto e il ricorrente perdeva l'ammenda (art. 25)<sup>154</sup>. Se invece la domanda appariva fondata, senza necessità di ulteriori approfondimenti, si rendeva un *arrêt de cassation*, la causa veniva inviata al giudice del merito perché adottasse una nuova deliberazione e il *demandeur* riaveva indietro la somma depositata nella fase introduttiva<sup>155</sup>.

Benché la maggior parte delle procedure si concludesse con queste modalità – più di tre quarti delle cause terminavano in questa prima fase<sup>156</sup> - poteva darsi che il *Conseil* valutasse necessario acquisire ulteriori informazioni rispetto quelle allegate dal ricorrente. In quest'ultima ipotesi potevano essere percorse due strade. La prima consisteva nell'inviare una richiesta di integrazione, tramite una *demande d'envoi de motif*, direttamente alla Corte che aveva adottato la sentenza oggetto di contestazione o al suo procuratore generale. Questi avevano l'obbligo di inoltrare, nel termine prescritto e con modalità tali da preservare la segretezza, le ragioni poste alla base della decisione (artt. 26 e 27). Non si trattava di una mera chiarificazione ma di un vero e proprio «acte de supériorité que le Roi exerce sur ses cours en leur demandant ainsi raison de leurs jugement»<sup>157</sup>. In secondo luogo, il *Conseil* poteva richiedere l'«integrazione del contraddittorio» emettendo un provvedimento interlocutorio da notificarsi a controparte (*arrêt de soit-communicue*) entro termini diversi a seconda che questa avesse o meno domicilio all'interno del Regno (artt. 28, 29 e 30). Tali due ipotesi non erano alternative tra loro, poteva darsi infatti che il *Conseil*, al fine di una più piena cognizione, optasse per le due opzioni cumulativamente.

Solo nel caso in cui si decidesse di percorrere la seconda strada, la procedura sino ad ora unilaterale mutava in contenziosa. Le regole applicabili divenivano quindi quelle

---

<sup>152</sup> La regola per cui in caso di parità a prevalere fosse il voto del Cancelliere risale almeno all'art. 32 del *Règlement* del 3 gennaio 1673. Cfr.: A.-P. TARBE, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Op. cit., p. 16; E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., p. 56.

<sup>153</sup> J.-B.-P. D'AGUESSEAU DE FRESNES, *Règlement du Conseil*, Op. cit., cit. pp. 15-16, n. VIII.

<sup>154</sup> Cfr.: M. ANTOINE, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Op. cit., p. 530.

<sup>155</sup> J.-B.-P. D'AGUESSEAU DE FRESNES, *Règlement du Conseil*, Op. cit., p. 16, n. VIII.

<sup>156</sup> M. BOULET-SAUTEL, *La cassation sous l'Ancien régime*, Op. cit., p. 18.

<sup>157</sup> P. GILBERT DE VOISINS, *Vues sur les cassations d'arrests et de jugements en dernier ressort*, Op. cit., p. 29. Non a caso le Corti erano spesso reticenti e acconsentivano mal volentieri ad ottemperare alla richiesta. Cfr.: M. BOULET-SAUTEL, *La cassation sous l'Ancien régime*, Op. cit., p. 19; X. GODIN, *La procédure de cassation au XVIIIe siècle*, Op. cit., p. 31.

contenute nella seconda parte del *Règlement* dedicata alla disciplina istruttoria. Il soggetto che aveva interesse a mantenere fermo il provvedimento della cui cassazione si discuteva doveva costituirsi tramite un avvocato e avanzare le proprie difese tramite il deposito di un contro-ricorso in un termine che variava da quindici giorni a un anno (artt. 3-6 *Titre II*), così facendo diveniva controricorrente (*défendeur à la demande en cassation*).

I redattori del *Règlement* mostrano una certa insofferenza per tale procedere, avvertito come un'inutile perdita di tempo e denaro, sintomo inequivocabile di una giustizia ancora percepita come prerogativa personale del potere più che attuazione concreta delle situazioni giuridiche soggettive delle parti: «On a exclu toute instruction contradictoire, jufqu'à ce qu'il fût jugé qu'il n'étoit pas possible de l'éviter. [...] Ce qui lui épargne souvent bien des longueurs & bien des frais.»<sup>158</sup>.

Il contraddittorio - in origine orale e concentrato - in seguito all'aumento delle richieste di cassazione verificatosi già nel secolo precedente, al complicarsi delle questioni procedurali e al conseguente dilatarsi delle allegazioni delle parti, si risolse nel *Règlement* in un'istruzione interamente scritta<sup>159</sup>. Le relative udienze non erano pubbliche<sup>160</sup>. A partire dalla notifica del provvedimento con cui venivano identificati i consiglieri incaricati del giudizio (*ordonnance de committitur*), gli avvocati delle parti avevano sei mesi per produrre memorie, ulteriori allegazioni documentali e prendere visione delle produzioni avverse. Conclusa l'istruttoria il *Conseil* procedeva a decidere il contenzioso con un *arrêt contradictoire* che non poteva essere a sua volta oggetto ricorso in cassazione<sup>161</sup>. Il dispositivo a questo punto veniva redatto immediatamente di proprio pugno dai giudici estensori (*conseillers rapporteurs*), senza l'aiuto degli avvocati o di funzionari ausiliari (artt. 1- 6 *titre XIII*)<sup>162</sup>.

Le conseguenze della decisione non erano oggetto di disciplina analitica, nulla si dice in particolare circa un eventuale rinvio. Per comprendere appieno la portata del

---

<sup>158</sup> J.-B.-P. D'AGUESSEAU DE FRESNES, *Règlement du Conseil*, Op. cit., cit. p. 277. Negli anni successivi all'adozione del *Règlement*, le cose però mutarono, a metà degli anni '60 del XVIII secolo Gilbert de Voisins testimonia, infatti, che è ormai diventata prassi comunicare al controinteressato dell'apertura del procedimento di cassazione: «L'ordre naturel est que la requête du demandeur en cassation soit communiquée à celui qui a obtenu l'arrêt, pour qu'il y deffende», P. GILBERT DE VOISINS, *Vues sur les cassations d'arrests et de jugements en dernier ressort*, Op. cit., p. 29.

<sup>159</sup> E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., p. 54.

<sup>160</sup> X. GODIN, *La procédure de cassation au XVIIIe siècle*, Op. cit., p. 32.

<sup>161</sup> E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., pp. 55-56; R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIIIe siècle*, Op. cit., p. 268 e nota 123.

<sup>162</sup> E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, p. 56; X. GODIN, *La procédure de cassation au XVIIIe siècle*, Op. cit., p. 33.

provvedimento di annullamento è necessario quindi rifarsi alla prassi e al Commento di d'Aguesseau de Fresnes<sup>163</sup>.

In una prima ipotesi, la più consueta, il *Conseil*, cassata la sentenza, non entrava nel merito della controversia ma ne rinviava la cognizione a un diverso giudice. La scelta di quest'ultimo era di competenza, e nella discrezionalità, del Cancelliere. Tendenzialmente il compito di rinnovare la decisione ricadeva sulle spalle del tribunale geograficamente più prossimo a quello del primo giudizio, secondo una logica a noi non del tutto aliena. Raramente, qualora i rilievi del *Conseil* non fossero andati oltre meri vizi di forma, era anche possibile che la causa tornasse alla corte che aveva adottato la decisione caducata: «A l'égard du choix des nouveaux Juges, le Conseil s'en rapporte ordinairement à la prudence de M. le Chancelier, & il choisit le Tribunal le plus prochain de celui où l'affaire a été jugée, lorsqu'il n'y a rien qui puisse l'engager à donner la préférence à un autre. Car il n'y a aucune règle prescrite à cet égard»<sup>164</sup>. A non essere bene definiti erano anche i compiti del “giudice del rinvio”. Quest'ultimo, a seconda dei rilievi emersi in seno al *Conseil*, poteva essere incaricato o di emettere una nuova sentenza o, specie in materia criminale, di rinnovare anche la fase istruttoria<sup>165</sup>.

In determinate situazioni di particolare linearità, in cui l'annullamento della decisione era di per sé solo dirimente, non era necessario procedere al rinvio. Ciò accadeva, ad esempio, quando a venir meno era una sentenza che condannava al pagamento di una somma pecuniaria o un provvedimento la cui soppressione ne faceva tornare automaticamente in essere un altro. In tutti questi casi in cui «la cassation prononcée emporte *ipso facto* jugement au fond» non vi era bisogno di ulteriori giudizi<sup>166</sup>.

Un'ultima ipotesi, assai significativa e particolarmente problematica, ricorreva quando il *Conseil*, cassata la sentenza, statuiva di avocare a sé anche la cognizione del merito. Tale modo di procedere rispondeva alla concezione pubblicistica che già in allora si aveva della cassazione. Come si dirà ampiamente a breve, infatti, il rinvio in questa fase storica trova la sua giustificazione, oltre che nel persistere della dicotomia *justice retenue/justice déléguée* di cui è anzi una delle ultime e massime espressioni, anche proprio nella distinzione tra interesse pubblico all'annullamento di una sentenza affetta da *error iuris*, la cui cognizione apparteneva al *Conseil*, e interesse privato alla risoluzione effettiva ella

---

<sup>163</sup> J.-B.-P. D'AGUESSEAU DE FRESNES, *Règlement du Conseil*, Op. cit., pp. 280 e ss.

<sup>164</sup> *Ibidem*, cit. pp. 280-281.

<sup>165</sup> E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., p. 57.

<sup>166</sup> *Ibidem*, cit. p. 58. Cfr.: R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIII siècle*, Op. cit., p. 267.

controversia, questione di spettanza della magistratura ordinaria<sup>167</sup>. Proprio secondo tale prospettiva, il Commento al *Règlement* difende l'opzione dell'avocazione nei casi di particolare importanza della questione di merito o del suo essere intimamente connessa ai profili relativi all'annullamento tanto che «l'intérêt des Parties ou celui du Public l'y déterminent également.»<sup>168</sup>. Delle ipotesi infrequenti ed eccezionali quindi - «le Conseil ne se porte à ces sortes d'évocations que très-rarement, & quand il n'est pas possible de suivre l'ordre ordinaire des Jurisdictions»<sup>169</sup> - che tuttavia prestarono il fianco alle proteste dei *Parlements*<sup>170</sup>.

D'altronde, la pur ragguardevole opera di d'Aguesseau, nonostante i molti meriti richiamati, continua a mostrare anche alcuni profili di arretratezza. I principali: la scarsa rilevanza data alle garanzie processuali, l'ampia discrezionalità riservata al Cancelliere, l'istruttoria segreta e l'assenza di un obbligo di motivazione, il tono più analitico che imperativo, la confusione tra materia civile e criminale. Una lacuna particolarmente rilevante, come si dirà subito in appresso, riguardava poi i motivi di cassazione che continuavano a non essere specificati. Per quanto raffinato, il *Règlement* del 1738 rimane dunque un prodotto normativo di *Ancien Régime*, con tutte le ricadute del caso sul piano della forma e dei contenuti. Non va dimenticato inoltre che l'impostazione teorica che lo sorregge continua ad essere quella della monarchia assoluta per cui la *cassation* (e la giustizia tutta) è attributo personale del re.

Sin d'ora è però opportuno ricordare che nonostante gli elementi di evidente ancoraggio al passato, il *Règlement* del 1738 rimane un documento di capitale importanza che ha stabilito alcune coordinate rivelatesi fruttuose anche per i secoli a venire, come testimoniato dal fatto che esso rimarrà parzialmente in auge anche in seguito al passaggio di consegne tra il *Conseil des Parties* e il *Tribunal de cassation*, continuando a conformare di sé la realtà processuale d'oltralpe sino a tempi a noi molto prossimi: la

---

<sup>167</sup> *Infra* par. 8.

<sup>168</sup> J.-B.-P. D'AGUESSEAU DE FRESNES, *Règlement du Conseil*, Op. cit., cit. p. 281.

<sup>169</sup> *Ibidem*, cit. p. 282; Toutefois, le Conseil ne procède à ces évocations que très rarement [...] seulement cent vingt-six instances de cassation ont été retenues au fond par le Conseil pendant quarante-cinq années, c'est-à-dire entre deux et trois instances par an.», X. GODIN, *La procédure de cassation au XVIIIe siècle*, Op. cit., cit. p. 34.

<sup>170</sup> Cfr.: E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., pp. 59 e 64. Circa tali rimostranze, spesso meramente pretestuose si rinvia a: O. CHALINE, *Cassations et évocations dans les remontrances des parlements au XVIIIe siècle*, in *Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, in *Histoire, économie & société*, Vol. 3, 2010, pp. 57-68; B. BARBICHE, *Les attributions judiciaires du Conseil du Roi*, in *Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, Op. cit., pp. 15 e 16. Si veda anche: F. OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français. Suivi de Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle*, LGDJ, Paris, 1997.

maggior parte delle sue disposizioni è rimasta in vigore sino al 1947 e ancora nel 2008 esso è stato citato nelle pronunce della Suprema Corte francese<sup>171</sup>.

#### 1.6. (segue) *Le ouvertures de cassation nelle memorie del Consigliere Gilbert de Voisins*

Uno dei nodi più critici del *Règlement* di d'Aguesseau è l'assenza di un catalogo dei motivi di cassazione, uno dei punti nodali dell'istituto. Può quindi apparire sorprendente che su tale aspetto le fonti normative di *ancien régime* mostrino una certa reticenza. L'unica indicazione normativa rimane quella dell'*Ordonnance de Blois* del 1579, ripresa poi dal *Code Louis* nel 1667: sono sanzionate con la nullità tutte le decisioni in contrasto con *les dispositions des ordonnances royales*<sup>172</sup>. Tale scarsa informazione non è ovviamente sufficiente né allo storico di oggi né, tantomeno, al giurista di età moderna, la cui *requête en cassation* rischiava di non essere nemmeno valutata qualora non avesse indicato correttamente le *moyens de cassation*<sup>173</sup>.

Neanche il Commento di d'Aguesseau de Fresnes chiarisce esaurientemente questo aspetto, limitandosi, in un'ottica rigorista, a specificare che la contravvenzione alla legge per fondare un motivo di ricorso in cassazione doveva sostanziarsi in un'incompatibilità evidente tra sentenza contestata e disposizione violata:

«Un moyen de cassation ne peut donc être solide qu'autant qu'il renferme la preuve d'une contravention claire & littérale à une Loi connue des Juges, c'est-à-dire, autant qu'il fait voir que la disposition de la Loi & celle du jugement sont tellement opposées qu'elles se détruisent, pour ainsi dire, respectivement, & qu'elles ne peuvent subsister ensemble.»<sup>174</sup>.

Affinché ricorresse tale situazione era necessaria tendenzialmente la presenza di tre elementi: che la norma violata fosse in vigore e conosciuta dal giudice; che la sentenza e la disposizione fossero tra loro incompatibili; che tale contrarietà non fosse in qualche modo giustificata dalle circostanze di fatto del caso concreto<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> V. LAMANDA, in AA. VV. *Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, in *Histoire, économie & société*, Vol. 3, 2010, pp. 5-8, p. 5.

<sup>172</sup> Vedi *infra* par. 4.

<sup>173</sup> L'art. 1 del *Règlement* del 1738 sul punto era inequivoco: « Les demandes en cassation [...] seront formées par une requête [...] qui contiendra les moyens de cassation. », F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XXII, cit. p. 45.

<sup>174</sup> J.-B.-P. D'AGUESSEAU DE FRESNES, *Règlement du Conseil*, Op. cit., cit. p. 260.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 261.

La grande innovazione rispetto alla tradizione precedente è che non si parla più di violazione di un'*ordonnance*, ma di *disposition de Loi*. Tale sintagma, però, in un ordinamento come quello di *ancien régime*, in cui il sistema delle fonti, l'*ancien droit*, si presentava ancora confuso e non irrigimentato in una precisa gerarchia, in cui materia sostanziale e processuale si confondevano tra loro senza nette distinzioni, non ha certo un significato univoco<sup>176</sup>. Sicuramente vi rientravano le *ordonnances* secondo i riferimenti più volte evocati, ma non solo. Sempre con le autorevoli parole del figlio del Cancelliere d'Agessau: «Il y a certains principes généraux de justice & d'équité naturelle, dont le maintien n'est pas moins essentiel à la conservation de l'Etat & à la sureté des sujets du Roi, qu'à celui des Ordonnances & de l'ordre judiciaire.»<sup>177</sup>. Ecco, quindi, sullo stesso piano dello *ius positum* regio anche i principi generali e l'equità naturale, con tutti i sottintesi romanistici e giusnaturalistici del caso. Anche una violazione di questi ultimi poteva portare alla cassazione della sentenza nell'interesse della cosa pubblica e delle parti private:

«Toutes les fois qu'ils se trouvent violés par les Juges, comme il en résulte toujours nécessairement un danger pour la chose publique, & une espece d'oppression envers une des Parties, il est de la justice du Souverain de venir à son secours &: de la faire cesser, en anéantissant le jugement qui l'y a réduit, quand il ne s'y trouveroit aucune contravention aux Ordonnances.»<sup>178</sup>.

Contorni così ampi, come evidente, si prestano ad abusi ed elusioni e mal si conciliano con la severità che invece abbiamo visto essere propria delle valutazioni del *Conseil*: «Aufond, dans l'examen des requêtes en cassation, tout s'interprète contre le demandeur.»<sup>179</sup>.

Per far luce sul punto, possiamo però avvalerci di altri documenti, non normativi, ma comunque di grande importanza: le memorie sulla cassazione dei consiglieri Joly de Fleury e Gilbert de Voisins<sup>180</sup>. Queste testimonianze si inseriscono nell'annosa *querelle*,

---

<sup>176</sup> Sull'ambiguità e la polisemia del termine legge nei secoli del medioevo e dell'età moderna si rinvia a: R. FERRANTE, *La legge, o di un termine cui corrisponda qualcosa di esistente*, in *Tempi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 133-143.

<sup>177</sup> J.-B.-P. D'AGUESSEAU DE FRESNES, *Règlement du Conseil*, Op. cit., cit. p. 261.

<sup>178</sup> *Ibidem*, cit. p. 261.

<sup>179</sup> Così Joly de Fleury in P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Op. cit., cit. p. 415. Solo un quarto delle domande superava il filtro dell'ammissibilità. Cfr.: M. BOULET-SAUTEL, *La cassation sous l'Ancien régime*, Op. cit., p. 21.

<sup>180</sup> Jean-François Joly de Fleury (1718-1802) fu giurista, Consigliere di stato e Ministro delle finanze (1781-1783) alla Corte di Luigi XV e del suo sfortunato successore. Pierre Gilbert de Voisins (1684-1769) fu avvocato, membro del *Parlement de Paris* e Consigliere di stato, una delle voci giuridiche più influenti

che proprio in questi anni raggiunge il suo apice, in corso tra *Parlements* e *Conseil du Roi*<sup>181</sup>. Davanti alle lagnanze delle corti sovrane che si sentivano assediate ed esautorate nelle loro attribuzioni - «la crainte de demandes de cassation est [per i *Parlements*] une terreur panique»<sup>182</sup> – Luigi XV istituì una commissione incaricata di esaminare tali questioni<sup>183</sup>. Chiese in particolare ai due magistrati suddetti di redigere ciascuno un rapporto sulla *nature et la pratique de la cassation*. La fama di questi elaborati travalicò sin da subito i confini contingenti della vicenda storica che gli aveva occasionati e, grazie in particolare all'opera e alla mediazione di Henrion de Pansey, la loro memoria, sebbene indirettamente, si perpetuò nei secoli successivi<sup>184</sup>. Solo a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso però, grazie alle ricerche di Michel Antoine, abbiamo la possibilità di leggere uno dei due testi, quello Gilbert de Voisins, nella sua interezza<sup>185</sup>.

Un'opportunità preziosa, in quanto tale elaborato, risalente al 1767, si dimostra una delle più lucide e autorevoli (e sottovalutate) testimonianze che l'*ancien régime* ci ha donato non solo a proposito della *cassation* ma, nello sforzo di definire l'*erreur de droit*, anche del sistema delle fonti che lo caratterizzava<sup>186</sup>.

Sin dall'incipit viene richiamata l'impostazione teorica – ormai classica - che vede nel re l'apice, nonché la somma di ogni potestà e quindi il vertice di ogni giurisdizione:

---

al seguito di Luigi XV. Per note biografiche vedi: M. ANTOINE, *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations*, Op. cit., pp. 12-15.

<sup>181</sup> *Ibidem*, *passim*. V. *infra* nota 169.

<sup>182</sup> Da una lettera di d'Aguesseau al primo presidente del *Parlement de Toulouse* del 1737, in M. BOULET-SAUTEL, *La cassation sous l'Ancien régime*, Op. cit., cit. p. 20.

<sup>183</sup> La portata dell'inchiesta andava ben oltre la sola *cassation*, mirava a chiarire in generale i rapporti tra *Parlements* e *Conseil*. Cfr.: M. ANTOINE, *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations*, Op. cit., pp. 12 e ss. Vedi anche X. GODIN, *La procédure de cassation au XVIIIe siècle*, Op. cit., pp. 23 e 24.

<sup>184</sup> *Ex multis*: P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Op. cit., cit. pp. 414 ss.; E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., pp. 59 e ss.; A.-P. TARBE, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Op. cit., pp. VII e 1; M. D. DALLOZ, *Repertoire méthodique et alphabétique de législation et doctrine et de jurisprudence*, Op. cit., p. 1. Benché molte citate, tali memorie non erano conosciute direttamente dalla maggior parte di questi autori ma solo indirettamente grazie in particolare ai passaggi riprodotti nella sua opera da Henrion de Pansey. Ciò ha comportato anche la trasmissione di informazioni non del tutto corrette, come la datazione del rapporto di Gilbert de Voisins al 1762 invece che al 1767.

<sup>185</sup> E la già richiamata edizione: P. GILBERT DE VOISINS, *Vues sur les cassations d'arrests et de jugements en dernier ressort*, M. ANTOINE éd., *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations. Un épisode des querelles entre Louis XV et les parlements (1767)*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1958, p. 1-33, p. 20-33.

<sup>186</sup> Delle memorie di Joly de Fleury ci rimangono, invece, le citazioni contenute nell'opera di Henrion de Pansey, l'originalità di questi passaggi non appare comunque particolarmente significativa rispetto al Commentario di d'Aguesseau de Fresnes: «On n'écoute que les moyens qui sont fondés sur une contravention claire et précise aux ordonnances; encore faut-il qu'il soit question d'une disposition importante; [...] Si la contravention n'est pas claire et littérale, si l'on peut croire. Que les circonstances du fait ont influé sur le jugement, on rejette la demande en cassation, parce que l'on peut croire que le juge n'a pas méprisé la loi, mais qu'il a pensé que ce n'étoit pas le cas d'en faire l'application.», P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Op. cit., cit. p. 415.



«En France, la jurisdiction souveraine, aussi bien que la législation, appartient au Roi, comme principe et comme centre de toute puissance publique, et c'est à ce principe et à ce centre que reviennent en dernier ressort les divers degrez de jurisdiction établis sous son autorité dans le Roïaume.»<sup>187</sup>.

Dal monarca, in una prospettiva fontale, il potere di giudicare discende alle diverse magistrature le cui attribuzioni sono quindi ontologicamente limitate: «Le pouvoir de juger n'est pas arbitraire [...] Les juges dans les cours sont dispensateurs et non pas maîtres de cette autorité qui leur est confiée.»<sup>188</sup>.

Qualora, andando oltre le loro attribuzioni, i tribunali del regno sovvertano tale ordine stabilito, sarà compito del sovrano correggere le conseguenti storture. Questo per Gilbert de Voisins è il fondamento universalmente riconosciuto della cassazione, sul punto non vi è margine di contestazione. Ciò che rimane da chiarire sono le regole con le quali deve essere utilizzata. Per poterle individuare è necessario tenere a mente che, come emerso, l'istituto in esame non è un mezzo di ricorso ordinario, come ormai è la *requête civile*, ma uno strumento per far valere la supremazia del sovrano esperibile in un numero assai limitato di ipotesi:

«La cassation est plustost une voie légitime de plénitude de puissance; de la part des sujets, c'est un recours extraordinaire au prince, et de la part du prince, c'est un acte extraordinaire de son souverain pouvoir. [...] il semble que la voie de cassation peut se réduire à un nombre assez borné d'ouvertures principales»<sup>189</sup>.

Le possibili *ouvertures à cassation* vengono quindi ridotte a sei casi distinti.

---

<sup>187</sup> P. GILBERT DE VOISINS, *Vues sur les cassations d'arrests et de jugements en dernier ressort*, Op. cit., cit. p. 20.

<sup>188</sup> *Ibidem*, cit. p. 21. Ancora più inequivocabile il Cancelliere de Lamoignon: «L'autorité du Roy dans son parlement [...] est la portion de l'autorité royale que le Roy confie au parlement, mais cette portion d'autorité n'est pas universelle ; elle n'empêche pas le Roy d'exercer par lui-même les autres portions de l'autorité [...] et d'en exercer une supérieure à son parlement mesme [...]. C'est par cette raison que le Roy, par la plénitude de son pouvoir, casse les arrests rendus par les compagnies supérieures.», Le chancelier de Lamoignon à M. Le Berthon, premier président du parlement du Bordeaux ; 24 mai 1756 (Arch. Nat., 154 AP<sup>II</sup> 31 ; minute autogr.), così citata in M. ANTOINE, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Op. cit., p. 526, nota 521.

<sup>189</sup> P. GILBERT DE VOISINS, *Vues sur les cassations d'arrests et de jugements en dernier ressort*, Op. cit., cit. pp. 21 e 22. Similmente, poco dopo: «la cassation est moins un acte de jurisdiction que de plénitude de puissance [...] la cassation naturellement ne trouve sa place que quand l'ordre de jurisdiction est consommé, que les voies de droit sont épuisées et qu'en un mot les arrests ont acquis le dernier sceau d'autorité.» *Ibidem*, cit. p. 28.

Il primo concerne le irregolarità procedurali, come l'inosservanza delle disposizioni circa la composizione collegiale del giudice o gravi anomalie nell'adozione della sentenza: «Premièrement, si dans la manière de procéder aux arrests et dans leur formation, il s'est trouvé quelque irrégularité vicieuse et quelque défaut essentiel»<sup>190</sup>.

Rileva poi l'ipotesi in cui un giudice vada oltre le proprie attribuzioni sconfinando nella giurisdizione di un altro magistrato o nell'ambito delle prerogative reali: «En second lieu, lorsque les cours excèdent leur pouvoir, soit en entreprenant sur ce qui est réservé au Roi [...]; soit en donnant à leur jurisdiction plus d'étendue qu'elle n'en doit avoir et [en] entreprenant sur celle des autres»<sup>191</sup>. Come precisa lo stesso autore è questa un'ipotesi che sovente si confonde alla *voie du règlement de juges*. Al di là delle concrete applicazioni è comunque interessante notare come in questa narrazione, congeniale alla monarchia assoluta, si trova espressa, sebbene tutta sbilanciata a favore di quest'ultima, un'embrionale concettualizzazione della separazione dei poteri<sup>192</sup>.

A differenza delle prime due ipotesi - *déterminées à leurs objets particuliers* – il terzo motivo ha una valenza generale ed è indubbiamente quello più rilevante quantitativamente e qualitativamente: «la contravention aux ordonnances fait une ouverture de cassation qu'on peut compter pour la troisième, et qui est regardée comme la principale»<sup>193</sup>. È questo lo schema più risalente, fissato già nel 1579. Per i giudici il diritto posto dal re è *loix inviolables*, una fonte che non solo non può essere disobbedita ma nemmeno interpretata<sup>194</sup>. A questo riguardo, però, Gilbert de Voisins, con sensibilità contemporanea, si sente in dovere di sottolineare come non sia sempre agevole

---

<sup>190</sup> *Ibidem*, cit. p. 22.

<sup>191</sup> *Ibidem*, cit. p. 22. Una sorta di conflitto di giurisdizione o di attribuzione per tentarne una lettura con le nostre categorie.

<sup>192</sup> Ovviamente la prospettiva è ancora molto distante da quella espressa quasi vent'anni prima da Montesquieu e in particolare dalla lettura che di questa è stata fatta da parte di un certo Illuminismo. *Infra* cap. 2, par. 1. Cfr.: «Ainsi donc alors que l'excès de pouvoir en tant qu'ouverture « moderne » remonte à la loi du 27 ventôse an VIII (art. 77-80-88) - le principe de séparation des pouvoir étant considéré généralement comme une innovation révolutionnaire - on constate que la même notion d'excès de pouvoir existait au XVIIIe siècle, fondée sur la même notion de séparation des pouvoirs. Ainsi l'arrêt d'une Cour pouvait être cassé s'il entreprenait « sur ce qui est réservé au roi », au roi législatif, au roi exécutif, ou même au roi judiciaire», R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIIIe siècle*, Op. cit., cit. p. 261.

<sup>193</sup> P. GILBERT DE VOISINS, *Vues sur les cassations d'arrests et de jugements en dernier ressort*, Op. cit., cit. p. 22.

<sup>194</sup> Il divieto di interpretazione delle *ordonnances* è questione annosa, già ampiamente sviluppata nel nell'*ordonnance civile* del 1667, X. GODIN *La procédure de cassation au XVIIIe siècle*, Op. cit., pp. 26 e 27. Ora emerge però una nuova sensibilità che porta a riflettere sugli effettivi confini che si pongono tra attività ermeneutica ed applicazione giudiziale.

individuare il discrimine tra applicazione ed ermeneutica della legge, per cui è opportuno valutare tale *moïen de cassation* senza eccessiva severità (*à la dernier rigueur*)<sup>195</sup>.

La casistica dell'errore di diritto, nel sistema delle fonti di antico regime, non si riduce solo alla contravvenzione degli atti normativi regi: «Toutes les loix du Roïaume ne sont pas renfermées dans les ordonances»<sup>196</sup>. Vi sono, a un livello gerarchicamente sovraordinato, le leggi fondamentali del regno radicate nella consuetudine: «la coutume enracinée est tellement la souveraine loi, que nos loix, mesme les plus essentielles et les plus sacrées, tiennent souvent leur force d'elle et se maintiennent par sa tradition»<sup>197</sup>. Anche la violazione di queste norme comporterà la cassazione. Attesa, però, la particolare natura del diritto consuetudinario – siamo davanti a una fonte cui manca la precisione propria delle disposizioni scritte: «ce qui consiste dans l'usage et la tradition n'est pas toujours susceptible d'une précision aussi exacte que ce qui est consigné dans la disposition textuelle d'une ordonnance»<sup>198</sup> - anche in questo caso quindi è necessario procedere con cautela e riservare l'esito caducatorio solo a quelle contravvenzioni veramente rilevanti.

La consuetudine, oltre che come fonte para costituzionale comune a tutto il regno, rileva anche quale disciplina particolare. Richiamando una bipartizione ben nota, quella tra *pays de droit coutumier* al nord e *pays de droit écrit* al sud, Gilbert de Voisins ricorda che la Francia mostra una struttura ordinamentale composita: «une partie du Roïaume se régit par des coutumes dont chacune a son territoire, et, l'autre partie par le droit romain, qui lui tient lieu de coutume.»<sup>199</sup>. Anche la contrarietà a queste fonti subordinate, entrambe poste sotto la protezione del re, può dar luogo alla nullità della sentenza: «la contravention soit aux coutumes soit au droit écrit peut donner prise à la cassation.»<sup>200</sup>. Benché entrambi motivi di cassazione, non bisogna però confondere l'inosservanza delle *ordonnances* con quella del diritto consuetudinario. Mentre nel primo caso l'autonomia dei *Parlements* è limitata dal dettato regio, nel secondo caso le corti sovrane hanno un più ampio ventaglio di poteri d'intervento e possono giungere, in determinati frangenti, non

---

<sup>195</sup> P. GILBERT DE VOISINS, *Vues sur les cassations d'arrests et de jugements en dernier ressort*, Op. cit., cit. p. 22.

<sup>196</sup> *Ibidem*, cit. p. 23.

<sup>197</sup> *Ibidem*, cit. p. 23.

<sup>198</sup> *Ibidem*, cit. p. 23.

<sup>199</sup> *Ibidem*, cit. p. 23.

<sup>200</sup> *Ibidem*, cit. p. 24.

solo a interpretare il diritto ma anche a correggerlo. Di ciò sarà necessario tener conto in sede di annullamento<sup>201</sup>.

L'ultima *ouverture* è quella che pone maggiori problemi e che si verifica più raramente nella prassi. Si tratta dell'*iniquité évidente*, una situazione parossistica in cui è in dubbio l'esistenza stessa della sentenza a causa di un palese e grave errore di giudizio, come la negazione di un fatto notorio<sup>202</sup>. Anche in quest'ultimo caso la prudenza è d'obbligo, in quanto è facile che sotto tale etichetta si tentino di aggredire tramite la *cassation* dei vizi che afferiscono al merito (*mal jugé*), snaturando così il gravame: «Admettre contre un arrest le moïen de mal jugé sous le titre d'iniquité évidente, ce seroit le réduire à l'état d'une sentence sujette à l'apel, ce qui n'est pas proposable.»<sup>203</sup>.

Le memorie del Consigliere Gilbert de Voisins, nonostante siano intimamente legate alle contingenze storiche e all'ambiente politico che le hanno originate, ci permettono delle riflessioni di ampio respiro. La loro analisi ci restituisce una realtà composita: da un lato siamo davanti a una narrazione senza dubbio tradizionale e tradizionalistica – nel 1767 Voltaire e Rousseau hanno già scritto le loro opere principali, il progetto editoriale dell'*Encyclopédie* è avviato e Montesquieu è ormai oggetto di studio - dall'altro però non mancano i profili di grande modernità. La complessità del sistema delle fonti non viene ignorata – massime costituzionali, *ordonnances*, *droit écrit* e *droit coutumier* – e nemmeno vengono soggiaciuti i problemi interpretativi che un diritto in gran parte consuetudinario comporta. In sintonia con il sentire dei *philosophes*, poi, emerge anche una netta preferenza per il diritto legislativo, più preciso e meglio idoneo a definire la regola di comportamento. Meritevole di nota per la modernità della questione è anche la consapevolezza della difficile individuazione dei confini che si pongono tra applicazione e interpretazione della legge.

Nell'ottica del Consigliere, in definitiva, la cassazione assolve a una duplice prospettiva: correggere gli errori dei giudici e riaffermare la costante la supremazia del monarca quale fonte e vertice della giurisdizione. Come si dirà, la Rivoluzione negherà sì la seconda direttrice, ma lungo la prima vi costruirà il nuovo sistema giurisdizionale. Un resoconto, quindi, che riesce in poche pagine a edificare una solida teoria della cassazione, tentando di tenere insieme le estreme conseguenze dell'assolutismo ormai in

---

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 24

<sup>202</sup> L'ipotesi è talmente grave che non può essere evocata se non con ripugnanza: «On ne peut envisager qu'avec répugnance une sixième et dernière ouverture de cassation», *ibidem*, p. 24.

<sup>203</sup> *Ibidem*, cit. p. 24.

declino con le nuove richieste di un modo che via via si fa sempre più dinamico e abbisogna come non mai di certezza nei rapporti giuridici. Una lettura senz'altro conservatrice rispetto a quella illuministica progressista cui siamo abituati, ma certo non meno utile a comprendere la complessità degli anni che precedettero la presa della Bastiglia.

### 1.7. *La cassation nella cultura giuridica del XVIII secolo: i dizionari, i repertori e l'Encyclopédie*

A riprova di quanto la cassazione fosse già radicata nella Francia prerivoluzionaria, possono essere portate testimonianze ulteriori tratte dal mondo della pratica, della dottrina e della cultura in senso lato. Pur non tornando sui profili istituzionali e di disciplina, già ampiamente sviluppati, l'analisi di tali opere è comunque fondamentale per comprendere quale fosse la percezione che quel mondo aveva dell'istituto.

Tra i contributi che affrontano il tema, uno dei più risalenti è il già richiamato *Dictionnaire universel* di Antoine Furetière della fine del XVII secolo<sup>204</sup>. In questo lavoro, autorevole precursore dell'*Encyclopédie*, il lemma *cassation* ha ancora una valenza ampia, tra i molti significati emerge quello a noi noto: «Cassation [...] se dit des actes & et de procédures qu'on annulle. Il poursuit la cassation de son mariage, du testament de son père. On se pourvoit contre les arrêts au Conseil par cassation.»<sup>205</sup>. Qualche centinaio di pagine appresso, alla voce *pourvoir*, viene poi chiarito che tale funzione spetta al *Conseil Privé* o al *Grand Conseil*: «On se purvoit [...] par cassation au Conseil privé, au Grand Conseil.»<sup>206</sup>.

Quattro anni prima dell'emanazione del *Règlement* di d'Aguesseau, nel 1734, Claude-Joseph de Ferrière nel suo *Dictionnaire de Droit et de pratique*, *summa* pregevole della cultura giuridica di *ancien régime*, nonché opera di grande successo editoriale, dedica al

---

<sup>204</sup> Antoine Furetière (1619-1688), figura eclettica – fu giurista, abate, uomo di lettere – partecipò ai lavori del *Dictionnaire de l'Académie française*, ma dopo alcune incomprensioni con i suoi collaboratori fu espulso dall'Accademia e si dedicò in autonomia alla creazione di un'opera alternativa. Nacque così il suo *Dictionnaire universel*. M. D. BUSNELLI, FURETIÈRE, Antoine, in *Enciclopedia Italiana*, 1932, consultabile all'indirizzo: [https://www.treccani.it/enciclopedia/antoine-furetiere\\_%28Enciclopedia-Italiana%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/antoine-furetiere_%28Enciclopedia-Italiana%29/).

<sup>205</sup> A. FURETIÈRE, voce *Cassation*, in *Dictionnaire universel, contenant généralement tous les mots françois tant vieux que modernes, et les termes de toutes les sciences et des arts*, Op. cit., cit.

<sup>206</sup> A. FURETIÈRE, voce *Pourvoir*, *Ibidem*, Tome III, cit.

tema una compiuta dissertazione<sup>207</sup>. Anche qui la *cassation* viene definita come «un Jugement qui casse un acte ou une procédure pour cause de nullité.»<sup>208</sup>. Di seguito poi se ne ricostruisce la disciplina grazie a molteplici riferimenti normativi, tutti anteriori al *Règlement* del 1738<sup>209</sup>. Tale fatto è degno di nota in quanto ci testimonia, una volta di più, che anche prima della razionalizzazione operata dal Cancelliere lo statuto della *cassation*, sebbene sparso in diversi testi, era già comunque ben definito per quanto concerneva i profili principali: la competenza del *Conseil privé*, l'atto introduttivo, l'esame preliminare di ammissibilità, la necessaria assistenza processuale da parte degli *avocats au conseil*, la presenza di un'ammenda<sup>210</sup>.

Discorso a parte meritano i motivi di cassazione, qui indicati come i: «cas auxquels on peut se pourvoir au Conseil Privé en cassation d'Arret»<sup>211</sup>. La prima ipotesi, presentata come la principale, è ancora quella del contrasto di giudicati già prevista nell'*Ordonnance d'Orleans* del 1560 e che il *Règlement* del 1738 scorporerà dalla disciplina dell'istituto relegandola al Titolo VI della prima parte: «On se peut pourvoir en casation d'Arrêt, quand des Arrêts directement contraires ont été rendus dans une même ou deux Cours souveraines entre les mêmes Parties.»<sup>212</sup>. Vengono poi individuati altri cinque casi non del tutto sovrapponibili con quelli emersi in precedenza. I primi due reagiscono a difetti di integrità del contraddittorio: può ricorrere in cassazione chi «n'ont point été Parties dans un Proces ou duement appellees, [...] quand ces Arrêts portent préjudice. [...] Ceux qui ont été condamnés par Arrêts rendus sur congés ou défauts»<sup>213</sup>. Il terzo e il quarto colpiscono le violazioni delle *ordonnances* e della consuetudine, quest'ultima viene considerata parametro di legittimità solo con riferimento ai suoi termini espliciti (*termes exprès*)<sup>214</sup>. Interessante è anche la distinzione che viene operata tra *errores in iudicando* -

---

<sup>207</sup> Claude-Joseph de Ferrière (1666-1748 ca), professore presso l'ateneo parigino, trasfuse, rivedendola, nel suo *Dictionnaire* la decennale produzione dottrinale del padre, Claude de Ferrière (1639-1715), avvocato e professore, dotto romanista e canonista, nonché profondo conoscitore del *droit français*. Sulla vicenda biografica dei Ferrière, padre e figlio, si rinvia a: J. MOREAU-DAVID, voci *Ferrière Claude de* e *Ferrière Claude-Joseph de*, in *Dictionnaire historiques des juristes français, XIIe-XXe siècle*, Op. cit., pp. 325-327.

<sup>208</sup> C. J. DE FERRIERE, *Dictionnaire De Droit Et De Pratique, Troisieme edition, revue par M. [BOUCHER D'ARGIS]* Paris, 1771, Tome I, cit. p. 233.

<sup>209</sup> *Ordonnance de 1667; Règlement du Conseil du mois de Septembre 1673; Déclaration du Roi du 23 Septembre 1678; Arrêt du Conseil d'Etat, rendu le 11 Mars 1679; Edit donné au mois d'Avril 1688; Arrêt du Conseil Privé du Roi du 14 Octobre 1684; Arrêt du Conseil du mois de Février 1714.*

<sup>210</sup> C. J. DE FERRIERE, *Dictionnaire De Droit Et De Pratique*, Op. cit., pp. 234-235.

<sup>211</sup> *Ibidem*, cit. p. 233.

<sup>212</sup> *Ibidem*, cit. p. 233.

<sup>213</sup> *Ibidem*, cit. p. 233. In generale circa i vizi di procedura, *les violations des formes de procéder*, R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIII siècle*, Op. cit., p. 260 e nota 78.

<sup>214</sup> C. J. DE FERRIERE, *Dictionnaire De Droit Et De Pratique*, Op. cit., p. 233.

«arrêts rendus contre les ordonnances ou les coutumes» - e *in procedendo* - «les formes prescrites par les ordonnances n'ont été observées»<sup>215</sup>. L'ultimo caso considerato è quello noto di un'ingiustizia evidente e manifesta<sup>216</sup>.

Particolarmente indicativo dello *Sitz im Leben* in cui operava la *cassation* – vissuta dalle corti sovrane come un'onta e non come un normale momento di giurisdizione – è la raccomandazione a non utilizzare «aucuns termes injurieux contre les Juges qui ont rendu l'Arrêt dont on demande la cassation.»<sup>217</sup>.

La voce del *Dictionnaire* di de Ferrière ben si inserisce nella narrazione che sfocerà poi nel *Règlement* e nelle riflessioni del Consigliere Gilbert de Voisins. Le differenze non paiono significative e sembra possano essere giustificate, oltre che dalla precocità dell'opera, dal taglio prettamente pratico, assente nelle altre due<sup>218</sup>.

L'istituto, poi, è trattato direttamente nell'*Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers* del 1751<sup>219</sup>. Qui, tra le voci giuridiche, possiamo sia individuare una compiuta e precisa descrizione del *Conseil du roi* e delle sue attribuzioni, sia della *cassation*. La prima è firmata dallo stesso d'Alambert e da Boucher d'Argis, giurista raffinato, enciclopedista fecondo, nonché curatore della terza edizione del *Dictionnaire* di Ferrière, e si distingue per essere all'epoca una delle poche ricognizioni chiare e complete circa il funzionamento del *Conseil* e le sue composizioni<sup>220</sup>. Il lemma *cassation* è, invece, redatto da François-Vincent Toussaint, giureconsulto pentito, letterato ed enciclopedista prolifico – partecipò alla stesura di più di trecento voci giuridiche - che

---

<sup>215</sup> *Ibidem*, cit. p. 234.

<sup>216</sup> «Enfin une injustice évidente & manifeste qui se trouveroit dans un Arrêt seroit un moyen de cassation très-favorable.», *Ibidem*, cit. p. 234.

<sup>217</sup> *Ibidem*, cit. p. 234.

<sup>218</sup> Le memorie del Consigliere Gilbert de Voisins, sebbene esposizione giuridicamente molto raffinate, risentono inevitabilmente del retroterra politico da cui originano, prestando ovviamente più attenzione alla giustificazione teorica della *cassation* in chiave monarchica piuttosto che alle esigenze dei giureconsulti.

<sup>219</sup> Circa la complessa e affascinante vicenda dell'*Encyclopédie* si rinvia R. DARNTON, *Il grande affare dei lumi. Storia editoriale dell'Encyclopédie 1775-1800*, Cremona, Edizioni Sylvestre Bonnard, 1998. Cfr.: A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Op. cit., Vol. 2, pp. 136-138. Circa le voci giuridiche nell'*Encyclopédie* e, più in generale, la scienza e la cultura giuridica europea e francese nel XVIII vedi anche R. FERRANTE, *Un secolo si legislativo. La genesi del modello ottonevicesco di codificazione e la cultura giuridica*, Op. cit., pp. 79 e ss.

<sup>220</sup> Su Antoine-Gaspard Boucher d'Argis (1708-1791) e Jean-Baptiste Le Rond d'Alembert (1717-1783), F. A. KAFKER, S. L. KAFKER, *The Encyclopedists as individuals: a biographical dictionary of the authors of the Encyclopédie*, Oxford, the Voltaire foundation at the Taylor institution, 1988. Con riferimento ad Antoine-Gaspard, da non confondere con il padre André-Jean Boucher d'Argis, anch'esso giurista e morto solo tre anni prima del figlio, si veda anche: W. WOŁODKIEWICZ, *Antoine-Gaspard et André-Jean Boucher d'Argis. Deux juristes éclairés devant la Révolution*, in M. VOVELLE (présentation), *La Révolution française et le droit privé. Actes du colloque d'Orléans 11-13 septembre 1986*, Paris, PUF, 1988, pp. 187-204.

ne compendia la disciplina in poche chiare righe<sup>221</sup>. Dopo la definizione classica - «jugement par lequel on annulle un acte ou une procédure» e il richiamo all'etimologia latina del termine, specifica che il ricorso è da indirizzare al *Conseil d'état ou Privé* e fa pochi ma precisi cenni alla procedura con riferimento al termine per la notifica, all'inidoneità del ricorso a sospendere l'efficacia della sentenza impugnata e all'ammenda<sup>222</sup>.

Benchè di tredici anni successivo al *Règlement* di d'Aguesseau, al momento di individuare i motivi di cassazione si rifà, più che a tale *corpus* normativo, all'elencazione tradizionale già presente nel *Dictionnaire* di Ferrière:

«On peut se pourvoir [...] contre un jugement d'une cour souveraine, si ce jugement se trouve être en contrariété avec un autre rendu précédemment dans la même cause & contre la même partie; s'il contient des dispositions directement contraires à celles des ordonnances ou des coutumes; s'il a été omis quelqu'une des formalités prescrites par les ordonnances à peine de nullité.»<sup>223</sup>.

In generale la trattazione operata da François-Vincent Toussaint è sintetica e pratica. Benchè sia contenuta all'interno dell'opera manifesto dell'illuminismo francese, la verve polemica tipica di certi *philosophes* non emerge neanche sottotraccia, in linea d'altronde con il complesso delle voci giuridiche dell'*Encyclopédie*<sup>224</sup>. Di conseguenza anche questa esposizione, pur nella sua *brevitas*, si coniuga senza frizioni con gli altri tasselli qui evocati, permettendo di ricostruire un'immagine della *cassation* al XVIII secolo unitaria e condivisa.

Altra opera dalle molteplici ristampe a illustrare l'istituto è la *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle* del magistrato piccardo Jean-Baptiste Denisart (1713-1765)<sup>225</sup>. Nella quinta edizione del suo lavoro, edita postuma nel 1766, alla voce *cassation d'arrêt* troviamo sia una breve ricostruzione storiografica sia alcuni cenni circa la teoria e la disciplina. La prima è compendiata in quattro tappe: l'*Ordonnance* del 1344, l'*Ordonnance* di Blois del 1579, l'*Ordonnance civile* del 1667 e

---

<sup>221</sup> Su François-Vincent Toussaint (1715 – 1772), *Ibidem*.

<sup>222</sup> F. V. TOUSSAINT, voce *Cassation*, in *L'Encyclopédie*, 1751, Tome 2, p. 743.

<sup>223</sup> *Ibidem*, cit. p. 743. Rispetto al *Dictionnaire* di Ferrière sono assenti i vizi connessi alla manifesta iniquità e ai difetti di integrità del contraddittorio.

<sup>224</sup> *Infra*, nota 218.

<sup>225</sup> J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle. Cinquième Edition*, Paris, 1766, Tome Premier, Seconde Partie, pp. 24-25; P. BONIN, voce *Denisart Jean-Baptiste*, in *Dictionnaire historiques des juristes français, XIIe-XXe siècle*, Op. cit., p. 246.



infine il *Règlement* del 1738<sup>226</sup>. Seguono i motivi di cassazione, che vengono qui ricondotti al solo errore di diritto nella sua duplice accezione di vizio di giudizio e vizio di attività: «il y a lieu à Cassation, quand les Arrêts sont rendus contre la disposition expresse, ou des Coutumes, ou des Ordonnances, Edits & Déclarations du Roi [...] Il y a encore lieu à la Cassation, quand les formalités prescrites par les Ordonnances, n'ont pas été suivies.»<sup>227</sup>. Di grande attualità ancora oggi, in tempi di ipertrofia giudiziaria, è la motivazione che viene addotta per giustificare l'esclusione dei vizi di merito: «Si on écouitoit les Requêtes de tous les Plaideurs qui se croient mal jugés, les plaintes seroient sans nombre.»<sup>228</sup>.

Meritevole di particolare attenzione è infine la giustificazione teorica posta alla base della *cassation*. Da un lato si ripropone la narrazione consueta: il re è *plénitude de la Justice*, i magistrati si limitano ad amministrarla ai sudditi nel suo nome quali meri intermediari, per questo a lui solo spetta cassare le decisioni delle corti sovrane<sup>229</sup>; dall'altro si abbozza una primitiva concettualizzazione dei principi di legalità e di soggezione del giudice alla legge nel suo significato ampio:

«il faut observer que les Juges, même des Cours supérieures, sont assujettis à l'observation des Coutumes, Edits, Ordonnances & Déclarations, sans pouvoir y contrevenir, sous prétexte d'équité, bien public & accélération de la Justice, non-seulement à peine de Cassation de leurs Arrêts & Jugemens, mais des dommages & intérêts des Parties.»<sup>230</sup>.

Sempre orientata alla pratica, ma con un taglio ancora differente è la trattazione contenuta nel *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* di Joseph-Nicolas Guyot (1728-1816), della metà degli anni Settanta<sup>231</sup>. La definizione - «une décision émanée de l'autorité souveraine, et par laquelle un arrêt ou jugement en dernier ressort est cassé ou annulé»<sup>232</sup> - è più precisa e analitica delle precedenti nei suoi riferimenti all'autorità

---

<sup>226</sup> J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Op. cit., p. 24.

<sup>227</sup> *Ibidem*, cit. p. 24.

<sup>228</sup> *Ibidem*, cit. p. 24.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>230</sup> *Ibidem*, cit. p. 24.

<sup>231</sup> Joseph-Nicolas Guyot, già giureconsulto apprezzato in *Ancien Régime*, divenne giudice del Tribunal de cassation sotto la Convenzione. L.-H. C. DE RAYNAL, *Le Tribunal et la Cour de Cassation: Notices sur le personnel, 1791-1879*, Paris, Imprimerie Nationale, 1879, pp. 41-42; J. L. HALPERIN, voce *Guyot Joseph-Nicolas*, in *Dictionnaire historiques des juristes français, XIIe-XXe siècle*, Op. cit., p. 394.

<sup>232</sup> *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, a cura di M. GUYOT, Paris, Chez Visse, 1776, tome VII, cit. p. 557. Similmente, Eustache-Nicolas Pigeau, nella prima edizione del suo manuale di procedura civile del 1784, parla della *demande en cassation* come di «une voie par laquelle une partie

sovrana – non al monarca - e alle sentenze rese in ultimo grado. All’analisi della disciplina normativa viene anteposta una ricostruzione storica, a partire dalla nascita della *proposition d’erreur*, seconda una prospettiva con cui abbiamo imparato a famigliarizzare<sup>233</sup>.

L’elenco dei motivi di cassazione non si discosta dai precedenti: contrasto di giudicati, contraddittorio difettoso, contrarietà alle *ordonnances* o alle consuetudini, violazioni delle regole di procedura<sup>234</sup>. Molto significativa invece è la giustificazione teorica che soggiace alla cassazione: ancor più chiaramente che in Denisart, il riferimento non è alla supremazia del re ma a quella della legge: «la ressource de la Cassation n'en qu'un remède extrême qui ne peut avoir pour objet que le maintien de l'autorité législative & des ordonnances». È a quest’ultima, nella sua accezione composita tipica dell’*ancien régime*, che i giudici, *Parlements* compresi, sono soggetti: «les cours souveraines ne sont pas moins assujetties que les juges inférieurs à l’observation des loix»<sup>235</sup>.

Globalmente considerate queste fonti ultronee rispetto quelle normative o comunque strettamente integrate al regime monarchico ampliano ulteriormente la nostra comprensione dell’istituto. Da un lato non si discostano, come è naturale, dalla disciplina positiva, dall’altro però evidenziano una *cassation* pronta, complice ma certo non protagonista la riflessione illuministica ormai giunta a piena maturazione, a tagliare il cordone ombelicale che la collega al sovrano e alla sua autorità. Già in penombra si intravede la stretta connessione con la legge e la legalità, i nuovi veri *domini* dell’istituto: già *in nuce* contenuti nell’*Ordonnance* di Blois del 1579 e pienamente esplicitati due secoli dopo nel *Repertoire* di Guyot.

#### 1.8. Cassation *tra modernità e contemporaneità: una provvisoria conclusione*

Conclusa questa prima parte dell’indagine, può già trarsi una conclusione: non solo le origini francesi dell’istituto non possono essere oggetto di contestazione, ma queste sono da ricondurre a prima della Rivoluzione.

---

demande au Roi et au Conseil de casser et annuler un jugement en dernier ressort, rendu contre elle, et qui est contraire aux Lois.», E. N. PIGEAU, *Introduction à la Prcedure Civil*, Paris, Vve Desaint, 1784, p. 235.

<sup>233</sup> *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*, a cura di M. GUYOT, Op. cit., pp. 557 e ss.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 558.

<sup>235</sup> *Ibidem*, cit. p. 570.

Le fonti, normative e dottrinali, sin qui analizzate ci dimostrano, infatti, come almeno nella seconda metà del XVIII secolo la disciplina e la teoria della *cassation* avessero già caratteri di compiutezza e autonomia. E questo, è bene ribadirlo, in armonia e anzi dipendenza con il regime monarchico e anche al di fuori della riflessione più propriamente illuministica e dell'azione riformatrice del legislatore rivoluzionario.

Ad essere già definita è in particolare la dicotomia *ius constitutionis/ius litigatoris* che anche oggi utilizziamo sovente per descrivere il ruolo della Corte suprema. Il giurista contemporaneo si rifà a tale binomio per riferirsi alla duplicità di funzioni che distingue il magistrato di legittimità rispetto agli altri livelli di giurisdizione: non solo soddisfare le istanze di giustizia del caso concreto (*ius litigatoris*), ma anche vigilare sulla condotta dei giudici inferiori nell'interesse della corretta applicazione della legge e della certezza del diritto in ottica nomofilattica (*ius constitutionis*). Calata nella realtà di *ancien régime* tale bipartizione mantiene tutta la sua attualità purché, in accordo con le coordinate costituzionali di allora, al secondo termine venga riconnessa non la tensione all'uniformità dell'interpretazione giudiziale ma la preoccupazione di mantenere ferma l'autorità del sovrano, la quale finisce però per coincidere, nelle riflessioni più prossime, proprio con la tutela della legge e a presupporre una già chiara distinzione tra questioni di merito e di legittimità: «Dans la cassation, il s'agit de juger l'arrêt et non le mérite du fonds, qui n'est à juger de nouveau que lorsqu'il s'agit de l'apel d'une sentence.» (1767)<sup>236</sup>; «car c'est l'intérêt public et le respect de la loi, plus que l'intérêt de la partie, que l'on consulte. On a toujours tenu pour principe au conseil, que la cassation a été introduit plutôt pour le maintien des ordonnances que pour l'intérêt des justiciables.» (1767)<sup>237</sup>; «C'est un remède extrême qui ne peut avoir pour objet que le maintien de l'autorité législative et des ordonnances» (1775)<sup>238</sup>; «la Cassation n'en: qu'un remède extrême qui ne peut avoir pour objet que le maintien de l'autorité législative & des ordonnances, on ne peut pas en faire usage sous le simple prétexte qu'une affaire a été mai jugée au fond» (1784)<sup>239</sup>.

---

<sup>236</sup> P. GILBERT DE VOISINS, *Vues sur les cassations d'arrêts et de jugements en dernier ressort*, Op. cit., cit. p. 24.

<sup>237</sup> Così Joly de Fleury citato in P. P. N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Op. cit., cit. p. 415.

<sup>238</sup> *Arrêt du conseil qui défend l'impression des requêtes en cassation avant qu'elles soient communiquées, 18 décembre 1775*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Op. cit., Tome XXIII, cit. p. 289.

<sup>239</sup> *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, a cura di M. GUYOT, Op. cit., cit. p. 560.

D'altronde però anche «l'intérêt particulier n'est tout de même pas absente», come si evince dalla necessità dell'istanza di parte, dall'attenzione dedicata all'assistenza tecnica, alla sempre maggior centralità che ha assunto lungo il XVIII secolo il momento contraddittorio all'interno del procedimento di cassazione<sup>240</sup>.

A questo punto sarebbe legittimo domandarsi dove alberga allora la novità del *Tribunal de cassation* e in cosa esso sia diverso dalla *demande* proposta al *Conseil du roi* come venutasi a definire in più di tre secoli di Storia. Le differenze ci sono e sono essenziali per potere comprendere la poliedricità funzionale che caratterizza questo giudice nell'esperienza contemporanea.

Oltre alle dissonanze di disciplina già ricordate – su tutte lo scarso sviluppo di una cultura del processo e delle connesse garanzie delle parti – il *vulnus* è essenzialmente di carattere istituzionale. È evidente che il legame con il regime monarchico, se da un lato ha generato, retto e vivificato l'istituto per secoli, dall'altro ne ha impedito un'ulteriore evoluzione in senso nomofilattico. La *cassation* in *ancien régime* sino all'ultimo sarà percepita come un mezzo eccezionale - *remède extrême* - frutto di un libero (ma non arbitrario) atto di volontà del re. Strumento per di più non centrale nell'economia del sistema giustizia, importante certo, ma non più dell'avocazione o del regolamento di giurisdizione. Per poter compiere il proverbiale passo in avanti, sarà necessario che venga meno non tanto il legame tra monarchia e cassazione, quanto tra sovrano e legislazione. Quando ciò avverrà lo strumento in esame potrà veramente mostrare a pieno le sue potenzialità entrando in dialogo diretto con la legge senza più bisogno dell'intermediazione di sua maestà. E non sarà comunque un passaggio semplice, perché la Rivoluzione al re assoluto sostituirà un altro soggetto, dalle potenzialità altrettanto pervasive: la volontà generale incarnata nel legislatore, cui non a caso, almeno in un primo momento, la *cassation* sarà parzialmente ricondotta<sup>241</sup>.

Tale aspetto può essere meglio chiarificato rifacendosi ad una lucida intuizione di Piero Calamandrei: la Cassazione è composta da due elementi tra loro distinti ma venuti inscindibilmente a combinarsi; uno appartenente all'ordinamento giudiziario e anzi di questo il vertice, la Corte di cassazione, l'altro proprio del diritto processuale, il mezzo di impugnazione del ricorso in cassazione. Ebbene, benché si possano avere opinioni differenti circa la valenza dogmatica di tale affermazione, essa è indubbiamente efficace

---

<sup>240</sup> R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la Cassation au XVIII siècle*, Op. cit., pp. 269 e ss.

<sup>241</sup> V. *infra* cap. 2.

in chiave storico-descrittiva<sup>242</sup>. Come visto, infatti, lo strumento processuale si strutturò in maniera esaustiva almeno già nella prima metà del XVIII secolo, grazie ad una tradizione ancor più risalente. Ciò che mancava era però la Corte. Il *Conseil privé* non può infatti essere inteso come modello presagente il consesso di legittimità. Non era un tribunale supremo, ruolo che, forzando le categorie contemporanee per adattarle a momenti della storia con sensibilità assai differenti dalle nostre, possiamo riconnettere se mai ai *Parlements*; né può essere propriamente ridotto a un tribunale interno al *Conseil du roi*<sup>243</sup>. Questo organo, in definitiva, non era il vertice di un ordine giurisdizionale come noi lo intendiamo, ma lo strumento tramite cui il monarca assoluto, ricettacolo unico di ogni sovranità e luogo dove i poteri dello Stato coesistevano indistinti, esercitava le sue prerogative di giudice supremo e legislatore<sup>244</sup>. Per avere un soggetto simile a quello individuato dal maestro fiorentino bisognerà aspettare proprio il 1790.

Con le parole di Emile Chenon: «Le système ancien conservait cependant une différence importante avec le système moderne, non pas tant dans la théorie juridique que dans sa réalisation pratique: c'est qu'il n'existait pas alors, comme aujourd'hui en matière civile et criminelle, un tribunal unique de cassation.»<sup>245</sup> e ancora «le Conseil privé ne pouvait pas encore prévoir que le jour était proche où la cassation aurait un-nouvel objet, destiné à devenir le plus important, à savoir le maintien de l'unité de jurisprudence, complément nécessaire de l'unité de législation. Cette idée nouvelle, la Révolution va l'apporter.»<sup>246</sup>.

Anche queste discrepanze non sono però da esasperare come si è soliti fare in ossequio a una tradizione che tende ad enfatizzare più le differenze che le consonanze. Il legislatore rivoluzionario per quanto attiene ai nostri temi, non opererà infatti una rottura con il passato, ma si inserirà, innovando, nel solco di una storia già ben chiara, conducendola, senza forzature, lungo un percorso ormai ben avviato.

---

<sup>242</sup> Autorevoli dubbi circa la valenza effettiva di questa descrizione binomiale sono stati ad esempio recentemente posti da A. PANZAROLA, *L'evoluzione storica della cassazione civile e la genesi dell'art. 65 Ord. Giud.*, Op. cit., pp. 61 e ss.

<sup>243</sup> Cfr.: M. BOULET-SAUTEL, *La cassation sous l'Ancien régime*, Op. cit., p. 16.

<sup>244</sup> J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, pag. 32.

<sup>245</sup> E. CHENON, *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Op. cit., cit. p. 36.

<sup>246</sup> *Ibidem*, cit. p. 62. Cfr.: «le Conseil des parties n'était pas à proprement parler une cour de justice au sens courant du terme.», B. BARBICHE, *Les attributions judiciaires du Conseil du Roi, in Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, Op. cit., cit. p. 11.

## Capitolo II

### DAL TRIBUNAL DE CASSATION ALLA COUR DE CASSATION:

#### L’AFFERMASI “IMPREVEDIBILE” DI UN PROTOTIPO

SOMMARIO: 2.1. Il contesto ideologico dell’Età dei Lumi: *le juge bouche de la loi* e il primato del legislatore. – 2.2. Le ultime riforme di Maupeou e Lamoignon. – 2.3. La riforma della giustizia e la *cassation* nei *cahiers de doléances*. – 2.4. La *cassation* nei lavori dell’Assemblea nazionale costituente (agosto 1789-dicembre 1790): il dibattito sulla natura giurisdizionale o legislativa. – 2.5. Il mutamento della funzione “costituzionale” della *cassation* e i prodromi della nomofilachia. – 2.6. La nascita del *Tribunal de cassation*: la *loi du 27 novembre – 1er décembre 1790*: un primo bilancio. – 2.7. Il *Tribunal de cassation auprès du corps législatif* tra collocazione geografica e istituzionale. – 2.8. L’evoluzione del *Tribunal de cassation* nel *droit intermédiaire*, dalla Convenzione all’Impero. – 2.9. La parabola del *référé législatif* e l’affermarsi della *Cour de cassation* nell’era della codificazione. – 2.10. Cassazione e Rivoluzione: l’affermarsi “imprevedibile” di un prototipo.

*2.1. Il contesto ideologico dell’Età dei Lumi: le juge bouche de la loi e il primato del legislatore*

Sull’imbrunire dell’*ancien régime*, il discorso intono alla *cassation* continuerà a svolgersi entro le due direttive individuate: presenza di un istituto processuale compiutamente formato e dotato di vita autonoma; permanenza di talune differenze rispetto alla rilettura che di esso opererà il legislatore rivoluzionario a partire dal 1790. Nel capitolo precedente si è già evidenziato lo scarto che intercorre tra questi due momenti a livello istituzionale e di disciplina. Ancor più rilevanti sono però le dissonanze tra i diversi apparati ideologici che li sorreggono.

La giustificazione che sottostava allo strumento *de quo* sotto l’ordinamento monarchico, in estrema sintesi, può ridursi alla citata massima *toute justice emanè du roi*. A partire dal 1789 i temi del dibattito mutano e si polarizzano intorno alla riconduzione della *cassation* entro i confini del potere legislativo anziché di quello giudiziario e dei connessi rapporti di supremazia e dipendenza tra le due porzioni di sovranità. Le premesse

teoriche sono quindi da individuarsi in due elaborazioni concettuali, di chiara ascendenza illuministica, in gran parte aliene alla realtà istituzionale della Francia prerivoluzionaria<sup>1</sup>: la tripartizione dei poteri, come teorizzata da Montesquieu e fattasi vulgata, e l'onnipotenza della legge quale espressione della volontà generale secondo la lezione, anch'essa ampiamente digerita e rielaborata, di Rousseau<sup>2</sup>. Prodromicamente alla ricostruzione degli eventi che condussero alla fatidica data del 1790, è quindi utile soffermarsi sinteticamente sulle nuove acquisizioni che delimiteranno i confini teorici della narrazione.

Il primo di questi due costrutti, la dottrina della divisione dei poteri, ha radici risalenti che affondano direttamente nella riflessione filosofica dell'antichità. Fu in particolare Aristotele nella sua *Politica* a suddividere l'attività dello stato in tre momenti: deliberante, di governo e giudiziario<sup>3</sup>. Questa, come altre acquisizioni dello Stagirita, complice la riflessione tomistica, esercitò una notevole influenza sull'immaginario politico

---

<sup>1</sup> Entrando in dialogo con l'Illuminismo, ancora una volta, è opportuno tentare di disinnescare sin da subito la complessità di un fenomeno in cui si confondono più piani e prospettive (e fraintendimenti). La questione dei lumi, infatti, è una vicenda che mal si presta a riduzioni in punto di diritto. Non è facile individuare una cornice unitaria che tenga insieme Bentham, Kant e Voltaire - salvo un *favor* per le istanze della ragione e una certa moderazione nelle cose della politica - e a maggior ragione è ancor più arduo individuare all'interno di questo insieme eterogeneo i confini e i contenuti del c.d. Illuminismo giuridico. Ulteriore passaggio delicato consiste nel verificare come i costrutti elaborati dai *philosophes* siano stati poi effettivamente impiegati nelle sue diverse fasi dalla Rivoluzione, la quale li ha spesso piegati alle prospettive e alle esigenze politiche del momento. Di tutti questi aspetti, con riferimento ai due precisi ambiti evocati, non si potrà che tratteggiare rapidamente alcuni profili, così da permettere una piena lettura delle istanze poste alla base della nuova vita della *cassation*. Circa le molteplici dimensioni dell'illuminismo giuridico si rinvia a: A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., pp. 71 e ss.; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Op. cit., pp. 259 e ss.; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 393 e ss.; A. PADOA-SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Op. cit., pp. 416-423; P. COMANDUCCI, *L'illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici a cura di Paolo Comanducci. Testi di Montesquieu, Denis Diderot, Morelly*, Bologna, Il Mulino, 1978.

<sup>2</sup> Come emerso riflessioni circa la separazione dei poteri in senso lato non sono del tutto estranee al regime monarchico, sebbene la prospettiva sia ben distante da quella che verrà elaborata a partire dalla riflessione di Montesquieu. V. *infra* cap. 1, parr. 6 e 8.

<sup>3</sup> «Ci sono in ogni costituzione tre parti in rapporto alle quali il bravo legislatore deve vedere quel che è a ciascuna di giovamento: quando queste sono bene ordinate, di necessità anche la costituzione è bene ordinata e dalla loro differenza dipende la differenza delle costituzioni stesse, l'una dall'altra. Di queste tre una è quella deliberante sugli affari comuni, la seconda concerne le magistrature (e cioè quali devono essere e in quali campi sovrane e in che modo si deve procedere alla loro elezione), la terza è quella giudiziaria.», ARISTOTELE, *Politica*, libro IV, cap. XI, in *Opere: Politica, trattato sull'economia*, Roma-Bari, Laterza, 2019, p. Al di là dell'assonanza, tale tripartizione non è sovrapponibile alle acquisizioni più recenti, proprie della riflessione moderna e in particolare di Montesquieu, l'orizzonte della riflessione politica di Aristotele nasce e si esaurisce, infatti, nell'esperienza istituzionale della città stato. Per una prima introduzione alla dottrina politica dello Stagirita si rinvia per tutti a: E. BERTI, F. VOLPI, *Storia della filosofia dall'antichità a oggi*, Vol. A, Bari-Roma, Laterza, 2007, pp. 122-126. Per un sintetico itinerario storiografico della riflessione circa la divisione dei poteri nell'età antica, si rimanda a: A. CARENA, *Il principio della divisione dei poteri nello Stato costituzionale*, in *Annali di scienze politiche*, vol. 5, n. 4, 1932, pp. 249-290; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1965, pp. 17-113.

occidentale dei secoli successivi, ma non si consolidò mai in una prospettiva giuridica stabile<sup>4</sup>. A ridefinire il problema in un'ottica a noi più affine, grazie all'esperienza maturata a partire dalle due rivoluzioni inglesi e dal regime di Oliver Cromwell<sup>5</sup>, fu John Locke (1632-1704). L'empirista, agli albori della teoria liberale, operò nel suo *Second Treatise of Government* (1689) una nuova partizione della sovranità: potere legislativo (*legislative power*), da affidarsi al Parlamento (*representatives chosen for that time by the people*), ed esecutivo, di spettanza del sovrano e dotato di differenti caratteristiche a seconda che avesse ad oggetto gli affari interni (*executive power*) o le questioni di politica estera (*federative power*)<sup>6</sup>. In questa teorizzazione vi erano già *in nuce* alcuni elementi che diverranno poi centrali nella riflessione del secolo successivo: la divisione dei poteri quale argine agli abusi del soggetto sovrano a tutela della cosa pubblica<sup>7</sup>; l'individuazione

---

<sup>4</sup> Cfr.: F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, Op. cit., p. 23.

