

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Juan Sainz Guerra (Jaén)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Francesco Di Donato (Benevento)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Piacenza)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Münster)
PD Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Buenos Aires)

Artikel vom 9. Dezember 2005

© 2005 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/zitat/0512meccarelli.htm>

ISSN 1860-5605

Massimo Meccarelli (Universidad di Macerata):

Impieghi dell'idea francese di cassation nell'Italia post-unitaria

Le svolte rivoluzionarie, si sa, contano anche per i riflessi che sono in grado di produrre all'esterno del contesto in cui maturano. La storia giuridica dell'Europa del XIX secolo è sotto questo aspetto emblematica, segnata, com'è, in profondità dalle svolte verificatesi in Francia dopo il 1789. Nel Continente le varie vicende di strutturazione dei diritti nazionali, seppur nelle diverse forme in cui si attuano, trovano nell'esperienza giuridica francese un punto di riferimento o devono comunque con essa misurarsi. Per certe realtà come l'Italia è possibile riscontrare addirittura un vero e proprio processo di osmosi. 1

Occorre però studiare in profondità i modi e le valenze della vicenda di circolazione di un 'modello'¹, se gli si vuol dare un contenuto apprezzabile sul piano storico giuridico. In particolare vanno considerate anche le peculiarità dei contesti istituzionali, sistematici e culturali in cui la recezione si realizza, e va anche analizzata la effettiva connotazione tecnica degli istituti. Ciò permette, non solo di avvertire i non trascurabili scostamenti rispetto al modello di riferimento, ma anche di individuare le peculiarità delle diverse esperienze europee di modernizzazione del diritto, nel comune orizzonte della codificazione. 2

Il tema che si vuole illustrare in queste pagine si presta bene ad un siffatto tipo di indagine. E' evidente, infatti, che la connotazione del vertice della giurisdizione come *cassation* risponde ad un disegno ideologico teso a difendere e promuovere il nuovo ordine giuridico che si è voluto sostituire all'antico. Al contempo però trattandosi della chiusura degli assetti sistematici determinati dal diritto codificato, nonché di quelli costituzionali implicati dalla separazione dei poteri, lo strumento della *cassation* si trova a diretto contatto con pressanti necessità di contestualizzazione, rispetto alle specifiche realtà socio-politiche in cui deve operare. 3

Per tali ragioni la storia dei suoi impieghi è, al contempo, una storia di recezioni e di relativizzazioni. 4

C'è poi un altro fattore che rende il tema – soprattutto se considerato nell'esperienza giuridica italiana – particolarmente complesso e interessante: il fatto che tale 'recezione' si realizza in tempi relativamente estesi. Già nella fase storica che precede l'Unità d'Italia è

1 Per delle linee metodologiche sulla rilevanza del 'modello' dal punto di vista storico-giuridico si vedano P. Grossi, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, in *Rivista di diritto civile*, XLII, 1996, parte I, pp. 281-286, A. PADOA-SCHIOPPA, *Verso una storia del diritto europeo*, in *Studi di storia del diritto*, III, Milano, 2001, pp. 17-18.

presente un certa vivacità di approcci nelle utilizzazioni della *cassation* francese; ma colpisce ancora di più la vicenda dei suoi impieghi dopo la nascita del Regno d'Italia, quando, cioè, nella Penisola diventa centrale la questione della creazione di un diritto nazionale. In tale seconda fase, mentre la codificazione del diritto privato viene realizzata a tappe forzate già nel 1865, l'ordinamento della giurisdizione suprema – che pure ha a che fare con quella svolta - viene strutturandosi lentamente e progressivamente fino al 1923, anno nel quale viene finalmente istituita una Corte di cassazione unica per tutto il Regno ². Una siffatta dilatazione temporale espone ulteriormente la recezione del modello a gradi di relativizzazione che dipendono dal mutamento dei contesti storici.

Nelle pagine che seguono si intenderà considerare la questione rispetto a tre aspetti, particolarmente significativi per una comprensione dei regimi di circolazione del modello francese, per poi pervenire ad alcune riflessioni conclusive di ordine metodologico.

1. Il primo profilo rispetto al quale è possibile considerare il tema è quello dell'impiego del portato ideologico originario del carattere antigiusprudenziale dell'istituto della *cassation*.

5

L'introduzione di quest'ultimo era stata motivata in Francia dall'esigenza costituzionale di difendere l'egemonia del nuovo potere legislativo sul terreno della produzione del diritto dalla giurisprudenza dei tribunali ³. Il giudizio di terzo grado veniva derubricato in un giudizio di *cassation* essenzialmente per avere la garanzia che l'attività di uniformazione giurisprudenziale desse concretezza al diritto positivo nazionale emanato dal legislatore.

2 I riferimenti normativi principali di questa vicenda sono costituiti oltre che dal *regio decreto del 6 dicembre 1865 n. 2626*, con cui si istituisce l'ordinamento giudiziario post-unitario e dal *Codice di procedura civile del 1865*, da molte altre leggi; alcune di esse, precedenti a tale data, consistono in provvedimenti tesi a riconoscere la legittimità delle vecchie Corti di cassazione pre-unitarie di Firenze, Napoli e Palermo, (in aggiunta a quella di Torino) nel nuovo sistema di giurisdizione unitario o a stabilire la ripartizione territoriale delle competenze per ciascuna di esse. Numerosi però sono anche i provvedimenti legislativi che seguono allo snodo del 1865. Solo per limitarci ai più rilevanti ricordiamo: la *legge 12 dicembre 1875 n. 2837*, che serve a creare una Corte di cassazione anche a Roma; la *legge del 31 marzo 1877 n. 3761* che attribuisce alla Cassazione di Roma la competenza per i conflitti di attribuzione tra autorità giudiziaria e amministrativa; la *legge 6 dicembre 1888 n. 5825*, che unifica le Cassazioni penali e introduce una nuova disciplina per ciò che attiene ai giudizi da svolgersi di fronte alle sezioni unite; il *regio decreto del 24 marzo 1923 n. 601*, che sancisce l'abolizione delle Corti supreme regionali. Per eventuali approfondimenti si vedano M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata, (1865-1923)*, Milano, 2005, pp. 16-42, e M. TARUFFO, *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, (1982) ora in *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, pp. 27-50.

3 Cfr. P. CALAMANDREI, *La cassazione civile, I. Storia e legislazione*, (1920), ora in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol.VI, Napoli, 1976, pp. 273-275, J.L. Halperin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, 1987, pp. 81-85, A. GOURON, *Jurisprudence de la Cour de Cassation et arrêts de règlement*, in *Europäische und amerikanische Richterbilder*, Hrsg. von A. Gouron, L. Mayali, A. Padoa Schioppa, D. Simon, Frankfurt am Main, 1996, pp. 56-57, L. MONTAZEL, *Entre fait et droit: histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIXème siècle*, Frankfurt am Main, 1998, pp. 5-6.

In Italia, nella fase immediatamente successiva all'Unità, i sostenitori della Cassazione individuano l'opportunità di adottare il sistema francese proprio nella portata antigiusprudenziale dell'istituto. Tuttavia il fondamento di politica del diritto sottostante sembra sensibilmente diverso da quello transalpino. Se infatti è attribuibile a problemi di tenuta degli assetti costituzionali, non altrettanto è posto in relazione alla centralità del diritto codificato. Viene ribadita l'esigenza di tutelare la volontà del legislatore contro l'«arbitrio dei giudici», ma non c'è altrettanta attenzione riguardo all'esigenza di «impedire la difformità nell'applicazione del diritto», che resta un risultato auspicabile ma non certo caratterizzante⁴ e comunque ad avviso di alcuni – e parliamo di convinti sostenitori del sistema della cassazione - realisticamente «in sé impossibile»⁵.

6

L'occhio attento di un giurista come Mittermaier⁶ già allora coglieva lo spirito originale con cui si guardava al diritto francese per codificare il diritto processuale italiano. Qui il giurista tedesco pensava ad una capacità di migliorare la sintesi costituita dal sistema processuale francese, alla luce di altre esperienze giuridiche maturate in Italia. Più in generale però le peculiarità dell'impiego del modello di *cassation* si spiegano considerando le valenze e i modi con cui viene alla luce il primo codice civile nazionale. Quest'ultimo, infatti, era stato fortemente voluto, soprattutto sul piano politico, per i benefici effetti che poteva produrre in termini di consolidamento dell'immagine di una unità territoriale della penisola (una nazione, un diritto); a tale scopo, dagli ambienti di governo, si era dato impulso ad una sua rapida emanazione, seguendo una prospettiva di assimilazione al diritto piemontese, piuttosto che di armonizzazione dei diritti pre-unitari presenti nella penisola⁷.

7

La mancata ponderazione con cui il codice civile è venuto alla luce spiega in parte la cautela con cui si fa riferimento alla capacità di uno strumento come la cassazione, di farsi veicolo di uniformazione della giurisprudenza alla luce del codice.

8

4 Cfr. G. PISANELLI, *Relazione ministeriale sul progetto del codice di procedura civile, presentata al Senato nella tornata del 26 novembre 1863*, in *La Legge*, V, 1865, parte I, pp. 237-238.

5 P.S. MANCINI, *Discorso tenuto alla Camera dei Deputati nella Seduta del 20 febbraio 1865, VIII legislatura Sessione 1863-65*, in *Discorsi parlamentari*, Roma, 1893, pp. 217-219; «coloro i quali», continua, «desiderano e sperano mediante l'istituzione di unica Corte di cassazione questo risultato [l'uniformazione della giurisprudenza], non debbono essere uomini che abbiamo molta pratica e familiarità con gli affari giudiziari». Eppure Mancini è uno dei più impegnati a sostenere l'idea di una Corte suprema di cassazione, come Egli dice, a «difesa costante della legge contro il potere, contro le magistrature inferiori, contro tutti coloro i quali si attentano di violarla».