<sup>5</sup> Già nell'impianto costituzionale disegnato dall'*Instrument of government* del 1653 voluto da Cromwell vi è un'embrionale distinzione tra potere legislativo ed esecutivo, il primo sarebbe condiviso dal Parlamento e dal *Lord protector* stesso - «[...] the supreme legislative authority [...] shall be and reside in one person, and the people assembled in Parliament;» -, il secondo, dai confini molto ampi, sarebbe invece di spettanza del solo *Lord protector*: «the exercise of the chief magistracy and the administration of the government [...] shall be in the Lord Protector, assisted with a council [...]» Artt. I e II, *The Instrument of Government. December 16, 1653*, in S. R. GARDINER (a cura di), *The constitutional documents of the puritan revolution. 1628–1660*, Oxford, Clarendon press, 1889, cit. p. 314.

<sup>6</sup> Tale teorizzazione è elaborata compiutamente da Locke ne *Il secondo trattato sul governo* del 1689, in particolare nei capitoli XII, XIII e XIV. Il potere legislativo è definito come quello «[...] which has a right to direct how the force of the commonwealth shall be employed for preserving the community and the members of it.», l'esecutivo propriamente detto consisterebbe invece in «[...] a power always in being, which should see to the execution of the laws that are made [...]», mentre il federativo comporta «[...] the power of war and peace, leagues and alliances, and all the transactions, with all persons and communities without the commonwealth [...]». A tale suddivisione si aggiungerebbe un'ulteriore funzione – *prerogative* - residuale dal contenuto eterogeneo, di spettanza del monarca: «[...] the power to act according to discretion, for the public good, without the prescription of the law, and sometimes even against it [...]». Per le citazioni rispettivamente: J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, Milano, BUR, 1988, cit. pp. 258, 260 e 284.

<sup>7</sup> «[...] it may be too great a temptation to human frailty, apt to grasp at power, for the same persons, who have the power of making laws, to have also in their hands the power to execute them, whereby they may exempt themselves from obedience to the laws they make, and suit the law, both in its making, and execution, to their own private advantage, and thereby come to have a distinct interest from the rest of the community, contrary to the end of society and government [...]», J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, Op. cit., cit. p. 258. A meglio definire rispetto a Locke l'opportunità della separazione dei poteri e anticipare la prospettiva di un sistema di reciproco controllo tra organi supremi dello stato, negli anni Trenta del Settecento, fu un altro inglese, Henry Saint-John Bolingbroke. La sua descrizione del contesto istituzionale d'oltremontagna, in particolare, sebbene non del tutto corrispondente alla realtà, avrebbe influenzato la successiva opera di Montesquieu. Cfr.: F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, Op. cit., pp. 27-28; circa gli autori inglesi che avrebbero influenzato il pensiero di Montesquieu vedi anche *infra* nota 15.



di una gerarchia, in cui al vertice si pone il legislativo (*supreme power*)<sup>8</sup>; la collocazione non autonoma del giudiziario rispetto le altre funzioni dello Stato<sup>9</sup>.

A riprendere questi temi e a riformularli secondo la definizione divenuta classica fu, come universalmente noto, Charles-Louis de Secondat, barone di La Brède e di Montesquieu<sup>10</sup>. Il già consigliere e *président à mortier* del *Parlement* di Bordeaux, fine conoscitore della realtà istituzionale della Francia tardo-assolutistica, formulò le sue considerazioni più celebri nel libro XI (*Des lois qui forment la liberté politique, dans son rapport avec la constitution*) de *De l'Esprit des lois* (1748)<sup>11</sup>. Pur senza poter addentrarci nell'analisi di quest'opera «grande e ambigua» e nei difficili problemi interpretativi che essa pone, è opportuno richiamare alcuni nuclei tematici di nostro interesse<sup>12</sup>.

Innanzitutto, è necessario contestualizzare la separazione dei poteri – pericope che tra l'altro mai compare nel libro dove si parla di *distribution des trois pouvoirs*<sup>13</sup> - nel complesso del pensiero del barone de La Brède. Essa è una prospettiva relativa, non di

---

<sup>8</sup> «[...] in a constituted commonwealth [...] there can be but one supreme power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate [...]», J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo*, Op. cit., cit. p. 264.

<sup>9</sup> La risoluzione delle controversie è sì affidata a dei giudici imparziali e retti (*indifferent and upright judges*), ma questi sono solo un mezzo a disposizione dei detentori della sovranità per applicare le leggi. Cfr.: *ibidem*, pp. 232-234. Sebbene pacifica sia la non autonomia del potere giudiziario all'interno della teorizzazione di Locke, dubbi permangono circa la sua riconduzione all'alveo del legislativo o dell'esecutivo. Su tale ultimo punto vedi F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, Op. cit., p. 25, nota 30.

<sup>10</sup> Per una prima, ampia introduzione alla biografia e al pensiero di Montesquieu si rinvia a: R. SHACKLETON, *Montesquieu: a critical biography*, London, Oxford University Press, 1961; S. GOYARD-FABRE, *Montesquieu: La nature, les lois, la liberté*, Paris, PUF, 1993; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., pp. 117-135; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Op. cit., pp. 262-298; AA. VV., *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois, 1748-1948*, Paris, Recueil Sirey, 1952.

<sup>11</sup> I riferimenti e le citazioni all'opera saranno ripresi da: MONTESQUIEU, *De l'Esprit de lois. Avec les notes de l'auteur et un choix des observations de Dupin, Crevier, Voltaire, Malby, La Harpre, Servan, etc.*, Paris, Libraire de Firmin Didot Frères, 1844.

<sup>12</sup> L'acuta definizione è di Giovanni Tarello: G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Op. cit., cit. p. 262.

<sup>13</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit de lois*, Op. cit., Livre XI, *passim*; cfr.: F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, Op. cit., p. 29. Il concetto di *distribution* utilizzato dall'autore non implica una rigida separazione dei tre poteri, benché la titolarità di ciascuno di essi sia in questa prospettiva affidata a un organo diverso, può ben darsi, anzi talvolta è necessario in un'ottica di pesi e contrappesi, che il medesimo soggetto partecipi all'esercizio di più funzioni. Molto chiaramente lo stesso Montesquieu nel libro V afferma: «Pour former un gouvernement modéré, il faut combiner les puissances, les régler, les tempérer, les faire agir; donner, pour ainsi dire, un lest à l'une pour la mettre en état de résister à une autre: c'est un chef-d'œuvre de législation que le hasard fait rarement, et que rarement on laisse faire à la prudence.», MONTESQUIEU, *De l'Esprit de lois*, Op. cit., cit. p. 56. Cfr.: F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, Op. cit., p. 36-38. Per un'introduzione al tema della separazione dei poteri si veda anche A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009. Con riferimento alla teoria della separazione dei poteri, con particolare riferimento al caso francese e a Montesquieu, si veda anche: M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1980; ID., *Le nuove separazioni dei poteri*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007.

per sé autonoma, che acquisisce valore solo strumentalmente al perseguimento di un obiettivo ben specifico: il maggior grado di libertà possibile nei confronti dell'autorità statale<sup>14</sup>. È in quest'ottica che Montesquieu afferma, in sintonia con Locke<sup>15</sup>, che per evitare abusi da parte del detentore della sovranità sia necessario porre a quest'ultima dei limiti, frazionandola in diverse funzioni che si oppongano tra loro vicendevolmente. Da qui il celebre incipit del capitolo VI (*De la constitution d'Angleterre*)<sup>16</sup>:

«Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit de gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois [...] et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre [...] établit la sûreté [...] Par la troisième, il punit les crimes ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger; et l'autre, simplement la puissance exécutrice de l'État.»<sup>17</sup>.

È sempre in questa prospettiva, relativa e funzionale, che va inquadrata la descrizione che l'autore dà della funzione giurisdizionale (*punit les crimes ou juge les différends des particuliers*). Da un lato - grande novità de *De l'Esprit de lois* - le conferisce una rilevanza autonoma, dall'altro, però, tutta lo sforzo teorizzante è finalizzato a rendere questo potere

---

<sup>14</sup> «La séparation des pouvoirs, c'est donc la lutte contre les tyrans», B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *De la séparation des pouvoirs*, in AA. VV., *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, Op. cit., pp. 161-181, cit. p. 161. Cfr.: F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, Op. cit., pp. 33-34. Montesquieu fa riferimento alla c.d. libertà politica (*liberté politique*) che coinciderebbe con «le droit de faire tout ce que les lois permettent [...] cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté», MONTESQUIEU, *De l'Esprit de lois*, Op. cit., cit. pp. 127 e 129.

<sup>15</sup> Circa l'influenza di Locke e di altri autori inglesi su Montesquieu si rinvia a: J. DEDIEU, *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France. Les sources anglaises de l'Esprit des Lois*, Paris, J. Gabalda, 1909; R. SHACKLETON, *Montesquieu: a critical biography*, Op. cit., p. 298; H. PUGET, *Montesquieu et l'Angleterre*, in AA. VV., *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, Op. cit., pp. 275-311.

<sup>16</sup> La costituzione inglese non coincide con la descrizione di Montesquieu, che pur ben la conosceva avendo soggiornato oltremarina agli inizi degli anni Trenta del XVIII secolo e avendo probabilmente redatto le pagine in esame non appena tornato in patria. In particolare, l'ordinamento britannico non si svolgeva allora secondo una distribuzione dei poteri come quella individuata dall'autore. Tali divergenze in parte possono essere comprese tenendo a mente che lo scopo di queste righe non è meramente illustrativo, ma propositivo: Montesquieu teorizza un regime in cui la libertà politica possa essere garantita in massimo grado, tralasciando volutamente gli aspetti più fattuali della questione: «Ce n'est point à moi à examiner si les Anglais jouissent actuellement de cette liberté, ou non. Il me suffit de dire qu'elle est établie par leurs lois, et je n'en cherche pas davantage.», MONTESQUIEU, *De l'Esprit de lois*, Op. cit., cit. p. 137. Cfr.: «La séparation des pouvoirs [...] n'était pas le régime de l'Angleterre de son temps, et ne l'a été dans aucun temps; elle n'a existé chez aucun autre peuple connu», C. SEIGNOBOS, *La séparation des pouvoirs*, cit. in B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *De la séparation des pouvoirs*, Op. cit., cit. p. 162; R. SHACKLETON, *Montesquieu: a critical biography*, Op. cit., pp. 210-217 e 285; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Op. cit., p. 289; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, Op. cit., pp. 42-45. Per quanto concerne l'effettivo funzionamento dell'ordinamento inglese e la lettura che di esso hanno dato gli autori politici del Settecento si rinvia a: M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 190-196.

<sup>17</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit de lois*, Op. cit., cit. pp. 128-129.

«si terrible parmi les homme [...] pour ainsi dire, invisible et nulle.»<sup>18</sup>. Per attuare tale programma le direttive proposte dall'autore sono plurime: temporaneità e non professionalità della magistratura, ampie possibilità di riconsiliazione da parte degli imputati e soprattutto - al fine di perseguire la certezza del diritto - passività totale degli organi giudicanti nei confronti della legge, già ora appellata, con una formula nel contesto equivoca ma indubbiamente significativa in ottica prospettica: «volonté générale de l'État»<sup>19</sup>. È qui che prende forma compiuta la teoria della giurisprudenza meccanica che tanto favore troverà presso i futuri epigoni: «[...] les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.»<sup>20</sup>. Per utilizzare il lessico di René Descartes, padre nobile della lunga stagione del pensiero che culminerà nell'illuminismo, il giudice è ridefinito come mera *res extensa* (*être inanimé*)<sup>21</sup>.

La riflessione di Montesquieu, come noto, influenzerà la storia costituzionale da un lato all'altro dell'Atlantico con esiti vari e tra loro assai diversi<sup>22</sup>. In Francia sarà

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, cit. p. 130. I due aggettivi - invisibile e nullo - non sembrano connotati da una valenza negativa, semplicemente, come spiegherà l'autore subito appresso, indicano come, a differenza degli altri due poteri, il giudiziario non abbia una collocazione stabile in un organo permanente connesso ad un ceto o una professione. Cfr.: A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., p. 126; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, Op. cit., pp. 34-35.

<sup>19</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit de lois*, Op. cit., cit. p. 30. Il passaggio necessita di alcune precisazioni. Evidentemente nel dare questa descrizione Montesquieu ha in mente la giuria inglese e non il giudice togato, le cui caratteristiche sono anzi antitetico a quelle qui proposte: stabilità, professionalità e ampia autonomia se non primazia sul diritto legislativo. Benché suggestiva l'espressione "volontà generale" è molto distante dal concetto omonimo, dai tratti trascendentali, elaborato da Rousseau e fondato sul presupposto, non congeniale all'analisi di Montesquieu, della sovranità popolare. V. *infra*.

<sup>20</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit de lois*, Op. cit., cit. pp. 134-135. Cfr.: A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., pp. 125-127.

<sup>21</sup> La lettura in senso meccanicistico della giurisdizione inglese, nonostante la scarsa corrispondenza alla realtà d'oltremontana, è radicata in Montesquieu: «En Angleterre, les jurés décident si le fait qui a été porté devant eux est prouvé ou non; et, s'il est prouvé, le juge prononce la peine que la loi inflige pour ce fait: et, pour cela, il ne lui faut que des yeux.», MONTESQUIEU, *De l'Esprit de lois*, Op. cit., cit. p. 67.

<sup>22</sup> «nei termini del Montesquieu verranno fraseggiate pressoché tutte le dottrine costituzionalistiche del Settecento e dell'Ottocento.», G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Op. cit., cit. p. 290. Sull'influenza del pensiero di Montesquieu vedi anche: *Ibidem*, pp. 296-298; P. BASTID, *Montesquieu et les Etats-Unis*, in AA. VV., *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, Op. cit., pp. 314-321; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, Op. cit., pp. 48 e ss. Cfr.: G. RESCIGNO, *Note sull'indipendenza della magistratura alla luce della Costituzione e delle controversie attuali, in Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, Op. cit., pp. 363-387, pp. 369-370. Ancora oggi il pensiero di Montesquieu è centrale nel dibattito pubblicistico, particolarmente noto è il recente tentativo di superare le interpretazioni più rigide della dottrina della tripartizione dei poteri abbozzato, con sensibilità tutta anglosassone, da Bruce Ackerman: «Almost three centuries later, it is past time to rethink Montesquieu's holy trinity.», B. ACKERMAN, *Good-bye, Montesquieu*, in AA. VV., *Comparative Administrative Law*, edited by S. ROSE-ACKERMAN, P. L. LINDSETH, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 128-133, cit. p. 129.

protagonista assoluta «della costruzione culturale dell'Illuminismo»<sup>23</sup>, come anche testimoniato dai numerosi riferimenti al barone di La Brède contenuti all'interno delle voci dell'*Encyclopédie* e dall'elogio che d'Alembert stesso gli dedicherà definendolo: «Bienfaiteur de l'Humanité par ses écrits»<sup>24</sup>. La dottrina della separazione dei poteri assurgerà, infine, nel 1789 a principio imprescindibile dello stato di diritto come sancito dal celebre art. 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*: «Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.»<sup>25</sup>. A partire da questo momento, nonostante le varie vicissitudini politiche – il regime napoleonico, la Restaurazione – detto assioma conformerà di sé le carte costituzionali di tutta Europa<sup>26</sup>.

Tutto ciò però merita una precisazione: le applicazioni concrete, che a partire proprio dal 1789 si tenteranno in Francia di tale costrutto, non sono di per sé immediatamente conseguenti e finanche coerenti con la lettera del testo del 1748<sup>27</sup>. Alla teorizzazione di un giudice diafano e automa non sembra coincidere, infatti, in Montesquieu, esso stesso magistrato di decennale esperienza, un giudizio di valore negativo circa la funzione giurisdizionale, che anzi si pone quale ineliminabile garanzia contro gli arbitri degli altri due poteri<sup>28</sup>. Ancora una volta è opportuno ricordare che l'obbiettivo dell'autore nel contesto del libro XI non è quello di descrivere un ordine necessario, ma solo una soluzione atta in massimo grado a preservare la libertà politica e, in quest'ottica, è ugualmente importante limitare l'arbitrio del giudice così come quello del legislatore (e dell'esecutivo)<sup>29</sup>. A essere diverse sono solo le modalità suggerite per attuare questi obiettivi<sup>30</sup>.

---

<sup>23</sup> R. FERRANTE, *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Op. cit., 2015, cit. p. 90.

<sup>24</sup> D'ALEMBERT, *Éloge de M. le président Montesquieu*, in *L'Encyclopédie*, 1751, Tome 5, cit. p. III.

<sup>25</sup> Il testo della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789 è disponibile sul sito internet del *Conseil constitutionnel*: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>.

<sup>26</sup> F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, Op. cit., pp. 59-94.

<sup>27</sup> «La théorie rigide, inflexible de la séparation des pouvoirs n'est pas celle de Montesquieu mais [...] de ses interpréteurs trop zélés, des doctrinaires rigoureux de la Constituante.», B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *De la séparation des pouvoirs*, Op. cit., cit. p. 161-162.

<sup>28</sup> A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., p. 127.

<sup>29</sup> «Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive», MONTESQUIEU, *De l'Esprit de lois*, Op. cit., cit. p. 129.

<sup>30</sup> Il primo obiettivo è perseguito tramite la temporaneità, non professionalità e passività del giudiziario, il secondo tramite logiche diverse ma altrettanto "invalidanti": titolarità affidata due organi congiuntamente - uno eletto dal popolo secondo logiche di rappresentanza e l'altro soggetto esponenziale del mondo nobiliare - tra loro contrapposti per interessi e prerogative, temporaneità, potere di veto dell'esecutivo. *Ibidem*, pp. 132-134.

A questa analisi è quindi in origine in gran parte estranea quella «gigantizzazione della figura del legislatore» che finirà per imporsi quale comune sentire tra i *philosophes* sino a dare vita ad una vera e propria venerazione della legge, concepita quale strumento mistico, unico capace di guidare e trasformare la società e l'uomo in senso razionale verso una sempre maggior felicità<sup>31</sup>. Anzi di per sé le proposte democratico-radicali di Jean Jacques Rousseau, massimo teorizzatore del primato della legge quale espressione della volontà generale, mal si conciliano con le riflessioni del Montesquieu campione delle istanze moderate<sup>32</sup>. La distanza tra i due pensatori è evidente già a partire dal tema della separazione dei poteri, prospettiva che l'autore del *Du contrat social* (1762) rifiuta con veemenza, rivendicando al contrario, per il tramite di similitudini immaginifiche, la piena indivisibilità della sovranità:

«la souveraineté [...] est indivisible. Car la volonté est générale, ou elle ne l'est pas; [...] Mais nos politiques ne pouvant diviser la souveraineté dans son principe, la divisent dans son objet ; ils la divisent en force & en volonté, en puissance législative & en puissance exécutive, en droits d'impôts, de justice, & de guerre, en administration intérieure & en pouvoir de traiter avec l'étranger : tantôt ils confondent toutes ces parties & tantôt ils les séparent ; ils font du Souverain un être fantastique & formé de pieces rapportées; c'est comme s'ils composoient l'homme de plusieurs corps dont l'un auroit des yeux, l'autre des bras, l'autre des pieds, & rien de plus. Les charlatans du Japon depécent, dit-on, un enfant aux yeux des spectateurs, puis jettant en l'air tous ses membres l'un après l'autre, ils font retomber l'enfant vivant & tout rassemblé. Tels sont à peu près les tours

---

<sup>31</sup> «Le premier des cultes, c'est la loi», disait-on alors», J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, in R. BADINTER (dir.), *Une autre Justice 1789-1799*, Paris, Fayard, 1989, p. 225-241, cit. p. 226; con riferimento all'azione del legislatore rivoluzionario: «cieco feticismo per la onnipotenza della Legge, per la illimitata autorità del potere legislativo», P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 401. Cfr.: A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., cit. p. 113; P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 91-98. Sui temi, caratterizzanti questa fase dell'esperienza storico-giuridica, dell'assolutismo legislativo e della riduzione del diritto a legge, in ottica critica, si rinvia a P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2016, pp. 129 e ss.; ID, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*. Come emerso vi è in effetti, implicita in Montesquieu, una gerarchia tra legge e giudice, che si esprime nella passività del secondo rispetto alla prima. Questa è però giustificata da logiche tutte funzionali, meccaniche per l'appunto, e non appare riconnessa a diverse valutazioni assiologiche. Lo scopo è, infatti, sempre quello di garantire la libertà, una delle cui premesse è la certezza del diritto: «[...] si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte.», MONTESQUIEU, *De l'Esprit de lois*, Op. cit., cit. p. 130. Per un'interpretazione più rigida della subordinazione tra i due poteri in Montesquieu, si veda: P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Op. cit.*, pp. 111-115.

<sup>32</sup> Per una prima introduzione al pensiero di Rousseau, «Il rappresentante più geniale dell'Illuminismo francese» si rinvia per tutti a: E. BERTI, F. VOLPI, *Storia della filosofia dall'antichità a oggi*, Op. cit., pp. 446-450, cit. p. 446; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., pp. 158-167; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Op. cit., pp. 320-330; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, Op. cit., pp. 60-61.

de gobelets de nos politiques; après avoir démembré le corps social par un prestige digne de la foire, ils rassemblent les pieces on ne sait comment. Cette erreur vient de ne s'être pas fait des notions exactes de l'autorité souveraine, & d'avoir pris pour des parties de cette autorité ce qui n'en étoit que des émanations.»<sup>33</sup>.

Con riferimento poi alla tematica del rapporto tra giudice e norma positiva, paradossalmente, proprio il filosofo ginevrino sembra rivendicare uno spazio di autonomia maggiore per la giurisdizione rispetto alle asserzioni meccanicistiche de *De l'esprit des lois*. Egli, in una delle sue ultime opere, le *Considérations sur le gouvernement de Pologne* (1772), secondo una logica ancora estranea a quello che sarà il dogma della completezza napoleonico, si esprime infatti per una risoluzione tutta giudiziale di quelle questioni che non siano regolate dalla legge: «& les questions qui n'y [nei codici] seront pas décidées doivent l'être par le bon sens & l'intégrité des juges.»<sup>34</sup>.

I due autori avanzano addirittura considerazioni affatto diverse proprio con riferimento al tema della *cassation*. Né Montesquieu, né Rousseau in realtà trattano in modo puntuale tale istituto, allora ancora tematica troppo tecnica e marginale per essere oggetto delle loro ampie riflessioni, ma dal tenore di alcuni scritti si può dedurre chiaramente la loro opinione a riguardo. Il fu Presidente del *Parlement* di Bordeaux si mostra assai critico nei confronti delle attribuzioni giudiziarie del *Conseil du roi*: «C'est encore un grand inconvénient dans la monarchie que les ministres du prince jugent eux-mêmes les affaires contentieuses [...] Il y a, par la nature des choses, une espèce de contradiction entre le conseil du monarque et ses tribunaux»<sup>35</sup>. Diversamente il filosofo ginevrino non

---

<sup>33</sup> J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social ou Les Principes du droit politique*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762, cit. pp. 51-53.

<sup>34</sup> In questo contesto Rousseau rivendica la necessità di una codificazione chiara, breve e precisa che possa permettere il superamento definitivo della tradizione romanistica e consuetudinaria, in armonia con il sentire più diffuso tra i *philosophes*, suggerisce però in ottica residuale l'opportunità di uno spazio anche per la discrezionalità del giudice sul presupposto, implicito, della non completezza del dato legislativo, J.-J. ROUSSEAU, *Considérations sur le gouvernement de Pologne, et sur sa réformation projetée*, Londres, 1782, cit. p. 105.

<sup>35</sup> Montesquieu si mostra critico nei confronti di un re, come aspirava ad essere quello francese di età moderna, che assomma in sé anche le funzioni di giudice supremo. Tale avversione è resa palese al libro VI (*Conséquences des principes des gouvernements, par rapport à la simplicité des lois civiles et criminelles, la forme des jugements, et l'établissement des peines*) de *De l'Esprit de lois*, dove afferma che tipicamente il sovrano coincide con il giudice nei governi dispotici e non nelle monarchie: «Dans les États despotiques, le prince peut juger lui-même. Il ne le peut dans les monarchies: la constitution serait détruite, les pouvoirs intermédiaires dépendants, anéantis; on verrait cesser toutes les formalités des jugements; la crainte s'emparerait de tous les esprits; on verrait la pâleur sur tous les visages; plus de confiance, plus d'honneur, plus d'amour, plus de sûreté, plus de monarchie. [...] Les jugements rendus par le prince seraient une source intarissable d'injustice et d'abus; les courtisans extorqueraient, par leur impunité, ses jugements.». Medesimo discorso come visto viene proposto con riferimento alla giustizia esercitata non direttamente dal monarca ma dai suoi ministri. MONTESQUIEU, *De l'Esprit de lois*, Op. cit., cit. pp. 68, 69 e 70. È opportuno ricordare come queste affermazioni non siano estranee alla dialettica conflittuale tra

nasconde un certo *favor* per un sovrano capace di rimediare agli sbagli commessi da un magistrato ingiusto fungendo da argine alle iniquità: «Il n'y a point d'état au monde où le sujet lésé par un magistrat injuste ne puisse, par quelque voie, porter sa plainte au souverain; et la crainte que cette ressource inspire est un frein qui contient beaucoup d'iniquités.». Vieppiù l'autore parla esplicitamente della *cassation* come di un vantaggio: «En France même, où l'attachement des parlements aux lois est extrême, la voie judiciaire est ouverte contre eux en plusieurs cas par des requêtes en cassation d'arrêt. Les Genevois sont privés d'un pareil avantage»<sup>36</sup>.

Nonostante tali differenze, sarà proprio, però, dalla lettura in “combinato disposto” delle teorie della separazione dei poteri, della giurisprudenza meccanica e delle acquisizioni legate alla pretesa superiore dignità della legge, il tutto condito con ansie anti-giurisprudenziali - «L'interpréter [la loi], c'est presque toujours la corrompre.»<sup>37</sup> -, che porterà alla ridefinizione dell'ordine giudiziario come corpo distinto da quello del re e alla sua subordinazione rispetto al legislativo. Le due prospettive che, negli anni a seguire, modelleranno, con esiti non sempre facilmente predittibili, la teoria della *cassation*<sup>38</sup>.

D'altro canto, la continua necessità di assestamento del sistema di giustizia inaugurato dall'azione politica del 1789 – instabilità cui non è estranea la commistione di premesse concettuali eterogenee – si rivelerà uno dei fattori che consentirà al neonato *Tribunal* di

---

*Parlements* e *Conseil* cui l'autore partecipa attivamente propendendo a favore dei primi sia per convinzioni politiche - necessità di tutelare i corpi intermedi per evitare degenerazioni dispotiche – che per esperienza biografica - fu membro di primo piano del *Parlement* di Bordeaux. Ciononostante, l'autore non giungerà ad aderire completamente alle tesi più radicali dei parlamentari evidentemente in contrasto con la piena valorizzazione di tutti i poteri intermedi da lui auspicata: F. MAZZANTI PEPE, *Le aspirazioni del Parlamento di Parigi a una funzione sostitutiva degli Stati generali (1715-1771)*, in *Annali della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Genova*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 609-50, p. 640 e nota 114.

<sup>36</sup> Il contesto letterario in cui Rousseau avanza queste considerazioni non è indifferente: siamo nell'ambito delle *Lettres écrites de la Montagne* (1764), un testo particolare, dal carattere apologetico, in cui il filosofo difende le sue tesi condannate dalle autorità ginevrine mettendo in luce le contraddizioni e la degenerazione della città Svizzera. J.-J. ROUSSEAU, *Lettres écrites de la Montagne*, in *Oeuvres de J.J. Rousseau*, Vol. 10, Paris, Werdet et Lequien fils, 1876, cit. pp. 385 e 386.

<sup>37</sup> La citazione è tratta dal *Dictionnaire philosophique* (1764) di Voltaire, manifesto, non sempre avveduto e coerente, dell'anti-giurisprudenzialità illuminista: VOLTAIRE, voce *Lois civiles et ecclésiastiques*, in *Dictionnaire Philosophique*, in *Œuvres complètes de Voltaire*, Paris, Garnier, 1878, Tome 19, cit. p. 626.

<sup>38</sup> V. *infra*. All'accostamento, e talvolta alla volgarizzazione e all'exasperazione, di queste diverse dottrine contribuì in gran parte l'*Encyclopédie* e in particolare le voci redatte dall'ecclettico medico Louis de Jaucourt, il quale avrebbe cercato di «combinare le idee di Montesquieu [...] sulla natura meccanica dell'attività giudiziale con quelle di Voltaire [...] e perfino con quelle di Rousseau», A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., cit. p. 137. Sul punto Cavanna riprende la tesi di Tarello: G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Op. cit., cit. p. 336; P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo*. Op. cit., pp. 111-115.

conquistare una sua propria autonomia e di superare la minorità in cui talune ibridazioni teoriche l'avrebbero voluto confinato<sup>39</sup>.

## 2.2. Le ultime riforme di Maupeou e Lamoignon

Precisato il retroterra culturale di riferimento, è possibile affrontare con maggior consapevolezza le vicende che condussero agli sviluppi istituzionali di nostro precipuo interesse.

Nel 1789, grazie anche al diffondersi delle idee dei *philosophes*, la questione della giustizia e della razionalizzazione dell'ordinamento erano al centro del dibattito pubblico. Negli anni immediatamente precedenti non erano mancate le riflessioni da parte dei più "illuminati" funzionari della monarchia su tali temi, ma esse si erano rivelate o eccessivamente timide o troppo tardive e quindi incapaci di incidere significativamente sulla realtà e lo *status quo*<sup>40</sup>.

Tra il 1770 e il 1771, quando il regno di Luigi XV si stava avviando a conclusione, fu il Cancelliere Maupeou che tentò di riordinare l'amministrazione della giustizia sopprimendo la venalità delle cariche dei membri dei *Parlements* in favore della nomina regia, ridisegnando le garanzie di indipendenza e inamovibilità degli alti magistrati e ridimensionando la giurisdizione e le prerogative del *Parlement de Paris*<sup>41</sup>. Come prevedibile, i parlamentari si opposero con vigore alle innovazioni, che si sostanziano

---

<sup>39</sup> La consapevolezza della distanza tra Rivoluzione e teoria illuminista è ben presente negli attori più lucidi di questa stagione, note sono le parole di Robespierre: «La théorie du gouvernement révolutionnaire est aussi neuve que la Révolution qui l'a amené. Il ne faut pas la chercher dans les livres des écrivains politiques qui n'ont point prévu cette révolution», ROBESPIERRE, *Séance du 5 nivôse an II (Mercredi 25 décembre 1793)*, in *Arch. parl.*, LXXXII, cit. p. 300. D'altronde lo stesso Rousseau, il meno moderato tra gli illuministi francesi, avrebbe anzitempo rinnegato ogni collusione con la Rivoluzione e in particolare con la fase giacobina: «à mon avis le sang d'un seul homme est d'un plus grand prix que la liberté de tout le genre humain.», *Rousseau à la comtesse de Wartensleben, 27 septembre 1766*, cit. in O. MOSTEFAI, *Jean-Jacques Rousseau écrivain polémique. Querelles, disputes et controverses au siècle des Lumières*, Leiden-Boston, Brill-Rodopi, 2016, p. 160. Cfr.: «la storiografia recente ha bene chiarito come sia erroneo ritenere la rivoluzione quale sbocco naturale del programma dei *philosophes*. Al contrario, nessuno di loro l'aveva prevista e molti di loro l'avrebbero condannata», A. PADOA-SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Op. cit., cit. p. 451; «Possiamo dunque concludere che l'illuminismo non causò la Rivoluzione, ma sopravvisse lungo il corso di essa conservandosi nel linguaggio, nelle enunciazioni di principio, negli schemi concettuali che i rivoluzionari recepirono ai *propri fini*», A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., cit. p. 400.

<sup>40</sup> R. SZRAMKIEWICZ, J. BOUINEAU, *Histoire des institutions, 1750-1914: droit et société en France de la fin de l'Ancien Régime à la Première guerre mondiale*, Op. cit., p. 70; J. ELLUL, Op. cit., pp. 152-159.

<sup>41</sup> Sulla figura di Maupeou (1714-1792) si rinvia a: E. TILEET, voce *Maupeou René-Nicolas-Charles-Augustin de*, in *Dictionnaire historiques des juristes français, XIIIe-XXe siècle*, Op. cit., pp. 550-551.



per loro in una drammatica perdita di potere ed influenza<sup>42</sup>. Negli aspri scontri che seguirono, il Cancelliere con l'appoggio dell'anziano monarca giunse addirittura a condannare numerosi di essi all'esilio. Il conflitto fu però di breve durata perché appena salito al trono, nel 1774, Luigi XVI rinnegò la riforma e ristabilì il vecchio ordine<sup>43</sup>.

Da ultimo, nel 1788, il guardasigilli (*garde des sceaux*) Lamoignon – uno degli esiliati ai tempi di Maupoeu, di cui avversò le politiche – propose un'ulteriore riforma all'insegna della semplificazione dell'ordine giudiziario: riordino del sistema dei gradi di giudizio, soppressione delle giurisdizioni d'eccezione, limitazione della competenza dei *Parlements* a decidere in ultima istanza<sup>44</sup>. Sempre nell'ottica di circoscrivere l'ambito d'azione delle *Cours souveraines*, affidò alcune delle loro funzioni più rilevanti a un diverso e innovativo consenso, la *Cour Plénière*. Questa sarebbe stata formata in maggioranza da individui scelti dal sovrano tra i rappresentati dell'aristocrazia, dei vari corpi intermedi e dei diversi ordini del regno e avrebbe avuto il compito, essenzialmente, di registrare gli atti normativi generali applicabili a tutta la nazione così da garantire l'uniformità della legislazione:

«Moyennant ce rétablissement légal et perpétuel de notre cour plénière, il n'y aura désormais pour tous nos états qu'un enregistrement unique et solennel de toutes nos lois générales, et ces lois, ainsi promulguées par une seule cour, ne seront plus exposées à perdre, tantôt par défaut de vérification, tantôt par des modifications particulières qui en rendent l'exécution incertaine et variable, le caractère d'universalité et d'uniformité qu'elles doivent avoir dans toute l'étendue de notre royaume.»<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Per un primo inquadramento circa il tentativo di ridimensionare l'influenza dei *Parlements* – percepito dai parlamentari come un vero e proprio colpo di stato - e il conseguente insuccesso: F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Op. cit., pp. 664-667. R. SZRAMKIEWICZ, J. BOUINEAU, *Histoire des institutions, 1750-1914: droit et société en France de la fin de l'Ancien Régime à la Première guerre mondiale*, Op. cit., pp. 70-71; J. ELLUL, *Storia delle istituzioni. L'età moderna e contemporanea dal XVI al XIX secolo*, Op. cit., pp. 47-48 e 155.

<sup>43</sup> «trop désireux d'être aimé. Le nouveau roi Louis XVI retire l'édit [...] On revient au *statu quo ante*.», R. SZRAMKIEWICZ, J. BOUINEAU, *Histoire des institutions, 1750-1914: droit et société en France de la fin de l'Ancien Régime à la Première guerre mondiale*, Op. cit., cit. p. 71.

<sup>44</sup> Su Lamoignon (1721-1794), giurista lungimirante che difese coraggiosamente, insieme a Tronchet e Desèze, Luigi XVI dinnanzi alla Convenzione nel 1792 e che per questo venne poi ghigliottinato, si rinvia a: C. MENGÈS-LE PAPE, voce *Malesherbes Chrétien-Guillaume de Lamoignon de*, in *Dictionnaire historiques des juristes français, XIIe-XXe siècle*, Op. cit., pp. 529-530. Sul tentativo infruttuoso di riforma: M. MARION, *Le garde des sceaux Lamoignon et la réforme judiciaire de 1788*, Paris, Hachette, 1905; F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Op. cit., pp. 670-671; ID., *L'absolutisme français; suivi de Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle*, Paris, Loysel, 1988, pp. 522-533; R. SZRAMKIEWICZ, J. BOUINEAU, *Histoire des institutions, 1750-1914: droit et société en France de la fin de l'Ancien Régime à la Première guerre mondiale*, Op. cit., pp. 71-72; E. SOMMA, *Juge naturel e ordinamento giudiziario francese 1790-1795*, Milano, Giuffrè, 2013, pp.11-13.

<sup>45</sup> *Edit portant rétablissement de la cour plénière*, in F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises, Depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, Paris, 1821-1833, Tome XXVIII, cit. p. 563.

Avrebbero partecipato alle relative sedute anche i membri della *Grand Chambre* del *Parlement de Paris*, una minoranza però rispetto alla componente di nomina regia<sup>46</sup>. Nuovamente il partito parlamentare insorse, questa volta sostenuto da buona parte dell'opinione pubblica, e la coraggiosa proposta di Lamoignon non vide mai attuazione perdendosi così negli eventi concitati che condussero, di lì a poco, all'imprevedibile epilogo rivoluzionario<sup>47</sup>.

Al di là però degli effettivi risultati, l'attenzione che i più acuti ministri della monarchia dedicarono alla lotta al particolarismo giuridico, al perseguimento di una giustizia "illuminata" e all'uniformità del diritto è comunque un dato significativo, tanto più che ciò avvenne in Francia, paese usualmente ricordato per non aver concesso, a livello istituzionale, ampi spazi alle prospettive riformatrici più coraggiose a differenza dei dispotismi illuminati di stampo germanofono<sup>48</sup>. Ancor più interessante è che Lamoignon tentò di attuare tale ultimo obiettivo con l'istituzione di un'innovativa «*cour unique, dépositaire des lois communes à tout le royaume*»<sup>49</sup>. Certo la soluzione è ancora quella del controllo *ex ante* dell'*enregistrement*, eppure è già evidente la tensione all'uniformazione che si rivelerà essere tanto importante nel futuro del *Tribunal de cassation*.

Lo stesso Maupeou, sebbene dai suoi tentativi di riforma presto abortiti ciò non sembri emergere esplicitamente, dimostrò di non essere indifferente a logiche *lato sensu*

---

<sup>46</sup> «La cour plénière sera composée de notre chancelier ou de notre garde des sceaux , de la grand' chambre de notre cour de parlement de Paris [...] Notre grand-aumônier , grand-maitre de notre maison, grand-chambellan et grand-écuyer, les archevêques et évêques, maréchaux de France, gouverneurs et lieutenants-généraux de nos provinces, chevaliers de nos ordres et autres personnages, conseillers d'état, maîtres des requêtes, présidents ou conseillers des autres parlements, chambre des comptes et cour des aides, seront par nous nommés aux places à eux des tinées en ladite cour plénière», *Edit portant rétablissement de la cour plénière*, Op. cit., cit. p. 563.

<sup>47</sup> «la réforme souleva dans toute la France une opposition furibonde.», F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Op. cit., cit. p. 670.

<sup>48</sup> Sulla classica differenza tra illuminismo giuridico di area germanica e quello di stampo francese: «la cultura giuridica che viene detta "illuministica" in una particolare area culturale, quella germanica, è [...] la cultura giuridica dei sovrani e dei loro funzionari, e si pone al servizio di un'operazione di riorganizzazione politica [...] In [...] Francia, la cultura giuridica che viene detta illuministica non è affatto identificabile con la cultura giuridica del potere politico; gli uomini dei lumi, di solito, non sono funzionari [...] l'illuminismo francese col tempo tende ad assumere aspetti, e a progredire verso esiti, sovvertitori.», G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Op. cit., cit. p. 226. Per una prospettiva che sottolinea il tentativo da parte della monarchia francese di introdurre innovazioni amministrative e giudiziarie, sebbene «disorganiche, disordinate e incomplete», si rinvia a: A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., cit. p. 66.

<sup>49</sup> *Discours du roi, à l'ouverture du lit de justice tenu à Versailles le 8 mai 1788*, in *Réimpression de l'ancien Moniteur: seule histoire authentique et inaltérée de la Révolution française depuis la réunion des Etats-généraux jusqu'au Consulat (mai 1789-novembre 1799) avec des notes explicatives*, Vol. 1, Paris, Plon Frères, 1843, cit. p. 295.

nomofilattiche da perseguirsi per il tramite di una corte unica per tutta la Francia. Il fu Cancelliere proprio nel 1789, infatti, indirizzò a Luigi XVI alcune sue memorie all'interno delle quali riprese letteralmente, condividendone quindi lo spirito, alcune riflessioni che gli erano state proposte nel 1769 da un giovane Charles-François Lebrun<sup>50</sup>. Esse vertevano proprio sulla necessità di trasformare il *Conseil des parties* in una corte composta da soli magistrati togati, deputata a garantire il rispetto della legge da parte degli altri tribunali e a indicare i cambiamenti necessari nella legislazione; lo scritto è molto evocativo:

«Il faut donc un tribunal dont les lumières puissent commander le respect aux autres tribunaux; qui les rappelle à la lettre des lois quand ils s'en écartent; qui leur en développe l'esprit et les motifs; qui, dans cette mobilité perpétuelle des mœurs et des usages, puisse indiquer les changements que doit éprouver la législation, en rapprocher les parties, leur donner cet ensemble, cette harmonie qui leur assure la confiance et la vénération du peuple, et en garantisse la durée. [...] Le conseil des parties pourrait n'être formé que de magistrats dont toute la vie serait consacrée aux fonctions de l'ordre judiciaire»<sup>51</sup>.

Ancora una volta lo spettro della Corte di cassazione sembra emergere dalle nebbie della tarda monarchia francese. Queste intuizioni, sintomatiche di un orientamento diffuso, non ebbero la forza però di provocare significativi cambiamenti.

---

<sup>50</sup> Charles-François Lebrun (1739–1824), avvocato, fu segretario e protetto di Maupeou, partecipò attivamente alle vicende della Rivoluzione e dopo i fatti del 18 Brumaio divenne terzo console con Napoleone. Al mutare dei regimi rimase sempre fedele a quest'ultimo. A partire dalla Restaurazione si ritirò dalla vita pubblica. Il figlio Anne-Charles pubblicò postumi, nel 1829, i suoi *Opinions, rapports et choix d'écrits politiques*. A. M. GHISALBERTI, *LEBRUN, Charles-François, duca di Piacenza*, in *Enciclopedia Italiana*, 1933, consultabile all'indirizzo: [https://www.treccani.it/enciclopedia/lebrun-charles-francois-duca-di-piacenza\\_%28Enciclopedia-Italiana%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/lebrun-charles-francois-duca-di-piacenza_%28Enciclopedia-Italiana%29/).

<sup>51</sup> Il testo è veramente suggestivo e la tentazione di leggerlo con le lenti dell'attualità è comprensibilmente forte, la prospettiva (almeno quella dichiarata) al di là però degli echi contemporaneisti è ancora quella tipica di *ancien régime*: «La justice suprême est dans les mains du souverain. C'est au pied du trône qu'elle doit résider dans tout son éclat et dans toute sa pureté.». Ciò che è però evidente è come le istanze per una giustizia più razionale siano ormai patrimonio comune dei migliori giuristi francesi, più o meno affini all'illuminismo, più o meno incardinati nei ranghi della monarchia. Il testo è tratto da C.-F. LEBRUN, *Opinions rapports et choix d'écrits politiques / de Charles-François Lebrun, Duc de Plaisance; recueillis et mis en ordre par son fils aîné; et précédés d'une notice biographique*, Paris, Chez Bossange, 1829, cit. p. 178. Le riflessioni di Lebrun, all'epoca segretario di Maupeou, sono riprese alla lettera da quest'ultimo; la memoria del Cancelliere di Luigi XVI, con il titolo di *Compte rendu présenté par Maupeou au roi Louis XVI en 1789*, è riprodotta in appendice a J. FLAMMERMONT, *Le Chancelier Maupeou et les parlements*, Paris, Alphonse Picard, 1883, pp 599-646. Secondo lo stesso Jules Flammermont, che richiama esplicitamente il libro di Lebrun del 1829, siamo davanti a: «un mémoire, rédigé en 1769 par Lebrun pour le chancelier et employé plus tard pour la rédaction du Compte rendu; Maupeou se borna en 1789 à transformer en projets sérieux les élucubrations de son jeune secrétaire», *ibidem.*, cit. p. VI.

### 2.3. La riforma della giustizia e la cassation nei cahiers de doléances

Anche in seguito agli insuccessi da ultimo richiamati sorse, nell'estate del 1788, la necessità di convocare - dopo più di centocinquanta anni dall'ultima indizione avvenuta sotto Luigi XIII nel 1614 - l'assemblea consultiva degli Stati generali, un atavico istituto rappresentativo dei tre ceti in cui era, idealmente, suddivisa la società francese: alto clero, nobiltà e terzo stato<sup>52</sup>. L'obiettivo del monarca era principalmente quello di individuare una soluzione per risanare il deficit del bilancio pubblico, costantemente in crescita dai tempi di Luigi XIV e ormai non più sostenibile a causa soprattutto delle ripetute vicende belliche in cui si trovò coinvolta la Francia nell'ultimo secolo: guerra di successione spagnola (1701-1714), guerra di successione austriaca (1740-1748), guerra dei sette anni (1756-1763), guerra di indipendenza americana (1778-1783)<sup>53</sup>. Oltre ai temi connessi alla crisi economica, l'occasione apparve però propizia per fare il punto sui molti mali che attanagliavano il regno: tra questi vi era evidentemente anche quello della giustizia. Le richieste di riforma in questo ambito caratterizzavano in particolare i *cahiers de doléances* predisposti per l'occasione dai rappresentanti del terzo stato, quelli comprensibilmente più favorevoli a un superamento della tradizione, talvolta anche radicale<sup>54</sup>. A discapito, però, della varietà dei contesti di provenienza - città e campagne, borghesi, nobili, clero e contadini - è possibile comunque individuare a questo riguardo una tensione riformatrice ricorrente e trasversale a tutti i ceti<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Circa le vicende che condussero a questa risoluzione del re: J. ELLUL, *Storia delle istituzioni. L'età moderna e contemporanea dal XVI al XIX secolo*, Op. cit., pp. 163-164; F. OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français: suivi de Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle*, Op. cit., pp. 533-543.

<sup>53</sup> A. PADOA-SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Op. cit., p. 452.

<sup>54</sup> Sulle tematiche inerenti la riforma della giustizia nei *cahiers de doléances*: E. CHAMPION, *La France d'après les cahiers de 1789*, Paris, A. Colin, 1897; E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la révolution: 1789-1792*, Paris, Librairie Plon, I, 1901; R. AUBIN, *L'organisation judiciaire d'après les Cahiers de 1789*, Paris, Jouve, 1928; F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Op. cit., pp. 673-675; A. LEBIGRE, *1789: la justice dans tous ses états*, in *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, pp. 39-55; A. PADOA-SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Op. cit., p. 452-454; E. SOMMA, *Juge naturel e ordinamento giudiziario francese 1790-1795*, Op. cit., pp. 13-19.

<sup>55</sup> «Le régime judiciaire sous lequel a vécu la France est condamné. Ce ne sont pas seulement les députés du tiers qui réclament les réformes; entraînés par le mouvement général, les ordres privilégiés donnent à leurs représentants des mandats qui tendent à préparer la rénovation nationale. [...] Cette transformation est impossible si les principes d'après lesquels la monarchie avait organisé les tribunaux ne disparaissent pas avec le système dont ils sont un rouage essentiel.», E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la révolution: 1789-1792*, Op. cit., cit. p. 171. L'insieme dei *cahiers de doléances* è contenuto nei primi sei volumi degli *Archives parlementaires: Archives parlementaires de 1787 à 1860*, sous la direction de M. J. MAVIDAL et de M. E. LAURENT [d'ora in poi *Arch. parl.*]. Gli *Archives parlementaires* sono una poderosa raccolta di tutti i dibattiti politici e parlamentari svoltisi tra il 1789 e il 1860. L'opera venne iniziata nel 1862, sotto il Secondo impero di Napoleone III, ed è continuata sino al secolo scorso. Essa è divisa in due

A guidare le istanze di cambiamento, nel campo dell'amministrazione della giustizia, fu il principio di separazione dei poteri, ormai ampiamente penetrato nella coscienza collettiva; evidente è l'influenza di Montesquieu: «dans tous les Etats politiques il existe trois pouvoirs, qui sont le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, et le pouvoir judiciaire [...] ces pouvoirs doivent être distincts dans leur exercice»<sup>56</sup>. I riferimenti alla cultura illuminista sono evidenti e talvolta anche ben circostanziati:

«l'administration de la justice [...] doit être gratuite [...] la procédure doit être simple et sommaire; que tous les degrés de juridiction inutiles doivent être supprimés [...] les magistrats ont été établis pour le peuple, et non le peuple pour les magistrats [...] par un oubli des principes de toute constitution, tous les pouvoirs se sont confondus dans le pouvoir judiciaire; que, sous le prétexte d'arrêts de règlement, les tribunaux supérieurs se sont attribué une portion du pouvoir législatif»<sup>57</sup>.

Prospettiva diffusa è quella, nota, di una rigida subordinazione del giudice alla legge: «Que, dans les jugements, la lettre de la loi soit toujours suivie, sans pouvoir être interprétée par les juges»<sup>58</sup>.

Anche il nodo della *cassation* viene affrontato a più riprese – il termine compare più di ottanta volte – sebbene non sempre con una precisa cognizione di causa. Il tema ha infatti risvolti tecnici e complessi e non sempre i *cahiers* si dimostrano in grado di discriminare tra questo, gli ulteriori mezzi di impugnativa e le *évocations*<sup>59</sup>. Da una lettura complessiva di queste fonti emerge comunque un certo *favor* per la *demande en cassation*, percepita come uno strumento capace talvolta di supplire alle storture di un sistema

---

parti: la prima va dal 1787-1799 e la seconda dal 1800 al 1860. I primi volumi sono consultabili online agli indirizzi: <https://www.persee.fr/collection/arcpa> (I-CII); <https://sul-philologic.stanford.edu/philologic/archparl/> (I-LXXXII).

<sup>56</sup> *Cahier de Gray (Bailliage d'Amont)*, art. 1, in *Arch. parl.*, I, cit. p. 777; «Le pouvoir judiciaire et législatif ne pouvant être réunis dans la même personne», *Cahier de la noblesse du bailliage de Dôle*, art. 37, in *Arch. parl.*, III, cit. p. 157.

<sup>57</sup> *Cahier de la noblesse du bailliage de Blois*, art. 3, in *Arch. parl.*, II, cit. p. 381.

<sup>58</sup> *Cahier de Bergues-Saint-Vinoc (Bailliage de Bailleul)*, in *Arch. parl.*, II, cit. p. 180; «Il est à souhaiter que le pouvoir judiciaire soit absolument séparé des deux autres, et ne puisse en aucune manière mettre des entraves à l'exercice du pouvoir législatif.» *Cahier du tiers-état du bailliage d'Étampes*, art. 1, in *Arch. parl.* III, cit. p. 283. Cfr.: «Sul tema più specifico dei rapporti tra normazione e giurisdizione, i *cahiers* appaiono sostanzialmente concordi nel rivendicare la separazione dei poteri legislativo e giudiziario e il conseguente divieto di ingerenza reciproca. Ciò sulla base [...] della subordinazione del giudice alla legge attraverso il divieto di *interpretatio*. Preoccupazione [...] risulta la precisa definizione delle prerogative del giudice, allo scopo di pervenire a un radicale ridimensionamento del ruolo politico della magistratura.», P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, Giappichelli, 2005, cit. pp. 14 e 15. Per ulteriori riferimenti testuali nei *cahiers* riguardo questa tematica: *ibidem*, pp. 16-19.

<sup>59</sup> J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., p. 40.

giudiziario caotico e inefficace, da salvaguardare quindi pur al netto di una diffusa volontà di ridurre i gradi di giurisdizione: «Dans toute sorte de matières indistinctement, on doit réduire le nombre des degrés de juridiction à deux, sauf la demande en cassation au Conseil, en cas de contravention aux ordonnances.»<sup>60</sup>. Questo apprezzamento è però sovente accompagnato dalla richiesta di riordinare e semplificare le disposizioni inerenti i possibili motivi di ricorso: «Qu'il n'y ait lieu à la cassation d'aucun arrêt, que dans les seuls cas prévus par la loi.»<sup>61</sup>. Oggetto di sospetto e avversione è in particolare il *motif d'injustice évidente* la cui indefinitezza si presterebbe a facili abusi<sup>62</sup>. Una certa ostilità si registra anche riguardo i pronunciamenti resi su istanza del sovrano - «tous arrêts de propre mouvement seront supprimés»<sup>63</sup>. Precorrendo i contenuti delle future riforme, si insiste sulla necessità di sottrarre al *Conseil* la cognizione del merito, sottolineando l'opportunità di operare il rinvio della controversia al giudice ordinario dopo un'eventuale sentenza di annullamento: «Que votre conseil ne puisse prononcer sur la cassation des arrêts de vos cours que conformément aux ordonnances et sans entrer dans l'examen du fond; qu'il lui soit interdit d'évoquer et de retenir le fond des contestations, et qu'il soit tenu, après le jugement de cassation»<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> *Cahier de doléances de la communauté de Saint-Geniès de Malgoirès, diocèse d'Uzès*, art. 22, in *Cahiers de doléances de la sénéchaussée de Nîmes pour les états généraux de 1789*, Nîmes, A. Chastanier, II, 1906-1909, cit. p. 214.

<sup>61</sup> *Cahier de Fontenay-les-Louvres (Paris)*, art. 9, in *Arch. parl.*, IV, cit. p. 559; «Sa Majesté sera suppliée de ne plus permettre qu'il soit donné aucune commission qui tende à distraire ses sujets de leurs juges naturels, ni qu'il soit prononcé aucune évocation ni cassation que dans les cas prévus et réglés par l'ordonnance.», *Cahier de la noblesse du bailliage de Châlons-sur-Marne*, art. 25, in *Arch. parl.*, II, cit. p. 588; «Que le conseil du Roi ne puisse prononcer que sur les demandes en cassation des arrêts rendus par les cours; que les cas de cassation soient déterminés, et qu'aux Etats généraux On puisse dénoncer les arrêts du conseil qui auront porté quelque atteinte à la règle établie.», *Cahier de la communauté de Rians*, in *Arch. parl.* VI, cit. p. 396; «Réduction des nullités qui opèrent la cassation des procédures criminelles.», *Cahier du tiers-état de l'île de Corse*, art. 10, in *Arch. parl.*, III, cit. p. 41; «La noblesse vote encore pour que désormais les arrêts de cassation soient réduits au seul cas textuellement exprimé par l'ordonnance.», *Cahier de la noblesse du bailliage de Montargis*, art. 5, in *Arch. parl.*, IV, cit. p. 25.

<sup>62</sup> «Les députés demanderont aussi l'abolition de l'usage abusif des évocations au conseil [...] est utile que le conseil conserve le droit de casser les arrêts qui ont jugé contre la disposition des ordonnances, il ne l'est pas moins que ce droit soit restreint à ce cas seulement que le motif d'injustice évidente dont il est si facile d'abuser», *Cahier du tiers-état du bailliage d'Amiens*, in *Arch. parl.*, I, cit. pp. 747 e 748.

<sup>63</sup> *Cahier de la noblesse du bailliage de Nivernais*, art. 3, in *Arch. parl.*, IV, cit. p. 254; «Qu'il ne soit plus donné d'arrêts du propre mouvement pour les affaires des particuliers ou des corps, à moins qu'ils ne soient susceptibles d'opposition.», *Cahier du clergé de paris intra muros*, art. 24, in *Arch. parl.*, V, cit. p. 267; «Plaintes contre les arrêts rendus du propre mouvement du Roi [...] Contre les cassations trop fréquentes des arrêts des cours souveraines», *Cahier du clergé du bailliage de Douai*, in *Arch. parl.*, III, cit. p. 175.

<sup>64</sup> *Cahier des griefs, plaintes et doléances des Etats de Béarn*, art. 14, in *Arch. parl.*, VI, cit. p. 499; «que le conseil, en cassant les arrêts, ne retienne jamais le jugement du fond», *Cahier du tiers-état du bailliage d'Amiens*, Op. cit., cit. p. 748; talvolta le soluzioni proposte anticipano con nitidezza i futuri sviluppi: «Dans les matières de cassation, le conseil du Roi ne pourra jamais prononcer sur le fond des contestations, notamment dans celles où le Roi sera intéressé; mais il sera tenu de renvoyer le jugement au tribunal le plus prochain, de la même nature que celui dont l'arrêt ou jugement aura été anéanti.», *Cahier*

Una particolare menzione merita il *cahier* della nobiltà di Nancy che, oltre alle raccomandazioni più comuni, suggerisce di impedire che la decisione resa in esito a un primo rinvio possa essere nuovamente oggetto di annullamento, così anticipando i termini di un dibattito particolarmente annoso<sup>65</sup>.

Relativamente al soggetto detentore della funzione, non vengono sollevate criticità, il riferimento pacifico è al *Conseil du roi*, saltuariamente viene richiesto di limitare la cognizione alla sola formazione del *Conseil privé*:

«Que les demandes en cassation des arrêts des cours souveraines ne puissent être portées qu'au conseil' d'Etat privé du Roi; que le conseil des dépêches, ni autre, ne puisse, sous aucun prétexte, en prendre connaissance; que les arrêts desdites cours soient exécutés par provision jusqu'à ce que les jugements de cassation aient été signifiés aux parties.»<sup>66</sup>.

Solo il *cahier* della nobiltà di Ponthieu auspica l'instaurazione di un nuovo tribunale unico cui devolvere questo compito nel quadro di una semplificazione complessiva dell'impianto giurisdizionale:

«La justice est une partie essentielle de l'administration du royaume. On doit s'occuper des moyens de la simplifier et de la perfectionner: tous les tribunaux d'exception doivent être à jamais supprimés [...] la juridiction royale n'avoir que deux degrés; les petites justices être à jamais supprimées, et les demandes en cassation d'arrêts portées devant un tribunal particulier commun à tout le royaume.»<sup>67</sup>.

---

*du tiers-état de Paris intra muros*, in *Arch. parl.*, V, cit. p. 288; «Que tous les tribunaux d'attribution et d'exception soient supprimés, que la connaissance des matières qui leur sont attribuées soit rendue aux juridictions ordinaires; qu'il soit déroge spécialement à tous édits et règlements qui attribuent la connaissance de certains droits soit au conseil du Roi, soit aux commissaires départis dans les provinces, le tout sauf l'appel aux cours et dans le cas où il y aurait lieu de se pourvoir en cassation contre les arrêts desdites cours, le conseil renvoie à une autre cour pour juger le fond», *Cahier du tiers-état du bailliage de Blois*, art. 10, in *Arch. parl.*, II, cit. p. 389.

<sup>65</sup> «que les cassations et évocations soient réduites aux seuls cas de droit, qui seront clairement exprimés dans une loi précise qui sera donnée à cet effet; que néanmoins les arrêts rendus en suite du renvoi fait sur cassation, ne puissent plus être cassés.», *Cahier de la noblesse du baillage de Nancy*, in *Arch. parl.*, IV, cit. p. 82. Il nodo dei rinvii multipli, strettamente connesso all'efficacia vincolante o meno del *dictum* di cassazione, di fatto fu centrale per molti anni; come si dirà per giungere a una soluzione stabile sarà necessario aspettare almeno il 1837.

<sup>66</sup> *Cahier de la noblesse du district de Colmar et Schleslady*, art. 4, in *Arch. parl.*, III, cit. p. 9.

<sup>67</sup> *Cahier de la noblesse de la sénéchaussée de Ponthieu*, art. 16, in *Arch. parl.*, V, cit. p. 432.

A tale richiesta ancora non si associa esplicitamente l'intuizione di una possibile azione nomofilattica, sebbene il problema della *diversité de la jurisprudence des tribunaux* non sia del tutto estraneo al complesso di queste considerazioni<sup>68</sup>.

All'interno dei *cahiers* non mancano, infine, anche richieste volte alla soppressione totale o parziale della *cassation* - pretesa causa di abusi, discriminazioni e lungaggini processuali - ma restano comunque una minoranza nel novero globale<sup>69</sup>.

Un documento che permette un inquadramento unitario e ordinato della questione giustizia e dei suoi affanni così come tratteggiati dal complesso di queste fonti è il *Résumé des cahiers sur la réforme judiciaire établi par la chancellerie* redatto nel 1789 dalla Cancelliera<sup>70</sup>. Sebbene probabilmente rielaborate al netto del sentire reazionario del palazzo - «la façon dont sont présentés les vœux des électeurs n'indique pas une sympathie vive pour les idées nouvelles»<sup>71</sup> - questo scritto permette comunque di discriminare tra le molteplici richieste, individuando quelle più ricorrenti e rilevanti. Esse consistono essenzialmente nel perseguimento dell'uniformità legislativa e nella semplificazione della giurisdizione per il tramite del superamento definitivo dei meccanismi connessi alle

---

<sup>68</sup> L'esigenza di uniformità della giurisprudenza sarà centrale nei dibattiti in seno all'Assemblea nazionale costituente e ancor prima sarà richiamata espressamente dall'art. 19 del *Résumé des cahiers sur la réforme judiciaire établi par la chancellerie*, documento di cui si dirà a breve.

<sup>69</sup> «Je bien public sollicite qu'on s'occupe de la réforme des lois civiles et criminelles [...] en maintenant toutefois le droit qu'a chaque citoyen d'être jugé par ses juges naturels, disposition qui nécessite [...] de nouvelles précautions contre l'abus qui se fait de la voie de cassation qui rend les procès interminables et cause la ruine des plaideurs.», *Cahier de la noblesse du bailliage de Mirecourt*, in *Arch. parl.*, IV, cit. p. 3; «Le motif du pourvoi en cassation n'étant fondé que sur l'inobservation de l'ordre judiciaire et sur la forme, doit-on hésiter à proscrire une voie qui n'est fondée que sur la forme, et qui ne permet pas même de s'occuper du fond des contestations? Mais une nouvelle législation rendra cette voie inutile.», *Cahier du bailliage d'Orbec-Bernay (Bailliage d'Évreux)*, art. 4, in *Arch. parl.*, III, cit. p. 320; «Sur les finances et les impôts. [...] En cas de contestation sur la perception des droits, qu'elle soit portée devant les juges royaux ordinaires, qui seront tenus de les décider sur de simples mémoires, sommairement et sans frais, sans qu'en aucun cas on puisse se pourvoir en cassation au conseil contre leurs décisions.», *Cahier des trois ordres réunis de la province de Bourg en Bresse*, art. 15, in *Arch. parl.*, II, cit. p. 457; «Qu'il soit défendu aux ministres, conseillers d'Etat, maîtres des requêtes, ainsi qu'à leurs commis, de prendre aucune connaissance des affaires contentieuses, soit en matière ordinaire, soit en matière d'imposition, afin que les pauvres gens de la campagne ne soient point obligés de venir les solliciter, ou d'employer auprès d'eux des protections; mais que lesdites affaires soient renvoyées par-devant les juges qui en doivent connaître.», *Cahier de Lesigny (Paris)*, art. 12, in *Arch. parl.*, IV, cit. pp. 644-645.

<sup>70</sup> Il prezioso documento è pubblicato in: E. SELIGMAN, *La justice en France pendant la révolution: 1789-1792*, Op. cit., pp. 489-505. Lo stesso Edmond Seligman afferma a riguardo: «Nous avons eu l'heureuse fortune de trouver aux Archives nationales un résumé des vœux des cahiers établi en 1789, à la diligence de la Chancellerie, qui traite complètement et méthodiquement la matière de la réforme judiciaire. [...] Une mention, biffée à la main, porte que ce travail a été dressé par les commandements de M. de Barentin, garde des sceaux. Il semble résulter de la rature que la notice n'était pas achevée à l'époque où Barentin a quitté la Chancellerie. [...] l'analyse est consciencieuse; elle est l'œuvre d'un rédacteur expérimenté et bien au courant. On peut la considérer comme un fil conducteur utile pour circuler au travers des documents qu'elle résume.», *Ibidem*, cit. pp. 170 e 171.

<sup>71</sup> *Ibidem*, cit. p. 171.



c.d. *justice retenue* e *justice concédée*<sup>72</sup>. Ai nostri fini, rileva che siano considerate degne di essere riportate nel *résumé* anche alcune notazioni più di dettaglio relative all'uniformità della giurisprudenza (art. 19) e alla cassazione (artt. 49 e 50): riduzione e chiarificazione dei motivi; abrogazione del ricorso per ingiustizia evidente; età minima di quarantuno anni per i giudici; divieto di doppio annullamento; *Conseil privé* quale unico soggetto titolare della relativa competenza<sup>73</sup>.

In definitiva i *cahiers* dei sudditi di Luigi XVI si pongono come cartina tornasole di un comune sentire, in cui confluiscono sia le suggestioni illuministiche inerenti la separazione dei poteri e la religione della legge, sia la necessità di risolvere problematiche concrete: una giustizia rapida e funzionante, depurata di inutili prolissità e privilegi anacronistici. In questo quadro la cassazione comincia ad acquistare un protagonismo che certo ancora non aveva in *ancien régime* e si appresta a divenire il cardine del nuovo sistema.

Le incognite a un anno dall'istituzione del *Tribunal de cassation* sono però ancora molte e la strada è tutt'altro che scontata. Se da un lato, infatti, gli ingredienti – corte unica, esigenze nomofilattiche, dicotomia *ius litigatoris/ius constitutionis* – sono già tutti embrionalmente presenti, sebbene sparsi nella disciplina positiva (*Règlement del 1738*), nelle riflessioni della dottrina (i repertori, le considerazioni di Gilbert de Voisins), nel pensiero dei maggiori illuministi (Montesquieu, Rousseau), negli ultimi tentativi di riforma (Maupeou e Lamoignon), nelle proposte dei *cahiers de doléances*, ancora manca quell'intuizione radicalmente nuova capace di interpretare in senso unico e unitario questi diversi elementi e necessità.

Con il senno di poi è ovviamente facile leggere nelle vicende sin qui esposte la preconizzazione lampante di ciò che noi oggi intendiamo facendo riferimento alla Corte

---

<sup>72</sup> *Ex multis*: «Art. 15. Que les codes civil et criminel soient réformés, simplifiés et rendus intelligibles à tous et conformes à nos mœurs et aux lumières du siècle, pour être ensuite exécutés uniformément dans tout le royaume.»; «Art. 20. Que toute commission du Conseil et autres généralement quelconques [...] soient abolies, les matières contentieuses rendues aux tribunaux ordinaires, devant lesquels et dès à présent seront renvoyées les affaires évoquées au Conseil et celles pendantes au Grand Conseil et autres tribunaux d'exception, qui seront supprimés.»; «Art. 24. Que les tribunaux d'exception, bureaux des finances soient généralement supprimés.»; «Art. 27. Que toutes les justices seigneuriales soient supprimées.»; «Art. 33. Que les limites des Tribunaux soient fixées si clairement et invariablement qu'il n'y ait jamais ni conflits ni règlements de juge.»; «Art. 34. Que la multiplicité des degrés de juridiction soit réformée», *Ibidem*, cit. pp. 492-495.

<sup>73</sup> «Art. 19. Que la jurisprudence soit uniforme dans tous les tribunaux; leur détendre d'en introduire une contraire aux lois.», *Ibidem*, cit. p. 492. «Art. 49. Que le cas où l'on pourra se pourvoir en cassation soient réduits à un petit nombre et bien clairement exprimés. Que l'injustice évidente n'en serve plus de prétexte, et que les juges du bureau et tribunal de Cassation aient au moins quarante ans.»; «Qu'en toutes matières on ne puisse se pourvoir qu'une seule fois pour la même affaire, au Conseil privé, jamais au Conseil des dépêches, en cassation ou révision contre les arrêts de cours souveraines.», *Ibidem*, cit. p. 498.

di cassazione, ma nel 1789 essa è ancora una «creatura che fa sentire il suo profumo ovunque e non si manifesta in nessun luogo»<sup>74</sup>.

#### 2.4. *La cassation nei lavori dell'Assemblea nazionale costituente (agosto 1789-dicembre 1790): il dibattito sulla natura giurisdizionale o legislativa*

Come noto, a percorrere l'ultimo miglio verso il *Tribunal de cassation* non fu Luigi XVI ma l'Assemblea nazionale, consesso nato il 17 giugno 1789 dalla scissione, in seno agli Stati Generali, dei rappresentanti del terzo stato, che finirà per assumere un ruolo egemonico a partire dal 27 giugno successivo<sup>75</sup>. È la storia concitata, entusiasmante e confusa della Rivoluzione francese<sup>76</sup>.

In Assemblea il problema della cassazione fu approcciato, sebbene indirettamente, sin da subito. I relativi lavori, però, non furono affatto lineari. Al fine di semplificarne la lettura possiamo tentarne una suddivisione in quattro fasi.

In un primo momento, dall'agosto all'ottobre del 1789 il nodo della cassazione seppur non assente rimase sottotraccia nel contesto di un dibattito ancora incerto, alla ricerca di direttrici di riforma chiare e condivise. Successivamente, tra il dicembre e il marzo dell'anno successivo, il problema venne affrontato episodicamente all'interno dei

---

<sup>74</sup> L'espressione è tratta dal *De Vulgari Eloquentia* di Dante. Per il poeta ad essere irraggiungibile benché se ne avverta la presenza – come tipico della pantera nei bestiari medievali – è il volgare italiano. L'espressione ben si presta anche al modello Corte di cassazione nel 1789 di cui già possiamo notare tutti gli elementi costitutivi ma che ancora necessitano di un ripensamento globale che gli possa conferire concretezza. A. DANTE, *De vulgari eloquentia*, Libro I, cap. 16, § 1, a cura di P. V. MENGALDO, Riccardo Ricciardi Editore, Napoli-Milano, 1996, cit. p. 127.

<sup>75</sup> L'Assemblea nazionale viene costituita il 17 giugno 1789 su proposta del celebre abate Siéyès, membro del clero ma deputato del terzo stato; il 27 giugno il Re, incerto circa la fedeltà dell'esercito, ordina al primo e al secondo stato di unirsi all'Assemblea. Il 9 luglio successivo essa si proclamerà costituente.