6 C.J.A. MITTERMAIER, *Der neueste Stand der Leistungen der Gesetzgebung und Wissenschaft in Bezug auf die Verbesserung der Civilprozessgesetzgebung [...]*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 47, 1864, p. 439. Del resto Pisanelli aveva mostrato di avere un atteggiamento aperto a possibili aggiustamenti del modello francese, alla luce dell'esperienza giuridica italiana, anche rispetto alla codificazione civile. Si veda in proposito quanto scrive S. SOLIMANO, *'Il letto di Procuste'. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario*, Milano, 2003, pp. 50-52.

7 Lo ricorda, in questo dibattito sulle *Percezioni e impieghi del diritto francese come modello giuridico nell'Europa del XIX secolo*, S. SOLIMANO, *L'edificazione del diritto privato italiano: dalla Restaurazione all'Unità*, www.forhistiur.de/zitat/0505solimano.htm, 17. maggio 2005, nn. 17-28 e in particolare n. 24.

Ben presto, infatti, si dovette prendere atto che, l'unificazione del diritto privato, poneva il problema della sua penetrazione effettiva nella diversificata realtà italiana.

Questa fu una delle ragioni che avrebbero giustificato la evidente stranezza rappresentata dalla presenza di 5 Corti di cassazione (con sede a Torino, Firenze, Roma, Napoli, Palermo) nel territorio nazionale. Si tratta di un sistema percepito e accettato come transitorio che però, come accennavamo, resta in piedi per tutta la durata della cosiddetta fase liberale del Regno d'Italia.

Piero Calamandrei avrebbe liquidato tutto ciò come effetto di una debolezza del giovane legislatore post-unitario; il sistema transitorio «mostruosità giudiziaria paragonabile all'uomo con 5 teste dei baracconi della fiera»⁸, «ridicolo portato della nostra pigrizia politica»⁹ - era la risultante di diverse contingenze e non riconducibile ad esigenze complessive del sistema della giurisdizione post-unitaria. 9

In realtà potendoci giovare oggi di una capacità di osservazione retrospettiva appare chiaro che quel sistema transitorio di 5 Corti supreme ha svolto, per tutto il sessantennio post-unitario, una sua funzione per la tenuta del nuovo ordinamento giuridico nazionale. E' un dato riconosciuto la stessa dottrina dell'epoca, che pure nella sua generalità era insoddisfatta di quel sistema; tanto che, con una certa enfasi, alcuni oppositori della unificazione delle Corti di cassazione, alla vigilia della riforma del 1923, avrebbero ricordato ancora che «la Cassazione italiana fu organizzata fino dall'origine in modo tale da escludere che po[tesse] avere come scopo essenziale l'uniformità della giurisprudenza»¹⁰. 10

In sostanza, se nella realtà francese quello della giurisdizione suprema costituiva il terreno su cui perfezionare l'operazione di riduzione del diritto nel nuovo codice civile, in quella italiana esso diventava lo spazio per una ultima resistenza (e per la ricerca di una possibile alternativa) al programma di sterilizzazione del fattore giurisprudenziale nello svolgimento del diritto. 11

Si potrebbe parlare a lungo di tali profili ma, per restare al punto che interessa il nostro saggio, possiamo confermare che la vicenda della adozione del modello francese della cassazione si svolge in un contesto che non è irrilevante, ai fini delle valenze che quello schema di disciplinamento della giurisdizione era destinato ad assumere. L'originaria connotazione antigisprudenziale impiegata in Italia assume un significato e una portata sua propria. 12

8 P. CALAMANDREI, *Per il funzionamento della cassazione unica*, (1924), ora in *Studi sul processo civile*, Padova, 1930, vol. II, p. 258.

9 P. CALAMANDREI, *La unificazione della Cassazione civile e interessi regionali*, (1923), ora in *Opere giuridiche*, Napoli, 1979, vol. VIII, p. 347.

10 Ci riferiamo a G. SAROCCHI, S. LESSONA, E. FINZI, E. BARSANTI, A. TELLINI, *Sul problema delle Cassazioni territoriali*, Firenze, 1923, p. 7.

2. Passiamo ora ad illustrare un secondo profilo esemplificante il grado di relativizzazione nell'impiego della *cassation* francese; si tratta, in particolare, di verificare il rapporto tra il nome e la cosa, ossia tra il modello di riferimento e le specifiche regole di funzionamento effettivamente adottate in Italia. 13

Un primo dato lo abbiamo già colto: la Corte di cassazione italiana non è affatto unica. L'articolazione regionale della giurisdizione suprema è un dato persistente, che non si spiega solo con la necessità di dare soddisfazione agli interessi regionali delle classi dirigenti locali e del ceto dei giuristi avvocati.

Non solo il sistema in atto ma sostanzialmente tutti i sistemi alternativi che si cerca di introdurre tra il 1860 e il 1923, si confrontano con la necessità di dare un riconoscimento al pluralismo giurisdizionale. Molti progetti, anche autorevolmente sostenuti (si pensi al progetto Zanardelli del 1903 e a quello Orlando del 1908), continuano a riproporre, seppur in forme tecnicamente diverse, un impianto regionale della giurisdizione suprema. Gli stessi progetti che puntano alla istituzione di una Corte di cassazione unica (penso ad esempio al progetto Vigliani del 1875), introducono sensibili modifiche al sistema delle impugnazioni, quasi trasformando l'istituto della revocazione in un 'terzo grado' di giudizio diffuso su scala territoriale ¹¹. 14

Una seconda peculiarità del sistema delle Corti di cassazione italiano rispetto al suo modello di riferimento riguarda poi l'istituto della sezioni unite. 15

Quello delle *Chambres réunies* è in realtà storicamente un istituto chiave per la definizione dell'identità della *cassation* francese. Esso infatti rappresenta la soluzione finale, introdotta nel 1837, per la regolazione del conflitto, tra giudice supremo e giudice di merito, sulla interpretazione della questione di diritto.

Ricordiamo sinteticamente il punto in questione: nello schema della *cassation*, la Corte suprema, dopo aver definito la questione di diritto, doveva rinviare la causa al giudice di merito; quella decisione non aveva valore vincolante per il giudice del rinvio. Tale limitazione discendeva dalla applicazione del principio per cui il giudice è sottoposto soltanto alla legge e dalla esigenza antigiusprudenziale di non ricostituire un vertice 16

11 Il Progetto Vigliani (*Atti della Camera dei Deputati. Documenti*, Legislatura XII, sessione 1874-1875, doc. 116) relativo all'istituzione della Corte suprema di giustizia nel Regno, viene presentato alla Camera il 15 aprile 1875. Non arriverà al dibattito; verrà ripresentato al Senato nella tornata del 9 marzo 1876, ma non avrà sorte migliore a causa della crisi ministeriale nel 25 marzo 1876.

Il progetto Zanardelli (*Atti della Camera dei Deputati, Documenti*, Legislatura XXI, 2a sessione 1902-1903, doc. 294, pp. 63-75), pensato per una riforma complessiva dell'ordinamento giudiziario, viene presentato alla Camera il 12 febbraio 1903, discusso tra il 3 al 25 marzo 1903, è approvato in prima lettura a grandissima maggioranza; il Governo però cadrà prima che il progetto possa giungere alla seconda lettura.

Il progetto Orlando (*Atti della Camera dei Deputati. Documenti*, Legislatura XXII, sessione 1904-1908, doc. 968) teso ad introdurre "nuove disposizioni intorno all'ordine e alla forma dei giudizi" viene presentato alla Camera il 16 marzo 1908 e poi ripresentato, sostanzialmente invariato nella parte relativa alle Corti supreme di cassazione, il 24 maggio 1909. Il progetto non giungerà alla discussione per il sopraggiungere della crisi di Governo.

Per una loro descrizione rinviamo a M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione*, (nota 2), pp. 43-92.

giurisdizionale come quello dei *Parlements*. Originariamente, sul piano delle dinamiche processuali, la decisione del giudice di merito, presa in contrasto con le linee indicate dalla Corte suprema, poteva essere nuovamente impugnata di fronte ad essa “per gli stessi motivi”. Ciò dava vita ad un nuovo pronunciamento di quest’ultima e ad un nuovo rinvio non vincolante per il giudice di merito. L’ipotesi di un insanabile contrasto interpretativo tra giudice della cassazione e giudice di merito veniva risolta con l’istituto del c.d. *référé législatif* obbligatorio, imponendo cioè alla Corte di interpellare il legislatore per conoscere la corretta interpretazione in diritto¹². Con la legge del 1 aprile 1837¹³, invece, si stabiliva che di fronte ad un secondo ricorso per gli stessi motivi la *Cour de cassation* dovesse decidere a *Chambres réunies* e che la nuova decisione, limitatamente alla questione di diritto, era da ritenersi vincolante per il giudice del rinvio.

Dunque l’ideazione dell’ istituto era legata alle impostazioni antigiusprudenziali del sistema della *cassation*; atteneva alla coerenza dei tratti della giurisdizione suprema con il primato della legge e del potere legislativo. Come effetto indiretto di tale attività la Corte di cassazione diventava anche punto di orientamento giurisprudenziale capace di assicurare l’uniforme applicazione della legge nel territorio nazionale. 17

Tale caratterizzazione dell’istituto era presente in Italia nella versione iniziale del sistema delle Corti di cassazione regionali, con l’ importante differenza, rispetto al sistema francese ciascuna Sede di giurisdizione suprema aveva le proprie sezioni unite. Ciò implicava il prodursi – profilo inesistente nell’ordinamento francese – di un rafforzamento del potenziale di differenziazione tra gli orientamenti giurisprudenziali delle 5 Corti. 18