<sup>76</sup> Per un primo, ampio inquadramento della Rivoluzione francese che tenga conto anche delle importanti connotazioni giuridiche *ex multis*: J. ISRAEL, *La Rivoluzione francese. Una storia intellettuale dai Diritti dell'uomo a Robespierre*, Traduzione di P. DI NUNNO, M. NANI, Torino, Einaudi, 2015; M. VOVELLE, *La rivoluzione francese, 1789-1799*, Milano, Guerini scientifica, 2003; P. GAXOTTE, *La rivoluzione francese. Dalla presa della Bastiglia all'avvento di Napoleone*, Milano, Mondadori, 2017; L. VILLAT, *La Rivoluzione francese e l'impero napoleonico*, traduzione di P. SERINI, Torino, Einaudi, 1940; S. SCHAMA, *Cittadini. Cronaca della Rivoluzione francese*, Milano, Mondadori, 1989; J. GODECHOT, *La Rivoluzione francese. Cronologia commentata 1787-1799*, traduzione di S. LEYDI, Milano, Bompiani, 1989; A. MATHIEZ, G. LEFEBVRE, *La Rivoluzione Francese*, Torino, Einaudi, 1970; F. FURET, M. OZUF, *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, edizione italiana a cura di M. BOFFA, Milano, Bompiani, 1998. Adriano Cavanna ha sottolineato sapientemente le origini «accidentali e circostanziali» di questa «Rivoluzione senza regista» (o con troppi registi), che fu quindi uno sviluppo del tutto imprevedibile di vicende risalenti: un percorso che per queste sue caratteristiche ricorda molto da vicino quello della *cassation* che proprio da questi drammatici eventi venne rigenerata. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., cit. p. 402.

principali progetti di riforma della giustizia. Emersero in questa fase molteplici proposte – su tutte quelle dei deputati Thouret, Duport, Siéyès, Chabroud, Dedelay d’Agier, Mougins, Pezous<sup>77</sup> - tra loro assai diverse, indice evidente di come sino all’ultimo il percorso che condusse all’istituzione del *Tribunal de cassation* fosse tutt’altro che scontato e predeterminato. I mesi tra l’aprile e l’agosto del 1790 furono dedicati alla discussione e all’approvazione del nuovo assetto giudiziario, che venne poi formalizzato con la *Loi des 16-24 août 1790 sur l’organisation judiciaire*. Nelle more di tale iter l’Assemblea affrontò alcune questioni centrali circa l’organo di cassazione: la scelta tra ambulanza o sedentarietà e l’individuazione della sua collocazione nell’organigramma dei poteri. Fu in questo terzo frangente che si andò a definire la natura della nuova magistratura ed è quindi per noi il passaggio più rilevante. Infine, a partire dall’ottobre del 1790 si affrontarono le questioni più di dettaglio – composizione, disciplina del ricorso, funzionamento delle diverse sezioni - così da giungere all’adozione del documento finale nel novembre successivo.

All’interno di questa sommaria cronologia, un primo momento di grande rilevanza lo incontriamo già il 17 agosto 1789. Trascorso appena un mese dalla presa della Bastiglia e in anticipo di una settimana sulla *Déclaration de droit de l’homme et du citoyen*, il deputato Bergasse presentò il rapporto sull’organizzazione giudiziaria di *ancien régime*, evidenziando la volontà di superare il sistema della *justice retenue*, meccanismo all’interno del quale aveva sino ad allora operato la *demand en cassation*: «L’administration de la justice étant une fonction publique qui ne peut, en aucun cas, devenir la propriété d’un citoyen, nul citoyen»<sup>78</sup>. Sul punto l’Assemblea tornò il 23 settembre successivo giungendo alla conclusione che, in aderenza alla teoria della separazione dei poteri, la giurisdizione non potesse essere esercitata né dal re né dall’assemblea legislativa ma solo da tribunali nelle forme previste dalla legge: «Le

---

<sup>77</sup> Per un resoconto di questi primi progetti si rinvia a: J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., pp. 43-49; E. SOMMA, *Juge naturel e ordinamento giudiziario francese 1790-1795*, Op. cit., pp. 51-56.

<sup>78</sup> BERGASSE, *Séance du lundi 17 août 1789*, in *Arch. parl.*, VIII, cit. p. 446. Non stupisce che il tema della giustizia fosse avvertito come uno dei più urgenti da affrontare, molti deputati erano infatti giuristi, spesso avvocati. Il protagonismo degli uomini di legge fu così predominante che ai molti appellativi con cui ci si riferisce alla Rivoluzione francese può essere aggiunto a buon titolo anche quello di «Révolution des juristes», cfr.: R. NORBERT, *L’État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, O. Jacob, 1995, p. 289 e ss. Sul dibattito che portò alla riforma dell’ordinamento giudiziario e che prende le mosse proprio dalla relazione di Bergasse: J.-P. ROYER, *Les innovations des constituants en matière de justice civile ou la «Cité idéale»*, in R. BADINTER (dir.), *Une autre justice 1789-1799*, Op. cit., p. 225-241; E. SOMMA, *Juge naturel e ordinamento giudiziario francese 1790-1795*, Op. cit. pp. 57-69.

pouvoir judiciaire ne pourra, en aucun cas, être exercé par le Roi, ni par le Corps législatif; mais la justice sera administrée, au nom du Roi, par les seuls tribunaux établis par la loi, suivant les principes de la Constitution, et selon les formes déterminées par la loi.»<sup>79</sup>.

Infine, in attesa di una riforma organica, la Costituente il 15 ottobre decise di mantenere il *Conseil du Roi* con le funzioni di cassazione. La decisione è importante e non fu affatto scontata. Ancora in questa fase, infatti, emergono posizioni ancorate ad argomentazioni non nuove. Da un lato ci fu chi, come il deputato Camus, si dichiarò favorevole a un definitivo superamento di questo consesso percepito come partigiano della monarchia e capace di usurpare ogni potestà: «Il ne nous faut pas déguiser que c'est le conseil du Roi qui a introduit le despotisme en France. Ce tribunal, composé presque toujours d'officiers qui ne sont ni magistrats, ni hommes publics, et qui, par circonstance, sont l'un et l'autre à la fois, a envahi tous les pouvoirs.»<sup>80</sup>. Per converso, la maggioranza dei deputati, in aderenza con il sentire diffuso emerso dai *cahiers*, ribadì la necessità di mantenere ferma la funzione della cassazione, proprio nell'ottica di arginare i luoghi del potere dispotico tipici dell'*ancien régime*, primi su tutti i *Parlements*<sup>81</sup>.

La decisione fu comunque di compromesso e la conservazione del Consiglio non fu indolore: sin d'ora si pose un freno alla sua possibilità di pronunciare senza istanza di parte e gli si vietò di decidere il merito della controversia: «le conseil du Roi sera autorisé à continuer ses fonctions comme par le passé à l'exception des arrêts du propre mouvement, et ces arrêts portant évocation du fond du procès, lesquels n'auront plus lieu à compter du jour du présent décret»<sup>82</sup>. Da un lato, quindi, si soppresse la stretta connessione tra *cassation* e monarca, tratto tradizionalmente distintivo dell'istituto e caratteristica indigesta alla maggioranza dei deputati, e dall'altro si evidenziò, impedendogli di dire il diritto, uno scartò tra questo soggetto e la giurisdizione ordinaria. Emerse comunque un netto favore rispetto ai *Parlements* la cui attività venne invece posta in vacanza indefinita a partire dal 3 novembre successivo e che furono del tutto soppressi

---

<sup>79</sup> TARGET, *Séance du mercredi 23 septembre 1789, au matin*, in *Arch. parl.*, IX, cit. p. 124.

<sup>80</sup> CAMUS, *Séance du jeudi 15 octobre 1789*, in *Arch. parl.*, IX, cit. p. 451.

<sup>81</sup> Il deputato Blin, ad esempio, rivendicò a gra voce questa prospettiva: «M. Blin insiste fortement sur ce que l'on rende au conseil toute sa force pour ne pas augmenter, dans ce moment, le pouvoir des parlements.», BLIN, *Séance du jeudi 15 octobre 1789*, in *Arch. parl.*, IX, cit. p. 451.

<sup>82</sup> *Séance du jeudi 15 octobre 1789*, in *Arch. parl.*, IX, cit. p. 451.

il 6 settembre 1790<sup>83</sup>. Da questo ultimo punto di vista, dove non riuscì il re giunse la Rivoluzione<sup>84</sup>.

La mancata eutanasia del *Conseil* fu evidentemente una soluzione priva di stabilità, un tentativo di prendere tempo in attesa di individuare un nuovo soggetto cui affidare stabilmente il potere di annullare le sentenze rese in violazione di legge. Il compito si rivelò assai arduo poiché molti erano i nodi da sciogliere, ciascuno con sottesa un'impostazione ideologica differente e una diversa visione dei poteri fondamentali dello Stato.

Il 24 marzo il deputato Thouret presentò un progetto di riforma elaborato dal *comité de constitution sur la nouvelle organisation du pouvoir judiciaire*<sup>85</sup>. La relativa discussione proseguì secondo un ordine dei lavori suddiviso in dieci punti proposto dal deputato Barrère il 31 marzo. L'ottavo quesito recitava: «Y aura-t-il un tribunal de cassation, ou de grands juges?»<sup>86</sup>. La questione venne esaminata poco più di un mese dopo, l'8 maggio, e l'originario interrogativo fu integrato con una seconda domanda: «Y aura-t-il un tribunal de cassation ou de grands juges? Sera-t-il composé de juges sédentaires ou ambulants?»<sup>87</sup>. Il tema centrale divenne quindi quello della dislocazione territoriale del tribunale. A prevalere fu il partito della sedentarietà, la relativa discussione fece sì, però, che il tema della cassazione accumulasse ritardo rispetto gli ulteriori profili della riforma della giustizia. Fu così che l'Assemblea decise di separare le due questioni e approvare subito la legge sull'organizzazione giudiziaria (*Loi des 16-24 août 1790*) –

---

<sup>83</sup> *Séance du lundi 6 septembre 1790*, in *Arch. parl.*, XVIII, p. 623. Sull'epilogo dei *parlements* si veda: H. CARRE, *La fin des parlements (1788-1790)*, Paris, Hachette, 1912, pp. 229-248.

<sup>84</sup> Riguardo le origini della Rivoluzione e l'azione autodistruttiva dei *Parlements* «Il permanere e l'accentuarsi di una condizione di crisi non superata condusse allora alla proposta di convocazione degli Stati generali, riesumati dopo quasi due secoli di inattività per iniziativa (si noti) soprattutto dei Parlamenti, determinati a impedire misure normative che riducessero i loro privilegi: nessuno aveva previsto che questa iniziativa avrebbe segnato la loro fine.», A. PADOA-SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Op. cit., cit. p. 452; «sono stati dunque i Parlamenti [...] ad assestare il primo micidiale colpo alla monarchia [...] per essere infine liquidati, paradossalmente, da quella stessa Assemblea rivoluzionaria che essi avevano voluto si costituisse», A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., cit. p. 398.

<sup>85</sup> THOURET, *Séance du mercredi 24 mars 1790*, in *Arch. parl.*, XII, pp. 344-348. Jacques-Guillaume Thouret (1746-1794), uno dei protagonisti indiscussi della nascita e dei primi anni di vita del *Tribunal de cassation*, fu avvocato, deputato del terzo stato e dell'Assemblea nazionale costituente; partecipò attivamente alla riforma amministrativa e a quella giudiziaria, venne eletto al *Tribunal de cassation*, di cui sarà anche presidente, già nell'aprile del 1791. Fu una delle vittime illustri del Terrore: arrestato il 26 brumaio anno II (16 novembre 1793), venne condannato e giustiziato il 3 floreale anno II (22 aprile 1794). Sulla vicenda biografica e i molti contributi istituzionali di Thouret si rinvia a: J.-H. HALPÉRIN, voce *THOURET Jacques-Guillaume*, in *Dictionnaire historiques des juristes français, XIIe-XXe siècle*, sous la direction de P. ARABEYRE, J.-L. HAPLERIN, J. KRYNEN, PUF, Paris, 2007, p. 741; E. LEBEGUE, *La vie et l'oeuvre d'un constituant: Thouret, 1746-1794*, Paris, Félix Alcan, 1910.

<sup>86</sup> BARRERE DE VIEUZAC, *Séance du mercredi 31 mars 1790*, in *Arch. parl.*, XII, cit. p. 489.

<sup>87</sup> *Séance du samedi 8 mai 1790 au matin*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 432.

che infatti non fa menzione alcuna dell'organo di cassazione - rimandando a un momento successivo la definizione degli aspetti di nostro maggiore interesse<sup>88</sup>.

Ulteriore questione oggetto di acceso dibattito, in questo frangente, fu quella involvente il posizionamento istituzionale dell'organo di cassazione. All'interno dell'Assemblea emersero su tutte due posizioni tra loro inconciliabili.

La prima, sostenuta tra gli altri da Merlin de Douai contestualmente alla difesa appassionata della sedentarietà, proponeva di incaricare di questa mansione un giudice depositario del «pouvoir judiciaire suprême»: così come al *Corps législatif* sarebbe stato riservato «le droit de faire les lois» e il potere esecutivo sarebbe riposato «exclusivement dans la main du monarque», così al vertice del potere giudiziario avrebbe dovuto esserci un tribunale stabile ed unico per tutto il regno dotato del «pouvoir de juger les jugements souverains»<sup>89</sup>. L'impostazione è chiara: non solo la cassazione viene letta come parte integrante della giurisdizione ma di questa ne rappresenta il vertice come anche testimoniato dalla volontà di individuare i componenti del relativo organo tra i «jurisconsultes les plus éclairés [...] ceux qui semblent le plus destinés à remplir la redoutable fonction de juges-réviseurs»<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Il nuovo ordinamento giudiziario disegnato dalla *Loi des 16-24 août 1790* è una delle più grandi innovazioni del *droit intermédiaire*. Esso prevedeva due gradi di giurisdizione: le sentenze di uno dei 553 tribunali distrettuali potevano essere appellata non davanti a una corte superiore ma innanzi a un altro giudice parigrado, scelto dalle parti tra quelli più vicini (c.d. appello circolare). Per un primo inquadramento della riforma si rinvia a: J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, Op. cit., pp. 268-282; P. VILLARD, *Histoire des institutions publiques de la France: (de 1789 a nos jours)*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 33-41; A. PADOA-SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Op. cit., pp. 459-462; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., pp. 416-430; E. DEZZA, *Gli ordinamenti giudiziari in Italia nell'età della codificazione*, in *Saggi di Storia del Diritto Penale Moderno*, Milano, LED, 1992, pp. 159-195, pp. 159-163; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Riforme giudiziarie e rivoluzione. Nota bibliografica sulla più recente storiografia*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, LXIII, 1990, pp. 459-469.

<sup>89</sup> MERLIN, *Séance du lundi 24 mai 1790*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 666. Merlin de Douai (1754-1838) fu personaggio di primo piano della storia giuridica della Rivoluzione e dell'era napoleonica; giovane avvocato collaborò con Guyot alla pubblicazione del suo *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*; deputato del terzo stato, si distinse nei lavori dell'Assemblea nazionale costituente quale abile oratore e legislatore; votò la condanna a morte de re e con Cambacérés legò il suo nome alla legge sui sospetti - Victor Hugo così lo liquidò ne *Quatrevingt-treize* (1873): «Merlin de Douai, il colpevole autore della legge dei sospetti», V. HUGO, *Il Novantatré*, Arriccina (RM), Rusconi, 2017 - oltre che al *Code des délits et des peines* del 1795; procuratore generale del *Tribunal de cassation* nel 1801, fu uno dei giuristi più apprezzati da Napoleone; autore prolifico, la sua opera più nota rimane il *Répertoire de jurisprudence*, lavoro in cui rivede interamente il precedente di Guyot. Sulla vita di Merlin de Douai si veda: J.-J. CLERE, voce *MERLIN, Philippe-Antoine, dit Merlin de Douai*, in *Dictionnaire historiques des juristes français, XIIIe-XXe siècle*, Op. cit., pp. 559-561.

<sup>90</sup> Merlin avanza questa proposta nel contesto della difesa della sedentarietà del giudice di cassazione: i magistrati più periti non sarebbero disposti a muoversi, lo sarebbero giudici giovani che, in virtù della loro età, sono anche meno esperti. Al di là delle contingenze è degno di nota come Merlin già nel 1790 percepisse il servizio presso l'organo di cassazione come conclusione ideale di una carriera giudiziaria. La natura di giudice supremo del tribunale di cassazione è già ora ampiamente diffusa in assemblea, coerenti con la prospettiva evocata da Merlin e inequivocabili sono ad esempio le parole di Barnave: «Si les juges d'appel

Altri deputati erano al contrario convinti della necessità di dover sottrarre questo controllo alla magistratura. Nella loro visione la cassazione avrebbe dovuto essere funzionale a reprimere le violazioni della legge da parte dei giudici, di primaria importanza era, quindi, evitare ogni possibile *connivence* tra i tribunali inferiori e il soggetto deputato ad annullare le loro decisioni, tra controllante e controllato<sup>91</sup>.

A sostenere con vigore questa prospettiva fu in particolare Maximilien Robespierre. Il suo ragionamento era chiaro: la cassazione è necessaria per sorvegliare l'applicazione giudiziale della legge, di conseguenza per funzionare correttamente deve essere estranea e superiore alla giurisdizione: «hors de l'ordre judiciaire et au-dessus de lui»<sup>92</sup>. A tal fine l'Incorruttibile individuò come soluzione ottimale quella di costituire, in seno al *Corps législatif*, un comitato dedicato a statuire sui ricorsi per annullamento, così perseguendo un duplice obiettivo: non solo ricondurre la caducazione delle sentenze nell'alveo del legislativo, ma anche rivendicare la superiore dignità funzionale e politica di quest'ultimo rispetto al giudiziario:

«Je conclus que c'est dans le sein du Corps législatif que doit être placé le tribunal de cassation. Je propose, en conséquence, qu'un comité du Corps législatif, choisi par lui, soit chargé de proposer, d'instruire et de rapporter les affaires qui sont de son ressort et qu'elles soient décidées par des décrets de l'Assemblée.»<sup>93</sup>.

La proposta oltre che politica era avallata anche da una diversa concezione della giurisdizione per cui cassare un pronunciamento nulla avrebbe a che fare con l'atto di

---

n'avaient un tribunal supérieur, il n'y aurait plus d'obstacle à ce que la loi fût transgressée», BARNAVE, *Séance du samedi 8 mai 1790*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 432.

<sup>91</sup> «Il faut évidemment qu'il [Tribunal de cassation] soit constitué de telle façon qu'il ne puisse adopter un esprit particulier, ni se faire un intérêt opposé à celui du législateur ou différent de celui du législateur: car, alors, il emploierait son pouvoir pour faire dominer sa volonté particulière; et loin de maintenir les lois, il pourrait en favoriser la ruine, note en connivant aux entrepreneurs des tribunaux qu'il doit réprimer et pourrait devenir un dangereux instrument dont les autres pouvoirs, coalisés avec lui, pourraient se servir contre le pouvoir législatif.», ROBESPIERRE, *Séance du mardi 25 mai 1790*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 670.

<sup>92</sup> *Ibidem*, cit. p. 670.

<sup>93</sup> *Ibidem*, cit. p. 671. Evidentemente entrambe le posizioni erano debitrice del concetto di separazione dei poteri, eppure in Robespierre e nei suoi sodali questo, fondendosi con l'insegnamento di Rousseau circa l'onnipotenza della legge e con un radicato pregiudizio anti-giurisprudenziale, si volgarizza sino all'estrema conseguenza di considerare ogni interpretazione un tradimento del testo. In coerenza con questo sentire il titolo II, artt. 10, della *Lois des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire* formulò esplicitamente il divieto di interpretazione della legge da parte del giudice: «Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture.» (art. 10), «Ils ne pourront point faire de règlements, 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.» (art. 12). V. *infra*. Cfr.: J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, Op. cit., pp. 282-284.



giudicare, ma sarebbe un corollario della funzione legislativa. Anche sul punto Robespierre è cristallino come si evince da uno degli ultimi interventi precedenti all'istituzione del *Tribunal de cassation*:

«Quel est l'objet de l'institution d'un tribunal de cassation? Voilà la première question et peut-être la seule que vous ayez à juger. Les tribunaux sont établis pour décider les contestations entre citoyens et citoyens; là finit le pouvoir judiciaire, là commence l'autorité de la cour de cassation. C'est sur l'intérêt général, c'est sur le maintien de la loi et de l'autorité législative que la cour de cassation doit prononcer. Le pouvoir législatif n'établissant que la loi générale, dont la force dépend de l'exacte observation, si les magistrats pouvaient y substituer leur volonté propre, ils seraient législateurs. Il est donc nécessaire d'avoir une surveillance qui ramène les tribunaux aux principes de législation. Ce pouvoir de surveillance fera-t-il partie du pouvoir judiciaire? Non, puisque c'est le pouvoir judiciaire qu'on surveille. Sera-ce le pouvoir exécutif? Non, il deviendrait maître de la loi. Sera-ce enfin un pouvoir différent des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire? Non; je n'en connais pas quatre dans la Constitution. Ce droit de surveillance est donc une dépendance du pouvoir législatif. En effet, selon les principes authentiquement reconnus, c'est au législateur à interpréter la loi qu'il a faite: dans l'ancien régime même ce principe était consacré»<sup>94</sup>.

La posizione dell'avvocato di Barras, benché minoritaria, non era isolata. Ancora più diretta è la replica del deputato Goupil all'intervento di Merlin del 24 maggio: «Anéantir un jugement, ce n'est pas juger: ainsi la cassation n'est pas une partie du pouvoir judiciaire, mais une émanation du pouvoir législatif.»<sup>95</sup>.

È interessante evidenziare come ambedue le idee, quella di Merlin de Duoai e quella di Robespierre, avessero come riferimento la dottrina della separazione dei poteri sebbene interpretata in maniera radicalmente opposta. Il primo prospettò un progetto politico fondato sull'equilibrio e una sostanziale pari dignità delle tre funzioni in cui nessuna sopravanzasse le altre. Non a caso il deputato Barère, orientato sulle stesse posizioni di

---

<sup>94</sup> ROBESPIERRE, *Séance du mardi 9 novembre 1790*, in *Arch. parl.*, XX, cit. p. 336. Dello stesso tenore la famosa affermazione di Chabroud: «On voudrait considérer ce tribunal comme un centre que je trouve dans le pouvoir législatif... J'ai déjà dit que les officiers du tribunal de cassation ne devaient pas porter le nom de juges: on connaît l'empire des mots sur les choses: ceux que vous auriez nommés juges voudraient juger; le peuple lui-même voudraient qu'ils jugeassent.», CHABROUD, *Séance du mercredi 26 mai 1790*, *Arch. parl.*, XV, cit. p. 679.

<sup>95</sup> «Montesquieu a dit que le pouvoir judiciaire était le plus terrible de tous les pouvoirs entre les hommes. Il peut en effet attaquer la loi; il peut attaquer la liberté. Anéantir un jugement, ce n'est pas juger: ainsi la cassation n'est pas une partie du pouvoir judiciaire, mais une émanation du pouvoir législatif. C'est par rapport à l'œuvre judiciaire, un hors d'œuvre, une espèce de commission extraordinaire du Corps législatif chargé de réprimer la rébellion contre la volonté générale de la loi. Des magistrats sont rebelles à la loi quand ils jugent contre la loi.», GOUPIL DE PREFELN, *Séance du lundi 24 mai 1790*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 668. Ancora una volta emerge con chiarezza come le teorie di Montesquieu potessero essere piegate a soluzioni assai diverse.



Merlin, criticò la soluzione proposta da Robespierre evidenziando come l'istituzione un comitato di cassazione interno al Corpo legislativo avrebbe comportato un accrescimento eccessivo del potere di quest'ultimo. Il deputato si chiede retoricamente:

«mais vous avez aperçu aussitôt les dangers, pour la Constitution du comité, dans le Corps législatif, qu'il vous a proposé; que deviendra le comité investi d'un pouvoir aussi énorme, s'il le possède entièrement? n'avez-vous pas rejeté toute idée de Sénat? mais le comité qui jugera les justices, qui veillera sur les magistrats, qui surveillera les violations des lois nationales, ne serait-il pas bientôt un véritable Sénat ? si ce comité partage le pouvoir avec le Corps législatif, celui-ci ne prendra-t-il pas une partie du pouvoir judiciaire, ce qui est contraire à l'esprit et au principe, de la Constitution décrétée?»<sup>96</sup>.

Al contrario Robespierre rivendica una dialettica irrimediabilmente antagonistica - «Il est dans la nature des choses qu'il cherche sans cesse à la faire dominer, lorsqu'il est revêtu d'un grand pouvoir»<sup>97</sup> - in cui al potere legislativo spetta la sorveglianza sugli altri due in virtù di una sua pretesa superiorità. A sostegno delle proprie posizioni, l'avvocato di Arras rivendicò di porsi in continuità con l'*ancien régime*: in quel contesto, nella sua ottica, era perfettamente ragionevole che il potere di annullamento delle sentenze spettasse al *Conseil du roi* proprio perché il monarca era allora al contempo titolare anche della potestà di fare le leggi; ora che tale funzione spetta a un'assemblea eletta è a quest'ultima che conseguentemente bisogna conferire lo scettro della cassazione<sup>98</sup>.

Benché la soluzione di Robespierre esercitasse una certa suggestione sui deputati, timorosi di un rinnovato dispotismo giudiziario, alla fine a passare fu, sebbene sotto l'egida ambigua della formula «auprès du Corps législatif», la posizione che vedeva nel tribunale di cassazione un soggetto integrato alla giurisdizione: «il est clair que les membres de la cour de cassation sont de véritables juges»<sup>99</sup>. Ciononostante, l'influenza del padre del Terrore rimase forte ancora a lungo e, sebbene di fatto sempre minoritaria

---

<sup>96</sup> BARÈRE DE VIEUZAC, *Séance du lundi 25 mai 1790*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 670.

<sup>97</sup> ROBESPIERRE, *Séance du lundi 25 mai 1790*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 670.

<sup>98</sup> «Notre ancien régime avait reconnu lui-même la nécessité de ce principe, quoique le roi n'eut pas même alors le pouvoir d'appliquer les lois aux causes particulières du citoyen, il exerçait néanmoins celui de casser les juges contraires aux formes qu'elles avaient établies et qui tendaient à les attaquer ouvertement; et cette institution était raisonnable, dans un système où il exerçait la puissance législative», *Ibidem*, cit. p. 670.

<sup>99</sup> FRANCOIS-PAUL-NICOLAS ANTHOINE, *Séance du lundi 25 octobre 1790*, in *Arch. parl.*, XX, cit. p. 33. Cfr.: «Bien que placé "auprès du Corps Législatif", le Tribunal de cassation resta dans l'esprit de la majorité des Constituants un organe appartenant au pouvoir judiciaire.», J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., cit. p. 64.

tranne che nella parentesi della Convenzione, continuò ad animare (e talvolta confondere) il discorso intorno alla natura della cassazione per almeno altri cinquant'anni<sup>100</sup>.

### 2.5. Il mutamento della funzione “costituzionale” della cassation e i prodromi della nomofilachia

Un'ultima riflessione che l'analisi dei lavori dell'Assemblea nazionale costituente suggerisce è quella inerente all'intrinseca valenza pubblicistica dello strumento *de quo*.

Nelle parole che Roespierre dedicò alla cassazione, infatti, oltre ai profili già evidenziati riemerge con chiarezza anche il contrasto tra *ius litigatoris* – «[l'organo di cassazione] n'est point destiné à appliquer les lois aux différends des particuculiers, ni à prononcer sur le fond dés procès» – e *ius constituinios*, inteso qui come necessità di «défendre les formes et les principes de la Constitution et de la législation contre les atteintes que les tribunaux pourraient leur porter.»; non «juge des citoyens» ma «le protecteur des lois, le surveillant et le censeur des juges»<sup>101</sup>. Anche Merlin, seppure con toni meno enfatici, condivide la prospettiva di una cassazione asservita in primo luogo a uno scopo pubblicistico: «Ce tribunal de Cassation sera essentiellement le gardien suprême de la loi, le conservateur des propriétés nationales, le lien commun de tous les tribunaux d'appel [...] un remède extraordinaire, et par conséquent, rare»<sup>102</sup>.

La prospettiva non è nuova e le asserzioni con cui è presentata, in particolare da parte dell'avvocato di Arras, sono sorprendentemente simili a quelle diffuse in *ancien régime*: «la cassation a été introduit plutôt pour le maintien des ordonnances que pour l'intérêt des justiciables» (1767)<sup>103</sup>. La tensione con cui la maggioranza dell'Assemblea si rivolge alla cassazione come guardiano della legge a costo di sacrificare e mettere in secondo piano gli interessi dei ricorrenti - «Messieurs une cour suprême de cassation, celle qui est, non le tribunal des parties, mais celui de la loi»<sup>104</sup> - non è altro, quindi, che una riproposizione di categorie già ampiamente definitesi nella seconda metà del XVIII secolo, almeno a

---

<sup>100</sup> Almeno sino all'abolizione definitiva del *référé législatif obligatoire* nel 1837 di cui si dirà ampiamente.

<sup>101</sup> ROBESPIERRE, *Séance du mardi 25 mai 1790*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 670.

<sup>102</sup> MERLIN, *Séance du lundi 24 mai 1790*, in *Arch. parl.*, XX, cit. pp. 666 e 667. Cfr.: J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., pp. 56-57.

<sup>103</sup> Così Joly de Fleury citato in P.P.N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Op. cit., cit. p. 415. V. *infra* cap. 1, par. 8.

<sup>104</sup> PRUGNON, *Séance du samedi 23 octobre 1790, au soir*, in *Arch. parl.*, XX, cit. p. 330.

partire da due decenni prima del 1789<sup>105</sup>. L'unico elemento di distonia, in questo quadro, consiste nel superamento della potestà legislativa del sovrano e quindi dell'assunzione della legge come valore a sé stante, da difendere a prescindere – e nonostante – le prerogative del re.

A discapito di ciò, l'insieme di queste proposizioni di principio, apparentemente dotate di scarsa carica innovativa, è uno dei dati più interessanti di tutto il lungo dibattito assembleare che portò all'istituzione del *Tribunal de cassation*. È proprio tra le righe di questi interventi, infatti, che viene compiuto gradualmente quel passaggio ulteriore in cui si comincia a delineare (con molte cautele) quella nuova visione della funzione costituzionale della cassazione che presto diverrà una sua caratteristica peculiare: quella nomofilattica<sup>106</sup>.

Questa suggestione è presente sin dai primi momenti del dibattito. Già nel dicembre del 1789, Thouret propose che le *demandes en cassation* fossero decise da una *Cour suprême de revision* creata al fine di assicurare «l'exécution des lois et les formes de la procédure»<sup>107</sup>. Poco dopo, nel marzo 1790, il deputato Duport, pur nel contesto di una riforma dell'ordine giudiziario radicale, finalizzata a dar vita ad una classe di magistrati ambulanti senza gerarchia alcuna, ribadì l'importanza della *cassation*, «non seulement utile mais indispensable dans un État monarchique», cui sarebbe spettato proprio il ruolo di unificare e regolare il diritto in una prospettiva strettamente legalista<sup>108</sup>.

Nelle medesime circostanze di tempo, l'abate Siéyès, pur avanzando un disegno di riforma ancora diverso, forse il più lungimirante di questa prima fase, si fece promotore di una corte suprema vocata a utilizzare la cassazione proprio per reagire ai mutamenti e alle diversità della giurisprudenza dei tribunali inferiori: una delle tre sezioni della *Cour nationale* da lui ideata, il *Grand Conseil de révision*, avrebbe statuito sui ricorsi per

---

<sup>105</sup> J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., p. 54.

<sup>106</sup> Cfr.: J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, Op. cit., pag. 282.

<sup>107</sup> «la cour suprême de révision, qui, maintenant l'exécution des lois et les formes de la procédure, doit remplacer le conseil des parties, dont la composition avait été calculée pour d'autres temps et pour un autre régime.», THOURET, *Séance du mardi 22 décembre 1789, au matin*, in *Arch. parl.*, X, cit. p. 718. Thouret propose di istituire una *Cour suprême de revision* competente a decidere le «demandes en cassation des arrêts des cours supérieures, et des jugements en dernier ressort rendus par les tribunaux de département et de district». Tale supremo consesso, idoneo a sostituire il *Conseil des parties*, avrebbe dovuto comporsi da trentasei giudici di nomina regia. Quella di Thouret era una riforma gattopardesca: cambiare tutto affinché nulla cambi, una riforma all'apparenza radicale ma che non intaccava sensibilmente i rapporti di forza consolidatesi in *ancien régime*. THOURET, *Titre X, art. 9 Projet Thouret, Séance du mardi 22 décembre 1789, au soir*, in *Arch. parl.*, X, cit. p. 731. Cfr.: J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., pp. 44-45.

<sup>108</sup> DUPORT, *Séance du lundi 29 mars 1790*, in *Arch. parl.*, XII, cit. p. 421. Cfr.: J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., p. 46.

annullamento delle sentenze così da «maintenir la certitude et l'unité des principes et des formes dans la dispensation de la justice par tout le royaume»<sup>109</sup>.

Nelle fasi più avanzate del dibattito, a partire dalla primavera del 1790, la prospettiva nomofilattica assunse sempre maggior nitidezza e centralità - «Il y a deux motifs principaux pour l'établissement d'une cour de cassation. Premièrement, conserver l'unité monarchique [...] Secondement, maintenir l'unité de législation, et prévenir la diversité de jurisprudence.»<sup>110</sup> - e come visto divenne uno dei pochi punti di accordo tra visioni assai differenti come quella di Merlin de Douai e Robespierre.

Proprio in questi mesi possiamo assistere quindi al parziale mutamento del contenuto della funzione “costituzionale” della *cassation*: da strumento posto a tutela della potestà del monarca assoluto, a guardiano inflessibile della legge per giungere a divenire il garante dell’uniformità della giurisprudenza dei tribunali.

Questa ricostruzione, per non risultare eccessivamente entusiasta, abbisogna di una precisazione. Se è vero che nel dibattito degli anni 1789-1790 è ormai diffusa la consapevolezza della necessità di un’azione nomofilattica da affidarsi a un *tribunal regulateur e suprême*, questa è allora intesa in senso “debole”, con un contenuto minimo esclusivamente caducatorio: in questa fase, cioè, anche per i deputati più lucidi *il Tribunal de cassation* avrebbe dovuto limitarsi a garantire l’unità della legislazione non per il tramite della costruzione di una giurisprudenza autorevole, che operasse quale guida delle giurisdizioni inferiori, ma al contrario impedendo a quest’ultime di formare un proprio indirizzo ermeneutico cassando ogni pronunciamento che si allontanasse dal dato testuale<sup>111</sup>. Tale impostazione è perfettamente coerente con le premesse teoriche, acerbe,

---

<sup>109</sup> «Le grand conseil de révision sera de trente-six grands'juges. Il connaîtra des demandes en cassation des arrêts de département : 1° pour inobservance dans les formes judiciaires; 2° pour variation de jurisprudence dans le même tribunal; 3° pour dissemblance de jurisprudence dans les différents tribunaux. Ainsi, son grand objet doit être de maintenir la certitude et l'unité de principes et de formes dans la dispensation de la justice par tout le royaume.», SIEYES, *art. 160 Projet Siéyès, Séance du vendredi 19 mars 1790*, in *Arch. parl.*, XII, cit. p. 256. Cfr.: J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., pp. 46-47.

<sup>110</sup> BARNAVE, *Séance du samedi 8 mai 1790, au matin*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 432.

<sup>111</sup> Circa il problema della giurisprudenza all’interno del dibattito assembleare si veda: J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., pp. 71-73. L’ostilità all’idea stessa di giurisprudenza è ancora ben radicata, ciò è dovuto da un lato alla presunzione che un testo di legge chiaro non abbisogni di nessun interprete se non di un mero applicatore – la vecchia favola del *in claris non fit interpretatio* - dall’altro dal fraintendimento che vedeva nel formarsi di una giurisprudenza un’inevitabile minaccia alla purezza del dato positivo. Come si dirà, prima ancora che a livello di riforme, tali ostacoli verranno superati dalla prassi del *Tribunal de cassation*. Rappresentative del sentire diffuso: «Les préopinants ont allégué pour principal argument du renouvellement par moitié la nécessité d'entretenir l'uniformité de jurisprudence. Le tribunal de cassation, pas plus que les tribunaux de districts, ne doit avoir de jurisprudence à lui. Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable de toutes les institutions,

proprie del primo momento rivoluzionario – separazione dei poteri e centralità della legge – e con le molte incertezze che ancora permanevano intorno ai concetti di interpretazione e giurisprudenza<sup>112</sup>: davanti al mito di una legislazione autosufficiente questa azione minima doveva effettivamente apparire come bastevole a garantire l’omogeneità della sua applicazione.

Sarà lo stesso *Tribunal de cassation*, come si dirà, che pur nell’apparente ostilità del diritto positivo si approprierà sin da subito, di fatto, anche della *pars costruens* del discorso giuridico sviluppando un indirizzo ermeneutico tutt’altro che passivo nei confronti dei testi legislativi<sup>113</sup>. Non bisogna però sottovalutare la grande intuizione che fu già dell’Assemblea nazionale costituente: asservire un istituto processuale vecchio di secoli, la *demande en cassation*, ad uno scopo nuovo, quello, appunto, di garantire un’applicazione uniforme della legge in tutto il territorio del Regno, come richiesto a gran voce già nei *cahiers de doléances*.

## 2.6. La nascita del Tribunal de cassation: la loi du 27 novembre – 1<sup>er</sup> décembre 1790: un primo bilancio

A partire dal 25 ottobre l’Assemblea nazionale si dedicò alla discussione e all’approvazione di un ultimo progetto, presentato da Le Chapelier per conto del *comité de Constitution*<sup>114</sup>. Essendosi trovato un accordo sui punti più controversi – sedentarietà e natura giudiziaria dell’organo di cassazione – i lavori procedettero con una certa speditezza. Passaggi importanti, come il mantenimento in vigore del *Règlement* del 1738 o l’introduzione del *référé obligatoire* in caso di persistente conflitto tra il *Tribunal de*

---

existait dans le tribunal de cassation, il faudrait le détruire.», LE CHAPELIER, *Séance du jeudi 18 novembre 1790, au matin*, in *Arch. parl.*, XX, cit. p. 517.

<sup>112</sup> Celebre è la radicale affermazione di Robespierre a riguardo: «Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l’acception qu’il avait dans l’ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau ; il doit être effacé de notre langue. Dans un Etat qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n’est autre chose que la loi; alors il y a toujours identité de jurisprudence.», ROBESPIERRE, *Séance du jeudi 18 novembre 1790, au matin*, in *Arch. parl.*, XX, cit. p. 516. Comunque, come notato da Halperin, l’urgenza di sopprimere le giurisprudenze dei tribunali vale come un implicito riconoscimento della loro influenza: J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., p. 55. In generale sulla polisemia del termine giurisprudenza v. *infra* cap. 3, par. 1.

<sup>113</sup> Sul punto sin d’ora si rimanda a: J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, in R. BADINTER (dir.), *Une autre justice 1789-1799*, Op. cit., p. 225-241.

<sup>114</sup> *Séance du lundi 25 octobre 1790*, in *Arch. parl.*, XX, pp. 22-24.

*cassation* e il giudice del merito, vennero approvati senza destare particolari discussioni tra i deputati<sup>115</sup>.

La conclusione di questa odissea parlamentare come noto fu l'adozione della *Loi instituant un Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation et ses attributions* cui al decreto dell'Assemblea nazionale del 27 novembre 1790, proclamato dal Re il successivo 1° dicembre<sup>116</sup>.

L'istituendo tribunale sarebbe stato composto da quarantadue giudici eletti dai dipartimenti tra i magistrati con almeno dieci anni di esperienza e trent'anni di età, per una durata di quattro anni con possibilità di essere rieletti<sup>117</sup>. Essi avrebbero operato in due formazioni: le *bureau des requêtes*, una sezione filtro competente a vagliare l'ammissibilità dei ricorsi modellata sul prototipo operante nell'ambito del *Conseil des parties* (art. 6), e una di cassazione (art. 10)<sup>118</sup>. Fisicamente il *Tribunal* venne collocato presso la *grand-chambre* del *Parlement* di Parigi nell'antico *Palais de la Cité*, luogo da cui ancora oggi continua ad operare. Fu previsto inoltre che a partire dal momento della sua entrata in funzione sarebbe contestualmente venuto meno il *Conseil des Parties* (art. 30)<sup>119</sup>. Lo stretto collegamento sussistente tra i due soggetti verrà ribadito nell'aprile del 1791, quando all'atto di sopprimere l'ufficio di *avocat au Conseil*, si dispose che i soggetti in possesso di tale ultima qualifica sarebbero stati ammessi a svolgere le funzioni di procuratore d'avanti al *Tribunal de cassation*<sup>120</sup>. Tutti elementi che attestano un rapporto funzionale di continuità che, pur al netto delle differenze più volte annotate, permette di

---

<sup>115</sup> Art. 28: «Provisoirement et jusqu'à ce qu'il ait été autrement statué, le règlement qui fixait la forme de procéder au conseil des parties sera exécuté au tribunal de cassation, à l'exception des points auxquels il est dérogé par le présent décret.», M. LEPEC, *Bulletin annoté des lois et décrets et ordonnances*, Tome I, Paris, Chez Paul Dupont, 1834, cit. p. 383.

<sup>116</sup> Per i riferimenti alla *Loi du 27 novembre-1° décembre 1790* si rinvia oltre a M. LEPEC, *Bulletin annoté des lois et décrets et ordonnances*, Op. cit., pp. 370-410; A. P. TARBE, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Op. cit., pp. 241-246.

<sup>117</sup> *Forme de l'élection du tribunal de cassation* : «Les membres du tribunal de cassation ne seront élus que pour quatre ans; ils pourront être réélus.» (art. 1<sup>er</sup>), «Les départements de France concourront successivement par moitié à l'élection des membres du tribunal par de cassation.» (art. 2<sup>er</sup>), M. LEPEC, *Bulletin annoté des lois et décrets et ordonnances*, Op. cit., cit. pp. 392-394.

<sup>118</sup> «A cet effet , tous les six mois, le Tribunal de cassation nommera vingt de ses membres pour former un Bureau qui , sous le titre de Bureau des requêtes, aura pour fonctions d'examiner et de juger si les requêtes en cassation ou en prise à partie doivent être admises ou rejetées» (art. 6); «La Section de cassation seule, et sans la réunion des membres du Bureau des requêtes, prononcera sur toutes les demandes en cassation, lorsque la requête aura été admise . La section de cassation ne pourra juger qu'au nombre de quinze juges au moins; la simple majorité des voix suffira pour former la décision» (art. 10), *ibidem*, cit. pp. 379 e 380.

<sup>119</sup> «Le Conseil des parties est supprimé, et il cessera ses fonctions le jour que le Tribunal de cassation aura été installé.», *ibidem*, cit. p. 391.

<sup>120</sup> «Les offices des avocats au conseil sont supprimés; ceux qui en étaient pourvus seront admis à faire les fonctions d'avoués au tribunal de cassation», art. 5, *Décret relatif au tribunal de cassation, 14-17 avril 1791*, in M. LEPEC, *Bulletin annoté des lois et décrets et ordonnances*, Tome II, Op. cit., cit. p. 106.

affermare senza reticenze la stretta familiarità, nei termini di ascendenza, che intercorre tra i due consessi<sup>121</sup>.

Il *Tribunal* era titolare di una giurisdizione meramente negativa, attivabile su impulso di parte: poteva solo annullare le sentenze pronunciate in ultima istanza, esclusivamente nei casi di espressa contravvenzione alla lettera della legge e vizi di forma della procedura, senza facoltà alcuna di entrare nel merito della controversia - *fond des affaires* - né di pronunciare un principio di diritto vincolante (art. 3)<sup>122</sup>.

Il timore, così chiaramente palesato da Robespierre durante i lavori dell'Assemblea, circa il rischio di una sovrapposizione tra potere legislativo e organi giudiziari, spinse il legislatore rivoluzionario, infatti, a non prevedere, a fronte dell'annullamento della sentenza e del conseguente rinvio della vertenza al giudice di merito, alcun obbligo per quest'ultimo di attenersi al *dictum* del *Tribunal*. Conseguentemente poteva darsi il caso paradossale per cui, nonostante un'eventuale prima cassazione, il giudice di merito insistesse nel riproporre l'interpretazione censurata, con inevitabile appesantimento dell'amministrazione della giustizia: «si le nouveau jugement est conforme à celui qui a été cassé, il pourra encore y avoir lieu à la demande en cassation»<sup>123</sup>. Al fine di superare tale impasse venne ideato il complesso meccanismo del *référé législatif obligatoire au législateur*: il *Tribunal de cassation*, davanti alla rinnovata impenitenza dei giudici di merito, doveva abdicare al proprio compito e mettere in contatto il magistrato ribelle direttamente con il *Corps législatif* al quale sarebbe spettata, sotto forma di interpretazione autentica, la proverbiale ultima parola circa l'interpretazione della legge controversa (art. 21)<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> «la Cassazione del 1790 è tecnicamente, organizzativamente e proceduralmente l'erede diretta del Conseil des Parties d'ancien régime», A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., cit. p. 421. Ribadire gli elementi di continuità, ovviamente, non significa negare le molte distonie – in primo luogo ideologiche e di teoria generale - che invece sussistono tra i due consessi e che si sono più volte messe in luce.

<sup>122</sup> «Il annullera toutes les procédures dans lesquelles les formes auront été violées, et tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi. [...] Sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal ne pourra connaître du fond des affaires; après avoir cassé les procédures ou le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître» (art. 3), M. LEPEC, *Bulletin annoté des lois et décrets et ordonnances*, Op. cit., cit. pp. 373-376.

<sup>123</sup> «Dans les cas où le jugement seul aura été cassé, l'affaire sera aussitôt portée à l'audience dans le tribunal ordinaire qui en avait d'abord connu en dernier ressort: elle y sera plaidée sur les moyens de droit, sans aucune forme de procédure, et sans que les parties ou leurs défenseurs puissent plaider sur le point réglé par un premier jugement; et si le nouveau jugement est conforme à celui qui a été cassé, il pourra encore y avoir lieu à la demande en cassation» (art. 21), M. LEPEC, *Bulletin annoté des lois et décrets et ordonnances*, Op. cit., cit. p. 382.

<sup>124</sup> «lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation, qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif, qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de la loi; et lorsque

Le ulteriori competenze del Tribunale concernevano, anche questa volta in continuità con le attribuzioni giudiziarie del *Conseil du roi*, profili inerenti la giurisdizione: «juger les demandes de renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime, les conflits de juridiction, et les règlements de juges, les demandes de prise à partie contre un tribunal entier.» (art. 2). L'Assemblea rigettò invece la proposta di conferire alla neonata corte anche una potestà disciplinare nei confronti dei singoli magistrati<sup>125</sup>.

La disciplina che ci restituisce la *Loi du 27 novembre-1<sup>o</sup> décembre 1790*, qui ricordata nei suoi tratti generali, appare come un'ulteriore soluzione di compromesso: da un lato si predispose un organo gerarchicamente sovraordinato all'ordine giudiziario, incaricato di garantire il rispetto della lettera della legge, dall'altro però si vollero evitare interazioni tra i due livelli, quello del merito e quello della legittimità, costringendo quest'ultimo nei casi più critici – e quindi più rilevanti – a rimettere la gestione della vicenda al *Corps législatif* per il tramite del *référé obligatoire*.

Tutto ciò ha talvolta condotto gli interpreti e i commentatori, di ieri e di oggi, a trascurare le risultanze dei lavori assembleari e a descrivere questa prima versione del *Tribunal* come situata al di fuori della giurisdizione - effettivamente formalmente composta da solo due gradi<sup>126</sup> - e completamente attratta nell'orbita dell'assemblea legislativa di cui avrebbe costituito una mera estrinsecazione<sup>127</sup>. A tale lettura d'altronde aderì parzialmente, tra gli altri, lo stesso Calamandrei, il quale giunse alla conclusione che «Il Tribunal de cassation, nell'intenzione dei fondatori, non è un organo giudiziario», ma un organo politico votato unicamente a «difendere il potere legislativo dagli attentati dei giudici», chiamato quindi solamente a esercitare un «controllo sul funzionamento dello Stato» e «niente affatto [depositario] di uno scopo giurisdizionale»<sup>128</sup>.

---

ce décret aura été sanctionné par le roi, le tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement» (art. 21), *Ibidem*, cit. p. 382-38. Sul meccanismo del *référé v. infra* par. 9.

<sup>125</sup> J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., p. 68.

<sup>126</sup> L'estraneità formale del *Tribunal de Cassation* alla giurisdizione ordinaria emergerebbe dalla stessa organizzazione che di quest'ultima era stata stabilita con il *Décret 1er mai 1790*: «L'Assemblée nationale décrète qu'il y aurait deux degrés de juridiction en matière civile», *Décret portant qu'il y aura deux degrés de juridiction en matière civile, lors de la séance du 1er mai 1790*, in *Arch. Parl.*, XV, cit. p. 354. Cfr.: P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., p. 418. A riguardo bisogna però ricordare che tale testo normativo non parla della *cassation* solo perché tale tematica era stata scorporata a causa di contingenze meramente temporali. Inoltre, sebbene evidentemente operante al di fuori (*rectius* al di sopra) delle giurisdizioni di merito, si è dato atto di come la natura di giudice del *Tribunal de cassation* (sebbene peculiarissimo) si fosse affermata come prevalente sin da subito.

<sup>127</sup> Cfr.: J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., pp. 79-80.

<sup>128</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., cit. pp. 412-413. Sebbene in questo e in altri specifici frangenti non se ne condividano del tutto alcune conclusioni, preme ribadire come la



Benché tale analisi, come altre simili, colga con grande lucidità talune debolezze proprie del nuovo consesso, effettivamente ancora non in grado di svolgere appieno la funzione di magistratura suprema unificatrice della giurisprudenza, rischia però di peccare di eccessivo rigorismo: benché con molte riserve da parte di alcuni deputati e con modalità sue proprie, il *Tribunal*, in queste fasi iniziali, è a pieno titolo parte di un complesso giurisdizionale. In tal senso testimonia d'altronde la Costituzione del 1791 che nel riprendere la soluzione del 1790 la trasfonde quasi letteralmente negli artt. dal 19 al 22 del *Chapitre V*, all'interno della sezione intitolata non al potere legislativo ma a quello giudiziario<sup>129</sup>.

Vi sono d'altro canto autorevoli autori, in particolare Jean-Louis Halperin, che hanno in tempi più recenti difeso autorevolmente la bontà di questo primo esperimento, evidenziando come sin da queste prime fasi, nonostante le difficoltà del momento rivoluzionario, il *Tribunal de cassation* poté porsi quale attore di primo piano, capace di incidere positivamente sul funzionamento della macchina giudiziaria con una funzione di indirizzo sin da subito evidente<sup>130</sup>.

Non bisogna infatti trascurare che siamo davanti al primo tribunale con obbligo di motivazione delle sentenze, dotato di giurisdizione nazionale unica su tutta la Francia, cui potevano ricorrere liberamente tutti i sudditi per far valere – inizialmente soltanto nei limiti rescissori – le proprie istanze di giustizia<sup>131</sup>. Tale ultimo dato, in particolare, è fondamentale e permette di superare alcune riflessioni formulate dal Calamandrei. Il maestro fiorentino afferma, infatti, che «nel creare il *Tribunal de cassation* i suoi fondatori mai tengono di mira l'intento di soddisfare diritti subiettivi privati o di attuare in concreto il diritto obiettivo, il che [...] costituisce l'essenza della giurisdizione; al contrario i riformatori attribuiscono al *Tribunal de cassation* [...] un ufficio di natura costituzionale»<sup>132</sup>. In altri termini, nell'ideazione del consesso *de quo*, lo *ius constitutionis*

---

riflessione di Calamandrei rimangano tutt'oggi, a un secolo di distanza dalla sua pubblicazione, un capolavoro insuperato sul tema della Cassazione per acutezza e ampiezza dell'indagine.

<sup>129</sup> Circa il *Tribunal de cassation* nella Costituzione del 1791 v. *infra* par.7.

<sup>130</sup> *Ex multis*: J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., pp. 82-90; ID, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, Op. cit..

<sup>131</sup> «La loi du 27 novembre-1<sup>o</sup> décembre 1790 consacré le recours en cassation comme une voie de droit [...] A un tribunal de cassation reconnu comme un véritable organe judiciaire correspond une voie de recours ouverte à tous le plaideurs», J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., cit. p. 85; Circa l'obbligo di motivazione: «L'intitulé du jugement de cassation portera toujours, avec les noms des parties, l'objet de leur demande, et le dispositif contiendra le texte de la loi ou des lois sur lesquelles la décision sera appuyée» (art. 17), M. LEPEC, *Bulletin annoté des lois et décrets et ordonnances*, Op. cit., cit. pp. 392-394.

<sup>132</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 412.

prevarrebbe sullo *ius litigatoris* sino ad annullarlo, così da negare ogni cittadinanza agli interessi delle parti private e quindi ogni pretesa di giurisdizionalità. Sebbene sia vero, e se ne è dato atto anche in questa sede, che la finalità pubblicistica – declinata con sfumature differenti a seconda del relatore – è preminente nell’orizzonte dei lavori assembleari, essa non ha però impedito di configurare il ricorso in cassazione come vera e propria impugnazione. Ciò si apprezza in modo particolare in ottica prospettica: la *cassation* di *ancien régime* rimase sino all’ultimo «une voie légitime de plénitude de puissance [...] un recours extraordinaire au prince [...] un acte extraordinaire de son souverain pouvoir»<sup>133</sup> ora invece l’esame dell’istanza è un atto dovuto da parte del *Tribunal de cassation* (artt. 2, 3 e 5).

A riprova delle grandi potenzialità della *Loi du 27 novembre-1° décembre 1790* si può portare ancora una considerazione, trascurata dai più. Essa consiste nell’assoluta originalità e nella precarietà delle nozioni con cui gli stessi deputati, nel biennio 1789-1790, dovettero confrontarsi. Il contesto in cui operava l’Assemblea nazionale costituente era, cioè, ben diverso da quello che, ad esempio, dovette affrontare quasi un secolo dopo il legislatore italiano postunitario. In questo secondo frangente i *conditores* furono chiamati a valutare tra diversi modelli, ormai ampiamente penetrati nella cultura e prassi giuridica: Corte di cassazione e terza istanza<sup>134</sup>. Nel 1790, al contrario, non vi era un’opzione *Cour de cassation* cui aderire, di conseguenza le letture che tendono a vedere nel *Tribunal de cassation* un modello imperfetto, dimidiato, non tengono in debito conto che la *Loi du 27 novembre-1° décembre 1790* non accolse nessun prototipo, ma pose le basi per crearlo. Il parametro sul quale valutare la bontà o meno della cassazione semplicemente non esisteva e di fatto non esisterà almeno sino al 1837. In questa prospettiva, evitando cioè di retrodatare le nostre precomprensioni in un momento in cui queste non si erano ancora formate, emerge con ancor maggior evidenza la grande novità dell’istituto.

## 2.7. Il Tribunal de cassation auprès du corps législatif tra collocazione geografica e istituzionale

---

<sup>133</sup> Il riferimento è tratto dalla memoria di Gilbert de Voisins di cui si è ampiamente detto: P. GILBERT DE VOISINS, *Vues sur les cassations d’arrests et de jugements en dernier ressort*, Op. cit., cit. p. 21

<sup>134</sup> Circa il dibattito italiano che vide contrapposti i modelli della Corte di cassazione e della terza istanza, v. *infra* cap. 4.

Prima di procedere oltre nella narrazione è opportuno soffermarsi ancora una volta sui rapporti intercorrenti tra *Tribunal de cassation* e potere legislativo e, in particolare, sul dato che più di tutti ha favorito una lettura del primo come non solo subordinato ma anche parte integrante del secondo: l'incipit dell'art. 1, c. 1 della *Loi du 27 novembre-1<sup>o</sup> décembre 1790*: «Il y aura un tribunal de cassation établi auprès du corps législatif.». Come si dirà subito, di questo inciso, innegabilmente ambiguo, non può darsi un'interpretazione univoca, avendo assunto contenuti differenti a seconda delle diverse contingenze politiche che caratterizzarono il travagliato decennio del *droit intermédiaire*.

Il contesto in cui questa formula fece la sua prima apparizione fu quello del dibattito relativo alla scelta tra sedentarietà o ambulanza del giudice di cassazione, svoltosi nel maggio del 1790. La questione era tutt'altro che secondaria. I sostenitori della seconda opzione temevano che un tribunale unico per tutto il regno avrebbe favorito i fenomeni corruttivi e di mala giustizia e rinnovato il dispotismo giudiziario di cui ci si era appena liberati sopprimendo i *Parlements*<sup>135</sup>:

«Voudriez-vous établir une autorité qui ferait bientôt renaître les classes des parlements? Un corps de magistrats qui embrasserait tout le royaume, tous les tribunaux, tout l'ordre judiciaire, frapperait avec une verge de fer. Ils diraient: Si vous ne vous conformez à mes volontés, si vous n'admettez pas ma jurisprudence, si vous ne fléchissez sous mon despotisme, je flétrirai toutes vos décisions.....»<sup>136</sup>.

Inoltre, dando seguito a un timore già emerso con chiarezza nei *cahiers de doléances*, c'è fu chi mise in guardia dalle possibili conseguenze discriminatorie su base censitaria cui avrebbe ben potuto dare origine un giudice unico e sedentario: non tutti i ricorrenti avrebbero potuto adirlo con eguale facilità, penalizzati sarebbero stati in particolare i meno abbienti, impossibilitati a sostenere le spese per recarsi nella capitale: «Avec un

---

<sup>135</sup> «D'autres vous ont proposé une cour sédentaire c'est ici que les inconvénients se présentent en foule [...] De créer une justice de recours, exposée à la corruption et à la sollicitation des plaideurs, car en les appelant auprès d'une cour pour y exposer leurs plaintes, vous leur donnez la tentation injurieuse de solliciter ces juges et de corrompre la justice par toutes les influences qui peuvent agir sur ses ministres; mais vous avez promis une justice impartiale.», BARERE DE VIEUZAC, *Séance du mardi 25 mai 1790*, in *Arch. parl.*, XV, cit. pp. 671-672. Circa il dibattito sui temi della sedentarietà e dell'ambulanza, cfr.: E. SOMMA, *Juge naturel e ordinamento giudiziario francese 1790-1795*, Op. cit., pp. 56-70.

<sup>136</sup> BRIOIS DE BEAUMETZ, *Séance du mercredi 26 mai 1790*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 680. Similmente si era espresso Barnave qualche giorno prima: «Avec l'ambulance, on n'aura pas à craindre la tyrannie de la cour supérieure. Sans doute, des magistrats réunis dans le même lieu, institués pour un temps considérable, et remplis du même esprit, seraient une puissance formidable: cette puissance sera désarmée par l'ambulance. Les juges, circulant d'un lieu à un autre, empêcheront un concert dangereux pour la liberté.», BARNAVE, *Séance du samedi 8 mai 1790, au matin*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 432.

tribunal permanent, il faudrait donc que les justiciables arrivassent des extrémités du royaume pour faire juger une demande en nullité; ce serait laisser le pauvre à la merci du riche»<sup>137</sup>.

Altri deputati per contro difesero a gran voce l'opportunità della sedentarietà. Merlin de Douai, protagonista anche di questa discussione, facendo leva sulla nozione, condivisa dalla maggioranza dei membri dell'Assemblea, di funzione costituzionale della cassazione quale organo unificatore e guardiano della legislazione secondo i termini già visti, sottolineò la necessità di avere un unico tribunale al fine di evitare la *discordance dans le jugements*: «Or, diviser le tribunal de cassation en plusieurs classes qui se promèneraient chacune séparément dans diverses parties du royaume, ce serait évidemment se priver des grands avantages qu'on peut retirer de ce tribunal pour assurer la parfaite unité de l'empire et consolider la monarchie.»<sup>138</sup>. L'ambulanza inoltre avrebbe reso l'esperimento del rimedio della cassazione *trop facile*, favorendo quell'ipertrofia giudiziaria che già allora era avvertita quale causa di lungaggini e abusi processuali: «Vous le savez, Messieurs, la frénésie des plaideurs est souvent telle que s'il existait dix degrés de juridiction ils les parcourraient tous»<sup>139</sup>.

A imporsi fu la soluzione della sedentarietà. Il 26 maggio l'Assemblea stabilì «à une grande majorité que: “Les juges qui connaîtront de la cassation seront tous sédentaires.”»<sup>140</sup>. La vicenda non si concluse qui però. Approvata la *Loi des 16-24 août 1790* e ripresi i lavori sulla cassazione, Thouret tentò un nuovo compromesso tra la fazione dell'ambulanza e quella della sedentarietà, proponendo di scomporre il futuro tribunale in sette camere, tutte sì sedentarie ma sparse per il territorio del regno<sup>141</sup>. La discussione si riaccese: l'idea venne subito rigettata e la collocazione unitaria venne

---

<sup>137</sup> D'ANDRE, *Séance du samedi 8 mai 1790, au matin*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 432.

<sup>138</sup> MERLIN, *Séance du lundi 24 mai 1790*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 666.

<sup>139</sup> «Sans doute, il est de l'intérêt des justiciables d'être à portée des tribunaux qui doivent les juger en première instance et en cause d'appel; mais une fois leur contestations jugées par des arrêts, il est très important, pour leur tranquillité, comme pour leur fortune, de ne pas rendre trop faciles les moyens de faire rétracter ces arrêts. Vous le savez, Messieurs, la frénésie des plaideurs est souvent telle que s'il existait dix degrés de juridiction ils les parcourraient tous; il faut donc les arrêter malgré eux, il faut prévenir leur ruine en leur imposant un frein salutaire, et c'est une vérité qu'on a reconnue dans tous les temps, puisque, dans tous les temps, on a attribué, même aux juges de première instance, le pouvoir de juger en dernier ressort des affaires qui, par elles-mêmes, étaient peu importantes, quoiqu'elles pussent l'être beaucoup relativement à la fortune modique ou nulle des parties qu'elles intéressaient.», MERLIN, *Séance du lundi 24 mai 1790*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 667.

<sup>140</sup> GARAT, *Séance du mercredi 26 mai 1790*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 680.

<sup>141</sup> «Si vous n'avez pas un seul tribunal, vous méconnaissiez les principes de la cassation: si vous n'avez qu'un seul tribunal auquel on puisse s'adresser, vous perdez l'utilité de la cassation. Il faut donc un moyen terme. Ce moyen, c'est l'établissement de plusieurs chambres d'arrondissement.», THOURET, *Séance du jeudi 12 août 1790, au matin*, in *Arch. parl.*, XVII, cit. p. 741.

ribadita dall'Assemblea definitivamente il 12 agosto con una formula nuova: «Le tribunal de cassation sera unique et sédentaire auprès du Corps législatif.»<sup>142</sup>.

L'inciso in esame, quindi, in questo momento non ha ancora un connotato politico, ma, in coerenza con le risultanze e la cronologia dei lavori parlamentari, si risolve primariamente in una notazione geografica: presso il Corpo legislativo nel senso di posto stabilmente a Parigi, così da sbarrare la strada a ogni tentativo di reintrodurre surrettiziamente l'opzione dell'ambulanza per il tramite di una parcellizzazione territoriale dell'istituendo consesso.

Certo non si può escludere che questa formulazione già ora sottintendesse, nella volontà di alcuni deputati, la necessità di una forma di controllo da parte del legislativo, così da garantire che l'unicità e la sedentarietà non fossero occasione per rinnovati assolutismi giudiziari. Timore quest'ultimo che, come si è detto, era tutt'altro che scomparso e che contribuisce in parte a spiegare l'inserimento nella *Loi du 27 novembre-1° décembre 1790* di meccanismi evidentemente vocati a logiche di "sorveglianza" quali il *référé obligatoire* (art. 21) e soprattutto l'obbligo per il *Tribunal de cassation* di inviare ogni anno innanzi al *Corps législatif* una sua delegazione per relazionarlo circa la propria attività e i giudizi resi (art. 24)<sup>143</sup>.

In origine, però, non sembra corretto leggere queste ultime disposizioni in combinato disposto con l'art.1 al fine di farne discendere la costatazione di una presunta anima legislativa allora insufflata, dai suoi creatori, nell'organo di cassazione, la cui natura giurisdizionale, al contrario, si era imposta in Assemblea contro le posizioni di Robespierre.

Fu solo in un secondo momento che anche l'incipit della *Loi du 27 novembre-1° décembre 1790* venne reinterpretato in ottica subordinazionista. Ciò emerge con chiarezza dall'analisi dei lavori preparatori della Costituzione del 1791. In questa sede, quasi un anno dopo l'istituzione del *Tribunal* il 16 agosto 1791, il deputato Martin propose di non inserire in costituzione l'inciso «établi auprès du Corps législatif» proprio perché privo di valenza costituzionale e ormai ridondante in una prospettiva meramente geografica: «l'un ou l'autre peut changer le lieu de ses séances.»<sup>144</sup>. Immediata fu l'opposizione di

---

<sup>142</sup> PRIEUR, *Séance du jeudi 12 août 1790, au matin*, in *Arch. parl.*, XVII, cit. p. 791.

<sup>143</sup> Art. 24: «Chaque année le tribunal de cassation sera tenu d'envoyer à la barre de l'assemblée du Corps législatif une députation de huit de ses membres, qui lui présenteront l'état des jugements rendus, à côté de chacun desquels sera la notice abrégée de l'affaire, et le texte de la loi qui aura décidé la cassation.»

<sup>144</sup> «Je demande la suppression dans le 1er paragraphe de ces mots: «établi auprès du Corps législatif.» Il n'y a aucune raison de dire constitutionnellement que le tribunal de cassation sera établi auprès du Corps

Démeunier che rivendicò la necessità della disposizione *de qua* interpretata però non più come indicazione spaziale neutra, ma come garanzia dell'adempimento da parte del *Tribunal de cassation* del suo compito di rendicontare annualmente il legislatore e del corretto svolgimento del meccanismo del *référé obligatoire*<sup>145</sup>. L'Assemblea, accogliendo questa seconda soluzione, decise di inserire il sintagma nella Carta fondamentale del 1791 così conferendogli, ora, un significato parzialmente nuovo nel senso di una vera e propria "soggezione" della cassazione nei confronti del legislativo<sup>146</sup>. Ancora però ciò non vale a ingenerare confusioni circa la natura giurisdizionale del *Tribunal de cassation* che, al contrario, anche la costituzione del 1791 ribadisce.

Fu solo in un momento ancora successivo, nella parentesi della Convenzione che, a causa delle favorevoli contingenze politiche, Robespierre, acquisito il controllo della nazione, riuscì a ridurre effettivamente il *Tribunal de cassation* a una marginale estrinsecazione del potere legislativo. Questa però non fu che una parentesi breve ed evidentemente distonica con il quadro d'insieme. A partire, infatti, poi dall'esperienza direttoriale l'organo di cassazione, riguadagnò velocemente il suo pieno ruolo giurisdizionale, e pur nel permanere di alcune forme di controllo – su tutte il *référé obligatoire* - fu in grado di affrancarsi sempre più dalla sorveglianza del legislatore,

---

législatif; l'un ou l'autre peut changer le lieu de ses séances.», MARTIN, *Séance du mardi 16 août 1791, au matin*, in *Arch. parl.*, XXIX, cit. p. 464.

<sup>145</sup> «En ce qui concerne l'amendement de M. Martin, si on désire le mettre aux voix (Il n'est pas appuyé!), j'observerai que son auteur n'a pas vu le grand avantage qu'il y a à conserver dans l'acte constitutionnel la disposition qui vous est proposée et qui tend à fixer le siège du tribunal de cassation auprès du Corps législatif. Tout d'abord, elle a été décrétée par l'Assemblée; d'un autre côté, elle est rendue nécessaire par l'obligation que vous avez imposée aux membres du tribunal de cassation de se présenter au commencement de chaque session à la barre du Corps législatif. Il est d'ailleurs d'autres raisons beaucoup plus importantes que l'on a oubliées, dont l'une entre autres est que, lorsqu'un jugement a été cassé à 2 reprises différentes et qu'il est attaqué pour la 3e fois pour les mêmes motifs, le tribunal de cassation doit en instruire le Corps législatif qui rend une loi déclaratoire, laquelle loi oblige les membres du tribunal à prononcer conformément, à la loi.», DEMEUNIER, *Séance du mardi 16 août 1791, au matin*, in *Arch. parl.*, XXIX, cit. pp. 464-465. Anche nell'intervento di Démeunier comunque l'inciso non vale a sottintendere una natura legislativa dell'organo di cassazione, è chiaro che si tratta sempre di un'indicazione spaziale - «fixer le siège du tribunal de cassation auprès du Corps législatif» - sebbene ora piegata a logiche di controllo. Tale prospettiva sembra poter essere meglio inquadrata con un'altra celebre citazione: «keep your friends close but your enemies closer».

<sup>146</sup> Nelle poche disposizioni specificatamente dedicate al *Tribunal de cassation* nella *Constitution du 3 septembre 1791* – artt. 19, 20, 21, 22 – oltre alla formula in esame - «Il y aura pour tout le royaume un seul tribunal de cassation, établi auprès du Corps législatif.» (art. 19) - vengono infatti trasfuse alcune indicazioni presenti già nella *Loi du 27 novembre-1° décembre 1790*, tra cui risaltano proprio i detti meccanismi di controllo: «Lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation sans avoir été soumise au Corps législatif, qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le tribunal de cassation sera tenu de se conformer.» (art. 21); «Chaque année, le tribunal de cassation sera tenu d'envoyer à la barre du Corps législatif une députation de huit de ses membres, qui lui présenteront l'état des jugements rendus, à côté de chacun desquels seront la notice abrégée de l'affaire et le texte de la loi qui aura déterminé la décision.» (art. 22).

abbandonando sin dal 1799 la sua collocazione *aupres du Corps législatif* per guadagnare stabilmente la «sommet de l'ordre judiciaire»<sup>147</sup>.

## 2.8. L'evoluzione del Tribunal de cassation nel droit intermédiaire, dalla Convenzione all'Impero

Al netto, quindi, di una certa ambivalenza di fondo, nei primissimi anni di attività non emersero particolari frizioni tra il legislatore e il neonato giudice. Anzi pur non rinunciando a ricordare come quest'ultimo fosse «place pres du corps l'egislatif», Chabroud, presidente della seduta dell'Assemblea che il 28 aprile 1791 ricevette la prima delegazione inviata dal *Tribunal de cassation* in ottemperanza all'art. 24 della *Loi du 27 novembre-1° décembre 1790*, colse l'occasione anche per ribadire l'importanza di tale consesso all'interno del quadro giudiziario: «en plaçant tous les tribunaux sous la même égide du tribunal de cassation, la Constitution a posé la clef de la voûte, et a fait de l'ordre judiciaire un tout inébranlable, qui durera aussi longtemps que la liberté et la justice seront chères aux Français.»<sup>148</sup>.