Il divario dal modello francese si è accentuato poi radicalmente dopo il 1888. In quell’anno infatti veniva approvata la legge 6 dicembre 1888 n. 5825 per il “*Deferimento alla Cassazione di Roma, della cognizione di tutti gli affari penali del Regno*”; essa determinava cioè l’unificazione delle Corti di cassazione per la materia penale, nel quadro di una strategia di politica del diritto, legata alla emanazione del nuovo (e primo vero) codice penale unitario (il quale infatti avrebbe visto la luce nel 1889). Riguardo alla materia civile¹⁴ la legge del 1888 manteneva in vita le Corti di cassazione regionali introducendo, però, un elemento di novità: la concentrazione nella sola Sede di Roma della competenza 19

12 Cfr. legge del 27 novembre – 1 dicembre 1790 e art. 256 della Costituzione dell’anno III.

13 Numerosi erano stati i tentativi di sostituzione del *référé* precedenti al 1837. Tra i più rilevanti ricordiamo la legge del 16 settembre 1807 con la quale si affidava al potere esecutivo, attraverso il *règlement d’administration publique* predisposto dal *Conseil d’Etat*, il compito di interpretare sovranamente la legge. Con la Legge 30 luglio 1828 si stabiliva che dopo due cassazioni per gli stessi motivi, il terzo giudice del rinvio potesse decidere senza vincoli. Un *référé* andava poi indirizzato al Re, che era tenuto a sollecitare presso le Camere una legge interpretativa per i casi futuri. Per una ricostruzione dal punto di vista storiografico si vedano J.L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation*, (nota 3), pp. 52-53, P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, 2005, M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione*, (nota 2), pp. 129-131.

14 G. ZANARDELLI, *Discorso del Ministro di grazia e giustizia rivolto al Senato nella tornata del 13 marzo 1888*, in *Discorsi parlamentari*, Roma, 1905, vol. II, p. 376.

sui ricorsi da svolgersi a sezioni unite, anche quando di trattasse di un secondo ricorso per gli stessi motivi, proveniente da territori di competenza di altre Corti supreme regionali e dunque da esse già giudicati una prima volta. Tale modifica dell'istituto veniva presentata come necessaria per ridefinire i rapporti tra le 5 Corti di cassazione civile ancora esistenti e la nuova Corte di cassazione penale unica di nuova istituzione.

Anche se presentata come innovazione meramente tecnica, la concentrazione a Roma delle competenze sui ricorsi a sezioni unite, come avvertito nella dottrina coeva¹⁵, snaturava completamente la natura e le funzioni dell'istituto: esso veniva posto a favorire una omogeneizzazione dei diversi orientamenti giurisprudenziali da ciascuna Corte suprema e perdeva quel tratto 'antigiurisprudenziale' originario che ne aveva giustificato l'esistenza, introducendo invece un elemento di gerarchia interna nella giurisdizione suprema stessa; tra le 5 Corti supreme quella di Roma finiva per trovarsi in una posizione sopraordinata, poiché esercitava un potere vincolante anche sulle giurisdizioni delle altre Sedi. 20

Consideriamo ora un terzo esempio di non corrispondenza tra il nome e la cosa, analizzando la disciplina dei motivi di ricorso in cassazione. Si tratta di un altro terreno chiave per la caratterizzazione del giudice supremo come giudice di *cassation*. 21

A questo riguardo l'articolo 517 del c.p.c. italiano del 1865 contiene un catalogo di motivi più ampio di quello rinvenibile, sul piano normativo, in quello francese. Come si sa i mezzi di ricorso in cassazione sono tassativi poiché devono corrispondere alla speciale natura del controllo di legittimità, che quel giudizio possiede rispetto alle altre forme ordinarie di impugnazione. In particolare le ipotesi tipiche sono la violazione di legge e le nullità processuali non sanabili.

Invece, nell'art. 517 del nostro codice di procedura civile del 1865, tra i motivi di ricorso in cassazione erano previste anche le ipotesi di non corrispondenza tra chiesto e giudicato cioè i c.d. *extra, ultra, e citra petitia*. Ciò permetteva alla Corte suprema di superare agevolmente il limite della questione di diritto e ingerirsi anche sulla questione di fatto. 22

Non a caso nell'ortodossia del modello francese questi casi di impugnazione, vengono attribuiti alla competenza della *requête civile*¹⁶, istituto corrispondente alla nostra revocazione e previsto dal codice proprio per assicurare un controllo degli errori di fatto, 23

15 Cfr. L. MORTARA, *Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione*, in *Studi in onore di Carlo Fadda, pel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1906, p. 206, V.E. ORLANDO, *Relazione al Progetto in Atti parlamentari, Camera dei Deputati. Documenti*. Legislatura XXII, sessione 1904-1908, doc. 968, p. 14, M. D'AMELIO, *Nuove disposizioni intorno all'ordine e alla forma dei giudizi*, in *Rivista del diritto commerciale*, VI, 1908, pp. 370-393.