Le cose cambiarono all'indomani del 21 gennaio 1793. Ghigliottinato in *Place de la Concorde* il cittadino Luigi Capeto, al secolo Luigi XVI di Borbone, Robespierre, coerentemente con quanto sostenuto sin dal 1790, tentò di sottrarre la cassazione all'egida del potere giudiziario<sup>149</sup>. Avvantaggiato dai nuovi rapporti di forza pose il *Tribunal* sotto la stretta sorveglianza del comitato di legislazione della Convenzione che, tramite lo strumento del decreto di annullamento, non esitò a invalidare ripetutamente le decisioni di legittimità: almeno duecentocinque provvedimenti demolitori dal marzo 1793

---

<sup>147</sup> Così: J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation sous la Révolution (1790-1799)*, in *Annales historiques de la Révolution française*, n. 263, 1986, pp. 99-102, cit. p. 100.

<sup>148</sup> CHABROUD (*présidence de l'Assemblée*), *Séance du jeudi 28 avril 1791, au soir*, in *Arch. parl.*, XXV, cit. p. 397. Prospettiva ribadita durante la visita della seconda delegazione della *Tribunal del cassation* da Thouret, allora presidente del *Tribunal*: «Monsieur le Président, nous venons, au nom du tribunal de cassation, satisfaire à l'obligation que la C<sup>on</sup>stitution lui impose de présenter chaque année au Corps législatif l'état des jugements rendus [...] Placé au-dessus de tous les tribunaux pour en être le régulateur, le tribunal de cassation [...]», *Séance du jeudi 10 mai 1792.*, in *Arch. parl.*, XLIII, cit. pp. 202-203. Di Tale delegazione faceva parte anche lo stesso Chabroud, diventato membro del consesso insieme ad altri autorevoli deputati.

<sup>149</sup> La Costituzione giacobina del 1793 non dedicherà al *Tribunal de cassation* che tre scarse disposizioni (artt. 98-100).

all'ottobre 1795<sup>150</sup>. Inoltre, con la creazione del *Tribunal revolutionnaire de Paris*, ne menomò la competenza e il prestigio sino a relegarlo ai margini del quadro istituzionale<sup>151</sup>. Quasi a sottolineare il passaggio di consegne, il 10 marzo 1793, Fouquier-Tinville, il temuto accusatore pubblico, s'impadronì fisicamente della *grand-chambre* del *Parlement* di Parigi e sfrattò i giudici della cassazione al Pantheon<sup>152</sup>.

Vicenda iconica di tale periodo fu la condanna alla pena capitale, ad opera della giustizia rivoluzionaria, di Thouret, protagonista di primo piano dell'iter legislativo che condusse alla nascita del *Tribunal de cassation* nonché suo primo presidente.

Attese tali premesse non stupisce che la fine del Terrore, nel luglio del 1794, coincise con l'inizio di una stagione nuova e di grande favore per il *Tribunal de cassation*. Il cambio di passo risultò evidente sin dall'adozione della Costituzione dell'anno III (agosto 1795) che dedicò al giudice di legittimità gli artt. dal 254 al 264 e abrogò la tecnica dei decreti di annullamento: «Le Corps législatif ne peut annuler les jugements du Tribunal de cassation, sauf à poursuivre personnellement les juges qui auraient encouru la forfaiture.» (art. 264).

Forte del vigore ritrovato e di una non scontata continuità istituzionale<sup>153</sup>, l'organo di cassazione, nel proseguo del periodo direttoriale riuscì a conquistare sempre maggiore autonomia nei confronti del legislativo e a consolidare il proprio prestigio<sup>154</sup>.

Tale vicenda continuò però a svolgersi secondo un percorso tutt'altro che lineare e certo non privo di ostacoli. Uno dei momenti maggiormente dolorosi coincise con il fallimento della cospirazione monarchica del 18 fruttidoro anno V (4 settembre 1797)<sup>155</sup>, evento di cui si avvantaggiò il Direttorio per rimuovere la metà giudici di cassazione,

---

<sup>150</sup> Circa i decreti di annullamento si rinvia a: J.-L. HALPERIN, *Les décrets d'annulation des jugements sous la Convention*, in M. VOVELLE (présentation), *La Révolution française et le droit privé. Actes du colloque d'Orléans 11-13 septembre 1986*, Op. cit., pp. 457-468.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 457.

<sup>152</sup> Per una narrazione colorita di tale episodio: «Fouquier-Tinville [...] si fa aprire la famosa Grand' Chambre. Quel tabernacolo della giustizia dell'antico regime [...] Fouquier vi entra: dispone da padrone [...] Quando l'indomani i giudici di cassazione si presentano al palazzo per l'udienza, trovano la Grand' Chambre occupata da operai e sono costretti a emigrare, per forza, nella sala Saint-Louis [...] Così è manifesto che il tribunale rivoluzionario diviene, immediatamente, la prima giurisdizione della Repubblica.», M. MAZZUCHELLI, *Il Tribunale del Terrore. I grandi processi della Rivoluzione francese*, Milano, Longanesi & C., 1969, cit. pp. 42-43.

<sup>153</sup> J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., p. 101.

<sup>154</sup> Negli anni del *droit intermédiaire* e della dominazione napoleonica il legislatore con cui dovette confrontarsi il *Tribunal de cassation* cambiò più volte sembianze: *Assemblée nationale constituante* (giugno 1789-settembre 1791); *Assemblée nationale législative* (ottobre 1791-settembre 1792); *Convention nationale* (settembre 1792-ottobre 1795); *Conseil des Anciens* e *Conseil des Cinq-Cents* (ottobre 1795-dicembre 1799); *Sénat conservateur* (dicembre 1799-aprile 1814), *Tribunat* (dicembre 1799-settembre 1807) e *Corps législatif* (dicembre 1799-luglio 1814).

<sup>155</sup> J. GODEHOT, *La Rivoluzione francese. Cronologia commentata 1787-1799*, Op. cit., pp. 197-198.



alcuni svolgenti le loro funzioni dal 1791, sospettati di connivenze realiste, per sostituirli con altri di propria nomina, tentando così di affermare la sua autorità sulla suprema magistratura<sup>156</sup>. Questo e altri contraccolpi non incisero però significativamente sull'attività del *Tribunal de cassation* che, pur nella perdurante impossibilità teorica di imporre il proprio indirizzo ermeneutico a causa dell'operare del *référé obligatoire*, già in questi anni sviluppò un'autorevole e corposa giurisprudenza – più di ventimila sentenze dal 1791 al 1799 - sovente chiamata a supplire alle molteplici lacune legislative figlie degli insuccessi codificatori del *droit intermédiaire*<sup>157</sup>. Un ruolo preminente testimoniato anche dalle numerose raccolte giurisprudenziali che sin a partire dal 1791 vennero date alle stampe<sup>158</sup>.

La posizione di primo piano ormai acquisita dal *Tribunal de cassation* non venne meno con l'ascesa del primo console, console a vita e Imperatore Napoleone Bonaparte<sup>159</sup>. Il *Senatus-Consulte organique* del 28 floreale anno XII (18 maggio 1804) non solo ribadì la sua natura di vertice della giurisdizione, ma ne modificò anche il nome sostituendolo con quello, per noi più emblematico, di *Cour de Cassation* (art. 136)<sup>160</sup>.

### 2.9. La parabola del *référé législatif* e l'affermarsi della *Cour de cassation* nell'era della codificazione

Come più volte è emerso, perché il modello *Cour de cassation* raggiungesse la sua compiutezza è necessario aspettare il 1837, anno in cui venne abolito il *référé obligatoire*. L'istituto che più intensamente e più a lungo consentì alle assemblee legislative

---

<sup>156</sup> Con riferimento allo scontro tra *Tribunal de cassation* e Direttorio si rinvia a: J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., pp. 222-250.

<sup>157</sup> J. KRYNEN, *L'Etat de justice, France, XIIIe-XXe siècle. Tome 2, L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012, pp. 181-183.

<sup>158</sup> Cfr.: J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, Op. cit., p. 239; J. KRYNEN, *L'Etat de justice, France, XIIIe-XXe siècle. Tome 2, L'emprise contemporaine des juges*, Op. cit., p. 183; R. FERRANTE, *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Op. cit., 2015, pp.108-115.

<sup>159</sup> Napoleone assoggettò il *Tribunal de cassation* sia ponendone ai vertici uomini di sua fiducia, sia facendolo presiedere direttamente al Ministro della giustizia nelle vesti di *Grand-Juge* a partire dalla costituzione del 1802, *Arrêté des Consuls du 20 floréal an X (10 mai 1802)*: «Il y a un grand-juge ministre de la Justice.» (Art. 78); «Il préside le Tribunal de cassation et les tribunaux d'appel, quand le Gouvernement le juge convenable.» (Art. 80). Ciò però non menomò l'autorevolezza e il prestigio della giurisprudenza della magistratura suprema.

<sup>160</sup> Art. 136: «Le Tribunal de cassation pren la denomination de Cour de cassation.» Da un punto di vista funzionale non vi furono mutamenti rispetto al periodo rivoluzionario: R. SZRAMKIEWICZ, J. BOUINEAU, *Histoire des institutions 1750-1914*, Op. cit., pp. 277-278.

succedutesi nel tempo (e talvolta all'esecutivo) di esercitare un controllo diretto sulla cassazione. Sul punto è quindi opportuno operare un ulteriore chiarimento.

Il *référé législatif* è un meccanismo che permette al giudice (o lo obbliga), in caso di incertezza nell'applicare un testo normativo, di richiedere l'intervento del legislatore al fine di dirimere la questione<sup>161</sup>.

Dal punto di vista della sua evoluzione al di là delle generiche assonanze con il divieto di interpretazione già contenuto nel *Codex giustiniano* – «tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur»<sup>162</sup> - una compiuta formulazione del *référé*, nel contesto giuridico francese, è contenuta nell'*Ordonnance civile* del 1667, sebbene possano essere individuate origini ancor più risalenti<sup>163</sup>. L'art. 3 del titolo I del *Code Louis* prevedeva un blando sistema di rinvio facoltativo: in caso di incertezze interpretative le corti chiamate ad applicare l'*ordonnance* potevano richiedere un intervento chiarificatore del sovrano, senza però sospendere il giudizio<sup>164</sup>. L'art. 7 sempre del titolo I, con toni più perentori, faceva divieto ai giudicanti di interpretare gli atti normativi regi e nel caso di difficoltà ermeneutica li obbligava a sottoporre la questione allo stesso sovrano<sup>165</sup>.

In questa fase della storia istituzionale d'oltralpe, non dissimilmente a quanto notato con riferimento alla *cassation*, anche lo strumento del *référé* era congeniale alla politica dell'assolutismo monarchico di accentramento e razionalizzazione del potere, in particolar modo quello *lato sensu* giurisdizionale, in un'ottica antagonista rispetto i *Parlements*.

---

<sup>161</sup> Sull'ampio tema del *référé législatif* per un primo inquadramento e per ulteriori e dettagliate indicazioni bibliografiche, si rinvia a: Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Op. cit.

<sup>162</sup> C. 1.14.12.5 (a. 529): «Explosis itaque huiusmodi ridiculosis ambiguitatibus tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis permisit», circa la concezione giustiniana del potere legislativo si rimanda a: A. LOVATO, *Giustiniano e la consummatio nostrorum digestorum*, in *Mélanges de l'École française de Rome - Antiquité [En ligne]*, 125-2 | 2013.

<sup>163</sup> P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Op. cit., p. 8, nota 16.

<sup>164</sup> «N'entendons toutefois empêcher que si par la suite du temps, usage et expérience, aucuns articles de la présente ordonnance se trouvaient contre l'utilité ou commodité publique, ou être su jets à interprétation, déclaration ou modération, nos cours ne puissent en tout temps nous représenter ce qu'elles jugeront à propos, sans que sous ce prétexte l'exécution en puisse être sursise» (art. 3), *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice, avril 1667*, in F.-A. ISAMBERT, *Depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, Op. cit. in questa, Tome XVIII, cit. p. 105.

<sup>165</sup> «Si dans les jugemens des procès qui seront pendans 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.» (art. 7), *ibidem*, cit. p. 106.

Anche in questo frangente, pur rimanendo immutato nel suo svolgersi pratico, la dirompente onda illuminista e rivoluzionaria andò a modificare la prospettiva di fondo dell'istituto. Nel 1789 in Francia l'opinione diffusa, di cui più volte si è dato atto, riteneva che tutto ciò che fuoriuscisse dall'individuazione della norma applicabile al caso concreto e alla mera operazione sillogistica di attribuire il senso proprio alle parole della legge esulasse dai compiti del giudice e fosse attribuzione tipica del potere legislativo<sup>166</sup>. Anche un "moderato" come Thouret scrisse nel 1789: «Que la fonction des Juges n'est que d'appliquer la loi, & leur devoir de se conformer au sens littéral, sans s'en écarter, ni si permettre de l'interpréter»<sup>167</sup>.

Su queste premesse l'Assemblea costituente inserì nella *Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire* sia un divieto generale di ingerenza dei tribunali dell'esercizio della funzione legislativa - «Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture.» (art. 10, tit. II) – sia l'istituto del *référé facultatif* (art.12, tit. II). Quest'ultimo permetteva ai giudici di richiedere l'interpretazione autentica del legislatore ogni qual volta lo ritenessero necessario<sup>168</sup>. L'opzione era facoltativa, ma di fatto spesso necessitata dal divieto di interpretazione e dalla naturale equivocità dei testi normativi.

Pochi mesi dopo vide la luce, all'interno della *Loi du 27 novembre-1<sup>o</sup> décembre 1790*, il *référé obligatoire* (art. 21), ripreso poi all'interno della Costituzione del 1791 (art. 21, *Chapitre V*). Come si è detto tale meccanismo obbligava il *Tribunal de cassation*, davanti all'impenitenza dei tribunali di merito, a sollevare la questione al *Corps législatif*. Da un lato questa disposizione era perfettamente coerente con le premesse meccanicistiche sottese allora a tutto il discorso intorno alla giurisdizione e alle cautele con cui si era voluto depotenziare il *Tribunal de cassation*, non prevedendo l'obbligo per il giudice del rinvio di conformarsi al suo *dictum*. Dall'altro però una norma che aveva lo scopo di

---

<sup>166</sup> «i riformatori confusero in un'unica nozione l'interpretazione autentica in astratto e la interpretazione giurisprudenziale in concreto e proclamarono che l'interpretazione delle leggi, di qualunque genere essa fosse, doveva rientrare nella sfera del potere legislativo», P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 404; J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Op. cit., p. 63.

<sup>167</sup> J.-G. THOURET, *Analyse des idées principales Sur la reconnaissance des droits de l'Homme en société, et sur les bases de la Constitution*, Paris, Baudouin, 1789, cit. p. 36.

<sup>168</sup> «Ils ne pourront point faire de règlements, 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.» (art.12, tit. II). Circa il divieto di interpretazione e la sua concreta operatività si veda: E. SOMMA, *Juge naturel e ordinamento giudiziario francese 1790-1795*, Op. cit., pp. 113-158.

tutelare la rigida separazione dei poteri e quindi evitare che la suprema magistratura si facesse legislatore, permise a quest'ultimo di farsi giudice, come osservato con limpidezza da Calamandrei: «l'emanazione di una legge in pendenza di una lite, trasformava il legislatore in giudice»<sup>169</sup>.

Il *référé facultatif* nei primi anni di applicazione ebbe un ampio utilizzo, soprattutto in materia penale, mentre quello *obligatoire* non ebbe modo di dispiegare i suoi effetti<sup>170</sup>. Con la Convenzione entrambi gli istituti ebbero un diffuso impiego, ma dopo i fatti termidoriani e l'instaurazione del Direttorio, parallelamente all'affermarsi sempre più marcato dell'autonomia della giurisdizione, cominciò una fase di inesorabile declino<sup>171</sup>.

Lo stesso *Tribunal de cassation*, nel tentativo di assicurare speditezza all'amministrazione della giustizia, emanò nel maggio del 1796 una sentenza con cui diede un'interpretazione assai restrittiva dell'art. 12, tit. II *Loi des 16-24 août 1790* facendo sì che il *référé facultatif* da regola divenisse l'eccezione<sup>172</sup>. Nello stesso senso e nel medesimo frangente temporale, operò anche il Direttorio qualificando quali abusivi ex art. 263 Cost. i rinvii ritenuti privi o carenti di motivazione<sup>173</sup>. In difesa dell'istituto non intervenne neanche il soggetto istituzionale che più di tutti avrebbe dovuto avere a cuore il suo buon funzionamento, il *Corps législatif*. Già svuotata di contenuto e priva di applicazione, tale disposizione fu infine abrogata definitivamente – sebbene tacitamente - dalla codificazione napoleonica con l'art. 4 del *Code civil*<sup>174</sup>.

---

<sup>169</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 436.

<sup>170</sup> Perché si verificassero tutte le condizioni per l'esperimento del *référé obligatoire* – due cassazioni per il medesimo motivo e una terza ribellione del giudice di merito – era, infatti necessario molto tempo.

<sup>171</sup> Ciononostante la Carta dell'anno III (1795) diede nuovamente censura costituzionale al *référé obligatoire* all'art. 256: «Lorsque, après une cassation, le second jugement sur le fond est attaqué par les mêmes moyens que le premier, la question ne peut plus être agitée au Tribunal de cassation, sans avoir été soumise au Corps législatif, qui porte une loi à laquelle le Tribunal de cassation est tenu de se conformer.».

<sup>172</sup> Cfr.: P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Op. cit., pp. 79-85.

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 86. Cfr.: J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, Op. cit., pp. 235 e 236.

<sup>174</sup> Il *référé* al legislatore di fatto con l'affermarsi dell'epopea Napoleonica era divenuto rapidamente anacronistico, l'ascesa dell'Imperatore aveva scardinato definitivamente i fragili equilibri istituzionali della Rivoluzione: la prospettiva della separazione dei poteri divenne sempre più marginale così come l'influenza del legislativo, ormai svuotato di ogni attribuzione. Cfr.: «[con l'introduzione del *Code civil*] si restituiva alla giurisprudenza la dovuta parte nell'evoluzione del diritto, considerandola, anziché come una rivale della onnipotente *Loi*, una preziosa collaboratrice del legislatore nella pratica applicazione della norma [...] il Codice Napoleone [...] riconosceva al potere giudiziario il diritto di interpretare la legge per il caso singolo [...]», «[con l'introduzione del divieto di *non liquet*, art. 4 *Code civil*] La concezione rivoluzionaria era così addirittura capovolta: [...] l'interpretazione giurisprudenziale, anziché vietata, era ai giudici, non solo permessa, ma fin anche imposta.», P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., pp. 465 e 466.

Pochi anni prima, nel 1801, all'interno del suo celebre *Discours préliminaire*, Portalis aveva utilizzato duri accenti nei confronti di questo meccanismo lodando il *Tribunal de cassation* per averne limitato l'applicazione:

«Sur le fondement de la maxime que les juges doivent obéir aux lois et qu'il leur est défendu de les interpréter, les tribunaux, dans ces dernières années, renvoyaient par des référés les justiciables au pouvoir législatif, toutes les fois qu'ils manquaient de loi, ou que la loi existante leur paraissait obscure. Le tribunal de cassation a constamment réprimé cet abus, comme un déni de justice.»<sup>175</sup>.

Vita ben più lunga spetto al *référé obligatoire* che sebbene causa di rallentamenti e disordine nell'amministrazione della giustizia continuò a operare ancora per anni così di fatto impedendo il pieno espandersi delle potenzialità nomofilattiche della cassazione, incapace formalmente di vincolare i giudici del merito. Un primo passo avanti verso la sua soppressione venne operato con la *Loi sur l'organisation des tribunaux du 27 ventose an VIII* (18 marzo 1800) con cui si stabilì che la decisione sulla eventuale seconda cassazione sarebbe stata di competenza delle *séctions réunies del Tribunal* (art. 78)<sup>176</sup>.

Il dato è molto rilevante. Per la prima volta si individua all'interno dell'organo di cassazione un consenso la cui autorevolezza trascende, superandolo, l'operato ordinario della Corte. La norma in esame, d'altronde, si prestava a diverse e contrastanti interpretazioni, e non era per nulla chiaro se valesse quale abrogazione implicita del *référé obligatoire* o se questo rimanesse comunque operante per l'ipotesi di una pronuncia di merito contraria alla sentenza resa dalle sezioni unite.

La vicenda, già di per sé di difficile lettura, si complicò ulteriormente con l'adozione della *loi du 16 septembre 1807*, quando, all'apice dell'Impero, si tentò di ridare nuova

---

<sup>175</sup> Nella medesima sede possiamo leggere anche il pieno riconoscimento della legittimità della giurisprudenza, con toni lontani anni luce dalle posizioni radicali emerse dieci anni prima nell'Assemblea nazionale: «Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger; mais il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement [...] on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois.»<sup>175</sup>. J.-É.-M. PORTALIS, *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 ID., *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, Paris, Joubert, Libraire de la Cours de Cassation, 1844, pp. 1-62, cit. p. 12. Su Portalis e sul suo *Discours préliminaire* si veda per tutti: A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Op. cit., pp. 560-565; R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 275-277; E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) (1812)*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 34-38.

<sup>176</sup> «Lorsqu'après une cassation, le second jugement sur le fond sera attaqué par les mêmes moyens que le premier, la question sera portée devant toutes les sections réunies du tribunal de cassation.», P. VILLARD Op. cit., cit. p. 72. Da segnalare anche che già la Costituzione del 22 frimaio anno VIII non conteneva più riferimenti al *référé obligatoire*.

linfa vitale al *référé* affidandolo, in coerenza con il progressivo svuotamento di attribuzioni delle aule legislative, al *Conseil d'état*<sup>177</sup>. Come già avvenuto negli anni del *droit intermédiaire*, anche questa nuova tipologia di rinvio non ebbe però nei fatti una grande attuazione.

Nel periodo della Restaurazione il *référé obligatoire* continuò a sopravvivere sebbene in condizione di evidente sofferenza<sup>178</sup>. Dopo che molteplici interventi di riforma non riuscirono a definire la questione, con legge del 30 luglio del 1828 si stabilì che in caso di conflitto interpretativo tra giudice di merito e di legittimità, l'ultima parola sarebbe spettata al terzo tribunale di rinvio, con ciò conferendo grande autorità, anche sulla cassazione, alle corti d'appello<sup>179</sup>. D'altronde queste già nel 1810, durante l'Impero, avevano riacquisito l'appellativo *souveraines*, tipico dei *Parlements* di *ancien régime*, con ciò lasciando presagire un possibile ritorno a quello strapotere giudiziario il cui timore, paradossalmente, aveva impedito ai diversi legislatori sin dal 1789 di garantire un pieno campo d'azione alla cassazione<sup>180</sup>.

Ciò però non accadde e davanti alle critiche della dottrina, ai nuovi mutamenti istituzionali e alla continuità d'azione che la *Cour de cassation* nonostante il mutare delle condizioni politiche e alle evidenti complicazioni pratiche, con legge del 1 aprile 1837, il meccanismo del *référé obligatoire* venne infine abolito. D'ora in avanti nelle ipotesi di contrasto interpretativo tra giudici di merito e sezioni semplici della *Cour de cassation*, l'ultima parola sarebbe spettata alle sezioni unite, la cui pronuncia finalmente divenne vincolante per il giudice del secondo rinvio<sup>181</sup>. Con ciò finalmente si fornivano anche

---

<sup>177</sup> J.-L. HALPERIN, *La souveraineté de la Cour de cassation: une idée longtemps contestée*, in *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle? Etudes rassemblées par O. Cayla, M.-F. Renoux-Zagamé*, Paris, L.G.D.J, 2001, pp. 151-163, p. 154.

<sup>178</sup> La costituzione del 1814, tutta concentrata sull'anacronistico tentativo di ripristinare le prerogative monarchiche - riassume l'espressione «Toute justice émane du roi.» (art. 57) - non tratta la *Cour de cassation*.

<sup>179</sup> P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Op. cit., cit. p. 180.

<sup>180</sup> «Les cours d'appel prendront le titre de cours impériales.» (Art. 1er), «La justice est rendue souverainement par les cours impériales» (art. 7), *Loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice*. Sui rapporti, anche conflittuali, tra *Cour de cassation* e *cours d'appel* in questa fase: L. SOULA, *Le difficile ajustement des relations entre les cours d'appel et la cour de cassation. Le Chaos de la jurisprudence au XIXe siècle*, in J. KRYNEN, J.-C. GAVEN (dir.), *Les désunions de la magistrature (XIXe-XXe siècles)*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2012, pp. 417-436; ID., *Les cours d'appel, Origines, histoire et enjeux contemporains*, in *Revue historique de droit français et étranger*, Vol. 95, n. 4, 2017, pp. 584-596.

<sup>181</sup> «La loi des 1er-2 avril 1837, abrogative de celle de 1828, a consacré un système tout différent. Elle supprime d'abord l'obligation du référé législatif en interprétation de la loi. - Elle attribue ensuite au second arrêt de cassation, rendu toutes chambres réunies, l'autorité de la loi, sur le point de droit qu'il consacre. De telle sorte que le second tribunal de renvoi est tenu de se conformer exactement, sur ce point, à la doctrine de la cour suprême. - L'art. 2, en effet, est ainsi conçu: "Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la cour royale ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée se conforme à la

formalmente ai giudici del *Palais de la Cité* gli strumenti per attuare quella vocazione all'uniformazione della giurisprudenza che, pur in assenza di censure legislative, gli era stata riconosciuta sin dalle discussioni in Assemblea nazionale nel 1790 e che di fatto avevano cominciato ad esercitare almeno a partire dal periodo direttoriale<sup>182</sup>.

## 2.10. Cassazione e Rivoluzione: l'affermarsi "imprevedibile" di un prototipo

A questo punto della narrazione, davanti a una *Cour de cassation* finalmente aderente al modello cui siamo soliti riconnetterla, si possono tentare alcune conclusioni.

Il *Tribunal de cassation* nasce sin dal novembre del 1790 quale vertice della giurisdizione, sebbene inizialmente subordinato in ottica di controllo al *Corps législatif*. Da questo punto di vista è da ridimensionare la portata "istituzionale" del celebre incipit della *Loi du 27 novembre-1<sup>o</sup> décembre 1790*: «Il y aura un tribunal de cassation établi auprès du corps législatif». Non vi è mai stato cioè un momento, salva la parentesi della Convenzione, in cui si sia effettivamente dubitato della natura giurisdizionale di questo consesso. Certo c'è chi come Robespierre ha espresso una chiara contrarietà a tale assunto, nell'economia però dell'azione del legislatore rivoluzionario questa posizione è sempre rimasta minoritaria. Ciò che invece non può essere negato è il regime di stretta sorveglianza che, almeno nei primi anni, il *Corps législatif* ha tentato di operare sul sistema giurisdizionale tutto e in particolare nei confronti del *Tribunal de cassation*. Volontà di controllo che di fatto ha portato ben scarsi risultati e che è naufragata presto con l'abolizione del *référé facultatif* e con l'inapplicabilità e la scarsa efficacia del *référé obligatoire*.

Un secondo elemento degno di attenzione. L'assoluta novità della *Cour de cassation* consiste, secondo la lettura di Calamandrei cui sul punto si aderisce, nella riunione in un unico istituto dell'elemento istituzionale (vertice dell'ordinamento giudiziario) e processuale (ricorso in cassazione). Il consolidarsi di questa prospettiva nel risultato

---

décision de la cour de cassation sur le point de droit jugé par celle cour.». M. D. DALLOZ, *Repertoire méthodique et alphabétique de législation et de jurisprudence*, Op. cit., cit. p 471.

<sup>182</sup> Lungo il corso del XIX secolo la *Cour de cassation* si porrà sempre più come attore centrale della scena giuridica d'oltralpe, acquisendo un'assoluta predominanza. Circa tali sviluppi, *ex multis*: J. KRYNEN, *L'Etat de justice, France, XIIIe-XXe siècle. Tome 2, L'emprise contemporaine des juges*, Op. cit., pp. 177-216; J.-L. HALPERIN, *La souveraineté de la Cour de cassation: une idée longtemps contestée*, Op. cit.; J. HILAIRE, *Le Code civil et la Cour de cassation durant la première moitié du XIXème siècle*, in *Le Code civil 1804-2004, Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 155-170.

finale, il modello del 1837, appare del tutto imprevedibile a priori in quanto frutto non di un'evoluzione omogenea con premesse e conclusioni chiare e ben definite, ma conseguenza di contingenze politiche, spesso del tutto inaspettate, e di una autorevolezza che l'organo di cassazione seppe conservare nonostante l'alternarsi di regimi diversi. Da questa analisi ricaviamo, quindi, un prototipo refrattario ad ogni tentativo di classificazione troppo rigida, che si è dimostrato capace di leggere in autonomia i propri tempi, assecondandoli ed evolvendo di conseguenza, pur mantenendo alcune peculiarità risalenti alla sua genesi in *ancien régime*, quale, su tutte, la presenza della dicotomia *ius constitutionis/ius litigatoris*.

Tutto ciò ci deve riportare a considerare gli assunti per i quali in qualche modo la Rivoluzione con i suoi timori antigiusprudenziali abbia rappresentato di fatto un ostacolo alla formazione di questo istituto.

Ciò è particolarmente evidente qualora si rifletta sulla condizione della *cassation* in *ancien régime*. Il tratto distintivo nonché elemento di maggior "arretratezza" dell'istituto era allora la sua dipendenza, funzionale e teorica, dal re. Ebbene nella razionalizzazione dei poteri operata dal legislatore rivoluzionario in ossequio alle teorie di Montesquieu, la cassazione coerentemente alla sua tradizione secolare avrebbe ben potuto essere ricondotta nell'alveo di quel potere che i primi esiti costituzionali riservarono al monarca: l'esecutivo. Così non fu, l'Assemblea nazionale costituente al contrario riconobbe sin da subito la valenza giurisdizionale di questo strumento. Di fatto, quindi, fu proprio l'azione del legislatore rivoluzionario a traghettare quella che era l'arma principe del monarca assoluto per combattere le *cours souveraines*, la *cassation*, nella contemporaneità, ponendo le premesse per la sua definitiva autonomia e giurisdizionalizzazione. Fu, cioè, la Rivoluzione a fare della cassazione un giudice.



### Capitolo III

#### GIURISPRUDENZA E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE.

#### IL CASO DEI GRANDI TRIBUNALI E L’AFFERMARSI DELLA DOTTRINA DEL PRECEDENTE VINCOLANTE NELL’INGHILTERRA DEL XIX SECOLO

SOMMARIO: 3.1. Una nozione ampia di giurisprudenza. – 3.2. (segue) la giurisprudenza come fonte (materiale) del diritto: una prospettiva storica e un bilancio parziale. 3.3. La giurisprudenza dei grandi tribunali tra *decisiones* e *stylus iudicandi*. – 3.4. L’accidentato percorso del *common law* inglese. – 3.5. L’affermarsi del canone dello *stare decisis et non quieta movere* nell’Inghilterra del XIX secolo. – 3.6. Lo *stare decisis* quale alternativa alla codificazione ottocentesca (e alla funzione nomofilattica della Cassazione).

##### 3.1. Una nozione ampia di giurisprudenza.

Esaurito il discorso intorno al sorgere del prototipo della *Cour de cassation*, è il momento di tentare una lettura prospettica delle categorie “diritto giurisprudenziale” e “precedente vincolante”, così da poter poi riflettere se e come questi concetti ci aiutino a comprendere, definire, immaginare, il ruolo della Corte di cassazione italiana oggi e in futuro<sup>1</sup>. Tale indagine, potenzialmente sconfinata, verrà condotta grazie ad alcuni riferimenti a due ben specifiche esperienze storico-giuridiche: i grandi tribunali che operarono in Italia e nel continente europeo in età moderna e il percorso che portò, nell’Ottocento inglese, alla positivizzazione della regola dello *stare decisis*.

Prima di avviarci lungo questo itinerario è opportuna, però, una premessa circa la nozione di “diritto giurisprudenziale”, la cui fisionomia incerta continua ad essere occasione di dibattiti e incomprensioni. Il principale fraintendimento ancora oggi assai diffuso consiste nel ritenere questo orizzonte «assolutamente estraneo al nostro diritto»<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> V. *infra* cap. 4.

<sup>2</sup> «È questo il sistema dei *precedents* degli ordinamenti anglo-americani, attraverso il quale il giudice viene ad essere un vero creatore di diritto positivo (*judge made law*); questo sistema [...] suppone un orientamento della tecnica giuridica assolutamente estraneo al nostro diritto», P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 2, Op. cit., cit. p. 79. Calamandrei si riferisce al sistema dei precedenti, l’idea sottesa, però, è che ogni manifestazione del diritto giurisprudenziale (*judge made law*) sia aliena alla nostra esperienza giuridica.

con ciò facendo riferimento essenzialmente all'esperienza italiana come incardinata nel più ampio contesto della cultura giuridica continentale, c.d. di *civil law*<sup>3</sup>. E ciò, nonostante le ormai consolidate acquisizioni degli studi storici e comparatistici, che hanno reso palese come, almeno in prospettiva diacronica, il fenomeno in esame abbia avuto importanti manifestazioni anche sul continente europeo e non sia quindi caratteristica propria dei soli ordinamenti anglosassoni.

Un'affermazione così perentoria va circondata da almeno due cautele. La prima riguarda la polisemia del termine giurisprudenza, la seconda la distinzione, forse troppo poco frequentata, tra fonte in senso formale e in senso materiale.

Con riferimento al primo aspetto è necessario precisare che la nozione di "giurisprudenza", che del "diritto giurisprudenziale" o, sulla scia della lezione di Rodolfo Sacco, del "formante giurisprudenziale", è la logica premessa, è un concetto che ricomprende e ha ricompreso realtà tra loro anche molto diverse. Oggi riferibile in particolar modo all'insieme delle pronunce degli organi giurisdizionali, in passato ha avuto un orizzonte di senso ben più vasto<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sulla dicotomia *civil law/common law*, oltre alle opere più propriamente storico giuridiche che verranno indicate di volta in volta si rinvia sin d'ora, per gli opportuni riferimenti teorico-sistematici, alla riflessione della scienza comparatistica, *ex multis*: V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, Giappichelli, 2021; A. GAMBARO, R. SACCO, *Trattato di Diritto comparato-Sistemi giuridici comparati*, Torino, UTET giuridica, 2018, pp. 31-296; J. WALKER, O. G. CHASE, *Common law, civil law and the future of categories*, Markham, LexisNexis, 2010; G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981. Sin d'ora si segnala J. R. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, Il Mulino, 2003.

<sup>4</sup> Rodolfo Sacco nell'ambito della sua riflessione comparatistica ha elaborato il concetto di formante quale base giuridica sulla quale si regge l'ordinamento; secondo tale impostazione i principali formanti giuridici sono tre: giurisprudenziale, legislativo e dottrinale. Circa tale nozione, importante ma che se assolutizzata comporta rischi di eccessivo riduttivismo, si rinvia a R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, UTET giuridica, 1992, in particolare pp. 3-5. Con riferimento al fenomeno del diritto giurisprudenziale in accezione ampia e in prospettiva diacronica, un classico fondamentale rimane L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975; dello stesso autore si veda anche L. LOMBARDI VALLAURI, voce *Giurisprudenza: teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XV, Roma, 1989, pp. 1-9. La bibliografia in tema di "giurisprudenza" e concetti affini si presenta sterminata, ai fini del presente lavoro ci si limita a rinviare, oltre ai contributi già richiamati e a quelli segnalati nel proseguo, per un inquadramento generale, *ex multis*, a: P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999; M. BESSONE (ed.), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996; M. TARUFFO, voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia Treccani delle scienze sociali*, Vol. IV, Roma, 1994, pp. 359 e ss. ([https://www.treccani.it/enciclopedia/giurisprudenza\\_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/giurisprudenza_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/)); AA.VV., *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, Milano, Giuffrè, 1985; E. FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova, CEDAM, 1984; G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIX, Milano, 1970, pp. 489-510; G. GORLA, *Quaderni: raccolta di saggi sulla giurisprudenza*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 91, n. 3, 1968, pp. 363-472; V. COLESANTI, voce *Giurisprudenza*, in *Novissimo digesto italiano*, Vol. VII, Torino, 1961, pp. 1101 e ss.; W. BIGIARI, *Appunti sul diritto giudiziario*, Urbino, STEU, 1933. Fondamentali, per ampiezza della trattazione e della bibliografia, i contributi raccolti nei due volumi editi per i *Quaderni fiorentini*: AA. VV., *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2011.

A metà XVIII secolo, il celebre e già ricordato giurista Antoine-Gaspard Boucher d'Argis dava atto di questa ampia connotazione, nella voce *jurisprudence* dell'*Encyclopédie*, individuando almeno tre significati diversi:

«Jurisprudence est la science du droit, tant public que privé, c'est-à-dire, la connoissance de tout ce qui est juste ou injuste. On entend aussi par le terme de jurisprudence, les principes que l'on suit en matière de droit dans chaque pays, ou dans chaque tribunal; l'habitude où l'on est de juger de telle ou telle manière une question, & une suite de jugemens uniformes sur une même question qui forment un usage. La jurisprudence a donc proprement deux objets, l'un qui a la connoissance du droit, l'autre qui consiste à en faire l'application»<sup>5</sup>.

Il primo senso ad essere esplicitato, grazie anche al riferimento alla classica definizione di Ulpiano<sup>6</sup>, è quello allora più diffuso di scienza giuridica<sup>7</sup>. Segue il riferimento ai principi positivi del diritto, considerati però - «principes que l'on suit» - in un'accezione tutta ripiegata sul momento pratico, attuativo, «decisionale», come anche esplicitato dal chiaro riferimento ai tribunali<sup>8</sup>. Infine, dando atto di un uso già affermato evidentemente lungo la prima metà del Settecento, si parla esplicitamente di giurisprudenza quale *sequela di giudizi uniformi sulla stessa questione tali da dare vita a un uso*, riecheggiando da un lato il concetto di *stylus iudicandi* e anticipando dall'altro quello di giurisprudenza consolidata<sup>9</sup>. Accezione, quest'ultima, che con le formule di *jurisprudence des tribunaux* o *jurisprudence des arrêts*, troverà, come emerso, ampio utilizzo nei *cahiers de doléances* e nei lavori assembleari del legislatore rivoluzionario e si affermerà poi successivamente alla codificazione con il proliferare dei *recueils* e dei *répertoires de jurisprudence*<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> A. G. BOUCHER D'ARGIS, voce *Jurisprudence*, in *L'Encyclopédie*, 1751, Tome 9, cit. p. 81. Circa l'utilizzo in Francia del lemma *jurisprudence* nei secoli a cavallo tra età moderna e contemporanea cfr.: G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Op. cit., pp. 498-502.

<sup>6</sup> La celebre definizione di Ulpiano: «Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia.», D.01.I.10.2. Spesso citata insieme alla nozione di diritto che sempre Ulpiano attribuisce a Celso: «ius est ars boni et aequi», D.01.I.1 *Ulpianus libro primo institutionum*.

<sup>7</sup> Per quanto concerne il complesso tema della “scienza giuridica” in particolar modo nei suoi rapporti con la “cultura giuridica” agli albori dell'età della codificazione, cfr.: R. FERRANTE, Dans l'ordre établi par le Code civil. *La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Op. cit.; ID., *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Op. cit., pp. 79-87.

<sup>8</sup> Cfr.: «In vari contesti l'espressione «*jurisprudence*» [...] significa un dato diritto (storicamente determinato) [...] Ivi l'accento è posto sul momento «decisionale» o, noi diremmo, di politica legislativa (*lato sensu*). [...] *Jurisprudence*, in questo contesto è *décider*», G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Op. cit., cit. pp. 499-500.

<sup>9</sup> Circa la nozione di *stylus iudicandi* v. *infra* par. 3.

<sup>10</sup> V. *infra* cap. 2. Cfr.: G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Op. cit., pp. 501-502

Proprio dall'esperienza francese questa espressione giungerà anche in Italia. Nella Penisola, però, pur al netto delle profonde differenze intercorrenti tra i diversi contesti geografici e politici da nord a sud, i significati prevalenti rimarranno ovunque ancora a lungo gli altri due: diritto in senso oggettivo e scienza giuridica. È a quest'ultimo in particolare che fa riferimento Ludovico Antonio Muratori, solo pochi anni prima la stesura della voce *jurisprudenza* di Boucher d'Argis, nel suo celebre e influentissimo *Dei difetti della giurisprudenza* (1742-1743): «Giusto è bene, che chi professa una scienza od arte, la stimi e la lodi [...] Al pari d'ogni altro disinteressato ed intendente tengo io in grande estimazione la giurisprudenza»<sup>11</sup>. Ancora un secolo dopo, il cividalese Francesco Foramiti, giurista e intellettuale eclettico, nella sua corposa *Enciclopedia legale* alla voce *Giurisprudenza*, dimostra di essere fortemente ancorato alla tradizione: omissis ogni riferimento esplicito alle decisioni dei tribunali, distingue tra «giurisprudenza filosofica» e «giurisprudenza positiva», la prima intesa come «scienza della giustizia [...] cognizione di tutte le cose in quanto sono giuste e si riferiscono al diritto», la seconda declinata nei termini di «scienza delle leggi positive e della loro applicazione ai casi emergenti»<sup>12</sup>.

Lungo il XIX secolo il mutamento di significato si farà, però, sempre più evidente per compiersi definitivamente agli inizi del Novecento. Rimanendo nel contesto delle testimonianze enciclopediche, ciò è attestato dalla trattazione che sempre del lemma *de quo* dà il *Digesto italiano* (1902):

«La parola “giurisprudenza” è nata nella lingua latina [...] col significato di conoscenza pratica delle regole di diritto [...] In progresso [...] assume il carattere e l'andamento di una scienza generale [...] Nel secolo or ora decorso [...] ha assunto un significato molto più particolare, in relazione al

---

<sup>11</sup> L. A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Trento, stamperia Paroniana, 1743, cit. p. 1. Su Ludovico Antonio Muratori, *ex mutis*: E. TAVILLA, voce *Muratori, Ludovico Antonio*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, 2012, consultabile all'indirizzo: [https://www.treccani.it/enciclopedia/ludovico-antonio-muratori\\_%28II-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/ludovico-antonio-muratori_%28II-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/).

<sup>12</sup> F. FORAMITI, voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia legale*, Vol. II, Venezia, 1838, pp. 612-621, cit. p. 612 e 621. L'autore dedica alla *giurisprudenza filosofica* una corposa e acuta trattazione storica – da Innerio a Kant, concludendo con Romagnosi – densa di dotti riferimenti giuridico-filosofici; per quanto concerne invece la *giurisprudenza pratica* rimanda direttamente alle singole voci «riguardanti il diritto positivo». Circa l'interessante figura di Francesco Foramiti si veda: L. CASELLA, voce *Foramiti, Francesco*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONI, M. N. MILETTI, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 886-887. Per quanto concerne la nozione e l'utilizzo della giurisprudenza nel Mezzogiorno d'Italia, si rinvia a: F. MASTROBERTI, S. VINCI, *Tribunali e giurisprudenza nel Mezzogiorno. I. Le gran corti civili (1817-1865): Napoli e Trani*, F. MASTROBERTI (a cura di), Napoli, Satura, 2010; AA. VV., *Le supreme Corti di Giustizia nella storia giuridica del Mezzogiorno*, F. MASTROBERTI, S. VINCI (a cura di), Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

lavoro dei tribunali nella interpretazione ed applicazione del diritto»<sup>13</sup>.

Recuperare oggi - in piena prima metà del secolo XXI - questa nozione ampia di giurisprudenza in cui è centrale la dimensione scientifica del diritto, ormai marginale nell'economia del termine – solo sopravvive nel nome dei dipartimenti universitari - ma potenzialmente ancora molto attuale<sup>14</sup>, permetterebbe di rendere alla realtà giuridica contemporanea tutta la sua complessità senza doverla necessariamente costringere tra gli angusti e irrealistici spazi di una dialettica che si esaurisce nel binomio diritto del legislatore/diritto dei giudici<sup>15</sup>. Adesso come in passato, infatti, l'orizzonte è ben più

---

<sup>13</sup> E. PIOLA CASELLI, voce *Giurisprudenza*, in *Digesto italiano*, Vol. XII, 1902, pp.831-853, cit. p. 831. Su tale testimonianza e sul suo autore v. *infra* par. 2. La nozione ampia di giurisprudenza comunque non scompare mai del tutto sebbene sempre più recessiva. In tal senso continuano a testimoniare, sebbene con sfumature diverse a seconda degli interessi e della preparazione dei diversi autori, le voci enciclopediche: «Della giurisprudenza si suole ripetere la definizione classica di Ulpiano [...] Storicamente per giurisprudenza si è inteso anche il processo di formazione della legislazione d'un popolo. [...] In senso più stretto, però, la giurisprudenza è la produzione degli organi giurisdizionali di uno stato, che applicano il diritto ai rapporti della vita giuridica.», M. D'AMELIO, voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia Italiana Treccani*, 1933, cit. ([https://www.treccani.it/enciclopedia/giurisprudenza\\_%28Enciclopedia-Italiana%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/giurisprudenza_%28Enciclopedia-Italiana%29/)); «La parola *giurisprudenza* indica in genere, la scienza e la pratica del diritto [...] in un significato più ristretto e attuale si riserva il termine *giurisprudenza* per designare più propriamente l'interpretazione che del diritto vigente danno i tribunali, presi nel loro complesso, nell'effettivo esercizio della funzione giudiziaria.», E. T. LIEBMAN, voce *Giurisprudenza*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Vol. VI, 1938, pp. 411-414, cit. p. 411; «Trattasi [giurisprudenza] di un concetto con pluralità di accezioni [...] il significato originario attribuitogli dai Romani, era quello di cognizione o perizia in senso lato delle cose giuridiche [...] in senso più propriamente tecnico dunque, la giurisprudenza [...] si presenta come una raccolta di *massime*, in cui è racchiuso il succo, la *ratio decidendi* di ognuna di quelle che sogliono chiamarsi *le fattispecie giuridiche*.», A. REPACI, voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia forense*, Vol. III, 1958, pp. 996-998, cit. pp. 996-997. Su tali voci, sulle quali si tornerà, cfr.: «Le voci delle Enciclopedie e dei Digesti e simili sono un po' come il polso degli interessi», G. GORLA, *Quaderni: raccolta di saggi sulla giurisprudenza*, Op. cit., cit. p. 400. A metà degli anni Settanta del secolo scorso, senza particolari premesse, Carlo Augusto Cannata nei suoi *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea* utilizza il termine *de quo* nella sua accezione di scienza giuridica: «Quella che noi chiamiamo scienza giuridica, o giurisprudenza, è una conoscenza tecnica della struttura interna delle istituzioni giuridiche, accompagnata da un metodo appropriato alla loro consistenza, il quale permette di operare su di esse e per mezzo di esse. [...] abbiamo usato le espressioni scienza giuridica e giurisprudenza come se fossero sinonime. In realtà esse si impiegano talora per indicare concetti diversi [...] giurisprudenza il suo [della scienza giuridica] momento pratico, le soluzioni pratiche che il giurista opera, applicando la propria scienza ai casi verificatisi e sottoposti al suo giudizio.», C. A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, 1976, Torino, Giappichelli, cit. p. 14.

<sup>14</sup> Circa la dicitura Università di giurisprudenza, cfr.: «Una prima famiglia di significati di 'giurisprudenza' si impenna sulla definizione della giurisprudenza come scienza del diritto [...] Questo significato non è prevalente nell'uso attuale, benché lo si ritrovi tuttora nella denominazione della relativa facoltà universitaria: 'Facoltà di giurisprudenza' è infatti sinonimo di 'Facoltà di scienze giuridiche', e comunque in questa espressione 'giurisprudenza' significa attività scientifica e didattica che ha per oggetto il diritto. Si tratta però del significato che vanta una storia più lunga, e questa è forse la ragione per cui le facoltà giuridiche traggono dalla giurisprudenza il loro nome», M. TARUFFO, voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia Treccani delle scienze sociali*, Op. cit., cit.

<sup>15</sup> È questo forse il limite di molte schematizzazioni compartiste. Cfr.: «It is a commonplace, almost a caricature, among comparative lawyers that English law, like all common law systems, is based on case law, built up of binding precedents or authorities, whereas continental European legal systems pay relatively little heed to this.», D. IBBETSON, *Authority and precedent*, in *Law and authority in British legal history. 1200-1900*, M. GODFREY (edited by), Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 60-84, cit. p. 60.

ampio. Attore centrale, con potenzialità nomopoietiche oltre che meramente ordinatrici, rimane l'elaborazione dei dottori, della dottrina, dell'Accademia nel suo complesso<sup>16</sup>. Vieppiù, come esemplarmente ricordato da Paolo Grossi, il diritto, inteso quale fenomeno umano e collettivo, è un fatto di per sé plurale, alla cui emersione concorrono una molteplicità di fattori, dall'*inventio* del giudice all'agire quotidiano di tutti i consociati, dalla prassi forense e notarile al nostro riconoscerci in valori radicati e condivisi: «una visione radicale, cioè valoriale, del diritto»<sup>17</sup>.

### 3.2. (segue) la giurisprudenza come fonte (materiale) del diritto: una prospettiva storica e un bilancio parziale.

Anche limitando lo sguardo al contenuto minimo di giurisprudenza, in coerenza con l'uso attualmente più diffuso di «attività dei tribunali nel loro *ius dicere*»<sup>18</sup>, «prodotto

---

<sup>16</sup> Cfr.: R. C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto: giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, Giuffrè, 1991. Il tema, sebbene con caratteristiche peculiari, è stato in particolare al centro della riflessione di François Gény (1861–1959) e della scuola della *libre recherche scientifique*, per un primo inquadramento del tema si rinvia a: M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 38-39.

<sup>17</sup> P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, cit. p. XV. Circa la nozione di *invenzione* del diritto in questo contesto: «il diritto quale risultato di una *invenzione*, percepito cioè non come qualcosa che si *crea* da parte del potere politico ma come qualcosa che si deve cercare e trovare (secondo il significato dello *invenire* latino) nelle radici di una civiltà, nel profondo della sua storia [...] e ne debbono essere *inventori* [...] in primo luogo i legislatori, ma, poi, anche i giuristi teorici e pratici», *ivi*, cit. p. X. Paolo Grossi con la sua pluridecennale e autorevole produzione ha rivendicato e rivendica una dimensione valoriale e plurale del diritto, quale fenomeno sociale e non mera espressione dello Stato: «Il diritto è realtà radicale, attiene cioè alle radici di una società anche se, nella vita quotidiana, si manifesta in usi di popolazioni, leggi di detentori del potere politico, atti delle pubbliche amministrazioni, sentenze dei giudici, prassi di operatori economici, e così via. Il diritto può ordinare il sociale perché è realtà di radici, e radici profonde; guai se alle tante rivelazioni nel quotidiano – usi, leggi, atti amministrativi, sentenze, invenzioni pratiche – noi non riconnettessimo il lavoro incessante che si svolge – preparatorio ma che è già diritto – negli strati più riposti d'una civiltà alla stessa sorgente d'acqua di cui il rivelarsi nella fenditura della roccia è solo l'ultimo momento, anche se l'unico appariscente, di una lunga vita sotterranea. È il messaggio di una dinamica nascosta. Il nemico culturalmente da battere con ogni sforzo da parte del giurista è la riduzione di una 'costituzione' o di una legge in un testo cartaceo, riducendo la giuridicità nell'ossequio a quel testo.», *ID.*, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, cit. pp. 78-79. Tra le numerosissime opere dell'autore si segnalano in particolare: *ID.*, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1997; *ID.*, *Mitologie giuridiche delle modernità*, *Op. cit.*; *ID.*, *L'Europa del diritto*, *Op. cit.*; *ID.*, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020. Con riferimento alla nozione di pluralismo giuridico: «il pluralismo giuridico, emerso intensamente in quel secolo posmoderno che è il Novecento, consiste invece nella riscoperta del nesso inscindibile fra il diritto e la società, con la conseguenza che quello non può non rispecchiarla fedelmente nella sua complessità articolandosi in una pluralità di assetti ordinativi», *ID.*, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021, cit. p. IX. Su tale ultimo aspetto si veda anche: AA. VV., *Pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze*, Milano, Giuffrè, 2021.

<sup>18</sup> G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia del diritto*, *Op. cit.*, cit. p. 490.

dell'attività giudiziaria [...] decisioni emanate dagli organi giurisdizionali»<sup>19</sup>, il discorso intorno al diritto giurisprudenziale non potrebbe comunque risolversi – almeno in prospettiva storica – nella mera proporzione antitetica: ordinamenti anglosassoni/diritto dei giudici e ordinamenti continentali/diritto del legislatore. Rifacendosi alla nozione di fonte in senso materiale – con ciò intendendo secondo gli insegnamenti di Riccardo Guastini «ogni atto che, di fatto, produca norme, sia esso autorizzato o no a produrle»<sup>20</sup> – anche le tradizioni dei sistemi di *civil law* sono state luogo storico di manifestazione di un diritto intimamente connesso, quanto al suo momento genetico, all'attività dei giudici. La stessa stagione dello *ius commune* che resse le sorti della civiltà europea continentale per quasi un millennio fu, nelle sue molteplici e anche contraddittorie concretizzazioni, un'esperienza indubitabilmente (anche) giurisprudenziale, che trasse linfa vitale dalla prassi del foro<sup>21</sup>; finanche a giungere, in età moderna, a conoscere dei periodi di vera e propria egemonizzazione da parte dei ceti togati<sup>22</sup>. E ciò a prescindere dalla presenza di un beneplacito formale da parte dell'autorità sovrana a produrre norme, la cui individuazione non è effettivamente sempre agevole<sup>23</sup>.

Ovviamente, il richiamo del forte carattere giurisprudenziale delle tradizioni continentali non vuole suggerire che queste esperienze siano di fatto accomunabili *tout court* a quella, già di per sé tutt'altro che omogenea, dei sistemi di *common law*, né che

---

<sup>19</sup> M. TARUFFO, voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia Treccani delle scienze sociali*, Op. cit., cit.

<sup>20</sup> R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, cit. p. 45; «In senso materiale costituisce fonte del diritto ogni atto che *produca* norme: quali che siano il suo nome, il suo procedimento di formazione, e l'organo da cui promana.», *ivi*, cit. p. 46. Tale nozione si contrappone a quella di fonte in senso formale: «In senso formale, costituisce fonte del diritto ogni atto non già effettivamente produttivo di norme, ma *autorizzato* a produrre norme quale che sia il suo contenuto.», *ivi*, cit. pp. 47-48. Per l'inquadramento teorico del diritto giurisprudenziale all'interno di queste categorie, cfr.: *ivi*, pp. 371-415.

<sup>21</sup> Cfr.: «Per diritto comune dobbiamo intendere anche l'opera scientifica e pratica attraverso cui le norme romano-canoniche vennero dalla giurisprudenza dottrinale e giudicante sistemate come *ius commune* [...] È la giurisprudenza cioè il vero soggetto attivo, costruttore e unificatore del tipico regime che si è chiamato 'diritto comune': la giurisprudenza ne è l'elemento coordinatore e sistematore, al punto da divenire anch'essa, per antonomasia, fonte del diritto comune.» A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Op. cit., pp. 97-101, cit. p. 97.

<sup>22</sup> Ciò è particolarmente evidente nell'esperienza dei grandi tribunali, v. *infra* par. 3. Cfr.: «Nei secoli dell'età moderna la giurisprudenza acquistò in ognuno degli ordinamenti politici europei un ruolo di grande rilievo tra le fonti del diritto», A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Op. cit., cit. p. 316; «La crisi del diritto comune si può compendiare [...] come il risultato di una duplice realtà. Da un lato vi è la compresenza di un insieme di fonti [...] talmente vasto e variegato da rendere difficile l'identificazione di una disciplina univoca per gran parte delle questioni e dei casi controversi. Dall'altro, è evidente la latitudine enorme che questa condizione di fonti lasciava aperta non solo all'interprete, ma al giudice. [...] Il risultato era di affidare ai giudici e ai tribunali il vero governo del diritto.», *ivi*, cit. pp. 391-392.

<sup>23</sup> Ardua è l'individuazione di un beneplacito esplicito che autorizzasse i giudici a produrre norme, secondo la richiamata nozione di *fonte in senso formale*, ciò è vero però anche per il contesto inglese, dove la censura positiva è tarda. V. *infra* parr. 3-5.

le forme con cui il diritto giurisprudenziale si è manifestato in passato sul continente siano paragonabili a quelle con cui si è palesato e si palesa nei tempi più recenti.

Da un lato, infatti, non è proprio possibile sottostimare le conseguenze della codificazione<sup>24</sup>. La data periodizzante, come noto, è il 1804, l'anno in cui Napoleone Bonaparte, da poco proclamato(si) Imperatore<sup>25</sup>, promulgò il *Code civil des français* – *Code Napoleon* dal 3 settembre 1807<sup>26</sup> – e abolì l'*ancien droit*<sup>27</sup>. È a partire da questo momento, non prima, che avvenne quel cambio di paradigma che ha innovato radicalmente il nostro modo di volgerci al diritto e il concetto stesso di legalità<sup>28</sup>, mutando la gerarchia e la natura stessa del sistema delle fonti, escludendo o relegando ai margini

---

<sup>24</sup> Sul fenomeno della codificazione ottocentesca con particolare riferimento al *Code Napoleon*, per un primo approccio, *ex multis*, si richiamano: R. FERRANTE, *Un secolo di legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Op. cit.; A. GRILLI, *Il difficile amalgama: giustizia e codici nell'Europa di Napoleone*, Frankfurt am Main, 2012; AA. VV., *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa: atti del Convegno internazionale, Pavia, 11-12 ottobre 2002*, P. CARONI, E. DEZZA (a cura di), Padova, CEDAM, 2006; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 253 e ss.; AA. VV., *Le Code civil 1804-2004: livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004; AA. VV., *Le Code civil, 1804-1904: livre du centenaire*, Paris, Dalloz, 2004; J.-L. HALPÉRIN, *Le code civil*, Paris, Dalloz, 1996; E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) (1812)*, Op. cit.; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998.

<sup>25</sup> «Le Gouvernement de la République est confié à un Empereur, qui prend le titre d'Empereur des Français. - La justice se rend, au nom de l'Empereur, par les officiers qu'il institue», Art. 1, *Constitution de l'An XII - Empire - 28 floréal An XII*.

<sup>26</sup> Il *Code civil* al momento della sua promulgazione il 21 marzo 1804 (30 ventoso anno XII) esordì con il nome di *Code civil des français*, con Decreto imperiale verrà ribattezzato *Code Napoleon* il 3 settembre del 1807 per poi riacquistare la denominazione di *Code civil* nel 1814 con la dipartita dalla scena politica dell'Imperatore; nel 1852 Napoleone III riadotterà la dicitura *Code Napoleon* con un nuovo Decreto formalmente mai abrogato. Come noto lo stesso Napoleone aveva piena contezza dell'importanza della sua opera di codificatore: «Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles: Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code civil», C. F. TRISTAN DE MONTHOLON, *Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène*, Paris, Pauline, 1847, Tome I, cit. p. 401.

<sup>27</sup> «À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code.», art. 7, 30 ventose-10germinal (21-31 mars). *Loi contenant la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code civil des Français*, in M. LEPEC, *Bulletin annoté des lois et décrets et ordonnances*, Tome X, Op. cit., pp. 211-213, cit. p. 213.

<sup>28</sup> Per un primo, ampio, inquadramento del principio di legalità per come emerso dalla stagione positivistica sino alle sue più recenti e antiformalistiche accezioni si rinvia, *ex multis*, a: S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIII, 1973, pp. 659-703; N. BOBBIO, voce *Legalità*, in *Dizionario di politica*, 1983, pp. 580-585.; L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XVIII, 1990, pp.; R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Vol. IX, 1994, pp. 84-97; P. P. PORTINARO, voce *Legalità, principio di*, in *Enciclopedia Treccani delle scienze sociali*, 1996 ([https://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-legalita\\_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-legalita_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/)); M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto - Annali*, Vol. VI, 2013, pp. 371-434; G. U. RESCIGNO, voce *Principio di legalità*, in *Diritto on line (Treccani)*, 2016 ([https://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-legalita\\_%28Diritto-on-line%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-legalita_%28Diritto-on-line%29/)). Sul punto si richiama anche: P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Op. cit. Per un'ampia e polifonica riflessione sul tema in chiave storica si rinvia a: AA. VV., *Le legalità e le crisi della legalità*, C. STORTI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2016; sempre in ottica di ricostruzione storiografica, con particolare riferimento al settore del diritto penale, si vedano anche i due volumi dei *Quaderni fiorentini*: AA. VV., *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, Milano, Giuffrè, 2007.



del giuridico non solo il diritto giurisprudenziale, ma anche tutto ciò che si ponesse al di là dell'orizzonte giuspositivistico-statalista<sup>29</sup>, come testimoniano ancora oggi il sempre vigente art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale - «Sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 4) gli usi» - e, almeno in alcune sue interpretazioni, l'art. 101, c. 2 della Costituzione: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge»<sup>30</sup>.

Malgrado questa cesura netta con il passato - attuata con modalità che, in effetti, sono rimaste in gran parte estranee agli ordinamenti di *common law*<sup>31</sup> - non sembra però

---

<sup>29</sup> Anche i termini “positivismo” e “giuspositivismo” hanno ormai assunto una così ampia pletora di significati da essere divenuti spesso ambigui; per un primo, classico, approccio al tema si rinvia a: N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1979; ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1988.

<sup>30</sup> Su tale ultimo aspetto, esemplificative del dibattito attualmente in corso su questi temi all'interno della dottrina italiana sono le posizioni espresse da studiosi di grande autorevolezza quali Massimo Luciani e il già ricordato Paolo Grossi. Rispettivamente: «Il giudice, dunque. Possiamo muovere da un dato di diritto positivo, ma che allo stesso tempo è lecito assumere come un postulato di teoria generale perché lo incontriamo ovunque, qual è quello della soggezione del giudice alla legge. [...] per soggezione si intende — e non può che intendersi — un vincolo giuridico»; «O le concrete determinazioni ordinamentali che reggono il rapporto fra legislatore e giudice hanno un senso (ad esempio, da noi, ha un senso l'art. 101 comma 2 cost., che — come già ricordato — stabilisce la soggezione del giudice alla legge), oppure le si tratta come proclamazioni insensate, utili solo a spacciare ai cittadini un'ideologia in luogo di realtà, e che si deve fingere di osservare benché si praticino attività del tutto opposte.» M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto - Annali*, Vol. IX, 2016, pp. 391-476, cit. pp. 402-403 e pp. 429-430; per contro: «Vengo alla terza domanda, concernente il secondo comma dell'articolo 101 della Costituzione: “I giudici sono soggetti soltanto alla legge”. Io lo leggerei così: la soggezione del giudice soltanto alla legge intende salvaguardare la sua autonomia e indipendenza, non esprimere una relazione di tipo gerarchico. E farei una ulteriore considerazione a conferma di una siffatta lettura: se la formula fosse presa alla lettera, essa non sarebbe compatibile con il sistema della giustizia costituzionale incidentale.», P. GROSSI, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *L'invenzione del diritto*, Op. cit., cit. p. 125. Con riferimento al comma 2 dell'art. 101 Cost. i lavori preparatori dell'Assemblea costituente indicano chiaramente come l'intenzione dei costituenti fosse quella di utilizzare l'espressione “soggetti alla legge” in senso forte, sebbene si decida (opportunamente) di evitare formulazioni eccessivamente assertorie: il testo del progetto recitava «I magistrati dipendono soltanto dalla legge, che interpretano ed applicano secondo coscienza.», nella seduta di giovedì 20 novembre 1947, quando la disposizione venne discussa ed approvata, il presidente della Commissione, Meuccio Ruini, optò per il meno incisivo “sono soggetti” al fine di eliminare il riferimento alla coscienza, proprio per timore di possibili riferimenti impliciti alle teorie del “diritto libero”: «È stato proposto di sostituire alla parola “dipendono” le parole “sono vincolati” oppure “obbediscono” oppure “sono soggetti”. Il Comitato accetta quest'ultima espressione, che pare migliore, o almeno ha minori inconvenienti, e comunque rientra piuttosto nella revisione stilistica. Riguardo alla seconda parte del secondo comma, “che interpretano ed applicano secondo coscienza” o questa è una dichiarazione generica di ovvio significato, ed allora possiamo anche abbandonarla, senza molto rincrescimento, o apre la via, e di ciò si espresse il timore, ad una interpretazione che sarebbe pericolosa, ed allora vi è una ragione di più per abbandonarla. Io non credo che, parlando di coscienza del giudice, si possa intendere la tendenza e l'ammissione del cosiddetto “diritto libero”, costruzione teorica per me inammissibile; ma non discara, fra gli altri, all'hitlerismo. Ad ogni modo, poiché è stato manifestato un dubbio; ed il togliere l'inciso non nuoce — anzi, Dio sia lodato, abbrevia il testo — il Comitato acconsente alla soppressione.», *Assemblea costituente - seduta pomeridiana di giovedì 20 novembre 1947*, in *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Roma, Camera dei deputati, 1976, Volume CCCIX, cit. p. 2283.

<sup>31</sup> Il diritto inglese non ha mai conosciuto la codificazione nei termini ottocenteschi, è opportuno però ricordare che una proposta in tal senso, a fine Settecento, è stata avanzata anche con riferimento a quel contesto da Jeremy Bentham (1748-1832); sebbene essa non abbia mai avuto seguito, il pensiero del filosofo utilitarista ha influenzato in maniera assai significativa tutta la futura riflessione giuridica del mondo anglosassone, grazie anche all'opera dell'allievo John Austin (1790-1859). Per un primo

opportuno neanche sovrastimare il portato del fenomeno codificatorio. Questo per almeno due motivi. Proprio nel XIX secolo, nemmeno la realtà inglese è rimasta insensibile alle istanze di fissità e certezza sfociate sul Continente nel *Code civil*, nell'*ABGB* e nei loro epigoni. Proprio in questi anni, come si dirà, anche Albione ha conosciuto profonde trasformazioni che hanno condotto a una riforma epocale delle istituzioni giudiziarie e a un irrigidimento nella formazione e nell'attuazione delle *regulae iuris*<sup>32</sup>. Inoltre, anche al di qua della Manica l'esperienza giuridica millenaria precedente alla contemporaneità non è certo andata persa del tutto come avrebbe voluto il Voltaire del *Dictionnaire philosophique*: «Voulez-vous avoir de bonnes lois; brûlez les vôtres, et faites-en de nouvelles.»<sup>33</sup>. La tradizione romanistica, le suggestioni giusnaturalistiche, il patrimonio consuetudinario continuarono, infatti, a conformare di sé, sebbene spesso dietro il paravento del codice, la riflessione giuridica europea<sup>34</sup>.

L'egemonia della codificazione sul giuridico non riuscì mai, negli ordinamenti continentali, nemmeno a sopprimere del tutto il dibattito circa la legittimità del diritto dei giudici. Nella stessa Francia dell'assolutismo legicentrico, la giurisprudenza, in particolar modo quella della *Cour de cassation* come si è visto, si impose sin da subito quale imprescindibile punto di riferimento<sup>35</sup>. L'attenzione all'attività giurisdizionale quale manifestazione di diritto alternativa o almeno complementare alla legislazione continuò a porsi senza soluzione di continuità per tutto il «secolo sì legislativo»<sup>36</sup> - sebbene costretta tra l'approccio analitico ed espositivo della *École de l'Exégèse*<sup>37</sup> alla francese e

---

inquadramento della figura di Bentham e della sua eredità culturale si veda: M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Op. cit., pp. 96-110; M. LOBBAN, *The common law and English jurisprudence: 1760-1850*, Oxford, Clarendon press, 1991; W. HOLDSWORTH, *Some makers of English law*, Cambridge, Cambridge university press, 1966, pp. 248-264.

<sup>32</sup> V. *infra* par. 5.

<sup>33</sup> VOLTAIRE, voce *Lois*, in *Dictionnaire Philosophique*, in *Œuvres complètes de Voltaire*, Paris, Garnier, 1878, Tome 19, cit. p. 614.

<sup>34</sup> Cfr.: «Rimarrà l'idea che il *code civil* è il risultato di una progressiva positivizzazione del diritto naturale, che ha avuto un'incubazione lunga un secolo, e che l'incubatrice è costituita dalla cultura giuridica europea nel suo complesso.», R. FERRANTE, *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello ottonevicesco di codificazione e la cultura giuridica*, Op. cit., cit. p. 99.

<sup>35</sup> V. *infra* cap. 2. Cfr.: «Da allora [legge sulla *Cour de cassation* del 1837] [...] le decisioni giudiziali sono ridiventate, insieme alla legge, una vera e propria fonte del Diritto», A.-J. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, F. DI DONATO (a cura di), Napoli, Jovene Editore, 1993, cit. p. 9.

<sup>36</sup> La perifrasi, utilizzata da Giacomo Leopardi (Zibaldone, 17 gennaio 1829) per indicare il XIX secolo e ripresa da Riccardo Ferrante quale titolo del saggio più volte citato - *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello ottonevicesco di codificazione e la cultura giuridica* - ben evidenzia la grande influenza culturale e sociale dell'opzione codicistica, anche al di fuori dei confini della scienza giuridica strettamente intesa.

<sup>37</sup> Sulla Scuola dell'esegesi si veda, *ex multis*: 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*, De Boccard, Paris, 1924; E. GAUDEMET, *L'interprétation du code civil en France depuis*

il dogmatismo tedesco della giurisprudenza dei concetti di stampo pandettistico<sup>38</sup> - per divenire particolarmente urgente agli inizi nel Novecento<sup>39</sup>.

A conferire rinnovato vigore alle letture orientate verso il riconoscimento di un ruolo fontale della giurisprudenza, oltre che una mai sopita *verve* comparatista<sup>40</sup>, fu in particolare la «scoperta di una divaricazione crescente tra diritto positivo e realtà sociale»<sup>41</sup>. Più ci si allontanò dall'inizio dell'Ottocento, più divenne infatti evidente come i codici non fossero in grado di dare risposte ai molti quesiti che soprattutto il mondo del lavoro e dell'economia, trasformati dalle innovazioni tecniche, ponevano. Come acutamente osservato da Riccardo Ferrante:

«della “duplice rivoluzione” di inizio secolo, quella politica francese del 1789 e la contemporanea industriale britannica (Hobsbawm), il codice aveva colto solo i portati della prima. [...] i codici ereditati dal XIX secolo [...] non appaiono più adeguati a rappresentare l'intera realtà dei rapporti giuridici [...]. D'altra parte, in pochi decenni le dinamiche sociali sono profondamente mutate, e così le sensibilità politiche anche della scienza giuridica»<sup>42</sup>.