16 Si vedano gli articoli 480 e 481 del c.p.c. francese. Le *ouvertures à cassation* erano 4: la *contravention expresse au texte de la loi* (art. 3, decreto 27 novembre - 1 dicembre 1790); nullità processuali di sentenze rese senza il numero di giudici prescritto, o da giudici che non avessero assistito a tutto il processo, o non rese pubblicamente, non contenenti i motivi (art. 7, l. 20 apr. 1810); contrarietà dei giudicati (art. 504 c.p.c. francese); eccesso di potere (artt. 77, 78, l. 27 ventoso anno VIII). Cfr. PONCET, *Traité des jugements*, Bruxelles, 1835, p. 346, E.J. PARAQUIN, *Die französische Gesetzgebung. III Die bürgerliche Prozess-Ordnung*, München, 1861, L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, 2a edizione, Milano, s.d., vol. IV, nr. 352.

che residuavano dal controllo in sede di appello e che veniva svolto dallo stesso tribunale nel quale era stata emanata la sentenza impugnata.

Tale ripartizione di competenze doveva favorire, nel momento di elaborazione giurisprudenziale della legge, l'effetto di espunzione della questione di fatto dalla questione di diritto.

Sul piano normativo, dunque, la differenza tra modello francese e sua declinazione italiana è significativa.

Il dato va maggiormente sottolineato se, come sembra, ciò è imputabile alla rilevanza di radici esterne ai riferimenti ideologico-teorici della cassazione.

Qui, infatti, si riflette una diversa concezione della separazione tra questione di fatto e questione di diritto. La concezione circolante nella dottrina italiana risente ancora della tradizione giurisprudenziale del *ius commune*, nella quale la enucleazione della questione di diritto era fortemente intrecciata con la dimensione fattuale. Tale sensibilità, del resto, trovava riscontro e prospettiva tecnico-sistematica in un'altra esperienza in atto, per la quale la scienza giuridica italiana mostrava, non a caso, un interesse crescente tra Otto e Novecento; ci riferiamo alla *Revision* tedesca. Quest'ultima prospettava la possibilità di una giurisdizione suprema dotata di poteri anche rescissori e il cui giudizio di revisione, seppur limitato alla *Rechtsfrage*, riguardava il *materielles Recht* e non era sganciato dalle esigenze della *materielle Gerechtigkeit*. Ciò portava il giudice della *Revision* ad estendere il terreno della sua verifica anche ad alcuni livelli della dimensione dell'errore di fatto¹⁷ che, in Francia, configurando un "mal jugé", erano sottratti al giudice della *cassation*. Tale concezione si fondava sul presupposto che la «gesunde Weiterentwicklung des objektives Rechts» dipendesse da una «gesunde Rechtsfindung» nei casi concreti¹⁸.

24

A tal proposito, osservando lo svolgersi della esperienza francese, si possono fare constatazioni interessanti. Anche in essa, infatti, emerge tra Otto e Novecento una disponibilità a relativizzare la separazione tra questione di fatto e di diritto¹⁹; tale diverso atteggiamento ha consentito di realizzare una sostanziale estensione delle tipologie dei motivi dei ricorso in cassazione. In definitiva, sul piano giurisprudenziale²⁰, si sarebbe

25

17 Si pensi alla dottrina di W. ENDEMANN, *Der deutsche Civilprozeß. Erläuterungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Civilprozessordnung des Deutschen Reichs*, Band II: *Civilprozessordnung*, §§ 230-567, Berlin, 1879, pp. 442-443, quando spiega che la *revisio in iure* è congegnata in modo tale da escludere la verifica della «unrichtige Beurtheilung der Thatsachen» o a quando afferma che «obwohl nur revisio in iure soll sich das Rechtsmittel doch auf konkret thatsächlicher Grundlage bewegen». Si vedano anche, fra gli altri, ERYTROPHEL, *Zur Lehre von der Revision*, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, III, 1881, p. 119, J. WEISMANN, *Einheitliches Recht, einheitliche Rechtsprechung*, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, IX, 1886, p. 170.

18 A. BOLZE, *Über die Zulässigkeit der eigenen Auslegung von Rechtsgeschäften durch den Revisionsrichter im Civilprozess*, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, 14, 1890, p. 417.

19 G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir et le contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, 1929, pp. 191-204 e 365-366.

20 Cfr. T. CRÉPON, *Du pourvoi en cassation en matière civile*, Paris, Larose & Forcel, 1892, vol. I, p. 222, vol. III, pp. 18-19, 116-117, e 126-129, E. FAYE, *La Cour de cassation*, Paris, 1903, pp. 92-94 e 172-175, E. Garsonnet, *Traité théorique et pratique de procédure*, Paris, 1882-1897, vol. VI, § 2358, 2354-2359, J. PLASSARD, *Des ouvertures communes à cassation et à requête civile*, Toulouse-Paris,

giunti ad inglobare tra motivi di ricorso in cassazione - ma solo quando fossero imputabili al giudice e configurandoli come forme di eccesso di potere - anche *extra petita*, *ultra petita*, omessa pronuncia e contraddittorietà delle disposizioni della sentenza, nonché il difetto di motivazione. Il risultato finale è dunque comparabile a quello italiano e anche a quello tedesco.