---

1804, Paris, Sirey, 1935; G. TARELLO, voce *Scuola dell'esegesi*, *Novissimo digesto italiano*, Vol. XVI, 1969, pp. 819-823; A.-J. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, Op. cit., in particolare pp. 61-69; R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'Illuminismo giuridico*, Op. cit. La stessa scuola dell'Esegesi, spesso criticata dai suoi detrattori per l'eccessiva sudditanza al testo codicistico, utilizzò ampiamente la casistica tratta dalla giurisprudenza, in particolare della Corte di cassazione, pur negando ad essa ogni espressa efficacia vincolante e fontale. Così: R. FERRANTE, *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Op. cit., p. 14.

<sup>38</sup> Per un primo inquadramento della dogmatica giuridica con riferimento all'esperienza della Scuola delle Pandette, si rinvia a: V. PIANO MORTARI, voce *Dogmatica giuridica (premessa storica)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XII, Milano, 1964, pp. 671-678, in particolare pp. 675-677; A. MAZZACANE, voce *Pandettistica*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXI, Milano, 1981, pp. 592-608, in particolare pp. 603-607; M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Op. cit., pp. 127-135; F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino, Giappichelli, 2016.

<sup>39</sup> Per una puntuale panoramica della riflessione giuridica sul diritto giurisprudenziale tra XIX e XX secolo si rinvia a: AA. VV., *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, Op. cit.; G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, in particolare pp. 204-223.

<sup>40</sup> Cfr.: AA. VV., *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento*, Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 2001.

<sup>41</sup> «La scoperta di una divaricazione crescente tra diritto positivo e realtà sociale, figlia di una trasformazione della struttura socio-economica del Paese [...] infrangeva progressivamente il sogno postunitario di una corrispondenza perfetta tra società e rappresentazione codicistica, aprendo spazi teorici fino a qualche anno prima difficilmente percorribili. Di fronte all'inadeguatezza funzionale della disciplina codicistica [...] vi è chi inizia a pensare che una parte non secondaria di questa improrogabile opera di cultura tra norma e 'vita', possa essere affidata alla prudente mediazione della giurisprudenza. Ad essere messo in discussione è il modello montesquieuiano di giudici, così come recepito dagli Stati liberali ottocenteschi.», A. SPINOSA, «L'economia dei codici moderni». *Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'ottocento*, in AA. VV., *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, Op. cit., pp. 747-780, cit. p. 748

<sup>42</sup> R. FERRANTE, *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Op. cit., cit. p. 32.

L'inadeguatezza della codificazione reclamò, quindi, nuovi contenuti – giurisprudenziali su tutti - che dessero soddisfazione alle esigenze emergenti, come anche testimoniato dal diffondersi, sul finire del XIX secolo, di movimenti antiformalisti: la riflessione matura di Rudolf von Jhering (1812-1892) e la Giurisprudenza degli interessi (*Interessenjurisprudenz*), la *libre recherche scientifique* di François Gény (1861-1959), il Movimento del diritto libero (*Freirechtsbewegung*) di Hermann Kantorowicz (1877-1940), che fu motivo di grande preoccupazione in Italia per i più intransigenti cultori della legge<sup>43</sup>.

In qualche modo esemplificativa di questa stagione, almeno per il contesto italiano, è la già citata voce *Giurisprudenza* redatta da Eduardo Piola Caselli nel luglio del 1902. Paradigmatica innanzitutto per quanto concerne il profilo biografico dell'autore: non un accademico ma un dotto magistrato che – è evidente dal complesso dei suoi lavori - ha a cuore il tema del «ruolo della giurisprudenza nell'esperienza giuridica» e la sua esposizione scientifica<sup>44</sup>. Secondariamente rileva lo sforzo ragguardevole mirato a

---

<sup>43</sup> Per un primo sintetico ma esauriente inquadramento a queste esperienze giuridiche, si veda: M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Op. cit., pp. 38-39 e 136-140. Antagonista del diritto libero fu, tra i molti, il Calamandrei della *Cassazione civile*, il quale sostenne la necessità di una Corte di cassazione unica in prospettiva nomofilattica e uniformatrice proprio anche per evitare derive verso forme di creazionismo giudiziario: «La esistenza della Corte di cassazione con questo ufficio costituzionale di nomofilachia è, del resto, la miglior confutazione che un ordinamento positivo possa contrapporre al recente movimento dottrinale in favore del cosiddetto “diritto libero”, i cui seguaci ritengono che la giurisdizione sia già in pratica e più debba diventare in via di riforma una vera e propria creazione di diritto obiettivo per opera del giudice [...] la scuola del diritto libero che alla legge uguale per tutti vorrebbe sostituire la legge del “caso per caso”, urterebbe infatti inconciliabilmente colla esigenza di una uniforme interpretazione del diritto obiettivo (condizione sine qua non della uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge), a sodisfar la quale gli Stati moderni hanno appunto ritenuto, come tra poco si vedrà, esser mezzo sufficiente la Corte di cassazione.», P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 2, Op. cit., cit. pp. 55 e 56.

<sup>44</sup> Eduardo Piola Caselli (Livorno, 1868 - Roma, 1943) fu un giurista e un magistrato di grande cultura ed esperienza. Ricoprì numerosi incarichi anche di rilevanza internazionale (fu giudice del tribunale internazionale del Cairo, consulente giuridico del governo egiziano, partecipò ai lavori della Società delle nazioni e alla revisione dei trattati sulla proprietà letteraria e industriale). Entrò nell'ordine giudiziario nel 1892, a soli 24 anni, e percorse tutte le tappe della carriera, sino all'approdo presso la Corte di cassazione nel 1926. Presso il supremo consesso svolse i ruoli di consigliere, presidente di sezione (1928) e infine procuratore generale (1935). Aderì al Partito nazionale fascista e venne nominato senatore nel 1933. Sebbene la sua fama di studioso sia legata in particolar modo alla tematica della proprietà industriale, approfondì con un acume raro nel panorama italiano di inizio Novecento anche i temi legati alla giurisprudenza e al diritto giurisprudenziale. Con riferimento a tale ultimo ambito di indagine, oltre alle voci redatte per il *Digesto italiano (Giurisdizione civile, Giurisprudenza, Interpretazione delle leggi)*, è opportuno richiamare anche il suo saggio di pochi anni successivo: E. PIOLA CASELLI, *La magistratura: studio sull'ordinamento giudiziario nella storia, nelle leggi straniere, nella legge italiana e nei progetti di riforma*, Torino, UTET, 1907. Per le notizie biografiche si rinvia a: M. BERTANI, voce *Piola Caselli, Eduardo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, op. cit., pp. 1593-1594, cit. p. 1593; C. MELLONI, *Eduardo Piola Caselli, magistrato e giurista*, in *Le Carte e la Storia*, Fascicolo 2, 2008, pp. 128-148. Per un completo inquadramento della magistratura italiana tra Ottocento e Novecento, con anche

conciliare la centralità dello Stato quale unico fattore di diritto, elemento mai messo in discussione, con la consapevolezza dell'importanza nomopoietica e scientifica della giurisprudenza. Il punto di partenza circa la riflessione sulla sua contemporaneità è proprio questo:

«La jurisprudence, disse recentemente uno scrittore belga, a acquis maintenant une place capitale dans la science du droit; elle a envahi tout le domaine juridique; elle a poussé des racines partout et elle est presque devenue le droit lui même. È la constatazione di un fatto generale che oramai si è verificato in tutti gli Stati civili, ma più specialmente presso i popoli latini»<sup>45</sup>.

Da qui la prospettiva si biforca. Da un lato vi è, infatti, la giurisprudenza intesa come mera casistica - «autorità nella interpretazione della legge [...] in relazione alla pura e semplice ermeneutica legale» - il cui sempre più massiccio uso si presta a facili abusi, cui sono chiamate a porre rimedio la funzione ordinatrice della dottrina e una «sana educazione giuridica»<sup>46</sup>. Dall'altro, invece, Piola Caselli si concentra sulla funzione della giurisprudenza considerata «nel complesso di tutte le decisioni dei magistrati, come prassi forense, come espressione dell'azione dello Stato nell'attuazione del diritto per via giudiziaria»<sup>47</sup>. Questa seconda accezione viene esaltata sia in ottica scientifica, sia quale momento genetico di diritto. Dal primo punto di vista vi è una presa di posizione chiara contro un'accademia isterilita da un secolo di ermeneutica - «paralizzata in una specie di buddismo giuridico» - dimentica di «ventisei secoli di vita giuridica», per questo incapace di dialogare alla pari con le altre discipline, e che proprio dall'approfondimento del momento «pratico» troverebbe nuova linfa vitale<sup>48</sup>. Con riferimento alla seconda tematica, la risposta al quesito «la giurisprudenza è una *fons juris*?» è netta e, seppure con altre formulazioni, si rifà ai concetti di fonte materiale e formale:

---

numerosi riferimenti a Piola Caselli, si rinvia a: A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2021.

<sup>45</sup> E. PIOLA CASELLI, voce *Giurisprudenza*, in *Digesto italiano*, Op. cit., cit. p. 842.

<sup>46</sup> *Ibidem*, cit. p. 843.

<sup>47</sup> *Ibidem*, cit. p. 843.

<sup>48</sup> *Ibidem*, cit. p. 843. È evidente qui la polemica antiesegetica fatta propria dai movimenti antiformalisti di fine Ottocento: «È un fatto constatato generalmente ed anche vivamente deplorato che, dopo il periodo delle codificazioni, la scienza del diritto si esaurisca quasi completamente nella interpretazione dei codici. Le opere giuridiche del secolo decimonono sono essenzialmente lavori di ermeneutica. Ma l'ermeneutica isterilisce. L'interprete assorbito nello studio della legge scritta, immedesimato nella sua interpretazione, non vede e non comprende la vita del diritto che si agita fuori della legge ed, a volte, contro la legge.», *ivi*, cit. p. 843.

«La storia ci dice che in ogni tempo, dalle origini del diritto ai di nostri, la giurisprudenza fu creatrice di diritto, che essa [...] creò un complesso di nuove regole e di nuovi istituti giuridici. La parte fondamentale del diritto romano fu creata dalla giurisprudenza del pretore; i più importanti istituti giuridici medievali [...] ebbero origine giurisprudenziale, ed è nella giurisprudenza delle corporazioni d'arti e mestieri e dei tribunali marittimi che sorse e si sviluppò la parte moderna del diritto. Oggidì la dottrina generale nega questo diritto giurisprudenziale. Si dice che gli Stati civili moderni sono fondati sulla netta, recisa separazione del potere giudiziario dal potere legislativo. [...] il problema deve essere esaminato e risolto nella sua realtà, in linea di fatto, non già astrattamente, in linea di diritto. [...] La serie delle sentenze che, conformi o no alla legge, pronunciano uniformemente sopra un punto di diritto, si impongono, sia nel foro, sia fuori di esso per la loro autorità, per la forza di abitudine o di imitazione (*auctoritas rerum per petuo similiter judicatarum*), e costituiscono così una consuetudine giudiziale che ha, *di fatto*, lo stesso valore generale della legge.»<sup>49</sup>

La riflessione merita di essere riportata in maniera estesa perché – nonostante l'evidente sommarietà – ben inquadra la vicenda giurisprudenziale per come sviluppatasi sul Continente e in particolare nella Penisola italiana, legittimandola non per il tramite del rinvio all'esperienza anglosassone, i cui riferimenti sono assai rarefatti nell'economia di queste meditazioni<sup>50</sup>, ma grazie alla memoria di una consolidata tradizione che – sebbene a tratti stereotipata – si riconosce quale propria della storia giuridica europea, a partire dal pretore romano sino alla codificazione. Una tradizione lontana dalla casistica del precedente, ma affine ai concetti di “imitazione”, “consuetudine giudiziale” e “uniformità”; obiettivo quest'ultimo da perseguirsi ovviamente per il tramite della Corte di cassazione:

«La uniformità e continuità della giurisprudenza è uno dei problemi più discussi oggi giorno [...] Questa uniformità e continuità significa molte cose. Significa, anzitutto, una giustizia certa [...] Significa in secondo luogo una giustizia giusta [...] Questa uniformità e costanza della giurisprudenza dovrebbe essere pregio sommo di quell'istituto della Corte di cassazione che la rivoluzione francese ha creato per mantenere tutta l'amministrazione della giustizia nella osservanza

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, cit. p. 845.

<sup>50</sup> Il riferimento (sommario) al diritto inglese compare una sola volta ed è finalizzato esclusivamente a rimarcare l'importanza della giurisprudenza quale strumento necessario al fine di adeguare la legislazione al mutare del contesto sociale: «Anche più evidente è l'esempio dell'Inghilterra, dalla quale noi abbiamo appunto tratto il sistema parlamentare. Colà il diritto privato legislativo è composto da un mosaico di leggi di tutti i secoli, leggi incompatibili colla vita moderna, insufficienti, assurde, perfino; ma provvede a correggerle, modificarle, completarle, il giudice inglese con poteri anche più ampi del Pretore romano.», *Ibidem*, cit. p. 846.

della legge, e che, sotto tale aspetto, è uno degli elementi fondamentali delle nostre costituzioni politiche.»<sup>51</sup>.

In esito a una disamina non certo reticente, la soluzione in ultimo avanzata dal magistrato livornese non si segnala per particolare temerarietà, risolvendosi nella proposta già allora classica - il riferimento non a caso è qui al Portalis del *Discours préliminaire* - di: «poche leggi semplici e chiare, e [...] una giurisprudenza che sappia applicarle e supplire alla loro deficienza»<sup>52</sup>. Proprio a motivo di queste timide conclusioni, quella di Eduardo Piola Caselli non sembra poter assurger al titolo di riflessione «contrassegnata da una modernità sorprendente»<sup>53</sup> - le coordinate culturali entro cui si muove erano d'altronde da tempo diffuse al di fuori della Penisola, oltre a Portalis viene richiamato più volte Rudolf von Jhering<sup>54</sup> - certo però capace di entrare in dialogo diretto sia con la tradizione che con l'attualità.

Negli anni successivi, le prime due decadi del Novecento, L'idea di una giurisprudenza fonte del diritto, sebbene minoritaria, contribuì a tenere acceso in Italia un «vivo dibattito»<sup>55</sup>, nonostante le ricorrenti affermazioni di principio: «per fortuna, l'utopia del diritto libero è passata di moda e il dogma del rispetto alla legge ha ripreso, almeno presso

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, cit. p. 850.

<sup>52</sup> *Ibidem*, cit. p. 846. Cfr.: «Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence; il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger; mais il faut qu'il y en ait une. Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois. 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 combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps; mais, à proprement parler, on ne les fait pas.», J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de code civil présenté le 1<sup>er</sup> pluviose an IX par la commission nommée par le gouvernement consulaire*, Op. cit., cit. pp. 14 e 15.

<sup>53</sup> «la concezione di Piola Caselli appare contrassegnata da una modernità sorprendente [...] È sorprendente la modernità del pensiero di Piola Caselli sulla natura della giurisprudenza come fonte del diritto.», G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Op. cit., cit. pp. 206-207. Per contro sembra eccessivo anche il giudizio, in risposta proprio alle riflessioni di Guido Alpa, che dello scritto di Piola Caselli dà Giovanni Cazzetta: «La valorizzazione della giurisprudenza appare nel complesso stereotipata e contraddittoria.», G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento Italiano*, in AA. VV., *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, Op. cit., pp. 781-812, cit. p. 790, nota 31.

<sup>54</sup> E. PIOLA CASELLI, voce *Giurisprudenza*, in *Digesto italiano*, Op. cit., pp. 844-845. Piola Caselli mostra a più riprese una certa familiarità con la riflessione giuridica francese e tedesca, lingue che d'altronde padroneggiava, cfr.: C. MELLONI, *Eduardo Piola Caselli, magistrato e giurista*, in *Le Carte e la Storia*, Op. cit., p. 128.

<sup>55</sup> Così G. PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. X, 1912, pp. 40-44, cit. p. 40.

di noi, il suo antico impero»<sup>56</sup>. Anche in coloro che parteggiavano per un ruolo forte della giurisprudenza, però, era sempre evidente una chiara diffidenza per la nozione di precedente<sup>57</sup>, preferendosi riconnettere la funzione creatrice non al singolo pronunciamento ma solamente alla massa concorde delle pronunce: «Se si domanda [...] se il singolo giudice e giurista abbiano dei poteri creativi del diritto, bisogna rispondere negativamente [...] gli è solo dal grande complesso di tutte le sentenze dei giudici e di tutte le opinioni dei giuristi che si sviluppano nuove norme giuridiche»<sup>58</sup>.

L'avvento del fascismo e la ripresa della codificazione contribuirono a marginalizzare queste posizioni<sup>59</sup>. Esse riemersero però, come noto, nel secondo Novecento non appena il modello codicistico tornò a manifestare prepotentemente tutti i suoi limiti, aprendosi quella stagione che, con un'espressione ormai classica, Natalino Irti ha definito della decodificazione<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> L. COVIELLO, *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, in *Giurisprudenza italiana*, Vol. LXX, 1918, pp. 33-49, cit. p. 33.

<sup>57</sup> Come detto, lo stesso Piola Caselli mostrava una certa insofferenza verso l'uso massiccio della casistica giurisprudenziale, evidenziando come il singolo pronunciamento potesse di per sé presentarsi come ingiusto, con ciò facendo riferimento – non senza una certa ambiguità – a una sentenza del tutto svincolata dalla legge o dagli indirizzi giurisprudenziali uniformi e consolidati e piegata a logiche arbitrarie; la preoccupazione del magistrato era resa ancor più viva dal fatto che anche una giurisprudenza ingiusta potesse di fatto presentarsi quale fonte del diritto: «Come una legge cattiva è pur sempre legge, così anche una giurisprudenza cattiva produce gli effetti giuridici di una giurisprudenza buona. Se la magistratura, o perché ignorante, o perché costretta a seguire le prepotenze di un principe, di un partito o di una classe, si discosta dalla legge, ne deriverà una giurisprudenza che sarà anche più *fons juris* di una retta giurisprudenza; fonte di un diritto storto che di fatto reggerà la vita sociale.», E. PIOLA CASELLI, voce *Giurisprudenza*, in *Digesto italiano*, Op. cit., cit. p. 846.

<sup>58</sup> G. PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Op. cit., cit. pp. 40 e 41. D'altronde le conclusioni di Giovanni Pacchioni, ordinario di diritto romano e diritto civile, sono esplicite - «anche il nostro giudice al pari del nostro giurista, ha ed esercita poteri creativi di diritto» - e anticipano di un secolo il *Good-bye, Montesquieu* di Bruce Ackerman: «Mi limito ad osservare che il dogma della divisione dei poteri è, a mio parere, un dogma ormai sfatato», ivi, cit. p. 44 e p. 44, nota 1.

<sup>59</sup> Cfr. O. ABBAMONTE, *Fra tradizione ed autorità: la formazione giurisprudenziale del diritto durante il ventennio fascista*, in AA. VV., *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, Op. cit., pp. 869-966. La già citata voce *Giurisprudenza* del Nuovo Digesto Italiano del 1938 si dimostra d'altronde ben meno possibilista sul punto: «La grandissima importanza della giurisprudenza nella vita del diritto pone senz'altro il problema del suo valore giuridico: può essa considerarsi fonte del diritto? [...] Il nostro ordinamento giuridico positivo esclude nettamente questa possibilità [...] nel nostro ordinamento la giurisprudenza non ha questa efficacia vincolante [...] Essa può considerarsi come fonte non di produzione ma di elaborazione e di conoscenza del diritto positivo.», E. T. LIEBMAN, voce *Giurisprudenza*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Op. cit., cit. p. 413. Cfr.: «Nel Digesto Italiano, la voce "Giurisprudenza" è scritta da un magistrato, Eduardo Piola Caselli, e porta la data del 1902. Sono 56 fitte colonne. Opera nutrita di larga informazione storica e comparatistica. Molti dei problemi che ci assillano vi sono messi a fuoco e illustrati. Ebbene, nel Nuovo Digesto Italiano del 1939 la voce "Giurisprudenza" è trattata brevemente dal Liebman; sembra che i problemi affrontati da Piola Caselli più non esistano (o che non sia quella la sede per interessarsene).», G. GORLA, *Quaderni: raccolta di saggi sulla giurisprudenza*, Op. cit., cit. p. 400.

<sup>60</sup> Il riferimento ovviamente è: N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979. Per un inquadramento complessivo della crisi del modello codice si rinvia a: R. FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 311-324; AA. VV., *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti*



Volendo redigere sommariamente un bilancio circa la situazione attuale, è evidente che la crisi oggi non riguarda solo il Codice ma è estesa a tutto l'impianto ordinamentale – gerarchia delle fonti, predominio del legislatore, separazione dei poteri, principio di stretta legalità - come strutturatosi nella riflessione illuministica. I fattori sono molteplici, alcuni connessi all'evolversi del contesto sociale - terza rivoluzione industriale, la globalizzazione – altri noti in particolar modo ai giuristi: il nascere di una giustizia costituzionale, il proliferare della legislazione speciale e di settore, l'evolversi del diritto eurounitario ed internazionale, l'attività delle Corti EDU e di Giustizia, i nuovi spazi delle autorità indipendenti, l'ampio utilizzo di fonti di rango secondario<sup>61</sup>.

Davanti al crollo delle impalcature su cui si è retto il nostro sistema ordinamentale per duecento anni, la tentazione è quella di guardare al passato in modo acritico, mitizzando alcune esperienze giuridiche medievali e di età moderna, lasciandosi fascinare in particolar modo da quella giurisprudenzialità di cui, come si è dato atto, almeno in Italia si è sempre discusso. Similmente è divenuto oggetto di attrazione, e questo è un dato più recente, l'istituto anglosassone del precedente vincolante, meccanismo che per alcuni sembrerebbe bene rispondere alle rinnovate esigenze di certezza in un mondo giuridico orfano delle coordinate codicistico-legislative<sup>62</sup>.

Queste due prospettive, il ritorno al passato e lo sguardo rivolto allo *stare decisis*, spesso si fondono proprio nel discorso relativo alla Cassazione senza, però, che venga tenuta in debito conto la vicenda peculiare dell'istituto<sup>63</sup>. In questo affresco complesso ancora una volta il metodo storico - capace di mostrare «il mobile gioco dei piani prospettici» dell'organizzazione giuridica, secondo la lezione di Adriano Cavanna – può consentire allo studioso e anche al pratico di accostarsi con maggior lucidità al presente<sup>64</sup>.

---

dell'*Incontro di studio (Firenze, 26-28 ottobre 2000)*, P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), Milano, Giuffrè, 2002. Un itinerario completo (sebbene non neutrale) delle diverse posizioni emerse nel secondo Novecento, sino a giungere agli esiti più recenti, è contenuto nel recente: P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Op. cit.

<sup>61</sup> Cfr.: R. FERRANTE, *Ideologie della giurisdizione e cultura giuridica togata. Tradizione, nomofilachia, formanti e metodo storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 49, 2020, pp. 307-345. Circa tali tematiche si vedano anche i due volumi collettanei: AA. VV., *Formante giurisprudenziale e principio di legalità: tensioni ed equilibri*, P. IVALDI, M. PELISSERO (a cura di), Genova, GUP, 2021; AA. VV., *“Diritto dei giudici” e sistema delle fonti*, E. CECCHERINI, M. MIRAGLIA (a cura di), Genova, GUP, 2022.

<sup>62</sup> V. *infra* cap. 4

<sup>63</sup> V. *infra* cap. 4

<sup>64</sup> A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 3. Ricondurre categorie all'apparenza immutabili alle contingenze storiche che le hanno create è proprio uno dei compiti della Storia del diritto. Dello stesso tenore, con riferimento proprio ruolo dell'interprete: A. CAVANNA, *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune. Un'occasione di riflessione sull'identità del giurista di oggi*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1978, vol. 44, pp. 95-138, cit. p. 138.

Recuperando da un lato una dimensione normativa effettivamente ben più ampia ed eterogenea di quella cui la tradizione degli ultimi due secoli ci ha abituato, una dimensione in cui anche le fonti giurisprudenziali, pur se diversamente declinate nel tempo e nello spazio, hanno sempre rivestito un ruolo centrale; dall'altro consentendo una lettura consapevole delle esperienze geograficamente distanti, così da evitare poco fondati accostamenti senza per questo rinunciare a una prospettiva riformatrice<sup>65</sup>.

### 3.3. *La giurisprudenza dei grandi tribunali italiani tra decisiones e stylus iudicandi.*

Uno dei frangenti in cui si è manifesta in maniera particolarmente evidente la vocazione alla giurisprudenzialità in connessione, peraltro, con l'attività delle giurisdizioni apicali, nella storia del diritto continentale è indubbiamente quello caratterizzato dall'attività dei c.d. grandi tribunali: organi che operarono in età moderna, spesso quali giudici di ultima istanza, nei principali ordinamenti politici italiani ed europei<sup>66</sup>. Essi, affermatasi intorno al Cinquecento e giunti a piena maturazione nei due secoli successivi, con la loro attività segnarono l'imbrunire dello *ius commune*.

---

<sup>65</sup> Cfr.: «è nodale che vi sia una lettura 'professionale' dell'evoluzione giuridica più recente secondo il metodo storico [...] È necessario operare, in specie e detto per slogan, in modo tale che la storia non diventi nostalgia, che la comparazione non diventi sincretismo, e che riflettere sulla tradizione non diventi reazione. Insomma: urge adottare su larga scala un serio metodo storico-giuridico, anch'esso non (solo) *in books*, ma (pure) *in action*.», R. FERRANTE, *Ideologie della giurisdizione e cultura giuridica togata. Tradizione, nomofilachia, formanti e metodo storico*, Op. cit., cit. p. 345.

<sup>66</sup> Circa il complesso tema dei grandi tribunali, per analisi più esaustive ed estese, si rinvia a: P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., pp. 211-234; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Op. cit., pp. 155-171; AA. VV., *Grandi tribunali e rote nell'Italia di antico regime*, M. SBRICCOLI, A. BETTONI (a cura di), Milano, Giuffrè, 1993; R. SAVELLI, *Tribunali, "decisiones" e giuristi: una proposta di ritorno alle fonti*, Op. cit.; M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni: dal Medioevo all'età moderna*, Op. cit.; P. CASANA TESTORE, *Un esempio di corte suprema nell'età del diritto comune: il Senato di Piemonte nei primi decenni di attività: appunti dalle lezioni dell'a.a. 1994-95 di diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1995; M. N. MILETTI, *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le «decisiones» di V. de Franchis*, Napoli, Jovene Editore, 1995; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine, fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Op. cit., p. 85-177; A. MONTI, *Iudicare tamquam deus: i modi della giustizia senatoria nel ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano, Giuffrè, 2003; AA. VV., *Judicial tribunals in England and Europe: 1200-1700*, M. MULHOLLAND, B. PULLAN, A. PULLAN (edited by), Manchester-New York, 2003; U. MUESSIG, *Superior Courts in Early-Modern France, England and the Holy Roman Empire*, in AA. VV. *Judges and judging in the history of the common law and civil law. From antiquity to modern times*, P. BRAND, J. GETZLER (edited by), Cambridge, Cambridge university press, 2012, pp. 209-233; A. J. B. SIRKS, *The Supreme Court of Holland and Zeeland judging cases in the early eighteenth century*, in AA. VV. *Judges and judging in the history of the common law and civil law. From antiquity to modern times*, Op. cit., pp. 234-256; AA. VV., *European supreme courts. A portrait through history*, A. A. WUIFFELS, C. H. VAN RHEE (edited by), London, Third Millennium Publishing, 2013. Fondamentali sul tema rimangono poi i lavori pionieristici di Gino Gorla: G. GORLA, *I "Grandi Tribunali" italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia*, Op. cit.; ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Op. cit., pp. 511-617.

Appartenevano a tale compagine, solo per ricordare alcuni dei nomi più noti: il Sacro Real Consiglio di Napoli, il Senato milanese, i Senati di Piemonte e di Savoia nei territori sabaudi, la Rota romana, quella fiorentina e quella genovese, i *Parlements* francesi e il Tribunale camerale dell'Impero (*Reichskammergericht*).

A tali consessi attribuiamo il qualificativo di “grandi” proprio per l'autorevolezza che le loro pronunce e i loro giudicati si ritrovarono ad avere sia all'interno dei territori in cui erano stati istituiti, sia in ottica transnazionale, nonché per l'ampiezza dei poteri, anche non giudiziari, loro conferiti<sup>67</sup>. Le ragioni di tale prestigio sono molteplici e difficilmente riconducibili ad unità, essendo questa un'esperienza estremamente eterogenea al suo interno e non esente da talune ambiguità<sup>68</sup>. Ciò nonostante, vi sono almeno due fattori, uno politico e l'altro strettamente giuridico, la cui rilevanza appare trasversale a gran parte della categoria.

Il primo è lo stretto collegamento intercorrente tra la genesi e lo sviluppo di queste corti e il contemporaneo imporsi del modello dello Stato assoluto - sono questi gli anni delle grandi teorizzazioni di Niccolò Machiavelli (1469–1527), Jean Bodin (1529–1596), Thomas Hobbes (1588–1679) e della nascita degli stati moderni<sup>69</sup> - e dei conseguenti

---

<sup>67</sup> A insistere circa la valenza transnazionale dei pronunciamenti dei grandi tribunali, in ottica di uniformazione della giurisprudenza, è stato in particolare Gino Gorla: cfr. G. GORLA, *I Tribunali Supremi degli Stati italiani, fra i Secc. XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Op. cit., pp. 543-617. Come già emerso con riferimento ai *Parlements* francesi - v. *infra* cap. 1 - alcuni di questi consessi, oltre a quelle giurisdizionali, esercitavano anche funzioni amministrative e legislative; in Italia i Senati in particolare partecipavano all'*iter* di produzione degli atti normativi da parte del principe per il tramite del potere di interinazione (vidimazione, ratifica, registrazione, il parallelo con l'*enregistrement* dei *Parlements* è evidente), una prerogativa che consentiva loro di operare una sorta di controllo di legittimità *ante litteram*: «I Senati, come i Parlamenti in Francia, avevano il potere o prerogativa di registrare (o, come si diceva, “interinare”) le leggi e altri provvedimenti del Re, che non potevano entrare in vigore senza tale registrazione. Il Senato, cioè, esaminava se tali leggi o provvedimenti erano “conformi al pubblico bene” e a certi principi di giustizia o del diritto comune [...] In essa [l'interinazione] si potrebbe anche vedere qualcosa che funzionava, in certi casi e in certo senso, come un controllo preventivo [...] di costituzionalità delle leggi», G. GORLA, *I "Grandi Tribunali" italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia*, Op. cit., cit. pp. 634-635.

<sup>68</sup> L'ambiguità spesso denunciata da chi si accosta alla tematica dei grandi tribunali ha almeno due cause. La prima è che tali consessi assommavano in sé funzioni non solo giudiziali ma anche amministrative e consultive; se ciò turba l'osservatore contemporaneo, abituato a una rigida teorizzazione della separazione dei poteri, non era motivo di sbalordimento per il giurista di antico regime; sul punto si rinvia inoltre alle riflessioni già esposte nel cap. 1; cfr. anche: I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine, fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Op. cit., pp. 85-86. In secondo luogo, questa categoria è tutt'altro che omogenea poiché ricomprende in sé istituzioni anche molto diverse tra loro; con riferimento ai territori italiani, una sommaria classificazione può essere fatta individuando due categorie: Rote e Senati o Consigli regi. Su tale ultimo punto si rinvia a M. CAVINA, *Il diritto nelle culture di antico regime*, in *Tempi del diritto*, pp. 155-158. Cfr.: «Non mi sembra inoltre utile parlare dei grandi tribunali come di un'esperienza unitaria tra gli inizi del Cinquecento e la fine del Settecento», R. SAVELLI, *Tribunali, “decisiones” e giuristi: una proposta di ritorno alle fonti*, Op. cit., cit. p. 399.

<sup>69</sup> Per un primo, ampio, inquadramento del pensiero politico in età moderna, *ex multis*: AA. VV., *European political thought. 1450-1700. Religion, law and philosophy*, H. A. LLOYD, G. BURGESS, S.

tentativi di riorganizzazione in chiave accentratrice della giustizia, in netta rottura con l'esperienza medievale<sup>70</sup>. Come ha osservato lucidamente Piero Calamandrei un secolo fa, spesso i tribunali supremi vennero creati proprio a partire da una costola della *curia regis*, tramite un «[...] processo di germinazione avvenuto nel consiglio politico del principe [...]», ed anche quando divenivano soggetti distinti dal potere che li aveva generati, tale loro origine rimase garante delle prerogative e potestà di cui godevano: «[...] la loro derivazione si manifesta costantemente nella maggiore estensione di poteri che essi hanno in confronto ai tribunali ordinari [...]»<sup>71</sup>.

Altro dato importante è quello della crisi, coeva all'affermarsi dei grandi tribunali, della giurisprudenza consulente, che aveva retto il sistema del diritto comune ancora per tutto il secolo XV. Le risalenti difficoltà della produzione scientifica e universitaria, il sentire umanistico e il «prevalere dell'elemento quantitativo su quello qualitativo»<sup>72</sup> avevano comportato un radicale ridimensionamento del prestigio e conseguentemente dell'influenza corporativa e cetuale dei giuristi privati, ormai spesso avvertiti quali azzecagarbugli succubi di logiche partigiane<sup>73</sup>. Questo vuoto di potere venne presto riempito dai giureconsulti di Stato, componenti dei supremi consessi, forti di un'autorità, quella pubblica, in continua ascesa e per questo particolarmente adatti a mettere ordine nel coacervo, spesso confuso, delle fonti di *ius commune*<sup>74</sup>.

A riprova della rilevanza di questa produzione giurisprudenziale si pone la nascita e il rapido diffondersi nella Penisola italiana di un nuovo genere letterario: la decisionistica. Le raccolte di *decisiones* dei grandi tribunali fagocitarono i *consilia* divenendo di fatto il punto di riferimento degli operatori forensi di antico regime. Testimonianze in tal senso

---

HODSON (edited by), New Haven-London, Yale University Press, 2007; E. TAVILLA, *Sovranità e leggi fondamentali: alla ricerca di una dimensione costituzionale nell'Europa moderna (secc. XV-XVIII)*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 25, 2013, pp. 161-180.

<sup>70</sup> Circa la parabola dello Stato assoluto e dei suoi legami con la storia dell'esperienza giuridica, si rimanda a G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Op. cit. Con riferimento al contesto francese v. *infra* cap. 1; per quanto concerne invece gli aspetti istituzionali degli ordinamenti medievali, *ex multis*: P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Op. cit.; M. BELLOMO, *Società e diritto nell'Italia medievale e moderna*, Roma, Il cigno, 2002; M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Op. cit.

<sup>71</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 212. Ciò non significa però che l'attività dei grandi tribunali fosse sempre concorde e alleata di quella del principe, anzi spesso – come evidente, ad esempio, nel caso dei *Parlements* francesi – i due centri di potere si rapportavano tra loro in modo antagonistico. Cfr.: I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine, fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Op. cit., pp. 85-87. Con riferimento ai *Parlements* v. *infra* cap. 1.

<sup>72</sup> A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 155.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pag. 156; M. CAVINA, *Il diritto nelle culture di antico regime*, Op. cit., p. 155.

<sup>74</sup> V. *infra* nota 21; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine, fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Op. cit., *passim*.

possiamo coglierle negli scritti, tra gli altri, di Giovanni Battista De Luca (1614-1683), forse il massimo giurista del XVII secolo, sicuramente grande pratico e profondo conoscitore della realtà a lui contemporanea<sup>75</sup>. Il Cardinale, nel suo celebre *Il dottor volgare* (1673), evidenziò l'importanza delle *decisiones* in un contesto in cui la dimensione legislativa si presentava caotica e dispersiva - «Nel regolare poi o attendere le dottrine [...] tra queste, il primo luogo, a mio giudizio, deve darsi alle decisioni [...]» - mettendo al contempo in guardia da un utilizzo acritico di queste fonti. Le sue raccomandazioni erano due: circoscrivere la portata utile della *decisio* esclusivamente al punto effettivamente controverso - «[...] si dice decisione solamente quella parte, che concerne il punto o articolo principalmente disputato e deciso [...]» - e volgere l'attenzione solo ai pronunciamenti delle corti effettivamente dotate di autorità - «[...] secondariamente, che siano decisioni de' tribunali collegiali e grandi, primari di quel regno o principato [...]»<sup>76</sup>.

Attesa la centralità di questo fenomeno marcatamente giurisprudenziale nell'economia degli ordinamenti di antico regime, è necessario chiarire quali fossero le sue ricadute a livello "costituzionale": è opportuno cioè chiedersi, se le *decisiones* potessero o meno considerarsi fonti del diritto (in senso formale e/o materiale). La risposta a tale quesito sfugge a ogni riduzione generalista. Da un lato, infatti, alcune corti supreme, come il Senato milanese, grazie alla denunciata vicinanza con il potere politico, potevano affermare di giudicare *tamquam deus*<sup>77</sup> - con ciò facendo riferimento in particolar modo

---

<sup>75</sup> Per un primo inquadramento del pensiero - con riferimento precipuo alla teoria delle fonti e alla figura del giudice - e della vicenda biografica del Cardinale Giovanni Battista De Luca, *ex multis*, si rinvia a: A. MAZZACANE, voce *De Luca, Giovanni Battista*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXXVIII, Roma, 1990, pp. 340-347 ([https://www.treccani.it/enciclopedia/de-luca-giovanni-battista\\_%28Dizionario-Biografico%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/de-luca-giovanni-battista_%28Dizionario-Biografico%29/)); A. SANTANGELO, *La toga e la porpora. Quattro biografie di Giovan Battista De Luca*, Venosa, Osanna, 1991; A. DANI, *Un'immagine secentesca del diritto comune. La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Giovanni Battista De Luca*, Monduzzi, Bologna 2008; ID., *La figura e le prerogative del giudice nell'opera di Giovanni Battista De Luca*, in *La giustizia dello Stato Pontificio in età moderna. Ricerche e progetti in corso, Atti del Convegno di studi, 9-10 aprile 2010*, M.R. DI SIMONE (a cura di), Roma, 2011, pp. 125-148.

<sup>76</sup> G. B. DE LUCA, *Il dottor volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica*, Vol. 1, Firenze, V. Batelli e compagni, 1859, cit. p. 50. Il passaggio è di primaria importanza, tra gli altri motivi, poiché attesta un utilizzo maturo e consapevole delle sentenze quali fattori di diritto, una padronanza del mezzo che, come si dirà, proprio in questi anni, quasi parallelamente, si stava affermando anche in un altro e diverso ordinamento fortemente caratterizzato da elementi di giurisprudenzialità, quello inglese. Sul punto v. *infra* parr. 4 e 5. Sulle *decisiones* e la loro efficacia: M. N. MILETTI, *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le «decisiones» di V. de Franchis*, Op. cit.; ID., *Stylus Judicandi. Le raccolte di «decisiones» del Regno di Napoli in età moderna*, Op. cit. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Op. cit., p. 159; A. MONTI, *Iudicare tamquam deus: i modi della giustizia senatoria nel ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Op. cit., pp. 160-166.

<sup>77</sup> Circa il Senato di Milano A. MONTI, *Iudicare tamquam deus: i modi della giustizia senatoria nel ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Op. cit.; riguardo invece l'ampia estensione dei poteri giudiziali,

all'ampiezza dei propri poteri equitativi e discrezionali - dall'altro lato sovente mancavano riconoscimenti positivi di tale ruolo e, anzi, spesso le fonti legislative si premuravano di negare ai consessi giudiziari ogni potestà normativa<sup>78</sup>. Paradossalmente, uno dei più significativi riferimenti alla giurisprudenza dei grandi tribunali quale fonte formale di diritto, si ha con le Costituzioni settecentesche di Vittorio Amedeo II, quando ormai la parabola discendente di questa esperienza era già avviata<sup>79</sup>.

Tale non equivocità, presente anche nelle enunciazioni dottrinali, era agevolata dal vasto numero di interpretazioni cui si prestava sul punto lo stesso diritto giustiniano, architettura portante del sistema del diritto comune. Dalla lettura dei passi del *Corpus* potevano, infatti, trarsi conclusioni diametralmente contrastanti: se da un lato il *Codex* era perentorio nel negare valenza vincolante alle sentenze - «[...] cum non exemplis, sed legibus iudicandum est [...]» (C. 7.45.13) - dall'altro alcuni frammenti del Digesto sembrano legittimare la presenza di giudici legislatori: «Nam imperator noster Severus rescripsit in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere.» (D. 1.3.38)<sup>80</sup>.

Nonostante l'assenza o l'ambiguità dei riconoscimenti formali della *decisio* quale momento genetico di diritto, nella prassi le pronunce delle corti supreme, sebbene con diverse declinazioni a seconda delle latitudini geografiche, erano un «[...] costante punto di riferimento argomentativo nella pratica quotidiana del foro [...]» cui si rifaceva

---

tale da sfociare spesso nell'*arbitrium iudicis* si rinvia a: M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998.

<sup>78</sup> Cfr.: «E se lo *stylus* era stato visto dai giuristi come una fonte di certezza per una sua (più o meno presunta) vincolatività, ciò era tutt'altro che pacifico agli occhi dei governi.», R. SAVELLI, *Tribunali, "decisiones" e giuristi: una proposta di ritorno alle fonti*, Op. cit., cit. p. 409; «Non dobbiamo lasciarci ingannare dal fatto che manca di regola un riconoscimento ufficiale della *decisiones* come fonte di diritto [...] Né deve trarci in inganno l'esistenza di isolate pronunce dottrinali in contrario o addirittura di leggi espressamente volte ad infirmare la tendenza dei collegi supremi a riconoscere e a far riconoscere come *lex* le proprie sentenze. La verità è che con la forza dei fatti, cioè nella prassi effettiva, le *decisiones* dei grandi tribunali hanno non solo *vis legis*, ma addirittura una preminenza sulle fonti del 'diritto scritto', nel senso che gli operatori giuridici ricorrono per prima cosa alla soluzione puntuale contenuta nelle pronunce della corte suprema'», A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Op. cit., cit. pp. 158-159. Per una lettura dell'autorità delle decisioni dei grandi tribunali per il tramite dell'*argumentum ab auctoritate*, si veda anche: D. IBBETSON, *Authority and precedent*, Op. cit., pp. 62-69.

<sup>79</sup> Nella seconda versione delle *Leggie costituzioni di Sua Maestà* del 1729, le sentenze dei Senati sono fonti di diritto subordinate alle leggi del re e agli statuti locali, ma sovraordinate al diritto comune: «Volendo Noi, che per la decisione delle Cause s'osservino unicamente in primo luogo le Nostre Costituzioni, in secondo luogo gli Statuti Locali, purchè sieno approvati da Noi, o da Nostri Reali Predecessori, e si ritrovino in osservanza, terzo le Decisioni de Nostri Magistrati, ed in ultimo luogo il Testo della Legge comune [...]», Art. 9, Titolo XXII, Libro III. Cfr.: I. SOFFIETTI, C. MONTANARI, *Il diritto negli Stati sabaudi: le fonti (secoli XV-XVI)*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 61-111.

<sup>80</sup> Sul punto, cfr.: M. N. MILETTI, *Stylus Judicandi. Le raccolte di «decisiones» del Regno di Napoli in età moderna*, Op. cit., pp. 107-110.

l'operatore «[...] per conoscere il diritto quale effettivamente applicato [...]»<sup>81</sup> ed «assumevano assai spesso di fronte ai tribunali inferiori una forza quasi legislativa»<sup>82</sup>. Dotato di *vis legis*, però, non era tanto il singolo giudicato considerato di per sé quale precedente vincolante, quanto l'orientamento costante tenuto dai magistrati così come consolidatosi in una serie di pronunce che, susseguitesì nel tempo, davano vita a un uso tipico di quel foro: lo *stylus iudicandi*<sup>83</sup>.

Volendo trarre una prima conclusione, pur rimarcando l'impossibilità di addivenire a una veste che possa calzare in maniera egualmente comoda alle molteplici esperienze che rientrano nel crogiolo dei grandi tribunali, possiamo comunque affermare di trovarci innanzi a una manifestazione del formante giurisprudenziale. Essa ha due caratteristiche che rilevano su tutte nell'economia del presente contributo: si tratta di un diritto che si impone come fonte nella prassi, capace di innovare l'ordinamento, pur in assenza di espliciti riconoscimenti in tal senso sul piano costituzionale (quindi fonte materiale del diritto sebbene raramente ammessa anche quale fonte formale)<sup>84</sup>; la sua giurisprudenzialità non si esprime nella cogenza del singolo pronunciamento, ma nel consolidarsi di indirizzi che si impongono per l'autorità e il prestigio culturale dei soggetti da cui provengono, nonché per la necessità di razionalizzare un ordinamento confuso e incerto<sup>85</sup>.

Le analogie tra questa stagione e taluni aspetti della nostra quotidianità sono evidenti: un sistema delle fonti vasto ed eterogeneo, la presenza di numerose corti supreme spesso in attrito con il potere politico, la diffusione di raccolte di giurisprudenza la cui consultazione è imprescindibile per il pratico del foro. Ciò non appare però sufficiente - *in tanta similitudine maior dissimulatio* - a ingenerare desideri o timori (ambedue infondati) di “ritorno all'antico”. Non è possibile, in particolar modo, tentare di leggere l'attività della nostra Corte di cassazione alla luce della categoria “grandi tribunali”. E

---

<sup>81</sup> M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni: dal Medioevo all'età moderna*, Op. cit., cit. p. 92.

<sup>82</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 228. Più cauto, R. SAVELLI, *Tribunali, “decisiones” e giuristi: una proposta di ritorno alle fonti*, Op. cit., pp. 414 e 415.

<sup>83</sup> Circa la nozione di *Stylus iudicandi* si rimanda a: M. N. MILETTI, *Stylus Judicandi. Le raccolte di «decisiones» del Regno di Napoli in età moderna*, Op. cit., pp. 114-122 e 184-215; A. MONTI, *Iudicare tamquam deus: i modi della giustizia senatoria nel ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Op. cit., pp. 109-146.

<sup>84</sup> Cfr.: «Nell'ordinamento giurisprudenziale, ciò che fa la norma generale è meno l'investitura formale che il valore giuridico e la pubblicazione, la stampa»: L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Op. cit., cit. p. 192.

<sup>85</sup> «In realtà, il valore delle raccolte [...] non stava nella loro natura di precedente giurisprudenziale, bensì nel pregio delle argomentazioni e delle opinioni, accresciuto per il fatto di provenire da Collegi dotati di grande autorità.», A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Op. cit., cit. p. 327.

questo non solo al fine di evitare fuorvianti anacronismi. A fugare, infatti, nel merito ogni eccessiva sovrapposizione è sufficiente ricordare come lo strumento della *cassation*, l'antesignano della *Cour*, sorse in *ancien régime* non in continuità ma anzi in aperto antagonismo con l'esperienza dei grandi tribunali, declinati nella variante francese dei *Parlements*, tanto da diventare per questi un «terreur panique»<sup>86</sup>.

Ciò premesso il parallelismo con il passato può avere però un'utilità: ricordarci una volta di più come anche la storia giuridica dell'Europa continentale e, in particolare, della Penisola italiana non sia impermeabile a fenomeni spiccatamente giurisprudenziali; prospettiva che può essere utile ad elaborare oggi soluzioni di riforma coerenti<sup>87</sup>.

### 3.4. *L'accidentato percorso del common law inglese.*

L'esperienza, che, nell'immaginario condiviso, è caratterizzata per antonomasia dal diritto dei giudici è quella del *common law* inglese<sup>88</sup>. Come già emerso in realtà la

---

<sup>86</sup> «[...] la crainte de demandes de cassation est [per i Parlements] une terreur panique [...]», v. *infra* cap. 1 nota 182.

<sup>87</sup> V. *infra* par. 7.

<sup>88</sup> Sin da subito è opportuno ricordare che l'espressione *common law* varia significato a seconda del termine che le si giustappone. Se contrapposta a *civil law* indica la cultura, il sistema, la famiglia, il modello giuridico di matrice anglosassone, di origine inglese e diffuso, seppure con variazioni notevoli, nelle ex colonie dell'Impero britannico a partire dagli Stati Uniti d'America; in opposizione all'*equity*, il diritto sviluppato dalla *Court of Chancery* a partire dal XIV secolo, la *common law* in senso stretto consiste nell'insieme di regole elaborate dalle corti di Westminster; l'ultima accezione è quella di diritto giurisprudenziale in contrapposizione allo *statute law* inteso quale diritto legislativo del sovrano o del Parlamento (*acts, statutes*). In generale, oltre ai contributi già segnalati e che verranno proposti nel proseguo, con riferimento all'evoluzione storica del diritto inglese si rimanda sin d'ora, ex multis, a: E. D. GLASSON, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, Voll. 1-6, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1882-1883; F. POLLOCK, F. W. MAITLAND, *The history of english law before the time of Edward I*, Cambridge, University press, Boston, Little, Brown & co., 1899; O. W. HOLMES, *The common law*, Boston, Little, Brown & Co., 1923; T.F.T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, London, Butterworth & co., 1956; R. POUND, *The spirit of the common law*, Boston, Beacon Press, 1963; W. HOLDSWORTH, *A history of english law*, London, Methuen & Co., 1923-1972; AA. VV., *The English Legal Heritage*, J. HODGSON (edited by), London, Oyez Publishing, 1979; R. C. VAN CAENEGEM, *The birth of the English common law*, Cambridge, Cambridge university press, 1988; Cambridge university press, 1988; P. BRAND, *The making of the Common Law*, London-Rio Grande, Hambledon, 1992; J. H. BAKER, *The Common law tradition. Lawyers, books and the law*, London-Rio Grande, The Hambledon press, 2000; J. W. TUBBS, *The common law mind. Medieval and early modern conceptions*, Baltimore-London, The John Hopkins University press, 2000; G. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence (part I)*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2, 2002, pp. 155-180 e ID., *Classical Common Law Jurisprudence (part II)*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 3, 2003, pp. 1-28; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Op. cit., pp. 499-610; J. H. LANGBEIN, R. L. LERNER, B. P. SMITH, *History of the common law. The development of Anglo-American legal institutions*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, New York, Aspen Publishers, 2009; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Op. cit., pp. 49-51, 221-237, 393-430, 564-597; U. MATTEI, E. ARIANO, *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 2018; J. HUDSON, *The formation of the English common law. Law and*



giurisprudenzialità, almeno nei secoli precedenti alla codificazione, è stata una delle poche caratteristiche che ha accomunato, sebbene secondo svolgimenti diversi, le due grandi tradizioni, continentale e insulare<sup>89</sup>. Sono altri gli elementi che contribuirono a differenziare i due contesti: la più o meno marcata recezione del diritto romano, il differente ruolo dei giuristi - accademici e pratici - e il loro percorso di formazione, i minori o maggiori tentativi di legiferare da parte del sovrano, l'organizzazione dell'amministrazione della giustizia, precocemente caratterizzata da tentativi di accentramento nel Regno inglese, più frammentata nelle grandi regioni dell'Europa continentale<sup>90</sup>. Per non perdere di vista le molteplici sfaccettature di queste vicende è bene però non assolutizzare neanche questi elementi. Basti pensare alla grande fortuna di Vacario (1120 ca-1200 ca), «insigne glossatore civilista di formazione bolognese»<sup>91</sup> che divenne il «first teacher of Justinian's law in Britain»<sup>92</sup>, fondatore della fortunata scuola di diritto (romano) di Oxford e autore del celebre *liber pauperum*<sup>93</sup>, e a re Edoardo I (1239-1307), che per la sua attività di prolifico legislatore fu detto “the English Justinian”<sup>94</sup>.

---

*society in England from King Alfred to Magna Carta*, London-New York, Routledge, 2018. Per un'ampia panoramica e ulteriori indicazioni bibliografiche si rinvia ai tredici volumi de: AA. VV., *The Oxford History of the Laws of England*, Oxford, Oxford university press, 2003-2012.

<sup>89</sup> «E infatti è proprio il carattere della giurisprudenzialità che avvicina le due grandi tradizioni europee che storicamente corsero fianco a fianco – e sempre separate – lungo tutto il medioevo e l'età moderna: la tradizione del diritto inglese e quella continentale del diritto comune.», A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 499. Sul punto si veda anche: AA. VV., *Relations between the ius commune and English law*, R. H. HELMHOLZ, V. PIERGIOVANNI (a cura di), Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009; R. H. HELMHOLZ, *The ius commune in England. Four studies*, Oxford, Oxford university press, 2001.

<sup>90</sup> Sulle differenze tra le due tradizioni, *ex multis*: J. R. C VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, Op. cit., in particolare pp. 49-64; M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 93-118; V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Op. cit., *passim*.

<sup>91</sup> A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 592.

<sup>92</sup> F. LIEBERMANN, *Magister Vacarius*, in *The English Historical Review*, Vol. 11, n. 42, 1896, pp. 305-314, cit. p. 305.

<sup>93</sup> Sul *Liber pauperum*, compendio in nove libri del *Codex* e del *Digesto* corredato di glosse, e la sua fortuna, si rinvia a: A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Op. cit., pp. 592-593; F. DE ZULUETA, *The Liber pauperum of Vacarius*, Francis de Buffalo N.Y., William S. Hein & Co, 1996. Più in generale circa l'influenza del diritto romano sul diritto inglese: F. DE ZULUETA, P. STEIN, *The teaching of Roman law in England around 1200*, London, Selden Society, 1990; P. STEIN, *The Character and Influence of the Roman Civil Law. Historical essays*, London-Ronceverte, Hambledon press, 1988, pp. 151 e ss.

<sup>94</sup> «The chief advantage, which the people of England reaped, and still continue to reap, from the reign of this great prince, was the correction, extension, amendment, and establishment of the laws, which Edward maintained in great vigour, and left much improved to posterity: for the works of wise legislators commonly remain; while the acquisitions of conquerors often perish with them. This merit has justly gained to Edward the appellation of the English Justinian.», M. HALE, *The history of common law*, Dublin, James Moore, 1792, cit. p. 171. Su tale opera fondamentale e sul suo autore si tornerà a breve. Sulla figura di Edoardo prima e la sua fortuna di legislatore, *ex multis*: A. T. CARTER, *Outlines of English legal history*,

Ciò premesso, il dato che più di tutti concorre a porre un solco effettivo tra i due sistemi è come noto la regola del precedente vincolante per cui i giudici devono nei casi simili adeguare le proprie decisioni a quelle rese in precedenza. La *doctrine of binding judicial precedent*, solitamente ridotta all'adagio dello *stare decisis*, non è però propria dell'ordinamento anglosassone sin dalle sue origini, ma è frutto di un'elaborazione, anche e soprattutto teorica, cominciata nel contesto del Seicento e compiutasi nel XIX secolo in stretta relazione con la riforma delle istituzioni giudiziarie, lungo un percorso non privo di connessioni e parallelismi con quello che ha condotto in Francia all'affermazione della *Cour de cassation* e della codificazione. E ciò sia sotto il profilo cronologico - la prima contemporaneità - che eziologico - la necessità di rispondere alle rinnovate esigenze di fissità e certezza.

Per meglio sviluppare tale riflessione è opportuno ricordare le grandi direttrici che, nella secolare vicenda del diritto inglese, hanno preparato e permesso l'esito di nostro interesse<sup>95</sup>.

Si è soliti far coincidere l'inizio di questa storia con il 14 ottobre 1066, quando il duca di Normandia (1028-1087), sconfitte le truppe di Aroldo II di Inghilterra (1022-1066) ad Hastings, ascese al trono con il nome di Guglielmo I di Inghilterra ("il Conquistatore")<sup>96</sup>. La dinastia franco-scandinava al potere, nel tentativo di superare le logiche feudali e vassallatiche, concepì il regno quale dominio diretto del monarca e provò sin da subito ad attuare tale prospettiva con ambiziose manovre censitarie – il *Domesday Book* (1086)<sup>97</sup> –

---

London, Butterworth & Co., 1899, pp. 52-54; D. SUTHERLAND, *Quo Warranto Proceedings in the Reign of Edward I, 1278-1294*, Oxford, Clarendon Press, 1963; M. PRESTWICH, *Edward I*, New Haven, Yale University Press, 1997; P. BRAND, *Kings, Barons and Justices. The Making and Enforcement of Legislation in Thirteenth-Century England*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; M. MORRIS, *A Great and Terrible King. Edward I and the Forging of Britain*, London, Windmill Books, 2009.

<sup>95</sup> Con diritto inglese ci si riferisce specificatamente al diritto del regno d'Inghilterra, non a quello della Gran Bretagna, né a quello del Regno Unito. Cfr.: V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Op. cit., pp. 273-274.

<sup>96</sup> Sulla conquista normanna e la figura di *William the Conqueror* si rinvia, *ex multis*, a: D. BATES, *William the Conqueror*, New Haven-London, Yale University Press, 2018; H. THOMAS, *The Norman Conquest. England after William the Conqueror*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2007; M. DE BOÛARD, *Guglielmo il conquistatore*, Roma, Salerno Editrice, 1989; D. D. DOUGLAS, *William the conqueror: the Norman impact upon England*, Berkeley, University of California press, 1967. Per un panorama completa, della storia inglese: R. TOMBS, *The English and their history*, New York, Knopf, 2015.

<sup>97</sup> Sul celebre *Domesday Book* - «uno straordinario registro nel quale [...] ogni particella di terra fu analiticamente censita per l'intero regno con indicazioni preziose sui regimi di dipendenza e ricadute di natura fiscale a vantaggio della corona» - per un primo inquadramento, *ex multis*: A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Op. cit., cit. p. 223; H. C. DARBY, *Domesday England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977; F. W. MAITLAND, *Domesday Book and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988; M. DE BOÛARD, *Guglielmo il conquistatore*, Op. cit., pp. 384-403; R. FLEMING, *Domesday book and the law. Society and legal custom in early medieval*

e l'estensione a tutto il territorio della giurisdizione regia, a discapito di quelle particolari, baronali ed ecclesiastiche<sup>98</sup>.

Il re si attestò così sin da subito quale giudice supremo, esercente tale funzione nel contesto della *curia regis* (*King's council*), la quale, secondo una logica simile a quella già notata con riferimento al contesto francese ma maggiormente lineare nelle sue partizioni interne, andò aumentando sempre più le proprie competenze. Nonostante l'istituzione di giudici itineranti<sup>99</sup>, l'elevata mole di cause indirizzate dai sudditi a Londra portò nel XIII secolo, tra il regno di Edoardo I e quello di suo figlio Enrico III (1216-1272), alla scissione dell'originario consesso in tre diversi tribunali centrali, le corti di Westminster: la *Court of Exchequer*, con compiti fiscali e amministrativi, la *Court of Common Pleas*, competente a giudicare le controversie comuni, e la *Court of King's Bench* (o *Queen's Bench*), abilitata a intervenire nelle questioni di ordine pubblico e nell'ambito della giustizia criminale<sup>100</sup>. I tre consessi operarono senza cesure e interruzioni sino alla seconda metà del XIX secolo, garantendo una continuità che effettivamente sul continente non ebbe paragoni<sup>101</sup>. Dalla loro attività, i cui risultati vennero precocemente raccolti prima negli *Year Books* e poi nei *Reports*<sup>102</sup>, nacque il

---

England, Cambridge, University press, 1998; D. ROFFE, K. S. B. KEATS-ROHAN, *Domesday Now. New Approaches to the Inquest and the Book*, Woodbridge, Boydell Press, 2016.

<sup>98</sup> La giurisdizione ecclesiastica, in particolare resistette tenacemente, come testimoniano le vicende di Sant'Anselmo di Aosta (Canterbury) e San Thomas Becket, solo le prime avvisaglie del rapporto tormentato che caratterizzerà nei secoli le relazioni tra Roma e Londra.

<sup>99</sup> Così: A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Op. cit., p. 230. Sui giudici itineranti, cfr.: A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Op. cit., pp. 500-501; W. S. HOLDSWORTH, *A history of english law*, Vol. 1, Op. cit., pp. 32-63

<sup>100</sup> Sul percorso che portò alla nascita delle corti di *common law*: R. C. VAN CAENEGEM, *The birth of the English common law*, Op. cit., *passim*; W. S. HOLDSWORTH, *A history of english law*, Vol. 1, Op. cit., pp. 49-51; J. H. BAKER, *An introduction to English legal history*, London, Butterworths, 1971, pp. 21-37; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Op. cit., pp. 495-499; F. POLLOCK, F. W. MAITLAND, *The history of english law before the time of Edward I*, Op. cit., cit. pp. 190-206; J. H. LANGBEIN, R. L. LERNER, B. P. SMITH, *History of the common law. The development of Anglo-American legal institutions*, Op. cit., pp. 118-122.

<sup>101</sup> Cfr.: «As in the reign of Edward I the administration of the common law took the shape which it kept till the Judicature Act of 1873», A. T. CARTER, *Outlines of English legal history*, Op. cit., pp. 63-73, cit. p. 63.

<sup>102</sup> Gli *Year Books* sono dei primitivi *law reports* che raccolgono le discussioni e le decisioni delle controversie giudicate dai magistrati del re, erano redatte in *law-french* (il francese giuridico di origine normanna che rimase la lingua scritta del diritto sino al XVII secolo), probabilmente ad opera degli aspiranti avvocati con scopi didattici. Gli *Year Books* più risalenti a noi pervenuti risalgono alla seconda metà del XIII secolo. Sono la fonte, manoscritta, essenziale per poter comprendere l'evolversi (e il nascere) della *common law* sino all'avvento dei reports a stampa (1535). A partire dal XVI secolo si diffusero le raccolte giurisprudenziali a stampa, i più attendibili e curati *Reports*. Cfr.: J. H. BAKER, *The Common law tradition. Lawyers, books and the law*, pp. 107-222; J. W. TUBBS, *The common law mind. Medieval and early modern conceptions*, Op. cit., pp. 22-52 e 110-128; A. W. B. SIMPSON, *Legal Theory and Legal History. Essays on the Common Law*, London-Ronceverte, The Hambledon Press, 1987; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Op. cit., pp. 230-231; D. FREDA, *La dottrina dei lawyers*.

*common law* inteso nella sua accezione più ristretta di diritto comune del regno, distinto dai diritti particolari, similmente – nel funzionamento, non nella genesi e nel contenuto – allo *ius commune* di origine romanistica diffuso sul continente<sup>103</sup>.

La legittimazione nomopoietica delle corti di *Common law* non fu in questa fase oggetto di particolari riflessioni teoriche. Essa, oltre che nel collegamento con la potestà del re, riposava nella *fiction* per antonomasia per cui «ogni sentenza era solo l'atto enunciativo di una preesistente consuetudine»<sup>104</sup>.

La grande riflessione che portò a ripensare la natura stessa del *common law* e a meglio giustificarlo nelle sue premesse, si ebbe solo in seguito, lungo il travagliato e affascinante XVII secolo inglese e fu figlia di molteplici fattori e imprevisti. In primo luogo, rilevarono le vicissitudini politiche che, a partire dai fallimentari tentativi assolutistici degli Stuart, si conclusero - in seguito alle due rivoluzioni, la guerra civile, la decapitazione di Carlo I, il *Commonwealth* di Oliver Cromwell e l'ascesa degli Orange – con l'adozione di un nuovo assetto istituzionale, certificato dal *Bill of rights* del 1689<sup>105</sup>. Tale volgere degli

---

*Le raccolte di giurisprudenza nell'Inghilterra dei Tudor*, Napoli, Satura, 2009; Per una più ampia bibliografia sul tema, aggiornata al 2002, si rinvia alla pagina web appositamente dedicata della Boston University School of Law (<https://www.bu.edu/law/faculty-scholarship/legal-history-the-year-books/article-and-book-bibliography/>). Lo stesso istituto mette a disposizione un ampio database su cui consultare tali fonti (<https://www.bu.edu/phpbin/lawyearbooks/search.php>).

<sup>103</sup> Le differenze tra *common law* e *ius commune* sono riconosciute essenzialmente alle modalità con cui questi due sistemi giuridici sono venuti alla luce. Il diritto comune diffuso sul continente affondava le sue radici nell'esperienza giuridica romana (giustiniana) rielaborata dai giuristi a partire dall'esperienza della Scuola di Bologna e nell'elaborazione del diritto canonico. La *common law*, similmente a quanto avvenuto con riferimento alla vicenda del processo formulare romano (III secolo a. C.), nasce come insieme di azioni (*writs*) concesse dai giudici del re agli attori. Sul tema dei *writs* e all'importanza fondamentale che ebbe il diritto procedurale per la nascita della *common law* anche nei profili sostanziali – *remedies precede rights - ex multis*: R. C. VAN CAENEGENM, *The birth of the English common law*, Op. cit., pp. 29-61; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Op. cit., pp. 498-529; J. HUDSON, *The Oxford History of the Laws of England. 871-1216*, Vol. II, Op. cit., *passim*; J. H. BAKER, *An introduction to English legal history*, Op. cit., pp. 79-86; J. H. LANGBEIN, R. L. LERNER, B. P. SMITH, *History of the common law. The development of Anglo-American legal institutions*, Op. cit., pp. 85-110; V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Op. cit., 280-288. Cfr. anche: «So great is the ascendancy of the Law of Actions in the infancy of Courts of Justice, that substantive law has at first the look of being gradually secreted in the interstices of procedure; and the early lawyer can only see the law through the envelope of its technical forms», H. J. S. MAINE, *Dissertations on Early Law and Custom*, London, John Murray, 1883, cit. p. 389.

<sup>104</sup> «La *common law* nacque in realtà attraverso l'originale sviluppo giurisprudenziale che i giudici della monarchia normanna impressero al diritto proprio e a quello indigeno. E questo sviluppo si realizzò, si badi, sulle basi dell'assunto formale che ogni sentenza era solo l'atto enunciativo di una preesistente consuetudine.», A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 527.

<sup>105</sup> Con riferimento ai molteplici avvenimenti legati al Seicento inglese, per un primo inquadramento con riferimento agli sviluppi politici, istituzionali e giuridici di nostro precipuo interesse, si rinvia, *ex multis*, a: P. WILLIAMS, *The Tudor regime*, Oxford, Clarendon Press, 1981; G. R. ELTON, *The Tudor constitution. Documents and commentary*, Cambridge, Cambridge university press, 1982; J. GUY, *Tudor England*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1988; C. RUSSEL, *The fall of the British monarchies: 1637-1642*, Oxford, Clarendon press, 1991; S.T. BINDOFF, *Tudor England*, London, Penguin books, 1991; C. HOLMES, *Why was Charles I executed*, London, Hambledon Continuum, 2006; AA. VV., *Law and authority*

eventi fu possibile anche grazie all'alleanza in chiave antiassolutistica instauratasi tra Parlamento – il vincitore definitivo di questa stagione politica - e le Corti di *common law*<sup>106</sup>.

L'occasione fu quindi propizia per i *common lawyers* per ripensare la natura del diritto inglese, ricercandone la legittimazione non più all'esterno – nell'autorità del monarca – ma all'interno della propria storia e della propria indole di sapere specialistico. Giustamente famoso e paradigmatico a questo riguardo è il dialogo, cronologicamente posto agli albori di questa vicenda, tra re Giacomo I (1566-1625) e sir Edward Coke (1552-1634)<sup>107</sup>. Innanzi alle rivendicazioni del monarca e dell'arcivescovo di Canterbury

---

*in early modern England*, B. SHARP, M. C. FISEL (edited by), Newark, University of Delaware Press, 2007. Con particolare riferimento alle vicende dei parlamenti inglesi, tra medioevo ed età moderna, sino agli esiti seicenteschi: C. RUSSEL, *The crisis of parliaments. English history, 1509-1660*, London, Oxford University Press, 1971; AA. VV., *The English Parliament in the Middle Ages*, R. G. DAVIES, J. H. DENTON (edited by), Manchester, Manchester university press, 1981; C. C. WESTON, CORINNE, J. R. GREENBERG, *Subjects and sovereigns. the grand controversy over legal sovereignty in Stuart England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981; G. O. SAYLES, *The functions of the medieval parliament of England*, London, The Hambledon Press, 1988; C. RUSSELL, *The causes of the English civil war. The Ford lectures delivered in the University of Oxford 1987-1988*, Oxford, Clarendon Press, 1990; J. LOACH, *Parliament under the Tudors*, Oxford, Clarendon Press, 1991; D. L. SMITH, *The Stuart Parliaments*, London, Arnold, 1999; C. W. BROOKS, *Law, politics and society in early modern England*, Cambridge : Cambridge University, 2008; R. S. KAY, *The Glorious Revolution and the continuity of law*, Washington, D.C., The Catholic University of America Press, 2014. Di grande importanza è l'opera di Harold J. Berman, alle cui tesi in questa sede in gran parte si aderisce: H. J. BERMAN, *Law and Revolution II. The impact of the protestant reformations on the western legal tradition*, Cambridge, The Belknap press of Harvard university press, 2003, in particolare pp. 199-305. Tale lavoro è edito in italiano: H. J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione II, L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, D. QUAGLIONI (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2010; Per un inquadramento dell'opera si veda: «complice anche una notevole unilateralità che rende particolarmente evidenti le tesi dell'autore, Berman affronta nodi irrisolti e temi talvolta trascurati o esorcizzati con un'impostazione che ha il merito di considerare l'esperienza giuridica entro la sua naturale trama pratico-culturale [...] Berman propone una visione vivificata da alcuni momenti rivoluzionari, forieri di profonde trasformazioni.», I. BIROCCHI, D. QUAGLIONI, A. MAZZACANE, *La tradizione giuridica occidentale nella prospettiva della sua crisi presente*, in AA. VV., *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, Op. cit., pp. 1031-1059, cit. p. 1031

<sup>106</sup> «Before 1640, judges served at the will of the monarch; in the period after 1689, they were given independence of the Crown and life tenure. [...] the so-called common law courts were made supreme over all others. The common law itself became the constitutional law of England.», «The English Revolution exalted the role of the legal profession as guardian not only of the positive law but also of legal science.» H. J. BERMAN, *Law and Revolution II. The impact of the protestant reformations on the western legal tradition*, Op. cit., cit. p. 207 e 272. Il punto è nodale, come meglio si dirà, le Corti di *common law*, a differenza dei *Parlements* francesi, si schierano dalla “parte giusta della Storia” e “vincono” la Rivoluzione, a partire anche da questa esperienza l'approdo alla contemporaneità del diritto inglese sarà diverso da quello del Continente, in gran parte egemonizzato culturalmente dalle proposte -antigiurisprudenziali e legicentriche - dell'illuminismo francese.

<sup>107</sup> Il celebre dialogo, raccontatoci direttamente da Coke, è contenuto in: *Prohibitions del Roy*, 12 Coke's Rep. 64 (1607); la versione qui riportata è ripresa da: J. R. TANNER, *Constitutional Documents of the Reign of James I, A.D. 1603-1625*, Cambridge, Cambridge University press, 1960, pp. 186-187; una versione *open acces* è anche consultabile sul portale del *British and Irish Legal Information Institute* (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1607/J23.html>). Edward Coke fu politico e tra i più celebri giuristi della storia inglese, *Chief justice* della *Court of Common Pleas* e del *King's Bench*, venne imprigionato nel 1616 nella Torre di Londra per la sua opposizione alla monarchia, liberato continuò a partecipare attivamente alla vita politica sino al 1628. Sulla sua figura, la vita, l'opera e il pensiero, *ex multis*, si rinvia a: C. D. BOWEN, *The Lion and the Throne. The Life and Times of Sir Edward Coke: 1552-*

Richard Bancroft (1544-1610), i quali sostenevano che la potestà di decidere le controversie altro non fosse che un attributo originario della regalità, facoltà che solo in via delegata sarebbe spettata ai giudici<sup>108</sup>, l'allora *Chief Justice of the Common Pleas* contrappose la sua concezione del diritto quale conoscenza tecnica, quasi iniziatica; una materia la cui competenza era quindi di spettanza esclusiva dei giuristi, gli unici in grado di statuire «according to the law and custom of England»<sup>109</sup> in virtù della loro *artificial reason*, la quale non promana dal re, ma che anzi ad esso è estranea in quanto frutto di lunghi studi e anni di pratica:

«then the King said, that he thought the law was founded upon reason, and that he and others had reason, as well as the Judges. To which it was answered by me, that true it was that God had endowed his Majesty with excellent science, and great endowments of nature; but his Majesty was not learned in the laws of his realm of England; and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, are not to be decided by natural reason but by the *artificial reason* [corsivo mio] and judgment of law, which law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it; that the law was the golden metwand and measure to try the causes of the subjects, and which protected His Majesty in safety and peace»<sup>110</sup>.

A partire da queste premesse, centrale fu l'elaborazione filosofica, storica e giuridica che seguì e fece da sfondo agli avvicendamenti politici, in un non districabile groviglio di cause ed effetti. Da questo punto di vista più che i noti nomi consegnatici dalla storia della filosofia e del pensiero politico, Thomas Hobbes e John Locke – le cui considerazioni nel campo del diritto hanno un sapore molto poco anglosassone<sup>111</sup> -

---

1634, Boston, Atlantic Monthly Press, Toronto, Little, Brown and company, 1957; S. D. WHITE, *Sir Edward Coke and the grievances of the Commonwealth*, Manchester, Manchester university press, 1979; S. E. THORNE, *Essays in English Legal History*, London, Hambledon press, 1985, pp. 223-268; D. C. SMITH, *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws. Religion, politics and Jurisprudence, 1578–1616*, Cambridge, Cambridge University press, 2014.

<sup>108</sup> «the King himself may decide it in his Royal person; and that the Judges are but the delegates of the King, and that the King may take what causes he shall please to determine, from the determination of the Judges, and may determine them himself», J. R. TANNER, *Constitutional Documents of the Reign of James I, A.D. 1603-1625*, Op. cit., cit. p. 187.

<sup>109</sup> *Ibidem*, cit. p. 187.

<sup>110</sup> *Ibidem*, cit. p. 187. La *artificial reason* di Coke è in qualche modo simile alla nozione di *ratio scripta* diffusa sul Continente, la prima si fonda però sullo studio da parte del giurista della tradizione inglese, la seconda sulla tradizione romanistica.

<sup>111</sup> Thomas Hobbes in particolare fu un accanito oppositore dei *common lawyers* ed ebbe modo di polemizzare direttamente con Edward Coke, sul punto v. *infra* nota 119. In generale, per un sintetico profilo della riflessione anche giuridica di queste due figure si rinvia a: A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Op. cit., pp. 356-359; E. BERTI, F. VOLPI, *Storia della filosofia dall'antichità a oggi*, Vol. A, Bari-Roma, Laterza, 2007, pp. 350-355 e 388-394.

l'attenzione va qui rivolta a quei grandi giuristi (e storici) – pratici e dotti - quali il già citato Edward Coke, ma anche e soprattutto i suoi sodali e successori John Selden (1584-1654) e Matthew Hale (1609-1676)<sup>112</sup>. Furono in particolare queste tre eminenti personalità a definire la teoria classica del *common law*, per il tramite di quella profonda riflessione che un autorevole studioso come Harold J. Berman ha individuato quale terza via inglese rispetto al positivismo e al giusnaturalismo di stampo continentali: la *historical jurisprudence*<sup>113</sup>. In anticipo di due secoli rispetto ai lavori di Friedrich Carl von Savigny, questi autori, in particolare Matthew Hale<sup>114</sup>, primo storico del diritto inglese nonché «the greatest English lawyer of his day»<sup>115</sup>, concepirono il *common law*

---

<sup>112</sup> «The major voices were those of Sir Edward Coke, John Selden and Sir Matthew Hale, but several other voices, now nearly forgotten, added texture, nuance, and sometimes even fundamental structure to the emerging self-understanding of common law practice», G. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence (part I)*, Op. cit., cit. p. 165. John Selden fu politico, giurista, storico e orientalista assai erudito, si oppose alla Monarchia degli Stuart parteggiando per la causa del Parlamento. Matthew Hale fu giurista celebre per la sua perizia e intransigenza morale, apprezzato sia dalla monarchia che da Cromwell, nonché primo storico del diritto inglese, suoi i celebri trattati: *The History and Analysis of the Common Law of England, Historia Placitorum Coronæ, The History of the Pleas of the Crown* (tutti pubblicati postumi, il primo nel 1716, gli altri due nel 1736), J. HOSTETTLER, *The Red Gown. The Life and Works of Sir Matthew Hale*, Chichester, Barry Rose Law Publishers, 2002, p. 213. Per un primo inquadramento dei tre autori, delle differenze e delle affinità nella loro riflessione, si rimanda per tutti a: «It took two generations of Coke's followers to develop his philosophy of English law into an English philosophy of law. In the first of those generations, the leading figure in the development was John Selden [...]. In the second [...] Matthew Hale [...]. The links among the three men were very strong», H. J. BERMAN, *Law and Revolution II. The impact of the protestant reformations on the western legal tradition*, Op. cit., pp. 238-263, cit. p. 245; W. HOLDSWORTH, *Some makers of English law*, Op. cit., pp. 111-145; J. W. TUBBS, *The common law mind. Medieval and early modern conceptions*, Op. cit., pp. 141-172; J. HOSTETTLER, *The Red Gown. The Life and Works of Sir Matthew Hale*, Op. cit.

<sup>113</sup> «Coke established in the English context the first principle of the historical school of jurisprudence, which was developed further by his English followers in the seventeenth and eighteenth centuries and which ultimately blossomed into a full-scale general theory of law, taking its place alongside natural law theory and legal positivism. That first principle consisted in the proposition that a nation's law is to be understood above all as the product of that nation's history-not merely in the obvious sociological sense that existing institutions are derived from preexisting institutions but also in the philosophical sense that the past history of a nation's law both has and ought to have a normative significance for its present and future legal development.», H. J. BERMAN, *The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 103, n. 7, 1994, pp. 1651-1738, cit. p. 1693; ora in ID., *Law and Revolution II. The impact of the protestant reformations on the western legal tradition*, Op. cit., cit. p. 244.

<sup>114</sup> «It was Hale who first articulated a general theory of historical jurisprudence which was implicit in Coke's portrayal of the English common law and in Selden's historical and philosophical studies», H. J. BERMAN, *Law and Revolution II. The impact of the protestant reformations on the western legal tradition*, Op. cit., cit. p. 248.

<sup>115</sup> «Hale was a consummate constitutional lawyer who was [...] quite ready to give the crown its due, and equally ready [...] to uphold the constitutional rights of the people. His character had made him universally respected; and his legal pre-eminence was so universally admitted that his rulings were generally accepted as final. [...] Hale's unique legal reputation was thus due partly to his character, which led him to apply his great talents to anything he undertook with all his strength [...] partly to his opportunities and environment, of which he took the fullest advantage. His character and talents made him easily the greatest English lawyer of his day. His association with the school of historical jurists, of whom Selden was the chief, made him, with the exception of Francis Bacon, the most scientific jurist that England had yet seen. At the same time his active life as a barrister and a judge, during the troubled period of the Rebellion and the Commonwealth, made him an acute political thinker», W. S. HOLDSWORTH, *A history of english law*, Vol. 6, Op. cit., pp. 614-615.

non come il prodotto di una volontà normante, ma di una tradizione storica. Un processo ininterrotto di stratificazione di fatti e atti diversi – sentenze, legislazione, riflessione dei giuristi, principi del diritto naturale - mai statico in quanto continuamente raffinato e adeguato al tempo presente dal genio dei giuristi inglesi, ma costante nel suo «basic constitutional framework»<sup>116</sup> sin dai tempi precedenti all'invasione normanna<sup>117</sup>. Un sistema caratterizzato da una natura pluralistica che trova una sua unitarietà non quindi nel soggetto dal quale proviene ma nella sua dimensione storica, nella comune appartenenza a una ben precisa vicenda che si fa al contempo normante e normata<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> H. J. BERMAN, *Law and Revolution II. The impact of the protestant reformations on the western legal tradition*, Op. cit., cit. p. 256.

<sup>117</sup> Per esprimere il concetto Hale paragona le diverse tradizioni storico-giuridiche confluiscano a tanti fiumi che confluiscano in un unico *common law*: «as the rivers of Severn, Thames, Trent, & c. though they continue the same denomination which their first stream had, yet have the accession of divers other streams added to them in the tracts of their passage which enlarge and augment them. And hence grew those several denominations of the Saxon, Mercian, and Danish laws, out of which (as before is shewn) the confessor extracted his body of the common law», M. HALE, *The history of common law*, Op. cit., cit. p. 64. Cfr.: «Hale insisted, it is still the same body of law. The key is not identity of components but a recognizable continuity with the past», G. J. POSTEMA, *Some Roots of our Notion of Precedent*, in AA. VV., *Precedent in law*, L. GOLDSTEIN (edited by), Oxford, Clarendon press, 1987, pp. 9-33, cit. p. 17.

<sup>118</sup> L'idea che la dimensione giuridica inglese si fondi sulla storia e sull'azione culturale del ceto dei giuristi, sulla *artificial reason* di Coke, venne profondamente avversata, tra gli altri, da Thomas Hobbes che entrò ferocemente in polemica con i *common laweys*: «Per Hobbes [...] l'unico diritto degno di questo nome è la legislazione. I giudici inglesi, per lui, sono solo funzionari del sovrano; questi è l'unico creatore del diritto: tanto dello *statute law* quanto del *common law*. Il diritto è prodotto della volontà del sovrano, non dalla ragione dei giuristi», M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Op. cit., pp. 89-93, cit. p. 92. Al tema il filosofo dedicò un saggio, concluso poco prima della sua morte e pubblicato due anni dopo nel, 1681, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*. Qui, Hobbes risponde alle tesi di Coke e dei suoi successori, sostenendo che il concetto di *artificial reason* è falso ed oscuro, ribadendo come l'unica fonte del diritto sia l'autorità: «the reason which is the life of the law, should be not natural, but artificial, I cannot conceive. I understand well enough, that the knowledge of the law is gotten by much study, as all other sciences are, which when they are studied and obtained, it is still done by natural, and not by artificial reason. I grant you, that the knowledge of the law is an art; but not that any art of one man, or of many, how wise soever they be, or the work of one or more artificers, how perfect soever it be, is law. *It is not wisdom, but authority that makes a law* [corsivo mio]. Obscure also are the words legal reason. There is no reason in earthly creatures, but human reason. But I suppose that he means, that the reason of a judge, or of all the judges together without the King, is that *summa ratio*, and the very law: which I deny, because none can make a law but he that hath the legislative power. That the law hath been fined by grave and learned men, meaning the professors of the law, is manifestly untrue; for all the laws of England have been made by the kings of England, consulting with the nobility and commons in parliament, of which not one of twenty was a learned lawyer.», T. HOBBS, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, Vol. 6, London, John Bohn, pp. 1-160, cit. p. 5. A queste posizioni ebbe modo di rispondere Matthew Hale, precisando la nozione di ragione artificiale e rivendicando la complessità dell'esperienza giuridica davanti alle semplificazioni di Hobbes (*Reflexions of the Chief Justice Hale on Mr Hobbes Dialogue of the Law*), sul punto cfr.: W S HOLDSWORTH, *A History of English Law*, Vol. 5, Op. cit., p. 503; ID., *Sir Matthew Hale on Hobbes. An Unpublished MS*, in *Law Quarterly Review*, Vol. 37, n. 3, 1921, pp. 274-303; D. E. C. YALE, *Hobbes and Hale on Law, Legislation and the Sovereign*, in *The Cambridge Law Journal*, Vol. 31, n. 1, 1972, pp. 121-156; G. J. POSTEMA, *Some Roots of our Notion of Precedent*, in AA. VV., *Precedent in law*, Op. cit., *passim*. Le posizioni del pensatore di Westport rimangono tutt'oggi fondamentali per tutti coloro che avversano l'idea di una giurisprudenza fonte del diritto, ad esempio cita l'opera di Hobbes a sostegno delle proprie posizioni Massimo Luciani: «La conclusione raggiunta ha ascendenze piuttosto evidenti e intende ripristinare confini istituzionali che oggi sembrano dimenticati da molti. Quei confini che — per limitarsi a fare il nome più significativo —



Le metafore utilizzate da Matthew Hale per rendere tale situazione – l’idea di un’esperienza che evolve pur rimanendo sempre fedele a sé stessa - sono particolarmente immaginifiche, da quelle naturalistiche – il corpo umano – a quelle mitologiche – la nave degli argonauti:

So that use and custom, and judicial decisions and resolutions, and acts of parliament, though not now extant, might introduce some new laws, and alter some old, which we now take to be the very common law itself, though the times and precise periods of such alterations are not explicitly or clearly known: but though those particular variations and accessions have happened in the laws, yet they being only partial and successive, we may with just reason say, they are the same English laws now, that they were 600 years since, in the general. As the Argonauts ship was the same when it returned home, as it was when it went out , though in that long voyage it had successive amendments, and scarce came back with any of its former materials; and as Titius is the same man he was 40 years since, though physicians tell us, that, in a tract of seven years, the body has carcerand of the same material substance it had before<sup>119</sup>.

È proprio in questo contesto e a partire da queste premesse che vennero poste le basi per la dottrina dello *stare decisis*. La vittoria politica delle Corti di *common law* sull’assolutismo degli Stuart e il prevalere delle tesi dei *common lawyers* su quelle dei loro avversari come Thomas Hobbes permise, infatti, al ceto dei giuristi, dei giudici in particolare, di affermare la propria autonomia e di presentarsi quali autorevoli (ed unici) custodi della tradizione giuridica. Conseguentemente i precedenti giudiziari assunsero una nuova centralità, pur al permanere, però, di una certa ambiguità di fondo con riferimento alla portata dei loro effetti, ai quali continuava a ricondursi una valenza non cogente ma meramente espositiva, al massimo probatoria, di una regola già esistente<sup>120</sup>:

---

erano limpidamente chiari a Thomas Hobbes, quando, in polemica con Coke, riconduceva il rapporto fra leggi (norme) e giurisprudenza alla sua definizione corretta, causticamente ricordando che le prime “were laws before they studied them, or else it was not law they studied”», M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, Op. cit., cit. pp. 412-413.

<sup>119</sup> M. HALE, *The history of common law*, Op. cit., cit. p. 64.

<sup>120</sup> «Casuistry, however, treats cases not as authoritative precedents but merely as examples of the application of principles and rules of law; in none of the legal systems that prevailed in the West prior to the seventeenth century did judicial decisions have normative force [...] as a source of law», «A line of judicial decisions consistently applying a legal principle or rule. The decisions are not only “examples” [...] but also a “proof” of its reception by the judiciary and hence a source of its binding force» H. J. BERMAN, *Law and Revolution II. The impact of the protestant reformations on the western legal tradition*, Op. cit., cit. pp. 273-274. Cfr.: «the decisions of courts of justice [...] have a great weight and authority in expounding, declaring, and publishing what the law of this kingdom is, especially when such decisions hold a consonancy and congruity with resolutions and decisions of former times; and though such decisions are less than a law, yet they are a greater evidence thereof than the opinion of any private persons, as such whatsoever», M. HALE, *The history of common law*, Op. cit., cit. p. 67.

«Classical common law judges did not regard themselves as ‘making’ law, and [...] they did not subscribe to an explicit doctrine of stare decisis. They treated decisions of past courts with respect, of course, but they would have found it odd to regard these decisions as discrete instances of law making.»<sup>121</sup>.

Lo stesso Matthew Hale nell’individuare le fonti - «the formal constituents» - della *common law* colloca le decisioni dei tribunali – e non tutte ma solo quelle «consonant to one another in the series and successions of time.» - dopo gli usi e le consuetudini del regno e le leggi del parlamento<sup>122</sup>. Perché da queste riflessioni, che formalmente ancora negano una valenza nomopoietica in senso forte al precedente, benché ne attestino l’importanza all’interno del quadro delle fonti, si giunga alla formulazione del canone dello *stare decisis* sarà necessario attendere almeno un secolo<sup>123</sup>.

(segue) 3.5. L’affermarsi del canone dello *stare decisis et non quieta movere* nell’Inghilterra del XIX secolo.

Il momento dell’emersione della dottrina del *binding precedent* proprio per il suo radicarsi in una vicenda caratterizzata da elementi di forte continuità come quella del diritto inglese, è un evento sfumato nel tempo, la cui effettiva individuazione ha dato vita ad un acceso dibattito sin a partire dagli anni Trenta del secolo scorso<sup>124</sup>. Al di là del

---

<sup>121</sup> G. POSTEMA, *Classical Common Law Jurisprudence (part. I)*, Op. cit., cit. p. 166.

<sup>122</sup> «I shall descend to that which gives the authority, viz. the formal constituents, as I may call them, of the common law; and they seem to be principally, if not only, those three, viz. first, the common usage, or custom, and practice of this kingdom, in such parts thereof as lie in usage or custom. Secondly, the authority of parliament, introducing such laws; and, thirdly, the judicial decisions of courts of justice, consonant to one another in the series and successions of time», M. HALE, *The history of common law*, Op. cit., cit. p. 65. Pur senza cadere nella tentazione delle facili analogie e dei riduzionismi, è comunque necessario sottolineare come vi sia un evidente parallelismo tra il mondo delle Corti di Westminster e l’agire dei grandi tribunali continentali nei primi secoli dell’età moderna. La similitudine più evidente concerne proprio l’utilizzazione del precedente la cui autorevolezza non risiede ancora nella singola decisione di per sé considerata ma nel consolidarsi di un certo indirizzo lungo «a long series of time and ages».

<sup>123</sup> «the traditionary concept of precedent should not be confused with the strict doctrine of stare decisis that first emerged in the nineteenth century mind», H. J. BERMAN, *Law and Revolution II. The impact of the protestant reformations on the western legal tradition*, Op. cit., cit. p.275. Per un’opinione contraria, che ritiene che la forza del precedente vincolante fosse già attestata ai tempi della guerra civile: I. WILLIAMS, *Early-modern judges and the practice of precedent*, in AA. VV. *Judges and judging in the history of the common law and civil law. From antiquity to modern times*, Op. cit., pp. 51-66.

<sup>124</sup> Sui termini di questa controversia nell’ambito della letteratura giuridica inglese, si veda: J. EVANS, *Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century*, in AA. VV., *Precedent in law*, Op. cit., pp.35-72, in particolare p. 1, nota 1. Sul tema del precedente e della sua emersione nella formula dello *stare decisis* nell’ordinamento inglese, vi è oggi un’ampia letteratura storico-giuridica, anche italiana. Oltre ai

momento preciso in cui si voglia collocare tale accadimento, è evidente però come esso sia connesso alla ricerca, da parte delle istituzioni giudiziarie, di un canone che potesse funzionare da criterio ordinatore della massa del *common law* in un momento di grandi cambiamenti economici e sociali, quale quello dell'inizio dell'età contemporanea: «The doctrine of judicial precedent in its modern form was essentially a Victorian rationalization»<sup>125</sup>.

Questa prospettiva è evidente già in Sir William Blackstone (1723-1780)<sup>126</sup>, il più noto precursore dello *stare decisis* successivamente agli sviluppi seicenteschi cui si è detto; sua la celebre affermazione: «it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation»<sup>127</sup>. La finalità sottesa all'operazione concettuale compiuta dal celebre magistrato non è quella di rivendicare una potestà creativa in capo ai giudici – negata anzi in modo perentorio – ma perseguire, proprio contro il possibile arbitrio di questi, obiettivi di certezza e stabilità del diritto: «to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge's opinion [...] according to his private sentiments»<sup>128</sup>. Non stupisce che venga quindi ribadita la *fiction* dichiarativa, di cui anzi Blackstone è il campione: «the judges [...] are the depositary of the laws; the living oracles [...] who are bound by an oath to decide according to the law of the land.» e ancora «[judge] not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one.»<sup>129</sup>. Il celebre giurista pubblicò la sua opera tra il 1765 e il 1769 a meno di vent'anni di distanza da «les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui

---

contributi già indicati si segnalano, *ex multis*: C. K. ALLEN, *Law in the making*, Oxford, Oxford university press, 1964; AA. VV., *Precedent in law*, Op. cit.; P. CHIASSONI, *Il fascino discreto della Common Law. Appunti sulla "rilevanza" dei precedenti giudiziali*, in *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 97 e ss.; AA. VV., *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti: profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC*, Perugia, 25-26 giugno, L. VACCA (a cura di), Torino, Giappichelli, 1999; R. CROSS, J. W. HARRIS, *Precedent in english law*, Oxford, Clarendon Press, 2001; D. FREDA, «Una dispotica creazione». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, Torino, Giappichelli, 2012; M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini*, Vol. 44, n. 1, 2015, pp. 67-101; L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, Giappichelli, 2018.

<sup>125</sup> AA. VV., *The Oxford History of the Laws of England. 1820-1914: Fields of Development*, Vol. XI, Op. cit., cit. p. 48.

<sup>126</sup> William Blackstone fu giurista, storico del diritto, politico e primo docente di diritto inglese; la sua opera più nota trattato *Commentaries on the Laws of England* scritto tra il 1765 e il 1769. W. HOLDSWORTH, *Some makers of English law*, Op. cit., pp. 238-247.

<sup>127</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 1, Oxford, Clarendon press, 1768, cit. p. 69.

<sup>128</sup> *Ibidem*, cit. p. 69.

<sup>129</sup> *Ibidem*, cit. p. 69. Conseguentemente in Blackstone il precedente non ha di per sé un'autonoma forza vincolante, lo è solo in quanto coincidente con *the law of the land* e quindi non hanno efficacia cogente quelle pronunce «manifestly absurd or unjust» che possono essere superate senza particolari *escamotage* processuali in quanto – altro celebre passaggio – sono «not [...] *bad law*, but [...] *not law*», ivi cit. p. 70.

prononce les paroles de la loi»: le similitudini sono evidenti così come, però, gli esiti diversi che si attueranno a partire da queste riflessioni<sup>130</sup>.

Dopo Blackstone, una delle figure più importanti nella storia dell'affermarsi dello *stare decisis* è sicuramente quella del *Chief justice* Lord Mansfield, al secolo William Murray (1705-1793)<sup>131</sup>. Personaggio quasi mitico, che diede il suo nome a questa stagione del diritto: *the age of mansfield*<sup>132</sup>. È a lui che solitamente si riconnette il brocardo «It is best, stare decisis.»<sup>133</sup>, nonché la nozione fondamentale di *ratio decidendi* - «the general principle, which runs through the case and governs the decision of it» - intesa come contenuto autoritativo della sentenza<sup>134</sup>. Anche nella riflessione di Lord Mansfield la valorizzazione sempre più esplicita della valenza vincolante del precedente si accompagna al preciso obiettivo della certezza del diritto: «The object of the law is certainty, especially such parts of the law as are of extensive and general influence, which affect the property of many individuals, and which inflict pecuniary penalties»<sup>135</sup>.

Negli anni successivi ulteriori contributi giudiziali e teorici – su tutti, i più rilevanti, la decisione del giudice Parke nel caso *Mirehouse v. Rennel* (1833)<sup>136</sup> e il trattato di J. Ram,

---

<sup>130</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit de lois*, Op. cit., cit. pp. 134-135. Oltre a quella denunciata, ovviamente, tra il *juge bouche de la loi* di Montesquieu e il *judge oracle of the law* di Blackstone ci sono grandi differenze, le due visioni sono accomunate però dall'idea che il diritto preesista all'azione del giudice, il quale deve limitarsi, entro limiti più stringenti nel primo più ampi nel secondo, a dichiararlo.

<sup>131</sup> William Murray conte di Mansfield fu celebre giurista e grande difensore della tolleranza in ambito religioso, la sua riflessione è essenziale per gli sviluppi ottocenteschi della dottrina del precedente. W. HOLDSWORTH, *Some makers of English law*, Op. cit., pp. 160-175.

<sup>132</sup> Cfr.: J. OLDHAM, *English common law in the age of Mansfield*, Chapel Hill-London, The University North Carolina, 2004.

<sup>133</sup> «For several reasons we should not depart from these adjudged cases; but chiefly, from the inconvenience of altering and overturning settled determinations. It is best, stare decisis. The overturning settled determinations would be of very bad consequence: they ought not to be shaken», LORD MANSFIELD, *Rex v. Inhabitants of Underbarrow and Bradley-Keld* (1766), Burrow (Settlement Cases), 548, in J. W. NORTON-KYSHE, *The dictionary of legal quotations*, London, Sweet & Maxwell, 1904, cit. p. 46.

<sup>134</sup> Così citato in C. K. ALLEN, *Law in the making*, Op. cit., cit. p. 217.

<sup>135</sup> *Ibidem*, cit. p. 214. Similmente «certainty is one great object of all legal determination and peculiarly to be wished for in that branch of the law which concerns corporation (because such questions are often agitated with a heat and spirit not to be satisfied by the best reasons of the soundest discretion, and only to be checked by the authority of rules and precedents deliberately settled upon former occasions)», LORD MANSFIELD, *Rex v. Dawson* (1767), in J. BURROW, *Reports of Cases Argued and Adjudged in the Court of King's Bench during the Time Lord Mansfield Presided in that Court*, London, W. Clarke, 1812, cit. p. 2121. Sempre con riferimento alla stessa esigenza di certezza in ambito di rapporti commerciali: «In all mercantile transactions the great object should be certainty: and therefore, it is of more consequence that a rule should be certain», LORD MANSFIELD, *Vallejo v Wheeler* (1774) 1 Cowp. 143, 153; 98 E.R. 1012. 1017. Anche in Mansfield i precedenti non sono una fonte di produzione, ma un'esposizione particolarmente qualificata del diritto inglese sempre finalizzata a perseguire obiettivi di fissità e certezza: «Precedents serve to illustrate principles and to give them a fixed certainty.», LORD MANSFIELD, *Jones v. Randall* (1774), in C. K. ALLEN, *Law in the making*, Op. cit., cit. p. 217.

<sup>136</sup> «Our common law system consists in the applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedents; and for the sake of attaining uniformity, consistency, and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient, to all cases which arise; and we are not at liberty to reject them, and to abandon all

*The legal system* (1835)<sup>137</sup> - contribuirono a fissare i confini dello *stare decisis* parlando senza più reticenza delle sentenze quali regole di diritto: «a judgment that is constructed of certain materials are law.»<sup>138</sup>. L'atto conclusivo di questa vicenda si ebbe solo nel 1861 quando nel caso *Beamish v. Beamish* pendente innanzi alla House of Lords si stabilì che il rispetto del *rule of law* imponesse alla stessa corte di adeguarsi alle proprie pronunce passate, le quali sarebbero state vincolanti per essa così come per ogni altro tribunale del regno, almeno sino a che non fosse intervenuto a modificare l'ordinamento un atto del Parlamento:

«But it is my duty to say that your Lordships are bound by this decision as much as if it had been pronounced nemine dissentiente, and that the rule of law which your Lordships lay down as the ground of your judgment, sitting judicially, as the last and supreme Court of Appeal for [339] this empire, must be taken for law till altered by an Act of Parliament, agreed to by the Commons and the Crown, as well as by your Lordships. The law laid down as your ratio decidendi, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen's subjects, if it were not considered as equally binding upon your Lordships, this House would be arrogating to itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority.»<sup>139</sup>.

Tale decisione troverà ripetute e autorevoli conferme, di cui la più nota è *London Tramway Co. v London County Council* (1898):

«a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is impossible to raise that question again as if it was res integra and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision »<sup>140</sup>.

---

analogy to them, in those to which they have not yet been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as ourselves could have devised!», J. PARKE, *Mirehouse v. Rennel* (1833) 1 C1. & F. 527, 546; 6 E.R. 1015, 1023.

<sup>137</sup> «“The law of England, which is exclusive of positive law enacted by statute, depends upon principles.” (a) On these principles it is often the duty of a Court to decide a case; (b) as, for example, a case that is new, or one like to which a case decided is not to be found. (c) A case decided is called a precedent; (d) and is an authority, which, under many circumstances, binds a Court to make the same decision in a future similar case. (e) [...] A precedent possesses the binding force mentined, either if in the mind of the Court it is wholly unimpeachable, on the ground of want of principle, or otherwise; (f) or, if impeachable, the objection to which it is so exposed, is not, in the consideration of the Court, sufficient to exclude its title to be authority», J. RAM, *The science of legal judgement*, Philadelphia, John S. Littell, 1835, cit. pp.66 e 67.

<sup>138</sup> *Ibidem*, cit. p. 1. Circa tale fase dell'emersione del canone dello *stare decisis*, cfr.: AA. VV., *The Oxford History of the Laws of England. 1820-1914: Fields of Development*, Vol. XI, Op. cit., pp. 48-49.

<sup>139</sup> *Beamish v. Beamish* (1861), in *The English reports. House of Lords* Vol. XI, Edimburgh, W. Green & Sons, London, Stevens & Sons, 1901, pp. 735-768, cit. p. 761.

<sup>140</sup> «My Lords, for my own part I am prepared to say that I adhere in terms to what has been said by Lord Campbell and assented to by Lord Wensleydale, Lord Cranworth, Lord Chelmsford and others, that a

In tale ultimo pronunciamento è evidente in maniera inequivocabile la chiara scelta di campo in favore di una marcata fissità del diritto anche a discapito di eventuali risultati di giustizia sostanziale, che anzi vengono irrisi e tacciati di astrattezza:

«what is that occasional interference with what is perhaps abstract justice as compared with the inconvenience - the disastrous inconvenience - of having each question subject to being reargued and the dealings of mankind rendered doubtful by reason of different decisions, so that in truth and in fact there would be no real final Court of Appeal?»<sup>141</sup>.

Dato non secondario, tra i due pronunciamenti giunse a compimento la riforma delle istituzioni giudiziarie inglesi. Un passaggio fondamentale nell'ottica di assicurare l'effettività di quanto statuito dalla *House of Lords*<sup>142</sup>.

---

decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is impossible to raise that question again as if it was res integra and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision. That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therefore of opinion that in this case it is not competent for us to rehear and for counsel to reargue a question which has been recently decided.», *London Tramway Co. v London County Council* (1898), AC 375.

<sup>141</sup> «My Lords, it is totally impossible, as it appears to me, to disregard the whole current of authority upon this subject, and to suppose that what some people call an "extraordinary case," an "unusual case," a case somewhat different from the common, in the opinion of each litigant in turn, is sufficient to justify the rehearing and rearguing before the final Court of Appeal of a question which has been already decided. Of course I do not deny that cases of individual hardship may arise, and there may be a current of opinion in the profession that such and such a judgment was erroneous; but what is that occasional interference with what is perhaps abstract justice as compared with the inconvenience - the disastrous inconvenience - of having each question subject to being reargued and the dealings of mankind rendered doubtful by reason of different decisions, so that in truth and in fact there would be no real final Court of Appeal?», *Ibidem*. Cfr.: AA. VV., *The Oxford History of the Laws of England. 1820-1914: Fields of Development*, Vol. XI, Op. cit., pp. 50-51. Siamo davanti alla negazione totale della giurisprudenza quale miglior interprete della società, meccanismo di adeguamento del diritto, come prospetta tra gli altri dal ricordato Eduardo Piola Caselli. Oltremania La dottrina del precedente vincolante è rimasta definita da tali limiti stringenti per più di cinquant'anni, solo nel 1966 la House of Lords è intervenuta sulla questione con un *practice statement* nel quale ha dichiarato che in futuro non si sarebbe più attenuta ai propri precedenti qualora ciò avesse comportato risultati ingiusti: «Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation [...] It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.» (<https://publications.parliament.uk/pa/ld199697/ldinfo/ld08judg/redbook/redbk45.htm>). La portata del provvedimento è stata comunque limitata: V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Op cit., pp. 326-327.

<sup>142</sup> «Restructuring the superior civil courts by the Judicature Acts would give the question new force; but earlier in the century, the House of Lords had begun to treat its own decisions as binding.», AA. VV., *The Oxford History of the Laws of England. 1820-1914: Fields of Development*, Vol. XI, Op. cit., cit. p. 49.

Nei secoli l'amministrazione della giustizia era divenuta, infatti, sempre più caotica e inefficiente. Ancora nella prima metà del XIX secolo vi erano almeno tre diverse giurisdizioni, la maggior parte delle quali affondava la propria genesi nel medioevo, che garantivano differenti rimedi e i cui giudizi erano regolati da meccanismi procedurali assai diversi: le corti che giudicavano secondo le regole di *common law* in senso stretto, quelle di *equity* e un arcipelago frastagliato di giudici speciali quali la *Court of Admiralty*, la *Court of Probate* e la *Divorce Court*<sup>143</sup>. In un simile contesto eterogeneo e disorganico, in assenza di una gerarchia giudiziale chiara, non era evidentemente possibile dar seguito regola dello *stare decisis* con conseguente vanificazione degli obiettivi di certezza del diritto<sup>144</sup>.

L'amministrazione della giustizia divenne oggetto di molteplici rimostranze da parte dell'opinione pubblica, provenienti sia dai ceti meno abbienti ai quali era spesso interdetto l'accesso alla tutela giurisdizionale, sia, soprattutto, dai portatori dei grandi interessi industriali, commerciali e finanziari che vedevano la propria attività imprenditoriale arenarsi nelle maglie confuse della giurisdizione<sup>145</sup>. Una forte e decisa critica giunse anche da parte della Stampa e soprattutto dalla prosa realista di Charles Dickens<sup>146</sup>. In risposta a tale stato di cose, il Parlamento intervenne con una serie di riforme che culminarono nel *Judicature Acts* del 1873 e del 1875 e nell'*Appellate Jurisdiction Act* del 1876 più ulteriori interventi di dettaglio negli anni successivi<sup>147</sup>. La riforma eliminò le

---

<sup>143</sup> A. T. CARTER, *Outlines of English legal history*, Op. cit., p. 167; AA. VV., *The Oxford History of the Laws of England. 1820-1914: Fields of Development*, Vol. XI, Op. cit., cit. pp. 525-756. Per uno sguardo complessivo sulla giurisdizione inglese tra fine Settecento e prima metà del Novecento si rinvia a: A. H. MANCHESTER, *A modern legal history of England and Wales. 1750-1950*, London. Butterworths, 1980, pp. 84-188.

<sup>144</sup> «The whole system of authority nowadays depends upon a dear and unchallengeable hierarchy of courts. The pattern was far more confused in the eighteenth century, eighteenth was by no means easy to say that decisions were century 'binding' solely by reason of the source from which they emanated. The complexity [...] made it extremely difficult to distinguish degrees of authority», C. K. ALLEN, *Law in the making*, Op. cit., cit. p. 219-220; «while there remained three distinct courts of common law, the extent to which each would follow the precedents set by the others when sitting in banc had to be limited by their apparent independence and the reasons for conserving it.», AA. VV., *The Oxford History of the Laws of England. 1820-1914: Fields of Development*, Vol. XI, Op. cit., cit. p. 48.

<sup>145</sup> D. FREDA, «Una dispotica creazione». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, Op. cit., pp. 25-33.

<sup>146</sup> Cfr.: A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Op. cit. 564-566; in particolare sulla critica di Charles Dickens al sistema giustizia inglese suo contemporaneo: M. SERIO, *L'apporto della letteratura alla formazione storica del diritto inglese: l'impareggiabile opera di Charles Dickens*, in *Diritto: storia e comparazione Nuovi propositi per un binomio antico*, M. BRUTTI, A. SOMMA (a cura di), Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2018, pp. 491-507; B. CAVALLONE, *La borsa di miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, Adelphi, 2016, in particolare pp. 39-56.

<sup>147</sup> A. WILSON, *The Supreme Court of Judicature acts, 1873 and 1875. Schedule of rules and forms, and other rules and orders*, London, Stevens and Sons, 1875; A. T. CARTER, *Outlines of English legal history*,

distinzioni tra *common law* ed *equity* - alle corti fu imposto di applicare i due sistemi di regole indistintamente<sup>148</sup> – e precisò la gerarchia delle corti in tre gradi di giudizio: una *Supreme Court of Judicature*, suddivisa in due tribunali di prima istanza, la *High Court of Justice* in materia civile e la *Crown Court* in quella penale<sup>149</sup>, e in uno di appello, la *Court of Appeal* composta anch'essa da una sezione civile e una penale; in terza istanza vi era invece l'*Appellate Committee* della *House of Lords*<sup>150</sup>. Quest'ultima divenne quindi di fatto la Corte suprema non solo dell'Inghilterra, ma anche della Scozia e dell'Irlanda del nord, acquisendo una posizione di indiscussa supremazia tale da assicurare ai suoi precedenti una forza vincolante a cui nessun altro consesso avrebbe potuto, teoricamente, venir meno con ciò garantendo effettività a quanto enunciato dallo stesso consesso nel 1861<sup>151</sup>.

### 3.6. *Lo stare decisis quale alternativa alla codificazione ottocentesca (e alla funzione nomofilattica della Cassazione).*

Riepilogando. L'ordinamento anglosassone da sempre si è caratterizzato per una forte attenzione al dato giurisprudenziale; a partire dal Seicento i giuristi inglesi, forti di una secolare tradizione, in opposizione ai tentativi assolutistici della monarchia, si sono

---

Op. cit., pp. 167-173; AA. VV., *The Oxford History of the Laws of England. 1820-1914: Fields of Development*, Vol. XI, Op. cit., cit. pp. 757-847.

<sup>148</sup> «In every civil cause or matter commenced in the High to be concur Court of Justice law and equity shall be administered by the High Court of Justice and the Court of Appeal», art. 24, *Supreme Court of Judicature Act*, 5th August 1873.

<sup>149</sup> «The Judicature Act consolidates into one Court, under the name of the Supreme Court, the Court of Chancery, the Superior Courts of Common Law, the Court of Admiralty, and the Courts of Probate and Divorce. The Supreme Court however, as such, will exercise no jurisdiction. It is divided into the High Court of Justice and the Court of Appeal». A. WILSON, *The Supreme Court of Judicature acts, 1873 and 1875. Schedule of rules and forms, and other rules and orders*, Op. cit., cit. p. 31.

<sup>150</sup> «Subject as in this Act mentioned an appeal shall lie to the House of Lords from any order or judgment of any of the courts following; that is to say, (1) Of Her Majesty's Court of Appeal in England; and (2) Of any Court in Scotland [...] and (3) Of any Court in Ireland», *Appellate Jurisdiction Act*, 11th August 1876.

<sup>151</sup> Dell'*Appellate Committee* dell'*House of Lords* facevano parte il *Lord Chancellor*, i suoi predecessori e altri dodici giudici, i *Lords of Appeal in Ordinary* (c.d. *Law Lords*). Questi ultimi, in quanto membri effettivi della *House of Lords* occupavano un seggio anche in Parlamento, per tradizione consolidata però non partecipavano alla funzione legislativa. Per meglio garantire la non sovrapposizione delle funzioni legislative e giudiziarie, il *Constitutional Reform Act* del 2005 (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>) ha nettamente distinto i due organi. A partire dal primo ottobre 2009, è entrata quindi in vigore una nuova *Supreme Court* in sostituzione dell'*Appellate Committee*, di cui ha ereditato senza modifiche la giurisdizione di ultima istanza, distinta e indipendente rispetto al Parlamento. Di essa fanno parte dodici giudici (*Justices of the Supreme Court*) non più membri della *House of Lords*. Per una sintetica schematizzazione dell'organizzazione giudiziaria inglese si rinvia al sito governativo: <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/court-structure/>.



presentati come unici “signori” del diritto, rileggendo il *common law* quale sapere tecnico e tradizionale; a partire dal XVIII secolo la richiesta di certezza e fissità che ha condotto sul continente alla codificazione si è conclusa, nella seconda metà del XIX secolo nella definizione della regola del precedente vincolante, ad opera della magistratura, e nella connessa riforma della giurisdizione, ad opera del Parlamento, con l’individuazione di un’unica Corte suprema: la *House of Lords* (oggi *Supreme Court*).

A questo punto è possibile tentare di trarre alcune conclusioni. La differenza tra l’ordinamento inglese e quelli continentali, in particolare quello italiano e quello francese, non risiede nella presenza o meno di un generico diritto giurisprudenziale, fattore che fino alla codificazione (e forse anche oltre) ha avuto manifestazioni in entrambi i contesti. Essa è ben più evidente nella diversa risposta che i due sistemi giuridici hanno a quelle nuove esigenze di certezza e razionalità che, a partire dall’ultima età moderna, hanno interpellato prepotentemente anche il mondo del diritto. I fenomeni da ultimo descritti possono cioè essere letti proprio come la risposta di Londra a quel nuovo mondo inaugurato proprio dalle due rivoluzioni industriali che dal suolo inglese avevano mosso i primi passi<sup>152</sup>. Non a caso, lo ripetiamo, il canone del precedente vincolante si è affermato definitivamente nel contesto inglese solo nel XIX secolo, nel medesimo momento in cui nell’Europa continentale si stava vigorosamente diffondendo non solo il fenomeno della codificazione ma anche il modello della *Cour de cassation* con la sua funzione nomofilattica di uniformazione della giurisprudenza.

Due risposte diverse, figlie di contingenze diverse. I *Parlements* a differenza delle Corti di *Common Law* sono usciti sconfitti dalla storia, non solo retoricamente: non sono mai riusciti a emanciparsi del tutto dalle mire assolutistiche della monarchia, anche grazie all’utilizzo da parte di quest’ultima della *cassation*, e sono divenuti le prime vittime di quella Rivoluzione da loro stessi fomentata, dimostrando di non saper interpretare i tempi e di non essere quindi i soggetti in grado di rifondare l’esperienza giuridica francese. Compito che, sul terreno preparato dalla riflessione illuminista e dai vari legislatori rivoluzionari, spetterà poi a Napoleone. Al contrario, in un ambiente diverso per retaggio e cronologia, i *common lawyers* non solo sono usciti vittoriosi sfide epocali del Seicento inglese, ma hanno anche saputo giovare del momento per svincolarsi dalla potestà del re,

---

<sup>152</sup> Sui rapporti tra diritto inglese e cambiamenti economici, in una prospettiva ampia: AA. VV., *Law, economy and society 1750-1914. Essays in the history of English law*, G. R. RUBIN, D. SUGARMAN (edited by), Abingdon, Professional books limited, 1984; AA. VV., *The Oxford History of the Laws of England. 1820-1914: Fields of Development*, Vol. XIII, Op. cit., pp. 623-720 e 847-1014; A. H. MANCHESTER, *A modern legal history of England and Wales. 1750-1950*, Op. cit., pp. 1-21.

fondando la propria legittimità in nient'altro che nella loro identità di giuristi, sapienti interpreti di una vicenda secolare. L'esito ottocentesco del *binding precedent*, in questa prospettiva, può essere letto come la risposta alla contemporaneità da parte di quel mondo in cui i giuristi non sono usciti sconfitti dalla storia, in cui hanno avuto la forza e l'autorevolezza per resistere alle tesi dei teorici dell'assolutismo come Thomas Hobbes e degli illuministi alla Jeremy Bentham<sup>153</sup>.

Di fatto però l'obiettivo, della codificazione e del *binding precedent* proprio per questa loro vocazione al confronto con la contemporaneità, è in gran parte coincidente, come emerso dagli accorati appelli alla certezza del diritto di Blackstone e Mansfield: garantire la prevedibilità dei rapporti giuridici dei consociati. Per questo lo *stare decisis* (*et* - per l'appunto - *non quieta movere*) è tutto fuorché un'apertura del sistema a un diritto plurale, ma anzi è l'estremo tentativo del diritto di fissare uno standard ideale cui la società avrebbe dovuto adeguarsi. A ben vedere tutto il contrario di quell'idea di giurisprudenza che i movimenti antiformalisti sorti sul continente proprio a fine Ottocento rivendicavano e cioè l'idea di una «giurisprudenza che mette in luce i nuovi bisogni etici o sociali, i nuovi rapporti creati dalle mutate condizioni economiche.»<sup>154</sup>. Quando cioè con la positivizzazione del precedente vincolante, viene riconosciuto al giudice inglese il potere di creare diritto a livello di fonte formale, si ostacola contemporaneamente (e scientemente) la funzione evolutiva della giurisprudenza.

Un'ultima postilla. Come appare evidente dalla riflessione condotta sin qui, può essere che in un ordinamento operi un formante giurisprudenziale che non si risolva nella vigenza, *sic et simpliciter*, della regola dello *stare decisis*. È questo il caso dei grandi tribunali: in età moderna il giurista doveva interfacciarsi quotidianamente con una giurisprudenza che, pur in assenza di riconoscimenti a livello costituzionale e al di fuori di logiche strettamente vincolanti, governava di fatto l'applicazione del tardo diritto comune. È il caso dell'ordinamento inglese sino agli sviluppi Ottocenteschi, dove sin dalle sue origini è innegabile l'influenza egemonica di un *case law* o di un *judge-made law* che dir si voglia, mentre è più sfumata la presenza di una regola che imponesse la stretta autorità delle decisioni precedenti per i casi consimili<sup>155</sup>. È il caso della nostra

---

<sup>153</sup> M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Op. cit., p. 102

<sup>154</sup> E. PIOLA CASELLI, voce *Giurisprudenza*, in *Digesto italiano*, Op. ult. cit., cit. p. 844.

<sup>155</sup> Cfr.: «To an historian at least any identification between the common law system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the common law in terms of *stare decisis*, is bound to seem unsatisfactory [...] The common law had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters», A. W. B. SIMPSON, *Legal Theory and Legal History. Essays on the Common Law*, Op. cit., cit. p. 60.

attualità, dove l'avvocato e il giudice non possono fare a meno di confrontarsi con la giurisprudenza della Corte di cassazione nello svolgere la propria attività, mentre solo saltuariamente hanno necessità di aprire il Codice civile. Diritto giurisprudenziale e precedente vincolante non sono quindi né la stessa cosa, né due fenomeni necessariamente coincidenti.

Di tutto ciò sarebbe necessario tenere conto quando oggi si tenta di accostare sino a sovrapporre il *binding precedent* con la funzione nomofilattica della Corte di cassazione. L'operazione di per sé non è impossibile, ma dovrebbe tenere conto della diversa e contraddittoria genesi dei due sistemi nati sì per rispondere alle stesse esigenze, ma in modo assai diverso: lo *stare decisis* è finalizzato a chiudere il sistema, la nomofilachia, come si dirà, a garantirne l'evoluzione nel rispetto del canone di uniformità<sup>156</sup>. In altre parole, se riteniamo – ed effettivamente la realtà si presenta così – che vi siano nuovi spazi per un rinnovato diritto giurisprudenziale anche nel nostro ordinamento, è opportuno al contempo chiedersi con quale tipologia di diritto giurisprudenziale è conveniente confrontarsi. Spesso la risposta a tale quesito si risolve in un generico rinvio al *common law* e al *binding precedent*, operazione che soffre però come visto di un salto logico (e storico) e cade nella fallace semplificazione per cui i due concetti – giurisprudenza/diritto giurisprudenziale e *stare decisis* siano necessariamente sinonimi<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> V. infra cap. 4.

<sup>157</sup> Cfr.: M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, pp. 795-810; M. TROPER, *La forza dei precedenti e gli effetti perversi nel diritto*, in *Ragion pratica*, 6, 1996, pp. 65 e 73; C. K. ALLEN, *Law in the making*, Op. cit., pp.

## Capitolo IV

### LA NATURA E LA FUNZIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA

SOMMARIO: 4.1. La Corte di cassazione in Italia tra ibridazioni e modelli ideali. – 4.2. (segue) *Cour de cassation* e Corte di cassazione: nodi (ir)risolti. – 4.3. Corte di cassazione tra fascismo e Costituzione. – 4.4. La funzione della Corte di cassazione nelle più recenti riforme legislative: tra rafforzamento della nomofilachia e versione attenuata del precedente vincolante. – 4.5. La meta-giurisprudenza della Corte di cassazione: valore (formalmente) persuasivo e non vincolante delle pronunce di legittimità. – 4.6. Riflessioni finali: la funzione della Corte di Cassazione tra nomofilachia, tutela dei consociati e precedente vincolante.

#### 4.1. *La Corte di cassazione in Italia tra ibridazioni e modelli ideali.*

L'ultimo passaggio della nostra riflessione verte su alcuni profili della storia e dell'attualità della Corte di cassazione italiana. Le vicende che, a partire dalle esperienze ordinamentali preunitarie, hanno condotto all'attuale assetto normativo ed istituzionale entro cui operano i giudici di piazza Cavour sono state oggetto di una vastissima e completa, sebbene non del tutto omogenea, letteratura ad opera di storici del diritto e processualisti<sup>1</sup>. In questa sede si richiameranno in particolar modo gli

---

<sup>1</sup> La storia della Corte di cassazione italiana è oggetto di una vasta letteratura a partire dall'opera di Calamandrei; oltre ai contributi cui si è già rinvio o si farà riferimento nel proseguo, si segnalano per un primo globale inquadramento: M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, Giuffrè, 1996; M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, il Mulino, 1991; E. DEZZA, *Gli ordinamenti giudiziari in Italia nell'età della codificazione*, Op. cit.; AA. VV., *La Corte di cassazione dell'ordinamento democratico. Atti del convegno tenutosi a Roma il 14 febbraio 1995 in occasione dei 50 anni dal ripristino dell'ordinamento democratico*, Milano, Giuffrè, 1996; M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, Giuffrè, 2005; AA. VV., *I Processi Civili in Cassazione*, Op. cit. È opportuno segnalare che, in particolar modo nelle riflessioni degli studiosi di diritto processuale, la ricostruzione storiografica si è spesso inscindibilmente ritrovata connessa a preoccupazioni di politica del diritto, operazione di per se legittima se resa palese sin dalle premesse ma potenzialmente equivoca qualora rimanga sottotraccia. Sul punto si richiamano le osservazioni che Michele Taruffo svolge con riferimento a Calamandrei ma la cui valenza ha una portata più generale: «È però [quello di Calamandrei] un atteggiamento che introduce un elemento fortemente valutativo nella ricostruzione storica, che ne risulta per molti versi deformata ed appiattita su un leitmotiv assunto a priori come dominante», M. TARUFFO, *Cassazione e revisione: un problema nella*

snodi principali, così da poter formulare in conclusione alcune riflessioni circa il presente, anche grazie alle nozioni richiamate nei capitoli precedenti con riferimento all'affermarsi del modello della *cassation* francese e del *binding precedent* inglese.

Pur al netto di giudizi di valore diversi, un dato accettato universalmente è quello della diretta derivazione della Corte di cassazione italiana da quella francese sorta con le vesti del *Tribunal de cassation* nel 1790 e presto evolutasi secondo le direttrici individuate<sup>2</sup>. Non vi è la possibilità quindi, nonostante le numerose riforme che interessarono gli ordinamenti giudiziari preunitari nel XVIII secolo, di individuare un antesignano tipicamente italico dell'istituto<sup>3</sup>. Gli unici meccanismi accostabili, seppur solo marginalmente o addirittura antagonisticamente, al supremo giudice transalpino erano il sistema della terza istanza e la querela di nullità. Il primo in quanto vertice della giurisdizione, il secondo nella prospettiva del controllo di legittimità<sup>4</sup>.

In un primo momento l'opera di trapianto avvenne in stretta contiguità con i risvolti istituzionali d'oltralpe, negli anni concitati del *droit intermédiaire* e della dominazione napoleonica. Come accaduto, infatti, anche per molte altre intuizioni dell'illuminismo e della Rivoluzione – su tutte la codificazione - la *Cour de Cassation* giunse al seguito delle armate francesi<sup>5</sup>. Anche per questo la recezione di tale modello, inizialmente, non

---

storia delle istituzioni giudiziarie, in ID, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Op. cit., pp. 27-50, cit. pp. 49-50.

<sup>2</sup> V. *infra* cap. 2.

<sup>3</sup> «Il secolo XVIII, quantunque abbia segnato, anche per gli Stati italiani, un periodo di riforme alle quali non restò chiuso neppure il campo giudiziario, non produsse in Italia, prima della Rivoluzione francese nessun istituto che possa sia pur lontanamente paragonarsi col *Tribunal de cassation*.», «Il *Tribunal de cassation*, pur rispondendo a bisogni sentiti anche in Italia, rappresentava dunque, negli Stati italiani della fine del sec. XVIII, un istituto assolutamente nuovo», P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., cit. pp. 631 e 633.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 633. Con riferimento alla querela di nullità v. *infra* cap. 1, nota 20. La terza istanza è il meccanismo che si contenderà il primato con il modello della Cassazione nella prima fase del dibattito post-unitario. A differenza del consesso di origine francese, incaricato di perseguire l'uniformità della giurisprudenza, la terza istanza non si distingue dai giudici di grado inferiore estendendo la sua cognizione anche al merito della controversia, solitamente solo qualora le sentenze dei due gradi precedenti fossero tra loro in contrasto (sistema della c.d. doppia conforme), al fine di operare un eventuale revisione della sentenza. Sul punto, *ex multis*: M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Op. cit., pp. 110-124; M. TARUFFO, *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, Op. cit.; A. SCIUMÈ, *Fra revisione e cassazione: modelli di organizzazione giudiziaria e politica dell'unificazione nella Lombardia post-unitaria*, in *Ius mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 979-1050.

<sup>5</sup> Oltre che nella nostra penisola, il modello francese della *Cour de cassation* venne accolto anche in altre realtà nazionali del vecchio continente quali Spagna, Grecia, Belgio, Olanda e Lussemburgo. Nei paesi di tradizione germanica si adottò, invece, il meccanismo della *Revision*. Cfr.: E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 5. Con riferimento alla *Revision* si rinvia, anche per un confronto con il modello francese, a: M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Op.

fu affatto uniforme<sup>6</sup>.

Una prima, precaria, omogeneità si ebbe verso la fine degli anni Dieci del XIX secolo quando tutta la Penisola, ad eccezione delle isole maggiori, si ritrovò sotto il controllo diretto o indiretto di Parigi. Nei dipartimenti italiani dell'Impero venne progressivamente esteso l'ordinamento d'oltralpe e quindi la giurisdizione dell'originale *Cour de cassation*. Nel Regno di Napoli a partire dal 1808 fu operante una Gran Corte di Cassazione, ideata sul modello francese, con sede nella capitale partenopea. La vicenda è parzialmente più complessa nel Regno d'Italia (1805-1814), esperienza statale precaria, ultima veste istituzionale della Repubblica Cisalpina (1797-1802), già Repubblica italiana (1802-1805). Qui si tentò dapprima di conciliare il sistema della cassazione con quello della revisione di derivazione asburgica per il tramite di un «complicato gioco di impugnazioni e gradi di giudizio»<sup>7</sup> per optare infine, anche in questo conteso, per un'unica Corte di cassazione con sede a Milano<sup>8</sup>.

Successivamente alla caduta di Napoleone e al conseguente avvento della Restaurazione, la Cassazione scomparve, con la stessa repentinità con la quale era stata introdotta, dalla maggior parte degli ordinamenti processuali preunitari. Il fatto però che tutta Italia avesse conosciuto tale istituto non fu senza conseguenze<sup>9</sup>.

---

cit., pp. 125-182; ID, *Impieghi dell'idea francese di cassation nell'Italia post-unitaria*, in *forum historia iuris*, 2005, p. 4.

<sup>6</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vo. 1, Op. cit., pp. 631-646; E. DEZZA, *Gli ordinamenti giudiziari in Italia nell'età della codificazione*, Op. cit., pp. 170-177; G. P. TRIFONE, *La Cassazione nella storia*, Op. cit., p. 123. In questa prima fase della ricezione il modello della Cassazione è ancora intimamente connesso a logiche legicentriche e anti-giurisprudenziali: «Dall'ordinamento francese, nel periodo napoleonico, l'istituto della Cassazione penetrava in Italia, e con esso la connotazione di organo di controllo del potere giudiziario [...] Così, negli artt. 86 e 87 del Regolamento organico della giustizia civile e punitiva per il Regno d'Italia del 1806 si riaffermava, innanzi tutto, il principio che “la Corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi e per richiamare alla loro esecuzione le Corti, i Tribunali e i Giudici che se ne fossero allontanati” (art. 86), e quindi la regola che la Corte “giudica non nell'interesse dei litiganti, ma di quello della legge: in conseguenza non conosce del merito della causa, ma delle decisioni e sentenze delle Corti e dei Tribunali del Regno, coll'unico riguardo, se siano o no corrispondenti alla legge”», C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, in *Historia et ius, rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, [www.historyaetius.eu](http://www.historyaetius.eu) - 1/2012 - paper 4, cit. pp. 3 e 4; M. MECCARELLI, *Impieghi dell'idea francese di cassation nell'Italia post-unitaria*, Op. cit., p. 1.

<sup>7</sup> E. DEZZA, *Gli ordinamenti giudiziari in Italia nell'età della codificazione*, Op. cit., cit. p. 174.

<sup>8</sup> Per un primo sintetico inquadramento di queste esperienze si rinvia a: E. DEZZA, *Gli ordinamenti giudiziari in Italia nell'età della codificazione*, Op. cit., pp. 170-177

<sup>9</sup> «La caduta di Napoleone e la conseguente restaurazione degli antichi governi richiamò in vita nei diversi Stati italiani le leggi processuali precedenti alla occupazione francese e immuni quindi da influssi rivoluzionari: onde anche l'istituto della Cassazione [...] scomparve [...] Il passaggio delle nuove idee e l'esperienza dei nuovi istituti non erano stati però senza effetto pur nel campo processuale; tanto che a poco a poco quasi tutti gli Stati italiani, quale prima e quale dopo, sentirono il bisogno di modificare in larga misura e talvolta di ricostruire addirittura dalle fondamenta le loro leggi in materia giudiziaria.», P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 648; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie costituzionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Op. cit., pp.

Nel 1817 furono i Borbone che lo riesumarono con il nome di Corte Suprema di Giustizia, un tribunale della medesima fattura della *Cour de cassation* del 1807, con ancora operante un meccanismo simile al *référé législatif obligatoire* e la valenza cogente del *dictum* di legittimità posticipata al terzo rinvio<sup>10</sup>. Nel 1838 un'operazione simile venne compiuta nel Granducato di Toscana con l'istituzione di una Corte suprema di cassazione dal funzionamento più rapido e razionale rispetto anche al coevo consesso parigino: le sue decisioni erano, infatti, vincolanti già per il giudice del primo rinvio. Le riforme maggiormente rilevanti, non tanto per modernità delle soluzioni quanto per le loro indubbie conseguenze storico-politiche, furono però quelle che interessarono il Regno di Sardegna. I Savoia avevano dapprima ridato vigore alle *Leggi e Costituzioni* del 1770<sup>11</sup>, per poi, un anno prima della concessione dello Statuto Albertino e subito dopo la compiuta codificazione del diritto civile e penale, tornare sui propri passi con l'adozione del Regio Decreto del 30 ottobre 1847 che diede vita al Magistrato di Cassazione. Tale organo giudiziario, il cui nome venne quasi subito modificato in Corte di Cassazione, aveva sede a Torino e si presentava sostanzialmente come l'equipollente piemontese della *Cour de Cassation* d'oltralpe nella versione del 1837: il ricorso, ad iniziativa delle parti private, era ammesso avverso le sentenze non più altrimenti impugnabili affette da certuni *errores in iudicando* ed *in procedendo*; se le lagnanze del ricorrente si rivelavano fondate, la pronuncia impugnata veniva annullata e la controversia rinviata al giudice del merito il quale non era però vincolato al *dictum* della Corte; solo qualora fosse stata riproposta l'interpretazione già cassata la decisione di legittimità resa a Sezioni Unite, sarebbe divenuta vincolante per il tribunale *ad quem*<sup>12</sup>.

Nessun significativo cambiamento fu attuato, per quanto di nostro interesse, con l'introduzione del *Codice di procedura civile per gli stati di S. M. il re di Sardegna* del

---

67 e ss.; G. SCARSELLI, *Note sulla crisi della Cassazione (civile) e sui possibili rimedi*, in *Judicium, il processo civile in Italia e in Europa*, [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2010, p. 5.

<sup>10</sup> Sull'esperienza partenopea e quelle degli altri ordinamenti italiani preunitari si rinvia a: P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., cit. p. 647-668; E. DEZZA, *Gli ordinamenti giudiziari in Italia nell'età della codificazione*, Op. cit., pp. 177-187; M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Op. cit., pp. 9-19.

<sup>11</sup> Relativamente agli ordinamenti processuali avvicendatesi nell'ambito del Regno di Sardegna si veda anche: P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie costituzionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Op. cit., pp. 71 e ss. Con particolare riferimento alla vicenda genovese si segnala, invece: L. SINISI, *Giustizia e giurisprudenza nell'Italia preunitaria. Il Senato di Genova*, Milano, 2002.

<sup>12</sup> Cfr.: P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., pp. 662-667.

20 novembre 1859, il quale dedicò alla disciplina «del ricorso e del modo di procedere innanzi alla Corte di Cassazione» gli artt. dal 586 al 639<sup>13</sup>. Sempre nel medesimo anno, con la legge sull'ordinamento giudiziario, *Regio Decreto 13 novembre 1859 n. 3781*, si decise, con finalità politiche evidenti – siamo distanti solo pochi mesi dall'Armistizio di Villafranca - di spostare la sede del supremo consesso da Torino al capoluogo lombardo appena annesso: «La Corte Suprema di Cassazione ha la sua sede nella città di Milano.»<sup>14</sup>.

Tali *corpus* normativi e con essi il modello della Cassazione, all'indomani dell'unificazione, furono estesi ai nuovi territori, sia a quelli che avevano mantenuto una familiarità con l'istituto – il meridione borbonico e la Toscana<sup>15</sup> – sia laddove operavo magistrature supreme dalle fattezze assai diverse, più orientate al meccanismo della terza istanza e della revisione. Tale assetto venne confermato ulteriormente con il Codice di procedura civile del 1865, il c.d. Codice Pisanelli<sup>16</sup>, e la coeva legge sull'Ordinamento giudiziario, *Regio Decreto 6 dicembre 1865 n. 2626*, che sancì la funzione pubblicistica del tribunale: «La Corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi.» (art. 122)<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Il codice di rito sabauda e gli altri codici preunitari sono consultabili sul sito della Biblioteca Centrale Giuridica del Ministero della Giustizia: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_22\\_4\\_3\\_2.page](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_22_4_3_2.page).

<sup>14</sup> L'armistizio di Villafranca e uno degli eventi più rilevanti del Risorgimento italiano, venne concluso da Napoleone III e Giuseppe I d'Austria l'11 luglio 1859, il giorno seguente venne ratificato anche da Vittorio Emanuele II. Tale accordo pose le basi per la conclusione della Seconda guerra d'indipendenza italiana (aprile-luglio 1859) e permise al Regno di Sardegna di anettere la Lombardia.

<sup>15</sup> Tale operazione non fu esente da incongruenze: il modello di Cassazione esteso dal Piemonte alla penisola era infatti più avanzato rispetto a quello dei Borbone ma meno funzionale di quello vigente nel Granducato di Toscana, cfr.: «Il codice piemontese del 1859, e poi il codice unitario del 1865 [...] non recepiscono né il più arretrato sistema napoletano né il più maturo sistema toscano, ma il più immediato precedente francese del 1837 cui si ispirava la legge piemontese del 1847» M. TARUFFO, *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, Op. cit., p. 32.

<sup>16</sup> Anche per i primi codici del Regno d'Italia si rinvia al sito della Biblioteca Centrale Giuridica del Ministero della Giustizia: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_22\\_4\\_3\\_4.page](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_22_4_3_4.page).

<sup>17</sup> Su queste vicende: P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. I, Op. cit., pp. 669-702; E. DEZZA, *Gli ordinamenti giudiziari in Italia nell'età della codificazione*, Op. cit., pp. 187-195; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giustizia e garanzie costituzionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Op. cit., pp. 75 e ss.; C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, Op. cit., p. 4; G. SCARSELLI, *Note sulla crisi della Cassazione (civile) e sui possibili rimedi*, Op. cit. p. 6. Centrale, ancora nella codificazione del 1865, era la volontà di sottolineare la totale autonomia del procedimento di merito rispetto quello di cassazione: a concludere il giudizio vero e proprio, quello involvente sia il fatto che il diritto, era l'appello e quindi il secondo grado di giurisdizione; conseguentemente, a differenza di quanto previsto dall'attuale disciplina, il ricorso per cassazione era qualificato quale mezzo di impugnazione non solo a critica vincolata, ma anche straordinario, un gravame esperibile cioè anche successivamente alla formazione della cosa giudicata. Cfr.: «Era la vecchia utopia della Loi che continuava a operare, quando l'esperienza l'aveva, almeno in parte, sfatata», S. SATTA, voce *Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*, Op. cit., cit. p. 802. Sulla differenza tra mezzi di impugnazione ordinari e straordinari si rinvia a: C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile. II – Il processo di cognizione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 265.



Da tali ripetute censure normative non deve discendere l'idea che il prototipo Cassazione si fosse imposto con naturalezza e senza difficoltà quale vertice della giurisdizione italiana. Al contrario le problematiche, come noto, furono numerose e l'esito non del tutto scontato sino alla fine. A questo riguardo, basti pensare che nel 1861 nel pieno di un acceso dibattito, il Ministro di grazia e giustizia Giovanni Battista Cassinis giunse valutare la possibilità di un supremo consesso competente anche con riferimento alle questioni costituzionali «ad imitazione di quanto stabilito negli Stati Uniti d'America»<sup>18</sup>.

Le due questioni che, però, di fatto alimenteranno il dibattito negli anni successivi all'unità, con riferimento al modello di corte suprema più idoneo al neonato Stato unitario furono quelle relative alla terza istanza e alla pluralità di corti.

Il primo di questi profili è quello che preoccupava Pisanelli ancora nel 1875 e che lo spinse a scrivere il suo *Della Corte di cassazione*<sup>19</sup>. La terza istanza vantava in alcuni territori italiani – su tutti il Lombardo Veneto - una tradizione risalente e ben più collaudata rispetto al prototipo francese e sembrava meglio rispondere all'esigenza di una magistratura egualitaria e rispettosa dei diversi contesti geografici<sup>20</sup>. Al contrario la Cassazione, in particolar modo per come concepito dalle forze di governo, risultava coerente con le finalità dirigistiche e uniformatrici della Destra storica<sup>21</sup>. Fu proprio grazie al sostegno quasi granitico dei diversi esecutivi che la Cassazione si impose superando un'agguerrita resistenza dottrinale di cui ci resta un'interessante testimonianza nelle riviste dell'epoca e in particolare nel milanese *Monitore dei Tribunali*<sup>22</sup>.

L'altra grande questione, quella della pluralità di consessi, ebbe degli strascichi ancor più significativi. Al di là, infatti, della normativa codicistica e della legge sull'ordinamento giudiziario che presupponevano l'operatività di un'unica Corte di cassazione, l'Italia si confrontò sin da subito con la presenza di ben cinque tribunali supremi regionali, quelli di: Torino, Firenze, Napoli, Palermo e, a partire dal 1875,

---

<sup>18</sup> Così citato in M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Op. cit., cit. p. 115, p. 464.

<sup>19</sup> V. *infra* cap. 1, nota 1.

<sup>20</sup> Cfr.: M. TARUFFO, *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, Op. cit., *passim*.

<sup>21</sup> *Ibidem*. In generale sul punto si veda anche M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Op. cit., pp. 104-128.

<sup>22</sup> M. TARUFFO, *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, Op. cit., p. 33. Con riferimento in particolare al caso lombardo: A. SCIUMÈ, *Fra revisione e cassazione: modelli di organizzazione giudiziaria e politica dell'unificazione nella Lombardia post-unitaria*, Op. cit.

Roma<sup>23</sup>. Anche in questo caso una diffusa opposizione, in particolar modo localista, rallentò quella riunione in un unico consesso che Cavour auspicava già prima del compimento dell'unificazione nazionale<sup>24</sup> e che spinse, più di cinquant'anni dopo, Calamandrei a scrivere la sua opera<sup>25</sup>. Pur al netto di un percorso irto di difficoltà, la «aspirazione all'unicità dell'istituto, e al suo concentramento nella capitale»<sup>26</sup> da parte delle principali forze politiche non venne mai meno. Questo progetto fu portato avanti con una lenta ma costante progressione di riforme orientate ad attribuire alla Corte della capitale speciali funzioni e una più ampia competenza a discapito degli altri suoi omologhi regionali, che di fatto vennero posti in una posizione gerarchicamente subordinata. Ad essa furono in particolare affidate in via esclusiva le controversie vertenti su materie significativamente: tributarie, elettorali, risoluzione dei conflitti di giurisdizione, procedimenti disciplinari dei magistrati<sup>27</sup>. Un passaggio di fondamentale importanza si ebbe nel 1888 allorché la *Legge del 6 dicembre n. 5825* abolì le sezioni penali delle Corti di cassazione di Torino, Firenze, Napoli e Palermo e ne istituì due presso quella di Roma cui contestualmente deferì tutte le attribuzioni in materia criminale; sempre con il medesimo intervento legislativo venne inoltre conferita alla Corte della capitale la competenza relativa a tutti i ricorsi, anche civili, da decidersi a Sezioni Unite<sup>28</sup>. Fu solo però con il *R.D. 24 marzo 1923, n. 601*, in seguito al rafforzamento dell'autorità statale conseguente all'avvento della dittatura

---

<sup>23</sup> Con legge del 12 dicembre del 1875 vennero istituite due sezioni temporanee di Corte di cassazione a Roma che presto divennero definitive. Sul punto, ampiamente E. CABERLOTTO, *Cassazione e Corte di cassazione (Ordinamento giudiziario e Procedura civile)*, Op. cit. Cfr. anche: M. MECCARELLI, *Corti supreme e armonizzazione del diritto privato nella percezione della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in *Harmonisation involves History? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 117- 170, pp. 122-124.