Ciò dimostra che il modello francese di *cassation* è in realtà molto meno profilato e rigido di quanto il suo stabile impianto legislativo e la sua origine rivoluzionaria lascino pensare; esso non si propone nel tempo come un blocco sistematico indisponibile ad ogni aggiornamento. Piuttosto si evolve, seguendo una tendenza comune alle esperienze tedesche e italiane, nella quale la individuazione dei compiti della giurisdizione rispetto allo svolgimento del diritto si pone in un orizzonte teorico, che non è quello della nascita della *cassation*, ma è quello che si configura tra Otto e Novecento, in società che hanno conosciuto o stanno conoscendo la rivoluzione industriale. 26

E' questo semmai un orizzonte in cui i diversi sistemi di giurisdizione della Francia della Germania e dell'Italia si pongono in una prospettiva di progressiva attenuazione degli originari punti di differenziazione ²¹. 27

3. Proprio quest'ultima riflessione ci dà la possibilità di riflettere su un terzo profilo della questione degli impieghi del modello francese della *cassation*: la rilevanza del profilo cronologico. Come abbiamo sopra accennato la 'recezione' di cui parliamo, si è svolta in un arco di tempo relativamente esteso. Nei sessant'anni che vanno dal 1865 al 1923 l'ordinamento della cassazione subisce numerosi aggiornamenti, che modificano sensibilmente i suoi caratteri. 28

Non si tratta però - e ciò appare ancora più rilevante per la nostra riflessione - di meri aggiustamenti tecnici; sullo sfondo c'è una trasformazione del rapporto tra giurisdizione e diritto legale che si riflette sulle percezioni stesse dell'istituto della cassazione.

Possiamo dunque dire che l'approccio al modello francese dei codificatori degli anni Sessanta come Pisanelli o Mancini, non è lo stesso praticato da un Calamandrei o un Mortara, anche se tutti questi hanno come obiettivo l'istituzione di una Corte di cassazione unica. C'è tra i primi e i secondi un cambiamento di punti di vista, che implica una relativizzazione dei (e una presa di distanza dai) caratteri originari il sistema della cassazione, connessa ad una valorizzazione del fattore giurisprudenziale nello svolgimento 29

1924, P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, (nota 3), vol. I, pp. 550-560, Id., *Concorrenza tra cassazione e revocazione nel processo civile francese*, (1925) in *Opere giuridiche*, Napoli, 1979, vol. VIII, pp. 402-403.

E' un'operazione di ponderazione dei caratteri dell'istituto non solo dottrinale. L. MONTAZEL, *Entre fait et droit*, (nota 3), ha mostrato come un tale compito sia stato svolto dalla stessa *Cour de cassation*, attraverso la propria giurisprudenza.

21 Cfr. 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*, a cura di O. Troiano, G. Rizzelli, M.N. Miletti, Milano, 2004, pp. 156-168 e M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione*, (nota 2), pp. 158-182.

del diritto legale.

Negli anni Sessanta, l'opzione per la Corte di cassazione unica, lo abbiamo accennato, non fonda il suo argomento centrale sulla sua capacità di governo giurisprudenziale del diritto positivo. Semmai sul punto si hanno pozioni sfumate; lo conferma la mancata concreta opposizione alla instaurazione del sistema a 5 Corti di cassazione. 30

A partire dalla fine del XIX secolo, invece, e con sempre maggiore centralità nel XX, si pone il problema dell'adeguamento del diritto privato al nuovo sistema economico e alla nuova società, configuratisi a seguito della rivoluzione industriale. Il rafforzamento degli orientamenti per la Cassazione unica dipende soprattutto da tale diverso scenario; esso implica dapprima la necessità di mettere nelle mani dell'interprete una capacità di aggiornamento del diritto legislativo disponibile e poi la necessità di avere un sistema giurisdizionale in grado di fare sintesi, in una prospettiva di preparazione di un nuovo codice civile (che vedrà appunto la luce nel 1942 con importanti innovazioni, non ultima la fusione dei codici civile e di commercio)²². 31

Anche dal versante costituzionale l'opportunità di una Corte di cassazione unica si fonda, in quel momento storico, su esigenze diverse da quelle degli anni Sessanta. 32

Subito dopo l'Unità il punto era quello di evitare che il nuovo potere legislativo subisse le ingerenze di quello giudiziario, nella delicatissima fase di creazione del diritto positivo nazionale. Ora nei primi Venti anni del XX secolo il problema è quello di andare, tramite un potere giudiziario rafforzato, in soccorso di un Parlamento, progressivamente espropriato - per le forti ingerenze del Governo esercitate con lo strumento del potere di decretazione d'urgenza e delegato²³ - di una propria capacità di delineazione delle politiche legislative.