<sup>24</sup> M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Op. cit., pp. 108-109.

<sup>25</sup> A questo riguardo il Maestro fiorentino racconta: «Mi è avvenuto qualche tempo fa, in un lembo di terra italiana redento dai nostri soldati, di conversare con un Consigliere della Suprema Corte di Vienna [...] quando accennai al sistema italiano delle cinque Corti di cassazione regionali, il magistrato austriaco non poté trattenersi dal ridere senza commentare, tanto, a lui [...] pareva strano il fenomeno giudiziario della coesistenza in uno Stato di cinque organi destinati a unificare la giurisprudenza! Sorrisi anch'io [...] ma provai dentro di me un amaro rammarico [...]», P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol.1, Op. cit., cit. p. 6.

<sup>26</sup> S. SATTA, voce *Corte di cassazione*, Op. cit., cit. p. 801. In generale, sui vari progetti di riforma che si sono avvicendati negli anni, successivamente all'adozione del codice del 1865, si rinvia per un'approfondita analisi a M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Op. cit., pp. 43-92. Con riferimento in particolare alla progressiva unificazione del supremo consesso si veda anche: L. PANZERI, *L'unicità della Corte di Cassazione nell'evoluzione del costituzionalismo italiano*, Milano, Angeli, 2020.

<sup>27</sup> M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Op. cit., pp. 27-128; E. CABERLOTTO, *Cassazione e Corte di cassazione (Ordinamento giudiziario e Procedura civile)*, Op. cit.

<sup>28</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 1, Op. cit., pp. 672-674; M. MECCARELLI, *Impieghi dell'idea francese di cassation nell'Italia post-unitaria*, Op. cit., p. 3.

fascista, che venne finalmente unificata anche la Cassazione civile in Roma con conseguente soppressione definitiva degli altri quattro consessi regionali<sup>29</sup>.

#### 4.2. (segue) Cour de cassation e Corte di cassazione: nodi (ir)risolti.

Pur derivando l'una dall'altra la Corte di cassazione italiana e l'originale *Cour de cassation* francese presentano delle differenze notevoli, dovute in parte alla diversa genesi e al differente contesto politico all'interno del quale si sono sviluppate: quello liberal-risorgimentale per la prima, quello rivoluzionario giacobino per la seconda. Il dibattito postunitario nella Penisola, inoltre, essendo maturato intorno al prototipo importato dai Savoia senza particolari adattamenti e modifiche, quello transalpino del 1837, non conobbe l'aspra discussione circa la sua collocazione istituzionale, l'onnipotenza della legge e i molteplici tentativi di *référé législatif*. Non vi sono stati dubbi, cioè, sin dall'inizio circa la valenza pienamente giurisdizionale dell'organo di cassazione e chiara al contempo era la sua peculiare funzione pubblicistica, quella di mantenere l'unità del diritto uniformando la giurisprudenza. D'altro canto, il recepimento di una soluzione non autoctona, e quindi non inserita all'interno di una tradizione ben precisa che ne potesse in qualche modo agevolare la comprensione, ha fatto sì che il trapianto dell'istituto riproponesse, durante la seconda metà del XIX

---

<sup>29</sup> «l'aspirazione [all'unicità dell'istituto della Cassazione] fu definitivamente realizzata con la l. 24 marzo 1923, n. 601, in concomitanza con l'esaltazione dello Stato attraverso il regime politico.», S. SATTA, voce *Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*, Op. cit., cit. p. 801; M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Op. cit., pp. 33-41. C'è chi ha visto in tale intervento non un tentativo del legislatore di perseguire l'unificazione della giurisprudenza ma la mera esecuzione di un calcolo politico volto ad assediare l'autonomia della magistratura: «Ad ogni modo credo sia fuori da ogni possibile, seria, discussione, che il r.d. 24 marzo 1923 n. 601 non viene posto in essere, se non in minima parte e per ragioni di facciata, dall'esigenza di consentire una più uniforme interpretazione della legge, ma, tutto al contrario, per soddisfare i giochi di potere di allora [...] E dipende soprattutto dalla volontà politica di provvedere ad una maggiore gerarchizzazione del sistema giudiziario e di comprimere quella maggiore indipendenza della magistratura che la pluralità delle Corti aveva (nei limiti del possibile) fino a quel momento assicurato.», M. SCARSELLI, *Note sulla crisi della Cassazione (civile) e sui possibili rimedi*, Op. cit., cit. pp. 7 e 8; similmente a metà degli anni Quaranta: D. R. PERETTI GRIVA, *Per il ripristino delle Cassazioni regionali*, in *Giur. It.*, 1946, parte IV, p. 40. Tale impostazione preconcetta nei confronti della Cassazione, cui non si aderisce, come si dirà era già presente nel dibattito postunitario ed è frutto di alcuni fraintendimenti circa le finalità della Corte di legittimità. Si sottolinea da ultimo come un flebile retaggio delle esigenze politiche di decentramento, da cui scaturì la pluralità di supreme corti nel nostro ordinamento giudiziario, sopravvive tutt'oggi, con le conseguenti criticità in tema di nomofilachia, nella coesistenza, ai vertici della magistratura amministrativa, di due organi identici per funzioni e attribuzioni, distinti solamente per competenza territoriale: il Consiglio di Stato e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

secolo e oltre, numerose questioni già risolte in Francia da decenni, dando anche adito ad alcuni fraintendimenti.

Il tema stesso della molteplicità di Corti, centrale nel caso nostrano, era già stato ampiamente sviscerato e risolto durante i lavori dell'Assemblea Nazionale Costituente. L'occasione in quel contesto fu il dibattito circa l'ambulatorietà o la sedentarietà del tribunale<sup>30</sup>. I sostenitori della sedentarietà, capeggiati dal solito Merlin de Douai, avversarono la prima soluzione anche sostenendo che essa avrebbe favorito la frammentazione dell'istituendo *Tribunal de cassation* sul territorio francese, mentre al contrario la sedentarietà avrebbe garantito l'unicità del consesso, condizione essenziale per esercitare quella che sarebbe stata la sua funzione tipica di guardiano supremo della legge, mantenere «l'uniformité constante et inaltérable» delle pronunce giudiziali<sup>31</sup>:

«Ce tribunal de Cassation sera essentiellement le gardien suprême de la loi, le conservateur des propriétés nationales, le lien commun de tous les tribunaux d'appel; [...] Mais si vous le divisez, si vous en éloignez les sections les unes des autres, si vous rompez la communication qui doit régner chaque jour, chaque heure, chaque minute, entre tous ses membres, alors comment voulez-vous que les propriétés nationales soient partout régies par les mêmes principes? Comment voulez-vous que les tribunaux d'appels soient partout rappelés aux mêmes règles et assujettis à la même marche? Ne voyez-vous pas que tandis qu'une section du tribunal de cassation jugera d'une manière aux pieds des Pyrénées, une autre section jugera différemment aux pieds du Mont-Jura? Ne voyez-vous pas que ce qui sera jugé, en deçà d'un fleuve, être une erreur, une contravention à la loi, sera jugé, au delà, être une vérité, une décision calquée sur la loi elle-même?»<sup>32</sup>.

I toni non a caso sono molto simili, seppur a distanza di quasi un secolo e mezzo e in un contesto altamente diverso, a quelli del campione italiano dell'unità della Cassazione:

«La pluralità delle Corti di cassazione regionali [...] non è dunque preordinata a meglio raggiungere lo scopo per il quale la Cassazione è istituita, ma è anzi un insuperabile ostacolo al raggiungimento del medesimo. La verità di questa affermazione non ha bisogno di essere dimostrata, quando si tenga conto dello scopo ormai prevalente dell'istituto, che è quello [...] di mantenere la unità nazionale del diritto attraverso la uniforme interpretazione giurisprudenziale:

---

<sup>30</sup> V. *infra* cap. 2.

<sup>31</sup> *Séancè du lundi 24 mai 1790*, in *Arch. parl.*, XV, cit. p. 666.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

è evidente infatti che non si può unificare la giurisprudenza se non attraverso un organo unico, e che la pluralità degli organi è in questo caso una così straordinaria mostruosità giudiziaria, una così impressionante contraddizione in termini, che solo la lunga abitudine ci permette ormai di considerarla senza rinnovata meraviglia.»<sup>33</sup>.

La continuità di pensiero non appare in realtà sorprendente: se l'obiettivo che la Corte di cassazione deve perseguire è quello della coerenza della giurisprudenza allora è necessario che essa parli con un'unica voce a differenza dei tribunali di terza istanza, ai quali è estranea l'ottica propriamente nomofilattica e che quindi ben potrebbero agire in concerto con altre giurisdizioni parigrado<sup>34</sup>. Questo era un dato già ampiamente acquisito nel 1790<sup>35</sup>.

Vi è poi un'altra questione che può essere meglio compresa tenendo vivo il parallelo con il modello transalpino, quella della soggezione del giudice di cassazione al potere politico, sia esso il re assoluto, il *Corps législatif* giacobino, Napoleone Bonaparte imperatore o il Governo della destra storica di Cavour ed eredi. Come ben compendiatore da Michele Taruffo, infatti, l'alternativa che per alcuni decenni divise i giuristi italiani – Cassazione o terza istanza – aveva un sotteso politico e ideologico ben preciso<sup>36</sup>. Per il partito della terza istanza il modello francese sarebbe stato espressione del «principio di autorità», funzionale ad una concezione non solo gerarchica della giustizia ma finanche antidemocratica, piegata al servizio non della libertà dei cittadini ma delle mire del potere politico<sup>37</sup>. Un'accusa, quella di autoritarismo e conservatorismo, che la Corte di cassazione si porterà dietro ancora a lungo<sup>38</sup>. Al contrario la revisione operata in terza istanza avrebbe garantito l'eguaglianza e la pari dignità e indipendenza di tutti gli organi giudiziari e ciò senza rinunciare a quegli obiettivi di unificazione cui

---

<sup>33</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 2, Op. cit., cit. p. 332.

<sup>34</sup> Cfr.: «mentre nel caso della cassazione l'unicità dell'organo che esercita la giurisdizione suprema è requisito essenziale, nel caso della terza istanza l'unicità della Corte suprema è solo una possibilità.», M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Op. cit., cit. p. 112.

<sup>35</sup> Cfr.: «Tale pluralità era stata del resto ventilata anche dai riformatori francesi, e respinta per ragioni di carattere politico: per le stesse e inverse ragioni fu da noi mantenuta, in evidente contrasto con quello che si ritiene essere lo scopo istituzionale dell'organo, e cioè l'unificazione della giurisprudenza.», S. SATTA, voce *Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*, Op. cit. p. 801.

<sup>36</sup> M. TARUFFO, *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, passim.

<sup>37</sup> *Ibidem*, cit. p. 37

<sup>38</sup> M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Op. cit., cit. p. 114; Sulla pretesa tradizione autoritaria della Corte di cassazione si veda anche: O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 82-86; *infra* nota 29.

avrebbe dovuto essere funzionale la Corte di cassazione:

«È l'uniformità nel diritto quella che si richiede [...] Uniformità che non si può ottenere perfettamente, se non col sostituire al principio dispotico ed irragionevole dell'autorità che si vuol imporre, il principio democratico, e più conforme a ragione e giustizia, della persuasione, che, non si può ricusare, il che torna lo stesso che dire, abbandonare il sistema della Cassazione co' suoi inconvenienti, colle sue imperfezioni e colle sue incoerenze»<sup>39</sup>.

Guardando all'evoluzione della *cassation* emerge l'equivocità di questa impostazione. Vero è che il meccanismo *de quo* può essere funzionale a logiche gerarchiche, anzi è proprio in un contesto marcato da un forte dispotismo – quello dell'assolutismo francese di *ancien régime* – che ne abbiamo rintracciato le origini<sup>40</sup>. Ed è anche vero che il proposito della Destra storica, da Cavour allo stesso Pisanelli<sup>41</sup>, è, tra gli altri, quello di utilizzare la Corte di cassazione come *longa manus* della piemontesizzazione del neonato ordinamento unitario<sup>42</sup>. Taluni timori erano quindi comprensibili. Accanto a tali considerazioni, ve ne sono però altre che scongiurano le preoccupazioni relative a una natura ontologicamente antidemocratica della Cassazione e frustano le mire dirigistiche della classe politica sabauda. Si è ampiamente dato atto, infatti, di come, almeno a partire dalla rilettura rivoluzionaria, la *cassation* anche per meriti suoi propri e in antagonismo con quelle letture di palazzo (giacobino) che la avrebbero voluta asservita al potere (legislativo) si impose come vertice della giurisdizione, sapendo conquistarsi una collocazione autonoma. Un ruolo che nonostante le alterne vicende riuscì a mantenere anche nel periodo della dominazione napoleonica e della restaurazione come dimostrato dai perpetui insuccessi del *référé législatif*<sup>43</sup>. Se quindi da un lato si può sostenere che la presenza della «Corte di cassazione non abbia impedito ai diversi regimi politici di essere

---

<sup>39</sup> C. SANDONNINI, *Della Corte di cassazione e dei Tribunali di Terza istanza*, in *Monitore dei Tribunali*, n. 119-120 del 24 ottobre 1861, cit. p. 947.

<sup>40</sup> V. *infra* cap. 1.

<sup>41</sup> N. PICARDI, *Giuseppe Pisanelli e la Cassazione*, in *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo, cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione*, C. VANO (a cura di), Napoli, Jovene, 2005, pp. 29-38.

<sup>42</sup> «la Destra guardò alla cassazione soprattutto come all'istituto che poteva garantire la conservazione e l'applicazione dello "spirito" delle leggi, cioè delle concrete ragioni politiche per cui il parlamento aveva approvate le leggi del nuovo Stato italiano: esso doveva essere sostanzialmente quel quarto potere politico, mediatore e regolatore subordinato al governo», M. D'ADDIO, *Politica e magistratura (1848-1876)*, Op. cit., cit. p. 126.

<sup>43</sup> V. *infra* cap. 2.

autoritari»<sup>44</sup>, bisogna anche rimarcare come di per sé questo modello, proprio per via della sua forte vocazione giurisdizionale, non si presti ad essere connivente con il potere politico più di quanto lo sarebbe ogni altro tribunale.

Anche i timori di una pretesa indebita tirannia esercitata sugli altri organi giudiziari appaiono in gran parte eccessivi. Anche qui basti pensare che all'azione della Corte di cassazione non si è mai accostata la valenza vincolante delle pronunce di legittimità, per cui di fatto i magistrati inferiori – con l'eccezione del caso particolarissimo del giudice *ad quem* del (secondo) rinvio - hanno sempre mantenuto la possibilità di contravvenire alle sentenze rese in ultima istanza. E questo non è un dato secondario, ma la caratteristica principale che vale a distinguere questo modello di corte suprema da quello, diverso e alternativo, rappresentato dall'*House of Lords* che proprio negli anni Settanta dell'Ottocento si stava affermando in Inghilterra, le cui decisioni cogenti *erga omnes* lasciavano sì ben poco spazio di manovra alle giurisdizioni inferiori<sup>45</sup>.

Un ulteriore aspetto controverso riguarda la funzione nomofilattica ancora in via di consolidamento. Poco convincenti sono in particolare quelle proposte che vorrebbero riconoscere anche alla terza istanza la capacità di procedere ad un'armonizzazione della giurisprudenza:

«Come a fissare l'interpretazione del diritto romano contribuirono i giureconsulti e i tribunali di tutti i paesi civili, così ad interpretare il nuovo codice concorreranno tutti i tribunali d'Italia. [...] Al concilio universale dei tribunali non alla sola cassazione pontificia spetta fissare i dogmi della interpretazione.»<sup>46</sup>.

La posizione non è di per sé insostenibile ovviamente, ma dimostra di non aver piena contezza del mutato sentire dei tempi, della svolta che la riflessione illuministica e la codificazione hanno ormai attuato con riferimento ai paradigmi della giuridicità. In un mondo alla ricerca affannosa della certezza del diritto e tutto incentrato su logiche monistiche e statualiste, far coincidere l'unità del diritto con la mera elaborazione giurisprudenziale di una pluralità di consessi, privi di un orizzonte

---

<sup>44</sup> M. TARUFFO, *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, cit. p. 37.

<sup>45</sup> V. *infra* cap. 3.

<sup>46</sup> G. BANDI, *Cassazione o "terza istanza"?*, in *La Legge*, n. 5 del 6 maggio 1861, così citato in G. CARCANO, *Sul quesito: Cassazione o terza istanza?*, in *Monitore dei Tribunali*, n. 44 del 5 novembre 1866, p. 1026.

comune, appare significativamente anacronistico<sup>47</sup>.

Non a caso le critiche più convincenti portate in questo momento alla Corte di cassazione sono proprio quelle che avanzano dubbi sulla sua effettiva capacità di porsi in maniera efficace quale *dominus* dell'interpretazione giudiziale a causa, in particolar modo, della mole sin da subito eccessiva di controversie giunte al vaglio dei cinque supremi consessi e della sopravvivenza di goffi meccanismi procedurali quali il doppio rinvio<sup>48</sup>. Tali criticità vengono e verranno stigmatizzate anche dai sostenitori del modello francese, su tutti Calamandrei, i quali risponderanno però non invocando il ritorno alla terza istanza ma ribadendo al contrario la necessità di proseguire sulla strada iniziata con riforme che raffininno ulteriormente il prototipo della Cassazione.

#### 4.3. *Corte di cassazione tra fascismo e Costituzione.*

Riprendendo le fila della vicenda della Corte di cassazione italiana in epoca fascista, si può dare atto di una duplice direttrice. Dal punto di vista dei rapporti con il regime non si registrano particolari frizioni, ma, come accaduto d'altronde con riferimento anche alle ulteriori istituzioni del Regno e alla magistratura nel suo insieme, si ritrova una sostanziale sudditanza<sup>49</sup>. Con riferimento invece al quadro normativo, dopo l'unificazione in Roma del 1923, esso continuò a precisarsi.

---

<sup>47</sup> Cfr.: «Esso [il sistema della cassazione], si osserva, è il modello più appropriato, o addirittura 'necessario', per una dimensione giuridica a diritto codificato [...] si può anzi sostenere l'incompatibilità della terza istanza "con i moderni ordinamenti". Del resto le virtù sistemiche della cassazione erano ben conosciute: tutela della legge [...] conservazione del diritto in unità tramite l'uniformazione della giurisprudenza.», M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Op. cit., cit. Pp. 112 e 113.

<sup>48</sup> M. TARUFFO, *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, pp. 35 e 36.

<sup>49</sup> Sul complesso tema della Corte di cassazione e della magistratura nel suo complesso nel periodo fascista, *ex multis*: O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo*, Op. cit.; A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Op. cit.; ID., *La "maschia avvocatura". Istituzioni e professione forense in epoca fascista (1922-1943)*, Bologna, Il Mulino, 2006; M. CARDIA, *L'epurazione*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli, 2011; ID., *L'epurazione dei magistrati del Consiglio Superiore della Magistratura alla caduta del fascismo*, in *Autonomia, forme di governo e democrazia nell'età moderna e contemporanea*, P. AIMO, E. COLOMBO, F. RUGGE (a cura di), Pavia, Pavia University Press, 2014; G. FOCARDI, *Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati*, in *Passato e Presente*, Milano, Angeli, 2005; G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in AA.VV., *Fascismo e società italiana*, G. QUAZZA (a cura di), Torino, Einaudi, 1973; ID., *Il problema della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, in AA. VV., *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milano, Angeli, 1984; P. SARACENO (a cura di), *I magistrati italiani dall'Unità al fascismo. Studi biografici e prosopografici*, Carucci, Roma 1988.



Nonostante, infatti, la soppressione della pluralità di Corti, i limiti del sistema, derivanti essenzialmente dalla sopravvivenza dell'anacronistico meccanismo del doppio rinvio, diedero vita ad un numero sempre maggiore di critiche cui si rispose in occasione dell'adozione del codice di rito del 1940 e della Legge sull'ordinamento giudiziario di cui al *Regio Decreto 30 gennaio 1941, n. 12*. Riforme che permisero all'istituto *de quo* di compiere un ulteriore passo in avanti, assumendo definitivamente la fisionomia con cui ancora oggi siamo soliti riconoscerlo<sup>50</sup>.

Tra le numerose innovazioni ne emergono, per importanza e rilevanza giuridica e sociale, alcune in particolare. Innanzitutto, tramontò l'idea dell'autonomia del giudizio di legittimità rispetto al processo vero e proprio e, di conseguenza, il ricorso per cassazione venne esplicitamente annoverato, insieme all'appello, al regolamento di competenza e alla revocazione, tra i mezzi di impugnazione ordinari<sup>51</sup>. Cedette, poi, finalmente il meccanismo del doppio rinvio<sup>52</sup>: si statui l'immediata coerenza per il giudice di merito del principio di diritto espresso dalla Cassazione in conseguenza dell'annullamento della sentenza<sup>53</sup>. Da ultimo, poi, venne chiaramente formalizzata la finalità nomofilattica nell'ambito dell'art. 65 della Legge sull'Ordinamento giudiziario, che, al suo primo comma tutt'oggi recita: «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni»<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Il Codice di procedura civile venne adottato con Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443. Cfr. C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, Op. cit., p. 5.

<sup>51</sup> Il venir meno della qualifica di mezzo di impugnazione straordinario del ricorso per cassazione è resa esplicita dal dettato degli artt. 323 - «I mezzi per impugnare le sentenze, oltre al regolamento di competenza nei casi previsti dalla legge, sono: l'appello, il ricorso per cassazione, la revocazione e l'opposizione di terzo.» - e 324 c.p.c.: «Si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395.» Cfr.: S. SATTÀ, voce *Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*, Op. cit., p. 803.

<sup>52</sup> M. MECCARELLI, *Impieghi dell'idea francese di cassation nell'Italia post-unitaria*, Op. cit., p. 3; C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, Op. cit., pp. 4 e 5.

<sup>53</sup> L'art. 384 c.p.c. recitava, prima delle riforme che lo hanno più volte interessato dal 1990 al 2006: «La corte, quando accoglie il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, enuncia il principio al quale il giudice di rinvio deve uniformarsi.» Sebbene venuto meno il meccanismo del doppio rinvio, rimase comunque il divieto per il giudice di legittimità di conoscere il merito della causa, da cui la necessaria presenza del rinvio sino alla novella del 1990. Cfr.: S. SATTÀ, voce *Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*, Op. cit., p. 803; C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, Op. cit., p. 5. Per un'elencazione e un'analisi più compiuta di tutte le principali innovazioni introdotte dal nuovo codice di rito relativamente alla cassazione si rimanda a: C. FURNO, *Problemi attuali della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, pp. 486 e ss.

<sup>54</sup> Sul punto, ampiamente: A. PANZAROLA, *L'evoluzione storica della cassazione civile e la genesi dell'art. 65 Ord. Giud.*, Op. cit.; in ottica critica G. SCARSELLI, *Note sulla crisi della Cassazione (civile) e sui possibili rimedi*, Op. cit. pp. 8 e ss.

Nei tragici anni della Seconda Guerra Mondiale il fatto più noto per quanto di nostro interessa è l'estemporanea ed effimera comparsa delle Sezioni promiscue della Suprema Corte di Cassazione in Brescia durante gli anni della Repubblica Sociale Italiana<sup>55</sup>. Conclusa l'esperienza bellica e archiviato il ventennio fascista, il tema della Cassazione, sin dai lavori dell'Assemblea costituente, si trovò nuovamente al centro di vivaci scontri di opinione<sup>56</sup>. Ancora una volta si riproposero la questione della pluralità di corti e l'antico timore di una Cassazione intrinsecamente antidemocratica.

In questa occasione a sostenere l'unicità, accanto a Calamandrei, eletto in Assemblea tra le ormai scarse fila del Partito d'Azione, troviamo altri giuristi di grande autorevolezza, primo tra tutti, in quota Democrazia Cristiana, Costantino Mortati. Fu proprio il celebre costituzionalista che perorò in maniera più intensa la causa dell'unità sottolineando, accanto alle classiche argomentazioni, come le eventuali ingerenze dell'esecutivo non fossero più da temere a seguito delle nuove garanzie di indipendenza della magistratura:

«Qualcuno dice che la Cassazione unica accentrata in Roma e avente il monopolio del diritto, può subire più facilmente delle pressioni da parte del Governo. Ma queste ragioni non possono più valere dopo le garanzie di indipendenza della Magistratura che abbiamo sancito e che dovrebbero servire a garantire i magistrati da inframmettenze di carattere politico, e soprattutto da parte del potere esecutivo. [...] La molteplicità della Cassazione non trova nessun precedente in nessun paese del mondo, e da noi era stata mantenuta per le ragioni storiche che ben conosciamo. Neppure appaiono fondate le ragioni che sono desunte dalla constatazione del non soddisfacente funzionamento della Cassazione unica di Roma [...] In sostanza, a me pare che il ritorno alle Cassazioni multiple, mentre contrasta con quella che è la prassi di tutta la legislazione moderna, non trova altra vera giustificazione se non l'utilità di qualche gruppo di appartenenti al ceto forense.»<sup>57</sup>.

Incisivo è anche l'intervento di Calamandrei, il quale con la passione dell'avvocato

---

<sup>55</sup> Per un primo inquadramento: F. CUCCU, *Profilo della magistratura italiana: la Corte di Cassazione dal fascismo alla Repubblica*, Tesi di dottorato, 2017, pp. 13-24, consultabile in *open access* all'indirizzo [https://iris.unica.it/retrieve/handle/11584/249629/303246/TesiDiDottorato\\_FrancescaCuccu.pdf](https://iris.unica.it/retrieve/handle/11584/249629/303246/TesiDiDottorato_FrancescaCuccu.pdf); A. GRILLI, *Una legalità impossibile RSI, giustizia e guerra civile (1943-1945)*, Roma, Carocci, 2018.

<sup>56</sup> Per un primo inquadramento dei principali interventi circa la Corte di cassazione durante i lavori dell'Assemblea costituente: in particolare pp. 202 e 203; G. FLORE, *La Corte di cassazione e la Costituzione*, in *Giust. civ.*, 1965, pp. 105 e ss.; R. SANDULLI, *Corte di cassazione: storia e diritto comparato*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, pp. 85 e ss.; G. SCARSELLI, *Note sulla crisi della Cassazione (civile) e sui possibili rimedi*, *Op. cit.*, pp. 9 e ss.

<sup>57</sup> *Seduta pomeridiana di giovedì 27 novembre 1947*, in *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Vol. CCCIX, *Op. cit.*, cit. p. 2562.

e l'acutezza del professore ribadisce, ancora una volta, come l'unicità sia condizione necessaria perché la Corte possa dare seguito alla sua vocazione nomofilattica; per il Maestro fiorentino si può, cioè, (per assurdo) rinunciare alla Cassazione ma se si opta per questo modello allora per evitare esiti aberranti bisogna evitare di declinarlo al plurale:

«Io posso essere anche d'accordo nel senso di sopprimere la Cassazione, se si ritiene che la funzione di unificazione del diritto non abbia importanza o che non sia praticamente realizzabile; ma non posso essere d'accordo nel trasformare la Cassazione unica in Cassazione plurima, il che significherebbe dar vita all'uomo con cinque teste, una specie di fenomeno come quelli che si vedono nei baracconi, un fenomeno mostruoso, che non ha alcuna coerenza nel principio giuridico che ispira questo istituto.»<sup>58</sup>.

L'esito di tale seduta sarà tiepido. La proposta del Maestro fiorentino di costituzionalizzare l'unità e la funzione della Corte di legittimità - «Al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede in Roma la Corte di cassazione, istituita per mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze tra i giudici»<sup>59</sup> - non ebbe seguito e la questione venne rinviata alla legge ordinaria. Ciò nonostante, la Cassazione aveva fatto il suo ingresso nella Carta fondamentale repubblicana confermandosi stabilmente quale vertice dell'ordinamento giudiziario italiano come evidente dalla lettura, anche in combinato disposto tra loro, degli artt. 104, 106, 111 e 135 della Costituzione.

*4.4. La funzione della Corte di cassazione nelle più recenti riforme legislative: tra rafforzamento della nomofilachia e versione attenuata del precedente vincolante.*

Definitivamente dissipati con l'adozione della Costituzione e la conferma della legge sull'ordinamento giudiziario del 1942 i dubbi circa il monismo della Corte di cassazione ed i suoi profili funzionali ed istituzionali, una maggiore mutevolezza continuò a caratterizzare il quadro normativo con riferimento al ricorso per cassazione.

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, cit. p. 2574.

<sup>59</sup> *Ibidem*, cit. p. 2573.

Dall'adozione del Codice di procedura civile del 1940, il procedimento di legittimità, infatti, pur non avendo più subito modifiche che ne alterassero la propria acquisita identità, è comunque andato incontro a nuove evoluzioni. I *conditores* in particolare, nel tentativo di rispondere alle esigenze pratiche frutto dei cambiamenti e delle nuove complessità proprie del Secondo Novecento e in particolare ai problemi connessi al c.d. ipertrofismo giudiziario<sup>60</sup>, hanno tentato, non senza equivoci come si dirà, a più riprese di rafforzare la funzione nomofilattica della Corte. Sul punto neanche la dottrina è rimasta silente e ha dato vita, in special modo a partire dagli anni Ottanta, a nuove corpose discussioni, spesso preconizzanti le riforme più significative<sup>61</sup>.

Non è possibile in questa sede, né sarebbe del tutto foriero di riflessioni per noi rilevanti, indagare la *ratio* e gli effetti dei vari interventi susseguitesesi dal 1948 ad oggi. Ci si limiterà quindi a richiamare quegli interventi che più di tutti hanno inciso sulle finalità delle Corte di legittimità.

Un primo passaggio importante si ha nel 1990, con la modifica dell'art. 384 c.p.c. che ha comportato il venir meno del divieto assoluto per il giudice di legittimità di conoscere il merito della causa. Come intuibile tale novella da un lato ha accolto le perplessità circa l'opportunità del giudizio di rinvio, spesso un inutile quarto grado all'apparenza superfluo, e la necessità di accelerare i procedimenti in ottica deflattiva, ponendosi in continuità con quella lunga stagione riformistica finalizzata a ridurre i rinvii<sup>62</sup>; d'altro canto, tale ampliamento della cognizione ha ridato vigore ai dubbi circa la natura stessa del supremo consesso e i timori di una sua involuzione in un mero

---

<sup>60</sup> Sulla ormai celebre tematica del sovraccarico di lavoro dei tribunali e delle conseguenti istanze deflazionistiche si rimanda a A. PROTO PISANI, *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014 n.132, convertito, con modificazioni, in l.10 novembre 2014 n. 162), Premesse generali (e una proposta)*, in *Foro italiano*, 2015, parte V, col. 1. Per una compiuta analisi della "antitesi «nomofilachia/ipertofia»" si rinvia a A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (saggi), Vol. 1 – Diritto Civile, La Nomofilachia*, Milano, 2008, pp. 435 e ss. Sul tema dell'"*explosion litigation*" in Cassazione, si veda anche: F. A. GENOVESE, *Per una storia della Corte di Cassazione: l'Ufficio del Massimario e del Ruolo*, in *Le Carte e la Storia*, 2008, pp. 44 e ss. Per una riflessione più generale circa il tema la nomofilachia e le sfide della contemporaneità, si rinvia a G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contratto e impresa*, 2017, 2, pp. 364 e ss.: «La nomofilachia è la risposta legislativa alla postmodernità del discorso giuridico [...] La nomofilachia è l'antidoto più forte all'incertezza e alla fluidità dell'esperienza giuridica postmoderna.», cit. pp. 365 e 366.

<sup>61</sup> Cfr.: M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Op. cit.; AA. VV., *Per la Corte di cassazione*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 110, n. 4, 1987, pp. 205/206 e 289/290.

<sup>62</sup> Cfr.: S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1962, Volume II, pp. 268 e ss.; C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, Op. cit., p. 6. Tale stato di cose presenta più di una somiglianza con la prassi della *cassation* al XVIII secolo: il *Conseil* se ravvisava l'inutilità del rinvio aveva la possibilità avocare a sé la decisione della causa nel merito. V. *infra* cap. 1 par. 5.

giudice di terza istanza. Risultato ostacolato in via teorica dal dato per cui la definizione della causa nel merito sia possibile solo qualora non appaiano necessari ulteriori accertamenti di fatto<sup>63</sup>. Certo è che per la prima volta in Italia si è incrinato, dopo quasi due secoli, il vetro che separava l'agire della Corte di cassazione da quel *fond des affaires* di giacobina memoria<sup>64</sup>.

Di particolare rilievo è stata poi la riforma degli anni 2005/2006<sup>65</sup>. L'importanza di tale intervento normativo risiede nell'esplicita volontà dell'autore della legge di intervenire, rafforzandola, sulla funzione nomofilattica: scopo che, come visto, sebbene da sempre ontologicamente connesso all'istituto della Cassazione, raramente ha trovato compiuta espressione a livello normativo. L'art. 1, comma 3, lettera a), della Legge delega 14 maggio 2005, n. 80 affida, infatti, al legislatore delegato proprio l'incarico di “*disciplinare il processo di cassazione in funzione nomofilattica [...]*”<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, Op. cit. p. 6. Ciò, ma ha mantenuto la sua identità di magistrato di legittimità: in esito all'intervento normativo da ultimo ricordato, infatti, la possibilità di esercitare il potere di decidere la causa nel merito, come visto, è stato limitato ai soli casi in cui il Supremo consesso civile abbia accolto un ricorso proposto ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. (il quale allora recitava: “*Le sentenze pronunziate in grado d'appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per Cassazione: [...] 3) per violazione o falsa applicazione di norme di diritto;*”).

<sup>64</sup> L'art. 384 c.p.c. ha subito plurimi interventi legislativi che hanno posticipato al 1994 l'entrata in vigore della novella del 1990. In seguito a tale riforma la rubrica della disposizione è significativa mutata da *Enunciazione del principio di diritto e sua efficacia* a *Enunciazione del principio di diritto e decisione della causa nel merito* e il dettato del primo comma da «La corte, quando accoglie il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, enuncia il principio al quale il giudice di rinvio deve uniformarsi.» a «La Corte, quando accoglie il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, enuncia il principio di diritto al quale il giudice di rinvio deve uniformarsi ovvero decide la causa del merito qualora non siano ulteriori accertamenti di fatto.».

<sup>65</sup> Legge delega 14 maggio 2005, n. 80 da cui il *Decreto Legislativo 2 febbraio 2006, n. 40*, recante *Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80*.

<sup>66</sup> L'art. 1, comma 3, lettera a), della Legge delega 14 maggio 2005, n. 80, recita: «Nell'attuazione della delega di cui al comma 2, il Governo si atterrà ai seguenti principi e criteri direttivi: a) disciplinare il processo di cassazione in funzione nomofilattica, stabilendo identità dei motivi di ricorso ordinario e straordinario ai sensi dell'articolo 111, settimo comma, della Costituzione, prevedendo che il vizio di motivazione debba riguardare un fatto controverso; l'obbligo che il motivo di ricorso si chiuda, a pena di inammissibilità dello stesso, con la chiara enunciazione di un quesito di diritto; l'estensione del sindacato diretto della Corte sull'interpretazione e sull'applicazione dei contratti collettivi nazionali di diritto comune, ampliando la previsione del numero 3) dell'articolo 360 del codice di procedura civile; [...] la distinzione fra pronuncia delle sezioni semplici e pronuncia delle sezioni unite [...] il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite, stabilendo che, ove la sezione semplice non intenda aderire al precedente, debba reinvestire le sezioni unite con ordinanza motivata; l'estensione delle ipotesi di decisione nel merito, possibile anche nel caso di violazione di norme processuali; l'enunciazione del principio di diritto, sia in caso di accoglimento, sia in caso di rigetto dell'impugnazione e con riferimento a tutti i motivi della decisione; meccanismi idonei, modellati sull'attuale articolo 363 del codice di procedura civile, a garantire l'esercitabilità della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, anche nei casi di non ricorribilità del provvedimento ai sensi dell'articolo 111, settimo comma, della Costituzione. [...]». Per una compiuta analisi della concreta attuazione di tali direttive e sulla loro, non sempre verificata, idoneità a raggiungere lo scopo raggiunto si rimanda a: C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, Op. cit., pp. 7

Sempre in chiave di rinvigorismento dell'attività di uniformazione della giurisprudenza, l'art. 47, c.1, lettera a) della *Legge n. 69 del 18 giugno 2009* ha introdotto nel codice di rito l'art. 360 bis c.p.c., così estendendo l'inammissibilità del ricorso alle ipotesi in cui il provvedimento impugnato si presenti conforme agli indirizzi giurisprudenziali della Corte e non vengano contestualmente offerti elementi per modificarli<sup>67</sup>. Un'ipotesi, questa, che evidentemente costituisce un ostacolo non indifferente sia per il ricorrente che per lo stesso giudice di legittimità: i primi rischieranno di vedere rigettate le proprie istanze per il solo motivo di proporre interpretazioni contrastanti con consolidati orientamenti ermeneutici di legittimità, il secondo, invece, potrà procedere a *revirement* solo con grande difficoltà, trovandosi nell'impossibilità di accogliere prospettazioni non in linea con sue sedimentate suggestioni esegetiche<sup>68</sup>.

Infine, merita una particolare menzione la riforma del 2016<sup>69</sup>. Tramite questo intervento il legislatore è tornato nuovamente sul tema dell'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale dopo che, almeno a partire dal 2011, in assenza di novelle in tal senso e a fronte di un'ipertrofia processuale all'apparenza insanabile, il rafforzamento di tale finalità era stato perseguito con fermezza tramite meri atti di organizzazione interni alla stessa Cassazione<sup>70</sup>. Nel 2016, quindi, l'autore delle leggi,

---

e ss.; A. TEDOLDI, *La delega sul procedimento di cassazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, pp. 925 e ss.

<sup>67</sup> Cfr.: G. AMOROSO, *L'ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro – Nomofilachia e Massimario*, 2017.

<sup>68</sup> La disposizione in oggetto introduce un filtro processuale con lo scopo di evitare che giungano alla cognizione del giudice di legittimità quelle lagnanze aventi il "difetto" di essere sorrette da interpretazioni contrastanti con i precedenti della Cassazione e che, al contempo, non offrono argomenti innovativi idonei a consentire alla Corte di operare una sorta di *distinguishing* od *overruling* o anche, semplicemente, un consolidamento di un proprio precedente orientamento ermeneutico. Al fine di salvare la costituzionalità della novella la Corte di legittimità che, in esito a un travagliato percorso di elaborazione giurisprudenziale, ha stabilito che la pronuncia resa ai sensi ex art. 360 bis, n. 1 c.p.c. non integra né un'ipotesi di inammissibilità di rito, né di manifesta infondatezza nel merito, ma configura un caso di "inammissibilità di merito" (sentenza SS UU n. 7155 del 21 marzo 2017). La formula sibillina, relegata tra due virgolette ad opera dello stesso estensore della sentenza in esame, sembra essere un chiaro sintomo dell'inadeguatezza del nostro sistema processuale nel gestire la tematica della vincolatività del precedente che, come si dirà a breve, si è ormai affermato nel discorso del legislatore e in quello della giurisprudenza, costringendo tali ultimi attori del diritto, onde tentare di salvaguardare l'apparenza di coerenza del nostro sistema ordinamentale, a dare vita a ibridi meccanismi processuali.

<sup>69</sup> Legge 25 ottobre 2016, n. 197 di conversione, con modificazioni, del Decreto Legge 31 agosto 2016, n. 168, recante "*Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa.*".

<sup>70</sup> Estremamente significativi della coscienza che la stessa ha Corte ha del proprio ruolo nomofilattico sono in particolare i provvedimenti dei Presidenti del Supremo Consesso. Sul punto si richiama, esemplificativamente: «osservato che molti ricorsi per cassazione non richiedono l'esercizio della funzione di nomofilachia della Corte, [...] e che altri ricorsi sollevano questioni giuridiche la cui soluzione comporta l'applicazione di principi già affermati in precedenza dalla Corte stessa e dai quali il collegio non ritiene di discostarsi [...] ritenuto che, per i ricorsi che non richiedono l'esercizio della

sulla scia di suggestioni già profondamente radicate nel mondo giudiziario, ha individuato un regime processuale *ad hoc* per le controversie particolarmente preganti dal punto di vista della valenza nomofilattica, consentendo alla stessa Corte di discriminare, a questo riguardo, tra i ricorsi ad essa indirizzati. Ciò si è sostanziato nell'estensione del rito camerale (e quindi semplificato) alla quasi totalità dei giudizi ad esclusione solamente di quelli caratterizzati da «particolare rilevanza della questione di diritto»<sup>71</sup>.

Tale sintetica panoramica circa le più recenti evoluzioni della Cassazione ci permette di formulare una riflessione proprio con riferimento al profilo funzionale. In queste pagine è emerso più volte come lo scopo primo, benché non unico, dei giudici di Piazza Cavour sia quello pubblicistico, variamente declinato nel tempo e nello spazio, ma da ultimo coincidente con l'armonizzazione della giurisprudenza. Prospettiva teorica sulla quale Calamandrei ha scritto parole definitive ormai recepite non solo nelle analisi degli operatori e nelle volizioni degli studiosi di diritto positivo, ma anche nel discorso del legislatore:

«la Corte di cassazione serve ad uno scopo differente da quello a cui servono tutti gli altri organi giurisdizionali.»<sup>72</sup>; «gli organi della giurisdizione civile diversi dalla Corte di cassazione esercitano il loro controllo sulla condotta dei privati, il controllo della Corte di cassazione ha per oggetto la condotta degli organi giurisdizionali, in quanto la attività di questi sia regolata da norme giuridiche di diritto pubblico. Questa differenza [...] costituisce, per così dire, la

---

funzione di nomofilachia, occorre adattare la concisione della motivazione [...] Tutti i collegi delle sezioni civili, quando sono chiamati a decidere su ricorsi che non richiedono l'esercizio della funzione di nomofilachia o che sollevano questioni giuridiche la cui soluzione comporta l'applicazione di principi giuridici già affermati dalla Corte e condivisi dal collegio, a redigere una sentenza (o un'ordinanza a contenuto decisorio) "a motivazione semplificata", E. LUPO, *Decreto del Primo Presidente della Cassazione*, 22 marzo 2011, n. 27; «[...] risultando compromesse sia la durata ragionevole del processo, sia lo svolgimento della funzione nomofilattica [...] è indifferibile imprimere un processo di accelerazione a prassi di lavoro più snelle rispetto ai procedimenti che non attingono alla valenza dello *ius constitutionis*, innanzitutto selezionando i provvedimenti a seconda che siano o menì chiamati a svolgere tale funzione; [...]», G. CANZIO, *Decreto del Primo Presidente della Cassazione*, 14 settembre 2016, n. 136. Sul punto si vedano anche: *Protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria* del 17 dicembre 2015; *Protocollo d'intesa tra la Corte di cassazione, il Consiglio Nazionale Forense e l'Avvocatura Generale dello Stato sull'applicazione del nuovo rito civile in Cassazione* del 15 dicembre 2016; *Protocollo d'intesa tra la Corte di cassazione e la Procura Generale presso la Cassazione Sull'applicazione del nuovo rito civile* del 17 novembre 2016.

<sup>71</sup> Per una più compiuta analisi di tale ultima riforma si rinvia, *ex multis*, a: P. GAETA, *Il nuovo processo civile di cassazione: la secolarizzazione della Corte e la scomparsa del procuratore generale*, in *Questione giustizia*, 2017, 3, pp. 1 e ss.; A. DIDONE, *Appunti a prima lettura sulla riforma del giudizio di Cassazione*, in *Il Processo civile*, 2016; B. SASSANI, *Nomofilachia, que de crimes qu'on commet ton nom! L'oggi della Suprema e il trionfo della sfiducia*, in *Il Processo civile*, 2016; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, Op. cit., p. 364 e ss.

<sup>72</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 2, Op. cit., cit. p. 21.

chiave di volta di tutto l'istituto [...] La Corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi da parte degli organi giurisdizionali.»<sup>73</sup> «Occorre [...] ricordare, se si vuole tener presente il vero scopo della Cassazione e correttamente definirla, che essa non è stata istituita per interpretare il diritto obiettivo, ma per unificare quel lavoro di interpretazione giurisprudenziale che viene compiuto in collaborazione di tutti quanti gli organi giudiziari»<sup>74</sup>.

Le riforme degli ultimi vent'anni si sono focalizzate proprio sullo scopo di rendere tale attività più efficace. Questa rinnovata attenzione per la funzione della Corte si è, però, rivelata foriera di alcune ambiguità. Vi è chi, in particolare, ha (correttamente) prospettato, con maggiore o minore entusiasmo, come dietro alla riscoperta dello scopo nomofilattico altro non si celasse se non il tentativo di introdurre, più o meno consapevolmente, nel nostro sistema di diritto il meccanismo dello *stare decisis*<sup>75</sup>. Si starebbe cioè passando da un regime caratterizzato dalla persuasività delle pronunce di legittimità, nel quale esse si impongono quali punti di riferimento ai giudici dei gradi inferiori per l'autorevolezza del magistrato che le ha emanate, nonché per la solidità dell'apparato argomentativo offerto a sostegno delle proprie tesi, ad un canone di vincolatività delle medesime sentenze, nell'ambito del quale per i giudicanti è sempre più arduo discostarsi dal *dictum* della Suprema Corte, indipendentemente dall'effettiva condivisibilità del ragionamento da quest'ultima sviluppato<sup>76</sup>.

#### 4.5. *La meta-giurisprudenza della Corte di cassazione: valore (formalmente) persuasivo e non vincolante delle pronunce di legittimità.*

Prima di trarre le conclusioni finali, è opportuno indagare ancora come la Corte stessa percepisca la propria funzione. Negli ultimi anni è infatti possibile individuare un nutrito filone di pronunce di legittimità con le quali la Corte di cassazione, nel

---

<sup>73</sup> *Ibidem*, cit. p. 27.

<sup>74</sup> *Ibidem*, cit. p. 89. Cfr. anche A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (saggi)*, Op. cit., p. 432 e ss.

<sup>75</sup> «Suprema che, in questo marasma, pretende di ritagliarsi l'angolo privilegiato della nomofilachia, intesa come un legiferare di secondo grado a scapito del giudicare.», B. SASSANI, *Nomofilachia, que de crimes qu'on commet on ton nom! L'oggi della Suprema e il trionfo della sfiducia*, Op. cit., cit. Sui temi delle riforme processuali, la nomofilachia e il precedente, si rinvia da ultimo alle acute riflessioni L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Op. cit., pp. 1-60; L. ROVELLI, *Nomofilachia e diritto vivente, in I Processi Civili in Cassazione*, Op. cit., pp. 4-46.

<sup>76</sup> G. MOLINARO, *Mutamento di giurisprudenza e tutela dell'affidamento: alla ricerca di una soluzione coerente*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 6, p. 504. A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (saggi)*, Op. cit., pp. 392 e ss.; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, Op. cit., pp. 364 e ss.



tentativo di circoscrivere gli effetti delle proprie decisioni, vincolanti o meramente persuasive per l'appunto, ha anch'essa portato avanti l'accostamento tra nomofilachia e *stare decisis*<sup>77</sup>.

Tale meta-giurisprudenza si compone di numerose sentenze e ordinanze, alcune delle quali hanno anche costretto ad interventi del legislatore<sup>78</sup>. Tra queste, un vero e proprio *leading case*, è la nota sentenza delle *Sezioni Unite n. 15144 del 11 luglio 2011*, la quale si è spesa nel difficile tentativo di conciliare la tutela dell'affidamento della parte nell'interpretazione consolidata di una norma processuale, con gli effetti tipicamente retroattivi dei mutamenti di giurisprudenza<sup>79</sup>. In questa occasione, il Supremo Consesso civile ha ribadito che nessuno eccetto la legge, e quindi nemmeno il precedente giurisprudenziale per quanto autorevole, può interferire con la libertà interpretativa del giudice, a cui è sempre consentito discostarsi da suggestioni ermeneutiche rese da altri magistrati; al contempo, però, ha preso atto di come, indubitabilmente, un cambiamento repentino degli indirizzi interpretativi di legittimità possa rivelarsi fonte di nocimento per la parte del processo che vi aveva legittimamente fatto affidamento. Le Sezioni Unite del 2011, in attuazione del principio del giusto processo *ex art. 111 Cost.*, hanno tentato di risolvere tale apparente aporia dichiarando inapplicabile il mutamento dell'interpretazione di norme processuali preclusive, ai casi sorti precedentemente alla svolta ermeneutica:

«Nel caso [...] in cui venga [...] in rilievo un problema di tempestività dell'atto (sussistente in base alla giurisprudenza overruled, ma venuta meno in conseguenza del successivo mutamento di esegesi della regola di riferimento), il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione attraverso l'esclusa operatività [...] della preclusione derivante dall'overruling nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa.»

---

<sup>77</sup> Tale indirizzo non a caso è stato definito anche quale esempio di una «giurisprudenza al quadrato», G. MOLINARO, *Mutamento di giurisprudenza e tutela dell'affidamento: alla ricerca di una soluzione coerente*, Op. cit., cit. p. 501.

<sup>78</sup> È questo il caso, ad esempio, della celebre sentenza delle Sezioni Unite che ha riguardato il dimezzamento del termine di costituzione dell'opponente un decreto ingiuntivo (Sezioni Unite della Corte di cassazione, n. 19246 del 09 settembre 2010), la quale ha dato vita ad un travagliato percorso sfociato poi nell'adozione della Legge n. 218 del 2011 recante “*Modifica dell'articolo 645 e interpretazione autentica dell'articolo 165 del c.p.c. in materia di opposizione al decreto ingiuntivo*”. Cfr.: C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, Op. cit., pp. 9 e ss.

<sup>79</sup> In una prospettiva più ampia, circa la recente giurisprudenza di legittimità in materia di mutamenti di indirizzi interpretativi si rinvia a: P. COMOGLIO, *Minime riflessioni di ordine sistematico in tema di perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, pp. 525 e ss. In generale sul tema dei mutamenti di giurisprudenza, diritto processuale e overruling: L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Op. cit., pp. 273-342.

Per giungere a siffatta conclusione, la Corte di legittimità, pur avendola inizialmente negata, ha attuato nei fatti una parziale sovrapposizione tra gli effetti delle proprie pronunce e quelli tipici della legge:

«ciò che non è consentito alla legge non possa similmente essere consentito alla giurisprudenza. I cui mutamenti, quale che ne sia la qualificazione, debbono, al pari delle leggi retroattive, a loro volta rispettare il principio di ragionevolezza, non potendo frustrare l'affidamento ingenerato come, nel cittadino, dalla legge previgente, così, nella parte, da un pregresso indirizzo ermeneutico, in assenza di indici di prevedibilità della correlativa modificazione.»<sup>80</sup>.

Queste equivoche affermazioni verranno ribadite e implementate dalla Corte di cassazione anche in successivi pronunciamenti, i quali sebbene continueranno a negare formalmente la sussistenza nel nostro ordinamento del meccanismo dello *stare decisis*<sup>81</sup>, sostanzialmente renderanno la nomofilachia non altro che una variante debole del *blinding precedent*<sup>82</sup>, giungendo addirittura a sostenere che l'*overruling* sarebbe legittimo solo nei casi in cui il precedente si dimostrasse irrazionale o ingiusto, con toni simili a quelli del Blackstone del *Commentaries on the Laws of England*<sup>83</sup>:

«Un *overruling* delle sezioni unite in materia processuale può pertanto essere giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente in materia risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o comunque dia luogo (eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società) a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti".» (ordinanza

---

<sup>80</sup> Il principio di irretroattività di cui all'art. 11 Disposizioni sulla legge in generale - «La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo» - e, relativamente alle sole norme incriminatrici, all'art. 25, c. 2 Cost. - «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.» - è dettato con riferimento alla legge, solo qualora si ritenga che la giurisprudenza possa costituire fonte del diritto o comunque sia in un qualche modo equiparabile alla legge, si può allora reputare che le innovazioni operate dalle sentenze di legittimità non possano che operare per il futuro. Cfr.: C. PUNZI, *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, Op. cit., p. 11.

<sup>81</sup> «l'attività interpretativa delle norme giuridiche compiuta da un Giudice, in quanto consustanziale allo stesso esercizio della funzione giurisdizionale, non possa mai costituire limite alla attività esecutiva esercitata da un altro Giudice, [...] principio dello "stare decisis" (cioè del -precedente giurisprudenziale vincolante") che non trova riconoscimento nell'attuale ordinamento processuale», Quinta Sezione civile della Corte di Cassazione, sentenza n. 23723 del 21 ottobre 2013.

<sup>82</sup> Sulla «forma "debole" del principio dello *stare decisis*» si veda: G. AMOROSO, *L'ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro – Nomofilachia e Massimario*, Op. cit., cit. p. 8.

<sup>83</sup> V. *infra* cap. 3 par. 5, nota 129.

delle Sezioni Unite, n. 23675 del 06 novembre 2014)<sup>84</sup>.

Ancora più inequivoca, sul punto, è un'altra sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, la n. 13620 del 31 luglio 2012. Questo pronunciamento, chiamato a esprimersi circa la determinazione del compenso e delle spese dovuti agli arbitri, coglie l'occasione per affermare come la regola dello *stare decisis* costituisca anche nel nostro ordinamento:

«un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente [...] in base alla quale non ci si può discostare da una interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione nomofilattica, senza delle forti ed apprezzabili ragioni giustificative».

Un ultimo pronunciamento assai evocativo è l'*ordinanza n. 174 del 09 gennaio 2015* resa dalla V Sezione civile della Corte di Cassazione<sup>85</sup>. Anche in questo caso l'istante lamenta una lesione causata da un mutamento nella giurisprudenza di legittimità. La Suprema Corte rigetta il ricorso qualificandolo quale infondato non perché il *revirement* non rilevi ma in quanto esso non risulterebbe applicabile al caso di specie<sup>86</sup>. In tal modo la Corte, lungi dal negare valore ai propri precedenti, offre elementi a sostegno della tesi della loro vincolatività evitandone l'applicazione solo grazie all'effettuazione di una sorta di *distinguishing*, istituto tipico proprio delle realtà

---

<sup>84</sup> L'equivocità di tale modo di argomentare non viene certo attenuata dalla terminologia tratta dagli ordinamenti di *common law* spesso impiegata dai magistrati di ultima istanza (*overruling*, *distinguishing*) e oggi entrata nel comune lessico giuridico nostrano. Cfr.: G. MOLINARO, *Mutamento di giurisprudenza e tutela dell'affidamento: alla ricerca di una soluzione coerente*, Op. cit. L'inciso qui citato è emblematico dell'ambiguità caratterizzante queste pronunce: da un lato si individua correttamente quale sia lo scopo della funzione nomofilattica -«garantire al sistema giuridico- normativo la possibilità di evolversi, adattarsi, correggersi e al tempo stesso conservare, entro ragionevoli limiti, l'uniformità e la prevedibilità dell'interpretazione» - dall'altro però essa viene utilizzata per sostenere la tesi della vincolatività del precedente salvo il verificarsi di casi eccezionali: «Un *overruling* delle sezioni unite in materia processuale può pertanto essere giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente in materia risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o comunque dia luogo [...] a risultati disfunzionali, irrazionali o "ingiusti"».

<sup>85</sup> Circa tale ordinanza si veda anche: A. LANZAFAME, *Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento. L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2015; G. MOLINARO, *Mutamento di giurisprudenza e tutela dell'affidamento: alla ricerca di una soluzione coerente*, Op. cit.

<sup>86</sup> «E tuttavia, le critiche che in punto di motivazione hanno riguardato la decisione impugnata sono manifestamente infondate, se solo si consideri che [...] i precedenti di legittimità richiamati dalla ricorrente a sostegno dell'asserito contrasto all'interno della giurisprudenza di questa Corte [...] non riguardano, a ben considerare, il tema della proroga biennale del termine di decadenza venuto in essere per effetto dell'entrata in vigore della L. n. 289 del 2002, art. 11, ma, semmai, la decorrenza iniziale di detto termine.», Quinta Sezione civile della Corte di cassazione, ordinanza n. 174 del 2015.

caratterizzate dalla presenza del regime del *binding precedent*<sup>87</sup>. A supporto di questa ambivalente conclusione viene anche evocata la giurisprudenza Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, caratterizzate anch'essa da un incidere non privo di contraddizioni. La Corte EDU, in particolare, statuendo circa la pretesa violazione del diritto ad un equo processo ex art. 6 CEDU<sup>88</sup>, infatti, talvolta, ha «escluso che il revirement di un orientamento giurisprudenziale adottato da un giudice di ultima istanza [...] può vulnerare il principio della certezza del diritto anche se è destinato ad incidere retroattivamente sulle posizioni giuridiche soggettive»<sup>89</sup> e, talaltra, ha invece asserito che «non è tollerabile che vi siano marcate diversità di vedute all'interno dell'organo che ha il compito di dare uniformità alla giurisprudenza.»<sup>90</sup>.

#### 4.6. Riflessioni finali: la funzione della Corte di Cassazione tra nomofilachia, tutela dei consociati e precedente vincolante.

In esito alla sintetica esposizione di alcuni “campioni” di questa meta-giurisprudenza e alla luce della lettura prospettica tentata sino a qui, possono proporsi

---

<sup>87</sup> Propriamente con il termine *distinguishing* si fa riferimento a quel meccanismo che consente al giudice, in quegli ordinamenti dove vige la regola dello *stare decisis*, di discostarsi dal precedente giurisprudenziale in considerazione della diversità degli elementi di fatto sottesi alla vicenda cui è chiamato a decidere rispetto la fattispecie relativa alla più risalente pronuncia di riferimento. VARANO, BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale, Vol. I, Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Op. cit., p. 328.

<sup>88</sup> Art. 6 CEDU, *Diritto a un equo processo*: «1) Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti.»

<sup>89</sup> Corte EDU, sentenza del 18 dicembre 2008, Unedic c. Francia: «la Cour considère cependant que les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas de droit acquis à une jurisprudence constante.»

<sup>90</sup> «In this regard the Court has reiterated on many occasions the importance of setting mechanisms in place to ensure consistency in court practice and uniformity of the courts' case-law. It has likewise declared that it is the States' responsibility to organise their legal systems in such a way as to avoid the adoption of discordant judgments [...] Its assessment of the circumstances brought before it for examination has also always been based on the principle of legal certainty which is implicit in all the Articles of the Convention and constitutes one of the fundamental aspects of the rule of law», Corte EDU, sentenza del 20 ottobre 2011, Nejdet, Sahin e Perihan, Sahin e, Turchia. Anche la Corte costituzionale si è trovata a doversi pronunciare su questa questione, nella decisione citata dall'ordinanza in oggetto, la Consulta, sebbene osservi che «L'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite "aspira" indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito» nega che tale traguardo possa essere raggiunto tramite il meccanismo della vincolatività, in quanto nel nostro ordinamento la solidità delle pronunce, anche di quelle più autorevoli, non può che essere assicurata e perseguita mediante la categoria tradizionale della persuasività: «si tratta di connotati [stabilità e generale seguito delle sentenze delle SS UU] solo «tendenziali», in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente "persuasivo"» (Corte costituzionale, sentenza n. 230 del 12).

alcune considerazioni con riferimento all'attualità.

La funzione prima della Corte di legittimità è (*rectius* dovrebbe essere) quella di nomofilachia, di uniformazione della giurisprudenza. Qui risiede l'eccezionalità di tale peculiare giudice e questo è il valore aggiunto che può e deve offrire al nostro ordinamento<sup>91</sup>.

Ciò, ovviamente non vuole dire che i giudici di Piazza Cavour non debbano perseguire anche altri scopi, quale quello in particolare, comune a tutti gli organi appartenenti al sistema giudiziario, della tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei consociati così come previsto dagli artt. 24 e 111 Cost. (*ius litigatoris*). Semplicemente tale seconda finalità non è esclusiva ma deve condividere i propri spazi con quelli necessari all'esercizio della funzione pubblicistica (*ius constitutionis*)<sup>92</sup>. La Corte da questo punto di vista dovrebbe, cioè, porsi quale una sorta di Giano bifronte: una faccia diretta a soddisfare le istanze di giustizia sostanziale dei consociati, ad assicurare la c.d. giustizia del caso concreto, e l'altra rivolta direttamente ai giudici dei gradi inferiori, sulla cui condotta, nell'interesse della legalità dell'ordinamento, deve vigilare e a cui deve fornire le indicazioni circa i limiti del corretto interpretare<sup>93</sup>.

Non si può d'altronde tacere che i due obbiettivi apparentemente non sempre sembrano conciliabili. Ciò risulta particolarmente vero in tutti quei casi in cui, al fine di potenziare l'attività di unificazione del diritto oggettivo nazionale, il legislatore tende a restringere l'accesso alla Corte da parte degli aspiranti ricorrenti, così come accaduto, esemplificativamente, con la riforma del 2009, di cui si è poc'anzi disquisito, o con la recente novella del 2016 che, sebbene non abbia introdotto nuove cause di inammissibilità, ha però relegato l'ordinarietà dei ricorsi alla trattazione in camera di consiglio, riservando la più garantista udienza pubblica solo a quelle vicende

---

<sup>91</sup> *Ex multis*: «La nomofilachia [...] resta pur sempre, nella sua essenza, un compito specifico della Corte di Cassazione, espressione [...] della sua centralità.», G. BORRÈ, *La Corte di cassazione oggi*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di BESSONE, Torino, Giappichelli, 1996, cit. p. 157; «qualunque sia la concezione che in un dato momento storico se ne abbia [...] certo è che il compito di garantire questo valore [interpretazione uniforme della legge, unità del diritto oggettivo] è e rimane un indefettibile dovere istituzionale della Corte.», A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (saggi)*, Op. cit., cit. p. 435.

<sup>92</sup> Cfr.: A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (saggi)*, Op. cit., p. 437; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, Op. cit., pp. 364 e ss.; M. MECCARELLI, *Impieghi dell'idea francese di cassation nell'Italia post-unitaria*, Op. cit., p. 5; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 1923, Vol. I n. 69, p. 80 e Vol. II, n. 16, p. 19.

<sup>93</sup> P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 2, Op. cit. pp. 16 e ss.

contraddistinte da una «particolare rilevanza della questione di diritto» ex art. 375, c. 2 c.p.c.<sup>94</sup>.

In realtà, a ben vedere, tale dicotomia è più apparente che reale: non può esistere, infatti, un'effettiva tutela degli interessi dei cittadini senza certezza del diritto e non può esistere certezza del diritto senza una tendenziale uniformità degli indirizzi interpretativi giurisprudenziali. Tale ultima affermazione trova precisa conferma nelle riflessioni emerse dalla analisi della giurisprudenza effettuata nei paragrafi precedenti. Esse ci hanno reso un quadro in cui la tutela dell'affidamento della parte processuale negli indirizzi consolidati di legittimità, il valore della certezza del diritto e l'attuazione di effettive garanzie giurisdizionali sono tutti propositi non perseguibili singolarmente e intrinsecamente connessi al tema del rafforzamento della funzione nomofilattica. Quest'ultimo scopo, d'altronde, non può essere realmente attuato se non tramite la riduzione del carico di lavoro della Suprema Corte, nonché attraverso la possibilità, da parte di quest'ultima, di selezionare le vicende realmente bisognose del proprio intervento<sup>95</sup>.

Nonostante tale percorso di contenimento della mole delle cause sottoposte alla cognizione della Corte di legittimità sembri essere proprio quello intrapreso e perseguito dai *conditores* con gli ultimi interventi legislativi, nonché dagli stessi magistrati di Cassazione con le proprie recenti pronunce, emerge, qui, un'ulteriore problematica: oggi ogni tentativo di rafforzare la funzione di nomofilachia pare sfumare nell'adozione di meccanismi congeniali, più che all'armonizzazione degli indirizzi ermeneutici, all'attuazione del meccanismo del precedente vincolante. A fronte di tale evoluzione, la categoria classica della persuasività, riferita alle pronunce di legittimità, sebbene pur resista a livello dei proclami teorici, non è più idonea a descrivere l'attuale situazione di fatto e si sostanzia nella proverbiale “coperta troppo corta”, al contempo mancano però ulteriori istituti che consentano agli operatori del

---

<sup>94</sup> Recita l'art. 375 c.p.c., c. 2, dopo la riforma del 2016: «La Corte, a sezione semplice, pronuncia con ordinanza in camera di consiglio in ogni altro caso, salvo che la trattazione in pubblica udienza sia resa opportuna dalla particolare rilevanza della questione di diritto sulla quale deve pronunciare». Tale scelta del legislatore è di dirimente importanza se si pensa che nel 2017, nonostante le sentenze rese in esito alla camera di consiglio siano ben più numerose di quelle adottate dopo l'udienza pubblica, ad essere massimate in misura maggiore sono state queste ultime. G. AMOROSO, *L'ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro*, Op. cit., p. 14.

<sup>95</sup> A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (saggi)*, Op. cit., pp. 437 e ss.

diritto di affrontare “alla luce del sole” questa nuova realtà, costringendoli così ad affermazioni non sempre tra loro coerenti<sup>96</sup>.

Ancora una volta non si individuano motivazioni che aprioristicamente si oppongano a tale mutamento di prospettiva. Come si è visto, caratteristica tipica della *cassation*, sin dagli albori, è stata la funzionalizzazione a finalità pubblicistiche. Quello *ius constitutionis* che pur rimanendo una presenza costante ha mutato più volte il suo contenuto: attuazione della volontà del monarca su quella delle corti apicali in *ancien régime*; tutela della lettera della legge generale e astratta contro gli attentati dei giudici nella prospettiva di Robespierre; uniformazione della giurisprudenza nel suo concreto affermarsi a partire dalle teorizzazioni di Merlin de Douai sino all’imporsi del modello della *Cour de cassation* del 1837, quello recepito nel Regno di Sardegna prima e nell’Italia unita poi. Nulla osta che oggi, alla luce di un contesto sociale radicalmente diverso, tale categoria muti ancora di contenuto e abbandoni la logica propriamente nomofilattica dell’armonizzazione, per abbracciare quella del comando imperativo. La ricostruzione storica operata sin qui, però, ci impone di operare alcune distinzioni.

La *Cour de cassation* e lo *stare decisis* secondo le conclusioni già espresse in precedenza rappresentano due diversi atteggiamenti volti al medesimo fine – la certezza del diritto – operanti con modalità differenti. È da escludersi quindi la possibilità che le due prospettive possano coesistere, essendo l’una alternativa all’altra<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Sull’incapacità, del tradizionale binomio rappresentato dalle categorie dell’efficacia vincolante e persuasiva del precedente giurisprudenziale, di rispecchiare la realtà, si rinvia a: G. GORLA, voce “*Precedente giudiziale*”, in *Enc. Giur.*, XXIII, Treccani, 1990. Cfr.: «posizione gravemente contraddittoria da parte della Suprema Corte, la quale, da un lato, afferma in principio che il precedente giudiziale non ha carattere vincolante [...] ma poi si comporta come se la regola fosse quella esattamente opposta, avvicinando la giurisprudenza alla legge quasi come nessun autore italiano avrebbe osato fare fino a pochi anni or sono», G. MOLINARO, *Mutamento di giurisprudenza e tutela dell’affidamento: alla ricerca di una soluzione coerente*, Op. cit., cit. p. 503.

<sup>97</sup> Anche su questo punto sembra che possano chiamarsi *ad adiuvandum*, con una precisazione, le riflessioni di Calamandrei che al momento di individuare gli strumenti di unificazione della giurisprudenza pone in alternativa tra loro il sistema dei *precedents* e quello della nomofilachia: «la Corte di cassazione, ponendosi come vertice e centro dell’ordinamento giudiziario a risolvere colla sua giurisprudenza i dissidi della giurisprudenza inferiore, mira a raggiungere lo scopo della unificazione giurisprudenziale con mezzi assolutamente diversi da quelli che, per raggiungere lo stesso scopo, abbiamo visti finora adoprati in pratica, o in teoria concepibili [...] essa non la denatura, come il sistema dei *precedents* che trasforma il giudice in legislatore», P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 2, Op. cit., cit. p. 83. La precisazione. Nella prospettiva che si è scelto di adottare la distanza che intercorre tra il sistema dei *precedents* e la Cassazione non posa tanto sulla presenza o meno di un *judge made law*, elemento che si ritiene possa operare indipendentemente dall’applicazione della regola dello *stare decisis* – v. *infra* cap. 3 – quanto nel fatto che il primo meccanismo si pone quale ostacolo nei confronti istanze evolutive del diritto, mentre il secondo quale criterio di orientamento. Cfr.: L. P. COMOGLIO, V. CARNEVALE, *Il ruolo della giurisprudenza e i metodi di uniformazione del diritto in Italia*, in *Riv. dir.*

Valgono, infatti, le riflessioni espresse nella conclusione del precedente capitolo: il prototipo della *Cour de cassation* e la nomofilachia si affermano in un contesto dove le esigenze di fissità e certezza, che al di là del Canale della Manica troveranno una risposta nell'irrigidimento della valenza cogente dei precedenti, erano già state soddisfatte dal *Code civil des français* ed il loro compito, quindi, non poteva che essere diverso ed ulteriore: non di irrigidimento del sistema ma di controllo, regolazione, uniformazione nonché controllata evoluzione delle necessariamente plurime interpretazioni scaturenti dal dato letterale delle disposizioni. L'organo di nomofilachia quindi non come termine ultimo di una gerarchia, ma come momento di raffinamento interpretativo, come colui che tra tutte le esegesi possibili fornite dai giudici inferiori, individua e propone il percorso argomentativo più solido e convincente in aderenza alle esigenze giuridiche del momento storico<sup>98</sup>. La Cassazione non ha il compito di cristallizzare diritto - come invece chiedevano a gran voce i giuristi inglesi del XIX secolo non potendo soddisfare le loro ansie di certezza tra le pagine confortanti di un codice - ma di guidarne e adeguarne l'evoluzione alla società continuamente in divenire, nel rispetto dell'ordinamento, secondo quella prospettiva giurisprudenziale cara alla tradizione giuridica italiana<sup>99</sup>.

Superare l'orizzonte nomofilattico in favore del *binding precedent* comporterebbe l'abbandono di fatto del percorso secolare entro cui finora si è inscritta la vicenda della Cassazione, all'insegna di rotte nuove per le quali non è detto che il nostro ordinamento sia attrezzato. Ciò a maggior ragione se si pensa che il mutamento funzionale dello *ius*

---

*proc.*, 2004, p. 1037 e ss.; A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (saggi)*, Vol. 1 – *Diritto Civile, La Nomofilachia*, Milano, 2008, pp. 432 e ss.

<sup>98</sup> «sarebbe assurdo desiderare che la giurisprudenza, la quale per la sua mutabilità nel tempo è la più sensibile e la più preziosa registratrice delle oscillazioni anche lievi della coscienza giuridica nazionale, fosse cristallizzata e contenuta nella sua libertà di movimento e di espansione. Si è accennato che talvolta nella giurisprudenza si può scorgere, attraverso lunghe serie di decisioni conformi, una certa tendenza alla costanza nel tempo; ma se può essere utile che, dentro giusti limiti, questa tendenza non sia ostacolata, bisogna che ciò avvenga spontaneamente, poiché ogni misura coercitiva, volta a renderne artificialmente stabile l'effetto, produrrebbe indubbiamente l'irrigidimento di quella salutare virtù di adattabilità ai tempi, senza la quale il diritto apparirebbe continuamente superato dai nuovi bisogni della società e incapace di svolgersi di pari passo con essi», «la Corte di cassazione [...] mira a raggiungere lo scopo della unificazione giurisprudenziale [...] in modo continuo e normale, senza sopprimere o limitare la libertà di opinione giuridica e la indipendenza degli organi giudiziari, senza provocare l'intervento di funzioni estranee alla giurisdizione, vince colla stessa interpretazione giurisprudenziale le diversità della interpretazione giurisprudenziale» P. CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*, Vol. 2, Op. cit., pp. 74 e 83-84; A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (saggi)*, Op. cit., p. 437.

<sup>99</sup> In un contesto non esente da ambiguità, tale impostazione è stata fatta propria, come visto, dalla stessa Cassazione: «*Il problema della nomofilachia è in realtà proprio questo: garantire al sistema giuridico-normativo la possibilità di evolversi, adattarsi, correggersi e al tempo stesso conservare, entro ragionevoli limiti, l'uniformità e la prevedibilità dell'interpretazione*», Ordinanza delle Sezioni Unite, n. 23675 del 06 novembre 2014.



*constitutionis* poc'anzi richiamato - da custode della volontà del re a quello della legge - è stato possibile solo in esito a un cambiamento radicale delle strutture di potere avvenuto in un contesto *extra ordinem*, quello della Rivoluzione per l'appunto<sup>100</sup>. Un esercizio di potere costituente che, ovviamente entro i limiti di cui all'art. 139 Cost., oggi non sembra accompagnare, nemmeno a livello di ipotesi, l'evoluzione delle categorie legate alla nostra Corte di cassazione.

Nonostante quanto sin qui ribadito, guardando alla realtà dei fatti bisogna, però, prendere atto che oggi, nell'agire della Suprema Corte, nella sua giurisprudenza e nelle parole del legislatore<sup>101</sup>, si sia già affermato un sistema ibrido dove i due meccanismi (nomofilachia e *stare decisis*) si amalgamano indistinti tra loro rendendoci una versione attenuata o debole del precedente vincolante<sup>102</sup>. Onde evitare indebiti stravolgimenti del nostro ordinamento, forieri di ambiguità nocive al valore della certezza del diritto e quindi alle posizioni giuridiche dei consociati, di fronte a questo panorama, in cui si tende a tenere il metaforico piede (valore del precedente) nelle altrettanto metaforiche due scarpe (persuasività e vincolatività) si ipotizzano timidamente due modeste proposte tra loro alternative: preso atto, in ogni caso, che l'ideologia del giudice *bouche de la loi* è ormai fortunatamente, tramontata, o si recupera, non solo teoricamente, l'idea di Cassazione come organo supremo di nomofilachia, e con essa il concetto di persuasività delle pronunce di legittimità, quale meccanismo nostrano per governare la ineliminabile mutevolezza del diritto o si aderisce, chiaramente e senza reticente, a un meccanismo modellato sulla base dello *stare decisis* tramite una consapevole trasformazione, che conduca l'ordinamento tutto verso un'impostazione di tipo anglosassone e che sia in grado di fornire, esplicitamente e non surrettiziamente, gli strumenti, anche costituzionali, idonei ad affrontare tale nuova realtà. Questa seconda alternativa però deve essere chiaramente inquadrata in una prospettiva di rottura, una situazione più simile alla transizione, avvenuta in certi

---

<sup>100</sup> Anche ammesso che oggi si possa continuare a parlare di Corte di cassazione qualora essa divenisse Corte del precedente si porrebbero dei seri problemi di coerenza con l'impianto costituzionale che andrebbero in ogni caso valutati.

<sup>101</sup> Una versione attenuata del canone dello *stare decisis* è individuabile, ad esempio, nel disposto, oltre che dell'art. 360 bis c.p.c., anche degli artt. 374 (che riserva alle sezioni unite il *revirement* sulla propria giurisprudenza) e 420 bis (che attribuisce alla sentenza di legittimità interpretativa di un accordo collettivo nazionale una qualche incidenza sugli altri indirizzi di merito) c.p.c. Cfr.: G. AMOROSO, *L'ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro*, Op. cit., p. 14.

<sup>102</sup> Cfr.: G. AMOROSO, *La Corte ed il precedente*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI (a cura di), Bari, Cacucci, 2011, pp.13-47.

territori italiani all'indomani dell'unificazione nazionale, dal modello della terza istanza a quello della Corte di cassazione che al passaggio dalla *cassation* di *ancien régime* al *Tribunal de cassation* del 1790. Non, quindi, un'evoluzione funzionale della Corte ma – mettendo alla prova il monito di Pisanelli circa il rischio di un arretramento contestuale della nostra civiltà (giuridica)<sup>103</sup> - una scelta di campo per un diverso modello di giudice supremo<sup>104</sup>.

Quale sia in conclusione la soluzione migliore per la nostra realtà giuridica non è domanda che può trovare qui risposta definitiva, senza dubbio però una scelta si impone, onde evitare che il nostro sistema di diritto rimanga vittima in balia degli eventi, incapace di poter attuare una qualche forma di controllo e indirizzo. In assenza

---

<sup>103</sup> La citazione riportata nell'introduzione: «una di quelle grandi conquiste che la civiltà non può perdere senza indietreggiare essa stessa». V. *infra*. p. 1.

<sup>104</sup> Entrambe le proposte abbisognano ovviamente di riflessioni *de iure condendo* che si lasciano agli specialisti del settore. Nella prospettiva del mantenimento del modello della Cassazione si possono provare ad immaginare alcune delle molteplici sfide da perseguirsi. Un primo obiettivo dovrebbe essere quello di attuare una chiara scelta di campo in favore dello *ius constituionis* a parziale discapito dello *ius litigatoris*, in aderenza con la vicenda secolare della Cassazione la cui fortuna, come visto, si è consolidata proprio intorno a tale prima attribuzione. Solo, infatti, contenendone il carico di lavoro e consentendole, come timidamente suggerito dalla riforma del 2016, di avocare alla propria cognizione solo i casi più rilevanti e controversi, si può permettere alla Corte di argomentare indirizzi interpretativi chiari, convincenti, rispettosi del dato letterale della norma, aderenti alla realtà storica e alle esigenze di tutela dei cittadini. Cfr.: «Questo il vero problema: ricondurre la Corte nell'alveo delle sue funzioni istituzionali di giudice di legittimità, investito come tale del compito di elaborare le soluzioni interpretative più appropriate, valide in linea di principio per tutti i consociati, al fine di dare un contributo di sufficiente chiarezza alle norme dell'ordinamento e di ragionevole prevedibilità circa l'esito dei conflitti giuridici: così da realizzare, in via tendenziale, la certezza del diritto e, in definitiva, attuando il principio dell'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge.», A. LA TORRE, *Cinquant'anni col diritto (saggi)*, Op. cit., cit. p. 441. Parrebbe inoltre necessario prevedere e non solo suggerire obblighi di motivazione ben più stringenti per i giudici dei gradi inferiori, così da evitare estemporanei ed equivoci scostamenti dal canone di legittimità; sotto questo profilo uno degli interventi più significativi è rinvenibile in una modifica marginale attuata con la riforma del 2009: l'art. 52, c. 5 della *Legge n. 69 del 2009* ha, infatti, novellato l'art. 118 disp. att. del c.p.c. esplicitando la facoltà per i giudicanti di indicare in motivazione i precedenti conformi: «La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi». Tale prospettiva, inquadrata nell'ambito della nomofilachia, è un meccanismo di importanza primaria che consente proprio di sviluppare quel dialogo tra giudici che risulta imprescindibile nell'ottica del perseguimento di una concreta persuasività. Cfr.: B. CAVALLONE, *Sulla citazione dei «precedenti» negli scritti forensi*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, pp. 150-154; N. IRTI, *Sulla relazione logica di conformità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1539-1545; R. RORDORF, *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 134 e ss. Un'ultima prospettiva particolarmente attuale è quella della recentissima implementazione dell'ufficio del processo, un'opportunità sia nell'ottica dello smaltimento dell'arretrato, sia in quella, più ampia, del ripensamento della dimensione organizzativa della giurisdizione e in particolare di quella di legittimità. Cfr.: A. DI FLORIO, *Il nuovo ufficio per il processo: proposte per la Corte di Cassazione*, in *Questione Giustizia*, 27/09/2021 (<https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-ufficio-per-il-processo-proposte-per-la-corte-di-cassazione>); R. BRACCIALINI, *L'Ufficio per il Processo fra Storia, Illusioni, delusioni e prospettive*, in *Questione Giustizia*, 01/06/2020 ([https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-ufficio-per-il-processo-tra-storia-illusioni-delusioni-e-prospettive\\_01-06-2020.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-ufficio-per-il-processo-tra-storia-illusioni-delusioni-e-prospettive_01-06-2020.php)).

di una chiara presa di posizione è proprio questo il rischio che parrebbe, infatti, profilarsi all'orizzonte: scoprirsi eredi dei soli aspetti deteriori della *cassation* e del precedente vincolante, orfani dei vantaggi propri di ciascuno di questi due meccanismi, preda di logiche processuali inadeguate alla nostra realtà.

## FONTI A STAMPA

*Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, fonde par e sous la direction de M. J. MAVIDAL et de M. E. LAURENT, continué par l'Institut d'histoire de la Révolution française de la Faculté des lettres et sciences humaines de Paris, I-XX.

*La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Vol. CCCIX. Roma, Camera dei deputati, 1976.

*Réimpression de l'ancien Moniteur: seule histoire authentique et inaltérée de la Révolution française depuis la réunion des Etats-généraux jusqu'au Consulat (mai 1789-novembre 1799) avec des notes explicatives*, Vol. 1, Paris, Plon Frères, 1843.

*Statutorum civilium Reipublicae Genuensis*, Genuae, apud haeredes Hieronymi Bartoli, 1597.

*The English reports. House of Lords* Vol. XI, Edimburgh, W. Green & Sons, London, Stevens & Sons, 1901.

*Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, II, V, IX, Paris, Briasson, David, Le Breton, Durand, 1751.

ARISTOTELE, *Politica* (IV sec. a. C.), libro IV, cap. XI, in *Opere: Politica, trattato sull'economia*, Roma-Bari, Laterza, 2019.

BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In Primam Digesti Veteris partem Commentaria*, Venetiis, al segno della Corona, 1543.

BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 1, Oxford, Clarendon press, 1768.

BODIN J., *Les six livres de la République* (1576), Librairie générale française, Paris, 1993.

BOUCHEL L., *La Bibliothèque ou Thrésor du Droit françois*, tome III, Paris, Iacques Dallin, 1667.

BURROW J., *Reports of Cases Argued and Adjudged in the Court of King's Bench during the Time Lord Mansfield Presided in that Court*, London, W. Clarke, 1812.

D'AGUESSEAU DE FRESNES J.-B.-P., *Règlement du Conseil, précédé de l'explication des différens articles compris dans chacun des chapitres, avec les formules des*

- procédures qu'on y suit, & celles des arrêts ou jugemens qui s'y rendent*, Paris, Moutard, 1786.
- DALLOZ M. D., *Repertoire méthodique et alphabétique de législation e doctrine et de jurisprudence*, Tome VII, Paris, 1847.
- DE BAYE N., *Journal de Nicolas de Baye, greffier du Parlement de Paris, 1400–1417*, tome II, Paris, Alexandre Tuetey 1885.
- DE FERRIERE C. J., *Dictionnaire De Droit Et De Pratique, Troisième édition, revue par M. [BOUCHER D'ARGIS]* Tome I, Paris, Bauche, Libraire Quai des Auguftins, 1771.
- DE JOINVILLE J. (1224 ca - 1317), *Histoire de Saint Louis*, Paris, publ. pour la Société de l'histoire de France, 1868.
- DE LUCA G. B., *Il dottor volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica* (1673), Vol. 1, Firenze, V. Batelli e compagni, 1859.
- DENISART J.-B., *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle. Cinquième Edition*, Tome Premier, Seconde Partie, Paris, Desaint, 1766.
- FLAMMERMONT J., *Le Chancelier Maupeou et les parlements*, Paris, Alphonse Picard, 1883.
- FORAMITI F., voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia legale*, Vol. II, Venezia, 1838.
- FURETIERE A., *Dictionnaire universel, contenant généralement tous les mots françois tant vieux que modernes, et les termes de toutes les sciences et des arts*, tome I, Paris, La Haye, 1690.
- GARDINER S. R. (a cura di), *The constitutional documents of the puritan revolution. 1628–1660*, Oxford, Clarendon press, 1889.
- GILBERT DE VOISINS P., *Vues sur les cassations d'arrêts et de jugements en dernier ressort*, M. ANTOINE éd., *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations. Un épisode des querelles entre Louis XV et les parlements (1767)*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1958.
- GIRARD M. E., *Trois livres des Offices de France*, livre I, Paris, Estienne Richer, 1638.
- GUYOT M. (a cura di),  *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome VII, Paris, Chez Visse, 1776.
- HALE M., *The history of common law*, Dublin, James Moore, 1792.

- HENRION DE PANSEY P. P. N., *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, Libraire De Théophile Barrois père, 1818.
- HOBBS T., *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, in *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, Vol. 6, London, John Bohn.
- ISAMBERT F.-A., *Recueil général des anciennes lois françaises, Depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, I-XXVIII, Paris, Belin-Leprieur, libraire-éditeur, rue Pavée-Saint-André-des-Arts, n. 5, Verdière, libraire, quai des Augustins.
- LEBRUN C.-F., *Opinions rapports et choix d'écrits politiques / de Charles-Francois Lebrun, Duc de Plaisance; recueillis et mis en ordre par son fils aîné; et précédés d'une notice biographique*, Paris, Chez Bossange, 1829.
- LEPEC M., *Bulletin annoté des lois et décrets et ordonnances*, Tome I, Paris, Chez Paul Dupont, 1834.
- LOCKE J., *Il secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile* (1690), Milano, BUR, 1988.
- MANCINI P. S., PISANELLI G., SCIALOJA A. (a cura di) *Commentario del Codice di procedura civile per gli Stati sardi*, Torino, Presso l'amministrazione della Società Editrice, 1857, Vol. IV.
- MONTESQUIEU, *De l'Esprit de lois. Avec les notes de l'auteur et un choix des observations de Dupin, Crevier, Voltaire, Malby, La Harpre, Servan, etc.*, Paris, Libraire de Firmin Didot Frères, 1844.
- MURATORI L. A., *Dei difetti della giurisprudenza* (1742), Trento, stamperia Paroniana, 1743.
- NORTON-KYSHE J. W., *The dictionary of legal quotations*, London, Sweet & Maxwell, 1904.
- PASQUIER E., *Les Recherches de la France d'Estienne Pasquier*, Vol. II, Paris, 1621.
- PIGEAU E. N., *Introduction à la Prcedure Civil*, Paris, Vve Desaint, 1784.
- PIOLA CASELLI E., voce *Giurisprudenza*, in *Digesto italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, L. Lucchini (diretta da), Vol. XII, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1900-1904.
- PIOLA CASELLI E., *La magistratura: studio sull'ordinamento giudiziario nella storia, nelle leggi straniere, nella legge italiana e nei progetti di riforma*, Torino, UTET, 1907.

- PISANELLI G., *Della Corte di cassazione per Giuseppe Pisanelli*, Napoli, Tip. e stereotipia della R. Università, 1875.
- PORTALIS J.-É.-M., *Discours préliminaire sur le projet de code civil présenté le 1<sup>er</sup> pluviose an IX par la commission nommée par le gouvernement consulaire*, in ID., *Discours, rapports et travaux inédits sur le code civil*, Paris, Joubert, Libraire de la Cours de Cassation, 1844.
- RAM J., *The science of legal judgement*, Philadelphia, John S. Littell, 1835.
- ROUSSEAU J.-J., *Du Contrat social ou Les Principes du droit politique*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1762.
- ROUSSEAU J.-J., *Considérations sur le gouvernement de Pologne, et sur sa réformation projetée*, Londres, 1782.
- ROUSSEAU J.-J., *Lettres écrites de la Montagne*, in *Oeuvres de J.J. Rousseau*, Vol. 10, Paris, Werdet et Lequien fils, 1876.
- SANDONNINI C., *Della Corte di cassazione e dei Tribunali di Terza istanza*, in *Monitore dei Tribunali*, n. 119-120 del 24 ottobre 1861.
- SELIGMAN E., *La justice en France pendant la révolution: 1789-1792*, I, Paris, Librairie Plon, 1901.
- WILSON A., *The Supreme Court of Judicature acts, 1873 and 1875. Schedule of rules and forms, and other rules and orders*, London, Stevens and Sons, 1875.
- T. RYMER, *Fædera, conventiones, literæ, et cujuscunque generis acta publica, inter reges Angliæ, et alios quosvis imperatoris, reges, pontifices, principes, vel communitates, ab ineunte sæculo duodecimo, viz. ab anno 1101 ad nostra usque tempora, habita aut tractata; ex autographis, infra secretiores archivorum regiorum thesaurarias, per multa sæcula reconditis, fideliter exscripta*, Tomus I, Londra, A. J. Churchill, 1704.
- TARBE A.-P., *Lois et réglemens à l'usage de la Cour de cassation*, Paris Á la librairie encyclopédique de Roret, 1840.
- TANNER J. R., *Constitutional Documents of the Reign of James I, A.D. 1603-1625*, Cambridge, Cambridge University press, 1960.
- THOURET J.-G., *Analyse des idées principales Sur la reconnoissance des droits de l'Homme en société, et sur les bases de la Constitution*, Paris, Baudouin, 1789.
- TRISTAN DE MONTHOLON C. F., *Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte-Hélène*, Tome I, Paris, Pauline, 1847.

VOLTAIRE, *Dictionnaire Philosophique*, in *Œuvres complètes de Voltaire*, Tome 19,  
Paris, Garnier, 1878.



## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois, 1748-1948*, Paris, Recueil Sirey, 1952.
- AA. VV., *The English Legal Heritage*, J. HODGSON (edited by), London, Oyez Publishing, 1979.
- AA. VV., *The English Parliament in the Middle Ages*, R. G. DAVIES, J. H. DENTON (edited by), Manchester, Manchester university press, 1981.
- AA. VV., *Law, economy and society 1750-1914. Essays in the history of English law*, G. R. RUBIN, D. SUGARMAN (edited by), Abingdon, Professional books limited, 1984.
- AA. VV., *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, Milano, Giuffrè, 1985.
- AA. VV., *Precedent in law*, L. GOLDSTEIN (edited by), Oxford, Clarendon press, 1987.
- AA. VV., *Per la Corte di cassazione*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 110, n. 4, 1987, pp. 205/206 e 289/290.
- AA. VV., *Grandi tribunali e rote nell'Italia di antico regime*, M. SBRICCOLI, A. BETTONI (a cura di), Milano, Giuffrè, 1993.
- AA. VV., *Les Parlements de Province. Pouvoirs, justice et société du XV au XVIII siècle*, a cura di J. POUMAREDE e J. THOMAS, FraMespa, Toulouse, 1996.
- AA. VV., *La Corte di cassazione dell'ordinamento democratico. Atti del convegno tenutosi a Roma il 14 febbraio 1995 in occasione dei 50 anni dal ripristino dell'ordinamento democratico*, Milano, Giuffrè, 1996.
- AA. VV., *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti: profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC*, Perugia, 25-26 giugno, L. VACCA (a cura di), Torino, Giappichelli, 1999.
- AA. VV., *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento*, Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 2001.
- AA. VV., *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'Incontro di studio (Firenze, 26-28 ottobre 2000)*, P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), Milano, Giuffrè, 2002.
- AA. VV., *Judicial tribunals in England and Europe: 1200-1700*, M. MULHOLLAND, B. PULLAN, A. PULLAN (edited by), Manchester-New York, 2003.
- AA. VV., *The Oxford History of the Laws of England*, Oxford, Oxford university press, 2003-2012.

- AA. VV., *Le Code civil 1804-2004: livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004.
- AA. VV., *Le Code civil, 1804-1904: livre du centenaire*, Paris, Dalloz, 2004.
- AA. VV., *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa: atti del Convegno internazionale, Pavia, 11-12 ottobre 2002*, P. CARONI, E. DEZZA (a cura di), Padova, CEDAM, 2006.
- AA. VV., *European political thought. 1450-1700. Religion, law and philosophy*, H. A. LLOYD, G. BURGESS, S. HODSON (edited by), New Haven-London, Yale University Press, 2007.
- AA. VV., *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, Milano, Giuffrè, 2007.
- AA. VV., *Relations between the ius commune and English law*, R. H. HELMHOLZ, V. PIERGIOVANNI (a cura di), Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009.
- AA. VV., *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2011.
- AA. VV., *Le roi fontaine de justice: pouvoir justicier et pouvoir royal au Moyen âge et à la Renaissance*, sous la direction de S. MENEGALDO ET B. RIBEMONT, Paris, Klincksieck, 2012.
- AA. VV., *European supreme courts. A portrait through history*, A. A. WIJFFELS, C. H. VAN RHEE (edited by), London, Third Millennium Publishing, 2013.
- AA. VV., *Le supreme Corti di Giustizia nella storia giuridica del Mezzogiorno*, F. MASTROBERTI, S. VINCI (a cura di), Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.
- AA. VV., *Le legalità e le crisi della legalità*, C. STORTI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2016.
- AA. VV., *I Processi Civili in Cassazione*, DE SANTIS F., DIDONE A. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2018.
- AA. VV., *Formante giurisprudenziale e principio di legalità: tensioni ed equilibri*, P. IVALDI, M. PELISSERO (a cura di), Genova, GUP, 2021.
- AA. VV., *“Diritto dei giudici” e sistema delle fonti*, E. CECCHERINI, M. MIRAGLIA (a cura di), Genova, GUP, 2022.
- ABBAMONTE O., *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il fascismo*, Milano, Giuffrè, 2003.
- ACKERMAN B., *Good-bye, Montesquieu*, in AA. VV., *Comparative Administrative Law*, edited by S. ROSE-ACKERMAN, P. L. LINDSETH, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 128-133.

- ALATRI P., *Parlamenti e lotta politica nella Francia del '700*, Laterza, Roma-Bari, 1977.
- ALLEN C. K., *Law in the making*, Oxford, Oxford university press, 1964.
- ALPA G., *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, in particolare pp. 204-223.
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Riforme giudiziarie e rivoluzione. Nota bibliografica sulla più recente storiografia*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, LXIII, 1990, pp. 459-469.
- ALVAZZI DEL FRATE P., *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di interpretatio e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2000.
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, Giappichelli, 2005.
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Le Grand-Justicier et l'Arbre de Justice: considérations sur la justice retenue sous l'Ancien Régime*, in *Histoire, écologie et anthropologie. Trois générations face à l'oeuvre d'Emmanuel Le Roy Ladurie*, Presses Universitaires de Paris Sorbonne, Paris, 2011.
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Giappichelli Editore, Torino, 2011.
- ALVAZZI DEL FRATE P., *Gli ordinamenti costituzionali*, in *Tempi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 271-318.
- AMOROSO G., *La Corte ed il precedente*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI (a cura di), Bari, Cacucci, 2011, pp.13-47.
- AMOROSO G., *L'ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro – Nomofilachia e Massimario*, 2017.
- ANTOINE M., *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations. Un épisode des querelles entre Louis XV et les parlements (1767)*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1958, pp. 1-33.
- ANTOINE M., *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, Librairie Droz, Paris-Genève, 1970.
- ARABEYRE P., HAPLERIN J-L., KRYNEN J. (sous la direction de), *Dictionnaire historiques des juristes français, XIIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007.

- ARNAUD A.-J., *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, F. DI DONATO (a cura di), Napoli, Jovene Editore, 1993.
- ASCHERI M., *Tribunali, giuristi e istituzioni: dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, 1995.
- AUBIN R., *L'organisation judiciaire d'après les Cahiers de 1789*, Paris, Jouve, 1928.
- BAKER J. H., *The Common law tradition. Lawyers, books and the law*, London-Rio Grande, The Hambleton press, 2000.
- BAKER J. H., *An introduction to English legal history*, London, Butterworths, 1971.
- BAIX F., voce *Baye (Nicolas de)*, in *Dictionnaire d'histoire et de géographie ecclésiastiques*, Librairie Letouzey et Ané, Paris, 1934, Vol. VII., col. 21-2.
- BARBICHE B., voce *Cours souveraines ou supérieures*, in *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Presses universitaires de France, Paris, 1996, pp. 362-364.
- BARBICHE B., *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne (XVIe-XVIIIe siècle)*, Paris, Presses universitaires de France, 2001.
- BARBICHE B., *Les attributions judiciaires du Conseil du Roi*, in *Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, in *Histoire, économie & société*, Vol. 3, 2010, pp. 9-17.
- BARBERIS M., *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- BARBERIS M., *Europa del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2008.
- BARBERIS M., *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini*, Vol. 44, n. 1, 2015, pp. 67-101.
- BARBERO A., *Carlo Magno. Un padre dell'Europa*, Laterza, Bari, 2000.
- BASSI F., *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1965, pp. 17-113.
- BASTID P., *Montesquieu et les Etats-Unis*, in AA. VV., *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois, 1748-1948*, Paris, Recueil Sirey, 1952, pp. 314-321.
- BATES D., *William the Conqueror*, New Haven-London, Yale University Press, 2018.
- BELLOMO M., *Società e diritto nell'Italia medievale e moderna*, Roma, Il cigno, 2002.
- BERMAN H. J., *The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 103, n. 7, 1994, pp. 1651-1738.

- BERMAN H. J., *Law and Revolution II. The impact of the protestant reformations on the western legal tradition*, Cambridge, The Belknap press of Harvard university press, 2003.
- BERMAN H. J., *Diritto e rivoluzione II, L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, D. QUAGLIONI (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2010.
- BERTI E., VOLPI F., *Storia della filosofia dall'antichità a oggi*, Voll. A e B, Bari-Roma, Laterza, 2007.
- BESSONE M. (ed.), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 1996.
- BIGIAMI W., *Appunti sul diritto giudiziario*, Urbino, STEU, 1933.
- BINDOFF S.T., *Tudor England*, London, Penguin books, 1991; C. HOLMES, *Why was Charles I executed*, London, Hambledon Continuum, 2006; AA. VV., *Law and authority in early modern England*, B. SHARP, M. C. FISEL (edited by), Newark, University of Delaware Press, 2007.
- BIROCCHI I., *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002.
- BIROCCHI I., CORTESE E., MATTONE A., MILETTI M. N. (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, Il Mulino, 2013.
- [https://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-pisanelli\\_%28Dizionario-Biografico%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/giuseppe-pisanelli_%28Dizionario-Biografico%29/)
- BLOCH M., *La società feudale*, traduzione di B. M. CREMONESI, Einaudi, Torino, 1987.
- BOBBIO N., *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1979.
- BOBBIO N., voce *Legalità*, in *Dizionario di politica*, 1983, pp. 580-585.
- BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1988.
- BONNECASE J., *L'Ecole 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*, De Bocard, Paris, 1924.
- BORRÈ G., *La Corte di cassazione oggi*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di BESSONE, Torino, Giappichelli, 1996.
- BORSACCHI S. - PENE VIDARI G. S. (a cura di), *Giuseppe Pisanelli (1812-1879)*, in *Avvocati che fecero l'Italia*, Bologna, 2011, pp. 679-724.

- BOULET-SAUTEL M., *La cassation sous l'Ancien régime*, in *Le Tribunal et la Cour de cassation, 1790-1990. Volume jubilaire*, Paris, Litec, 1990, pp. 1-24.
- BOWEN C. D., *The Lion and the Throne. The Life and Times of Sir Edward Coke: 1552-1634*, Boston, Atlantic Monthly Press, Toronto, Little, Brown and company, 1957.
- BRACCIALINI R., *L'Ufficio per il Processo fra Storia, Illusioni, delusioni e prospettive*, in *Questione Giustizia*, 01/06/2020  
[https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-ufficio-per-il-processo-tra-storia-illusioni-delusioni-e-prospettive\\_01-06-2020.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-ufficio-per-il-processo-tra-storia-illusioni-delusioni-e-prospettive_01-06-2020.php)
- BRAND P., *The making of the Common Law*, London-Rio Grande, Hambledon, 1992.
- BRAND P., *Kings, Barons and Justices. The Making and Enforcement of Legislation in Thirteenth-Century England*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- BROOKS C. W., *Law, politics and society in early modern England*, Cambridge : Cambridge University, 2008.
- BUSNELLI M. D., *FURETIÈRE, Antoine*, in *Enciclopedia Italiana*, 1932.  
[https://www.treccani.it/enciclopedia/antoine-furetiere\\_%28Enciclopedia-Italiana%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/antoine-furetiere_%28Enciclopedia-Italiana%29/)
- CABERLOTTO E., *Cassazione e Corte di cassazione (Ordinamento giudiziario e Procedura civile)*, in *Digesto italiano*, volume VII, parte I, UTET, Torino, 1887-1896, pp. 32-489.
- CALAMANDREI P., *La Cassazione Civile*, Voll. 1 e 2, in *Opere Giuridiche*, CAPPELLETTI M. (a cura di), Voll. 6 e 7, Napoli, Morano, 1976.  
<http://romatrepress.uniroma3.it/libro/opere-giuridiche-volume-vi-la-cassazione-civile-parte-prima/>  
<http://romatrepress.uniroma3.it/libro/opere-giuridiche-volume-vii-la-cassazione-civile-parte-seconda/>
- CALAMANDREI P., voce *Cassazione civile*, in *Nuovo digesto italiano*, volume II, Torino, 1937, p. 981 e ss.
- CALASSO F., voce *Corte di cassazione (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VIII, Milano, 1962, pp. 792-796.
- CAMPBELL P. R., *Luigi XIV e la Francia del suo tempo*, traduzione di G. FRANCI, Il Mulino, Bologna, 1997.
- CANNATA C. A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, Torino, Giappichelli, 1976.

- CANZIO G., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contratto e impresa*, 2017, 2, pp. 364 e ss.
- CAPEFIGUE M., *Histoire constitutionnelle et administrative de la France depuis la mort de Philippe-Auguste. Première époque. 1223-1483*, Vol. 1, Dufey et A. Vezard, Paris, 1831.
- CARAVALE M., *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Il Mulino, Bologna, 1994.
- CARAVALE M., *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2012.
- CARDIA M., *L'epurazione*, in *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Bologna, Zanichelli, 2011.
- CARDIA M., *L'epurazione dei magistrati del Consiglio Superiore della Magistratura alla caduta del fascismo*, in *Autonomia, forme di governo e democrazia nell'età moderna e contemporanea*, P. AIMO, E. COLOMBO, F. RUGGE (a cura di), Pavia, Pavia University Press, 2014.
- CARENA A., *Il principio della divisione dei poteri nello Stato costituzionale*, in *Annali di scienze politiche*, vol. 5, n. 4, 1932, pp. 249-290.
- CARLASSARE L., voce *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XVIII, 1990.
- CARONI P., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998.
- CARRE H., *La fin des parlements (1788-1790)*, Paris, Hachette, 1912.
- CARTER A. T., *Outlines of English legal history*, London, Butterworth & Co., 1899.
- CASANA TESTORE P., *Un esempio di corte suprema nell'età del diritto comune: il Senato di Piemonte nei primi decenni di attività: appunti dalle lezioni dell'a.a. 1994-95 di diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1995.
- B. CAVALLONE, *Sulla citazione dei «precedenti» negli scritti forensi*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, pp. 150-154.
- CAVALLONE B., *La borsa di miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, Adelphi, 2016.
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 1, Milano, Giuffrè, 1989.
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Milano, Giuffrè, 2005.

- CAVANNA A., *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune. Un'occasione di riflessione sull'identità del giurista di oggi*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1978, vol. 44, pp. 95-138.
- CERAMI P., METRO A., CORBINO A., PURPURA G., *Roma e il diritto. Percorsi costituzionali, produzione normativa, assetti, memorie e tradizione del pensiero fondante dell'esperienza giuridica occidentale*, Napoli, Jovene, 2010.
- CHALINE O., *Cassations et évocations dans les remontrances des parlements au XVIIIe siècle*, in *Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, in *Histoire, économie & société*, Vol. 3, 2010, pp. 57-68.
- CHAMPION E., *La France d'après les cahiers de 1789*, Paris, A. Colin, 1897.
- CHENON E., *Origines, conditions et effets de la Cassation*, Paris, L. Larose et Forcel, 1882.
- CHERUEL A., *Dictionnaire Historique des institutions moeurs et coutumes de la France*, partie II, Hachette, Paris, 1884.
- CHIASSONI P., *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, Giuffrè, 1999.
- CHIASSONI P., *Il fascino discreto della Common Law. Appunti sulla "rilevanza" dei precedenti giudiziari*, in *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 97 e ss.
- COLESANTI V., voce *Giurisprudenza*, in *Novissimo digesto italiano*, Vol. VII, Torino, 1961, pp. 1101 e ss.
- COMANDUCCI P., *L'illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici a cura di Paolo Comanducci. Testi di Montesquieu, Denis Diderot, Morelly*, Bologna, Il Mulino, 1978.
- COMEZ A. O., *L'ordo iudiciarius in Ivo di Chartres*, in *L'educazione giuridica, Vol. VI – Modelli storici della procedura continentale, Tomo II – Dall'ordo iudiciarius al codice di procedura*, Edizioni Scientifiche Italiane, Perugia, 1994, pp. 59 e ss.
- COMOGLIO L. P., V. CARNEVALE, *Il ruolo della giurisprudenza e i metodi di uniformazione del diritto in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1037 e ss.
- COMOGLIO P., *Minime riflessioni di ordine sistematico in tema di perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, pp. 525 e ss.
- COSTA P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano, 1969.



- COVIELLO L., *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, in *Giurisprudenza italiana*, Vol. LXX, 1918, pp. 33-49.
- COVILLE A., *Les Cabochiens et l'ordonnance de 1413*, Geneve, Slatkine-Megariotis, 1974.
- CREPON T., *Cour de Cassation, origines, attributions; Du pourvoi en cassation en matière civile*, Paris, 1892.
- CROSS R., HARRIS J. W., *Precedent in english law*, Oxford, Clarendon Press, 2001.
- CUCCU F., *Profilo della magistratura italiana: la Corte di Cassazione dal fascismo alla Repubblica*, Tesi di dottorato, 2017.  
[https://iris.unica.it/retrieve/handle/11584/249629/303246/TesiDiDottorato\\_FrancescaCuccu.pdf](https://iris.unica.it/retrieve/handle/11584/249629/303246/TesiDiDottorato_FrancescaCuccu.pdf)
- D'ADDIO M., *Politica e magistratura (1848-1876)*, Milano, Giuffrè, 1996.
- D'AMELIO M., voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia Italiana Treccani*, 1933.  
[https://www.treccani.it/enciclopedia/giurisprudenza\\_%28Enciclopedia-Italiana%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/giurisprudenza_%28Enciclopedia-Italiana%29/)
- DANI A., *Un'immagine secentesca del diritto comune. La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Giovanni Battista De Luca*, Monduzzi, Bologna 2008
- DANI A., *La figura e le prerogative del giudice nell'opera di Giovanni Battista De Luca*, in *La giustizia dello Stato Pontificio in età moderna. Ricerche e progetti in corso, Atti del Convegno di studi, 9-10 aprile 2010*, M.R. DI SIMONE (a cura di), Roma, 2011, pp. 125-148.
- DANTE A., *De vulgari eloquentia*, Libro I, cap. 16, § 1, a cura di P. V. MENGALDO, Riccardo Ricciardi Editore, Napoli-Milano, 1996.
- DARBY H. C., *Domesday England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977.
- DARNTON R., *Il grande affare dei lumi. Storia editoriale dell'Encyclopédie 1775-1800*, Cremona, Edizioni Sylvestre Bonnard, 1998.
- DAUCHY S., *Les voies de recours extraordinaires: propositions d'erreur et requête civile (de l'ordonnance de saint Louis jusqu'à l'ordonnance de 1667)*, Paris, PUF, 1988.
- DEDIEU J., *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France. Les sources anglaises de l'Esprit des Lois*, Paris, J. Gabalda, 1909.
- DESJARDINS G., *Le Fonds du Conseil d'État de l'ancien régime aux Archives nationales*, in *Bibliothèque de l'école des chartes*, tome 59, 1898.
- DESMAZE C., *Le Parlement de Paris*, Paris, 1859.
- DE BOÜARD M., *Guglielmo il conquistatore*, Roma, Salerno Editrice, 1989.

- DE ZULUETA F., *The Liber pauperum of Vacarius*, Francis de Buffalo N.Y., William S. Hein & Co, 1996.
- DE ZULUETA F., STEIN P., *The teaching of Roman law in England around 1200*, London, Selden Society, 1990
- DEZZA E., *Gli ordinamenti giudiziari in Italia nell'età della codificazione*, in *Saggi di Storia del Diritto Penale Moderno*, Milano, LED, 1992, pp. 159-195.
- DEZZA E., *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch (ABGB) (1812)*, Torino, Giappichelli, 1998.
- DIDONE A., *Appunti a prima lettura sulla riforma del giudizio di Cassazione*, in *Il Processo civile*, 2016.
- DI FLORIO A., *Il nuovo ufficio per il processo: proposte per la Corte di Cassazione*, in *Questione Giustizia*, 27/09/2021  
<https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-ufficio-per-il-processo-proposte-per-la-corte-di-cassazione>
- DOUCET R. R., *Les institutions de la France au XVI siècle*, Tomes I & II, Editions A. et J. Picard, Paris, 1948.
- DOUGLAS D. D., *William the conqueror: the Norman impact upon England*, Berkeley, University of California press, 1967.
- ELLUL J., *Storia delle istituzioni. L'età moderna e contemporanea dal XVI al XIX secolo*, traduzione di G. ANCARANI e E. NICOLINI, Mursia, Milano, 1976.
- ELTON G. R., *The Tudor constitution. Documents and commentary*, Cambridge, Cambridge university press, 1982; J. GUY, *Tudor England*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1988.
- ESMEIN A., *Cours élémentaire d'histoire du droit français a l'usage des étudiants de première année*, Sirey, Paris, 1921.
- FAZZALARI E., *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, Giuffrè, 1960.
- FAZZALARI E., *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova, CEDAM, 1984.
- FAYE E., *La Cour de Cassation*, Paris, 1903.
- FERRANTE R., *La difesa della legalità. I sindacatori della Repubblica di Genova*, Giappichelli, Torino, 1995.
- FERRANTE R., *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2002.
- FERRANTE R., *Codificazione e cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2011.

- FERRANTE R., *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Giappichelli, Torino, 2015.
- FERRANTE R., *La legge, o di un termine cui corrisponda qualcosa di esistente*, in *Tempi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 133-143.
- FERRANTE R., *Legge, giustizia e sovranità nella Francia del secondo Cinquecento. Appunti per una storia della "legalità" in Europa continentale*, in *Historia et ius*, 16/2019 - paper 1.
- FERRANTE R., *Ideologie della giurisdizione e cultura giuridica togata. Tradizione, nomofilachia, formanti e metodo storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 49, 2020, pp. 307-345.
- FERRARI ZUMBINI R., *La lotta contro il tempo nel processo altomedievale. Contributo allo studio della denegata giustizia*, Fondazione Sergio Mochi Onory per la Storia del Diritto Italiano, Roma, 1997.
- FLEMING R., *Domesday book and the law. Society and legal custom in early medieval England*, Cambridge, University press, 1998.
- FOCARDI G., *Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati*, in *Passato e Presente*, Milano, Angeli, 2005.
- FOIS S., voce *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIII, 1973, pp. 659-703.
- FREDA D., *La dottrina dei lawyers. Le raccolte di giurisprudenza nell'Inghilterra dei Tudor*, Napoli, Satura, 2009.
- FREDA D., «Una dispotica creazione». *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento*, Torino, Giappichelli, 2012.
- FURET F., OZUF M., *Dizionario critico della Rivoluzione francese*, edizione italiana a cura di M. BOFFA, Milano, Bompiani, 1998.
- FURFARO F., *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino, Giappichelli, 2016.
- FURNO C., *Problemi attuali della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, pp. 486 e ss.
- GAETA P., *Il nuovo processo civile di cassazione: la secolarizzazione della Corte e la scomparsa del procuratore generale*, in *Questione giustizia*, 2017, 3.
- GAMBARO A., SACCO R., *Trattato di Diritto comparato-Sistemi giuridici comparati*, Torino, UTET giuridica, 2018.

- GARNOT B., *Histoire de la justice. France, XVI-XXI siècle*, Paris, Gallimard, 2009.
- GAUDEMET E., *L'interprétation du code civil en France depuis 1804*, Paris, Sirey, 1935.
- GAXOTTE P., *La rivoluzione francese. Dalla presa della Bastiglia all'avvento di Napoleone*, Milano, Mondadori, 2017.
- GENOVESE F. A., *Per una storia della Corte di Cassazione: l'Ufficio del Massimario e del Ruolo*, in *Le Carte e la Storia*, 2008, pp. 44 e ss.
- GHISALBERTI A. M., *LEBRUN, Charles-François, duca di Piacenza*, in *Enciclopedia Italiana*, 1933.
- [https://www.treccani.it/enciclopedia/lebrun-charles-francois-duca-di-piacenza\\_%28Enciclopedia-Italiana%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/lebrun-charles-francois-duca-di-piacenza_%28Enciclopedia-Italiana%29/)
- GLASSON E. D., *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, Voll. 1-6, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1882-1883.
- GODECHOT J., *La Rivoluzione francese. Cronologia commentata 1787-1799*, traduzione di S. LEYDI, Milano, Bompiani, 1989.
- GODEFROY F., *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous ses dialectes du IX au XV siècle*, Tome VI, Paris, Emile Bouillon, 1889.
- GODIN X., *La procédure de cassation au XVIIIe siècle*, in *Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, in *Histoire, économie & société*, Vol. 3, 2010, pp. 19-36.
- GODIN X., *Ordonnance civile de 1667*, in *La procédure et la construction de l'État en Europe (XVI-XIX siècle). Recueil de textes, présentés et commentés*, sous la direction de J. HAUTEBERT et S. SOLEIL, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2011, pp. 47-67.
- GORLA G., *Quaderni: raccolta di saggi sulla giurisprudenza*, in *Il Foro Italiano*, Vol. 91, n. 3, 1968, pp. 363-472.
- GORLA G., *I "Grandi Tribunali" italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia*, in *Foro Italiano*, 1969, pp. 629-652.
- GORLA G., voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIX, Milano, 1970, pp. 489-510;
- GORLA G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981.
- GORLA G., voce *"Precedente giudiziale"*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Treccani, 1990
- GOYARD-FABRE S., *Montesquieu: La nature, les lois, la liberté*, Paris, PUF, 1993.

- GRILLI A., *Il difficile amalgama: giustizia e codici nell'Europa di Napoleone*, Frankfurt am Main, 2012.
- GRILLI A., *Una legalità impossibile RSI, giustizia e guerra civile (1943-1945)*, Roma, Carocci, 2018.
- GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007.
- GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2016.
- GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.
- GROSSI P., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020.
- GROSSI P., *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021.
- GUASTINI R., voce *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Vol. IX, 1994.
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010.
- GUIZOT F., *Cours d'histoire moderne: histoire de la civilisation en France, depuis la chute de l'Empire Romain jusqu'en 1789*, Vol. 5, Société Belge de Librairie, Bruxelles, 1839.
- HALPERIN J. L., *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987.
- HALPERIN J.-L., *Les décrets d'annulation des jugements sous la Convention*, in M. VOVELLE (présentation), *La Révolution française et le droit privé. Actes du colloque d'Orléans 11-13 septembre 1986*, Paris, PUF, 1988, pp. 457-468.
- HALPERIN J.-L., *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, in R. BADINTER (dir.), *Une autre Justice*, Paris, Fayard, 1989, p. 225-241.
- HALPERIN J.-L., *La souveraineté de la Cour de cassation: une idée longtemps contestée*, in *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle? Etudes rassemblées par O. Cayla, M.-F. Renoux-Zagamé*, Paris, L.G.D.J, 2001, pp. 151-163.
- HALPERIN J.-L., *Le code civil*, Paris, Dalloz, 1996.
- HAMSCHER A. N., *The Conseil Prive and the Parlements in the Age of Louis XIV: A Study in French Absolutism*, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1987.
- HELMHOLZ R. H., *The ius commune in England. Four studies*, Oxford, Oxford university press, 2001.

- HILAIRE J., *Le Code civil et la Cour de cassation durant la première moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle*, in *Le Code civil 1804-2004, Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 155-170.
- HOLDSWORTH W., *Sir Matthew Hale on Hobbes. An Unpublished MS*, in *Law Quarterly Review*, Vol. 37, n. 3, 1921, pp. 274-303.
- HOLDSWORTH W., *A history of english law*, London, Methuen & Co., 1923-1972.
- HOLDSWORTH W., *Some makers of English law*, Cambridge, Cambridge university press, 1966.
- HOLMES O. W., *The common law*, Boston, Little, Brown & Co., 1923.
- HOSTETTLER J., *The Red Gown. The Life and Works of Sir Matthew Hale*, Chichester, Barry Rose Law Publishers, 2002.
- HUDSON J., *The formation of the English common law. Law and society in England from King Alfred to Magna Carta*, London-New York, Routledge, 2018.
- HUFTEAU Y.-L., *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965.
- HURT J. J., *Louis XIV and the Parlements. The assertion of royal authority*, Manchester University Press, Manchester-New York, 2002.
- KAFKER F. A., KAFKER S. L., *The Encyclopedists as individuals: a biographical dictionary of the authors of the Encyclopédie*, Oxford, the Voltaire foundation at the Taylor institution, 1988.
- KAY R. S., *The Glorious Revolution and the continuity of law*, Washington, D.C., The Catholic University of America Press, 2014.
- KRYNEN J., *L'Etat de justice, France, XIIIe-XXe siècle. Tome 1, L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009.
- KRYNEN J., *L'Etat de justice, France, XIIIe-XXe siècle. Tome 2, L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012.
- IBBETSON D., *Authority and precedent*, in *Law and authority in British legal history. 1200-1900*, M. GODFREY (edited by), Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 60-84.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.
- IRTI N., *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1539-1545.
- ISRAEL J., *La Rivoluzione francese. Una storia intellettuale dai Diritti dell'uomo a Robespierre*, Traduzione di P. DI NUNNO, M. NANI, Torino, Einaudi, 2015.

- LAMANDA V., in AA. VV. *Cassation et évocations le conseil du roi et les parlements au XVIIIe siècle*, in *Histoire, économie & société*, Vol. 3, 2010, pp. 5-8.
- LANGBEIN J. H., LERNER R. L., SMITH B. P., *History of the common law. The development of Anglo-American legal institutions*, Austin, Wolters Kluwer Law & Business, New York, Aspen Publishers, 2009.
- A. LANZAFAME, *Retroattività degli overruling e tutela dell'affidamento. L'istituto del prospective overruling nella giurisprudenza italiana tra occasioni mancate e nuove prospettive applicative*, in *www.judicium.it*, 2015.
- LA TORRE A., *Cinquant'anni col diritto (saggi)*, Vol. 1 – *Diritto Civile, La Nomofilachia*, Milano, 2008.
- LEBEGUE E., *La vie et l'oeuvre d'un constituant: Thouret, 1746-1794*, Paris, Félix Alcan, 1910.
- LEBIGRE A., *1789: la justice dans tous ses états*, in *Une autre justice. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, pp. 39-55.
- LE GOFF J., *San Luigi*, traduzione di A. SERAFINI, Einaudi, Torino 1996.
- LE GOFF J., *Un lungo Medioevo*, traduzione di M. GIOVANNINI, Dedalo, 2006.
- LEUWERS H., *La justice dans la France moderne: du roi de justice à la justice de la nation (1498-1792)*, Paris, Ellipses, 2010.
- LIEBERMANN F., *Magister Vacarius*, in *The English Historical Review*, Vol. 11, n. 42, 1896, pp. 305-314.
- LIEBMAN E. T., voce *Giurisprudenza*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Vol. VI, 1938, pp. 411-414.
- LLOYD H. A., *La nascita dello stato moderno nella Francia del Cinquecento*, traduzione di E. TORTAROLO, Bologna, Il Mulino, 1996.
- LOACH J., *Parliament under the Tudors*, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- LOBBAN M., *The common law and English jurisprudence: 1760-1850*, Oxford, Clarendon press, 1991
- LOMBARDI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffré, 1975.
- LOMBARDI VALLAURI L., voce *Giurisprudenza: teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Vol. XV, Roma, 1989, pp. 1-9.
- LOT F., FAWTIER R., *Histoire des institutions françaises au moyen âge. Tome II. – Institutions royales*, Tome II, Presses universitaires de France, Paris, 1957.

- LOVATO A., *Giustiniano e la consummatio nostrorum digestorum*, in *Mélanges de l'École française de Rome - Antiquité* [En ligne], 125-2 | 2013.
- M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto - Annali*, Vol. IX, 2016, pp. 391-476.
- LUZZATO G. I., voce *Corte di cassazione (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VIII, Milano, 1961, pp. 790-791.
- MAINE H. J. S., *Dissertations on Early Law and Custom*, London, John Murray, 1883.
- MAITLAND F. W., *Domesday Book and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.
- MANCHESTER A. H., *A modern legal history of England and Wales. 1750-1950*, London. Butterworths, 1980.
- MANDRIOLI C., CARRATTA A., *Corso di diritto processuale civile. II – Il processo di cognizione*, Torino, Giappichelli, 2013.
- MARION M., *Le garde des sceaux Lamoignon et la réforme judiciaire de 1788*, Paris, Hachette, 1905.
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Vol. I, Palermo, Palumbo, 1984.
- MARTINAGE-BARANGER R., *Les idées sur la Cassation au XVIII siècle*, in *Revue historique de droit français et étranger*, Vol. 47, 1969, pp. 244-290.
- MARTY G., *La distinction du fait et du droit*, Paris, 1929.
- MASTROBERTI F., VINCI S., *Tribunali e giurisprudenza nel Mezzogiorno. I. Le gran corti civili (1817-1865): Napoli e Trani*, F. MASTROBERTI (a cura di), Napoli, Satura, 2010.
- MATHEZ A., LEFEBVRE G., *La Rivoluzione Francese*, Torino, Einaudi, 1970.
- MATTEI U., ARIANO E., *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 2018.
- MAUGIS E., *Histoire du Parlement de Paris: de l'avènement des rois Valois à la mort d'Henri IV. Période des rois Valois*, Paris, 1913.
- MAZZACANE A., voce *Pandettistica*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXXI, Milano, 1981, pp. 592-608, in particolare pp. 603-607.
- MAZZANTI PEPE F., *Le aspirazioni del Parlamento di Parigi a una funzione sostitutiva degli Stati generali (1715-1771)*, in *Annali della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Genova*, Milano, Giuffrè, 1973.
- MAZZUCHELLI M., *Il Tribunale del Terrore. I grandi processi della Rivoluzione francese*, Milano, Longanesi & C., 1969.



- MECCARELLI M., *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998.
- MECCARELLI M., *Corti supreme e armonizzazione del diritto privato nella percezione della scienza giuridica tra Otto e Novecento*, in *Harmonisation involves History? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 117- 170.
- MECCARELLI M., *Impieghi dell'idea francese di cassation nell'Italia post-unitaria*, in *forum historia iuris*, 2005.
- MECCARELLI M., *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, Giuffrè, 2005.
- MELLONI C., *Eduardo Piola Caselli, magistrato e giurista*, in *Le Carte e la Storia*, Fascicolo 2, 2008, pp. 128-148.
- MENICONI A., *La "maschia avvocatura". Istituzioni e professione forense in epoca fascista (1922-1943)*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- MENICONI A., *Storia della magistratura italiana*, Bologna, Il Mulino, 2021.
- MIRKINE-GUETZEVITCH B., *De la séparation des pouvoirs*, in AA. VV., *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, Paris, Recueil Sirey, 1952.
- MUESSIG U., *Superior Courts in Early-Modern France, England and the Holy Roman Empire*, in AA. VV. *Judges and judging in the history of the common law and civil law. From antiquity to modern times*, P. BRAND, J. GETZLER (edited by), Cambridge, Cambridge university press, 2012, pp. 209-233.
- MICHON C., *Conseils et conseillers en France de Louis XI à François Ier (1461-1547)*, in *Conseils et conseillers dans l'Europe de la Renaissance: v. 1450 - v. 1550*, Presses universitaires François-Rabelais, Presses Universitaires de Rennes, Tours, 2012.
- MILETTI M. N., *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le «decisiones» di V. de Franchis*, Napoli, Jovene Editore, 1995.
- MILETTI M. N., *Stylus Judicandi. Le raccolte di «decisiones» del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli, 1998.
- MOLINARO G., *Mutamento di giurisprudenza e tutela dell'affidamento: alla ricerca di una soluzione coerente*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 6.
- MONTI A., *Iudicare tamquam deus: i modi della giustizia senatoria nel ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano, Giuffrè, 2003.

- MORRIS M., *A Great and Terrible King. Edward I and the Forging of Britain*, London, Windmill Books, 2009.
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 1923, Vol. I n. 69, p. 80 e Vol. II, n. 16, p. 19.
- MOSTEFAI O., *Jean-Jacques Rousseau écrivain polémique. Querelles, disputes et controverses au siècle des Lumières*, Leiden-Boston, Brill-Rodopi, 2016.
- MOUSNIER R., *Le Conseil du roi de Louis XII a la Révolution*, Presses Universitaires de France, Paris, 1970.
- MOUSNIER R., *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789. Tome II Les organes de l'Etat et la Société*, Tome II, Presses Universitaires de France, Paris, 1980.
- MOUSNIER R., *La costituzione nello stato assoluto. Diritto, società, istituzioni in Francia dal Cinquecento al Settecento*, traduzione di F. DI DONATO, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002.
- NEPPI MODONA G., *La magistratura e il fascismo*, in AA.VV., *Fascismo e società italiana*, G. QUAZZA (a cura di), Torino, Einaudi, 1973.
- NEPPI MODONA G., *Il problema della continuità dell'amministrazione della giustizia dopo la caduta del fascismo*, in AA. VV., *Giustizia penale e guerra di liberazione*, Milano, Angeli, 1984.
- NIEVA-FENOLL J., *El origen inglés de la casación francesa*, in *Revista Italo-española de Derecho Procesal*, 2020, Vol. 1, pp. 83-100.
- NIEVA-FENOLL J., *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- NORBERT R., *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Paris, O. Jacob, 1995.
- OLDHAM J., *English common law in the age of Mansfield*, Chapel Hill-London, The University North Carolina, 2004.
- OLIVIER-MARTIN F., *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Domat Montchrestien, Paris, 1951.
- OLIVIER-MARTIN F., *L'absolutisme français; suivi de Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle*, Paris, Loysel, 1988.
- OLIVIER-MARTIN F., *L'absolutisme français. Suivi de Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle*, LGDJ, Paris, 1997.
- ORESTANO R., *L'appello civile in diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1966.

- PACCHIONI G., *I poteri creativi della giurisprudenza*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. X, 1912, pp. 40-44
- PADOA-SCHIOPPA A., *Giustizia medievale italiana. Dal Regnum ai comuni*, Fondazione Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, Spoleto, 2015.
- PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2016.
- PAYEN P., *La physiologie de l'arret de reglement du Parlement de Paris au XVIII Siecle*, Presses universitaires de France, Paris, 1999.
- PERETTI GRIVA D. R., *Per il ripristino delle Cassazioni regionali*, in *Giur. It.*, 1946, parte IV.
- PETIT C., *Iustitia Gothica. Historia Social y Teología del Proceso en la Lex Visigothorum*, Servicio de Publicaciones Universidad de Huelva, Spagna, 2001.
- PANZERI L., *L'unicità della Corte di Cassazione nell'evoluzione del costituzionalismo italiano*, Milano, Angeli, 2020.
- PASSANANTE L., *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, Giappichelli, 2018.
- PIANO MORTARI V., voce *Dogmatica giuridica (premessa storica)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XII, Milano, 1964, pp. 671-678.
- PICARDI N., *Giuseppe Pisanelli e la Cassazione*, in *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo, cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione*, C. VANO (a cura di), Napoli, Jovene, 2005, pp. 29-38.
- PLASSARD J., *Des ouvertures communes à cassation et à requête civile*, Paris, 1924.
- PLUCKNETT T.F.T., *A Concise History of the Common Law*, London, Butterworth & co., 1956.
- POLLOCK F., MAITLAND F. W., *The history of english law before the time of Edward I*, Cambridge, University press, Boston, Little, Brown & co., 1899.
- PONCET O., voce *Conseils du roi*, in *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, Presses universitaires de France, Paris, 1996, pp. 320-325.
- PORTINARO P. P., voce *Legalità, principio di*, in *Enciclopedia Treccani delle scienze sociali*, 1996.
- [https://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-legalita\\_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/principio-di-legalita_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/)
- POSTEMA G., *Classical Common Law Jurisprudence (part I)*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 2, 2002, pp. 155-180.

- POSTEMA G., *Classical Common Law Jurisprudence (part II)*, in *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 3, 2003, pp. 1-28
- POUND R., *The spirit of the common law*, Boston, Beacon Press, 1963.
- PRESTWICH M., *Edward I*, New Haven, Yale University Press, 1997.
- PROTO PISANI A., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014 n.132, convertito, con modificazioni, in l.10 novembre 2014 n. 162), Premesse generali (e una proposta)*, in *Foro italiano*, 2015, parte V, col. 1.
- PUGET H., *Montesquieu et l'Angleterre*, in AA. VV., *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois, 1748-1948*, Paris, Recueil Sirey, 1952, pp. 275-311.
- PUGLIESE G., *Il Processo civile romano*, Milano, Giuffrè, 1963.
- PUNZI C., *La Cassazione da custode dei custodi a novella fonte di diritto?*, in *Historia et ius, rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, [www.historiaetius.eu](http://www.historiaetius.eu) - 1/2012 - paper 4.
- REGNAULT H., *Manuel d'histoire du droit français*, Sirey, Paris, 1947.
- REPACI A., voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia forense*, Vol. III, 1958, pp. 996-998.
- REY A. (Sous la direction de), *Dictionnaire historique de la langue française*, tome I, Paris, Le Robert, 1998.
- RORDORF R., *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 134 e ss.
- ROFFE D., KEATS-ROHAN K. S. B., *Domesday Now. New Approaches to the Inquest and the Book*, Woodbridge, Boydell Press, 2016.
- ROSBOCH M., *Decidere invano. Aspetti delle invalidità nelle sentenze medievali*, Jovene Editore, Napoli, 2010.
- ROYER J.-P., *Les innovations des constituants en matière de justice civile ou la «Cité idéale»*, in R. BADINTER (dir.), *Une autre justice 1789-1799*, Paris, Fayard, 1989.
- ROYER J.-P., *Histoire de la justice en France. Première partie*, Presses universitaires de France, Paris, 1996.
- RUSSEL C., *The crisis of parliaments. English history, 1509-1660*, London, Oxford University Press, 1971.
- RUSSELL C., *The causes of the English civil war. The Ford lectures delivered in the University of Oxford 1987-1988*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

- RUSSEL C., *The fall of the British monarchies: 1637-1642*, Oxford, Clarendon press, 1991.
- SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, UTET giuridica, 1992.
- SANTANGELO A., *La toga e la porpora. Quattro biografie di Giovan Battista De Luca*, Venosa, Osanna, 1991.
- SARACENO P. (a cura di), *I magistrati italiani dall'Unità al fascismo. Studi biografici e prosopografici*, Carucci, Roma 1988.
- SASSANI B., *Nomofilachia, que de crimes qu'on commet on ton nom! L'oggi della Suprema e il trionfo della sfiducia*, in *Il Processo civile*, 2016.
- SATTA S., voce *Cassazione*, in *Enciclopedia del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VI, Milano, 1960, pp. 457-458.
- SATTA S., voce *Corte di cassazione (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. VIII, Milano, 1962, pp. 797-829.
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1962, Volume II.
- SAYLES G. O., *The functions of the medieval parliament of England*, London, The Hambledon Press, 1988.
- SAVELLI R., *Tribunali, "decisiones" e giuristi: una proposta di ritorno alle fonti*, in *Origini dello stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, Bologna, 1994, pp. 397-421.
- SCARSELLI G., *Note sulla crisi della Cassazione (civile) e sui possibili rimedi*, in *Judicium, il processo civile in Italia e in Europa*, [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2010.
- SCHAMA S., *Cittadini. Cronaca della Rivoluzione francese*, Milano, Mondadori, 1989.
- SCHNERB B., *Les Armagnacs et les Bourguignons: la maudite guerre*, Perrin, Paris, 2001.
- SCIUMÈ A., *Fra revisione e cassazione: modelli di organizzazione giudiziaria e politica dell'unificazione nella Lombardia post-unitaria*, in *Ius mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 979-1050.
- SERIO M., *L'apporto della letteratura alla formazione storica del diritto inglese: l'impareggiabile opera di Charles Dickens*, in *Diritto: storia e comparazione Nuovi propositi per un binomio antico*, M. BRUTTI, A. SOMMA (a cura di), Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2018, pp. 491-507.

- SHACKLETON R., *Montesquieu: a critical biography*, London, Oxford University Press, 1961.
- SIMPSON A. W. B., *Legal Theory and Legal History. Essays on the Common Law*, London-Ronceverte, The Hambledon Press, 1987.
- SINISI L., *Giustizia e giurisprudenza nell'Italia preunitaria. Il Senato di Genova*, Milano, 2002.
- SMITH D. C., *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws. Religion, politics and Jurisprudence, 1578–1616*, Cambridge, Cambridge University press, 2014.
- SMITH D. L., *The Stuart Parliaments*, London, Arnold, 1999.
- SOFFIETT I., MONTANARI C., *Il diritto negli Stati sabaudi: le fonti (secoli XV-XVI)*, Torino, Giappichelli, 2011.
- SOMMA E., *Juge naturel e ordinamento giudiziario francese 1790-1795*, Milano, Giuffrè, 2013.
- SOULA L., *Le difficile ajustement des relations entre les cours d'appel et la cour de cassation. Le Chaos de la jurisprudence au XIXe siècle*, in J. KRYNEN, J.-C. GAVEN (dir.), *Les désunions de la magistrature (XIXe-XXe siècles)*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2012, pp. 417-436.
- SOULA L., *Les cours d'appel, Origines, histoire et enjeux contemporains*, in *Revue historique de droit français et étranger*, Vol. 95, n. 4, 2017, pp. 584-596.
- STEIN P., *The Character and Influence of the Roman Civil Law. Historical essays*, London-Ronceverte, Hambledon press, 1988.
- SUEUR P., *Histoire du droit public français. XV – XVIII siècle*, Voll. 1 & 2, Presses universitaires de France, Paris, 2007.
- SUTHERLAND D., *Quo Warranto Proceedings in the Reign of Edward I, 1278–1294*, Oxford, Clarendon Press, 1963.
- SZRAMKIEWICZ R., BOUINEAU J., *Histoire des institutions 1750-1914*, Paris, Litec, 1989.
- TABACCHI S., voce *Giuseppe Pisanelli*, in *Dizionario Biografico degli italiani*, Vol. 84, 2015.
- TARELLO G., voce *Scuola dell'esegesi*, *Novissimo digesto italiano*, Vol. XVI, 1969, pp. 819-823.
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998.

- TARUFFO M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, il Mulino, 1991.
- TARUFFO M., voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia Treccani delle scienze sociali*, Vol. IV, Roma, 1994.  
[https://www.treccani.it/enciclopedia/giurisprudenza\\_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/giurisprudenza_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/)
- TARUFFO M., *Precedente e giurisprudenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, pp. 795-810.
- E. TAVILLA, voce *Muratori, Ludovico Antonio*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, 2012.  
[https://www.treccani.it/enciclopedia/ludovico-antonio-muratori\\_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/ludovico-antonio-muratori_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/)
- TAVILLA E., *Le radici profonde d'Europa*, in *Tempi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 1-52.
- TAVILLA E., *Sovranità e leggi fondamentali: alla ricerca di una dimensione costituzionale nell'Europa moderna (secc. XV-XVIII)*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 25, 2013, pp. 161-180.
- THOMAS H., *The Norman Conquest. England after William the Conqueror*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2007.
- THORNE S. E., *Essays in English Legal History*, London, Hambledon press, 1985.
- TEDOLDI A., *La delega sul procedimento di cassazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, pp. 925 e ss.
- TESSIER G., *Les ordonnances de François Ier*, in *Bibliothèque de l'école des chartes*, 1967, tome 125, livraison 1, pp. 201-208.
- TIMBAL P. C., *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Dalloz, Paris, 1970.
- TOMBS R., *The English and their history*, New York, Knopf, 2015.
- TRIFONE G. P., *La Cassazione nella storia*, in AA. VV., *La Corte di cassazione dalle origini ai giorni nostri*, con presentazione di V. CARBONE, Roma, Gangemi, 2010, pp. 99-170.
- TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, Libr. générale de droit et de jurisprudence, 1980.
- TROPER M., *La forza dei precedenti e gli effetti perversi nel diritto*, in *Ragion pratica*, 6, 1996, pp. 65 e 73.

- TROPER M., *Le nuove separazioni dei poteri*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007.
- TUBBS J. W., *The common law mind. Medieval and early modern conceptions*, Baltimore-London, The John Hopkins University press, 2000.
- VALOIS N., *Inventaire des arrêts du conseil d'Etat (règne de Henri IV)*, Imprimerie nationale, Paris, 1886-1893.
- VALOIS N., *Le pape et le Concile (1418-1450): La crise religieuse du XV siècle*, vol. 2, Paris, Picard, 1909.
- VAN CAENEGEM R. C., *I signori del diritto: giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, Giuffrè, 1991.
- VAN CAENEGEM R. C., *The birth of the English common law*, Cambridge, Cambridge university press, 1988: Cambridge university press, 1988.
- VAN CAENEGEM R. C., *I sistemi giuridici europei*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- VANO C., *Pisanelli Giuseppe*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, I. BIROCCHI et al. (a cura di), Bologna 2013, pp. 1600-1602.
- VARANO V., BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, Giappichelli, 2021.
- VIGNUDELLI A. (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009.
- VILLARD P., *Histoire des institutions publiques de la France: (de 1789 a nos jours)*, Paris, Dalloz, 1996.
- VILLAT L., *La Rivoluzione francese e l'impero napoleonico*, traduzione di P. SERINI, Torino, Einaudi, 1940.
- VIOLLET P., *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, Tome X, 1898.
- VOGLIOTTI M., voce *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto - Annali*, Vol. VI, 2013, pp. 371-434.
- VOVELLE M., *La rivoluzione francese, 1789-1799*, Milano, Guerini scientifica, 2003.
- WALKER J., O. G. CHASE, *Common law, civil law and the future of categories*, Markham, LexisNexis, 2010.
- WESTON C. C., CORINNE, GREENBERG J. R., *Subjects and sovereigns. the grand controversy over legal sovereignty in Stuart England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.



- WHITE S. D., *Sir Edward Coke and the grievances of the Commonwealth*, Manchester, Manchester university press, 1979.
- WILLIAMS P., *The Tudor regime*, Oxford, Clarendon Press, 1981.
- WOLODKIEWICZ W., *Antoine-Gaspard et André-Jean Boucher d'Argis. Deux juristes éclairés devant la Révolution*, in M. VOVELLE (présentation), *La Révolution française et le droit privé. Actes du colloque d'Orléans 11-13 septembre 1986*, Paris, PUF, 1988, pp. 187-204.
- YALE E. C., *Hobbes and Hale on Law, Legislation and the Sovereign*, in *The Cambridge Law Journal*, Vol. 31, n. 1, 1972, pp. 121-156.
- ZIINO S., *I rimedi contro l'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Rivista di diritto processuale*, 2016, pp. 1107-1126.
- ZWANENBURG W., *Noms d'action en -ion en moyen français: emprunts ou dérivés*, in *Actes du IVe Colloque international sur le moyen français*, Rodopi, Amsterdam, 1985.

## **RINGRAZIAMENTI**

Un ringraziamento sincero al Professore Riccardo Ferrante: se ho potuto sperimentare il lavoro più bello del mondo lo devo a lui, alla sua fiducia, alla sua esperienza, al suo consiglio.

Un sentito grazie a tutti i membri della sezione di Storia del Diritto dell'Università di Genova che mi hanno accompagnato, assistito (e talvolta accudito) in questo percorso: i professori Rodolfo Savelli, Vito Piergiovanni, Lorenzo Sinisi, la professoressa Daniela Tarantino, i colleghi e amici Daniele Rosa, Matteo Carmine Fiocca, il Dottor Valter Montallegro e la professoressa Federica Furfaro, la cui competenza è stata per me un esempio fondamentale.

Un speciale tributo di affetto e stima alle professoresse Roberta Braccia e Maura Fortunati: il loro aiuto costante e gratuito mi ha permesso di vivere appieno e con soddisfazione questa mia prima esperienza di ricerca, arricchendomi umanamente ancor prima che accademicamente.

Un ringraziamento alle dottoresse Stefania Vircillo e Stefania Maria Lavezzo: la loro assistenza, ben superiore a quella meramente dovuta, mi ha permesso di uscire indenne dalla giungla della burocrazia.

Un pensiero particolare a Massimo Simoni la cui impareggiabile presenza umana ha reso ancor più piacevole varcare quotidianamente la soglia di via Balbi 30.

Grazie a tutti i colleghi, molti dei quali anche amici, e ai docenti del Corso di Dottorato in Diritto dell'Università di Genova per aver reso questi tre anni una vera palestra di vita. Nessuno cresce da solo.

Grazie infine a mia moglie, Marta, la mia famiglia e gli amici di sempre. La gioia di poter continuare a camminare con voi è la mia più grande soddisfazione.

D.C.