L'istituzione della Cassazione unica in Italia, quella del 1923, corrisponde a tale rinnovato quadro. Non può essere messa in relazione con la tardiva ma definitiva prevalenza del modello originario della cassazione su quello tradizionale, duro a morire, della terza istanza. 33

Piuttosto la Cassazione unica del primo Novecento appare la versione matura di quel modello misto fortemente cercato nel corso del sessantennio post-unitario della progettazione di una alternativa all'ordinamento transitorio. Significative appaiono al riguardo le percezioni di un giurista come Lodovico Mortara; Egli afferma che «bisogna oggi tener conto del mutamento sostanziale compiutosi da un secolo nella funzione della Corte suprema e nel concetto in cui essa è tenuta dalla legge, per riconoscere che quella formula ha perduta la rigidità del suo significato originario»²⁴. Non ha neanche senso, per lui, continuare impostare la questione distinguendo tra terza istanza e cassazione. 34

22 Cfr. M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione*, (nota 2), pp. 193-226.

23 Cfr. *Ibidem*, capitolo 6, paragrafo 6.2.

24 L. MORTARA, *Commentario*, (nota 16), vol. II, n. 16, p. 19.

Quell'antitesi «riceve spiegazione dalle contingenze occasionali fra cui la disputa si svolse», ma a ben vedere «fra il rimedio giudiziario della terza istanza e quello della cassazione non c'è incompatibilità né antitesi: l'accettazione dell'uno non include la necessità del ripudio dell'altro»²⁵.

Anche per un paladino dell'ortodossia della cassazione come Calamandrei i sistemi della cassazione e della revisione finiscono per apparire simili «nei motivi e nello scopo politico»²⁶. La *Revision* tedesca, - che, ricordiamo, rappresenta in quegli anni la versione modernizzata della terza istanza -, infatti, persegue «*gli stessi fini* di unificazione della giurisprudenza, per i quali la Cassazione è *oggi viva e vitale*» e l'idea che presiede l'istituto della *Revision* appare la stessa «che dà alla cassazione la sua originalità»²⁷. 35

Sono affermazioni importanti che ci danno la misura della relativizzazione che l'idea di cassazione ha avuto, rispetto il suo modello originario, nel corso dei decenni post-unitari.

4. Questo rapido *excursus* dei livelli di complessità sui quali riposa la vicenda di recezione della *cassation* francese in Italia, ci porta a svolgere alcune rapide riflessioni conclusive. Sulla base di quanto abbiamo illustrato appare chiaro che il fenomeno della diffusione del diritto francese in Italia – e ciò non sembra valere solo per l'ordinamento giudiziario - non può considerarsi concluso con le recezioni legislative dello stesso²⁸. 36

Il tema della circolazione del modello francese va dunque considerato in una dimensione complessa e non solo nel senso di essere composta da livelli dell'esperienza giuridica diversi e tra di loro intrecciati; si tratta infatti di una dimensione dai caratteri necessariamente dinamici poiché è relativa ad un oggetto, il modello, la cui percezione dipende dal momento e dai contesti storici specifici²⁹. 37

Sotto tale aspetto, assunta con tale consapevolezza metodologica, la prospettiva di studio della circolazione dei modelli evidenzia un tratto tipizzante della storia giuridica europea del secolo XIX, il quale rinvia ad una storia di declinazioni diverse di un medesimo messaggio di modernizzazione giuridica.

25 *Ibidem*, vol. I, n. 69, p. 80.

26 P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, (nota 3), vol. I, p. 700.

27 P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*, II, 1937, p. 990 [nostri i corsivi].

28 A tale conclusione giungono anche altri Autori che partecipano a questo dibattito. Si pensi ad esempio a M. MARTINEZ NEIRA, *Relevancia del derecho administrativo francés en la educación jurídica española. 1836-1850*, (<http://www.forhistiur.de/zitat/0505neira.htm>, 27. Mai 2005), n. 32 e J. FERNANDEZ SARASOLA, *La influencia de Francia en los orígenes el constitucionalismo histórico español*, (<http://www.forhistiur.de/zitat/0504sarasola.htm>, 19. April 2005, nn. 101-103. Cfr. P. CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*, in *Index*, 29, 2001, pp. 55-81.

29 Uno spunto metodologico in tal senso viene da H.-P., HAFERKAMP, *Der Einfluss des Code civil auf das Bürgerliche Gesetzbuch – Wissenschaftsgeschichtliche Komplementärbetrachtungen zur Studie von Dieter Strauch*, in *Forum Historiae Iuris*, <http://www.forhistiur.de/zitat/0506haferkamp.htm>, 2. Juni 2005, nn. 25-26 con la sottolineatura circa la rilevanza della «zeitgenössische Semantik» e della «Kontexteinbettung».

Osservato in tale prospettiva, il modello giuridico francese appare uno strumento e non un traguardo. Nato programmaticamente per proporsi come tale³⁰, favorito nella sua diffusione da un fuoco di copertura ideologico che annunciava il trionfo dell'uniformità (e dell'uniformazione), quel modello avrebbe segnato in profondità le esperienze giuridiche nelle quali veniva introdotto; tuttavia restava un ingrediente di base da mescolare con altri; sarebbe stato per questo destinato a produrre assetti giuridici, la cui originalità è oggi in parte ancora da scoprire.

30 Cfr. S. SOLEIL, *Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations?*, in *Forum Historiae Iuris*, <http://www.forhisiur.de/zitat/0503soleil.htm>.